

Rasmus Grønved Nielsen

Forvaltnings- kontrakter

Retlige studier over forvaltningens aftaler
til varetagelse af myndighedsopgaver
over for borgere med særligt henblik på
myndighedsudøvelse

Rasmus Grønved Nielsen

Forvaltningskontrakter. Retlige studier over forvaltningens aftaler til varetagelse af myndighedsopgaver over for borgere med særligt henblik på myndighedsudøvelse

1. udgave/1. oplag

© Karnov Group Denmark A/S, København 2021

ISBN: 978-87-619-4281-4

Omslag: Birger Gregers mDD, Frederiksberg

Omslagstegning: Cooperation and Support af Leon Zernitsky

Sats: Integra, Indien

Tryk: Specialtrykkeriet Arco A/S, Danmark

Denne bog er beskyttet i medfør af gældende dansk lov om ophavsret. Kopiering må kun ske i overensstemmelse med loven. Det betyder f.eks., at kopiering til undervisningsbrug kun må ske efter aftale med Copydan Tekst og Node. Alle rettigheder forbeholdes.

Denne afhandling er af Det Juridiske Fakultet ved Københavns Universitet antaget til offentligt at forsvares for den juridiske doktorgrad.

Forsvaret finder sted fredag den 3. december 2021, kl. 13.00
i Nanna Berg auditoriet (9A.1.01), Njalsgade 76, 1. sal.

København, den 3. september 2021

Jacob Graff Nielsen

Dekan

Indholdsoversigt

DEL I. INDLEDNING

- Kapitel 1. Emne og formål
- Kapitel 2. Metode og retskilder

DEL II. TEORETISK GRUNDLÆGNING

- Kapitel 3. Tradition: Skismaet mellem privatret og offentlig ret
- Kapitel 4. Integration
- Kapitel 5. Forvaltningskontrakter

DEL III. FORVALTNINGSKONTRAKTSRETLIGE STUDIER

Afdeling A: Stiftelsesproblematikker

- Kapitel 6. Dispositionsgrundlag: Materielle indgåelsesbetingelser
- Kapitel 7. Kompetence
- Kapitel 8. Aftaleindgåelsesproces

Afdeling B: Retsvirkningsproblematikker

- Kapitel 9. Bindingsvirkning og ensidig ændringsadgang
- Kapitel 10. Fortolkning
- Kapitel 11. Sanktionering
- Kapitel 12. Tredjepartsspørgsmål

Afdeling C: Kontrolproblematikker

- Kapitel 13. Ugyldighed (tilsidesættelse)
- Kapitel 14. Aftaleprøvelse

DEL IV. AFSLUTNING

- Kapitel 15. Konklusion
- Kapitel 16. Perspektiver

Indholdsfortegnelse

Forord	7
---------------------	---

DEL I: INDLEDNING

Kapitel 1

Emne og formål	25
1.1 Anslag	25
1.2 Hvorfor aftaler?	26
1.3 Retsvidenskabens status quo	29
1.4 Problemstillinger og teser	32
1.5 Mere om emnet – foreløbige præciseringer og afgrænsninger . . .	34
1.6 Plan for fremstillingen	38

Kapitel 2

Metode og retskilder	41
2.1 Indledning	41
2.2 Retsteoretiske fundamentet	42
2.2.1 Optakt	42
2.2.2 Retspragmatisme	43
2.2.3 Retsordenens stratifikation	45
2.2.4 Rekonstruktion – forvaltningskontraktsretlige grund- sætninger	49
2.3 Metodiske nedslag	51
2.3.1 Juridisk informationssøgning	51
2.3.2 Empiri – forvaltningskontrakter som kendsgerninger . .	54
2.3.3 Komparation – fremmed ret og teori	55
2.3.4 Historiske rids	59
2.3.5 Begrebsanalyse	60
2.3.6 Normativitet og retspolitik	62
2.4 Retskildemosaik	63
2.4.1 Retskildebegrebet	63
2.4.2 Retspraksis – afhandlingens rygrad	63
2.4.3 Lovgivning mv. – kalejdoskopisk reguleringspraksis . . .	65

2.4.4	Ombudsmandsudtalelser – før og efter Hans Gammeltoft-Hansen	66
2.4.5	Administrativ praksis – et broget billede	67
2.4.6	EU-ret og international ret – relevans og afgrænsning	68
2.4.7	Aftalepraksis, agreed documents og voldgift – parternes lov?	69
2.4.8	Litteratur – mellem tradition og originalitet	70
2.5	»Kattens kage«	71

DEL II: TEORETISK GRUNDLÆGNING

Kapitel 3

	Tradition: Skismaet mellem privatret og offentlig ret	75
3.1	Indledning	75
3.2	»Forvaltningskontrakten« som et historisk faktum	76
3.3	Retsvidenskabens reception af privat/offentlig-dualismen	80
3.3.1	Interesseteori, subjektsteori – og Ørsted	81
3.3.2	Opdelingens procesretlige raison d'être	84
3.3.3	Forvaltningsdomstole og »Privatrechtstitel«-teorien	86
3.4	Forvaltningsretten i støbeskeen: Poul Andersen	88
3.4.1	Emancipationsprojektet	88
3.4.2	Forvaltningsakten som omdrejningspunkt – aftalen som dilemma	90
3.4.3	»Privatretlige« og »offentligretlige« aftaler	91
3.4.4	Ortodoksien i modgang – tre nedslag	94
3.4.4.1	Servitutter	94
3.4.4.2	Tjenestemænd og andre embedsmænd	97
3.4.4.3	Koncessioner	99
3.5	Nyere offentligretlig teori	101
3.5.1	En modbevægelse: Jørgen Mathiassen	101
3.5.2	Tilbage til udgangspunktet: Søren H. Mørup	103
3.5.3	Strejftog i øvrig teori	106
3.6	Privatretligt modspil	109
3.6.1	Privatrettens »selvtilstrækkelighed«	109
3.6.2	En spirende interesse: Palle Bo Madsen	110
3.6.3	Kontraktsretten som udgangspunkt	111
3.7	Blik over hækken: Anden nordisk teori	113
3.8	Konklusion	114

Kapitel 4

Integration	117
4.1 Indledning	117
4.2 Konfrontationer	118
4.2.1 Den dikotomiske fejlslutning	118
4.2.2 Nedslag i en pragmatisk praksis	121
4.2.2.1 »Privatretlige aftaler« og offentligretlige normer	122
4.2.2.2 »Offentligretlige aftaler« og privatretlige normer	124
4.2.3 Perspektiver fra fremmed ret	125
4.2.3.1 Tysk ret	125
4.2.3.2 Fransk ret	128
4.2.3.3 Engelsk ret	130
4.2.3.4 Opsummering: En dogmatisk nyorientering. . .	131
4.3 Forskellige løsningsmodeller	132
4.3.1 Glideskalamodellen	133
4.3.2 To-trins-modellen	133
4.3.3 Både-og-modellen	135
4.3.4 Sui generis-modellen	136
4.4 Den integrerede tilgang – fra deduktion til argumentation . .	137
4.4.1 Integrationstesens	137
4.4.2 Metodiske tilløb – inspiration fra andre »integrationsprojekter«	138
4.4.3 Programmerklæring	141
4.4.4 Udfordringer og gendrivelse	142
4.5 Horisontale analyser – mellem kontraktsret og forvaltningsret	146
4.5.1 Kontrakt og forvaltningsakt: Idealtyper og hyperbolisering	147
4.5.2 Udviklingslinjer i kontraktsretten	149
4.5.3 Udviklingslinjer i forvaltningsretten	152
4.5.4 Konvergenser – to nedslag	156
4.5.4.1 Aftalefrihed og legalitet	157
4.5.4.2 Binding og omgørelse	160
4.5.5 Opsummering	164
4.6 Konklusion	165

Kapitel 5

Forvaltningskontrakter	167
5.1 Indledning	167
5.2 Begreb	168
5.2.1 Terminologisk uklarhed	168
5.2.2 Begrebsdannelser i fremmed ret	170
5.2.3 Forvaltningskontraktsbegrebet – afgrænsning og karakteristik	174
5.3 Eksempelkatalog – empiriske konturer	177
5.3.1 Naturplejeaftaler	178
5.3.2 Forureningsaftaler	183
5.3.3 Håndhævelsesaftaler	186
5.3.4 Fredningsaftaler	190
5.3.5 Planlægningsaftaler	194
5.3.6 Infrastrukturaftaler	201
5.3.7 Forsyningsaftaler	206
5.3.8 Ekspropriationsaftaler	210
5.3.9 Skatteaftaler	213
5.3.10 Socialaftaler	218
5.3.11 Markedsaftaler	222
5.4 Bidrag til en systematik	226
5.4.1 Indledende overvejelser	226
5.4.1.1 Kasuistik – forvaltningsområder – myndighedstyper	226
5.4.1.2 En analytisk aftaletypologi	229
5.4.2 Grundlag – lovhjemlede og ulovhjemlede aftaler	230
5.4.3 Formål – substansaftaler og accessoriske aftaler	231
5.4.4 Styrkeforhold – subordinationsaftaler og koordi- nationsaftaler	233
5.4.4.1 Retlig/faktisk forvaltningsvirksomhed og myndighedsudøvelse	234
5.4.4.2 »Forhåndsftaler« – en kritisk kommentar .	235
5.4.4.3 Positive og negative subordinationsaftaler . . .	236
5.4.4.4 Egentlige og uegentlige subordinations- aftaler	238
5.4.4.5 Opsamling	239
5.4.5 Relationer – særligt om kollektivaftaler	239
5.4.6 Ydelser – særligt om formueaftaler	245
5.4.7 Opsummering og afgrænsningsmæssige præciseringer .	246

5.5	Grænsedragningsspørgsmål	247
5.5.1	Forvaltningskontrakter og forvaltningsakter	247
5.5.1.1	Tosidige forvaltningsakter og forhånds- tilsagn	248
5.5.1.2	Camouflerede forvaltningsakter	249
5.5.1.3	Fejlkategoriseringer i praksis	252
5.5.2	Forvaltningskontrakter og kontrakter	254
5.5.3	Forvaltningskontrakter og uforpligtende disposi- tioner	255
5.5.4	Kombinationsformer og grænsetilfælde	256
5.6	Konklusion og rekapitulation	259

DEL III: FORVALTNINGSKONTRAKTS- RETLIGE STUDIER

Afdeling A: Stiftelsesproblematikker

Kapitel 6

	Dispositionsgrundlag: Materielle indgåelsesbetingelser	267
6.1	Indledning	267
6.2	Det hybride dispositionsgrundlag	268
6.3	Udskillelse af formspørgsmålet	271
6.4	Lovbestemte forvaltningskontrakter	274
6.4.1	Fortolkningstvivl	274
6.4.2	Forudsatte hjemler	276
6.4.3	Ophævede lovhjemler	278
6.5	Ulovbestemte forvaltningskontrakter	280
6.5.1	Krav om lovhjemmel? – teoriens evolution	281
6.5.2	Det brede legalitetsperspektiv	285
6.5.3	Minimumskrav (kontraheringsforbud)	288
6.5.3.1	Obligatorisk afgørelsesform («Vertrags- formverbot»)	288
6.5.3.2	Ufravigelige regler og retskrav	291
6.5.3.3	Forbud mod indholdskongruens	294
6.5.4	Afvejningskriterier	296
6.5.4.1	Forligsinteresse: Skønsmargin som forhand- lingsrum	297

6.5.4.2	Bytteinteresse: Gensidighed, »konneksitet« og ækvivalens	308
6.5.4.3	Proportionalitetsargumentet	317
6.5.4.4	Praksis og lighed.	322
6.5.4.5	Kvaliteten af det private samtykke	326
6.5.4.6	Myndighedsopgavens karakter – særligt om pønale forhold	328
6.5.4.7	Principielle retsspørgsmål	333
6.5.4.8	Omsorg for tredjepartsinteresser	335
6.5.5	Sammenfatning	336
6.6	Øvre legalitetskrav	337
6.6.1	Statsretlige skranker – nogle kritiske nedslag	338
6.6.1.1	Vederlag og skattebegrebet.	338
6.6.1.2	De facto-binding af lovgivningsmagten	341
6.6.2	EU-retten: Processuel autonomi og effektivitet.	344
6.6.3	EMRK: Legalitetskrav og rettighedsafkald	346
6.7	Særlige tilfældegrupper	347
6.7.1	Kommuner som aftaleparter – særligt om kommunal- fuldmagten	348
6.7.2	Lovgiver som aftalepart	356
6.7.3	Offentlig pengeydelse – markedspris, bevilling og kulancebetaling	360
6.7.4	Privat pengeydelse – finansielle hensyn, rimelighed og »øremærket brug«	364
6.7.5	Retsforlig	370
6.8	Offentlig kontraheringspligt	374
6.9	Konklusion	378

Kapitel 7

Kompetence	381
7.1 Indledning	381
7.2 Den offentlige aftaleparts kompetence	381
7.2.1 Nogle udgangspunkter.	382
7.2.1.1 Traditionelle og »eksogene« kompetence- normer	382
7.2.1.2 Myndighedsrelationer	383
7.2.1.3 Videreformidlingspligt	385
7.2.2 Legitimationsvirkning og horisontal identifikation	386
7.2.3 Delegation og aftalekompetence	390

7.2.4	Nedslag i den interne dimension	392
7.2.4.1	Fuldmagt og intern kompetence	392
7.2.4.2	Borgmesterløfter	396
7.2.4.3	Ministerløfter	398
7.2.5	Approbation	400
7.2.6	Inhabilitet	405
7.3	Den private aftaleparts kompetence	406
7.3.1	Aftalehabilitet	406
7.3.2	Repræsentation	407
7.3.3	Ansvarsovervæltning via undersøgelsesprincippet . . .	410
7.4	Konklusion	411

Kapitel 8

Aftaleindgåelsesproces	413
8.1 Indledning	413
8.2 Analysegrundlag – afgrænsning og forudsætninger	413
8.2.1 Sagsbehandlingsreglernes materielle anvendelsesområde	414
8.2.1.1 Forvaltningslovens afgørelsesbegreb	414
8.2.1.2 Uskrevne sagsbehandlingsnormer	418
8.2.1.3 Specielle sagsbehandlingsregler	419
8.2.1.4 Kombinationstilfælde, parallelle processer og klarhedskrav	422
8.2.2 Rettighedssubjekter – særligt om processuelt tredjepartsværn	424
8.2.3 Aftaleindgåelsesregler	426
8.2.4 Normativ styrkeudligning – forbrugeranalogi?	427
8.2.5 Kort om udbudsproces – særligt om ejendomssalg . . .	430
8.2.6 Opsamling	431
8.3 Forhandlingsfasen	432
8.3.1 Oplysningsgrundlaget og undersøgelsesprincippet . . .	432
8.3.2 Inddragelseskrav – særligt om tredjepartshøring . . .	434
8.3.3 Skærpede loyalitetskrav: Vejledningspligt	439
8.4 Aftaleindgåelsesfasen	443
8.4.1 Løfteudveksling	444
8.4.2 Form, dokumentation og bevisbyrder	449
8.4.3 Bekendtgørelse og begrundelse	456
8.5 Offentlighed og fortrolighed	459
8.5.1 Kundgørelse	459
8.5.2 Aktindsigt	463

8.6 Procesfrihed?	467
8.7 Konklusion	470

Afdeling B: Retsvirkningsproblematikker

Kapitel 9

Bindingsvirkning og ensidig ændringsadgang	475
9.1 Indledning	475
9.2 Analysegrundlag – rammer og forudsætninger	476
9.2.1 »Aftaler er bindende«	476
9.2.2 Modifieret bindingsvirkning – afgrænsnings- spørgsmål	477
9.2.2.1 Den offentlige aftaleparts »dobbeltrolle«	477
9.2.2.2 Ændringsklausuler mv.	478
9.2.2.3 Lovreguleret ændringsadgang	480
9.2.2.4 »Ændringer« og andre korrektions- mekanismer	482
9.2.2.5 Ændringsret og ændringspligt – særligt om privat tilbagekaldelse	483
9.2.3 Aftale og myndighedsudøvelse – middelbar og umiddelbar virkning	485
9.2.4 Traditionelle tilgange – særligt om forudsætningslæren ..	488
9.2.5 Perspektiver fra fremmed ret – »Gemeinwohl« og »l'intérêt général«	490
9.3 Ændringsgrunde i praksis – en typologi	495
9.3.1 Finansielle forhold	496
9.3.2 Sindelagsskift	502
9.3.3 Mellekommende lovgivning	509
9.3.4 Singulær reguleringsintervention	524
9.3.5 Rimelighedskorrektion – særligt om ændringspligt ..	531
9.4 Konsolidering af ændringsretten	535
9.4.1 En forvaltningskontraktretlig ændringslære	535
9.4.2 Kompensationspligt og aftalebalance	537
9.4.3 Operationalisering af hensynsafvejningen	540
9.4.4 Proportionalitetsbetragtninger	543
9.4.5 Processuelle krav – særligt om underretningspligt. ...	545
9.5 Konklusion	548

Kapitel 10

Fortolkning	551
10.1 Indledning	551
10.2 Fortolkningsmetode	551
10.2.1 Objektiv og subjektiv fortolkning	552
10.2.2 Normativ fortolkning	555
10.2.2.1 Den fortolkningsmæssige dobbelthed ...	555
10.2.2.2 Mellemliggende regulering	557
10.2.2.3 Rimelighedsbetragtninger – særligt om aftalebalance	558
10.3 Enkelte fortolkningsregler	561
10.3.1 Koncipistreglen og minimumsreglen	562
10.3.2 Indskrænkende fortolkning af myndighedsbinding ..	565
10.4 Sammenfattende overvejelser	570
10.4.1 En forvaltningskontraktretlig fortolkningslære? ..	570
10.4.2 Fortolkning som ændringsurrogat – nogle betæneligheder	571
10.5 Konklusion	573

Kapitel 11

Sanktionering	575
11.1 Indledning	575
11.2 Ramme for undersøgelsen	575
11.2.1 Misligholdelse	576
11.2.2 Sanktionssystemer	577
11.2.3 Tilsyns- og håndhævelsesforpligtelser	579
11.2.4 Accessoriske forpligtelser – loyalitet og saglighed ..	582
11.3 Naturalopfyldelse	584
11.3.1 Interesser og grænser	584
11.3.2 Saglighedsskranker	585
11.3.3 Lidt om passivitet	588
11.3.4 »Myndighedsselvtaget« – særligt om håndhævelse ved forvaltningsakter	589
11.4 Hæveadgang	594
11.4.1 Væsentlighed og saglighed	594
11.4.2 Processuelle spørgsmål – sagsoplysning, varsling og afhjælpningsfrister	597
11.4.3 Tilbagekaldelse, »kasketforvirring« og fordringshavermora	600

Indholdsfortegnelse

11.5 Erstatningsspørgsmål	604
11.5.1 Perspektiver på ansvarsgrundlaget	604
11.5.2 Erstatningens omfang	609
11.6 Pønale virkemidler	612
11.7 Eksekutionsspørgsmål	617
11.7.1 Offentlig debitor – offentlige goder, retsstatsprincipper og midlertidige retsmidler	618
11.7.2 Offentlig kreditor – privilegier og saglighedskrav	621
11.8 Konklusion	625

Kapitel 12

Tredjepartsspørgsmål	629
12.1 Indledning	629
12.2 Generelt om tredjepartsværnet	629
12.3 Negative tredjepartsvirkninger	631
12.4 Positive tredjepartsvirkninger – lighedsgrundsætningen	634
12.5 Særligt om triangulære aftaler og kollektivaftaler	641
12.5.1 Triangulære aftaler	641
12.5.1.1 Aftalens betydning for slutbrugerens retsstilling	641
12.5.1.2 Myndighedens »hæftelsesansvar« – en anden forklaringsmodel	644
12.5.2 Kollektivaftaler – foreningsretlige mekanismer	649
12.6 Offentlige tredjeparter – identifikationsspørgsmål	652
12.7 Personskifte	658
12.7.1 Offentligt personskifte – særligt om debitorskifte ved omstrukturering	658
12.7.2 Privat personskifte – særligt om den offentlige »ydelses« omsættelighed	663
12.8 Konklusion	669

Afdeling C: Kontrolproblematikker

Kapitel 13

Ugyldighed (tilsidesættelse)	675
13.1 Indledning	675
13.2 Tilblivelsesmangler på tværs	676
13.3 Ugyldighedsvurderingen	681
13.3.1 Privat anfægtelse – væsentlighed og ond tro	681
13.3.2 Offentlig anfægtelse – tertiære momenter, god tro og legitimationsvirkning	683
13.3.3 Tredjepartsanfægtelse	687

13.4	Tilsidesættelsens retsvirkninger og følgevirkninger	688
13.5	Konklusion	690

Kapitel 14

Aftaleprøvelse	693
14.1 Indledning	693
14.2 Domstolsbehandling og voldgift	693
14.2.1 Formelle betingelser og rammer	694
14.2.2 Afkald på domstolsprøvelse – særligt om voldgiftsklausuler	697
14.2.2.1 Udelukkelsesklausuler	698
14.2.2.2 Voldgiftslovens § 6 og »apoteker- dommen«	699
14.2.2.3 Arbitrabilitet i rets- og voldgiftspraksis	703
14.2.2.4 Saglighed og forbrugeranalogi	709
14.3 Rekursbehandling	710
14.3.1 Kan forvaltningskontrakter rekurreres?	710
14.3.1.1 Positiv afskæring	711
14.3.1.2 »Afgørelser« som rekursgenstand – implicit klageafkald?	713
14.3.1.3 Øvrige tilfælde – særligt om kommunal- tilsynet	715
14.3.2 Retsvirkningsspørgsmål	716
14.3.3 Præjudicielle forvaltningskontraktsretlige spørgsmål	718
14.3.4 Frafald af klageadgang	724
14.4 Ombudsmandsbehandling	726
14.4.1 Bredt mandat og afskæringskompetence	726
14.4.2 Principielle udtalelser om aftaleprøvelse og klageafkald	728
14.5 Arbejdsdeling og idiosynkrasi – en kritisk kommentar	729
14.6 Konklusion	731

DEL IV: AFSLUTNING

Kapitel 15

Konklusion	737
15.1 Indledning	737
15.2 Integrationsteser	737
15.3 Forvaltningskontrakten	742
15.4 Almindelig forvaltningskontraktsret	744

Kapitel 16

Perspektiver	755
16.1 Indledning	755
16.2 Almindelig og speciel forvaltningskontraktsret	755
16.3 Forvaltningskontraktsretten og forvaltningsformueretten . .	756
16.4 Pragmatisk forvaltningskontraktsret – den nordiske model .	757
16.5 Forvaltningskontrakterne og »samfundskontrakten«.	758
16.6 Retspolitiske strøtanker	760
Summary in English	763
Appendiks	779
Forkortelser	799
Register over lovgivning mv.	803
Praksisregister	814
Bibliografi	828
Stikord	865