

”Frustration” och force majeure – några kommentarer i anslutning till coronapandemin*

LARS GORTON**

1. Bakgrund

Den pågående Coronapandemin har medfört en flodvåg av lagstiftning som på skilda sätt berör flera olika rättsområden. I dess kölvatten har också uppkommit ett flertal spörsmål och tvister, som närmast har civilrättslig karaktär.

WHO (Världshälsoorganisationen) förklarade Covid 19-utbrottet som en pandemi i början av 2020¹, en förklaring som fått stor betydelse i olika avseenden. Vid sidan härav har ett stort antal nationella nödgärder vidtagits, som kan föranleda olika rättsliga spörsmål och berör stora delar av rättsordningen, allt från offentligrättsliga frågor till konkurrensrättsliga och insolvensrättsliga frågor men också olika civilrättsliga problem.

En fråga, som är en följd av den pågående pandemin, rör, hur ändrade förhållanden i olika avseenden kan få betydelse för ingångna avtal, men naturligtvis även för hur avtalsskrivaren bör förhålla sig till den uppkomna situationen. Ett sådant spörsmål gäller inverkan av ändrade förhållanden på avtalsrelationer, bl.a. betydelsen och tillämpningen av sådana företeelser som ”omöjlighet” resp. ”frustration”.² Kan pandemin som sådan anses utgöra en

* Är baserad på en artikel som tidigare har publicerats i Karlsson-Tuula, Marie m.fl. (red.), Festskrift till Rolf Dotevall, Juristförlaget i Lund, 2020, s. 207 ff.

** Professor em. i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Tillika avdelningsledare för forskningsavdelningen för förmögenhetsrätt vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Som bekant antas nu pandemin ha börjat i Kina redan i september 2019, men ursprunget diskuteras.

² Jag har valt att inte här närmare diskutera hur för cirka ett sekel sedan spanska sjukan kom att påverka de då gällande rättsliga förhållandena, men antagligen skulle flera intressanta paralleller kunna göras, även om förhållandena då var väsentligt annorlunda.

omständighet som kan anses som omöjlighet i ett kontraktsrättsligt sammanhang såväl som dess förhållande till ”force majeure”.

Frågor, som kan aktualiseras i sammanhanget, avser dels de berörda begreppen som rättsliga företeelser, dels den påverkan de haft på olika avtalsbestämmelser och deras tolkning och tillämpning i olika fall. Härvid kan också uppkomma spörsmål som har att göra med den gradvisa återgången till ett läge, som mera svarar mot det, som gällde före pandemin, när den uppfattades som mest akut.

Mot bakgrund av en kort översikt över de svenska reglerna ska nedan främst förhållandena i engelsk rätt med avseende på ”frustration” och force majeure diskuteras.³

2. Vad är frustration resp. force majeure?

Inledningsvis kan konstateras, att force majeure är ett begrepp, som har sina rötter tämligen långt tillbaka i historien (från romersk rätt stammar begreppet *vis major*). I svensk rätt återfanns bestämmelser om *omöjlighet* och *force majeure* i 24 § i 1905 års köplag.⁴ Om en prestation blir omöjlig att uppfylla

Noteras bör, att det finns en mängd speciella avtalsbestämmelser, som berör särskilda företeelser med avseende på olika ändrade förhållanden, t.ex. hardship-klausuler, material adverse change (MAC)-klausuler eller Material Adverse Effect (MAE)-bestämmelser, isklausuler, krigsklausuler osv. Det är alltså frågan om klausuler, som kan vara mera generellt utformade eller också vara tämligen specifika och då ofta används i särskilda avtalstyper. I sammanhanget kan också nämnas betydelsen av förutsättningsläran, som här inte ska beröras.

I bl.a. Hellner, Hager & Persson, *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1. häftet. Särskilda avtal*, 7 uppl. Stockholm 2019 behandlas på flera ställen frågan om force majeure och användningen av force majeure-klausuler i fr.a. kommersiella avtal i anslutning till olika avtalstyper, på s. 126, 153, 157 och 205.

³ Detta val är en följd av den betydelse, som engelsk rätt haft efter andra världskriget, när det gäller internationella B2B-avtal.

⁴ Läran om ”objektiv omöjlighet” inhämtades från tysk doktrin och kom att spela roll vid utformningen av 24 § i 1905 års köplag. Om frågan i svensk rätt se bl.a. Almén, *Om köp och byte av lös egendom*. 4. delvis omarbetade uppl. ombesörjd av R Eklund, Stockholm 1960 fr.a. i anslutning till § 24. I sin *Obligationsrätt*, Lund 1956 s. 355 med ref. karaktäriserar Rodhe force majeure som ”en utifrån kommande, omfattande och sällan inträffande händelse, som medför ett oöverstigligt hinder för gäldenären att prestera.” I force majeure-klausuler är i allmänhet ramen för begreppet betydligt vidare, som ska visas nedan. Hellner, Hager, Persson, *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 5 uppl. 2 häftet. Allmänna ämnen*, Stockholm 2011, där frågan om force majeure och force majeure-klausuler behandlas på s. 58 f. och 68 f. med ref. I engelsk rätt diskuteras frågan om ”impossibility” bl.a. i anslutning till läran om ”frustration”, se exempelvis Cheshire, Fifoot & Furmston’s *Law*

kan den prestationsskyldige åberopa detta som grund för att juridiskt befrias från sin förpliktelse. I den internationella köplagen (CISG) art. 79 har i stället reglerna kommit att baseras på det s.k. kontrollansvaret.⁵

Force majeure-begreppet tar sikte på vissa företeelser, som under vissa förutsättningar och i olika avseenden kan modifiera avtalsparts prestationsskyldighet. Det finns ett rättsligt samband mellan omöjlighetsläran och force majeure-händelser. En händelse av force majeure-karaktär kan ha olika effekter; den kan innebära, att part befrias från sin prestationsskyldighet (helt eller delvis), eller att denna skjuts upp under den tid som omständigheten varar. Force majeure-klausuler ingår ofta i det batteri av avtalsbestämmelser, som ingår i, vad som ibland innefattas i s.k. ”boilerplates”.⁶ Dessa avtalsbestämmelser reglerar konsekvensen av vissa mellankommande händelser ”utom kontroll beträffande de avtalade skyldigheterna”. Normalt finns ett krav på kausalsamband mellan de avtalade händelserna och deras effekter med avseende på parternas prestationer.

Force majeure-bestämmelserna är som nämnts vanliga både i kommersiella avtal och i konsumentavtal. Beroende på bransch och marknad utformas de på något olika sätt. De kan utformas mera generellt men också byggas upp på basis av ett antal omständigheter som av avtalskrivarna betecknas som sådana faktorer, som kan leda till att part får uppskov med att prestera, men de kan också utformas så, att prestationsskyldigheten helt upphör. Bestämelsen kan gälla till förmån för båda parter, men kan också gälla endast med avseende på den ena partens prestationsskyldighet. Vanligen krävs, att part som önskar åberopa en force majeure-omständighet måste underrätta motparten om detta, men oavsett förekomsten av force majeure-händelsen innefattas i bestämmelsen normalt också en skyldighet för part, som åberopar händelsen att minska skadan.

I sammanhanget kan nämnas, att de olika principalsamlingarna Unidroit Principles of Commercial Contracts (PICC), Principles of European Contract Law (PECL) resp. Draft Common Frames of Reference (DCFR) innehåller olika lösningar med avseende på de här berörda frågorna. Vidare kan i sammanhanget också nämnas den force majeurebestämmelse, som tagits

of contract. 16 uppl. Oxford 2012 (by Michael Furmston) s. 714 ff. Se också i ett annat perspektiv diskussionen hos Alces, P., *A theory of contract law. Empirical insights and moral psychology*. Oxford 2011 p. 170 ff. om Impossibility, impracticability and frustration.

⁵ En motsvarande regel infördes i köplagen (1990:931) i 27 §.

⁶ *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge 2011 (ed. by G. Cordero-Moss).

fram och används av ICC (Internationella Handelskammaren) i flera av dess standardkontrakt.

Till skillnad från flera andra rättsordningar har i engelsk rätt *force majeure*-begreppet ingen egen rättslig innebörd. *Force majeure*-bestämmelser är emellertid vanliga även i avtal, som har sin basis i engelsk kontraktskrivning. Om tvist uppstår mellan parterna med avseende på avtalsbestämelsen måste bestämmelsen tolkas och tillämpas efter vad som framgår av kontraktet och ev. av andra omständigheter.

Vid sidan av de normalt använda *force majeure*-bestämmelserna har i engelsk rätt en särskild omöjlighetslära utvecklats, nämligen doktrinen om *frustration*.⁷ Dess funktion svarar i någon mån mot *force majeure* men fr.a. mot omöjlighet, men *frustration*-läran används av domstol endast under tämligen snäva förhållanden och relativt sällan. Om *frustration*-doktrinen kommer till användning, är konsekvensen, att avtalet faller bort. *Force majeure*-begreppet har, som nämnts, ingen egen betydelse i *common law*⁸, utan vid dess återopande i engelsk rätt måste man falla tillbaka på innehållet i en i det berörda avtalet intagen *force majeure*-klausul, vars innebörd vid tvist mellan parterna då måste fastställas av domstolen. Saknas en sådan bestämmelse får man falla tillbaka på *frustration*-doktrinen eller andra avtalsbestämmelser som kan ha betydelse i sammanhanget.

Utöver dessa företeelser finns emellertid också ett antal *andra omständigheter*, som kan ha betydelse i sammanhanget, exempelvis förutsättningsläran i nordisk rätt, men som nämnts i fotnot 2 finns i olika avtal varierande och speciella bestämmelser som tar sikte på olika ändrade förhållanden.

En fråga, som då kan uppkomma i det nu aktuella sammanhanget är, hur Coronapandemin kan ses i det rubricerade perspektivet. I diskussionen nedan utgår jag mot en mycket kort bakgrund i de förhållanden som gäller i svensk rätt, i huvudsak från de förhållanden som gäller i engelsk rätt med avseende på *frustration* och delvis dess förhållande till *force majeure* och tolkningen av *force majeure*-klausuler med utgångspunkt från några rättsfall.

⁷ Om *frustration* se bl.a. Treitel, G. H., *Frustration and force majeure*. 3. uppl. London 2014.

⁸ Detta innebär, att om en *force majeure*-bestämmelse saknas i avtalet men part ändå återoppar *force majeure*, så finns ingen faktor som domstolen kan falla tillbaka på utom att ev. använda sig av *frustration*-doktrinen.

3. Några översiktliga observationer beträffande de aktuella frågorna i svensk rätt

Som nämnts ovan fanns i 1905 års köplag i 24 § en bestämmelse om omöjlighet och force majeure. Vid sidan av denna lagbestämmelse används regelmässigt olika force majeure-bestämmelser såväl i köpeavtal som i många andra kommersiella avtal.⁹

Eftersom 1905 års köplag i nordiska länder (utom i Danmark, där den tidigare köplagen bibehållits¹⁰) ersatts av ny lagstiftning, som baseras på den internationella köplagen (CISG), har den gamla bestämmelsen spelat ut sin roll. I 1990 års köplag (1990:931) utmönstrades, som nämnts, uttrycket och i stället infördes det s.k. ”kontrollansvaret” i samklang med den internationella köplagens (CISG) bestämmelser.¹¹ Denna bestämmelse skulle kunna komma till användning i det nu aktuella sammanhanget. Lagbestämmelsen skulle säkert i samband med Coronapandemin kunna åberopas i en del situationer, åtminstone så länge den inträffade situationen inte var vid handen, då avtalet ingicks. Vidare skulle § 36 i Avtalslagen ev. kunna tillämpas i sammanhanget liksom förutsättningsläran, och dessutom skulle omöjlighet kunna åberopas, även om detta förhållande, även i svensk rätt kan vara svårt att bevisa.

Till detta kommer, att kommersiella avtal regelmässigt innehåller en force majeurebestämmelse, som kan vara mer eller mindre generell till sin karaktär. Vissa klausuler hänvisar till flera olika omständigheter, t.ex. krig, strejk, lock-out, naturkatastrof, väderförhållanden etc. och de kan också innehålla en direkt referens till epidemi eller motsvarande händelser utanför parts kontroll. Huruvida följderna av Coronapandemin täcks av en force majeurebestämmelse beror på hur klausulen utformats.

⁹ Se bl.a. Almén i anslutning till 24 §. Se också exempelvis Herre, J. & Ramberg, J., *Allmän köprätt*. 9 uppl. 2019 och Hellner, Hager & Persson, *Allmänna ämnen* s. 68 ff.

¹⁰ Liksom övriga nordiska länder har emellertid Danmark också infört lagstiftning baserad på CISG, som gäller för internationella köpeavtal.

¹¹ Se §§ 27 och 40 i Köplagen, jfr art. 79 i CISG. På motsvarande sätt kan uppmärksammas hur de olika principsamlingarna har hanterat hithörande frågeställningar. Vidare kan i sammanhanget noteras, att ofta förekommande force majeure-klausuler vanligen avslutas med orden ”or any other cause beyond the control of” eller ord av motsvarande slag, varvid vid tolkning en diskussion kan uppstå beträffande *ejusdem generis*-regeln.

4. Frustration, force majeure och omöjlighet i engelsk rätt

4.1 Lagstiftning och principer

I engelsk rätt saknas lagbestämmelser om force majeure och ändrade förhållanden, men i common law har läran om ”frustration” utvecklats successivt i rättspraxis sedan kröningsfallen (Coronation-fallen¹²). Givetvis kan avtalspart i st.f. att åberopa frustration välja, att utnyttja effekten av företeelsen för en omförhandling av avtalet, under förutsättning att motparten är införstådd därmed. I annat fall gäller att konsekvensen av frustration är att avtalet upphör.

4.2 Avtalsbestämmelser

I de flesta kommersiella avtal återfinns regelmässigt bland andra bestämmelser force majeure-klausuler, som kan vara utformade på olika sätt. Liksom vid svenska förhållanden varierar utformningen av sådana klausuler, som nämnts, mellan olika slags avtal och med avseende på olika branscher, och vid tvist mellan parterna i anslutning till bestämmelsen blir domstolens uppgift att tolka och tillämpa den.¹³

¹² Utgångspunkten för resonemanget om frustration brukar tas i fallet *Paradine v. Jane* (1647) Aleyer 26, där principen om den absoluta karaktären av ett avtalsåtagande lades fast. Denna mjukades något upp genom fallet *Taylor v. Caldwell* (1863) B&S 826, där en brand omöjliggjorde ett sångframträdande, och domstolen fann, att även om en ansvarsfriskrivningsklausul saknades, fanns det ett ”implied” (underförstått) villkor som kunde medföra att i den uppkomna situationen något ansvar inte uppkom. Bl.a. fallen *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740 och *Herne Bay Steam Boat Company v. Hutton* [1903] 2 KB 683 kom att spela en viktig roll, när det gäller utvecklingen av frustration-doktrinen. Inom en begränsad ram finns självklart ingen möjlighet att ge en mera heltäckande genomgång av frustration-lärens utveckling. Nedan ska viss rättspraxis presenteras, som belyser hur man skulle kunna se på den berörda doktrinen i förhållande till den nu pågående pandemin. Flera olika teorier har framförts med avseende på frustration-doktrinen, se bl.a. Furmston s. 717.

¹³ En avtalsklausul, som är vanlig fr.a. i samband med låneavtal och M&A-avtal (företagsförvärv) är den s.k. MAC-klausulen (Material Adverse Change eller Material Adverse Effect – MAE), som tämligen nyligen förekommit till bedömning i ett engelskt rättsfall i anslutning till Covid-19-omständigheter, *Travelport Limited and others v. Wex Inc.* [2020] EWHC 2670. Fallet rör tolkninngen av en MAC-klausul i ett avtal avseende aktieöverlåtelse. Här framgår som så ofta i engelsk rättspraxis betydelsen av hur klausulen utformats. Se också diskussionen hos Gorton, ”Material adverse change”-klausuler. Vänbok till Axel Adlercreutz. Lund 2007 s. 117 ff.

Nedan görs en genomgång av frågan om betydelsen av frustration-doktrinen resp. användningen av force majeure-klausuler och tolkningen av dem.

4.3 Frustration

4.3.1 Vad innefattas i frustration?

I avsaknad av en force majeure-bestämmelse i ett avtal, som är underkastat engelsk rätt kan part under vissa omständigheter falla tillbaka på läran om frustration.¹⁴ I engelsk rätt saknas i övrigt en särskild lära om ”impossibility” eller ”impracticability”, som man finner i exempelvis lagen i New York. I engelsk rätt kan ett avtal upphöra till följd av frustration, när en händelse inträffar efter avtalsslutet, vilken innebär, att det blir fysiskt eller kommersiellt omöjligt att fullgöra avtalsförpliktelseerna eller omformar avtalsprestationen till ett radikalt annorlunda åtagande jämfört med vad förhållandena vid avtalets ingående. Frustration innebär m.a.o. i princip, att en viss inträffad händelse medför omöjlighet för part att prestera.¹⁵ Det finns ett antal fall, och flera av dessa visar på svårigheten att övertyga en domstol om att frustration föreligger. Så kom t.ex. i ett nyligen avdömt fall, *Canary Wharf (BP4) T 1 Ltd v. European Medicines Agency (EMA)*, domstolen fram till, att den mellankommande effekten av Brexit inte innebar, att EMAs fortsatta användning av huvudkontorets lokaler i London hade omöjliggjorts.¹⁶

Vad krävs då för att händelse av frustration-karaktär med framgång ska kunna åberopas? Nedan ska en del rättspraxis, som berör frustration, redovisas, och därefter ska också några rättsfall beröras som visar hur force majeure-bestämmelser förstås och tillämpats.

¹⁴ Om ett avtal innehåller en uttrycklig force majeurebestämmelse, som täcker en påstådd händelse av frustration-karaktär kommer denna bestämmelse att ta över effekten av frustration-händelsen, se t.ex. *Joseph Constantine S.S. Line Ltd. v. Imperial Smelting Corp. Ltd* [1942] A.C. 154 på s. 163. Se vidare i *Chitty on contracts* 33 uppl. 2018, i 23-001 (ed. H. Beale).

¹⁵ Lord Radcliffe uttryckte i fallet *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* [1956] AC 696: ”frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do.” Se också *Chitty on contracts* 33 uppl. 23-003.

¹⁶ [2019] EWHC 335 (Ch).

4.4 Vilka händelser krävs för att frustration-doktrinen ska tillämpas?

4.4.1 Några övergripande frågor

Som nämnts ovan, är det genomgående en svår uppgift för en part att övertyga en domstol om att en händelse av frustration-karaktär föreligger. Det finns emellertid fall där domstolar lättat på sin tveksamhet att tillämpa läran. Fall, där avtal har satts till sidan på grund av frustration synes ha baserat sig på vissa omständigheter:

- a) Omöjlighet (som resultat av att avtalsföremålet förstörts eller på annat sätt inte längre står till buds);
- b) Genomförandet av avtalet har blivit radikalt annorlunda jämfört med, vad som avsågs, då det ingicks;
- c) Inträdande olaglighet/lagändring.

Det är dock viktigt att hålla i minnet, att användningen av frustration-doktrinen, i enskilda fall beror på tolkningen av de särskilda skyldigheter, som framgår av avtalet tillsammans med de faktiska omständigheterna. Nedan ska dessa omständigheter något beröras.

4.4.2 Omöjlighet

När det gäller omöjlighetskriteriet kan nämnas fallet *Poussard v. Spiers and Pond*¹⁷, där en operasångerska till följd av sjukdom inte kunde fullgöra sitt åtagande. Avtalet avsåg ett månadslångt engagemang, men eftersom hon inte kunde medverka öppningskvällen, vilket ansågs fundamentalt viktigt, ansågs svaranden ha haft rätt att ta in en ersättare.

Det är emellertid inte säkert, att omöjlighet räcker (särskilt när det gäller ändamålet med avtalet). I fallet *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton*¹⁸ hade en ångbåt hyrts för en utflykt under en dag i anslutning till en flottövning. Denna blev emellertid inställd. Domstolen menade dock, att det fortfarande gick att använda båten för ”a day’s cruise around the fleet”, och att därför inte var fråga om att avtalets fundamentala ändamål hade gått förlorat.

Möjligheten att uppfylla avtalet med en annan metod (så länge den inte är fundamentalt annorlunda) kan också leda till att en domstol anser att det

¹⁷ (1875) 1 LR (QBD) 410.

¹⁸ [1903] 2 KB 683. Se ovan fotnot 13.

inte är fråga om en frustration-anledning.¹⁹ I *CTI Group Inc. v. Transclear SA (The Mary Nour)* förklarade domstolen: ”... it is important to recognise that a contract would not be frustrated simply because one party was prevented from performing in the manner originally intended, if performance in some other manner was possible.”²⁰

I ett annat fall kom domstolen vidare fram till, att ifall det fortfarande är möjligt att genomföra visa delar av avtalet, så ska det genomföras i dessa delar. Så var det t.ex. i *Errington v. Aynsly*²¹. Trots att det här visat sig omöjligt att lägga fundamentet för en bro i enlighet med kontraktet, fann domstolen, att bron skulle byggas på den närmaste möjliga platsen och att ersättning skulle betalas.

I den nu aktuella typen av fall spelar faktorer som graden och längden på omöjligheten i förhållande till avtalslängden en roll.

4.4.3 Radikalt annorlunda prestation

Ett ledande rättsfall med avseende på frågan om det rör sig om en radikalt annorlunda prestation är *Tsakiroglou & Co. Ltd v. Noble Thorl GmbH*.²² Vid tillfället hade Suezkanalen stängts i november 1956 till följd av kriget mellan Israel och Egypten. I fallet hade House of Lords (numera Supreme Court) att ta ställning till, om transporten av olja runt Goda Hoppsudden var att bedöma som omöjlig jämfört med den dåvarande normala transportvägen genom Suezkanalen. Frågan var m.a.o. om den längre vägen (runt Goda Hoppsudden) var en så radikalt annorlunda prestation, att avtalet var frustrerat. House of Lords kom fram till att avtalet under omständigheterna inte var frustrerat eftersom det fanns en alternativ transportväg, även om den tog tre gånger så lång tid och innebar en väsentlig fördyring.²³

Vidare kan i sammanhanget uppmärksammas uttalandet av Lord Reid i det ovan i fotnot 16 nämnda fallet *Davis Contractors v. Fareham Urban DC*, där han konstaterade, att ”[t]he question is whether the contract which

¹⁹ Se t.ex. *Seabridge Shipping Ltd. v. Antco Shipping Co. (The Furness Bridge)* [1977] 5 WLUK 31.

²⁰ [2008] EWCA Civ. 856; med hänvisning till *J. Lauritzen AS v. Wijsmuller BV (The Sugar Servant Two)* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 1.

²¹ (1788) 2 Bro CC 240.

²² [1962] AC 93.

²³ I fallet innebar förseningen ingen fara för godset, och vidare hade inget datum för leverans av godset bestämts. Om en eller båda dessa faktorer hade varit för handen så skulle domstolen möjligen ha kommit till ett annat resultat.

they did make is, on its true construction, wide enough to apply to the new situation: if it is not, then it is at an end.”²⁴

4.4.4 Olaglighet

Om ett avtal, på vilket engelsk rätt är tillämpligt, skulle bli olagligt m.h.t. situationen i engelsk rätt, upphör avtalet. I fallet *Bailey v. De Crespigny* ansågs en uthyrare inte ansvarig för ett påstått brott mot ett kontraktuellt åtagande (en covenant) att inte bygga på land som uthyrts. Åtgärden (en station som byggdes på det aktuella landstycket) var en följd av tvångsförvärv på grund av lagstiftning.²⁵

Krigstidsfall har historiskt spelat en roll för att illustrera när efterföljande rättsliga förändringar medför att genomförandet av ett avtal blir olagligt, och när således frustration-doktrinen skulle kunna bli tillämplig. I sådana fall har domstol nått fram till, att den relevanta händelsen av frustration-natur måste vara "...of such a character and duration that it vitally and fundamentally changed the conditions of the contract, and could not possibly have been in the contemplation of the parties to the contract when it was made.”²⁶ Å andra sidan visar *Mertens v. Home Freeholds Co.* att, där en entreprenör avsiktligt försenat ett bygge, innebar detta inte, att frustration-doktrinen var tillämplig, trots att berörd byggnation stoppats av myndighet. Därmed ansågs entreprenören inte befriad från sin skyldighet att prestera.²⁷

Som redan har understrukits, är det inte tillräckligt, att det är frågan om svårighet eller olägenhet för att frustration ska föreligga. Genomförande av avtalet måste vara förbjudet, som i t.ex. *Waugh v. Morris*, där domstolen fann, att "the performance by receiving the cargo alongside in the river without landing it at all was both legal and practical" trots att skeppet hindrats att lossa lasten av myndigheter, då man fruktade, att sjukdom skulle sprida sig från Frankrike till England.²⁸

Å andra sidan innebär vanligen inte den omständigheten, att ett avtal som är olagligt enligt ett annat lands lagar, därmed också automatiskt skulle vara

²⁴ [1956] AC 696. Se också det ovan i fotnot 17 nämnda yngre fallet *Canary Wharf (BP4) T1 Limited & others v. European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch). Även fallet *The Furness Bridge* [1977] 2 Lloyd's Rep. 367 kan tjäna som en illustration i sammanhanget.

²⁵ (1868-69) L.R 4 Q.B. 180.

²⁶ *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co., Ltd (1)* [1918] A.C. 119.

²⁷ [1921] 2 K.B. 526 (CA).

²⁸ (1872-73) LR 8 QB 202.

olagligt enligt engelsk rätt.²⁹ Det finns emellertid undantag med avseende på detta. Om t.ex. ett engelskt avtal ska genomföras i utlandet, och genomförandet blir olagligt till följd av lagen på den plats där det ska genomföras, så kommer avtalet jämlikt common law inte att bli verkställt i England.³⁰ Ett sådant avtal kommer emellertid inte att bli frustrerat om lagen på den plats där avtalet ska genomföras endast befriar en part från genomförande (i motsats till att avtalet blir olagligt).³¹

4.4.5 När skulle frustration-doktrinen kunna tänkas bli tillämplig i anslutning till COVID-19?

Med beaktande av de ovan nämnda fallen kan då frågan uppkomma, vilken typisk potentiell frustration-händelse som skulle kunna aktualiseras i COVID-19-sammanhang. Skulle en part exempelvis kunna nå framgång med påståendet om frustration med avseende på sin bristande uppfyllelse, ifall COVID-19 skulle förstöra eller omöjliggöra avtalsföremålet eller den kommersiella avsikten med avtalet (som den var tänkt vid avtalets ingående)?

I samband med COVID-19-pandemin kan, under förutsättning, att det inte finns någon force majeure-klausul, olika exempel på situationer ges, på hur frustration-doktrinen skulle kunna innefatta vissa situationer. Ett försök kan då göras att sätta in en del sådana frågeställningar i ljuset av en del av den rättspraxis, som nämnts, exempelvis reseförbud som förhindrar en transporttjänst från att genomföras (under förutsättning att det inte finns något alternativt sätt att genomföra åtagandet eller inget alternativ som inte är fundamentalt annorlunda än det som omöjliggjorts), flygförbud som gör genomförandet av en flygtransport olaglig och ev. att en person som är nödvändig för genomförande av avtalet inte är tillgänglig till följd av isolering eller blivit oförmögen att fullgöra sin skyldighet till följd av pandemin.

En speciell fråga är, ifall part skulle kunna påvisa frustration när oförutsedda händelser har medfört att prestationens genomförande blir dyrare.

²⁹ Se *Chitty on Contracts* 23-027.

³⁰ *Ralli Bros v. Compania Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287.

³¹ *Chitty on Contracts* 23-027. Se också fallet *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* [1989] Q.B. 728 och *Melli Bank v. Holbud Ltd.* [2013] EWHC 1506 (Comm.), där domstolarna i förhållande till sanktioner varit försiktiga med att förklara berörda avtal frustrerade under sådana omständigheter (om t.ex. en licens skulle ha kunnat sökas). Man måste också ta hänsyn till om art. 9 i Rom I-fördraget är tillämplig (relaterat till övergripande tvingande regler), och om ifrågasvarande olaglighet hänför sig till lagen på platsen för genomförande, forumlagen eller den lag som reglerar avtalet.

Generellt är svaret på denna fråga nej. Den omständigheten, att avtalet blir dyrare att genomföra ger inte automatiskt upphov till frustration. Detta kom till uttryck i det ovan i fotnot 23 omnämnda fallet *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH*, där domstolen klargjorde, att "it hardly needs reasserting that an increase of expense is not a ground of frustration."

Vad innebär då att möjligheten att genomföra avtalet går förlorad?

I *Taylor v. Caldwell* blev en konserthall förstörd av brand. Domaren ansåg här, att: "this destruction, we must take it on the evidence, was without the fault of either party, and was so complete that in consequence the concerts could not be given as intended... the destruction of the person or thing shall excuse the performance; but that excuse is by law implied, because from the nature of the contract it is apparent that the parties contracted on the basis of the continued of existence of the particular person or chattel."³²

Omöjlighet eller otillgänglighet beträffande vad som ska presteras eller med avseende på det kommersiella ändamålet med avtalet kan också vara relevant i sammanhanget.³³

Skulle en myndighetsorder om att stänga icke-essentiell verksamhet innebära en ursäkt med avseende på utebliven avtalsprestation på grund av omöjlighet? Som framgår ovan i anslutning till omöjlighet eller olaglighet skulle detta kunna vara fallet. En part skulle m.a.o. möjligen kunna åberopa frustration, om den tvingades att uppskjuta affärsoperationer till följd av en sådan order. Dock gäller, att om parten kan falla tillbaka på möjligheten att uppfylla i en annan jurisdiktion eller prestera genom användning av en annan metod eller leverantör då räcker det inte att hänvisa till frustration, även om alternativförfarandet skulle vara dyrare. På samma sätt gäller, att om ordern var av tillfällig karaktär, blir inte uppfyllelsen omöjlig med mindre än att exempelvis tiden för prestation var en viktig del av avtalet.

Vanligen måste ett dröjsmål vara mycket betydande (beroende på orsak, effekt eller varaktighet) för att läran om frustration ska kunna tillämpas. I *Pioneer Shipping Ltd. v. B.T.P. Tioxide Ltd. (The Nema)* uttalades bl.a.:

³² 122 E.R. 309. Se också *Appleby v. Morris* (1866-67) L.R.2C.P. 651, där domstolen bl.a. uttalade, att "where, as in the present case, the premises are destroyed without fault on either side, it is a misfortune equally affecting both parties; excusing both from further performance of the contract, but giving a cause of action to neither."

³³ Se också t.ex. *Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd.* (1874) 10 Common Pleas 125, där domstolen kom fram till att ett avtal blivit frustrerat, eftersom "a voyage undertaken after the ship was sufficiently repaired would have been a different voyagedifferent as a different adventure."

”... it is often necessary to wait upon events in order to see whether the delay already suffered and the prospects of further delay from that cause, will make any ultimate performance of the relevant contractual obligations ‘radically different’ ...from that which was undertaken by the contract. But, as has often been said, businessmen must not be required to await events too long. They are entitled to know where they stand. Whether or not the delay is such as to bring about frustration must be a question to be determined by an informed judgment based upon all the evidence of what has occurred and what is likely thereafter to occur. Often it will be a question of degree whether the effect of delay suffered, and likely to be suffered, will be such as to bring about frustration of the particular adventure in question.”³⁴

En annan fråga som i sammanhanget kan bli relevant är, huruvida part kan åberopa annans uteblivna prestation (t.ex. en nyckelleverantör) för att undvika sitt eget ansvar? Svaret på den frågan är generellt nekande. Den omständigheten att leverantören inte kan göra godset tillgängligt, varigenom det blir omöjligt för säljaren att prestera har ansetts inte i sig själv vara tillräckligt för att frustrera avtalet.³⁵ Säljaren anses normalt ansvarig för risken av att godset inte levereras i enlighet med de tillänkta utgångspunkterna för leveransen. Om det finns andra möjligheter för att erhålla leverans kommer det också att väga till nackdel.

5. Några rättsfall avseende tolkningen av force majeure-klausuler i här relevant sammanhang

Även om engelska domstolar varit försiktiga, när det gäller användningen av doktrinen om frustration finns det således ett antal exempel, där läran tillämpats. Part, som vill ha bättre och mera förutsebart skydd vid ändrade förhållanden av olika slag, bör dock se till att avtalet innehåller bestämmelser, som tillräckligt detaljerat preciserar under vilka omständigheter part ska befrias från sin prestationsskyldighet eller medges uppskov med denna.

Inledningsvis bör då påpekas, att en uttrycklig force majeure-klausul i det avtal som täcker den berörda händelsen, gör att avtalsbestämmelsen blir tillämplig framför frustration-doktrinen.³⁶ Utgångspunkten för formuleringen

³⁴ [1981] 3 W.L.R. 292.

³⁵ Så t.ex. *CTI Group Inc. v. Transclear S.A.* [2008] EWCA Civ. 856.

³⁶ T.ex. *Joseph Constantine SS Line Ltd. v. Imperials Smelting Corp. Ltd* [1942] AC 154. 163, se *6 Chitty on contracts* 23-001.

av en force majeure-bestämmelse är alltså, att den täcker konsekvenserna av händelser utom parts kontroll antingen med avseende på den ena parten eller på båda. Typiskt kräver en sådan avtalsbestämmelse kausalitet mellan händelsen och genomförandet och därvid också klargör konsekvensen av händelsen beträffande parternas avtalskyldigheter. Händelsen kan då leda till att avtalet upphör, att utebliven prestation (helt eller delvis) befriar part från prestationsskyldighet, eller medger part uppskov med avseende på utförande av prestationen.

Utgångspunkten för utformningen och användningen av sådana force majeure-klausuler är normalt, att den part som åberopar force majeure-omständigheter har bevisbördan för att företeelsen föreligger, och normalt innefattas då i avtalsbestämmelsen ett antal omständigheter, som

- att en särskild specificerad händelse har inträffat;
- att händelsen inte var förutsedd eller förutsebar då avtalet ingicks;
- att händelsen har medfört ett hinder eller en försening vid genomförandet av avtalet;
- att effekten av händelsen var utanför partens kontroll; och
- att part, som åberopar bestämmelsen, inte skäligen kunnat vidta några åtgärder varigenom händelsen eller dess effekter skulle ha kunnat undvikas.

I det nu diskuterade sammanhanget är utgångspunkten för diskussionen i första hand utbrottet av Coronapandemin och dess påverkan på ingångna avtalsförhållanden. Vissa särskilda omständigheter kan då särskilt ha betydelse:

Typen av force majeure-omständighet

Det är inte vanligt, men inte heller uteslutet, att en force majeure-klausul hänvisar till "pandemic" eller "epidemic" ev. med en uttrycklig referens till WHO-klassifikationer. Däremot förekommer i de flesta force majeure-klausuler "Act of God", ibland vissa sjukdomsomständigheter som en ursäktsgrund. Sannolikt skulle pandemin kunna fall under något av dessa begrepp, men avtalsbestämmelsen blir tydligare om den utgår från uttrycket karantän, något som förekommer i vissa avtal.

Beyond a party’s reasonable control

Vanligen avslutas en force majeure bestämmelse med uttrycket ”or any other event beyond the party’s reasonable control”, ett uttryck som sannolikt skulle anses omfatta COVID 19. I *Tandrin Aviation Holdings v. Aereo Toy Store LLC* fanns domstolen, att en säljare, som inte kunde leverera ett flygplan i tid till följd av en pandemi, i vart fall kunde förlita sig på en force majeure-klausul som bl.a. innefattade ”any other cause beyond the seller’s reasonable control.”³⁷

Orsak: effekt med avseende på fullgörelsen

När man väl etablerat att en force majeure-händelse inträffat gäller det att fastställa om och i vilket avseende händelsen har effekt beträffande prestationen. När det i avtalsbestämmelsen sägs att part är befriad från prestationsskyldighet och/eller ansvar, ifall part förhindrats (”prevented”) från att fullgöra sitt åtagande eller ”unable” att fullgöra, är det nödvändigt att fastställa om fysisk eller juridisk omöjlighet föreligger. Det räcker inte att prestationen blivit svårare eller dyrare att genomföra.

I fallet *PJ van der Zijden Wildhandel NV v. Trucker & Cross Ltd*³⁸ ansågs inte säljaren berättigad att säga upp ett avtal, i vilket det föreskrevs ”should the sellers fail to deliver or effect shipment in time by reason of war, ... fire or storm... or any other cause beyond their control.” Säljaren hade blivit lurad av sina kinesiska leverantörer, men detta hindrade inte att de skulle kunna leverera med andra medel. Om det å andra sidan inte skulle ha varit möjligt att leverera med en annan metod, sedan den ursprungliga eller avsedda uppfyllelsemetoden blivit omöjlig, så skulle detta ha utgjort en force majeure-händelse.

En åtskillnad kan göras mellan att uppfyllelse hindras eller försenas av en force majeure-händelse. I fallet *Tennants (Lancashire) Ltd v. CS Wilson & Co*³⁹ gav en klausul i ett köpavtal avseende magnesiumklorid säljaren rätt att skjuta upp skyldigheten att leverera med avseende på händelser utanför dess kontroll ”preventing or hindering the manufacture or delivery of the article”. Till följd av utbrottet av det första världskriget avskars säljarens primära källa

³⁷ [2010] 2 Lloyd’s Rep. 668. I fallet *The Crudesky* [2014] 1 Lloyd’s Rep. 1 ansågs däremot underlåtenhet att införskaffa ”loading clearance” inte falla inom ramen för ”beyond the reasonable control”.

³⁸ [1975] 2 Lloyd’s Rep. 240.

³⁹ [1917] A.C.495.

för leverans i Tyskland. Även om det fanns möjlighet att få tag på varan i England kunde säljaren förlita sig på klausulen. Om man sätter detta i relation till Coronaepidemin så skulle ett multinationellt exportförbud som en följd av epidemin inte eliminera alla möjliga leveranskällor för att potentiellt ”hinder” genomförandet av säljavtalet.

Hur ska man se på den situationen att pandemin hindrar uppfyllelse, men part oberoende av detta inte skulle ha kunnat fullgöra?

Om part till följd av finansiella svårigheter inte skulle kunna fullgöra sitt åtagande utan åberopar force majeure till följd av exempelvis en pandemi, kan part då förlita sig på force majeure-klausulen? En sådan situation förelåg i *Classic Maritime v. Limbungan Makmur Sdn Bhd*.⁴⁰ Här rörde det sig om ett långfristigt transportkontrakt (COA) för transport av brasiliansk järnmalm.

Enligt den aktuella force majeure-bestämmelsen undantogs ansvar för förlust eller skada ”resulting from” ett antal specificerade händelser, inkl. en som ”directly affect the performance of either party.” Till följd av ett dammbrott omintetgjordes möjligheten att fullgöra avtalet. Den part, som inte kunde uppfylla sina avtalskyldigheter hade till följd av finansiella svårigheter missat flera skeppningar före den aktuella skeppningen och ansågs inte kunna förlita sig på force majeure-bestämmelsen, eftersom fullgörelse ändå inte skulle ha kunnat ske.

Detta fall står i motsättning till *Bremer Handelsgesellschaft v. Vanden Avenne-Izegem PVBA*, där den aktuella force majeure-klausulen ansågs innebära, att den berörda delen av kontraktet skulle upphöra. House of Lords ansåg, att det inte fanns någon ”but for” kausalitet, eftersom avtalsklausulen föreskrev att avtalet automatiskt skulle upphöra. Skillnaden i utgång mellan de båda fallen visar på betydelsen av avtalsbestämmelsens utformning.

Undvikande/minskning av skada

Existensen av skäligen mått och steg som den icke-uppfyllande parten kunde ha tagit för att undvika eller minska av en force majeure-händelse utesluter möjligheten att förlita sig på klausulen. För att ta exemplet ovan med en hamn, som stängs till följd av COVID-19, som påverkar befolkningen förhindrar användningen av den vanliga vägen för leverans av gods till köparen. Om det hade varit möjligt att leverera till ett grannland, vars hamn

⁴⁰ [2019] EWCA Civ 1102.

fortfarande var öppen och sedan transportera godset med järnväg eller väg till leveransplatsen, då skulle det inte vara möjligt att återropa force majeure.

Vissa avtal går längre, som t.ex. i fallet *Seadrill Ghana Operations Ltd v. Tullow Ghana Ltd*, där det fanns en uttrycklig men inte särskilt vanlig bestämmelse, som krävde av parterna att de skulle ”use their reasonable endeavours to mitigate, avoid, mitigate, circumvent, or overcome the circumstances of force majeure.”⁴¹

Vidare ska här en hänvisning göras till ett rättsfall, där High Court fann, att London-kravallerna 2011 inte innebar, att Sony (svaranden) kunde förlita sig på en force majeure-klausul, eftersom man inte vidtagit tillräckliga skyddsåtgärder.⁴²

Effekten av Coronapandemin kan innebära, att betydelsen av precisa ord som ”prevent” eller ”hinder” i individuella fall kan komma att ha betydelse med hänsyn till omständigheterna.

Även fallet *Fibula Air Travel SrL v. Just-Us Air Srl* kan tjäna som en illustration beträffande innebörden av en force majeure-klausul avseende en s.k. *wetlease* av ett flygplan.⁴³

6. Några avslutande synpunkter

Det finns vissa skillnader mellan engelsk och svensk rätt vad gäller ändrade förhållanden i kommersiella avtalsrelationer. I svensk rätt har en domstol med avseende på tvister av detta slag flera möjligheter att ingripa i avtalsförhållandet. Även om engelsk rätt inte längre på samma sätt som tidigare innebär att ett avtal medför en absolut skyldighet att prestera, är möjligheten för domstol att ingripa med användning av frustration-doktrinen betydligt mer begränsad. Det är därför betydelsefullt att parterna i avtalet intar särskilda bestämmelser som mjukar upp prestationsskyldigheten. Detta sker också regelmässigt genom olika avtalsbestämmelser. I sammanhanget kan hänvisning göras till ICC Force Majeure Clause (Long Form) 2020 i kl. 3 (e) endast presumerar, att en epidemi utgör en force majeureomständighet men inte täcker pandemier av typ COVID-19.

Med hänsyn till den pågående Coronapandemin innebär nya avtalsförhållanden, att avtalsskrivaren bör fundera över utformningen av force majeure-klausuler, så att de täcker de olika omständigheter, som kan ha betydelse i

⁴¹ [2018] 2 Lloyd’s Rep. 628.

⁴² 2 *Entertain Video Ltd. v. Sony DADC Europe Limited* [2020] EWHC 972 (TCC).

⁴³ [2020] 10 WLUK 415. Wetlease avser uthyrning av flygplan med besättning.

sammanhanget. Genomgången ovan indikerar, att vissa avtalsbestämmelser inte är tillräckligt precisa för att olika nyanser ska fångas in, och uppenbart är, att pandemin nu inte längre är att anse som oförutsedd och att effekterna inte längre är omöjliga att hindra.

Parterna bör fundera över vad de önskar uppnå med force majeure-bestämmelsen. Den bör således beskriva de omständigheter, som kan ursäkra bristande uppfyllelse, bestämma utlösande faktorer, kausalitet, kausalitets-effekt, men vidare huruvida effekten av händelsen kunde ha undvikits, samt ev. krav på notis och bestämmande av konsekvenser av händelsen (avtalet upphör, eller kravet på prestation uppskjuts) samt huruvida bestämmelsen ska gälla båda parter eller endast den ena.