

Kapitel 1

Emne og formål

1.1 Anslag

Fredag den 12. december 1980 afbrød skibsreder Mærsk Mc-Kinney Møller de forhandlinger, han siden marts samme år havde ført med regeringen om vilkårene for sin oliekoncession. Møller mente, at han allerede havde strakt sig langt for at imødekomme regeringens ønsker, herunder ved i 1976 at indgå en aftale, der gjorde indhug i de geografiske områder omfattet af koncessionen. Under indtryk af oliekrisen forklarede Anker Jørgensen som statsminister i sin åbningstale for Folketinget den 7. oktober 1980, at forholdene imidlertid havde »ændret sig så meget i forhold til det eksisterende aftalegrundlag, at hensynet til samfundet kræver en ændring af betingelserne«.¹ Halvanden måned efter forhandlingernes sammenbrud fremsatte regeringen et lovforslag, der i det væsentlige svarede til det aftaleudkast, der var blevet forkastet.² Forslaget – der af den politiske opposition blev døbt »lex A.P. Møller«³ – havde den utvivlsomt beregnede effekt at bringe Møller tilbage til forhandlingsbordet. Da parterne omsider nåede til enighed den 19. maj 1981 om yderligere arealafgivelse og ændrede vilkår, trak regeringen lovforslaget tilbage. Parterne havde undveget en retlig konfrontation, og endnu en forvaltningskontrakt så dagens lys.

Denne seance – der er omtalt nærmere i afsnit 9.3.4 – indfanger på dramatisk vis nogle af de problemstillinger, der opstår, når offentlige myndigheder anvender aftaler som led i deres opgavevaretagelse. Hvad er det retlige grundlag for at indgå den slags aftaler? Er myndighederne ikke bundet heraf? Kan de gennemtvinge deres vilje i mangel af

1. FT 1980-81, forhandlingerne, sp. 14.

2. Forslaget er optrykt i FT 1980-81, tillæg A, L 155, sp. 3649ff.

3. FT 1980-81, forhandlingerne, sp. 6415 (Arne Christiansen, V).

enighed? Hvordan er den private aftalepart i så fald stillet? Hvad med de bredere samfundsmæssige hensyn? Disse og mange andre spørgsmål adresseres i den foreliggende afhandling.

Spørgsmålene har en bred appel. Aftalerne knyttet til A.P. Møller-koncessionen er således blot *enkelte* – ganske vist ekstraordinære – eksempler på en almindelig tendens til aftaledannelser i interaktionen mellem administrationen og borgerne. Langt de fleste tilfælde har en mere hverdagspræget karakter. Det gør dem ikke mindre interessante fra en juridisk synsvinkel. Nogle er alment anerkendte og accepterede. Det gælder eksempelvis ejendomshandler, der træder i stedet for ekspropriation eller taksation. Størstedelen lever dog et ubemærket liv. Nogle aftaler indgås med hjemmel i loven. Eksempelvis kan nævnes aftaler om privat finansiering af kommunal infrastruktur (»udbygningsaftaler«), der kan indgås efter planlovens §§ 21 b og 21 c, og aftaler til varetagelse af Natura 2000-målsætninger i naturbeskyttelseslovens § 19 c og skovlovens § 18. Mange aftaler indgås dog uden klar lovhjemmel. Nogle træder i stedet for eller supplerer traditionelle forvaltningsretlige virkemidler, herunder navnlig forvaltningsakter. Det gælder eksempelvis de i praksis hyppigt forekommende retsforlig om skatteansættelser, der præjudicerer skatteligningen, og aftaler om ændret adfærd eller afbødningsforanstaltninger, der overflødiggør påbud eller forbud. I andre tilfælde kan myndigheden ikke ensidigt bestemme retsstillingen i mangel af aftale. Det gælder eksempelvis udliciteringsaftaler og aftaler om pleje af børn og unge. Disse og mange andre typeeksempler på forvaltningskontrakter er genstand for undersøgelse i afhandlingen.

1.2 Hvorfor aftaler?

Blandt jurister har der længe været en fornemmelse af, at forvaltningen i relativt vidt omfang indgår aftaler som led i varetagelsen af deres myndighedsopgaver. Eksempelvis har E.A. Abitz anført, at »en meget stor del af dagliglivets mellemværender mellem borgerne og forvaltningen bliver afviklet gennem aftaler, hvor man i mindelighed enes om, hvorledes sagerne skal afgøres, således at det ikke er nødvendigt for forvaltningen at træffe en ensidig beslutning om, hvorledes retsforholdet skal fastlægges«. ⁴ På linje hermed var Bent Christensen: »Også for forvaltningen er aftaler et af de vigtigste virkemidler«. ⁵ Lidt mere forbeholdent angiver Karsten Revsbech og Søren H. Mørup: »I et ikke helt

4. Abitz, *Når man skal aftale med det offentlige*, Aarhus Stiftstidende, 11. oktober 1974.

5. Christensen, *Det offentliges virksomhed*, 1973, s. 209. Se også s. 134.

ubetydeligt omfang gør forvaltningen brug af aftaler med borgere«. ⁶ Disse gisninger finder støtte i den omfangsrige – og i vidt omfang uopdagede – praksis, der fremlægges i afhandlingen. Der er imidlertid grund til at formene, at de eksempler, der kan fremsøges i praksis, alene udgør »toppen af isbjerget« på forvaltningens aftalepraksis. ⁷

Endvidere synes der at være enighed om, at aftalerne er i vækst, og at denne vækst er drevet af bredere samfundsmæssige tendenser til privatisering, decentralisering og offentlig-privat samarbejde. ⁸ Tilbage i 2004 iagttog Folketingets Ombudsmand således »en (begyndende) retlig nyorientering« mod at »give plads til en meget vidstrakt brug af aftaler«. ⁹ Der er dog grund til at understrege, at tendensen i alle tilfælde har været længe undervejs. ¹⁰ At der ingenlunde er tale om et »nyt« fænomen, illustreres af Mandø-sagen (U 2005.1494 H), hvor Højesteret fortolkede et kongeligt skøde fra 1743, hvorved kongen overdrog fast ejendom sammen med visse »herlighedsrettigheder«. Sågar kan der argumenteres for, at der er tale om en primitiv reguleringsform, der i nogen grad har mistet sin betydning i takt med den øgede retliggørelse og administrationens professionalisering. Eksempelvis er den tidligere udbredte praksis for indgåelse af fredningsoverenskomster blevet fortrængt af et kendelsessystem, ligesom behovet for planlægningssekservitutter er svundet efter introduktionen af lokalplaninstituttet. Herfra kan dog ikke sluttes, at aftalerne over en bred kam tilhører fortiden. De har fortsat en eksistensberettigelse, men skal kontinuerligt tilpasses det retlige og faktiske miljø, der omslutter dem. Det er i alle tilfælde forsimplet at reducere aftalerne til produkter af tidens luner. Der er langt større og mere fundamentale kræfter på spil. Meget tyder da også på, at forvaltningens aftaler har en rolle at spille i globaliseringens og digitaliseringens

6. Revsbech m.fl., *Forvaltningsret - almindelige emner*, 2016, s. 101.

7. Se i denne retning Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten*, 1974, s. 149. Se hertil afsnit 2.3.2.

8. Se bl.a. Tuori, *Har förvaltningsrätten en framtid?*, FöT 2003.553, s. 565ff., Adrian m.fl., *Introduktion*, i *Ret & privatisering*, 1995, s. 14f., Blume m.fl., *Retlig regulering*, 1990, s. 248, Lyng Andersen og Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 2017, s. 256, Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, 2013, s. 127f., Boe, *Utviklingslinjer i forvaltningsretten*, LoR 1989.51, s. 67ff. og NOU 2019:5, s. 441. En skelen til nabadiscipliner bekræfter dele af denne udvikling, jf. fx Åkerstrøm Andersen, *Borgerens kontraktliggørelse*, 2003 og antologien Ejersbo og Greve (red.), *Den offentlige sektor på kontrakt*, 2002.

9. Ombudsmandens redegørelse af 21. december 2004 i anledning af Folketingets Retsudvalgs spørgsmål af 1. december 2004, j.nr. 2004-4249-933, s. 6f. Se konteksten hertil i afsnit 6.5.2.

10. Se eksempelvis Andersen, U 1951B.47, s. 52 og betænkning nr. 214/1959, s. 19.

tidsalder. Som konkrete eksempler kan nævnes Skatteministeriets aftale med udlejningsplatformen »Airbnb« angående tredjepartsindberetning og bundfradrag og statens aftale med banksektoren om Finansiell Stabilitet i kølvandet på finanskrisen af 2008. Hertil kommer, at aftaler formentlig bliver afgørende komponenter i de store natur-, miljø- og klimagenopretningsopgaver, som samfundet står over for.¹¹

Nogle vil måske spørge, om der overhovedet er behov for forvaltningskontrakter. Hvorfor ikke bare benytte de velkendte forvaltningsakter, hvorom der er langt større retlig klarhed? Der skal ikke herske tvivl om, at forvaltningsakterne i mange tilfælde er – og bør være – myndighedernes primære virkemiddel til at forfølge politisk dikterede målsætninger. Til sammenligning spiller forvaltningskontrakterne en lille, men vigtig rolle. Arvid Frihagen har fremhævet en række *fordele* forbundet med aftaler sammenlignet med forvaltningsakter,¹² hvilke i vidt omfang genfindes i motiverne for dansk lovgivning, der bemyndiger myndigheder til at indgå aftaler.¹³ Disse kan sammenfattes i tre overordnede motivationsfaktorer. For det første er aftalen (i hvert fald på indgåelsestidspunktet) et mere *fleksibelt* reguleringsmiddel, der giver parterne mulighed for smidigt at tilpasse deres indbyrdes retsforhold til de konkrete omstændigheder og individuelle behov og maksimere deres respektive udbytter herved. For det andet er aftalen et mere *hensynsfuldt* virkemiddel, dels i psykologisk forstand derved, at aftalens gensidige natur anerkender den private selvbestemmelse, og dels i materiel forstand ved, at alternativet til en aftale ofte vil være mere byrdefuldt for den private. For det tredje anses aftalen for et mere *effektivt* reguleringsmiddel, dels fordi parterne kan antages at være mere tilbøjelige til at opfylde forpligtelser, de selv har samtykket i, og dels fordi aftaleformen i almindelighed kan antages at forstærke bindingsvirkningen. Som et samlet produkt af disse forhold er aftalerne potentielt proces- og ressourcebesparende. Hertil kommer den kendsgerning, at der i mange situationer ikke findes farbare alternativer til aftaler, herunder navnlig

11. Her tænkes specifikt på forskellige former for aftaler om naturpleje, skovdrift, dyrkningspraksis og forurening mv., jf. afsnit 5.3.1 og 5.3.2.

12. Frihagen, *Aftaler med forvaltningsmyndighetene*, 1977, s. 6ff. Se også Basse, *Affaldslovgivningen*, 1995, s. 346ff. og fra et retsøkonomisk henholdsvis -sociologisk perspektiv Eide, *Rettsøkonomi for offentlig rett*, 1999, s. 14ff., 81f. og 91f. og Buddeberg, *Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, AöR 1925.85.

13. Se eksempelvis bemærkningerne til miljøbeskyttelseslovens § 10 (FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, L 74, sp. 1542), skovlovens § 18 (FT 2003-04, tillæg A, L 145, s. 5330f.), naturbeskyttelseslovens § 19 c (FT 2003-04, tillæg A, s. 5455ff. og 5466f.) og reglerne om udbygningsaftaler i planloven (FT 2006-07, tillæg A, L 204, s. 7277ff.).

hvis myndighederne ikke eller kun nødtørftigt har hjemmel til ensidig regulering. I løbet af afhandlingen konkretiseres disse hensyn med afsæt i retspraksis i nogle mere operationelle retningslinjer.

De oplyste motivationsfaktorer kalder på modforestillinger. Som det vil fremgå, er retslitteraturen gennemsyret af betænkeligheder forbundet med forvaltningens aftaleindgåelse. Aftalerne udfordrer hævdundne principper om legalitet og ligebehandling og truer mere generelt borgernes retssikkerhed, forlyder det. Der er imidlertid grund til at understrege, at i hvert fald en del af bekymringerne er næret af retsvildfarelser. Forvaltningen kan ikke omgå grundlæggende forvaltningsretlige normer ved at indgå aftaler. Men disse skal tilpasses aftalens natur og koordineres med kontraktsretlige normer. Denne grænsefladepænding medfører en betydelig *retlig usikkerhed*, der må betegnes som den største reelle udfordring forbundet med forvaltningens aftaler, og som denne afhandling prætenderer i nogen udstrækning at råde bod på. De betænkeligheder, man med rette kan nære til forvaltningens aftalepraksis, behøver altså ikke at føre til en kategorisk udelukkelse af aftalemuligheden, men er i vidt omfang internaliseret i forvaltningskontraktsrettens øvrige mekanismer, herunder reglerne for indgåelse, fortolkning og retsvirkninger. Tom Latrup-Pedersen formulerede det således, at skismaet »mellem det praktisk hensigtsmæssige og det retssikkerhedsmæssigt forsvarlige understreger behovet for en analyse af de for den offentligretlige aftale gældende regler«. ¹⁴

1.3 Retsvidenskabens status quo

Aftaleproblematikken er på sin vis klassisk. Forvaltningsrettens nestor, Poul Andersen, var således den første til at underkaste forvaltningskontrakterne særskilt omtale i den 2. udgave af værket »Dansk Forvaltningsret« (1946). Til trods herfor henstår aftaleproblematikken stadig forholdsvis uopdyrket. Den primære forklaring er, at aftalerne falder mellem to stole. Forvaltningsretten har siden sin fødsel haft forvaltningsakten som omdrejningspunkt. Kontraktsretten er derimod traditionelt centreret om formueretlige retshandler »mand og mand« imellem. Det følgende skal læses som en optakt til undersøgelsen af teoriens evolution i kapitel 3.

I sin anmeldelse af Poul Andersens nysnævnte værk bemærkede Carl Rasting: »Emnet tiltrænger formentlig en mere indgaaende monografisk

14. Latrup-Pedersen, TfR 1985.308, s. 309.

Behandling«. ¹⁵ Den eneste, der for alvor har taget den brede aftaletematik op til retsvidenskabelig granskning i kontekst af dansk ret, er Jørgen Mathiassen med disputatsen »Aftaler i forvaltningsretten« (1974). E.A. Abitz skrev i sin anmeldelse heraf, at Mathiassen havde »åbnet nye områder som genstand for forvaltningsretlige undersøgelser«. ¹⁶ På linje hermed angav Bent Christensen: »Der er virkelig brug for at vide mere om, i hvilket omfang aftaler og aftalelignende forhold optræder i forvaltningens praksis, og hvilke regler der gælder herom«. ¹⁷ Disse åbne invitationer er imidlertid blevet siddet overhørig af den forvaltningsretlige teori. Flere fremstillinger omtaler emnet en passant, men afgrænser sig i øvrigt ud heraf. Bent Christensen selv anførte i en af sine lærebøger: »Forvaltningens adgang til at bruge aftaler som et virkemiddel til løsning af sine opgaver er et *uafklaret* og *uoverskueligt* spørgsmål. Det skyldes nok først og fremmest, at det endnu ikke har været muligt at give forskellige typer af aftaler tilstrækkeligt klare konturer«. Efter at have opremset en række problemstillinger angives blot: »Et *generelt* svar er meget usikkert«. ¹⁸ Det er på linje hermed, når Henning Skovgaard anfører, at »aftalefænomenet [er] en af de *vanskeligste* problemstillinger i den offentlige ret«, og at »en forskningsindsats på dette specielle, men vigtige punkt synes [...] påkrævet«, men at denne på ingen måde kunne præsteres inden for rammerne af hans disputats. ¹⁹ Karsten Revsbech og Søren H. Mørup anfører: »Sådanne aftaler rejser en række *komplicerede* retlige spørgsmål. Disse kan og skal ikke behandles på dette sted«. ²⁰ I sin disputats afgrænsede Mørup sig ud af emnet, der betegnes et »minefelt«. ²¹ Anita Rønne bemærker uden nærmere undersøgelse, at det ikke er »muligt at opstille *almindelige* og *sikre* regler for, i hvilket omfang den offentlige forvaltning kan regulere via aftaleformen«, men har samtidig en appel: »En mere gennemgribende undersøgelse af, hvad

15. Rasting, U 1947B.151, s. 158.

16. E.A. Abitz, *Når man skal aftale med det offentlige*, Aarhus Stiftstidende, 11. oktober 1974.

17. Christensen, U 1975B.36, s. 37.

18. Christensen, *Forvaltningsret*, 1997, s. 212f. og 263f. (kursiver tilføjet). Se tilsvarende s. 315.

19. Skovgaard, *Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, 1983, s. 32 (kursiv tilføjet).

20. Revsbech m.fl., *Forvaltningsret - almindelige emner*, 2016, s. 101 (kursiv tilføjet). Se tilsvarende s. 292 og 553. Synspunkterne er i det væsentlige uændret siden værkets 2. udg., 1989, s. 118ff.

21. Mørup, *Berettigede forventninger i forvaltningsretten*, 2005, s. 7f. Visse aftaleaspekter omtales alligevel, jf. afsnit 3.5.2.

det egentlig indebærer, når offentlig virksomhed tilrettelægges i aftaleform, savnes«. ²²

Som det antydes i disse citater, kan udfordringen sammenfattes derhen, at emnets teoretiske og praktiske problemfelt betinger en arbejdsindsats, der vanskeligt kan honoreres inden for rammerne af en lærebog, en artikel eller et større retsvidenskabeligt bidrag, der kun ekskursivt behandler aftaleproblematikken. Typisk vises læseren tilbage til Mathiassens disputats som »standardværk«. Den fortsatte berettigelse af denne status er imidlertid tvivlsom. De retlige og faktiske rammer om forvaltningens virksomhed har ændret sig betydeligt siden 1970'erne. Endvidere var Mathiassen traditionen tro primært optaget af spørgsmålet om forvaltningskontraktens legalitet, navnlig med fokus på muligheden for at erstatte en forvaltningsakt med en aftale. Herved overses en lang række andre relevante problemstillinger, ligesom undersøgelsen på forhånd fastholdes i et forholdsvis ensidigt forvaltningsretligt perspektiv. Som anført af Skovgaard understregede Mathiassen selv teoriens »præliminære trin«. ²³ Endelig efterlader Mathiassens afhandling ofte læseren med flere spørgsmål end svar – eller mere diplomatisk formuleret af Bent Christensen i hans i øvrigt positive anmeldelse: »Derimod er afhandlingens nytte som »brugsjura« begrænset«. ²⁴ Det må især tilskrives den udprægede kasuistiske stil, hvor de generelle linjer ofte fortaber sig i case- og specialstudier. Det er rammende, når Gorm Toftegaard Nielsen – foranlediget af bl.a. Mathiassens og Arvid Frihagens arbejder – bemærker: »Det kan [...] kun hilse med tilfredshed, at man fra flere sider forsøger at give samlede fremstillinger af emnet. Meget tyder dog på, at problemernes antal er så stort og deres karakter så varierende, at selv ikke de samlede fremstillinger giver noget samlet billede af problematikken. [...] Måske skyldes dette, at emnet – forvaltningens aftaler – ikke eksisterer som et emne, der kan systematiseres på bare nogenlunde overskuelig og udtømmende vis«. ²⁵ Med hensyn til de mere afgrænsede undersøgelser af bestemte aftaletyper, der efterfølgende er blevet gennemført, ²⁶ er det således klart, at de mangler en *generel* teori at spejle sig i og spille op imod.

I den formueretlige litteratur har der været en tradition for at forbigå spørgsmål vedrørende forvaltningens aftaleforhold eller i hvert fald ikke

22. Blume m.fl., *Retlig regulering*, 1990, s. 242 og 248 (kursiv tilføjet).

23. Skovgaard, *Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, 1983, s. 32.

24. Christensen, U 1975B.36, s. 41.

25. Toftegaard Nielsen, TfR 1978.717, s. 717 og 723.

26. Særligt kan fremhæves Ellen Margrethe Basses bidrag om aftaler på miljørettens område og partikulært i denne sammenhæng *Aftalekonstruktioner i miljøretten*, i *Deregulering*, 1990, s. 97ff. Se nærmere afsnit 3.5.3.

udskille disse til særskilt behandling. Nyere teori har dog gjort spredte forsøg på at samle op, hvor den forvaltningsretlige teori har sluppet. Især skal fremhæves Palle Bo Madsens indsats i »Aftalefunktioner« (1983) – der er blevet indlemmet i »Aftaler om mellemmand« (7. udg., 2017) – samt Mads Bryde Andersens bidrag i »Grundlæggende aftaleret« (4. udg., 2013) og Karsten Naundrup Olesens ph.d.-afhandling »Samfundsloddet« (2004). Selv om disse bidrag er forholdsvis overfladiske henholdsvis snævert afgrænsede, udgør de værdifulde modspil til den forvaltningsretlige teori, fordi de tager afsæt i en formueretlig tradition og i mindre grad lader sig begrænse af legalitetsspørgsmålets snærende bånd.

Sammenfattende kan siges, at dansk teori kun i begrænset omfang har beskæftiget sig med aftaletematikken fra en almen synsvinkel. Den stedmoderlige interesse er især iøjefaldende fra et komparativt perspektiv. Emnet har således i videre omfang været genstand for retsvidenskabelig analyse, debat og teoretisering i Norge og især i kontekst af den kontinentaleuropæiske tradition med tysk og fransk teori som klassiske epicentre, jf. hertil afsnit 2.3.3. Sammenlignet hermed fremstår dansk teori mager og umoden.

1.4 Problemstillinger og teser

Det skulle gerne fremgå af de foregående afsnit, at de retlige spørgsmål knyttet til forvaltningens aftaler på én og samme tid er *praktisk relevante* og har betydelig *retsvidenskabelig interesse*. Den uklarhed, der er kendetegnende for området, kan føres tilbage til tre problemer. For det første har det uskarpe forhold mellem privatretten og den offentlige ret haft en central betydning for teoridannelsen. Der synes at være en grundlæggende uenighed om, hvorvidt aftalerne er primært forankrede i forvaltningsretlige eller kontraktsretlige forestillinger, samt en uklarhed om, hvordan disse spiller sammen. Grænsefladespændingen får feltet til at fremstå problemfyldt. Når aftaletematikken endelig tages op, sker det fortrinsvis fra *enten* et forvaltningsretligt perspektiv *eller* et kontraktsretligt perspektiv. Denne »skeløjethed« efterlader et noget sløret billede af retstilstanden. For det andet er der i forlængelse heraf en terminologisk inkonsistens, der gør det vanskeligt at afkode den eksisterende litteratur og praksis. Det må tilskrives både teoretiske og empiriske usikkerheder. Hertil kommer, at der visse steder spores en vis animositet mod begrebsmæssigt at udskille forvaltningens aftaler som noget »særligt«. For det tredje er den eksisterende retslitteratur præget af kasuistik, enkelte specialstudier og i øvrigt antagelser om, at det er vanskeligt at udtale sig generelt om retstilstanden. Hertil kommer, at interessen i det væsentlige har været helliget »hjemmelsspørgsmålet«.

Hvis der udtales noget generelt, er det ofte baseret på abstrakte deduktioner og retspolitiske fornemmelser snarere end egentlige praksisanalyser. Dette skyldes vel at mærke ikke fraværet af retskilder.

Med afsæt i disse iagttagelser kan formuleres følgende overordnede tese for afhandlingen: *Der kan identificeres almindelige normer angående forvaltningskontrakter, der henter næring fra både forvaltningsretlige og kontraktsretlige forestillinger.*

Denne tese kan nedbrydes i tre underteser, der indbyrdes er tæt forbundne, men fortjener nærmere omtale hver for sig. Den første undertese angår forvaltningskontraktsrettens normative grundlag: *Både forvaltningsretlige og kontraktsretlige normer finder potentielt anvendelse – eventuelt med fornødne tilpasninger – på forvaltningens aftaler.* Denne »integrationstese« er afhandlingens bud på et hensigtsmæssigt og frugtbart teoretisk udgangspunkt for afklaringen af retstilstanden. Tesen motiverer både et litteraturstudie og mere teoretiske overvejelser – der bl.a. involverer skelen til teoridannelser i fremmed ret – angående forholdet mellem privatretten og den offentlige ret i kontekst af forvaltningens aftaler, jf. *kapitel 3 og 4*. Tesen søges appliceret og efterprøvet i afhandlingens forvaltningskontraktsretlige studier i *del III*. I den forbindelse er der grund til at understrege, at analyserne i høj grad vil være styret (induktivt) af de foreliggende retskilder og de problemstillinger, de aktualiserer, fremfor (deduktivt) at tage udgangspunkt i vante forestillinger og begreber.

Den anden undertese kan ses som en konceptuel forudsætning: *Forvaltningskontrakterne udgør et selvstændigt retsinstitut, som påkalder sig særskilt analyse udsondret fra »sædvanlige« aftaler og forvaltningsakter.* Abstrakte begrebsanalyser er ikke tilstrækkelige til at nå i mål med efterprøvningen heraf. Der er behov for empiriske referencer i form af konkrete eksempler på forvaltningskontrakter som kendsgerninger. Med afsæt i de to andre underteser er det nødvendigt at supplere denne eksempelkompilation med en systematisk overbygning, der går på tværs af forskellige aftaletyper og forvaltningsområder. Disse overvejelser, der findes i *kapitel 5*, gør det muligt mere præcist at afgrænse afhandlingens primære og perifere interessefelter, ligesom de udvikler et begrebsapparat, der nyttiggøres i de forvaltningskontraktsretlige studier i *del III*. Endvidere er det en del af formålet med *kapitel 6* at undersøge, om forvaltningskontrakterne ud fra en dogmatisk målestok kan karakteriseres som et almindeligt virkemiddel.

Afhandlingens tyngdepunkt ligger på den tredje undertese: *Det er muligt af det foreliggende retskildemateriale at udlede almindelige forvaltningskontraktsretlige normer.* Med »almindelige normer« sigtes i hovedsagen til grundsætninger og principper, der i vidt omfang går på tværs af

forskellige aftaletyper, myndighedstyper og forvaltningsområder. Dette er selvsagt relevant at undersøge i forhold til det traditionelle spørgsmål om, under hvilke omstændigheder sådanne aftaler (lovligt) kan indgås, men dette rækker ikke til at efterprøve tesen. Der er behov for en mere gennemgribende undersøgelse, der omfatter andre tematikker, som hidtil har været forbigået eller nedprioriteret i retslitteraturen. En del af opdraget er i den forstand også at identificere frugtbare almindelige problemstillinger. En række tematikker er udvalgt til studierne i *afhandlingens del III (kapitel 6-14)*, der – foruden spørgsmålet om den materielle adgang til at indgå forvaltningskontrakter – behandler spørgsmål om kompetence, sagsbehandlingskrav i aftaleindgåelsesprocessen, bindingsvirkning og ændringsadgang, fortolkningsmetoder, sanktionering, tredjepartsvirkninger, ugyldighed samt tvistløsning og kontrol. Tilsammen bliver ambitionen dermed at tegne konturerne af en almindelig forvaltningskontraktsret funderet i anerkendte retskilder, herunder især retspraksis.

1.5 Mere om emnet – foreløbige præciseringer og afgrænsninger

Som det fremgår just ovenfor, forsøger afhandlingen at afgrænse forvaltningskontrakterne og i den forbindelse forholde sig til skismaet mellem privatret og offentlig ret. Nogle af overvejelserne her er derfor af foreløbig karakter, idet de foregriber flere af analyserne i afhandlingens del II. Som det nærmere fremgår af kapitel 5, omfatter betegnelsen »forvaltningskontrakt« i denne afhandling *aftaler, som forvaltningsmyndigheder anvender med henblik på at varetage myndighedsopgaver*. Denne brede definition omslutter et stort antal forskelligartede aftaler, hvilket er i overensstemmelse med afhandlingens almene sigte.

Afhandlingen fokuserer først og fremmest på aftaler mellem forvaltningen (undertiden staten som sådan) på den ene side og private fysiske eller juridiske personer på den anden.²⁷ Uden for afhandlingens område falder »horisontale« aftaler mellem stater indbyrdes (traktater) henholdsvis private indbyrdes. Det samme gælder som udgangspunkt aftaler mellem forvaltningsmyndigheder indbyrdes, idet retspraksis herom dog inddrages, når det vurderes relevant.²⁸

27. Om forvaltningens organisatoriske afgrænsning se i almindelighed Revsbech m.fl., *Forvaltningsret - almindelige emner*, 2016, s. 37ff. og Christensen, *Forvaltningsret*, 1997, s. 57ff. og 87ff. Visse sager om aftaler indgået af enheder i gråzonen mellem den offentlige og private sektor, fx selvejende institutioner og selskaber, inddrages dog efter omstændighederne.

28. Eksempelvis kan nævnes de centrale præjudikater i U 1976.359 H og U 1967.642 H angående kommunale afkald på ejendomsskatter som led i driftsoverenskomster om

Som nævnt beskæftiger afhandlingen sig bredt med aftaler, der anvendes som led i varetagelse af myndighedsopgaver. Uden for afhandlingens interessefelt falder groft sagt aftaler mellem offentlige og private, der svarer til aftaler, som kan indgås mellem private indbyrdes. Det gælder eksempelvis simple anskaffelsesaftaler, hvorved myndigheder erhverver løsøre til den daglige drift eller lignende. Afgrænsningen kan dog ikke altid anvendes med præcision på retslivets mangfoldigheder. Grundlæggende er det en smule naivt uden videre at lægge til grund, at myndigheder udelukkende optræder som kommercielle aktører, når de indgår aftaler. Der er allerede nu grund til at understrege, at afhandlingens forvaltningskontraktbegreb går på tværs af den traditionelle sondring mellem »privatretlige« og »offentligretlige« aftaler. Denne sondring er upræcis som afgrænsningsredskab. Selv de mest »hardcore« forvaltningskontrakter kan ved første øjekast ligne almindelige transaktioner. Et illustrativt eksempel herpå er myndigheders erhvervelse af fast ejendom, når dette sker under ekspropriationstrussel. Der findes omvendt også mange eksempler på, at myndigheder sælger fast ejendom, bl.a. med henblik på at forfølge planlægningsmæssige formål. Tilsvarende ville det føre til en arbitrær selektion, hvis det tillagdes afgørende betydning, om en aftale i traditionel forstand er »formueretlig« eller ej. Bestemte aftaletyper kan altså ikke på forhånd udelukkes fra – eller inkluderes i – afhandlingens genstandsfelt. Hvorvidt en given aftale har karakter af en forvaltningskontrakt, afhænger af en konkret vurdering af aftalens ordlyd, formål, kontekst og virkninger. Når alt dette er sagt, kan retsafgørelser angående aftaler, der ikke altid entydigt har karakter af forvaltningskontrakter, efter omstændighederne også bruges til at afklare forvaltningskontraktretlige forhold.

Som det fremgår af afhandlingens undertitel, samler hovedinteressen sig om aftaler, der har tilknytning til (retlig) *myndighedsudøvelse*. Med »myndighedsudøvelse« menes, at forvaltningen har en særegen magt, hvortil der ikke findes mage i relationen mellem private indbyrdes.²⁹ Disse »subordinationsaftaler« er således kendetegnet ved, at den offentlige kontrahent er retligt overlegen i den forstand, at den i mangel af enighed er beføjet til ensidigt at fastlægge retsstillingen. Hvis en lodsejer eksempelvis ikke ønsker at sælge sin ejendom til kommunen, kan kommunen efter omstændighederne erhverve ejendommen ved ekspropriation.

sygehuse og U 1975.399 H vedrørende tilsagn om vederlagsfri overdragelse af grund med henblik på opførelse af en kirke.

29. Se om begrebet i almindelighed Revsbech m.fl., *Forvaltningsret - almindelige emner*, 2016, s. 88f., Haagen Jensen og Nørgaard, *Administration og borger*, 1988, s. 81 og 85f. og Christensen, *Myndighedsopgaver og udlicitering*, 1997, s. 9ff. Der findes også aftaler om faktisk myndighedsudøvelse (tvangsindgreb), jf. afsnit 5.4.4.1.

Forenklet sagt handler det altså om aftaler, der erstatter eller supplerer forvaltningsakter eller andre heteronome reguleringsmidler. Dette fokus er for så vidt traditionelt, men også velbegrunderet i den forstand, at aftaler om myndighedsudøvelse aktualiserer de mest interessante, komplekse og karakteristiske problemstillinger i krydsfeltet mellem forvaltningsretten og kontraktsretten.

Begrundelsen for ikke at beskæftige sig med *alle* forvaltningens aftaler, herunder navnlig motivationen for at ekskludere de »simple« anskaffelsesaftaler mv., skal ses i lyset af retsudviklingen. Disse aftaler er i dag primært – navnlig under påvirkning fra EU-retten – reguleret af markedsretlige normer, herunder udbuds-, statsstøtte- og konkurrenceretten. Disse efterhånden højt specialiserede discipliner har i nogen grad fortrængt betydningen af den almindelige forvaltnings- og kontraktsret.³⁰ Afhandlingen inddrager kun i meget beskedent omfang markedsretlige perspektiver i analyserne. Det skal ikke ses som udtryk for det synspunkt, at disciplinerne er partout irrelevante for forvaltningskontrakter, men sådan som undersøgelsen er afgrænset her, vil de som udgangspunkt have begrænset betydning.³¹ Det hører med, at en betragtelig del af afhandlingen behandler aftaleforhold, der i bred forstand kan ses som udtryk for offentlig-privat samarbejde. Nyere begrebsdannelser som fx »OPP«, »OPI« og »partnering« samt reguleringen heraf underkastes dog ikke særskilt analyse.

Medmindre andet fremgår af sammenhængen, anvendes begreberne »aftale«, »kontrakt«, »overenskomst«, »kontraktsforhold« osv. synonymt med hinanden.³² Det samme gælder aftalebaserede servitutter (deklarationer). Som det er antydnet ovenfor, bør begreberne dog ikke forstås for snævert i de forvaltningskontraktsretlige analyser. Forvaltningskontrakterne kan ikke reduceres til traditionelle retshandler. Mange af disse aftaler angår ydelser, der ikke har karakter af konventionelle formuegoder. Omvendt er der også behov for at markere en nedre grænse: Afhandlingen interesserer sig kun for *judiciable* aftaler, dvs. aftaler med retligt håndhævelsespotential. Noget andet er, at retsvirkningerne ikke

30. Sml. NOU 2019:5, s. 428, Pagh, *Offentlige kontrakter og EF-retten*, 1992, s. 14f. og Graver, *Formålstjenlige privatrettslige former for offentlig virksomhed*, 36. NJM, 2002, s. 239ff. Se hertil udbudslovens § 193.

31. Dette bekræftes for så vidt angår statsstøtte i Hopsnes, *Kommunale forhåndstilsagn*, 2017, s. 251f. Se om konkurrencerettens betydning for brancheaftaler på miljørettens område Basse, *Affaldslovgivningen*, 1995, s. 379ff.

32. Begrundelsen for brugen af binde-»s« i sammensatte ord, der begynder med »kontrakt« (kontraktsforhold etc.), skal findes i den retsvidenskabelige tradition, jf. Iversen, *Erstatningsudmåling i kontraktsforhold*, U 2012B.271, note 1.

nødvendigvis replicerer traditionelle aftalevirkninger (eller forvaltningsaktsvirkninger). Aftaler eller andre dispositioner, der udelukkende har moralske, sociale eller politiske virkninger, som ikke egner sig til at blive fastslået og håndhævet ved en retsinstant, falder uden for afhandlingens interessefelt. Der er også grund til at præcisere, at når der i afhandlingen tales om forvaltningskontrakter (eller blot aftaler), vil det i flere sammenhænge retteligt skulle forstås som bestemte *aftalevilkår*.

Det er en naturlig følge af afhandlingens »tværdisciplinære« fokus, at der anlægges en inklusiv tilgang til retskilderne. Afhandlingens materiale er således som udgangspunkt ikke apriorisk afgrænset til retskilder med tilknytning til bestemte fagdiscipliner, herunder navnlig forvaltningsretten henholdsvis kontraktsretten – begge forstået i bred forstand. I modsat fald ville afgrænsningen præjudicere resultaterne. Det er i overensstemmelse hermed, når Niels Fenger – vendt imod tendensen til navlepilleri i den forvaltningsretlige teori – fremhæver, at forvaltningsrettens genstandsfelt ikke bør afgrænses »efter retskilder, men efter problemstillinger«. ³³ Det samme kan med rette hævdes om kontraktsretten. Der er dog grund til at understrege, at det i afhandlingen – og navnlig i de integrerede analyser i del III – er forudsat, at læseren har en grundlæggende forståelse for både kontrakts- og forvaltningsretten.

Som nævnt beskæftiger afhandlingen sig med forvaltningskontrakter, der går på tværs af forskellige forvaltningsområder. Det er en konsekvens af afhandlingens aspiration om at undersøge, hvorvidt der kan opstilles *almindelige* forvaltningskontraktsretlige normer. Omkostningerne ved den generelle afgrænsning er uundgåeligt, at visse detaljer går tabt. Disse må forfølges i specialstudier. Afhandlingen prætenderer således ikke at give en udtømmende fremstilling af forvaltningskontraktsretten, men snarere at tegne en skitse. Heller ikke *alle* almindelige problemstillinger kan behandles. Der er desuden grund til at knytte en særlig kommentar til den offentlige arbejdsret. På den ene side ville det sprænge rammerne for afhandlingen at indlemme dette store og højt specialiserede retsområde i analyserne. På den anden side udgør den offentlige arbejdsret, navnlig tjenestemandens retten, en frugtbar inspirationskilde til problemstillinger såvel som løsningsforslag. Særligt kan fremhæves de generelt formulerede præmisser i den opsigtsvækkende dom i U 2005.616, hvormed Højesteret tilsidesatte ombudsmandens retsopfattelse og anerkendte berettigelsen af forligsmæssige fratrædelsesaftaler, der trådte i stedet for formelle afskedigelser. Visse

33. Fenger, *Den forvaltningsretlige teoris udfordringer i starten af det 21. århundrede*, Jur 2010.275.

særegne aftaletyper behandles ikke, fordi deres retlige problemfelt falder uden for den almindelige undersøgelse. Det gælder eksempelvis offentlige databehandleraftaler, aftaler inden for strafferetsplejen såsom »tilståelsesaftaler«³⁴ og brugen af private leverandører i militære operationer.³⁵

1.6 Plan for fremstillingen

Afhandlingen falder i fire dele. Del I udgør afhandlingens *indledning*, der – foruden en præsentation af afhandlingens emne og formål i indeværende kapitel – indeholder en række metodiske og retskildemæssige overvejelser i kapitel 2.

Dernæst følger den *teoretiske grundlægning* i del II (kapitel 3-5). Kapitel 3 undersøger, hvordan retsvidenskaben traditionelt har angrebet forvaltningens aftaler med henblik på at vise, at skismaet mellem offentlig ret og privatret har fungeret som en erkendelsesmæssig »spændetroje«, der har martret teoridannelsen. I kapitel 4 argumenteres for, at sondringen mellem offentlig ret og privatret ikke bidrager til at afklare retstilstanden med hensyn til forvaltningens aftaler. Baseret på den pragmatisk betonedede retspraksis og med inspiration fra tendenser i kontinentaleuropæisk teori motiveres afhandlingens integrationstese. Tesen udvikles gennem horisontale analyser af forvaltnings- og kontraktsretten som optakt til de integrerede analyser i afhandlingens del III. Forinden er der imidlertid behov for at præcisere studierne genstand. Dét er formålet med kapitel 5, der afgrænser, eksemplificerer og systematiserer forvaltningskontrakterne. Der argumenteres for det hensigtsmæssige i at bruge begrebet og forstå det som en slags hybrid mellem forvaltningsakter og aftaler. Det dokumenteres, at forvaltningskontrakterne eksisterer i vidt omfang som kendsgerninger i mange forskellige former og på stort set alle forvaltningsområder. Med henblik på afhandlingens almindelige sigte præsenteres dernæst en analytisk aftaletypologi, der kan anvendes til at afgrænse en række typiske forvaltningskontrakter og knytte disse til specifikke problemstillinger. Dermed udvikles et sprog, der nyttiggøres i de følgende analyser.

34. Se fx U 2009.941 H med litteraturhenvisninger i domsnoten. Politiets mere administrativt betonedede opgaver, spørgsmål om politianmeldelse som forhandlingstema og i begrænset omfang bødeforelæg omtales dog sporadisk.

35. Se herom i et internationalt perspektiv bl.a. Francesco og Natalino (red.), *War by Contract*, 2011 og Janaby, *The Legal Regime Applicable to Private Military and Security Company Personnel in Armed Conflicts*, 2016.

Afhandlingens del III (kapitel 6-14) består af en række *forvaltningskontraksretlige studier* af udvalgte tematikker. Det overordnede formål hermed er at undersøge, i hvilket omfang der kan udledes almindelige normer, ligesom integrationstesens løbende søges efterprøvet. Undersøgelsen falder i tre afdelinger. Afdeling A angår *stiftelsesproblematikker*. Kapitel 6 behandler det klassiske og vigtige spørgsmål om, hvornår parterne overhovedet lovligt kan indgå forvaltningskontrakter med tyngdepunktet lagt på de ulovbestemte tilfælde. Dernæst behandler kapitel 7 forskellige spørgsmål relateret til kompetence. Kapitel 8 behandler aftaleindgåelsesprocessen, herunder samspillet mellem uskrevne sagsbehandlingsnormer og normer for løfteudveksling. I forlængelse heraf behandler afdeling B forskellige *retsvirkningsproblematikker*. Kapitel 9 angår forvaltningskontrakternes bindingsvirkning inter partes, særligt med henblik på at undersøge rammerne for den offentlige aftaleparts ensidige ændringsadgang. I kapitel 10 undersøges, hvad der karakteriserer domstolenes fortolkning af forvaltningskontrakter. Dernæst behandles i kapitel 11 spørgsmålet om, hvordan misligholdelse af forvaltningskontraktuelle forpligtelser kan sanktioneres. Videre beskæftiger kapitel 12 sig med forvaltningskontrakternes tredjepartsvirkninger. Afdeling C vedrører *kontrolproblematikker*. Først undersøges forskellige spørgsmål i forbindelse med ugyldighed (tilsidesættelse) som følge af tilblivelsesmangler i kapitel 13. Efterfølgende behandler kapitel 14 rammerne for tvistløsning og prøvelse af forvaltningskontrakterne ved forskellige retsinstanter.

I den *afsluttende* del IV opsummeres de væsentligste resultater, og der konkluderes på afhandlingens opdrag i kapitel 15. I kapitel 16 overvejes forskellige videnskabelige og retspolitiske perspektiver, som undersøgelsen giver anledning til at fremhæve.