

**Delphi**

# **IT-avtal och corona – särskilt om force majeure**

**Agne Lindberg / Partner / Advokat, Felix Makarowski / Associate &  
Asta Schultz / Associate**



# IT-avtal och corona – särskilt om force majeure

Agne Lindberg / Partner / Advokat, Felix Makarowski / Associate & Asta Schultz / Associate

**Spridningen av coronaviruset och utbrottet av Covid-19 har fått stor påverkan på både människor och företag. För att begränsa spridning av viruset har restriktioner av olika grad införts av såväl myndigheter som privata organisationer. I skrivande stund har flera länder stängt sina gränser, människor rekommenderas att undvika fysiska möten och fler butiker och kontor stänger allt eftersom. Följden är att många affärsverksamheter blir lidande, vilket i sin tur kan påverka möjligheterna att prestera i enlighet med ingångna avtal.**

Frågorna om Coronavirusets inverkan på avtalsrelationer är många och i denna artikel redogör vi för några legala frågor som uppstår i samband med IT- och outsourcingavtal och ger strategiska tips på hur leverantörer och kunder kan förbereda sig för situationer som uppkommer med anledning av Coronaviruset.

## Identifiera potentiella affärsrisker

Inledningsvis är det en bra idé att se över de resurser som används för att driva er verksamhet i form av samarbetspartners, nyckelresurser (inklusive personal) samt leverantörer av varor och tjänster, för att sedan fundera på hur dessa kan komma att påverkas av den

rådande situationen. Särskilt bör följande situationer uppmärksammas:

- om tjänster tillhandahålls eller levereras från, till eller genom plats som har påverkats av eller är föremål för restriktioner;
- om varor (exempelvis komponenter eller annan utrustning) måste transporteras genom en riskzon eller genom land som har genomfört kontroller eller begränsningar av transporter inom eller över dess gränser;
- om det finns planerade eller förväntade behov av betydande möten, konferenser eller grupperingar som kan leda till ökad risk för smitta;
- om det föreligger restriktioner för anställda hos kund och/eller leverantör att ta sig till arbetsplatsen; och
- om underleverantörer eller andra aktörer i leveranskedjan påverkas av Coronaviruset, och effekterna av detta.

## Granska befintliga avtal

När relevanta affärsrisker har identifierats bör avtalen för relevanta tjänster ses över för att se hur riskerna kan

hanteras med hjälp av avtalen. En sådan bedömning bör förslagsvis ha sin utgångspunkt i de punkter som framgår nedan.

## Force majeure-klausuler

Force majeure definieras generellt sett som oförutsebara, extraordinära händelser som är utanför en parts kontroll och som förhindrar parten att fullgöra sina åtaganden. Det finns ingen legaldefinition i svensk rätt avseende force majeure, men paralleller kan göras med det köprättsliga kontrollansvaret i 27 § Köplagen (1990:931) rörande säljarens möjlighet att undgå skadestånd vid dröjsmål, om säljaren visar att dröjsmålet beror på ett hinder utanför hans kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följd han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit. En liknande bestämmelse finns i artikel 79 i CISG som är FN:s konvention angående avtal om internationella köp av varor. Den köprättsliga regleringen bygger således på att man är befriad från påföljder. Det är även möjligt att avtal om befrielse från fullgörelse av prestation, som alltså är en längre gående konsekvens av force majeure händelsen.

Utgångspunkten vid bedömning om force majeure föreligger är således vad som regleras i avtalet. Force majeure-klausuler kan vara generellt skrivna eller mer detaljerade i form av en uppräknning av ett antal händelser. Vår uppfattning är att få force majeure-klausuler inkluderar situationer som epidemier, pandemier och allmänfarliga folkhälsosjukdomar. Det är därför av extra vikt att undersöka om klausulen är generellt skriven eller om den är konstruerad som en uppräknning av situationer som ska utgöra force majeure. I det senare fallet finns det risk för att klausulen kommer att tolkas mycket restriktivt eller till och med som en uttömmande beskrivning. Det finns inget generellt svar på huruvida Coronaviruset kvalificeras som force majeure. Själva epidemin nog får anses var en händelse utom en partskontroll, men att det inte är säkert att orsakssambandet är så tydligt att den omständighet som omöjliggör fullgörelse är att anse som orsakad av epidemin utan att det kan finnas konkurrerande orsaker. Följande omständigheter bör dock beaktas:

- Klausulens ordalydelse – Force majeure-

klausuler tolkas i regel restriktivt, därför är ordalydelsen viktig. I fall av Coronaviruset är det viktigt att se över om klausulen innehåller en formulering som kan inkludera viruset, så som epidemi, pandemi, ingripande myndighetsbeslut eller liknande. Det kan också vara av betydelse att se om klausulen är restriktivt formulerad, eller om den kan tolkas brett.

- Ordalydelsen kan ta sikte på befrielse från påföljd (köplagens modell) och befrielse från fullgörelse av prestation (en utvidgad modell).

- Tillämplig lag – Om avtalet är av internationell karaktär är det viktigt att kontrollera vilken lag som är tillämplig eftersom tillämpningen av force majeure kan variera mellan olika jurisdiktioner.

- Underliggande orsaker till hinder – Sådana orsaker kan vara sjukdom hos nyckelanställd, en underleverantör som slutar leverera, eller avsaknad av transportmöjligheter. Interna policies är dock sällan grund för force majeure.

- Förekomst av oöverkomligt hinder – Ett konkret hinder ska föreligga, till exempel svårigheter att leverera en tjänst eller en vara. Enbart ökade kostnader är oftast inte tillräckligt. Många IT-avtal rörande tjänster innehåller långtgående regleringar om kontinuitetsplaner, s k Business Continuity Plans och Disaster Recovery åtgärder. Om en leveransproblematik kan lösas genom att exekvera åtgärder som framgår av en sådan plan som är en del av avtalet, är det vår uppfattning att det normalt inte föreligger force majeure. Se vidare nedan om dessa planer.

- Möjlighet att mildra effekten – Har den åberopande parten möjlighet att mildra effekten genom att t.ex. använda andra underleverantörer eller vidta andra åtgärder.

- Om anmälningsplikten är uppfylld – För att åberopa en force majeure-klausul krävs vanligen att man inom viss tid skriftligen meddelar

motparten att force majeure föreligger, annars kan rätten att åberopa en befrielsegrund förloras. Notera vilka krav som regleras i klausulen.

Vilka konsekvenser som följer av att en part åberopar force majeure beror på force majeure-klausulens ordalydelse. Vanliga konsekvenser är att en part helt eller delvis befrias från ansvar, eller ges möjlighet att senarelägga leverans av tjänster eller varor. Det kan också finnas bestämmelser som ger en part möjlighet att säga upp avtalet helt eller delvis, ofta om force majeure föreligger under längre tid. Båda parter bör således överväga konsekvenserna av att åberopa force majeure i form av att motparten ges en möjlighet att säga upp avtalet i förtid eller häva detsamma. En force majeure-klausul kan också ge rätt till omförhandling under vissa omständigheter, om inte parterna själva kan samarbeta för att nå en lösning. Noterbart är att befrielsegrunder ofta är av tillfällig karaktär och så snart omständigheten som ligger till grund för force majeure upphör, ska också befrielsegrunden upphöra.

Det är alltså möjligt, men inte självklart, att Coronaviruset och framför allt de åtgärder som myndigheter beslutar om kan utgöra force majeure. Det är därför viktigt att agera proaktivt och granska redan ingångna avtal för att förbereda sig på eventuella situationer som kan uppstå, oavsett om man befinner sig på kund eller leverantörssidan.

Utöver de strikta force majeure-klausulerna finns det andra klausuler och regleringar i avtalet som kommer att vara av betydelse. Ett exempel på detta är ansvarsregleringen, som kan innehålla förutsättningar för skadeståndsansvar. Det förekommer att IT-avtal anger vårdslöshet som en förutsättning för ansvar. Coronaviruset och dess konsekvenser kan då leda till slutsatsen att skadan inte orsakats av vårdslöshet.

#### Identifiera risker hos underleverantörer

Förutom att överväga hur en leverantörs förmåga att prestera kan påverkas av Coronaviruset bör man också fundera på vilka effekter det kan få i leveranskedjan, särskilt i de avtalsrelationer där en leverantör använder

sig av underleverantörer. Det är till exempel vanligt att man har en plattformsleverantör för en IT-driftstjänst. När force majeure föreligger kan detta påverka en underleverantörs möjlighet att uppfylla sina förpliktelser enligt avtalet, vilket i sin tur kan påverka leverantörens möjligheter att uppfylla sina åtaganden. Bestämmelser om underleverantörer bör därför ses över i relevanta avtal, särskilt outsourcingavtal, för att bland annat säkerställa vilka möjligheter som finns i form av revision och transparens, undersöka vilken rätt en kund kan ha att kräva att en underleverantör byts ut och säkerställa vilket ansvar leverantören har för underleverantörer. Viktigt att tänka på är att följa eventuell formalia- och notifieringskrav som finns i avtalet samt att dokumentera de ändringar som görs enligt den ändringsprocess som följer av avtalet.

I vissa fall, till exempel då kunden står under Finansinspektionens tillsyn och lyder under EBA:s riktlinjer om outsourcing, kan det enligt regulatoriska krav krävas att kunden godkänner byte av underleverantör. I sådana fall måste leverantören be om kundens godkännande innan leverantören byter underleverantör. Om kunden i dessa fall inte godkänner bytet av underleverantör kan det bli svårt för kunden att kräva ansvar av leverantören om leverantören inte kan fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet. Även utan ett sådant regulatoriskt krav är det inte ovanligt med avtalsregleringar som förutsätter ett godkännande för byte eller införande av ny underleverantör.

#### Kundens flexibilitet i avtalet

I händelse av force majeure kan en kund önska minska eller öka sina beställningsvolymerna eller i övrigt ändra omfattningen på tjänsterna. Kunden måste då följa den reglerade processen för detta – om sådana möjligheter finns i avtalet. Det kan till exempel finnas krav på viss notifieringstid, prisbestämmelser, eller möjlighet för leverantören att neka sådan ändring. Vidare bör möjligheterna att säga upp avtalet om förutsättningarna har ändrats i och med den rådande situationen övervägas och bedömas. Exempelvis bör en analys göras av vilka uppsägningsregler som gäller och särskilt om ”termination for convenience” är ett alternativ, d v s att

det finns en rätt för en part att säga upp utan att ange något särskilt skäl. Analysen bör inkludera identifiering om möjlighet och vad det kostar att säga upp avtalet och vilken uppsägningstid som råder. Det kan också vara bra att fundera över vad som gäller när avtalet väl sägs upp, finns det en tydlig överföringsassistent (eng. ”Exit Management”) och hur ska överföring av data och liknande hanteras?

#### Se över kontinuitetsplaner

Ibland innehåller IT-avtal, och särskilt tjänsteavtal, krav på leverantören att denne ska implementera så kallade business continuity-planer och/eller disaster recovery-planer (BC/DR-planer). Sådana planer innehåller åtgärder för hur leverans av varor eller tjänster ska kunna fortgå vid leveransproblem och särskilda akuta händelser. Dessa kan innefatta olika typer av servicenivåer och krav på åtgärder. Sådana kan vara en skyldighet att tillhandahålla alternativa leveransvägar och källor om leverans rör fysiskt gods (t.ex. komponenter inom IT-verksamhet), tillhandahålla back up-siter vid drifts- och lagringstjänster eller möjlighet att kunna flytta produktionen från en anläggning till en annan. Ett problem som vi noterar är att planer kan innehålla reglering om alternativa produktionsplatser, men att dessa är i samma land. Ett lands totala ”lock-down” löses då inte genom kontinuitetsplanen utan andra alternativ måste övervägas och överenskommas.

Kontinuitetsplaner kan även innehålla så kallade Recovery Time Objectives (RTO) som reglerar tidsintervallet för hur snabbt en åtgärd ska vidtas för tjänst som påverkas av force majeure. Därutöver måste omständigheter för när DC/DR-planer ska aktiveras regleras. Ska det krävas notifiering eller sker det automatisk vid händelse av force majeure? Här kan det vara av vikt att vara särskilt uppmärksam på om epidemier och/eller pandemier inkluderas, som diskuteras ovan angående force majeure. Det är också viktigt att i avtalet belysa förhållandet mellan leverantörens skyldighet att implementera BD/DR-planer och eventuell ansvarsbefrielse med anledning av force majeure.

Vidare måste beaktas om den särskilda situationen kan innebära ett utlämnandekrav av deponerad källkod under ett Escrow-avtal, d v s ett depositionsavtal som förekommer bland annat för källkoder till programvara. Det är inte helt ovanligt att kunden har rätt att ta del av källkod vid utebliven leverans, men återigen beror det på vad som står reglerat i avtalet.

#### Se över möjligheter till självhjälp och Step-in rättigheter

IT-avtal och särskilt tjänsteavtal kan också innehålla så kallade step-in rättigheter. Dessa rättigheter gör det möjligt för kunden, alternativt den kunden utser, att ”kliva in” och använda sina egna resurser för att fullgöra leverantörens förpliktelser enligt avtalet – exempelvis leverans av tjänster – ifall leverantören inte själv kan fullgöra sina förpliktelser. Step-in-klausuler i avtalet måste granskas för att fastställa huruvida Coronavirusets påverkan på leveransen ger kunden rätt att kliva in och själv ta över fullgörandet av leverantörens förpliktelser. Vidare måste beaktas vilka konsekvenser en sådan process kan komma att få, särskilt i fråga om vem som är fortsatt ansvarig för avtalsbrott och vem som ska betala eventuella extrakostnader som kan komma att uppstå. Om detta inte är reglerat är vår rekommendation att försöka hitta alternativa sätt att komma runt leverantörens tillfälliga oförmåga att fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet. Dessutom bör Step out-processen fastställas eller granskas, så att båda parter vet vad som gäller när den temporära situationen är förbi.

#### Avslutande kommentar

Coronaviruset har redan fått, och väntas fortsatt få en stor påverkan på företag och människor nationellt såväl som internationellt. Det råder nu stor osäkerhet på marknaden och för att på bästa sätt rusta sig mot denna gäller det att försöka identifiera bästa möjliga handlingsalternativ. Det är av stor vikt att förstå den potentiella påverkan Coronaviruset kan ha på era rättigheter och skyldigheter i olika typer av IT-avtal. Dels i de avtal som redan finns på plats, dels i de avtal som håller på att förhandlas. För att skydda sig och hantera

en svår situation på bästa sätt rekommenderar vi att ni börjar med att identifiera potentiella affärsrisker i er verksamhet för att sedan granska tillhörande avtal med utgångspunkt i de punkter som tagits upp ovan.

### **Checklista**

Nedan har vi sammanfattat några av de frågor man bör ställa sig som kund respektive leverantör i form av en checklista.

#### **Praktiska tips för kunder**

- Identifiera viktiga affärsrelationer och fundera på hur rådande situation kan påverka era leverantörer och deras förmåga att leverera.
- Förbered er genom att granska befintliga avtal med relevanta leverantörer och fundera särskilt på om avtalet innehåller en force majeure-klausul och hur denna är formulerad. Är den generellt eller snävt utformad? Finns det en notifieringsskyldighet?
- Dokumentera eventuell bristfällig leverans och konsekvenser. Försök i möjligaste mån att begränsa uppkommen skada.
- Har ni rätt att hålla inne betalningen?
- Vilken flexibilitet har ni enligt avtalet, kan ni t.ex. öka eller minska era beställningsvolymerna eller i övrigt ändra omfattningen på tjänsterna?
- Granska eventuella möjligheter att säga upp avtalet. Vilken uppsägningstid föreligger? Vad kostar det?
- Fundera på vilka effekter rådande situation kan få i leveranskedjan, särskilt i avtalsrelationer där en leverantör använder sig av underleverantörer. Vilka möjligheter finns det att byta ut dessa?
- Fundera på möjligheterna att påkalla business continuity-planer och/eller disaster recovery-planer. Vad krävs? Vilka skyldigheter har leverantören?

#### **Praktiska tips för leverantörer**

- Fundera på vilka hinder för att prestera ni kan komma att möta och vilka kunder som berörs.
- Granska relevanta kundavtal och fundera särskilt på om avtalet innehåller en force majeure-klausul och hur denna i så fall är formulerad. Är den generellt eller snävt utformad? Hur bör ni agera vid force majeure, uppfyller ni de formella avtalskraven (t.ex. notifieringskrav)?
- Ta reda på den underliggande orsaken till leveransproblemet/förseningarna i syfte att se sambandet mellan orsak och verkan – granska faktaomständigheterna.

#### **Kontakt**

Agne Lindberg / Partner / Advokat  
agne.lindberg@delphi.se

Felix Makarowski / Associate  
felix.makarowski@delphi.se

Asta Schultz  
asta.schultz@delphi.se