

Notat

Notat vedrørende force majeure og muligheden for at opretholde leverandøraftaler

20. marts 2020

Sagsnummer
2020-0076022

Dokumentnummer
2020-0076022-1

Resumé

Københavns Kommune er ikke forpligtet til at påberåbe sig force majeure over for leverandører, der leverer aftalte ydelser til kommunen, som kommunen midlertidigt er forhindret i at aftage. Kommunen kan efter en konkret vurdering i stedet enten fortsætte betaling som hidtil, eller indgå en forhandling med leverandøren om delvis betaling for ydelserne. Herved reducerer Københavns Kommune procesrisiko i forhold til vurdering af, om betingelserne for force majeure er opfyldt, samtidig med at kommunen øger sandsynligheden for, at leverandøren økonomisk kan bestå gennem den nuværende situation, og igen sikre levering til Københavns Kommune, straks efter at forholdene er normaliserede.

Såfremt kontrakten ikke indeholder en forpligtelse til at aftage ydelser, kan Københavns Kommune dog ikke påtage sig at betale for ydelser, som Københavns Kommune ikke har behov for eller mulighed for at aftage. Dette gælder også, hvis der eksempelvis i aftalen er mulighed for midlertidigt at stille leverancerne i bero med et givent varsel.

Notatet omfatter ikke aftaler på entrepriseområdet, der på visse punkter kan afvige fra nedenstående.

Baggrund

Som konsekvens af regeringens foranstaltninger for at begrænse spredningen af Corona-virus har Økonomiforvaltningen vurderet Københavns Kommunes handlerum i de situationer, hvor Københavns Kommune ikke er i stand til at modtage aftalte ydelser fra kommunens leverandører.

Som eksempler på sådanne situationer kan nævnes personbefordring (skolebørn m.fl.) og rengøring af fx lukkede institutioner. I disse situationer kan kommunen have en kontraktuel forpligtelse til at aftage og betale for tjenesteydelserne, men reelt ikke have mulighed eller behov for at aftage ydelserne.

Det er Center for Indkøbs opfattelse, at Københavns Kommune kan vælge to fremgangsmåder i denne situation:

1. Københavns Kommune indtager det standpunkt, at den eksisterende Corona-situation og regeringens foranstaltninger udgør force majeure. Såfremt betingelserne for force majeure er opfyldt, vil konsekvensen heraf vil være, at begge parter forpligtelser ophører, og kommunen kan afvise at modtage og betale for leverancer
2. Københavns Kommune påberåber sig ikke force majeure. Hvis der er usikkerhed om, at Corona-situation og regeringens foranstaltninger udgør force majeure indgår kommunen i stedet i en forhandling med leverandørerne med henblik på at finde en tilfredsstillende løsning for begge parter. Hvis der ikke er tale om force majeure fortsætter betalingerne som hidtil uden nogen forhandling.

Force majeure

Vurderingen af, om der i den konkrete situation foreligger en force majeure-situation afhænger i vidt omfang af indholdet af den enkelte kontrakt. Københavns Kommunes standardkontrakter definerer force majeure som, *"når opfyldelse er umulig, og dette skyldes ekstraordinære omstændigheder, som den forhindrede part ikke kan afbøde eller burde have forudset, så som krig, naturkatastrofer, brand, strejker eller lockouts."*

Oplistingen af mulige force majeure-situationer er ikke udtømmende, og den omstændighed, at fx sygdom eller epidemier ikke er nævnt, er ikke automatisk ensbetydende med, at dette ikke kan udgøre en force majeure situation.

Det følger af formuleringen ovenfor og af almindelige danske retsprincipper, at force majeure kræver, at der er tale om begivenheder, som er upåregnelige og uden for parternes kontrol og som medfører, at aftalen ikke kan opfyldes eller opfyldes til tiden (umulighed). Mens der formentligt vil være tale om, at Corona-situationen og regeringens foranstaltninger på tidspunktet for kontraktindgåelse var både upåregneligt og uden for parternes kontrol, så vil det i de enkelte situationer være mere usikkert, om dette har betydet, at Københavns Kommune ikke kan modtage og betale for ydelserne (umulighed), og denne vurdering vil også løbende kunne ændre sig. Bemærk, at den primære forpligtelse for kommunen i mange kontrakter vil være en betalingsforpligtelse.

Herudover vil den omstændighed, at sygdom, epidemi eller lignende ikke specifikt er nævnt i oplistingen af force majeure-situationer i kontrakten (hvis dette er tilfældet i de konkrete kontrakter), gøre det mere usikkert, om den nuværende situation er omfattet af kontraktens force

majeure definition. Det er således ikke fuldstændigt klart, om de grundlæggende krav til force majeure er opfyldt.

Kommunalfuldmagt

Det følger af de almindelige kommunalfuldmagtsprincipper, at en kommune ikke må yde individuel økonomisk støtte til erhvervsvirksomheder. Ved økonomisk støtte forstås bl.a. tilskud, lån garantistillelse eller lignende, men forbuddet vil også omfatte andre former for støtte, herunder indirekte støtte. Usædvanlige forudbetalinger kan også være en form for ulovlig erhvervsstøtte.

Det følger desuden af kommunalfuldmagten, at en kommune er forpligtet til at handle økonomisk forsvarligt i alle kommunens dispositioner. Kommunen har således pligt til at udvise ansvarsbevidsthed i sine økonomiske anliggender, så der ikke påføres kommunen udgifter, der kunne være undgået. Det er vanskeligt at angive ganske præcist, hvad kravet om økonomisk forsvarlighed indebærer, og der er rum for et betydeligt skøn ved vurderingen af, om en given disposition er økonomisk forsvarlig.

Overvejelser

Såfremt, Københavns Kommune påberåber sig, at der foreligger en force majeure situation, vil dette betyde, at begge parter forpligtelser ophører. Det vil sige, at leverandørerne ikke er forpligtet til at levere, og kommunen ikke er forpligtet til at modtage og betale for ydelserne. Denne løsning vil i første omgang være forbundet med færrest omkostninger for Københavns Kommune, men vil også medføre en risiko for, at force majeure-vurderingen bliver tilsidesat, og at leverandørerne rejser et erstatningskrav. Hvis kommunen på trods af force majeure standpunktet alligevel vælger at betale leverandørerne for nogle ydelser, som de ikke leverer, eller som kommunen ikke har behov for vil dette formentligt kunne betragtes som økonomisk støtte i strid med kommunalfuldmagtsreglerne eller uforsvarlig økonomisk adfærd.

Vælger Københavns Kommune derimod ikke at påberåbe sig force majeure med henvisning til den usikkerhed, som eksisterer omkring denne vurdering, så vil kommunen som udgangspunkt være forpligtet til efterleve kontrakterne og betale for de aftalte ydelser. I disse tilfælde må foretages en vurdering af, om der åbenbart ikke består en force majeure situation, eller om der er en usikkerhed herom. Københavns Kommune kan for de kontrakter, hvor der er usikkerhed om force majeure, forsøge at indgå i forhandlinger med de relevante leverandører om en løsning, hvor kommunen accepterer at foretage (delvis) betaling af nogle ydelser fx fratrukket sparede udgifter for leverandørerne. En sådan forhandlingsmæssig løsning vil kunne begrundes netop i den procesrisiko som eksisterer omkring, hvorvidt kommunen reelt ville være berettiget til at

påberåbe sig force majeure. Man skal her være opmærksom på, at forhandlingen ikke medfører en væsentlig ændring af kontrakten i strid med udbudsreglerne. Et sigtepunkt herfor kan være, at leverandøren ikke ved forhandlingen må opnå en større fortjeneste end i en normal driftssituation under kontrakten. Således kan eksempelvis aftales, at prisen reduceres med leverandørens sparede omkostninger.

Herudover, må hensynet til at kunne få leverancer af varer og tjenesteydelser, når Corona-situationen ophører, også kunne betragtes som en saglig begrundelse for at opretholde (delvis) betaling til leverandørerne.

Uden for ovenstående falder imidlertid de kontrakter, hvor Københavns Kommune ikke er forpligtet til at aftage en leverance. Eksempelvis hvor leverancer omfattet af kontrakten skal bestilles efter behov, eller hvor kontrakten indeholder en ret for kommunen til at midlertidigt at stille leverancerne i bero eller begrænse deres antal og/eller leveringsfrekvens. I disse tilfælde kan kommunen ikke påtage sig at betale for leverancer, som kommunen ikke har behov for eller mulighed for at aftage. Leverandøraftaler skal dog som udgangspunkt ikke opsiges for at stille leverancer midlertidigt i bero, såfremt kommunen i en normalsituation igen vil få behov for at aftage ydelserne. I sidstnævnte tilfælde må foretages en konkret vurdering af fordele og ulemper, der også inddrager transaktionsomkostninger ved behov for efterfølgende indgåelse af nye leverandøraftaler, og ulemperne ved at leverancerne ikke efter anmodning straks kan genoptages.

Anbefaling

Det er Center for Indkøbs opfattelse, at der vil være en ikke ubetydelig procesrisiko forbundet med at påberåbe sig force majeure på nuværende tidspunkt. Københavns Kommune har herudover en stærk interesse i at sikre, at kommunens leverandører også vil være klar til at levere, når den nuværende Corona-situation ophører.

I de tilfælde, hvor kommunen er forpligtet til at aftage og betale for en aftalt ydelse bør betalinger til leverandøren som udgangspunkt fortsætte som normalt. Såfremt der er større usikkerhed om force majeure forekommer en forhandlingsmæssig løsning om fortsat betaling af et vist beløb, fx leverandørernes dækningsbidrag, derimod som den bedste løsning. Dette vil både reducere kommunens omkostninger - sammenholdt med fuld betaling - og holde hånden under leverandørerne så fremadrettet forsyningssikkerhed sikres.

Ingen usikkerhed om force majeure (umulighed) for Københavns Kommunes forpligtelser	Betalinger fortsætter som normalt
--------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------

Usikkerhed om force majeure (umulighed) for Københavns Kommunes forpligtelser	Forhandling med leverandør om en løsning, hvor kommunen accepterer at foretage delvis betaling
--------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------

Det er vigtigt, at Københavns Kommune håndterer force majeure-vurderingen på en ensartet måde på tværs af organisationen. Alle forvaltninger opfordres derfor til at følge retningslinjerne i nærværende notat. Dog bemærkes, at entrepriseområdet på visse punkter kan afvige fra ovenstående.