

Tilleggsnotat

Vurdering av diverse problemstillinger som følge av koronapandemien

1. Innledning

Advokatfirmaet Føyen Torkildsen AS vurderte i notat datert 17. mars 2020 (Notatet) utvalgte problemstillinger som følge av den pågående pandemien med korona-/Covid-19 viruset (Koronapandemien).

Bakgrunnen for Notatet var at regjeringen den 12. mars 2020 iverksatte en rekke tiltak i et forsøk på å bekjempe Koronapandemien. Tiltakene er de sterkeste og mest inngripende vi har hatt i Norge i fredstid og innebar at en rekke virksomheter midlertidig ble stengt ned. Etter en mer normalisert sommer, er Norge nå i sin andre smittebølge som har resultert i nye innstramminger og tiltak både nasjonalt og regionalt plan. Den senere tids smitteutvikling og innstramminger i tiltak, har kastet store deler av næringslivet tilbake til marstilstander.

I samarbeid med Advokatfirmaet Føyen Torkildsen AS gjøres med dette en fornyet vurdering basert på dagens situasjon.

Vurderingene er primært basert på leiekontrakter inngått før Koronapandemien ble kjent, men er også relevante for leiekontrakter som er inngått eller reforhandlet etter Koronapandemien ble kjent. Dersom leiekontraktens endring kun omfatter ny leieperiode og nytt leiebeløp, vil punkt 2 om risikofordeling og punkt 3.1 som primært gjelder driftsproblemer være relevant. Dersom endringen også omfatter rehabilitering av leieobjektet som leietaker allerede besitter, utvidelse av areal eller andre ombygginger, vil også punkt 3.2 nedenfor være relevant.

Problemstillingene som ble vurdert i Notatet og som i dette tilleggsnotat er gjenstand for en fornyet vurdering er som følger:

1. Hvem har risikoen for vedtak om midlertidig stenging av leietakers virksomhet (punkt 2)
2. Hva er leietakers krav dersom utleier ikke kan stille leieobjektet til disposisjon som avtalt (punkt 3)
3. Hvem har ansvaret når myndighetene stenger byggeplassen (punkt 4)

2. Risiko for vedtak om midlertidig stenging av leietakers virksomhet

I mars fattet Helsedirektoratet vedtak om stenging av en rekke virksomheter. Dette var nasjonale stengningsvedtak. I november innførte regjeringen igjen inngripende nasjonale smitteverntiltak. I tillegg la regjeringen opp til flere tiltak som kommuner i bo- og arbeidsregioner med stort smittetrykk burde vurdere å innføre, herunder å stenge eller begrense virksomheter og aktiviteter som har stort potensial for smittespredning. Flere kommuner har fulgt opp dette og innført mer inngripende lokale tiltak. Oslo kommune har blant annet med virkning fra 10. november vedtatt at en rekke offentlige

steder og virksomheter der det foregår kultur-, underholdnings- eller fritidsaktiviteter som samler mennesker innendørs skal holde midlertidig stengt. Dette omfatter blant annet treningssentre, museer, kino, teater, konsertsteder, bingo- og bowlinghaller, spillehaller, lekeland, svømmehaller, spaanlegg og hotellbasseng. I tillegg vedtok Oslo kommune antallsbegrensning i butikker og på kjøpesentre. Både de nasjonale vedtakene i mars og de lokale vedtakene i november er truffet med hjemmel i smittevernloven § 4-1. Oslo kommunes stengningsvedtak er rettet mot virksomheten og skal i første omgang gjelde i minst tre uker.

2.1. Vurdering basert husleielovens regler og standard leieavtale

Spørsmålet er om myndighetenes vedtak om stenging av virksomhet representerer en mangel i form av brukshindring som gir leietaker krav på misligholdsbeføyelser, eksempelvis leieavslag.

I Notatet konkluderte vi med at myndighetenes vedtak om midlertidig stenging av leietakers virksomhet ikke utgjør en mangel ved leieobjektet, verken etter husleielovens regler eller standard leieavtale for næringslokaler (brakte «som de er») fra Norsk Eiendom/NEF/Forum for Næringsmeglere (Standard leieavtale). Dette innebærer at leietaker ikke kan kreve leieavslag eller gjøre gjeldende andre misligholdsbeføyelser på disse grunnlag. Leietaker bærer som utgangspunkt selv risikoen for et generelt forbud mot å bedrive en bestemt form for virksomhet. Det er ingenting med dagens situasjon som innebærer at konklusjonen på dette spørsmålet er annerledes i dag. Dette gjelder leiekontrakter inngått både før og etter Koronapandemien ble kjent.

2.2. Vurdering basert på force majeure

I Notatet konkluderte vi med at Koronapandemien og tilhørende tiltak ikke er en force majeure begivenhet som begrunner bortfall/reduksjon av leietakers betalingsforpliktelse. Selv om leietaker ikke kan bebreides eller forutse en omsetningssvikt, kan ikke pengemangel gi grunnlag for å overføre risikoen på utleier, som til tross for en force majeure begivenhet, oppfyller sine kontraktsforpliktelser. Konklusjonen i Notatet står seg fortsatt selv om situasjonen er blitt mer langvarig. Dette gjelder leiekontrakter inngått både før og etter Koronapandemien ble kjent.

2.3. Vurdering basert på læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 og den ulovfestede læren om bristende forutsetninger er til dels overlappende rettslige grunnlag. Spørsmålet om det er grunnlag for avtalerevisjon som følge av pålegg om stenging i forbindelse med Koronapandemien, må vurderes konkret for hvert enkelt leieforhold, hvor blant annet påleggets varighet og størrelsen på leietakers omsetningstap blant annet vil være sentrale vurderingsmomenter. Det samme gjelder vedtak som begrenser leietakers virksomhet.

I Notatet konkluderte vi med at det er en meget høy terskel for å endre eller tilsidesette en avtale på grunn av forhold som har endret seg etter at avtalen ble inngått, men at det likevel ikke kan utelukkes at enkelte leietakere etter omstendighetene og en individuell vurdering, vil kunne ha krav på lemping av avtalevilkårene. Herunder kan lemping av leiesum og betalingsbetingelser være aktuelt. Dette gjelder særlig dersom situasjonen blir vedvarende.

Vedtakene om midlertidig stenging omtalt ovenfor er gjort gjeldende for Oslo for en tre ukersperiode og en slik kortvarig stenging kan etter vår vurdering ikke gi grunnlag for avtalerevisjon. Det er imidlertid påregnelig at tiltakene vil bli forlenget. I tillegg er det enkelte virksomheter som ble pålagt å stenge ved vedtak tidligere i høst eller som er omfattet av vedtak som setter til dels kraftige begrensninger for leietakers virksomhet. Eksempelvis vedtok Oslo kommune ved tiltakspakke 1 i

september et forbud mot innendørs arrangementer med mer enn 50 deltakere uten faste sitteplasser og ved tiltakspakke 2 i oktober ble begrensning av deltagere på alle innendørs arrangementer uten fast seteplassering satt ned fra 50 til 20 personer. Det må også tas i betraktning at flere virksomheter ble nedstengt i en periode i forbindelse med den første smittebølgen våren 2020, samt at enkelte virksomheter har vært nedstengt eller pålagt begrensninger sammenhengende siden de ble nedstengt i mars 2020. Vurderingen kan således slå ulikt ut for ulike bransjer og for den enkelte leietaker.

Bransjer som hotell, servering og eventbransjen har i varierende grad og tid vært underlagt myndighetspålagte begrensninger for sin virksomhet. Dette har medført omsetningsnedgang og kostnadsøkninger. At det blir økonomisk mer byrdefullt å oppfylle kontraktsforpliktelsen er et forhold som kan utgjøre en bristende forutsetning. Men igjen er det viktig å skille mellom tilfeller hvor økonomiske forhold gjør det mer byrdefullt for realdebitor å oppfylle kontraktsforpliktelsen, og pengedebitors betalingsvanskeligheter. Det er førstnevnte tilfeller som er aktuelle som bristende forutsetninger. At omsetningssvikt ikke utgjør en relevant bristende forutsetning samsvarer godt med pengedebitors objektive ansvar for pengemangel, og anvendelsesområde for force majeure som har en nær tilknytning til læren om bristende forutsetninger.

Dagens situasjon innebærer etter vår vurdering at det det er lite sannsynlig at det også nå kan være grunnlag for avtalerevisjon i kommersielle leieforhold. Vi presiserer likevel at det må foretas en konkret vurdering og at det således ikke kan utelukkes at dette kan stille seg annerledes i konkrete leieforhold. Vår vurdering er basert på leiekontrakter inngått før Koronapandemien ble kjent. Terskelen vil være enda høyere for leiekontrakter inngått etter Koronapandemien ble kjent.

3. Leietakers krav dersom utleier ikke kan stille leieobjektet til disposisjon som avtalt

3.1 Utleiers kontraktsforpliktelser i leietiden

Det kan oppstå situasjoner hvor utleier ikke klarer å oppfylle sine kontraktsforpliktelser som følge av Koronapandemien og tilhørende tiltak. Det kan for eksempel dreie seg om svikt i tekniske anlegg som ikke blir rettet i tide grunnet mangel på operativt driftspersonell, eller det kan dreie seg om beslutninger om nedstengning av hele eller deler av leieobjektet for å forebygge spredning av smitte (uten at dette er pålagt gjennom vedtak fra myndighetene) og/eller redusert åpningstid.

I Notatet konkluderte vi med at slike situasjoner kan innebære at det i konkrete leieforhold foreligger en mangel etter husleielovens regler som kan gi leietaker rett til å gjøre gjeldende ulike misligholdsbeføyelser som leieavslag, heving, erstatning og tilbakehold av husleie. Dette beror på en konkret vurdering av den faktiske situasjonen og det konkrete leieforhold. Videre konkluderte vi med at mangelsvurderingen normalt vil bli den samme etter Standard leieavtale. Denne konklusjonen endres ikke av dagens situasjon. Dette gjelder leiekontrakter inngått både før og etter Koronapandemien ble kjent.

3.2 Utleiers kontraktsforpliktelser når leieobjekt skal bygges eller rehabiliteres

Koronapandemien og tilhørende smittevernstiltak kan også medføre forsinket ferdigstilling av leieobjekt som skal bygges eller rehabiliteres. I mange tilfeller kan dette utgjøre en force majeure

situasjon som fritar eller reduserer utleiers forpliktelser eller ansvar. For leieavtaler som er inngått etter Koronapandemien ble kjent, kan den rettslige situasjonen være annerledes.

Ved reforhandling og inngåelse av nye leieavtaler bør det derfor inntas en såkalt koronaklausul som er en bestemmelse som regulerer denne spesielle situasjonen. I tillegg bør utleier nøye vurdere om man ved fastsetting av overtakelsesdato i punkt 7.1 bør legge inn en sikkerhetsmargin for å fange opp eventuelle fremdriftsmessige problemer i prosjektet. Alternativt kan man i punkt 7.1 fastsette at overtakelse skal skje i en angitt periode og at endelig overtakelsesdato skal varsles med en fastsatt frist. I tillegg bør det inntas back-to-back klausul i entrepriseavtalen som utleier inngår med entreprenøren som skal bygge eller rehabilitere leieobjektet. Vi viser til Norsk Eiendoms veileder «Koronaklausul i leiekontrakt» datert 16. november 2020 hvor det er inntatt et konkret forslag til koronaklausul og gitt veiledning til hvordan en slik klausul kan tilpasses den konkrete leiekontrakt som skal inngås.

4. Hvem har ansvaret når myndighetene stenger byggeplassen?

I Notatet konkluderte vi med at Koronapandemien og tilhørende smittevernstiltak kan anses som en force majeure situasjon som kan gi både byggherre og entreprenør krav på fristforlengelse, men ingen av partene kan kreve merkostnader dekket av den annen part. Dette må vurderes konkret og terskelen for å påberope seg force majeure er høy. Videre konkluderte vi med at lempningsregelen i avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger i utgangspunktet også kan påberopes som grunnlag for avtalerevisjon i entrepriseforhold, men terskelen for anvendelse av reglene er generelt meget høy. I tillegg har standardavtalene regler som kan gi ekstraordinær oppsigelsesadgang ved skjerpende force majeure forhold. Vår konklusjon på dette punkt står seg like fullt i lys av dagens situasjon. I relasjon til kontrakter som er inngått før epidemien startet så knytter problemet seg i dagens situasjon særlig til problemstillingen hvor det oppstår en «bølge nummer to» i koronapandemien som vi i løpet av høsten har sett. Dette har vært forutsatt at kunne skje og er et forhold som kan ha betydning i vurderingen av hvilke tiltak en kontraktspart må ta for å overvinne følgene av epidemien.

Det foreligger et sentralt skille mellom avtaler som ble inngått før utbruddet av koronapandemien og avtaler som blir inngått etter. På nåværende tidspunkt har koronapandemien vart over lengre tid, hvilket gjør at entreprenør ved inngåelse av nye avtaler har bedre muligheter for å planlegge avbøtende tiltak for ulempene pandemien medfører. Dette høyner terskelen for hva som skal anses som en force majeure-situasjon sammenlignet med kontrakter som ble inngått før utbruddet av koronapandemien. For avtalene inngått etter vil det kun være en ekstraordinær utvikling av koronapandemien og tiltakene for å begrense denne som kan medføre en force majeure-situasjon, men terskelen for dette er høy.

Vår anbefaling er derfor at partene innarbeider en særskilt klausul i sin kontrakt hvor de regulerer muligheten for fristforlengelse som følge av koronapandemien. Denne klausulen bør ta utgangspunktet i vilkårene i punkt 33.3 i NS 8407, med unntak av at det da ikke skal være et vilkår for fristforlengelse at entreprenøren ikke burde tatt hindringen i betraktning som følge av en større endring i epidemien og smittevernreglene ved inngåelsen av avtalen.