

Samfundsloddet



# Samfundsloddet

Karsten Naundrup Olesen

**FORLAGET THOMSON**  
—★—  
**GadJura**

Karsten Naundrup Olesen  
*Samfundsloddet*  
1. udgave/1. oplag  
© Forlaget Thomson A/S, København 2004

ISBN 87-619-0763-4

Omslag: Birger Gregers MDD, Frederiksberg  
Sats: BookPartnerMedia A/S, København  
Tryk: BookPartnerMedia A/S, København

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse  
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt  
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.  
Alle rettigheder forbeholdes.

# Forord

Medio marts 2003 indleverede jeg en afhandling til Det Samfundsvidenskabelige Fakultet ved Aalborg Universitet med henblik på forsvar for ph.d.-graden. Afhandlingen blev bedømt af et sagkyndigt bedømmelsesudvalg bestående af professor dr.jur. Erik Werlauff, professor dr.jur. Mads Bryde Andersen og lektor jur.dr. Tom-Erik Madell, og den blev, med positivt resultat, forsvaret ved en offentlig forsvarshandling den 5. september 2003.

Den bog, De nu sidder med, er baseret på den indleverede afhandling, hvis titel også var "Samfundsloddet. Obligationsretten og kontrakter af samfundsmæssig interesse". I forhold til afhandlingen er der foretaget nogle mindre ændringer. Nogle ændringer er foretaget for at præcisere afhandlingens indhold. Andre ændringer er følger af udviklingen i tiden efter afhandlingens indlevering; det gælder blandt andet bemærkningerne om ABSERVICE 2003, der ved afhandlingens indlevering endnu ikke var blevet offentliggjort. Domme og litteratur fremkommet efter afhandlingens indlevering er ikke inddraget i bogen.

København, november 2003

Karsten Naundrup Olesen



# Indholdsfortegnelse

<b>Introduktion til afhandlingens tema</b> .....	<b>15</b>
<b>Kapitel 1: Samfundets interesse</b> .....	<b>17</b>
1.1 Er samfundets interesse et fantasifoster? .....	17
1.2 Den samfundsmæssige interesse som begreb .....	21
1.2.1 Anvendt i grundloven .....	22
1.2.2 Anvendt i planloven .....	28
1.2.3 Anvendt i patentloven .....	30
1.2.4 Anvendt i halvlederloven .....	32
1.3 Begrebet <i>samfundsmæssig interesse</i> i denne afhandling .....	33
<b>Kapitel 2: Afhandlingens emne og afgrænsning</b> .....	<b>39</b>
2.1 Kontraktbegrebet .....	39
2.1.1 Hvad er en kontrakt? .....	39
2.1.2 Den almindelige kontrakt .....	41
2.2 Afhandlingens emne .....	42
2.3 Hvilke kontrakter undersøges – en afgrænsning .....	46
2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed .....	48
2.4.1 Begrebet .....	48
2.4.2 Myndighedsudøvelse og kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed .....	51
2.4.3 Forholdet til andre kontrakter med offentlig deltagelse .....	52
2.4.3.1 Kontrakter om myndighedsudøvelse .....	52
2.4.3.2 Kontrakter om kommunalt samarbejde ....	52
2.4.3.3 Politiske aftaler og lignende .....	58
2.4.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed – flere kontraktstyper .....	59
2.4.5 Parterne i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed .....	63
2.4.6 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed og obligationsretten .....	64
2.4.6.1 Indgåelse af kontrakt .....	64
2.4.6.2 Noget om kontrakternes indhold .....	68

## *Indholdsfortegnelse*

<b>Kapitel 3: Nogle valg vedrørende metode</b> .....	<b>73</b>
3.1 Hvordan emnet undersøges .....	73
3.2 Økonomiske aspekter .....	79
3.2.1 Om retsøkonomi generelt .....	79
3.2.2 Retsøkonomi i afhandlingen .....	84
<b>Kapitel 4: Kontrakter om myndighedsudøvelse</b> .....	<b>89</b>
4.1 Nogle indledende bemærkninger.....	89
4.2 Begrebet .....	90
4.3 Forvaltningskontraktens private part .....	93
4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten .....	100
4.4.1 Obligationsret og offentlig ret – nogle indledende bemærkninger .....	100
4.4.2 Forvaltningskontraktens indhold – kan parterne aftale, hvad de vil? .....	103
4.4.2.1 Udgangspunktet .....	103
4.4.2.2 Kan myndighedsudøvelse bindes? .....	104
4.4.2.2.1 Indledende overvejelser .....	104
4.4.2.2.2 Bidrag fra litteratur og praksis .	107
4.4.3 Er der frihed til at indgå forvaltningskontrakter? .	112
4.5 Afsluttende bemærkninger .....	117
<b>Kapitel 5: Parternes mulighed for at regulere spørgsmålene</b> ....	<b>119</b>
5.1 Kontraktfrihed og nogle modifikationer .....	119
5.2 Kontraktfrihed og behov for obligationsretlig udfyldning.....	122
<b>Kapitel 6: Opfyldelse</b> .....	<b>125</b>
6.1 Kontrakters opfyldelse – introduktion til kapitlet.....	125
6.2 Supplering af kontrakter.....	126
6.2.1 Hvorfor er det nødvendigt at supplere kontrakter? .....	126
6.2.2 Nærmere om suppleringsbegrebet .....	127
6.2.2.1 Supplering som overbegreb.....	127
6.2.2.2 Fortolkning, udfyldning og forskellen herpå.....	128
6.3 Mere om fortolkning.....	130
6.3.1 Indledende bemærkninger .....	130
6.3.2 Fortolkningsdata .....	131
6.3.2.1 Fortolkningsdata – definition og eksempler.....	131



6.3.2.2	Forvaltningskontrakter og fortolkningsdata . . . . .	131
6.3.2.3	Samfundsmæssig interesse som fortolkningsdatum . . . . .	134
6.3.2.3.1	Interessen fremgår af kontraktens ordlyd . . . . .	134
6.3.2.3.2	Interessen som en del af kontraktens formål . . . . .	135
6.3.2.3.3	Interessen fremgår af materiale forud for kontrakten . . . . .	140
6.3.2.3.4	Interessen fremgår af efterfølgende materiale . . . . .	142
6.3.2.3.5	Hvilken betydning har en samfundsmæssig interesse? . . . . .	143
6.3.2.3.6	Sammenfatning . . . . .	148
6.3.3	Fortolkningsregler . . . . .	148
6.3.3.1	Indledende bemærkninger . . . . .	148
6.3.3.2	Uklarhedsreglen . . . . .	150
6.3.3.2.1	Reglens indhold . . . . .	150
6.3.3.2.2	Uklarhedsreglen og agreed documents . . . . .	152
6.3.3.2.3	Uklarhedsreglen og samfundets interesse . . . . .	153
6.3.4	Fortolkningen af kontraktstyper . . . . .	155
6.3.4.1	Vedvarende kontraktforhold . . . . .	155
6.3.4.2	Partneringaftaler . . . . .	157
6.4	Mere om udfyldning . . . . .	159
6.5	Særligt om ydelserne . . . . .	163
6.5.1	Indledende bemærkninger . . . . .	163
6.5.2	Ydelsens kvalitet og samfundsmæssig interesse . . . . .	164
6.5.2.1	Lovgivningens krav til ydelsen . . . . .	164
6.5.2.2	Realkreditors forudsætninger om ydelsens kvalitet . . . . .	165
6.5.3	Nogle forpligtelser af offentligretlig karakter . . . . .	167
6.5.3.1	Forskellige kategorier af forpligtelser . . . . .	167
6.5.3.2	Pligt til at give aktindsigt . . . . .	170
6.5.3.2.1	Forvaltningsloven . . . . .	170
6.5.3.2.2	Offentlighedsloven . . . . .	171
6.5.3.2.3	Persondataloven . . . . .	175
6.5.3.3	Tavshedspligt . . . . .	175
6.5.3.3.1	Offentlighedsloven . . . . .	176

## Indholdsfortegnelse

6.5.3.3.2	Forvaltningsloven .....	176
6.5.3.3.3	Straffeloven .....	178
6.5.3.3.4	Persondataloven .....	178
6.5.3.4	Pligt til at vejlede .....	179
6.5.3.4.1	Speciallovgivning .....	179
6.5.3.4.2	Forvaltningsloven .....	179
6.5.3.4.3	Vejledningspligt som led i god forvaltningsskik .....	180
6.6	Debitor og debitorskifte .....	181
6.6.1	Indledende bemærkninger .....	181
6.6.2	Mulighed for (real-)debitorskifte .....	182
6.6.2.1	Udgangspunktet .....	182
6.6.2.2	Modifikationer .....	182
6.6.2.3	Debitorskifte ved fusion .....	184
6.6.2.3.1	Reglernes indhold .....	184
6.6.2.3.2	Fusion, debitorskifte og samfundsmæssig interesse .....	187
6.7	Afsluttende bemærkninger .....	192
<b>Kapitel 7: Ikke-opfyldelse</b>	.....	<b>195</b>
7.1	Indledende bemærkninger .....	195
7.2	Ikke-opfyldelse og misligholdelse .....	196
7.3	Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse .....	198
7.3.1	Loyalitetspligt .....	198
7.3.1.1	Begrebets indhold .....	198
7.3.1.2	Nærmere om pligtens omfang .....	201
7.3.1.2.1	Kontraktperiodens længde .....	201
7.3.1.2.2	Kontraktens indhold .....	203
7.3.2	Anteciperet misligholdelse .....	205
7.3.2.1	Begrebet og nogle hovedlinier .....	205
7.3.2.2	Når kontrakten drejer sig om faktisk forvaltningsevne .....	207
7.3.2.2.1	Udskiftning hos debitor .....	208
7.3.2.2.2	Realdebitors leveringsnægtelse ..	211
7.4	Kort om misligholdelsesbeføjelser .....	215
7.4.1	Begrebet .....	215
7.4.2	Generelle betingelser for opnåelse af misligholdelsesbeføjelser .....	216
7.4.2.1	Debitors manglende opfyldelse og kreditors mora .....	216
7.4.2.2	Reklamation .....	219

*Indholdsfortegnelse*

7.5	Naturalopfyldelse.....	221
7.6	Afhjælpning .....	224
7.6.1	Debitors afhjælpningspligt.....	225
7.6.2	Debitors afhjælpningsret .....	226
7.6.3	Kreditors afhjælpningsret .....	227
7.7	Detentionsret .....	228
7.8	Ophævelse .....	232
7.8.1	Begrebet.....	232
7.8.2	Betingelser for ophævelse .....	232
7.8.2.1	Særlig lovregulering .....	233
7.8.2.2	Kontraktbestemmelser om hæveadgang... ..	233
7.8.2.3	Væsentlig misligholdelse .....	234
7.8.2.3.1	Begrebet .....	234
7.8.2.3.2	Kravet om kendelighed.....	240
7.8.2.3.3	Grundlaget for vurdering af væsentlighed.....	241
7.9	Erstatning .....	242
7.9.1	Indledende bemærkninger.....	242
7.9.2	Erstatningsansvaret mellem kontraktens parter ...	243
7.9.3	Erstatningsansvaret mellem realdebitor og bruger..	248
7.9.3.1	Afsnittet indhold.....	248
7.9.3.2	Relationen mellem realdebitor og bruger .	249
7.9.3.3	Ansvarsgrundlaget .....	252
7.10	Afsluttende bemærkninger .....	258
<b>Kapitel 8:</b>	<b>Justeret opfyldelse .....</b>	<b>263</b>
8.1	Hvorfor justere kontrakten? – nogle indledende bemærkninger .....	263
8.2	Kontraktbalancen.....	266
8.2.1	Begrebet.....	266
8.2.2	Ubalance og justering.....	266
8.2.3	Kontraktbalancen og den samfundsmæssige interesse.....	269
8.3	Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet .....	270
8.3.1	Aftalelovens § 36 .....	271
8.3.2	Forudsætningslæren .....	274
8.3.2.1	Kort om forudsætningslærens indhold....	274
8.3.2.2	Lærens forhold til andre regler om urigtige forudsætninger.....	275
8.3.2.3	Forudsætningslæren og aftalelovens § 36..	276

## Indholdsfortegnelse

8.3.3	Justering af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed .....	280
8.3.3.1	Indledende bemærkninger .....	280
8.3.3.2	Når den offentlige kontrahent udøver myndighed .....	281
8.3.3.3	Når andre instanser udøver myndighed...	286
8.3.3.3.1	Kort om indholdet i afsnittet ...	286
8.3.3.3.2	Justering via forudsætningslæren .....	287
8.3.3.3.3	Justering via aftalelovens § 36 ..	291
8.3.3.4	Når den offentlige kontrahent pålægges nye opgaver .....	298
8.3.4	Sammenfatning .....	300
8.4	Kontraktbestemmelser om justering .....	301
8.4.1	Hvad kan aftales? .....	302
8.4.2	Hardshipklausuler .....	303
8.4.2.1	Hardship og hardshipklausuler – begreberne .....	303
8.4.2.2	Hardshipregler .....	304
8.4.2.3	Muligt indhold af en hardshipklausul ....	305
8.4.2.3.1	Definition af hvad der er hardship .....	305
8.4.2.3.2	Hvilken procedure skal følges ved justering? .....	308
8.4.2.3.3	Hvilke materielle ændringer kan foretages? .....	309
8.4.2.4	Sammenfatning .....	309
8.4.3	Andre genforhandlingsklausuler .....	309
8.4.3.1	Genforhandlingsklausul som samlebegreb .	309
8.4.3.2	Om fleksibilitet og binding .....	310
8.5	Justering af kontrakter der har været i udbud .....	314
8.5.1	Modsætning mellem udbudsregler og behov for justering .....	314
8.5.2	Fællesskabsretlig regulering .....	315
8.5.2.1	Kort oversigt over reglerne .....	315
8.5.2.2	Direktivernes indhold .....	316
8.5.3	National regulering .....	321
8.5.3.1	Tilbudindhentningsloven .....	321
8.5.3.1.1	Lovens anvendelsesområde .....	321
8.5.3.1.2	Bestemmelser vedrørende ændringer .....	322

*Indholdsfortegnelse*

8.5.3.2 Det statslige udbudscirkulære .....	324
8.6 Afsluttende bemærkninger .....	324
<b>Kapitel 9: Kontrakten og samfundets interesse – sammenfatning og sammenhænge .....</b>	<b>327</b>
9.1 Det generelle indtryk af betydningen af samfundsmæssig interesse .....	327
9.2 Nogle udvalgte resultater .....	329
9.3 Nogle sammenhænge .....	332
9.4 Tilbage til den samfundsmæssige interesse .....	336
<b>Resumé .....</b>	<b>339</b>
<b>Forkortelser .....</b>	<b>345</b>
<b>Lovregister .....</b>	<b>347</b>
<b>Kildefortegnelse .....</b>	<b>353</b>
<b>Register over afgørelser .....</b>	<b>364</b>
<b>Stikordsregister .....</b>	<b>366</b>



## Introduktion til afhandlingens tema

At sikre forsyning med elektricitet, gøre rent på sygehuse og bringe mad ud til ældre – det er eksempler på opgaver, som samfundet har en væsentlig interesse i at få udført. Samfundets interesse og opgavernes omfang er formodentlig væsentlige årsager til, at sådanne opgaver i mange år er blevet opfattet som noget, stat, amt eller kommune skulle tage sig af. Særligt inden for de senere år er der imidlertid blevet stillet spørgsmålstejn ved, om denne måde at løse opgaverne på er den eneste mulige. Foruden megen debat om emnet er der også i praksis fundet på alternative løsningsmodeller. Således er der eksempelvis gennemført udlicitering og privatisering af opgaver, der tidligere med selvfølgelighed blev betragtet som offentlige. Forsyning med elektricitet, rengøring på offentlige institutioner og madordninger er eksempler på områder, hvor der er gennemført ændringer. Listen kan suppleres med områder som drift af kollektiv trafik, renovation og kloakering. Også opgaver vedrørende myndighedsudøvelse tales der om at overlade til private. Uanset om det er offentlige instanser eller private virksomheder, der løser opgaver af den nævnte slags, vil der være en samfundsmæssig interesse i, at den enkelte opgave bliver løst.

I de tilfælde, hvor opgaverne bliver løst af virksomheder, vil der ligge en kontrakt til grund for arbejdet. I dag vil det ofte være sådan, at kontrakten er indgået med virksomheden som én part og en offentlig instans som en anden. I mange tilfælde forløber samarbejdet mellem de to parter sådan, at der ikke opstår større uoverensstemmelser, end at de kan løses enten inden for kontrakten eller ved enighed om at bringe samarbejdet til ophør. I nogle tilfælde er der dog opstået store konflikter. Et eksempel er konflikten i januar 1996 mellem Århus Kommune og Århus Renholdningsselskab: Århus Kommune havde indgået kontrakt med virksomheden Århus Renholdningsselskab, om at virksomheden skulle sørge for, at der blev indsamlet affald i kommunen. På grund af strejke blandt virksomhedens medarbejdere blev der i ca. 5 uger ikke samlet affald ind. I denne situation ønskede kommunen at

### *Introduktion til afhandlingens tema*

afbryde samarbejdet med virksomheden for ad andre veje at sikre, at renovationsopgaven blev løst. Virksomheden mente imidlertid ikke, at kommunen kunne afbryde samarbejdet. Mens affaldet hobede sig op, forsøgte parterne at forhandle sig frem til en løsning, men forhandlingerne endte imidlertid uden resultat. Udgangen på konflikten blev, at sagen blev afgjort af en voldgiftsret.

Det forløber altså ikke altid gnidningsfrit, når offentlige instanser overlader det til andre at udføre opgaver, som de i sidste ende er ansvarlige for.

Når løsningen af opgaven er baseret på en kontrakt, må udgangspunktet for løsning af uoverensstemmelser mellem parterne, som ved andre kontrakter, være parternes vedtagelser om spørgsmålet, og i mangel heraf de almindelige obligationsretlige regler. Hvis man imidlertid opholder sig et øjeblik ved det faktum, at samfundet har en interesse i, at opgaven bliver løst, er det ikke unaturligt at overveje, om denne interesse også kan have betydning for, hvordan uoverensstemmelser mellem parterne kan løses. Til støtte for en sådan tanke kan man overveje de følger, i form af manglende opfyldelse, der kan blive konsekvensen af uoverensstemmelse mellem kontraktens parter. I eksemplet med den manglende indsamling af affald i Århus vil det være spørgsmålet om, hvorvidt interessen i ikke at have mange tons affald liggende i gaderne, med mulig sundhedsrisiko til følge, skal påvirke kommunens muligheder for at ændre kontrakten med Århus Renholdningsselskab, eller blive løst fra den.

Denne afhandling behandler netop spørgsmålet om betydningen af den samfundsmæssige interesse i forbindelse med kontrakter. Den behandler spørgsmål om, i hvilket omfang hensynet til de samfundsmæssige interesser spiller ind i forbindelse med opfyldelse af kontrakterne, i forhold til ikke-opfyldelse og mulighederne for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende og når det skal afgøres, om parterne kan ændre kontrakten.



## Kapitel 1

# Samfundets interesse

Det er åbenbart, at begrebet *samfundsmæssig interesse* har en central placering i denne afhandling, men det er langt fra åbenbart, hvad begrebet indeholder. I dette kapitel bliver begrebet undersøgt nærmere, med det formål at give en beskrivelse af hvad det rummer.

### 1.1 Er samfundets interesse et fantasifoster?

I blandt andet værket *Om ret og retfærdighed* har Alf Ross betegnet begrebet *samfundsnyttens* som en kimære.<sup>1</sup> Kritikken af samfundsnyttens (samfundets behov eller interesse) som begreb blev fremsat i forbindelse med en generel kritik af utilitarismen og dens fokus på, at handlingers værdi kan fastsættes som summen af den lyst eller ulyst, de afføder. Når Ross i denne forbindelse fandt anledning til også at kritisere anvendelsen af samfundsnyttens som begreb, var det fordi, han satte lighedstegn mellem samfundsnyttens og summen af de enkelte individers lyst, og derfor så begrebet som et udslag af utilitaristisk tankegang.

Ross afviser den tanke, at man kan opstille et samfundsnyttebegreb som udtryk for en afvejning af alle de interesser, der berøres af en given handling. I følge Ross vil dette i givet fald være samme formel, som den der anvendes i utilitarismen, idet det herefter gælder om at opgøre interesser af vidt forskellig karakter med henblik på at nå frem til et entydigt udtryk for værdien af handlingen. En sådan afvejning kan ifølge Ross ikke gennemføres, da de interesser, der indgår, ikke kan sammenlignes, og i øvrigt ofte vil være i indbyrdes konkurrence.

Med afsæt i det forhold at anvendelse af begrebet *samfundsnytte* forudsætter, at man tænker alle interesser forenet i én person, en overin-

---

1. Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, s. 381. Kritikken hos Ross vedrører den generelle brug af begrebet *samfundsnyttens*; for en kritik af anvendelse af begrebet i forbindelse med et specifikt retsområde se Bernhard Gomard: *Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold*, s. 187ff.

dividuel enhed (samfundet), afviser Ross det endvidere som illusorisk at tale om, at samfundet er et selvstændigt væsen, der er udstyret med behov og interesser, idet alle behov opleves af individer.<sup>2</sup>

Trods disse indvendinger anerkender Ross dog, at man kan tale om samfundsinteresse, men ikke som noget der udgår fra en overindividuel enhed (samfundet), men i stedet fra individet. Hvis et individ påstår, at noget er en samfundsinteresse, er det udtryk for, at dette individ oplever et fællesskab i interesser, og appellerer til at andre individers tilsvarende følelser.<sup>3</sup>

Ud fra en abstrakt tankegang er det rigtigt, at et samfund, betragtet som en selvstændig enhed, ikke kan have en interesse. De interesser et samfund kan siges at have, begrænser sig til de interesser, deltagerne i samfundet har. Denne abstrakte tankegang har sin berettigelse i forbindelse med vurderingen af værdien af det, der i daglig tale ofte benævnes samfundets interesse. Det gælder eksempelvis i forbindelse med spørgsmålet om, hvad der skal være gældende ret. Iagttagelsen, af at samfundsinteressen i virkeligheden dækker over en række individers interesse, sætter fokus på, at det oftest ikke vil være muligt at opgøre summen af de forskellige interesser, der indgår i en samfundsinteresse, hvorfor samfundets interesse ikke kan opgøres til en eksakt værdi. Endvidere henleder den abstrakte iagttagelse opmærksomheden på kompleksiteten bag begrebet *samfundsinteresse*. Set i dette lys har den abstrakte vinkel også betydning i relation til denne afhandling, fordi den beskæftiger sig med, hvilken betydning samfundets interesse har for retstilstanden på et givet område. Det kan i denne forbindelse være værdifuldt at huske på, at en samfundsinteresse hænger sammen med nogle individers individuelle interesser.

Selv om begrebet *samfundets interesse* ikke udgår fra en abstrakt synsvinkel har noget selvstændigt indhold, må man erkende, at begrebet anvendes i en lang række sammenhænge, herunder også juridiske,<sup>4</sup> og at det tilsyneladende sker uden uoverstigelige vanskeligheder. Set fra denne konkrete synsvinkel giver det derfor mening at tale om samfundets interesse. Hvis man anlægger en praktisk synsvinkel, er det altså

---

2. Alf Ross: Om ret og retfærdighed, s. 381 og s. 451.

3. Alf Ross: Om ret og retfærdighed, s. 453f.

4. Grundlovens §§ 73-75, planloven og patentloven er nogle eksempler på sådan anvendelse. Disse eksempler omtales nærmere i næste afsnit.

### 1.1 Er samfundets interesse et fantasifoster?

muligt at tale om eksistensen af en samfundsmæssig interesse, og dermed at gennemføre en undersøgelse som den der skal gennemføres i denne afhandling.<sup>5</sup>

Der er således en konflikt mellem den abstrakte og den konkrete udlægning af begrebet *samfundets interesse*. I den forbindelse skal det bemærkes, at Ross opstillede en sondring mellem sammenfaldende interesse (individer ønsker hver for sig det samme), forbunden interesse (individ A kan kun få sin interesse varetaget ved at bidrage til, at individ B får sin interesse varetaget) og fælles interesse (individ A og individ B føler hver for sig en uselvisk trang til at hjælpe hinanden, og opfatter derfor ikke deres individuelle interesser som individuelle, men som en fælles interesse). I forlængelse af denne sondring introducerede Ross begrebet *social interesse*, som betegnelse for "...de inden for en gruppe almindeligt sammenfaldende og forbundne interesse i en vis social orden".<sup>6</sup> Som eksempel på sådanne sociale interesser nævner Ross blandt andet individets interesse i en almindelig ejendomsorden (generel regulering af ejendomsretten) og individets interesse i en almindelig aftaleorden (generel regulering af aftaleforhold). På et konkret plan vil det, Ross betegner som den sociale interesse, blive betragtet som samfundets interesse.<sup>7</sup> Noget sådan kan imidlertid ikke finde støtte hos Ross, der understreger, at man ikke kan anvende individernes sociale interesser som grundlag for en påstand om, at der eksisterer en samfundsinteresse; en sådan påstand vil være "...en metafor hvis funktion er at appellere til de sympatiske følelser og uselviske interesser, hvorigennem individet identificerer sig med helheden".<sup>8</sup>

Med respekt for det teoretisk rigtige i at et samfund som selvstændig enhed ikke på det abstrakte plan kan have en interesse, anlægges der i denne afhandling en konkret synsvinkel på spørgsmålet om muligheden for meningsfyldt at anvende begrebet samfundsinteresse. I henhold til ovenstående har begrebet herefter et reelt indhold. Dette valg af tilgangsvinkel er begrundet i to forhold, der til dels hænger sammen. Det første led i begrundelsen findes i det tidligere anførte om, at begrebet

---

5. Se hertil Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret s. 469ff.

6. Alf Ross: Om ret og retfærdighed, s. 454.

7. Se hertil eksempelvis Henry Ussing: Aftaler, s. 18f, Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 415ff.

8. Alf Ross: Om ret og retfærdighed, s. 454.

*Kap. 1: Samfundets interesse*

konkret finder anvendelse, også i forbindelse med obligationsretten. Det andet led i begrundelsen findes i det forhold, at det som Ross betegner social interesse, i dag, i det mindste på det konkrete plan, kan betragtes som samfundets egen, selvoplevede interesse. Argumentationen for dette er, at selv om samfundet teoretisk set ikke selv kan identificere en interesse, så kan repræsentanter for samfundet, i form af embedsmænd, politikere med flere, konkret identificere interesser, der kan siges at være samfundets. Det kan eksempelvis være interessen i at beskytte grundvandsreserverne. Det kan være, at embedsmanden eller politikeren også har en personlig interesse i at beskytte grundvandet, men det er ligegyldigt i denne forbindelse, hvor vedkommende blot optræder som formidler af interessen. Interessen kan derfor ikke siges at være hans – han vil træffe beslutningen eller udarbejde lovforslaget, uanset om han har samme interesse eller ej. Men teoretisk set vil interessen ikke opstå af sig selv, den vil altid udspringe af et individs behov. Hvis det ikke er embedsmanden, interessen udspringer fra, vil det være et andet individ. Er der så ikke rettere tale om dette individs interesse end om samfundets? På det abstrakte plan vil det være individets interesse. På det konkrete plan kan man også med rette henregne det til samfundets interesse (samfundet som en selvstændig enhed). Begrundelsen for dette er, at nogle individer (embedsmanden, politikeren eller andre), der ikke nødvendigvis selv føler behovet, har valgt at gøre den individuelle interesse til samfundets interesse. Dette sker uden, at samfundet kan siges at have et behov for at varetage den konkrete interesse, og i kraft af de mekanismer, der er opstillet i samfundet, eksempelvis det administrative apparat. Disse mekanismer er uafhængige af et enkelt individs interesser, det vil sige, de er ikke tvunget til at søge at varetage disse. Den udvalgte interesse kan altså ikke betragtes som være den formidlende embedsmands. Den hidrører heller ikke fra et andet individ. Med størst rigtighed synes interessen derimod at kunne tilskrives samfundet som enhed.

## 1.2 Den samfundsmæssige interesse som begreb

Det er ovenfor postuleret, at der er et reelt indhold i begrebet *samfundets interesse*. I det følgende skal vi prøve at komme det noget nærmere, hvilket indhold der er i begrebet.<sup>9</sup>

Skal man forsøge at gøre det klart, hvad det vil sige, at noget har interesse for samfundet, synes det vanskeligt ikke at gøre sig overvejelser om, hvad et samfund er. Hvis man som en introduktion til dette arbejde, slår ordet *samfund* op i Den Store Danske Encyklopædi, finder man en omtale, der dækker 3 sider, af hvilke det fremgår, at der findes adskillige betydninger af begrebet *samfund*. Afhængig af om man vælger en sociologisk, en idéhistorisk eller en helt tredje indfaldsvinkel til begrebet, får det forskelligt indhold.

Med de vanskeligheder, der er forbundet med at beskrive, hvad et samfund er, er det selvsagt heller ikke muligt klart, endsige udtømmende, at afgrænse, hvilke forhold der er af interesse for samfundet. Dette så meget des mere, fordi svaret ikke blot afhænger af, hvad man betragter som samfundet, men også af hvilken rolle man mener, dette skal have i forhold til eksempelvis individet. I stedet for at kaste læseren ud i en længere, teoretisk analyse af begreberne *samfund* og *samfundets interesse*, en analyse der, i henhold til det just anførte, ikke har udsigt til at føre til en afgørende klarhed, vil det i det følgende ad empirisk vej blive forsøgt at finde indhold i begrebet *samfundsmæssig interesse*. Grundlaget for dette arbejde er nogle danske lovbestemmelser, udvalgt blandt det store antal af lovbestemmelser, hvor begrebet *samfundsmæssig interesse* eller lignende begreber<sup>10</sup> bliver anvendt. Det skal bemærkes, at mens samfundsmæssig interesse eller lignende begreber jævnligt indgår i danske love, er der ikke på forhånd noget, der tilsiger, at begrebet har det samme indhold i alle sammenhænge. Det er derfor langt fra sikkert, at den følgende gennemgang af udvalgte danske lovbestemmelser vil resultere i et klart afgrænset begreb, men gennemgangen vil bidrage til en eksemplificering af, hvad begrebet rummer.

At det er anvendelsen af begrebet i lovgivningen, der bliver undersøgt, frem for eksempelvis sociologiens anvendelse af begrebet, falder

---

9. Samfundets interesse, samfundsinteresse og samfundsmæssig interesse anvendes som synonymer i afhandlingen.

10. Eksempelvis almenvellet, almene interesser og samfundsmæssige hensyn.

## Kap. 1: Samfundets interesse

naturligt, når det tages i betragtning, at der her er tale om en juridisk afhandling. I dette valg ligger der ikke en antagelse af, at den samfundsmæssig interesse som begreb er noget, der er skabt i den juridiske verden, ligesom valget ikke er udtryk for en formodning om, at anvendelsen af begrebet er anderledes i juraen end i andre faggrene.

De love, der undersøges i det følgende, er alle danske love. Begrundelsen for dette skal især findes i det forhold, at det, der undersøges i afhandlingen, er, hvilken betydning den samfundsmæssige interesse har for fortolkning af kontrakter i Danmark. Det er derfor naturligt, at indholdet i begrebet *samfundsmæssig interesse* skal fastlægges ud fra en dansk målestok.<sup>11</sup>

Lovene, der behandles nedenfor, er hentet i vidt forskellige dele af juraen, fra forfatningsretten over miljøretten til formueretten. Denne bredde i de udvalgte love er tilsigtet. Formålet er dels at vise, at begrebet *samfundsmæssig interesse* anvendes i vidt forskellige juridiske sammenhænge, dels at sikre at de eksempler, der medvirker til at danne indtryk at indholdet i begrebet, også viser begrebets rummelighed.

Den følgende gennemgang indledes med omtale af grundloven. Dette valg hænger sammen med den hierarkiske forskel mellem grundloven og almindelig lovgivning. Grundloven indeholder forskrifter for, hvordan almindelige love skal skabes,<sup>12</sup> mens grundloven som hovedregel ikke selv kan ændres ellers fraviges alene ved lov, jf. grundlovens § 88. Grundloven står således over almindelige love, og som følge heraf kan almindelige love ikke være i strid med grundloven. Af denne grund vil det være interessant, i forhold til almindelige love, hvis grundloven indeholder bidrag til præcisering af indholdet i begrebet samfundsmæssig interesse.

### 1.2.1 Anvendt i grundloven

Grundlovens § 73, stk. 1, om beskyttelse af ejendomsretten indeholder følgende formulering: "Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor *almenvellet* kræver det." [fremhævelse foretaget her]. Ordet *almenvellet* må umiddelbart antages at dække det samme som det mere nutidige begreb *samfundsmæssige in-*

---

11. Forankringen i danske forhold og dansk ret udelukker ikke, at der kan inddrages udenlandsk materiale i afhandlingen. Se nærmere her om i afsnit 3.1.

12. Grundlovens §§ 21, 22 og 41.

## 1.2 Den samfundsmæssige interesse som begreb

teresse.<sup>13</sup> Bestemmelsen har været at finde i grundloven siden 1849 (oprindeligt som § 87). Det fremgår af forarbejderne til den første grundlov,<sup>14</sup> at der, forud for lovens vedtagelse, var en del debat om, hvorvidt bestemmelsen skulle åbne mulighed for pligt til at afstå ejendom “...hvor almenvellet kræver det” eller “...når den [ejendommen] behøves til et offentligt brug”. Under debatten i Rigsdagen blev der givet eksempler på, hvad der måtte høre under de to begreber, men der blev ikke gjort forsøg på at give en generel beskrivelse af deres indhold. Flere af talerne pegede på, at “almenvellet” var mere omfattende end “offentligt brug”.

I grundlovens § 74 anvendes begrebet *det almene vel*. Også denne bestemmelse blev indført med 1849-loven (den gang som § 88). Heller ikke i forbindelse med § 88 afslører forarbejderne noget om, hvad der mere præcist ligger i begrebet, men i debatten blev det påpeget, at begrebet kan dække over alt og intet.<sup>15</sup>

Bestemmelsen i grundlovens § 75, stk. 1, har følgende ordlyd: “Til fremme af *almenvellet* bør det tilstræbes, at enhver arbejdsduelig borger har mulighed for at arbejde på vilkår, der betrykker hans tilværelse.” [fremhævelse foretaget her]. Bestemmelsen kom med i grundloven ved lovændringen i 1953 (lovforslagets § 76). Lovforslaget<sup>16</sup> bygger på betænkning fra Forfatningskommissionen af 1946, til hvilken der i forslaget henvises for kommentarer. Til den citerede bestemmelse bemærkes det i betænkningen, at “I overensstemmelse med flere nye forfatninger og De Forenede Nationers erklæring af 10/12 1948 om menneskerettigheder og andre mellemfolkelige overenskomster har kommissionen fundet det naturligt, at der også i den danske grundlov optages en bestemmelse, som fastslår *samfundets interesse i at skabe rimelige arbejdsmuligheder for den enkelte*.” [fremhævelse foretaget her]. Det synes åbenbart, at ethvert samfund, allerede af økonomiske grunde, har en interesse i, at dets borgere har rimelige arbejdsmuligheder. Set i sammenhæng med bemærkningernes henvisning til FN’s menneskeret-

---

13. Orla Friis Jensen i Henrik Zahle (red.): Danmarks Riges grundlov med kommentarer, s. 383. Se også omtalen nedenfor af begrebet *almenvellet* i grundlovens § 75.

14. Beretning om forhandlingerne på Rigsdagen, 1848-49, sp. 2593ff og 3192ff.

15. Beretning om forhandlingerne på Rigsdagen, 1848-49, s. 2603 (Bregnedahl) og i samme retning s. 2600 (David).

16. Rigsdagstidende 1952-53 (tillæg A), s. 3465.

*Kap. 1: Samfundets interesse*

tighedserklæring er samfundsøkonomien nok ikke den eneste interesse, der er søgt varetaget med bestemmelsen.

I den forfatningsretlige litteratur finder man heller ikke nogen endelig definition af almenvellet. Tværtimod fremhæves det flere steder, at begrebet er meget åbent for fortolkning og ikke kan defineres udtømmende,<sup>17</sup> hvilket må være en følge af begrebets karakter, jf. i det hele diskussionen ovenfor af samfundsbegrebet og indholdet i begrebet *samfundsmæssig interesse*.<sup>18</sup>

Mens der således ikke kan opstilles en endelig definition af, hvad almenvellet dækker over, kan der peges på en række eksempler på områder, der er omfattet af begrebet. Eksemplerne kan hentes i domme, der, mere eller mindre direkte, udtaler sig om indholdet af begrebet almenvellet. På grund af sammenfaldet mellem begreberne *almenvellet* og *samfundsmæssig interesse* kan dommene om almenvellet kaste lys over, hvad der er indeholdt i begrebet *samfundsmæssig interesse*. I det følgende gennemgås derfor nogle domme til illustration. For ikke at gøre gennemgangen unødvendig lang begrænses den til domme vedrørende grundlovens § 73.

Inden gennemgangen skal det bemærkes, at for så vidt angår love, der hjemler ekspropriation af udtrykkeligt nævnte genstande, og love, der hjemler ekspropriationer til fremme af visse, nærmere beskrevne formål, er det antaget, at domstolene ikke vil efterprøve lovgivers skøn over, hvad hensynet til almenvellet kræver.<sup>19</sup> I de tilfælde, hvor vurderingen af hensynet til almenvellet foretages af andre end lovgiver, kan

---

17. Generelt om brug af begrebet, se Alf Ross: Dansk statsforfatningsret, s. 54. I samme værk (s. 683) bemærker Ross om anvendelsen af begrebet i § 73 at "almenvellet er naturligvis ikke nogen objektiv realitet. Hvori det består og hvad der fremmer det – derom findes der ligeså mange meninger som der i en given situation anlægges politiske vurderinger". Se også Orla Friis Jensen i Henrik Zahle (red.): Danmarks Riges grundlov med kommentarer, s. 383 og Henrik Zahle: Dansk forfatningsret 3, s. 187.

18. I Henrik Zahle (red.): Danmarks Riges grundlov med kommentarer finder Werlauff i kommentaren til § 74, at hensynet til beskyttelse af kunder hos finansielle virksomheder kan falde ind under hensynet til det almene vel, jf. s. 405. Werlauff peger endvidere på, at skønnet over hvad der er til gavn for almenvellet må bero på almindelige politiske overvejelser. Også grundrettigheder, som de der følger af EMK, spiller ind på fastlæggelsen af begrebet, jf. s. 406f.

19. Se eksempelvis Jørgen Trolle: U1967B.77 (s. 83), Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret, s. 697f og s. 701, Max Sørensen: Statsforfatningsret, s. 302 og Henrik Zahle: Dansk forfatningsret – del 2, s. 165f.



## 1.2 Den samfundsmæssige interesse som begreb

der forventes en mere intensiv prøvelse fra domstolenes side.<sup>20</sup> Mens domstolene er tilbageholdende med at efterprøve skønnet over, hvad almenvellet kræver, tager de stilling til, om der ligger andre, usaglige, hensyn bag en ekspropriationsbestemmelse.<sup>21</sup> Den beskrevne tilgangsvinkel til prøvelsen, der kom klart til udtryk i *U1913.457H* – sag om ekspropriation i forbindelse med anlæg af Esbjerg Havn – kan ses som et udslag af et forbud mod magtfordrejning fra lovgivers side.<sup>22</sup> Finder domstolene ikke, at der foreligger magtfordrejning, er der vide grænser for, hvad der kan rummes i begrebet *almenvellet*. Domstolenes tilbageholdenhed i forhold til at efterprøve skønnet, over hvad almenvellet kræver, kan være velbegrundet,<sup>23</sup> men i nærværende sammenhæng medfører det, at domspraksis ikke kan tages som domstolenes stillingtagen til, om det konkrete forhold er af samfundsmæssig interesse, men kun som en undersøgelse af om grundlovens krav er overholdt. De domme, der bliver nævnt i det følgende, giver imidlertid et indblik i, hvilket indhold lovgiver, henholdsvis forvaltningen, har givet begrebet *almenvellet*.

*U1921.168H* drejede sig om, hvorvidt nogle regler om afløsning af såkaldte grundbyrder var i strid med grundloven. Grundbyrde er en pligt for ejeren eller brugeren af en ejendom til løbende at betale bestemte ydelser. Typisk har grundbyrderne været knyttet til landbruget, hvor de var en pligt for ejeren af en landejendom til at erlægge afgift i form af korn eller andre afgrøder til en anden person, som oftest en godsejer. Med loven om afløsning af grundbyrder blev det muligt at ophøre med de løbende betalinger mod at afregne med et fastsat engangsbeløb. Højesterets dom er meget kortfattet, idet den holder sig til en konstatering af, at “efter det for Højesteret oplyste må der gås ud fra, at lovens regler er bestemt ved, hvad hensynet til almenvellet kræver...”, og at de afgiftsberettigede må antages at få fuld erstatning for

---

20. Jf. Max Sørensen: Statsforfatningsret, s. 417, Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret, s. 697 f.

21. Se eksempelvis Max Sørensen: Statsforfatningsret, s. 417 og Orla Friis Jensen i Henrik Zahle (red.): Danmarks Riges grundlov med kommentarer, s. 383.

22. Om lovgivers magtfordrejning, se Karsten Revsbech i TfR 1991.50.

23. Ross anfører, at hvis domstolene underkender lovgivers skøn i disse situationer, vil det være udtryk for, at de mener, at deres skøn, over hvad almenvellet kræver, er bedre end lovgivers, jf. Alf Ross: Dansk statsforfatningsret, s. 697 og 683f.

*Kap. 1: Samfundets interesse*

tabet af fremtidige afgifter. Som følge heraf fandt Højesteret ikke, at reglerne var i strid med grundloven.

*U1967.22H* er Højesterets afgørelse i sagen om udlevering af islandske håndskrifter fra Danmark til Island. I forbindelse med spørgsmålet om hvorvidt afståelsen af håndskrifterne kunne siges at være påkrævet af almenvellet, anførte sagsøger (Arne Magnussens Legat, der ejede de omstridte håndskrifter), at "...der ved grundlovens § 73 alene tænkes på det danske almenvel, og at hensynet til dette skal gøre afståelsen ikke blot ønskelig, men påkrævet. Disse betingelser er ikke opfyldt i denne sag, idet udleveringen tilgodeser Islands interesser, og idet der, uanset om det måtte anses for rimeligt og ønskeligt at imødekomme de islandske ønsker, ikke har foreligget nogen nødvendighed for udleveringen". Over for dette anførte Undervisningsministeriet: "Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt indgrebet er krævet af almenvellet, har sagsøgte anført, at lovgivningsmagtens skøn herom i almindelighed må være afgørende. I nærværende tilfælde må det være klart, at der savnes grundlag for at tilsidesætte dette skøn, der er truffet ud fra saglige, samfundsmæssige hensyn. Ved at imødekomme de stærke og berettigede ønsker fra en Danmark nærstående stat tilgodeses selv sagt også det danske almenvel". Landsretten fandt ikke, at den lovbestemte afståelse var omfattet af grundlovens § 73, mens 8 af de 13 deltagende højesteretsdommere kom til det modsatte resultat i dette spørgsmål. I prøvelsen af om loven var i strid med bestemmelsen i grundlovens § 73, stk. 1, berørte de 8 dommere kun ganske overfladisk spørgsmålet om, hvorvidt overførslen var krævet af almenvellet. Spørgsmålet blev besvaret med følgende formulering: "Der findes dernæst ikke at være grundlag for at antage, at lovens gennemførelse ikke har været begrundet i hensyn til almenvellet".<sup>24</sup>

I *U1973.14H* – om ekspropriation af jord til brug ved udvidelse af Kastrup Lufthavn – påstod sagsøger sig tillagt erstatning ud over, hvad der var udbetalt i forbindelse med ekspropriationen, idet han anførte, at erstatningen skulle beregnes på baggrund af forholdene i 1969, hvor ekspropriationen reelt blev gennemført og ikke på baggrund af forholdene i 1946, hvor ekspropriationen blev besluttet. Højesteret giver i dommen udtryk for, at det forhold, at der forløb så lang tid mellem

---

24. Afgørelsen er kommenteret af Jørgen Trolle i *U1967B.77*.

## 1.2 Den samfundsmæssige interesse som begreb

ekspropriationen og anvendelsen efter formålet, ikke kan give sagsøger krav på yderligere erstatning. Foruden at dommen kan tages til indtægt for, at det er muligt at foretage anticiperet ekspropriation for at undgå forventede prisstigninger,<sup>25</sup> er den også udtryk for, at der kan foretages ekspropriation af finansielle grunde. I den henseende falder dommen i tråd med bl.a. *U1913.457H* om statens ekspropriation af arealer i forbindelse med anlægget af Esbjerg Havn og *U1958.412Ø* om statens ekspropriation af jord til brug i forbindelse med anlæg af en jernbane på et langt senere tidspunkt.

I *U1993.733Ø* havde Møn Kommune, efter forgæves forhandlinger med en grundejerforening om udvidelse og forbedring af foreningens spildevandsanlæg, overtaget dette. Foreningen sagsøgte herefter kommunen med påstand om, at overtagelsen var ulovlig. Landsretten, der ikke fandt, at der var tale om ekspropriation, bemærker i dommen blandt andet, at beslutningen om at overtage anlægget var saglig, fordi forhandlinger om forbedring og udvidelse var endt uden resultat og fordi der var en "...betydelig offentlig interesse i en fuldt forsvarlig kloakering af og spildevandsafledning fra området...".

*U1998.1669H* drejer sig om, hvorvidt en bestemmelse i vandløbsloven var et ekspropriativt indgreb. Bestemmelsen forbød dyrkning m.v. i en bræmme på to meter langs danske vandløb og søer. Dommen fra Østre Landsret begrænser sig til at anføre, at der gennem mange år har eksisteret begrænsninger af den omstridte art, at den udvidelse af de dyrkningsfrie områder, der er resultatet af bestemmelsen i vandløbsloven har et begrænset omfang og at "...indgrebet må anses for begrundet i væsentlige samfundsmæssige hensyn...". På baggrund af disse tre forhold fandt landsretten ikke, at der var tale om ekspropriation. Højesteret stadfæstede dommen, idet den lagde vægt på, at bestemmelsen var "...velbegrundet deri, at dyrkning af vandløbsnære arealer – som også antaget ved lovens vedtagelse – betyder en væsentlig forøgelse af risikoen for forurening af vandløb med betydelige rensningsudgifter til følge".

I *U2000.577H*<sup>26</sup> havde Sønderborg Kommune truffet beslutning om

---

25. Orla Friis Jensen i Henrik Zahle (red.): Danmarks Riges grundlov med kommentarer, s. 383 og Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret 3. del, s. 188.

26. Dommen er udeladt, men kort refereret, i Ugeskrift for Retsvæsen. Sagen blev behandlet ved Vestre Landsret som 1. instanssag B-0096-97.

### *Kap. 1: Samfundets interesse*

at ekspropriere et stykke af en ejendom for at kunne anlægge en sti. Stien skulle gøre det muligt for offentligheden at foretage rundture i et område på Als, hvor tyske tropper foretog landgang under krigen i 1864. Ejeren af den ejendom, fra hvilken der skulle eksproprieres, nedlagde påstand om, at beslutningen om ekspropriation var ulovlig, og anførte til støtte her for blandt andet, at ekspropriation ikke var påkrævet af hensyn til almenvellet. Såvel landsret som Højesteret fandt, at beslutningen om ekspropriation var lovlig.

De ovenfor omtalte domme, der ikke er udtømmende eksempler på anvendelsen af grundlovens § 73, illustrerer, at begrebet *almenvellet* i denne sammenhæng dækker over så forskellige forhold som anlæg af faciliteter til brug for infrastrukturen i form af havne, jernbaner og lufthavne, omfordeling af formuegoder (jf. *U1921.168H*), varetagelse af kulturhistoriske hensyn og hensyn til forholdet til andre nationer. Dommene viser hermed, at begrebet er ganske vidt favnende. Selv om eksemplerne ikke leder frem til en definition af begrebet *almenvellet*, giver de dog indtryk af begrebets materielle indhold.

#### 1.2.2 Anvendt i planloven

Planloven er også et eksempel på en lov, hvor begrebet *samfundsmæssig interesse* bliver anvendt, jf. § 1, stk. 1: “Loven skal sikre, at den sammenfattende planlægning forener *de samfundsmæssige interesser* i arealanvendelsen og medvirker til at værne landets natur og miljø, så samfundsudviklingen kan ske på et bæredygtigt grundlag i respekt for menneskets livsvilkår og for bevarelsen af dyre- og plantelivet.” [fremhævelse foretaget her]. Også denne bestemmelse kan bidrage med elementer, der kan beskrive det materielle indhold i begrebet *samfundsmæssig interesse*.

Indledningsvis kan det fremhæves, at det af bestemmelsen i § 1, stk. 1, fremgår, at der kan være flere interesser, der kan kvalificeres som samfundsmæssige. På dette punkt er der således lighed med anvendelsen af begrebet i grundlovens § 73, hvor samfundets interesse også omfatter flere forskellige forhold. Af formuleringen af planlovens § 1, stk. 1, fremgår det endvidere, at de samfundsmæssige interesser, der her sigtes til, ikke nødvendigvis er sammenfaldende, jf. “...forener de samfundsmæssige interesser...”.

Trods den udtrykkelige anvendelse af begrebet indeholder planloven ikke en nærmere forklaring af, hvilke interesser der er samfundsmæs-

## 1.2 Den samfundsmæssige interesse som begreb

sige. En klar beskrivelse af begrebernes indhold findes heller ikke i forarbejderne til loven.<sup>27</sup> Af loven og bemærkningerne (særligt de almindelige) kan man imidlertid indirekte se noget om, hvad det er for interesser, der kan være samfundsmæssige. Således giver lovens § 3 ressortministeren hjemmel til at pålægge de regionale eller lokale myndigheder at tilvejebringe en plan, der giver mulighed for at gennemføre projekter, som disse ikke selv kan, eller vil, løse. Alternativt giver § 3 ressortministeren hjemmel til i visse situationer at overtage de beføjelser, der i loven er tillagt regional- og lokalmyndigheder. Det fremgår af bemærkningerne, at beføjelserne i bestemmelsen skal sikre, at decentraliseringen af planlægningsopgaverne ikke hindrer, at overordnede interesser sikres.<sup>28</sup> Formodningen må herefter være for, at projekter af betydning for områder større end et enkelt amt er af samfundsmæssig interesse, jf. også bemærkningerne til § 3, stk. 3: "...når det er nødvendigt til sikring af overordnede interesser, herunder gennemførelse af samfundsnødvendige projekter". Trods denne kobling, mellem projekters geografiske udstrækning og samfundsmæssig interesse, synes det ikke rimeligt at antage, at projekter, der er begrænset til mindre områder, aldrig kan have interesse for samfundet.

I relation til lovteksten og forarbejderne til denne skal det også bemærkes, at planloven sammenskriver hovedlovene fra planreformen i 1970'erne, og at loven i alt væsentligt opretholder reformens indhold.<sup>29</sup> Det må derfor formodes, at formålene bag reformens love (blandt andre lov om by- og landzoner, lov om lands- og regionalplanlægning og lov om kommuneplanlægning) skal varetages gennem planloven. For zonereglernes vedkommende drejer det sig behovet for at styre de private dispositioner, for så vidt angår byggeri, da en helt fri udvikling kan tænkes at føre til u hensigtsmæssigt forbrug af samfundets ressourcer i form af eksempelvis øgede krav til vejanlæg, behov for spredning af skoler og daginstitutioner og øget behov for offentlig transport.<sup>30</sup>

Mens loven og dens forarbejder ikke bidrager synderligt til beskrivelsen af, hvad der skal forstås som samfundsmæssige interesser, kan de

---

27. Bemærkningerne til den gældende hovedlov, lov nr. 388 af 6. juni 1991, findes i Folketings Tidende 1990-91 (2. samling) (tillæg A), sp. 1729.

28. Folketings Tidende 1990-91 (2. samling)(tillæg A), sp. 1760.

29. Anne Birte Boeck: Lov om planlægning, s. 13.

30. Se hertil Claus Haagen Jensen i Stig Jørgensen m.fl.: Ejendomsrettens udvikling, s. 18.

### *Kap. 1: Samfundets interesse*

mange afgørelser, der gennem tiden er truffet med baggrund i planlovgivningen imidlertid bidrage til en forståelse begrebet. Hensyn til miljøet har, henset til ordlyden af § 1, stk. 1, naturlig nok, en fremtrædende plads i domspraksis, jf. eksempelvis *U2000.1313H* hvor en ejendom, der i weekenden blev anvendt som spejderhytte, ikke også måtte anvendes på hverdage af en børnehave, da det blev skønnet at medføre for stor yderligere belastning på naturområdet.

For så vidt angår samfundsbegrebet er der indirekte bidrag at hente i de almindelige bemærkninger til loven. Her bemærkes det vedrørende den ændrede klageadgang i sager om landzonetilladelser (naboer og omkringboende blev frataget adgang til at klage): “Baggrunden herfor er, at landzonebestemmelserne ikke har til formål at beskytte “nabointeresser”, men tjener bredere samfundsmæssige hensyn”. Samfundsbegrebet kommer her til at stå i modsætning til individet og mindre, nærmere afgrænsede grupper.

#### 1.2.3 Anvendt i patentloven

De love, der til nu er anvendt i den empiriske beskrivelse af begrebet *samfundsmæssig interesse*, er begge forankrede i den offentligretlige del af det juridiske univers. Som illustration af at begrebet også anvendes i den privatretlige del af juraen – hvortil også obligationsretten hører – omtales i dette og det følgende afsnit to bestemmelser fra immaterialretten.

I patentlovens § 47 finder man følgende bestemmelse: “Når *vigtige almene interesser* gør det påkrævet, kan den, der erhvervsmæssigt vil udnytte en opfindelse, på hvilken en anden har patent, få tvangslicens hertil.” [fremhævelse foretaget her]. Bestemmelsen blev gennemført med den patentlov, der trådte i kraft den 1. januar 1968.<sup>31</sup> Det fremgår ikke af loven, hvad der betragtes som vigtige almene interesser. Heller ikke bemærkningerne til det bagvedliggende lovforslag kaster lys over dette spørgsmål. Derimod er der vejledning at hente i bemærkningerne til et tidligere forslag til patentlov.<sup>32</sup> Udgangspunktet for patentlovgiv-

---

31. Lov nr. 479 af 20. december 1967.

32. Forslag til patentlov fremsat den 12. maj 1966. Forslaget blev ikke vedtaget, men blev i stort set uforandret skikkelse genfremsat 9. november 1967 som det lovforslag der blev vedtaget som L479/1967. Formuleringen af bestemmelsen om tvangslicens er ikke helt ens i de to lovforslag. Forskellen i ordlyden, der er begrundet i det senere forslag, er uden betydning i nærværende sammenhæng.

## 1.2 Den samfundsmæssige interesse som begreb

ningen er at beskytte opfinderens ret til at drage nytte af sin opfindelse. Bestemmelsen om tvangslicens er et brud på denne beskyttelse. Når tvangslicens alligevel skal være mulig, er det fordi, det giver mulighed for at imødegå de tilfælde, hvor patentrettigheder “udnyttes på en måde, som kommer i strid med fundamentale samfundsinteresser”.<sup>33</sup> Bemærkningerne nævner følgende som vigtige samfundsinteresser: statens sikkerhed, befolkningens forsyning med medicinalvarer og levnedsmidler, kraftforsyning, kommunikationsvæsen, beredskabsformål og lignende. På dette punkt svarer bemærkningerne til den betænkning, der ligger til grund for loven.<sup>34</sup> Betænkningen nævner også bred adgang til medicin og levnedsmidler som en samfundsinteresse. Dette sker i forbindelse med overvejelser om, hvorvidt visse sociale hensyn kan begrunde tvangslicens efter en bestemmelse svarende til den gældende § 47. I betænkningen bliver det drøftet, om de dagældende regler, der betød, at det ikke var muligt at opnå patent på læge- og næringsmidler, skulle føres videre i den kommende lovgivning. I den forbindelse bliver sociale hensyn nævnt som det væsentligste argument for de gældende undtagelsesregler. De sociale hensyn, der er tale om, er hensynet til, at alle borgere har økonomisk mulighed for at få adgang til læge- og næringsmidler. Tankegangen bag undtagelsesreglerne var, at patentbeskyttelse betyder et monopol, der kan misbruges til at sætte urimeligt høje priser på disse vigtige produkter. Komitéerne bag betænkningen kommer frem til, at de nævnte sociale hensyn ikke er tungtvejende nok til at retfærdiggøre undtagelsesregler, fordi de på tidspunktet for betænkningen kunne tilgodeses via anden lovgivning, eksempelvis sociallovgivningen. Imidlertid bliver der peget på, at de nævnte sociale hensyn er af en sådan almen interesse, at de vil kunne begrunde tvangslicens efter en bestemmelse med indhold som den § 47, der gælder i dag.

Selv om der i bemærkningerne til lovforslaget af 12. maj 1966 bliver lagt vægt på, at bestemmelsen om tvangslicens skal anvendes med stor tilbageholdenhed, er opremsningen af samfundsinteresser tydeligvis ikke udtømmende. Retspraksis leverer ikke noget overvældende supplement til angivelsen af forhold, der kan retfærdiggøre, at bestemmelsen bliver anvendt. Således har bestemmelsen, så vidt ses, kun været

---

33. Folketingstidende 1965-1966 (tillæg A), sp. 2472.

34. Nordiske betænkninger 1963:6 Nordisk patentlovgivning.

inddraget i én retssag. Denne sag er gengivet i *U1972.325H*, og drejede sig blandt andet om, hvorvidt den danske stat skulle have tvangslicens med hensyn til en patenteret mekanisme, der indgik i katapultsæderne i nogle fly, som luftvåbnet havde indkøbt hos den svenske fabrik Saab A/B. Sø- og Handelsretten fandt ikke grundlag for at anvende bestemmelsen i patentlovens § 47. Begrundelsen for dette var vist ikke så meget, at der ikke forelå vigtige almene interesser, men at tvangslicens ikke var påkrævet for at varetage disse interesser. Højesteret forholdt sig derimod udtrykkeligt til spørgsmålet om, hvorvidt der forelå vigtige almene hensyn. Retten fandt, at hensynet til forsvarrets effektivitet var et sådant hensyn.<sup>35</sup> De interesser, der blev lagt til grund for tvangslicensen i sagen, må siges at være omfattet af bemærkningernes opremsning, og således kaster den eneste dom på området ikke yderligere lys over afgrænsningen af vigtige samfundsmæssige interesser.

Hvis der skal gives tvangslicens efter bestemmelsen i § 47, skal det ikke alene være påkrævet af almene hensyn i almindelighed, disse skal også være vigtige. Dette krav må betyde, at de almene hensyn, der kan resultere i et indgreb efter § 47, kun kan være en delmængde af de hensyn, der i almindelighed vil være omfattet af begreber som almene eller samfundsmæssige hensyn.<sup>36</sup> Dette må eksempelvis betyde, at selv om tvangslicens har lighedspunkter med ekspropriation, er det ikke muligt uden videre at drage paralleller mellem hvilke almene interesser, der kan begrunde ekspropriation (der ikke kræver, at hensynet til almenvellet skal være vigtigt), og hvilke der kan begrunde meddelelse af tvangslicens.

#### 1.2.4 Anvendt i halvlederloven

I henhold til § 13 i lov om beskyttelse af halvlederprodukters udformning kan der, under visse omstændigheder, også meddeles tredjemand tvangslicens på halvlederprodukter. Efter bestemmelsens ordlyd er det ikke en betingelse for at meddele tvangslicens, at vigtige almene hensyn kræver det. Det er alene nok, at produktet ikke udbydes i rimeligt omfang, og at der er tilbudt rettighedshaveren rimeligt vederlag. I forarbejderne til bestemmelsen bliver denne imidlertid begrundet med,

---

35. Selv om dommen ikke er enstemmig, var der enighed blandt alle 6 deltagende dommer om, at betingelserne for at anvende § 47 var opfyldt.

36. Ser her til Nordiske betænkninger 1963:6 Nordisk patentlovgivning, s. 301.



### 1.3 Begrebet *samfundsmæssig interesse* i denne afhandling

at “visse halvlederprodukter er så specialiserede og har en så central rolle i gennemførelsen af væsentlige samfundsinteresser, at rettighedshaverens interesse i eventuelt at kunne forbyde anvendelsen af det pågældende halvlederprodukt langt fra kan opveje de samfundsmæssige konsekvenser heraf”.<sup>37</sup> Som eksempler på sådanne halvlederprodukter bliver nævnt produkter til telekommunikation, satellitter eller forsvarsinstallationer.

### 1.3 Begrebet *samfundsmæssig interesse* i denne afhandling

På de foregående sider er omtalt 4 forskellige love, der alle anvender begrebet *samfundsmæssig interesse* eller tilsvarende. Via forarbejder og domspraksis er det materielle indhold i lovenes anvendelse af begrebet blevet eksemplificeret. Nogle af de forhold der, gennem eksemplerne, er blevet fremdraget som værende af *samfundsmæssig interesse*, bliver nævnt i forbindelse med flere af lovene, andre kun i forbindelse med en enkelt af de undersøgte love. Dette kan bero på tilfældigheder, da ingen af lovene sigter mod at give en endelig beskrivelse af, hvilke forhold der har *samfundsmæssig interesse*, hvorfor opremsningerne ikke er udtømmende. Imidlertid kan forskellene også være udtryk for, at begrebet *samfundsmæssig interesse* har forskelligt indhold på de forskellige lovområder. Dette er meget tydeligt, for så vidt angår anvendelsen af begrebet i patentlovens § 47; med formuleringen af denne bestemmelse (“Når *vigtige* almene interesser...”) er det signaleret, at de eksempler, der nævnes i tilknytning til denne bestemmelse, og de eksempler, der kan drages frem i forbindelse med bestemmelser, der ikke indeholder en tilsvarende kvalificering, ikke fuldt ud kan være de samme. Men heller ikke hvor begrebet ikke er kvalificeret som i patentlovens § 47, er der noget, der på forhånd garanterer, at lovene lægger det samme indhold i begrebet. Med andre ord kan begrebets indhold i et vist omfang variere fra lov til lov. Resultatet af dette er, at man ikke uden videre kan overføre begrebets indhold fra et lovområde til et andet. Det indhold i begrebet *samfundsmæssig interesse*, der er beskrevet gennem eksemplerne ovenfor, skal altså ikke nødvendigvis uden videre lægges til

---

37. Folketingstidende 1987-88 (tillæg A), sp. 603.

## Kap. 1: Samfundets interesse

grund for, hvilket indhold begrebet skal have i denne afhandling. Derimod kan eksemplerne tjene til inspiration herfor. På baggrund af gennemgangen af de 4 love kan nedenstående derfor fremdrages om indholdet i begrebet *samfundsmæssig interesse*, sådan som det anvendes i denne afhandling.

I denne afhandling har begrebet *samfundsmæssig interesse* – i lighed med hvad der er almindeligt i juridisk sammenhæng – bred betydning. Viften af forhold der, hvis en kontrakt påvirker dem, bevirker, at kontrakten blive af samfundsmæssig interesse, er derfor bred og består af forskelligartede forhold. Som eksempler på forhold, der kan være af samfundsmæssig interesse, kan nævnes statens sikkerhed, opretholdelse af et beredskab, hensynet til forsyning med elektricitet, varme og kommunikationsadgang, miljøhensyn og sociale hensyn.

Foruden de nævnte eksempler på begrebets materielle indhold kan der peges på nogle elementer, der kan indgå i vurderingen af, om der i det konkrete tilfælde er tale om en opgave, der er af samfundsmæssig interesse, i den betydning begrebet tillægges i denne afhandling.

Som et sådant element kan modsætningen mellem *individ* og *samfund* fremhæves. Hvis et forhold, eksempelvis en opgave som udbringning af mad, skal have interesse for samfundet, skal det have betydning for en personkreds, der går ud over en enkelt person eller nogle få specifikke personer.<sup>38</sup> Også en mindre og rimeligt klart afgrænset personkreds vil oftest falde uden for samfundsbegrebet i denne sammenhæng. Herefter er det naturligvis et spørgsmål, hvor grænsen går, mellem hvad der er en mindre og rimeligt klart afgrænset personkreds, og hvad der er samfundet. I besvarelsen af det spørgsmål kan man hæfte sig ved, at størrelsen af personkredsen ikke kan betragtes som en faktor, der ubetinget og klart kan fastslå, om en kreds af personer er forskellige fra samfundsbegrebet. Således kan der godt tænkes tilfælde, hvor den kreds af personer, der bliver berørt, konkret ikke er stor, men at der muligvis kan blive tale om, at kredsen udvides i et omfang, der ikke umiddelbart kan fastsættes. Eller der kan være tale om en mindre personkreds, der antageligt ikke vil blive udvidet i antal, men hvor forholdet er af en sådan karakter, at det bliver en opgave for fællesskabet at løse den. Et

---

38. I eksemplet med udbringning af mad vil der kun være tale om fysiske personer, men i forbindelse med samfundsmæssig interesse overordnet set kan individerne være såvel fysiske som juridiske personer.

### 1.3 Begrebet samfundsmæssig interesse i denne afhandling

eksempel på det sidste er udbringningen af mad til ældre borgere i en lille kommune – bliver denne opgave ikke løst, er antallet af direkte berørte personer ikke stort, og vil heller ikke blive det. Alligevel vil de fleste borgere sikkert kunne blive enige om, at man ikke kan lade det være op til de ældre selv at løse opgaven eller sulte. I sidstnævnte tilfælde spiller det også ind, at afgrænsningen af personkredsen sker på et objektivt grundlag, eksempelvis folks alder eller fysiske formåen, og at adgangen til personkredsen er fri, hvis disse kriterier er opfyldt. En sådan afgrænsning taler for, at personkredsen kan være af samfundsmæssig karakter. Foretages afgrænsningen der imod på baggrund af subjektive kriterier, og uden den frie adgang, peger det i retning af, at der er tale om en personkreds, der er forskellig fra samfundsbegrebet.

Forskellen mellem begreberne *samfund* og *det offentlige* er et andet element, det er værd at pege på i forbindelse med vurdering af, om et forhold er af interesse for samfundet. Ofte bliver der sat lighedstegn mellem det offentlige og samfundet, men dette er lige så forkert som at sætte lighedstegn mellem det offentlige og staten. Sammenblandingen mellem det offentlige og samfundet sker formodentlig, fordi det offentlige ofte står som repræsentant for samfundet. Således er det det offentlige, der handler, når en virksomhed truer det fælles miljø, og det er det offentlige, der kræver skatter ind og dermed skaffer penge til opgaver, der kommer alle medlemmer af samfundet til gode. Uanset at det offentlige således ofte fremstår som repræsentant for samfundets interesser, er der forskel mellem de to størrelser. Et historisk eksempel kan illustrere denne forskel: I forbindelse med vedtagelsen af den første grundlov var der nogen debat om bestemmelsen om ejendomsrettens ukrænkelighed (grundlovens nuværende § 73, dengang § 87). Det ene af to hovedstridspunkter var, hvorvidt bestemmelsen skulle åbne mulighed for at pligt til at ejendomsafståelse "...hvor almenvellet kræver det" eller "...når den [ejendommen] behøves til et offentligt brug".<sup>39</sup> Det fremgår af debatten, at man allerede dengang havde blik for, at en bestemmelse, der tillader ekspropriation af hensyn til almenvellet, kan retfærdiggøre ekspropriation i en række tilfælde, som ikke kan rummes

---

39. Den første formulering indgik i udkastet til bestemmelsen, jf. Beretning om forhandlingerne på Rigsdagen 1848-49, sp. 2593, mens den anden formulering blev foreslået af Ørsted og Scavenius, jf. Beretning om forhandlingerne på Rigsdagen 1848-49, sp. 2593 og 2594.

### *Kap. 1: Samfundets interesse*

i en bestemmelse, der tillader ekspropriation af ejendom til offentligt brug, i det mindste ikke hvis dette begreb fortolkes snævert. Som eksempler på forhold, der kunne begrunde ekspropriation efter formuleringen med “almenvellet”, men ikke efter formuleringen med “til offentligt brug”, blev i debatten nævnt ekspropriation af jord til brug ved anlæg af private jernbaner og ekspropriation af huse med henblik på nedrivning for at sikre bedre sundhedsforhold i tætbebyggede boligkvarterer.<sup>40</sup>

Når forskellen mellem samfundet og det offentlige bliver nævnt her, er det for at fremhæve, at det ikke er en betingelse for, at en kontrakt kan have samfundsmæssig interesse, at det offentlige har interesse i kontrakten, enten fordi en offentlig institution er part i kontrakten eller på anden måde. Det er heller ikke sådan, at alene det, at en offentlig instans er part i en kontrakt, eller på anden måde har interesse i den, betyder, at der er en samfundsmæssig interesse knyttet til kontrakten. Den samfundsmæssige interesse eksisterer uafhængigt af det offentlige og dets interesse.

Et tredje element, der kan indgå i vurderingen af, om en opgave kan siges at have samfundsmæssig interesse, er spørgsmålet om, hvorvidt opgaven berører et område, der er *politisk prioriteret*. Selv om der er eksempler på, at politiske beslutninger er begrundet i, hvad der er fordelagtigt for en snæver kreds, eller ligefrem en enkelt person, er der stadig en formodning for, at de folkevalgte politikere prioriterer områder ud fra, hvad der forekommer ønskeligt for samfundet. Politisk prioritering skaber derfor formodning for, at området, og dermed opgaver inden for dette, har samfundsmæssig interesse. Politisk prioritering af et område kan eksempelvis komme til udtryk gennem direkte støtte med offentlige midler – et eksempel er investeringer i forureningsbekæmpelse – eller ved at skabe gunstige forhold for området, eventuelt gennem at etablere ordninger der skal opmuntre til, at området fremmes. Som eksempel på det sidste kan nævnes skattefradragsordningerne for pensionsopsparring.

Som det fremgår af dette kapitel, er det ikke muligt at definere

---

40. Eksemplet med jernbanerne først fremhævet af Algreen-Ussing (Beretning om forhandlingerne på Rigsdagen 1848-49, sp. 2596) og siden kommenteret flere gange. Eksemplet med nedrivning af huse nævnt af David (Beretning om forhandlingerne på Rigsdagen 1848-49, sp. 3195).

### 1.3 Begrebet *samfundsmæssig interesse* i denne afhandling

begrebet *samfundsmæssig interesse* på en måde, der på samme tid er både entydig, og anvendelig i alle sammenhænge. I overensstemmelse med dette er begrebet ikke søgt defineret i de lovbestemmelser, der er behandlet i afsnit 1.2. Af samme grund begrænses beskrivelsen af begrebet i denne afhandling også til de eksemplificeringer og elementer, der er omtalt ovenfor.

Spørgsmålet er herefter, om det er muligt, på baggrund af den beskrivelse af begrebet der er givet ovenfor, at undersøge den samfundsmæssige interesses betydning for anvendelsen af obligationsretten. Der kan svares bekræftende på dette spørgsmål, med følgende begrundelse: Tanken bag spørgsmålet om en samfundsmæssige interesses eventuelle påvirkning af obligationsretten er, at varetagelsen af visse opgaver har en sådan betydning for samfundet, at løsning af konflikter vedrørende kontrakter om udførelsen af opgaverne ikke blot er af interesse for kontraktens parter. Også samfundet har en interesse i, at konflikterne bliver løst, og eventuelt i hvordan de bliver løst. Det er i den forbindelse ikke afgørende, om kontrakten handler om at skaffe affald af vejen, sikre leverance af elektricitet eller drive plejehjem. Det, der er afgørende, er den overordnede tankegang bag spørgsmålet – at der er en samfundsmæssig interesse knyttet til den konkrete kontrakt. Når det væsentlige er den overordnede tankegang, og ikke den konkrete opgave, følger det, at der ikke er behov for at beskrive begrebet *samfundsmæssig interesse* på en måde, der præcist og udtømmende gør op med begrebets indhold, og gør det muligt på forhånd at udpege de opgaver, til hvilke der vil være knyttet en samfundsmæssig interesse.

Som begrundelse for at det ikke er nødvendigt med en præcis og udtømmende definition af begrebet *samfundsmæssig interesse*, kan der endvidere henvises til det faktum, at begrebet er velkendt i den juridiske verden, jf. blot gennemgangen af udvalgte lovbestemmelser ovenfor. Brugen af begrebet sker vel at mærke uden, at det er givet noget entydigt indhold. Når begrebet alligevel bliver anvendt, viser det, at den juridiske verden har formået at håndtere begrebet, uden at dette er klart defineret.

Et resultat af at den samfundsmæssige interesse ikke beskrives klart og udtømmende er, at begrebet bliver fleksibelt. Flexibiliteten betyder, at begrebet kan rumme områder og situationer, der må komme til i fremtiden, og som er omfattet af den overordnede tankegang. Dermed bliver begrebet på sin vis mere anvendeligt. På den anden side betyder

*Kap. 1: Samfundets interesse*

fleksibiliteten også, at begrebet kan komme til at fremstå som vagt. I nogle tilfælde kan det derfor blive vanskeligt at anvende begrebet. Imidlertid må det i de fleste af disse tilfælde kunne hjælpe at have i erindring, at det væsentlige i forbindelse med anvendelse af begrebet i denne afhandling er den tankegang, der ligger bag den centrale problemstilling.

Ved at undlade at opstille en meget håndgribelig definition af den samfundsmæssige interesse bliver det også muligt at gradbøje begrebet. Når denne mulighed bliver draget frem her, er det for at pege på, at definitionen af begrebet hermed ikke er en hindring for, at svaret på spørgsmålet, om hvorvidt den samfundsmæssige interesse kan påvirke obligationsretten, bliver forskelligt, afhængigt af den styrke den samfundsmæssige interesse har. Uden at foregribe den analyse, der skal gennemføres i det følgende, kan det nemlig ikke afvises, at forskellige forhold af samfundsmæssig interesse har forskellig karakter, sådan at samfundets interesse i nogle tilfælde kræver meget hurtig og dybdegående indgriben i en kontrakt, mens der i andre tilfælde er mulighed for mindre radikale løsninger.

## *Kapitel 2*

# Afhandlingens emne og afgrænsning

Som det fremgår af kapitel 1, er det ikke muligt at sige præcist, og slet ikke udtømmende, hvad samfundets interesse er. Sagt på en anden måde er der en samfundsmæssig interesse knyttet til mange, forskellige forhold. Det er ikke alle disse forhold, der umiddelbart er interessante, set fra en juridisk synsvinkel, men i det øjeblik det samfundsmæssigt interessante forhold bliver forbundet med en kontrakt, opstår der en række juridiske spørgsmål. I denne afhandling bliver fokus rettet mod netop kontrakter, der er forbundet med forhold af samfundsmæssig interesse – de samfundsmæssigt interessante kontrakter. Med dette fokus får kontraktbegrebet en central placering, hvorfor der skal knyttes nogle bemærkninger til dette.

## 2.1 Kontraktbegrebet

### 2.1.1 Hvad er en kontrakt?

Viljeserklæringen, altså den handling der er villet, udtrykker en hensigt og har til formål at udløse en retsvirkning, er grundelementet i obligationsrettens kontraktbegreb, idet en kontrakt kort beskrevet er kendetegnet ved at bestå af viljeserklæringer, som to eller flere personer afgiver indbyrdes, og hvor mindst en af erklæringerne er et løfte, mens de øvrige erklæringer er tilegnelser af løftet eller selvstændige løfter.<sup>41</sup> Det er den definition af kontraktbegrebet, der anvendes i denne afhandling. Det følger af dette valg, at kontraktbegrebet i afhandlingen er reserveret handlinger, i form af afgivelse og tilegnelse af løfter, der tilsigter at medføre en retlig binding for de involverede parter.

Fokuseringen på den retlige binding, og de der af følgende fordringer

---

41. Henry Ussing: Aftaler, s. 9.

*Kap. 2: Afhandlingens emne og afgrænsning*

mellem kontraktens parter, betyder, at afhandlingens kontraktbegreb bliver knyttet til det obligationsretlige regelsæt, der omfatter reglerne om parternes indbyrdes retsstilling i formueretlige skyldforhold.<sup>42</sup> Elementet af retlig binding betyder også, at afhandlingens kontraktbegreb er adskilt fra fænomener, der nok omtales som kontrakter eller aftaler,<sup>43</sup> men som ikke opfylder den anvendte definition af kontraktbegrebet, fordi de ikke tilsigter en retlig binding. Som eksempler på den slags fænomener kan nævnes de såkaldte clearingaftaler, der indgås mellem partier i Folketinget forud for afstemninger.<sup>44</sup>

Når man tager udgangspunkt i den nævnte definition, rummer kontraktbegrebet fænomener af vidt forskellig karakter. Nogle kontrakter er ensidige, det vil sige, at de ikke skaber et forhold, hvor parterne hver især præsterer ydelser som vederlag for medkontrahentens ydelse. Andre kontrakter er gensidige, hvilket vil sige, at det indgår som en del af det aftalte, at hver af parterne skal erlægge en eller anden ydelse. Nogle kontrakter er simple, som eksempelvis købet af en busbillet, mens andre kontrakter er omfangsrige og komplicerede, og er resultatet af langvarige forhandlinger, sådan som det er tilfældet med eksempelvis kontrakter om store byggerier. Uanset at der altså er tale om en bred vifte af forskellige kontrakter, er alle disse typer af kontrakter omfattet af de træk, der indgår i definitionen af kontraktbegrebet og er dermed knyttet til det obligationsretlige regelsæt. Dette gælder også i de tilfælde, hvor der er en samfundsmæssig interesse knyttet til en kontrakt. Det følger heraf, at obligationsretten udgør en væsentlig del af det regelsæt, der skal analyseres i afhandlingen.

---

42. Henry Ussing: Dansk obligationsret, almindelig del, s. 1ff, Bernhard Gomard: Obligationsret, 1. del, s. 3 og s. 6 og Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 17.

43. De to ord *kontrakt* og *aftale* anvendes i denne afhandling som synonyme. Dette er i overensstemmelse med almindelig sprogbrug. Også i juridisk sammenhæng anvendes de to ord ofte som synonyme, se Henry Ussing: Aftaler, s. 9, Bernhard Gomard: Obligationsret, 1. del, s. 4 og Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 14, men der er også eksempler på fremstillinger, hvor der lægges lidt forskelligt indhold i de to begreber, se eksempelvis Arvid Frihagen: Forvaltningsrett (bind I), s. 325.

44. "Aftaler" af denne type omtales nærmere i afsnit 2.4.3.3.



### 2.1.2 Den almindelige kontrakt

Som det er defineret ovenfor, rummer kontraktbegrebet en mangfoldighed af kontraktstyper, og selv om de alle har den nævnte skabelon som udgangspunkt, forekommer det ofte, at en given kontraktstype er underlagt regler, der er mere eller mindre særegne for netop den kontraktstype. Dette er eksempelvis tilfældet i forbindelse med forbruger-aftaler, der er underlagt specielle regler, jf. blot aftalelovens §§ 38a-38d og købelovens §§ 72-87. Selv om forskellige kontraktstyper således afviger fra hinanden på visse områder, kan der i vid udstrækning henvises til *kontrakten* som begreb, idet der hermed menes en kontrakt, som den almindelige obligationsret uden videre finder fuld anvendelse på. Det er denne kontrakt, der er genstanden for de almindelige fremstillinger af kontraktretten og et centralt element i den almindelige obligationsret. Det er netop i forbindelse med fremstillinger af kontraktretten og obligationsretten, at *kontrakten* som begreb har sin væsentligste berettigelse, der ved at den fremstår som et overordnet begreb, for hvilket der gælder nogle regler, der også gælder for de forskellige kontraktstyper. Samtidig skal det erindres, at der for de forskellige kontraktstyper også ofte gælder specielle regler, der i større eller mindre grad afviger fra, hvad der gælder for *kontrakten*.

I denne afhandling anvendes terminologien *den almindelige kontrakt* som betegnelse for den kontrakt, som den almindelige obligationsret uden videre finder fuld anvendelse på, altså det der ovenfor blev betegnet *kontrakten*. Når der er behov for at introducere en ny term frem for blot at bruge betegnelsen *kontrakt*, er det fordi afhandlingen i vid udstrækning også behandler fænomener, der kan rummes i definitionen af en kontrakt, men som ikke udelukkende er reguleret af den almindelige obligationsret, nemlig kontrakter med større eller mindre tilknytning til den offentlige ret.<sup>45</sup> Da der i alle tilfælde er tale om kontrakter, jf. den anvendte definition, kan det give anledning til uklarhed, hvis ordet *kontrakt* reserveres til at betegne blot en gruppe af kontrakter, her altså sådanne som den almindelige obligationsret umiddelbart finder anvendelse på, mens andre former for kontrakter falder uden for betegnelsen.

---

45. Som et eksempel på sådanne kontrakter kan fremhæves kontrakter om myndighedsudøvelse, jf. kapitel 4.

## 2.2 Afhandlingens emne

Fælles for de kontrakter, der fokuseres på i denne afhandling, er, foruden at de er samfundsmæssigt interessante, at de opfylder den definition af kontraktbegrebet, der er omtalt i afsnittet ovenfor. Med det sidste karakteristikum må udgangspunktet være, at spørgsmål vedrørende opfyldelse, ikke-opfyldelse og muligheder for at ændre kontrakten skal løses på baggrund af obligationsretten.

Den almindelige obligationsret varetager forskellige hensyn. Et af disse er at sikre tilliden til kontrakter som middel til at muliggøre handel i bred forstand. Allerede bestemmelserne i DL 5-1-1 og 5-1-2 bidrager til dette med deres grundlæggende krav om, at kontrakter skal holdes, og senere tiders mere detaljerede lovgivning fortsætter den linie. Set i det perspektiv har obligationsretten stor betydning for landets næringsliv. På et mere individuelt niveau medvirker obligationsretten til, at de personer, der benytter sig af kontrakter, kan indrette sig i tillid til disse. Med sine regler om indgåelse, fortolkning, mulighed for at hæve kontrakter m.v. medvirker obligationsretten til at skabe et net af regler, som parterne kan benytte til at løse eventuelle konflikter på en måde, der i almindelighed betragtes som rimelig. Det er klart, at de nævnte hensyn er to sider af samme sag. Foruden til varetagelse af de allerede nævnte, mere generelle, hensyn anvendes obligationsretten også til at varetage mere specielle interesser såsom forbrugerbeskyttelse, jf. eksempelvis visse af købelovens bestemmelser, jf. lovens § 1, stk. 2, og generelt til beskyttelse af formodede svage parter i kontraktforhold, jf. aftalelovens §§ 36 og 38. Også dette kan ses som et bidrag til at sikre den generelle tillid til kontrakter som instrument til at gennemføre handel.

Der kan med rette argumenteres for, at ønsket om at sikre tillid til kontrakter, og derved skabe gode vilkår for omsætning af varer og tjenesteydelser, er i samfundets interesse. Generelt set er obligationsretten derimod ikke indrettet med henblik på, at den i konkrete situationer skal varetage denne eller hin specifikke samfundsmæssig interesse som eksempelvis hensynet til miljø eller sikkerhed for forsyning med vand og elektricitet. Af denne grund er der ingen garanti for, at obligationsretten i den konkrete situation vil lede til en løsning, der sikrer varetagelse af den specifikke samfundsmæssig interesse, der er knyttet til den foreliggende kontrakt. På det håndgribelige plan er der

## 2.2 Afhandlingens emne

således ikke uden videre sikkerhed for, at anvendelse af obligationsretten, i tilfælde af uoverensstemmelser mellem kontraktens parter, leder til en løsning, der sikrer, at der atter vil blive gjort rent på sygehuset, eller at kommunens ældre får leveret mad igen.

En situation, som den netop skitserede, er naturligvis ikke ønskelig, og risikoen, for at den opstår, giver anledning til at overveje, om det forhold, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en konkret kontrakt, skal have betydning for obligationsrettens anvendelse i forhold til denne kontrakt. Dette er det overordnede spørgsmål, som søges besvaret i denne afhandling.

Der er en lang række forhold, der kan være af interesse for samfundet. Hvis man går efter de helt store linier, er snart sagt det meste af samfundsmæssig interesse: miljøet, vej- og jernbanenet, forsyning med vand og elektricitet og et sikkert og troværdigt bankvæsen for blot at nævne nogle forhold, der kan argumenteres for, har samfundets interesse. Det er en kendsgerning, at sådanne samfundsmæssige interesser generelt påvirker vores retssystem, hvilket et par eksempler kan illustrere: Fra den offentlige ret kan nævnes hensynet til miljøet, der ligger til grund for miljøbeskyttelsesloven, jf. dennes § 1, stk. 2: "Loven skal medvirke til at værne natur og miljø, så samfundsudviklingen kan ske på et bæredygtigt grundlag i respekt for menneskets livsvilkår og for bevarelse af dyre- og plantelivet". Fra det obligationsretlige område er det, om den grundlæggende frihed til at indgå kontrakter med indhold efter eget ønske, blevet anført, at "...kontraktfriheden naturligvis må vige, hvor samfundsmæssige hensyn kræver dette".<sup>46</sup> Rigtigt er det, at mange af de indskrænkninger, der er at finde i friheden til at indgå kontrakter med indhold efter eget valg, varetager samfundsmæssige hensyn. Konkurrencelovgivningens forbud mod at indgå aftaler, der kan begrænse konkurrencen, jf. lovens § 6, er et eksempel på dette, idet man ved at sikre konkurrence fremmer en effektiv anvendelse af samfundets ressourcer. Som et andet eksempel kan nævnes de regler på det obligationsretlige område, der skal beskytte forbrugere, som indgår kontrakter. Disse regler er givetvis medvirkende til at sikre tilliden til kontrakter som et instrument til at gennemføre handel, et mål der må

---

46. Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 1), s. 152. Se også Palle Bo Madsen: Aftalefunktioner, s. 5 og Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 469. Begrebet kontraktfrihed, og indskrænkningerne i dette, omtales nærmere i afsnit 5.1.

## *Kap. 2: Afhandlingens emne og afgrænsning*

betragtes som værende af samfundsmæssig interesse, da det må lægges til grund, at det er i samfundets interesse at skabe gode vilkår for samhandel.

Det skal understreges, at den form for påvirkning af obligationsretten, der er beskrevet umiddelbart ovenfor, ikke er det, der skal undersøges i denne afhandling. Den beskrevne påvirkning drejer sig om samfundsmæssige hensyns overordnede påvirkning af retsreglerne, mens det der skal undersøges i denne afhandling er spørgsmålet om, hvorvidt en samfundsmæssig interesse i en konkret situation – eksempelvis ved ønsket om at ændre en kontrakt – påvirker anvendelsen af obligationsretten. Tankerækken bag spørgsmålet er følgende: Der bliver indgået en kontrakt, hvis indhold vedrører forhold af samfundsmæssig interesse. En kontrakt om drift af en afdeling på et sygehus er et eksempel på en sådan kontrakt, idet samfundet har en interesse i eksistensen af et velfungerende sygehusvæsen. Hvis der som følge af strejke ikke udføres arbejde på afdelingen, er mulighederne for at ophæve kontrakten så, på grund af den samfundsmæssig interesse i eksistensen af et velfungerende sygehusvæsen, udvidet i forhold til, hvad der gælder efter den almindelige obligationsret? Sygehusdrift er i dag omfattet af en række offentligretlige regler, eksempelvis regler om aktindsigt – gælder disse regler også, hvis der er indgået kontrakt om sygehusdrift, og bliver der i givet fald tale om, at opfyldelse af pligten til at give aktindsigt er en ydelse, som skal leveres, uanset om den er fastsat i kontrakten? Hvis den samfundsmæssig interesse tilsiger en ændring i sygehusopgaven, hvad er så muligheden for at ændre kontrakten – er parterne bundet af det aftalte og de obligationsretlige regler for ændring af kontrakter, eller kan den samfundsmæssig interesse begrunde øget adgang til at foretage ændringer? Svarene på disse spørgsmål, og på flere lignende, nødvendiggør en stillingtagen til spørgsmålet om, hvorvidt en samfundsmæssig interesse påvirker den almindelige obligationsret i det konkrete tilfælde.

Emnet for denne afhandling – hvilken betydning det har for anvendelsen af obligationsretten i det konkrete tilfælde, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til kontrakten – fordrer naturligvis, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til kontrakten. Denne selvfølgelig rejser spørgsmålet, om ikke der er knyttet en samfundsmæssig interesse til snart sagt alle kontrakter. Der er det rigtige i dette udsagn, at hver enkelt kontrakt på sin vis bidrager til en helhed; den enkelte

## 2.2 Afhandlingens emne

aftale om indlån eller udlån kan være med til at sikre tilliden til bankvæsenet, og den enkelte aftale om hushandel kan være med til at sikre borgernes tillid til kontrakter som brugbart instrument ved omsætning af fast ejendom. På den måde har den enkelte kontrakt betydning for et forhold af samfundsmæssig interesse. Isoleret set har den enkelte kontrakt dog langt fra altid interesse for samfundet. Mekanikerens aftale med pengeinstituttet om en kassekredit er således isoleret set fuldstændig uden interesse for andre end aftalens parter. Det samme må siges om den kontrakt hvorved Hansen køber Jensens parcelhus i Kikkebakkeboligby.

For at være det, der i denne afhandling betegnes som en kontrakt af samfundsmæssig interesse, kræves det, at kontrakten isoleret set er af interesse for samfundet. Det vil eksempelvis være tilfældet, hvor kontrakten har direkte betydning for et forhold af samfundsmæssig interesse. Noget sådan kan siges om en kontrakt vedrørende drift af et sygehus – præsteres realdydelser ikke her, har det betydning for en række mennesker og for sygehusvæsenet som samfundsopgave. Modsat er det ligegyldigt for tilliden til bankvæsenet som samfundsinteresse, om Pedersens pensionsopsparing formøbles af et lurvet pengeinstitut, der kaster sig ud i højt gearede valutaspekulationer.

Spørgsmålet om en samfundsmæssige interesses betydning kan som udgangspunkt stilles i forbindelse med alle dele af obligationsretten. I denne afhandling fokuseres der imidlertid på situationer, hvor der er utilfredshed med en kontrakt eller dens opfyldelse, og det er derfor naturligt at afgrænse undersøgelsen af en samfundsmæssig interesses eventuelle påvirkning af obligationsretten til emner med relation til emnerne opfyldelse af kontrakter, ikke-opfyldelse og anvendelse af misligholdelsesbeføjelser samt mulighed for at ændre en kontrakt.

Som en følge af den nævnte afgrænsning af undersøgelsen, forudsættes det i afhandlingen, at kontrakter er gyldige. Det vil sige, at spørgsmål om kontraktens gyldighed ikke behandles, hverken i relation til kontraktretten, udbudsregler, offentligretlige kompetenceregler eller andre regler, der har betydning for dette spørgsmål. Dette sker uagtet at disse regler, og spørgsmålet om kontraktens gyldighed, selv sagt er væsentlige.

### 2.3 Hvilke kontrakter undersøges – en afgrænsning

Inden for det kontraktbegreb, der er præsenteret i afsnit 2.1, findes der en lang række forskellige kontrakter, der hver har nogle særegne træk. Uanset kontrakternes forskelligheder gælder det som udgangspunkt, at der kan være knyttet en samfundsmæssig interesse til alle kontrakter. Den samfundsmæssige interesse i kontrakter om udførelse af traditionelle offentlige opgaver såsom madleverancer og affaldsindsamling er åbenbar for de fleste, men også kontrakter, hvis indhold umiddelbart har en mere privat karakter, kan være af samfundsmæssig interesse. Som et eksempel på dette kan nævnes de aftaler, der bliver indgået mellem arbejdsgivere og lønmodtagere inden for den kollektive arbejdsret. At samfundet kan have en, endog betydelig, interesse i disse aftaler, viser sig tydeligt i de tilfælde, hvor forhandlingerne om aftalerne, eller fortolkningen af disse, giver anledning til strejker. I sådanne situationer er det gennem tiden flere gange blevet diskuteret, om lovgiver vil gribe ind under henvisning til de gener, strejkerne afstedkommer for samfundet, og et sådant indgreb er set flere gange, senest i forbindelse med overenskomstforhandlingerne i 1998.

Vil man, af den ene eller anden grund, opdele kontraktbegrebet i forskellige typer, er der mange muligheder for kategorisering. Eksempelvis er der kontrakter, der er kendetegnet ved at have en forbruger som den ene part og andre kontrakter, der har som fælles træk, at der er tale om langvarige kontraktperioder. En tredje kategori kan være kontrakter om udøvelse af myndighedsopgaver. Sidstnævnte kategori illustrerer de mangfoldige muligheder for at foretage opdeling af kontrakter, idet en del kontrakter inden for denne kategori meget vel kan tænkes at løbe over længere tid, hvorfor de også kan rubriceres under kategorien langvarige kontrakter. Valgmulighederne – og vanskelighederne – i forbindelse med kategoriseringen af kontrakter om myndighedsudøvelse viser også det problem, der i almindelighed er ved at ville anvende teoretiske kasser på virkelige fænomener – virkelighedens fænomener er ofte mere nuancerede og mindre skarpe i konturerne, end de teoretiske kasser de forsøges placeret i. Kategoriseringer, som de der ofte ses anvendt i forbindelse med kontrakter, er da også oftest udtryk for et behov for at systematisere materialet i forbindelse med teoretisk behandling af dette, og som sådan kan en opdeling bestemt have sin

### 2.3 Hvilke kontrakter undersøges – en afgrænsning

berettigelse. Blot skal man have opdelingens teoretiske natur i erindring.

Uanset en eventuel opdeling har de forskellige typer kontrakter alle definitionen af kontraktbegrebet, og dermed den almindelige obligationsret, som fælles udgangspunkt, men i forhold til den almindelige obligationsret er der også ofte en række særegne træk ved de forskellige typer. Eksempelvis er der til forbrugeraftalerne knyttet særlige hensyn til beskyttelse af forbrugerparten, og i forbindelse med kontrakter om myndighedsudøvelse har obligationsretten et islæt af offentlig ret.<sup>47</sup> Disse modifikationer til den almindelige obligationsret er ikke ensbetydende med, at der ikke findes regler, der kan anvendes generelt på det obligationsretlige område. Men modifikationerne betyder, at hvis man vil gennemføre en generel undersøgelse af samfundsmæssige hensyns mulige påvirkning af eksempelvis anvendelse af misligholdelsesbeføjelser, vil det på nogle områder være nødvendigt at undersøge hver kontraktstype for sig for at sikre, at der bliver taget hensyn til de særlige karakteristika. Hvis det kan lade sig gøre at kategorisere kontrakterne på en måde, der er relevant til brug for undersøgelsen i denne afhandling, vil en mere eller mindre særskilt gennemgang af hver kategori under alle omstændigheder blive en meget lang, og givetvis træg, vandrang. Der synes således at være god grund til at indskrænke feltet for den forestående undersøgelse, uanset de forbehold der er forbundet hermed, jf. just ovenfor.

Når der skal foretages en indskrænkning af feltet for undersøgelsen, opstår vanskelighederne ved at finde kriterier for til- eller fravalg. En række kontrakter med et fælles træk springer dog særligt i øjnene i denne forbindelse, nemlig kontrakter der har det til fælles, at de drejer sig om varetagelse af faktisk forvaltningsvirksomhed. Når det synes særligt oplagt at udvælge netop kontrakter med dette karakteristikum hænger det sammen med, at det er blandt disse kontrakter, man finder de fleste kontrakter vedrørende udliciterede offentlige opgaver, og netop denne type kontrakter har ofte en åbenbar samfundsmæssig interesse.

---

47. Se om det sidste hos Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, kap. IX, Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 265 og Karsten Revsbech i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 79f. Emnet er også behandlet i denne afhandlings kapitel 4.

Det skal understreges, at en given kontrakt ikke nødvendigvis er omfattet af undersøgelsen, blot fordi den vedrører faktisk forvaltningsvirksomhed – det er stadig en betingelse, at der er en samfundsmæssig interesse knyttet til kontrakten, hvilket ikke uden videre er tilfældet, selv om der er tale om en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed. Kontrakter om kommuners indkøb af papir, kuglepenne og korrektionslak er eksempler på dette. Når der i afhandlingen skrives *kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed*, er det underforstået, at der særligt tages sigte på kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, der har samfundsmæssig interesse. En del af det, der anføres, vil dog givetvis også gælde for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, til hvilke der ikke er knyttet en samfundsmæssig interesse.

Det skal også fremhæves, at det med valget af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed som undersøgelsesfelt ikke er indikeret, at andre kontraktstyper ikke kan have interesse for samfundet. Indskrænkningen er alene resultat af overvejelser, omkring hvad der er hensigtsmæssigt for fremstillingen. Indsnævringen af området for afhandlingens undersøgelse betyder imidlertid, at undersøgelsen og dens resultater i første omgang er rettet mod kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Disse kontrakters obligationsretlige fundament betyder imidlertid, at undersøgelsen kan have betydning for et bredere spektrum af kontraktstyper. Dette spørgsmål tages op i afhandlingens afsluttende kapitel.

Med valget af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed som undersøgelsesfelt er der valgt en type kontrakter, der er særegen på en række områder. Med henblik på at give et indtryk af hvad kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er, omtales i resten af dette kapitel forskellige emner med tilknytning til disse.

## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

### 2.4.1 Begrebet

En kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed er en kontrakt, hvor den for kontrakten karakteristiske genstand er forbundet med varetagelse af faktisk forvaltningsvirksomhed. Indholdet i kontraktbegrebet



## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

er behandlet ovenfor,<sup>48</sup> men tilbage står at fastlægge, hvad faktisk forvaltningsvirksomhed er.

Der er enighed om, at den faktiske forvaltningsvirksomhed<sup>49</sup> omfangsmæssigt udgør størstedelen af forvaltningens samlede virksomhed, men også om, at det er vanskeligt præcist at fastlægge, hvad begrebet dækker over.<sup>50</sup> Traditionelt er begrebet blevet betragtet som de dele af myndighedernes virksomhed, der ikke har til formål at udløse retsvirkninger.<sup>51</sup> Der kan herefter peges på en række aktiviteter, der er omfattet af begrebet, eksempelvis: operationer på hospitaler, børnepasning, undervisning på skoler og de praktiske elementer af arbejdet med at udstede en forvaltningsakt, eksempelvis journalisering af sagsakter og udsendelse af afgørelsen.<sup>52</sup>

Med den nævnte definition kan det lade sig gøre at pege på nogle konkrete aktiviteter, der er omfattet af begrebet, men definitionen giver ikke noget klart billede af, hvad begrebet positivt indeholder, ligesom den heller ikke, som det mindre, bidrager med en beskrivelse af, hvad der positivt er karakteristisk for de elementer, der er omfattet. Henset til de vidt forskellige aktiviteter, der er omfattet af begrebet, jf. blot de nævnte eksempler, må det imidlertid erkendes, at det formodentlig ikke er muligt, at opstille en definition, der positivt opregner, præcist hvad der kendetegner faktisk forvaltningsvirksomhed. Endnu mindre kan det naturligvis lade sig gøre at opstille en definition, der udtømmende gør op med begrebets indhold. Sigter man knapt så højt, når man imidlertid et stykke videre i retning af den positive definition, med den

---

48. Se afsnit 2.1.

49. *Faktisk forvaltningsvirksomhed* er blot en af flere betegnelser for begrebet. Af andre betegnelser kan nævnes *faktiske handlinger* (fx Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 45f) og *servicefunktioner* (Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger, s. 85f).

50. Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger, s. 85, Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 45 og Karsten Revsbech i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 81. Se også Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 33ff; her er det endvidere påpeget, at faktisk forvaltningsvirksomhed "...i øvrigt synes at blive trængt noget tilbage i takt med den stigende regulering og "retliggørelse" af områder og elementer i det der hidtil har været betegnet som faktisk forvaltningsvirksomhed." (s. 34).

51. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 247f. For en diskussion af grænsedragning mellem retsakter og faktiske handlinger, se Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 35f.

52. Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 46 og Karsten Revsbech i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 82.

beskrivelse af begrebet Bent Christensen har givet med udgangspunkt i dels retsakten, dels det offentliges udbud af varer og tjenesteydelser i bred forstand. Med disse udgangspunkter kan den faktiske forvaltningsvirksomhed beskrives dels som "...de praktiske skridt, der skal til, for at retsakten kan udstedes, og for at den kan få retsvirkninger.", dels som de handlinger "...der består i den fysiske eller reelle produktion af ydelserne...".<sup>53</sup> Heller ikke denne beskrivelse af begrebet skaber fuld klarhed over, hvilke aktiviteter der er omfattet af det, men den illustrerer bredden i begrebet.

I tilknytning til den positive definition skal det bemærkes, at den del af definitionen, der til faktisk forvaltningsvirksomhed henregner de praktiske skridt, der skal til, for at retsakten kan udstedes, og for at den kan få retsvirkninger, kan give indtryk af, at den sagsbehandling, der går forud for forvaltningens afgørelse, ubetinget har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed. En så kategorisk afgørelse af dette spørgsmål er ikke mulig. I nogle tilfælde vil sagsforberedelsen, eller dele af den, have karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed, mens det i andre tilfælde er vanskeligt at adskille sagens forberedelse fra beslutningen om dens afgørelse, og dermed fra den klare myndighedsudøvelse. Som eksempel på det første kan nævnes indsamling af vandprøver som led i fremskaffelse af informationsmateriale til brug ved afgørelse af en ansøgning fra en virksomhed om tilladelse til at udlede spildevand til naturen. Som et eksempel på en situation, hvor det er vanskeligt at adskille forberedelse og beslutning, kan henvises til de mange tilfælde, hvor sagens afgørelse bygger på en skønsmæssig vurdering af alle de faktorer, der foreligger i sagen.<sup>54</sup>

Hverken den positive eller den negative definition af begrebet *faktisk forvaltningsvirksomhed* udelukker den anden. Tværtimod supplerer de hinanden i arbejdet med at skabe overblik over, hvad faktisk forvaltningsvirksomhed er, ved at beskrive begrebet fra hver deres side.

---

53. Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 46.

54. Se hertil også Bent Christensen: Myndighedsopgaver og udlicitering. Responsum til Udliciteringsrådet, særlig s. 16ff.

### 2.4.2 Myndighedsudøvelse og kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed

Faktisk forvaltningsvirksomhed blev ovenfor beskrevet som den del af myndighedernes virke, der ikke er myndighedsudøvelse. Ser man nærmere på faktiske forvaltningsvirksomhed, ser man imidlertid, at der ofte er elementer af myndighedsudøvelse tæt forbundet med udførelsen af de faktiske opgaver. Eksempelvis er leverance af bygas en faktisk opgave, mens beslutning om at lukke for gasleverancen til en borger, der ikke betaler sin gasregning, er myndighedsudøvelse. I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed giver sammenhængen mellem faktiske opgaver og myndighedsopgaver anledning til at spørge, om myndighedsopgaverne, når det ikke konkret er reguleret, kan overdrages ligesom de faktiske opgaver.<sup>55</sup>

En myndighed kan ikke ved aftale tilegne sig kompetence på områder, hvor den i henhold til lovgivningen ikke er kompetent.<sup>56</sup> Med andre ord kan myndighedsbeføjelser ikke overdrages fra én myndighed til en anden via aftale. Skal myndighedsbeføjelser med tilknytning til faktisk forvaltningsvirksomhed overdrages, må det derfor ske i henhold til de offentligretlige regler om (ekstern) delegation. Mulighederne for delegation uden udtrykkelig hjemmel har være omdiskuteret i dansk teori.<sup>57</sup> Kendsgerningen er, at der sker delegation uden udtrykkelig hjemmel, og retstilstanden er den, at delegation ikke kræver udtrykkelig hjemmel, men at der heller ikke er fri adgang for myndighederne til at delegere deres beføjelser.<sup>58</sup> Om delegation kan foretages i det konkrete tilfælde afhænger af en afvejning mellem på den ene side behovet for at foretage delegation og på den anden side betænkelighederne ved dette. I denne afvejning kan inddrages flere faktorer, herunder om delegation er nødvendig af praktiske grunde, hvilke forudsætninger delegatøren har for at varetage opgaverne, afgørelsernes art og

---

55. Se nærmere om mulighederne for at overdrage faktiske opgaver i afsnit 2.4.6.2.

56. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 474.

57. Poul Andersen mente, at udgangspunktet måtte være, at delegation i sådanne tilfælde kræver særlig hjemmel, jf. Dansk forvaltningsret, s. 301. En mere åben holdning i forhold til delegation ses hos eksempelvis Karsten Loiborg i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 139ff og Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 39.

58. Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 50.

omfang og om der kan udstedes bindende retningslinier for anvendelsen af kompetencen.<sup>59</sup>

Heller ikke i forhold til andre end myndigheder kan der indgås aftale om overdragelse af myndighedsbeføjelser. Og i relation til private er også overdragelse i form af delegation udelukket, hvis ikke der er udtrykkelig hjemmel til det.<sup>60</sup>

### 2.4.3 Forholdet til andre kontrakter med offentlig deltagelse

#### 2.4.3.1 Kontrakter om myndighedsudøvelse

Som det fremgår af afsnit 2.4.1, er faktisk forvaltningsvirksomhed noget, der adskiller sig fra det offentliges myndighedsudøvelse. Dermed er kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed også adskilt fra kontrakter om myndighedsudøvelse. Sidstnævnte kontraktstype bliver uddybende omtalt i kapitel 4.

Til trods for at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed og kontrakter om myndighedsudøvelse er to forskellige kontraktstyper, er der også lighedspunkter mellem dem. Lighederne bunder i, at begge typer kontrakter i større eller mindre grad er præget af deres tilhørsforhold til det offentligretlige univers.<sup>61</sup>

#### 2.4.3.2 Kontrakter om kommunalt samarbejde

I henhold til § 60, stk. 1, i kommunestyrelsesloven kan kommuner og amter,<sup>62</sup> med godkendelse fra den tilsynsførende statsamtmand jf. lovens § 47, indgå kontrakter om samarbejde med andre kommuner, også selv om samarbejdet medfører, at den enkelte kommunalbestyrelses beføjelser indskrænkes. Bestemmelsen giver således mulighed for at fravige kommunestyrelseslovens udgangspunkt om, at det er kommunalbestyrelsen, der styrer kommunens anliggender.<sup>63</sup> Hvis aftalen in-

---

59. Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger, s. 90ff, Karsten Loiborg i Gam-meltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 139 og Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbe-handling, s. 53.

60. Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger, s. 96, Karsten Loiborg i Gam-meltoft-Hansen: Forvaltningsret, s. 145 og Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbe-handling, s. 52.

61. Karsten Revsbech i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 79.

62. I det følgende anvendes alene begrebet *kommune* og former her af, idet der ikke er grund til at skelne mellem primær- og amtskommuner.

63. Se lovens § 2, stk. 1.

## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

debærer, at det kommunale samarbejde får et selvstændigt ledelsesorgan, betegnes samarbejdet som et kommunalt fællesskab.<sup>64</sup>

I praksis har kommunerne benyttet bestemmelsen til at etablere fællesskaber om udførelse af opgaver af faktisk karakter, eksempelvis renovation, transport samt miljø- og levnedsmiddelkontrol.<sup>65</sup> På denne baggrund synes det rigtigt at henregne kontrakter om kommunale fællesskaber til den type kontrakter, der er i centrum i denne afhandling. Vi skal i det følgende se nærmere på kontrakterne om kommunale fællesskaber, med henblik på at undersøge om disse altid kan kategoriseres som kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. I den forbindelse undersøges det nærmere, hvad kontrakterne drejer sig om.

Set fra en overordnet synsvinkel vedrører kontrakterne om kommunale fællesskaber overførsel af kompetence. Når et kommunalt fællesskab bliver stiftet, overfører kommunerne kompetence til fællesskabet. Dette sker ikke ved delegation, men sådan at fællesskabet får selvstændig kompetence til at optræde inden for det område, hvor det skal varetage opgaver.<sup>66</sup> Fællesskabet kommer herved til at varetage de deltagende kommuners rolle på bestemte områder, hvilket betyder, at kommunalbestyrelserne afgiver noget af den beføjelse de, i henhold til kommunestyrelsesloven, har til at styre kommunernes anliggender.

Skal man sige noget mere detaljeret om, hvad samarbejdskontrakterne kan dreje sig om, er man naturligvis nødt til at se nærmere på, hvad det er, et kommunalt fællesskab kan få kompetence til. Som det allerede er påpeget, kan det kommunale samarbejde dreje sig om at løse opgaver af faktisk karakter. Hvis dette er det eneste indhold i kontrakterne, falder de naturligvis ind under den type kontrakter, der undersøges i afhandlingen.

I en række situationer vil der være knyttet myndighedsbeføjelser til de faktiske opgaver, et kommunalt fællesskab kan varetage. Som et eksempel på dette kan nævnes kommunernes rolle i forbindelse med

---

64. le Maire og Preisler: Lov om kommunernes styrelse, s. 201.

65. En liste over samarbejder i henhold til kommunestyrelseslovens § 60 findes i erhvervsministerens årlige redegørelse til Folketingets Erhvervsudvalg om kommuners og amtskommuners deltagelse i erhvervsdrivende selskaber m.v. Redegørelserne er tilgængelige på hjemmesiden [www.eogs.dk](http://www.eogs.dk). Bemærk at listen bygger på kommunernes egne oplysninger, og ikke eksempelvis tilsynsmyndighedernes stillingtagen til om der er tale om samarbejde omfattet af § 60, jf. redegørelsen fra januar 2003, s. 6.

66. Preben Espersen: Delegation i kommunestyret, s. 135 og le Maire og Preisler: Lov om kommunernes styrelse, s. 202.

## *Kap. 2: Afhandlingens emne og afgrænsning*

affaldshåndteringen: i henhold til miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1, er bortskaffelse af affald som udgangspunkt en kommunal opgave. Om håndteringen af affald findes der en bekendtgørelse,<sup>67</sup> der uddyber de pligter, kommuner og borgere har i relation til behandling af affald, blandt andet udstyres kommunalbestyrelserne med beføjelser til at meddele forbud og påbud for at forebygge forurening og for at sikre en forsvarlig behandling af affald.<sup>68</sup> I forbindelse med kommunalt samarbejde er det et spørgsmål, om et fællesskab, der har til opgave at løse faktiske opgaver, også kan få overdraget kommunernes kompetence vedrørende de tilknyttede myndighedsopgaver.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet, der administrerer kommunestyrelsesloven, behandler spørgsmålet i et svar til Tilsynsrådet for Sønderjyllands Amt.<sup>69</sup> Det fremgår af svaret, at godkendelse af et kommunalt samarbejde forudsætter, at der er foretaget en vurdering, i hvilken det blandt andet skal påses, at "...eventuelle bestemmelser om overførsel af myndighedskompetence har den fornødne hjemmel i lovgivningen". I samme svar anføres det dog også, at der som "udgangspunkt ikke gælder nogen begrænsning med hensyn til, hvilke kommunale opgaver og hvilke kompetencer kommunalbestyrelser kan tillægge kommunale fællesskaber, med mindre andet følger af lovgivningen". Det kan herefter være lidt uklart, hvorvidt der efter ministeriets holdning kræves lovhjemmel, for at myndighedsbeføjelser kan overføres til kommunale samarbejder. Om de situationer, hvor lovgivningen berører spørgsmålet om placeringen af myndighedsbeføjelserne, fremgår det af omtalte brev fra Indenrigs- og Sundhedsministeriet, at "for så vidt angår myndighedsudøvelse ..., vil det dog normalt være forudsat i den pågældende lovgivning, at beføjelserne skal udøves af kommunalbestyrelsen eller amtsrådet og ikke kan afgives til et organ, der ikke er undergivet kommunalbestyrelsens myndighed. Der kræves således som udgangspunkt særlige holdepunkter i lovgivningen for at antage, at myndighedsudøvelse kan overføres til et kommunalt fællesskab".

Til spørgsmålet om muligheden for at overdrage tæt forbundne myndighedsbeføjelser sammen med faktiske forvaltningsopgaver skal yderligere bemærkes følgende: I tilfælde hvor lovbestemmelser klart ud-

---

67. Bkg. nr. 619 af 27. juni 2000 med senere ændringer.

68. Bekendtgørelsens kap. 10.

69. Indenrigsministeriets brev af 20. oktober 2000, j. nr. 2000/1059-29.

#### 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

trykker, at myndighedsbeføjelser ikke kan overdrages, er det klart, at overdragelse heller ikke kan ske til et kommunalt samarbejde. Hvor lovgivningen ikke bidrager til besvarelse af spørgsmålet kan man indledningsvis pege på, at bestemmelsen i kommunestyrelseslovens § 60, stk. 1, ikke udelukker, at myndighedsbeføjelser kan overdrages til kommunale fællesskaber. Dette besvarer imidlertid ikke spørgsmålet om, hvorvidt kommunale fællesskaber kan få overdraget myndighedsbeføjelser. For at besvare det spørgsmål må man falde tilbage på udgangspunktet vedrørende overdragelse af myndighedsbeføjelser mellem myndigheder. Om dette gælder der, at en sådan overdragelse kun kan foretages, hvis der er lovhjemmel eller hvis der er mulighed for delegation.<sup>70</sup> Lovhjemmel er forudsat udelukket i nærværende sammenhæng, og tilbage bliver så at undersøge delegationsvinklen, hvilket bliver gjort i det følgende.

Det er ovenfor nævnt, at overdragelsen af kompetence fra kommunerne til de kommunale fællesskaber ikke er udtryk for delegation, men at fællesskaberne får selvstændig kompetence. Forskellen herpå må især være, at der ved delegation er adgang til at foretage tilbagekaldelse, mens dette ikke altid er tilfældet ved overførsel af selve kompetencen.<sup>71</sup> Overførsel af selve kompetencen er derfor mere vidtgående end delegation, hvilket taler for mindre adgang til at gøre det første end at gøre det sidste. Uanset forskellen i graden af afgivelse af den pålagte opgave, er det fælles for delegation og overdragelse af selve kompetencen, at det problematiske er, at der sker en fravigelse af den lovbestemte fordeling af opgaverne. Dette fælles træk taget i betragtning må der være en formodning for, at de forhold der kan betyde, at en delegation kan tillades, også har betydning for vurderingen af muligheden for at overdrage selve kompetencen. Dette giver anledning til at undersøge, hvorvidt der ville kunne ske delegation af myndighedsbeføjelserne fra en kommune til et kommunalt fællesskab. Det er tidligere nævnt, at vurderingen af, om der i et konkret tilfælde kan foretages delegation er en afvejning mellem på den ene side behovet for at foretage delegation og på den anden side betænkelighederne ved dette, og at flere faktorer kan inddrages i denne afvejning.<sup>72</sup>

---

70. Se også afsnit 2.4.2.

71. Se her til Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 37.

72. Se afsnit 2.4.2.

## *Kap. 2: Afhandlingens emne og afgrænsning*

I den foreliggende situation er det i relation til behovet for at foretage delegation værd at bemærke, at der er en naturlig sammenhæng mellem de faktiske opgaver og myndighedsbeføjelserne – leverance af gas, og myndighed til at afbryde leverance i tilfælde af manglende betaling. Det forekommer derfor naturligt, at myndighedsbeføjelserne overdrages til det kommunale fællesskab sammen med varetagelsen af de faktiske opgaver. Dette forstærkes af, at myndighedsbeføjelserne, foruden at være midler der skal sikre opfyldelsen af formålet med den aktuelle regulering, også i visse tilfælde kan ses som midler, der gør det muligt at udføre de faktiske opgaver.

I en generel omtale som den nærværende er det i sagens natur ikke muligt i at knytte konkrete kommentarer til arten og omfanget af de beføjelser, der kan være tale om at overdrage til kommunale fællesskaber. Generelt må det dog være sådan, at jo flere og jo mere indgribende beføjelser der er tale om, des snævrere må adgangen til delegation være.<sup>73</sup>

Spørgsmålet om hvorvidt et kommunalt fællesskab vil være egnet til at varetage myndighedsopgaver hænger til dels sammen med hvilke forudsætninger fællesskabet udstyres med i form af medarbejdere og andre ressourcer. Om den organisatoriske side af spørgsmålet skal det bemærkes, at kommunale fællesskaber betragtes som sær-kommuner på de områder, de er stiftet til at varetage, hvilket blandt andet betyder, at fællesskaberne er omfattet af det almindelige kommunale tilsyn.<sup>74</sup> Endvidere er kommunale fællesskaber omfattet af begrebet “den offentlige forvaltning”,<sup>75</sup> og dermed af såvel offentlighedsloven som forvaltningsloven. Med andre ord gælder der i vid udstrækning de samme offentligretlige regler for fællesskaberne, som der gælder for de kommuner, lovgivningsmagten oprindeligt tildelte myndighedsbeføjelserne.

Endvidere skal det påpeges, at de kommuner, der deltager i et kommunalt fællesskab, kan sikre sig betydelig indflydelse på fællesskabets virke, dels i forbindelse med udformningen af samarbejdsaftalen, dels via instruktionsbeføjelse i forhold til de medlemmer de udpeger til

---

73. Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger, s. 95f.

74. le Maire og Preisler: Lov om kommunernes styrelse, s. 202 og 203.

75. Jf. bemærkningerne til Forslag til lov om offentlighed i forvaltningen, lovforslag nr. L5 af 2/10 1985, Folketingstidende 1985-86(tillæg A), sp. 202.



## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

fællesskabets styrende organ.<sup>76</sup> De myndigheder, der oprindeligt blev tillagt myndighedsbeføjelser, har således stadig en vis kontrol med, hvordan beføjelserne udøves.

På baggrund af ovenstående om behovet for at kunne foretage delegation, egenskaberne hos det kommunale fællesskab og mulighederne for kommunernes indflydelse på fællesskabet synes det ikke muligt på forhånd at udelukke, at der i konkrete tilfælde kan ske delegation af myndighedsopgaver, der er tæt knyttet til løsningen af faktiske opgaver. Selv om adgangen til at overføre selve kompetencen, som påpeget ovenfor, må være snævrere end adgangen til at foretage delegation, må der også være en mulighed for at overføre myndighedsbeføjelser til et kommunalt fællesskab. Særlig det forhold, at kommunerne også efter overdragelsen har indflydelse på fællesskabets virke, peger i denne retning.

Selv om der i forbindelse med et kommunalt fællesskab foruden faktiske opgaver også overdrages myndighedsopgaver med tæt tilknytning til disse, må det fastholdes, at det er udførelsen af de faktiske opgaver, og ikke myndighedselementet, der i disse tilfælde er den primære begrundelse for at indgå kontrakt om et kommunalt fællesskab. Skal kontrakterne henregnes til enten kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed eller kontrakter om myndighedsudøvelse, må de derfor mest passende skulle placeres i den førstnævnte kategori.

I det mindste hvor der findes lovhjemmel for det, kan der oprettes kommunale fællesskaber, hvis primære formål er at varetage myndighedsopgaver. Kontrakter vedrørende sådanne fællesskaber må henregnes under kontrakter om myndighedsudøvelse, jf. omtalen af dette begreb i kapitel 4.

Uanset om der er tale om fællesskaber, der primært varetager faktisk forvaltningsvirksomhed, eller fællesskaber der primært udøver myndighed, er der grund til pege på, at kontrakter i henhold til kommunestyrelseslovens § 60 på visse områder afviger fra den almindelige kontrakt. Hvad angår friheden til at indgå kontrakter er denne, for så vidt angår kontrakter om kommunale fællesskaber, begrænset af rette statsamtmands godkendelse. Det kan her bemærkes, at ved behandling af en ansøgning om godkendelse har der blandt andet været inddraget hensynet til samfundets interesser, jf. følgende formulering: "I denne

---

76. le Maire og Preisler: Lov om kommunernes styrelse, s. 210.

anledning skal man meddele, at Indenrigsministeriet under hensyn til de samfundsmæssige konsekvenser..., ikke har fundet at kunne godkende oprettelsen af AMGROS".<sup>77</sup> Godkendelse fra rette statsamtmand vil også være påkrævet i forbindelse med ændringer og ophævelse af kontrakten.<sup>78</sup> Også hvad angår kontraktens indhold, er der begrænsninger ved indgåelse af kontrakter om kommunale fællesskaber. Således kan parterne ikke give kontrakten et indhold, der er uforeneligt med reglerne i den kommunale styrelseslovgivning.

#### **2.4.3.3 Politiske aftaler og lignende**

Inden for hvad der ofte betegnes som det offentlige område, forekommer der en lang række overenskomster, der ofte omtales som aftaler eller kontrakter, uanset at de langt fra i alle tilfælde har de karakteristika, der er knyttet til kontraktbegrebet, sådan som det er præsenteret i afsnit 2.1.1. Som eksempler på sådanne overenskomster kan nævnes aftaler mellem Kommunernes Landsforening og Finansministeriet om kommunernes økonomi og aftaler mellem Amtsrådsforeningen og regeringen om at nedbringe ventetiden på bestemte operationer inden for sygehusvæsenet. Som et tredje eksempel kan nævnes overenskomster mellem politiske partier om fordeling af pladser i eksempelvis kommunale udvalg (såkaldte konstitueringsaftaler).

Overenskomster, af den type der omtales i dette afsnit, afviger som nævnt fra kontraktbegrebet. Væsentligst er i den forbindelse, at der ikke er tale om retligt bindende aftaler.<sup>79</sup>

Også de her omtalte overenskomster kan være af interesse for samfundet. En overenskomst mellem landets amter og regeringen om at øge antallet af hofteoperationer er et eksempel på dette. Til trods for den potentielle samfundsmæssige interesse i denne type overenskomster bliver de ikke behandlet nærmere i afhandlingen. Når afhandlingen har en problemstilling, der drejer sig om, hvorvidt samfundets interesse på-

---

77. Brev af 3. marts 1988, j.nr. 1011/7-29/1985. De samfundsmæssige konsekvenser der blev inddraget var, ifølge afgørelsen, hensynet til forsyningen med medicin og de økonomiske omkostninger der var forbundet med dette. Oprettelsen af AMGROS blev godkendt med brev af 19. september 1989, j.nr. 1050-13/1988. Afgørelsen blev truffet, mens aftaler, hvori der deltog et amt, skulle godkendes af indenrigsministeren (ændret ved lov nr. 381 af 28. maj 2003).

78. le Maire og Preisler: Lov om kommunernes styrelse, s. 207.

79. Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 31 og Karsten Revsbech i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 83.

## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

virker obligationsretten, synes denne afgrænsning naturlig, når det erindres, at overenskomsterne netop ikke er kontrakter og ikke har den sammenhæng med obligationsretten, der følger af dette begreb. Det er således langt fra åbenlyst, at obligationsretten spiller nogen rolle i forhold til disse, hvorfor afhandlingens problemstilling ikke er relevant for dem. Endvidere kan svarene på spørgsmål om fortolkning og konsekvenser af manglende overholdelse af overenskomsterne næppe, for en generel betragtning, bidrage til at belyse afhandlingens problemstilling. Årsagen til dette er, at det langt fra altid er klart, hvilke hensyn der ligger bag denne type kontrakter og bag eventuelle ændringer af dem. Som følge af at der ofte er tale om overenskomster, der i høj grad indgår i den politiske virkelighed, er formodningen for, at politiske overvejelser spiller en væsentlig rolle i denne forbindelse.

### 2.4.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed – flere kontraktstyper

Når kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed defineres som kontrakter, hvis karakteristiske genstand er forbundet med varetagelse af faktisk forvaltningsvirksomhed, kan man få det indtryk, at der er tale om en meget ensartet kontraktstype. Imidlertid dækker begrebet faktisk forvaltningsvirksomhed, som det er fremgået, over en lang række, meget forskellige, opgaver. Af den grund vil kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed også kunne forekomme som en række forskellige kontraktstyper. Når det alligevel giver mening at arbejde med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed som et samlet begreb, er det dels fordi alle kontrakterne, uanset alt andet, har den faktiske forvaltningsopgave som karakteristisk ydelse, dels fordi alle kontrakterne, uanset type, grundlæggende er forankret i den almindelige obligationsret. Disse to faktorer gør det meningsfuldt at gennemføre en analyse, som den der skal gennemføres i denne afhandling. At kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed som begreb dækker over forskellige kontraktstyper betyder dog, at der kan være nogen varians i retstilstanden i et konkret spørgsmål afhængig af hvilken kontraktstype, der er tale om. Der er altså grund til at være opmærksom på, hvilken type kontrakt man har med at gøre, foruden at det er en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Kontrakter om kommunalt samarbejde i henhold til kommunesty-

relseslovens § 60, stk. 1, er allerede nævnt som et eksempel på en type kontrakt, der kan være en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed. Som et andet eksempel kan nævnes entreprisekontrakten, hvor den faktiske forvaltningsvirksomhed drejer sig om anlæg, byggeri og vedligeholdelse. Den vedvarende kontrakt er en tredje kontraktstype, der kan forekomme som en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed. Tilmed vil kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed hyppigt være vedvarende kontrakter, idet denne kontraktstype vil finde anvendelse, når der er tale om leverancer af tjenesteydelser såsom rengøring, renovation og drift af institutioner.

På dette sted skal også nævnes begreberne *partnering* og *partnering-aftaler*, der i de seneste år er dukket op i den danske kontraktret.<sup>80</sup> For en kort beskrivelse af begrebet *partnering* kan man indledningsvis konstatere, at begrebet, som ordet afslører, er af udenlandsk oprindelse, og at det er knyttet til fag som virksomhedsledelse og strategisk styring. Inden for disse fagområder er litteraturen om *partnering* omfattende,<sup>81</sup> men nogen præcis og afgrænset definition af begrebet ses ikke at være givet heri. Af litteraturen følger imidlertid, at *partnering* er et strategisk redskab, der kan bruges ved organisering af virksomheden i forhold til andre virksomheder. Kort, men ikke særlig klart, er det beskrevet som samarbejde mellem forskellige organisationer.<sup>82</sup> Samarbejde mellem virksomheder er ikke noget nyt,<sup>83</sup> men det særegne ved *partnering* er den måde, samarbejdet bliver gennemført på. Ved *partnering* bliver der

---

80. I Danmark anvendes begreberne til nu vist mest i forbindelse med byggeri; se her til publikationen *Partnering – et studie af nye samarbejdsformer i byggeriet* (Erhvervsfremme Styrelsen, maj 2000), s. 2, der omtaler forskellige projekter i regi af det tidligere By- og Boligministerium og Erhvervs- og Boligstyrelsen. Se også publikationen fra Danske Entreprenører m.fl.: *Partnering i praksis – vejledning i partnering*. Begrebet er dog ikke forbeholdt byggebranchen, jf. i det hele eksemplerne i den udenlandske litteratur, fx Neil Rackham m.fl.: *Getting partnering right*. Interessant er også den kronik Arne Pedersen, administrerende direktør for ISS Danmark, har i Nyhedsmagasinet *Danske Kommuner*, årg. 2002, nr. 16, s. 16f.

81. Som eksempler kan nævnes: Patricia E. Moody: *Breakthrough partnering*, Eberhard E. Scheuing: *The power of strategic partnering*, Neil Rackham m.fl.: *Getting partnering right*, Sean Gadman: *Power partnering*, Deering og Murphy: *The difference engine* og Stephen M. Dent: *Partnering intelligence*.

82. Deering og Murphy: *The difference engine*, s. xvi. Samme sted fremgår det, at *partnering* også kan anvendes i forbindelse med organisering inden for egen organisation. Se her til også Eberhard E. Scheuing: *The power of strategic partnering*, s. 16f.

83. Det er *partnering* for den sags skyld heller ikke. For en omtale af *partnering* i et historisk perspektiv se Deering og Murphy: *The difference engine*, s. 15ff.

## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

sat fokus på, at virksomheder gennem samarbejde med hinanden kan fremhæve deres styrker og overvinde deres svagheder.<sup>84</sup> Den enkelte virksomhed går ikke bare ind i samarbejdet, fordi den er nødt til det, eksempelvis for at få leveret råvarer til sin egen produktion, men (også) fordi den ønsker at fremme et mål, der er fælles for alle deltagerne i samarbejdet. Det er således væsentligt for forståelse af begrebet partnering at holde sig for øje, at ord som samarbejde, fælles værdiskabelse og fælles mål, synergi, kommunikation og tillid er vigtige begreber.<sup>85</sup>

Det skal bemærkes, at ordet *partnering* anvendes om det at indgå partnership,<sup>86</sup> partnering er altså en proces, og resultatet er en form for samarbejde. Dette samarbejde kan antage mange former, fra uformelt samarbejde over formaliserede aftaler, til samarbejde mellem virksomheder, eventuelt i en dertil oprettet fælles ejet enhed (joint venture).<sup>87</sup> I tilfælde af formaliseret samarbejde vil det være naturligt, at der ligger en kontrakt til grund for samarbejdet. En sådan kontrakt kan meget nærliggende kaldes en samarbejdsaftale, men for ikke at forvirre begrebsdannelsen fortsættes her med den (til dels) angloficerede terminologi, og kontrakten betegnes *partneringaftale*. Det skal understreges, at sådan som partneringbegrebet traditionelt er anvendt, har begrebet ikke i sig selv noget at gøre med en kontrakt – partnering er processen, resultatet er samarbejde, og midlet kan være en kontrakt.<sup>88</sup>

Partneringaftaler kan have relevans i forhold til afhandlingens problemstilling, fordi de kan være udformet som juridisk bindende kon-

---

84. Eberhard E. Scheuing: *The power of strategic partnering*, s. 11 og Patricia E. Moody: *Breakthrough partnering*, s. 9.

85. Eberhard E. Scheuing: *The power of strategic partnering*, kap. 3 og Neil Rackham m.fl.: *Getting partnering right*, kap. 2. I den danske behandling af begrebet beskrives det endvidere som værende kendetegnet ved, at projektets forudsætninger, muligheder og økonomi, løbende, men systematisk, konkretiseres, og at parternes forpligtelser gør ligeså, jf. Danske Entreprenører m.fl.: *Partnering i praksis – vejledning i partnering*, s. 6. Denne beskrivelse falder i tråd med de beskrivelser, begrebet får i andre danske publikationer vedrørende partnering i byggebranchen, jf. eksempelvis *Partnering i praksis – et studie af brug af partnering i projekteringsfasen* (Erhvervs- og Boligstyrelsen februar 2002), s. 5 og s. 14.

86. Direkte hos Deering og Murphy: *The difference engine* s. 24, men også i almindelighed i litteraturen.

87. Eberhard E. Scheuing: *The power of strategic partnering*, s. 16ff og Deering og Murphy: *The difference engine*, s. 5.

88. For en opfattelse af partnering som en aftale se Christina D. Tvarnø i *Retsvidenskabeligt Tidsskrift* 2002.74ff.

trakter, der foreskriver pligter og rettigheder for part(n)erne.<sup>89</sup> I de tilfælde hvor sådanne kontrakter er indgået for at etablere samarbejde om løsning af opgaver af samfundsmæssig interesse, vil kontrakten være af interesse for denne afhandling på lige fod med andre aftaler af samfundsmæssig interesse.

Siden partneringaftaler kan være af samfundsmæssig interesse, skal det afslutningsvis undersøges, om de skiller sig ud som en særlig type kontrakter.

Et af de karakteristiske træk ved partneringaftaler er, at de bliver indgået med henblik på at parterne i fællesskab, inden for rammerne af det samarbejde, der etableres ved partneringaftalen, skal udvikle samarbejdet. I byggeriet eksempelvis betyder det, at ved et partneringarrangement starter samarbejdet om den konkrete byggeopgave tidligere end tilfældet er ved traditionelle samarbejdsformer.<sup>90</sup> Typisk vil såvel entreprenør som ingeniør og arkitekt blive inddraget på dette tidlige tidspunkt, og tanken er så, at alle parter skal påvirke udformningen af byggeprojektet, entreprenøren eksempelvis i retning af at byggeriet bliver lettest muligt, og dermed billigere, at udføre. Den tidlige etablering af samarbejdet betyder, at den opgave, der skal samarbejdes om, ikke er fuldt ud beskrevet på tidspunktet for indgåelsen af partneringaftalen. Derfor vil partneringaftalens beskrivelse af parternes rettigheder, og ikke mindst pligter, let blive mere diffus end tilfældet er ved traditionelle samarbejdsaftaler.

Foruden at de pligter, der foreskrives i partneringaftalen, kan forekomme uklare, skal man også være opmærksom på, at partnering kræver en høj grad af samarbejde mellem parterne. Dette udbyggede samarbejde kan eksempelvis udmønte sig i kontraktbestemmelser, der foreskriver åbenhed omkring egne mål for projektet og omkring de enkelte

---

89. Eberhard E. Scheuing: *The power of strategic partnering*, s. 17. Se også *Partnering – et studie af nye samarbejdsformer i byggeriet*. I eksemplet med byggeriet Tuborg Nord er samarbejdet mellem bygherren og totalentreprenøren, der spiller en væsentlig rolle for byggeriet, baseret på en interessentskabskontrakt (s. 6). Også i forbindelse med byggeriet af Nykredits hovedsæde blev der indgået interessentskabskontrakt som et led i samarbejdet (s. 9). Vedrørende partnering i byggebranchen kan der også henvises til *Danske Entreprenører m.fl.: Partnering i praksis – vejledning i partnering*, hvor samarbejdet netop bygger på en partneringaftale indeholdende pligter og rettigheder for parterne.

90. For en beskrivelse af nogle faktiske forløb af partnering i forbindelse med byggeri se *Partnering – et studie af nye samarbejdsformer i byggeriet* (Erhvervsfremme Styrelsen maj 2000).

## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

parters kalkulationer vedrørende projektets økonomi. De udvidede krav til samarbejde, og parternes generelle forpligtelse i relation til opfyldelse af det fælles mål, er noget af det, der er med til at adskille partnering fra andre samarbejdsformer, og kan give partneringaftaler et indhold, der adskiller dem fra andre kontrakter.

Uagtet ovenstående områder, der kan adskille partneringaftaler fra andre aftaler om samarbejde, må man holde fast i, at også partnering-aftaler grundlæggende består af indbyrdes udvekslede viljeserklæringer indeholdende løfter og tilegninger af løfter. Med andre ord er partneringaftaler i bund og grund kontrakter af form, jf. definitionen af dette begreb i afsnit 2.1.1, uanset at de måske har et særegent indhold.<sup>91</sup> Det forhold, at ydelserne ikke fremstår klart, og måske er genstand for ændringer over tid, ændrer ikke på dette. Der er stadig tale om, at parterne har indgået en kontrakt, hvor de har påtaget sig pligter og har erhvervet rettigheder. Herefter må udgangspunktet være, at partneringaftaler skal behandles inden for de almindelige obligationsretlige regler. Det skal i den forbindelse påpeges, at disse regler udmærket kan rumme kontrakter af vidt forskellig karakter, jf. afsnit 2.1.1. Ligeledes giver reglerne også mulighed for at tage højde for de særlige træk, der kendetegner partneringaftalen, ligesom det er tilfældet i forbindelse med andre kontraktstyper og deres særegne kendetegn.

### 2.4.5 Parterne i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

Ofte vil kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed have en offentlig instans og en privat virksomhed som kontraktparter. Det behøver imidlertid ikke altid forholde sig på den måde, idet der også kan tænkes kontrakter, hvor der kun deltager offentlige instanser. Noget sådant vil eksempelvis være tilfældet, hvor en kommune eller et amt udfører faktisk forvaltningsvirksomhed for andre offentlige myndigheder. Hjemmel til dette kan findes flere steder, både inden for specifikke

---

91. Se her til Eberhard E. Scheuing: *The power of strategic partnering*, s. 17, hvor det er anført, at hvor uafhængige organisationer indgår i længerevarende, forpligtende samarbejder, er det almindeligt med formelle, nedskrevne kontrakter, der bestemmer parternes pligter og rettigheder. Se også *Partnering – et studie af nye samarbejdsformer i byggeriet* hvor samarbejdet mellem bygherren og totalentreprenøren i byggeriet Tuborg Nord er baseret på en interessentskabskontrakt (s. 6).

områder og udformet som hjemmel af mere generel karakter.<sup>92</sup> Ligeledes kan det heller ikke afvises, at der kan forekomme kontrakter vedrørende faktisk forvaltningsvirksomhed, hvor parterne udelukkende er private virksomheder. Dette vil være tilfældet, hvor en privat virksomhed, efter aftale med en offentlig instans, skal varetage faktisk forvaltningsvirksomhed, og efterfølgende har indgået kontrakt med en anden privat virksomhed om udførelsen af denne opgave. Et eksempel til illustration: Et amt hyrer en virksomhed (A) til at forestå al rengøring og affaldshåndtering på amtets sygehuse. Til at varetage indsamling og bortskaffelse af affald antager A virksomheden B, der har specialiseret sig i at behandle affald. Kontrakten mellem A og B drejer sig om faktisk forvaltningsvirksomhed.

#### 2.4.6 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed og obligationsretten

##### 2.4.6.1 Indgåelse af kontrakt

Uanset hvilke parter der tager del i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, jf. afsnittet umiddelbart ovenfor, er udgangspunktet, at en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed netop er en kontrakt.<sup>93</sup> For sådanne gælder der i almindelighed et princip om kontraktfrihed, hvilket vil sige, at parterne er frit stillet med hensyn til, om de vil indgå kontrakt, i givet fald med hvem, og hvilket indhold denne skal have.<sup>94</sup>

Som en almindelig begrænsning af princippet om kontraktfrihed gælder, at kontrakter ikke må være i strid med lovgivningen. I relation til muligheden for at indgå kontrakt om faktiske forvaltningsopgaver får denne modifikation betydning i de tilfælde, hvor der er tale om lovbundne opgaver, idet der ikke kan indgås kontrakt, hvis loven forudsætter, at opgaven skal varetages af den offentlige instans. I hvilken udstrækning lovgivningen på denne måde påvirker muligheden for at

---

92. Som eksempel på det første kan nævnes beredskabsloven, der i § 13, stk. 1, åbner mulighed for, at en kommune kan indgå aftaler med andre kommuner om udførelse af opgaver inden for kommunens redningsberedskab. Som eksempel på hjemmel af generel karakter kan nævnes kommunalfuldmagten og lov om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder.

93. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 263.

94. Begrebet kontraktfrihed, og nogle modifikationer af det, omtales nærmere i afsnit 5.1.



## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

indgå kontrakt om en given opgave, afhænger af en fortolkning af den konkrete lov.

Foruden de almindelige modifikationer af princippet om kontraktfrihed er der i relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed også et specielt forhold, der i visse tilfælde griber ind i kontraktfriheden. Det forhold, der er tale om, er forskrifter, der indskrænker friheden til at afstå fra at indgå kontrakt. For statslige instanser er noget sådant tilfældet som følge af Finansministeriets udbudscirkulære.<sup>95</sup> I henhold til cirkulæret skal "...opgaver, som en statsinstitution udfører, og som vil kunne udføres af eksterne leverandører..." med passende mellemrum sendes i udbud, og "udbudte opgaver skal udliciteres, hvis det gennem udbud godtgøres, at det alle forhold taget i betragtning er det mest fordelagtige for staten...".<sup>96</sup> Med andre ord kan statslige instanser, efter cirkulæret, være tvunget til at indgå kontrakt om løsning af drifts- og anlægsopgaver.

Hvorvidt der med cirkulæret er tale om en indskrænkning i kontraktfriheden for de statslige instanser afhænger af, om disse er bundet af den foreskrevne udbudspligt. Ved besvarelsen af dette spørgsmål skal det bemærkes, at udbudspligten er foreskrevet i et cirkulære, der ikke har særskilt lovhjemmel. Dets bindende virkning er derfor afhængig af om 1) der består et egentligt over-underskæningsforhold med finansministeren som den overordnede,<sup>97</sup> eller 2) finansministeren kan anses for at have beføjelser til at bestemme over andre ministre og statslige instanser på dette område.<sup>98</sup> Et direkte over-underskæningsforhold består eksempelvis i forholdet mellem finansministeren, og de styrelser der organisatorisk er placeret under denne.<sup>99</sup> For disse er cirkulæret bindende. Til spørgsmålet om hvorvidt finansministeren kan anses for

---

95. Cirk. nr. 159 af 17. december 2002. Cirkulæret gælder kun for statslige institutioner, mens der ikke gælder tilsvarende generelle instruktioner for amter og kommuner, jf. Ruth Nielsen: Udbud af offentlige kontrakter, s. 141. Det bemærkes i denne sammenhæng, at cirkulæret også indfører en såkaldt udfordringsret, i henhold til hvilken private virksomheder uopfordret kan afgive tilbud på statslige opgaver. En tilsvarende udfordringsret er i forhold til kommuner indført i kommunestyrelseslovens § 62 a. For begge tilfælde gælder det, at de offentlige instanser ikke har pligt til at acceptere de afgivne tilbud.

96. Begge citater er fra cirk. nr. 159 af 17. december 2002, § 1.

97. Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 327.

98. Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 337.

99. I marts 2003 drejer det sig om: Personalestyrelsen, Økonomistyrelsen, Finansstyrelsen samt Slots- og Ejendomsstyrelsen.

*Kap. 2: Afhandlingens emne og afgrænsning*

at være beføjet til, på dette specifikke område, at give instrukser til andre ministre og statslige instanser, må det antages, at der består en sådan beføjelse. Argumentationen for dette hentes i ressortbetragtninger. I henhold til fordelingen af opgaver mellem ministrene har finansministeren, for så vidt angår spørgsmål om bevillinger, vidtgående beføjelser både generelt og i forhold til de enkelte ministerier. Det er således finansministeren, der koordinerer budgetlægningen vedrørende statsbudgettet, ligesom det er finansministeren, der fremlægger finanslovsforslaget og fører forhandlingerne om den endelige finanslov. I forholdet til de andre ministerier skal det bemærkes, at disse ikke kan forelægge bevillingsansøgninger for Finansudvalget uden Finansministeriets tilslutning. Set i lyset af disse beføjelser må det antages, at finansministeren med bindende virkning for alle statslige instanser kan udstede retningslinier vedrørende anvendelse af bevillingerne.

Af cirkulærets § 2, stk. 1, fremgår det, at udbudspligten gælder for statslige opgaver, som er udbudssegne. Hvad der nærmere skal forstås ved dette præciseres ikke i cirkulæret, bortset fra at det i § 3 slås fast, at udbudspligten ikke gælder i det omfang, udbud af en opgave vil stride mod lovgivningen. Cirkulære 159/2002 afløser cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994, der også regulerede udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver.<sup>100</sup> Cirkulære 42/1994 gjorde heller ikke endeligt op med, hvilke opgaver der kunne være tale om at udbyde i licitation, men cirkulæret bidrog til forståelse af, hvilke opgaver der var omfattet af udbudspligten ved, i § 2, at undtage myndighedsopgaver fra udbudspligten, med mindre der var særlig hjemmel til noget sådant.<sup>101</sup> Henset til den negative afgrænsning af begrebet faktisk forvaltningsvirksomhed som værende den del af forvaltningens virksomhed der ikke er myndighedsudøvelse, var det altså i første række faktisk forvaltningsvirksomhed, der var underlagt udbudspligten i cirkulære 42/1994. Cirkulære 159/2002 undtager ikke eksplicit myndighedsudøvelse fra udbudspligten. Henset til bestemmelsen i cirkulære 159/2002, § 3, og til at myndighedsbeføjelser ikke kan overdrages ved aftale uden

---

100. Jf. cirk. 159/2002, § 16.

101. På bestilling af Udliciteringsrådet udarbejdede professor emeritus Bent Christensen et responsum med titlen "Myndighedsopgaver og udlicitering". Responsumet søger at fastlægge rækkevidden af bestemmelsen i cirk. 42/1994, § 2, og indeholder en gennemgang af indholdet i begrebet *myndighedsudøvelse*. Responsumet er offentliggjort af Udliciteringsrådet i april 1997.

## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

udtrykkelig hjemmel,<sup>102</sup> må det dog antages, at det efter ikrafttrædelsen af cirkulære 159/2002 fortsat er faktisk forvaltningsvirksomhed, der er kerneområdet for den foreskrevne udbudspligt.

Det skal tilføjes, at opgaver ikke behøver at blive udbudt, hvis det kan godtgøres, at det ikke er muligt at udbyde opgaven, eller at dette vil medføre uforholdsmæssigt store omkostninger eller administration, jf. cirkulærets § 5. Endvidere omfatter udbudspligten ikke opgaver med en forventet kontraktsum under 500.000 kroner, jf. cirkulærets § 4.

Pligten til at foretage udbud er ikke i sig selv en kontraheringspligt. Som nævnt er det kun i de tilfælde, hvor udbudsrunden viser, at opgaven mest fordelagtigt kan løses af andre end udbyderen, at der skal foretages udlicitering og dermed indgås kontrakt. For at fastslå om udbyder selv er den bedste til at løse opgaven, kan der foretages såkaldte kontrolbud. Kontrolbud er udbyderens eget bud, på den opgave der er i licitation, og cirkulæret indeholder nærmere regler for, hvordan udbyder skal optræde, hvis et sådant bud ønskes afgivet.<sup>103</sup>

I forlængelse af omtalen af udbudscirkulæret kan det bemærkes, at EU's udbudsregler ikke, på samme måde som det nationale cirkulære, foreskriver pligt til at foretage udbudsrunder. Om markedet skal undersøges for eksterne leverandører eller ej, er i henhold til EU-reglerne op til den offentlige instans, men hvis denne beslutter sig for at undersøges markedet, skal EU-reglerne iagttages.<sup>104</sup>

På det kommunale område findes der ikke forskrifter, der generelt foreskriver pligt til at foretage udbud og i den forbindelse eventuelt pligt til at indgå kontrakt. Kontraheringspligt er imidlertid foreskrevet inden for nogle enkeltområder. Det er eksempelvis tilfældet i relation til kollektiv trafik i hovedstadsområdet, jf. HT-loven der i § 3 bestemmer, at al kollektiv bustransport i hovedstadsområdet skal udføres på grundlag af udbud. Også inden for den kommunale hjemmehjælp er der foreskrevet kontraheringspligt. I henhold til servicelovens § 71 har landets kommuner pligt til at tilbyde personlig hjælp og pleje, og hjælp eller støtte til nødvendige praktiske opgaver i hjemmet, til personer der

---

102. Se om dette i afsnit 2.4.2.

103. Cirkulærets § 10.

104. Fabricius og Offersen: EU's udbudsregler i praksis, s. 34, Ruth Nielsen: Udbud af offentlige kontrakter, s.139f og Steen Treumer: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, s. 31.

ikke selv kan udføre sådanne opgaver (hjemmehjælp). Kommunerne kan selv tilbyde at levere hjemmehjælpsydelse, men skal også godkende og indgå kontrakt om leverance med enhver leverandør der opfylder de af kommunen fastsatte krav til ydelsernes pris og kvalitet, jf. servicelovens § 75 c, stk. 2. I forhold til den konkrete ydelse har borgerne ret til at vælge mellem de godkendte leverandører, og kommunerne har pligt til at indgå skriftlig aftale med den valgte leverandør om udførelsen af den tildelte hjælp, jf. § 75 c, stk. 5.

Afslutningsvis skal det nævnes, at kontraktfriheden, som nærmere omtalt i afsnit 5.1, ikke er noget ufravigeligt princip. Der er mange eksempler på, at princippet fraviges i forbindelse med forbud mod at indgå aftaler om bestemte forhold eller forbud mod bestemte vilkår i kontrakter. Ligeledes er der også eksempler på, at der foreskrives kontraheringspligt, sådan som det er tilfældet i de situationer, der er omtalt ovenfor.

#### **2.4.6.2 Noget om kontraktens indhold**

Mens der, med de forbehold der er omtalt ovenfor, er frihed til at indgå kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed,<sup>105</sup> skal der knyttes et par bemærkninger til spørgsmålet om parternes muligheder for frit at bestemme kontraktens indhold. Anledningen til denne undersøgelse er, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte adskiller sig fra mere traditionelle kontrakter, på grund af de opgaver som kontrakterne om faktisk forvaltningsvirksomhed vedrører.

I nogle tilfælde varetager en offentlig instans opgaver, som den ikke har pligt til at sørge for bliver varetaget, og for hvilke den heller ikke er ansvarlig, hvis andre varetager dem. Det er eksempelvis tilfældet, hvor en kommune driver et turistkontor eller en friluftscene. Da den offentlige instans ikke er forpligtet til at sørge for, at opgaverne bliver løst, kan den helt undlade at løse disse, og de vil så enten ikke blive udført, eller de vil blive udført af andre end den offentlige instans. Alternativt må den offentlige instans kunne indgå kontrakt med en anden part om udførelsen af opgaven. Da den offentlige instans ikke har pligt til at varetage opgaverne eller til at føre tilsyn med dem, må såvel

---

105. Der ses her bort fra spørgsmål om bevillingsmæssig hjemmel.

## 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

ansvaret for at sikre at opgaverne bliver udført som den faktiske udførelse kunne overlades til kontraktparten.

Anderledes forholder det sig, når en offentlige instans ved lov er pålagt ansvar for en opgave. Noget sådant er eksempelvis tilfældet med opgaver som hjemmehjælp og drift af sygehusvæsen.<sup>106</sup> For en række faktiske forvaltningsopgaver gælder det, at det ved lov er bestemt, at disse opgaver kan løses af andre end de offentlige instanser, der er udpeget som ansvarlige for at opgaverne bliver varetaget. Det er eksempelvis tilfældet med hjemmehjælp og med sygehusvæsen.<sup>107</sup> I disse tilfælde er der således positivt gjort op med spørgsmålet om adgang til at overdrage selve udførelsen af opgaverne. Til de situationer hvor der ikke er lovregulering af spørgsmålet om, hvorvidt den faktiske udførelse af opgaverne kan overlades til andre, skal det anføres, at princippet om kontraktfrihed lægger op til, at parterne kan aftale, hvad de ønsker, herunder også overdragelse af pligten til at udføre opgaver. Samtidig må det også bemærkes, at de opgaver (ydelser), der er tale om, ofte er af væsentlig betydning for borgernes daglige liv, og at borgerne ikke, eller kun meget vanskeligt, kan finde andre leverandører end den offentlige forsyning. Som eksempler på dette kan nævnes forsyning med vand og elektricitet. Disse forhold afføder et behov for at sikre borgernes retsstilling, hvorfor det er nødvendigt at opgaverne varetages på en sådan måde, at der er sikkerhed for saglig og lige behandling af alle borgere.<sup>108</sup> Dette har betydning for, hvad der kan aftales vedrørende opgavernes udførelse. Blandt andet skal der være sikkerhed for, at alle borgere kan modtage ydelser. Dette betyder imidlertid ikke, at pligten til at udføre opgaven ikke kan overdrages fra den offentlige instans. Blot må eventuelle kontrakter tage højde for disse forhold. Konklusionen må herefter være, at hvor andet ikke fremgår af lovgivningen, må en offentlig instans, der ved lov er pålagt ansvaret for, at en opgave bliver udført, kunne overlade den faktiske udførelse af opgaven til andre.<sup>109</sup>

Overdragelse af lovbestemte, faktiske forvaltningsopgaver kan ses

---

106. Jf. henholdsvis servicelovens § 71 og sygehuslovens § 1. Som andre eksempler kan nævnes redningsberedskab, jf. beredskabsloven, kap. 2 (det statslige beredskab) og kap. 3 (det kommunale beredskab) og børnepasning, jf. servicelovens § 7.

107. Jf. henholdsvis servicelovens § 75 c og sygehuslovens § 3, stk. 3.

108. Erik Harder: Dansk kommunalforvaltning (bind 2), s. 142.

109. Se hertil Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 167.

som delegation.<sup>110</sup> Hvad denne anvendelse af delegationsbegrebet betyder, for muligheden for at indgå kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, er langt fra klart. Henset til denne uklarhed, og til det forhold at delegationsbegrebet normalt helt overvejende anvendes i forbindelse med overdragelse af kompetence til myndighedsudøvelse, forekommer det mere nærliggende at betragte spørgsmålet om overdragelse af faktiske forvaltningsopgaver via kontrakt fra et kontraktretligt udgangspunkt, og her til føje de forbehold, der er omtalt ovenfor, nemlig forbehold for eventuel lovregulering af adgangen til at overdrage det enkelte område og hensyntagen til opgavernes karakter.

Mens der ovenfor er taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den faktiske udførelse af en lovbestemt opgave kan overdrages ved kontrakt, drejer det følgende sig om muligheden for at fralægge sig ansvaret for, at de pligtmæssige opgaver bliver løst. I nogle tilfælde er også dette spørgsmål reguleret i lov. Det er eksempelvis tilfældet med hjemmehjælp, hvor der er taget stilling til spørgsmålet i retssikkerhedslovens § 15. I henhold til denne bestemmelse har kommunalbestyrelsen ansvaret for, hvordan kommunen planlægger og udføre sin virksomhed på det sociale og sundhedsmæssige område. Kommunerne kan altså ikke ved kontrakt fralægge sig ansvaret for, at der er tilbud om hjemmehjælp. Også generelt betragtet er formodningen for, at i tilfælde hvor der ikke udtrykkeligt er taget stilling til spørgsmålet, kan den offentlige instans ikke fralægge sig ansvaret for at opgaven bliver løst.<sup>111</sup> Denne formodning støttes på, at hvis ansvaret kan overlades til andre, vil der opstå en situation, hvor lovgiver har besluttet at en given instans skal være ansvarlig for at en opgave bliver løst, hvorefter samme instans, uden om lovgivningsmagten, ændrer placeringen af ansvaret, og altså lovgivningsmagtens beslutning.<sup>112</sup> En lignende konflikt findes i forbindelse med det offentligretlige spørgsmål om delegation af myndighedskompetence, hvor det er et centralt spørgsmål, om regler, som tillægger en

---

110. Se Morten Engberg i Gammeltoft-Hansen: *Forvaltningsret*, s. 733.

111. Se således om det kommunale område Garde og Mathiassen: *Kommunalret*, s. 28, le Maire og Preisler: *Lov om kommunernes styrelse*, s. 10 og Tom-Erik Madell: *Det allmänna som avtalspart*, s. 166.

112. For så vidt angår kommunale fællesskaber i henhold til kommunestyrelseslovens § 60, skal det bemærkes, at disse opfattes som sær-kommuner på deres respektive områder (jf. afsnit 2.4.3.2). Af den grund sker der ikke en fravigelse af lovgivers intention om, at ansvaret for en given opgave skal ligge hos en kommune, når sådanne fællesskaber får overdraget ansvaret for opgaver, som kommunerne ved lov er pålagt ansvaret for.

#### 2.4 Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

myndighed kompetence, kan fraviges ved delegation uden særlig hjemmel. I korthed er svaret på dette spørgsmål, at delegation ikke kræver udtrykkelig hjemmel, men at der heller ikke er fri adgang til at foretage delegation.<sup>113</sup> Når det alligevel fastholdes, at offentlige instanser ikke kan fralægge sig lovbundet ansvar for, at faktiske opgaver bliver udført, skyldes det netop, at der er tale om at overdrage ansvaret for, at opgaver bliver løst, og ikke om at overdrage selve løsningen af opgaverne. Her ved adskiller konflikten vedrørende overdragelse af ansvar for faktisk forvaltningsvirksomhed sig fra konflikten vedrørende delegation af myndighedskompetence. I forbindelse med sidstnævnte overdrages en opgave med at administrere myndighedsbeføjelser, hvilket, foruden opgaven med at forestå den egentlige sagsbehandling, godt nok også indebærer et ansvar for, at de enkelte afgørelser er korrekte, men ansvaret for at den lovgivne (oprindelige) kompetence administreres korrekt er ikke hermed (fuldstændig) lagt over på delegatøren. Delegaten har stadig et ansvar for, at den kompetence, der er tillagt denne gennem lovgivningen, bliver anvendt behørigt,<sup>114</sup> hvilket betyder, at ej heller delegationsreglerne giver mulighed for, at en offentlig instans kan overdrage et lovbundet ansvar.

---

113. Se nærmere om spørgsmålet i afsnit 2.4.2.

114. Karsten Loiborg i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 138.





## Nogle valg vedrørende metode

### 3.1 Hvordan emnet undersøges

Det, der skal undersøges i denne afhandling, er, hvordan samfundsmæssig interesse påvirker anvendelsen af obligationsretten, nærmere bestemt de dele af obligationsretten der vedrører opfyldelse af kontrakter, ikke-opfyldelse og misligholdelsesbeføjelser samt muligheder for at ændre en bestående kontrakt. Afhandlingen har ikke til formål at belyse om samfundsmæssig interesse påvirker udformningen af obligationsretten på et overordnet niveau – altså om der ligger hensyn til en samfundsmæssig interesse bag udformningen af obligationsrettens regler. Det, der er sigtet med afhandlingen, er at undersøge, i hvilken udstrækning det har betydning for anvendelsen af obligationsretten i det konkrete tilfælde, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til den foreliggende kontrakt.

Undersøgelsen koncentrerer sig om kontrakter vedrørende faktisk forvaltningsvirksomhed. Der er to forhold, der begrunder denne fokusering. For det første er det netop blandt kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, man finder de fleste kontrakter om udlicitering af offentlige opgaver, en type kontrakter der ofte har en meget tydelig samfundsmæssig interesse. For det andet er en indskrænkning af undersøgelsesfeltet ønskværdig af fremstillingstekniske grunde.

Når man vil undersøge, hvilken påvirkning samfundsinteresse har i relation til den enkelte kontrakt, kan det enten gøres induktivt eller deduktivt. Ved den induktive tilgang skal undersøgelsen tilrettelægges som en analyse af nogle få udvalgte, konkrete kontrakter, for hvilke det undersøges, hvad det betyder, at der er en samfundsmæssig interesse knyttet til disse. På baggrund af analysens resultater kan så søges opstillet mere almene regler. Ved den deduktive tilgang undersøges det på et generelt plan, hvad der gælder om samfundsmæssig interessens eventuelle påvirkning af anvendelsen af obligationsretten i relation til konkrete kontrakter. Resultatet af den analyse kan så, med forbehold for

nødvendige justeringer som følge af specifikke forhold, anvendes på konkrete kontrakter af samfundsmæssig interesse. I denne afhandling arbejdes ud fra en deduktiv tilgang til analysen. Begrundelsen for dette valg findes i tre forhold. For det første vil den induktive analyse blive begrænset af de emner, som de undersøgte kontrakter berører. Herved er der risiko for, at ellers interessante problemstillinger ikke bliver undersøgt. For det andet er der risiko for, at de kontrakter, der udvælges til en induktiv analyse, vil være så konkrete – præget af netop den virkelighed de skal indgå i – at det vil være vanskeligt at udlede almene regler af undersøgelsen. Den anden vej rundt betyder de enkelte kontraktens særpræg også, at de regler, der opstilles på baggrund af den deduktive analyse, skal tilpasses i de konkrete tilfælde. Trods dette giver den deduktive analyse dog stadig en retningspil for, hvad der skal gælde i det konkrete tilfælde. Dette er det tredje forhold, der ligger til grund for valget af den deduktive tilgang. Det skal bemærkes, at afhandlingens analyse begrænses til at påpege de almene regler, mens disse ikke søges anvendt på konkrete kontrakter.

Undersøgelsen gennemføres på den måde, at de tre obligationsretlige områder – opfyldelse, ikke-opfyldelse og justeret opfyldelse – behandles i hvert sit kapitel. En så skarp opdeling af de tre emner genfindes ikke i forbindelse med de kontrakter og mulige tvister, der udgør det praktiske modstykke til obligationsrettens teoretiske regler. Der er derfor en risiko for, at den, til dels kunstige, opdeling kan fjerne læserens opmærksomhed fra det forhold, at de tre områder hænger sammen og påvirker hinanden. Der er hermed advaret mod at drage en sådan slutning. Når den skitserede opbygning trods indvendingen alligevel er valgt, er det begrundet i hensynet til fremstillingens overskuelighed.

Med valget af opfyldelse, ikke-opfyldelse og justeret opfyldelse som de områder der skal undersøges, kommer undersøgelsen til at dække en meget stor og væsentlig del af de emner, der traditionelt henregnes til obligationsretten. Intentionen er dog ikke at gennemgå de udvalgte områder som en lærebogsgennemgang af alle de relevante emner, der kan henføres til de tre områder. I stedet bliver der i hvert kapitel behandlet udvalgte emner under den pågældende overskrift. For hvert af disse emner foretages der yderligere en udvælgelse af, hvilke problemstillinger der bliver behandlet. Begge udvælgelser sker ud fra et kriterium om, at de behandlede emner og problemstillinger skal have særlig betydning for den vinkel, der er anlagt i undersøgelsen, altså

### 3.1 *Hvordan emnet undersøges*

spørgsmålet om en samfundsmæssig interesses påvirkning af obligationsretten. Der skal i denne forbindelse erindres om, at udvælgelse er udtryk for tilvalg, men også fravalg. Således også her, og de emner og problemstillinger, der bliver behandlet, er derfor ikke de eneste, hvor samfundsmæssig interesse kan tænkes at have betydning.

De udvalgte emner og problemer behandles på den måde, at de relevante, almene regler beskrives kort, mens hovedvægten bliver lagt på analysen af betydningen af en samfundsmæssig interesse. Dette sker naturligvis, fordi det er sidstnævnte, der er i fokus i afhandlingen. Samtidig er den almindelige obligationsret glimrende beskrevet mange andre steder, og der er derfor ingen grund til at forøge afhandlingens omfang med en tilbundsående gennemgang af denne.

Hvad angår de enkelte problemstillinger, gennemføres analysen ved hjælp af de traditionelle retskilder. Det vil i første omgang være de obligationsretlige regler, men da det, der skal undersøges er, om disse regler påvirkes af en bestemt faktor, inddrages endvidere andre retskilder, blandt andre afgørelser fra domstole og i mindre målestok fra voldgiftsretter, men naturligvis også litteratur om de relevante retsområder.

Når man vil anvende domme og voldgiftsavgørelser som retskilder, rejser det altid nogle generelle problemstillinger knyttet til spørgsmålet om det foreliggende materiales præjudikatværdi.<sup>115</sup> Disse skal naturligvis også iagttages i nærværende sammenhæng. I forbindelse med emnet for denne afhandling er der endvidere særlig grund til at hæfte sig ved, at de relevante domme ofte ikke drejer sig om rendyrkede kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Ofte er det sådan, at der i den konkrete problemstilling sker en sammenblanding af kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed og spørgsmål om myndighedsudøvelse. Dette er et resultat af, at myndighedsudøvelse og faktisk forvaltningsvirksomhed ofte er vævet sammen på en måde, så en konkret problemstilling kommer til at indeholde elementer af begge. Som et eksempel på dette kan nævnes udførelse af miljøkontrol, der involverer indsamling af prøver og forvaltningsretlig afgørelse, eksempelvis i form af udstedelse af et påbud eller en dispensation. Indgås der kontrakt på dette område, kan det blive vanskeligt at fastslå, om kontrakten vedrører

---

115. Se om dette hos eksempelvis Morten Wegener: *Juridisk Metode*, s. 94ff.

faktisk forvaltningsvirksomhed eller myndighedsudøvelse, eller hvilke dele af kontrakten der omhandler hvilke elementer. Hvilken betydning, den nævnte sammenblanding har for en doms værdi som retskilde i nærværende sammenhæng, afhænger af, hvilken betydning det har for bedømmelsen af en kontrakt, at den (også) vedrører myndighedsudøvelse. Det betyder, at man må se nærmere på, hvilke karakteristika der er knyttet til kontrakter om myndighedsudøvelse. En sådan undersøgelse gennemføres af den grund i kapitel 4.

Foruden de obligationsretlige regler, afgørelser og litteratur bygger afhandlingens resultater også på argumentation ud fra forholdets natur. Uden at det skal forlede til at tro, at forholdets natur kan anvendes efter forgodtbefindende, kan forholdets natur inddrages som retskilde i situationer, hvor der ikke, blandt de formeligt fastsatte regler, kan findes en regel, der kan lægges til grund for en afgørelse, og hvor denne mangel på en regel vil føre til et resultat, der fremstår som utilfredsstillende set i forhold til rets- og kulturtraditionen.<sup>116</sup> I denne afhandling får forholdets natur til tider en fremtrædende position, fordi der i afhandlingen bliver behandlet problemstillinger, der ikke er belyst gennem andre retskilder. I særdeleshed er retspraksis yderst sparsom på flere af de behandlede områder.

Manglen på retspraksis betyder også, at det i nogle tilfælde er vanskeligt at verificere afhandlingens resultater i forhold til, om de er udtryk for "gældende ret".<sup>117</sup> Afhandlingens hovedformål er at undersøge, om obligationsretten i konkrete tilfælde påvirkes af eksistensen af en samfundsmæssig interesse. Dette bliver gjort ved at formulere nogle problemstillinger inden for obligationsretten, og derefter analysere dem under hensyntagen til samfundsmæssig interesse. Ud over at belyse afhandlingens centrale problemstilling er det også en væsentlig pointe ved disse analyser at fremhæve tankegange, der må overvejes, og elementer der må inddrages, når man skal foretage en juridisk bedømmelse af en kontrakt med samfundsmæssig interesse med henblik på at udtale sig om gældende ret.

Ud over de elementer, der er omtalt ovenfor, inddrages der også konkrete kontrakter og standardkontrakter i undersøgelsen. Disse kon-

---

116. Alf Ross: Om ret og retfærdighed, s. 118f.

117. Om dette vanskelige begreb se eksempelvis Alf Ross: Om ret og retfærdighed, kap. II, Morten Wegener: Juridisk metode, s. 51ff og Ruth Nielsen: Retskilderne, kapitel V.

### 3.1 *Hvordan emnet undersøges*

trakter bliver ikke anvendt som retskilde, men som en måde at knytte afhandlingens overordnede, analytiske del til den virkelighed som det, når alt kommer til alt, drejer sig om. Kontrakterne bliver inddraget løbende på den måde, at det bliver undersøgt om, og i givet fald hvordan, en konkret problemstilling er behandlet i kontrakterne – indeholder kontrakten bestemmelser om adgang til at hæve? regulerer den spørgsmålet om parternes stilling i tilfælde af fusion? med videre. Det skal bemærkes, at denne reference til kontrakterne ikke er gennemført minutøst og konsekvent, da tanken som nævnt er, at kontrakterne skal fungere som bindeled til de praktiske kontraktforhold, mens det ikke er meningen, at analysen skal have form af en egentlig undersøgelse af, hvordan kontraktspraksis forholder sig til eksistensen af en samfundsmæssig interesse.

I afhandlingen giver referencen til kontrakterne sig især udslag i, at der løbende inddrages citater fra kontrakter. Hvor formuleringer fra konkrete kontrakter inddrages, bliver det fremhævet, typisk ved brug af citationstegn.

I alt er 20 kontrakter inddraget i arbejdet. Der er tale om enkeltkontrakter, men også standardkontrakter beregnet til brug ved kontraktindgåelser på ensartede områder er inddraget.<sup>118</sup> Endvidere er regelsættet ABSERVICE 2003 – Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser (herefter: ABSERVICE 2003) blevet inddraget i arbejdet. ABSERVICE 2003 er resultatet af arbejdet i et udvalg nedsat af den daværende erhvervsminister i juni 1998.<sup>119</sup> Udvalget havde til opgave at udarbejde et neutralt, standardiseret aftalegrundlag til brug for ordregivere og leverandører af serviceydelser, i stil med standardregelsættet på bygge- og anlægsområdet, AB92. Serviceydelser er i denne sammenhæng beskrevet som en modsætning til almindelige varekøb, og som noget der ofte vil omfatte sammensatte elementer af eksempelvis service, rådgivning og vedligeholdelse. I ABSERVICE 2003 beskrives ser-

---

118. Der er tale om 3 standardkontrakter: en af Amtsrådsforeningen godkendt standardformular til brug ved indgåelse af overenskomst mellem et amt og Falcks Redningskorps om ambulancetjeneste, en standardaftale mellem amter og danske private sygehuse, klinikker m.v. og en standardaftale mellem amter og udenlandske sygehuse. Enkeltkontrakterne vedrører områderne renovation, kollektiv trafik, rengøring, forsyningsvirksomhed samt ældreområdet.

119. Udvalget har deltagelse af repræsentanter fra en lang række ministerier og interesseorganisationer.

*Kap. 3: Nogle valg vedrørende metode*

viceydelser som tjenesteydelser generelt, jf. § 2, stk. 2. Af kommissoriet for udvalget fremgik det, at ABSservice 2003 skulle være frivilligt i brug, jf. også regelsættets § 1. Endvidere fremgik det, at ABSservice 2003 skulle indeholde bestemmelser vedrørende kontrahenternes overordnede pligter og rettigheder i og efter kontraktperioden. Sådanne overordnede pligter kan eksempelvis være fordelingen af opgaver mellem parterne under ydelsens levering, parternes stilling ved arbejdsændringer og uforudsete forhold, parternes samvirke, risikofordelingen, følgerne af forsinkelse og mangler, sikkerhedsstillelse, betalingsregler, regler om tvistløsning og forsikringsregler. ABSservice 2003 er udsendt i april 2003.

Henset til den måde kontrakterne bliver anvendt på, har det ikke været nødvendigt at udvælge dem ud fra videnskabelige kriterier. Eksempelvis er det ikke tilstræbt at opnå, hvad der måske kan betegnes som et repræsentativt udsnit af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Det er samfundsmæssige hensyns eventuelle påvirkning af dansk obligationsret, der er genstand for undersøgelse i denne afhandling. Af den grund har dansk litteratur og danske afgørelser en fremtrædende plads i analysen. Ligheden mellem de skandinaviske lande på obligationsrettens område gør det dog nærliggende også at inddrage obligationsretlig litteratur og afgørelser fra Norge og Sverige. Dette vil blive gjort løbende i stedet for i form af den såkaldt Länderbericht-metode.<sup>120</sup> At inddrage den øvrige skandinaviske ret løbende synes at være en naturlig løsning henset til den udtalte lighed mellem de tre retsordener. Samtidig undgås, hvad der kan opleves som en triviell gennemgang af forskellige landes svar på samme spørgsmål.

Uanset at det er obligationsretten, der skal undersøges i afhandlingen, behandles tillige en række offentligretlige spørgsmål. Også her er dansk ret i centrum, men ligesom det er tilfældet i forbindelse med de obligationsretlige spørgsmål, inddrages endvidere litteratur og afgørelser fra de øvrige skandinaviske lande. Begrundelsen for at gøre dette, og måden det bliver gjort på, er den samme som i forbindelse med obligationsretten.

---

120. Der er altså valgt, hvad der ofte refereres til som den analytisk metode. Se kort om begge begreber i Ole Lando: Kort indføring i komparativ ret, s. 98.

## 3.2 Økonomiske aspekter

I Skandinavien har der i de senere år været en løbende debat om den del af den økonomiske videnskab, der på dansk bliver kaldt retsøkonomi.<sup>121</sup> Ganske kort beskrevet drejer retsøkonomi sig om, i større eller mindre grad, at lade økonomiske analyser indgå i løsningen af juridiske problemstillinger. Da obligationsretten, og derfor spørgsmål om ændring af denne, har et ganske tydeligt økonomisk aspekt, synes det på baggrund af nævnte korte beskrivelse af retsøkonomien oplagt, at undersøge om, og i givet fald hvordan, retsøkonomiske betragtninger skal indgå i denne afhandling. En sådan undersøgelse gennemføres i dette afsnit.

### 3.2.1 Om retsøkonomi generelt

Ønsker man en mere uddybende beskrivelse af, hvad retsøkonomi er, når man hurtigt frem til en erkendelse af, at det er ikke entydigt, hvad disciplinen rummer. Overordnet kan det dog siges, at der er tale om en økonomisk disciplin, hvor økonomiske teorier og metoder bliver anvendt i analyser af juridiske spørgsmål.<sup>122</sup> Udgangspunktet for den ren dyrkede retsøkonomi må være, at al jura, såvel lovgivning som konkret retsanvendelse, analyseres ved hjælp af økonomiske værktøjer, og at kun det, der er økonomisk fordelagtigt, bliver gennemført. Blandt fortalene for retsøkonomien synes det dog at være en udbredt opfattelse,

---

121. Retsøkonomien behandles i lærebøger om emnet og i fremstillinger om retslæren, lige som der findes forskellige fremstillinger, der gør brug af retsøkonomiske analyser på konkrete problemstillinger. Som eksempler på det sidste kan nævnes Trine-Lise Wilhelmssen: *Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet* (TfR1995.1), Thomas Riis: *Op-havsret og Retsøkonomi* og Christina Tvarnø: *Skattemæssigt underskud i selskaber i EU*. Fra den direkte debat kan der henvises til Carl Martin Roos i TfR1993.227, Ruth Nielsen og Paul Krüger Andersen i U1998B.476, Thomas Riis og Bernhard Gomard i Julebog 1998, henholdsvis s. 21 og s. 207, Jesper Lau Hansen i U1999B.115 og Thomas Riis i TfR2000.477; alle indlæg der har et juridisk udgangspunkt. For indlæg med økonomisk udgangspunkt se *Samfundsøkonomen* nr. 3, maj 2000.

122. Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss: *Indledning til rets- og kontraktsøkonomi*, s. 11 og Richard A. Posner i *Texas Law Review* 1975. 757 (s. 759). Sidstnævnte peger på, at der ikke er noget nyt i at økonomiske betragtninger inddrages i juraen, da dette længe har været tilfældet i forbindelse med antitrust-lovgivningen. Det der adskiller retsøkonomien fra tidligere tiders anvendelse af økonomi i juraen er, at hvor økonomi tidligere kun blev inddraget i forbindelse med særlige dele af den lovgivning, der direkte regulerede økonomiske forhold, indskrænker retsøkonomien ikke anvendelsen af økonomiske analyser disse snævre områder, men lægger op til at økonomiske overvejelser skal inddrages i alle områder af juraen.

at retsøkonomien ikke alene kan levere svarene på juridiske spørgsmål, men at den kan levere nogle argumenter, der kan indgå i de juridiske overvejelser sammen med andre bidrag.<sup>123</sup> Med denne tilgangsvinkel til anvendelse af retsøkonomien synes den reelle forskel mellem fortalere og skeptikere at være begrænset til spørgsmålene om med hvilken vægt de økonomiske argumenter skal indgå og i hvilke sammenhænge (på hvilke retsområder), idet også skeptikere i forhold til retsøkonomien anerkender, at økonomi har betydning i (visse) juridiske sammenhænge.<sup>124</sup>

Når fortalere for retsøkonomi finder, at økonomiske argumenter skal tillægges øget vægt, både ved at udvide områderne for deres anvendelse og ved i de konkrete situationer at øge deres værdi i forhold til andre argumenter, hænger det sammen med troen på, at grundige analyser af de økonomiske konsekvenser af løsninger på juridiske problemer i almindelighed giver et bedre beslutningsgrundlag. Dette taler for, at der skal gennemføres analyser forud for beslutninger i såvel retspolitiske sammenhænge som ved konkret retsanvendelse, og at det skal tilstræbes, at disse analyser er så præcise som muligt. I den optimale situation bliver alle løsningens konsekvenser gjort op i en fælles værdi. Over for dette bliver det påpeget, at det ofte vil være vanskeligt, eller helt umuligt, at opgøre konsekvenserne af en given juridisk løsning på eksakt måde, hvilket svækker mulighederne for at anvende økonomiske argumenter. Denne forskel i opfattelsen af mulighederne for konsekvensvurdering viser endnu en forskel mellem retsøkonomi og anden (traditionel) anvendelse af økonomiske argumenter i juraen: hvor retsøkonomien søger at systematisere og præcisere konsekvensvurderingerne ved at opgøre dem i en fælles værdi, inddrages økonomien traditionelt ved at have blik for at juridisk regulering kan have økonomiske mål for øje, og her efter lade dette indgå i den juridiske løsning som det der almindeligvis betegnes som billigheds- eller common sense-betragtninger.

Uanset debatten for og imod retsøkonomi, og forskellene i opfattelsen af hvordan økonomi skal inddrages i juridisk arbejde, er det en kendsgerning, at økonomiske hensyn spiller en rolle i forbindelse med

---

123. Se eksempelvis Erling Eide: *Rettsøkonomi for offentlig rett*, s. 2, Thomas Riis i TfR2000.477 og anvendelsen af retsøkonomien i Christina Tvarnø: *Skattemæssigt underskud i selskaber i EU*, jf. s. 39 og 324ff.

124. Se eksempelvis Bernhard Gomard i *Julebog 1998*, s. 207, Jesper Lau Hansen i U1999B.115 og Morten Wegener: *Juridisk Metode*, s. 135ff.



### 3.2 Økonomiske aspekter

retspolitikken. Helt overordnet kan blot henvises til retsområder som konkurrenceretten, aftale- og køberetten, hvor økonomiske overvejelser i vid udstrækning påvirker lovgivningen. Økonomiens betydning for udformningen af nye love viser sig også i Statsministeriets cirkulære om fremgangsmåden ved udarbejdelse af lovforslag m.v.,<sup>125</sup> der blandt andet foreskriver, at bemærkningerne til fremsatte lovforslag skal indeholde skøn over lovforslagets økonomiske konsekvenser for stat, amter og kommuner, ligesom der skal foretages et skøn over lovforslagets erhvervsøkonomiske konsekvenser. Særligt om de erhvervsøkonomiske konsekvenser har Økonomi- og Erhvervsministeriets udgivet en manual om metoder til opgørelse af sådanne,<sup>126</sup> lige som de såkaldte test- og fokuspaneler under Økonomi- og Erhvervsministeriet er tiltag, der skal øge opmærksomheden omkring de økonomiske aspekter af lovgivningsinitiativer. Det er ikke noget nyt, at lovgiver gør sig overvejelser omkring visse økonomiske konsekvenser af lovgivningen. Således indskærpede allerede Statsministeriets cirkulære om bemærkninger til lovforslag fra 1966,<sup>127</sup> at lovforslag burde indeholde redegørelse for finansielle konsekvenser for stat og kommune samt skøn over administrative konsekvenser.<sup>128</sup> Udviklingen, med blandt andet særlige vejledninger til opgørelse af konsekvenser og diverse testpanelmodeller, viser formodentlig en tendens til øget opmærksomhed omkring emnet.

At økonomien ikke er den eneste parameter i forbindelse med vedtagelse af ny lovgivning ses tydeligt af, at der bliver udstedt nye love, der i henhold til bemærkningerne i lovforslaget forventes at medføre udgifter, eksempelvis for erhvervslivet, mens gevinsten ved loven ikke ses opgjort i penge. Et eksempel på dette er lov nr. 258/2001 om ændring af miljøbeskyttelsesloven (udarbejdelse af grønt regnskab). Formålet med denne lov er i henhold til forarbejderne,<sup>129</sup> dels "at styrke de grønne regnskabers informationsværdi for offentligheden, dels [...] at styrke dialogen mellem tilsynsmyndigheden og virksomheden" – altså i bund og grund et forsøg på at forbedre miljøet ved at sætte fokus på

---

125. Cirk. nr. 159 af 16. september 1998.

126. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen: Manual om vurdering af erhvervsøkonomiske konsekvenser, juni 2002.

127. Cirk. af 16. september 1966.

128. At bemærkninger til lovforslag også skal redegøre for erhvervsøkonomiske konsekvenser er først medtaget i Statsministeriets cirkulære nr. 31 af 26. februar 1993.

129. Lovforslag nr. L9 fremsat den 5. oktober 2000.

### *Kap. 3: Nogle valg vedrørende metode*

nogle virksomheders belastning af dette. Dette mål er omtalt i forarbejderne, men der er ikke gjort forsøg på at gøre værdien af et bedre miljø op i kroner. Modsat er omkostningerne for de berørte virksomheder forsøgt opgjort i forarbejderne, hvor det anslås, at disse vil få udgifter på i alt ca. 7 mio. kroner. I dette tilfælde har lovgiver altså ikke opgjort de samlede økonomiske konsekvenser ved lovforslaget, men på et andet grundlag vurderet, at andre hensyn, her hensynet til et bedre miljø, opvejer de økonomiske omkostninger loven vil påføre erhvervslivet.

Foruden at illustrere at også andre elementer end økonomiske hensyn påvirker lovgivningsprocessen, viser eksemplet med ændringen af miljøbeskyttelsesloven også forskellen mellem anvendelse af økonomiske tankegange i retspolitikken og anvendelse af retsøkonomi. Skulle den nævnte ændring af miljøbeskyttelsesloven have været behandlet i henhold til en rendyrket retsøkonomisk tankegang, skulle også gevinsten ved et renere miljø have været opgjort i kroner, og loven kun være vedtaget, hvis gevinsten ved et renere miljø oversteg omkostningerne for virksomhederne. Om eksemplet skal kategoriseres som anvendt retsøkonomi (i givet fald er det i den "pragmatiske" udgave), eller om det skal tages som eksempel på, at der indgår økonomiske overvejelser i lovgivningsprocessen, bliver en smagssag. En kendsgerning er det imidlertid, at denne lovændring ikke er et enestående eksempel på, hvordan økonomi inddrages i dansk lovgivningsarbejde.

Hvis man vender blikket mod den konkrete retsanvendelse, kan man også her finde eksempler på, at økonomiske aspekter overvejes i forbindelse med den enkelte afgørelse. Det er omdiskuteret, hvorvidt dette skal ses som et udtryk for anvendelse af retsøkonomi, eller der er tale om traditionel fortolkning, hvor økonomi indgår som et fortolkningshensyn.<sup>130</sup>

Som påpeget ovenfor er der mellem retsøkonomi og anden inddragelse af økonomi i juraen forskelle med hensyn til intensitet af brugen

---

130. Generelt om anvendelsen af retsøkonomi som retskilde ved domstolsafgørelser Morten Wegener: *Juridisk Metode*, s. 135ff, og Thomas Riis i TfR2000.477 (s. 482ff). Som eksempel på en konkret dom hvor den retsøkonomiske vinkel har været diskuteret kan henvises til U1997.1642H (Skatteministeriet mod Midtfyns Festivalen ApS) og omtalen af denne i TfS1997.822, i U2000B.399 og navnlig i U1998B.476 (hvor dommen fremhæves som eksempel på anvendelse af retsøkonomi) og U1999B.115 (der er mere skeptisk overfor en sådan konklusion).

### 3.2 Økonomiske aspekter

af økonomiske argumenter og måden at opgøre disse på. Uanset disse forskelle må det generelt set være sådan, at der kan være fornuft i at inddrage økonomiske overvejelser i løsningen af en given problemstilling. Det må dog være en forudsætning, for at økonomiske analyser kan bidrage til en bedre løsning, at der kan foretages en meningsfuld analyse. Lad os i den forbindelse se på, hvad det er, den økonomiske analyse kan bidrage med.

Det overordnede formål med at foretage økonomiske analyser af virkningerne af en given bestemmelse, eller konkret anvendelse af en regel, er at finde ud af, om den er optimal i økonomisk forstand, det der i økonomisk terminologi kaldes *efficient*. *Efficiens*begrebet er ikke entydigt, idet der findes forskellige udlægninger af, hvornår noget er *efficient*. Trods talrige indvendinger mod begrebet anvender økonomer ofte den såkaldte *pareto-efficiens*.<sup>131</sup> En handling, eksempelvis den konkrete anvendelse af aftalelovens § 36 til at ændre kontraktbetingelser, er *pareto-efficient*, hvis den fører til en tilstand, hvor det ikke er muligt at stille én aktør bedre, uden derved at stille en eller flere andre aktører dårligere. Ud fra en praktisk synsvinkel lider begrebet af den svaghed, at rigtig mange handlinger, af både overordnet og konkret art, har som konsekvens, at nogen bliver stillet bedre på bekostning af andre. En konsekvent anvendelse af dette *efficiens*begreb ville derfor virke lamende på samfundet.

Som svar på den nævnte indvending mod *pareto-efficiens*begrebet fremkom et andet *efficiens*begreb, *kaldor-hicks-efficiens*. I henhold til dette begreb er en handling *efficient*, hvis summen af gevinster som følge af handlingen overstiger summen af omkostninger ved den. I modsætning til *pareto-efficiens* tillader *kaldor-hicks-efficiens*begrebet, at der er nogen aktører, der vinder på andres bekostning, blot de vinder mere end de andre taber. *Kaldor-hicks-efficiens*begrebet er det *efficiens*begreb, der ofte anvendes i forbindelse med retsøkonomiske analyser.<sup>132</sup>

Skal en given anvendelse af en regel vurderes i henhold til *kaldor-hicks-efficiens*begrebet, kræver det, at man kender alle omkostninger

---

131. Jf. Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss: Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, s. 15.

132. Jf. Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss: Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, s. 14 og Morten Wegener: Juridisk Metode, s. 138.

og gevinster, og at man er i stand til at værdiansætte efter en fælles værdienhed (typisk penge). For mange konsekvenser vil det være muligt at opgøre deres værdi. Det gælder eksempelvis omkostninger ved at montere et påbudt filter til rensning af røg, og besparelse på rensning af drikkevand som følge af restriktioner på mulighederne for at udlede stoffer, der kan forurene dette. Har en handling kun konsekvenser af den type, der kan opgøres efter en fælles værdi og med rimelig sikkerhed, vil en økonomisk analyse givetvis kunne bidrage til grundlaget for at træffe beslutning om handlingens eventuelle gennemførelse.

### 3.2.2 Retsøkonomi i afhandlingen

For en række af handlinger er det kendetegnende, dels at de har konsekvenser for mange aktører, dels at det for nogle af konsekvenserne gælder, at det vil være vanskeligt eller umuligt at opgøre deres værdi. Som eksempel kan nævnes beslutning om at udstede påbud til en virksomhed om, at den skal begrænse udledningen af svovlholdig røg. Virksomhedens omkostninger, i form af filter eller tab ved mindre produktion og derved mindre salg, er omkostninger, der kan gøres op i penge. Anderledes er det med gevinsten ved påbudet. Det, der bliver opnået med påbudet, er mindre forurening, hvilket kan være til glæde for virksomhedens naboer, for lokalområdet og i nogle tilfælde for et eller flere lande, jævnfør eksempelvis debatten om den såkaldte syreregn. Men hvad er pengeværdien af dette? Og hvad er omkostningerne ved, at spildevandet ikke bliver rensset tilstrækkeligt med forurening af floder og hav til følge? De fleste mennesker vil sikkert have svært ved at sætte en pris på denne type "varer", og den prisfastsættelse der traditionelt bliver lagt vægt på i store dele af verden, nemlig markedsværdien, findes ikke i disse tilfælde, da der ikke er noget marked for handel med eksempelvis ren luft eller rent vand. Vi skal i det følgende opholde os lidt ved spørgsmålet om værdiansættelse af denne type konsekvenser, fordi det har betydning i forbindelse med en eventuel retsøkonomisk analyse af afhandlingens emne.

Afhandlingens emne er karakteriseret ved, at hensynet til samfundets interesse er en væsentlig parameter, idet spørgsmålet om denne interesses påvirkning af obligationsretten er afhandlingens hovedspørgsmål. Det centrale spørgsmål for en eventuel retsøkonomiske undersøgelse af emnet vil være, hvilke økonomiske konsekvenser det vil have, hvis den traditionelle obligationsret ændres som følge af, at der skal

### 3.2 Økonomiske aspekter

tages hensyn til den samfundsmæssige interesse. Skal en økonomisk analyse kunne levere meningsfulde bidrag til at belyse emnet, kræver det i den retsøkonomisk optimale tankegang, at alle konsekvenser værdiansættes i en fælles enhed. Herunder også værdien af gevinsten for den samfundsmæssige interesse af en eventuel ændring. Noget sådant kræver, at man opgør værdien af den samfundsmæssige interesse i en given kontraktgenstand, indsamlingen af skrald, udbringningen af mad, pasningen af børn osv. En sådan værdiansættelse er vanskelig, netop fordi der ikke er noget marked for den samfundsmæssige interesse i disse goder. I denne forbindelse kan der tænkes argumenteret med, at der med licitering netop er skabt et marked for en række af denne type goder. Hertil skal det bemærkes, at de markedspriser, der kommer til udtryk gennem licitationsrunder, er sammensatte størrelser, der afspejler værdien af en lang række faktorer som udbyderen (typisk stat, amt eller kommune) lægger vægt på. Det kan være faktorer som ønske om, af ideologiske grunde, at foretage udlicitering, behov for at synliggøre prisen på den aktuelle ydelse eller ønske om at presse udgifterne til ydelsen ned. Prisen i henhold til licitationer afspejler således i praksis næppe kun værdien af den samfundsmæssige interesse i kontraktgenstanden, og hvor denne interesse indgår som en faktor, vil det i bedste fald være som en upræcis størrelse.

I forsøg på at løse problemet med at værdiansætte goder, for hvilke der ikke er et marked, er der udarbejdet forskellige modeller. Nogle af disse modeller bliver omtalt i det følgende.<sup>133</sup>

Såkaldt hedonisk prisfastsættelse er én mulig måde til at forsøge at prisfastsætte et gode, for hvilket der ikke findes noget marked. Et eksempel kan illustrere tanken bag den hedonisk prisfastsættelse: det er en almindelig antagelse, at prisen på et hus blandt andet afspejler de omgivelser, det er placeret i. Hvis man kan finde to, i øvrigt, ens huse, det ene beliggende ved en motorvej og det andet i skovbrynet med udsigt ud over sund og bælt, vil forskellen i priserne på de to huse indirekte indikere, hvad prisen er for det omgivende miljø. Mens det er en fordel ved den hedoniske prisfastsættelse, at den baseres på faktiske betalinger, er det en ulempe ved metoden, at den kun indirekte måler værdien af det gode, der ønskes værdiansat. Hvis det, der ønskes vær-

---

133. For en omfattende, og teknisk, gennemgang af disse modeller kan henvises til Flemming Møller: Værdiansættelse af miljøgoder, kap. 9.

*Kap. 3: Nogle valg vedrørende metode*

diansat i eksemplet, er omkostningerne for husejere ved at blive naboer til en planlagt motorvej, angiver forskellen i prisen på de to huse kun et samlet beløb, der både kan dække over, omkostninger forbundet ved at være nabo til en motorvej og gevinst ved at bo i et naturskønt område. Kort sagt er det et problem ved den hedoniske metode, at der ikke kan findes to huse, der kun er forskellige, for så vidt angår det element, der skal værdiansættes. Særligt i forhold til værdiansættelse af den samfundsmæssige interesse kan det være vanskeligt at finde et markedsomt gode, hvis pris afspejler værdien af de samfundsmæssige interesser i et givet forhold. Eksempelvis vil huspriser næppe kunne indikere prisen på den samfundsmæssige interesse i velfungerende lysregulering på vejene.

En anden metode til at fastsætte prisen på et gode, for hvilket der ikke findes et marked, er at spørge forbrugerne, hvad de vil betale for det pågældende gode. Denne model kaldes *willingness-to-pay* metoden. En anden variant af spørgeundersøgelsen er at bede de adspurgt oplyse, hvilken betaling de vil have for som kompensation for at acceptere en given gene, fx miljøforringelse. Denne model kaldes *willingness-to-accept* metoden.

I praksis gennemføres forbrugerundersøgelserne ved at en række udvalgte forbrugere bliver bedt om at svare på nogle spørgsmål, der er designede til at afdække deres betalingsvillighed for netop det konkrete gode, henholdsvis deres kompensationskrav. Spørgsmålene kan stilles mundtligt (direkte eller telefoninterview) eller skriftligt (spørgeskema). Det gælder for *willingness*-metoderne som for andre spørgeundersøgelser, at deres kvalitet er afhængig af et stort forarbejde,<sup>134</sup> og at der er mange potentielle fejlkilder knyttet til dem.<sup>135</sup> Her skal til illustration blot nævnes selve udarbejdelsen af spørgsmålene. Disse skal udformes, så det sikres, at de personer, der skal svare, forstår, hvad de bliver spurgt om. Samtidig skal rækken af spørgsmål sikre, at alle relevante oplysninger kommer frem. Endelig skal spørgsmålene udformes, så det er muligt at kontrollere svarenes validitet.<sup>136</sup>

---

134. Se om kvalitet i interviews Steinar Kvale: Interviews, kap. 8.

135. Fremstillingen hos Flemming Møller: Værdisætning af miljøgoder, s. 406ff beskriver en række mulige fejlkilder ved interviewundersøgelser. Steinar Kvale: Interview giver med udgangspunkt i det kvalitative forskningsinterview en god beskrivelse af en række problemer, der genfindes i forbindelse med andre interviewtyper.

136. Se om dette begreb Steinar Kvale: Interviews, kap. 13.

### 3.2 Økonomiske aspekter

I forhold til at afdække værdien af en samfundsmæssig interesse har interviewundersøgelser den fordel, at man kan bede forbrugerne sætte pris på alle typer goder, også sådanne der umiddelbart ikke kan forventes at ville afspejle sig i prisen på et andet gode for hvilket der findes et marked, og hvor den hedoniske prisfastsættelse derfor kan anvendes. Imidlertid er det et problem ved willingness-metoderne, at værdifastsættelsen er hypotetisk. Dette indebærer en risiko for, at værdierne sættes for højt i forhold til, hvad de adspurgte i virkeligheden vil være villige til at betale eller acceptere.<sup>137</sup>

Som det fremgår ovenfor, vil opgørelsen af værdien af et gode, for hvilket der ikke findes et marked, ikke alene være forbundet med praktiske vanskeligheder, resultatet vil også ofte være ganske usikkert.<sup>138</sup> Påvirker en løsning på et juridisk problem goder af denne art, må analyser, der skal opgøre de samlede konsekvenser ved løsningen, derfor også være behæftede med en sådan usikkerhed. Det synes derfor tvivlsomt, om det er meningsfuldt at gennemføre analyser af denne art med henblik på at bidrage til en bedre løsning på en juridisk problemstilling.

Det er tidligere nævnt, at der findes en mindre vidtgående variant af retsøkonomien, hvor de økonomiske analyser anvendes som et blandt flere bidrag til beslutningsgrundlaget for den juridiske løsning. Anvender man denne tankegang, kan økonomiske overvejelser muligvis inddrages ved løsning af problemer med samfundsmæssig interesse. Ved at fastlægge størrelsen af de omkostninger ved en given løsning, der med sikkerhed kan beregnes, kan man få en indikation af, hvad man i givet fald kommer til at betale for at tilgodese den samfundsmæssige interesse. Afgørelsen af om en given løsning herefter skal vælges sker ikke på grundlag af den økonomiske efficiensbetragtning, men ud fra politiske overvejelser om, hvor højt den samfundsmæssig interesse skal prioriteres i den givne sammenhæng.

Skal økonomiske betragtninger inddrages på den skitserede måde,

---

137. Flemming Møller: Værdisætning af miljøgoder, s. 412f.

138. Jesper Jespersen: Miljøøkonomi, s. 48. I *Journal of Environmental Economics and Management* (1994), s. 129ff retter Vatn og Bromley en skarp kritik mod forsøg på at værdiansætte miljøgoder ved hjælp af willingness-metoderne. Væsentlige dele af kritikken kan udstrækkes til at gælde generelt for anvendelse af metoderne. Flemming Møller finder værdiansættelsen af miljøgoder relevant under visse forudsætninger, jf. Værdisætning af miljøgoder, s. 43ff.

*Kap. 3: Nogle valg vedrørende metode*

skal man have overblik over, hvilke konsekvenser løsningen afføder. Et sådant overblik findes ikke, hvis man anskuer kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed på det generelle plan, da de, trods deres fælles træk, vedrører vidt forskellige opgaver og indgår i vidt forskellige sammenhænge. Valget af en deduktiv tilgang til analysen i denne afhandling<sup>139</sup> betyder, at kontrakterne om faktisk forvaltningsvirksomhed undersøges på et generelt plan. Det er derfor ikke muligt at foretage en økonomisk analyse som den skitserede.

Konklusionen på de foregående sider bliver, at der i denne afhandling ikke bliver inddraget økonomiske argumenter i retsøkonomisk forstand. Med dette er der ikke taget afstand fra, at der er en økonomisk side af de spørgsmål, der bliver behandlet i afhandlingen. Blot forekommer det, jævnfør ovenfor, at denne side af spørgsmålene bør analyseres i det konkrete tilfælde for at blive meningsfyldt.

---

139. Se om dette i afsnit 3.1.



## Kapitel 4

# Kontrakter om myndighedsudøvelse

### 4.1 Nogle indledende bemærkninger

Kontrakter om myndighedsudøvelse er et retligt instrument, der bygger på gensidige viljeserklæringer mellem to eller flere parter, og hvis væsentligste indhold drejer sig om varetagelse af myndighedsopgaver.<sup>140</sup> I litteraturen anvendes forskellige betegnelser for kontrakter af denne type; *forvaltningskontrakter* og *offentligretlige aftaler* er to eksempler,<sup>141</sup> men der hersker ikke fuldstændig enighed om terminologien og indholdet i den.<sup>142</sup> I denne afhandling anvendes betegnelsen *forvaltningskontrakt*.

Forvaltningskontrakter og kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed har visse fælles grænseflader, hvilket bundner i, at de begge typisk har en offentlig instans som part, og at de begge har en vis tilknytning til den offentlige ret.<sup>143</sup> Af den grund kan det være nyttigt med et vist kendskab til forvaltningskontrakter, når man skal analysere kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Formålet med nærværende kapitel er netop at bibringe et sådant kendskab.

Nytten af at have kendskab til forvaltningskontrakter, når man ar-

---

140. Begrebet omtales mere uddybende i afsnit 4.2.

141. Jf. Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, kap. IX og Karsten Revsbech i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 79ff.

142. Se eksempelvis Palle Bo Madsen: Aftalefunktioner, s. 131ff, hvor begrebet forvaltningskontrakt synes at være reserveret til aftaler, der erstatter forvaltningsakten, mens betegnelsen *forvaltningsretlige aftaler* dækker noget bredere. Bryde Andersen anvender i første udgave af Grundlæggende aftaleret, s. 280ff, begrebet *forvaltningsaftale*, der i fremstillingen dækker over både kontrakter, der vedrører myndighedsudøvelse, og kontrakter vedrørende faktisk forvaltningsvirksomhed. I anden udgave af samme værk er terminologien tilsyneladende forladt til fordel for begrebet *offentligretlig aftale*. Hos Arvid Frihagen: Forvaltningsrett (bind I) behandles spørgsmål om forvaltningens aftaler i kapitel 10, der slet og ret har overskriften “Avtaler”.

143. Karsten Revsbech i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 79.

bejder med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, bliver ikke mindre af, at de to kontraktstyper ofte optræder i tæt sammenhæng, således at det samme kontraktskompleks kan indeholde elementer af begge kontraktstyper. Dette giver sig i øvrigt konkret udslag i, at nogle af de domme der bliver anvendt i den kommende analyse netop vedrører kontraktforhold af en sådan blandt karakter. Omtalen af forvaltningskontrakterne tjener derfor også til at belyse i hvilken udstrækning, sådant blandet materiale kan anvendes til at kaste lys over afhandlingens problemstilling.

## 4.2 Begrebet

Forvaltningskontrakter kommer i stand ved gensidig udveksling af viljesklæringer mellem flere parter. Af den grund kommer forvaltningskontrakterne ind under det kontraktbegreb, der er præsenteret i afsnit 2.1. Samtidig med denne tilknytning til obligationsretten, er myndighedsudøvelse den karakteristiske genstand i forvaltningskontrakten. Elementet af myndighedsudøvelse betyder, at kontrakterne har et offentligretligt indhold,<sup>144</sup> og netop det offentligretlige indhold er traditionelt blevet fremhævet som et væsentligt kendetegn ved forvaltningskontrakter.<sup>145</sup> Som det fremgår oven for i kapitel 2, er det ikke kun kontrakter om myndighedsudøvelse, der har berøring med det offentligretlige område. Af den grund bliver det offentligretlige element ikke i denne afhandling anvendt som afgørende kriterium for, hvilke kontrakter der kan betegnes som forvaltningskontrakter. Afgørende i denne forbindelse bliver elementet af myndighedsudøvelse – såfremt dette er fremherskende, bliver en kontrakt karakteriseret som en forvaltningskontrakt.<sup>146</sup> Kravet om at elementet af myndighedsudøvelse skal være fremherskende betyder, at der vil forekomme tilfælde, hvor det vil være uklart, om en kontrakt er en forvaltningskontrakt eller ej. Som eksempel på sådan et tilfælde kan nævnes kontrakter om ejendomshandel,

---

144. Tilknytningen til henholdsvis obligationsret og offentlig ret drøftes nærmere i afsnit 4.4.1.

145. Se hertil Poul Andersen: Dansk forvaltningsret s. 464 og s. 468, note 4a.

146. Se hertil også Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 2, hvor forvaltningsaftalen beskrives som: "...et *forvaltningsvedtak* som i avgjørende grad er influert av at den vedtaket kommer til gode går med på å yte en eller annen form for vederlag for de fordeler han forutsetningsvis oppnår ved dette." [fremhævelse foretaget her].

hvor den ene part skal præstere fast ejendom, mens den anden part skal betale for denne dels med penge dels med ydelser i form af myndighedsudøvelse, eksempelvis skattefritagelser.<sup>147</sup> Det er ikke muligt at opstille en definition, der udelukker, at sådanne grænsetilfælde vil forekomme. I stedet må grænsetilfældene behandles i overensstemmelse med deres karakter, således at de dele af kontrakten, der er påvirket af elementet af myndighedsudøvelse, behandles under nødvendig hensyntagen til, hvad der gælder om forvaltningskontrakter.

Med myndighedsudøvelse som den karakteristiske genstand er det ikke overraskende, at forvaltningskontrakter ofte har en offentlig instans som den ene kontraktpart. Hvor dette er tilfældet kan den eller de andre kontraktparter være såvel andre offentlige instanser som private fysiske, eller juridiske, personer. Det er imidlertid også muligt, at forvaltningskontrakter kun har private som parter. Det er eksempelvis tilfældet i forbindelse med private servitutter, altså en ret til at udøve en begrænset rådighed over en fast ejendom eller til at kræve en tilstand opretholdt på denne.<sup>148</sup> Private servitutter indgås i privatrettens regi, ofte gennem aftale, men eventuelt også via testamente eller som en hævdvundet ret,<sup>149</sup> og kan regulere spørgsmål, der også kan reguleres gennem myndighedsudøvelse. Eksempelvis kan en servitut bestemme, at en udstykning kun må bebygges med privat beboelse, et forhold der også kan reguleres gennem lokalplaner, jf. planlovens § 15. I sådanne tilfælde træder servituten i stedet for myndighedsudøvelsen.<sup>150</sup>

Det er karakteristisk for forvaltningskontrakter, at de er præget af gensidighed. Dette træk gør sig gældende allerede i forbindelse med indledningen af forhandlingerne, hvor udgangspunktet må være, at ingen af parterne kan tvinge andre til at forhandle. Også for så vidt angår indholdet af kontrakterne, er der tale om gensidig påvirkning, og endelig kræves der gensidig vilje fra alle parterne, for at forvaltningskon-

---

147. For et eksempel på en sådan kontrakt se U1967.642H.

148. Knud Illum: Servitutter, s. 66 og Orla Friis Jensen i Basse (red.): Miljøretten (bind I), s. 90.

149. Holger Hansen: Regulering af fast ejendom, s. 36.

150. I relation til lokalplaner skal det bemærkes, at de såkaldte tilstandssevitutter bortfalder, hvis de er i strid med en lokalplan, jf. planlovens § 18 og eventuelt § 15, stk. 2, nr. 16. Derimod kan de såkaldte rådighedsservitutter kun fjernes ved ekspropriation, jf. Holger Hansen: Regulering af fast ejendom, s. 93.

trakten kan blive indgået.<sup>151</sup> Med dette gennemgående moment af gensidighed adskiller forvaltningskontrakterne sig fra forvaltningsakterne, der i almindelighed er karakteriserede ved ensidighed.<sup>152</sup> Det ensidige gør sig i mange tilfælde gældende i forbindelse med indledning og afslutning af sager, om end det også i en række tilfælde forholder sig sådan, at sagsbehandlingen starter på foranledning af den senere adressat, sådan som det er tilfældet i forbindelse med sager vedrørende tilladelser og bevillinger.<sup>153</sup> I sådanne sager må adressaten som hovedregel også have mulighed for at afslutte sagen, eksempelvis ved at trække sin ansøgning tilbage.<sup>154</sup> Uanset om der er tale om en ensidig eller en tosidig forvaltningsakt, er der ensidighed i relation til forvaltningsaktens indhold, der suverænt fastsættes af myndigheden. Eksempelvis kan en borger nok foranledige en afgørelse ved at søge om boligstøtte, men om støtte bevilliges, og støttens eventuelle størrelse, har han ingen indflydelse på, det afgøres af forvaltningen på baggrund af lovgivningen på området.

De ydelser, der udveksles som følge af en forvaltningskontrakt, kan være direkte sammenhængende, sådan som det ofte er tilfældet med privatretlige kontrakter. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis miljøministeren udnytter hjemlen i miljøbeskyttelseslovens § 10, stk. 2, til at indgå en aftale med en virksomhed om at reducere udledningen af forurenende stoffer. Her vil ydelsen fra virksomheden være tiltag, der begrænser forureningen, og ydelsen fra myndighedens side kan eksempelvis være at give virksomheden frihed til selv at vælge, hvordan den vil opfylde kravene til mindre forurening frem for at diktere en bestemt løsning. Ydelserne i forvaltningskontrakten kan også være mere indirekte forbundet. Det vil være tilfældet, hvor kontrakten indgår som et led i en samlet løsning af forskellige opgaver, som alle skal løses af myndigheden. Den sag, der er gengivet i *U1976.359H*, er et eksempel på en sådan brug af forvaltningskontrakter. Baggrunden for sagen var, at en primær- og en amtskommune (Randers Kommune og Århus

---

151. Dette udgangspunkt er ikke uden modifikationer, jf. afsnit 4.3.

152. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 251, Karsten Revsbech i Forvaltningsret – almindelige emner, s. 70 og Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 38.

153. Der tales her om tosidige forvaltningsakter, jf. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 258f.

154. Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 212.

### 4.3 Forvaltningskontraktens private part

Amtskommune) i fællesskab havde opført og drevet et sygehus, og i forbindelse hermed havde Randers Kommune givet afkald på at opkræve ejendomsskatter af sygehuset. På den tid, hvor aftalerne om samarbejdet blev indgået, var såvel opkrævning af ejendomsskatter som tilvejebringelse af sygehusfaciliteter en primærkommunal opgave. Tilsgætt om ikke at opkræve ejendomsskatter kom derfor til at indgå som et led i løsningen af primærkommunernes opgave med at tilvejebringe et sygehusvæsen.<sup>155</sup>

Forvaltningskontrakter kan anvendes som alternativ til forvaltningsakter. I sådanne situationer genfinder man en række af forvaltningsaktens træk hos forvaltningskontrakten. Således vil kontrakten være rettet mod en bestemt adressat eller en afgrænset kreds af adressater, og dens formål vil være at regulere, hvad der skal være gældende ret for adressaterne. Foruden at blive anvendt som alternativ til forvaltningsakter, kan forvaltningskontrakter også anvendes i forbindelse med generel varetagelse af myndighedsopgaver. Et eksempel på sådan en anvendelse finder man i de kontrakter om skatteansættelse, der bliver indgået med hjemmel i skattestyrelseslovens § 12 A, stk. 2. Bestemmelsen giver mulighed for, at kommuner, efter aftale med skatteministeren,<sup>156</sup> kan overtage skatteansættelsen af juridiske personer, en opgave der som udgangspunkt er placeret hos den statslige skatteforvaltning. En sådan generel overdragelse af myndighedsbeføjelser gennem kontrakt kræver hjemmel i lov eller i reglerne om ekstern delegation.<sup>157</sup>

### 4.3 Forvaltningskontraktens private part

I afsnit 2.2 er området for undersøgelsen i denne afhandling fastlagt til situationer, hvor der er utilfredshed med en kontrakt eller dens opfyldelse. Undersøgelsen fokuseres dermed på tiden efter, der er indgået en gyldig kontrakt. I forlængelse af denne afgrænsning behandler dette afsnit ikke problemstillinger vedrørende indgåelsessituationen, en situation hvor spørgsmålet om kontrahenternes kompetence har en cen-

---

155. Også U1967.642H illustrerer en sådan brug af forvaltningskontrakter. Også i denne sag havde en primærkommune (Århus) lovet en meget lempelig ejendomsbeskatning på amtskommunale hospitalsbygninger for at få amtet til at opføre bygningerne i netop Århus kommune.

156. Kompetencen er overflyttet til Told- og Skattestyrelsen, jf. bkg. nr. 520 af 25. juni 2002.

157. Se nærmere om dette i afsnit 2.4.2.

tral placering. Om dette emne skal blot bemærkes, at offentligretlige regler påvirker såvel fuldmagtssituationen,<sup>158</sup> som spørgsmålet om hvorvidt en forvaltningskontrakt kan blive bindende i de tilfælde, hvor den indgås af en myndighed, der ikke har kompetence til dette, men fremstår som legitimeret.<sup>159</sup>

I nærværende afsnit fokuseres i stedet på den interesse, en privat part kan have i at indgå en forvaltningskontrakt. Dette tema er også knyttet til indgåelsen af forvaltningskontrakterne, men det rækker også ind i det etablerede kontraktforhold med tråde til kontraktens balance.

Hvor en myndighed er part i en forvaltningskontrakt, kan der argumenteres for, at den private part har særlig interesse i at indgå kontrakten. Der kan anføres mindst to begrundelser for, at det forholder sig sådan. Den første begrundelse er knyttet til forvaltningskontraktens gensidige karakter. Gensidigheden betyder nemlig, at ikke kun den private part skal præstere en bestemt ydelse, også myndigheden bliver bundet i henhold til kontrakten. Generelt må det antages, at den private part er interesseret i den modydelse, der skal præsteres af myndigheden. Specielt i de tilfælde, hvor myndighedens ydelse er en pligt til at træffe en bestemt afgørelse (eller til netop ikke træffe en bestemt afgørelse), kan den private have en skærpet interesse i at indgå kontrakt, da bindingen af myndigheden betyder, at han kan indrette sig i henhold til kontraktens indhold.

Den anden begrundelse for den private parts forstærkede ønske om at indgå kontrakt kan findes i den offentlige instans' dobbeltrolle dels som kontraktpart dels som myndighed. Denne begrundelse tager sigte på to situationer, nemlig 1) den private parts frygt for repressalier fra den offentlige instans i anden sammenhæng, og 2) den private parts frygt for at den offentlige instans, på det område forvaltningskontrakten vedrører, vil gennemtvinge en bestemt løsning ved hjælp af en forvaltningsakt. For begge situationer gælder, at den private parts forstærkede ønske om at ville indgå kontrakt hænger sammen med spørgsmålet om parternes jævnbyrdighed. Dette spørgsmål behandles uddybende nedenfor under den nærmere omtale af situation 2).

---

158. Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 312.

159. Se om sidstnævnte problemstilling hos eksempelvis Arvid Frihagen: *Avtaler med forvaltningsmyndighederne*, s. 72ff og Jan F. Bernt: *Avtaler med stat og kommune*, s. 19ff.

#### 4.3 Forvaltningskontraktens private part

Som et eksempel, på den situation der er nævnt under 1), kan nævnes, at et amt henvender sig til en virksomhed med ønske om at købe en grund af virksomheden. Virksomheden går nødtvungen med til at sælge, fordi den frygter, at amtet ellers vil nægte at imødekomme en allerede indgivet ansøgning fra virksomheden om tilladelse til at udlede spildevand. Brug af denne form for pression kan resultere i, at den indgåede kontrakt kan erklæres ugyldig i henhold til aftalelovens bestemmelser om ugyldige viljeserklæringer (lovens kapitel III). Endvidere er der ingen tvivl om, at en sådan form for pression fra den offentlige instans side vil være i strid med det forbud mod magtfordrejning, der ligger i de forvaltningsretlige grundsætninger. Selv med disse garantier for reel behandling i myndighedsspørgsmål kan det imidlertid ikke afvises, at den private part vil lade sig styre af den nævnte tankegang. Der kan tænkes flere grunde til dette. Den private part har måske ikke tiltro til reglernes effektivitet, eller også ønsker den private part ikke at komme i en situation, hvor der opstår en tvist, der vil kræve ressourcer i form af tid og penge, og hvis udfald ikke er givet på forhånd.

Selv om det skulle forholde sig sådan, at den private part i forhandlinger om en forvaltningskontrakt ligger under for frygt for repressalier fra den offentlige part, er det ikke givet, at der er forskel mellem situationen omkring indgåelse af forvaltningskontrakten og situationen omkring indgåelse af en kontrakt med privatretligt indhold. Også i forhandlinger af kontrakter med rent privatretligt indhold kan det formodentlig ske, at den ene part indvilger i en ringere kontrakt end egentligt ønskeligt på grund af risiko for repressalier fra den anden part. Det kan eksempelvis tænkes, hvor en grossist accepterer en dårlig kontrakt med den store detailkæde i håb om også i fremtiden at få mulighed for at sælge sine varer gennem kæden, eller få særlig god eksponering af sine varer i detailkædens butikker. Med andre ord en situation der ligner den, der er skitseret i forbindelse med forvaltningskontrakter.

Hvad angår den situation, der er nævnt under 2) – den private parts frygt for at den offentlige instans vil gennemtvinge en bestemt løsning via en forvaltningsakt – er det anført, at i tilfælde, hvor en myndighed kan vælge mellem en forvaltningsakt og en forvaltningskontrakt, som instrument til at opnå et ønsket mål, er der mere rum for forhandling, hvis den gensidige forvaltningskontrakt vælges frem for den ensidige

forvaltningsakt.<sup>160</sup> Der er ganske givet meget rigtigt i dette. Det skal dog erindres, at indholdet i forvaltningsakter ikke altid og fuldstændigt er fastsat alene af myndigheden. På mange forvaltningsområder er det i realiteten sådan, at adressaten til en vis grad kan påvirke indholdet i myndighedens afgørelse, ved gennem møder, og andre former for partsindlæg, at gøre rede for sine behov og ønsker til afgørelsen. Sådanne forhandlinger, eller meningstilkendegivelser, er ikke ensbetydende med, at der bliver indgået en forvaltningskontrakt, ligesom de ikke ændrer ved, at myndigheden i sidste ende suverænt kan bestemme indholdet i afgørelsen (forvaltningsakten).<sup>161</sup> Uanset at det antages, at adressatens muligheder for at påvirke resultatet er større i forbindelse med forvaltningskontrakter, end tilfældet er, hvor der anvendes forvaltningsakter, er det, hvis parterne indgår i forhandlinger om en forvaltningskontrakt, nærliggende at antage, at når en myndighed faktisk kan opnå det, den ønsker ved at udstede en forvaltningsakt, er forholdet mellem de potentielle kontraktparter ikke i balance. Som eksempel på sådan en situation kan nævnes en aftale, efter hvilken kommunen køber jord af en privat grundejer i stedet for at foretage ekspropriation. I sådan et tilfælde er det ikke urimeligt at antage, at grundejeren accepterer en pris, der ligger under, hvad han ville have accepteret i fri handel, alene af den grund at han ikke vil risikere at skulle nøjes med en eventuelt mindre ekspropriationserstatning. Poul Andersen formulerer tanken om den manglende balance således: "Når en privat mand forhandler med en offentlig myndighed, der møder med straf og andre magtmidler i baghånden, ved han, at disse magtmidler kan bringes i anvendelse, hvis han ikke bøjer sig. Han vil derfor være i en tvangssituation, og resultatet af forhandlingerne vil let komme til at bero på, om han er mere eller mindre forskræmt".<sup>162</sup>

Jørgen Mathiassen deler ikke fuldt ud den beskrevne betænkelighed ved at regulere forvaltningsanliggender gennem aftaler.<sup>163</sup> Mathiassen finder generelt ikke, at begrebet *den frygtsumme borger* spiller nogen væsentlig rolle i forbindelse aftaler mellem myndigheder og private

---

160. Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 105.

161. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 465f.

162. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 464f.

163. Om frivillighed og tvang i aftalesituationen, se i det hele Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, kap. 8.



#### 4.3 Forvaltningskontraktens private part

parter. Til støtte for dette standpunkt anføres blandt andet en tendens til at styrke den privates position i forvaltningsretten, en tendens Mathiassen blandt andet finder udtrykt i den offentlighedslov, der var trådt i kraft få år tidligere (lov nr. 280 af 10. juni 1970).<sup>164</sup> Med nøgleord som vejledning og instruktion anses forholdet mellem borger og forvaltningen for at bevæge sig væk fra tidligere tiders herre-undersåt forhold og i retning mod mere jævnbyrdighed. I samme retning trækker privates øgede brug af sagkyndig bistand i forbindelse med kontrakt med myndighederne. Yderligere anføres det, at adressaterne for myndighedernes afgørelser ofte (i realiteten) er organisationer eller foreninger frem for enkeltpersoner. Dette er også med til at skabe jævnbyrdighed mellem adressat og myndighed, da organisationerne ofte har en meget stærk position, også i forhold til myndighederne.

For så vidt angår reservationen over for på et generelt niveau at tale om "den frygtsomme borger" skal følgende bemærkes: den udvikling væk fra et herre-undersåt forhold mellem myndigheder og borgere, som Mathiassen beskriver, er givetvis fortsat op gennem de sidste årtier af det 20. århundrede. Den øgede fokus på service hos forvaltningen, skift i terminologi fra klienter til kunder, kvalitetsvurdering af myndighedernes arbejde, resultatkontrakter og meget andet, kan tages som tegn på dette. Om end udstrækningen af, i det mindste privates, anvendelse af sagkyndige kan tænkes at være begrænset af omkostningerne til sådan assistance, kan det konstateres, at det med forvaltningslovens ikrafttrædelse 1. januar 1987 blev lovfæstet, at parter i forvaltningssager kan lade sig repræsentere eller bistå af andre, jf. lovens § 8. Der er herefter lovstøtte for, at private kan ruste sig med den nødvendige ekspertise i forbindelse med forhandlinger med myndighederne. Uagtet at den tendens som Mathiassen har beskrevet på de to punkter synes at være fortsat, ændrer det ikke på det grundlæggende i, at myndighederne har en stærk position ved forhandlinger af forvaltningskontrakter; en position der er en følge af de bagvedliggende magtbeføjelser. Disse beføjelser er ikke mindre, fordi herre-undersåt forholdet er afløst af tanken om myndighederne som borgernes tjenere, og sagkyndig bistand kan måske nok medvirke til, at beføjelserne ikke bliver misbrugt, men ikke forhindre lovlig anvendelse af dem. Det vil være forkert at

---

164. Dette, og de øvrige argumenter der gengives umiddelbart her efter, drøftes i Jørgen Mathiassen: *Aftaler i forvaltningsretten*, § 39.

hævde, at myndighedens stærke forhandlingsposition ikke kan få betydning for resultatet af forhandlingen; hvis man ved, at man i sidste ende kan blive tvunget til at acceptere en bestemt løsning (fx pris på et aktiv eller vilkår for en tilladelse), er man givetvis mere tilbøjelig til at fravige sit foretrukne resultat, end tilfældet ville være, hvis der var et mere lige styrkeforhold mellem parterne.

I den udstrækning den reelle adressat for en forvaltningsakt er en forening eller organisation, er det rigtigt, at adressaten står stærkere over for myndigheden end tilfældet ville være, hvis adressaten var en borger. Selv over for organisationer kan myndighederne imidlertid anvende deres lovhjemlede beføjelser til at diktere en bestemt løsning.<sup>165</sup> Organisationerne er naturligvis klar over dette, og det vil alt andet lige påvirke deres indstilling til forhandling. I forhandlingen er det dog imidlertid muligt, at en organisation har flere strenge af spille på end den enkelte borger, og derfor vil være i stand at øve modtryk i forhold til myndigheden.

Ud over generelt at nedtone betydningen af den frygt, eller måske blot bekymring, en borger kan have i forbindelse med forhandling af en forvaltningskontrakt, finder Mathiassen også, at betænelighederne omkring den mulige tvang af den private part er "...knap så fremtrædende ved aftaler, hvor gensidig udveksling står i forgrunden, i modsætning til ensidige dispositioner, fx afkald".<sup>166</sup> Denne sidste antagelse bliver understøttet af to betragtninger.<sup>167</sup> For det første medfører gensidigheden en formodning for, at retfærdigheden i kontraktforholdet bliver sikret gennem den gensidige udveksling af ydelser. Det forudsættes i den sammenhæng, at der er tale om ydelser, der nogenlunde svarer til hinanden i værdi. Som et andet støttepunkt anføres det, at for så vidt angår de situationer, hvor de gensidige aftaler erstatter en forvaltningsakt, bliver den private part stillet friere med forvaltningskontrakten, end hvis han blot havde været adressat for en forvaltningsakt. Argumentet bag denne antagelse er, at den private part altid kan undlade at indgå kontrakten og så lade sig nøje med forvaltningsakten, der altså kommer til at markere det dårligste resultat, der kan komme ud af forhandlingerne om forvaltningskontrakten. Set ud fra dette synspunkt,

---

165. Arvid Frihagen: Forvaltningsrett (bind 1), s. 329.

166. Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, s. 371.

167. Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, § 41.

#### 4.3 Forvaltningskontraktens private part

vil eksemplet nævnt ovenfor med forvaltningskontrakt om køb af jord som alternativ til ekspropriation ikke indeholde tvang.<sup>168</sup> Ønsker den private part ikke at indgå en sådan kontrakt, kan han lade være, og hans jord vil så i stedet blive eksproprieret. Isoleret set kan det være rigtigt, at der ikke bliver tale om tvang i en sådan situation, netop fordi den private part blot kan undlade at indgå forvaltningskontrakten. Set i den fulde sammenhæng synes det imidlertid vanskeligt helt at se bort fra et element af tvang i forbindelse med kontraktforhandlingen, idet udgangspunktet er, at den private part besidder noget jord, som han ved, han ender med at afstå, enten gennem en forvaltningskontrakt eller ekspropriation, og som han muligvis ikke kan opnå markedspris for. De citerede ord fra Poul Andersen synes her at have meget for sig, idet den endelige pris for jorden blandt andet vil afhænge af, hvor god en forhandlingsposition den private har.

Som nævnt bliver det som argument også gjort gældende, at den gensidige kontrakt, hvor ydelserne i værdi svarer nogenlunde til hinanden, er udtryk for, at retfærdigheden er sket fyldest mellem parterne, hvilket reducerer bekymringerne om, hvorvidt den ene part er blevet tvunget ind i kontraktforholdet. Det synes rimeligt at antage, at hvor ydelserne har samme værdi, er kontraktens parter alle tilfredse med kontrakten, hvorfor det ikke er nødvendigt at tvinge en af parterne til at indgå kontrakten. Trods dette er argumentet, af to grunde, vanskeligt at anvende. For det første vil det formodentlig forholde sig sådan, at i situationer, hvor en forvaltningskontrakt bliver indgået mod den ene parts vilje, vil der ofte netop ikke være lighed mellem ydelserne. At argumentere for at der ikke er grund til at nære væsentlige bekymringer vedrørende spørgsmål om parternes frivillige deltagelse i forvaltningskontrakten, når ydelserne har samme værdi, giver derfor ingen mening i disse tilfælde.<sup>169</sup> For det andet vil det i mange tilfælde være vanskeligt at opgøre værdien af kontraktens ydelser. Hvis det drejer sig om en forvaltningskontrakt, der erstatter en ekspropriationsbeslutning, er det formodentlig muligt at afgøre, om købesum og det eksproprierede har samme værdi. Men hvis der er tale om en forvaltningskontrakt vedrørende reduktion af forurening, der træder i stedet for et påbud om at begrænse udledning af miljøfarlige stoffer, kan det blive vanskeligt at

---

168. Samme synspunkt findes hos Tom-Erik Madell: *Det allmänna som avtalspart*, s. 418.

169. Se Jørgen Mathiassen: *Aftaler i forvaltningsretten*, s. 372f.

afgøre værdierne af de enkelte ydelser og dermed deres forhold til hinanden. Med andre ord kan det være vanskeligt at afgøre, om betingelsen om ydelsernes ækvivalens er opfyldt.

De ovenfor refererede indvendinger mod den frygtsomme borger som begreb afvises, som det er fremgået, i det meste, såvel i almindelighed som i forbindelse med gensidige udvekslinger af ydelser.<sup>170</sup> Hermed fastholdes, at der som udgangspunkt er en ubalance, til ugunst for den private part ved forhandling af forvaltningskontrakter. Det skal dog her tilføjes, at dette udgangspunkt ikke skal opretholdes i alle tilfælde. Der kan således tænkes situationer, hvor den modsatte situation vil forekomme – at der er en ubalance i styrkeforholdet mellem parterne, men med den private part som den stærke. Det vil eksempelvis være tilfældet, hvor en stor virksomhed forhandler med en lille kommune, hvis velfærd er tæt forbundet med virksomheden.<sup>171</sup> Samme ubalance opstår, hvis den private part, af den ene eller anden årsag, kan bruge dele af det politiske system, eksempelvis den ene fløj i et byråd, til at lægge pres på den offentlige part i forbindelse med kontraktforhandlinger.

Når det drøftes, om parter i en forvaltningskontrakt er i en tvangssituation, skal det afslutningsvis også bemærkes, at noget tilsvarende meget vel kan være, og sikkert ofte også er, tilfældet i forbindelse med forhandling af privatretlige kontrakter.<sup>172</sup> Der er givet et eksempel på en sådan situationer ovenfor – grossistens tilbud til den store detailkæde.

## 4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten

### 4.4.1 Obligationsret og offentlig ret – nogle indledende bemærkninger

Forvaltningskontrakter er et retligt instrument, der bygger på gensidige viljeserklæringer udvekslet mellem kontraktens parter. Gensidigheden i relation til ønsket om at ville indgå en kontrakt består, uanset at der kan være et element af tvang i forbindelse med kontrakternes

---

170. Se hertil også Orla Friis Jensen i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 473.

171. Arvid Frihagen: Forvaltningsrett (bind 1), s. 329 og Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 105.

172. Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 418.

#### 4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten

indgåelse, jf. ovenfor i afsnit 4.3. Med gensidigheden har forvaltningskontrakter karakter af kontrakter, på samme vis som det er tilfældet med den almindelige kontrakt.<sup>173</sup> De gensidige viljeserklæringer adskiller samtidig forvaltningskontrakter fra forvaltningsafgørelser.<sup>174</sup> Det er herefter muligt at betragte forvaltningskontrakter som forankrede i obligationsretten. Denne forankring betyder, at spørgsmål om kontrakternes indgåelse, fortolkning, ophør m.v. som udgangspunkt skal finde deres løsning inden for obligationsrettens regler. Eksempelvis er gyldigt indgåede forvaltningskontrakter retligt bindende og derfor omfattet af det obligationsretlige princip om, at aftaler skal holdes.<sup>175</sup>

Det er endvidere kendetegnende for forvaltningskontrakter, at de indeholder et element af myndighedsudøvelse, og de kommer hermed til at udgøre en del af den offentlige regulering. Af den grund bliver de hensyn og behov, der gør sig gældende i forbindelse med udstedelse af forvaltningsafgørelser, også relevante i forbindelse med forvaltningskontrakter.<sup>176</sup> Til illustration kan nævnes det værn for den svage part, der er opstillet i forvaltningsretten, og som kommer til udtryk blandt andet i regler om partshøring og ret til partsindlæg<sup>177</sup> og i krav om saglighed i forvaltningens afgørelser. Jævnfør i det hele diskussionen i afsnit 4.3 er dette et hensyn, der også er relevant i forbindelse med forvaltningskontrakter. Som et andet eksempel kan fremhæves hensynet til en ensartet behandling af borgere og virksomheder i forbindelse med udøvelse af offentlig myndighed. Når myndighedsudøvelsen sker gennem udstedelse af forvaltningsafgørelser, bliver dette hensyn varetaget af forvaltningsrettens forbud mod usaglig forskelsbehandling – det lige skal behandles lige. Hvis myndighedsudøvelsen foregår ved hjælp af forvaltningskontrakter, og dermed efter forhandling, åbnes der mulighed for forskelsbehandling, idet den enkelte parts styrke i forhandlingsituationen får betydning for det endelige resultat.

For nogle forvaltningskontrakter er den tilknytning til den offentlige regulering, der følger af elementet af myndighedsudøvelse, understreget ved, at det er forbundet med straf at tilsidesætte kontrakterne.

---

173. Se om dette begreb i afsnit 2.1.2.

174. Se nærmere her om i afsnit 4.2.

175. Arvid Frihagen: Forvaltningsrett (bind I), s. 343.

176. Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 73.

177. Jf. forvaltningslovens § 19, stk. 1 og § 21, stk. 1.

Eksempelvis kan en kommune, i henhold til planlovens § 43, udstede påbud eller forbud for at sikre overholdelse af servitutter, der træder i stedet for lokalplanbestemmelser; manglende overholdelse af sådanne påbud og forbud kan straffes med bøde, jf. planlovens § 64, stk. 1, nr. 4. Ligeledes giver miljøbeskyttelsesloves § 10, stk. 2, nr. 3, ressortministeren mulighed for at fastsætte bestemmelser om bod for misligholdelse af aftaler indgået i henhold til bestemmelsen.<sup>178</sup> Ved at strafsanktionere manglende overholdelse af kontrakterne skabes en misligholdelsesbeføjelse, der ikke kendes fra obligationsretten, men som er velkendt fra den offentlige regulering – tilsidesættelse af en forvaltningsakt kan straffes, hvorfor tilsidesættelse af forvaltningskontrakterne, der anvendes til at varetage samme formål, også bør kunne det.

Som følge af forvaltningskontrakternes tilknytning til den offentlige regulering, og det deraf følgende behov for også i forbindelse med forvaltningskontrakter at varetage bestemte hensyn, må også den offentlige ret finde anvendelse i forbindelse med forvaltningskontrakter.<sup>179</sup> Dette får naturligvis størst betydning i de situationer, hvor et givet hensyn (eksempelvis hensynet til ligebehandling) ikke varetages gennem obligationsretten. Hvor både anvendelse af obligationsretten og af offentlig ret leder til en løsning, der varetager et givet hensyn, kan det være vanskeligt at afgøre, om det er det ene eller det andet sæt regler, der har været anvendt. Men netop fordi de to sæt regler ikke altid vil lede til samme løsning, er det vigtigt at holde sig for øje, at den offentlige ret må have en selvstændig betydning.

Det er langt fra lige til at afgøre, i hvilken udstrækning den offentlige ret gør sig gældende i forbindelse med forvaltningskontrakter. Det må blandt andet afhænge af, hvilke hensyn der er tale om at beskytte, og af hvilket offentligretligt område det drejer sig om (tilladelse til at udlede forurenende stoffer, tildeling af offentlig støtte osv.). Endvidere spiller det også ind, at grænsen mellem forvaltningsakter og forvaltningskon-

---

178. Ind til 1. januar 1998 var det i henhold til konkurrencelovens (senest lbk. nr. 114 af 10. marts 1993) § 11 muligt for konkurrencemyndighederne at forsøge at bringe konkurrencebegrænsninger til ophør gennem forhandling, altså ved aftale. Blev en sådan aftale tilsidesat forsætligt, eller ved grov uagtsomhed, kunne det straffes med bøde, jf. konkurrencelovens § 20, stk. 1, nr. 3.

179. Arvid Frihagen: *Avtaler med forvaltningsmyndighetene*, s. 33. Særligt om offentlig rets betydning i forbindelse med aftaler på miljørettens område, se Ellen Margrethe Basse: *Affaldslovgivningen*, s. 348ff.

trakter ikke altid er helt skarp; graden af gensidighed og tilstedeværelsen af ydelser og modydelse er ikke altid lige åbenlys. Disse forhold taler for, at den offentligretlige påvirkning ikke har samme styrke i alle situationer.<sup>180</sup>

Uagtet behovet for at foretage en vurdering af samspillet mellem offentlig ret og obligationsret i forbindelse med den enkelte forvaltningskontrakt, behandles i det følgende et par emner, der illustrerer, hvordan det obligationsretlige udgangspunkt ikke er ufravigeligt i forbindelse med forvaltningskontrakter. Det drejer sig om spørgsmål vedrørende forvaltningskontraktens indhold, og om hvorvidt der er frihed til at indgå forvaltningskontrakter.

#### 4.4.2 Forvaltningskontraktens indhold – kan parterne aftale, hvad de vil?

##### 4.4.2.1 Udgangspunktet

Selv om det ikke er uden undtagelser, gælder der i obligationsretten et princip om kontraktfrihed.<sup>181</sup> I henhold til dette princip kan kontraktparter, som udgangspunkt, give kontrakten det indhold, de ønsker. Dette obligationsretlige udgangspunkt er også udgangspunktet i forbindelse med forvaltningskontrakter, men i den sammenhæng er der, foruden de almene modifikationer af princippet, yderligere en facet, der kan give anledning til at fravige udgangspunktet om kontraktfrihed. Denne mulige fravigelse hænger sammen med, at forvaltningskontrakter drejer sig om myndighedsudøvelse. Hvis kontraktfrihedens princip, om frihed til at aftale hvad man vil, skal gælde i forbindelse med forvaltningskontrakter, betyder det, at den myndighed, der optræder som part i sådan en kontrakt, kan indgå aftale om, hvordan den skal administrere sin myndighed og dermed binde sig til en bestemt handling, det være sig i form af et løfte om at træffe en bestemt beslutning eller afstå fra at træffe beslutning overhovedet.<sup>182</sup> En sådan binding af fremtidig

---

180. Arvid Frihagen: Forvaltningsrett (bind I), s. 339 og samme tanke Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 74ff.

181. Nærmere omtale af princippet om kontraktfrihed, og nogle bemærkninger om begrænsningerne i dette, findes i afsnit 5.1.

182. Bemærk at ordet *handling* i denne sammenhæng både dækker over at myndigheden foretager sig noget aktivt (fx udsteder en byggetilladelse), og over at myndigheden forholder sig passivt (fx undlader at beskatte fortjenesten ved en givne transaktion).

myndighedsudøvelse er ikke uden problemer, og derfor skal vi i det følgende se nærmere på, hvorvidt binding af myndighedsudøvelse er mulig, eller om den obligationsretlige kontraktfrihed skal fraviges på dette område.

#### **4.4.2.2 Kan myndighedsudøvelse bindes?**

##### **4.4.2.2.1 Indledende overvejelser**

Spørgsmålet om binding af fremtidig myndighedsudøvelse kan deles op i to situationer: tilfælde hvor myndigheden gennem kontrakten binder sig til en handling, der er i strid med lovgivningen, og tilfælde hvor myndigheden binder sig til en handling, der ligger inden for lovgivningens rammer. For så vidt angår den første type tilfælde, er det ikke muligt for en myndighed at indgå en kontrakt med et sådant indhold. At indgå i en sådan kontrakt vil være i strid med forvaltningsrettens legalitetsprincip. Denne fravigelse af parternes frihed til at råde over indholdet i deres kontrakter betyder ikke, at princippet om kontraktfrihed også fraviges – også obligationsretten indeholder et forbud mod at indgå kontrakter, der er i strid med loven.<sup>183</sup>

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt en myndighed kan binde sig til en bestemt handling, der ligger inden for lovgivningens rammer, er svaret herpå noget mere kompliceret, end de tilfælde hvor den aftalte handling er i strid med lovgivningen. Forsøget på at besvare spørgsmålet indledes med at inddrage forvaltningsretten, fordi der er nogle fælles træk ved spørgsmålet om mulighed for at binde fremtidig myndighedsudøvelse gennem forvaltningskontrakter og spørgsmålet om omgørelse af forvaltningsakter. Indledningsvis skal disse fælles træk omtales kort.

Hvis en myndighed, som led i en forvaltningskontrakt, binder sig til at en bestemt myndighedsudøvelse, kan der opstå behov for at foretage en anden handling, end den der er aftalt. Et sådant behov kan være en følge af, at den aftalte handling fra begyndelsen har været ulovlig, eller det kan skyldes, at der efterfølgende er sket ændringer i de faktiske eller retlige forhold, der var gældende, da kontrakten blev indgået. Alt efter om der er tale om en handling, der fra begyndelsen var ulovlig, eller om

---

183. Jf. DL 5-1-2.



#### 4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten

at ændrede forhold gør en ændring i handlingen ønskværdig, har spørgsmålet om muligheden for at ændre den aftalte handling lighed med spørgsmålet om, hvorvidt en forvaltningsafgørelse er ugyldig henholdsvis spørgsmålet om mulighed for tilbagekaldelse af forvaltningsakter.

Hvis en forvaltningsakt skal erklæres ugyldig, eller hvis en gyldig forvaltningsakt skal tilbagekaldes, er der en grundlæggende konflikt, der gør sig gældende i alle situationer. Den samme konflikt findes også i forbindelse med overvejelserne vedrørende muligheden for at binde myndighedsudøvelsen gennem forvaltningskontrakter. Den fælles konflikt drejer sig om, at der i de nævnte situationer på den ene side vil være et hensyn at tage til den anden kontraktpart (henholdsvis modtageren af forvaltningsakten), der i henhold til kontrakten kan forvente en given handling fra myndighedens side, og som måske har handlet i tillid til, at kontrakten blev behørigt opfyldt. I relation til forvaltningskontrakter skal det bemærkes, at dette hensyn ikke kun er anerkendt i forvaltningsretten, men også findes inden for obligationsretten i form af kravet om, at aftaler skal holdes. Over for dette hensyn står det faktum, at de ændrede omstændigheder medfører et behov for at ændre handlingen, et behov der er affødt af flere forhold. I nogle tilfælde er der et hensyn at tage til andre borgere og virksomheder, eksempelvis hvor det efter kontraktens indgåelse viser sig, at de stoffer, myndigheden har lovet at give tilladelse til at udlede, er betydeligt farligere end tidligere antaget. Yderligere skal myndigheden tage hensyn til et generelt princip om, at love skal holdes, lige som den konkrete myndighedsudøvelse er et led i varetagelsen af de samfundsmæssige hensyn på det pågældende forvaltningsområde.

Med denne lighed i den grundlæggende konflikt er det nærliggende at forsøge at besvare spørgsmålet om muligheden for at binde myndighedsudøvelse gennem forvaltningskontrakter ved at inddrage de regler, der gælder for omgørelse af forvaltningsakter. Før der foretages en parallelforskydning af reglerne, skal det dog undersøges, om der, trods lighederne mellem situationerne, er forskelle, der har betydning for en sådan overførsel.

Omgørelse knytter sig til forvaltningsakter, der er kendetegnede ved at være en ensidig fastsættelse af, hvad der skal være gældende ret. I modsætning hertil er forvaltningskontrakter kendetegnet ved gensidig-

hed.<sup>184</sup> Denne forskel har betydning for muligheden for, hvordan man kan reagere på ændringer i de faktiske og retlige forhold. På den ene side kan myndigheden i forbindelse med forvaltningskontrakten forhandle sig frem til modbydelser og andre fordele, som ikke kunne have været opnået, hvis der var anvendt en ensidig forvaltningsafgørelse. For at kunne opnå sådanne fordele må myndigheden imidlertid selv påtage sig forpligtigelser i form af at lade sig binde til en bestemt myndighedsudøvelse. Myndigheden handler sig altså til en ønskelig tilstand, men for at kunne dette må man acceptere, at det er muligt at binde myndighedsudøvelsen. Dette argument taler for, at der skal være en bredere adgang til at binde myndighedsudøvelse i forbindelse med forvaltningskontrakter, end tilfældet er i forbindelse med ensidige forvaltningsafgørelser.<sup>185</sup> På den anden side betyder forvaltningskontraktens gensidige natur, at myndigheden har modtaget en ydelse til gengæld for dens myndighedsudøvelse, hvilket må gøre det sværere efterfølgende at ændre den, end hvis der ikke var modtaget vederlag for handlingen – der er så at sige betalt for handlingen, hvilket skaber et stærkere krav om, at den præsteres, end hvis den var vederlagsfri.<sup>186</sup> Da der stadig kan opstå situationer, hvor der er behov for at foretage en anden handling, end den der er aftalt, taler argumentet, om at vederlaget forstærker bindingen, for at begrænse adgangen til at binde myndighedsudøvelse gennem forvaltningskontrakter.<sup>187</sup>

Ovenstående viser, at selv om den grundlæggende konflikt er den samme i forbindelse med omgørelse af forvaltningsakter og muligheden for at binde myndighedsudøvelse gennem forvaltningskontrakter, er det ikke uden videre muligt at anvende de samme regler på de to emner. Var noget sådant muligt, havde det dog stadig ikke givet noget klart

---

184. Om det diskutale i denne klare sontring, se afsnit 4.2.

185. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduktion, s. 25.

186. Samme tankegang ligger til grund, når aftaleretten ikke yder modtageren af et gaveløfte samme ret som løftemodtageren i en gensidig kontrakt, jf. eksempelvis Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 348f og s. 464 og Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 408. Det skal bemærkes, at den ydelse der præsteres i den typiske forvaltningsakt, ikke fuldstændig kan sidestilles med det obligationsretlige gavebegreb, navnlig ikke for så vidt angår kravet om, at gavemodtager skal tilføres en vederlagsfri fordel på gavegivers bekostning. Eksempelvis sker udstedelsen af en byggetilladelse ikke på bekostning af den udstedende myndighed. Om gavebegrebet, se Henry Ussing: Aftaler, s. 13ff.

187. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduktion, s. 25.

#### 4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten

svar på spørgsmålet om, hvorvidt myndighedsudøvelse kan bindes gennem en forvaltningskontrakt, da retstilstanden på de øvrige områder langt fra er klar.<sup>188</sup> På den anden side betyder lighederne mellem de to situationer, herunder ikke mindst den fælles grundlæggende konflikt, at reglerne vedrørende omgørelse kan fungere som vejledning for spørgsmålet om muligheden for at binde fremtidig myndighedsudøvelse gennem forvaltningskontrakter.

##### 4.4.2.2 Bidrag fra litteratur og praksis

Spørgsmålet om muligheden for at binde fremtidig myndighedsudøvelse gennem forvaltningskontrakter er behandlet af flere skandinaviske forfattere.<sup>189</sup> Nogle af fremstillingerne omtales i dette afsnit for, sammen med retspraksis, at bidrage til at belyse emnet.

I den norske litteratur anfører Bernt, at hvis ikke der er holdepunkter for andet, kan myndigheden kun binde sig i samme udstrækning, som gælder for forvaltningsafgørelser, og aftaler om myndighedsudøvelse kan omgøres i samme udstrækning som forvaltningsakter.<sup>190</sup> Når det skal afgøres, om en aftalt myndighedsudøvelse er bindende, skal der anlægges en helhedsvurdering af samme art som den, der bliver anvendt i forbindelse med vurdering af, om forvaltningen kan omgøre en forvaltningsakt til skade for adressaten. Aftalemomentet kommer kun til at indgå i vurderingen som en faktor på lige fod med andre momenter.<sup>191</sup>

For så vidt angår retsspørgsmål, finder Eckhoff og Smith, at myndighederne ikke uden særlig lovhjemmel kan give bindende tilsagn om fremtidige afgørelse, hverken i form af forvaltningsakt eller gennem aftale. Dette begrundes med, at det er uheldigt, hvis myndighederne

---

188. For en grundig omtale af mulighederne for tilbagekaldelse se Claus Haagen Jensen i Basse m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, kap. 8.

189. Eksempelvis: Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, kap IX, Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, § 58, Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 24ff, samme: Avtale og offentlig myndighetsudøvelse, samme: Avtaler med stat og kommune, Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, s. 315ff, Arvid Frihagen: Avtaler med forvaltningsmyndighetene, s. 43ff og samme: Forvaltningsrett (bind I), s. 341ff og Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 281ff.

190. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 26.

191. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 26f og samme: Avtaler med stat og kommune, s. 322.

binder sig til en løsning, som bliver klart retligt uholdbar.<sup>192</sup> Drejer det sig der imod om en afgørelse, der er baseret på udøvelse af skøn, er der en bredere adgang til forhåndsbinding, dels fordi risikoen for at binde sig til løsninger, der bygger på fejlagtig anvendelse af reglerne, er mindre, dels fordi der lettere kan forekomme situationer, hvor myndigheden kan opnå fordele ved at gå ind på at lade sig binde. Disse forhold kan opveje de ulemper, der også er forbundet med bindingen.<sup>193</sup> Som eksempler på ulemper nævner forfatterne indskrænkede muligheder for at reagere på ændrede faktiske forhold eller ønske om praksisændring. Ud over det refererede peger forfatterne på, at det er uklart, hvilken adgang der er til, uden udtrykkelig lovhjemmel, at binde fremtidig myndighedsudøvelse gennem kontrakt. Uklarheden skyldes, ifølge forfatterne, blandt andet, at domspraksis på området ikke indeholder nogle sikre ledetråde.<sup>194</sup> Norsk praksis er præget af, at domstolene via fortolkning af den foreliggende aftale ofte kommer frem til, at der ikke i det konkrete tilfælde er tale om en binding af myndighedsudøvelsen, men ikke tager stilling til det principielle spørgsmål om adgang til at foretage en sådan binding. Der er dog domme, der er åbne for muligheden for at binde myndighedsudøvelse, jf. afgørelsen i *NRt.1992.1235*.<sup>195</sup>

Fra dansk hold er det af Andersen ganske kort fastslået, at myndighederne ikke gennem aftale kan indskrænke deres beføjelser, eller binde sig til en bestemt afgørelse.<sup>196</sup> Mathiassen er mindre klar i sin vurdering af spørgsmålet. Han afviser ikke, at myndigheder kan indgå aftaler om myndighedsudøvelse, men mener ikke, at disse kan blive absolut bindende, eller som det formuleres: "Der er imidlertid ikke holdepunkter for at antage, at et forhåndstilsagn, der indgår i en udveksling, vil kunne være væsentlig mere modstandsdygtig overfor ugyldighedssanktionen end den i højere grad ensidige disposition".<sup>197</sup> Dette skal sammenholdes med, at forfatteren, på baggrund af officialprincippet i forvaltningsretten, finder det mere betænkeligt at binde myndighedsudøvelse gennem

---

192. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, s. 315.

193. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, s. 316.

194. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, s. 322.

195. For en gennemgang af praksis se Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, s. 320ff.

196. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 474f.

197. Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, s. 553.

#### 4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten

aftale end ved forhåndsbesked, og at myndighederne i almindelighed ikke bliver bundet af en eventuel forhåndsbesked.<sup>198</sup>

Heller ikke i Danmark er retspraksis klar på området.<sup>199</sup> I *U1957.395Ø* var der indgået forlig om efterbetaling af skat. I henhold til forliget skulle skatteyder indbetale et angivet beløb i skat vedrørende et tidligere skatteår mod at få fradrag for beløbet i året for forligets indgåelse. Efter at forliget var indgået, blev myndigheden opmærksom på, at det indrømmede fradrag var for stort. I sin afgørelse lægger landsretten vægt på, at myndigheden er den nærmeste til at sikre, at størrelsen af det angivne fradrag var korrekt, og at den ikke har reageret tilstrækkeligt hurtigt og entydigt, da den fik formodning om fejlen. Yderligere bliver der i afgørelsen lagt vægt på, at aftalen blev godkendt af en højere administrativ instans. Landsretten fandt herefter, at forliget skulle opretholdes trods fejlen.

Afgørelsen i *U1973.11H* vedrører også en sag om forlig om efterbetaling af skat, efter hvilket skatteyderen skulle have fradrag for det indbetalte beløb i året for forligets indgåelse. Efter at forliget var indgået, og efter at skatteyderen havde indbetalt det aftalte beløb, blev retten til at foretage det aftalte fradrag ophævet ved lov. Myndigheden nægtede herefter at godtage fradraget. Under sagen påstod skatteyderen myndigheden dømt til acceptere det aftalte fradrag. Flertallet af højesteretsdommerne (5) tilsluttede sig landsrettens afgørelse, der lagde til grund, at aftalen mellem skatteyderen og myndigheden kun kunne skabe en pligt for myndigheden til at acceptere fradraget, hvis der var lovhjemmel til et sådant, på det tidspunkt hvor det reelt set skulle fradrages. Landsretten og flertallet i Højesteret vurderer tilsyneladende spørgsmålet ud fra en ren offentligretlig synsvinkel. I modsætning hertil vurderede et mindretal af Højesterets dommere (2) spørgsmålet ud fra en obligationsretlig synsvinkel, og fandt ved anvendelse af forudsætningssynspunkter, at skatteyderen burde indrømmes fradrag.

I *U1967.642H* fandt retten, at myndighedsudøvelsen var bundet.

---

198. Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, s. 552.

199. Blandt de domme, der omtales i det følgende, er der nogle, der drejer sig om kontrakter af den type, der i afsnit 4.2 er omtalt som grænsetilfælde mellem rene forvaltningskontrakter og kontrakter med blot elementer af myndighedsudøvelse. Dette forhold får ikke betydning, da det, der skal undersøges, er muligheden for at binde myndighedsudøvelsen, og alle dommene drejer sig om kontrakter, der har et element af myndighedsudøvelse.

Århus Amtskommune havde behov for at opføre et nyt amtssygehus. I den forbindelse blev der i 1930, mellem amtskommunen og Århus Kommune, indgået en aftale, efter hvilken Århus Kommune skulle overdrage en byggegrund til amtskommunen, mens det eksisterende amtssygehus blev overdraget til Århus Kommune. Det var endvidere en del af aftalen, at Århus Kommune maksimalt kunne opkræve kr. 1.000 i dækningsafgifter vedrørende det nye amtssygehus. I 1962 anmodede Århus Kommune om, at 1930-aftalen blev ændret, for så vidt angik punktet om den øvre grænse for dækningsafgift, hvilket amtskommunen ikke var villig til. For at inddrive et større beløb end kr. 1.000 i dækningsafgift anlagde primærkommunen i 1965 en fogedsag. Under denne kom det frem, at havde det ikke været for den aftalte øvre grænse, skulle der i 1964 have været betalt ca. kr. 54.000 i dækningsafgift. I sin afgørelse lagde fogedretten vægt på, at punktet om den øvre grænse for dækningsafgiften var en del af en gensidig, og omfattende, kontrakt, hvorfor der ikke "... i medfør af en ikke nøjere fastlagt retsgrundsætning om begrænsning i kommunalbestyrelses adgang til finansielt at binde det fremtidige kommunestyre skulle være adgang for Århus Kommune til ensidigt at opsige et enkelt led i overenskomsten". Til støtte for sin opfattelse anfører fogedretten yderligere, at Århus Kommune ved aftalen har opnået nogle fordele – blandt andet at der lå et sygehus i kommunen, noget kommunen havde lagt vægt på, da aftalen blev indgået – der stadig var aktuelle. Fogedrettens kendelse blev, i henhold til de anførte grunde, stadfæstet af såvel lands- som Højesteret. Foruden i almindelighed at være et eksempel på at myndighedsudøvelse kan bindes gennem en forvaltningskontrakt, tager afgørelsen også udtrykkeligt stilling til konflikten mellem obligationsretten og offentlig ret i forbindelse med disse kontrakter. Fogedretten afviser således ikke, at der kan eksistere en retsgrundsætning, der hindrer binding af fremtidig myndighedsudøvelse, men denne må vige for det forhold, at der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt.

Afgørelsen i *U1976.359H* er i tråd med *U1967.642H*. Også 1976-afgørelsen drejer sig om tilsagn om at begrænse opkrævning af dækningsafgift; Randers Kommune og Århus Amtskommunen havde i 1937 indgået aftale, efter hvilken Randers Kommune uden vederlag afgav en byggegrund til et sygehus, som aftalens parter skulle drive i fællesskab. Endvidere afstod Randers Kommune i henhold til aftalen fra at opkræve dækningsafgift af grunden og bygninger på denne. Da Randers

#### 4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten

Kommune i 1974 anlagde sag med påstand om, at amtskommunen skulle betale dækningsafgift, fandt Højesterets flertal (7 mod 6) også i denne sag, at primærkommunen var bundet af aftalen. Som i afgørelsen i *U1967.642H* blev der også i denne afgørelse lagt afgørende vægt på, at tilsagnet om ikke at opkræve dækningsafgift var at betragte som vederlag for de fordele, primærkommunen opnåede ved, at sygehuset blev placeret i kommunen. Også mindretallet i Højesteret opholdt sig ved spørgsmålet om gensidige ydelser, og deres udtalelse, om at Randers Kommune ikke længere skulle være bundet af aftalen, er begrundet i, at forholdet mellem ydelserne ikke længere er i balance. Hverken i lands- eller Højesteret blev den eventuelle betydning af offentligretlige regler inddraget.

I *U2000.1366H* ønskede Hørsholm Kommune at sælge en ejendom, og en privat bygherre afgav købstilbud på denne. Antaget at der blev indgået aftale i form af købstilbudet og en såkaldt hensigtserklæring med vedhæftet udkast til slutseddel. Køber ønskede at anvende ejendommen til andelsboliger, og for at dette kunne realiseres, skulle kommunalbestyrelsen i henhold til planlovgivningen vedtage en lokalplan, der tog højde for projektet. Med henblik på dette fremsatte kommunen forslag til lokalplan for det pågældende område, men på grund af kraftige protester fra beboerne i området trak kommunen senere forslaget tilbage, og der blev således ikke vedtaget den nødvendige lokalplan. Det planlagte projekt med andelsboliger kunne herefter ikke gennemføres, og den private bygherre anlagde derfor sag mod kommunen med påstand om, at denne skulle erstatte de af bygherren forgæves afholdte projekteringsudgifter. Til støtte for denne påstand anførte bygherren, at kommunen i henhold til kontrakten havde forpligtet sig til at vedtage den nødvendige lokalplan. Af kontrakten fremgår det blandt andet, at det var en betingelse fra købers side, at der blev opnået fornøden tilladelse til ombygning af ejendommen, og at kommunen "...omgående lader udarbejde lokalplanforslag for..." ejendommen. Nogen udtrykkelig forpligtelse for kommunen til at tilvejebringe en lokalplan synes ikke at indgå i kontraktmaterialet. Hverken landsretten eller Højesteret fandt, at kommunen med kontrakten havde givet tilsagn om at den nødvendige lokalplan ville blive gennemført, og begge instanser frifandt kommunen for købers påstand. I forbindelse med diskussionen om muligheden for at binde fremtidig myndighedsudøvelse, er særlig Højesterets dom interessant. Spørgsmålet om hvorvidt kommunen ved kon-

trakten har forpligtet sig til at vedtage en lokalplan med et bestemt indhold, afgør Højesteret således ved at slå fast, at "...kommunen ikke forud for iværksættelsen af den foreskrevne planlægningsprocedure have kunnet give tilsagn om endelig vedtagelse af den fornødne lokalplan...". Binding af den fremtidige myndighedsudøvelse var altså ikke mulig i denne sag.

Ovenstående viser, at hverken litteraturen eller retspraksis giver noget entydigt svar på, hvorvidt det er muligt for myndighederne, gennem aftale, at binde deres fremtidige anvendelse af myndighedsbeføjelsen. Dele af den norske litteratur finder, ligesom den danske, at myndighedsudøvelse ikke kan bindes ved aftale, i det mindste ikke ud over hvad der gælder for forvaltningsakter. Andre forfattere er mere åbne overfor muligheden for binding. Domspraksis er heller ikke entydig, men især i dansk praksis forekommer afgørelser, hvor myndighederne er blevet bundet af de indgåede aftaler. Heller ikke her mangler dog undtagelsen, jævnfør *U1973.11H* og *U2000.1366H*. Retspraksis, og argumenterne fra diskussionen foran, gør det dog vanskeligt at fastslå, at myndighederne, uden undtagelse, kan lægge sig fast på en bestemt anvendelse af dens myndighed, sådan som det vil være muligt i henhold til princippet om kontraktfrihed.

#### 4.4.3 Er der frihed til at indgå forvaltningskontrakter?

Foruden at foreskrive frihed til at give kontrakter det ønskede indhold, følger det også af det obligationsretlige princip om kontraktfrihed, at fysiske og juridiske personer, uden specifik hjemmel, kan indgå de kontrakter, de ønsker. Med deres tilknytning til obligationsretten gælder dette som udgangspunkt også for forvaltningskontrakterne. I forbindelse med forvaltningskontrakter gør elementet af myndighedsudøvelse det dog nærliggende nærmere at overveje, om der er fri adgang til at indgå kontrakt, eller om der kan stilles krav om særlig hjemmel som grundlag for indgåelse. Disse overvejelser skal ses på baggrund af, at myndighedsudøvelse kan påvirke en bred kreds af interessenter, ikke blot den person der umiddelbart er adressaten for den konkrete udmøntning af myndighedsudøvelsen. Af dette følger, at der er en række forskellige hensyn, som bør iagttages, når en offentlig instans udøver myndighedsbeføjelser. Det kan ikke uden videre antages, at parterne i en forvaltningskontrakt af sig selv kan, eller vil, sikre, at alle disse hensyn bliver tilgodeset. Hvis derimod indgåelse af kontrakt er særskilt



#### 4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten

hjemlet, eksempelvis i lov, er der mulighed for ved beslutningen om at skabe hjemlen, at foretage en afvejning af de forskellige hensyn. Spørgsmålet, om hvorvidt der kræves særskilt hjemmel til at indgå en forvaltningskontrakt, behandles i dette afsnit.

I en række tilfælde er spørgsmålet om hjemmelskrav i forbindelse med forvaltningskontrakter løst ved, at lovgivningen tager stilling til muligheden for at indgå kontrakt. Tydeligst er dette i de tilfælde, hvor lovgivningen udtrykkeligt hjemler forvaltningskontrakter, sådan som det eksempelvis er tilfældet i miljøbeskyttelseslovens § 10, stk. 2, og skattestyrelseslovens § 12 A, stk. 2. I den anden ende af skalaen vil være lovbestemmelser, der udelukker forvaltningskontrakter, enten ved direkte forbud eller, måske mere relevant, ved at reglerne forudsætter eller bestemmer, at afgørelse skal træffes ved hjælp af forvaltningsakter. Som eksempel på det sidste kan nævnes vandforsyningslovens §§ 19 og 20 om tilladelser til at indvinde grundvand. I sådanne tilfælde er det antaget, at forvaltningen som hovedregel ikke kan indgå kontrakt.<sup>200</sup>

Mellem de situationer, hvor lovgivningen enten udelukker eller udtrykkeligt hjemler forvaltningskontrakter, er der en række tilfælde, hvor der ikke i lovgrundlaget er taget stilling til om forvaltningen kan, eller ikke kan, indgå forvaltningskontrakter. I disse tilfælde er det relevant med en nærmere undersøgelse af, om indgåelse af forvaltningskontrakter kræver hjemmel, eller om princippet om kontraktfrihed er gældende.

I norsk teori antager Eckhoff og Smith, at der, for så vidt angår afgørelser, der indeholder et skøn, uden udtrykkelig lovhjemmel kan indgås forvaltningskontrakter i stedet for forvaltningsakter. Hvad angår begunstigende afgørelser, der er fuldt lovbundne, kan myndighederne der imod ikke stille krav om modydelse.<sup>201</sup>

Bernt beskriver indholdet i begrebet *forvaltningskontrakt* som "...et forvaltningsvedtak som i avgjørende grad er influert av at den vedtaket kommer til gode går med på å yte en eller annen form for vederlag for de fordeler han forutsetningsvis oppnår ved dette".<sup>202</sup> Definitionen, der ikke er i uoverensstemmelse med det indhold, begrebet er givet i denne

---

200. Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 471 og Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, s. 249.

201. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, s. 329ff.

202. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 2.

afhandling, fremhæver slægtskabet med forvaltningsakten, og tydeliggør dermed den pointe, at der i forbindelse med forvaltningskontrakterne opstår et særtilfælde af den almindelige forvaltningsretlige problemstilling om grænserne for adgangen til at knytte vilkår til en begunstigende forvaltningsakt.<sup>203</sup> På baggrund af denne sammenhæng undersøger Bernt mulighederne for at knytte vilkår til en forvaltningsakt, særligt under hensyntagen til legalitetsprincippet. Han når frem til, at der ikke kan knyttes vilkår til en fuldt lovbundet afgørelse,<sup>204</sup> med andre ord kan der ikke indgås kontrakter på sådanne områder. Argumentationen for dette er, at borgeren har en ubetinget ret efter loven, når retsfaktum er opfyldt, og denne ret kan ikke indskrænkes gennem vilkår. Hvad angår mulighederne for at knytte vilkår til skønsmæssige afgørelser, og altså indgå aftaler på disse områder, er det, i følge Bernt, gældende norsk ret, at hvor lovgivningen ikke indeholder bestemmelser om emnet, er vilkår lovlige, i den udstrækning de er egnede til at fremme lovens formål.<sup>205</sup>

Når forvaltningskontrakter ansues som myndighedsudøvelse med tilknyttede vilkår, skal man holde sig for øje, at der er tale om samtykke til vilkårene. Det skal derfor også undersøges, hvilken betydning samtykke har for mulighederne for at knytte vilkår til begunstigende forvaltningsakter. Til dette spørgsmål bemærker Bernt, at uagtet at samtykke kan indikere accept af, at fordelene ved forvaltningskontrakten (myndighedsudøvelsen) koster noget (vilkåret), er det ikke altid ensbetydende med, at der er tale om en frivilligt indgået aftale, idet borgeren meget vel kan være i en tvangssituation ved indgåelsen.<sup>206</sup> Til dette kan det bemærkes, at det vel er normalt for kontraktssituationen, at den enkelte part er tvunget til at acceptere at præstere en ydelse, han helst ikke ville have præsteret, mod til gengæld at modtage en ydelse

---

203. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 8.

204. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 15. Tilsvarende Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, s. 373 og fra dansk ret Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 403 samt Jens Garde i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, s. 230.

205. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 16, og s. 18 hvor formulering er, at vilkår er mulige "...så lenge disse faller innefor vedkommende særlovs formål". Om dansk ret peger Bent Christensen på, at vilkår skal være i overensstemmelse med lovens formål, jf. Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, kap. XIV, afsnit 4 og 5, især s. 211.

206. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 17.

#### 4.4 Forvaltningskontrakter og obligationsretten

han gerne vil have. Så langt er der altså lighed mellem den almindelige kontrakt og forvaltningskontrakten. Det springende punkt mellem de to situationer er imidlertid elementet af myndighedsudøvelse, og det forhold at den samme myndighedsudøvelse foretaget ved hjælp af en forvaltningsakt, i henhold til legalitetsprincippet, ville have krævet en form for hjemmel.<sup>207</sup> Hvis ikke legalitetsprincippet skal udhules, kan samtykke ikke i almindelighed erstatte egentlig hjemmel.<sup>208</sup> I tilfælde hvor der er tvivl om, hvorvidt et vilkår er lovligt eller ej, kan samtykke dog tænkes at være et element i overvejelserne af, hvorvidt vilkåret skal anerkendes som lovligt.<sup>209</sup>

I den danske litteratur har Mathiassen beskæftiget sig med spørgsmålet om, hvorvidt aftaler kan erstatte forvaltningsakter, og når frem til at hvor det ikke er udtrykkeligt tilladt eller forbudt, beror svaret på en fortolkning af det aktuelle område.<sup>210</sup> I denne fortolkning indgår en række forskellige faktorer, hvor myndighedernes vilje, eller modvilje, til at forhandle og den offentlige instans sammensætning kan nævnes som eksempler.<sup>211</sup> Det fremhæves dog, at det afgørende for om der kan komme en aftale i stand på et område, "...til syvende og sidst må blive det materielretlige indhold af de regler, der gælder".<sup>212</sup>

For så vidt angår aftaler på miljørettens område, anfører Basse, at legalitetsprincippet sætter nogle begrænsninger for anvendelse af aftaler i stedet for afgørelser, men hun understreger, at der som udgangspunkt ikke skal være en udtrykkelig hjemmel, for at myndighederne kan indgå aftaler.<sup>213</sup>

Skal ovenstående sammenfattes, er antagelsen, at hvor lovgivningen ikke, positivt eller negativt, tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der kan indgås forvaltningskontrakter på et givet område, er noget

---

207. Om legalitetsprincippet og kravet om hjemmel ved forvaltningsakter, se eksempelvis: Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, kap. 8 og Jens Garde i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, kap. 4, afsnit 1.

208. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 22f. Se også Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, s. 476.

209. Jan F. Bernt: Forvaltningsavtaler. En introduksjon, s. 23.

210. Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, s. 379.

211. For en omtale af forskellige faktorer der må indgå i fortolkningen se Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, § 43. Særligt om myndighedernes forhandlingsvilje se samme, § 45.

212. Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten, s. 392.

213. Ellen Margrethe Basse: Affaldslovgivningen, s. 352.

sådant ikke muligt, hvis kontrakterne skal stå i stedet for en fuldt lovbundet forvaltningsafgørelse. Anderledes hvor forvaltningskontrakten erstatter en skønsmæssig forvaltningsafgørelse. I sådanne tilfælde er der mulighed for at indgå kontrakt. Adgangen til kontraktindgåelse er dog ikke fri, da modbydelserne til myndighedsudøvelsen skal ligge inden for lovens formål. Set i forhold til spørgsmålet om kontraktfrihed i relation til forvaltningskontrakter betyder disse konklusioner, at princippet om frihed til, uden videre, at indgå de kontrakter man ønsker, ikke er fuldt gældende på området.

Ved overvejelser om hjemmelskrav i forbindelse med forvaltningskontrakter må udgangspunktet være, at myndighedsudøvelse er myndighedsudøvelse, hvad enten den foregår ved anvendelse af forvaltningsakter eller forvaltningskontrakter. I forlængelse af denne antagelse må det være naturligt at lægge til grund, at kravene til hjemmel må være de samme for forvaltningskontrakter som for forvaltningsakter. Denne konklusion sikrer, at de hensyn, der ligger bag hjemmelskravet i forbindelse med forvaltningsakter, ikke udhules ved, at myndighederne frit kan gøre brug af kontrakter i situationer, hvor de ikke kan opnå en ønsket tilstand gennem brug af forvaltningsakter.

Trods det fælles elementet af myndighedsudøvelse er der forskel på forvaltningsakter og forvaltningskontrakter. Spørgsmålet er, om denne forskel betyder noget for antagelsen om ens hjemmelskrav for de to instrumenter. Til overvejelserne af dette spørgsmål kan det på den ene side anføres, at myndigheden i nogle situationer, ved at gøre brug af forvaltningskontrakter, måske kan opnå nogle fordele, som ikke kunne sikres via forvaltningsakter, jf. omtalen ovenfor af betydningen af samtykke. Endvidere kan gensidigheden i forvaltningskontrakten give en formodning om, at det aftalte bliver opfyldt med større loyalitet, end tilfældet ville være, hvis pligterne var følger af en forvaltningsakt. Begge disse forhold kan være en gevinst for den samfundsinteresse, som myndigheden er sat til at varetage. På den anden side må det påpeges, at uden regulering vil den forhandling, der er en del af forvaltningskontrakten, medføre risiko for at myndighedens modpart udsættes for et kraftigt pres fra myndighedens side for at indgå kontrakten med et bestemt indhold. Set i forhold til den enkelte er denne situation ikke ønskelig. Ej heller overordnet set er forhandlingssituationen uden problemer; uden regulering vil den private parts resultat af forhandlingen afhænge af hans styrke, og hermed bliver princippet om ligebehandling

#### 4.5 Afsluttende bemærkninger

ved myndighedsudøvelse bragt i fare. I en afvejning af konsekvenserne synes gevinsterne, i form af eventuelle fordele og mere loyal opfyldelse, ikke at veje så tungt som ulemperne, i form af tab af sagsbehandlingsgarantier. Dette peger i retning af, at det generelt set er problematisk med uhjemlet eller uklart hjemlet indgåelse af forvaltningskontrakter.

Et andet aspekt, der bør inddrages i overvejelserne vedrørende hjemmelskrav i forbindelse med forvaltningskontrakter, er den rolle, myndigheden har som forvalter af samfundsmæssige interesser. På den ene side kan en forvaltningskontrakt i det konkrete tilfælde være et middel til at fremme en samfundsmæssig interesse. Det vil eksempelvis være tilfældet, hvor en myndighed, i forbindelse med en tilladelse til at opføre en bygning, opnår tilsagn fra grundejeren om, til en billig pris, at kunne købe et stykke jord, som myndigheden ønsker at anvende til rekreative formål. På den anden side kan en forvaltningskontrakt også være til skade for samfundets interesse. Noget sådant vil være tilfældet, hvis myndigheden gennem kontrakten har bundet sig til en bestemt handling. I det tilfælde kan den aftalte handling komme til at stå i vejen for behov, der senere opstår. Da konsekvenserne, af at myndigheden har bundet sig til en bestemt handling, kan være vidtrækkende, må forvaltningskontrakter, i det omfang de medfører en sådan binding, kræve klar hjemmel.

#### 4.5 Afsluttende bemærkninger

De foregående sider viser, at forvaltningskontrakter har en væsentlig tilknytning til obligationsretten, hvilket er en følge af, at kontrakterne indgås som almindelige kontrakter, det vil sige gennem gensidig udveksling af viljeserklæringer. Samtidig fremgår det også, at offentlig ret har væsentlig betydning i forbindelse med forvaltningskontrakter. Dette skyldes, at forvaltningskontrakter er en del af den offentlige regulering, hvorfor de hensyn og behov, der gør sig gældende i relation til offentlig regulering ved hjælp af andre retsakter, også må have betydning i forbindelse med forvaltningskontrakter. Det må formodes, at den offentlige påvirkning ikke er lige kraftig i alle tilfælde, men til dels afhænger af de forhold, der gør sig gældende i forbindelse med den konkrete forvaltningskontrakt.

På det generelle plan betyder det for forvaltningskontrakter karakteristiske element af myndighedsudøvelse, at det obligationsretlige

princip om kontraktfrihed indskrænkes i relation til disse kontrakter. Således er udgangspunktet om frihed til at indgå kontrakt modificeret under indflydelse af offentligretlige overvejelser om hjemmelskrav. Ligeledes kan parterne i en forvaltningskontrakt heller ikke frit give kontrakten det indhold, de måtte ønske. Her begrænses kontraktfriheden af, at fremtidig myndighedsudøvelse ikke ubetinget kan bindes, heller ikke gennem aftale.

Foruden at give et indblik i nogle af de træk, der er karakteristiske for forvaltningskontrakter, og derved belyse en gruppe kontrakter, der grænser op til de kontrakter, der undersøges i denne afhandling, viser kapitlet også, hvorfor forvaltningskontrakter ikke inddrages som en kontraktstype, der undersøges i afhandlingens analyse. Tilknytningen til myndighedsudøvelse er særegen for forvaltningskontrakter, og betyder, som illustreret ved analysen af princippet om kontraktfrihed, at obligationsretten kun finder anvendelse i modificeret form i forbindelse med forvaltningskontrakter. Der kan derfor ikke i alle sammenhænge uden videre foretages slutninger, fra hvad der gælder for forvaltningskontrakter, til hvad der gælder for andre kontraktstyper i relation til anvendelse af de obligationsretlige regler.

I de tilfælde, hvor et kontraktforhold indeholder elementer af både faktisk forvaltning og myndighedsudøvelse, fratager ovennævnte reservation ikke nødvendigvis kontrakten – eller en dom vedrørende denne – værdi for den undersøgelse, der skal gennemføres i denne afhandling. Muligheden for også at anvende sådanne blandede kontrakter skyldes, at den offentligretlige påvirkning ikke har samme styrke i alle situationer. Reservationen skal dog erindres, når man står over for et kontraktforhold af en sådan blandet karakter.

## *Kapitel 5*

# Parternes mulighed for at regulere spørgsmålene

## 5.1 Kontraktfrihed og nogle modifikationer

Alle fysiske og juridiske personer kan som udgangspunkt selv vælge, hvilke handlinger de vil udføre. Således består der, med forbehold for specifik regulering, frivillighed i forbindelse med eksempelvis forbrugsønsker, valg af levevej og af bopæl. Når denne handlefrihed skal udnyttes i konkrete situationer, bliver der ofte gjort brug af kontrakter, og udgangspunktet er her, at der hersker kontraktfrihed i Danmark.<sup>214</sup> Det vil sige, at der for såvel fysiske som juridiske personer er frihed til at indgå kontrakter eller afstå herfra, der er frihed til at vælge, hvem man vil indgå kontrakter med, og hvis man vælger at indgå en kontrakt, kan man selv bestemme, hvad den skal indeholde.<sup>215</sup>

Princippet om kontraktfrihed blev anerkendt som retsgrundsætning i det 17. århundrede,<sup>216</sup> og der er almindelig enighed om, at tage bestemmelsen i DL 5-1-2 som udtryk for netop friheden til at indgå de kontrakter man vil, og med det indhold man ønsker.<sup>217</sup> Mens DL 5-1-2 på den ene side kan siges at udtrykke et princip om kontraktfrihed, markerer bestemmelsen på den anden side også, at der er grænser for denne frihed. Det sker med betingelserne om, at kontrakterne skal være frivilligt indgået, være indgået af myndige personer, og at de ikke må være i strid med lov eller ærbarhed.

Det volder ikke vanskeligheder at forestille sig, at princippet om den

---

214. Henry Ussing: *Aftaler*, s. 187, Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 1), s. 152, Bernhard Gomard: *Almindelig kontraktret*, s. 15 og Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 14f.

215. Bernhard Gomard: *Almindelig kontraktret*, s. 15.

216. Bernhard Gomard: *Almindelig kontraktret*, s. 14.

217. Henry Ussing: *Aftaler*, s. 186, Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 1), s. 27, Bernhard Gomard: *Almindelig kontraktret*, s. 15 og Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 58.

*Kap. 5: Parternes mulighed for at regulere spørgsmålene*

totale frihed til at indgå kontrakter, og give dem indhold efter eget ønske, havde gode kår under den liberalisme, der blomstrede frem i sidste halvdel af 1800-tallet.<sup>218</sup> Men tanken, om at parterne selv kunne finde frem til den bedste kontrakt, når bare de fik frie hænder til at gøre det, blev gradvist modificeret, efterhånden som det viste sig, at teorien ikke holdt stik.<sup>219</sup> Siden slutningen af 1800-tallet er kontraktfriheden derfor blevet indskrænket på en række områder. Nogle af de første indskrænkninger skete til fordel for arbejdernes sundhed og velfærd,<sup>220</sup> men senere er en lang række områder kommet til. Som eksempler på et par markante områder, der har afstedkommet indskrænkninger i kontraktfriheden, kan nævnes forbrugeraftaler og konkurrencelovgivningen. For så vidt angår forbrugeraftaler, har ønsket om ville sikre forbrugernes position i forhold til de erhvervsdrivende ført til regulering i en lang række sammenhænge. Forbrugeraftalelovens regulering af forbrugernes fortrydelsesret i forbindelse med fjernsalg og aftaler indgået uden for fast forretningssted er et eksempel på dette, aftalelovens kapitel IV og købelovens forbrugerpræceptive bestemmelser, jf. lovens § 1, stk. 2, er andre eksempler.

Hvilken betydning, de hensyn, der ligger til grund for konkurrencelovgivningen, har fået for kontraktfriheden, kan illustreres af følgende eksempel: hvis entreprenørerne på det danske marked for dagrenovation alle indgår en aftale om priser og produkter – metoder til indsamling og eventuel afbrænding og genanvendelse – vil dette fjerne incitamentet for dem til at konkurrere indbyrdes. Resultatet vil blive for høje priser på renovation og manglende produktudvikling. Dette er konsekvensen ifølge de teorier om de frie markeds kræfter, der ligger til grund for den danske konkurrencelov. Med loven ønsker lovgiver at sikre virksom konkurrence for derigennem at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, jf. lovens § 1. Af den grund indeholder konkurrencelovens § 6 et forbud mod aftaler som den skitserede. Hvad der er en aftale mellem private parter, og som sådan vil være undergivet de almindelige kontraktretlige regler, bliver altså fra politisk

---

218. Se hertil Erik Werlauff i Henrik Zahle (red.): Danmarks Riges grundlov med kommentarer, s. 404.

219. Henry Ussing: Aftaler, s. 187 og Inger Dübeck: Købekoner og konkurrence, s. 592.

220. Henry Ussing: Aftaler, s. 187.



### 5.1 Kontraktfrihed og nogle modifikationer

hold anset for at være af en sådan betydning for samfundet, at udgangspunktet om kontraktfrihed bliver modificeret.

Når talen falder på indskrænkninger af kontraktfriheden, ledes tanken umiddelbart i retning af forbud mod at indgå aftaler eller mod bestemte vilkår i aftaler. Imidlertid er kontraktfrihed også friheden til at undlade at indgå kontrakt, hvorfor også bestemmelser, der foreskriver kontraheringspligt, er indgreb i kontraktfriheden. Som et klassisk eksempel på kontraheringspligt kan nævnes den pligt til at tegne ansvarsforsikring på biler, der følger af færdselslovens § 105.<sup>221</sup> I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed indskrænkes kontraktfriheden også i en vis udstrækning i form af pligt til at indgå kontrakt, dels gennem den kontraheringspligt der er foreskrevet i Finansministeriets udbudscirkulære,<sup>222</sup> dels gennem lovbestemt kontraheringspligt på en række enkeltområder.<sup>223</sup> Om de tilfælde, hvor der i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er foreskrevet pligt til at kontrahere, skal det bemærkes, at der enten slet ikke, eller kun i brede vendinger, er stillet krav til indholdet af de pligtige kontrakter.

Selv om indgrebene i kontraktfriheden vedrører en bred vifte af situationer, er der en tendens til, at der især foretages indgreb, når det skønnes nødvendigt for at skabe balance i kontraktforhold, hvor der ellers er formodning for, at den ene part vil stå meget svagt i forhold til den anden. Indgreb på denne baggrund påvirker ikke princippet om kontraktfrihed i forbindelse med store, kommercielle kontrakter.<sup>224</sup> Dette har betydning i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, der må karakteriseres som kommercielle kontrakter,

---

221. Kontraheringspligt inden for forsikringsområdet er omtalt i Betænkning om forsikringsaftaleloven, Betænkning nr. 1423/2002. Betænkningen indeholder, foruden en redegørelse for gældende ret på området, også udvalgets overvejelser vedrørende spørgsmålet. Et flertal af udvalgets medlemmer fandt ikke grundlag for at foreslå regler om kontraheringspligt for forsikringsselskaberne, ud over hvad der allerede er gældende i dag, jf. betænkningens s. 236. Et mindretal ville derimod indføre en kontraheringspligt i de tilfælde, hvor forsikringsselskabet ikke havde en saglig begrundelse for at afslå at tegne, henholdsvis fortsætte, en forsikring, jf. betænkningens s. 240 og 332.

222. Cirk. nr. 159 af 17. december 2002. Cirkulæret og pligten til i visse tilfælde at indgå kontrakt i forbindelse med en udbudsrunde er omtalt nærmere i afsnit 2.4.6.1.

223. Kontraheringspligt på et par markante enkeltområder er omtalt i afsnit 2.4.6.1.

224. Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 24f.

og som i en del tilfælde vil dreje sig om ganske omfattende opgaver med betydelige kontraktsummer til følge.

Et andet forhold, der også anvendes som begrundelse for indgreb i kontraktfriheden, er hensynet til samfundets interesse. Noget sådant er eksempelvis tilfældet, hvor konkurrencelovgivningen sætter grænser for, hvilke kontrakter der kan indgås. Dette er naturligvis interessant i relation til de kontrakter, der er i fokus i denne afhandling. I relation til eksemplet med konkurrenceloven skal det bemærkes, at det ikke er den samfundsmæssige interesse, der direkte hjemler indgreb mod kontrakter – samfundets interesse danner grundlag for konkurrenceloven, der hjemler indgrebene. Indskrænkningen i kontraktfriheden sker altså ikke i kraft af et uskrevet princip eller lignende om hensyn til en samfundsmæssig interesse, men i kraft af lov.<sup>225</sup>

## 5.2 Kontraktfrihed og behov for obligationsretlig udfyldning

Uagtet at princippet, som fremhævet ovenfor, er modificeret på en række områder, er kontraktfriheden udgangspunktet, når fysiske og juridiske personer skal udnytte deres handlefrihed. Således også i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Med dette udgangspunkt kan kontraktparter i teorien skrive sig frem til den løsning, de ønsker på alle tænkelige spørgsmål, der kan opstå i kontraktforholdet, herunder selvfølgelig også spørgsmål vedrørende opfyldelse, ikke-opfyldelse og justeret opfyldelse. Men fordi kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte regulerer komplicerede forhold, og tilmed ofte har en relativt lang varighed, bliver antagelsen om, at parterne kan skrive sig frem til den for dem ideelle tilstand, netop kun en teoretisk forestilling. I virkeligheden kan parterne ikke i forbindelse med konciperingen af kontrakten forudse alle de forhold, som vil påvirke kontrakten, og selv i forbindelse med forhold som kan forudsiges, kan det være umuligt at forudskikke den løsning, der skal til, når forholdet

---

225. I denne sammenhæng skal også grundlovens § 74 nævnes. Bestemmelsen fastslår, at der som tungtvejende udgangspunkt skal være næringsfrihed i Danmark. Næringsfrihed har en tæt sammenhæng med kontraktfrihed, og det er derfor værd at bemærke, at udgangspunktet om frihed til at drive erhverv kan indskrænkes, hvor dette kan begrundes i det almene vel.

## 5.2 Kontraktfrihed og behov for obligationsretlig udfyldning

indtræffer. Netop fordi kontraktparter kommer til kort på dette felt, er der god mening i at analysere, hvordan problemerne løses, hvis parterne ikke har vedtaget noget. Det er baggrunden for analysen i kapitlerne 6, 7 og 8.

Behovet for analysen i de kommende kapitler understøttes også af, at selv om parterne indarbejder hensyn til en samfundsmæssig interesse, er dette begreb så vanskeligt at håndtere, at bestemmelserne kan blive af en sådan karakter, at der efterfølgende meget vel kan blive behov for at foretage supplerings af kontrakten. Den nødvendige supplerings vil ske ved brug af den obligationsret, der gælder uden for kontraktens bestemmelser. I en sådan situation opstår der et samspil mellem kontraktens regulering og obligationsretten, og kontraktens bestemmelse påvirker her konkret obligationsretten forstået på den måde, at parternes regulering, som den er kommet til udtryk i kontrakten, får indflydelse på, hvilket resultat der konkret opnås gennem suppleringsen.



## *Kapitel 6*

# Opfyldelse

### 6.1 Kontraktens opfyldelse – introduktion til kapitlet

Går man ind til kernen i kontraktforhold, er grunden til, at der bliver indgået kontrakter, at parterne ønsker, at de bliver opfyldt. Enten fordi parterne derved opnår den ydelse, kontrakten giver dem adgang til, eller fordi de på anden måde ser en fordel i at deltage i kontrakten.<sup>226</sup> Således er opfyldelse kontraktens eksistensberettigelse.

Opfyldelse kan beskrives som gennemførelse af kontraktens indhold, og som følge heraf bliver det af væsentlig betydning at fastlægge, hvad der er indholdet i en kontrakt. Overordnet set består kontrakter, foruden af en række bestemmelser om eksempelvis pligt til genforhandling, adgang til forlængelse og opsigelse og tvistløsning, af bestemmelser om de ydelser, parterne skal præstere, hvor af nogle kan være mere centrale end andre. Denne overordnede beskrivelse af kontraktens indhold er imidlertid ikke tilstrækkelig, når man i det konkrete tilfælde skal bestemme, hvad der er kontraktens indhold. I den forbindelse må man naturligvis sætte sig ind i kontraktens specifikke indhold, hvilket ofte er en vanskelig opgave. Vanskeligheder forbundet med at finde frem til kontraktens indhold, og hvordan man kan løse dem, behandles neden for i afsnit 6.2, 6.3 og 6.4.

Selv om arbejdet med at fastlægge kontraktens indhold og dens retsvirkninger har en central placering i forbindelse med opfyldelse af kontrakten, er det ikke det eneste spørgsmål, der er knyttet til emnet. I afsnit 6.5 og 6.6 omtales to andre centrale spørgsmål vedrørende opfyldelse, nemlig de aftalte ydelser og hvem der skal præstere dem.

---

226. Det kan eksempelvis være fordele i form af imagepleje, eller fordi den konkrete kontrakt skønnes at kunne give adgang til et lukrativt marked.

## 6.2 Supplering af kontrakter

### 6.2.1 Hvorfor er det nødvendigt at supplere kontrakter?

Når en kontrakt er indgået og skal gennemføres, opstår der ikke sjældent uenighed om, hvordan den skal opfyldes. Uenigheden kan skyldes at kontrakten ikke indeholder bestemmelser, der vedrører det emne, parterne er uenige om. Også selv om kontrakten regulerer et givent emne, kan der opstå uenighed mellem parterne, fordi de ikke har samme opfattelse af, hvordan man skal forstå det, der er skrevet i kontrakten. Her kan de forskellige opfattelser bunde i, at de anvendte ord opfattes forskelligt, eller i at kontraktens tekst (angiveligt) afviger fra andre forhold vedrørende kontrakten, eksempelvis forudgående forhandlinger eller tidligere kontrakter. Da uenigheden netop ikke kan løses, blot ved at parterne læser kontrakten, kræver en løsning, at man inddrager andre elementer end kontrakten. Mængden af elementer der kan inddrages er stor, og blot som et par eksempler kan nævnes, at uenighed om betydningen af kontraktens ord kan søges løst gennem sagkyndige udsagn om ordenes almindelige betydning, eventuelt almindelige betydning på det pågældende fagområde, mens uenighed der bunder i at kontrakten ikke indeholder bestemmelser om det aktuelle emne kan løses ved, at man inddrager deklaratoriske regler.

Når kontraktens indhold søges fastlagt ved at inddrage elementer som skitseret ovenfor, supplerer man selve kontrakten. Ved på denne måde at fastlægge kontraktens indhold bliver man også i stand til at fastsætte dens retlige betydning, og man kan derfor gennem supplering løse uoverensstemmelser omkring kontrakten, både i situationer hvor kontraktforholdet opretholdes uden videre, og i situationer hvor der er tale om at vurdere muligheder for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende.

I alle tilfælde af kontraktsupplering er udgangspunktet for arbejdet selve kontrakten, og suppleringsprocessen starter derfor naturligt med at læse denne. Kontrakten består af en række ord. De enkelte ord kan have mere end én betydning, således kan ordet *ansvar* eksempelvis dække over strafansvar, erstatningsansvar og ikke-juridisk (moralsk) ansvar. Allerede dette forhold kan lede til usikkerhed omkring kontraktens indhold. Ordene i kontrakten er sat sammen til budskaber. Disse budskaber og deres indbyrdes sammenhæng kan udelukke én eller flere

## 6.2 Supplering af kontrakter

af det enkelte ords betydninger, men det er ikke givet, at ordenes sammenhæng altid gør endeligt op med det enkelte ords betydning. Resultat af dette er, at læseren kan sidde med flere udlægninger af teksten, udlægninger der hver for sig må betegnes som mulige. Foruden at læse kontraktens ord og se dem i deres tekstmæssige sammenhæng, må den, der vil supplere en kontrakt, også tage hensyn til kontraktens sammenhæng med omkringliggende kendsgerninger. Dette er nødvendigt, fordi kontrakter ikke kan ses som isolerede elementer, der svæver frit i deres egen sfære, men tværtimod må ses som noget, der indgår i dagligdagen og parternes indbyrdes samhandel.<sup>227</sup>

Det foranstående betyder, at allerede når man læser de ord, kontrakten består af, må man, og vil ofte næsten automatisk, sætte dem i sammenhæng med andre elementer, eksempelvis med hvad læseren ved om sædvane på det pågældende område. Mere eller mindre ubevidst er læseren herved allerede i gang med at supplere kontrakten. Når det, trods de praktiske vanskeligheder, alligevel fremhæves, at det kun er selve kontrakten, der er udgangspunktet for suppleringen, er det, fordi det kan lette forståelsen for suppleringsprocessen, hvis man har dette udgangspunkt for øje.

### 6.2.2 Nærmere om suppleringsbegrebet

#### 6.2.2.1 Supplering som overbegreb

Ovenfor er begrebet *supplering* anvendt om den virksomhed, der foregår, når kontraktens indhold og retlige virkning søges fastlagt, uanset om det sker på baggrund af kontraktens indhold eller ved anvendelse af baggrundsret. Anvendt på den måde bliver suppleringsbegrebet overbegreb for to andre begreber, nemlig *egentlig fortolkning* (eller *fortolkning i snæver forstand*) og *udfyldning*. Disse to begreber bliver omtalt nærmere nedenfor. I stedet for at anvende betegnelsen *supplering* som overbegreb for egentlig fortolkning og udfyldning anvendes ofte betegnelsen *fortolkning*.<sup>228</sup> Det kan naturligvis give anledning til uklarhed,

---

227. Se Alf Ross: Om ret og retfærdighed, § 24, for en omtale af "...grundsætningen om helhedens og sammenhængens primære meningsbestemmende funktion".

228. Se eksempelvis Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 1), s. 167 og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 357. Se også omtalen i Henry Ussing: Aftaler, s. 432; Ussing reserverer dog ordet *fortolkning* til at betegne den virksomhed, der andre steder betegnes egentlig fortolkning.

hvis fortolkning både anvendes som overbegreb og som underbegreb. Sondringen mellem fortolkning og egentlig fortolkning afhjælper dette. I praksis forekommer det imidlertid tungt at skulle sikre, at sondringen til stadighed fremtræder klart, ved hver gang begreberne anvendes, at skulle præcisere om der er tale om egentlig fortolkning eller fortolkning, altså overbegrebet. Derfor anvendes i denne afhandling ordet supplerings som fællesbetegnelse for egentlig fortolkning og udfyldning,<sup>229</sup> mens egentlig fortolkning for at lette læsningen kun omtales som fortolkning.

#### 6.2.2.2 Fortolkning, udfyldning og forskellen herpå

Traditionelt beskrives indholdet i fortolkningsbegrebet som fastlæggelse af kontraktens indhold eller tilstræbte betydning.<sup>230</sup> Med denne definition er det en forudsætning for fortolkning, at kontrakten i et eller andet omfang berører det emne, der er tvivl om.<sup>231</sup> Skal man forsøge at fastlægge retsvirkningerne af en kontrakt på områder, hvor kontrakten ikke selv giver konkret støtte for en løsning, taler man i stedet om, at der sker en udfyldning af kontrakten.<sup>232</sup>

Med den nævnte beskrivelse er forskellen på fortolkning og udfyldning tydelig: ved fortolkning forsøger man at finde ud af, hvad der er aftalt i det enkelte tilfælde, idet man lægger kontraktens indhold til grund, mens man ved udfyldning, i mangel af kontraktbestemmelser, søger at finde frem til, hvad der i almindelighed vil være løsningen på den konkret foreliggende uenighed, og derefter anvender denne løsning på den foreliggende kontrakt. I teorien er denne forskel klar, men i den praktiske suppleringsproces kan det være vanskeligt at adskille de to begreber. Skematisk set er det logisk at anskue suppleringsprocessen

---

229. Se for tilsvarende terminologi Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 320ff, men anderledes Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, kap. 8, hvor supplerings anvendes som synonym for udfyldning.

230. Henry Ussing: Aftaler, s. 432, Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 1), s. 167, Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 246 og Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 357.

231. Dette fremgår tydeligt af det indhold Bernhard Gomard giver fortolkningsbegrebet: "Tydningen af kontraktindholdet kaldes fortolkning", jf. Almindelig kontraktret, s. 246.

232. Henry Ussing: Aftaler, s. 432, Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 321 og 355 og Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 433.



## 6.2 Supplering af kontrakter

sådan, at fortolkningen går forud for udfyldningen<sup>233</sup> – først når man har undersøgt, om man kan løse uenigheden gennem fortolkning, ved man, om det er nødvendigt at foretage udfyldning. Men der er et stort område mellem den rene fortolkning og den rene udfyldning, i hvilket der bliver inddraget elementer fra både fortolkning og udfyldning i suppleringsprocessen.<sup>234</sup> Eksempelvis forekommer det, at en kontrakt indeholder bestemmelser om et givent spørgsmål, men at anvendelsen af disse kræver udøvelse af et betydeligt skøn, for at en retsvirkning kan fastlægges. I sådan et tilfælde tager man naturligvis udgangspunkt i kontraktens bestemmelse (fortolkning), men inddrager ofte lige så naturligt lovgivning (udfyldning) for at nå frem til en løsning.

Som en illustration af uklarheden mellem fortolkning og udfyldning kan også nævnes de såkaldte fortolkningsregler,<sup>235</sup> der som udgangspunkt kan anvendes i alle tilfælde, hvor kontrakter skal fortolkes. Reglerne giver ikke i sig selv nogen direkte anvendelig løsning på en given uenighed, men opstiller retningslinier for, hvordan man kan vælge mellem flere forskellige udlægninger af kontrakten, udlægninger der alle forekommer mulige ud fra en sproglig forståelse af kontrakten.<sup>236</sup> Fordi fortolkningsreglernes effekt på den måde er afhængig af kontraktens indhold, giver det mening at henregne dem til læren om kontraktfortolkning. Samtidig skal man dog holde sig for øje, at når man ved fortolkningen af en kontrakt gør brug af fortolkningsregler, fastlægger man ikke kontraktens retsvirkninger alene ud fra kontraktens indhold, idet valget mellem flere mulige udlægninger af kontrakten sker på baggrund af nogle generelle regler. Disse regler er opstillet uden hensyntagen til den konkrete kontrakt, og er udtryk for en generel afvejning af en række almindelige hensyn i retsordenen, eksempelvis at den, der skriver kontrakten, også er den nærmeste til at sikre, at kontrakten er klar og tydelig, hvorfor han som udgangspunkt er den, der kan lastes, hvis dette ikke er tilfældet. Herved fjerner fortolkning under anvendelse af fortolkningsregler sig fra den rene fortolkning, og nærmer sig supplering under anvendelse af kontraktfremmed materiale, altså ud-

---

233. Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 123.

234. Bernhard Gomard: *Almindelig kontraktret*, s. 248f og Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 123f.

235. Se nærmere om disse i afsnit 6.3.3.

236. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 359f.

fyldning. I forhold til udfyldning skal det dog bemærkes, at selv om fortolkningsreglerne har karakter af bagvedliggende, generelle regler, adskiller de sig fra den baggrundsret, der traditionelt anvendes til at foretage udfyldning, idet fortolkningsreglerne som nævnt kun gennem kontraktens individuelle indhold, og ikke i sig selv, giver kontraktens retsvirkning.

I det følgende behandles fortolkning og udfyldning i hvert sit afsnit. Som det fremgår ovenfor, er dette en forsimplet og skematisk opdeling, der ikke afspejler virkelighedens arbejde med at supplere kontrakter. Opdelingen tjener imidlertid til at gøre fremstillingen mere overskuelig.

## 6.3 Mere om fortolkning

### 6.3.1 Indledende bemærkninger

Når en kontrakt fortolkes, sker det for at fastlægge dens indhold. Til denne proces er der en lang række elementer, der kan bidrage med relevante oplysninger om den situation, der skal danne grundlag for fortolkningen. Om disse elementer anvendes i denne afhandling betegnelsen *fortolkningsdata*.<sup>237</sup> Begrebet omtales nærmere nedenfor i afsnit 6.3.2 særlig med henblik på at undersøge den samfundsmæssige interesse som muligt fortolkningsdatum.

Når man på baggrund af de foreliggende fortolkningsdata har opstillet en række fortolkninger, der alle hver for sig er inden for det sandsynlige, har man stadig ikke løst fortolkningens opgave med at fastlægge kontraktens retsvirkning. For at nå dertil er det nødvendigt at vælge én af de foreliggende fortolkninger. Når dette valg skal foretages, kan der være hjælp at hente i de såkaldte *fortolkningsregler*. Fortolkningsreglerne omtales yderligere i afsnit 6.3.3.

Når der skal foretages valg mellem flere mulige fortolkninger af en kontrakt, kan man, ud over fortolkningsreglerne, i den konkrete situation også få hjælp ved at iagttage de hensyn, der er særligt fremtrædende inden for kontrakter af den pågældende type. Eksempelvis vil der i forbindelse med en forbrugeraftale som udgangspunkt være et

---

237. For samme terminologi se Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 370ff. For andre betegnelser for begrebet se eksempelvis Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 1), s. 180 (tolkningsdata) og Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 324 (fortolkningsmomenter).

hensyn at tage til en formodningsvis svag part, noget der ikke er formodning for vil være tilfældet, når der er tale om kontrakter mellem erhvervsdrivende. Dette emne behandles nærmere i afsnit 6.3.4.

### 6.3.2 Fortolkningsdata

#### 6.3.2.1 Fortolkningsdata – definition og eksempler

Fortolkningsdata er elementer, der kan bidrage med relevante oplysninger om den situation, der skal danne grundlag for fortolkningen.<sup>238</sup> Det er ikke muligt at give en endelig opremsning af de elementer, der har denne egenskab, men der skal gives et par eksempler: et oplagt eksempel er naturligvis den tekst, der foreligger som kontrakten. Når det i det konkrete tilfælde er nødvendigt at fortolke kontrakten, er det lige så oplagt, at denne ikke alene kan danne grundlag for fortolkningen. Af yderligere elementer med tilknytning til den endelige kontrakt kan nævnes kontraktens formål, og eventuelt øvrige interesser den skal varetage.

Også elementer, der er knyttet til tiden forud for den endelige kontrakt, kan være fortolkningsdata.<sup>239</sup> Det gælder eksempelvis tilbudsskrivelser og udbudsmateriale. Til sidstnævnte hører også eventuelle detailbeskrivelser, der nærmere bestemmer, hvilke opgaver der skal udføres, og hvordan. Udtalelser fra kontraktens parter i forbindelse med forhandlinger kan også bidrage som fortolkningsdata.

Endvidere kan også elementer, der tidsmæssigt er placeret efter kontraktens indgåelse, være fortolkningsdata.<sup>240</sup> Parternes adfærd i tiden efter indgåelsen kan sige noget om, hvordan man skal forstå uklare eller ufuldstændige bestemmelser i kontrakten.

#### 6.3.2.2 Forvaltningskontrakter og fortolkningsdata

Mængden af elementer, der kan være fortolkningsdata, er stor. Hvilke elementer, der i den konkrete fortolkning rent faktisk har betydning som fortolkningsdata, er afhængig af den foreliggende situation. Foruden denne individuelle udvælgelse af fortolkningsdata, kan man dis-

---

238. Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 81.

239. Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 1), s. 180, Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 324 og Lyng Andersen m.fl.: *Aftaler og mellemænd*, s. 372.

240. Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 1), s. 180 smh. s. 184, Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 324 og Lyng Andersen m.fl.: *Aftaler og mellemænd*, s. 372.

## Kap. 6: Opfyldelse

kutere, om der for bestemte typer kontrakter er bestemte elementer, der har særlig værdi som fortolkningsdata, eller om der modsat er elementer, der ikke kan anvendes som fortolkningsdata. En sådan udvælgelse har været diskuteret i forbindelse med forvaltningskontrakter. I det følgende knyttes et par kommentarer til dette spørgsmål. Det sker som følge af forvaltningskontrakternes placering i forhold til de kontrakter, der er i fokus i denne afhandling, og fordi nogle af de domme, der omtales i afhandlingens analyse, vedrører kontraktforhold, der indeholder elementer af både faktisk forvaltningsvirksomhed og myndighedsudøvelse.

Om der er fortolkningsdata, der skal sorteres fra i forbindelse med fortolkning af forvaltningskontrakter, har sammenhæng med spørgsmålet om, hvorvidt forvaltningskontrakter skal fortolkes anderledes end almindelige kontrakter. Som argument, for at dette skulle være tilfældet, kan fremføres, at da der er lighed mellem forvaltningsakter og forvaltningskontrakter, for så vidt angår elementet af myndighedsudøvelse, skal forvaltningskontrakterne fortolkes som forvaltningsakterne, og disse fortolkes mere objektivt (anderledes) end almindelige kontrakter.<sup>241</sup> Synspunktet har særligt været fremført i ældre norsk litteratur,<sup>242</sup> men i dag er synspunktet i såvel norsk som dansk og svensk litteratur imidlertid, at der ikke er grundlag for generelt at antage, at forvaltningskontrakter fortolkes anderledes end almindelige kontrakter.<sup>243</sup> Der er således ikke af denne grund holdepunkter for at antage, at visse fortolkningsdata generelt udelukkes ved fortolkningen af forvaltningskontrakter. Mens udgangspunktet for fortolkning er det samme for forvaltningskontrakter og almindelige kontrakter, er der grund til at fremhæve, at det inden for rammerne af dette udgangspunkt er muligt, i det konkrete tilfælde, at anlægge forskellige fortolkningsstile, eksempelvis en objektiv.

---

241. Palle Bo Madsen: *Aftalefunktioner*, s. 133. Det vil sige, at forvaltningskontrakterne skal fortolkes uden hensyntagen til parternes vilje. For indvendinger vedrørende uklarhed i denne beskrivelse af fortolkningen se Jan F. Bernt: *Aftaler med stat og kommune*, s. 182 og Kristian Huser: *Avtaletolking*, s. 400.

242. Se omtale heraf i Kristian Huser: *Avtaletolking*, s. 399ff og hos Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, s. 321.

243. Se hertil Arvid Frihagen: *Forvaltningsrett* (bind 1), s. 340f, Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, s. 321, Kristian Huser: *Avtaletolking*, s. 409 og i det hele s. 399-410, Palle Bo Madsen: *Aftalefunktioner*, s. 135 og Tom-Erik Madell: *Det allmänna som avtalspart*, s. 115.

Mens der ikke er tale om generelt at udelukke fortolkningsdata ved fortolkning af forvaltningskontrakter i almindelighed, skal det i det følgende undersøges, om der på et enkelt område kan blive tale om at udelukke fortolkningsdata, nemlig ved fortolkning af de dele af forvaltningskontrakter, der drejer sig om binding af myndighedsudøvelse.

Som omtalt i kapitel 4<sup>244</sup> er det ikke uden problemer, hvis fremtidig myndighedsudøvelse bliver bundet. Det er af den grund anført, at ved afgørelse af spørgsmål om binding af myndighedsudøvelse skal der anlægges indskrænkende fortolkning.<sup>245</sup> Det er ikke helt klart, hvad *indskrænkende fortolkning* dækker over,<sup>246</sup> men da argumentationen for denne fortolkningsstil findes i betænkkelighederne ved binding af myndighedsudøvelsen, er det rimeligt at antage, at der er tale om fortolkning, der er restriktiv overfor at antage, at myndighedsudøvelsen er blevet bundet. Der foreligger domspraksis, der kan støtte tanken om en indskrænkende fortolkningsstil.<sup>247</sup> I domspraksis kan der også findes eksempler, der taler imod en indskrænkende fortolkning.<sup>248</sup> Uanset om der i domspraksis anlægges en indskrænkende fortolkning eller ej, skal det påpeges, at en indskrænkende fortolkning, i den forstand at man er restriktiv overfor, at der er tale om en binding af myndighedsudøvelsen, ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at man vælger fortolkningsdata fra.<sup>249</sup>

Sammenfattes ovenstående, er der ikke grundlag for at antage, at der er fortolkningsdata, der vælges fra ved fortolkning af forvaltningskontrakter.<sup>250</sup> Denne ensartethed mellem forvaltningskontrakter og den

---

244. Afsnit 4.4.2 og 4.4.3.

245. Palle Bo Madsen: Aftalefunktioner, s. 137, men sml. s. 140ff, og Arvid Frihagen: Forvaltningsrett (bind 1), s. 340.

246. Frihagen taler om at myndighedsbinding må kræve "klare ord", hvilket må tale for anvendelse af en ordlydsfortolkning, og dermed at indskrænkningen drejer sig om at fravælge fortolkningsdata (Arvid Frihagen: Forvaltningsrett (bind 1), s. 340). I samme retning Jan F. Bernt: Avtaler med stat og kommune, s. 182. Hos Palle Bo Madsen: Aftalefunktioner henvises til de to forannævnte forfattere (s. 137), men også til afgørelsen i U1980.343H (s. 139f). Denne afgørelse kan, som bemærket hos Madsen (s. 140), ses som udtryk for en restriktiv fortolkning af tilsagn om myndighedsbinding, men resultatet når Højesteret ikke ved en ordlydsfortolkning, men ved at inddrage den samfundsmæssige interesse i muligheden for at foretage trafikregulering.

247. Se eksempelvis U1973.11H og U2000.1366H samt fra Norge NRt. 1971.228. For en anden udlægning af sidstnævnte dom se Kristian Huser: Avtaletolkning, s. 480.

248. U1967.642H, U1976.359H og NRt. 1975.882.

249. Se hertil U1980.343H og omtalen af denne i afsnit 6.3.2.3.2.

250. Kristian Huser: Avtaletolkning, s. 479 og i det hele s. 477-483.

almindelige kontrakt, hvortil de kontrakter, der undersøges i denne afhandling som udgangspunkt regnes i fortolkningssammenhæng, har naturligvis betydning for muligheden for at anvende domme vedrørende forvaltningskontrakter som præjudikater i undersøgelsen.

### **6.3.2.3 Samfundsmæssig interesse som fortolkningsdatum**

I relation til de kontrakter, der er i fokus i denne afhandling, er det forhold, at der er en samfundsmæssig interesse involveret naturligvis en brik, der bidrager til det fulde billede af kontrakten, og den sammenhæng den indgår i. Spørgsmålet, om hvorvidt oplysningen om den samfundsmæssige interesse kan være fortolkningsdatum, er herefter et spørgsmål om, hvilken betydning oplysningen har for bedømmelsen af kontraktsituationen – er den relevant i den sammenhæng? Dette spørgsmål behandles i det følgende.

#### **6.3.2.3.1 Interessen fremgår af kontraktens ordlyd**

At der er samfundsmæssig interesse knyttet til en kontrakt kan fremgå af de enkelte bestemmelser i denne. I sådanne tilfælde er det klart, at samfundets interesse får betydning for fortolkning af bestemmelsen.

Den samfundsmæssig interesse kan også fremgå af en eventuel præambel i kontrakten, der kan indeholde oplysninger om, hvilke formål kontrakten skal opfylde, og hvilke interesser der ligger til grund for den. Sådanne oplysninger kan inddrages i fortolkning af kontrakten, jf. nedenfor i afsnit 6.3.2.3.2.

Når man taler om, at kontraktens ordlyd kan indeholde oplysninger om eksistensen af en samfundsmæssig interesse, skal det bemærkes, at som overordnet begreb er det vanskeligt at beskrive, hvad der er samfundsmæssigt interessant, jf. i det hele kapitel 1. I det konkrete tilfælde kan besværlighederne være mindre, fordi man der har at gøre med kendte opgaver, interesser og mulige konflikter. Drejer det sig eksempelvis om en kontrakt vedrørende indsamling af affald, kan man skrive i kontrakten, at realdebitor "... har pligt til, i samråd med kommunen, at gennemføre sådanne foranstaltninger, som tjener forbrugernes interesser, såvel ud fra servicemæssige som omkostningsmæssige synspunkter",<sup>251</sup> og at indsamlingen skal ske således at kommunen opfylder sin

---

251. Uddrag af kontrakt; kontrakt mellem Århus Kommune og Århus Renholdningsselskab (vedtaget af Århus Byråd den 17. august 1989), § 2, stk. 6.

lovbestemte pligt til at sørge for at affald skaffes af vejen.<sup>252</sup> En sådan fremstilling af interessen i kontrakten kan i sig selv være klar, men den kan også medvirke til at henlede parternes opmærksomhed på emnet, og derved give anledning til at eventuelle uklarheder bliver ryddet af vejen, inden der opstår tvist omkring dem.

Selv i det konkrete tilfælde kan den samfundsmæssige interesse imidlertid have et diffust indhold. Til eksemplet med indsamling af affald kan man således sige, at det er gjort klart, at kommunen har en lovbestemt pligt til at sørge for, at affaldet bliver bortskaffet, men hvad er det nærmere indhold i kravet om at gennemføre foranstaltninger, som tjener forbrugernes interesser? Denne uklarhed har betydning, både når den samfundsmæssige interesse fremgår af præamblen, og når den indgår i enkeltbestemmelser, idet uklare begreber ikke er så anvendelige som fortolkningsdata, som begreber der er klare og præcise. Dette er en naturlig følge af fortolkningens formål, at fastlægge kontraktens indhold og retsvirkning gennem afklaring af uklare elementer i kontrakten. Generelt må problemer med uklarheden forventes at slå stærkest igennem, hvor den samfundsmæssige interesse indgår i enkeltbestemmelser. Her er det nødvendigt at fastlægge det præcise indhold, før bestemmelsen kan anvendes, mens også præambler, der indeholder uklare begreber, kan have betydning for, hvordan kontrakten læses.

Eventuelle vanskeligheder ved at beskrive indholdet i den samfundsmæssige interesse vil ikke kun få betydning i de tilfælde, hvor interessen fremgår af kontraktens ordlyd. Kan en samfundsmæssig interesse ikke fremstilles tilstrækkeligt klart, er det forventeligt, at dette vil have betydning generelt for brugen af denne interesse som fortolkningsdata, hvilket som nævnt følger af fortolkningens formål. Spørgsmålet om uklarhed vedrørende beskrivelsen af en samfundsmæssig interesse i relation til en kontrakt behandles yderligere i afsnit 6.3.2.3.5 og 6.3.3.2 nedenfor.

#### **6.3.2.3.2 *Interessen som en del af kontraktens formål***

Varetagelse af en samfundsmæssig interesse kan være en del af formålet med en kontrakt. I domspraksis kan der findes flere eksempler på, at

---

252. Denne pligt følger af miljøbeskyttelsesloven, § 45, stk. 1.

## Kap. 6: Opfyldelse

samfundsmæssig interesse i denne sammenhæng har haft afgørende betydning ved fortolkning af en kontrakt.<sup>253</sup>

Hvilket formål, der forfølges med en kontrakt, kan fremgå af en mængde elementer. Således kan indholdet i selve kontrakten fastlægge dens formål, eksempelvis gennem en egentlig formålsbestemmelse eller, ofte mindre klart, gennem bestemmelser om ydelseernes omfang.<sup>254</sup> Også materiale, der tidsmæssigt ligger forud for selve kontrakten, kan give oplysninger om formålet med denne.<sup>255</sup> Endvidere kan også materiale, der fremkommer efter indgåelse af kontrakten give oplysninger om, hvad parterne har ønsket at opnå med kontrakten. En eventuel samfundsmæssig interesse i kontraktens formål kan fremgå af alle disse elementer. Det følger her af, at der er en vis overlapning mellem nærværende afsnit og afsnittene om de situationer hvor den samfundsmæssige interesse fremgår af henholdsvis kontraktens ordlyd (6.3.2.3.1), materiale forud for kontrakten (6.3.2.3.3) og efterfølgende materiale (6.3.2.3.4). Der er to årsager til, at tilfældene, hvor den samfundsmæssige interesse er en del af kontraktens formål, alligevel er behandlet i et særskilt afsnit. For det første kan eksistensen af en samfundsmæssig interesse i kontrakten fremgå af denne, forudgående eller efterfølgende materiale, uden at interessen kan siges at være en del af kontraktens formål. De tre områder rummer altså mere end blot fastlæggelse af kontraktens formål, og bør derfor behandles særskilt. For det andet forekommer der i domspraksis eksempler på kontrakter, til hvilke der af domstolene bliver knyttet en samfundsmæssig interesse, men hvor

---

253. Se eksempelvis U1962.579Ø, U1963.101H, U1990.724/4H og i øvrigt de domme der behandles nedenfor.

254. Som et eksempel på sidstnævnte, der dog giver en rimelig beskrivelse af kontraktens formål, kan nævnes følgende kontraktbestemmelse: "Amtet overdrager varetagelsen af ambulanceberedskab, akut ambulancekørsel og liggende patientbefordring m.v., jf. bilag 1, til Falcks Redningskorps. Overdragelsen indebærer, at Falcks Redningskorps udfører de forpligtelser, som i medfør af love, bekendtgørelser og aftaler påhviler amtet". Citatet stammer fra § 1 i en standardformular til brug ved indgåelse af overenskomster om ambulancetjeneste og patientbefordring. Standardformularen er godkendt af Amtsrådsforeningen, og er tilgængelig via internetadressen [www.arf.dk](http://www.arf.dk).

255. Det kan eksempelvis fremgå af forhandlinger forud for indgåelse af kontrakten, jf. U1990.724/4H, eller det kan fremgå af udbudsmateriale, fx at amtet ønsker at indgå kontrakt om forsyning af sygehuse med mad, og at denne skal være af en sådan beskaffenhed, at 95% af patienterne vil forlade hospitalet i bedre ernæringsmæssig forfatning, end da de blev indlagt.



det er vanskeligt at pege på en præcis faktor, af hvilken interessen fremgår. Det er sidstnævnte situation, der behandles i dette afsnit.

Som et eksempel på at der bliver knyttet en samfundsmæssig interesse til en kontrakt, uden at det er tydeligt, hvor af denne interesse fremgår, kan nævnes *U1980.343H*: i denne sag stod striden om, hvorvidt Horsens Kommune, trods en 40 år gammel aftale, kunne foretage en udvidelse af en kystvej med det formål at forbedre forholdene for trafikken til og fra Horsens' østlige opland. Den omstridte aftale blev indgået i 1935 mellem kommunen og ejerne af en række grunde beliggende ned til Horsens Fjord. I henhold til aftalen skulle grundejerne overdrage arealer vederlagsfrit til kommunen, mod at kommunen betalte for anlæg af en vej og gangsti mellem grundejernes ejendomme og fjorden. I aftalen fik grundejerne indføjet, at: "...der ingen Sinde maa foretages Opfyldninger uden for Stenglaciset eller anlægges nogen Baa-dehavn". Det var denne bestemmelse grundejerne henviste til under sagen, hvor de påstod, at beslutningen var i strid med aftalen fra 1935, og at den kun kunne gennemføres, hvis kommunen eksproprierede den ret, der fulgte af aftalen. Af landsrettens dom – der i henhold til grundene blev stadfæstet af Højesteret – fremgår det, at der ikke fra forhandlingerne i 1935 forelå oplysninger, der kunne belyse spørgsmålet om formålet med (omfanget af) den omstridte bestemmelse. I mangel heraf fandt retten, at aftalen "...naturligt måtte forstås således, at formålet med..." den omstridte bestemmelse havde været at sikre, at vejen forblev en kystvej, og at forhindre at der blev anlagt generende anlæg mellem ejendommene og vandet. Modsat fandt retten ikke, at der var "...holdepunkter for at antage...", at kommunen ved aftalen havde forpligtet sig til ikke at udbygge vejen, blot dette ikke ændrede dens karakter af kystvej eller medførte generende anlæg. Retten fandt herefter, at udvidelsen af vejen kunne foretages uden ekspropriation. Det fremgår ikke ordret af dommen, at dommerne har lagt afgørende vægt på hensynet til, at kommunen skal kunne sikre den nødvendige trafikregulering, noget der kan betegnes som en samfundsmæssig interesse. Alligevel må det være dette hensyn, der er det afgørende i dommen. Den antagelse bygger på, at der ikke i sagen bliver påvist en fælles vilje hos parterne vedrørende den omstridte bestemmelse, hverken gennem bestemmelsen selv, eller gennem andre faktorer som forhandlingsreferater eller formålstilkendegivelser. Det kan heller ikke af sagen ses, at der er holdepunkter, der viser, at hensynet til trafikreguleringen indgik

## Kap. 6: Opfyldelse

i parternes overvejelser omkring aftalen. I denne situation valgte retten at tillægge aftalen det *naturlige formål*, at der kun var tale om at sikre vejens status af kystvej, men at vejen godt kunne udvides. Det af retten valgte formål har uden tvivl meget for sig, men det er ikke det eneste rimelige; grundejernes interesse i ikke at få en stærkt trafikeret vej som nabo er forståelig, og peger i retning af, at formålet med den omstridte bestemmelse (også) var at hindre en udbygning af vejen. Det eneste, der synes at kunne begrunde rettens afvejning af de to, hver for sig rimelige løsninger, er den nævnte samfundsmæssige interesse, der imidlertid altså ikke har nogen umiddelbar tilknytning til kontrakten eller situationen omkring dens indgåelse. Dommen, der er et eksempel på anvendelse af det, som hos Alf Ross betegnes “pragmatiske faktorer”,<sup>256</sup> er udtryk for, at retten finder, at det samfundsmæssige hensyn er så åbenbart, at det ikke er nødvendigt, at det kommer klart til udtryk i forbindelse med aftalen. Dette må tages som udtryk for, at den samfundsmæssige interesse er ganske tungtvejende i sagen.

I denne sammenhæng kan også nævnes dommen i *U1975.399H*: i den sag havde Albertslund Kommune givet et menighedsråd tilsagn om vederlagsfrit at stille en nærmere angivet grund til rådighed for opførelse af en kirke. Efterfølgende blev tilsagnet ændret, således at kommunen nu ville overdrage en anden grund. Menighedsrådet sagsøgte herefter kommunen med påstand om, at denne skulle overdrage den oprindeligt lovede ejendom til rådet. I sin dom lægger Højesteret vægt på, at det oprindelige tilsagn blev givet som led i løsningen af den byplanmæssige opgave, kommunen var pålagt, og at ændringen af tilsagnet også skete for at varetage den byplanmæssige opgave, idet retten bemærkede, at udviklingen i området berettigede en ændring af tilsagnet.

Afslutningsvis skal nævnes et par domme, hvor samfundets interesse i forvaltningen af byggegrunde spiller en rolle. I *U1976.1H* blev hensynet til den interesse samfundet har i at få del i værdistigninger på dets (i sagen Rødby Kommunes) jordbesiddelser tillagt betydning af landsrettens flertal. I modsætning hertil fandt Højesteret ikke, at der i den konkrete sag kunne lægges afgørende vægt på denne interesse, og nåede det modsatte resultat af landsretten. Højesteret inddrager imidlertid et

---

256. Alf Ross: Om ret og retfærdighed, s. 168ff.

### 6.3 Mere om fortolkning

andet formål ved den omstridte kontrakt, der er af samfundsmæssig karakter, nemlig det at kommunen havde en væsentlig interesse i at få opført et hotel, blandt andet for at sikre beskæftigelsen i området.

I *U1966.145H* udløste salget af samtlige aktier i et aktieselskab en forkøbsklausul, der var en del af en salgsaftale mellem Torslunde-Ishøj Kommune og selskabet. I henhold til den aftale solgte kommunen en byggegrund til selskabet blandt andet på den betingelse, at hvis selskabet ville videresælge grunden i ubebygget stand, skulle kommunen have forkøbsret til den samme pris som kommunen opnåede gennem det oprindelige salg. Efter handlen blev selskabet solgt til 3. mand, ved at denne købte samtlige aktier i selskabet. Det eneste aktiv, der indgik i handlen, og den eneste årsag til at køber var interesseret i selskabet, var byggegrunden. Ved salget af selskabet opnåede sælger en højere pris for dette, end han havde givet for byggegrunden. Kommunen anlagde herefter sag med påstand om at få udbetalt den således opnåede fortjeneste. Såvel landsret som Højesteret fandt, at overdragelsen af aktierne reelt var udtryk for salg af grunden, og ikke selskabet, og dømte derfor sælger af selskabet til at afgive fortjenesten ved salget til kommunen. Når denne sag fremhæves som et eksempel på betydningen af den samfundsmæssig interesse i forvaltningen af jord til byggeri, er det fordi, det traditionelle udgangspunkt i forbindelse med salg af selskaber gennem overdragelse af aktier er, at det er "skallen", og ikke det der er inden i (i sagen byggegrunden), der bliver solgt.<sup>257</sup> Udfaldet i *U1966.145H* kan forklares med, at den part, der blev tilgodeset med forkøbsklausulen var en kommune, der repræsenterede samfundets interesser i at kunne forvalte byggejord på bestemte måder (kommunen havde ved det oprindelige salg blandt andet ønsket at fremme industri og håndværk i kommunen) og få andel i eventuelle værdistigninger på jorden (hvad der kom ind ved videresalg af grundene, lod kommunen indgå i en fond, hvis midler blev anvendt til byggeri for mindrebemidlede).

---

257. Det der er inden i skallen følger dog naturligvis med i handlen. På skatteretsområdet giver dette sig blandt andet udtryk i, at der ikke udløses beskatning af genvundne afskrivninger på de aktiver, der findes i selskabet. Se også afgørelsen i *U1969.25H* hvor salg af samtlige aktier i et aktieselskab ikke udløste ejerskifteafdrag på pantebrev udstedt af selskabet.

**6.3.2.3.3 Interessen fremgår af materiale forud for kontrakten**

Foruden at en samfundsmæssig interesse i en kontrakt kan fremgå af selve kontrakten på forskellig vis, jf. ovenfor, kan interessen også afsløres gennem materiale, der tidsmæssigt ligger før indgåelsen af kontrakten. Således kan den samfundsmæssige interesse vise sig i forbindelse med forhandlingerne forud for indgåelse. Se hertil eksempelvis *U1990.724/4H*: Holsted Kommune solgte en nedlagt skole til Stenderup Centret ApS med henblik på, at bygningen skulle anvendes til erhvervsformål. Selskabet forsøgte forgæves at udleje bygningen til det aftalte formål, hvorefter det lejede bygningen til Dansk Flygningehjælp med henblik på etablering af en produktionsskole for flygtninge. Kommunen nægtede at give tilladelse til denne anvendelse, og fastholdt det aftalte vilkår. Dette fik selskabet til at anlægge sag med påstand om erstatning for tabt lejeindtægt. Højesteret lægger til grund, at vilkåret om anvendelsen af bygningen blev drøftet indgående mellem parterne forud for underskrivelse af aftalen, og at det i den forbindelse af kommunen blev fremhævet, at man lagde vægt på at få nye aktiviteter, som fx småindustri, til byen. Bestemmelsen om anvendelse til erhvervsformål skal ses i lyset af dette. Uanset at betingelsen ikke blev gentaget i skødet, fandt Højesteret det ikke godtgjort, at kommunen havde givet afkald på vilkåret, og "...dette måtte stå klart for indstævnte [selskabet]".<sup>258</sup>

Udbudsmateriale er et andet forhold, af hvilket den samfundsmæssige interesse kan fremgå. Ofte vil en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed være resultatet af en udbudsrunde, enten pligtig<sup>259</sup> eller

---

258. I NRt. 1971.228 (Råkollvei-dommen) fandt den norske Høyesterett ikke, at materiale fra forhandlinger forud for indgåelse af en aftale om mageskifte kunne tillægges betydning, fordi forhandlingerne var foregået mellem den private part og kommunale embedsmænd, mens det var byrådet, der var den egentlige medkontrahent. Byrådet ikke antaget at have haft kendskab til de forudgående forhandlinger. Modsat i NRt. 1975.882, hvor forudgående korrespondance mellem embedsmænd og den private kontraktpart blev inddraget. Antaget at oplysningerne om forhandlingerne havde været tilgængelige for byrådet i form af resumé.

259. Om pligten for statslige instanser til at foretage udbud se cirk. nr. 159 af 17. december 2002. En tilsvarende generel regulering findes ikke for kommuner og amter, jf. Ruth Nielsen: Udbud af offentlige kontrakter, s. 141. Pligten til at foretage udbud kan også følge af lov, jf. lbk. 492 af 16. juni 1995 med senere ændringer, § 3, stk. 1 og servicelovens § 75 c. Det skal bemærkes, at EU's udbudsregler ikke regulerer, om en offentlig instans skal undersøge markedet for eksterne leverandører eller ej, men hvis den offentlige instans beslutter sig for at undersøge markedet, skal EU-reglerne iagttages, herunder

frivillig. I det materiale, der ligger til grund for udbudet, kan den samfundsmæssige interesse fremhæves af udbyder. Det kan eksempelvis ske ved, at det understreges, at udbyder prioriterer sikkerhed i levering og kvalitet højt, eventuelt under direkte henvisning til, at der er tale om ydelser, der er af betydning for samfundet, eller den enkelte bruger som samfundet har et ansvar overfor.<sup>260</sup>

Foruden i de tilfælde hvor den samfundsmæssige interesse er fremhævet i udbudsmaterialet, må det overvejes, om det ikke i en række tilfælde må kunne kræves, at medkontrahenten er bevidst om eksistensen af denne interesse, også selv om den ikke er udtrykkeligt omtalt i eventuelt udbudsmateriale. Dette vil i givet fald særligt kunne komme på tale i forbindelse med udlicitering af traditionelle offentlige ydelser så som ældrepleje og forsyningsvirksomhed, idet den samfundsmæssige interesse i disse ydelser ofte vil være åbenbar. Ved besvarelsen af dette spørgsmål kan man, for de mange tilfælde hvor kontrakten er resultat af et udbud, indledningsvis pege på, at der i almindelighed må stilles krav til udbudsmaterialet om en vis klarhed,<sup>261</sup> hvilket taler for at området for medkontrahentens burde-viden er indskrænket. Det kan hertil bemærkes, at foruden det almindelige krav til materialets klarhed, er et sådan krav udtrykkeligt nævnt i AB92 § 2, stk. 2.<sup>262</sup> Modsat er kravet ikke nævnt i ABSERVICE 2003; her falder man altså tilbage på det almindelige krav om et klart udbudsmateriale. Heller ikke i Finansministeriets udbudscirkulære er kravet nævnt direkte.<sup>263</sup> I forbindelse med kravet om et klart udbudsmateriale må man samtidig holde sig vanskelighederne ved at beskrive samfundsmæssig interesse for øje; det

---

naturligvis pligten til at foretage udbud (forudsat at tærskelværdierne er overskredet), men også blandt andet bestemmelserne vedrørende udbudsmateriale. Såvel stat som amter og kommuner er omfattet af EU's udbudsregler.

260. Hverken EU's udbudsdirektiver eller cirk. nr. 159 af 17. december 2002 nævner eksplicit samfundsmæssige interesser som noget, der skal omtales i udbudsmaterialet.

261. Hans Henrik Vagner: *Entrepriseret*, s. 79 med henvisning til flere kendelser om spørgsmålet fra Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed. Om kravet i forbindelse med EU's udbudsregler se Erik Hørlyck: *EU-udbud*, s. 42f.

262. Bestemmelsen i AB92 § 2, stk. 2, om at udbudsmaterialet "...skal være entydigt og således udformet, at der er klarhed over ydelseernes omfang og indhold" gælder umiddelbart kun for licitationer, der er omfattet af regelsættet, hvilket vil sige licitationer vedrørende arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, jf AB92 § 1, stk. 1, sammenholdt med stk. 3.

263. Cirk. nr. 159 af 17. december 2002. Det tidligere cirkulære på området (cirk. nr. 42 af 1. marts 1994) omtalte kravet i § 13.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

er ikke så let at beskrive dette krav, som det er at beskrive kravet til den maksimale lyd gennemtrængning mellem etagerne i en kontorbygning. Dette forhold taler imod at indskrænke området for, hvornår medkontrahenten burde have været opmærksom på eksistensen af den samfundsmæssige interesse.<sup>264</sup>

### **6.3.2.3.4 *Interessen fremgår af efterfølgende materiale***

At der er en samfundsmæssig interesse knyttet til en kontrakt kan også fremgå af materiale, der tidsmæssigt hører hjemme efter indgåelsen. Til sådant materiale henregnes i brede vendinger parternes adfærd efter indgåelsen.<sup>265</sup> Det kan eksempelvis være oplysninger om, hvordan kontraktens opfyldes, og hvordan parterne forholder sig i forhold til den andens handlinger.

For de kontrakter, der undersøges i denne afhandling, gælder, at der ofte vil være en vis offentlig opmærksomhed omkring kontraktens indgåelse. I den forbindelse er det meget tænkeligt, at indgåelsen vil blive fulgt af forskellige udmeldinger, eksempelvis udtalelser til pressen, måske primært fra en eventuelt offentlig part. Gennem sådanne udmeldinger kan medkontrahenten blive opmærksom på, at den anden kontraktpart lægger vægt på den samfundsmæssige interesse, der er forbundet med kontraktens opfyldelse. Til spørgsmålet om hvilken betydning sådanne udmeldinger kan have som fortolkningsdata, kan man hæfte sig ved den loyalitetspligt, der påhviler parterne i et kontraktforhold. I henhold til denne skal parterne ved kontraktens opfyldelse tage rimelige hensyn til hinandens interesser.<sup>266</sup> Det er herefter klart, at efterfølgende oplysninger, eksempelvis om eksistensen af en samfundsmæssig interesse, kan have betydning for parternes opfyldelse af kontrakten. Det er på den anden side også klart, at der er en grænse for, hvor langt en kontraktpart, under henvisning til loyalitetspligten, kan tvinges til at gå for at tage hensyn til en samfundsmæssig interesse, der først er kommet frem efter indgåelsen af kontrakten.

---

264. Spørgsmålet om uklarhed i udbudsmaterialet har sammenhæng med spørgsmålet om burde-viden i relation til eksistensen af en samfundsmæssig interesse. Sidstnævnte behandles i afsnit 6.3.2.3.5.

265. Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 324.

266. Bernhard Gomard: Obligationsret, 1. del, s. 46 og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 424. Loyalitetspligten behandles yderligere i afsnit 7.3.1.

Om betydningen af efterfølgende materiale kan det generelt bemærkes, at betydning af dette varierer afhængig af, hvilken kontraktstype der er tale om. Hvor der er tale om, at kontrakten opfyldes umiddelbart efter dens indgåelse, vil efterfølgende materiale naturligvis ikke få betydning. Modsat vil efterfølgende materiale få øget betydning i kontraktforhold, der løber over længere tid, dels fordi tiden giver mulighed for at efterfølgende materiale kan opstå, dels fordi de problemer, der giver anledning til fortolkning, kan opstå længe efter indgåelsen. Det sidste betyder, at det kan være vanskeligt at påvise parternes fælles vilje på indgåelsestidspunktet, hvorfor den opfattelse af indholdet i kontrakten, der er kommet til udtryk gennem den efterfølgende adfærd, kan træde i forgrunden.<sup>267</sup> For denne løsning taler også, at udviklingen i tiden efter indgåelsen kan betyde, at den løsning, der måtte fremgå af den oprindelige fælles vilje, ikke længere er den optimale for parterne. Den øgede betydning af efterfølgende materiale i forbindelse med kontrakter, der løber over længere tid, er værd at notere i forbindelse med de kontrakter, der er i fokus i denne afhandling, idet en del af disse givetvis vil falde ind under denne kategori. Det gælder eksempelvis for kontrakter om leverance af tjenesteydelser så som indsamling af affald, udbringning af mad og drift af plejehjem og andre institutioner.

#### **6.3.2.3.5 Hvilken betydning har en samfundsmæssig interesse?**

Det er fremgået af de foregående afsnit, at en samfundsmæssig interesse kan optræde som fortolkningsdatum, og dermed kan få betydning ved fortolkning af kontrakter. Herefter bliver det naturligt at spørge, hvilken betydning en samfundsmæssig interesse kan have for fortolkning af en kontrakt, eller med andre ord: hvor megen vægt kan interessen tillægges?

Det er naturligt at antage, at svaret på spørgsmålet om vægten af samfundsmæssig interesse afhænger af, hvor tydeligt interessen fremgår. Hvor en kontrakt er klar på dette område, eksempelvis ved at det direkte fremgår af ordlyden, at varetagelsen af den for kontrakten karakteristiske opgave er af samfundsmæssig interesse, kan interessen tillægges relativ megen vægt ved fortolkningen. Vanskeligere, men også mere interessant, bliver det i de tilfælde, hvor den samfundsmæssige

---

267. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 388 og Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 406.

## Kap. 6: Opfyldelse

interesse ikke fremgår, eller kun uklart fremgår, af kontrakten eller omstændighederne omkring denne.<sup>268</sup> I disse tilfælde bliver det afgørende for betydning af den samfundsmæssig interesse, hvad man kan kræve af kontraktens parter i relation til viden om eksistensen af interessen i tilknytning til kontrakten. Dette spørgsmål berører området for forudsætningssynspunkter. At sådanne synspunkter bliver anvendt ved fortolkning af kontrakter følger af domspraksis.<sup>269</sup> I vurderingen af hvilke krav der kan stilles til en medkontrahent i retning af at være opmærksom på eksistensen af den samfundsmæssige interesse, må den konkrete situation naturligvis iagttages. For en mere generel besvarelse af spørgsmålet kan man pege på, at kravet til parternes viden muligvis varierer, afhængig af hvilken opgave kontrakten drejer sig om. Følges denne tanke, kan man fordele opgaverne på en skala, i hvis ene ende man finder opgaver, der i henhold til lov er pålagt den ene part, og hvor den anden ende udgøres af kontrakter, der tilsyneladende ikke vedrører emner af samfundsmæssig interesse. Som eksempler på førstnævnte

---

268. Kontrakter, der ikke umiddelbart vedrører emner af samfundsmæssig interesse, er sådanne tilfælde, hvor man kan opleve, at den samfundsmæssige interesse i kontrakten ikke fremgår af kontrakten eller omstændighederne omkring den. Inddrager man i den sammenhæng en samfundsmæssig interesse, kan det diskuteres, hvorvidt der er tale om fortolkning eller udfyldning – man inddrager hensynet til en samfundsmæssig interesse knyttet til et forhold, der ikke direkte omtales i kontrakten, hvilket taler for, at der er tale om udfyldning, men kontrakten påvirker dog forholdet af samfundsmæssig interesse, hvilket taler for, at der er tale om fortolkning. Vi står her med et praktisk eksempel på de tidligere omtalte vanskeligheder ved sondringen mellem fortolkning og udfyldning. Det er formodentlig ikke muligt at nå frem til et endeligt resultat på en sådan diskussion, jf. Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 128f. Fælles for de situationer, der omtales i dette afsnit, er, at den ene part i kontrakten har en interesse i at varetage den samfundsmæssige interesse, der bliver påvirket af kontrakten. På grund af denne partstilknytning bliver problemstillingen behandlet som et fortolkningsspørgsmål. For omtale af situationer hvor ingen af kontraktens parter skal, eller ønsker at, varetage den samfundsmæssige interesse, se afsnit 6.4 om udfyldning.

269. Generelt om anvendelse af forudsætningssynspunkter se eksempelvis U1975.106H, U1995.624H og U1985.230V. Sidstnævnte dom drejer sig om en banks mulighed for at foretage modregning i udbetalingerne fra en kundes pensionsopsparing. Landsretten lagde vægt på, at opsparingen skete på baggrund af lovgivning, hvis formål var, gennem skattebegunstigelse og inflationssikring, at tilgodese pensions- og alderdomsforsørgelsesmæssige hensyn. Dette formål ville ikke blive opfyldt, hvis banken kunne foretage modregning i udbetalingerne. Det kan bemærkes, at adgang til modregning også indirekte ville give banken andel i den statsstøtte, i form af blandt andet skattebegunstigelsen, der var knyttet til opsparingen. Om anvendelse i forbindelse med forudsætning vedrørende samfundsmæssig interesse se eksempelvis U1994.545H, og i øvrigt de domme der er omtalt i det følgende.



### 6.3 Mere om fortolkning

opgaver kan nævnes indsamling af affald og hjemmehjælp,<sup>270</sup> mens kontrakter om køb af ejendomme er et eksempel på kontrakter fra den anden ende af skalaen. Når en kontrakt vedrører løsning af opgaver, der er pålagt den ene part ved lov, må det altid kunne lægges til grund, at den samfundsmæssige interesse er en klar forudsætning, også uden at dette fremgår af kontrakten eller materiale med tilknytning til denne. Den lidt teoretiske begrundelse for denne antagelse er, at medkontrahtenten har samme adgang til jus, som den part der er pålagt den lovpligtige opgave. Mere praktisk kan argumentationen baseres på det forhold, at parterne i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed vil være professionelle erhvervsdrivende, der må forventes at kende til de områder, de indgår kontrakter på, herunder også til relevant lovgivning. Drejer kontrakten sig om emner, der er placeret i den anden ende af skalaen, er det forventeligt, at der skal mere til, før det kan kræves, at medkontrahtenten burde være bevidst om forudsætningen om den samfundsmæssige interesse. Om denne forventning holder stik, kan nogle domme illustrere:

I *U1963.101H* havde en fabrikant og Lyngby-Taarbæk Kommune indgået aftale om fabrikantens køb af en erhvervsgrund i kommunen. Kommunen nægtede at stå ved handlen, da det kom frem, at fabrikanten ville opføre udlejningsbyggeri på grunden, og ikke, som antaget af kommunen, kun ville bruge grunden til at etablere egen produktionsvirksomhed. Ved Højesterets behandling af sagen påberåbte kommunen sig aftalelovens §§ 30 og 33 samt forudsætningslæren. Kommunen gjorde gældende, at fabrikanten under forhandlingerne af aftalen måtte være blevet klar over, at det var en forudsætning for handlen, at grunden blev brugt til etablering af produktionsvirksomhed og ikke til opførelse af udlejningsbyggeri. Højesteret inddrager ikke udtrykkeligt de påberåbte aftalelovsbestemmelser, men flertallet (3 af 5 dommere) bemærker, at fabrikanten, på trods af at han havde truffet beslutning herom, ikke ved de afsluttende forhandlinger med kommunen gav klar besked om, at han ville foretage udlejning. Flertallet bemærker endvidere, at der var tale om eftertragtede grunde, og at det var sagligt begrundet, når kommunen lagde vægt på dels formålet med købet af grunden – opførelse af fabrik til eget brug, ikke udlejningsbyggeri –

---

270. Jf. henholdsvis miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1, og servicelovens § 71.

## Kap. 6: Opfyldelse

dels kvarterets tilrettelæggelse og fremtræden. Herefter udtaler flertallet: “Det findes at have måttet stå appellanten [fabrikanten] klart, at kommunens interesser ved salget ikke alene var af økonomisk art, men tillige tog sigte på disse særlige forhold [formålet med købet af grunde og kvarterets tilrettelæggelse og fremtræden]”. Forudsætningssynspunktet har således en fremtrædende plads i flertallets afgørelse. Det skal bemærkes, at det, der i dommen er gengivet om forløbet forud for aftalen, ikke viser, at kommunen har gjort det klart, at det var en forudsætning for handlen, at de opførte bygninger ikke kunne udlejes, jf. også mindretallets afgørelse. Når den anførte forudsætning alligevel lægges afgørende til grund, kan det være udtryk for, at den samfundsmæssige interesse i anvendelsen af byggegrundene inddrages, og mindsker kravet til hvor tydelig forudsætningen skulle være. Kravet, til hvad køber burde vide om eksistensen af den samfundsmæssige interesse i at kunne styre planlægningen, synes her strengt, særlig når der henses til, at der var tale om at bygge en ejendom til erhvervsudlejning i stedet for at bygge en tekstilfabrik. Det skal bemærkes, at nok er kommunernes planlægningsopgave lovbestemt, men det var ikke det, kontrakten drejede sig om. At det, af hensyn til planlægningsopgaven, ved en kontrakt om ejendoms køb skal tillægges så megen betydning, om et byggeri er til eget brug eller udleje, kan ikke antages at være så åbenlyst, som eksempelvis at der er en samfundsmæssige interesse forbundet med leverance af hjemmehjælp.

I *U1980.343H*<sup>271</sup> er kravene til grundejernes burde-viden også strenge. Her var der fra forhandlingerne af kontrakten intet oplyst om omfanget af den omstridte bestemmelse, og ikke kun udlægningen af bestemmelsen til fordel for kommunen (og samfundsinteressen i trafikplanlægningen), men også udlægningen til fordel for grundejernes interesse i ikke at være nabo til en trafikeret vej synes at have noget for sig. Ordlydsfortolkning ville falde ud til fordel for grundejerne. Alligevel valgte såvel landsret som Højesteret at fortolke bestemmelsen til fordel for den samfundsmæssige interesse i trafikudvidelsen, uanset at denne interesse ikke ses omtalt i forbindelse med kontraktens indgåelse. Det skal her til bemærkes, at hensynet til den samfundsmæssige inter-

---

271. Sag om kystvej i Horsens Kommune; for resumé af sagen se afsnit 6.3.2.3.2.

esse kunne have været sikret, også selv om det ikke var sket gennem den valgte fortolkning af kontrakten, nemlig gennem ekspropriation.

I U1990.724/4H<sup>272</sup> var det en forudsætning, at ejendommen blev anvendt til erhvervsformål, idet kommunen herved søgte at tilgodese behovet for at trække nye erhvervsaktiviteter til byen. Denne forudsætning fremgik af slutsedlen, ligesom formålet med den var fremgået af et møde mellem parterne forud for kontraktens indgåelse. Forudsætningen var imidlertid ikke udtrykkeligt gentaget i en senere deklARATION eller i skødet. Her var det således ikke spørgsmålet om, hvorvidt forudsætningen var blevet fremhævet, men om den senere var blevet opgivet, der var stridspunktet. Højesteret fandt "...efter en samlet vurdering af hændelsesforløbet efter slutsedlen godtgjort, at appellanten [kommunen] ikke havde givet afkald på dette aftalevilkår, og dette måtte stå klart for indstævnte [selskabet]". Højesterets afgørelse i sagen er udtryk for et strengere krav til medkontrahentens viden om forudsætningen, end det der kommer til udtryk i landsrettens afgørelse, idet denne udtaler: "En sådan begrænsning i anvendelsesmulighederne måtte, såfremt det for sagsøgte havde været en væsentlig forudsætning, have gjort sig klart og utvetydigt til kende i skødet og/eller i den deklARATION, som blev tinglyst på ejendommen i forbindelse med salget". Dommen følger antagelsen om, at i forbindelse med handel med fast ejendom er udgangspunktet, at allerede slutsedlen (købsaftalen) er bindende.<sup>273</sup> Der er således ikke her tale om afvigelse fra den almindelige kontraktret som følge af, at den omstridte forudsætning vedrører en samfundsmæssig interesse.

På baggrund af de omtalte domme er det ikke muligt direkte at be- eller afkræfte antagelsen om, at kravene til burde-viden er afhængig af, om den for kontrakten karakteristiske opgave er pålagt den ene kontraktpart ved lov, eller om der er tale om en kontrakt, der ikke umiddelbart synes at være af samfundsmæssig interesse. Derimod viser dommene, at kravene til burde-viden i relation til eksistens af en samfundsmæssig interesse er ganske store, også hvor der er tale om kontrakter, der ikke umiddelbart synes at vedrøre opgaver af samfundsmæssig interesse. Svaret på det spørgsmål, der indledte dette afsnit – hvor megen

---

272. Sag om Holdsted Kommunes salg af nedlagt skole; for resumé af sagen se afsnit 6.3.2.3.3.

273. Henry Ussing: Aftaler, s. 97, Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 1), s. 70 og Lynge Andersen m.fl.: Aftaler og mellemmand, s. 381. Se også U1973.651H.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

vægt skal en samfundsmæssig interesse tillægges ved fortolkning af kontrakter – må herefter være, at en sådan interesse generelt skal tillægges megen vægt.

Den vægt, der bliver lagt på tilstedeværelsen af en samfundsmæssig interesse i forbindelse med fortolkning af kontrakter, stemmer overens med den betydelige vægt, samfundets interesse tillægges i andre, juridiske sammenhænge. Som et eksempel kan blot nævnes, at hensynet til almenvellet (samfundets interesse) er det eneste hensyn, der kan begrunde det alvorlige indgreb i ejendomsretten, som ekspropriation udgør, jf. grundlovens § 73, stk. 1. Se en tilsvarende regulering i EMK, tillægsprotokol 1, art. 1. Ligeledes kan hensynet til en række traditionelle samfundshensyn (den national sikkerhed, offentlig ro og orden, sundhed m.v.) begrunde begrænsninger i en række frihedsrettigheder i henhold til EMK, jf. stk. 2 i dennes art. 8-11. Fra det formueretlige område erindres, at vigtige almene interesser kan begrunde brud på patentlovgivningens beskyttelse af opfinders ret til at drage nytte af sin opfindelse, jf. patentlovens § 47.

### **6.3.2.3.6 Sammenfatning**

En samfundsmæssig interesse kan have betydning som fortolkningsdatum ved fortolkning af kontrakter. Interessen kan udledes af såvel selve kontrakten, som af materiale der tidsmæssigt er placeret henholdsvis før og efter indgåelsen af kontrakten. Endvidere ses der i domspraksis eksempler, hvor samfundsmæssig interesse er indfortolket i kontraktens formål, uden at det er tydeligt, at dette element er fremhævet ved indgåelsen. I tråd med dette er det ikke kun hvor en samfundsmæssig interesse fremgår klart af kontrakten, men også hvor forbindelsen mellem interessen og kontrakten er mere uklar, at interessen bliver tillagt betydelig vægt ved fortolkning. De generelle vanskeligheder ved at beskrive en samfundsmæssig interesse resulterer således ikke i, at begrebet mister sin værdi som fortolkningsdatum.

## **6.3.3 Fortolkningsregler**

### **6.3.3.1 Indledende bemærkninger**

Når man ved fortolkning af en kontrakt skal vælge mellem flere mulige fortolkningsalternativer, kan der være hjælp at hente i de såkaldte fortolkningsregler. Fortolkningsregler kan beskrives som generelt formu-

lerede regler, der opstiller formodninger for bestemte løsningsmønstre i en række givne situationer. Fortolkningsregler er opstillet uden hensyntagen til den konkrete kontrakt, og i de standardiserede løsninger, som reglerne foreskriver, bliver der ikke kun taget hensyn til kontraktens parter, men også til hvad der er ønskeligt set i relation til samfundets interesser.<sup>274</sup> Det skal understreges, at fortolkningsreglerne ikke alene kan være afgørende for, hvilket af flere fortolkningsalternativer der skal vælges.<sup>275</sup> Reglernes rolle er, for en typesituation (fx en uklart formuleret kontraktbestemmelse) at opstille udsagn om, hvilken løsning der almindeligvis vil følge af en række almindelige, overordnede hensyn. Om en given fortolkningsregel skal anvendes i forbindelse med den konkrete fortolkning, er det op til fortolkeren at afgøre. I denne afgørelse skal fortolkeren blandt andet foretage en vurdering af, om de overordnede hensyn, som fortolkningsreglen er udtryk for, også bør fremmes i den konkrete kontrakt.

Antallet af fortolkningsregler ligger ikke fast, men traditionelt omtales reglen om, at løfter skal fortolkes i retning af den forståelse, der er mindst byrdefuld for løftegiveren (minimumsreglen) og reglen om at kontrakter, i tilfælde af tvivl, skal fortolkes mod deres forfatter (uklarhedsreglen).<sup>276</sup> Yderligere omtaler nogle forfattere en regel om, at fortolkeren skal søge en udlægning af kontrakten, der sikrer at den opretholdes (gyldighedsreglen).<sup>277</sup> Endvidere omtales nogle steder såkaldte prioritetsregler.<sup>278</sup> Denne betegnelse dækker over forskellige retningslinier, der hver foreskriver en løsning i tilfælde af forskellige for-

---

274. Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand s. 415f.

275. Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 254, Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 389 og Geir Woxholth: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, s. 436.

276. Se eksempelvis Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 1), s. 186ff, Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 254ff (Gomard anvender betegnelsen *fortolkningsmaksimer*, for det der her kaldes fortolkningsregler), Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 344ff, Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 383ff, Kristian Huser: Avtaletolkning, s. 553ff og Geir Woxholth, s. 436ff.

277. Se eksempelvis Bryde Andersen: s. 353 og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 395f.

278. Se eksempelvis Kristian Huser: Avtaletolkning, s. 574ff, Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 254ff og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 393ff.

## Kap. 6: Opfyldelse

mer for modstrid mellem flere kontraktbestemmelser og/eller dokumenter med relation til kontrakten.<sup>279</sup>

Det er tidligere beskrevet, hvordan det kan være vanskeligt at beskrive en samfundsmæssig interesse.<sup>280</sup> Disse vanskeligheder kan resultere i, at den konkrete kontrakt bliver uklar, for så vidt angår punktet vedrørende eksistensen af en samfundsmæssig interesse og betydningen af denne for kontrakten. Af den grund forekommer det umiddelbart relevant at undersøge, om uklarhedsreglen kan anvendes i tilfælde af uklare kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Fokus er derfor rettet mod denne regel i det følgende.

### 6.3.3.2 Uklarhedsreglen

#### 6.3.3.2.1 Reglens indhold

Ovenfor er uklarhedsreglen beskrevet som reglen om, at kontrakter, i tilfælde af tvivl, skal fortolkes mod deres forfatter. Med den beskrivelse af indholdet kan reglen mere rammende betegnes med et andet navn for uklarhedsreglen, nemlig koncipistreglen. I de tilfælde, hvor styrkeforholdet mellem kontraktens parter ikke er lige, og den svage part ikke forfatter kontrakten, tjener reglen til at beskytte kontraktens svage part; den svage part skal vide, hvad han går ind på, hvorfor forfatteren skal udforme en klar kontrakt. Dette beskyttelseshensyn træder nok stærkest frem i kontrakter mellem forbrugere og erhvervsdrivende, hvor det sjældent vil være forbrugeren, der affatter kontrakten.<sup>281</sup> I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er beskyttelseshensynet ikke fremtrædende, da parterne typisk alle vil have betydelig styrke.

Uklarhedsreglen kan også gives et andet indhold, nemlig at hvis der er tvivl om, hvordan en kontrakt skal forstås, skal den fortolkes mod

---

279. I litteraturens omtale af prioritetsreglerne finder vi et eksempel på, hvordan fortolkningslærens forskellige elementer kan fremstilles under forskellige overskrifter. Således omtaler Bryde Andersen ikke prioritetsreglerne som fortolkningsregler, men behandler dem i forbindelse med omtalen af fortolkningsmetoder, jf. Grundlæggende aftaleret, s. 333ff.

280. Se i det hele kapitel 1 samt afsnit 6.3.2.3.1.

281. Uklarhedsreglen er for forbrugeraftaler kodificeret i aftalelovens § 38 b, stk. 1. Bemærk her at bestemmelsen kun foreskriver fortolkning til fordel for forbrugeren i tilfælde af, at den uklare bestemmelse ikke har været individuelt forhandlet.

den af parterne, der burde have forhindret uklarheden.<sup>282</sup> Med dette indhold fjerner man sig fra tanken om, at det er forfatteren, der, i alle sammenhænge, skal sikre klarhed, og lægger i stedet ansvaret herfor over på den part, der formodes at være nærmest til at kunne sikre et klart indhold. Hvem, der i denne sammenhæng er nærmest, beror i det konkrete tilfælde på en afvejning af forskellige faktorer. Hvem, der affatter kontrakten, og parternes kyndighed er to sådanne faktorer, eventuel specialviden inden for et område er en tredje.<sup>283</sup> Et andet hensyn, som uklarhedsreglen varetager, træder frem med denne indholdsbeskrivelse. Det er et forebyggelseshensyn, idet risikoen for koncipisten skal motivere denne til at udforme den bedst mulige kontrakt. I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed synes behovet for at beskytte en svag kontraktpart, som nævnt, ikke at være fremtrædende. Ønsket om klart formulerede kontrakter er imidlertid, naturligvis, lige så påtrængende i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, som det er i forbindelse med andre kontraktstyper.

I relation til det nævnte forebyggelseshensyn, og tanken bag dette om at sikre de bedst mulige kontrakter, må den bredere formulering af reglen siges at være mere velegnet end den snævre, fordi den brede formulering kræver, at alle kontraktparter anstrenger sig for at skabe en klar kontrakt. På den baggrund foretrækkes i denne afhandling den brede formulering af uklarhedsreglen. Dette valg støttes også på det forhold, at det herved får en mere anvendelig regel. Den snævre formulering fokusering på forfatteren betyder, at reglen ikke kan anvendes i de tilfælde, hvor det af den ene eller anden grund ikke er muligt at identificere forfatteren til den uklare formulering. Endvidere kan det føre til urimelige resultater at anvende reglen i de tilfælde, hvor den ene part, mere eller mindre tilfældigt, står som forfatter af en bestemmelse, som den anden part tydeligvis kunne have bidraget til en bedre formulering af.

---

282. Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 553ff, Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 1), s. 188 og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 386.

283. Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 561f.

#### 6.3.3.2 Uklarhedsreglen og agreed documents

Det er fremhævet, at uklarhedsreglen ikke finder anvendelse, hvor en kontrakt baserer sig på et såkaldt agreed document, altså standardvilkår udarbejdet af repræsentanter for de parter, der senere anvender vilkårene.<sup>284</sup> I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed foreligger der relevante agreed documents, i særdeleshed ABSer-service 2003. Der skal derfor knyttes nogle bemærkninger til emnet i det følgende.

Afvisningen af at anvende uklarhedsreglen på agreed documents kan bunde i to forhold. For det første antages det, at et agreed document er udtryk for et afbalanceret forhandlingsresultat mellem ligeværdige parter, og denne balance skal ikke forrykkes ved, gennem uklarhedsreglen, at pålægge den ene kontraktpart ensidige byrder. For det andet er et agreed document per definition ikke forfattet af nogen af kontraktparterne. Af den grund giver det ikke mening at ville fortolke kontrakten mod dens forfatter.

For så vidt angår antagelse om de balancerede vilkår, forekommer det rimeligt at antage, at agreed documents, i højere grad end tilfældet er ved individuelle kontrakter, er udtryk for resultat af forhandlinger mellem ligeværdige parter, ligesom det kan fremhæves, at agreed documents ikke er blevet til under samme tidspres, som kan forekomme ved almindelige kontraktforhandlinger. Dette kan meget vel føre til vilkår, der er bedre afbalancerede, end tilfældet er med individuelle kontrakter. Samtidig skal man dog bemærke, at fordi standardvilkårene skal kunne anvendes i en række forskellige konkrete situationer, er de nødt til at være udformet med en betydelig fleksibilitet. Den konkrete anvendelse af vilkårene kan derfor resultere i en kontrakt, hvor den oprindelige balance fra standardvilkårene er blevet forrykket. Balanceargumentet synes derfor ikke at kunne bruges til fuldstændigt at afvise anvendelse af uklarhedsreglen i forbindelse med agreed documents.

Argumentet, om at ingen af kontraktens parter er forfattere, når der bliver gjort brug af standardvilkår, må analyseres ud fra såvel den snævre som den brede beskrivelse af uklarhedsreglen. Anvender man

---

284. Se eksempelvis Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 346 og Lennart Lyngge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemænd, s. 409, og mindre kategorisk Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 258 og Kristian Huser: Avtaletolkning, s. 559.



den snævre beskrivelse, er det rigtigt, at det ikke giver mening at anvende reglen i forbindelse med agreed documents. Reglen fokuserer jo netop på forfatterens rolle, og kan derfor ikke, i mangel af forfattere blandt parterne, give indikationer om, hvordan kontrakten skal fortolkes. Heller ikke selv om man antager, at kontraktens parter, gennem repræsentanter, indirekte har forfattet kontrakten, er der hjælp at hente i uklarhedsreglen. I så fald vil begge parter jo stå som forfattere.

Den brede definition af uklarhedsreglen adskiller sig fra den snævre ved ikke ensidigt at fortolke mod forfatteren, men i stedet fortolke mod den part der burde have sikret klarhed. Det følger her af, at man ikke kan anvende argumentet om manglende forfattere som begrundelse for, ikke at anvende uklarhedsreglen i denne udgave i forbindelse med agreed documents. Det der bliver afgørende, for om reglen kan anvendes, er om det er rimeligt at placere ansvaret for den manglende klarhed hos en af parterne.

Sammenfattende synes det rigtigt at antage, at der i forbindelse med agreed documents er mindre spillerum for anvendelse af uklarhedsreglen, end tilfældet er ved enkelt-kontrakter. Fuldstændigt at afvise anvendelse af reglen synes dog for drastisk.

Tænker man sig en situation, hvor en kontraktpart gør gældende, at en standardbestemmelse om ydelsen skal forstås sådan, at der skal tages højde for en samfundsmæssig interesse i ydelsen, men en sådan udlægning ikke er ganske klar, følger det af den brede formulering af uklarhedsreglen, at parten får ret, hvis den anden part var nærmest til at have sikret klarhed om spørgsmålet. I relation til samfundsmæssig interesse forekommer det mest oplagt, at det vil være en offentlig part, der påberåber sig hensynet til samfundets interesse. Ligeledes forekommer det sandsynligt, at den offentlige part var nærmest til at sikre klarhed om spørgsmålet. Begge disse antagelser bygger på, at den offentlige part ofte har en særlig tilknytning til den samfundsmæssige interesse. Dette fører til en formodning om, at anvendelse af uklarhedsreglen på agreed documents i forbindelse med påberåbelse af samfundsmæssig interesse ofte vil lede til en fortolkning mod den offentlige part.

#### **6.3.3.2.3 Uklarhedsreglen og samfundets interesse**

I afsnit 6.3.2.3.5 berørte vi spørgsmålet om, hvilke krav der kan stilles til kontrahenternes viden om eksistensen af en samfundsmæssig interesse, i de tilfælde hvor en sådan interesse ikke er omtalt udtrykkeligt i

## Kap. 6: Opfyldelse

kontrakten eller i materiale forbundet med den. Dette spørgsmål tages op igen i det følgende, da det har en sammenhæng med, hvor klart en kontrakt skal udformes, og hvem der i givet fald skal bære ansvaret for uklarheder.

Uklarhedsreglen leverer det generelle svar på spørgsmålet om, hvem der skal bære ansvaret for uklarhed omkring eksistensen af en samfundsmæssig interesse, nemlig den der er nærmest til at sikre klarhed om emnet. Som nævnt ovenfor beror det på en konkret afvejning, hvem der i det enkelte tilfælde er nærmest til at sikre denne klarhed. I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed vil der som hovedregel være en offentlig instans som kontraktpart, og det synes rimeligt at antage, at denne part som udgangspunkt er den, der er nærmest til at sikre klarhed omkring eksistensen af en samfundsmæssig interesse. I tilfælde af uklarhed vedrørende eksistensen af samfundsmæssig interesse er formodningen herefter, at kontrakterne fortolkes mod den offentlige part.

Uklarhedsreglen bidrager ikke til at løse spørgsmålet om, hvor klart en kontrakt skal være udformet. Til dette spørgsmål kan der muligvis hentes bidrag i domspraksis. I *U1963.101H*<sup>285</sup> var det afgørende, at kommunens salg af grunden ikke kun var drevet af økonomiske interesser, men at der også lå planlægningsmæssig hensyn bag. Det fremgår ikke af dommen, at kommunen havde gjort de planlægningsmæssige interesser klart for køber, hvorfor dommen må ses som udtryk for, at kravene til klarhed vedrørende samfundsmæssig interesse ikke har været højt. Et tilsvarende resultat finder man i *U1980.343H*.<sup>286</sup> Heller ikke her fremgik den samfundsmæssige interesse af kontrakten eller materialet omkring denne. Alligevel lægger Højesteret afgørende vægt på denne interesse, til umiddelbar fordel for kommunen.

Hverken i forbindelse med *U1963.101H* eller *U1980.343H* indgår den samfundsmæssige interesse direkte i kontrakten, men indregnes i fortolkningen i form af en forudsætning for denne. Dommene må derfor anses for afgjort ud fra forudsætningssynspunkter snarere end ved anvendelse af uklarhedsreglen. Alligevel kan de give et fingerpeg om, hvilke krav der stilles til klarheden i kontraktbestemmelser, og dette

---

285. Sag om Lyngby-Taarbæk Kommunes salg af byggegrund; for resumé af sagen se afsnit 6.3.2.3.5.

286. Sag om kystvej i Horsens Kommune; for resumé af sagen se afsnit 6.3.2.3.2.

krav synes ikke at være stort. Om kravet til klarhed i formulering af en samfundsmæssig interesse i kontrakter er så lavt, at der reelt vil være tale om, at uklarhedsreglen ikke anvendes ved fortolkning af bestemmelser af den art, kan ikke afgøres på baggrund af de nævnte domme, jf. det anførte om forudsætningslæren frem for uklarhedsreglen, men de synes dog at indikere noget sådant. I forening peger rimelighedsbetragtninger og de generelle vanskeligheder ved at beskrive indholdet i en samfundsmæssig interesse i samme retning. Hvis det i det konkrete tilfælde ikke er muligt at beskrive den samfundsmæssige interesse, der er knyttet til kontrakten, synes det at være en drastisk konsekvens at lade dette gå ud over den offentlige part, og ikke mindst netop den samfundsmæssige interesse, altså de personer der bliver berørt, hvis denne interesse ikke bliver varetaget.

Sammenfatter man ovenstående, synes uklarhedsreglen ikke at spille nogen særlig rolle i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Dette har god sammenhæng med de høje krav til burdeviden i relation til eksistensen af en samfundsmæssig interesse, der medfører, at det bliver vanskeligt at tale om, at den ene part er nærmest til at sikre klarhed

#### 6.3.4 Fortolkningen af kontraktstyper

##### 6.3.4.1 Vedvarende kontraktforhold

De mange forskellige transaktioner med udveksling af ydelser, der hver dag foregår i et moderne samfund, resulterer i en lang række forskellige kontraktstyper. Kontrakter om handel med fast ejendom, køb af en enkelt vare og kontrakter om levering af tjenesteydelser er blot nogle enkelte eksempler. Ligesom der er fælles træk ved de forskellige kontraktstyper, er der også på nogle punkter markante forskelle. Et resultat af disse forskelle er, at kontraktstyperne ikke i alle sammenhænge skal fortolkes ens.<sup>287</sup>

Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan, som påpeget i afsnit 2.4.4, være flere forskellige kontraktstyper, hvorfor det ikke er givet, at der i alle forhold kan tales om en entydig måde at fortolke sådanne kontrakter på. Nogle kontraktstyper er dog mere almindelige end andre, i relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

---

287. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 405.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

Eksempelvis vil kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte være vedvarende kontraktforhold. Derfor er der grund til i det følgende at se lidt nærmere på fortolkning af sådanne.

Med vedvarende kontraktforhold forstås kontrakter, der er indgået for et bestemt tidsrum eller uden tidsbegrænsning, men med opsigelsesadgang, og hvor der løbende præsteres ydelser. Denne konstruktion giver mulighed for lange kontraktperioder, hvilket påvirker fortolkningen af kontrakten. Hvis tvisten om kontraktens indhold først opstår lang tid efter indgåelsen, kan det være vanskeligt at sige noget om, hvilke subjektive motiver parterne havde ved indgåelsen, hvis de overhovedet kan antages at have gjort sig forestillinger om problemet.<sup>288</sup> Er det ikke muligt at finde frem til parternes fælles vilje på indgåelsestidspunktet, kan fortolkeren i stedet søge at finde en efterfølgende fælles vilje hos parterne. Dette kan ske ved at inddrage parternes handlinger gennem kontraktforløbet.<sup>289</sup> Dette fortolkningsdatum får herved øget vægt i forbindelse med fortolkning af vedvarende kontrakter af længere varighed.

Hvor det ikke er muligt at sige noget om, hvad der er parternes fælles vilje med den omstridte bestemmelse, er det en mulighed at fortolke denne ud fra dens ordlyd.<sup>290</sup> Særligt hvor der er tale om, at den faktiske situation har udviklet sig på en uforudsigelig måde har ordlydsfortolkningen dog klare ulemper, idet man med denne let opnår et fortolkningsresultat, der er ude af trit med udviklingen, og derfor ikke fremstår som rimeligt og fornuftigt. I sådanne fortolkningsituationer kan man sikre et brugbart resultat ved at inddrage rimelighedsbetragtninger. Blandt andet hensynet til samfundets interesse får herved øget betydning. Argumentation ved hjælp af rimelighedsbetragtninger forekommer her mere reelle end mere eller mindre vidtløftige forsøg på at fastslå en fælles vilje, eller argumentation på baggrund af formålsbetragtninger der langt fra er indlysende.

---

288. Dette problem er ikke særegent for vedvarende kontrakter, men gælder i alle tilfælde af kontrakter der løber over lang tid, også hvor der ikke er tale om løbende præstation af ydelser; se hertil U1980.343H, hvor der netop ikke forelå oplysninger fra forhandlingerne af en 40 år gammel kontrakt, og hvor en af årsagerne til tvisten, den trafikale udvikling, næppe indgik i parternes forestillinger på indgåelsestidspunktet.

289. Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 390. Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 329 og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 406.

290. Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 390.

#### 6.3.4.2 Partneringaftaler

Partneringaftaler er aftaler om samarbejde, og som omtalt i afsnit 2.4.4 kan sådanne aftaler være af samfundsmæssig interesse. Da partnering i faglitteraturen inden for begrebets kerneområde af flere spås en stor fremtid,<sup>291</sup> og da begrebet i andre lande end Danmark er knyttet til andre brancher end byggebranchen,<sup>292</sup> skal der i det følgende knyttes nogle bemærkninger til fortolkning af partneringaftaler.

Hvis det samarbejde, der indstiftes med underskrivelse af partneringaftalen, går godt, vil partneringaftalen ikke stå alene, men indgå som en brik blandt flere i et aftalekompleks, hvis hovedformål er at gennemføre den centrale opgave. I det følgende beskæftiger vi os kun med denne situation, mens vi ikke skal beskæftige os med de spørgsmål, blandt andet af suppleringsmæssig karakter, der er forbundet med den situation, hvor parterne bliver uenige om selve partneringaftalen, allerede inden det kommer til en materiel aftale. Denne afgrænsning er begrundet med, at den samfundsmæssige interesse er mest fremtrædende i de tilfælde, hvor samarbejdet fører til faktisk udførelse af den opgave, af hvilken den samfundsmæssige opgave udspringer.

Det aftalekompleks som partneringaftalen kan indgå som en del af, kan foruden partneringaftalen, der indeholder rammerne for samarbejdet, bestå af en materiel kontrakt, der regulerer den opgave, der er i centrum for samarbejdet. Den materielle kontrakt kan selv bestå af flere selvstændige dokumenter, eksempelvis selve kontrakten, udbudsmateriale og tilbud. Der er i afsnit 2.4.4 argumenteret for, at partneringaftaler er almindelige kontrakter på lige fod med kontrakter om andet samarbejde. Det samme må antages at gælde for resten af aftalekomplekset. Udgangspunktet for fortolkning må derfor blive den almindelige fortolkningslære. Samtidig må det erindres, at partneringarrangementet er kendetegnet ved en række faktorer, der er af væsentlig betydning for samarbejdets natur. Det er forhold som samarbejde, fælles værdiskabelse og fælles mål, synergi, kommunikation og tillid. Disse faktorer vil som regel udmønte sig i bestemmelser i partneringaftalen.<sup>293</sup>

---

291. Se eksempelvis Neil Rackham m.fl.: *Getting partnering right*, s. 1 og Anne Deering og Anne Murphy: *The difference engine*, s. 17.

292. I Danmark er begrebet til nu hovedsageligt anvendt inden for byggebranchen.

293. Se til eksempel det paradigma til partneringaftale der er opstillet i *Danske Entreprenører m.fl.: Partnering i praksis – vejledning i partnering*. Her fremgår nogle af de nævnte faktorer af bestemmelserne i pkt. 2, 4, 6.2 og 6.3.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

På den måde bliver de bærende elementer i partneringarrangementet en synlig del af aftalekomplekset. Partneringaftalen bliver herved en tydelig markering af parternes vilje i relation til hele aftalekomplekset, og som sådan kan den få betydning ved fortolkning af dette, herunder også den materielle kontrakt. Det bliver derfor påkrævet, at fortolkeren tager stilling til de noget uklare begreber som eksempelvis udstrækningen af et krav om fuld åbenhed om økonomi; en vanskelig, men ikke umulig, opgave.

Selv om partnering kan indebærer meget tætte samarbejdsrelationer, også tættere end tilfældet er ved traditionelt samarbejde og kontraktforhold, er mange af de begreber, der er knyttet til partnering ikke fuldstændig fremmede for den almindelige kontrakt. Også almindelige kontrakter kan indeholde bestemmelser om eksempelvis løbende regulering af ydelsernes omfang og konfliktløsning gennem dialog mellem parterne, eventuelt i form af mediation. Som et tredje eksempel kan man pege på, at loyalitetspligten mellem kontraktparter indebærer, at hver part skal bestræbe sig på at gennemføre kontrakten efter dens indhold.<sup>294</sup> Det forhold, at de specielle træk ved partnering ikke er ukendte i forbindelse med almindelige kontrakter, giver formodning for, at fortolkning af partneringaftaler, og der til hørende kontrakter, kan håndteres inden for rammerne af den almindelige fortolkningslære. Det skal i den forbindelse erindres, at de retningslinier for fortolkning, der er opstillet i form af fortolkningsmetoder og -regler, sikrer, at hensynet til rimelighed og almene interesser inddrages ved fortolkning af den enkelte kontrakt. Af den vej er det muligt, inden for den almindelige fortolkningslære, at inddrage de krav om åbenhed, gensidig respekt og tillid, der ligger til grund for partneringaftalens formål om at sikre et samarbejde i løbende udvikling.

Afslutningsvis vendes blikket mod partnering specifikt i relation til kontrakter af samfundsmæssig interesse. I den udstrækning partnering drejer sig om et samarbejde vedrørende en opgave af samfundsmæssig interesse, og dette samarbejde involverer flere selvstændige parter, kan partneringaftalen medvirke til at gøre den samfundsmæssige interesse i samarbejdets enkelte dele tydeligere. Et eksempel til illustration:<sup>295</sup> et

---

294. Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 121 og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 426ff.

295. Bemærk at eksemplet er konstrueret alene med henblik på at illustrere partnerings

amt ønsker at opfylde sine sygehusopgaver i henhold til sygehusloven ved at indgå aftaler med eksterne leverandører. Efter traditionel model kan amtet indgå kontrakt med en totalleverandør, der så bliver ansvarlig for at opfylde totalentreprisen, eventuelt gennem andre, enkeltstående, kontrakter med underleverandører. Alternativt kan amtet vælge selv at indgå kontrakterne med de enkelte leverandører af eksempelvis materialer, rengøring, mad, sygepleje og lægeydelser. Som en tredje mulighed kan amtet indgå i et samarbejde i form af partnering. Her vil der så eksempelvis blive indgået én partneringaftale med alle leverandører, og efterfølgende materielle kontrakter om de forskellige ydelser. Samarbejdet giver mulighed for at de enkelte leverandører, der må anses for at have særlig indsigt på netop deres område, fra et tidligt tidspunkt kan være med til at præge forløbet omkring præstationen af den centrale ydelse, driften af et sygehus. Ved at indgå en samlet aftale med alle leverandører kan amtet også opnå, at alle leverandører bliver opmærksomme på, at netop deres ydelse (i henhold til de materielle kontrakter) er en brik i den totale kontrakt, hvis formål det er at løse den lovbundne sygehusopgave, som amtet er pålagt. Herved kan den samfundsmæssig interesse i amtets materielle kontrakt med eksempelvis rengøringsfirmaet komme tydeligere frem, end hvis kontrakten var indgået på traditionel, bilateral facon. En sådan tydeliggørelse kan få betydning ved fortolkning af de materielle kontrakter, jf. i det hele det tidligere anførte om samfundsmæssig interesse og fortolkning.<sup>296</sup>

## 6.4 Mere om udfyldning

Udfyldning anvendes som betegnelse for den aktivitet, der foregår, når man skal fastlægge retsvirkningerne af en kontrakt på områder, hvor

---

mulige betydning i forbindelse med samarbejde mellem mere end to parter om løsning af en opgave med samfundsmæssig interesse. Der er ikke taget stilling til, om eksemplet er praktisk gennemførligt, herunder om der er regler i sygehuslovgivningen, der hindrer modellen. Ligeledes er der ikke taget hensyn til eventuelle barrierer i form af udbudsregler m.v.

296. Det bør for fuldstændighedens skyld bemærkes, at partnering ikke er den eneste måde, hvor på man kan sikre et tæt, åbent og dynamisk samarbejde, hvor der er fokus på helheden. Se her til også Partnering – et studie af nye samarbejdsformer i byggeriet, s. 14f.

## Kap. 6: Opfyldelse

kontrakten ikke selv giver konkret støtte for en løsning.<sup>297</sup> Den, der skal supplere en kontrakt gennem udfyldning, må altså gøre brug af materiale, der ligger uden for kontrakten. Sådant materiale kan findes en lang række steder. Således er både lovgivning, domspraksis og sædvaner kilder til udfyldning,<sup>298</sup> ligesom vurderinger, af hvad der er rimeligt eller formålstjenligt, kan anvendes.<sup>299</sup> Muligheden for at en samfundsmæssig interesse kan have betydning ved udfyldning belyses i det følgende.

Vi så i afsnit 6.3.2.3.5, hvordan en samfundsmæssig interesse kunne spille ind i tilfælde, hvor kontrakter ikke umiddelbart angik det forhold, som den samfundsmæssige interesse drejede sig om, eksempelvis ved en kontrakt om en kommunes salg af jord, hvor der er en samfundsmæssig interesse knyttet til den overordnede anvendelse af kommunal jordbesiddelse. Fælles for de tilfælde, der er omtalt i afsnit 6.3.2.3.5 er, at den ene part i kontrakten har interesse i at varetage den samfundsmæssige interesse, selv om denne ikke umiddelbart vedrører kontrakten. Denne forbindelse mellem en kontraktpart og den samfundsmæssige interesse knytter interessen til kontrakten på en måde, så disse tilfælde anskues som fortolkningsspørgsmål.

Det er imidlertid ikke givet, at parterne i en kontrakt af samfundsmæssig interesse altid selv skal, eller ønsker at, varetage denne interesse. Noget sådant kan eksempelvis tænkes at være tilfældet, hvor kontraktens parter er private virksomheder. Den samfundsmæssige interesse, der er i, at borgere og virksomheder har konstant adgang til rigelige mængder elektricitet, afspejles således ikke nødvendigvis i de interesser, der er hos parterne i en kontrakt om køb af elektricitet til distribution til brugerne. Hvor en samfundsmæssig interesse ikke har tilknytning til en af kontraktens parter, fremgår interessen ikke af kontraktens ordlyd, ligesom den ikke fremgår af formål eller som en underliggende forudsætning. I disse tilfælde synes forbindelse mellem kontrakten og den samfundsmæssige interesse så fjern at spørgsmålet om

---

297. Henry Ussing: *Aftaler*, s. 432, Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 321 og 355 og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 433.

298. Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 1), s. 203ff og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 434.

299. Kristian Huser: *Avtaletolking*, s. 92 og s. 127, Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 441 og Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 355.



inddragelse af den samfundsmæssig interesse må behandles som udfyldning.

Da der ofte vil være en offentlig instans blandt parterne i de kontrakter, der er i centrum for denne afhandling, er det relevant at spørge, om den beskrevne situation kun forekommer, når der er tale om kontrakter mellem private, eller om der også kan tænkes kontrakter med en offentlig part, hvor parterne ikke har interesse i at varetage en samfundsmæssig interesse. Til dette kan man hæfte sig ved, at det offentlige er forskellig fra samfundet,<sup>300</sup> hvorfor det offentlige, når det optræder som kontraktpart, som udgangspunkt heller ikke nødvendigvis har interesse i at varetage samfundets interesse. Som en modifikation til dette udgangspunkt kan man pege på de tilfælde, hvor den offentlige part og den samfundsmæssig interesse er knyttet sammen på den måde, at den offentlige part ved lov er pålagt at varetage den samfundsmæssige interesse, eller rettere den opgave til hvilken interessen er knyttet. Foruden i disse tilfælde er det nærliggende at antage, at det også i almindelighed er sådan, at offentlige instanser varetager samfundets interesse, herunder også når de optræder som parter i kontrakter, der drejer sig om opgaver, det ikke ved lov er den offentlige parts opgave at varetage. Begrundelsen for den antagelse skal findes i, at det er uholdbart, hvis en offentlig instans, gennem et kontraktforhold, modarbejder en samfundsmæssig interesse, som det er en anden offentlig instans opgave at varetage; i sådanne tilfælde slår det igennem, at forskellige offentlige instanser set udefra har en grad af uniformitet. Antagelsen holder imidlertid næppe stik i alle tilfælde. Sammenfattende kan man altså ikke afvise, at der kan forekomme kontrakter med offentlig deltagelse, hvor parterne ikke har interesse i at varetage en samfundsmæssig interesse.

I forbindelse med kontrakter, hvor parterne ikke har interesse i at varetage den samfundsmæssige interesse, kan eksistensen af denne interesse fremgå af lovgivning, der regulerer den opgave, kontrakten drejer sig om. Den samfundsmæssig interesse kan i sådanne tilfælde få betydning ved udfyldningen, fordi kontrakten ses i sammenhæng med lovgivningen, uanset at parterne ikke i forbindelse med kontrakten har forholdt sig til lovgivningen. Det må antages, at den samfundsmæssige

---

300. Se nærmere herom i afsnit 1.3.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

interesse tillægges betydelig vægt i disse situationer. Denne antagelse bygger på, hvad der tidligere er fremgået om den samfundsmæssige interesses betydning i den, på mange måder lignende, situation, hvor den ene kontraktpart har interesse i at varetage den samfundsmæssige interesse, men hvor kontrakten ikke umiddelbart vedrører denne interesse. Her synes en samfundsmæssig interesse at skulle tillægges betydelig vægt, jf. afsnit 6.3.2.3.5.

Den samfundsmæssig interesse i relation til en kontrakt kan også spille ind ved, at der i forbindelse med udfyldningen bliver lagt vægt på, hvad der er en rimelig og formålstjenlig forståelse af kontrakten. Det vil i den forbindelse ikke forekomme formålstjenligt, hvis en kontrakt udlægges sådan, at dens indhold strider i mod, hvad der anses som samfundets interesse. Har staten eksempelvis brugt mange penge på at sikre grundvandet, forekommer det ikke formålstjenligt, at en kontrakt fortolkes på en måde, der giver parterne mulighed for at opfylde kontrakten med den følge, at grundvandet bliver forurennet. Til spørgsmålet om hvor kraftig betydningen af en samfundsmæssig interesse vil være i disse tilfælde, må man, som altid, starte med den reservation, der ligger i, at vægten af et givent hensyn varierer med den konkrete situation.<sup>301</sup> Når dette er sagt, skal det påpeges, at netop i forbindelse med udfyldning synes det nærliggende at antage, at en samfundsmæssig interesse vil slå igennem. Begrundelsen for dette skal findes i, at udfyldning, i høj grad er udtryk for at overordnede hensyn anvendes på den konkrete kontrakt, og en samfundsmæssig interesse er netop et sådan overordnet hensyn. Til dette kan man føje, at mens hensynet, til hvad der forekommer som en rimelig og formålstjenlig udlægning i forbindelse med fortolkning, fremstår som det fortolkningsbidrag, der står længst væk fra kontrakten og parternes egen vilje, og derfor ofte betragtes som lavest rangerende i forbindelse med supplerings,<sup>302</sup> så er det kendetegnende for de kilder, der anvendes ved udfyldning, at disse alle står langt fra kontrakten, jf. definitionen af hvad udfyldning er.

---

301. Se om den relativistiske juridiske metode i forbindelse med fortolkning hos Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 90ff og s. 548ff. Noget tilsvarende gælder i forbindelse med udfyldning.

302. Se eksempelvis Kristian Huser: *Avtaletolkning*, s. 550.

## 6.5 Særligt om ydelserne

### 6.5.1 Indledende bemærkninger

Kontrakter består af en række enkeltbestemmelser, eksempelvis bestemmelser om genforhandling og om tvistløsning, og bestemmelser om hvilke ydelser der skal præsteres. Udgangspunktet er, at kontrakter skal opfyldes i deres helhed, men det er rimeligt at fremhæve, at i forbindelse med opfyldelse er nogle dele af kontrakten mere centrale end andre. Bestemmelser, om hvilke ydelser der skal præsteres, er selv sagt blandt disse mere centrale bestemmelser.

Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er gensidigt bebyrdende kontrakter, hvilket betyder, at kontraktens parter hver især skal præstere en ydelse. Typisk vil der være tale om, at den ene part skal præstere en ydelse i form af penge (pengeydelse), en ydelse der modsvarer den anden parts ydelse i form af noget andet end penge (realydelse). I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed vil realydelsen ofte, men ikke nødvendigvis, have karakter af tjenesteydelser. I relation til en diskussion om betydningen for kontrakter af eksistensen af en samfundsmæssig interesse er det realydelsen, der tiltrækker sig opmærksomhed. Det er derfor denne ydelse, der er i fokus i det følgende.

Behandling af ydelsen som emne kan deles op i fire dele efter de grundlæggende krav, der kan stilles til ydelsen: rette tid for ydelsen, rette sted for ydelsen, rette kvantitet af ydelsen og rette kvalitet af ydelsen. Den samfundsmæssige interesse kan især tænkes at have betydning i forbindelse med diskussionen af, hvad der er den rette kvalitet af ydelsen. Dette emne behandles i afsnit 6.5.2. I afsnit 6.5.3 skal vi, på baggrund af en sontring mellem forskellige kategorier af forpligtelser, beskæftige os med nogle spørgsmål, der opstår i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, på grund af den grænseflade disse kontrakter har til det offentligretlige område. Det drejer sig om, hvorvidt offentligretlige krav, der stilles til en offentlig instans som udøver faktisk forvaltningsvirksomhed, bliver en del af den ydelse, der skal præsteres, når der bliver indgået kontrakt om samme faktiske forvaltningsopgave.

## 6.5.2 Ydelsens kvalitet og samfundsmæssig interesse

### 6.5.2.1 Lovgivningens krav til ydelsen

Kravene til ydelsen tager udgangspunkt i kontraktens beskrivelse af denne,<sup>303</sup> men kontraktens ordlyd er ikke det eneste, der er bestemmende for ydelsens indhold. Realydelsen skal ikke kun leve op til kontrakten, men også tage hensyn til relevant lovgivning, deklatorisk såvel som præceptiv.<sup>304</sup> I dette ligger naturligvis, at kontraktens parter ikke kan aftale ydelser, der er i strid med lovgivningen, en regel der er nedskrevet i dansk ret allerede i DL 5-1-2.<sup>305</sup> Mere nærliggende er det at hæfte sig ved, at lovgivningen på et område altså kan stille krav til indholdet af en ydelse. På området for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan dette illustreres ved kontrakter om ambulance-tjeneste. I henhold til sygehuslovens § 6 skal landets amter stille ambulancehjælp til rådighed for personer, der har ret til vederlagsfri behandling på de offentlige sygehuse. Om dette beredskab findes der en bekendtgørelse,<sup>306</sup> der på forskellig måde uddyber indholdet af ambulancetjenesten. Bekendtgørelsen indeholder blandt andet krav til omfanget af ambulanceberedskabet (§ 9) og krav til bemanning af ambulancer, dels i relation til mængden af mandskab, dels i relation til hvilke kvalifikationer mandskabet skal have (§§10-16 samt bilag der detaljeret beskriver kravene til mandskabets kvalifikationer). Endvidere stiller bekendtgørelsen også krav til udstyret i ambulancerne (§ 17). Det fremgår også af bekendtgørelsen (§ 2), at det er amtsrådene, der har pligt til at stille ambulancetjeneste – det vil sige en organisation, der kan yde ambulancehjælp – til rådighed. Amtsrådene kan løse denne opgave ved at drive ambulancetjenesten med egne ambulancer eller ambulancer, der efter aftale stilles til rådighed af andre amtskommuner, eller de kan entrere med private firmaer. Uanset hvordan et amt ønsker at løse opgaven, skal det iagttage bekendtgørelsens krav til ambulancetjenesten. I de tilfælde, hvor et amt vælger at opfylde deres forpligtelse ved at indgå kontrakt med et privat firma, og lade dette udføre ambulancetjenesten, skal det iagttage bekendtgørelsens krav til ambulancetjenesten.

---

303. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 58.

304. Bernhard Gomard: Obligationsret (1. del), s. 123 og Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 55.

305. Se om anvendelse af reglen U1954.378Ø, U2000.631H og U2000.2325H.

306. Bkg. nr. 1039 af 24. november 2000.

etjenesten, skal kontrakten tage højde for de krav, der er formuleret i bekendtgørelsen. Dette kan man forestille sig sikret på to forskellige måder. En mulighed er, at parterne i kontrakten opstiller kravene til ambulancetjenesten med egne ord. Vælger man denne mulighed, opstår der risiko for afvigelser mellem de krav, der er opstillet i bekendtgørelsen, og de der kommer til at fremgå af kontrakten. Endvidere er der risiko for, at der, i forbindelse med en eventuel fortolkning af kontraktens krav til ydelsen, ikke bliver taget hensyn til de bagvedliggende lovkrav. Endelig kræver denne løsningsmodel, at kontrakten skal ændres, hvis lovkravene til ambulanceydelsen ændres.<sup>307</sup> En anden måde, hvormed man kan overføre bekendtgørelsens krav til kontrakten, er ved at lade kontrakten indeholde en henvisning til kravene. Dette kan eksempelvis gøres således: "Amtet overdrager varetagelsen af ambulanceberedskab, akut ambulancekørsel og liggende patientbefordring m.v., jf. bilag 1, til Falcks Redningskorps. Overdragelsen indebærer, at Falcks Redningskorps udfører de forpligtelser, som i medfør af love, bekendtgørelse og aftaler påhviler amtet".<sup>308</sup> Ved at vælge denne model og formulering bliver det præciseret, at der er tale om opgaver, der er pålagt den ene kontraktpart (her amtet) ved lov, og at den anden kontraktpart (her Falcks Redningskorps) med kontrakten forpligter sig til at udføre disse lovbestemte opgaver. Den samfundsmæssig interesse, der ligger bag lovgivningen om opgaven, bliver på denne måde afspejlet i kontrakten, og bliver en del af ydelsen.

Uanset hvilken af de to skitserede modeller der bliver valgt, skal kontraktens forfatter være opmærksom på, at henvisningen til de bagvedliggende love kan blive så vidtfavnende, at den bliver upræcis. Dette kan reducere dens værdi i henseende til at beskrive ydelsen.

### 6.5.2.2 Realkreditors forudsætninger om ydelsens kvalitet

Ydelsens kvalitet skal ikke kun være som lovet af realdebitor, men også som det med rette er forudsat af realkreditor.<sup>309</sup> Herefter er det natur-

---

307. Se kapitel 8 for en nærmere omtale af mulighederne for at ændre kontrakter i anledning af ændring af bagvedliggende lovgivning.

308. Eksemplet er hentet i § 1 i den af Amtrådsforeningen godkendte standardformular til brug ved kontrakter om ambulancetjeneste og patientbefordring m.v. Standardformularen er tilgængelig via internetadressen [www.arf.dk](http://www.arf.dk).

309. Bernhard Gomard: *Obligationsret* (1. del), s. 123 og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 66.

## Kap. 6: Opfyldelse

ligt at spørge, hvad der med rette kan være forudsat af realkreditor. Er der ikke grundlag for at formode andet, betyder antagelsen om realkreditors rimelige forventninger til ydelsens kvalitet, at ydelsen skal leve op til almindelig god kvalitet inden for den pågældende branche.<sup>310</sup> Dette generelle princip findes indføjet i såvel ABSERVICE 2003, § 7 – “...I det omfang aftalen ikke giver tilstrækkelig vejledning, skal opgaven udføres fagmæssigt korrekt.” – som AB 92, § 10 – “Arbejdet skal udføres i overensstemmelse med aftalen, fagmæssigt korrekt...”. Uanset kodificeringen af kravet om at ydelsen skal være af almindelig god kvalitet inden for branchen, er det ikke nogen særlig præcis beskrivelse af kravet til ydelsens kvalitet.

Når det drejer sig om kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, er det værd at bemærke, at det på mange områder, i det mindste i nogle år endnu, vil være sådan, at der ved kontraktindgåelsen ikke findes en branche, der traditionelt har leveret den omhandlede type ydelser. Det er eksempelvis tilfældet med kontrakter mellem amterne og private leverandører af operationer. Her er det realkreditor, der typisk har leveret ydelserne – eksempelvis operationer – tidligere, og dermed er det realkreditors egen standard, der er branchestandarden. Til trods for at det ikke er præcist, synes det i denne sammenhæng bedre at formulere kravet til ydelsens kvalitet som “fagmæssigt korrekt” end som henvisning til en branchestandard. Herved peges der på en standard, der ikke nødvendigvis bliver fastsat af aktører, der, aktuelt eller potentielt, er kontraktparter. I relation til operationer bliver kravet til kvaliteten herefter, hvad der er lægeligt korrekt, en standard der kan fastsættes af personer, der er uafhængige af kontraktsinteresser.<sup>311</sup>

Tager man ovennævnte problemer i betragtning, er det, som altid, bedre, hvis kontrakten er præcis i sin formulering af parternes forventning til ydelsernes kvalitet. I den forbindelse skal man, da kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte vedrører tjenesteydelser, hu-

---

310. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 66.

311. Amtsrådsforeningen og Hovedstadens Sygehusfællesskab har udarbejdet en standardaftale, der danner grundlag for indgåelse af aftaler med danske private sygehuse, klinikker mv. om behandling af patienter, som ikke har kunnet tilbydes behandling inden for 2 måneder i det danske, offentlige sygehusvæsen. Af § 4, stk. 1, i standardaftalen fremgår det, at “det er en forudsætning for nærværende aftale at XX [den private kontrahent] lever op til almindeligt gældende regler for privat virksomhedsudøvelse, lægelig patientbehandling og sundhedsfaglig virksomhed i øvrigt, herunder...”. Aftalen er tilgængelig via internetadressen [www.arf.dk](http://www.arf.dk).

ske, at det ikke er tilstrækkeligt at beskrive ydelsen som eksempelvis “rengøring af alle rum i hospitalets bygninger”. Ved en sådan summarisk beskrivelse af ydelsen kan realkreditor godt være heldig at få rengøring af den ønskede standard. Men kommer det til tvist om, hvor rent der skal være, og hvordan der skal blive så rent, kan det blive meget vanskeligt for realkreditor at komme igennem med synspunkter om særlige krav til ydelsen, eksempelvis at der er visse rengøringsmidler, der ikke må anvendes på operationsstuer, at støvsugere skal være forsynet med særlige filtre og lignende. Gennemgang af kontraktspraksis viser da også, at parterne ofte har blik for det fornuftige i at være detaljerede i beskrivelsen af ydelsens kvalitet. Beskrivelsen begrænses ikke blot til omtale af, hvilke typer lokaler der skal rengøres, og hvor ofte der skal gøres rent. Kontrakterne kan også indeholde bestemmelser om, at realdebitor med mellemrum skal redegøre for, hvilke rengøringsmidler og -metoder der anvendes, hvilke der ikke længere anvendes og hvorfor. Også kontrol med overholdelse af kvalitetskravene ofres der plads på i kontrakter. Kontrollen kan eksempelvis være i form af halvårslige tilfredshedsundersøgelser hos brugerne af de omhandlede lokaler.<sup>312</sup> Af særlig interesse i relation til opgavens sammenhæng med lovgivning indeholder nogle kontrakter også bestemmelser om, at det er realdebitors pligt at holde sig orienteret om lovkrav af relevans for kontraktens ydelse.<sup>313</sup>

### 6.5.3 Nogle forpligtelser af offentligretlig karakter

#### 6.5.3.1 Forskellige kategorier af forpligtelser

I kontraktforhold findes der forpligtelser (ydelser), som man uden videre tøven vil betegne som centrale. Det er eksempelvis tilfældet med

---

312. Uddrag af kontrakt; kontrakt mellem Køge Kommune og Jydsk Rengøring A/S (for perioden 1. november 1998-31. oktober 2002), § 7, stk. 5: “Hvert halve år (første gang den 1. november 1999) udarbejder kommunen kvalitetsundersøgelser, der indeholder vurderinger af institutionernes vurderinger af rengøringsprogrammets overholdelse. Undersøgelsen vedrører samtlige institutioner tilknyttet den fælles rengøringsordning”.

313. Uddrag af kontrakt; kontrakt mellem Aalborg Kommune og ISS om rengøring af kommunale institutioner (ikrafttræden 1. april 2000), § 18, litra c: “Hvis der fremkommer nye oplysninger om indholdsstoffernes sundhedsskadelige egenskaber, eller der opstilles nye lovkrav vedrørende disse, er leverandøren forpligtet til at justere produktsammensætningen, således at produkterne er i overensstemmelse med lovkrav, kommunens krav samt den generelle udvikling på området. Ændringer meddeles løbende til kommunen”.

## Kap. 6: Opfyldelse

opførelsen af byggeriet i en entreprisekontrakt. Tilsvarende findes der i kontraktforhold også forpligtelser, der ikke er centrale. Som et eksempel kan nævnes arbejdstagers forpligtelse til ikke at udøve konkurrerende erhvervsaktivitet efter ophør af en ansættelseskontrakt. I litteraturen omtales denne sondring mellem centrale og ikke-centrale ydelser ofte som sondringen mellem hovedydelser og biydelser.<sup>314</sup> Hovedydelsen beskrives i den sammenhæng som den eller de centrale ydelser i kontrakten.<sup>315</sup> For en kontrakt om drift af en afdeling på et sygehus er hovedydelsen således, at afdelingen bliver drevet. At dette ikke er nogen klar definition af begrebet er tydeligt, og det kan eksemplificeres med kontrakten om drift af en sygehusafdeling: Her er det klart, at de centrale ydelser ikke kan begrænses til de lægelige elementer (konsultationer, operationer og medicinsk behandling), men at man til de centrale ydelser også må regne andre ydelser, der er nødvendige til at opfylde kontraktens formål, nemlig at afdelingen skal være i – tilfredsstillende – drift. Biydelsen kan negativt beskrives som ydelser, som ikke kan kategoriseres som hovedydelser. Det følger af vanskelighederne ved klart at beskrive hovedydelsen, at også biydelsen hermed bliver et begreb uden klart indhold. Vanskelighederne bliver ikke mindre af, at biydelser ikke behøver at fremgå af kontrakten.<sup>316</sup> I eksemplet med kontrakten om drift af en sygehusafdeling kan en biydelse være, at realdebitor løbende skal indberette oplysninger vedrørende patienter til Landspatientregisteret,<sup>317</sup> en opgave der hører med til det at drive et offentligt sygehus, men som er uden betydning i relation til selve det at helbrede syge mennesker.

Mens såvel hoved- som biydelser er en del af kontrakten, forekommer der også forpligtelser, der påhviler parterne som følge af kontrakten, men som ikke er en del af denne. Således er det en følge af en

---

314. Se eksempelvis Henry Ussing: *Obligationsretten, almindelig del*, s. 23, Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 2), s. 32, Bernhard Gomard: *Obligationsret 1. del*, s. 44ff og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 41ff.

315. Bernhard Gomard: *Obligationsret 1. del*, s. 44 og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 41.

316. Henry Ussing: *Obligationsretten, almindelig del*, s. 23 og Bernhard Gomard: *Obligationsret 1. del 1*, s. 44.

317. Eksemplet er taget fra § 9 i den standardaftale Amtsrådsforeningen og Hovedstandens Sygehusfællesskab har udarbejdet til indgåelse med private sygehuse m.v. om behandling af patienter, som ikke har kunnet tilbydes behandling inden for 2 måneder i det danske, offentlige sygehusvæsen. Aftalen kan findes via internetadressen [www.arf.dk](http://www.arf.dk).



kontrakt om udførelse af en tjenesteydelse, at realdebitor skal betale skat af den indtægt, han opnår ved opfyldelsen af sin del af kontrakten. Skattepligten er imidlertid ikke en del af realdebitors kontraktlige forpligtelse. Denne kategori af forpligtelser bliver her betegnet som *forpligtelser med selvstændigt grundlag*.

Opdelingen i hovedydelser, biydelser og forpligtelser med selvstændigt grundlag er ikke en klart afgrænset opdeling. Således er det i mange kontraktforhold ikke muligt, på naturlig vis, at adskille forskellige ydelser i centrale og mindre centrale.<sup>318</sup> Tilsvarende kan det i den konkrete situation være uklart, om en forpligtelse er en del af kontrakten, eller om den må siges at have selvstændigt grundlag.<sup>319</sup> Når opdelingen, trods uklarheden, introduceres på dette sted, er det fordi, den er relevant i forbindelse med nogle forpligtelser af offentligretlig karakter. De offentligretlige forpligtelser der er tale om, er de forpligtelser, der følger af de offentligretlige krav, der stilles til offentlige udøvere af faktisk forvaltningsvirksomhed. Den forbindelse, der er mellem kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed og det offentligretlige område, rejser spørgsmålet om, hvorvidt disse offentligretlige krav også skal stilles til den private udøver af samme virksomhed. Med andre ord et spørgsmål om kravene er forpligtelser for den private virksomhed, og i givet fald hvilken form for forpligtelse – er de en ydelse i henhold til kontrakten eller ej. Om der er tale om en forpligtelse, er selvsagt interessant fordi en kontraktpart i givet fald bliver pligtig at iagttage forholdet. Om der er tale om en forpligtelse inden for kontrakten, eller om en forpligtelse med selvstændigt grundlag, har interesse, fordi der i tilfælde af forpligtelse inden for kontrakt kan udløses misligholdelses-

---

318. Som følge af problemerne ved sondringen mellem hoved- og biydelser afviser Hellner at anvende den, jf. Jan Hellner: *Speciell avtalsrätt*, 2. häftet, s. 35. Også i den danske litteratur er man opmærksom på det problematiske i sondringen, se således Bernhard Gomard: *Obligationsret I*, del, s. 45 og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 42f, men diskussionen om begrebets berettigelse er fokuseret på, hvilken betydning det har i forbindelse med spørgsmålet om misligholdelse. Dette spørgsmål behandles nærmere i kapitel 7.

319. Hvis to virksomheder indgår aftale om at fusionere, og den planlagte fusion er omfattet af konkurrenceloven, skal fusionen anmeldes til Konkurrencestyrelsen. Pligten til at anmelde fusionen fremgår af konkurrencelovens § 12 b, stk. 1, og den består, uanset om kontrakten regulerer spørgsmålet eller ej. Der er altså tale om en forpligtelse med selvstændigt grundlag. Imidlertid kan parterne lade fusionsaftalen indeholde bestemmelse om, at det påhviler den ene af dem at sørge for, at der foretages anmeldelse. Herved bliver forpligtelsen til en ydelse (også).

## *Kap. 6: Opfyldelse*

beføjelser i henhold til obligationsretten, hvilket ikke er tilfældet, hvis der er tale om en forpligtelse med selvstændigt grundlag. Manglende opfyldelse af en forpligtelse med selvstændigt grundlag kan dog også mødes med sanktioner af forskellig art. Således forekommer der sanktioner i form af straf, fastholdelse (opfyldelse), økonomisk kompensation og forringelse af egen retsstilling.<sup>320</sup>

I det følgende bliver spørgsmålet om offentligretlige krav til den private kontraktpart undersøgt for nogle centrale offentligretlige krav.

### **6.5.3.2 Pligt til at give aktindsigt**

Spørgsmålene om aktindsigt reguleres af en række forskellige regelsæt. På det generelle plan finder vi forvaltningslovens kapitel 4, offentlighedsloven og persondataloven. På specifikke områder er spørgsmålene endvidere ofte reguleret på forskellig vis i speciallovgivning. Et eksempel, der kan tænkes at have særlig betydning i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, finder man i lov om patienters retsstilling, kapitel 4.<sup>321</sup> I det følgende behandles kun de generelle regelsæt.

#### **6.5.3.2.1 Forvaltningsloven**

Forvaltningslovens bestemmelser om aktindsigt findes i lovens kapitel 4, der i henhold til overskriften kun gælder for personer, der kan betegnes som parter i den sag, aktindsigten vedrører. Endvidere fremgår det af lovens § 2, at bestemmelserne om aktindsigt kun finder anvendelse i forbindelse med sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed.

Det vil sige, at reglerne ikke finder anvendelse på den del af den offentlige virksomhed, der er faktisk forvaltningsvirksomhed. I forbindelse med det offentlige leverancer af ydelser, der er faktisk forvaltningsvirksomhed, bliver forvaltningslovens regler om aktindsigt derfor

---

320. Alf Ross: Om ret og retfærdighed, s. 189ff.

321. Lovens regler om aktindsigt gælder for al sundhedsfaglig virksomhed, uanset om denne udøves i offentligt eller privat regi, jf. § 19, stk. 1. I den sammenhæng betyder det altså ingen ændring for borgerne, at en sundhedsopgave overdrages gennem en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed. Siden såvel en offentlig som en privat udøver af sundhedsfaglig virksomhed er underlagt lovens bestemmelser, er behovet for, i kontrakten, at tage stilling til spørgsmål om aktindsigt ikke påtrængende. Parterne skal dog være opmærksom på bestemmelsen i § 21, stk. 4, i henhold til hvilken ansvaret for at aktindsigt meddeles i overensstemmelse med loven påhviler den driftsansvarlige myndighed.

kun relevante i den udstrækning, der er ydelser af myndighedskarakter knyttet til den faktiske ydelse, eksempelvis beslutning om hvorvidt en borger kan optages på et plejehjem, mens reglerne ikke kan anvendes på spørgsmålet om driften af plejehjemmet. Sådanne tilknyttede myndighedsydelser kan som tungtvejende hovedregel ikke overdrages til private,<sup>322</sup> hvorfor forvaltningslovens bestemmelser om aktindsigt ikke vil spille nogen væsentlig rolle i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

#### 6.5.3.2.2 Offentlighedsloven

Offentlighedsloven, der ikke kun gælder for parter, men for “enhver” jf. § 4, stk. 1, finder i modsætning til forvaltningsloven også anvendelse i forbindelse med den offentlige forvaltnings udøvelse af faktisk forvaltningsvirksomhed. I de mange tilfælde hvor kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed bliver indgået mellem en offentlig instans og en privat virksomhed, er det imidlertid ikke længere den offentlige forvaltning, der udøver faktisk forvaltningsvirksomhed. Det interessante spørgsmål er herefter, om offentlighedsloven også gælder, når opgaven efter kontraktens indgåelse varetages af en privat part, og der herved består en pligt for den private virksomhed til at give aktindsigt?

Hvis man ved besvarelsen af dette spørgsmål tager udgangspunkt i lovtæksten, fremgår det af bestemmelsen i § 1, stk. 1, at “loven gælder for al virksomhed, der udøves af *den offentlige forvaltning...*” [fremhævelsen foretaget her]. På baggrund af denne bestemmelse bliver det umiddelbare svar på spørgsmålet, at offentlighedsloven ikke vil finde anvendelse i de situationer, hvor faktisk forvaltningsvirksomhed varetages af private, da sådanne ikke henregnes til den offentlige forvaltning, selv om de udfører opgaver, der i materiel forstand må betegnes som forvaltning.<sup>323</sup> Til dette umiddelbare svar er der imidlertid nogle tilføjelser:

---

322. Se nærmere om dette i afsnit 2.4.2.

323. Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 229 smh. med s. 8f. At man måske til den offentlige forvaltning kan henregne selvejende institutioner, der udfører virksomhed, som helt kan sidestilles med den offentlige forvaltnings virksomhed på området, løser langt fra problemet, da andre typer private parter kan optræde som kontrahent i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Således kan den private part være et aktieselskab, og det er endvidere langt fra givet, at dette selskab kun har den faktiske forvaltningsopgave som aktivitet.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

Den først tilføjelse er en henvisning til lovens § 1, stk. 2, der udtrykkeligt lader loven gælde for virksomheder, der driver virksomhed med forsyning med elektricitet, naturgas og varme. Denne bestemmelse kan tænkes at få betydning for en række tilfælde af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Den næste tilføjelse er en følge af lovens § 1, stk. 3. I henhold til den bestemmelse kan den relevante ressortminister, efter forhandling med justitsministeren, sætte loven i kraft for "...nærmere angivne selskaber, institutioner, foreninger mv., som ikke kan henregnes til den offentlige forvaltning". Skal dette kunne ske, er det dog påkrævet, at "...udgifterne ved deres virksomhed overvejende dækkes af statslige eller kommunale midler...". Kravet, om at udgifterne ved virksomheden overvejende skal dækkes af offentlige midler, er blandt andet opfyldt, hvor offentlige instanser foretager direkte betaling for modydelse i form af eksempelvis tjenesteydelser, sådan som det netop vil være tilfældet i situationer, hvor der er indgået kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed. Det må herefter antages, at bestemmelsen i § 1, stk. 3, kan danne hjemmel for, at offentlighedsloven sættes i kraft for private virksomheder, der i henhold til en kontrakt overtager udførelsen af faktisk forvaltningsvirksomhed. Sættes offentlighedsloven i kraft i sådanne situationer, vil den dog kun gælde i relation til de del af virksomheden, der vedrører den faktiske forvaltningsvirksomhed.

De pligter, der påhviler en privat virksomhed i henhold til offentlighedslovens § 1, stk. 2 og 3, er pligter med selvstændigt grundlag. Opfylder virksomheden ikke forpligtelserne, kan der blive tale om sanktioner i form af dom til opfyldelse, og – når visse betingelser er opfyldt – erstatning til den borger, der er blevet nægtet aktindsigt. Modsat en offentlig instans kan den private virksomhed derimod ikke rammes af det, der kan betegnes som forvaltnings-interne sanktioner i form af eksempelvis irettesættelse fra overordnede offentlige instanser og officielle eller uofficielle tjenstlige repressalier i forhold til ledelse og medarbejdere.<sup>324</sup>

---

324. På det kontraktsinterne plan kan det her, som ellers hvor en privat kontraktpart er pålagt forpligtelser med selvstændigt grundlag, tænkes, at den offentlige medkontrahent møder den private kontrahents manglende opfyldelse af den selvstændige forpligtelse med uofficielle sanktioner, eksempelvis i form af manglende fortsættelse af samarbejdet efter kontraktens udløb.

## 6.5 Særligt om ydelserne

En forpligtelse i henhold til offentlighedslovens § 1, stk. 2 eller 3, kan gøres til genstand for regulering i kontrakten mellem den offentlige instans og den private virksomhed, og i den forbindelse kan der også fastsættes bestemmelser om sanktioner som følge af manglende opfyldelse. Eventuelle kontraksbestemmelser skal naturligvis være forenelige med lovreguleringen.

Det følger af ovenstående, at aktindsigt i materiale med tilknytning til faktisk forvaltningsvirksomhed, efter offentlighedsloven, som hovedregel kun kan kræves i forhold til offentlige instanser; materiale, der henligger hos en privat virksomhed, er ikke omfattet af lovens bestemmelser. Den organisatoriske afgrænsning, der danner udgangspunkt ved fastlæggelse af lovens anvendelsesområde,<sup>325</sup> slår igennem her. Udgangspunktet modificeres, hvis der er tale om aktiviteter, der er omfattet af lovens § 1, stk. 2, eller hvis loven særskilt er sat i kraft i medfør af § 1, stk. 3. Der kan imidlertid tænkes talrige eksempler på aktiviteter inden for faktisk forvaltningsvirksomhed, om hvilke man kan indgå kontrakter, og en lang række af disse aktiviteter vil ikke være omfattet af opremsningen i § 1, stk. 2. Endvidere kan det tænkes, at en privat virksomhed, som følge af en kontrakt, udfører faktisk forvaltningsvirksomhed, uden at bestemmelsen i § 1, stk. 3, bliver udnyttet. Dette kan enten være fordi, bestemmelsen ikke kan udnyttes, da betingelserne ikke er opfyldt, eller fordi den konkret bare ikke bliver udnyttet. Det sidste kan formodentlig let forekomme, da udnyttelse af bestemmelsen kræver aktiv handling fra en ressortminister, mens kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan indgås af en kommunalbestyrelse eller et amtsråd. Den konkrete kontrakt kommer derfor ikke nødvendigvis til kundskab for den, der kan udnytte bestemmelsen, og de, der indgår kontrakten, er måske ikke opmærksom på problemstillingen og dens mulige løsning. Imidlertid består det behov, som reglerne om aktindsigt skal imødekomme, uanset om det er en offentlig instans eller en privat virksomhed, der løser opgaven. Det er derfor betænkeligt, hvis det forhold, at en opgave bliver flyttet fra offentlig varetagelse til varetagelse i privat regi, betyder, at offentlighedens adgang til indsigt i do-

---

325. Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger, s. 17, Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 96 og Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 229 smh. s. 8.

## Kap. 6: Opfyldelse

kumenter vedrørende opgaven forsvinder. Dette meget væsentlige forhold taler for, at offentlighedslovens regler bør finde anvendelse i lige omfang, uanset om den faktiske forvaltningsvirksomhed udføres af en offentlig instans eller af en privat virksomhed. For samme løsning taler det forhold, at hvis en kontrakt om udførelse af faktisk forvaltningsvirksomhed bevirker, at reglerne om aktindsigt ikke længere finder anvendelse, sådan som de tidligere gjorde, så har kontraktens parter ved kontrakten indirekte fraveget den offentligretlige regulering, hvilket som tungtvejende hovedregel antages ikke at være muligt.<sup>326</sup>

Konsekvenserne, af at offentlighedsloven skal anvendes, også i de tilfælde hvor en faktisk forvaltningsopgave løses af en privat virksomhed, er, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, som virksomheden er i besiddelse af, og som vedrører udførelsen af opgaven, jf. lovens § 4, stk. 1. Det er forventeligt, at en sådan pligt til at give offentligheden adgang til diverse dokumenter, fra virksomhedernes side vil blive mødt med indvendinger om, at det vil virke ødelæggende for deres mulighed for at begå sig i konkurrencen på markedet. Rigtigt er det vel også, at hvis enhver, og dermed også virksomhedens konkurrenter, vil kunne få indblik i virksomhedens arbejdsprocesser, kalkuler og strategiske overvejelser, kan det blive umuligt for virksomheden at operere på lige vilkår. Over for dette væsentlige argument mod at lade offentlighedsloven gælde på området må man veje det mindst lige så tungtvejende hensyn til borgernes og andres (eksempelvis journalisters) behov for at kunne kigge forvaltningen (virksomheden) i kortene, og den kontrolfunktion der ligger heri, altså de hensyn som reglerne om aktindsigt har som formål at varetage.<sup>327</sup> Endvidere skal det bemærkes, at virksomhedernes behov for at beskytte sig over for nysgerrige konkurrenter i vid udstrækning kan varetages af offentlighedslovens undtagelser fra udgangspunktet om fuld aktindsigt.<sup>328</sup>

---

326. Se om muligheden for at aftale sig væk fra regler om aktindsigt, Sven Unger i *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987*, s. 569ff, og mere generelt om muligheden for at fravige forvaltningsretlige regler ved aftale, Poul Andersen: *Dansk forvaltningsret*, s. 479.

327. Se hertil *Folketingstidende 1985-86 (tillæg A)*, sp. 196.

328. Se hertil særligt §§ 7, 12, stk. 1, nr. 2 og 13, stk. 1, nr. 6.

## 6.5 Særligt om ydelserne

Da ovenstående bemærkninger har en retspolitisk karakter,<sup>329</sup> må det anbefales, at den part i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, som ønsker at sikre offentligheden mulighed for indsigt i materialer vedrørende de pågældende aktiviteter, får indføjet bestemmelse herom i kontrakten. Dette kan eksempelvis være i form af en henvisning til offentlighedsloven.

### 6.5.3.2.3 Persondataloven

Persondataloven, der opstiller retningslinier for, hvordan registrerede personoplysninger skal behandles, indeholder i kapitel 9 regler om indsigt i, hvilke oplysninger der er registreret om ens egen person. Reglerne gælder for såvel private som for offentlige såkaldte dataansvarlige.<sup>330</sup> Det vil sige, at såvel offentlige instanser som private virksomheder, der udfører faktisk forvaltningsvirksomhed, og i den forbindelse kommer til at optræde som dataansvarlig, er underlagt reglerne. Det forhold, at der er indgået en kontrakt om udførelsen af den faktiske forvaltningsvirksomhed, ændrer ikke på dette. I henhold til lovens § 70 straffes overtrædelse af reglerne om aktindsigt med bøde eller fængsel indtil 4 måneder. Det vil sige, at der er tale om sanktioner med selvstændigt grundlag, og derfor er forpligtelsen til at give aktindsigt efter disse regler en forpligtelse med selvstændigt grundlag, og ikke en del af en eventuel kontrakt. Det skal bemærkes, at forpligtelsens karakter af selvstændig forpligtelse ikke udelukker, at kontrakten tillige kan indeholde bestemmelser om emnet, blot disse respekterer lovgivningen på området.

### 6.5.3.3 Tavshedspligt

Den offentligretlige regulering indeholder en række regelsæt, der regulerer spørgsmål vedrørende tavshedspligt. Således findes der i såvel forvaltningslovens kapitel 8, i straffeloven (§§ 152 og 152 a-152 f) og i persondataloven regler, der indeholder forbud mod videregivelse af

---

329. Se dog U1999.702Ø om en andelshavers ret til indsigt i en andelsboligforenings bestyrelsesprotokol. Landsretten antog her, at den vedtægtsbestemte ret til indsigt i protokollen skulle "...fortolkes i overensstemmelse med almindelige principper om aktindsigt", hvilket landsretten antog betød, at adgangen til indsigt i protokollen måtte forstås "...med den begrænsning, der følger af offentlighedslovens § 12...". Se Sten Bønsing: Brancheregler og brancheprocess, s. 331 for en kritisk kommentar til dommen.

330. Dette begreb defineres i lovens § 3, nr. 4.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

oplysninger, der er betegnet som fortrolige, eller som det er nødvendigt at holde hemmelige af hensyn til væsentlige offentlige eller private interesser. Endvidere findes der også i speciallovgivningen bestemmelse vedrørende emnet, jf. eksempelvis lov om patienters retsstilling, kapitel 5. I det følgende kommenteres i hovedsagen de generelle regler.

### **6.5.3.3.1 Offentlighedsloven**

I den udstrækning private udøvere af faktisk forvaltningsvirksomhed er omfattet af offentlighedsloven, jf. afsnit 6.5.3.2.2, skal de også iagttage dennes § 14, i henhold til hvis første punktum “pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer de virker i offentlig tjeneste eller hverv”. Denne henvisning gælder ikke den almindelige tavshedspligt efter straffeloven, forvaltningsloven og tjenestemandsløvgivningen, jf. bestemmelsens andet punktum. Speciallovgivningen kan altså få betydning. Et eksempel på sådan specialregulering finder man i lov om patienters retsstilling, kapitel 5. Her opstilles et generelt krav om at “en patient har krav på, at sundhedspersoner iagttager tavshed om, hvad de under udøvelsen af deres erhverv erfarer eller får formodning om...”, jf. § 23, stk. 1. Som modifikation af dette generelle krav om tavshedspligt findes i §§ 24–32 hjemmel til videregivelse af visse oplysninger i bestemte situationer. Af særlig interesse i forhold til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed skal nævnes bestemmelsen i § 23, stk. 2, i henhold til hvilken det overordnede ansvar for at oplysninger videregives i overensstemmelse med loven – og dermed altså for at tavshedspligten iagttages – påhviler den driftsansvarlige myndighed.

### **6.5.3.3.2 Forvaltningsloven**

I forvaltningsloven finder man regulering af spørgsmålet om tavshedspligt i kapitel 8. Dette kapitel gælder for al virksomhed, der udøves inden for den offentlige forvaltning, jf. § 2, stk. 3. Det betyder, at bestemmelserne ikke kun finder anvendelse på den del af den offentlige forvaltnings arbejde, der drejer sig om myndighedsudøvelse, men også på aktiviteter der har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed.

Bestemmelsen i forvaltningslovens § 2, stk. 3, svarer til offentlighedslovens § 1, stk. 1, og som tilfældet er med offentlighedsloven, jf. ovenfor, finder også forvaltningslovens bestemmelser om tavshedspligt kun anvendelse på personer, der hører til den offentlige forvaltning,



mens bestemmelserne ikke kan anvendes i forhold til private, der udøver faktisk forvaltningsvirksomhed. Som en modifikation til dette udgangspunkt kan forvaltningsloven sættes i kraft for "...nærmere angivne selskaber, institutioner, foreninger mv., som ikke kan henregnes til den offentlige forvaltning". Skal dette kunne ske, er det dog påkrævet, at "...udgifterne ved deres virksomhed overvejende dækkes af statslige eller kommunale midler...", eller at de har fået tillagt beføjelser til at træffe afgørelser på det offentliges vegne.<sup>331</sup>

Som det er tilfældet, hvor offentlighedsloven bliver sat i kraft i henhold til denne lovs § 1, stk. 3, jf. ovenfor, vil også den tavshedspligt, der med hjemmel i forvaltningslovens § 1, stk. 2, bliver pålagt en privat virksomhed, være en pligt med selvstændigt grundlag. Manglende overholdelse af tavshedspligten kan udløse erstatningsansvar for virksomheden.

En tavshedspligt svarende til den, der følger af forvaltningsloven, kan skrives ind i kontrakten om faktisk forvaltningsvirksomhed. I tilknytning til en sådan bestemmelse kan der også fastsættes bestemmelser om sanktioner som følge af manglende opfyldelse. Eventuelle kontraktbestemmelser skal naturligvis være forenelige med lovgivningen.

Når forvaltningslovens bestemmelser om tavshedspligt som udgangspunkt kun gælder for den offentlige forvaltning, og når det tages i betragtning, at hjemlen i lovens § 1, stk. 2, til at sætte loven i kraft for andre end den offentlige forvaltning kun er udnyttet i begrænset omfang,<sup>332</sup> må det konstateres, at bestemmelserne om tavshedspligt langt fra vil gælde i alle tilfælde, hvor der bliver indgået en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed mellem en offentlig instans og en privat virksomhed. Dette giver anledning til samme betænkeligheder som er anført i afsnit 6.5.3.2.2 i forbindelse med den manglende anvendelse af offentlighedsloven på spørgsmål vedrørende aktindsigt. I forbindelse med tavshedspligten skal betænkelighederne dog ses i sammenhæng

---

331. En person uden for den offentlige forvaltning kan også blive pålagt tavshedspligt i henhold til forvaltningslovens § 27, stk. 3. Denne tavshedspligt angår imidlertid oplysninger, som forvaltningen videregiver til personen uden at være forpligtet til det (meroffentlighed), og ikke oplysninger som personen selv indsamler eller på anden måde kommer i besiddelse af. Det er sidstnævnte situation, der særligt påkalder sig opmærksomhed i forbindelse med private virksomheders udførelse af faktisk forvaltningsvirksomhed.

332. Der er per 19. november 2003 udstedt 8 bekendtgørelser i medfør af bestemmelsen i § 1, stk. 2.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

med, at også straffeloven indeholder generelle bestemmelser om tavshedspligt, og disse finder også anvendelse på andre end forvaltningens personale.

### **6.5.3.3.3 Straffeloven**

Straffelovens bestemmelser om tavshedspligt findes i §§ 152 og 152 a-152 f. Bestemmelserne i §§ 152 a og 152 c har særlig interesse for spørgsmålet om tavshedspligt for private virksomheder, der udøver faktisk forvaltningsvirksomhed. I henhold til disse bestemmelser straffes med bøde, hæfte eller fængsel indtil 6 måneder den som er, eller har været, beskæftiget med opgaver, der udføres efter aftale med en offentlig myndighed, og som uberettiget videregiver eller udnytter fortrolige oplysninger, som den pågældende har fået kendskab til gennem nævnte opgaver. I denne sammenhæng betragtes en oplysning som fortrolig, hvis den ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som sådan, eller hvis det i øvrigt er nødvendigt at holde den hemmelig af hensyn til væsentlige offentlige eller private interesser, jf. straffelovens § 152, stk. 3.

Da loven direkte pålægger den private kontraktpart tavshedspligt, er der tale om en forpligtelse med selvstændigt grundlag. Uden særlig regulering i kontrakten har forpligtelsens overholdelse derimod ikke noget at gøre med kontraktforholdet.<sup>333</sup>

### **6.5.3.3.4 Persondataloven**

Persondataloven regulerer videregivelse af enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person. Bestemmelser om videregivelse findes forskellige steder i loven, blandt andet i § 6, stk. 2, i § 8 og i kapitel 5. Loven fortrænger reglerne i forvaltningslovens kapitel 8, for så vidt angår videregivelse af elektronisk vej.<sup>334</sup> Som det var tilfældet i forbindelse med reglerne om aktindsigt, har også bestemmelserne om videregivelse karakter af forpligtelser med selvstændigt grundlag.

---

333. Det skal i den forbindelse bemærkes, at ABService 2003 indeholder en tillægsbestemmelse (§ d) med følgende ordlyd: "Leverandøren og dennes medarbejdere er undergivet tavshedspligt efter straffelovens § 152a, jfr. § 152".

334. Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 147/1999, Folketingstidende 1999-2000 (tillæg A), s. 4051.

#### 6.5.3.4 Pligt til at vejlede

##### 6.5.3.4.1 Speciallovgivning

På nogle områder indeholder speciallovgivning regulering af forvaltningens pligt til at vejlede borgerne. Dette er eksempelvis tilfældet inden for sygehusområdet, inden for arbejdsformidlingsområdet og inden for det område der er omfattet af serviceloven.<sup>335</sup> I det omfang en virksomhed udfører faktisk forvaltningsvirksomhed inden for området af sådan speciallovgivning, skal det overvejes, om virksomheden skal iagttage reglerne. Skal den det, kan det enten være en følge af, at reglerne umiddelbart er rettet mod alle, der driver den pågældende aktivitet – sådan som det er tilfældet med reglerne inden for sundhedsområdet – eller fordi reglerne må finde tilsvarende anvendelse på andre aktører end de offentlige instanser, de direkte er rettet mod.

Om opfyldelse af vejledningspligten bliver en del af den ydelse, der skal præsteres for at opfylde kontrakten om udførelse af den faktiske forvaltningsopgave, eller om det bliver en forpligtelse med selvstændigt grundlag beror på en konkret vurdering af det enkelte område og den enkelte kontrakt.

##### 6.5.3.4.2 Forvaltningsloven

I henhold til § 7, stk. 1, i forvaltningsloven skal forvaltningsmyndighederne "... i fornødent omfang yde vejledning og bistand til personer der retter henvendelse om spørgsmål inden for myndighedens sagsområde". Som tidligere nævnt gælder loven kun for sager, hvor der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, jf. § 2, stk. 1. Den vejledningspligt som loven foreskriver gælder altså ikke i forbindelse med faktisk forvaltningsvirksomhed, og har derfor ikke direkte relevans i nærværende sammenhæng, jf. også afsnittet om forvaltningsloven i relation til spørgsmålet om aktindsigt.

---

335. Fra sidstnævnte område se serviceloven, § 3. Fra sygehusområdet se lov om patienters retsstilling, blandt andet §§ 6 og 7, og bkg. nr. 665 af 14. september 1998, § 4-6. Vedrørende arbejdsformidling se bekendtgørelse om en aktiv beskæftigelsesindsats, bkg. nr. 577 af 19. juni 2003, kapitel 5.

#### 6.5.3.4.3 Vejledningspligt som led i god forvaltningsskik

Forvaltningslovens § 7 er en kodificering af forvaltningsretlig praksis fra før loven trådte i kraft.<sup>336</sup> På den baggrund må det antages, at forvaltningen også uden bestemmelsen i § 7 skal yde vejledning over for borgerne. Mens vejledningspligten i henhold til § 7 kun gælder i forbindelse med sager vedrørende myndighedsudøvelse, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1, synes der ikke grundlag for at indskrænke den uskrevne vejledningspligt til myndighedsdelen af forvaltningens aktiviteter. Således antages den uskrevne vejledningspligt også at omfatte faktisk forvaltningsvirksomhed.<sup>337</sup>

I relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er det herefter et spørgsmål, om det uskrevne princip om pligt til at vejlede, ud over at slå igennem i forhold til forvaltningen, også slår igennem over for private virksomheder, der udøver faktisk forvaltningsvirksomhed. Ved besvarelsen af det spørgsmål kan man hæfte sig ved, at anvendelsesområdet for de uskrevne forvaltningsretlige regler ikke fastlægges på baggrund af en organisatorisk afgrænsning, men ud fra en vurdering af behovet for anvendelsen af reglerne i det foreliggende tilfælde.<sup>338</sup> Det er således den konkrete opgave, og formålet med de pågældende regler, der afgør, om reglerne finder anvendelse, og ikke om opgaven udføres af en instans, der kan henregnes til den offentlige forvaltning. I relation til vejledningspligten fremgår det af bemærkningerne til det lovforslag, der lovfæstede vejledningspligten i forvaltningsloven, at vejledningspligten blev gennemført for at sikre, at myndighederne informerer borgerne om deres rettigheder og pligter og giver borgerne den fornødne service.<sup>339</sup> Disse hensyn forsvinder ikke, blot fordi en konkret faktisk forvaltningsopgave flyttes fra en offentlig instans til en privat udøver – behovet for at vejlede borgerne består. Af dette følger, at den private udøver af faktisk forvaltningsvirksomhed også må blive forpligtet til at yde vejledning i overensstemmelse med den forvaltningsretlige vejledningspligt.<sup>340</sup>

---

336. Folketingstidende 1985-86 (tillæg A), sp. 88.

337. Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 124 og John Vogter: Forvaltningsloven med kommentarer, s. 215.

338. Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, s. 97.

339. Folketingstidende 1985-86 (tillæg A), sp. 88.

340. Se hertil FOB1988.43 hvor det blev kritiseret, at en arbejdsløshedskasse ikke havde vejledt et medlem om konsekvenserne af manglende kontingentbetaling.

Den private kontraktparts pligt til at vejlede består uden for kontrakten, altså på selvstændigt grundlag, og manglende opfyldelse kan medføre erstatningsansvar.<sup>341</sup>

## 6.6 Debitor og debitorskifte

### 6.6.1 Indledende bemærkninger

Det er indledningsvis i afsnit 6.5 påpeget, at kontrakter skal opfyldes i deres helhed, men at nogle bestemmelser i kontrakterne er mere centrale end andre. Bestemmelser om hvem der skal præstere hvilke ydelser, altså hvem der er debitor, er blandt de centrale bestemmelser. Dette emne bliver behandlet nærmere i det følgende.

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed vil bestemmelserne om, hvem der skal præstere hvilke ydelser være udformet sådan, at der er tale om et gensidigt bebyrdende forhold. Det vil sige, at kontrakten indeholder bestemmelser i henhold til hvilke, alle parter skal præstere en eller flere ydelser. I simpel form indeholder kontrakten bestemmelser om, at den ene part skal præstere en ydelse i form af penge, der er betaling for den anden parts ydelse, der består i noget andet end penge, nemlig den ydelse der er faktisk forvaltningsvirksomhed. Gensidigheden betyder, at kontraktens parter begge optræder som kreditor og debitor. Den part, der i henhold til kontrakten skylder penge, er pengedebitor og realkreditor, mens den part der skal erlægge den ydelse, der er faktisk forvaltningsvirksomhed er realdebitor og pengekreditor. Da en eventuel samfundsmæssig interesse vil være knyttet til den ydelse, der ikke er penge, vil der i det følgende alene blive fokuseret på forholdet mellem realdebitor og realkreditor.

Hvem der er den oprindelige realdebitor vil fremgå af kontrakten. Dette spørgsmål giver derfor sjældent anledning til problemer. Problemer kan der imod hurtigt opstå, hvis den oprindelige realdebitor ønskes skiftet ud med en anden person. Mulighederne for (real-)debitorskifte i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed belyses i det følgende.

---

341. Om den offentlige instans' erstatningsansvar for manglende vejledning, se John Vogter: Forvaltningsloven med kommentarer, s. 227ff. Den offentlige instans kan blive mødt med forvaltnings-interne sanktioner, som de der er beskrevet ovenfor i forbindelse med aktindsigt i henhold til offentlighedsloven.

## 6.6.2 Mulighed for (real-)debitorskifte

### 6.6.2.1 Udgangspunktet

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er udgangspunktet, for så vidt angår debitorskifte, det samme som ved almindelige kontrakter, nemlig at det ikke er muligt at skifte debitor i et skyldforhold, medmindre kreditor giver samtykke til det.<sup>342</sup> Dette er en følge af det i dansk obligationsret alment gældende forbud mod debitorskifte uden forudgående samtykke fra kreditor. Forbudet er ikke i dets generelle form nedskrevet i lovgivningen, men på specialområder findes det eksplicit nævnt i forskellige regelsæt. Som et eksempel af relevans for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan nævnes ABSERVICE 2003 § 3, stk. 3.<sup>343</sup> Bemærk i denne forbindelse at bestemmelsen i ABSERVICE 2003 § 3, stk. 4, i henhold til hvilken realdebitor kan overlade dele af opgavens udførelse til underleverandører, kun vedrører den praktiske udførelse af opgaven, og ikke ændrer på realdebitors forpligtelse i forhold til realkreditor. Der er således ikke tale om debitorskifte.

### 6.6.2.2 Modifikationer

På trods af forbudet mod at overføre sine forpligtelser til en anden er debitorskifte muligt, hvis der er indgået aftale om det. Overordnet betragtet er dette et naturligt udslag af kontraktfriheden, og det er som sådan ikke overraskende, at en kreditor frivilligt kan vælge en nye debitor. Det skal dog bemærkes, at aftaler om debitorskifte er undergivet de almindelige kontraktretlige regler, hvorfor debitorskifte som følge af aftale kan tænkes at komme i stand ved kreditors passivitet.<sup>344</sup>

Den mest oplagte model for debitorskifte gennem aftale er, at skiftet bliver aftalt mellem kreditor og den oprindelige debitor, og at den nye debitor afgiver samtykkende erklæring.<sup>345</sup> Denne model kræver de involverede parter ønske om at gennemføre skiftet, hvor imod modellen er uden bindinger til underliggende lovgivning. I modsætning hertil

---

342. Henry Ussing: *Obligationsretten, almindelig del*, s. 283, Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 3. del, s. 143 og von Eyben m.fl.: *Lærebog i obligationsret II*, s. 18.

343. Se også den tilsvarende bestemmelse i AB 92 § 5, stk. 3.

344. von Eyben m.fl.: *Lærebog i obligationsret II*, s. 20f.

345. Henry Ussing: *Obligationsretten, almindelig del*, s. 284 og von Eyben m.fl.: *Lærebog i obligationsret II*, s. 23ff.

finder man rundt omkring i lovgivningen bestemmelser, der åbner mulighed for en anden model for aftalt debitorskifte, en model hvor den oprindelige og den nye debitor aftaler debitorskiftet, men hvor kreditors samtykke, som følge af lovgivningen, ikke er nødvendigt. Tinglysningslovens § 39, stk. 1 er et eksempel på en bestemmelse, der åbner mulighed for at aftale debitorskifte af denne type. Et andet eksempel finder man i arveloven, ifølge hvis § 8 en efterlevende ægtefælle er berettiget til at overtage ægtefællernes fælleseje uden at skifte med deres fælles livsarvinger. Hvis den efterlevende ægtefælle benytter sig af denne ret, bliver vedkommende personlig ansvarlig for den afdødes forpligtelser, jf. lovens § 16, stk. 1.

Som et tredje eksempel på debitorskifte som følge af aftale mellem den oprindelige og den nye debitor, men uden kreditors samtykke, kan nævnes selskabslovenes bestemmelser om universalsuccession i tilfælde af fusion mellem to eller flere juridiske personer.<sup>346</sup> Ligesom i andre sammenhænge, er det i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed en reel mulighed, at realdebitor fusionerer. I den udstrækning der er tale om fusion mellem selskaber, hvilket formodentlig ofte vil være tilfældet, når der er tale om kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, må modparten i kontrakten altså finde sig i en ny realdebitor, uanset at der ikke er givet samtykke til dette. Som et tankeeksperiment kan man nu forestille sig, at X-købing kommune har indgået en kontrakt med Realdebitor A/S, i henhold til hvilken selskabet skal drive kommunens plejehjem. Kommunen har ved indgåelsen lagt særlig vægt på, at det var Realdebitor A/S, man indgik kontrakten med, da netop dette selskab har vist sig at kunne levere den ydelse, det forpligter sig til, både hvad angår kvaliteten (flotte faciliteter, sund og velsmagende kost, meget lave tal for tvangsanvendelse og medicinering med sovemedicin m.v.) og prisen. På dette område adskiller Realdebitor A/S sig fra de fleste andre aktører på markedet for plejeservice, der generelt er præget af skandaler, hvor de ældre bliver misrøgtet og budgetter for kontraktsummer sprængt. Efter indgåelsen af kontrakten fusionerer Realdebitor A/S med NY Realdebitor A/S med sidstnævnte som det fortsættende selskab. NY Realdebitor A/S er almindeligt kendt for ikke at kunne leve op til de kontraktlige forpligtelser, det påtager

---

346. Aktieselskabslovens § 134 og anpartsselskabslovens § 65.

## Kap. 6: Opfyldelse

sig, og senest har der været flere tilfælde, hvor embedslægen har måttet skride ind over for plejehjem drevet af NY Realdebitor A/S. Umiddelbart betyder reglen om universalsuccession ved fusion, at X-købing kommune må affinde sig med at have fået en realdebitor, hvis evne til at opfylde den indgåede kontrakt er yderst tvivlsom. I de følgende afsnit skal dette spørgsmål undersøges nærmere, herunder skal det belyses, om den samfundsmæssig interesse i ydelsen betyder noget for muligheden for debtorskiftet ved fusion mellem selskaber.

Det skal bemærkes, at en virksomhed også kan skifte ejer gennem spaltning, virksomhedsoverdragelse og handel med ejerandele. Ved sådanne transaktioner kan den beskrevne problemstilling også blive aktuel. Spaltningssituationen bliver kommenteret yderligere nedenfor. For så vidt angår virksomhedsoverdragelse, omtales dette ikke nærmere, da der ikke herved sker universalsuccession.<sup>347</sup> Hvad angår ejerskifte gennem handel med ejerandele består den beskrevne risiko i, at de nye ejere kan ændre virksomheden eksempelvis i forhold til, hvilken kvalitet der bliver leveret. Selv om der i realiteten er tale om de samme problemer for realkreditor som ved realdebitors fusion, bliver spørgsmålet ikke omtalt her, da der ikke sker debtorskifte; realdebitor (virksomheden) forbliver den samme, uanset at der kommer nye ejere.<sup>348</sup> Realkreditor må her forsøge at gardere sig gennem bestemmelser i kontrakten, mest oplagt i form af en klausul om at majoritetsskifte hos realdebitors ejerkreds er opsigelsesgrund for realkreditor, hvis denne ønsker det.<sup>349</sup>

### 6.6.2.3 Debtorskifte ved fusion

#### 6.6.2.3.1 Reglernes indhold

Det debtorskifte, der i forbindelse med fusion sker uden kreditors samtykke, er en følge af den universalsuccession, der finder sted ved sammensmeltningen af de selskaber, der indgår i fusionen. Universalsuccession uden samtykke fra kreditorerne forekommer inden for selskabsretten ikke kun i forbindelse med fusion. Også ved omdannelse fra aktieselskab til partnerselskab, fra partnerselskab til aktieselskab og fra

---

347. Erik Werlauff: Selskabsret, s. 544.

348. Emnet bliver behandlet i afsnit 7.3.2.2.1.

349. Bestemmelser med et sådant indhold synes at være sjældne blandt kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.



andelsselskab med begrænset ansvar til aktieselskab finder der universalsuccession sted.<sup>350</sup> Ved omdannelse fra aktieselskab til anpartsselskab (og omvendt) skifter selskabet ikke juridisk personlighed, og der bliver derfor ikke tale om debitor- og kreditorskifte.<sup>351</sup>

Hvis et selskab spaltes i henhold til aktieselskabsloven (asl.) § 136, stk. 1 (eller anpartsselskabslovens § 67 a), indtræder der også succession. Der er dog kun tale om delvis succession, da de modtagende selskaber hver især kun succederer i en del af de rettigheder og pligter, der findes i det selskab, der bliver spaltet, jf. dog om de andre modtagende selskabers hæftelse i asl. § 136, stk. 3 (og tilsvarende i anpartsselskabslovens § 67 a, stk. 3). Selv om der således inden for selskabsretten forekommer universalsuccession i andre tilfælde end ved fusion, begrænses omtalen i det følgende til netop fusionstilfældet. Denne afgrænsning er begrundet i følgende betragtninger: 1) I relation til spørgsmålet om debitorskifte er problematikken vedrørende omdannelse ikke væsentlig, da det må formodes, at det efter omdannelsen stadig er det samme selskab, der herefter skal levere realydelsen. Det er i den forbindelse vigtigt, at det ikke i første række er et spørgsmål om evne til at betale, men til at præstere et bestemt stykke arbejde, der er realkreditors interesse. 2) Ved spaltning foreligger til dels samme problemstilling som ved fusion, nemlig risikoen for at den nye realdebitor (det modtagende selskab) ikke er kompetent til at præstere realydelsen. Tankegangen bag den argumentation, der bliver præsenteret nedenfor, er derfor den samme ved spaltning og fusion, og af den grund er det ikke nødvendigt at behandle begge emner særskilt. Når det er valgt at basere fremstillingen på fusionstilfældet, er det fordi, det umiddelbart forekommer som den af de to situationer, der er mest almindelig.<sup>352</sup>

Gennemgangen i det følgende er baseret på reglerne i aktieselskabsloven. Det skyldes, at de virksomheder, der indgår kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, formodentlig oftest vil være organiseret som aktieselskaber. Endvidere skal det bemærkes, at anpartsselskabs-

---

350. Se aktieselskabsloven § 134 m (A/S til P/S), § 134 n (P/S til A/S) og § 135 (AMBA til A/S). Efter omdannelse af et partnerselskab til et aktieselskab hæfter komplementaren dog fortsat forpligtelser indgået før omdannelsen, jf. § 134 n, stk. 3.

351. Erik Werlauff: Selskabsret, s. 562f.

352. Erik Werlauff: Selskabsret, s. 554.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

loven, for så vidt angår fusion, henviser til aktieselskabsloven, jf. anpartsselskabsloven § 65.

Aktieselskabslovens regler om fusion findes i lovens kapitel 15.<sup>353</sup> Kapitlet beskriver detaljeret, hvordan en fusion skal gennemføres. Endvidere findes der rundt om i kapitlet regler af betydning for spørgsmålet om debitorskifte. Udgangspunktet findes i § 134. I henhold til den bestemmelse kan et aktieselskab, ved at benytte de i loven foreskrevne regler, opløses uden likvidation, det vil sige, uden at aktiver og forpligtelser bliver afviklet. Det sker ved, at selskabets aktiver og forpligtelser som helhed bliver overdraget til et andet aktie- eller anpartsselskab, det vil sige ved at foretage et fuldstændigt debitor- og kreditorskifte.

Aktieselskabsloven stiller ikke krav om, at kreditorerne skal gives deres samtykke til fusionen, og dermed altså til debitorskiftet, men loven opstiller nogle regler, der værner kreditors interesser. Således skal uvildige og sagkyndige vurderingsmænd afgive erklæring om, hvorvidt kreditorerne i det enkelte selskab, det vil sige alle selskaber, der indgår i fusionen, ophørende såvel som fortsættende, må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen, jf. § 134 c, stk. 4. Hvis vurderingsmændene finder, at kreditorerne vil blive stillet ringere efter fusionen, skal opmærksomheden henledes på dette i forbindelse med, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i Statstidende bekendtgør, at den har modtaget erklæringen, jf. § 134 d, stk. 2. I praksis vil det næppe forekomme, at en bestyrelse vil sende fusionsplanen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med henblik på offentliggørelse af den påtænkte fusion, hvis vurderingsmændenes erklæring om kreditorernes fremtidige stilling er negativ.

I den udstrækning kreditorerne fast læser Statstidende, er de altså sikret oplysning om, at et debitorskifte er på vej, og at det af uvildige sagkyndige vurderes, at deres fordring derved bliver mindre sikker. Nu er det jo ikke sikkert, at Statstidende ligger på natbordet hos alle kreditorer. De, hvor det ikke gør, kan benytte sig af bestemmelsen i §134

---

353. Reglerne har stadig i det meste den udformning, de fik med lov nr. 282/82, hvor de blev ændret for at imødekomme kravene i 3. selskabsdirektiv, jf. bemærkningerne til forslaget til lov nr. 282/82, Folketingstidende 1981-82 (2. samling) (tillæg A), sp. 2887. 3. selskabsdirektiv er særligt udformet med henblik på at øge beskyttelsen af aktionærer og kreditorer ved fusion, jf. direktivets præambel. Reglerne i asl. er efterfølgende ændret ved lov nr. 1060/92 (indførte bl.a. §§ 135 og 136) og lov nr. 377/96 (indførte bl.a. §§ 134 m og 134 n).

e, stk. 6, hvorefter kreditorer, der anmoder om det, har ret til at modtage oplysning om tidspunktet for selskabernes beslutning om fusion. Kreditorerne har altså mulighed for at få kendskab til fusionen, men kan de i den anledning gøre noget for at sikre deres krav? Hvis sikkerheden for kravet vurderes at bliver ringere, er svaret ja. Fremgår det af vurderingsmændenes erklæring, at kreditorerne antages at blive ringere stillet efter fusionen, kan kreditorer, hvis fordringer er stiftet før bekendtgørelse af fusionsplanen, og for hvilke der ikke er stillet særskilt sikkerhed, anmelde deres fordringer, jf. § 134 g, stk. 1. En anmeldt fordring, der er forfalden, kan kræves indfriet, og for fordringer, der endnu ikke er forfaldne, betyder anmeldelsen, at der kan forlanges betryggende sikkerhed, jf. § 134 g, stk. 2, dog jf. stk. 3. I relation til realkreditorer skal det bemærkes, at muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse er mest værd, hvor der er tale om en pengefordring. Er der tale om en realfordring, kan sikkerhed i penge ikke garantere, at fordringen bliver opfyldt, og sikkerhedsstillelsen kan ikke nødvendigvis opveje problemer knyttet til manglende opfyldelse.

#### 6.6.2.3.2 Fusion, debitorskifte og samfundsmæssig interesse

At dømme ud fra deres udformning synes aktieselskabslovens regler om varetagelse af kreditorernes interesser ved fusion særligt at være møntet på pengekreditorer. Se hertil eksempelvis § 134 c, stk. 4, § 134 g, stk. 2, og § 134 h, stk. 1, nr. 3. Denne antagelse finder også støtte i forarbejderne til fusionsbestemmelserne, jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 119/82, § 134 c og til § 134 g.<sup>354</sup> Til trods for dette er der ikke grund til at antage, at reglerne, og deres formål om at beskytte kreditorerne, ikke også omfatter realkreditor. Dette allerede fordi det synes uden mening at forskelsbehandle kreditorer på baggrund af, hvilken type fordring de er indehaver af – også realkreditorer har beskyttelsesværdige interesser. Lovforslagets bemærkninger om reglernes overordnede formål støtter dette med henvisningen til 3. selskabsdirektiv.<sup>355</sup> I præamblen til dette direktiv anføres som en af grundene til dets udstedelse, at "... kreditorerne, herunder indehavere af massegældsbeholdninger samt indehavere af andre værdipapirer i de selskaber, der fusionerer, skal beskyttes mod at lide tab ved fusionen; ...". Altså nok en fremhævelse

354. Folketingstidende 1981-82 (2. samling) (tillæg A), henholdsvis sp. 2895 og sp. 2900.

355. Folketingstidende 1981-82 (2. samling) (tillæg A), sp. 2887.

## *Kap. 6: Opfyldelse*

af kreditorer med pengefordringer, men ikke en udelukkelse af øvrige kreditorer. Se også direktivets artikel 13 hvor der heller ikke sondres mellem pengekreditorer og realkreditorer.

Status er således, at fusionsreglerne i aktieselskabsloven har til hensigt at beskytte (også) realkreditor, men at reglerne ikke er velegnede til dette formål. Det er allerede påpeget, at muligheden for at opnå sikkerhedsstillelse, jf. asl. § 134 g, stk. 2, ikke altid opfylder realkreditors behov for garanti for at ydelsen leveres i overensstemmelse med kontrakten. Hvis realydelsen kan skaffes til veje ved hjælp af en anden leverandør, kan garanti i form af penge være en rimelig løsning; opfylder den nye realdebitor efter fusionen ikke, kan kreditor få ydelsen andet sted fra, og eventuelle tab i anledning af den manglende opfyldelse kan erstatte. For mange af de ydelser, der er knyttet til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, kan det imidlertid være vanskeligt, i det mindste på kort sigt, at skifte leverandør. Derfor vil det få alvorlige konsekvenser, hvis den nye realdebitor efter fusionen ikke opfylder kontrakten. I den forbindelse skal ydelsernes karakter indregnes, selv kortere perioder med manglende eller mangelfuld opfyldelse kan have meget alvorlige konsekvenser, hvor der er tale om eksempelvis drift af hospitalsafdelinger eller hjemmepleje. Her er de væsentligste følger af misligholdelse ikke økonomiske, men menneskelige. Skal den økonomiske sikkerhedsstillelse ses som et økonomisk plaster på såret, vil det formodentlig ikke være muligt at opgøre pengeværdien af eksempelvis den manglende leverance af mad eller drift af hospitalsafdeling, jf. også afsnit 3.2 om økonomiske aspekter. Også bestemmelsen i asl. § 134 c, stk. 4, om vurderingen af hvorvidt kreditorerne "... må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen ...", er uden reel værdi i relation til realkreditor. Årsagen er, at vurderingsmændene næppe vil kunne udtale sig om, hvorvidt den nye debitor vil være i stand til at levere den aftalte realydelse.

For at kaste yderligere lys over temaet realkreditors sikkerhed og aktieselskabslovens fusionsregler vender vi tilbage til den generelle problemstilling i forbindelse med debitorskifte, nemlig konflikten mellem på den ene side hensynet til kreditor og på den anden side hensynet til debtors behov for at kunne overdrage sine forpligtelser. Normalt vejer hensynet til kreditor tungest, hvilket resulterer i udgangspunktet om forbud mod debitorskifte. Ved fusion mellem selskaber er det imidlertid skønnet, at behovet for adgang til debitorskifte uden samtykke vejer

tungere end almindeligvis, hvorfor der er skabt mulighed for et sådant skifte. Hvad er det for forhold, der har ført til denne model? Forarbejderne til fusionsbestemmelserne giver et svar på dette spørgsmål. Fusionsbestemmelserne i den gældende aktieselskabslov har, for så vidt angår de dele, der vedrører kreditors stilling, i alt væsentligt den udformning reglerne fik med vedtagelsen af lov nr. 282/82. Reglerne i lov nr. 282/82 var imidlertid ikke de første vedrørende fusion i aktieselskabslovgivningen. Således var der allerede i den første aktieselskabslov fra 1917 en, om end meget summarisk, regulering af fusion i lovens § 40. Først med aktieselskabslovens af 1930 blev der imidlertid indføjet regler, der tilgodeså hensynet til kreditorerne i forbindelse med fusion, asl.-1930, § 70, stk. 3 og 6. Kreditorbeskyttelsen blev forbedret med aktieselskabsloven af 1973. Af forarbejderne til det bagvedliggende lovforslag fremgår det, at reglerne, ud over at præcisere de eksisterende fusionsreglers indhold og give forskrifter for hvordan en fusion gennemføres, tager sigte på "... at skabe øget beskyttelse for det overtagne selskabs aktionærer og fordringshavere. Herudover tilstræber forslaget at udforme fusionsreglerne således, at de under skyldig hensyntagen til det overtagne selskabs fordringshavere og aktionærer giver selskaberne et sæt hensigtsmæssige og let anvendelige bestemmelser, som ikke lægger hindringer i vejen for den strukturrationalisering gennem koncentration af virksomheder, som måtte være ønskelig bl.a. på grund af den af EF følgende nødvendige stordrift".<sup>356</sup> Her finder vi således forklaringen på bruddet med udgangspunktet om forbud mod debitorskifte uden kreditors samtykke. Det, der har opvejet hensynet til kreditor, er hensynet til debtors behov for at kunne vælge den organisationsform og struktur, som giver de bedste muligheder i konkurrencen på markedet.

Ønsket om at give selskaberne de bedste muligheder for at klare sig i konkurrencen på markedet var, og er stadig, baggrunden for, at der ved fusion kan foretages debitorskifte uden kreditors samtykke. Det skal dog bemærkes, at det er en forudsætning for bruddet med forbudet mod debitorskifte, at kreditors interesse stadig bliver tilgodeset, jf. således de citerede uddrag fra lovforarbejderne og i det hele de gældende regler i aktieselskabslovens kapitel 15. Kravet om sikkerhed for

---

356. Folketingstidende 1972-73 (tillæg A), sp. 4534.

## Kap. 6: Opfyldelse

kreditorerne fremgår endvidere af 3. selskabsdirektiv, artikel 13. Der er ikke noget, der taler for, at specielt hensynet til realkreditors interesse vil kunne hindre opnåelsen af det formål, der ligger bag reglernes hjemmel til debitorskifte uden samtykke. Heller ikke ud fra betragtninger om begrundelsen for reglerne er der således grund til at antage, at realkreditors interesse ikke skal sikres.

For at leve op til betingelserne for adgangen til frit debitorskifte i forbindelse med fusion er det således nødvendigt, at også realkreditors fordringer sikres. Siden reglerne i aktieselskabsloven ikke altid synes at kunne tages som garant for sikring af realkreditors krav, må det overvejes, om der kan findes alternative veje til at opnå denne sikkerhed.

En mulig vej til at sikre realkreditor i forbindelse med fusion er ved generelt at give denne mulighed for at ophæve kontrakten under henvisning til fusionen.<sup>357</sup> Denne model løser ikke de vanskeligheder, der er forbundet med at skaffe en ny leverandør, men det sikrer at realkreditor ikke skal acceptere en dårligere leverandør, og dermed sikres også den samfundsmæssige interesse i, at ydelsen bliver præsteret. Hermed varetager modellen til dels det behov, realkreditor har for at kunne regne med at modtage en ydelse af den ønskede kvalitet. Over for dette hensyn står hensynet til realdebitor. Er der i almindelighed adgang for realkreditorer til at hæve kontrakter som følge af fusion, vil det formodentlig virke hæmmende på selskabernes interesse i at fusionere, da det er et alvorligt problem for selskaberne, hvis fusionen medfører, at deres kunder forlader dem. Det kan anføres, at en sådan reaktion hos kunderne er markedets reaktion på en dårlig idé. Uanset vil fri adgang til at hæve kontrakter kunne virke hæmmende på realiseringen af et af formålene med fusionsreglerne, nemlig at give selskaberne nogle regler som ikke lægger hindringer i vejen for fusion, hvis det er det, selskaberne mener skal til for at styrke dem i konkurrencen på markedet.<sup>358</sup>

En eventuel ophævelse af kontrakten kan tænkes retligt begrundet i forudsætningslæren, idet debitorskiftet så betragtes som en bristende

---

357. I det konkrete tilfælde er den bedste måde at sikre realkreditor på, at lade kontrakten indeholde en bestemmelse om at fusion på realdebitors side er opsigelsesgrund for realkreditor, hvis denne ønsker det. Sådanne bestemmelser synes ikke at forekomme ofte i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

358. Jf. ovenfor om formålet med fusionsreglerne, og i øvrigt Folketingstidende 1972-73 (tillæg A), sp. 4534.

forudsætning, der giver mulighed for at hæve, uden at det mellem parterne er aftalt, at fusion vil være hævebegrundende. Med denne tilgangsvinkel kræver ophævelse, at de almindelige krav i forudsætningslæren er opfyldt, det vil sige, *at* forudsætningen, om at netop den valgte realdebitor skal være debitor (eller at den nye realdebitor netop ikke skulle være debitor), skal have været bestemmende for realkreditor, *at* dette forhold skal have været kendeligt for realdebitor, og *at* realdebitor findes at være nærmest til at bære risikoen for den bristende forudsætning. Det følger heraf, at fusion ikke per automatik kan anses for hævebegrundende i disse tilfælde. Det er nødvendigt at foretages en konkret vurdering.<sup>359</sup> Hermed tager man også brodden af ovennævnte indvending vedrørende risiko for kundeflugt som følge af fusionen. Det sidste led i forudsætningslæren (hvem skal bære risikoen for svigtet) vil i denne sammenhæng næppe generelt give anledning til problemer; da fusionen er iværksat af realdebitor, er denne også den nærmeste til at bære risikoen. Om lærens første led (bestemmende for realkreditor) er det rimeligt at formode, at hvis realkreditor vil hæve, med de vanskeligheder dette medfører, er det fordi, han har lagt vægt på, hvem der skal være realdebitor. Kravet om at forudsætningen skal have været kendelig for realdebitor, er det straks vanskeligere at sige noget generelt om. Forudgående forhandlinger kan eventuelt bidrage til at fastslå, om realdebitor kendte eller burde have kendt til forudsætningen. Tydeligst vil dette naturligtvis være, hvis det kan påvises, at der er lagt vægt på netop den pågældende leverandør – eller netop ikke en anden, nemlig den nye realdebitor. Mindre tydeligt, men dog en indikator, er det, hvis der i almindelighed er lagt vægt på sikkerhed i leverancen. Særlig i det sidste tilfælde kan ophævelse være en meget drastisk løsning. I stedet kan fusionen give adgang til opsigelse med forkortet varsel eller udvidet adgang til at ophæve, hvis det konstateres, at den nye realdebitor ikke leverer den aftalte ydelse. Med udvidet adgang skal her forstås, at hvad der ellers må gælde af krav om tolerance, afhjælpningsret og lignende suspenderes eller begrænses.<sup>360</sup>

---

359. Lyng Andersen m.fl.: Fakta. Selskabsret for praktikere, s. 372f.

360. Den her behandlede problemstilling har nær tilknytning til spørgsmålet om anteciperet misligholdelse, og bliver derfor også taget op til behandling i afsnit 7.3.2 der handler om netop dette begreb.

## 6.7 Afsluttende bemærkninger

Det fremgår af dette kapitel, at samfundsmæssig interesse kan indgå som et fortolkningsdatum, når en kontrakt skal fortolkes, og at en sådan interesse generelt må tillægges megen vægt ved fortolkning. Den vægt, der lægges på samfundsmæssig interesse, reducerer kravet til klarhed omkring interessens eksistens i relation til en kontrakt og betydning for denne. At der ikke stilles store krav til klarhed, når det skal lægges til grund, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en konkret kontrakt, kan tænkes at have en sammenhæng med, at samfundsmæssig interesse har et naboskab med bredere rimelighedsbetragtninger, der også anvendes i forbindelse med supplerende af kontrakter.

I kapitlet analyseres også, hvilken betydning en samfundsmæssig interesses kan have for indholdet i kontraktens realydelse, herunder blandt andet om de offentligretlige krav, der stilles til den offentlige udøver af faktisk forvaltningsvirksomhed, også stilles til den private udøver. Det viser sig her, at mens den private udøver er underlagt regler om tavshedspligt og om pligt til at vejlede modtagerne af de faktiske forvaltningsydelse, er det mere tvivlsomt, i hvilket omfang de offentligretlige regler om aktindsigt finder anvendelse i forhold til den private udøver. Da det behov, reglerne om aktindsigt skal imødekomme, vil bestå, uanset om opgaven varetages af en offentlig instans eller af en privat aktør, synes denne retstilstand ikke tilfredsstillende.

Også i forbindelse med et andet emne vedrørende kontraktens opfyldelse synes de eksisterende regler ikke at imødekomme de behov, der kan opstå i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Det drejer sig om reglerne i aktieselskabsloven om muligheden for debitorskifte i forbindelse med fusion. Muligheden for debitorskifte uden kreditors samtykke er indrømmet under antagelse af, at kreditor, via andre bestemmelse i loven, opnår en rimelig beskyttelse af sine interesser. Denne beskyttelse af kreditors interesse dækker imidlertid ikke de behov, der kan opstå i forbindelse med en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed.

De to eksempler, på at anvendelse af de eksisterende regler ikke uden videre fører til et ønskværdigt resultat, når det drejer sig om kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, leder til to umiddelbare konklusioner. For det første må parterne i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed overveje, om de vil lade deres kontrakter indeholde be-



### *6.7 Afsluttende bemærkninger*

stemmelser, der gør op med de to emner aktindsigt og debitorskifte som følge af fusion. For det andet giver resultaterne af analysen af de to områder anledning til at anbefale, at kontrahenterne nøje gennemtænker følgerne af deres kontrakt, og ikke forlader sig på, at de eksisterende regler vil sikre en tilfredsstillende løsning på eventuelle uoverensstemmelser, der dukker op i kontraktperioden.



## Ikke-opfyldelse

### 7.1 Indledende bemærkninger

Under overskriften “Ikke-opfyldelse” behandles i dette kapitel det klassiske spørgsmål om, hvad der sker, hvis en af parterne i en kontrakt ikke præsterer de aftalte ydelser. I henhold til afhandlingens emne sker dette ud fra et ønske om at undersøge, om det har betydning, at der er en samfundsmæssig interesse knyttet til den kontrakt, der ikke bliver behørigt opfyldt.

I kapitlet bliver der fokuseret på realydelsen, da en samfundsmæssig interesse vil være knyttet til denne. Dermed er det forholdet mellem realdebitor og realkreditor, der er i centrum, og her særligt realdebitors manglende opfyldelse af kontrakten. Kapitlet tager afsæt i obligationsrettens almindelige regler om manglende opfyldelse, men fokuseringen på kontrakter med samfundsmæssig interesse og på realdebitors manglende opfyldelse medfører en naturlig prioritering af de elementer, der indgår i den almindelige obligationsret i relation til manglende opfyldelse. Således er nogle misligholdelsesbeføjelser mere relevante end andre for den realkreditor, der skal forholde sig til en realdebitor, som ikke opfylder sin del af kontrakten. Eksempelvis er omlevering ikke en nærliggende misligholdelsesbeføjelse i de tilfælde, hvor kontrakten drejer sig om præstation af en løbende tjenesteydelse. På denne baggrund omtales ikke alle misligholdelsesbeføjelser i kapitlet.

Kapitlet indledes med en omtale af et par begreber, der er centrale i forbindelse med manglende opfyldelse (afsnittene 7.2 og 7.3) hvorefter misligholdelsesbeføjelser, og betingelserne for at disse kan gøres gældende, bliver behandlet i afsnittene 7.4-7.9.

## 7.2 Ikke-opfyldelse og misligholdelse

Hvis der i et skyldforhold ikke præsteres en ydelse, som svarer til den gyldige fordring, foreligger der et tilfælde af ikke-opfyldelse.<sup>361</sup> Er der et misforhold mellem den faktiske ydelse og fordringen, er der tale om ikke-opfyldelse, uanset om misforholdet skyldes debtors eller kreditors forhold, eller forhold som ikke kan tilregnes nogen af parterne.<sup>362</sup> Ikke-opfyldelse kan have karakter af manglende, såvel som mangelfuld, opfyldelse, og manglerne kan være af enten retlig eller faktisk art.

Mens ikke-opfyldelse som begreb omfatter alle tilfælde, hvor et skyldforhold ikke opfyldes rigtigt, reserverer man i obligationsretten begrebet *misligholdelse* til de tilfælde af ikke-opfyldelse, hvor debitor ikke opfylder rigtigt, og hvor dette ikke skyldes kreditors forhold, eller omstændigheder som kreditor skal bære risikoen for.<sup>363</sup> Misligholdelsesbegrebet bliver nogle steder præsenteret med et lidt andet indhold, sådan at det til kravet om ikke-opfyldelse, der ikke skyldes kreditor eller omstændigheder, som denne skal bære risikoen for, føjes, at kreditor, som følge af ikke-opfyldelsen, får én eller flere beføjelser, der kan bruges til at varetage hans interesse i fordringen.<sup>364</sup> Forudsat at ikke-opfyldelsen ikke kan tilskrives kreditors forhold, og forudsat at der foretages rettidig reklamation, og at andet ikke følger af lov eller af aftale, så vil ikke-opfyldelsen som tungtvejende udgangspunkt altid give kreditor adgang til en eller flere misligholdelsesbeføjelser. Med mindre man kræver, at kreditor reelt skal få adgang til en eller flere misligholdelsesbeføjelser, er der derfor ikke nogen stor forskel på realindholdet i de to definitioner. Hvis man derimod vælger at definere misligholdelse sådan, at kreditor reelt skal kunne anvende en eller flere misligholdelsesbeføjelser over for debitor, giver det mere mening at

---

361. Henry Ussing: *Obligationsretten*, almindelig del, s. 50.

362. Bernhard Gomard: *Obligationsret* 2. del, s. 25.

363. Jan Hellner: *Speciell avtalsrätt* II, s. 98ff og Bernhard Gomard: *Obligationsret* 1. del, s. 22.

364. Henry Ussing: *Obligationsretten*, almindelig del, s. 50 og s. 55 og Bernhard Gomard: *Obligationsret* 2. del., s. 26.

## 7.2 Ikke-opfyldelse og misligholdelse

operere med den to-ledede definition af misligholdelsesbegrebet.<sup>365</sup> I denne afhandling opstilles der ikke noget krav om, at kreditor reelt skal opnå adgang til en misligholdelsesbeføjelse, for at der kan tales om misligholdelse. Begrundelsen for dette er, at det forekommer rimeligt at tale om misligholdelse, selv om der ikke reelt bliver tale om at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, eksempelvis fordi kreditor ikke får reklameret rettidigt – handlingen eller undladelsen fra debitor er misligholdelse, uanset om kreditor selv forspilder chancen for at gøre brug af misligholdelsesbeføjelser.<sup>366</sup>

Hvad angår opfyldelse af kontrakter, er udgangspunktet, at kontrakter skal opfyldes i deres helhed. Det følger heraf, at ikke-opfyldelse ikke kun er knyttet til præstation af kontraktens hovedydelse, også bydelser skal opfyldes, og kan være genstand for ikke-opfyldelse.<sup>367</sup> Sondringen mellem hoved- og bydelser bør ikke give anledning til sontring i relation til spørgsmålene omkring ikke-opfyldelse. Her må det være sådan, at et tilfælde af ikke-opfyldelse, hvis de samme betingelser konkret er opfyldt, kan medføre misligholdelsesbeføjelser, uanset om brudet vedrører en hoved- eller en bydelse – de to situationer skal behandles efter samme skabelon. Imidlertid kan det meget vel være, at ikke-opfyldelse af bydelser ikke kan mødes med misligholdelsesbeføjelser, eksempelvis fordi ikke-opfyldelsen er af meget ringe betydning for det samlede kontraktforhold. Dette rykker dog ikke på udgangspunktet om, at også ikke-opfyldelse af bydelser kan være misligholdelse.<sup>368</sup>

---

365. En sådan anvendelse af begrebet finde man hos Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 2), s. 101. Kravet om reel adgang til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende betyder eksempelvis, at hvis fordringshaveren ikke foretager rettidig reklamation, og alene derfor ikke kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, bliver der, i henhold til denne begrebsfastlæggelse, ikke tale om misligholdelse.

366. Se her til Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 175.

367. Om sondringen mellem hoved- og bydelser, se afsnit 6.5.3.1.

368. Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 42. I samme retning Jan Hellner: *Speciell avtalsrätt II*, s. 35 hvor sondringen mellem hoved- og bydelser helt afvises. Hos Gomard opretholdes sondringen i forbindelse med ikke-opfyldelse, jf. Bernhard Gomard: *Obligationsret 1. del*, s. 45. Muligheden, for at ikke-opfyldelse af bydelser kan udløse misligholdelsesbeføjelser efter samme vurdering som for hovedydelser, anerkendes dog i samme værk, s. 47f. Se også Bernhard Gomard: *Obligationsret 2. del*, s. 94. For at opretholde sondringen mellem hoved- og bydelser i relation til ikke-opfyldes, se Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 2), s. 32f.

## 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

### 7.3.1 Loyalitetspligt

#### 7.3.1.1 Begrebets indhold

Indgåelse af en kontrakt pålægger ikke kun parterne pligt til at opfylde kontraktens hovedydelser. Kontraktforholdet kan også indeholde en række biydelser, som parterne skal præstere. Blandt disse biydelser findes loyalitetspligten.<sup>369</sup> Som ydelse skal loyalitetspligten ikke opfattes som enkeltstående, idet den har en meget nær tilknytning til hele kontrakten og dermed til dennes hovedydelser. Spørgsmål om misligholdelse af loyalitetspligten er derfor ikke kun relevant som et spørgsmål om en enkelt ydelse, der ikke bliver opfyldt, men også som et spørgsmål der kan have betydning i forbindelse med misligholdelse af andre af kontraktens centrale ydelser. Af den grund behandles loyalitetspligten nærmere i det følgende.

Overordnet kan indholdet i loyalitetspligten beskrives som en pligt, der påhviler hver kontraktpart til at tage rimeligt hensyn til den anden parts interesser.<sup>370</sup> Denne pligt giver sig udslag i, at parterne skal underrette hinanden om forhold, der kan medføre skuffelse i kontraktforholdet, noget der også omtales som diligenspligt. Foruden diligenspligten indeholder loyalitetspligten også et mere vidtgående element, der foreskriver pligt for parterne til at samarbejde om kontraktens gennemførelse.<sup>371</sup> Denne pligt, til at arbejde loyalt for at kontrakten bliver gennemført, omfatter såvel pligt til at handle, som pligt til at undlade at handle, hvis handlingen kan bringe gennemførelsen i fare.

Loyalitetspligten kan begrundes ud fra overvejelser på såvel individniveau som et overordnet plan. På individniveau fordrer tillidsprincip-

---

369. Bernhard Gomard: Obligationsret 1. del, s. 44ff og Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemænd, s. 424.

370. Henry Ussing: Obligationsretten, almindelig del, s. 23, Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 2), s. 32 og Bernhard Gomard: Obligationsret 1. del, s. 46.

371. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 71 og s. 190. Se også U1981.300H, hvor en långiver havde pligt til at acceptere låntagers ønske om at ombytte en pantsikkerhed med en bankgaranti. Dommen er kommenteret i U1981B.298.

### 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

pet, der i modificeret form er fremherskende i kontraktretten,<sup>372</sup> at der skal tages hensyn til de forventninger, medkontrahenten har i anledning af kontrakten. Loyalitetspligten falder i forlængelse af tillidsprincippet ved at kræve, at kontrahenterne tager loyalt hensyn til deres medkontrahenter. På et generelt niveau tilsiger hensynet til sikkerhed i omsætningen, at kontraktparter i almindelighed bestræber sig på, at de kontrakter, de indgår, også bliver gennemført.<sup>373</sup> Særligt i sidstnævnte begrundelse bliver der fokuseret på, hvad der vil være konsekvensen af manglende gennemførelse.

Tidsmæssigt har loyalitetspligten vid udstrækning. Allerede i forbindelse med de handlinger, der går forud for indgåelse af en kontrakt, opstår der en loyalitetspligt. Et eksempel på dette ser man i aftalelovens §§ 4, stk. 2, og 6, stk. 2, i henhold til hvilke modtageren af en for sen, eller uoverensstemmende, accept skal reklamere over for afsenderen, såfremt afsenderen synes at gå ud fra, at accepten er rettidig henholdsvis overensstemmende. Endnu et eksempel finder man i spørgsmålet om culpa in contrahendo, altså muligheden for at ifalde erstatningsansvar for sine handlinger over for en forhandlingspart, som man endnu ikke har indgået kontrakt med.<sup>374</sup>

Når en kontrakt er indgået forstærkes kravene til parternes loyalitet over for hinanden. Parterne bliver blandt andet forpligtet til at drage omsorg for ydelserne på vegne af hinanden,<sup>375</sup> de skal søge at begrænse eventuelle egne tab så meget som muligt, og de skal i et vist omfang tåle ændringer af kontrakten, med henblik på at denne kan gennemføres.<sup>376</sup>

---

372. Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 57, Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 51, Geir Woxholth: Avtaleindgåelse, ugyldighed og tolkning, s. 64.

373. Jens Evald: Retsmisbrug i formueretten, s. 271.

374. Se om dette ansvar hos Lasse Simonsen: Prekontraktuel ansvar. Se også U2002.1180H hvor Fredericia Kommune havde udbudt et byggeri i licitation. Kommunen begik alvorlige fejl i forbindelse med udbudsrunder, og i realiteten havde den ene af to tilbudsgivere (A) afgivet tilbud til ingen nytte, da kommunen allerede inden udbudsrunder havde besluttet sig for at kontrahere med den anden tilbudsgiver (B). A blev tilkendt erstatning svarende til den negative kontraktsinteresse. Erstatning for den positive opfyldelsesinteresse kunne ikke komme på tale, da A gentagne gang havde afgivet urigtige oplysninger om samarbejdspartnere, hvorfor kommunen havde været berettiget til at se bort fra A's tilbud.

375. For nationale, danske køb fremgår dette af købelovens § 33. Se også CISG art. 85-88 for lignende bestemmelser vedrørende internationale løsørekøb.

376. Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 426f. Fra domspraksis kan nævnes U1981.300H og U1987.526H.

## *Kap. 7: Ikke-opfyldelse*

I relation til kontrakter, hvor den ene part er en offentlig instans, kan loyalitetspligten betyde, at den offentlige part skal udnytte sine myndighedsbeføjelser på en måde, så kontraktens gennemførelse bliver fremmet. Opfylder den offentlige part ikke dette, kan der blive tale om erstatningsansvar, jf. *U1995.557H* hvor Thisted Kommune (udlejer) indgik en lejeaftale med en privat erhvervsdrivende (lejer). Det var en betingelse for aftalen, at lejer kunne opnå miljøgodkendelse til den virksomhed, der skulle drives på det lejede areal. Denne godkendelse blev nægtet under henvisning til, at den ville være i strid med et forslag til kommunalplan, som udlejer havde vedtaget kort inden indgåelsen af lejeaftalen, og som udlejer ikke ville ændre. Loyalitetsprincippet kan dog ikke tvinge den offentlige kontraktpart til, med henblik på at fremme kontraktens gennemførelse, at udøve myndighed i strid med, hvad der er lovligt muligt, jf. *U2000.1366H*.<sup>377</sup> Se også *U2002.1854V* hvor den offentlige parts efterfølgende optræden ikke hindrede gennemførelse af selve kontrakten, men udelukkede medkontrahenten fra at få opfyldt sit formål med kontrakten. I sagen havde Hammel Kommune solgt en byggegrund til et ægtepar, der ønskede at opføre et parcelhus på grunden. Dels på grund af grundens beskaffenhed, dels som følge af en byggelinie, var grundens byggefelt stærkt begrænset, og udnyttelse af grunden til opførelse af beboelse ville derfor kræve dispensation fra omtalte byggelinie. Dette måtte have stået kommunen klart, da den solgte grunden. Imidlertid afslog kommunen ægteparrets ansøgning om dispensation. Det fandtes ikke godtgjort, at der lå planretlige hensyn bag afslaget, der i stedet måtte anses for alene at være begrundet i at byggeriet var påbegyndt uden tilladelse, samt at det var fortsat, selv om der var udstedt et standsningspåbud. Disse sidstnævnte forhold kunne være sanktioneret med straf i henhold til byggelovgivningen. Kommunens afslag fandtes herefter ugyldigt. Landsrettens dom bygger på en forvaltningsretlig tilgangsvinkel til sagen, mens byrettens dom – der stadfæstes af landsretten – inddrager kontraktretlige aspekter. Set i det lys kan dommen tages som udtryk for, at kommunen handlede illoyalt ved først at sælge grunden til fuld pris, for derefter, trods muligheden for det, ikke at ville medvirke til, at køber kunne anvende grunden til det ønskede formål.

---

377. Sag om projekterede andelsboliger i Hørsholm Kommune; for resumé af sagen se afsnit 4.4.2.2.2.



### 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

Dommen i *U2002.1854V* illustrerer tillige, at også i tiden efter at en kontrakt er gennemført, kan parterne være bundet af en loyalitetspligt. Som et andet eksempel på dette udslag af loyalitetspligten kan nævnes krav om, at parterne skal afholde sig fra at udlevere oplysninger, som de er kommet i besiddelse af gennem kontraktforholdet, og hvis offentliggørelse kan være til gene for medkontrahenten.

I dansk ret er loyalitetspligten ikke nedskrevet som generelt princip, men den kommer til udtryk i en række mere eller mindre specifikke bestemmelser.<sup>378</sup> Uagtet den manglende generelle kodificering gælder pligten i kontraktforhold, uanset om den er nævnt i kontrakten eller ej,<sup>379</sup> og manglende overholdelse kan medføre misligholdelsesbeføjelser på lige fod med andre tilfælde af misligholdelse.<sup>380</sup>

#### 7.3.1.2 Nærmere om pligtens omfang

Som begreb er loyalitetspligten ganske vidtfavnende.<sup>381</sup> Det er derfor ikke muligt at sige noget endeligt om begrebets omfang, det vil sige, hvor langt en kontrahent skal gå i form af handlingen, eller undladelse for ikke at komme i karambolage med loyalitetspligten. De konkrete forhold i tilknytning til den enkelte kontrakt spiller naturligvis også ind i denne sammenhæng. Det er imidlertid muligt at pege på nogle faktorer, der generelt må antages at have betydning for omfanget af pligten.

##### 7.3.1.2.1 Kontraktperiodens længde

Når økonomaen fra vuggestuen Småfolket går i supermarkedet og køber mælk til børnenes frokost, bliver der indgået en aftale. Aftalen er simpel og overskuelig, og er gennemført, når økonomaen forlader supermarkedet. Tidsmæssigt strækker loyalitetspligten sig i dette tilfælde kun til dette tidspunkt, og omfatter i hovedsagen supermarkedets loyale oplysningspligt i forbindelse med købshandlingen. Medmindre der er

---

378. Ovenfor er nævnt aftalelovens §§ 4, stk. 2, og 6, stk. 2. Som andre eksempler kan nævnes markedsføringslovens § 1, 2. pkt., købelovens §§ 26, 27 og 52 og aktieselskabslovens §§ 63 og 80.

379. Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 121 og Jens Evald: Retsmisbrug i formue-retten, s. 274.

380. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 70.

381. Se her til Geir Woxholth: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, s. 338.

mangler ved varen, har hverken økonoma eller supermarkedet anledning til yderligere kontakt eller krav til modpartens handlinger.

Når X-købing Kommune indgår en kontrakt for 5 år med Gammelfryd A/S om drift af kommunens plejehjem og leverance af mad til byens ældre, er det på grund af tidshorisonten ikke muligt ved indgåelsen at gennemskue alle facetter af det kommende samarbejde. Gennem tiden kan der opstå nye eller ændrede behov hos såvel kommunen som Gammelfryd A/S, og udviklingen kan afsløre forhold, som parterne ikke havde øje for, da kontrakten blev indgået. Skal samarbejdet gennemføres, bliver det derfor nødvendigt, at parterne gennem hele forløbet er indstillet på at udvise fleksibilitet i forhold til at løse de uforudsete situationer, der vil opstå. Her kan der således stilles krav om parternes loyale optræden gennem en lang periode.

De to eksempler illustrerer, at kontraktperioden har betydning for omfanget af loyalitetspligten. Selv om den udvidede tidsmæssige udstrækning af loyalitetspligten, som følge af en lang kontraktperiode, ikke automatisk betyder en udvidelse af, hvor loyalt parterne skal optræde, er der en formodning for, at i vedvarende kontraktforløb, som kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte vil være, er kravet til loyalitet større, end i transaktioner der er kortvarige.<sup>382</sup> Denne antagelse kan begrundes med, at netop tidshorisonten gør det nødvendigt, at parterne er mere fleksible i forhold til at imødekomme hinanden, end hvis hele aftalesituationen kun strækker sig over ganske kort tid.

Der kan også argumenteres for øget loyalitetspligt i forbindelse med vedvarende kontrakter ud fra synspunkter om økonomi i forbindelse med indgåelse af kontrakten. Indgåelse af vedvarende kontrakter, i særdeleshed hvor realkreditor er en offentlig instans, er ofte præget af et omfattende forarbejde i form af blandt andet behovsanalyser, udarbejdelse af udbudsmateriale og af tilbudsmateriale. Disse transaktionsomkostninger vil for en stor dels vedkommende være spildte, hvis kon-

---

382. Geir Woxholth: *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 338 og Rolf Dotevall i SvJT 2002.441 (s. 455). For domspraksis om pligt til at tåle ændringer i vedvarende kontrakter se eksempelvis U1986.824V, hvor ejeren af en tankstation måtte acceptere at skulle hæfte for salg på kundekort som figurerede på en af benzinselskabet udsendt "stopliste". Landsretten anfører blandt andet, "...at appellanten ved at indgå overenskomsten i 1975 – herunder bestemmelsen i denne om salg på kundekort – har accepteret også at skulle overholde de rimelige og sagligt begrundede regler, som indstævnte måtte udstede for benyttelsen af kundekort." [fremhævelse foretaget her].

### 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

trakten ikke gennemføres. Der ligger heri en grund til at kræve af parterne, at de bestræber sig på at gennemføre kontrakten, også selv om samarbejdet hen ad vejen støder på vanskeligheder.

#### 7.3.1.2.2 Kontraktens indhold

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er re-alydelserne ofte vanskelige at beskrive. Der kan være flere årsager til dette. Blandt andet kan ydelserne være meget omfattende og derfor vanskelige at beskrive fuldt ud. Endvidere kan meget vel være, at de ydelser, der skal til for at løse en bestemt opgave, eksempelvis rengøring på et sygehus, aldrig tidligere er blevet udtømmende beskrevet. Hvis formålet med en kontrakt er, at der skal være rent på sygehuset, bliver det derfor vanskeligt nærmere at beskrive, hvilke opgaver der skal udføres, og hvordan, for at nå dette mål.<sup>383</sup> Yderligere er realydelserne ofte genstand for løbende udvikling, eksempelvis som følge af ændringer i de bagvedliggende regler. Som et sidste eksempel kan nævnes, at realdebitor måske bevæger sig ud på et nyt område, hvorfor han kan være i tvivl om, hvad han kan binde sig til.

I tilfældet af vanskeligheder, som de beskrevne, kan kontraktens bestemmelser vedrørende realydelsen med fordel formuleres som overordnede målsætninger for, hvilke krav ydelsen skal opfylde.<sup>384</sup> På den måde opnår parterne større fleksibilitet i kontrakten, og får derved mulighed for at forme realydelsen i løbet af kontraktperioden. Samtidig betyder valget af en overordnet formulering også, at der bliver øget mulighed for uenighed om indholdet i realydelsen og dermed større udfordringer til parternes vilje til at komme overens og gennemføre kontrakten. Når den overordnede formulering af realydelsens indhold er begrundet i et ønske om at imødegå et af ovennævnte forhold, eller et andet anerkendelsesværdigt forhold der kalder på en fleksibel kon-

---

383. Når en offentlig instans efter en udlicitering ikke får den samme slutydelse, som de tidligere fik (der er eksempelvis ikke så rent på sygehuset), anføres det netop ofte som en del af forklaringen, at realdebitor udfører de ydelser, der er beskrevet i kontrakten, men at dennes beskrivelse, af hvad der skal til for at holde rent, ikke er tilstrækkelig, og ikke svarer til de ydelser, der tidligere er leveret.

384. Sondringen mellem resultatforpligtelser og bestræbelsesforpligtelser bliver her nærværende. Vished om hvad man vil opnå, men usikkerhed om hvordan man opnår det, taler for at udforme kontraktens bestemmelser om ydelserne som resultatforpligtelser. Begreberne resultatforpligtelse og bestræbelsesforpligtelse, der har deres rod i fransk ret, er nærmere omtalt hos Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 45ff.

trakt, må formodningen være for, at der må stilles større krav til loyalitet hos parterne, end tilfældet er, hvis kontrakten er detaljeret i sin beskrivelse af realydelsen. Det vil her have afgørende betydning, at fleksibiliteten er til gavn for begge parter.<sup>385</sup>

Et andet forhold, der kan tænkes at påvirke omfanget af loyalitetspligten, og som er knyttet til kontraktens indhold, er spørgsmålet om, hvem der bliver ramt i tilfælde af, at kontrakten ikke bliver gennemført. Manglende gennemførelse af kontrakten vil altid have virkning på parterne, om ikke på anden måde så ved at de ikke opnår det, de gerne ville opnå via kontrakten. I mange tilfælde er det netop kun parterne, der bliver berørt af en manglende opfyldelse. Jensens og Hansens parcelhushandel er et eksempel på dette. Her er loyalitetspligten et spørgsmål om forholdet mellem parterne, og om hvordan parterne er stillet i tilfælde af manglende gennemførelse. I andre tilfælde vil den manglende gennemførelse af en kontrakt imidlertid også få konsekvenser for andre end kontraktens parter. Det er eksempelvis tilfældet, hvis den kontrakt der ikke bliver gennemført har drift af plejehjem som realydelse. I sådanne tilfælde forekommer det nærliggende, at man, ved vurderingen af konsekvenserne af manglende gennemførelse, ikke kun betragter kontraktforholdets interessenter i snæver forstand, det vil sige parterne, men også inddrager hensynet til andre, eksterne interessenter der også vil blive berørt. Da loyalitetspligten er begrundet i hensynet til konsekvenserne af manglende gennemførelse af kontrakterne, betyder dette, at hensynet til berørte tredjemænd også kommer til at spille en rolle i forbindelse med vurderingen af parternes indbyrdes loyalitetspligt. I de mange tilfælde, hvor manglende gennemførelse vil få negativ betydning for tredjemænd, taler dette for en udvidelse af parternes indbyrdes loyalitetspligt. Dette har naturligvis væsentlig betydning for kontrakter af samfundsmæssig interesse, da disse per definition vedrører andre end kontraktens parter.<sup>386</sup> Problemstillingen har været berørt i en norsk voldgiftsdom, *NDS1985.234*,<sup>387</sup> hvor to rederier havde indgået kontrakter, i henhold til hvilke det ene rederi (A/S Mascot) skulle stille skibe til rådighed for det andet rederi (K/S Nosac A/S & Co.). Som

---

385. Se også Rolf Dotevall i SvJT 2002.441 (s. 455).

386. Se om dette afsnit 1.3.

387. Voldgiftsretten, hvis afgørelse var enstemmig, havde tre medlemmer, højesteretsdommer Mellbye, professor Brækhus og højesteretsadvokat Ole Lund.

### 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

en del af kontrakterne var der aftalt nogle komplicerede bestemmelser om fordeling af indtægter og overskud i forbindelse med aktiviteterne. Formålet med disse bestemmelser var at stille de to rederier lige i relation til muligheder for at få dækket deres udgifter i forbindelse med aktiviteterne. Det viste sig, at bestemmelserne ikke var egnede til at opfylde dette formål under alle forhold, hvorfor A/S Mascot ønskede bestemmelserne ændret under henvisning til aftalelovens § 36. Voldgiftsretten indledte sin afgørelse med at konstatere, at kontrakterne var indgået mellem professionelle erhvervsdrivende, der var jævnbyrdige i faglig indsigt og erfaring, og som havde mulighed for frit at afgøre, om de ville indgå kontrakterne. Under disse omstændigheder fandt voldgiftsretten, at der umiddelbart skulle meget til, før § 36 kunne anvendes. Hertil føjede voldgiftsretten videre, at kontrakterne regulerede parternes indbyrdes forhold, herunder fordelingen af indtægterne, og derfor langt hen ad vejen kun havde betydning for de to rederier. Imidlertid tilføjede voldgiftsretten, at den ubalance, der opstod mellem parterne som følge af kontraktens bestemmelse om fordeling af indtægterne, kunne betyde, at den ene part ikke længere vil kunne opfylde sin del af kontrakten, og retten fortsatte: “Kommer det så langt er det ikke bare den nødlidende part som er ille ute. Både den annen part og berørte tredjemenn får da sine interesser berørt. Voldgiftsretten ser sakens problem mot denne generelle bakgrunn” [fremhævelse foretaget her]. Voldgiftsretten inddrog altså hensynet til, hvad der ville ske med tredjemand, i tilfælde af at kontrakten ikke kunne gennemføres. I sin afgørelse, hvor kontrakterne blev ændret under henvisning til aftalelovens § 36, lagde voldgiftsretten vægt på, at parterne indgik i et langvarigt samarbejde, at det var en nødvendig forudsætning for samarbejdet, at begge parter fik et rimeligt økonomisk udbytte, og at parterne ikke havde haft til hensigt, at de omstridte bestemmelser skulle have de konsekvenser, de havde fået.

#### 7.3.2 Anteciperet misligholdelse

##### 7.3.2.1 Begrebet og nogle hovedlinier

Gyldigt indgåede kontrakter skal opfyldes efter deres indhold, hvilket i hovedsagen vil sige, at de aftalte ydelser skal præsteres på det aftalte sted til den aftalte tid. Bliver de ikke det, foreligger der tilfælde af ikke-opfyldelse og eventuelt misligholdelse. I nogle tilfælde forekom-

mer det, at den ene kontrahent, forud for tidspunktet for opfyldelsen, får en forventning om, at medkontrahenten ikke kan, eller vil, opfylde sin del af kontrakten. Det kan eksempelvis være fordi, medkontrahenten direkte meddeler dette, eller fordi der verserer rygter om, at medkontrahenten ikke vil være i stand til at opfylde. Spørgsmålet, om hvilke muligheder en kontrahent har i disse tilfælde, behandles under overskriften anteciperet, eller forventet, misligholdelse. Mere snævert dækker begrebet *anteciperet misligholdelse* over kreditors ret til at blive stillet, som om der faktisk er sket misligholdelse, selv om tidspunktet for debitors opfyldelse endnu ikke er kommet.<sup>388</sup>

Den centrale problemstilling bag spørgsmålet om anteciperet misligholdelse er båret af to modsatrettede hensyn. På den ene side har kreditor en interesse i ikke at være bundet til en kontrakt, der ikke, når tid er, vil blive opfyldt af debitor. På den anden side har debitor som udgangspunkt krav på at kunne forlade sig på indgåede kontrakter, herunder på at disse ikke bliver genstand for misligholdelsesbeføjelser baseret på eksempelvis løse rygter om hans vilje eller evne til at opfylde sin del af disse. Denne modsætning skal man have in mente i alle overvejelser omkring begrebet, og således også i det følgende.

Selv om andre misligholdelsesbeføjelser kan overvejes i forbindelse med anteciperet misligholdelse, er adgangen til at hæve kontrakten og muligheden for at standse egen ydelse de misligholdelsesbeføjelser, der først og fremmest spiller en rolle i forbindelse med anteciperet misligholdelse.<sup>389</sup> Hvis kreditor forventer, at debitor ikke opfylder sin del af kontrakten, er det naturligt, at kreditor forsøger at standse sin ydelse for at sikre, at han ikke kommer til at betale for noget, han ikke får, eller forsøger helt at komme ud af kontrakten for at kunne handle til anden side.

I forbindelse med anteciperet misligholdelse er der tale om, at debitor skal tåle et indgreb i den gyldige kontrakt på baggrund af en forventning om fremtidige forhold. Derfor bliver det et centralt spørgsmål, hvor sikker denne forventning skal være, før den kan danne grundlag for anvendelse af misligholdelsesbeføjelser. Skal spørgsmålet besvares i forhold til muligheden for at hæve kontrakten, skal man holde sig for

---

388. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 200.

389. Om fremrykket levering som følge af anteciperet misligholdelse, se Bernhard Gomard: Obligationsret 3. del, s. 17 og s. 21ff.

### 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

øje, at det at hæve en kontrakt er den mest indgribende af misligholdelsesbeføjelserne, da den udsletter transaktionen. Derfor skal der i alle tilfælde særlige kvalificerede omstændigheder til, før denne beføjelse kan anvendes. Når der til dette lægges den usikkerhed, der altid vil være forbundet til anteciperet misligholdelse, fordi den i modsætning til aktuel misligholdelse netop kun bygger på forventninger, må adgangen til at hæve på baggrund af anteciperet misligholdelse være snæver. Som en præcisering af hvad der nærmere ligger i dette krav, anføres det, at kontrakter kun kan hæves på baggrund af anteciperet misligholdelse, når der er en til vished grænsende sandsynlighed for, at misligholdelsen faktisk vil indtræde.<sup>390</sup> Den sandsynlighedsvurdering, der herefter er nødvendig, skal tage udgangspunkt i, hvilke muligheder der rent faktisk er for, at debitor opfylder, ikke hvilken statistisk sandsynlighed der er for opfyldelse. Det vil sige, at der ikke må tages udgangspunkt i, at debitor oftest misligholder i tilfælde som det foreliggende.<sup>391</sup>

I forhold til kreditors mulighed for at standse sin ydelse må udgangspunktet også være, at en sådan handling kræver høj grad af sandsynlighed for, at misligholdelsen bliver aktuel, jf. afvejningen mellem de to centrale hensyn. Da standsning af ydelsen kun repræsenterer en suspension af kontrakten, og ikke en ophævelse, må kravet til sandsynligheden imidlertid være mindre, end hvad der kræves i forbindelse med ophævelse som følge af anteciperet misligholdelse.<sup>392</sup>

#### 7.3.2.2 Når kontrakten drejer sig om faktisk forvaltningsvirksomhed

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan anteciperet misligholdelse blive aktuelt i samme omfang, som tilfældet er i andre kontraktforhold. Her skal der imidlertid ikke gives en gennemgang af, hvilke regler der i almindelighed gælder for anteciperet misligholdelse, men i stedet fokuseres på to forhold der særligt har interesse i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

---

390. Henry Ussing: *Obligationsretten, almindelig del*, s. 93 og Bernhard Gomard: *Obligationsret 3. del*, s. 16. Hos Gomard anføres kravet om en til vished grænsende sandsynlighed for misligholdelse, som generel hovedregel for hvornår der foreligger anteciperet misligholdelse.

391. Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 227f.

392. Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 229f.

#### 7.3.2.2.1 Udskiftning hos debitor

Under denne overskrift behandles den situation, der opstår, hvis realdebitor får ny ejer, og der som følge heraf bliver grund til at tvivle på, om realdebitor i fremtiden vil eller kan opfylde sin del af kontrakten. Denne problemstilling er også behandlet i afsnit 6.6 som en følge af det tvungne debitorskifte i forbindelse med fusion mellem juridiske personer. I det følgende vender vi tilbage til problemstillingen og anskuer den som et spørgsmål om anteciperet misligholdelse.

Som nærmere omtalt i afsnit 6.6 skal kreditor normalt ikke finde sig i udskiftning på debitorsiden. Som en undtagelse til denne regel giver de selskabsretlige regler mulighed for, at selskaber kan fusionere med hinanden og i den forbindelse gennemføre universalsuccession uden kreditorernes samtykke. En væsentlig begrundelse for denne fravigelse af det obligationsretlige udgangspunkt finder man i, at der i de selskabsretlige fusionsregler bliver taget hensyn til beskyttelsen af kreditors interesser. Som afsnit 6.6 viste, er denne beskyttelse imidlertid ikke tilstrækkelig til at sikre varetagelsen af de særlige kreditorinteresse, der kan gøre sig gældende i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Af den grund blev det foreslået, at realkreditor i den type kontrakter skal have mulighed for at hæve kontrakten under henvisning til fusion mellem realdebitor og en anden, ny debitor. Det retlige grundlag for en sådan generel adgang til at hæve kan findes i forudsætningslæren, der foruden at sikre en mulighed for at hæve også sikrer, at ophævelse ikke sker, uden at der ligger reel vægt bag argumentet om frygt for manglende opfyldelse af kontrakten.

Problemstillingen kan også anskues som et spørgsmål om anteciperet misligholdelse. I så fald er mulighederne for at hæve, i henhold til bemærkningerne ovenfor, begrænset til de tilfælde, hvor der er en tilvished grænsende sandsynlighed for, at der faktisk vil ske misligholdelse. En sådan sandsynlighed vil naturligvis foreligge, hvis den nye debitor erklærer, at han ikke kan, eller vil, opfylde den eksisterende kontrakt. Derimod er det som udgangspunkt ikke tilstrækkeligt til at statuere anteciperet misligholdelse, at den nye debitor, på baggrund af tidligere optræden, må formodes ikke at være i stand til at opfylde kontrakten.<sup>393</sup> Er der eksempelvis indgået en kontrakt om togdrift med

---

393. Bernhard Gomard: Obligationsret 3. del, s. 20 og Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 228.



### 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

Realdebitor 1, kan kontrakten således ikke hæves under påberåbelse af anteciperet misligholdelse, fordi Realdebitor 1 overtages af Realdebitor 2, der beviseligt har store vanskeligheder ved at præstere tilsvarende realydelser i andre kontraktforhold.

Den adgang, der, via forudsætningslæren, kan skabes til at hæve i tilfælde af fusion, er altså bredere, end det der som udgangspunkt er muligt i henhold til reglerne om anteciperet misligholdelse. Hvordan skal denne konflikt løses? For en række af de realydelser, der indgår i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, er kvalitet og sikkerhed i leverancen afgørende. Det gælder eksempelvis ved leverance af mad til ældre og syge og ved drift af plejehjem og sygehusafdelinger. I disse tilfælde vil manglende eller mangelfuld opfyldelse af realydelserne være uacceptabel, og i nogen tilfælde meget alvorlig. Den alvor, der er knyttet til misligholdelse i disse tilfælde, taler naturligvis for, at forholdet bør behandles i enhver kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed. Samtidig vil konsekvenserne af misligholdelse i nogle tilfælde være så alvorlige, at kontraktlig regulering af spørgsmålet ikke kan være afgørende for muligheden for at sikre, at opgaverne løses. Det skal i den forbindelse erindres, at misligholdelsen ikke alene vil være til gene for realkreditor – den vil også, og det er i den forbindelse langt vigtigere, direkte påvirke tredjemand, nemlig de borgere der konkret kommer til at lide under misligholdelsen og den deraf følgende manglende udførelse af en opgave af samfundsmæssig interesse. Disse forhold taler for, at realkreditor, i en række tilfælde, skal have adgang til at hæve kontrakten i tilfælde af fusion, også selv om forventningen om misligholdelse (kun) bygger på erfaringer med den nye debtors tidligere handlinger. Lidt groft sagt er der i disse tilfælde ikke råd til at løbe risikoen for aktuel misligholdelse. Den model, der er foreslået i kapitel 6, giver netop en sådan løsning, hvor det i en række tilfælde kan lade sig gøre at hæve uden at opfylde kravet om, at misligholdelse med en til visshed grænsende sandsynlighed bliver aktuel, men hvor der omvendt heller ikke er fri adgang til at hæve i anledning af fusion.

I forbindelse med fusion er realkreditors frygt for realdebitors misligholdelse knyttet til det forhold, at der kommer en ny debitor i kontraktforholdet. Som det fremgik af afsnit 6.6, er problemstillingen med tvivl om realdebitors fremtidige opfyldelse ikke kun knyttet til tilfælde, hvor realdebitor fusionerer. Den samme problemstilling kan være aktuel i forbindelse med de tilfælde, hvor en virksomhed skifter ejer som

følge af handel med ejerandele. I sådanne tilfælde sker der ikke debitorskifte – virksomheden, og dermed debitor, forbliver den samme, mens det er det bagvedliggende ejerskab, der ændres. Tvivlen omkring fremtidig opfyldelse hænger i disse tilfælde sammen med, at de nye ejere af debitor kan råde over virksomheden i enhver sammenhæng, og derfor kan ændre eksempelvis kvalitetsniveau, service ved fejl og kreditpolitik markant.

Anskuer man problemet som et spørgsmål om anteciperet misligholdelse, er udgangspunktet, som anført ovenfor i tilknytning til fusionsituationen, at kreditors frygt for misligholdelse, på baggrund af debitors tidligere adfærd, ikke er nok til, at der foreligger anteciperet misligholdelse. Realkreditor kan derfor ikke på denne baggrund hæve kontrakten i tilfælde af ejerskifte ved handel med ejerandele. Vil realkreditor gardere sig mod problemet, er den bedste vej derfor at lade kontrakten indeholde en klausul om, at majoritetsskifte hos realdebitors ejerkreds er opsigelsesgrund for realkreditor, hvis denne ønsker det.

Hvad så i de tilfælde, hvor kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ikke indeholder en sådan klausul? Som tilfældet er i forbindelse med debitorskifte som konsekvens af en fusion, er der også ved ejerskifte gennem handel med ejerandele nogle situationer, hvor følgerne af realdebitors misligholdelse vil blive meget alvorlige og berører andre end kontraktens parter. For disse tilfælde synes det oplagt, at man må nå frem til en løsning, der åbner mulighed for, at realkreditor kan hæve kontrakten på mindre sikkert grundlag end til vished grænsende sandsynlighed for aktuel misligholdelse. Altså en løsning svarende til den der ovenfor er givet for fusionsituationen.

Den løsning, der er anvendt i fusionsituationen, inkluderer anvendelse af forudsætningslæren. Denne lære er vanskelig at praktisere i forbindelse med situationer, der opstår som følge af majoritetsskifte hos realdebitors ejerkreds. Begrundelsen for dette finder man i det første af forudsætningslærens tre krav, kravet om at forudsætningen skal have været bestemmende for realkreditor. Den forudsætning, der er tale om, er en forudsætning, om at den oprindelige debitor *skal* være debitor i kontraktforholdet, eller at den nye debitor netop *ikke skal* være det. I tilfælde af majoritetsskifte i debitors ejerkreds sker der netop ikke ændringer af, hvem der er debitor i kontrakten, og der bliver derfor ikke tale om, at forudsætningen brister. Skal man anvende forudsætningslæren i disse situationer skal forudsætningen være noget i retning af, at

### 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

reakkreditor forudsætter, at realdebitor ikke ændrer "personlighed" i form af lavere kvalitetsniveau, risiko for leveringssvigt og lignende. Indholdet i en sådan forudsætning synes så upræcist, at den vej ikke forekommer farbar.

Herefter er vi tilbage ved læren om anteciperet misligholdelse og afvejningen mellem hensynene til kreditor og debitor. Her er den traditionelle afvejning, at hensynet til at debitor vejer meget tungt. Debitor skal kunne forlade sig på gyldigt indgåede kontrakter, og skal ikke finde sig i, at kontrakter bliver hævet som følge af løse formodninger. Kun hvor der er en høj grad af sikkerhed for, at formodningen om misligholdelse også vil blive til virkelighed, kan misligholdelsesbeføjelser for kreditor komme på tale. Henset til de alvorlige konsekvenser af misligholdelse i de her omtalte situationer, hvor af nogle kan være uoprettelige, er realkreditors behov for at kunne varetage sin interesse i korrekt opfyldelse væsentligt over, hvad der gennemsnitligt må antages at være tilfældet for en kreditor, og dermed hvad der generelt bliver lagt til grund ved afvejningen af, hvad der skal til, før der kan siges at foreligge anteciperet misligholdelse. Dette taler for, at balancen mellem hensynene til debitor og kreditor, i spørgsmålet om hvornår der foreligger et tilfælde af anteciperet misligholdelse, i disse tilfælde må være forrykket i retning af, at der skal tages øgede hensyn til realkreditor. Grænsen, for hvornår der kan hæves, bør derfor ligge lavere end det traditionelle krav om til vished grænsende sandsynlighed for aktuel misligholdelse.

#### 7.3.2.2.2 *Realdebitors leveringsnægtelse*

En debitor kan, forud for opfyldelsestidspunktet, direkte nægte at foretage opfyldning. Det kan eksempelvis ske under henvisning til, at den ydelse, som kreditor forlanger, ligger udenfor, hvad der er aftalt i kontrakten. En sådan leveringsnægtelse er et klart tilfælde af anteciperet misligholdelse, og konsekvensen heraf er, at kreditor kan hæve kontrakten uden at afvente tiden for leveringen.<sup>394</sup> Når dette emne tage op her, er det fordi, netop situationen med realdebitor, der påberåber sig, at realkreditors krav ligger uden for det aftalte, synes at være en nær-

---

394. Bernhard Gomard: Obligationsret 3. del, s. 19. Såvel debitor som kreditor løber en risiko ved deres handlinger, idet de som udgangspunkt selv har ansvaret for, at der er belæg for disse.

liggende risiko i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. At dette er tilfældet skyldes to forhold. Det første forhold drejer sig om beskrivelsen af realydelsen. Det andet forhold er knyttet til den kendsgerning, at realydelserne i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan være reguleret af bagvedliggende regler.

Hvad angår beskrivelsen af realydelsen, kan denne komme til at fremstå uklar, hvilket naturligvis kan give anledning til uenighed mellem debitor og kreditor i relation til ydelsens indhold. Uklarheden kan vise sig i relation til de forudsætninger, realkreditor kan opstille i relation til ydelsens kvalitet.<sup>395</sup> Uklarheden kan også gøre sig gældende i forhold til den del af ydelsen, der er beskrevet i selve kontrakten. Her kan blandt andet begrebet *samfundsmæssig interesse* være med til at mindske præcisionen i beskrivelsen.<sup>396</sup> Den uenighed om ydelsens indhold, som den uklare kontrakt eventuelt afstedkommer, gør det nødvendigt at fortolke kontrakten på dette punkt. Det fremgår af afsnit 6.3.2.3.1, at uklare begreber generelt har en formindsket vægt i forbindelse med fortolkning. Samtidig fremgår det af afsnit 6.3.2.3.5 og 6.3.3.2.3, at kravet til klarhed i forbindelse med begrebet *samfundsmæssig interesse* ikke er stort. Dette peger i retning af, at realdebitor generelt må have en forhøjet tålegrænse i forhold til realkreditors krav til ydelsen i det tilfælde, hvor kontraktens beskrivelse af denne gør brug af begrebet *samfundsmæssig interesse*.

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed stiller lovgivningen ofte i større eller mindre grad krav til realydelsen. Dette emne er behandlet i afsnit 6.5.2.1, og her fremgår det, at lovkrav til ydelsen mest hensigtsmæssigt kan håndteres ved at lade kontrakten indeholde en henvisning til kravene. Foretages der en sådan henvisning, bliver det af betydning for realydelsens indhold, om der er tale om en henvisning til de aktuelle krav, eller om det er en henvisning til de til enhver tid gældende krav i lovgivningen. Den sondring kan give anledning til uenighed mellem kreditor og debitor om ydelsens indhold. Diskussionen her drejer sig ikke om, hvorvidt kontraktens bestemmelse om realydelsens indhold kan være i strid med lovkravene, hvilket ikke kan tillades jf. princippet i DL 5-1-2. Det tema, der drøftes, er i stedet,

---

395. Se om dette emne afsnit 6.5.2.2.

396. Om vanskelighederne ved en præcis beskrivelse af indholdet i dette begreb, se kapitel 1.

### 7.3 Nogle begreber med tilknytning til ikke-opfyldelse

om realdebitor overhovedet er den, der skal sørge for, at lovgivningens krav opfyldes, og i givet fald om lovgivningens ændrede krav kan rummes inden for kontrakten, eller om ændring i kravene også nødvendigvis gør en ændring af kontrakten, eksempelvis i form af øget betaling mod at levere en mere omfattende ydelse.<sup>397</sup>

Svaret på spørgsmålet, om hvorvidt der er tale om en henvisning til de aktuelle, eller de til enhver tid gældende, lovkrav, afhænger naturligvis af, hvordan kontrakten er formuleret. Hvis kontrakten klart og entydigt fastsætter, at ydelsen uden videre skal opfylde de til enhver tid gældende krav i den relevante lovgivning, vil realdebitor have vanskeligt ved at påberåbe sig, at realkreditor kræver en ydelse, der ligger ud over kontrakten, hvis den krævede ydelse svarer til lovgivningens krav. Det vil sige, at realdebitors leveringsnægtelse bliver uberettiget, og realkreditor derfor med rette kan hæve på grundlag af den forventede misligholdelse.<sup>398</sup>

I de tilfælde hvor kontrakten ikke klart og entydigt fastsætter, at realydelsen skal opfylde de til enhver tid gældende krav i den relevante lovgivning, skal valget, mellem krav om opfyldelse af de til enhver tid gældende eller blot af de aktuelle lovkrav, træffes under iagttagelse af to modsatrettede hensyn. På den ene side vil fastholdelse, af at realydelsen skal matche de til enhver tid gældende lovkrav, kunne resultere i en byrdefuld forpligtelse for realdebitor, der ikke kender omfanget af fremtidige ændringer på tidspunktet for kontraktens indgåelse, og derfor ikke har mulighed for at tage højde for disse på det tidspunkt. Af den grund kan efterfølgende ændringer i væsentlig grad forrykke den kontraktbalance, der tillægges stor vægt i forbindelse med gensidigt bebyrdende kontrakter.<sup>399</sup> Hvis man på den anden side tager det udgangspunkt, at realydelsen, uden klar bestemmelse om andet, kun skal opfylde de lovkrav, der gælder på tidspunktet for kontraktens indgåelse, kan det lægge en ganske stor byrde på den offentlige kontrahent,

---

397. Spørgsmålet om mulighed for at ændre kontrakten i forbindelse med ændring i bagvedliggende regler behandles yderligere i afsnit 8.3.3.3.

398. Fastholdes realdebitor på, at han skal levere ydelsen også i tilfælde af væsentlige ændringer i denne, er det muligt, at han kan vinde gehør for, at kontrakten skal ændres. Mere om denne mulighed i afsnit 8.3.3.

399. Se her til Rolf Dotevall i SvJT2002.441 (s. 446ff), og fra domspraksis eksempelvis U1996.259H og U1996.1659H.

der ofte vil være lovbundet til at sikre opfyldelse af det underliggende regelsæt. Ved valget mellem disse to alternativer skal man holde sig for øje, at det i begge tilfælde vil være muligt at komme den nødlidende kontrahent i møde, ved genforhandling af kontrakten med justering af enten pengeydelsen eller realydelsen som resultat. I afvejningen af de to modsatrettede hensyn, bliver hensynet til den samfundsmæssig interesse et afgørende lod. Hvis realydelsen kun skal leve op til de aktuelle lovkrav på tidspunktet for kontraktens indgåelse, forsinker kontrakten, at lovgivningsmagten kan foretage den regulering, den finder passende, af den opgave (hjemmehjælp, affaldshåndtering m.v.) der ligger bag realydelsen. Forsinkelsen opstår, fordi nye lovkrav først kan slå igennem, når kontrakten ophører. Det er rimeligt at antage, at lovgivningens krav til den bagvedliggende opgave sikrer varetagelsen af en samfundsmæssig interesse. Hensynet til den samfundsmæssig interesse taler af den grund for, at også hvor en kontrakt ikke klart fastslår, at realydelsen skal leve op til de til enhver tid gældende lovkrav, må dette alligevel være udgangspunktet. Også her vil realdebitors muligheder for at nægte opfyldelse under påberåbelse af, at realkreditor kræver en ydelse, der ligger uden for kontrakten, altså være begrænsede.

Uanset ovennævnte udgangspunkt, vil en konkret vurdering være påkrævet, når en kontrakt er uklar, for så vidt angår spørgsmålet om, hvilke lovkrav realydelsen skal leve op til. Af elementer der må indgå i vurderingen af kontraktens indhold på området, kan naturligvis nævnes selve formuleringen af bestemmelser om realydelsen. Endvidere kan nævnes forhold som fastsættelse af modydelsen (er den fast, eller tager den højde for, at realydelsen kan ændres) og eventuelle bestemmelser om adgang til genforhandling. Den tidligere omtalte standardformular til brug ved kontrakter om ambulancekørsel og patientbefordring m.v.<sup>400</sup> kan nævnes som et eksempel i denne forbindelse. Umiddelbart indeholder kontrakten en klar stillingtagen til spørgsmålet om hvilke lovkrav realydelsen skal leve op til, idet det blandt andet fremgår, at “overdragelsen indebærer, at Falcks Redningskorps udfører de forpligtelser, som i medfør af love, bekendtgørelser og aftaler påhviler amtet”, og videre at “Falcks Redningskorps forpligter sig til at følge de

---

400. Se afsnit 6.5.2.1.

#### 7.4 Kort om misligholdelsesbeføjelser

regler som Sundhedsministeriet og Sundhedsstyrelsen måtte give vedrørende materiel, ambulanceudstyr og uddannelse...” samt at “Falcks Redningskorps forpligter sig tilsvarende til at følge udviklingen på det præhospitale område med henblik på vedvarende at levere en tidssvarende ambulancetjeneste”.<sup>401</sup> Endvidere indeholder formularen bestemmelser om betaling for realydelsen, der tager højde for, at dele af realydelsen kan ændres, ligesom der findes bestemmelse om genforhandling af betalingsgrundlaget i tilfælde af væsentlige ændringer i aftalegrundlaget. Alt dette peger i retning af, at realdebitor har bundet sig til i vid udstrækning at opfylde kontrakten under hensyntagen til de til enhver tid gældende lovkrav.

### 7.4 Kort om misligholdelsesbeføjelser

#### 7.4.1 Begrebet

Bliver en kontrakt ikke behørigt opfyldt, kan det give parterne grundlag for at gøre en eller flere misligholdelsesbeføjelser gældende. En misligholdelsesbeføjelse er en retsvirkning, som er udløst af manglende opfyldelse af et skyldforhold, og som er til ugunst for den part, der ikke opfylder.<sup>402</sup> Misligholdelse, og derfor misligholdelsesbeføjelser, kan forekomme hos såvel kreditor som debitor, men da det her, som ellers i afhandlingen, er realydelsen, en samfundsmæssig interesse vil være knyttet til, er det realkreditors misligholdelsesbeføjelser, der er i fokus i det følgende.

Konkret forekommer der forskellige former for misligholdelsesbeføjelser. Der kan være tale om fastholdelse, eksempelvis i form af naturalopfyldelse, om- eller efterlevering, om økonomisk kompensation, det kan være forholdsmæssigt afslag eller erstatning, og endelig, som den mest vidtgående, ophævelse. Nogle af disse misligholdelsesbeføjelser bliver behandlet uddybende nedenfor i afsnittene 7.5-7.9. Inden omtalen af de enkelte misligholdelsesbeføjelser skal vi først opholde os lidt ved de generelle betingelser for, at misligholdelsesbeføjelser kan indtræde.

---

401. Standardformularens § 1 og § 2, stk. 1.

402. Henry Ussing: Obligationsretten, almindelig del, s. 50.

## 7.4.2 Generelle betingelser for opnåelse af misligholdelsesbeføjelser

### 7.4.2.1 Debtors manglende opfyldelse og kreditors mora

Den grundlæggende betingelse, for at en kontrahent kan opnå misligholdelsesbeføjelser, er, at debitor ikke opfylder rigtigt. Det må i tillæg hertil kræves, at debtors manglende opfyldelse ikke skyldes kreditors forhold, eller omstændigheder som kreditor skal bære risikoen for. Ikke-opfyldelsen må med andre ord ikke kunne klandres kreditor. Kan den det, foreligger der et tilfælde af fordringshavermora.

Begrebet fordringshavermora dækker over tilfælde af ikke-opfyldelse, der skyldes kreditors forhold.<sup>403</sup> Med kreditors forhold menes både tilfælde hvor der er, og tilfælde hvor der ikke er, noget at bebrejde kreditor.<sup>404</sup> Tanken bag læren om fordringshavermora er, at debitor har gjort, hvad han kan for at opfylde sin del af kontrakten, men at han bliver forhindret i dette af forhold, som må tilskrives kreditor. I sådanne tilfælde bør debtors manglende opfyldelse ikke resultere i, at kreditor opnår misligholdelsesbeføjelser.

Mens kreditor ikke opnår misligholdelsesbeføjelser i tilfælde af fordringshavermora, kan man overveje, om debitor opnår misligholdelsesbeføjelser i forhold til kreditor. Begrundelsen for den overvejelse skal findes i det forhold, at der ved fordringshavermora foreligger et tilfælde af ikke-opfyldelse. Umiddelbart er det debitor, der, med sin manglende præstation, er årsag til ikke-opfyldelsen, men situationen er kendetegnet ved, at debitor faktisk både kan og vil opfylde kontrakten, men forhindres i det af kreditors forhold. Dermed er det kreditor, der er den egentlige årsag til, at kontrakten ikke bliver opfyldt, og dermed den part de ugunstige retsvirkninger skal udløses overfor. Om kreditor sådan skal kunne blive ramt af misligholdelsesbeføjelser, selv om det er debitor, der umiddelbart ikke opfylder, kan også fremstilles som spørgsmålet om, hvorvidt der består en pligt for kreditor til at tage imod debtors ydelse. I dansk litteratur er der ikke enighed om svaret på dette spørgsmål. Hos nogle forfattere svares der negativt.<sup>405</sup> Andre forfattere

---

403. Henry Ussing: Obligationsretten, almindelig del, s. 179, Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 2), s. 192 og Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del. s. 25.

404. Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del. s. 25.

405. Se Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 247f, der kun vil pålægge kreditor pligt



#### 7.4 Kort om misligholdelsesbeføjelser

er mere åbne for at tilkende debitor beføjelser i anledning af kreditors mora.<sup>406</sup>

Hvis ikke fordringshavermora betragtes som misligholdelse, kan debitor få dækket sine omkostninger som følge af fordringshavermoraen, men ikke nødvendigvis alle sine tab, eksempelvis i form af den fortjeneste kontrakten skulle have bibragt ham. En sådan tilstand synes ikke at være en rimelig udgang på en situation, hvor årsagen, til at debitor ikke kan opfylde, og til debitors tab, reelt skal findes i kreditors misligholdelse. Dette taler for at anse fordringshavermora for misligholdelse. Samme resultat når man frem til, hvis man indtager det standpunkt, at parterne i en kontrakt har pligt til loyalt at arbejde for, at kontrakten gennemføres. Denne pligt omfatter også krav om, at kreditor skal gøre det muligt for debitor at opfylde sin del af kontrakten. Ved ikke at modtage ydelsen, eller på anden måde at undlade at sørge for at debitor kan præstere sin ydelse, opfylder kreditor ikke biforpligtelse og misligholder derved kontrakten.<sup>407</sup> På denne baggrund indtages der i denne afhandling det standpunkt, at fordringshavermora skal betragtes som misligholdelse fra kreditors side. I relation til argumentet om brud på loyalitetspligten skal opmærksomheden henledes på de generelt store krav, der stilles til parternes loyale opførsel i forbindelse med kontakter af samfundsmæssig interesse.<sup>408</sup>

Fordringshavermora er ovenfor beskrevet som ikke-opfyldelse, der skyldes kreditors forhold, og tanken er, at kreditor skal bære risikoen for ikke-opfyldelsen, fordi han er i mora. Dette fremgår af, at kreditor ikke opnår misligholdelsesbeføjelser i anledning af debitor manglende opfyldelse, og det understreges, af at fordringshavermora udløser misligholdelsesbeføjelser for debitor. Fordringshavermora er på den måde

---

til at modtage "... hvis der i parternes aftale eller skyldforholdets karakter er særligt grundlag for at pålægge kreditor en pligt til at medvirke til opfyldelsen af kontrakten...". En tilsvarende holdning findes allerede hos Jul. Lassen, jf. Haandbog i Obligationsretten, Almindelig del, s. 710, hvor den er udtrykt således, at det må anses for urigtigt "... at opfatte reglerne om kreditors mora fra det synspunkt, at der påhviler fordringshaveren en pligt til at modtage den ham tilkomne ydelse..."

406. Se således Henry Ussing: *Obligationsretten, almindelig del*, s. 207f, Stig Jørgensen: *Kontraktret (bind 2)*, s. 192f og s. 196ff og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 190f.

407. Se Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 190f. Se også Erik Werlauffs meget omfattende anmeldelse af foran nævnte værk i J2002.307, hvor anmelder tilslutter sig opfattelsen af fordringshavermora som misligholdelse (s. 314f).

408. Se afsnit 7.3.1.

forbundet med risikobegrebet. Dette kan også illustreres med en voldgiftskendelse i en sag om manglende indsamling af affald i Århus:<sup>409</sup> Kort gengivet var forløbet forud for voldgiftssagen, at Århus Kommune havde indgået en kontrakt med Århus Renholdningsselskab om indsamling af affald. I flere år havde de i Renholdningsselskabet ansatte skraldemænd jævnligt foretaget arbejdsnedlæggelser, typisk af kortere varighed. I december 1995 nedlagde de ansatte igen arbejdet. Konflikten mellem ledelsen og de ansatte i Renholdningsselskabet spidsede til, og resultatet blev, at der i hele januar 1996 stort set ikke blev samlet affald ind. I den situation ønskede kommunen at afbryde samarbejdet med Renholdningsselskabet for at sikre affaldsindsamlingen på anden måde. Derfor hævede kommunen kontrakten med selskabet. Blandt voldgiftsdommerne var der enighed om, at den manglende indsamling af affald var hævebegrundende misligholdelse. Det var herefter afgørende, om kommunen gennem dens aktive rolle i konflikten mellem ledelsen og de ansatte i Renholdningsselskabet (blandt andet havde borgmesteren afholdt møde med skraldemændenes tillidsrepræsentant, ligesom han havde udtalt sig til medierne i vendinger, der kunne bære ved til bålet) havde optrådt på en måde, der opvejede selskabets misligholdelse (fordringshavermoratankegang). Det fandt flertallet af voldgiftsdommerne (4 mod 1), hvorfor kommunen ikke fik medhold i dens påstand om, at den var berettiget til at hæve kontrakten. Flertallet udtrykte dette således: "... vel havde selskabet gennem nogen tid ikke levet op til sin forpligtelse til at foretage affaldsindsamling, og vel var der ikke udsigt til, at ordinær indsamling af affald ville komme i gang inden for den nærmeste fremtid, men kommunens – velmente – mæglingsbestræbelser kan have medvirket på en sådan måde til, at arbejdet ikke blev genoptaget, ... at kommunen må bære risikoen herfor".<sup>410</sup>

Foruden at illustrere aspektet af risiko i forbindelse med fordringshavermora, viser eksemplet også, at fordringshavermora ikke kun kommer på tale i forbindelse med tilfælde, hvor kreditor ikke åbner døren, når debitor kommer for at levere, eller hvor kreditor trods pligt dertil

---

409. Voldgiftskendelsen er gengivet i Morgenavisen Jyllands-Posten den 10. april 1996. Voldgiftsrettens medlemmer var: landsdommer Ole Unmack, retspræsident Frank Poulsen, landsdommer Peter Rørdam, professor Erik Werlauff og højesteretsdommer Jørgen Nørgaard (formand). Dissens af Erik Werlauff.

410. Citat fra voldgiftskendelsen, flertallets udtalelse, punkt 6.

ikke anviser transport for varen. Tankegangen bag fordringshavermora kan også anvendes hvor ikke-opfyldelsen umiddelbart skyldes debitors forhold (Århus Renholdningsselskab kunne ikke indsamle affald, da dets medarbejdere strejkede), men hvor kreditors handlinger indirekte har haft betydning for, at debitor ikke er i stand til at opfylde.

#### 7.4.2.2 Reklamation

Foruden debtors misligholdelse og kreditors manglende skyld heri, stilles der yderligere et krav, for at kreditor kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Det er kravet om, at kreditor foretager reklamation over for den misligholdende debitor.<sup>411</sup>

Kravet om reklamation kan begrundes i det overordnede krav til kontrahenternes loyale optræden i kontraktforhold.<sup>412</sup> I forbindelse med reklamation er det den misligholdende parts interesse i at vide, at der vil blive gjort misligholdelsesbeføjelser gældende, der skal varetages. At der kan eksistere en sådan interesse kan illustreres med et simpelt eksempel: Realdebitor i en kontrakt om præstation af tjenesteydelser misligholder kontrakten, og realkreditor ønsker i den anledning at hæve kontrakten. Ophævelse af kontrakten vil betyde, at der hos realdebitor bliver frigjort arbejdskraft. Realdebitor har en klar interesse i at vide dette så tidligt som muligt, da han herved får bedre muligheder for at træffe foranstaltning i henhold til den nye situation – den frigjorte arbejdskraft kan måske anvendes til andre opgaver, eller der skal varsles afskedigelser. Pligten til at reklamere handler altså om at begrænse de tab, den misligholdende part lider i forbindelse med misligholdelsen.

Fra en anden vinkel kan reklamationspligten ses som et udslag af de, ofte modsatrettede, hensyn, der er så centrale i et gensidigt skyldforhold, nemlig hensynene til de to parter – den ene part misligholder, den anden part udstyres med misligholdelsesbeføjelser for at kunne varetage sine interesser, men når han udøver beføjelserne, skal den misligholdende part ikke lide unødvendige tab. Reklamationspligten er på den måde med til at skabe balance mellem kontraktens parter.

I forbindelse med vedvarende kontrakter, en kategori af kontrakter der ofte optræder i forbindelse med de kontrakter, der er i fokus i denne

---

411. Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 2), s. 104 og Bryde Andersen og Lookofsky: Læreborg i obligationsret I, s. 283.

412. Bryde Andersen og Lookofsky: Læreborg i obligationsret I, s. 283.

afhandling, er der et enkelt forhold med tilknytning til reklamation, der skal have en bemærkning med på vejen.

Hvis der i en vedvarende kontrakt opstår misligholdelse på et øjeblik, eksempelvis fordi pengedebitor ikke betaler de aftalte ydelser, og der tilsvarende reklameres klart og tydeligt fra den krænkede kontrahents side, er der ikke anledning til særskilte overvejelser i relation til reklationspligten. Hvad der derimod kan give anledning til problemer i praksis, er de tilfælde, hvor kreditor ikke er tilfreds med den ydelse, debitor præsterer, og hvor der i den anledning optages forhandlinger mellem parterne om dette emne. Noget sådant forekommer at være et naturligt første skridt i forbindelse med misligholdelse af en vedvarende kontrakt, fordi konsekvenserne af kontraktforholdets ophør ved dens slags kontrakter ofte er alvorlige. Situationen med forhandling som følge af misligholdelse kan forekomme, både hvor utilfredsheden pludseligt er opstået, og hvor utilfredsheden er opbygget gennem en periode. I begge situationer opstår der risiko for, at det ikke kommer til at fremstå tydeligt, at kreditor reklamerer. Skal allerede den første henvendelse i sagen betragtes som en reklamation? Er sammenbrud af forhandlingerne forbundet med en stiltiende reklamation, eller skal der også i den situation fremsættes en direkte reklamation?

Svarene på disse spørgsmål må tage deres udgangspunkt i de regler, der i almindelighed gælder for reklamation. Det vil sige, at kravene til reklamationens klarhed blandt andet kommer til at afhænge af konsekvenserne af den misligholdelsesbeføjelse, kreditor påtænker at gøre gældende. Jo mere omfattende konsekvenser, jo større krav til reklamationen. Dette betyder, at der generelt ikke stilles enslydende krav til reklamationen i forbindelse med alle typer misligholdelsesbeføjelser, da eksempelvis konsekvenserne af en ophævelse er mere omfattende end konsekvenserne af et krav om afslag i pris.<sup>413</sup> En konkret vurdering af konsekvenserne af en given misligholdelsesbeføjelse må naturligvis spille ind her. For at undgå usikkerhed om spørgsmålet må det tilrådes, at den part, der måtte ønske at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, i forbindelse med forhandlinger som de beskrevne, allerede fra starten gør sin position klar for medkontrahenten.

---

413. Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 2), s. 104.

## 7.5 Naturalopfyldelse

Naturalopfyldelse er kreditors ret til at kræve, at debitor opfylder kontrakten ved at præstere den aftalte ydelse, til forskel fra at "opfylde" ved, gennem økonomisk kompensation, at stille kreditor som om, kontrakten var blevet opfyldt i henhold til det aftalte.

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er det langt fra altid muligt at udregne værdien af opfyldelse. Dette kan forekomme som et besynderligt postulat al den stund, at parterne dog har været i stand til at indgå kontrakt og i den forbindelse fastlægge realydelsen, og den der til svarende pengeydelse, altså en værdiansættelse af realkreditors interesse i opfyldelsen. Problemet er imidlertid det, at opfyldelse af de kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, der er i fokus i denne afhandling, ikke kun har kontrahenterne som interessenter – den samfundsmæssig interesse betyder, at der også er andre interessenter i kontrakten. Kontraktsummen tager næppe højde for disse interesser, dels fordi de kan være vanskelige at udpege, dels fordi de er endnu vanskeligere, hvis ikke umulige, at værdiansætte, jf. afsnit 3.2.2. Når det ikke er muligt at udregne værdien af opfyldelse, bliver det vanskeligt at fastsætte størrelsen af den økonomiske kompensation, der skal træde i stedet for korrekt opfyldelse. Dette forhold trækker naturalopfyldelse i forgrunden som misligholdelsesbeføjelse for realkreditor i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

I relation til diskussionen om kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed og naturalopfyldelse kontra økonomisk kompensation må det ikke glemmes, at bag spørgsmålet om opgørelse, af hvilken kompensation realkreditor skal have, ligger blandt andet spørgsmålet om, hvilken betydning opfyldelse har for en samfundsmæssig interesse, ofte repræsenteret ved mennesker i kød og blod. I første omgang kan denne interesse ikke varetages gennem økonomisk kompensation – det er naturalopfyldelse, der er interessant, alt andet vil kun være plaster på såret. Dette illustreres tydeligt, hvor kontrakten drejer sig om at bringe mad til ældre borgere – misligholdes kontrakten kan økonomiske kompensation være godt nok, men de ældre går stadig sultne i seng.

Endelig kan naturalopfyldelse være den eneste misligholdelsesbeføjelse, der kan sikre levering af den efterspurgte realydelse, i det mindste i nær fremtid, da det kan det være vanskeligt, på kort sigt måske umuligt, at få realydelsen præsteret fra anden side.

### *Kap. 7: Ikke-opfyldelse*

Ovenstående viser, at naturalopfyldelse er særdeles interessant som misligholdelsesbeføjelse i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

I dansk ret er udgangspunktet vedrørende naturalopfyldelse, at kreditor har krav på en sådan,<sup>414</sup> men intet udgangspunkt uden undtagelser, og nogle sådanne omtales i det følgende.

Et krav om naturalopfyldelse må kunne følges op af mulighed for at gennemføre kravet over for debitor. Hvad angår andre krav end pengekrav, indeholder retsplejeloven bestemmelser om disses tvangsfuldbyrdelse i kapitel 46 og 48. Når der er tale om kontrakter, hvor realkreditor er en tjenesteydelse, kan det dog være vanskeligt at se, hvordan fogeden skal kunne tvinge realdebitor til at gennemføre kontrakten. I erkendelse af dette indeholder retsplejeloven, i § 529, bestemmelse om, at hvor realdebitor skal udføre et arbejde, kan fogedretten tillade, at realkreditor lader dette udføre af andre, hvorefter der kan foretages udlæg for det beløb, udførelsen har kostet. Kan tvangsfuldbyrdelse ikke ske på den skitserede facon, eller ønsker realkreditor ikke at benytte denne fremgangsmåde, kan fogedretten i stedet anslå pengeværdien af realkreditors interesse i kravets opfyldelse, hvorefter dette beløb kan inddrives ved udlæg.<sup>415</sup> I relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed giver disse bestemmelser dog langt fra altid en tilfredsstillende løsning på realdebitors manglende opfyldelse, jf. bemærkningerne ovenfor om vanskelighederne ved at finde en anden realdebitor og om det problematiske i "opfyldelse" i form af økonomisk compensation. I den forbindelse er også bestemmelsen i retsplejelovens § 535, stk. 1, om bøde eller fængselsstraf for overtrædelse af dom om opfyldelse af forpligtelse, interessant, da trussel om økonomisk straf givetvis kan motivere realdebitor til at opfylde. En sådan trusselsmulighed kan også bygges ind i kontrakten ved at lade den indeholde bestemmelser om bod i tilfælde af misligholdelse.

Se man bort fra det praktisk væsentlig spørgsmål om mulighed for at tvinge realdebitor til at præstere sin ydelse *in natura*, er der endvidere grund til at hæfte sig ved, at kreditors krav på naturalopfyldelse også er betinget af, at naturalopfyldelse rent faktisk er en mulighed for debitor.

---

414. Henry Ussing: *Obligationsretten*, almindelig del, s. 61, Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 2. del, s. 33 og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 201.

415. Retsplejelovens § 533, stk. 1.

I almindelighed vil dette ikke blive noget problem i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, men det kan dog ikke udelukkes, at naturalopfyldelse i enkelte tilfælde bliver umulig.

Som den sidste undtagelse skal nævnes, hvad der kan betegnes som kravet om proportionalitet mellem på den ene side kreditors interesse i naturalopfyldelsen, og på den anden side de omkostninger, der vil være forbundet med at præstere denne. Tanken er den, at hvis naturalopfyldelse vil være ensbetydende med et meget stort værdispild, bør kreditors krav på naturalopfyldelse falde bort. Dette rejser naturligvis et spørgsmål om, hvad "meget stort værdispild" er. Det har i den forbindelse været diskuteret, om man kan begrænse debitors pligt til naturalopfyldelse sådan, at den ophører, når debitors omkostninger ved naturalopfyldelsen vil overstige det erstatningskrav, kreditor vil kunne gøre gældende som positiv opfyldelsesinteresse i tilfælde af debitors misligholdelse. Der er ikke enighed i litteraturen om, hvorvidt en sådan begrænsning er mulig.<sup>416</sup> I relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er det langt fra givet, at en samfundsmæssig interesse vil blive omfattet af den positive opfyldelsesinteresse, da både kravet, om at der skal konstateres et tab, og at dette skal være adækvat, kan være vanskelige at påvise opfyldt.<sup>417</sup> Selv om en samfundsmæssig interesse skulle blive omfattet, skal erindres det ovenfor anførte om, at samfundsmæssig interesse ofte kun kan varetages ved naturalopfyldelse, og i øvrigt vanskeligt kan opgøres økonomisk. Disse forhold taler for, at den foreslåede begrænsning af debitors pligt til at præstere naturalopfyldelse ikke skal finde anvendelse på kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.<sup>418</sup>

Behovet for naturalopfyldelse for at kunne tilfredsstille en samfunds-

---

416. Henry Ussing hælder mest til, at en sådan begrænsning kan opstilles, jf. Obligationsretten, almindelig del, s. 68ff. I samme retning Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 58, om end der opstilles begrænsninger. Hos Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 207, er forfatterne forbeholdende overfor at tiltræde begrænsningen. Som et minimumskrav for at reglen i givet fald kan anvendes, kræver forfatterne, at tabene ved naturalopfyldelse skal omfatte samfundsmæssige værdier.

417. Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 38.

418. Hos Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 2), s. 91f, er det antaget, at hvor det vil være mere byrdefuldt for debitor at opfylde in natura end at betale erstatning, og hvor kreditors interesser fuldt ud er varetaget gennem erstatningen, kan debitor ikke pålægges at præstere naturalopfyldelse. Tankegangen her er sikkert den, at når der ingen skade lides ved erstatning frem for naturalopfyldelse, kan debitor slippe for at præstere denne. Overføres dette til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, må man konstatere, at der netop

mæssig interesse, og denne interesses vægt, taler for store krav til størrelsen af værdispildet førend pligten til naturalopfyldelse falder væk. Det er også hermed sagt, at værdien af den samfundsmæssige interesse bør indgå i vurderingen af proportionaliteten.

## 7.6 Afhjælpning

Naturalopfyldelse tager sigte på de tilfælde, hvor der ikke bliver præsteret nogen ydelse fra realdebitor. En anden situation, hvor naturalopfyldelse også kan komme på tale, findes, hvor realdebitor nok præsterer en ydelse, men hvor denne ikke svarer til det aftalte, det vil sige er mangelfuld. I sådanne tilfælde opstår spørgsmålet om, hvorvidt den rette opfyldelse kan opnås gennem afhjælpning, omlevering eller efterlevering. Almindeligvis beskriver man indholdet i disse tre begreber, så afhjælpning indebærer, at den mangelfulde ydelse repareres, omlevering betyder, at den mangelfulde ydelse erstattes med en anden, mangelfri ydelse, og efterlevering dækker over de tilfælde, hvor manglende mængder leveres senere.

I de kontrakter, der er i fokus i denne afhandling, vil realydelsen ofte have form af løbende præstation af tjenesteydelser. I forbindelse med sådanne kontrakter viser det sig, at de nævnte beskrivelser af begreberne nok adskiller dem i teorien, men at det i praksis kan forekomme lidt kunstigt at anvende dem. Afhjælpning er nok den mest relevante af de tre handlinger. Hvis således realdebitor skal gøre rent, og dette ikke bliver gjort med en kvalitet, der lever op til kontraktens krav, vil der eventuelt blive foretaget en hovedrengøring for at gøre op med fortidens synder (afhjælpning), og så i øvrigt blot blive gjort bedre rent i fremtiden.<sup>419</sup> I det følgende er det afhjælpning, der er i fokus.

---

er risiko for at nogen, nemlig den samfundsmæssige interesse og eventuelt direkte nogle borgere, lider skade, hvis erstatning går frem for naturalopfyldelse. Den anden betingelse for at lade debitor slippe for at opfylde in natura er derfor ikke opfyldt.

419. Følgende uddrag fra kontrakt mellem Aalborg Kommune og ISS om rengøring af kommunale institutioner (ikrafttræden 1. april 2002) er interessante i denne forbindelse: "Konstaterede svigt skal rettes op straks efter påtale og senest i henhold til aftale med kontaktpersonen."; med andre ord en afhjælpningspligt for realdebitor. Noget tyder dog på, at der ikke bliver foretaget egentlig afhjælpning af den mangelfulde rengøring, men at det blot klares gennem næste dags ordinære rengøring, jf. næste passus i kontrakten: "Leverandøren udsteder kreditnota i forhold til den del af rengøringen, som ikke er



## 7.6.1 Debitors afhjælpningspligt

Som udgangspunkt har kreditor krav på naturalopfyldelse, både ved manglende levering og ved mangelfuld levering.<sup>420</sup> Dette udgangspunkt fører naturligt til en antagelse af, at debitor har pligt til at afhjælpe eventuelle mangler ved sin ydelse. Til trods herfor anfører Bryde Andersen og Lookofsky kort, at der ikke i dansk ret består en sådan generel pligt.<sup>421</sup> Udsagnet er understøttet med henvisning til to andre værker, Henry Ussing: *Obligationsretten, almindelig del* (s. 70) og Nørgård-Nielsen og Theilgaard: *Købeloven med kommentarer* (s. 807). Om spørgsmålet generelt anfører Ussing, at det er "... vanskeligt at fastslå almindelige regler". På det angivne sted anfører Nørgård-Nielsen og Theilgaard: "Uanset købeloven ikke er udtømmende, antages det at følge af købelovens § 42's tavshed om afhjælpningsbeføjelsen og den begrænsede regel i købelovens § 49 om sælgerens ret til at afværge mangelsbeføjelser ved at foretage afhjælpning, at **sælgeren i almindelighed ikke er forpligtet til at foretage afhjælpning ...**" [forfatternes fremhævning]. Det fremgår af det citerede, at antagelsen om manglende afhjælpningspligt kun er møntet på debitor i (species-)køb. Dette skal sammenholdes med antagelsen om, at købeloven ikke fuldt ud kan anses for at være udtryk for almindelige obligationsretlige regler.<sup>422</sup> Bernhard Gomard er mere åben over for at tillægge debitor afhjælpningspligt.<sup>423</sup> Det er således uklart, i hvilken udstrækning man som en almindelig obligationsretlig regel kan sige, at debitor har en afhjælpningspligt. På nogle specifikke områder, eksempelvis forbrugerkøb, aftaler om leje af fast ejendom og entreprisekontrakter, består der derimod afhjælpningspligt for debitor.<sup>424</sup>

Ved nogle kontrakter kan det være vanskeligt at skaffe realydelsen fra en anden leverandør. På kort sigt kan det måske ligefrem være umuligt.

---

tilfredsstillende, typen af svigt, længden af den periode, svigtet har fundet sted samt antallet af kvadratmeter, som er omfattet af svigtet", altså et forholdsmæssigt afslag. Begge citater er fra kontraktens § 8, litra e.

420. Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 2. del, s. 62 og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 208.

421. Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 208.

422. Se om dette eksempelvis Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 178ff.

423. Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 2. del, s. 62f og s. 64.

424. Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 2. del, s. 65f og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 292ff.

Oven i dette kan komme, at økonomisk kompensation ikke er et acceptabelt alternativ til realydelsen. Noget sådant vil ofte være tilfældet i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Sammen med det generelle udgangspunkt om kreditors krav på naturalopfyldelse taler de nævnte forhold for at pålægge debitor pligt til at foretage afhjælpning.<sup>425</sup>

### 7.6.2 Debitors afhjælpningsret

Der gælder ingen generel obligationsretlig regel om, at debitor har afhjælpningsret.<sup>426</sup> Ved overvejelser, af i hvilket omfang debitor skal tilkendes en sådan ret, kan man tage udgangspunkt i, at kontrakter skal opfyldes i henhold til deres indhold, og at hvis der sker misligholdelse, er det den misligholdende parts problem, og noget der ikke må belaste medkontrahenten, ud over hvad han i henhold til kontrakten er forpligtet til at tåle.

Det følger af ovenstående, at hvor yderligere belastning af kreditor ikke kommer på tale, kan det ikke være problematisk at indrømme debitor afhjælpningsret.

Af nævnte udgangspunkt følger også, at i tilfælde af at kreditor belastes, må belastning opvejes af fordele, hvis der skal være mulighed for at indrømme debitor afhjælpningsret. Man skal i den forbindelse være opmærksom på, at afhjælpningsretten kun har værdi, hvis kreditor ikke kan gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende, mens debitor forsøger at foretage afhjælpning. Debitors ret til at foretage afhjælpning vil derfor afskære kreditor fra eksempelvis at søge ydelsen præsteret fra en anden debitor.<sup>427</sup> Allerede denne betingelse, for at afhjælpning skal kunne være et virksomt middel, kan altså medføre belastning af kreditor ud over det aftalte.

Blandt de fordele, der kan opveje en øget belastning af kreditor, kan fremhæves, at afhjælpning kan være til økonomisk fordel for såvel debitor som kreditor. Debitors fordele er åbenbare, da en succesfuld

---

425. Har parterne gjort brug af ABSERVICE 2003, er debitor i henhold til kontrakten forpligtet til at foretage afhjælpning, hvor det er praktisk muligt, og ikke vil volde ham "... uforholdsmæssig omkostning eller væsentlig ulempe", jf. ABSERVICE 2003 § 24, stk. 1. Se Kim Frost i U2002B.384 om forslag til generelt at pålægge realdebitor afhjælpningspligt i erhvervsmæssige købekontrakter.

426. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 295.

427. Se her til CISG artikel 48, stk. 2.

afhjælpning betyder, at han undgår at betale erstatning, dog således at der eventuelt skal udredes erstatning for tab som følge af manglen ind til afhjælpningen og af omkostninger som følge af denne. Endvidere kan den succesfulde afhjælpning være det, der gør, at kontrakten ikke bliver ophævet med deraf følgende tab af transaktionsomkostninger, noget der vil berøre såvel debitor som kreditor.

Endvidere er der også driftsmæssige fordele ved, at der foretages afhjælpning, særligt i de tilfælde hvor det er vanskeligt at få løst den for kontrakten karakteristiske opgave på anden måde. Den succesfulde afhjælpning sikrer, at kontrakten kan gennemføres, hvilket i driftsmæssig sammenhæng måske særligt er af interesse i forbindelse med kontrakter, der vedrører løbende ydelser. Hvor der er en samfundsmæssig interesse knyttet til kontrakten, er dette særligt tydeligt, da gennemførelse af kontrakten betyder, at den samfundsmæssig interesse bliver varetaget.

I forbindelse med kontrakter af samfundsmæssig interesse kan netop hensynet til den samfundsmæssige interesse imidlertid også trække i retning af, at debitor ikke skal tilkendes afhjælpningsret. Det skyldes, at svaret på det spørgsmål, som man altid må stille sig i forbindelse med afhjælpning – hvor megen tålmodighed kreditor skal have med debitor? – kan afhænge af den samfundsmæssige interesse. Hvis den samfundsmæssige interesse, der er på spil, er tungtvejende og manglende opfyldelse af den har fatale konsekvenser, må kravet til kreditors tålmodighed være meget lavt, og muligheden for at debitor kan foretage afhjælpning tilsvarende lille.

Sammenfattende synes det ikke muligt klart at tage stilling til, om debitor har afhjælpningsret i forbindelse med kontrakter af samfundsmæssig interesse.<sup>428</sup>

### 7.6.3 Kreditors afhjælpningsret

En anden side af temaet om afhjælpning af mangler er spørgsmålet om, i hvilken udstrækning kreditor har ret til at afhjælpe mangler ved debtors ydelse på dennes bekostning. Kreditors afhjælpningsret er ikke et andet udtryk for debtors afhjælpningspligt – afhjælpningsretten er kreditors ret til at tage initiativ til, at der foretages afhjælpning, enten af

---

428. I henhold til ABSERVICE 2003 § 24, stk. 2, har debitor afhjælpningsret såfremt det "... kan ske uden væsentlig forsinkelse og uden væsentlig gene for ordregiveren i øvrigt...".

kreditor selv eller af en anden end debitor, men ikke kreditors ret til at kræve, at debitor foretager, eller får foretaget, afhjælpning.

Det overordnede argument for at tilkende kreditor afhjælpningsret er, at han derved kan sikre opfyldelsen og dermed kontraktens gennemførelse med deraf følgende økonomisk gevinst i form af blandt andet at begrænsning af erstatningskrav og undgåelse af tab af allerede afholdte transaktionsomkostninger. På den anden side kan kreditors afhjælpning betyde øgede omkostninger for debitor, eksempelvis fordi denne selv kunne have foretaget afhjælpningen billigere og bedre end kreditor og de af ham hyrede tredjemænd. Hvor debitor har mulighed for at foretage afhjælpningen selv, uden væsentlig gene for kreditor, er udgangspunktet derfor, at kreditor ikke har afhjælpningsret.<sup>429</sup> Også i denne sammenhæng må det i forbindelse med kontrakter af samfundsmæssig interesse antages, at de gener, den manglende opfyldelse medfører for den samfundsmæssige interesse, indgår på kreditorsiden i afvejningen af, hvorvidt kreditor skal have ret til at foretage afhjælpning.

I vedvarende kontrakter med løbende præstation af tjenesteydelser har spørgsmålet om kreditor afhjælpningsret betydelige lighedspunkter med spørgsmålet om suspension af kontrakten. Ligheden opstår i de tilfælde, hvor kreditor afhjælper manglen ved debtors ydelse ved at entrere med en ny debitor, der kan levere den efterspurgte ydelse. Muligheden for suspension af kontrakter behandles i afsnit 7.7.

## 7.7 Detentionsret

I gensidigt bebyrdende skyldforhold er udgangspunktet, at den ene kontrahent ikke er forpligtet til at præstere sin ydelse, hvis medkontrahenten ikke præsterer sin. Opfylder en kontrahent ikke sin del af kontrakten, kan medkontrahenten derfor holde sin ydelse tilbage, hvorved kreditor udøver sin detentionsret.<sup>430</sup>

At standse sin ydelse i anledning af medkontrahentens misligholdelse er ikke det samme som at hæve kontrakten. Hvis medkontrahenten på et senere tidspunkt opfylder sin del af kontrakten, skal den part, der udøver detention (retinenten) også præstere sin ydelse for at undgå at

---

429. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 210f.

430. Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 2), s. 105 og Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 71.

misligholde kontrakten. Detention er altså ikke så alvorlig en misligholdelsesbeføjelse som ophævelse. Udøvelse af detentionsret kræver da i almindelighed også blot, at der foreligger misligholdelse fra medkontrahentens side, og ikke, som ved ophævelse, at denne misligholdelse tillige skal være væsentlig.<sup>431</sup>

I relation til varetagelse af en samfundsmæssig interesse knyttet til en kontrakt bliver detentionsretten relevant som en mulighed for realkreditor til at holde betalingen tilbage. Hvor der er tale om en kontrakt om løbende præstation af tjenesteydelser, opstår i den forbindelse spørgsmålet om, hvilken del af kontraktsummen der kan holdes tilbage. Da retten til at tilbageholde egen ydelse udspringer af kravet om modydelse, er det umiddelbare svar på dette spørgsmål, at realkreditor kan tilbageholde den del af betalingen, der er knyttet til den misligholdte ydelse. Betales der således i en kontrakt bagud for en måned af gangen, og er kontrakten ikke opfyldt i 25% af den forgangne måned, kan realkreditor tilbageholde 25% af en betaling.<sup>432</sup>

Mens detentionsretten giver kreditor en sikkerhed for ikke at komme til at præstere sin ydelse uden behørig modydelse, bliver en eventuel samfundsmæssig interesse ikke tilgodeset ved, at realkreditor udøver sin detentionsret. Dette hænger sammen med, at den samfundsmæssige interesse oftest er bundet til løsning af den opgave, der er kontraktens realydelse. Skal en samfundsmæssig interesse varetages, skal detentionsretten kombineres med muligheden for at få realydelsen præsteret fra anden side. Det rejser nogle problemstillinger, der omtales i det følgende.

For det første er det ikke givet, at det overhovedet kan lade sig gøre at finde en anden realdebitor. Vanskelighederne ved dette kan knytte sig til det forhold, at realdebitor måske skal have særlige kvalifikationer, hvorfor der kan være mangel på virksomheder, der kan præstere den efterspurgte realydelse. Et andet forhold, der er særdeles aktuelt i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, er, at når realkreditor er en offentlig instans, skal reglerne om udbud iagttages. Dette kan vise sig som en alvorlig, praktisk hindring for at skaffe en ny realdebitor.

Bliver problemerne med at skaffe en ny realdebitor overvundet, står

---

431. Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 2), s. 106.

432. Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 77.

reakkreditor over for spørgsmålet, om der i det hele taget kan antages en anden realdebitor. I henhold til princippet om kontraktfrihed er udgangspunktet her, at realkreditor kan indgå aftale, med hvem han vil, og om hvad han vil. Man kan derfor, i det mindste i teorien, forstille sig, at realkreditor entrerer med en anden realdebitor i den periode, hvor der udøves detentionsret i forhold til den oprindelige realdebitor. I den tidligere omtalte konflikt mellem Århus Kommune og Århus Renholdningsselskab,<sup>433</sup> hvor der, på grund af arbejdsnedlæggelse blandt de ansatte hos Århus Renholdningsselskab, i en måned ikke blev samlet affald ind i kommunen, kunne man således forestille sig, at kommunen, mens konflikten mellem selskabet og dets ansatte blev løst, havde hyret et andet selskab til at sørge for indsamlingen af affald.

Som mulige modifikationer til nævnte udgangspunkt kan man spørge, om antagelsen af en anden debitor til at udføre opgaven kan lade sig gøre i de tilfælde, hvor kontrakten med den oprindelige realdebitor tildeler denne den omstridte opgave eksklusivt i en given periode.<sup>434</sup> Begår realkreditor i så tilfælde kontraktbrud ved at entrere med en ny realdebitor? Og hvad hvis udførelsen af realkreditor kræver, at debitor anvender faciliteter, som tilhører den oprindelige realdebitor. Kan den nye realdebitor så få adgang til disse?

Indledningsvis kan man hæfte sig ved, at retten til at tilbageholde egen ydelse ikke kan være en suspension af kontrakten i dens helhed, med den følge at alle pligter i henhold til kontrakten falder midlertidigt bort. Hvis det var tilfældet, ville detentionsretten være en midlertidig ophævelse, og følgelig skulle betingelserne for ophævelse være opfyldt. Det vil sige, at der som hovedregel skulle foreligge væsentlig misligholdelse, før end kreditor kunne tilkendes detentionsret.

At detention ikke er ensbetydende med suspension af kontrakten i dens helhed har særligt betydning i forhold til spørgsmålet om muligheden for at antage en ny realdebitor trods tidligere tildelt eneret. Hvis detentionsretten var en suspension af hele kontrakten, ville den tildelte eneret ikke forhindre en ny, midlertidig kontrakt. Når imidlertid

---

433. Omtalt i afsnit 7.4.2.1.

434. Uddrag af kontrakt; kontrakt mellem Århus Kommune og Århus Renholdningsselskab (vedtaget af Århus byråd den 17. august 1989), § 1, stk. 1: "Århus byråd meddeler herved Århus Renholdningsselskab eneret til afhentning af husaffald i Århus kommune gældende for et tidsrum af 25 år fra nærværende overenskomsts ikrafttræden".

den oprindelige kontrakt stadig lever, trods detentionen af realkreditors ydelse, må eneretten som udgangspunkt også være gældende. Trods eneretten må det dog alligevel kunne lade sig gøre at lade en anden realdebitor udføre opgaven i den periode, hvor den oprindelige realdebitor misligholder sin del af kontrakten. Der er tre argumenter for dette. For det første har den oprindelige realdebitor selv bragt sig i en situation, hvor han ikke udnytter eneretten, og derfor ikke har væsentlig gavn af den.<sup>435</sup> For det andet er der kun tale om at suspendere eneretten i den periode, hvor den oprindelige realdebitor ikke selv kan, eller vil, udnytte den. Som et tredje argument kan det anføres, at varetagelse af den samfundsmæssige interesse tilsiger, at den tildelte eneret ikke må blokere for udførelsen af den centrale opgave. Det sidste argument, der drejer sig om forsyningsikkerhed, vil variere i styrke afhængigt af vægten af den konkrete samfundsmæssige interesse.<sup>436</sup>

I forhold til spørgsmålet om muligheden for at give en ny realdebitor adgang til den oprindelige realdebitors faciliteter, betyder spørgsmålet om detentionsret og suspension af hele kontrakten ikke noget. De omhandlede faciliteter er den oprindelige realdebitors ejendom, uanset om der eksisterer en kontrakt eller ej. Det tungtvejende udgangspunkt må her være, at den oprindelige realdebitor ikke skal tåle, at en ny realdebitor skal have adgang til at benytte de pågældende faciliteter. Helt udelukke muligheden kan man imidlertid nok ikke, henset til de muligt alvorlige konsekvenser af udgangspunktet. Hvor realydelsen kun kan leveres ved anvendelse af de pågældende faciliteter, og hvor mang-

435. Se hertil den tilsvarende problemstilling i forbindelse med eksklusivaftaler inden for den kollektive arbejdsret; indeholder en kollektiv overenskomst en eksklusivaftale, kan arbejdsgivere kun beskæftige arbejdstagere som er medlem af den overenskomstbærende arbejdstagerorganisation. I tilfælde af at den overenskomstbærende arbejdstagerorganisation ikke kan anvise arbejdskraft organiseret hos den, kan arbejdsgivere, trods eksklusivaftalen, ansætte uorganiseret arbejdskraft eller arbejdskraft organiseret i andre organisationer end den overenskomstbærende. Se om dette Per Jacobsen: Kollektiv arbejdsret, s. 601ff.

436. I tilknytning til argumentet om forsyningsikkerhed kan det nævnes, at ABSservice 2003 i § 30, stk. 3, vedrørende virkninger af ophævelse, giver realkreditor ret til, i en overgangsperiode, at kræve fortsat levering, hvis et leveringsophør efter en ophævelse vil være velfærdstruende for borgere, der er afhængige af serviceydelsen. Selv om bestemmelsen regulerer virkninger af ophævelse, og ikke detention, har de to situationer ligheder derved, at realydelsen ikke bliver leveret, og dette har alvorlige konsekvenser for samfundet. I det tilfælde foreskriver reglen altså, at man kan fravige et obligationsretligt princip, her om at pligten til at præstere ydelse ophører med ophævelsen.

lende levering vil få fatale konsekvenser, synes det rimeligt at en anden realdebitor sikres adgang til faciliteterne, naturligvis mod behørig betaling.<sup>437</sup>

## 7.8 Ophævelse

### 7.8.1 Begrebet

Begrebet ophævelse dækker over, at en kontraktpart, uden at blive erstatningsansvarlig, kan meddele medkontrahenten, at begge parter forpligtelser til at opfylde kontrakten skal ophøre.<sup>438</sup> Ophævelse af en kontrakt betyder altså en endelig afslutning af det kontraktlige forhold mellem parterne, og ophævelse udmærker sig herved fra alle andre misligholdelsesbeføjelser. Selv om pligten til at udveksle ydelser forsvinder med ophævelsen, er det for vidtgående at beskrive konsekvensen af ophævelse, som at forholdet mellem kontraktparterne i et og alt bliver nulstillet. Eksempelvis kan der bestå en loyalitetspligt også efter kontraktforholdets afslutning.

Som udgangspunkt får ophævelse af en kontrakt virkning fra det tidspunkt, hvor ophævelsen foretages, nærmere bestemt fra det tidspunkt hvor meddelelsen om ophævelsen kommer frem til den misligholdende kontrahent. Udgangspunktet er således virkning *ex nunc*.<sup>439</sup>

### 7.8.2 Betingelser for ophævelse

Det er en grundlæggende betingelse, for at en kontraktpart kan hæve kontrakten, at der foreligger misligholdelse af denne. Så langt er der

---

437. Det er ikke ukendt, at man, under henvisning til den samfundsmæssige nytte, vil give en erhvervsdrivende adgang til en anden erhvervsdrivendes faciliteter, med henblik på at førstnævnte skal kunne præstere en ydelse, jf. diskussionen om essential facility. Se i samme retning reglen om tvangslicens i patentlovens § 47. Også her kan der henvises til tanken bag ABSERVICE 2003 § 30, stk. 3, jf. ovenfor. Reglen om at "...leverandøren i en overgangsperiode stiller ressourcer til rådighed for levering af serviceydelsen,..." er dog næppe tænkt som en generel hjemmel for at sætte en ny debitor i besiddelse af den oprindelige debitors ejendom, men kun som grundlag for at tvinge den oprindelige debitor til forsat selv at levere ydelsen.

438. Henry Ussing: *Obligationsretten*, almindelig del, s. 82.

439. Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 212 og vedrørende vedvarende kontrakter Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 2. del, s. 110 og s. 126ff.



lighed mellem ophævelse og andre misligholdelsesbeføjelser. Når man ser på konsekvenserne af udøvelsen af den enkelte misligholdelsesbeføjelse, skiller ophævelse sig imidlertid ud fra de øvrige beføjelser, idet ophævelsen, som den eneste misligholdelsesbeføjelse, har som konsekvens, at kontrakten tilintetgøres. På grund af den alvorlige følge ophævelse har for kontrakten, og dermed parterne, kræver adgang til at hæve, at der foreligger mere end blot misligholdelse af kontrakten. Dette mere kan have form af misligholdelse kombineret med særlig lovregulering berettiger til at hæve, eller med hjemmel i kontrakten til at foretage ophævelse i anledning af denne eller hin specifikke misligholdelse (eller måske i anledning af enhver misligholdelse). Endvidere kan en given misligholdelse give adgang til at hæve kontrakten, hvis den kan kvalificeres som værende væsentlig. De tre situationer omtales i det følgende.

### 7.8.2.1 Særlig lovregulering

Forskellige steder i lovgivningen findes der bestemmelser, der, for bestemte typer kontrakter, regulerer, under hvilke omstændigheder misligholdelse er hævebegrundende. Som et par eksempler kan nævnes lejelovens § 12 og §§ 93-96 om lejers henholdsvis udlejers ret til at hæve en lejeaftale og købelovens § 21 om købers mulighed for at hæve aftalen i tilfælde af forsinket levering. Når adgangen til at hæve reguleres ved lov, kan det være for at beskytte en formodet svag part i kontraktforholdet, jf. eksempelvis bestemmelserne i lejeloven, men det kan også være andre formål, der forfølges, jf. bestemmelsen i købelovens § 21, stk. 3, der kan ses som et led i at sikre omsætningen af varer.

Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed vedrører vidt forskellige realydelser, hvorfor der ikke kan gives en meningsfuld gennemgang af relevant lovgivning her. Det skal dog bemærkes, at ABSERVICE 2003 i §§ 29 og 30 indeholder bestemmelser vedrørende ophævelse. Disse bestemmelser, der ikke er lovgivning, har generel karakter.

### 7.8.2.2 Kontraktbestemmelser om hæveadgang

Som en naturlig følge af kontraktfriheden kan parterne lade kontrakten indeholde bestemmelser, der regulerer spørgsmålet om muligheden for at hæve. I tilfælde af sådanne bestemmelser hjemler disse direkte ophævelsen, det vil sige, at der ikke skal søges hjemmel i lovregulering eller foretages en vurdering af, om den foreliggende misligholdelse er

væsentlig. Udtrykkelige bestemmelser af denne art bringer derfor klarhed over parternes forventninger og konsekvenserne af at disse ikke imødekommes.<sup>440</sup>

Kontraktbestemmelser om adgang til at hæve resulterer dog ikke nødvendigvis i, at det bliver klart, hvornår parterne er berettiget til at foretage denne handling. Hvis en bestemmelse hjemler ophævelse i tilfælde af, at “ydelsen ikke lever op til de i kontrakten beskrevne krav”, er det åbenbart, at klarheden i hævebestemmelsen afhænger af, at parterne har skabt klarhed om, hvilke krav der stilles til ydelsen. I relation til kontrakter af samfundsmæssig interesse er der en nærliggende risiko for uklarhed som følge af vanskelighederne ved at beskrive den samfundsmæssig interesse og dens betydning for kontrakten.

### **7.8.2.3 Væsentlig misligholdelse**

#### **7.8.2.3.1 Begrebet**

Hvor lovgivning og kontrakt er tavse, er adgangen til at hæve en kontrakt afhængig af, at der foreligger en misligholdelse, der kan karakteriseres som værende væsentlig. Fordi lovgivning og kontrakter langt fra altid regulerer spørgsmålet, tiltrækker væsentlighedsbegrebet sig betydelig interesse.

Det er ikke muligt generelt, og samtidigt præcist, at beskrive hvornår misligholdelse er væsentlig.<sup>441</sup> Skal man forsøge sig med en overordnet og kort beskrivelse af begrebet, kan man sige, at en misligholdelse er væsentlig, hvis den har haft, eller vil få, indgribende betydning for kreditor.<sup>442</sup> En mere uddybende indsigt i begrebets indhold kan man få ved at se på, hvilke faktorer der har betydning for væsentlighedsbedømmelsen. Nogle af disse faktorer omtales i det følgende. Det skal bemærkes, at gennemgangen ikke er udtømmende, og at den konkrete

---

440. Blandt de kontrakter der er undersøgt i forbindelse med denne afhandling, er bestemmelser, der udtrykkeligt nævner specifikke tilfælde af misligholdelse som hævebegrundende, yderst sjældne. Derimod indeholder langt de fleste kontrakter kodificering af det almindelige obligationsretlige princip om, at væsentlig misligholdelse giver adgang til at hæve.

441. Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 2. del, s. 97 og Jan Hellner: *Speciell avtalsrätt* II, s. 176.

442. Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret* I, s. 218.

væsentlighedsvurdering må foretages som en helhedsvurdering af samtlige de konkret relevante faktorer.<sup>443</sup>

Som et redskab, til brug for vurderingen af om der i tilfælde af ikke-opfyldelse skal udløses misligholdelsesbeføjelser, introducerer Bryde Andersen og Lookofsky begrebet *kritisk ydelse*.<sup>444</sup> En ydelse betegnes som kritisk, når misligholdelse bringer den underliggende økonomiske transaktion i fare til skade for kreditor og dennes samhandelspartnere. Tanken bag begrebet er, at når det skal vurderes, om der skal indrømmes misligholdelsesbeføjelser, vil dette være mere sandsynligt, hvis der er tale om manglende eller mangelfuld opfyldelse af en kritisk ydelse, end hvis der er tale om en ydelse, der ikke kan karakteriseres som kritisk.

Umiddelbart forekommer der at være stor lighed mellem kritisk-kriteriet og væsentlighedskriteriet, sådan som de to begreber er defineret ovenfor – hvis misligholdelse betyder, at den underliggende økonomiske transaktion bringes i fare, vil den vel i praksis også få indgribende betydning for kreditor. Omvendt kan der måske tænkes en række tilfælde af misligholdelse, der vil få indgribende betydning for kreditor uden direkte at bringe den underliggende økonomiske transaktion i fare. De to begreber er således ikke identiske. At forfatterne ikke opfatter dem som værende dette fremgår af, at de foruden kritisk-kriteriet også anvender væsentlighedskriteriet.<sup>445</sup>

Selv om kritisk-kriteriet ikke er introduceret alene med henblik på at bidrage til væsentlighedsvurderingen, kan den, som illustreret ovenfor, anvendes til dette.<sup>446</sup>

Hos Bryde Andersen og Lookofsky er kritisk-kriteriet tilsyneladende tæt forbundet til økonomiske overvejelser. Således er det som nævnt *den underliggende økonomiske transaktion*, der skal bringes i fare, og som illustration af tankegangens anvendelse fremhæves købelovens § 24, om sælgers erstatningsansvar i tilfælde af forsinkelse i genuskøb, og det skærpede ansvar for misligholdelse som følge af debtors illikviditet. Umiddelbart synes der ikke at være grund til at opretholde dette fokus på økonomi. Misligholdelse af en kontrakt mellem en produktionsvirk-

443. Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 97.

444. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 182.

445. Se Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 218ff.

446. Jf. også Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 219.

somhed og dens råvareleverandør, på den måde at en sending råvarer bliver forsinket, behøver ikke have de store konsekvenser for den underliggende transaktion, og heller ikke for andre end de to virksomheder. Desuagtet kan misligholdelsen få store konsekvenser for produktionsvirksomheden i tiden fremover, hvis eksempelvis dens renommé lider skade som følge af misligholdelsen, og derfor kan leverancen af råvarerne betragtes som vigtig for produktionsvirksomheden efter samme tankegang, som den der ligger bag kriteriet. Man kan naturligvis anføre, at hvis virksomhedens renommé lider skade, vil det have en økonomisk konsekvens, men det synes ikke at være den type konsekvens, der indgår i beskrivelsen af den kritiske ydelse, jf. ordet *underliggende*.

Hvis man løsner båndet mellem den kritiske ydelse og den underliggende økonomiske transaktion, kan man i stedet formulere indholdet i begrebet sådan, at en ydelse er kritisk, når misligholdelse bringer den underliggende opgave i fare til skade for kreditor og andre, der har interesse i opgavens udførelse. Med denne formulering af indholdet bliver kriteriet også interessant, når spørgsmålet om misligholdelsesbeføjelser skal vurderes i relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. I forbindelse med disse kontrakter vil misligholdelse af realdydelser typisk påvirke den opgave, der ligger til grund for kontrakten. Om der bliver tale om, at opgaven vil være i fare, afhænger af misligholdelsens karakter og omfang, samt af hvilken opgave der er tale om.

Spørgsmålet, om hvorvidt misligholdelsen er til skade for realkreditor, må også besvares under hensyntagen til, hvilken opgave der er tale om, og hvilken karakter den manglende opfyldelse har. I forhold til realkreditor må det blandt andet få betydning, om der er tale om en opgave, det ved lov er pålagt denne at varetage, eller om der er tale om en opgave, realkreditor frivilligt påtager sig. Er der tale om en pålagt opgave, øges den skade realkreditor lider. Med formuleringen "...og andre der har interesse i opgavens udførelse" sætter den foreslåede beskrivelse af den kritiske ydelse også fokus på, at et kontraktforhold kan have andre beskyttelsesværdige interessenter end kontraktens parter. Når der er tale om en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, er der per definition andre, der har interesse i, at den bagvedliggende opgave bliver varetaget. Såvel samfundet som eventuelt enkeltindivider vil kunne lide skade som følge af misligholdelsen.

Når en kontrakt bliver indgået, må det tages som udtryk for, at parterne ønsker, at den skal gennemføres i henhold til dens indhold. Af den grund investerer parterne tid og penge i den proces, det er at indgå en kontrakt. Drejer det sig om at købe 20 liter mælk til en vuggestue, er processen overskuelig både tidsmæssigt og økonomisk, men for mange kontrakter er processen forud for indgåelsen af kontrakten både lang og bekostelig. Parternes grundlæggende ønske om at gennemføre kontrakten og de investeringer, der er foretaget i denne, taler for, at ophævelse kun skal betragtes som en absolut sidste udvej, når parterne bliver uenige. Det følger af denne betragtning, at hvis der er andre muligheder, der stiller den krænkede part lige så godt som ophævelsen, taler dette imod, at kontrakten kan hæves.<sup>447</sup>

Synspunktet, om at parternes omkostninger ved indgåelsen af kontrakten ikke skal gå til spilde, kan lidt groft sagt stilles op som, at jo højere omkostningerne i forbindelse med indgåelsen har været, jo mere skal der til, før kontrakten kan hæves. Det skal her bemærkes, at de omkostninger, der skal tages hensyn til, når adgangen for en kontrahent til at hæve skal vurderes, er medkontrahentens omkostninger. Omkostninger afholdt af den kontrahent, der ønsker at hæve, bør ikke spille ind. I relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed skal det i denne forbindelse erindres, at det oftest er forholdsvis bekostelige at indgå sådanne kontrakter, blandt andet fordi der ofte stilles krav om forudgående udbud.

Særligt i forbindelse med kontrakter, der løber over lang tid, og hvor der løbende skal præsteres ydelser, spiller tilliden mellem parterne en fremtrædende rolle. Realdebitor skal have tillid til, at pengedebitor kan og vil betale både den kommende ydelse, men også på sigt, og realkreditor skal have tillid til, at realdebitor vil præstere sin ydelse løbende. Endvidere skal parterne have tillid til, at medkontrahenten vil arbejde loyalt for opfyldelsen, herunder i tilfælde af uenigheder. Hvor et samarbejde i høj grad bygger på tillid, kan misligholdelse fra den ene parts side svække den tillid, der er afgørende for kontrakten. Dette forstærker indtrykket af en væsentlig misligholdelse.<sup>448</sup> De kontrakter, der

---

447. Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 2), s. 120f.

448. Bernhard Gomard: *Forholdet mellem erstatningsreglerne i og uden for kontraktforhold*, s. 159 og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 223. Se også Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 2), s. 121.

behandles i denne afhandling, strækker sig netop ofte over længere tid, og er kendetegnet ved, at der løbende skal præsteres ydelser. Betragtningerne om tillidsbrud får derfor relevans. Denne relevans forstærkes af, at de realydelser, der er tale om, ofte er af en sådan karakter, at det er nødvendigt at realkreditor har tillid til, at realdebitor kan udføre dem med den nødvendige kvalitet og kontinuitet.

Det forhold, at der er samfundsmæssig interesse knyttet til en kontrakt, er ikke ensbetydende med, at enhver misligholdelse af kontrakten er væsentlig. En samfundsmæssig interesse kan derimod blive en af de faktorer, der skal tages med i den helhedsvurdering, der lægges til grund for afgørelsen af betydningen af misligholdelsen. Hvilken vægt, en samfundsmæssig interesse har i denne helhedsvurdering, må afhænge af interessens styrke, af hvilke muligheder der er for, at den kan varetages på anden måde end via kontrakten og af konsekvenserne af den aktuelle misligholdelse, idet ikke enhver misligholdelse nødvendigvis får betydning for den samfundsmæssige interesse, der er knyttet til kontrakten.

Som et element i spørgsmålet om samfundsmæssig interessens betydning for væsentlighedsvurderingen, skal vi i det følgende opholde os ved den situation, at der i forbindelse med kontrakter af samfundsmæssig interesse kan forekomme ydelser, der i henhold til regler i enten lovgivning, bekendtgørelser og lignende, eller uskreven ret, er pligtige for enten realkreditor eller realdebitor. Det er eksempelvis tilfældet i forbindelse med kontrakter om ambulancetjeneste, hvor amterne er forpligtigede til at stille ambulancehjælp til rådighed for personer, der har ret til vederlagsfri behandling på offentlige sygehuse.<sup>449</sup> I den forbindelse kan man spørge, om det forhold, at en ydelse på denne måde er regelbaseret, betyder, at misligholdelse i relation til ydelsen altid er væsentlig?<sup>450</sup> Den følgende besvarelse af spørgsmålet bliver delt op i hoved- og bydelser samt forpligtelser med selvstændigt grundlag.<sup>451</sup>

a. *Hovedydelse*. I de tilfælde, hvor det er hovedydelsen, der er re-

---

449. Jf. sygehusloven § 6 og bkg. nr. 1039 af 24. november 2000.

450. ABSERVICE 2003 § 29, stk. 1, giver realkreditor adgang til at hæve kontrakten, hvis der foreligger en væsentlig misligholdelse fra realdebitors side. I henhold til bestemmelsen skal bedømmelsen af misligholdelsens væsentlighed foretages under hensyntagen til blandt andet realkreditors "...eventuelle offentligretlige forpligtelse til at sørge for serviceydelsen...".

451. Se nærmere om denne opdeling i afsnit 6.5.3.1.

gelbaseret, vil der formodentlig være tale om en lovbunden opgave, som det er pålagt realkreditor at løse selv, eller få andre til at løse. Hvis realdebitors misligholdelse i disse tilfælde betyder, at realkreditor ikke opfylder den lovbestemte pligt, må misligholdelsen altid være væsentlig.

*b. Bydelser.* Som tidligere nævnt kan også misligholdelse af bydelser give anledning til ophævelse. Betingelserne er de samme som ved misligholdelse af hovedydelse, det vil sige at misligholdelsen, i mangel af anden regulering, skal være væsentlig, vel at mærke i forhold til hele kontrakten.<sup>452</sup>

For så vidt angår bydelser i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, kan man forestille sig to situationer. I den ene hviler bydelsen i kontraktforholdet på realdebitor, men via regler påhviler varetagelsen også realkreditor. I den anden situation hviler bydelsen i kontraktforholdet også på realdebitor, men her har realkreditor ikke noget ansvar for varetagelsen af ydelsen.<sup>453</sup> Forskellen mellem de to situationer er, at i den første vil realdebitors misligholdelse medføre, at realkreditor ikke opfylder de krav, de bagvedliggende regler stiller til ham, mens dette ikke vil være tilfældet i den anden situation. Denne konsekvens af misligholdelsen må alt andet lige få betydning for vurderingen af, om der er tale om en væsentlig misligholdelse.

Uanset hvilken af de to omtalte situationer der er tale om, vil det forhold, at realdebitor misligholder en regelbaseret forpligtelse, ikke automatisk være en væsentlig misligholdelse. Drejer det sig eksempelvis om, at den private part i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed ikke overholder den forvaltningsretlige vejledningspligt, kan det næppe i almindelighed siges, at denne misligholdelse har haft, eller

452. Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 94.

453. Som et eksempel på den først situation kan nævnes en kontrakt om bortskaffelse af affald, hvorved kommunen opfylder sin forpligtelse i henhold miljøbeskyttelsesloven § 45, stk. 1. Indsamling og bortskaffelse af affald er hovedydelsen i kontrakten, men i kontrakten indgår også en pligt for realdebitor til at indsamle og registrere oplysninger om affaldsmængder og beskaffenhed. Dette er en bydelse, men samtidig er det en kommunal opgave i henhold til miljøbeskyttelsesloven § 47, stk. 1. Som et eksempel på den anden situation kan nævnes kontrakten, hvor det er bestemt, at realdebitor i forhold til borgerne skal yde vejledning vedrørende den faktiske forvaltningsvirksomhed, der er kontraktens hovedydelse. Med en sådan bestemmelse er den forvaltningsretlige vejledningspligt, der påhviler realdebitor som en forpligtelse med selvstændigt grundlag, jf. afsnit 6.5.3.4.3, også blevet en kontraktlig forpligtelse.

vil få, indgribende betydning for realkreditor. Imidlertid har misligholdelsen indgribende betydning i relation til andre end realkreditor. For det første har den manglende vejledning i eksemplet betydning for den eller de borgere, der konkret ikke bliver vejledt. For det andet har misligholdelsen i et mere overordnet perspektiv betydning i forhold til de interesser, der søges varetaget med eksempelvis den forvaltningsretlige vejledningspligt. Selv om disse to sider af realdebitors misligholdelse ikke har betydning for kontraktens parter, og dermed for misligholdelsesspørgsmålet i traditionel forstand, forekommer disse eksterne konsekvenser at være af en sådan karakter, at man ikke uden videre kan se bort fra dem i forbindelse med vurderingen af omfanget af realdebitors misligholdelse.

*c. Forpligtelser med selvstændigt grundlag.* Det er kendetegnende for forpligtelser med selvstændigt grundlag, at de, selv om de er følger af kontrakten, ikke er en del af disse. De opstår som følge af et grundlag, der ligger uden for kontrakten, og altså er selvstændigt i forhold til denne. Hvis parterne ikke, ved siden af det selvstændige grundlag, har reguleret forpligtelsen i kontrakten, kan misligholdelsen ikke få kontraktretlige konsekvenser. Manglende opfyldelse af forpligtelsen kan derimod sanktioneres uden for kontrakten. Som et eksempel kan nævnes manglende overholdelse af straffelovens bestemmelser om tavshedspligt, der kan sanktioneres med bøde, hæfte eller fængsel, jf. lovens § 152 a og 152 c.

#### 7.8.2.3.2 *Kravet om kendelighed*

Kan et tilfælde af misligholdelse kvalificeres som væsentligt, er det yderligere en betingelse for at den krænkede part kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, at misligholdelsens væsentlighed var, eller burde have været, kendelig for den misligholdende part.<sup>454</sup>

I forbindelse med de kontrakter, der er i fokus i denne afhandling, er det i denne sammenhæng nærliggende at spørge, om det forhold, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til kontrakten, har nogen betydning for vurderingen af, hvad den misligholdende part bør vide i relation til betydning af misligholdelsen.

---

454. Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 2), s. 123 og Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 224.



At der er knyttet en samfundsmæssig interesse til kontrakten kan være den direkte årsag til, at misligholdelse anses for at være væsentlig. Noget sådan er eksempelvis tilfældet, hvor interessen er knyttet direkte til den hovedydelse, der misligholdes. I disse tilfælde kan den samfundsmæssig interesse påvirke kravet til, hvad den misligholdende part burde vide i relation til betydningen af misligholdelsen. Hvor den samfundsmæssige interesse i kontraktens opfyldelse er åbenbar, sådan som det vil være tilfældet, hvor ansvaret for den opgave, der ligger bag hovedydelsen, er pålagt realkreditor ved lov, må det også være åbenbart for realdebitor, at hvis han misligholder kontrakten, vil dette være væsentligt. I andre tilfælde kan den samfundsmæssige interesse i kontrakten være mere indirekte. Her vil det tilsvarende være mindre åbenlyst for realdebitor, at hans misligholdelse vil blive betragtet som væsentlig som følge af kontraktens sammenhæng med en samfundsmæssig interesse. I denne forbindelse skal opmærksomheden henledes på de store krav, der stilles til burde-viden i relation til eksistensen af samfundsmæssig interesse, også hvor der er tale om kontrakter, der ikke umiddelbart synes at have tilknytning til en sådan interesse.<sup>455</sup>

I de tilfælde, hvor misligholdelsen anses for at være væsentlig, men hvor dette ikke skyldes en samfundsmæssig interesse, kan interessen ikke få betydning for spørgsmålet om kendelighed.

#### **7.8.2.3.3 Grundlaget for vurdering af væsentlighed**

Som udgangspunkt er det den oprindelige kontrakt, og de oplysninger debitor havde på indgåelsestidspunktet, der danner grundlag for vurdering af, hvorvidt en misligholdelse skal karakteriseres som væsentlig, og om det må kræves af debitor, at han var klar over dette.<sup>456</sup> Begrundelsen for dette udgangspunkt er, at parterne på tidspunktet for indgåelse skal kunne vurdere de risici, der er forbundet med at indgå kontrakten.

Udgangspunktet er ikke uden modifikationer. Således kan det i konkrete tilfælde vise sig, at den misligholdelse, der i henhold til kontrak-

---

455. Se om dette i afsnit 6.3.2.3.5.

456. Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 102 og Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 225.

ten er væsentlig, i realiteten ikke får betydning. I sådanne tilfælde udvides grundlaget for væsentlighedsvurderingen.<sup>457</sup>

I nogle tilfælde kan også efterfølgende meddelelser fra kreditor få betydning for væsentligheds- og kendelighedsvurderingen. Særligt i forbindelse med vedvarende kontraktforhold kan virkeligheden ændre sig, og der kan opstå nye forhold, der kan påvirke betydningen af ydelsernes opfyldelse. I sådanne situationer må en kontraktpart kunne markere over for sin medkontrahent, at misligholdelse af denne eller hin karakter fremtidigt vil være væsentlig. Som et eksempel kan nævnes det tilfælde, hvor en virksomhed, der tidligere har produceret til lager, går over til produktion efter just-in-time princippet. I forhold til kontrakten med leverandøren af råmaterialer betyder dette, at forsinkelse bliver væsentlig for producenten.<sup>458</sup> Hvor den nye væsentlighedsvurdering ikke pålægger debitor byrder ud over det minimale, må oplysningen indgå i en fremtidig vurdering af om en konkret misligholdelse er væsentlig. Også her spiller parternes loyalitetspligt ind.<sup>459</sup>

## 7.9 Erstatning

### 7.9.1 Indledende bemærkninger

Hvis man forvolder skade på en anden person eller dennes ejendom, bliver man, under nærmere forudsætninger, forpligtet til at udrede et beløb som erstatning for sin handling. Dette gælder helt generelt, uanset om den skadevoldende handling sker i eller uden for et kontraktforhold.

I relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan erstatningsspørgsmål opstå mellem parterne i tilfælde af, at de aftalte forpligtelser ikke opfyldes. Der er tale om erstatning i kontraktforhold, og erstatningskravet bliver her en blandt flere misligholdelsesbeføjelser. I afsnit 7.9.2 undersøges grundlaget for et sådan erstatningsansvar mellem kontraktens parter.

---

457. Henry Ussing: *Obligationsretten*, almindelig del, s. 86 og Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 2. del, s. 99.

458. Se her til købeloven § 21, stk. 3, i henhold til hvilken enhver forsinkelse er væsentlig i relation til handelskøb. Modsat CISG hvor forsinkelse ikke per definition er væsentlig, jf. art. 49, stk. 1, litra a sammenholdt med litra b.

459. Se her til Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 2. del, s. 103.

Når en virksomhed indgår som realdebitor i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, påtager den sig en forpligtelse til at præstere en ydelse, der, foruden at have betydning for realkreditor, også har direkte betydning for personer – det kan være fysiske såvel som juridiske personer – der ikke er parter i kontrakten. Disse berørte ikkeparter betegnes i det følgende *kontraktseksterne personer*. Er der eksempelvis tale om en kontrakt, hvor realydelsen er drift af et sygehus, har ydelsen direkte betydning for de mennesker, der skal behandles, og er der tale om en kontrakt om drift af kollektiv trafik, har ydelsen direkte betydning for de personer, der skal benytte bus og tog. Ved en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed opstår der således en relation mellem realdebitor, og de personer der påvirkes af realydelsen. En tilsvarende relation findes mellem den offentlige instans, der udfører samme faktiske forvaltningsvirksomhed, og den person der påvirkes af denne ydelse. I afsnit 7.9.3 forlader vi for en stund forholdet mellem realdebitor og realkreditor i henhold til kontrakten om faktisk forvaltningsvirksomhed, og ser i stedet på forholdet mellem realdebitor i henhold til kontrakten om faktisk forvaltningsvirksomhed og den kontraktseksterne person, der direkte påvirkes af kontraktens realydelse. Nærmere bestemt undersøges det, om der er forskel på, hvilke forhold en realdebitor og en offentlig instans ifalder erstatningsansvar for, når de leverer den samme ydelse i form af faktisk forvaltningsvirksomhed.

### 7.9.2 Erstatningsansvaret mellem kontraktens parter

En skadevolder bliver kun juridisk forpligtet til at betale erstatning, hvis han må anses for at være ansvarlig for den forvoldte skade. Hermed bliver det af afgørende betydning for erstatningsspørgsmålet, hvornår skadevolder må anses for at være ansvarlig. Hvis ikke der er hjemmel for andet, udgør culpereglen ansvarsgrundlaget,<sup>460</sup> men grundlaget for vurderingen af et eventuelt ansvar varierer, alt efter hvilke typer kontrakter og hvilke konkrete situationer der er tale om.<sup>461</sup> Culpastandarden er, trods sin simple fremtræden, langt fra præcis og let at anvende.

---

460. Stig Jørgensen: Kontraktret (bind 2), s. 149, Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del, s. 141 og Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 243.

461. For en skematisk oversigt over ansvarsgrundlag i kontraktforhold se Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 249.

*Kap. 7: Ikke-opfyldelse*

de.<sup>462</sup> Når det hertil yderligere lægges, at ansvarsgrundlaget kan variere under indtryk af kontraktstype og den konkrete situation, er det klart, at fastlæggelse af ansvarsgrundlaget kan gøres til genstand for omfattende omtale. På dette sted nøjes vi med at fokusere på spørgsmålet om, hvilken betydning det har for ansvarsgrundlaget, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til den kontrakt, der bliver misligholdt.

Når ansvarsgrundlaget skal fastlægges, er der som nævnt en række faktorer, der spiller ind. Dette er blandt andet udtrykt på den måde, at de forskellige hensyn, der ligger i det obligationsretlige argumentationsmønster, påvirker ansvarsgrundlaget.<sup>463</sup> Dette argumentationsmønster omfatter blandt andet forskellige hensyn af samfundsmæssig karakter.<sup>464</sup> Mens dette skaber en forventning om, at samfundsmæssige interesser påvirker ansvarsgrundlaget, er der på den anden side litteratur, der er forbeholden over for anvendelsen af "samfundsnyttens" som kriterium for, hvornår der bør indtræde ansvar.<sup>465</sup> Det skal hertil bemærkes, at forbeholdet er knyttet til, at samfundsnyttens anvendes som et nyt kriterium, i stedet for culpereglen, for, hvornår der ifaldes erstatningsansvar, mens det ikke afvises, at afgørelsen af erstatnings spørgsmål kan inddrage blandt andet "særlige sociale hensyn".<sup>466</sup>

Vender man sig mod domspraksis for at undersøge spørgsmålet om, hvilken betydning det har for ansvarsgrundlaget, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse, til den kontrakt der bliver misligholdt, er billedet ikke videre klart. Nogle domme kan illustrere dette.

I *U1995.557H* havde Thisted Kommune som udlejer indgået en lejeaftale med en privat erhvervsdrivende. I henhold til aftalen skulle den erhvervsdrivende leje den grund, på hvilken hans fabriksbygninger var placeret. Det var en betingelse for aftalen, at lejer kunne opnå miljøgodkendelse til den virksomhed, der skulle drives på det lejede areal. Amtet og efterfølgende rekursinstanser nægtede imidlertid at give den nødvendige godkendelse under henvisning til, at den ville være i strid

---

462. Se her til Bernhard Gomard: Forholdet mellem erstatningsreglerne i og uden for kontraktforhold, s. 183ff.

463. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 249.

464. Se nærmere om dette i Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 469ff.

465. Bernhard Gomard: Forholdet mellem erstatningsreglerne i og uden for kontraktforhold, s. 187ff og s. 191.

466. Bernhard Gomard: Forholdet mellem erstatningsreglerne i og uden for kontraktforhold, s. 192.

med et kommunalplanforslag, som udlejer havde vedtaget kort inden indgåelsen af lejeaftalen, og som udlejer ikke ville ændre. Kommunens vægring mod at ændre kommuneplanforslaget blev betragtet som brud på lejeaftalen og som erstatningspådragende. I dette tilfælde har det altså ikke haft afgørende betydning for ansvarsvurderingen, at der lå en samfundsmæssig interesse, repræsenteret ved byrådsflertallets holdning til anvendelse af et areal, bag den misligholdende parts handling, eller rettere undladelse. Dommens bidrag til besvarelsen af spørgsmålet om den samfundsmæssige interesses betydning for ansvarsgrundlaget er begrænset til, at interessen ikke kan opveje den forsætlige handling, idet kommunen var bekendt med kommuneplanforslaget, da lejeaftalen blev indgået, men bevidst undlod at foretage de nødvendige ændringer af kommuneplanforslaget, og var klar over at dette ville betyde, at den nødvendige godkendelse ikke ville blive givet.

I *U1990.724/4H* havde Holsted Kommune solgt en nedlagt skole til et anpartsselskab. Slutsedlen på handlen indeholdt en bestemmelse, i henhold til hvilken det krævede kommunens godkendelse, hvis ejendommen skulle anvendes til andet end erhvervsformål. Denne bestemmelse var ikke gentaget i det endelige skøde. Da kommunen efterfølgende nægtede at godkende Dansk Flygtningehjælp som lejer af skolen, fordi dette ville stride mod formålet med salget, nemlig at trække erhvervsliv til byen, fandt Højesteret ikke at kommunen handlede ansvarspådragende, da den ikke anså slutsedlens godkendelsesbestemmelse for frafaldet trods den manglende gentagelse i skødet. Det er muligt at se det forhold, at der var tale om at varetage en samfundsmæssig interesse, som udslagsgivende for, at Højesteret valgte at antage, at kommunen ikke havde givet afkald på betingelsen om, at ejendommen skulle anvendes til erhvervsformål. Læst på den måde indskrænker den samfundsmæssige interesse området for kommunens ansvar. I denne sammenhæng må det dog fremhæves, at det almindeligvis antages, at allerede slutsedlen er bindende i forbindelse med handel med fast ejendom,<sup>467</sup> og at Højesterets dom er på linie med denne antagelse.

Også i *U1966.145H* optrådte en kommune som sælger af fast ejendom. Torslunde-Ishøj Kommune solgte en byggegrund til et aktiesel-

---

467. Henry Ussing: *Aftaler*, s. 97, Stig Jørgensen: *Kontraktret* (bind 1), s. 70 og Lyng Andersen m.fl.: *Aftaler og mellemmand*, s. 381. Se også *U1973.651H*.

skab. I henhold til det skøde, der blev oprettet i forbindelse med handlen, havde kommunen, hvis grunden skulle videresælges i ubebygget stand, ret til forud for andre at generhverve grunden til samme pris, som den var solgt til. Uden at grunden var blevet bebygget, blev selskabet solgt til tredjemand ved dennes køb af samtlige aktier i selskabet. Højesteret anså denne overdragelse af selskabet for et forsøg på at omgå tilbagekøbsklausulen i skødet, altså at det reelt var byggegrunden, der var blevet handlet. Selskabets reelle ejer blev derfor dømt til at betale kommunen et beløb svarende til hans nettofortjeneste ved salget. Dommen er overraskende, fordi den betragter salg af et selskab gennem majoritetsovertagelse som salg af de i selskabet værende aktiver og passiver og ikke, som det er normalt, salg af "skallen". Dette lidt overraskende udfald kan forklares med, at der var tale om, at en samfundsmæssig interesse blev krænket ved misligholdelsen.<sup>468</sup> Her synes en samfundsmæssig interesse altså at påvirke ansvarsgrundlaget i retning af øget ansvar for den part, der med sin handling krænker interessen. Det skal bemærkes, at i denne dom er problemstillingen, at den misligholdende part forbryder sig mod en samfundsmæssig interesse, som skal varetages af den skadelidte part. I den forstand ligner dommen de tilfælde, der ofte kan komme på tale i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, hvor den samfundsmæssige interesse er knyttet til realydelsen, og realdebitor misligholder – eksempelvis renovationsselskabet der ikke samler skrald ind eller det private sygehus der ikke lever op til "...almindeligt gældende regler for privat virksomhedsudøvelse, lægelig patientbehandling og sundhedsfaglig virksomhed i øvrigt...".<sup>469</sup>

Som et sidste eksempel fra domspraksis skal nævnes dommen i *ND1991.409*. Baggrunden for sagen var, at en række kommunale børnehaver i Oslo i en periode måtte lukkes på grund af mangel på personale. Som følge af lukningen måtte en mor til et børnehavebarn blive hjemme fra arbejde, og hun blev derfor trukket i løn for én arbejdsdag. Dette indtægtstab søgte moderen erstattet hos Oslo Kommune. Den

---

468. Se nærmere om dette i afsnit 6.3.2.3.2.

469. Citatet er hentet i § 4 i den standardaftale Amtsrådsforeningen og Hovedstadens Sygehusfællesskab har udarbejdet som grundlag for indgåelse af aftaler med danske private sygehuse, klinikker mv. om behandling af patienter, som ikke har kunnet tilbydes behandling inden for 2 måneder i det danske, offentlige sygehusvæsen.

norske Høyesterett fandt ikke, at kommunen var erstatningsansvarlig for tabt arbejdsindtægt. Der fandtes ikke at være grundlag for at statuere ansvar på objektivt grundlag, og kommunen havde udfoldet store bestræbelser på at skaffe det nødvendige personale til at holde børnehaven åben. I relation til spørgsmålet, om hvad det betyder for erstatningsgrundlaget, at der eksisterer en samfundsmæssig interesse, er det værd at hæfte sig ved, at selv om Høyesterett frifandt kommunen, på grund af at den faktisk havde bestræbt sig på at skaffe personale, så peger dommerne også på, at “også de videre samfunsmessige hensyn som ligger bak det offentlige engasjement på barnehagesektoren, tilsier at barnehagene må være tilgjengelige ved siden av å ha en viss standard”. Videre peger dommerne på, at fordi børnepasning er en prioriteret samfundsopgave bliver der skabt en forventning hos forældrene om at de kan få deres børn passet, og “det kan argumenteres for at slike forventninger bør gis erstatningsrettslig vern”. Selv om de nævnte betragtninger ikke kunne begrunde objektivt ansvar for kommunen i anledning af lukningen, synes dommerne at være af den opfattelse, at hensynet til den samfundsmæssige interesse taler for en udvidelse af ansvarsgrundlaget for handlinger, der hindrer varetagelsen af denne.

De nævnte domme bekræfter antagelsen i litteraturen om, at samfundets interesser er en af de faktorer, der kan påvirke ansvarsgrundlaget. Dommene viser imidlertid også, at en samfundsmæssig interesse ikke er en trylleformular, der sikrer, at hvis man handler for interessen, bliver man ikke erstatningsansvarlig, og hvis man handler imod den, bliver man erstatningsansvarlig på objektivt grundlag. Som nævnt synes dog særlig den norske dom at pege i retning af, at hensynet til samfundets interesse trækker i retning af udvidet ansvarsgrundlag for handlinger, der hindrer varetagelse af interessen.

Hvis en kontraktpart findes at være erstatningsansvarlig for en given handling, er næste skridt at afgøre erstatningens omfang – hvor meget skal der betales? Ved opgørelsen af kravets omfang er hjørnesteinene, at skadelidte kan få erstatning for tab, der er forårsaget af den skadegørende handling (kausalitetskravet), og som den skadegørende part kunne tage i betragtning (adækvanskravet). Endvidere er det, med mindre der er positiv hjemmel for andet, et krav, at der kan påvises et tab, der kan opgøres til en økonomisk værdi. Særligt dette sidste krav er interessant i forbindelse med kontrakter af samfundsmæssig interesse.

Ved opgørelse af kontraktparternes indbyrdes tab i forbindelse med misligholdelse af en kontrakt med samfundsmæssig interesse må man følge de almindelige obligationsretlige regler. Men hvad med den samfundsmæssige interesse? Den vil ofte tillige være blevet krænket ved misligholdelsen, men det er langt fra sikkert, at den vil blive omfattet af kontraktparternes indbyrdes opgør. Det kan skyldes, at ingen af parterne har interesse i at varetage den samfundsmæssige interesse. Mere nærliggende er det dog, at den ikke bliver omfattet af erstatningen, fordi det ikke er muligt at lave en økonomisk opgørelse af skaden på interessen.<sup>470</sup>

### 7.9.3 Erstatningsansvaret mellem realdebitor og bruger

#### 7.9.3.1 Afsnittet indhold

Foruden spørgsmål om erstatning mellem parterne, rejser kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed også andre erstatningsretlige spørgsmål – spørgsmål der er knyttet til det forhold, at effektueringen af kontrakten skaber relationer mellem realdebitor og kontraktseksterne personer. Et af de spørgsmål, der kan opstå, er spørgsmålet om, hvorvidt kontraktseksterne personer, der lider tab som følge af misligholdelse af en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, eventuelt kan opnå erstatning for deres tab gennem kontraktens offentlige part. Dette kan komme på tale i de tilfælde, hvor den offentlige part er pålagt den opgave, kontrakten drejer sig om, og derfor ved kontraktens misligholdelse ikke opfylder sin (lovbestemte) forpligtelse.

Et andet spørgsmål hænger sammen med, at en del kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er kendetegnede ved at have en offentlig instans som realkreditor og en privat virksomhed som realdebitor, og ved at den samfundsmæssig interesse knytter sig til realydelsen, der, hvis det ikke havde været for kontrakten, ville være blevet løst af den offentlige instans. Kontrakterne om behandling af patienter, som ikke har kunnet tilbydes behandling inden for 2 måneder i det danske, offentlige sygehusvæsen er gode eksempler på sådanne kontrakter. Ser man i forbindelse med sådanne kontrakter på relationen mellem real-

---

470. Se afsnit 3.2.2 om vanskelighederne ved en sådan opgørelse.



debitor og kontraktseksterne personer, kan man overveje, om der er forskel på, hvilke forhold den offentlige instans ville blive erstatningsansvarlig for, hvis det var den, der løste opgaven bag realydelsen, og hvilke forhold den private virksomhed bliver erstatningsansvarlig for i forhold til kontraktseksterne personer i anledning af manglende eller mangelfuld præstation af realydelsen. Det er dette spørgsmål, der behandles i det følgende.

Undersøgelsen af om ansvarsgrundlaget er ens for den private virksomhed og den offentlige instans indledes med nogle bemærkninger vedrørende karakteren af relationerne mellem realdebitor og de kontraktseksterne personer.

### 7.9.3.2 Relationen mellem realdebitor og bruger

Den kontraktseksterne person er ikke part i kontrakten om faktisk forvaltningsvirksomhed, men bliver påvirket af den kontrakt som følge af realydelsens karakter, typisk i form af at realydelsen direkte vedrører den kontraktseksterne person. Det er eksempelvis tilfældet, når der er indgået en kontrakt mellem X-købing Kommune og Syvtallet A/S om indsamling af affald hos kommunens private husstande. Mens den kontraktseksterne person ikke er part i kontrakten om faktisk forvaltningsvirksomhed, kan man spørge, om relationen mellem realdebitor og den kontraktseksterne person har karakter af en kontrakt. Besvarelsen af dette spørgsmål tager udgangspunkt i tre eksempler:

Det første eksempel vedrører den situation, hvor der er indgået en kontrakt mellem en kommune og en privat vognmand, i henhold til hvilken sidstnævnte skal sørge for driften af den kollektive trafik i kommunen. Som led i opfyldelsen af kontrakten sørger vognmanden for, at der kører et antal busser rundt i kommunen. Der er ingen pligt for borgerne til at benytte sig af tilbudet om kollektiv befordring, men en person, der ønsker at lade sig transportere med bussen, kan, uden videre, stige ind i denne, og mod køb af en billet køre med til en given destination. Prisen for billetten skal dække vognmandens omkostninger ved driften af busserne og tillige indbringe et overskud. Dog kan billetprisen være holdt nede gennem tilskud fra det offentlige.

Eksempel nummer to drejer sig også om befordring – ikke om kollektiv befordring, men om patientbefordring. I henhold til lovgivningen har amterne pligt til at sørge for patientbefordring til personer der har

### *Kap. 7: Ikke-opfyldelse*

ret til gratis behandling inden for landets sygehusvæsen.<sup>471</sup> Amterne kan opfylde denne forpligtelse ved at indgå kontrakt med andre om udførelsen af opgaven, hvilket i vid udstrækning også er det, der er sket.<sup>472</sup> Der er selv sagt ingen pligt til at lade sig befordre med ambulance, men modsat den kollektive trafik kan man heller ikke uden videre benytte ambulancerne. Transport med ambulance fordrer til en vis grad visitation. Har man ret til at blive befordret med ambulance, er dette vederlagsfrit.

Som et tredje eksempel skal nævnes indsamling af affald hos private. I henhold til miljøbeskyttelsesloven er private husstande forpligtet til at tilslutte sig den indsamlingsordning, der er etableret af de kommunale myndigheder. For at få afhentet affald og få det behandlet – destrueret eller genanvendt – betaler hver husstand et beløb, enten i form af en særskilt afgift eller over de kommunale skatter.<sup>473</sup>

I eksemplet med kollektiv trafik må relationen mellem den kontraktseksterne person og realdebitor betragtes som et kontraktforhold. At passageren betaler for ydelsen understøtter denne antagelse. Vederlaget er dog ikke det eneste element, der peger i den retning, og kan i øvrigt ikke i alle tilfælde være afgørende for, om der er tale om en kontrakt. Blandt andre elementer, der støtter antagelsen om eksistensen af et kontraktforhold, kan der peges på, at der ikke er pligt til at aftage ydelsen (tage bussen), at man kan gøre det frivilligt, og altså ikke er afhængig af en forudgående tildeling af retten til at køre med bus.

I forbindelse med patientbefordring vil der ikke være tale om et kontraktforhold mellem patient og realdebitor. Det er her afgørende, at ikke alle personer frit kan efterspørge ydelsen, og at det omvendt er gratis for de personer, der opfylder visse kriterier, at udnyttet tilbudet.

I det sidste eksempel – om renovation – består der næppe heller et kontraktforhold mellem realdebitor og husstanden. Dette kan måske virke overraskende, fordi der betales for ydelsen, hvilket peger i retning af eksistensen af et kontraktforhold. Imidlertid er gensidigheden mellem realydelsen og vederlaget ikke helt så klar, som det normalt fordres

---

471. Sygehuslovens § 6.

472. Hjemlen til indgåelse af kontrakt på dette område findes i bkg. nr. 1039 af 24. november 2000, § 2, stk. 2. Bekendtgørelsen er udstedt i medfør af sygehuslovens § 10 a.

473. Se til det sidste U1977.779Ø hvor landsretten fandt, at en kommune var berettiget til at lade de afgifter, der var forbundet med en renovationsordning, afholde over skatterne i stedet for at indkræve en særlig afgift.

i forbindelse med en kontrakt, jf. det tidligere anførte om kommunernes mulighed for at opkræve betalingen over skatterne, hvorved betalingen ikke afspejler forbruget af ydelsen – hvor meget affald den enkelte bruger skal have fjernet. Den kendsgerning, at der er tale om en pligt til at aftage ydelsen, peger også bort fra at opfatte relationen som et kontraktforhold.<sup>474</sup>

Det fremgår af de tre eksempler, at det ikke er entydigt, hvorvidt relationen mellem realdebitor og den kontraktseksterne person skal betragtes som et kontraktforhold eller ej. Om det er tilfældet afhænger af en række elementer, blandt andet om der betales for ydelsen, om der er pligt til at modtage den, og om der er fri adgang til modtage den. Disse elementer må afvejes i den enkelte situation. Denne varians betyder, at det i en generel analyse som den forestående ikke er muligt at anvende den traditionelle sondring mellem erstatning i og uden for kontrakt. Skal man tage stilling til erstatningsspørgsmål i et konkret tilfælde af en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, er det muligt, at man kan fastslå, hvorvidt der er tale om et kontraktforhold eller ej, men som eksemplerne ovenfor viser, er det langt fra en let opgave at afgøre dette spørgsmål, og løsningen vil i mange tilfælde være uklar.<sup>475</sup> Også i disse tilfælde kan det derfor blive vanskeligt at forholde sig til sondringen mellem erstatning i og uden for kontraktforhold.

Sondringen mellem erstatning i og uden for kontraktforhold har betydning blandt andet i relation til opgørelse af størrelsen af et eventuelt erstatningskrav, idet den positive opfyldelsesinteresse, herunder forventet fortjeneste, kun kan erstattes i kontraktforhold. Hvad angår ansvarsspørgsmålet ændrer det imidlertid ikke noget, om der er tale om

---

474. Se hertil Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 266.

475. Som et eksempel på de nævnte vanskeligheder se ND1991.409, hvor byretten fandt, at der overvejende var tale om en kontrakt, mens lagmannsretten lagde mest vægt på de forvaltningsretlige elementer. Højesteret tager udgangspunkt i obligationsretten og indtager i vid udstrækning overvejelser af samfundsmæssig karakter. Se også ND1994.157, hvor Højesteret, trods indrømmelse af at forholdet vedrørende et barns pasning i kommunal børnehave havde et kontraktretligt indslag, fandt at forholdet først og fremmest havde et stærkt offentlig retligt præg. Højesteret fremhævede i den forbindelse, at forældrebetalingen for en børnehaveplads langt fra dækkede de faktisk omkostninger ved at opretholde pladsen, at tildelingen af pladser og fastsættelse af forældrebetalingen skete ud fra sociale kriterier, og endelig at der var etableret klageadgang i tilfælde af afslag på ansøgning om en børnehaveplads.

et kontraktforhold eller ej.<sup>476</sup> I forhold til spørgsmålet, om hvorvidt der er forskel på ansvarsgrundlaget for den offentlige instans, og den private virksomhed, der udfører den samme opgave med karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed, får det derfor ikke betydning, at det kan være vanskeligt at fastslå karakteren af relationen mellem realdebitor og den kontraktseksterne person.

### 7.9.3.3 Ansvarsgrundlaget

Uanset om det er en offentlig instans, der leverer ydelsen, eller om det, som følge af en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, er en privat virksomhed, der gør det, er det den samme ydelse, der præsteres til de samme personer. Yderligere må disse personers relation til leverandøren antages at være den samme i begge situationer. På den baggrund må det formodes, at ansvarsgrundlaget vil være ens for henholdsvis den offentlige instans, og den private, der udfører opgaven i henhold til kontrakt.<sup>477</sup> Der er derfor grund til at hæfte sig ved et par domme vedrørende det offentlige ansvar, i netop situationer som den her beskrevne.

Sagen i *U1985.368H* har en tragisk baggrund. I 1976 blev en kvinde opereret under fuld narkose på Odder Sygehus. Sygehuset rådede ikke over en opvågningsstue, og derfor blev kvinden efter opvåkning bragt tilbage til sengeafdelingen, hvor hun var under jævnlige, men ikke konstant, tilsyn. I en periode mellem to tilsyn fik kvinden hjertestop, og trods behandling på sygehusets intensivafdeling, hvorved hjertefunktionen blev genoprettet, forblev kvinden bevidstløs til sin død i 1982. Som følge af det beskrevne hændelsesforløb blev der anlagt sag mod sygehuset med påstand om erstatning, dels for invaliditet dels for forstyrrelse af stilling og forhold. Højesteret, der tilsluttede sig den dissentierende landsdommers afgørelse, frifandt sygehuset for erstatningskravet, idet man ikke fandt, at det var lægelige fejl, der var årsag til, at hjertestoppet ikke blev opdaget tidligere, og at der heller ikke var noget at udsætte på den behandling, der blev iværksat, da hjertestoppet blev opdaget. Der blev herved lagt vægt på, at det tilsyn, der blev ført med

---

476. von Eyben og Vagner: Lærebog i erstatningsret, s. 7. Anderledes hvis kontrakten indeholder gyldige bestemmelser om spørgsmålet. Disse tilfælde lades ude af betragtning her, hvor det er de generelle obligationsretlige regler, der er i fokus.

477. Se hertil von Eyben og Vagner: Lærebog i erstatningsret, s. 54.

patienten efter operationen, svarede til, hvad der var normalt på sygehuset og andre tilsvarende sygehuse, og at dette tilsyn "... under de givne forhold var lægeligt forsvarligt", samt at "... der ikke var holdpunkter for at statuere, at sygehusets indretning eller organisering har været uforsvarlig ...". Citaterne skal ses i sammenhæng med, at Retslægerådet under sagen havde udtalt, at hjertestoppet næppe var indtrådt "... hvis patienten havde været overvåget af veluddannet personale på en opvågningsstue". En bedre standard på sygehuset kunne altså sandsynligvis have reddet kvinden, og dommen er således udtryk for, at et sygehus ikke behøver at tilbyde det bedste (mest sikre) alternativ for at undgå erstatningsansvar. At dommen fastsætter et niveau, for hvilken kvalitet et sygehus skal tilbyde, er en nødvendighed i en erstatningssag. Det, der er interessant i denne sammenhæng, er imidlertid ikke, hvilket niveau der konkret blev fundet at være det rigtige, men den begrundelse der ligger bag Højesterets dom. Begrundelsen får man indblik i gennem en kommentar til dommen.<sup>478</sup> Det fremgår af kommentaren, at dommerne ikke fandt, at de erstatningsretligt kunne stille krav, der gik ud over, hvad der var lægeligt forsvarligt, idet højere krav ville betyde, at sygehuse kun kunne undgå erstatningsansvar ved udelukkende at tilbyde alle patienter den ypperste behandling. Ved at stille sådanne krav til sygehusene ville domstolene reelt stille krav til prioriteringen af de offentlige ressourcer, da tilbud om den ypperste behandling til alle ville medføre betydelige udgifter for sygehusene. Denne følge fandt Højesteret meget betænkelig, idet den bemærkede, at "hvilke ressourcer der skal stilles til rådighed for sygehusvæsenet er ikke i første række et juridisk, men et politisk-økonomiske spørgsmål".<sup>479</sup> Dommen er hermed udtryk for, at erstatningsretlige krav til kvaliteten af en offentlig ydelse skal indregne det forhold, at den offentlige kasse, der ikke har ubegrænsede ressourcer til rådighed, samlet set skal anvendes på en lang række forskellige formål, og derfor er der grænser for, hvad der kan kræves, selv på områder hvor det er menneskers liv og sundhed, der er på spil. Eller som det er udtrykt i kommentaren: "Det må derfor inden for ret vide rammer – på det

---

478. Jf. højesteretsdommer Niels Pontoppidans kommentar til dommen i U1985B.248. Såvel dommen som Pontoppidans kommentar til denne er kommenteret af Lars Adam Rehof i U1986B.139.

479. U1985B.248 (s. 249, 2. spalte).

foreliggende område afgrænset af det lægeligt forsvarlige – tilkomme de politiske instanser at fastlægge standarden...”<sup>480</sup>

Det skal bemærkes, at ansvaret for skader i forbindelse med behandling af patienter i dag, i modsætning til da dommen blev afsagt, er reguleret ved lov (patientforsikringsloven). Lovgivningen ændrer imidlertid generelt ikke på synspunktet om det politiske råderum for fastsættelse af standarden for de ydre omstændigheder i behandlingssystemet.<sup>481</sup>

I *U2000.1196/2H* havde et samlevende par fået stillet diagnosen “uforklaret barnløshed”, og ønskede i den forbindelse, at kvinden skulle gennemgå ægtransplantation med henblik på graviditet. Frederiksborg Amt, hvor parret boede, tilbød imidlertid ikke den ønskede behandling til par med diagnosen “uforklaret barnløshed”, hvorfor parret, for egen regning, indgik i et behandlingsforløb hos en privat fertilitetsklinik. Efterfølgende lagde parret sag an mod amtet med påstand om erstatning for udgifterne til behandlingen. Såvel landsretten som Højesteret frifandt amtet, Højesteret blandt andet under henvisning til de af landsretten anførte grunde. Begge domstole hæftede sig ved, at den relevante lovgivning (sygehusloven) nok pålægger amterne at varetage sygehusvæsenet og yde vederlagsfri behandling, men at det i vid udstrækning er overladt til de enkelte amter at afgøre, hvilke behandlinger der skal tilbydes og til hvilke persongrupper. Domstolene fandt ikke, at det var retsstridigt, at Frederiksborg Amt havde fastsat de retningslinier for behandling som de havde, heller ikke selv om retningslinierne gav snævrere adgang til behandling end tilfældet var i landets øvrige amter. I lighed med *U1985.368H* kan også denne dom ses som udtryk for, at domstolene ikke vil stille krav til det offentlige om at levere den bedst tænkelige ydelse på et givent område, men at kravene i stedet sættes lavere under hensyntagen til, at det offentlige har den endelige kompetence til at disponere over de midler, der skal anvendes til varetagelse af offentlige opgaver.

Afslutningsvis skal den tidligere omtalte dom i *ND1991.409* også nævnes her. I dommen har den norske Høyesterett blik for, at fordi institutionsområdet er en prioriteret samfundsopgave, skabes der en forventning hos forældrene om, at de kan indrette sig i tillid til, at de

---

480. U1985B.248 (s. 250, 1. spalte).

481. Bo von Eyben: Patientforsikring, s. 99f.

kan få passet deres børn. I den forbindelse bemærkede Høyesterett videre: “Dette vil klart nok medføre plikter for kommunen i retning av å legge forholdene til rette for å unngå slike driftavbrudd som denne saken gjelder, *selv om disse plikter i noen grad må ses i lyset av den totale ressursituasjonen*” [fremhævelse foretaget her]. Også her tager en domstol altså det forbehold, at en offentlige ydelse skal ses i sammenhæng med den overordnede anvendelse af de offentlige midler.

Det fremgår af de omtalte domme, at domstolene ved vurderingen, af hvornår en offentlig instans bliver erstatningsansvarlig i forbindelse med præstation af ydelser i forhold til en borger (en kontraktsekstern person), giver den offentlige instans et vist råderum til selv at fastsætte kvaliteten af ydelsen. Det sker ved at sætte ansvarsgrundlaget, så det giver det offentlige mulighed for at præstere en ydelse, der kvalitetsmæssigt ikke lever op til den højeste standard på området, vel at mærke en standard der er opnåelig og muligvis faktisk tilbydes af andre offentlige instanser, jf. amternes forskellige tilbud til ufrivilligt barnløse. Denne fastsættelse af kvalitetskravet sker under hensyntagen til det offentliges ressourcesituation. Herefter må man spørge, om en lignende vurdering kan forventes i de tilfælde, hvor det er en privat virksomhed, der i henhold til kontrakt med en offentlig instans, præsterer den samme ydelse. Besvarelse af dette spørgsmål kan indledes med at se nærmere på argumentationen for den fastsættelse af det offentliges ansvar, der er illustreret ovenfor:

I dagens samfund varetager det offentlige som helhed et meget stort antal opgaver inden for vidt forskellige områder. Selv om der således kvantitativt leveres en udstrakt service fra det offentlige, kan der altid peges på endnu en opgave, som det offentlige kan involvere sig i. For alle de opgaver, det offentlige varetager, gælder det, at de kan løses på forskellig måde, af hvilke nogle er mere omfattende end andre. Således kan børnepasning tilbydes som døgnåbne institutioner med fuld forplejning med 1. classes råvarer, men det kan også tilbydes som institutioner med åbent fra 8 til 16, hvor børnene selv skal medbringe al forplejning. Også kvalitetsmæssigt kan der således altid stilles øgede krav til de offentlige ydelser. De offentlige udgifter til varetagelse af opgaver afhænger naturligvis af, hvor mange opgaver der skal løses, og hvor omfattende løsninger der vælges. Mens der således ikke synes at være nogen grænse for, hvor mange penge det offentlige kan ønske(s) at bruge på varetagelse af diverse opgaver, er der en grænse for, hvor

mange penge der faktisk kan skaffes til dette formål. Som følge af denne knaphed på penge må der foretages en prioritering af, hvilke opgaver det offentlige skal løse, og hvordan disse opgaver skal løses. Det er i sidste ende lovgivningsmagten, der skal foretage denne prioritering, da det er den, der har kompetencen til at anvende det offentliges midler. Det er domstolenes respekt for lovgivningsmagtens kompetence til at bevilge midler, og i den anledning foretage prioriteringer i forhold til hvilke opgaver der skal løses og hvordan, der ligger bag resultatet i de domme, der er nævnt ovenfor.<sup>482</sup> Groft sagt viser dommene, at kravene til den offentlige ydelse fastsættes under hensyntagen til, at der er knaphed på penge i det offentlige.

I besvarelsen af spørgsmålet, om hvorvidt ansvarsgrundlaget er ens for den offentlige og den private udfører af faktisk forvaltningsvirksomhed, vendes blikket herefter mod indholdet af kontrakten mellem den offentlige instans og realdebitor. En af grundtankerne bag den gensidigt bebyrdende kontrakt er, at parterne udveksler ydelser, der i værdi modsvarer hinanden. Man får, hvad man betaler for. Således også i tilfælde hvor kontrakten fastsætter en standard for ydelsen, der svarer til, hvad der ville blive accepteret af domstolene, hvis det var den offentlige instans, der løste opgaven. Her vil kontraktsummen afspejle den ønskede standard, og ved at indgå kontrakten har den offentlige instans indirekte udøvet sin prioritering af de offentlige ressourcer. I disse tilfælde må domstolene nå frem til samme resultat som i ovennævnte domme, altså en accept af, at den (forsvarlige) standard, det offentlige har valgt at betale for, er i orden, og hvis den præsteres af realdebitor, bliver denne ikke erstatningsansvarlig over for tredjemand.

I andre tilfælde vil kontrakten derimod være tavs om standarden på realydelsen, eller det vil være uklart, hvilken standard der er aftalt. Der kan være flere grunde til dette. Eksempelvis kan det være kontraktparternes ønske, at realdebitor selv foretager detailplanlægningen af de samlede realydelser, under antagelse af at realdebitor der ved får mulighed for at udføre realydelsen på den mest rationelle måde. En anden

---

482. Se også U2002.235H hvor sundhedsministeren blev fundet berettiget til at afslå at yde tilskud til behandling hos selvstændigt praktiserende tandplejere, blandt andet fordi sådanne tilskud ville betyde en øget udgift til offentlig sygesikring og fordi, som Højesteret formulerede det: "... Folketinget ved behandlingen af forslaget til lov om tandplejer lagde til grund, at lovens vedtagelse ikke indebar, at der skulle ydes tilskud...".



tænkkelig begrundelse er, at detailplanlægning af realydelsens indhold skaber en mere fastlåst kontrakt, hvilket ofte harmonerer dårligt med vedvarende kontraktforhold. Hvor kontrakten er tavs eller uklar om standarden, kan denne ikke afspejle sig i prisen, og dermed kan tanken om det offentliges indirekte prioritering ikke anvendes i disse situationer.

Spørgsmålet er herefter, om argumentationen, med at ressourcerne er knappe og opgaverne mange, uden videre kan anvendes direkte over for realdebitor i sidstnævnte tilfælde? Uanset at det ikke er muligt at opstille en generel antagelse om, at de her omhandlede relationer – mellem realdebitor og de kontraktseksterne personer – er forhold i eller uden for kontrakt, må man i denne sammenhæng kunne støtte sig til de retningslinier, der gælder for erstatning i kontraktforhold, jf. det tidligere anførte om sontringens betydning for ansvarsgrundlaget.<sup>483</sup> I denne forbindelse skal man hæfte sig ved, at pengemangel ikke er gyldig grund for en debitor til ikke at opfylde sin del af en kontrakt.<sup>484</sup> Endvidere skal det bemærkes, at det forhold at opfyldelse af en kontraktlig forpligtelse bliver dyrere end forventet, som udgangspunkt ikke fritager debitor for at opfylde.<sup>485</sup> Det følger her af, at som udgangspunkt kan omkostningerne ved at levere en bestemt standard ikke være afgørende for, om den skal leveres eller ej. I disse tilfælde synes der altså ikke at være grundlag for at anvende betragtningen om, at ansvarsgrundlaget skal fastsættes under hensyntagen til omkostningerne ved den valgte løsning.<sup>486</sup>

Resultatet af ovennævnte kan blive, at der, i tilfælde hvor kontrakten er tavs eller uklar for så vidt angår standarden af realydelsen, stilles

---

483. Se afsnit 7.9.3.2.

484. Bernhard Gomard: *Obligationsret 2. del*, s. 177.

485. Det taler for at anlægge den anvendte slutning fra reglerne om erstatning i kontraktforhold, at reglerne om at pengemangel ikke fritager for ansvar, og at også uventet dyre forpligtelser skal opfyldes, begge beskytter realkreditor, og den berettigede forventning han har om opfyldelse; i relation til de realydelser, der er i fokus her, har også tredjemand en berettiget forventning om at modtage en ydelse. Se i øvrigt von Eyben og Vagner: *Lærebog i erstatningsret*, s. 6 for en omtale af lægers og tandlægers ansvar for behandlingsskader, der anses for at være ansvar uden for kontrakt, men hvor der åbnes for betragtning fra læren om erstatning i kontraktforhold. Se også Gomard: *Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold*, s. 365ff.

486. Se U1968.84H (kommenteret i blandt andet U1989B.81) og U1983.714H (kommenteret i U1984B.49) for eksempler på domme hvor det ikke fritog for ansvar, at den aktuelle løsning af en opgave var valgt af økonomiske grunde.

andre (højere) krav til kvaliteten af den ydelse, der præsteres af den private realdebitor, end den der præsteres af den offentlige instans. Selv om denne mulige forskel i ansvarsgrundlag ikke betyder, at der automatisk vil blive tale om objektivt ansvar for den private realdebitor, må det anbefales, at den private udøver af faktisk forvaltningsvirksomhed er opmærksom på problemstillingen i forbindelse med udformningen i kontrakten, således at han ikke forlader sig på uden videre at kunne læne sig op af den offentlige standard.

## 7.10 Afsluttende bemærkninger

Det fremgår af de foregående sider i dette kapitel, at det forhold, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en kontrakt, har betydning for en lang række af de problemstillinger, der kan opstå i de tilfælde, hvor kontrakten ikke bliver behørigt opfyldt. Dette er eksempelvis tilfældet i forbindelse med spørgsmålet om anteciperet misligholdelse, hvor en samfundsmæssig interesse i kontrakten rykker balancen i afvejningen af hensynet til debitor på den ene side og kreditor på den anden, i vurderingen af hvornår der foreligger anteciperet misligholdelse. Andre eksempler finder vi i diskussionen om, hvorvidt debitors pligt til at præstere naturalopfyldelse bør falde bort som følge af omkostningerne herved set i forhold til størrelsen af et eventuelt erstatningskrav, og i væsentlighedsvurderingen i forbindelse med spørgsmålet om ophævelse.

Kapitlet viser også, at samfundsmæssig interesse ikke har lige radikal betydning i alle forhold vedrørende ikke-opfyldelse. I forbindelse med diskussionen af debitors afhjælpningsret har en samfundets interesse om ikke vag, som dog ikke entydig betydning, idet interessen kan tale både for og i mod at tillægge debitor en sådan ret. I den anden ende af skalaen har samfundsmæssig interesse væsentlig betydning i forbindelse med visse spørgsmål i tilknytning til realkreditors detentionsret. I den forbindelse taler samfundsmæssig interesse blandt andet for, at en eventuelt tilstået eneret til realdebitor kan brydes i forbindelse med kontraktens suspension.

Om betydningen af at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en kontrakt, kan man på et overordnet plan udlede af kapitlet, at en samfundsmæssig interesse stiller krav til den tolerance, parterne skal udvise i kontraktforholdet. I nærværende sammenhæng er tolerance i

### 7.10 Afsluttende bemærkninger

kontraktforholdet udtryk for, hvilke handlinger og undladelser parterne skal finde sig i. At en samfundsmæssig interesse stiller krav til parternes tolerance kommer ovenfor til udtryk blandt andet i forbindelse med realdebitors afhjælpningspligt, hvor hensynet til interessen, sammen med det forhold at det kan være vanskeligt og dyrt at indgå kontrakt med en anden realdebitor, taler for at pålægge realdebitor en sådan pligt. En samfundsmæssig interesses øgede krav til tolerancen i kontraktforholdet finder man også i diskussionen om, hvorvidt realdebitor kan undlade at præstere naturalopfyldelse under henvisning til, at omkostningerne ved dette overstiger det erstatningskrav, realkreditor vil kunne gøre gældende i form af krav om positiv opfyldelsesinteresse. I denne diskussion trækker hensynet til en samfundsmæssig interesse i retning af opfyldelse, hvilket også kan udtrykkes som, at realdebitor må tåle højere omkostninger end forventet som følge af kontraktforholdet. Som et sidste eksempel, på at en samfundsmæssig interesse stiller øgede krav til parternes tolerance, skal nævnes interessens betydning for parternes indbyrdes loyalitetspligt. Når der er tale om kontrakter med samfundsmæssig interesse, kan det have meget alvorlige konsekvenser for tredjemand, hvis kontrakten ikke bliver gennemført. Dette stiller øgede krav til parternes loyale optræden i kontraktforholdet. Med andre ord stilles der øgede krav til, hvad parterne skal tolerere, når varretagelsen af en samfundsmæssig interesse er på spil.

De nævnte tilfælde af øgede krav til parternes tolerance er blot eksempler på denne effekt af en samfundsmæssig interesse i kontrakten. Flere eksempler kan findes i kapitlet ovenfor. På dette sted skal i stedet peges på et yderligere forhold, der også synes at vise i retning af et krav om øget tolerance hos parterne i en kontrakt af samfundsmæssig interesse. Kontrakter af samfundsmæssig interesse har ofte en offentlig instans som den ene part og en privat virksomhed som den anden. I sådanne kontrakter har den private part nogle fordele, som ikke findes i forbindelse med kontrakter mellem private. Således yder reglerne om udbud høj grad af sikkerhed for ligebehandling og gennemsigtighed ved kontraktindgåelsen, og fordi den endelige modtager af realdydelserne ofte ikke er den offentlige instans, kan det tænkes, at brugerne ikke er så krævende ved disse kontrakter som ved den traditionelle kontrakt mellem to private. Endelig er der et meget væsentligt punkt, hvor der er forskel mellem de to typer kontrakter: der er kun en nærmest teoretisk risiko for, at en offentlig instans bliver illikvid, hvil-

ket betyder, at den private pengekreditor i kontraktforholdet har en meget høj grad af sikkerhed for sit tilgodehavende. Ud fra et tolerancesynspunkt kan man slå til lyd for, at sådanne fordele for den private part bør udløse en højere grad af tolerance hos denne part, i forhold til hvad den offentlige kontrahent kræver.

Set i lyset af den beskrevne generelle tendens til at samfundsmæssig interesse i en kontrakt stiller øgede krav til parternes tolerance, i den udstrækning det drejer sig om varetagelse af den samfundsmæssige interesse, er der grund til afslutningsvis at vende tilbage til den tidligere omtalte voldgiftsag mellem Århus Kommune og Århus Renholdningsselskab.<sup>487</sup> Som nævnt fandt den samlede voldgiftsret, at den manglende indsamling af affald var hævebegrundende misligholdelse. Trods dette fandt voldgiftsrettens flertal alligevel ikke, at Århus Kommunen kunne hæve kontrakten, idet kommunen ved sin optræden havde været medvirkende til, at affaldet ikke blev samlet ind. Det skal her bemærkes, at kommunen på forskellig måde havde forsøgt at mægle i den strid mellem Århus Renholdningsselskab (kommunens medkontrahent) og de ansatte i selskabet, der var årsag til den manglende indsamling af affald. Blandt andet havde kommunens borgmester deltaget i et møde med de ansattes tillidsrepræsentant, og kommunen havde taget aktivt del i forhandlinger om løsning på konflikten.

Voldgiftsrettens flertal fandt det "...forståeligt, at kommunen, som var under et betydeligt pres, ikke blot afventede begivenhedernes gang...", og videre fandt flertallet "...ikke grundlag for at anse det for et uberettiget skridt i forhold til selskabet, at Thorkild Simonsen [dåværende borgmester i Århus Kommune] efterkom Louie Andersens [tillidsmand i Renholdningsselskabet] opfordring til at deltage i et møde ... og yderligere efterkomme Louie Andersens opfordring..." til at mægle.<sup>488</sup> Det der, ifølge flertallets opfattelse, var galt med kommunens optræden var således ikke, at den gjorde, som den gjorde, men at den ikke endvidere sikrede sig imod, at arbejdstagerne hos Renholdningsselskabet fik den opfattelse, at kommunen ville hæve kontrakten, hvis ikke selskabet trak en afskedigelsessag mod tillidsmanden tilbage. Herved havde kommunen, ifølge flertallet, medvirket til strejkens fortsættelse, og dermed kontraktens misligholdelse, på en sådan måde at kom-

---

487. For resumé af sagen se afsnit 7.4.2.1.

488. Citater fra voldgiftskendelsen, flertallets udtalelse, punkt 4.

### 7.10 Afsluttende bemærkninger

munen måtte bære risikoen herfor. Det skal bemærkes, at nævnte afskedigelsessag var blevet hovedhjørnестenen i konflikten mellem ledelsen og de ansatte i Renholdningsselskabet. Mens flertallet fandt, at selskabet måtte finde sig i kommunens aktive rolle som mægler, fandt samme flertal altså ikke, at dette krav til selskabets tolerance kunne strækkes til også at omfatte kommunens undladelse af at bringe klarhed over dens holdning til spørgsmålet om afskedigelsessagen.

Henset til den generelle tendens til at samfundsmæssig interesse i en kontrakt stiller øgede krav til parternes tolerance, når det drejer sig om varetagelse af den samfundsmæssige interesse, synes flertallets afgørelse ikke indlysende. Kommunens handlinger, og særligt dens undladelse af at imødegå de ansattes udtalte opfattelse af, at kommunen støttede dem i kravet om at afskedigelsessagen mod tillidsrepræsentanten skulle trækkes tilbage, har uden tvivl besværliggjort en løsning på den konflikt mellem ledelse og ansatte i Renholdningsselskabet, der var årsag til misligholdelsen af kontrakten. Samtidig burde kommunen have indset det delikate i netop dette aspekt af sagen, og derfor have været meget opmærksom på, hvordan den håndterede emnet. På den anden side var kommunen, som voldgiftsrettens flertal udtrykte det, "...under et betydeligt pres...", dels fordi længere tids manglende indsamling af affald i en by af Århus' størrelse altid er et problem, dels fordi det er en kommunal opgave at sørge for bortskaffelse af affald, jf. miljøbeskyttelsesloven § 45, stk. 1. Det sidste forhold betyder, at der i denne sag var tale om, at kontraktens hovedydelse var en lovbunden opgave for realkreditor, og at misligholdelsen betød, at realkreditor ikke opfyldte denne opgave. Netop denne situation er ovenfor omtalt som et tilfælde, hvor realdebitors misligholdelse altid er væsentlig. Afgørelsen, af hvad selskabet burde tolerere, er herefter naturligvis et afvejningsspørgsmål. I denne afvejning bør foruden de nævnte faktorer også indgå det generelle krav om øget tolerance, i relation til forhold der fremmer den samfundsmæssige interesse. Endvidere bør afvejningen også tage højde for, at ophævelse af kontrakten var den eneste mulige vej til en hurtig genoptagelse af affaldsindsamlingen. Disse to sidstnævnte forhold taler for at lade vippen gå ned til fordel for kommunen.<sup>489</sup>

Som en indvending imod at give kommunen adgang til at hæve kan

---

489. Se den dissenterende voldgiftsdommers udtalelse for netop denne vurdering af sagen.

*Kap. 7: Ikke-opfyldelse*

man anføre, at man med en sådan afgørelse reelt afskærer selskabet fra at kunne rejse den afskedigelsessag, som førte til konflikten med medarbejderne. Dette fordi afskedigelsessagen næsten med garanti ville udløse en arbejdsnedlæggelse og derfor være årsag til kontraktens misligholdelse. Ved at afskære selskabet på denne måde, indskrænker man selskabets almindelige råderum som arbejdsgiver. Imidlertid må hensynet til den samfundsmæssig interesse i dette tilfælde opveje dette indgreb. Dette så meget des mere, som at selskabet ikke ville være afskåret fra at afskedige tillidsrepræsentanten. Afskedigelsen, og den der af følgende risiko for misligholdelse af kontrakten, kunne have været afstemt med hensynet til den samfundsmæssig interesse, dels ved at orientere kommunen om planerne og deres mulige konsekvenser, dels ved at udarbejde en plan for hvordan man kunne håndtere en eventuel konflikt.

## Justeret opfyldelse

### 8.1 Hvorfor justere kontrakten? – nogle indledende bemærkninger

Når der i denne afhandling tales om, at en kontrakt justeres, betyder det, at den bliver ændret, så den passer til nye krav, som kontraktparterne stiller. Ordet *ændres* anvendes i det følgende synonymt med ordet *justeres*.

Er det relevant at undersøge mulighederne for at justere kontrakter – er der behov for at foretage ændringer? Ja, der kan være behov for at ændre kontrakter, og derfor er det i sagens natur også relevant at undersøge mulighederne herfor. Behovet for at kunne justere kontrakten bliver klart, når man holder sig for øje, at i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er der ofte tale om kontrakter, hvor realydelsen er omfattende, og at det præcise indhold af ydelsen i nogle tilfælde måske knapt er kendt ved kontraktens indgåelse. Af den grund kan realkreditor i kontraktperioden finde ud af, at han har yderligere behov, ud over hvad der er omfattet af kontrakten, og derfor opstår et ønske om justering af denne. Tilsvarende kan realdebitor, når kontrakten skal gennemføres, blive opmærksom på, at kontrakten pålægger ham flere, eller mere omfattende, forpligtelser, end han havde regnet med ved indgåelsen. Det kan eksempelvis være fordi realdebitor ikke havde indkalkuleret, at han skulle forestå vejledning af borgerne, jf. omtalen af dette i afsnit 6.5.3.4. Af den grund kan realdebitor ønske en justering af kontrakten.

En anden årsag, til at der kan opstå ønske om at justere kontrakten, kan være, at den virkelighed, kontrakten skal gennemføres i, ændrer sig, i forhold til hvad der var gældende ved kontraktens indgåelse. Der kan være tale om faktiske ændringer – eksempelvis kan det ske, at realkreditor ikke længere ønsker at varetage den opgave, som realydelsen står i forhold til. Der kan også være tale om retlige ændringer. Et

eksempel på en sådan kan være, at der bliver stillet ændrede lovkrav til realydelsen.

Endvidere skal det tages i betragtning, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte løber over længere tid. Den lange kontraktperiode kan medvirke til at gøre behovet for at kunne ændre kontrakten yderligere aktuelt, fordi det ved indgåelsen er vanskeligt at forudsige, hvilke behov kontrakten skal opfylde gennem hele dens løbetid.

De nævnte faktorer er blot eksempler på situationer, der kan afføde et behov for at justere en kontrakt. Opstår en sådan situation i forbindelse med en kontrakt, kan man også overveje, hvilke alternativer der er til at justere kontrakten. Det alternativ, der ligger ligefor, er naturligvis at gennemføre kontrakten, sådan som den en gang er vedtaget af parterne. I så fald bliver det ikke nødvendigt at tage stilling til mulighederne for justering. Man skal imidlertid være opmærksom på, at denne løsning betyder, at mindst én af kontraktens parter ikke får opfyldt sine interesser i relation til kontraktforholdet. Et andet alternativ til justering er at opsige kontrakten, hvilket vil kræve hjemmel enten i kontrakten eller i baggrundsretten.

Uanset hvilket alternativ man vælger i stedet for justering af kontrakten, vil det være nødvendigt med en ny kontrakt. I forbindelse med opsigelse er det oplagt, at en ny kontrakt skal indgås, hvis realdebitor stadig ønsker opgaven udført. Det skal her bemærkes, at i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er det langt fra altid en mulighed for realkreditor at vælge at undlade at løse opgaven. Hvis kontrakten gennemføres uden justering af denne, vil det være nødvendigt med en anden kontrakt, der kan supplere den oprindelige kontrakt – der må så at sige foretages en justering ved hjælp af et nyt kontraktforhold. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt der kan indgås en sådan ny kontrakt. Med henvisning til det generelle princip om aftalefrihed er svaret som udgangspunkt positivt. Det er dog langt fra en ukompliceret løsning. I nogle tilfælde kan den oprindelige kontrakt lægge hindringer i vejen for nye kontrakter, eksempelvis hvis der med den oprindelige kontrakt er tildelt realdebitor en eneret til at levere den pågældende ydelse i en given periode. Også selv om vejen juridisk set er åben for nye kontrakter, skal det erindres, at indgåelse af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte er en kompliceret affære. I nogle tilfælde vil det være vanskeligt at finde andre samarbejdspartnere, i det mindste inden for en kort frist. Også selv om der er adgang til flere mulige



### 8.1 *Hvorfor justere kontrakten? – nogle indledende bemærkninger*

realdebitorer, vil det ofte være arbejdskrævende og dermed dyrt at skulle indgå en kontrakt. Eksempelvis er det meget tænkeligt, at der skal foretages udbud. Dette kan også være tilfældet, selv om der kun er tale om en tillægskontrakt, idet en sådan kan blive betragtet som opdeling af ydelsen, noget der som hovedregel ikke fritager fra udbudspligt.<sup>490</sup>

Til ovenstående kan lægges, at hvis behovet for ændring løses ved at indgå en ny kontrakt med en anden end den oprindelige realdebitor, kan dette meget vel skade forholdet mellem realkreditor og den oprindelige realdebitor, hvilket er et problem, hvis der fortsat skal være samarbejde mellem disse.

Ovenstående må sammenfattes sådan, at der er gode grunde til, at parterne i et kontraktforhold kan ønske at foretage justering af kontrakten. Behovene for at justere kan være mange, og alternativerne til justering er ofte meget lidt attraktive. Det er derfor relevant at undersøge, hvilke muligheder parterne har for at justere deres kontrakt. Hermed er temaet for dette kapitel slået an.

Behovet for at justere en kontrakt hænger sammen med den balance, der er et centralt element i alle gensidigt bebyrdende kontraktforhold, hvorfor omtalen af mulighederne for at justere kontrakter, i afsnit 8.2, indledes med nogle bemærkninger om kontraktbalancen. Efter dette følger i afsnit 8.3 en omtale af, hvilke muligheder de obligationsretlige regler giver for at justere en kontrakt, i de tilfælde hvor parterne ikke har aftalt noget vedrørende dette emne. Afsnit 8.4 omtaler, hvilke muligheder parterne har for at indgå aftaler om justering, og i afsnit 8.5 undersøges det, om det er muligt at justere kontrakter, der er resultat af en udbudsrunde. Dette spørgsmål er relevant i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, hvor man altid skal overveje såvel nationale som EU-retlige regler om udbud.

---

490. Se hertil eksempelvis EU's tjenesteydelsesdirektiv (Rådsdirektiv nr. 92/50/EØF af 18. juni 1992 med senere ændring) artikel 7. Tilsvarende bestemmelser findes i de øvrige udbudsdirektiver.

## 8.2 Kontraktbalancen

### 8.2.1 Begrebet

I den gensidigt bebyrdende kontrakt skal parterne udveksle ydelser, der fungerer som vederlag for hinanden. Det følger af dette, at den gensidigt bebyrdende kontrakt bygger på en afvejning af parternes ydelser i henhold til kontrakten. Denne afvejning indgår som et element i begrebet *kontraktbalancen*. Begrebet rummer dog mere end dette. Kontraktbalancen er også udtryk for en afvejning af andre forpligtelser, der følger af kontraktforholdet, end parternes ydelser, ligesom den skal tage højde for den risikofordeling, der ligger i kontrakten.<sup>491</sup> Groft sagt er kontraktbalancen udtryk for, at parterne i en kontrakt samlet set skal have lige så meget, som de giver.

Balancen mellem parternes samlede forpligtelser er et fundamentalt element i den gensidigt bebyrdende kontrakt. Hvis balancen forskydes, eksempelvis fordi det viser sig at være dyrere at præstere realydelsen end antaget ved kontraktens indgåelse, ændres det grundlag parterne havde, da de indgik kontrakten. Ligevægten kan genoprettes ved at foretage en justering af kontrakten, hvorved der igen skabes overensstemmelse mellem parternes forpligtelser. Kontraktbalance, eller rettere kontraktubalance, er med andre ord et forhold, der taler for at foretage justering af kontrakten.

### 8.2.2 Ubalance og justering

Det er ikke enhver ubalance i kontraktforholdet, der udløser justering af denne – ubalancen må have en vis størrelse.<sup>492</sup> Hvor stor en ubalance,

---

491. Se Rolf Dotevall i SvJT2002.441 (s. 443). Dotevall anvender i denne forbindelse betegnelsen *ekvivalensprincippet*. Se også Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 397.

492. Rolf Dotevall i SvJT2002.441 (s. 453). Fra domspraksis se eksempelvis U2000.980Ø hvor Albertslund Kommune havde udlejet nogle forretningslejemål. Lejekontrakterne indeholdt klausuler om regulering af lejen. Kommunen ønskede klausulerne tilsidesat i medfør af aftalelovens § 36 med henblik på at foretage en lejeforhøjelse. Da lejeindtægterne i henhold til kontraktens bestemmelser ikke adskilte sig afgørende fra det lejedes værdi, fandt landsretten ikke, at der var grundlag for at tilsidesætte klausulerne. Se også diskussionen i afsnit 7.5 om debitors mulighed for at undlade naturalopfyldelse som følge af uventede stigninger i omkostningerne ved dette; her er der tale om en meget væsentlig ændring af kontrakten, og følgelig må debitor tåle en forholdsmæssig stor forskydning af kontraktbalancen, førend han kan forvente en sådan justering af kontrakten.

der skal foreligge førend justering kommer på tale, er det ikke muligt at sige noget generelt og samtidig håndgribeligt om. Nogle ledetråde kan dog anføres.

Som det første skal det erindres, at der er tale om en total balance i hele kontraktforholdet. Det betyder, at realydelse og pengeydelse isoleret set kan have værdier, der ikke svarer til hinanden, men at kontrakten desuagtet kan være i balance, fordi ubalancen mellem hovedydelse og opveje af andre forhold. Eksempelvis kan den realkreditor, der får sin realydelse til en overordentlig billig pris, til gengæld påtage sig større risiko vedrørende realydelsens forsendelse, end normalt er i kontraktforhold af den pågældende type. Fokuseringen på den totale balance i kontraktforholdet betyder, at forskydninger i forhold til ét element i kontrakten samlet set kan have mindre effekt på kontraktbalancen, fordi denne er resultatet af flere elementer. Modsat betyder fokus på den totale balance også, at ubalance kan opstå som følge af forskydninger ikke blot i værdien af hovedydelse, men også i relation til en række andre elementer i kontrakten.

Et andet forhold, der skal erindres ved vurdering af om en ubalance kan medføre justering, er, at værdien af kontraktens forskellige elementer ikke uden videre kan fastsættes, ud fra hvad man vil betegne som objektive grundlag – markedsværdi eller lignende – da parternes egen værdiansættelse spiller en afgørende rolle. Det betyder, at man i relation til kontraktbalancen, ved den enkelte kontrakt, er nødt til at tage højde for, hvad parterne synes, de får ud af kontrakten.<sup>493</sup>

Loyalitetspligten er endnu et element, der har betydning for spørgsmålet om, hvor megen ubalance en part skal tåle, førend han kan kræve kontrakten justeret. Loyalitetspligten foreskriver, at kontraktparter skal tage rimelige hensyn til medkontrahenters interesser i kontraktforholdet.<sup>494</sup> I dette ligger blandt andet, at en kontraktpart i en vis udstrækning skal acceptere ændringer i kontrakten.<sup>495</sup> Endvidere må det være en følge af kravet om hensyntagen til medkontrahentens interesser, og af den ovenfor omtalte bagatelgrænse for hvilke ændringer der kan retfærdiggøre en justering af kontrakten, at loyalitetspligten også inde-

493. Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 476f.

494. For yderligere omtale af indholdet i loyalitetspligten, se afsnit 7.3.1.

495. Lyng Andersen og Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 426f. Se også U1981.300H, U1986.824V og U1987.526H.

holder en pligt for kontrahenten til i et vist omfang at tåle, at han ikke selv får det optimale ud af kontrakten, det vil sige, at loyalitetspligten i et vist omfang forhindrer, at en kontrahent kan kræve justering af kontrakten.

Som nævnt i indledningen til dette kapitel er der mange grunde til, at der kan opstå behov for at justere en kontrakt. I nogle tilfælde afspejles behovet for justering direkte i kontraktbalancen – der er indtruffet en begivenhed, som har rykket den balance, parterne havde fundet ved kontraktens indgåelse. Det er eksempelvis tilfældet, hvor byggegrundens bæreevne ved nærmere undersøgelser viser sig at være ringere, end nogen kunne forudse, hvorfor opførelsen af det aftalte byggeri bliver væsentligt fordyret. I sådanne tilfælde kan justeringen ske ved, at der ændres på den ene parts forpligtelser i henhold til kontrakten. I eksemplet kan der således ændres på realkreditors ydelse – betalingen for byggeriet forhøjes. Der er her tale om ensidige ændringer af kontrakten.

I andre tilfælde kan der opstå behov for at justere kontrakten, uden at balancen i denne er ændret. Det er eksempelvis tilfældet, hvor lovgiver stiller nye krav til kommunerne vedrørende det serviceniveau, der skal præsteres i forbindelse med hjemmehjælp. For at efterleve de nye lovkrav kan den kommune, der har indgået kontrakt om udførelse af hjemmehjælp, være nødt til at ændre kontrakten,<sup>496</sup> men isoleret set er der ikke ændret ved kontraktbalancen – der præsteres stadig den aftalte realydelse, og der skal betales det aftalte vederlag. Hvis kommunen får ændret kontrakten, så realydelsen kommer til at svare til de nye, højere krav til den hjemmehjælp, der tilbydes, vil det betyde, at realdebitor skal præstere mere, end det oprindeligt blev aftalt mellem parterne. Med andre ord forrykker ændringen kontraktbalancen. For at rette op på den ubalance må også realkreditors ydelse justeres – typisk sådan at vederlaget forøges. I sådanne tilfælde bliver der altså tale om gensidige ændringer. Det, realkreditor opnår ved den gensidige ændring, er at få den realydelse, han har brug for. Når dette kan være ønskværdigt, selv om der altså skal betales for det, er det fordi, alternativet er, at realkreditor må leve med den uændrede kontrakt, og en realydelse der ikke opfylder hans behov, eller han skal indgå en ny

---

496. Eller indgå en tillægskontrakt hvis dette kan lade sig gøre.

kontrakt, med de omkostninger der er forbundet hermed. Det sidste kræver ofte også, at den oprindelige kontrakt kan opsiges. Der er således også god mening i at se på, om der i et givent tilfælde kan kræves ændring af en kontrakt, selv om den part der rejser dette krav må finde sig i et modsatrettet krav fra medkontrahenten.

### 8.2.3 Kontraktbalancen og den samfundsmæssige interesse

I de foregående kapitler er det på flere punkter påpeget, at en samfundsmæssig interesse i en kontrakt får betydning for denne, og dermed for kontraktens parter. Således indgår samfundets interesse eksempelvis som et fortolkningsdatum, når indholdet af kontrakten skal fastlægges, og i forbindelse med mulighederne for at udnytte misligholdelsesbeføjelser spiller interessen også ind i flere sammenhænge. Det følger af dette, at hvor der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en konkret kontrakt, har interessen betydning for kontraktens balance.

Henset til udgangspunktet, om at en kontrakt kun gælder for dens parter, kan det forekomme vidtgående, at en ekstern parameter, som en samfundsmæssig interesse, får betydning for balancen internt mellem parterne. Alligevel er noget sådan ikke fuldstændigt uset i juridisk sammenhæng. Som et eksempel kan nævnes forbrugerlovgivningen. Reguleringen på dette område er indrettet på en sådan måde, at forbrugerne ydes særlig beskyttelse, hvilket er sket for at beskytte den enkelte forbruger, men også fordi man mere overordnet betragter det som nødvendigt at beskytte en formodet svag aftalepart. Et andet eksempel finder man i konkurrencelovgivningen. For at fremme konkurrencen er visse former for aftaler mellem virksomheder forbudt, jf. konkurrencelovens § 6. Indgår virksomheder alligevel aftaler, der kan skade konkurrencen, kan Konkurrencerådet, i medfør af § 6, stk. 4, og § 16, stk. 1, ændre aftalerne gennem påbud om eksempelvis maksimale priser eller avancer eller om anvendelse af bestemte kalkulationsregler ved beregning af disse. Der er her tale om, at hensynet til den samfundsmæssige interesse i en effektiv anvendelse af ressourcerne spiller en rolle i forhold til den kontrakt, parterne har indgået. Parterne er givetvis af den opfattelse, at deres kontrakt er i balance, men fra lovgivningsmagts side er det vedtaget, at i forbindelse med denne type kontrakter skal ikke alene parternes interesser iagttages, også samfundets interesse skal medregnes, og den forrykker kontraktbalancen, så eksempelvis de aftalte priser skal sænkes.

At man indregner en samfundsmæssig interesse i kontrakten ved vurdering af kontraktbalancen har således fortilfælde i gældende ret. Imidlertid skal man bemærke, at i forbindelse med situationerne i de anførte eksempler er der tale om, at den samfundsmæssig interesse inddrages i kraft af lovgivning. I modsætning til dette vil den samfundsmæssig interesse, i relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, skulle inddrages uden direkte lovhjemmel, men som en del af obligationsrettens uskrevne elementer. Den samfundsmæssige interesse påvirkning af kontraktbalancen kan synes mere vidtgående i disse ulovregulerede tilfælde.<sup>497</sup>

Inden for nogle områder af den faktiske forvaltningsvirksomhed er der lovgivning om mulighederne for at indgå kontrakt om udførelsen af opgaverne. Det er eksempelvis tilfældet inden for sygehusområdet og inden for affaldsindsamling.<sup>498</sup> Regulering af spørgsmålet om betydningen af den samfundsmæssige interesse er dog sjælden i den forbindelse. Området for faktisk forvaltningsvirksomhed er omfattende, og der er langt fra tradition for at indgå kontrakter på alle områderne. Man kan derfor ikke drage den slutning, at fordi der er lovgivet på nogle områder, og der på den måde eventuelt er taget stilling til spørgsmålet om betydningen af samfundets interesse i forhold til kontrakterne, skal interessen ikke have nogen betydning på de områder, hvor der ikke foreligger lovgivning.

### 8.3 Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet

Som et udslag af kontraktfriheden kan kontraktparter lade deres kontrakt indeholde bestemmelser vedrørende spørgsmålet om justering af kontrakten. Selv om det må anbefales, at kontraktparter, specielt i for-

---

497. I afhandlingen *Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktretten* peger Jens Schovsbo på, at der inden for immaterialretten er sket et skred fra, at der tidligere blev lagt mest vægt på parternes aftale, til at der i dag bliver lagt mere vægt på almene hensyn som er knyttet til den konkrete aftalstype (fra den mere generelle konklusion se afhandlingens side 379ff). Det anføres, at denne orientering mod status – objektivering, standardisering og instrumentalisering på baggrund af eksterne hensyn (afhandlingens side 27) – "...viser sig i metodisk henseende ved, at det partsrelaterede balancehensyn nedtones til fordel for den samfundsmæssige interesse." (afhandlingens side 141).

498. Jf. Sygehuslovens § 3, stk. 3, og bkg. nr. 619 af 27. juni 2000, § 38.

### 8.3 Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet

bindelse med kontrakter der har en lang kontraktperiode eller drejer sig om komplekse ydelser, udnytter denne mulighed, kan der opstå behov for at anvende de muligheder for justering, der findes i obligationsretten. Dette behov kan udspringe af, at parterne slet og ret ikke har benyttet muligheden for selv at regulere spørgsmålet i kontrakten, men det kan også opstå som følge af, at den situation, der er årsag til ønsket om justering, ikke er omfattet af kontraktens justeringsbestemmelser.<sup>499</sup> I dette afsnit undersøges det, hvilke muligheder der er for at justere en kontrakt, i de tilfælde hvor den ikke indeholder (anvendelige) justeringsbestemmelser.

#### 8.3.1 Aftalelovens § 36

Aftalelovens § 36 kan hjemle, at en kontrakt tilsidesættes helt eller delvist, eller at den bliver ændret. Forudsætningerne for dette er, at det vil være "...urimeligt eller i strid med redelig handlemåde..." at gøre kontrakten gældende, jf. § 36, stk. 1.

Det var et væsentligt formål med indførelsen af § 36 at skabe en bestemmelse, der kunne beskytte svage kontraktparter mod, at deres stærkere medkontrahenter misbrugte deres styrke til at skabe en kontrakt, der var ude af balance.<sup>500</sup> Med dette formål er det naturligt, at

---

499. Blandt de kontrakter, der er undersøgt i forbindelse med denne afhandling (jf. afsnit 3.1), indeholder omkring en fjerdedel, ikke bestemmelser om justering af kontrakten. For de kontrakter, der indeholder bestemmelser om justering, er det typisk, at disse er holdt i meget generelle formuleringer, og kun sjældent er der taget stilling til forskellige situationer, der kan skabe behov for justering. Som eksempel på at sidstnævnte dog også forekommer kan nævnes en kontrakt, som Græsted-Gilleleje Kommune har indgået om udlicitering af opgaver på ældreområdet. Kontraktens § 4, stk. 2, har følgende ordlyd: "De anførte beskrivelser af serviceydelser er udtryk for Kommunens serviceniveau. Kommunen forpligter sig til at varsle ændringer i serviceniveauet herunder den vejledende tidsnorm mindst seks måneder forud. Dog skal et nyvalgt byråd (fra 1. januar 2002) kunne ændre den vejledende tidsnorm/frekvens, med tre måneders varsel. Ved væsentlige ændringer af serviceniveauet for de enkelte ydelser, har leverandøren ret til at kræve genforhandling af aftalens vilkår evt. forhandling om ophør af aftalen i utide, med de varsler der gælder for serviceændringen. Dette vedrører ikke kommunens visitationskompetence og -kriterier". I § 4, stk. 3 er der taget stilling til spørgsmålet om justering som følge af ændrede lovkrav: "Ændringer som følge af lovmæssige krav, er ikke omfattet af varslingsfristen. Såfremt der i øvrigt i aftalens løbetid gennemføres lovindgreb, der medfører væsentlige ændringer i de forudsætninger, der ligger til grund for aftalen, har hver af parterne ret til at kræve genforhandling af aftalens vilkår samt, om nødvendigt, forhandling om ophør af aftalen i utide".

500. Se Stig Jørgensen: Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler, s. 19ff og Folketingstidende 1974-75 (2. samling), sp. 791.

bestemmelsen især bliver anset for anvendelig i forbindelse med kontrakter mellem forbrugere og erhvervsdrivende.<sup>501</sup> Der er imidlertid ikke grund til at tro, at bestemmelsen ikke også kan anvendes i forbindelse med andet end kontrakter mellem forbrugere og erhvervsdrivende. Også i forhold til kontrakter mellem erhvervsdrivende kan § 36 danne grundlag for ændring.<sup>502</sup> Domspraksis indeholder da også eksempler på en sådan anvendelse af bestemmelsen. Se eksempelvis *U 1981.870 V* hvor en leasingkontrakt mellem en vognmand (lejer) og et speditjonsfirma (udlejer) blev tilsidesat i medfør af aftalelovens § 36. Kontraktens økonomiske vilkår, samt en bestemmelse om at lejer kun måtte anvende det lejede vogntog til transporter anvist af udlejer, satte lejer i “et yderst belastende økonomisk afhængighedsforhold” til udlejer. Se også *U1998.281H* hvor 4 arbejdsgiverforeninger, her i blandt Danske Malermestre, var gået sammen i én forening kaldet Byggeriets Arbejdsgivere BYG. I den forbindelse havde de 4 foreninger indbetalt midler til en hjælpefond under BYG. Da Danske Malermestre et halv år efter stiftelsen af BYG ønskede at træde ud af denne igen, anmodede de om at få udbetalt deres indbetaling til BYG’s hjælpefond. I henhold til BYG’s vedtægter og reglerne for hjælpefonden var en sådan udbetaling ikke mulig. Modsat landsretten fandt Højesteret, at aftalelovens § 36 kunne anvendes til at tilsidesætte de nævnte bestemmelser. Højesteret lagde vægt på, at bestemmelserne ikke kunne antages at skulle regulere et tilfælde som det foreliggende, at BYG’s bestyrelse efter reglerne for hjælpefonden havde hjemmel til at tillade udbetaling af en andel af formuen, og at en afvisning af DM’s krav i den foreliggende ekstraordinære situation vil medføre et urimeligt økonomisk resultat. Endvidere er voldgiftsafgørelsen i *NDS1985.234* illustrativ for anvendelsen af § 36 i erhvervssammenhæng.<sup>503</sup>

Det er dog stadig sådan, at det er vanskeligt at komme igennem med

---

501. Om dette kan der, foruden til litteratur om bestemmelsen, også henvises til bemærkningerne til den seneste ændring af aftalelovens § 36 – se Folketingstidende 1994-95 (tillæg A), s. 328.

502. Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 439f, Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 204 ff og Gomard: Almindelig kontraktret, 2. udg., s. 186 f.

503. Sag vedrørende bestemmelse om fordeling af indtægter og overskud i kontrakt mellem to rederier. Sagen er nærmere omtalt i afsnit 7.3.1.2.2.



### 8.3 Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet

argumentation baseret på § 36, særligt i forbindelse med kontrakter mellem erhvervsdrivende.<sup>504</sup> Særligt må man være opmærksom på, at domstolene næppe vil anvende bestemmelsen til at ændre den almindelige risikofordeling, som parterne bevidst har valgt. Risiko er en del af (professionel) handel, og det kan ikke være domstolenes opgave at være sikkerhedsnet under en risikovillig kontraktpart. I stedet må den part, der påtager sig en almindelig kommerciel risiko, tage sig betalt for det.<sup>505</sup>

I det mindste når der er tale om overenskomster af formueretlig karakter, sådan som det er tilfældet med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, kan aftalelovens § 36 også anvendes i forbindelse med kontrakter, hvor der er offentlige instanser blandt kontraktparterne. Det følger af lovens anvendelsesområde (lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område).<sup>506</sup> Se eksempelvis *U2000.980Ø* hvor Albertslund Kommune ville hæve lejen i erhvervslejemål, ud over hvad der kunne rummes i lejekontrakternes bestemmelse om lejeforhøjelse. Fordi kommunen selv havde udarbejdet de detaljerede, individuelle lejekontrakter, og fordi den betalte leje ikke adskilte sig afgørende fra det lejedes værdi, fandt landsretten ikke, at der var grundlag for at anvende § 36. Den konkrete begrundelse lægger op til, at § 36 kunne have været anvendt, hvis forskellen mellem lejen og det lejedes værdi havde været større.

Sammenfatter man ovenstående, kan aftalelovens § 36 danne hjemmel for justering af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, hvorfor bestemmelsen vil indgå i undersøgelsen nedenfor.

---

504. Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 439f, Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 204 ff og Gomard: Almindelig kontraktret, 2. udg., s. 186 f. Ligesom der er domme, hvor § 36 bliver anvendt i erhvervsforhold, er der også eksempler på domme, hvor bestemmelsen ikke bliver anvendt, og hvor dette sker under henvisning til, at der er tale om kontrakter mellem professionelle – se eksempelvis *U1983.429V* og *U1998.566H*.

505. Se hertil Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 207. Se også bemærkningerne til bestemmelsen i Foketingstidende 1994-95 (tillæg A), s. 338.

506. Folketingstidende 1994-95 (tillæg A), s. 328, og tilsvarende i bemærkningerne til den svenske 36 § avtalslagen, Regeringens proposition 1975/76:81, s. 113f. Se også Lyng Andersen og Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer, s. 220f, Tom-Erik Madell: *Det allmänna som avtalspart*, s. 483 og Kristian Huser: *Avtalesensur*, s. 29.

### 8.3.2 Forudsætningslæren

#### 8.3.2.1 Kort om forudsætningslærens indhold

Når en person indgår en kontrakt, sker det på baggrund af nogle forestillinger om tingenes tilstand på tidspunktet for indgåelsen, og om hvordan forholdene vil udvikle sig i tiden derefter. Efter indgåelsen kan en kontraktpart i nogle tilfælde ønske at blive løst fra sine forpligtelser i henhold til kontrakten, fordi de forestillinger, han lagde til grund ved indgåelsen af kontrakten, senere viser sig at være urigtige, eller fordi forholdene udvikler sig på en anden måde end forudsat. Man taler så om, at der foreligger urigtige forudsætninger, henholdsvis bristende forudsætningerne. I sådanne tilfælde kan kontraktparten måske blive frigjort fra kontrakten med støtte fra forudsætningslæren. Forudsætningslæren giver mulighed for, at en kontrakt kan ændres eller ophæves i tilfælde af urigtig eller bristende forudsætning, hvis forudsætningen har været bestemmende for løftegiver, kendelig for løftemodtager, og sidstnævnte findes at skulle bære risikoen for, at forudsætningen svigter.<sup>507</sup>

Forudsætningslæren omtales oftest primært i forbindelse med tilsidesættelse af kontrakter. Det skyldes formodentlig, at anvendelse af læren kræver, at en *bestemmende* forudsætning svigter, og at det måske er mest naturligt at antage, at hvor en så vigtig forudsætning ikke holder stik, skal kontrakten helt falde væk. I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed skal det imidlertid erindres, at det kan være vanskeligt og bekosteligt at indgå en ny kontrakt. For disse kontrakter er det derfor meget nærliggende at forsøge at indrette (justere) kontrakten, så den kan videreføres, til trods for at der er en bestemmende forudsætning, der er svigtet. Af denne grund undersøges det i det følgende, hvilke muligheder der er for at anvende forudsætningslæren i forbindelse med kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, idet ændring af en kontrakt som det mindre kan lade sig gøre, hvis læren giver mulighed for helt at tilsidesætte kontrakten.

I tilknytning til denne introduktion af forudsætningslæren skal det bemærkes, at læren ikke i sig selv giver noget svar på, hvilken kon-

---

507. Henry Ussing: Aftaler, § 41, Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 212ff og Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 418ff.

### 8.3 *Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet*

traktpart der i en given situation skal bære risikoen for, at en given forudsætning svigter. Placeringen af denne risiko må ske under iagttagelse af de konkrete forhold, men i høj grad også på baggrund af nogle almindelige retningslinier. Som sådanne retningslinier kan anføres, at risikoplaceringen bør ske på en sådan måde, *at* kontrakten kan opfylde sit overordnede formål som middel til at fremme samhandel, *at* der tilstræbes harmoni mellem den konkrete løsning og de generelle regler, der findes om svigtende forudsætninger, *at* resultatet ligger nær, hvad kyndige, hæderlige parter ville have aftalt, og *at* resultatet er hensigtsmæssigt og rimeligt.<sup>508</sup> Disse generelle retningslinier er, som det fremgår, ikke nødvendigvis altid i indbyrdes harmoni.

#### 8.3.2.2 **Lærens forhold til andre regler om urigtige forudsætninger**

Hvis de forudsætninger, en kontraktpart ved indgåelsen lægger til grund for sine handlinger, ikke er korrekte, foreligger der et tilfælde af urigtige forudsætninger. Noget sådant kan eksempelvis være tilfældet, hvis en kontraktpart går ud fra, at han indgår kontrakt med det velkonsoliderede, i Danmark registrerede, selskab Moder A/S, mens det i virkeligheden er det tyndt kapitaliserede, på Bahamas hjemmehørende, Datter Ltd., der er medkontrahent. Der kan være flere årsager til, at en kontrahent svæver i en vildfarelse i forbindelse med kontraktens indgåelse. Eksempelvis kan vildfarelsen skyldes, at medkontrahenten bevidst har fortiet oplysninger eller givet urigtige oplysninger, den urigtige oplysning kan være en følge af en fejlskrift, eller kontrahenten har blot uden direkte anledning lagt den urigtige oplysning til grund.<sup>509</sup> For en række af de forhold, der kan medføre urigtige oplysninger, gælder det, at lovgivningen regulerer følgerne af, at kontrakten kommer til at bygge på en vildfarelse. Dette gælder eksempelvis, hvor medkontra-

---

508. Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 205 og Henry Ussing: Aftaler, s. 467ff.

509. På dette sted skal opmærksomheden henledes på sondringen mellem betingelse og forudsætning. Hvor en betingelse er udtryk direkte i løftet, er dette ikke tilfældet med en forudsætning. I et tilfælde, som det nævnte eksempel, kan spørgsmålet om, hvem der er medkontrahent optræde som enten betingelse og forudsætning. For nærmere omtale af sondringen mellem betingelse og forudsætning se eksempelvis Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 209ff.

henten bevidst har fortiet oplysninger eller afgivet urigtige ditto.<sup>510</sup> Det gælder ligeledes i tilfælde af fejlskrift eller lignende.<sup>511</sup>

Bestemmelsen i aftalelovens § 33 vedrører også spørgsmålet om betydningen af afgivelse af viljeserklæringer på baggrund af urigtige forudsætninger. I modsætning til de øvrige bestemmelser i aftalelovens kapitel III – med undtagelse af § 36 – er § 33 ikke knyttet til specifikke situationer, men er en såkaldt generalklausul, der generelt forskriver, at viljeserklæringer ikke er bindende for deres afgiver, såfremt det vil “...stride imod almindelig hæderlighed...” at gøre den gældende.

Hvor der i lovgivningen er taget stilling til følgerne af den urigtige oplysning, spiller forudsætningslæren ingen rolle, hvorimod den kan få betydning i de tilfælde, hvor et forhold ikke er (klart) reguleret gennem lovgivningen. Bemærk i øvrigt, at de omtalte bestemmelser i aftaleloven alle har som retsvirkning, at kontrakten ikke er bindende. Det vil sige, at bestemmelserne ikke giver mulighed for at foretage justeringer af kontrakten med henblik på dennes videreførelse. Bestemmelserne omtales derfor ikke nærmere her.

### 8.3.2.3 Forudsætningslæren og aftalelovens § 36

Aftalelovens § 36 giver mulighed for, at en kontrakt kan ændres helt eller delvist, jf. bestemmelsens stk. 1. Det er i § 36, stk. 2, bestemt, at ændring af kontrakten kan ske under henvisning til “...forholdene ved *aftalens indgåelse*, *aftalens indhold* og *senere indtrufne omstændigheder*.” [fremhævelse foretaget her]. Med den fremhævede formulering er det klart, at aftalelovens § 36 kan danne grundlag for at justere kontrakter, på baggrund af det der i forbindelse med forudsætningslæren omtales som svigtende forudsætninger. Det følger af dette, at aftalelovens § 36 og forudsætningslæren for en umiddelbar betragtning dækker de samme problemstillinger. Dette umiddelbare sammenfald af anvendelsesområder giver anledning til at undersøge, om der er grund til at operere med både forudsætningslæren og § 36.

I litteraturen har spørgsmålet om sammenfaldet mellem forudsætningslæren og aftalelovens § 36 været genstand for mange fremstillin-

---

510. Reguleret i aftalelovens § 30 om svig, hvorefter en kontrahent ikke er bundet, hvis hans samtykke til kontrakten er fremkaldt ved svig.

511. Reguleret i aftalelovens § 32; ved fejlskrift er løftegiver ikke bundet, såfremt løftemodtager var i ond tro om forholdet.

### 8.3 Justerings af kontrakter uden bestemmelser om emnet

ger. Nogle forfattere mener, at § 36 har gjort forudsætningslæren overflødig,<sup>512</sup> mens andre mener, at § 36 har indskrænket området for anvendelse af forudsætningslæren, men ikke gjort den overflødig.<sup>513</sup>

Vender man sig til domspraksis for at få kastet lys over spørgsmålet om forholdet mellem forudsætningslæren og aftalelovens § 36, fremgår det, at såvel § 36 som forudsætningslæren anvendes i den praktiske retsudøvelse. Der findes således et stort antal domme, hvor § 36, forudsætningslæren eller begge dele inddrages. Se fra de senere år eksempelvis *U1995.277/2H*, *U1996.1625H*, *U2002.706H* og *U2002.1933Ø*.<sup>514</sup> Umiddelbart kan anvendelsen af begge modeller være udtryk for, at de begge fortsat har en eksistensberettigelse. Modsat kan det dog også, lidt udfordrende, anføres, at den fortsatte anvendelse af forudsætningslæren blot skyldes, at denne er fast indgroet hos såvel advokater som dommere. Til det sidst anførte kan man pege på, at det i nogle domme virker lidt vilkårligt, om det er forudsætningslæren eller § 36, der lægges til grund. Se eksempelvis *U2002.1698H* hvor Højesterets argumentation, for at en aftale ikke skal være bindende, bygger på forudsætningsbetragtninger, mens spørgsmålet afgøres under udtrykkelig henvisning til aftalelovens § 36.

Imod argumentet, om at forudsætningslæren kun overlever hos domstolene som følge af gammel vane, taler det forhold, at der findes flere domme, også af nyere dato, hvor domstolene har vurderet, at forudsætningslæren og aftalelovens § 36 har hver deres områder, hvor den anden model ikke finder anvendelse. Se eksempelvis *U1989.1039/3H*, hvor en entreprenør havde opført 111 rækkehuse. Kort tid efter opførelsen blev der konstateret sætningsskader på et af husene, og det blev

---

512. Se eksempelvis Stig Jørgensen: Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler, s. 25 og Kristian Huser: Avtalesensur, s. 41f. I samme retning Geir Woxholth: Avtale inngåelse, ugyldighet og tolkning, s. 392ff; Woxholth finder det vanskelig at forestille sig, at § 36 lader noget igen til en forudsætningslære (s. 393) og mener, at anvendelse af § 36 frem for forudsætningslæren vil skabe et klarer juridisk grundlag for ændring (s. 397). Samtidige peger Woxholth dog også på, at forudsætningslæren stadig anvendes ved domstolene.

513. Se eksempelvis Bernhard Gomard: Almindelig kontraktret, s. 178, Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 220ff, Jan Hellner: Specieel avtalsrätt II, 2. häftet, s. 66 og Trine-Lise Wilhelmsen i TfR1995.1 (s. 140ff).

514. For yderligere domshenvisninger se Lyng Andersen og Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer, s. 193ff (vedrørende anvendelse af § 36) og eksempelvis Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, s. 194ff (vedrørende anvendelse af forudsætningslæren).

fastlagt, at disse skyldes utilstrækkelig komprimering af lerfyldet under gulvene. På baggrund af dette blev der indgået en aftale mellem entreprenøren og grundejerforeningen, hvorved entreprenøren forpligtede sig til at foretage afhjælpning af indtrådte sætninger og sikring mod fremtidige sætninger. Da det senere viste sig, at den mangelfulde fundering af byggeriet ikke medførte så stor en risiko for sætningsskader som oprindeligt påtaget, ønskede entreprenøren ikke at opfylde aftalen. Højesterets flertal (3 dommer ud af 5) fandt, under henvisning til landsrettens dom, at entreprenøren var bundet af aftalen. Landsretten var nået til samme resultat blandt andet på baggrund af følgende betragtninger: "Det findes ikke godtgjort, at der efter aftalens indgåelse er sket væsentlige ændringer i det da kendte grundlag, og de indhentede erfaringer findes ikke at kunne fritage de sagsøgte for at foretage de aftalte undersøgelser og afhjælpsforanstaltninger. Der findes ikke grundlag for at pålægge sagsøgerne risikoen for, om de sagsøgte forudsætninger for aftalen måtte være svigtet. *Da der ej heller* findes grundlag for at anvende bestemmelsen i aftalelovens § 36, tages sagsøgernes principale påstand til følge." [fremhævelse foretaget her]. Argumentationen er således to-strengt – først analyseres spørgsmålet ud fra forudsætningslæren, og da retten ikke finder, at denne kan begrunde en ændring af aftalen, konstateres det, at heller ikke aftalelovens § 36 kan lede til et sådan resultat.

Se også *U1998.281H*, hvor Højesteret i en sag om udbetaling af midler fra arbejdsgiverforeningen BYG's hjælpefond i anledning af Danske Malermestres udtræde af foreningen udtaler, at der "...ikke på grundlag af synspunktet om bristende forudsætninger..." kan ske udbetaling, hvorefter domstolen forsætter: "Højesteret finder imidlertid, at der efter det foran anførte foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, at de nævnte bestemmelser [der forhindrede udbetaling af midler ved udtræde] ikke bør afskære Danske Malermestre fra at få andel i BYG's hjælpefond, jf. aftalelovens § 36".

Endelig kan der også henvises til *U2002.1224H*. Den sag drejer sig om fordeling af indtægterne fra kompositionen Tango Jalousie (af Jacob Gade). I 1925, kort tid efter kompositionens udgivelse, var der indgået en aftale om fordelingen af de indtægter, der måtte komme fra kompositionen. Langt senere opstod der mellem de parter, der havde rettigheder i henhold til aftalen, strid om, hvordan den nærmere fordeling skulle være. Som et led i afgørelsen af den forelagte strid lægger Hø-

### 8.3 Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet

jesteret til grund, at de oprindelige aftaleparter var bevidste om, at en aftale om overdragelse af rettigheder til en komposition i ophavsrettens løbetid indebærer muligheder for en gevinst, som ikke kan forudses på tidspunktet for aftalens indgåelse. Herefter anfører Højesteret: “Det forhold, at denne abstrakte gevinstchance er realiseret for så vidt angår Tango Jalousie, kan herefter ikke i sig selv bevirke de aftalte ophavsretsoverdragelsers ugyldighed – hverken ud fra et forudsætningssynspunkt eller i medfør af aftalelovens § 36” [fremhævelse foretaget her].

Domspraksis taler således for, at der fortsat er behov for såvel aftalelovens § 36 som forudsætningslæren.

Til spørgsmålet om hvorvidt der er grund til at operere med såvel forudsætningslæren som aftalelovens § 36, kan man, uden at det skal overdrives, endvidere hæfte sig ved, at de to modeller har forskellige udgangspunkter for deres analyse af behovet for justering af den konkrete kontrakt. Anvender man § 36, er der et væsentligt element af objektiv vurdering af kontraktens virkning. Dette er en følge af, at det, der kan begrunde en justering med hjemmel i § 36, er, at “...det vil være urimeligt eller i strid med *redelig handlemåde* at gøre den gældende”, jf. § 36, stk. 1 [fremhævelse foretaget her]. Hvad der må siges at være urimeligt afgøres under betydelig hensyntagen til forhold, som ligger uden for den konkrete kontrakt. Det kan være forhold som andre lovbestemte krav til opførsel på et givent område, branchesædvane og anden kontraktpraksis hos den part, der nu formodes at have fordel af en given, utraditionel kontraktbestemmelse.<sup>515</sup> Selv om urimelighedsvurderingen også giver mulighed for at inddrage hensyn, der er knyttet til parterne, er elementet af kontraktseksterne (objektive) faktorer således fremtrædende.

Mens et objektivt element er fremtrædende ved anvendelse af aftalelovens § 36, er det subjektive element fremtrædende i forbindelse med forudsætningslæren. Det subjektive udgangspunkt, i form af fokus på parternes vilje, er en følge af forudsætningslærens to første led, dels at den svigtende forudsætning har været bestemmende for løftegiver, dels at den har været kendelig for løftemodtager. Ved vurdering, af om forudsætningslæren kan begrunde en ændring af den konkrete kontrakt, lægger man således vægt på, hvilke forestillinger parterne kon-

---

515. Lyngé Andersen og Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer, s. 216ff.

kret har haft. Det skal bemærkes, at forudsætningslærens tredje led – kravet om at løftemodtager, findes at skulle bære risikoen for, at forudsætningen svigter – trække elementer af mere objektiv karakter ind i læren.<sup>516</sup>

Sammenfattes ovenstående, bliver konklusionen, at der, som følge af nogen forskel i anvendelsesområderne, er grund til at operere med både forudsætningslæren og § 36. Ved at arbejde med begge modeller bliver det muligt at udnytte, at hver model har nogle områder, hvor den er mere anvendelig end den anden. I det følgende udnyttes dette i undersøgelsen af muligheden for at justere en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed.

### 8.3.3 Justering af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed

#### 8.3.3.1 Indledende bemærkninger

Behovet for at justere kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan opstå som resultat af forskellige forhold. Det kan eksempelvis være, fordi der sker ændringer af relevant lovgivning, eller fordi der sker en politisk udvikling, der berører det område, en kontrakt vedrører. Disse to eksempler giver allerede et indtryk af, at de forhold, der kan gøre en justering aktuel, har nogle forskellige karakteristika. Det er naturligt at antage, at disse forskelle vil betyde, at der også vil være forskelle i de problemstillinger og løsningsmuligheder, der vil være knyttet til de forskellige forhold. På baggrund af denne antagelse er det nærliggende at foretage en opdeling af de forhold, der kan udløse behov for justering. I den følgende undersøgelse af mulighederne for at justere en kontrakt, er der foretaget en sådan opdeling, idet mulighederne for justering undersøges for 3 grupper af forhold, der hver især har nogle fælles grundlæggende karakteristika. De 3 grupper er tilfælde, hvor behovet for justering udspringer af: 1) at den offentlige kontrahent

---

516. Henry Ussing, som introducerede den version af forudsætningslæren, der anvendes i dansk ret i dag, understregede, at risikoafvejningen i det konkrete tilfælde i videst muligt omfang bør ske ud fra bestemte regler, blandt andet for at sikre forudberegnelighed; se Henry Ussing: *Aftaler*, s. 467.



### 8.3 *Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet*

udøver myndighed, 2) at andre, kontraktseksterne instanser udøver myndighed og 3) at den offentlige kontrahent pålægges nye opgaver uden tilknytning til kontrakten. Det skal understreges, at der ikke er grund til at opfatte den valgte opdeling som den eneste mulige, ligesom opdelingen ikke prætenderer at omfatte alle forhold, der kan udløse ønske om justering.

#### 8.3.3.2 **Når den offentlige kontrahent udøver myndighed**

De offentlige instanser, der optræder som parter i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, kan også optræde som udøver af myndighedsbeføjelser. Der er mange eksempler på den situation, og som illustration kan blot nævnes kommunernes beføjelse til at udstede lokalplaner og amternes beføjelser til at udstede påbud vedrørende udledninger til miljøet. Når den offentlige kontrahent optræder som myndighed, kan den derved påvirke grundlaget for de kontrakter, den har indgået. Det er eksempelvis tilfældet, når en kommune sælger en byggegrund til en entreprenør. Ved siden af at optræde som sælger, er kommunen også ansvarlig for lokalplanlægningen. Derved har kommunen mulighed for at ændre de forudsætninger, entreprenøren har lagt til grund ved købet. Denne situation, der altså opstår, fordi en offentlig instans optræder både som kontraktpart og som myndighed, rejser spørgsmålet om, hvilke muligheder en kontraktpart har for at kræve ændring af kontrakten, i de tilfælde hvor en offentlig kontraktpart, via sine myndighedsbeføjelser, ændrer forudsætningerne for kontrakten.

Betragter man ovennævnte spørgsmål ud fra forudsætningslæren, må man indledningsvis spørge, om lærens to første led er opfyldt. I det følgende forudsættes dette at være tilfældet, en forudsætning der formentlig oftest vil være opfyldt i forbindelse med den foreliggende problemstilling – entreprenøren forudsætter en lokalplan, der giver han mulighed for at realisere det planlagte byggeri, og kommunen er bekendt med dette. Det afgørende punkt bliver herefter, hvem der må bære risikoen for, at forudsætningen brister, jf. forudsætningslærens tredje led. Svaret på dette spørgsmål må hænge sammen med de forhold, der gør sig gældende omkring den offentlige parts myndighedsudøvelse.

Umiddelbart forekommer det oplagt at besvare spørgsmålet om risikoen fordeling med, at det er den offentlige kontrahent, der må bære risikoen for, at en forudsætning svigter, når dette svigt er en følge af den

offentlige kontrahents myndighedsudøvelse. Overvejer man spørgsmålet lidt grundigere, må det dog erkendes, at en så enkelt en argumentation, som den just anførte, ikke kan anvendes. Besvarelsen må nuanceres med følgende betragtninger:

Ved fordeling af risikoen for forudsætningsbrist som følge af myndighedsudøvelse må man overveje, om den offentlige kontrahent er tvunget til at udøve sin myndighed. Er det tilfældet, kan den offentlige part ikke undgå at agere. Samtidig kan dette ikke komme bag på den professionelle medkontrahent, at den offentlige kontrahent kan blive tvunget til at udøve myndighed, idet professionelle aktører i kontrakter af den karakter, der er tale om i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, må forventes at have sat sig ind i de forhold, herunder også de juridiske, der er relevante i forbindelse med kontrakten.<sup>517</sup> Det anførte peger i retning af at placere risikoen for, at en forudsætning brister hos den private kontrahent. Denne argumentation, og dermed risikofordeling, forstærkes i de tilfælde, hvor den offentlige part ikke alene er tvunget til at udøve sin myndighed, men også er tvunget til at gøre dette på en bestemt måde.

Når en offentlig instans indgår en kontrakt, vidende at kontrakten forudsætter en bestemt myndighedsudøvelse, ligger der her i tilsyneladende en indirekte binding af instansens fremtidige myndighedsudøvelse. Dette kan skabe en formodning for, at risikoen for at forudsætningen brister, skal placeres hos den offentlige part, da det er denne, der efterfølgende udøver myndighedsbeføjelsen. Som påpeget ovenfor holder denne formodning ikke i de tilfælde, hvor den offentlige instans er tvunget til (en bestemt) myndighedsudøvelse. Men hvad med de tilfælde, hvor den offentlige part ikke er tvunget til at udøve sin myndighed, eller til at gøre dette på en bestemt måde – eksempelvis kan en lokalplan udformes på flere forskellige måder? Spørgsmålet om placeringen af ansvaret for den bristende forudsætning må her ses i sammenhæng med spørgsmålet om den offentlige parts mulighed for at binde sig til en bestemt fremtidig myndighedsudøvelse.

Som tidligere omtalt<sup>518</sup> kan der ikke svares entydigt på spørgsmålet om, hvorvidt en offentlig instans kan binde sig til at udøve sin myn-

---

517. Se hertil landsrettens bemærkninger i U2000.1366H.

518. Se afsnit 4.4.2.2.

### 8.3 Justerings af kontrakter uden bestemmelser om emnet

dighedsbeføjelse på en bestemt måde. Det er dog formodentlig sådan, at binding af myndighedsudøvelse kun kan ske i meget begrænset omfang. Det følger heraf, at myndigheder som hovedregel kan udøve deres myndighedsbeføjelser uagtet eventuelle kontraktbestemmelser, det vil sige uden at blive pålagt ansvar for forudsætninger, der brister som følge af deres efterfølgende myndighedsudøvelse. Se hertil tre eksempler fra domspraksis:

I *U1999.803H* havde Aakirkeby Kommune etableret et halmvarmeværk og i den forbindelse indgået aftale med beboerne i Lobbæk om levering af varme til en given takst. Efter nogle års drift måtte varmeværket gældssaneres, og i forbindelse med dette forhøjede kommunen taksterne. Samtidig pålagde kommunen, med hjemmel i varmforsyningsloven, tilslutningspligt til varmeværket. Kommunen lagde sag an mod en af de forbrugere, der oprindeligt havde indgået aftale om varmforsyning, og som nægtede at betale den forhøjede takst. I sin afgørelse lægger Højesteret til grund, at allerede fordi kommunen havde udnyttet hjemlen til at pålægge tilslutningspligt, havde kommunen også været berettiget til at hæve taksten for varmeleverance til de forbrugere, der oprindeligt havde indgået aftale, uanset at aftalerne indeholdt bestemmelser om en lavere takst.<sup>519</sup>

Se endvidere *U2000.1366H*<sup>520</sup> hvor det, som påpeget af Højesteret, var en bestemmende forudsætning for Hørsholm Kommunes medkontrahent, at der blev vedtaget en lokalplan med et bestemt indhold. Kommunen, der kendte til medkontrahentens planer med handlen, kunne ikke være uvidende om denne forudsætning og dens betydning. Ved at forholde sig helt strikte til kontraktens ordlyd undgik Højesteret at tage stilling til spørgsmålet om, hvilken af parterne der skulle bære risikoen for, at der ikke blev vedtaget den fornødne lokalplan. Betoningen, af at kommunen ikke ved kontraktens indgåelse havde kunnet give tilsagn om endelig vedtagelse af den fornødne lokalplan (binde sin myndighedsudøvelse), lader dog formode, at overvejelser af dette

---

519. Se også *ND1994.157* hvor Oslo Kommune kunne hæve betalingen for en halvdagsplads i en børneinstitution, således at betalingen kom til at svare til betalingen for en heldagsplads. Ændringen anset for at være et led i kommunens budgetplanlægning.

520. Sag om projektering af andelsboliger i Hørsholm Kommune, for resumé af sagen se afsnit 4.4.2.2.2.

### *Kap. 8: Justeret opfyldelse*

spørgsmål ville være endt med, at risikoen var blevet pålagt kommunens medkontrahent. Se hertil også landsrettens bemærkning om at kommunens medkontrahent, som professionel i byggebranchen, måtte være bekendt med, at kommunen ikke kunne binde sin fremtidige myndighedsudøvelse. Denne bemærkning får særlig betydning i relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, idet de offentlige instansers medkontrahenter i sådanne kontrakter netop er professionelle aktører.

I nærværende sammenhæng er også afgørelsen i *ND1975.395* (Eske-myrdommen) interessant. I sagen havde Sandnes Kommune udstykket et område, og i den forbindelse udbudt grundene til salg gennem annoncer i de lokale aviser. Af annoncerne fremgik det blandt andet, at området skulle bebygges med fri villabebyggelse. Af andet materiale som indgik ved køb af grundene fremgik det, at bebyggelsen skulle være åben, villamæssig og med beboelse i ét plan, dog med mulighed for dispensation for bebyggelse med 1½ plan. Efter at nogle af grundene var solgt, tillod kommunen opførelse af 4 toetagers rækkehuse i bebyggelsen. Nogle grundejere, der havde købt deres grund inden opførelsen af rækkehusene, anlagde herefter sag mod kommunen med påstand om, at denne skulle betale erstatning for det værditab, deres huse havde lidt som følge af opførelsen af toplanshusene. I sin afgørelse påpegede Høyesterett blandt andet, at husejerne uden tvivl havde en, for dem velbegrundet, forventning om, at fremtidig bebyggelse i området fortrinsvis ville blive i ét plan i overensstemmelse med de planer, der forelå for området, da de købte deres grunde. Imidlertid havde kommunen både ret og pligt til at ændre planerne for området, i det omfang der opstod behov for det. På den baggrund fandt Høyesterett, at hvis kommunen skulle have bundet sig til ikke at ændre planen for området, skulle der have været givet klart og tydeligt tilsagn om dette fra byrådets side. Dette var ikke tilfældet i sagen, hvor de oplysninger, der blev givet i forbindelse med købene, måtte anses for at være orientering om forholdene på tidspunktet for aftalernes indgåelse. Kommunen blev herefter ikke fundet erstatningsansvarlig. Det skal bemærkes, at Høyesterett udtrykkeligt påpegede, at der i dommen ikke var taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt kommunen overhovedet var i stand til at binde sin myndighedsudøvelse ved aftale. Med den bemærkning synes Høyesterett at understrege, at selv om myndighedsbinding skulle være

### 8.3 *Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet*

mulig, stilles der meget store krav til forholdene omkring kontrakten for at antage, at en sådan binding har fundet sted.<sup>521</sup>

Særligt må det antages, at udøvelse af myndighed, der giver sig udslag i generel regulering af et område, må kunne foretages, uagtet at reguleringen påvirker forudsætningerne for eventuelle kontrakter.<sup>522</sup> Se således *U1981.380Ø* hvor der var blevet indført kvoter på laksefiskeri, og i den forbindelse lavet aftale mellem staten – repræsenteret ved Fiskeriministeriet – og nogle fiskere. I henhold til aftalen kunne fiskerne opnå økonomisk kompensation for den begrænsning i fangstmulighederne, der fulgte af kvoteordningen. For at opnå kompensationen skulle fiskerne fange mindst 90% af de fastsatte kvoter. Efter aftalens indgåelse blev de fangstområder, fiskerne havde adgang til, beskåret, og fiskerne påberåbte sig dette som en bristende forudsætning, og nedlagde påstand om udbetaling af kompensation uagtet at de ikke havde fanget de foreskrevne 90%. Landsretten fandt ikke, at der var tale om bristede forudsætninger. Begrundelsen for dette var, at formålet med kompensationsordningen var økonomisk at stille fiskerne som om, de indførte kvoter ikke eksisterede, mens aftalen ikke havde til formål at kompensere fiskerne for alle ændringer i betingelserne for deres indtjening.

Ansvar, for at en bestemmende forudsætning brister, kan dog også placeres hos den offentlige part, jf. *U1995.557H*, hvor det var ansvarspådragende, at Thisted Kommune ikke ville ændre kommuneplanforslag, og herved hindrede gennemførelse af en kontrakt, som kommunen var part i. Anlægger man det synspunkt, at den offentlige kontrahent skal kunne udøve sin myndighedsbeføjelse uden hensyn til kontrakten, skulle denne sag have haft det modsatte udfald. Når dette ikke er tilfældet, skyldes det formodentlig to forhold: 1) ved indgåelsen af kontrakten var det en betingelse, at den virksomhed, som medkontrahenten ønskede at drive, kunne opnå miljøgodkendelse; kommunen indgik kontrakten vel vidende, at denne betingelse ikke kunne opfyldes med det forslag til kommuneplan, som byrådet havde vedtaget nogle måneder forinden. 2) årsagen, til at forslaget til kommuneplan ikke blev

---

521. For en kritisk kommentar til dommen se Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 533. For en anden norsk dom med samme problemstilling og samme udfald for så vidt angår erstatning for myndighedsudøvelse se NRt. 1975.246.

522. Se hertil Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 509ff.

ændret, så den nødvendige miljøgodkendelse kunne opnås, var alene, at byrådet ikke ønskede at foretage en sådan ændring, mens byrådet faktisk kunne have gjort dette, hvis det havde ønsket det.<sup>523</sup>

I de tilfælde, hvor den offentlige part ikke på forhånd er bundet til en bestemt myndighedsudøvelse, er det mindre klart for den private part, at den offentlige part ikke nødvendigvis kan binde sig til et bestemt indhold af en fremtidig myndighedsudøvelse. Det kan derfor være relevant for den offentlige part at gøre opmærksom på forholdet, eksempelvis som i *U2000.1366H*, hvor det udtrykkeligt fremgik af aftalen, at kommunen skulle udarbejde et lokalplanforslag. Det faktum, at det alligevel kom til retssag på grund af aftalen, viser, at denne formulering imidlertid heller ikke var tydelig nok.

Sammenfatter man ovenstående, ser man, at hvor den offentlige kontrahent gennem myndighedsudøvelse ændrer en bestemmende og kendelig forudsætning for kontrakten, er mulighederne for, at medkontrahenten kan kræve ændringer begrænsede. Behovet for at sikre den offentlige kontrahents frihed til at forvalte sin myndighedsbeføjelse vejer som udgangspunkt tungere end det enkelte kontraktforhold.

Med de betragtninger der er anført for ikke at tillade binding af fremtidig myndighedsudøvelse, i særdeleshed afvejningen mellem hensynet til kontraktparten og hensynet til andre borgere og samfundet,<sup>524</sup> forekommer det ikke nærliggende at anvende aftalelovens § 36, og dens urimelighedsterminologi, i tilfælde som de, der er omtalt i dette afsnit.

### 8.3.3.3 Når andre instanser udøver myndighed

#### 8.3.3.3.1 Kort om indholdet i afsnittet

I dette afsnit behandles de tilfælde, hvor der kan opstå behov for at ændre en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, fordi andre end kontraktens parter, gennem udøvelse af myndighed, påvirker kontraktens grundlag. Noget sådan vil eksempelvis være tilfældet, hvor en kommune har indgået en kontrakt med et privat firma, i henhold til

---

523. Se også *U2002.1854V* (omtalt i afsnit 7.3.1.1). Sagerne i *U1995.557H* og *U2002.1854V* giver anledning til at bemærke, at hvis en myndighed indgår en kontrakt, og den ved, at den efterfølgende skal foretage myndighedsudøvelse, der vil ændre forudsætningerne for kontrakten, kan der være tale om svig. Se hertil Tom-Erik Madell: *Det allmänna som avtalspart*, s. 493.

524. Se afsnit 4.4.2.2.

### 8.3 *Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet*

hvilken det private firma skal udføre den hjemmehjælp, som kommunen er forpligtet til at stille til rådighed; efter indgåelse af kontrakten bliver det ved lov bestemt, at modtagere af hjemmehjælp altid skal serviceres af den samme hjemmehjælper; skal kommunen fortsat leve op til de forpligtelser, den har til at sørge for hjemmehjælp, kræver lovændringen også en ændring af den kontrakt, der er indgået med det private firma.

Det følgende tager sigte på situationer, hvor den opgave, der ligger bag realydelsen, er pålagt den offentlige kontrahent ved lov. Dette synes at være tilfældet i forbindelse med de fleste af de opgaver, der indgås kontrakter om.

Indtræffer der ændringer, som de ovenfor beskrevne, er det i første omgang den offentlige part, der har behov for at ændre kontrakten for derved at sikre, at den som offentlig instans fortsat lever op til de lovkrav, der stilles til den.<sup>525</sup> Også realdebitor kan ønske at justere kontrakten. Det vil være tilfældet, hvis der forekommer ændringer, der øger kravene til realdebitors præstation, således at det bliver dyrere for realdebitor at opfylde kontrakten. Den mest nærliggende ændring vil da være at justere bestemmelserne om pengeydelsen, men alternativt er der måske bestemmelser om andre realydelser, der kan skæres væk. Mulighederne for at kræve ændringer af kontrakten analyseres i det følgende, idet fokus rettes mod den offentlige kontrahents muligheder, der er dem der giver anledning til flest overvejelser i forhold til de almindelige obligationsretlige regler på området.

#### 8.3.3.3.2 *Justering via forudsætningslæren*

Når en kontrakt indgås med det mål for øje, at en offentlig instans skal løse en opgave, der er pålagt den ved lov, er det naturligvis en forudsætning for den offentlige part, at denne opgave rent faktisk også bliver løst. Dette gælder uanset hvilke detailopgaver, der nærmere ligger i den overordnede opgave (ambulancetjeneste, hjemmehjælp, renovation). Af dette følger, at det er naturligt at antage, at det ved indgåelsen af kontrakten er en bestemmende forudsætning for den offentlige part, at realydelsen omfatter de elementer, der til enhver tid skal til for at løse

---

525. Der er her tale om de tilfælde, hvor realydelsen ikke, som følge af kontraktens ordlyd eller fortolkning af denne, må antages at skulle leve op til de til enhver tid gældende lovkrav, jf. afsnit 7.3.2.2.2.

den bagvedliggende opgave, i hvilken form den end må have. Medkontrahenten til den offentlige part kan ikke være ubekendt med nævnte forudsætning, i særdeleshed ikke fordi det må lægges til grund, at medkontrahenten er en professionel virksomhed, der kender vilkårene på det område, den indgår kontrakt på.<sup>526</sup> Om forudsætningslæren kan begrunde ændring af en kontrakt i tilfælde af myndighedsudøvelse fra kontraktseksterne parter er herefter et spørgsmål om, hvem der findes at skulle bære risikoen for, at kontraktmæssig præstation af realdydelser ikke længere medfører, at den offentlige kontraktpart opfylder sin lovbestemte opgave.

Til spørgsmålet om risikoplaceringen kan det indledningsvis slås fast, at ingen af kontraktparterne direkte er skyld i, at realdydelser ikke længere sikrer, at den bagvedliggende opgave bliver løst. Dette følger af, at myndigheden udøves af en kontraktsekstern instans. Dette "skyldsspørgsmål" kan altså ikke bruges til at placere risikoen.

Mens ingen af kontraktparterne kan siges direkte at være den, der udløser lovændringen, der fører til bristet i forudsætningerne, kan den offentlige instans, i det mindste i nogle tilfælde, have en vis indflydelse på den eksterne myndighedsudøvelse. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvor sundhedsministeren ændrer reglerne om ambulancetjenesten; her vil amterne (Amtsrådsforeningen) givetvis blive hørt forud for ændringen. Høringen giver en mulighed for at påpege, at den påtænkte ændring vil give problemer i forhold til de kontrakter, der findes på området. Men skal dette flytte risikoen over på den offentlige kontrahent? Til det spørgsmål må svaret være, at det skal det som udgangspunkt ikke. Begrundelse for det svar findes i det forhold, at hvis den offentlige kontrahent har en rolle i forbindelse med udarbejdelse af ændret lovgivning, er det typisk i kraft af den rolle, den offentlige kontrahent har, som den lovgiver har valgt som ansvarlig for at udføre den omhandlede opgave. Den offentlige kontrahent kan i den egenskab bidrage med oplysninger, der er af betydning for opgaven. I dette er der også et element af, at den offentlige kontrahent tillige optræder som repræsentant for borgerne i disse sammenhænge. De elementer, som den offentlige kontrahent kan bidrage med i denne sammenhæng, er vigtige for muligheden for til stadighed at udvikle de faktiske forvalt-

---

526. Se hertil Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, s. 143.



### 8.3 Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet

ningsydelser. På den baggrund forekommer det ikke fornuftigt, hvis den offentlige kontrahent skal pålægges risikoen for, at lovændringen bringer disharmoni mellem realydelsen og den bagvedliggende opgave.

Når der ovenfor kun som udgangspunkt, og ikke ubetinget, er svaret negativt på spørgsmålet, om hvorvidt medvirken i forbindelse med lovændringen skal flytte risikoen over på den offentlige kontrahent, er det fordi, der kan tænkes situationer, hvor det positive svar kan være det mest oplagte. En sådan situation må foreligge, hvis den offentlige kontrahent indgår kontrakten, samtidig med at den er vidende om, at en lovændring er på vej.<sup>527</sup>

Kontraktbalancen er et element, der generelt kan drages ind i vurderingen af, hvem der skal bære risikoen for, at en forudsætning svigter. Til illustration af dette kan nævnes *U1995.277/2H*. Baggrunden for den sag var, at virksomheden Casco Nobel A/S havde fremstillet og solgt et produkt beregnet til forsegling af termoruder. Produktet viste sig at være mangelfuldt, således at der kunne opstå skade på ruder fremstillet under anvendelse af produktet. Der blev indgået en aftale mellem Casco Nobel og Glasindustriens Samarbejdsorganisation (en sammenslutning af rudeproducenter), i henhold til hvilken Casco Nobel skulle betale rudeproducenterne godtgørelse for udgifter i forbindelse med udskiftning af skadede ruder. I henhold til aftalen skulle Casco Nobel betale prisen for en ny, tilsvarende rude fastsat som prisen efter den til enhver tid gældende prisliste, som Glasindustriens Samarbejdsorganisation havde godkendt. Efter aftalens indgåelse blev rudeproducenterne af konkurrencemyndighederne pålagt at sænke priserne på omtalte prisliste. Glasindustriens Samarbejdsorganisation anlagde herefter sag med påstand om, at aftalen skulle justeres, så Casco Nobel, trods de nedsatte listepreiser, fortsat skulle betale en godtgørelse svarende til det, der oprindeligt var aftalt. Sø- og Handelsrettens dom, der blev stadfæstet af Højesteret i henhold til grundene, gav Glasindustriens Samarbejdsorganisation medhold i deres påstand. Retten lagde vægt på, at hvis ikke aftalen blev justeret, ville konkurrencemyndighedernes pålæg resultere i "...en utilsigtet og mod parternes forudsætninger stridende væsentlig nedsættelse af den godtgørelse, som sagsøgte [Casco Nobel] ved aftalen... tilsagde Glasindustriens Samarbejdsorganisations medlemmer".

---

527. Se hertil Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart, s. 493.

Med andre ord blev aftalen justeret for at genoprette den balance, som myndighedsudøvelsen havde forrykket.

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed og de myndighedsindgreb, der behandles her, resulterer indgrebene i en ubalance i form af, at realydelsen ikke længere løser den bagvedliggende opgave. Hvis det, som antaget her, er en forudsætning ved indgåelse af kontrakten, at denne medfører, at den bagvedliggende opgave til enhver tid bliver varetaget, og lovgivningen efterfølgende øger kravene til denne opgave, vil realdebitor slippe billigere, end hvad der var tilfældet ved indgåelsen af kontrakten. I overensstemmelse med argumentationen i *U1995.277/2H* skal realdebitor derfor bære risikoen for den svigtende forudsætning, og kontrakten kan kræves justeret.

I forhold til betydningen af kontraktbalancen skal opmærksomheden også henledes på, at den private kontrahent i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, i de langt overvejende antal tilfælde hvor medkontrahenten er en offentlig instans, har nogle fordele, som man ikke har nogen sikkerhed for at genfinde i kontrakter, hvor kontrahenterne er private. Det drejer sig om gode vilkår i forbindelse med kontraktindgåelsen, muligvis bedre betingelser under opfyldelsen og endelig – meget væsentligt – en næsten 100% sikkerhed for pengeydelsen.<sup>528</sup> Disse fordele er en følge af, at der kontraheres med en offentlig part, og fordelene ligger ud over, hvad der er almindeligt i erhvervsforhold. På den anden side medfører kontrahering om faktisk forvaltningsvirksomhed også, at der er en risiko for, at kravene til den bagvedliggende opgave ændres, og at dette slår igennem i kontrakten i form af ændrede krav til realydelsen. Siden den private part har opnået de førømtalte fordele, kan man, med henvisning til balancen i kontrakten, argumentere for, at den private part bør bære risikoen for sådanne ændringer.

Som et sidste element i vurderingen af risikoplaceringen skal der peges på det faktum, at i tilfælde af manglende ændring af kontraktens bestemmelser om realydelsen, bliver konsekvensen i de tilfælde, der behandles her, at den offentlige kontrahent ikke opfylder sine lovfastede pligter. Dette må betragtes som en alvorlig følge, både fordi det er uholdbart, at en offentlig instans ikke efterkommer de krav, der stilles fra lovgivers side, og fordi lovgivningens krav til den bagvedliggende

---

528. Se afsnit 7.10.

### 8.3 *Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet*

opgave må antages at sikre varetagelsen af en samfundsmæssig interesse. Denne interesse krænkes, hvis kontrakterne ikke ændres. Dette, sammenholdt med de øgede krav til kontraktparters tolerance i kontrakter af samfundsmæssig interesse<sup>529</sup> og med den samfundsmæssige interesses betydning for balancen i kontrakten,<sup>530</sup> peger også i retning af, at den private kontrahent skal acceptere justeringer som følge af udefra kommende ændringer i kravene til den opgave, der ligger bag kontraktens realydelse.

De problemstillinger, der er berørt i dette sidst element, drøftes yderligere nedenfor i forbindelse med spørgsmålet om justering via aftalelovens § 36.

Sammenfatter man ovenstående, giver forudsætningslæren i langt de fleste tilfælde mulighed for, at den offentlige kontrahent kan kræve kontrakten ændret i tilfælde af, at realydelsen, som følge af en ekstern myndighedsudøvelse, ikke længere sikrer, at den bagvedliggende opgave bliver behørigt varetaget. I de situationer, der er behandlet her, er der tale om at justere kontrakten i form af at pålægge realdebitor yderligere forpligtelser. Dette vil, hvis omkostningerne herved ligger ud over det minimale, kunne udløse en justering af realkreditors forpligtelser, typisk i form af øget vederlag, jf. om gensidige ændringer i afsnit 8.2.2.

#### 8.3.3.3 *Justering via aftalelovens § 36*

Hvor en lovændring stiller nye krav til opgaven bag en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, og derved bevirker, at kontrakten ikke sikrer, at den offentlige kontrahent opfylder sine lovbestemte forpligtelser, kan man spørge, om det vil være urimeligt at fortsætte med kontrakten i uændret stand. Hvad der er rimeligt og urimeligt, kan der være mange meninger om, men i det følgende undersøges det, om uændret videreførelse af kontrakten er urimeligt i en sådan form, at aftalelovens § 36 kan anvendes som grundlag for at ændre aftalen.

Indledningsvis skal det fremhæves, at aftalelovens § 36 i nogle tilfælde med fordel kan anvendes frem for forudsætningslæren som hjemmel for justering af kontrakter. Når det er tilfældet, hænger det sammen med den tidligere omtalte forskel mellem § 36 og læren. Anvendelse af

---

529. Jf. afsnit 7.10.

530. Jf. afsnit 8.2.3.

forudsætningslæren kræver, at der kan siges noget entydigt om, hvilke forudsætninger parterne lagde til grund ved kontraktens indgåelse. Dette kan i almindelighed være vanskeligt, da der er tale om forhold, som ikke er kommet direkte til udtryk i kontrakten, og vanskelighederne stiger ofte, efterhånden som tiden går, og kontraktindgåelsen kommer længere væk. I den forbindelse skal det erindres, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte er af længere varighed. I tilfælde hvor parternes forudsætninger er vanskelige at fastlægge, og forsøgene herpå tenderer hypotetiske gætterier, kan man i stedet undersøge mulighederne for at foretage justering på baggrund af aftalelovens § 36. Sagen i *U1976.359H*, der er resumeret i afsnit 4.4.2.2.2, kan tjene som eksempel på et tilfælde, hvor aftalelovens § 36 med fordel kunne være anvendt i stedet for at basere afgørelsen på forudsætningslæren – bemærk her at muligheden for at ændre aftaler i form af forhøjede vederlag først blev tilgængelig med den ændring af § 36, der trådte i kraft den 1. januar 1995. I dommen lægger Højesterets flertal til grund, at fritagelsen for at svare dækningsafgift var en modydelse til den fordel, Randers Kommune opnåede ved at have et sygehus i byen, mens mindretallet fandt, at afgiftsfritagelsen primært blev ydet, for at kommunen kunne varetage sin lovpligtige sygehusopgave. Forskellen var afgørende for sagens udfald, da flertallets forudsætning ikke var svigtet – også efter lovændringen, der flyttede sygehusopgaven fra kommunerne til amterne, lå sygehuset fysisk i Randers by – mens mindretallets forudsætning svigtede – efter lovændringen havde kommunen ikke længere behov for at løse en sygehusopgave. Det er vanskeligt at afgøre, hvad der var årsagen til at kommunen indgik aftalen – forhandlingerne lå ca. 40 år tilbage i tiden, og aftalen kunne siges at tjene en række forhold. Forskellen i mellem begrundelsen for flertallets og mindretallets afgørelse illustrerer dette. Ved at anvende aftalelovens § 36 i stedet for forudsætningslæren var det ikke blevet nødvendigt at fastlægge en (tvivlsom) forudsætning. I stedet kunne spørgsmålet være vurderet i forhold til urimelighedskriteriet i bestemmelsen.

Mens der således kan være god grund til i det konkrete tilfælde at forsøge at anvendes aftalelovens § 36 frem for forudsætningslæren, er der grund til reservation i forhold til, om § 36 kan anvendes som grundlag for en justering af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, i de tilfælde der behandles i dette afsnit. Forbeholdet knytter sig til det forhold, at når der udøves myndighed af kontraktseksterne parter, med-

### 8.3 Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet

fører dette ikke umiddelbart, at det vil være urimeligt i forhold til kontrahenterne at gennemføre kontrakten. Urimegheden knytter sig væsentligst til tredjemand, eksempelvis de borgere der ikke får den nye, bedre hjemmehjælp eller lægebemandet ambulance. Skal § 36 anvendes som grundlag for justering, vil det derfor være nødvendigt, at bestemmelsen kan påberåbes af kontraktparter, også i tilfælde hvor urimegheden ved kontraktens gennemførelse ikke rammer parten selv, men tredjemand.<sup>531</sup> Om bestemmelsen kan anvendes på den måde analyseres i det følgende.

Taget man udgangspunkt i ordlyden af aftalelovens § 36, er der ikke umiddelbart noget, der hindrer, at bestemmelsen kan bringes i anvendelse, også i tilfælde hvor det urimeghede ved at gennemføre kontrakten rammer tredjemand. Rundt om i litteraturen kan man da også finde fortalere for en sådan anvendelse af bestemmelsen.<sup>532</sup>

Mens bestemmelsens ordlyd ikke udelukker anvendelse til fordel for tredjemand, hjemler den det heller ikke udtrykkeligt. Hvis man for et fortolkningsbidrag vender sig mod forarbejderne til bestemmelsen, fremgår det, at disse ikke behandler spørgsmålet direkte.<sup>533</sup> Det fremgår imidlertid, at en væsentlig årsag til at indføre bestemmelsen var at skabe et værn, som formodede svage aftaleparter kan bruge mod, at deres medkontrahenter misbruger deres overlegne position til at skaffe sig urimeghede fordele.<sup>534</sup> Der er hermed lagt særlig vægt på, at bestemmelsen skal anvendes til at regulere forholdet mellem parterne, til forskel fra eksterne parter. Dette støtter altså en antagelse om, at § 36 ikke kan anvendes, hvor urimegheden ved at gennemføre kontrakten rammer tredjemand.

---

531. Bemærk at der er tale om, hvorvidt en kontraktpart kan påberåbe sig § 36, ikke om hvorvidt berørte tredjemænd kan kræve justering af kontrakten.

532. Se eksempelvis Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 486 og Kristian Huser: Avtalesensur, s. 28. Se også afgørelsen i NDS1985.234, hvor hensynet til generne for tredjemand netop blev inddraget som et moment, der talte for at anvende § 36.

533. Den nuværende § 36 er indført af to omgange. Forarbejderne til de to love findes i Folketingstidende 1974-75 (2. samling) (tillæg A), sp. 779ff og Folketingstidende 1994-95 (tillæg A), s. 325ff. I Folketingstidende 1994-95 (tillæg A), s. 329, er det nævnt, at en parts aftaler med tredjemand undtagelsesvis kan inddrages i vurderingen af, om bestemmelsen skal anvendes. Læst i sammenhæng med den øvrige tekst må det formodes, at der her sigtes til, at partens aftale med tredjemand kan gøre det urimeghede for parten, og ikke for tredjemand, at gennemføre kontrakten.

534. Folketingstidende 1974-75 (2. samling) (tillæg A), sp. 791.

*Kap. 8: Justeret opfyldelse*

Ved indgåelsen har kontraktparter ikke mulighed for at gennemskue, hvilke virkninger deres kontrakt vil have i forhold til alle tredjemænd. Parterne har derfor ikke mulighed for at tage højde for dette eller for eventuelle fremtidige krav om justering fra disse. Dette forhold kan også anføres som argument for, at justering ikke skal kunne foretages under henvisning til kontraktens urimelighed i forhold til tredje-mand.<sup>535</sup>

I overensstemmelse med det senest anførte er der også litteratur, hvor det antages, at § 36 ikke kan anvendes til fordel for tredjemand.<sup>536</sup>

Spørgsmålet om hvorvidt § 36 skal anvendes i den foreliggende situation, er spørgsmålet om hvorvidt det forhold, at en kontrakt påvirker tredjemand, skal have betydning for kontraktens parter. Denne problemstilling finder man også i forbindelse med spørgsmålet om mulighed for direkte krav. Et direkte krav kan komme på tale i tilfælde hvor tredjemand (C) som følge af misligholdelse af kontrakten mellem kontrahenterne (A og B) får et krav imod B, der på sin side får et krav imod A; spørgsmålet er så, om C i den forbindelse kan rette sit krav direkte mod A. Spørgsmålet om anvendelse af § 36 adskiller sig fra spørgsmålet om direkte krav derved, at kontrakten i § 36-spørgsmålet ikke misligholdes. Trods denne forskel bør muligheden for direkte krav, som følge af den nævnte lighed i problemstillingen og fordi direkte krav ikke kun kan opstå som følge af misligholdelse af kontrakt, overvejes her.<sup>537</sup>

Udgangspunktet for diskussionen om direkte krav tages i det kontraktretlige relativitetsprincip, i henhold til hvilket kontrakter kun skaber rettigheder og pligter for kontraktparterne. Med udgangspunkt i dette princip er hovedreglen, at der ikke er mulighed for direkte krav.<sup>538</sup> C må altså rette sit krav mod B, mens B på sin side kan rette et krav mod A i anledning af dennes misligholdelse, et krav der blandt andet kan

---

535. Se hertil den betænkning der gik forud for den svenske 36 § avtalslagen (SOU 1974:83 – Generalklausul i förmögenhetsrätten), s. 160f. Her afvises justering af hensyn til tredjemand med henvisning til at dette kan afstedkomme vilkårlige og uhensigtsmæssige resultater. Tilsvarende bemærkninger findes i lovforslaget, se Regeringens proposition 1975/76:81, s. 130.

536. Se eksempelvis Bernhard Gomard: Almindelige kontraktret, s. 136 og Claes-Robert von Post: Studier kring 36 § avtalslagen, s. 176f.

537. Om forskellige scenarier hvor der kan opstå direkte krav se Vibe Ulfbeck: Kontraktens relativitet, s. 135ff.

538. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 427f.

### 8.3 Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet

omfatte C's krav mod B. Trods det nævnte udgangspunkt anerkendes direkte krav i dansk ret.<sup>539</sup> Emnet er genstand for grundig behandling hos Vibe Ulfbeck i disputatsen *Kontraktens relativitet*. Forfatteren påviser en udvikling i retning af stigende anerkendelse af en almindelig ret til at rette direkte krav, og ser dette som en imødekommelse af et praktisk behov, der er en konsekvens af moderne samfundsforhold.<sup>540</sup> Overføres denne tendens til spørgsmålet om anvendelse af aftalelovens § 36 i tilfælde, hvor det er urimeligt i forhold til tredjemand at gennemføre kontrakten, taler det for, at bestemmelsen også kan anvendes i den forbindelse. Også bruddet med den mere restriktive anvendelse af aftalelovens § 36 kan ses som opfyldelse af et behov, der er opstået som følge af fremkomsten af nye kontraktsituationer.

Sammenfattes ovenstående, synes retstilstanden på området at være sådan, at aftalelovens § 36 som udgangspunkt ikke kan anvendes til fordel for tredjemand. Dette udgangspunkt er dog ikke uden undtagelser, og som det vil fremgå af det følgende, er kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed et område, hvor der bør gøres en sådan undtagelse.

Indtil nu har overvejelserne om mulighederne for at anvende aftalelovens § 36 til at justere kontrakter, hvor gennemførelsen af disse vil være urimelig for tredjemand, været fokuseret på det generelle niveau. I det følgende flyttes fokus til spørgsmålet om anvendelse af aftalelovens § 36 til justering af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, i tilfælde hvor kontraktseksterne instanser påvirker kontrakten gennem myndighedsudøvelse.

Indledningsvis skal nævnes et lidt specielt træk ved den tredjemand, der kan blive urimeligt ramt ved gennemførelse af en kontrakt, der ikke længere sikrer opfyldelse af den bagvedliggende opgave. På det konkrete plan er tredjemand fysiske eller juridiske personer, sådan som det er almindeligt, når man taler om tredjemand i relation til kontrakter. Imidlertid er der en forskel mellem den traditionelle situation, og situationen der undersøges her, idet tredjemand i sidstnævnte har en særlig tilknytning til den ene kontraktpart, nemlig den offentlige instans, der er udpeget til at løse en opgave til fordel for tredjemand. Selv om dette

---

539. Bernhard Gomard: *Obligationsret*, 1. del, s. 176ff og Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 428ff.

540. Se hertil Vibe Ulfbeck: *Kontraktens relativitet*, s. 67ff og s. 411ff.

ikke kan føre til identifikation mellem den offentlige kontraktpart og tredjemand, er der alligevel en nærmere tilknytning mellem de to, end der traditionelt er i mellem kontraktparter og tredjemand. Forskellen mellem om urimelighed rammer den offentlige kontrahent eller tredjemand, er derfor ikke så stor som i traditionelle kontraktforhold, hvilket taler for, at anvendelse af § 36 ikke kan være en umulighed i tilfælde af, at gennemførelse af kontrakten vil være urimelig i relation til tredjemand.

Umiddelbart ovenfor er spørgsmålet om tredjemands forhold til kontrakten behandlet ud fra betragtninger om tredjemands placering i relation til kontrahenterne. Spørgsmålet om tredjemands status i relation til kontrakten kan også anskues fra en helt anden vinkel, nemlig ved at tage udgangspunkt i kontraktens realydelse og tredjemands tilknytning til den. Formelt set er kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed typisk indgået mellem en offentlig kontrahent og en privat part. Den private part forpligter sig til at præstere en realydelse, og den offentlige part forpligter sig til at betale for denne ydelse. Til forskel fra hvad der oftest er tilfældet i kontraktforhold, skal realydelsen imidlertid ikke præsteres over for realkreditor, men over for tredjemand.<sup>541</sup> Dette skaber en særlig interesse for kontrakten hos tredjemand, og taler for at anvendelse af aftalelovens § 36 ikke bør være en fjernliggende mulighed som grundlag for justering af kontrakten i disse tilfælde.

Hvis en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed forhindrer, at en opgave bliver løst på den måde, som lovgiver har besluttet, betyder det, at de interesser, som lovgiver har valgt at varetage, og derved prioritere frem for andre, faktisk ikke bliver varetaget. Den samfundsmæssig interesse – som udtrykt af Folketinget – eksempelvis i at hjemmehjælpen er på et givet niveau, eller at der altid er en læge til stede i ambulancer, bliver hermed ikke varetaget. Henset til den vægt der i andre sammenhænge tillægges dette begreb i forbindelse med obligationsretten,<sup>542</sup> taler dette også for at anvende § 36 som grundlag for justering.

Som endnu et element der peger i retning af, at § 36 kan anvendes i

---

541. Det omtalte forhold er ikke unikt for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Også i andre kontraktforhold skal tredjemand nyde godt af realydelsen. Dette er eksempelvis tilfældet i forbindelse med livsforsikringer.

542. Jf. i det hele kapitel 6 og 7.



### 8.3 Justering af kontrakter uden bestemmelser om emnet

de her behandlede situationer, kan man pege på hensynet til lige behandling af borgerne. Hvis der opstår uoverensstemmelse mellem re-alydelsen og den bagvedliggende opgave, er resultatet, at borgere, der betjenes i henhold til kontrakten, vil modtage én standard, mens andre borgere får en anden, højere standard, nemlig den der nu følger af de lovbestemte krav.<sup>543</sup>

Som et sidste element i analysen af mulighederne for justering med hjemmel i aftalelovens § 36, i tilfælde hvor nye lovkrav betyder, at kontrakten ikke længere sikrer opfyldelse af den bagvedliggende opgave, kan det inddrages i overvejelserne, at de nye lovkrav skaber en situation, hvor den offentlige instans ikke overholder den lovbestemte pligt. Dette er ikke kun væsentligt fordi "lov er lov, og lov skal holdes". Alvoren træder også frem, når man betragter det system, der i Danmark er bygget op til varetagelse af de faktiske forvaltningsopgaver, som Folketingets medlemmer har fundet, at det offentlige skal løse til gavn for borgerne. Hvis en offentlig instans, der som en del af dette system er blevet pålagt at varetage en given opgave, ikke kan efterleve dette, fordi den er bundet af en kontrakt, bryder systemet delvist sammen. I den store skala vil det betyde, at kontrakter vedrørende faktiske forvaltningsopgaver vil komme til at fungere som et forsinkende led mellem lovgivernes beslutning, og den realitet der opleves af de borgere, der er målgruppen for beslutningen. Eksempelvis vil en beslutning om at øge serviceniveauet i ældreplejen først få effekt hos modtagere af ældrehjælp, når den gældende kontrakt udløber, hvilket kan være år efter Folketingets beslutning. Denne konsekvens – der kan betegnes som en defekt i det offentlige forsyningssystem – kan nok tænkes at indgå i en afvejning af, hvorvidt § 36 kan danne grundlag for ændring af en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed. Da det ikke er ønskværdigt, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed på den måde påvirker lovgivningsmagtens muligheder for en overordnet, samfundsmæssig prioriteringen af opgaver og ressourcer, taler forholdet for, at § 36 kan udgøre hjemmel til at ændre kontrakten.

Ovenstående viser, at selv om der er formodning for at aftalelovens § 36 som udgangspunkt ikke kan påberåbes som grundlag for justering af kontrakter til fordel for tredjemand, er der forhold, der taler for, at

---

543. Se om retsprincippers betydning for aftalelovens § 36 i SvJT2002.441 (s. 445f).

bestemmelsen netop kan anvendes til dette under særlige omstændigheder. Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er præget af sådanne særlige omstændigheder. Den generelle usikkerhed omkring anvendelsen af bestemmelsen i tilfælde som de her behandlede bevirker dog, at forudsætningslæren formodentlig vil være et mere nærliggende grundlag for justering. De almindelige reservationer omkring anvendelse af aftalelovens § 36 i forbindelse med kontraktforhold mellem professionelle skal også erindres her.

#### **8.3.3.4 Når den offentlige kontrahent pålægges nye opgaver**

Offentlige instanser varetager ofte en lang række faktiske forvaltningsopgaver – kommuner skal sørge for hjemmehjælp, daginstitutioner for børn og for skoler og amter skal sikre et sygehusvæsen, drive gymnasier og varetage miljøopgaver. Hvilke opgaver, den enkelte offentlige instans skal varetage, er den langt fra selv herre over, idet opgaverne ofte bliver pålagt af andre, typisk i sidste ende Folketinget. En offentlig instans kan derfor, som følge af andre instansers beslutning, få nye opgaver, den skal løse. Denne situation kan tænkes at få betydning for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Et eksempel til illustration: en kommune har indgået kontrakt om drift af kommunens folkeskoler. Efter indgåelse af kontrakten sker der en lovændring, hvorved ansvaret for gymnasieskolerne flyttes fra amterne til kommunerne. Kommunen ønsker også at indgå kontrakt om drift af dens gymnasieskoler, og ser i den forbindelse en fordel i at kunne indgå en samlet kontrakt. Hvilke muligheder har kommunen for at ændre den eksisterende kontrakt, så den kommer til også at omfatte drift af gymnasieskolerne? Det er emnet for dette afsnit.

Mens det kan siges at være en forudsætning for den offentlige kontrahent, at den opgave, der ligger bag en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, faktisk bliver løst gennem kontrakten (den situation der er behandlet i afsnit 8.3.3.3), kan det ikke umiddelbart antages at være en forudsætning for den offentlige kontrahent, at kontrakten kan ændres i takt med, at kontrahenten skal løse nye opgaver, der ikke har direkte tilknytning til kontraktens realkyldelse eller den bagvedliggende opgave. Hermed synes forudsætningslæren ikke at kunne anvendes som hjemmel for en ændring af den eksisterende kontrakt i denne sammenhæng.

Aftalelovens § 36 kan danne grundlag for ændring af en kontrakt i

### 8.3 *Justerings af kontrakter uden bestemmelser om emnet*

tilfælde af, at det vil være urimeligt at gennemføre den. I den foreliggende situation er det ønsket om en rationel varetagelse, af de opgaver der er pålagt den offentlige instans, der er årsagen til ønsket om at ændre kontrakten. Det må alt andet lige anses for at være ønskværdigt, at offentlige instanser har mulighed for at planlægge udførelsen af deres opgaver på den mest rationelle måde, men er det urimeligt at gennemføre en kontrakt, der hindrer en sådan samlet planlægning?

I forbindelse med omtalen af erstatningsansvaret mellem realdebitor og berørte kontraktseksterne personer blev det påpeget, at hensynet, til at det offentlige har knappe ressourcer, og at disse skal kunne prioriteres af lovgivningsmagten, smitter af på den standard, domstolene kræver af de offentlige ydelser.<sup>544</sup> I domspraksis på dette område bliver der således lagt afgørende vægt på det offentliges adgang til at prioritere sine ressourcer, og i det stykke synes der at være en parallel til spørgsmålet om det rimelige i, at en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed hindrer, at den offentlige kontrahent i øvrigt kan planlægge sine opgaver på den mest rationelle måde.

På trods af parallellen til fastlæggelse af erstatningsgrundlag må der svares negativt på spørgsmålet om, hvorvidt det er urimeligt at gennemføre kontrakter, der hindrer den planlægning som den offentlige kontrahent ønsker. I forhold til erstatningssituationen er det en afgørende forskel, at der ved spørgsmålet om det rimelige i at gennemføre kontrakten, netop er tale om at den offentlige instans frivilligt har indgået en gensidig kontrakt frem for som i erstatningssituationen ensidigt at have fastsat et serviceniveau. Ved at indgå en kontrakt, og der igennem opnå rettigheder og påtage sig forpligtelser, afskærer man sig også fra nogle muligheder. Dette er en del af den kalkule, som alle, der overvejer at indgå en kontrakt, må gennemtænke. En af de muligheder, en offentlig instans afskærer sig fra, når den indgår en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, er at udbyde den samme ydelse to gange i samme kontraktperiode. Ligeledes kan den offentlige kontrahent heller ikke ensidigt udvide omfanget af realdebitors ydelse. Det modsatte vil stride mod hensynet til medkontrahenten, der i situationer som de, der behandles i dette afsnit, er uden mulighed for at tage højde

---

544. Se afsnit 7.9.3.3.

for de hændelser, der afføder den offentlige kontrahents ønske om justering.

Det skal særligt bemærkes, at der, i de tilfælde der behandles i dette afsnit, ikke er tale om, at hændelsen, der udløser justeringsønsket, hænger sammen med den offentlige kontrahents rolle som myndighed, lige som det ikke skyldes, at den offentlige kontrahent skal opfylde lovbestemte krav, som kontrakten helt eller delvist hindrer den i at opfylde.

Når en offentlig instans har indgået en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, må den altså som udgangspunkt affinde sig med at være bundet af denne i relation til mulighederne for at justere kontrakten efter senere tilkomne opgaver, som den offentlige instans også skal løse. Når dette gælder for opgaver, der bliver pålagt den offentlige instans, må det også gælde, hvor der er tale om ændring i opgaveprioriteringen som følge af ændret politisk prioritering, der ikke giver sig udslag i lovgivning, sådan som det eksempelvis er tilfældet, hvis det byråd ændrer politiske ønsker.

#### 8.3.4 Sammenfatning

Såvel aftalelovens § 36 som forudsætningslæren kan danne grundlag for justering af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Særligt for så vidt angår aftalelovens § 36, skal man dog være opmærksom på, at bestemmelsen generelt anvendes med forsigtighed i forbindelse med kontrakter mellem professionelle erhvervsdrivende.

Den offentlige kontrahents behov for at udøve sin myndighed, muligheden for at kontrakten påvirkes af nye lovkrav til realydelsen og den offentlige parts behov for at kunne indrette sig i forhold til nye, tvungne opgaver, er forhold som er særligt aktuelle i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, og det er forhold, som kan afføde behov for at justere kontrakterne.

Der er i det foregående argumenteret for, at den offentlige kontrahent i vid udstrækning kan udøve sine myndighedsbeføjelser trods kontrakten, og for at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan kræves justeret i tilfælde af, at realydelsen, som følge af lovændringer, ikke længere opfylder kravene til den bagvedliggende opgave. Krav om justering, i tilfælde af at den offentlige kontrahent bliver pålagt nye opgaver, kan derimod ikke forventes imødekommet i medfør af aftalelovens § 36 eller forudsætningslæren.

#### 8.4 Kontraktbestemmelser om justering

Argumentationen for de nævnte konklusioner bygger i vid udstrækning på, hvad der antages at gælde om mulighederne for myndighedsbinding og på hensynet til samfundets interesse. Det skal dog bemærkes, at elementer som hensynet til samfundets interesse og mulighed for binding af fremtidig myndighedsudøvelse er uklare i den forstand, at det er vanskeligt generelt at afgøre, hvilken betydning de kan få i forbindelse med anvendelse af § 36 og forudsætningslæren. Den offentlige part, der ønsker at sikre iagttagelse af disse elementer, og som ønsker adgang til at justere en kontrakt i tilfælde af eksempelvis nye lovkrav til opgaven bag realydelsen, og til fri fremtidig myndighedsudøvelse, kan derfor ikke uden videre forlade sig på aftalelovens § 36 og forudsætningslæren som redskaber til dette. Også den private part, der indgår en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, kan blive skuffet, hvis han forlader sig på, at de obligationsretlige regler kan sikre hans behov for justering i tilfælde af, at den offentlige medkontrahent ændrer forudsætningerne for kontrakten gennem myndighedsudøvelse.

#### 8.4 Kontraktbestemmelser om justering

Som det fremgår af afsnit 8.3, kan kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed justeres med hjemmel i enten aftalelovens § 36 eller forudsætningslæren. Det fremgår imidlertid også, at justering på baggrund af disse regler involverer nogle faktorer, der kan fremstå som diffuse, og som det kan være vanskeligt at håndtere. Her spiller det også ind, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ikke er kerneområdet for aftalelovens § 36.

Hvis parterne i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ikke ønsker at overlade det til de obligationsretlige regler at danne rammen for, i hvilket omfang deres kontrakt kan justeres, kan de selv tage stilling til justeringsspørgsmålene, og lade kontrakten indeholde bestemmelser om emnet.<sup>545</sup>

---

545. Omkring tre fjerdedele af de kontrakter der er gennemlæst i forbindelse med denne afhandling indeholder sådanne bestemmelser. Også ABSservice 2003 indeholder bestemmelser om justering af kontrakten. Justering er her mulig, hvis realkreditor ønsker ændringer, der har en naturlig sammenhæng med realydelsen (§ 9), og hvis ændringer i lovkrav eller anden offentlig regulering gør det påkrævet (§§ 9 og 10). I begge tilfælde tages der højde for, at justeringen kan afføde behov for gensidig justering. ABSservice 2003 giver endvidere mulighed for regulering i tilfælde af force majeure (§ 20). Tillægs-

Emnet – kontrahenters indbyrdes aftaler om justering – indeholder en række spørgsmål, af hvilke nogle behandles i dette afsnit.

#### 8.4.1 Hvad kan aftales?

Det er princippet om kontraktfrihed, der er grundlaget for, at kontrahenter kan lade en kontrakt indeholde bestemmelser om justering. Princippet udgangspunkt, om at kontraktparter kan aftale hvad de vil, gør sig også gældende i forbindelse med bestemmelser vedrørende justering.

Som i andre tilfælde, hvor kontraktparters indbyrdes aftaler er baseret på kontraktfriheden, er også friheden til at aftale justeringsbestemmelser undergivet visse modifikationer. Den generelle modifikation, der foreskriver, at parternes indbyrdes aftaler ikke kan være i strid med lovgivningen, har i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed særlig, men naturligvis ikke udelukkende, betydning i relation til udbudsregler af såvel national som fællesskabsretlig art.<sup>546</sup> Endvidere modificeres udgangspunktet af, at bestemmelser vedrørende justering ikke må være urimelige. Er de det, kan de tilsidesættes efter aftalelovens § 36. Forbudet mod urimelige bestemmelser kan især tænkes at ramme sådanne bestemmelser, som kun giver den ene kontraktpart (vid) mulighed for at foretage justeringer.

Som en følge af udgangspunktet om parternes frie muligheder for selv at udforme bestemmelser vedrørende justering, forekommer der i kontrakter mange justeringsbestemmelser, hvis indhold varierer i større eller mindre grad. I litteraturen om emnet foretages der ofte en rubricering af de forskellige klausuler efter deres indhold. Således tales der eksempelvis om stabiliseringsklausuler,<sup>547</sup> valutaklausuler<sup>548</sup> og om

---

bestemmelsen § e giver mulighed for justering i tilfælde af prisstigninger ud over en vis størrelse, på materiale der medgår til præstation af realdyden. Endelig er der i § 15 en generel prisreguleringsbestemmelse i henhold til hvilken pengeydelsen reguleres én gang årligt i henhold til et passende indeks offentliggjort af Danmarks Statistik.

546. Se nærmere om disse regler og muligheden for at foretage justering af kontrakter i afsnit 8.5.

547. Det vil sige klausuler, der har til formål at hindre, at de forandringer, der sker gennem en kontrakts levetid, skal påvirke kontrakten. Se Nagla Nassar: Sanctity of contracts revisited, s. 121ff.

548. Det vil sige klausuler, der særskilt regulerer, hvordan kontrakten skal justeres i tilfælde af ændringer af valutakurser, eksempelvis den valuta som pengeydelsen skal erlægges i. Ændringer i kontraktens valuta er ikke begrænset til traditionelle udsving i en given møntfod. Som et lidt specielt eksempel på en anden form for valutaændring kan nævnes

## 8.4 Kontraktbestemmelser om justering

hardshipklausuler og genforhandlingsklausuler. Der findes ikke nogen endegyldig definition af indholdet i de forskellige begreber, der i nogen udstrækning også dækker de samme områder,<sup>549</sup> men som i det mindste alle har det til fælles, at de foreskriver justering af kontrakten i tilfælde af ændringer, der påvirker denne.<sup>550</sup> I det følgende omtales først hardshipklausuler og dernæst behandles nogle spørgsmål med relation til andre genforhandlingsklausuler.

### 8.4.2 Hardshipklausuler

#### 8.4.2.1 Hardship og hardshipklausuler – begreberne

Ordet *hardship* forekommer i almindeligt engelsk sprog, og dækker i den forbindelse over hvad der kan beskrives som besværligheder, strabadser, genvordigheder eller trængsler.<sup>551</sup> I kontraktretlig sammenhæng dækker begrebet de situationer, der opstår, når faktiske eller retlige forhold gøre en forpligtelse væsentligt mere byrdefuld at opfylde, end debitor regnede med ved kontraktindgåelsen.<sup>552</sup>

Hardshipklausuler er bestemmelser i kontrakter, der foreskriver, at kontrakten kan kræves genforhandlet i tilfælde af hardship. Genforhandlingen tager sigte på at justere kontrakten, så vanskelighederne (hardship) overvindes, og kontrakten kan gennemføres (i den ændrede form).

---

introduktionen af den fælles europæiske møntfod Euroen. Med mindre kontrahenterne har truffet aftale om andet, reguleres betydningen for eksisterende kontrakter af denne valutaændring i forordning nr. 1103/1997. Forordningens artikel 3 fastslår, at Euroen ikke ændrer ved indholdet af kontrakter, ikke fritager for opfyldelse og ikke giver kontrahenter ret til ensidigt at ændre eller hæve kontrakten.

549. Se afsnit 8.4.3.1 for en omtale af genforhandlingsklausul som et samlebegreb.

550. Se hertil Kurt Grönfors: *Avtal och omförhandling*, s. 77, hvor forfatteren er forbeholdende over for at opstille genforhandlingsklausulernes typologi.

551. Gyldendals Store Ordbog (engelsk-dansk), København 1998.

552. Bryde Andersen og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, s. 196. Se til illustration også ICC's publikation nr. 421 E (1985): *Force majeure and hardship* hvor begrebet beskrives som "...the occurrence of events not contemplated by the parties [that] fundamentally alter the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the parties in the performance of its contractual obligations...". Se lignende beskrivelser i UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, art. 6.2.2 og i The Principles of European Contract Law, art. 6.111.

#### 8.4.2.2 Hardshipregler

Beskrivelsen ovenfor af indholdet i begreberne hardship og hardship-klausuler er ikke videre præcis. Man kan måske blive lidt klogere på, hvad begreberne indeholder, ved at undersøge nogle af de regler der findes om hardship. Nogle af disse regler omtales kort i det følgende med henblik på senere at inddrage dem i beskrivelsen af hardshipklausulers mulig indhold.

Nogle af reglerne om hardship findes i internationale regelsæt vedrørende kontraktlige forpligtelser. Således har såvel UNIDROIT som The Commission on European Contract Law udarbejdet regler om kontraktlige forpligtelser, og disse regelsæt indeholder bestemmelser om hardship.<sup>553</sup> Også det internationale handelskammer (ICC) har udarbejdet retningslinier vedrørende hardshipklausuler.<sup>554</sup>

Selv om de internationale regelsæt i mere eller mindre udpræget grad tager sigte på kontrakter over landegrænserne, kan deres bestemmelser om hardship bidrage til at belyse hardshipklausuler i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, der primært er kontrakter mellem danske parter. I den udstrækning parterne i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed lader kontrakten indeholde bestemmelser, der har et indhold svarende til en af bestemmelserne i de internationale bestemmelser, vil parternes bestemmelser være gældende for kontraktforholdet, jf. princippet om aftalefrihed. For så vidt angår bestemmelserne i UNIDROIT Principles og i PECL kan noget sådant kan ske ved at henvise til de internationale bestemmelser, mens parterne ikke ved en simpel henvisning kan inkooperere ICC bestemmelsen om hardship.<sup>555</sup> Er der i kontrakten henvist til de internationale bestemmelser, må disse få betydning for fortolkningen af kontraktens hardshipklausul. Skaber kontraktens hardshipklausul ikke en brugbar regel, og er der ikke ud-

---

553. Fra UNIDROIT foreligger Principles of International Commercial Contracts fra 1994 (i det følgende omtalt som UNIDROIT Principles); hardship er behandlet i artikel 6.2.1-6.2.3. Fra The Commission on European Contract Law foreligger Principles of European Contract Law fra 1999 (i det følgende omtalt som PECL); hardship er behandlet i artikel 6.111.

554. ICC har ikke udarbejdet et samlet regelsæt for kontraktlige forpligtelser, men har udsendt en publikation (ICC publikation nr. 421 E (1985)) der har til formål at give forslag til, hvordan kontraktparter kan udforme deres kontrakter, så de kan gennemføres på trods af udefra kommende forhindringer. Forslaget omtales i det følgende som ICC Hardship.

555. Jf. ICC: Force majeure and hardship, ICC Publication nr. 421 E, s. 18.



#### 8.4 Kontraktbestemmelser om justering

trykkeligt henvist til en af de internationale regler, er det derimod mere tvivlsomt, hvilken betydning reglerne kan få i forbindelse med suppleringsregulering. Dette hænger sammen med, at den retsstilling, der kommer til udtryk i de internationale regler, til dels afviger fra, hvad der må antages at være gældende i Danmark.<sup>556</sup>

Inden for dansk ret er der i nærværende sammenhæng særlig grund til at fremhæve ABSERVICE 2003. Dette regelsæt indeholder ikke bestemmelser, der på et generelt plan regulerer hardship, sådan som det er tilfældet med de internationale regelsæt, der netop er omtalt. Derimod indeholder regelsættet bestemmelser om justering i tilfælde af ekstraordinære prisstigninger på materialer, der medgår til præstation af realydelsen (§ e), og i tilfælde af at realydelsen, som følge af offentlig regulering, bliver dyrere eller billigere at præstere (§ 10). Bestemmelsen i § 9 giver mulighed for justering af pengeydelsen, i den udstrækning realkreditors udgifter i forbindelse med opfyldelsen forøges eller formindskes som følge af ændringer i realydelsens art, omfang eller leveringstidspunkt foretaget med hjemmel i § 9, stk. 1. Endelig regulerer regelsættet mulighederne for justering i tilfælde af force majeure (§ 20).<sup>557</sup> Den generelle prisreguleringsbestemmelse i § 15 kan ikke betragtes som en hardshipbestemmelse.

##### 8.4.2.3 Muligt indhold af en hardshipklausul

Når kontrahenterne skal udforme deres hardshipklausul, synes tre hovedpunkter oplagte at lade indgå, nemlig spørgsmålet om hvad der skal forstås ved hardship, hvilken procedure der skal følges i tilfælde af hardship og hvilke materielle ændringer der kan foretages i kontrakten, hvis der opstår hardship. De tre punkter behandles nedenfor.

###### 8.4.2.3.1 Definition af hvad der er hardship

Ovenfor er hardship beskrevet, som de situationer der opstår, når faktiske eller retlige forhold gøre en forpligtelse væsentligt mere byrdefuld at opfylde, end debitor regnede med ved kontraktindgåelsen. Denne beskrivelse af begrebets indhold fører ikke til meget, da den er meget bred. Lader kontraktparterne deres kontrakt indeholde en hardship-

---

556. Se hertil Christian Wegener: Ændrede forholds betydning for kontraktforhold, s. 51f og Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 196.

557. Se om sondring mellem force majeure og hardship nedenfor.

klausul med et sådan indhold, vil resultatet blive, at bestemmelsen vil blive udfyldt, med hvad der må antages at være gældende ret på det pågældende område, hvilket kan være begrænset til betragtninger om force majeure og de obligationsretlige regler for justering af kontrakter, jf. afsnit 8.3. De hardshipregler, der er omtalt i afsnit 8.4.2.2 ovenfor, kan måske spille en rolle ved udfyldningen.

Mens der således er åbenlyse forbehold knyttet til at udforme kontraktbestemmelser om hardship meget upræcist, er der på den anden side også en grænse for, hvor præcis og detaljeret en hardshipklausul kan blive, da prisen for præcisering er, at klausulen ikke kan dække alle de tilfælde, der kan gøre justering ønskelig.

Hvad parterne kan gøre for at skabe en klausul, der ligger mellem de beskrevne yderpunkter er først og fremmest grundigt at analysere deres specifikke situation, og lade resultatet af denne analyse afspejle i klausulen. Dernæst kan kontrahenterne overveje de elementer, der omtales i det følgende, idet disse alle kan bidrage til en beskrivelse af, hvilke hændelser der kan kvalificeres som hardship.

Indledningsvis skal det fremhæves, at hardship ikke er det samme som force majeure. I kontraktretten dækker force majeure begrebet over omstændigheder, der ligger uden for parternes rækkevidde, er upåregnelige for parterne og som tilnærmelsesvis gør det umuligt for parterne at opfylde kontrakten. Det fremgår af dette, at force majeure og hardship har væsentlige fælles træk. De fælles træk til trods antages det, at begreberne ikke er identiske, idet kravene, til hvornår der foreligger hardship, traditionelt opfattes som mindre strenge, end kravene til hvornår der foreligger force majeure. På den baggrund må det formodes, at hvis en kontrakt indeholder en bestemmelse, der regulerer force majeure – eksempelvis blot ved at den bærer denne overskrift – kan den bestemmelse ikke anvendes til at foretage justering i alle tilfælde af hardship.<sup>558</sup>

Hardshipreglerne stiller alle som forudsætning, for at der kan foreligge hardship, at hændelsen skal være upåregnelig og udefrakommen.<sup>559</sup> Selv om disse begreber i sig selv er uklare, er de dog ikke ukendte

---

558. Se Kurt Grönfors: *Avtal och omförhandling*, s. 70ff for en beskrivelse af udviklingen fra force majeure til hardship.

559. UNIDROIT Principles artikel 6.2.2, (b)-(d), PECL artikel 6.111, (2) og ICC Hardship pkt. 1.

#### 8.4 Kontraktbestemmelser om justering

størrelser i obligationsretlig sammenhæng, jf. force majeure-begrebet. Kravene om at hændelsen skal være upåregnelig og udefrakommende er med til at kvalificere de hændelser, der udløser klausulen.

Hændelsen skal medføre, at opfyldelse af kontrakten bliver mere byrdefuld.<sup>560</sup> Det vanskelige er i den forbindelse at afgøre, hvor meget mere byrdefuld opfyldelsen skal blive. Dette er kernen i hardshipproblematikken, og et punkt som kontrahenterne bør overveje nøje. Når den forøgede byrde skal vurderes, kan det være problematisk at læne sig op ad de internationale hardshipregler, idet de væsentlighedskriterier, der opstilles der, ikke nødvendigvis stemmer overens med retstilstanden i Danmark. Medmindre der er forhold, der særligt tilsiger at fravige de danske suppleringsbidrag, må disse skulle lægges til grund.<sup>561</sup> I denne sammenhæng er bestemmelsen i ABSERVICE 2003 § e interessant. Bestemmelsen foreskriver, at realdebitor kan ydes godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger på materialer, der medgår til præstation af realydelsen. Denne godtgørelse omfatter den prisstigning, der overstiger 10% af prisen på tilbudsdagen, idet det der til denne pris lægges 0,5% for hver hele måned, der er gået fra tilbudsdagen til indkøbsdagen. Endvidere er det en betingelse for at kunne opnå godtgørelse, at summen af godtgørelsesbeløbet for en periode udgør mindst 0,5% af prisen for ydelsen i samme periode.

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed kan det nævnes, at det øgede krav til tolerance<sup>562</sup> i forbindelse med forhold, der påvirker en samfundsmæssig interesse, kan påvirke fortolkningen af en hardshipklausul, sådan at den lidende part skal tåle en øget belastning. Er det netop dette forhold, som parterne har villet ændre gennem hardshipklausulen, skal denne være meget klar i sin afstandtagen fra den øgede tolerance.

I relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed skal det endvidere bemærkes, at i de generelle hardshipregler, der er nævnt ovenfor, synes byrdefuld at skulle forstås som økonomisk byrdefuld.<sup>563</sup>

---

560. Se Christian Wegener: Ændrede forholds betydning for kontraktforhold, s. 42 og Bert Lehrberg: Omforhandlingsklausuler, s. 73.

561. Christian Wegener: Ændrede forholds betydning for kontraktforhold, s. 43f.

562. Se afsnit 7.10.

563. UNIDROIT Principles art. 6.2.2, PECL art. 6.111 (1) og ICC hardship pkt. 1 og 2. ABSERVICE 2003 har ingen generel hardshipklausul, men § 10 og § e regulerer netop spørgsmålet om ændring i tilfælde af økonomiske ændringer.

I det traditionelle hardshipbegreb synes således ikke at indgå overvejelser om, at kontrakten kan være byrdefuld på anden måde, eksempelvis i form af at en part ikke gennem kontrakten opfylder lovbestemte pligter til at varetage opgaver af samfundsmæssig interesse.

#### **8.4.2.3.2 Hvilken procedure skal følges ved justering?**

Hardshipklausuler er tidligere blevet beskrevet som bestemmelser i kontrakter, der foreskriver at kontrakten kan kræves genforhandlet i tilfælde af hardship. I overensstemmelse med dette bør en hardshipklausul indeholde retningslinier for, hvordan disse genforhandlinger skal foregå. De internationale hardshipreglerne indeholder da også alle bestemmelse om, at parterne i tilfælde af hardship i første omgang selv skal forsøge at forhandle sig til en løsning. I tilfælde af at parterne ikke kan finde frem til en løsning, bør den gode hardshipklausul endvidere indeholde retningslinier for alternative veje til en løsning af problemet. Typisk vil det være i form af, at andre aktører anmodes om at bidrage til at løse problemet.<sup>564</sup> Som eksempler på sådanne andre aktører kan nævnes mæglere og voldgiftsretter. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at sådanne aktører ofte har bedre muligheder for at komme tæt på kontrakten og dens parter, og derfor måske har bedre muligheder for at løse en interesseløst og bringe kontrakten videre, end det traditionelle domstolsystem.

Hardshipklausuler er særligt aktuelle i forbindelse med kontrakter, hvor det kræver mange ressourcer at indgå en ny kontrakt. Justeringselementet skal derfor være det fremherskende i klausulerne, så der primært sigtes mod at overvinde vanskelighederne og gennemføre kontrakten i ændret form. Alligevel indeholder såvel UNIDROIT Principles som PECL bestemmelser i henhold til hvilke en domstol, i tilfælde af at parterne ikke selv kan løse problemet, kan afslutte kontrakten. Foruden at sådanne bestemmelser naturligvis rummer en reel mulighed for at løse et tilfælde af hardship, kan det også tænkes, at bestemmelserne kan motivere kontraktparterne til at finde en anden, mindre radikal, løsning.

---

564. Såvel UNIDROIT Principles som PECL og ICC Hardship indeholder retningslinier af denne type. Mest omfattende er retningslinierne i ICC Hardship.

## 8.4 Kontraktbestemmelser om justering

### 8.4.2.3.3 *Hvilke materielle ændringer kan foretages?*

Som beskrevet ovenfor opfattes hardship traditionelt som forbundet med forøgede økonomiske byrder. Det er en naturlig følge af dette, at de ændringer der sigtes mod med hardshipklausuler drejer sig om genoprette den økonomiske balance i kontraktforholdet. Se hertil tydeligst PECL artikel 6.111, (3) (b). UNIDROIT Principles og ICC Hardship foreskriver derimod kun at kontrakten kan ændres med henblik på at genoprette kontraktbalancen. Der synes hermed at være taget højde for de muligheder, der ligger i at fjerne den uventede byrde ved at ændre på de ydelser, parterne skal præstere. I samme retning ABSservice 2003 § 9, mens § 10 og § e tager sigte på direkte økonomisk udligning.

### 8.4.2.4 **Sammenfatning**

Med den vægt der i forbindelse med hardship traditionelt lægges på økonomiske sider af kontrakten, vil der være nogle problemstillinger af særlig relevans for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, som ikke umiddelbart falder ind under en hardshipklausul. Som følge af dette må parterne i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed nøje overveje brugen af hardshipklausuler, og i vid udstrækning udforme disse individuelt.

En anden mulighed er at indsætte bestemmelser i kontrakten, som ikke på nogen måde (gennem overskrift, ordlyd eller andet) relaterer sig til hardshipbegrebet, men som også drejer sig om genforhandling af kontrakten, blot i de tilfælde der ikke normalt kan forventes omfattet af hardshipklausuler. Ved denne fremgangsmåde distanceres bestemmelsen fra de elementer, der traditionelt er knyttet til hardshipklausuler, og som ikke i alle tilfælde er lige velegnede til at tjene de behov, der er i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. På baggrund af denne anbefaling behandles i det følgende afsnit andre former for genforhandlingsklausuler.

## 8.4.3 Andre genforhandlingsklausuler

### 8.4.3.1 **Genforhandlingsklausul som samlebegreb**

Alle kontraktbestemmelser, der foreskriver at kontraktens skal genforhandles, kan med rette betegnes som genforhandlingsklausuler. Set fra den vinkel bliver begrebet *genforhandlingsklausul* til et samlebegreb, der blandt andet omfatter hardshipklausuler, men også eksempelvis be-

stemmelser om faste, periodevise genforhandlinger af renten på virksomhedens løbende forretninger med pengeinstituttet. Genforhandlingsklausuler er særligt anbefalelsesværdige i forbindelse med kontrakter af længere varighed og med et komplekst indhold, da det i forbindelse med den slags kontrakter er umuligt at forudsige alle de begivenheder, der kan påvirke kontraktforholdet, hvorfor det heller ikke er muligt ved indgåelsen at tage højde for alle fremtidige begivenheder. Da kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte er komplicerede kontrakter, og endvidere ofte har en relativt lang kontraktperiode, er genforhandlingsklausuler noget, der skal overvejes ved konciperingen.

I nogle genforhandlingsklausuler er forhandlingselementet stærkt begrænset, idet klausulen er udformet som en forudberegnelig følge af et givent faktum. Det er eksempelvis tilfældet med bestemmelser, der foreskriver, at pengeydelsen månedligt skal justeres i henhold til en nærmere beskrevet model for at tage højde for udsving i dollarkursen. I andre klausuler er faktum ikke specificeret; i stedet er det konsekvensen af faktum, der er i fokus og udløser en genforhandling, hvis eksakte resultat ikke er givet på forhånd. Hardshipklausuler er eksempler på sådanne klausuler. Endnu andre genforhandlingsklausuler er fokuseret omkring et tema, eksempelvis ændringer i lovgivning af relevans for kontrakten, og udpeger dette tema som en hændelse, der kan udløse genforhandling. Klausuler fra den sidste kategori kan være egnede til at tage højde for nogle af de specielle forhold, der er knyttet til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Det er særligt denne type klausuler, der er i fokus i det følgende.

#### **8.4.3.2 Om fleksibilitet og binding**

Som for alle andre kontrakter med en lang kontraktperiode og en omfattende realydelse gælder det også for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, at parterne ved indgåelsen ikke er i stand til at gennemskue alle de behov, kontrakten skal opfylde gennem dens levetid. Det gælder eksempelvis for områder så som justering af pengeydelsen, kvantitativ udvidelse af realydelsen og ændring af realydelsens kvalitet. Skal kontraktforholdet blive en succes hele vejen igennem, er det nødvendigt, at kontrakten kan tilpasses de ændringer, der opstår, uanset om de er forudsigelige eller ej. Derfor er der behov for genforhandlingsklausuler, og disse skal have en sådan fleksibilitet, at de kan anvendes i en bred vifte af situationer. Kravene om fleksibilitet skærpes af det

#### 8.4 Kontraktbestemmelser om justering

forhold, at vanskelighederne ved at forudse behovene for justering kan være knyttet til, både hvad det er der udløser justeringsbehov (tema), og hvilken justering der er behov for (følge). Er kontraktens genforhandlingsklausul for håndfast, opstår der risiko for, at den ikke omfatter dette eller hint forhold, der opstår ude i fremtiden, eller for at det resultat, som parterne kan opnå ved genforhandlingen, ikke er tilfredsstillende.

På baggrund af ovenstående synes det oplagt for kontrahenterne at forsyne deres kontrakt med en bred genforhandlingsklausul. Noget sådant kan imidlertid ikke anbefales. Dette forbehold hænger sammen med, at genforhandlingsklausuler kan blive så brede, at de nærmer sig det indholdsløse, hvilket giver problemer i to, til dels sammenhængende, relationer.

For det første er en meget bred klausul ofte også upræcis, og det kan gøre den vanskelig for parterne at anvende. Uanset hvor godt forholdet er mellem parterne på tidspunktet for kontraktens indgåelse, vil der ofte i forbindelse med justeringer af kontrakten være tale om mere eller mindre udtalte, modstridende interesser. Derfor vil parterne ofte anlægge modsatrettede opfattelser af, hvad der kan rummes i den genforhandlingsklausul, de var enige om at lade indgå i kontrakten. Uenigheden kan dreje sig om, hvilke forhold der berettiger til genforhandling, eller om hvad genforhandlingen kan resultere i. Mulighederne for at antage forskellige synspunkter stiger naturligvis, når præcisionsgraden i klausulen falder. Den fleksible klausul kan derfor vise sig ikke at kunne anvendes i det konkrete tilfælde.

Ofte vil følgen af parternes kapitulation i forhold til at anvende en genforhandlingsklausul være, at spørgsmålet om dennes indhold, og dermed muligheden for at foretage justering i det konkrete tilfælde, bliver overladt til tredjemand, typisk for form af en voldgiftsret eller de ordinære domstole. Dette leder frem til den anden årsag til forbeholdet over for ukritisk at skabe brede genforhandlingsklausuler, nemlig spørgsmålet om hvilken retlig binding der ligger i disse.

Udgangspunktet, om at aftaler skal holdes, omfatter naturligvis som udgangspunkt også eventuelle genforhandlingsklausuler i en kontrakt. Som tilfældet er med andre dele af kontrakter, kan der også i forbindelse med genforhandlingsklausuler rejses spørgsmål om, hvorvidt vedtagne klausuler skal anses som gyldige, og om de kan tilsidesættes som væ-

rende urimelige; dette emne undersøges ikke i det følgende.<sup>565</sup> I stedet vendes blikket mod et andet forhold, der kan give anledning til tvivl i relation til spørgsmålet om retlig binding, nemlig spørgsmålet om, hvad parterne har forpligtet sig til gennem genforhandlingsklausulen. Svaret på dette afhænger selv sagt af klausulens ordlyd, men i det følgende skal omtales nogle mere generelle overvejelser om emnet.

I henhold til loyalitetspligten skal kontraktparter tage rimelige hensyn til deres medkontrahenter, herunder skal parterne arbejde loyalt for, at kontrakten bliver gennemført.<sup>566</sup> I tilfælde af vanskeligheder i forbindelse med gennemførelsen af en kontrakt pålægger allerede loyalitetspligten således kontrahenter en pligt til at indgå i forhandlinger med henblik på kontraktens opfyldelse.<sup>567</sup> Inden for rammerne af loyalitetspligten kan en kontrahent også blive tvunget til at acceptere justeringer af en kontrakt.<sup>568</sup> I forhold til kontrakter, der indeholder en genforhandlingsklausul, må loyalitetspligtens krav til parterne udgøre et minimum for, hvad parterne kan anses at være blevet bundet til gennem klausulen, idet forpligtelsen efter loyalitetspligten består uagtet klausulen.

Hvis en genforhandlingsklausul indeholder retningslinier for, hvordan genforhandlingen skal forløbe, må disse være bindende for parterne. Tilsvarende gælder, hvis klausulen indeholder en fast angivelse af, hvad der skal være resultatet af genforhandlingen.<sup>569</sup>

I de tilfælde, hvor en genforhandlingsklausul ikke foreskriver det nærmere resultat af genforhandlingen, medfører eksistensen af klausulen, som i de tilfælde hvor der foreligger en klar klausul, at parterne gør sig skyldige i kontraktbrud, hvis de afslår at indgå i forhandlingen, i det omfang klausulen foreskriver.<sup>570</sup> Det vanskelige problem i denne sammenhæng bliver imidlertid at fastslå, hvor langt parterne skal strække sig i forhandlingerne. Som nævnt må loyalitetspligten dog her markere

---

565. Se kort om spørgsmålet om anvendelse af aftalelovens § 36 i forbindelse med genforhandlingsklausuler hos Bert Lehrberg: *Omförhandlingsklausuler*, s. 97f.

566. Se nærmere om loyalitetspligten i afsnit 7.3.1.

567. Se hertil Kurt Grönfors: *Avtal och omförhandling*, s. 70.

568. Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 426f.

569. Som nævnt ovenfor kan noget sådant tænkes at være tilfældet ved bestemmelser, der foreskriver, at pengeydelsen månedligt skal justeres i henhold til en nærmere beskrevet model for at tage højde for udsving i dollarkursen. Forhandlingselementet er i sådanne tilfælde meget begrænset, og man bør måske nærmere tale om justeringsklausuler.

570. Kurt Grönfors: *Avtal och omförhandling*, s. 78.



#### 8.4 Kontraktbestemmelser om justering

et minimum – om end indholdet i dette ikke er tydeligt. Selv om det i almindelighed antages, at kontraktbestemmelser, der vil fravige deklaratisk ret, skal have en vis klarhed,<sup>571</sup> og selv om det bestemt ikke er uset, at kontrakter indeholder bestemmelser, der blot i forholdet mellem parterne kodificerer, hvad der i øvrigt er gældende ret,<sup>572</sup> kan alene det forhold, at parterne faktisk har indsat en genforhandlingsklausul i kontrakten, skabe en formodning for, at de har villet forpligte sig, ud over hvad der gælder i henhold til deklatoriske regler. Styrken af denne formodning er naturligvis afhængig af, hvor klar klausulen er.

Særligt i forbindelse med genforhandlingsklausuler, der er uklare eller tavse, om hvad der skal opnås ved genforhandlingen, er det endvidere væsentligt at fremhæve, at den pligt, der følger af klausulen, er en pligt til at forsøge at justere (indsatsforpligtelse) og ikke en pligt til at nå frem til et resultat (resultatforpligtelse).<sup>573</sup>

Ovenstående leder frem til en konstatering af, at hvis kontrahenter, i bestræbelser på at skabe en fleksibel genforhandlingsklausul, giver køb på præcisionen i denne, risikerer de, at klausulen ikke kan danne grundlag for genforhandling i en udtrækning, der når ud over, hvad der følger af de obligationsretlige regler. Endvidere bliver det altid usikkert, hvad klausulen kan bruges til, hvilket er uhensigtsmæssigt, da den netop er sat ind i kontrakten for at stabilisere denne. Forsøget på at skabe en genforhandlingsklausul med høj grad af anvendelighed kan altså resultere i det stik modsatte.

Konklusionen på ovenstående bliver, at kontrahenter i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed skal være opmærksom på behovet for fleksible genforhandlingsklausuler, men også på at disse ikke udvandes i forsøget på at opnå fleksibilitet. Hvad kontrahenterne kan gøre ved konciperingen er at analysere den virkelighed, kontrakten skal indgå i. I den proces skal parterne søge at afdække de forhold, der kan tænkes at give anledning til problemer i kontraktperioden, og ikke mindst forsøge at forudsige hvilke vanskeligheder der kan være forbundet med deres løsning. På baggrund af resultaterne af denne analyse kan par-

---

571. Se om emnet i relation til genforhandlingsklausuler Bert Lehrberg: Omforhandlingsklausuler, s. 91ff.

572. Se blot til eksempel ABSservice 2003, blandt andet §§ 3, stk. 1 og 21, stk. 1.

573. Kurt Grönfors: Avtale och omförhandling, s. 78. Se om sondringen mellem resultatforpligtelse og indsatsforpligtelse hos Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, s. 45ff.

terne forfatte kontrakten og dens genforhandlingsklausul. Eller måske klausuler, idet flere klausuler, der hver for sig regulerer forskellige områder, kan sikre brugbare klausuler, men også at parterne er dækket ind i nødvendigt omfang. Konciperingen kan efter analysen foregå på et kvalificeret grundlag, der giver mulighed for at indrette klausulerne, efter de behov parterne forudser.

I den beskrevne proces skal parterne i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed særligt være opmærksomme på de forhold, som er særegne for netop denne type kontrakter. Dette er særligt vigtigt, fordi det ikke er givet, at der vil blive taget hensyn til disse specielle forhold i forbindelse med en eventuel efterfølgende supplerings af kontrakten. Blandt disse særegne forhold findes naturligvis behovet for at varetage hensynet til den bagvedliggende opgave. For at sikre dette forhold, må det anbefales at lade kontrakten indeholde en genforhandlingsklausul om netop dette.

## 8.5 Justering af kontrakter der har været i udbud

### 8.5.1 Modsætning mellem udbudsregler og behov for justering

Det er ovenfor – i afsnit 2.4.6.1 – omtalt, hvordan statslige instanser kan være tvunget til at foretage udbud af faktiske forvaltningsopgaver. Selv om amter og kommuner ikke er underlagt en sådan generel pligt til at afsøge markedet for eksterne leverandører, foretager også kommunale instanser ofte udbudsrunder vedrørende faktiske forvaltningsopgaver, enten af fri vilje eller fordi udbud er foreskrevet på enkeltområder. Både hvor udbud er en pligt, og hvor det foretages frivilligt, er udbudsrunderne underlagt en række regler af såvel national som fællesskabsretlig karakter. Det overordnede mål med disse udbudsregler er at fremme konkurrencen i forbindelse med udførelsen af offentlige opgaver. Dette mål søges opnået ved at udforme regler, der skal sikre gennemsigtighed i forbindelse med udbud, og at tilbudsgivere behandles lige. Men også kontrakter, der er resultat af udbudsrunder, kan der være behov for at justere. Justering af kontrakter, der er indgået som et resultat af en udbudsrunde, kan i en vis udstrækning komme til at fremstå som det modsatte af ligebehandling af tilbudsgiverne – virksomhederne A, B og C byder på de samme opgave, på de samme vilkår,

## 8.5 *Justering af kontrakter der har været i udbud*

og A tildeles kontrakten, hvorefter denne ændres, sådan at A ikke skal opfylde helt så strenge krav til realkyldelsen som forudsat i udbudsmaterialet; havde B og C haft samme lempeligere vilkår, kunne de måske have afgivet et bedre tilbud end A. Denne mulige konflikt gør det relevant at undersøge, hvilken betydning udbudsreglerne har i relation til spørgsmålet om mulighederne for at justere en kontrakt, der er indgået som resultat af en udbudsrunde. En sådan undersøgelse gennemføres i det følgende, først med de fællesskabsretlige regler i centrum, og dernæst med de nationale regler som undersøgelsens genstand.

### 8.5.2 Fællesskabsretlig regulering

#### 8.5.2.1 Kort oversigt over reglerne

På fællesskabsretligt plan er der udvist stor interesse for udbudsområdet. Interessen skyldes forestillingen om at udbud, og ordnede forhold for sådanne, vil virke fremmende for den frie bevægelighed, hvilket vil være med til at sikre gennemførelsen af det indre marked, der igen skal være et led i oprettelsen af "...en stadig snævrere union mellem de europæiske folk...".<sup>574</sup> Prioriteten af disse emner fremgår af, at de er genstand for regulering i traktatgrundlaget for fællesskabet, se eksempelvis EU-traktaten artiklerne 1 og 2 og EF-traktaten artikel 3, 23-31 og 39-55. Traktatbestemmelserne har derfor også relevans for det udbudsretlige område.

Interessen for udbudsområdet har resulteret i 4 direktiver, der hver regulerer udbudsspørgsmål på forskellige områder. Det drejer sig om tjenesteydelsesdirektivet, bygge- og anlægsgdirektivet, vareindkøbsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.<sup>575</sup> Disse direktiver suppleres af kontrollovdirektiverne, der har til formål at sikre effektive klagemuligheder når EU's udbudsregler bliver overtrådt.<sup>576</sup> Udbudsdirektiverne danner grundlaget for analysen i det følgende, men det skal

---

574. Citat fra EU-traktatens artikel 1.

575. Tjenesteydelsesdirektivet: direktiv 92/50/EØF, bygge- og anlægsgdirektivet: direktiv 93/37/EØF, vareindkøbsdirektivet: direktiv 93/36/EØF, forsyningsvirksomhedsdirektivet: direktiv 93/38/EØF. De tre førstnævnte direktiver er alle ændret med direktiv 97/52/EF og direktiv 2001/78/EF, mens forsyningsvirksomhedsdirektivet er ændret med direktiv 98/4/EF og direktiv 2001/78/EF.

576. Direktiverne 89/665/EØF og 92/13/EØF.

erindres, at også de foran nævnte traktatbestemmelser har relevans i forbindelse med udbudsreglerne.<sup>577</sup>

Selv om de 4 udbudsdirektiver ikke er identiske i opbygning og indhold, er der dog tale om meget væsentlig lighed. I det følgende kan direktiverne betragtes som et fælles grundlag for undersøgelse af de fællesskabsretlige reglers betydning for spørgsmålet om mulighed for justering af kontrakter. Dette bygger på det forhold, at alle 4 direktiver har det som et væsentligt formål at sikre ligebehandling i forbindelse med udbud, og betænkelighederne vedrørende justering af kontrakter knytter sig i relation til udbud netop til, at justeringen kan resultere i en favorisering af én realdebitor frem for alle andre potentielle ditto.

#### **8.5.2.2 Direktivernes indhold**

Det væsentligste indhold i direktiverne er de retningslinier, de udstikker for, hvordan udbud skal foretages i de tilfælde, hvor ydelserne falder inden for direktivernes anvendelsesområde. Anvendelsesområderne er fastsat dels emnemæssigt (bygge- og anlæg, tjenesteydelse, forsyningsvirksomhed og vareindkøb) dels størrelsesmæssigt (ydelsernes værdi skal overstige nærmere fastsatte tærskelværdier). Det er således ikke alle kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, der skal behandles under hensyntagen til de fællesskabsretlige udbudsregler.

Direktiverne indeholder ikke bestemmelser, der direkte regulerer mulighederne for, efter indgåelsen, at foretage justeringer af den kontrakt, der er indgået på baggrund af et udbud.

Det er fælles for udbud under fællesskabsretlig regulering, at der i vid udstrækning gælder et forbud mod, at der føres forhandlinger mellem ordregiver og tilbudsgiver forud for indgåelse af kontrakt. Den

---

577. Det skal bemærkes, at der af Kommissionen er fremlagt forslag til et direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelser og offentlige bygge- og anlægskontrakter samt forslag til et direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter om vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (KOM(2000) 275 som ændret ved KOM(2002) 236 og KOM (2000) 276 som ændret ved KOM(2002) 235). Vedtagelse af disse forslag vil betyde ændringer i forhold til de gældende udbudsdirektiver, blandt andet for så vidt angår udbudsproceduren, hvor der skabes mulighed for, at udbydere i forbindelse med komplekse kontrakter kan indgå i en dialog om opgaven med egnede leverandører. Ligeledes vil der blive mulighed for at indgå kontrakter i form af rammeaftaler. Per 1. februar 2003 er de to forslag stadig under forhandling, hvorfor der i det følgende alene lægges vægt på de gældende direktiver.

### 8.5 Justering af kontrakter der har været i udbud

restriktive indstilling i forhold til forhandling skyldes, at forhandling kan betyde mindre gennemsigtighed i udbudsproceduren og ulige behandling af budgiverne. I nogle tilfælde er forhandlinger dog mulige, og disse kan resultere i, at den endelige kontrakt afviger fra udbudsgrundlaget.<sup>578</sup> Overvejelserne i relation til forhandlingsforbudet har nogle paralleller til mulighederne for at foretage justering efter kontraktens indgåelse, fordi der i begge tilfælde kan blive tale om, at tilbudsgiverne ikke bliver stillet lige. Imidlertid er kerneområdet for diskussionen om mulighederne for forhandling i relation til udbud, mulighederne for forhandling forud for indgåelse af kontrakt, mens spørgsmålet om mulighederne for justering af en indgået kontrakt kun behandles perifert.

Praksis vedrørende udbud kan bidrage til at belyse mulighederne for at foretage justering af en indgået kontrakt uden at komme i karambolage med de fællesskabsretlige udbudsregler.

Sagen *C-337/98*<sup>579</sup> kan bidrage til besvarelse af spørgsmålet. Baggrunden for sagen var en beslutning om at tildele selskabet Matra Transport totalentreprisen vedrørende etablering af en bybane i Rennesområdet, Frankrig. I anledning af den beslutning anlagde Kommissionen sag mod Frankrig, med påstand om at Frankrig havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forhandlingerne om kontrakten var påbegyndt inden fristen for gennemførelsen af direktivet, og EF-domstolen fandt ikke, at direktivet som udgangspunkt fandt anvendelse på beslutningen. Dette udgangspunkt kunne dog i sagen modificeres som følge af, at forhandlingerne vedrørende kontrakten først var blevet afsluttet efter fristen for direktivets gennemførelse. Spørgsmålet var herefter, om forhandlingsforløbet skulle anses for at være ét samlet forløb, i hvilket tilfælde direktivet ikke kunne finde anvendelse, eller om der var tale om at forhandlingsforløbet var udtryk for, at det oprindelige forløb (påbegyndt inden direktivets gennemførelse) var afsluttet og nye forhandlinger var påbegyndt (efter direktivets gennemførelse). Var det sidstnævnte tilfældet, skulle der være foretaget udbud i henhold til direktivet. EF-domstolen udtrykte sig således, at forsyningsvirksomhedsdirektivet kunne finde an-

---

578. Om forhandlingsforbudet og undtagelser fra dette se eksempelvis Michael Steinicke: EU-udbud og forhandling og Steen Treumer: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsretter, kapitel 5.

579. Samlingen 2000, afd. I, s. 8396.

vendelse hvis anden runde af forhandlingerne "...var afgørende forskellige fra de allerede førte, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer...". Essensen af dette synes at være, at det i en vis udstrækning er muligt at genforhandle en kontrakt, idet ikke al genforhandling er ensbetydende med krav om ny udbudsrunde; det, der kan begrunde krav om udbud, er, hvis der sker genforhandling af de grundlæggende elementer. Herefter er det naturligvis interessant at forsøge at fastlægge, hvad der skal forstås som kontraktens grundlæggende elementer. På dette område kan dommen bidrage derved, at Kommissionen anførte, at der var afgørende teknologiske og prismæssige forskelle mellem Matra Transports to bud, hvilket for Kommissionen beviste, at der ikke var tale om den samme kontrakt. EF-domstolen var af en anden opfattelse. Om den tekniske ændring anførte domstolen, at det ikke bør "...udelukkes, at parterne under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, tager hensyn til de nye teknologiske udviklinger, der er indtrådt under forhandlingsforløbet, uden at dette forhold hver gang skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten...".<sup>580</sup> Om ændringen i prisen anførte domstolen, at heller ikke denne kunne begrunde, at der skulle være tale om en ny forhandling. Snarere tværtimod, idet den nye, højere pris svarede til, hvad der fulgte, når man anvendte en prisreguleringsmekanisme i det oprindelige kontraktudkast.<sup>581</sup>

Det skal bemærkes, at sagen vedrører ændringer i forbindelse med forhandling af kontrakten, ikke justeringer af en allerede indgået kontrakt. Domstolens argumentation synes dog at kunne overføres på sidstnævnte forhold, da den samme problemstilling foreligger her, endda til tider i mere udtalt grad.<sup>582</sup>

I sagen *C-76/97*<sup>583</sup> fandt generaladvokaten anledning til at berøre spørgsmålet om mulighed for genforhandling af bestående kontraktforhold. Sagen er en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning af tjensteydelsesdirektivet. I korthed var forløbet forud for den præjudicielle forelæggelse, at en borger (Walter Tögel) havde opnået koncession

---

580. Se dommens præmis 51.

581. Se dommens præmis 52 og 53.

582. Se hertil Fabricius og Offersen: EU's udbudsregler i praksis, s. 255f.

583. Samlingen 1998, afd. I, s. 5388.

### 8.5 Justering af kontrakter der har været i udbud

til udlejning af køretøjer til brug ved udrykningskørsel og sygetransport. På den baggrund indgav han anmodning til de relevante østrigske myndigheder om at indgå aftale, i henhold til hvilken han skulle forestå ambulancetjeneste. Myndighederne afslog anmodningen under henvisning til, at der allerede var indgået kontrakter, der dækkede det aktuelle behov. Tögel nedlagde herefter påstand om, at der for ambulancetjenesten skulle gennemføres udbudsprocedure i henhold til tjenesteydelsesdirektivet. I et af de forelagte spørgsmål bad den nationale retsinstans EF-domstolen tage stilling til, om EU-regler forpligtede en medlemsstat til at gribe ind i bestående retsforhold, der er indgået på ubestemt tid eller for flere år, og som ikke er i overensstemmelse med det tjenesteydelsesdirektiv. I forbindelse med sin besvarelse af dette spørgsmål, kom generaladvokaten i sit forslag til afgørelse som nævnt ind på spørgsmålet om, hvorvidt genforhandling af en eksisterende kontrakt skulle medføre pligt til at foretage udbud efter direktivets bestemmelser. Til dette svarende generaladvokaten, at spørgsmålet må besvares på baggrund af national ret. Det afgørende var, om det efter national ret var sådan, at forholdet også efter genforhandling "...stadig, til enhver tid og under alle omstændigheder (selv i f.eks. i tilfælde af at genforhandlingerne ikke lykkes) skal være underlagt den allerede indgåede bindende kontrakt". Hvis genforhandlingen efter national ret måtte anses for at udløse en ny kontrakt, eller hvis mislykkede genforhandlinger måtte føre til ophævelse af den eksisterende kontrakt, skal en eventuel ny kontrakt gennemføres under iagttagelse af tjenesteydelsesdirektiv.<sup>584</sup> EF-domstolen ses ikke at have berørt dette emne i sin afgørelse. Domstolens udtalelser i *C-337/98* er mere restriktiv i forhold til genforhandling, for så vidt som at den ikke overlader det til de nationale retsordener at afgøre, hvornår der foreligger en ny kontrakt, men også antager, at dette kan afgøres som et fællesskabsretligt anliggende.

Fra dansk praksis kan nogle kendelser fra Klagenævnet for Udbud belyse spørgsmålet om mulighed for efterfølgende justering.

I en kendelse af 28. maj 1999<sup>585</sup> udtalte nævnet, at der i forbindelse med kontrakter om rengøring af kommunale institutioner jævnligt vil forekomme behov for justeringer, og at der i sådanne tilfælde ikke er en

584. Samlingen 1998, afd. I, s. 5382.

585. Nævnets journalnummer 98-158.611.

ubetinget pligt til at foretage udbud vedrørende de nye elementer i kontrakten. I afgørelsen af om udbud er nødvendigt, fremhæver nævnet værdien af de nye ydelser; er de meget under tærskelværdierne i direktiverne, og er de af beskeden størrelse i forhold til kontraktsummen i den eksisterende kontrakt, er der ikke behov for udbud.

I en kendelse af 3. december 1998<sup>586</sup> finder nævnet blandt andet ikke, at en ændring foretaget efter kontraktindgåelse var af "...en sådan beskaffenhed, at indklagede af hensyn til en overholdelse af EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip har været forpligtet at annullere udbudet og gennemføre et nyt udbud, hvor alle potentielle tilbudsgivere kunne få mulighed for at anmode om prækvalifikation". Nævnet lagde i sin vurdering vægt på, ændringens tekniske beskaffenhed, økonomiske konsekvenser og omfang i forhold til det samlede projekt.

I en kendelse af 2. juli 1998<sup>587</sup> fandt nævnet ikke, at ordregiver var berettiget til at gennemføre ændringer i en rammeaftale. Ændringer medførte blandt andet, at kontrahenternes erstatningsansvar skiftede fra proratarisk til solidarisk.

Se endelig *U2001.1896V* hvor Århus Renholdningsselskab efter udbud i 1993 indgik kontrakter med virksomhederne A, B og C om indkøb af affaldsbeholdere til en samlet værdi af 8 mio. kroner. I 1996 og 1997 foretog Århus Renholdning yderligere indkøb af affaldsbeholdere hos virksomhederne A og B. Det samlede indkøb i de to år beløb sig til omkring 10 mio. kroner. Landsretten fandt, modsat Klagenævnet for Udbud, ikke at indkøbene i 1996 og 1997 kunne foretages uden udbud.

Sammenfattende administreres de fællesskabsretlige udbudsregler sådan, at det i et vist omfang er muligt at foretage ændringer i en eksisterende kontrakt. Grænsen synes at gå ved det, EF-domstolen betegner som genforhandling af grundlæggende elementer i kontrakten. Uden at det nærmere indhold i denne sontring er klart, synes den mere at angå omfanget af ændringerne, end hvilke ændringer der er tale om. Det skal særlig bemærkes, at det er anført, at justeringer, der er nødvendige som følge af kontraktseksterne forhold, i nogen grad kan tillades.<sup>588</sup> Dette har naturligvis interesse i de tilfælde, hvor kon-

---

586. Nævnets journalnummer 98-93.265; se KFE1999.157.

587. Nævnets journalnummer 98-66.079; se KFE1998.248.

588. Michael Steinicke: EU-udbud og forhandling, s. 79 med henvisning til publikation fra Konkurrencestyrelsen.



## 8.5 *Justering af kontrakter der har været i udbud*

traktseksterne myndigheder via deres myndighedsudøvelse påvirker den opgave, der ligger bag realydelsen i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Med det beskrevne indhold administreres udbudsreglerne på en måde, der imødekommer de behov, der er blandt kontraktparter for at kunne justere kontrakter, efterhånden som den virkelighed kontrakten fungerer i ændres. Der er således en parallelitet mellem udbudsreglerne og de obligationsretlige regler. Om der er tale om direkte sammenfald mellem de to regelsæt, sådan at de justeringer, der kan foretages efter de almindelige obligationsretlige regler, til forskel fra kontrahenternes egne bestemmelser, svarer til, hvad der kan rummes i udbudsreglerne, kan ikke afgøres på det foreliggende grundlag.

### 8.5.3 National regulering

I dansk ret er der to regelsæt, der særlig påkalder sig interesse i forbindelse med udbud af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, nemlig Finansministeriets cirkulære om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver<sup>589</sup> og tilbudindhentningsloven. Disse regelsæts betydning i relation til mulighederne for at justere kontrakterne undersøges i det følgende. På dette sted skal det bemærkes, at begge regelsæt viger for EU's udbudsregler.<sup>590</sup> Det betyder, at reglernes anvendelsesområder er de opgaver, der, særligt på grund af direktivernes tærskelværdier, ikke er omfattet af de regler, der er omtalt i afsnittet ovenfor.

#### 8.5.3.1 Tilbudindhentningsloven

##### *8.5.3.1.1 Lovens anvendelsesområde*

Tilbudindhentningsloven finder anvendelse ved indhentning af tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af offentlige bygge- og anlægsopgaver og for tildelingen af en sådan ordre, jf. lovens § 1, stk. 1. Loven gælder endvidere for tilbudsgivers indhentning af tilbud hos underentreprenører i forbindelse med afgivelse af tilbud vedrørende offentlige bygge- og anlægsopgaver, jf. lovens § 1, stk. 3. Loven gælder dog ikke for udbud, der er omfattet af EU-direktiverne vedrørende

---

589. Cirk. nr. 159 af 17. december 2002; Cirkulære om udbud og udfordring af statslige drifts- og anlægsopgaver.

590. Jf. cirkulærets § 7, stk. 4 og lovens § 1, stk. 1.

### *Kap. 8: Justeret opfyldelse*

bygge- og anlægskontrakter og forsyningsvirksomhed, ligesom den ikke gælder for udbud, der er omfattet af lov om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder, jf. lovens § 1, stk. 1. Loven finder således langt fra anvendelse på alle former for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Tilbudindhentningsloven regulerer, sammen med en bekendtgørelse udstedt i medfør af lovens § 3,<sup>591</sup> proceduren omkring indhentning af tilbud, men foreskriver ikke, som det er tilfældet med Finansministeriets cirkulære, en pligt til at foretage udbud.

#### **8.5.3.1.2 Bestemmelser vedrørende ændringer**

Tilbudindhentningsloven indeholder i § 11, stk. 1, en bestemmelse om, at udbyder, når ordren tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan forhandle om de modtagne tilbud. Forhandlingerne må dog ikke føre til, at opgavens karakter ændres væsentligt, eller til at tildelingskriterierne ændres, jf. lovens § 11, stk. 3. Bestemmelsen i § 11 giver mulighed for, at den endelige kontrakt i mindre omfang kan afvige fra udbudsmaterialet. Det skal bemærkes, at der er tale om ændringer, der ligger forud for indgåelsen af kontrakten, og ikke om justering af en allerede indgået kontrakt. Sidstnævnte situation er ikke reguleret i loven. Bekendtgørelsen udstedt i medfør af loven<sup>592</sup> indeholder imidlertid bestemmelse om mulighed for at indhente underhåndsbud, hvilket vil sige, at der kan indgås kontrakt uden forudgående udbud. Dette kan ske, hvis bygge- og anlægsarbejdet har en anslået samlet værdi under 2 mio. kroner. Det kan endvidere blandt andet ske, hvis det arbejde, der skal udføres, er et supplement til et arbejde, der allerede har været i udbud, og hvor det supplerende arbejde er nødvendigt for at fuldføre det udbudte arbejde, og det ikke var muligt at forudse denne situation i forbindelse med udbudet. Som udgangspunkt er det endvidere en forudsætning, at det supplerende arbejde tildeles den virksomhed, der udfører det udbudte arbejde. Med andre ord giver bekendtgørelsen mulighed for, i et vist omfang, efter kontraktens indgåelse, at justere denne i form af udvidelse af den aftalte ydelse, uden at dette afføder pligt til at foretage udbud.

---

591. Bkg. nr. 595 af 9. juli 2002.

592. Bkg. nr. 595 af 9. juli 2002.

### 8.5 Justering af kontrakter der har været i udbud

Der ses ikke at foreligge praksis vedrørende tilbudindhentningsloven, hvor spørgsmålet om justering efter indgåelsen er behandlet.

I litteraturen er der delte meninger om mulighederne for justeringer efter indgåelsen af kontrakten.

Erik Hørlyck antager, at udgangspunktet må være, at der ikke skal iværksættes et nyt udbud, når der i et kontraktforløb opstår behov for justering, idet efterfølgende ændringer af opgavens art og omfang ikke vedrører udbudet.<sup>593</sup> Forfatteren er dog åben for at efterfølgende justering kan være problematiske i relation til udbudsreglerne, i det omfang justeringen er så omfattende, at der i realiteten er tale om en kontrakt om et helt ny arbejde.<sup>594</sup>

Eric Boesgaard er tilsyneladende mere tilbageholdende med at tildele kontrahenterne adgang til at foretage justeringer efter indgåelse af kontrakten, idet det fremhæves, at "... de udbudsretlige forudsætninger i lov og bekendtgørelse ikke er udtømt med tildelingen af kontrakten i den forstand, at det efter dette tidspunkt *i al almindelighed* står udbyder frit for at omlægge opgaven eller de aftalte vilkår uden fornyet udbud i konkurrence" [fremhævelser foretaget der].<sup>595</sup>

Sammenfattes ovenstående, består der i en vis udtrækning mulighed for, at kontrahenterne kan justere deres kontrakt, selv om den er indgået efter udbud i henhold til tilbudindhentningsloven. Adgangen til at foretage justeringer er dog ikke fri, idet omfanget af justeringen må skulle fastlægges under hensyntagen til lovens krav om ligebehandling, jf. lovens § 6. I henhold til nævnte bestemmelse skal udbyder ved tilrettelæggelse og gennemførelse af udbudet og ved tildeling af ordren sørge for, at tilbudsgiverne ikke forskelsbehandles. Bestemmelsen er fokuseret på indgåelse af kontrakten, og i overensstemmelse hermed må det antages, at kravet til ligebehandling bliver svagere, som tiden går, således at det er stærkt umiddelbart efter indgåelsen og derefter aftager i styrke. Omfanget af tilladelige justeringer må i overensstemmelse hermed øges i takt med forløbet af en kontraktperiode.<sup>596</sup>

---

593. Erik Hørlyck: Tilbudsloven med kommentarer, s. 130.

594. Erik Hørlyck: Tilbudsloven med kommentarer, s. 130.

595. Eric Boesgaard: Entrepriseudbud, s. 446.

596. Se hertil Eric Boesgaard: Entrepriseudbud, s. 447.

### **8.5.3.2 Det statslige udbudscirkulære**

Finansministeriets cirkulære om statslige instansers udbud<sup>597</sup> finder i henhold til dets titel anvendelse på udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver. Hvilke opgaver, der nærmere er omfattet, præciseres ikke i cirkulæret, der dog må antages at være vidtfavnende, jf. dets § 2, stk. 1: “Udbudspigten gælder statslige opgaver, som er udbudsegne...” Se nærmere om cirkulærets anvendelsesområde i afsnit 2.4.6.1.

Cirkulæret indeholder bestemmelser, der foreskriver pligt til at foretage udbudsrunder (kapitel 1). Endvidere indeholder det også bestemmelser, der regulerer, hvordan udbudsrunder skal gennemføres (kapitel 2), hvilket til dels sker gennem en henvisning til EU’s udbudsdirektiver og til tilbudindhentningsloven.

Cirkulæret indeholder ikke bestemmelser, der vedrører spørgsmålet om muligheden for at justere en kontrakt indgået som følge af et udbud. Da cirkulæret i høj grad læner sig op ad nationale og fællesskabsretlige udbudsregler – se hertil § 7, stk. 3 og 5 – må det antages, at også spørgsmålet om justering skal besvares under hensyntagen til disse. Der henvises til, hvad der er anført i afsnittene om disse regler.

## **8.6 Afsluttende bemærkninger**

Som det blev påpeget indledningsvis i dette kapitel, er der i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed mange forhold, der kan bevirke, at kontraktens parter i kontraktperioden ønsker at justere kontrakten. Det spiller ind her, at kontrakterne ofte på den ene eller anden måde har en kompleks realydelse, ligesom det har betydning, at der ofte er tale om kontrakter med en forholdsvis lang kontraktperiode.

Behovet for at foretage justering af en kontrakt kan groft sagt tilskrives det forhold, at balancen i kontrakten er blevet forrykket, sådan at parterne, eller den ene part, ikke længere oplever, at kontraktens ydelser står i et rimeligt forhold til hinanden. I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed har elementet af samfundsmæssig interesse betydning for kontraktbalancen. Selv om kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed ikke er det eneste tilfælde, hvor samfundsinteresse optræder som lod i afvejningen af kontraktbalancen,

---

597. Cirk. nr. 159 af 17. december 2002.

er det værd at bemærke, at balancen i en kontrakt her påvirkes af et kontraktseksternt forhold.

Alternativerne til justering involverer på den ene eller anden måde indgåelse af nye kontrakter, noget der ikke alene kan være bekosteligt, men også vanskeligt såvel praktisk som juridisk. I situationer hvor gennemførelsen af en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed trues af udefra kommende omstændigheder, synes justering af kontrakten derfor at måtte være det foretrukne reaktionsmiddel. Med den frem-skudte placering af justeringsinstrumentet bliver det naturligt for kontrahenter at forholde sig til dette.

Som en åbenbar del i den proces bør kontrahenterne forholde sig til, om, og i givet fald hvordan, de vil regulere justeringsmulighederne gennem bestemmelser i deres kontrakt. Ved at indføre genforhandlingsklausuler i kontrakten undgår parterne at overlade reguleringen af deres justeringsmuligheder til de almindelige obligationsretlige regler, men arbejdet med klausulerne skal også gerne sætte fokus på, hvilke behov der kan tænkes at opstå i det konkrete kontraktforhold.

Særligt i relation til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed handler behov for justering imidlertid ikke kun om genforhandlingsklausuler. Fordi kontrakter af denne type ofte er omfattet af nationale eller fællesskabsretlige regler om udbud, må parterne også forholde sig til, hvilke begrænsninger disse regler eventuelt sætter for mulighederne for genforhandling af kontrakten.

Allerede af den grund at det ikke er muligt at forudsige alle de situationer, der kan give anledning til ønske om justering af en kontrakt, spiller de almindelige obligationsretlige regler om justering også en rolle. Denne rolle bliver naturligvis ikke mindre af, at ikke alle kontrahenter ved konciperingen af kontrakten skænker justeringsproblematikken den nødvendige opmærksomhed. I kapitlet er mulighederne for justering på baggrund af forudsætningslæren og aftalelovens § 36 analyseret for tre forskellige typer af forhold, der udløser behov for justering. De tre kategorier er tilfælde, hvor behov for justering udspringer af : 1) at den offentlige kontrahent udøver myndighed, 2) at andre, kontraktseksterne instanser udøver myndighed og 3) at den offentlige kontrahent pålægges nye opgaver uden tilknytning til kontrakten.

Den kortfattede konklusion på analysen er, at for så vidt angår kategorien nævnt under 3), slår udgangspunktet om kontraktretlig bin-

*Kap. 8: Justeret opfyldelse*

ding helt igennem, med den følge at den offentlige kontrahent som udgangspunkt ikke kan forlange kontrakten ændret for derved at sikre en mere bekvem position i forhold til den samlede opgavevaretagelse.

I forhold til kategorierne nævnt under 1) og 2) var forholdene noget anderledes. I disse situationer er den offentlige kontrahent favoriseret i den forstand, at den kan udøve sin myndighed trods indholdet i kontrakten, og at kontrakterne kan kræves justeret, så det sikres at re-alydelsen opfylder de krav, der stilles til den opgave, der ligger bag kontrakten. I disse sidstnævnte konklusioner bliver det igen klart, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, trods deres kontraktretlige forankring, har en grænseflade til den offentlige ret. Det er således i høj grad antagelsen om, at myndighedsudøvelse kun i begrænset omfang kan bindes, der er begrundelsen for de nævnte konklusioner. Ligeledes bygger konklusionerne også på en argumentation, i henhold til hvilken samfundsmæssig interesse tillægges betydelig vægt. De samme elementer er væsentlige bestanddele i den juridiske analyse af forvaltningskontrakter.<sup>598</sup>

---

598. Se til dette i det hele kapitel 4.

## Kontrakten og samfundets interesse – sammenfatning og sammenhænge

### 9.1 Det generelle indtryk af betydningen af samfundsmæssig interesse

Det overordnede formål med denne afhandling har været at undersøge, hvilken betydning det har for anvendelse af obligationsretten i det konkrete tilfælde, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til den foreliggende kontrakt. Undersøgelse har været afgrænset til kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, og til emnerne opfyldelse, ikke-opfyldelse og justeret opfyldelse. Det skal understreges, at en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed ikke nødvendigvis har samfundsmæssig interesse, og at undersøgelsen kun tager sigte på de kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, der har samfundsmæssig interesse.

I sammentrængt form kan undersøgelsens resultater gengives således:

Eksistensen af en samfundsmæssig interesse i tilknytning til en konkret kontrakt får betydning for fortolkning af kontrakten. Det sker ved, at den samfundsmæssig interesse indgår som fortolkningsdatum – interessen er med andre ord relevant for bedømmelsen af kontraktsituationen. Til og med synes den samfundsmæssige interesse at skulle tillægges betydelig vægt. Ikke alene hvor det klart fremgår af kontrakten, at der er knyttet en sådan interesse til den, men også hvor det er vanskeligt at pege på en præcis faktor, af hvilken interessen fremgår, bliver samfundets interesse inddraget ved fortolkning af kontrakter. Således findes der i domspraksis eksempler på, at kontrakter, der tilsyneladende ikke i sig selv havde betydning for en samfundsmæssig interesse, er blevet fortolket under inddragelse af en sådan. At det kan være vanskeligt at beskrive en samfundsmæssig interesse udelukker

således ikke anvendelse af interessen som fortolkningsdatum. Dette har sammenhæng med, at der generelt stilles høje krav til parternes burdeviden om eksistensen af en samfundsmæssig interesse i tilknytning til kontrakten. Af samme grund viser det sig, at den såkaldte uklarhedsregel ikke spiller nogen særlig rolle i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Dette på trods af, at det umiddelbart synes nærliggende at anvende denne regel, fordi det ofte kan være vanskeligt at beskrive kontraktens centrale ydelser.

Også ved udfyldning af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed spiller samfundsmæssig interesse en rolle. Dette gælder, både hvor interessen fremgår af relevant lovgivning, og hvor udfyldning bygger på, hvad der vil være en rimelig og formålstjenlig forståelse af kontrakten.

Samfundsmæssig interesse spiller også ind i relation til de ydelser, kontrahenterne bliver pålagt som følge af kontrakten. Endvidere skal den private part være opmærksom på, at kontraktens forbindelse med en offentlig opgave medfører pligter af offentligretlig art.

Også i forhold til parternes mulige misligholdelsesbeføjelser kan det få betydning, at der er en samfundsmæssig interesse knyttet til kontrakten. Eksempelvis trækker den samfundsmæssige interesse generelt i retning af krav om naturalopfyldelse frem for økonomisk kompensation. Dette er også tilfældet i situationer, hvor omkostningerne ved opfyldelse er uforudset store.

I forbindelse med spørgsmålet om mulighed for at hæve en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed, påvirker eksistensen af en samfundsmæssig interesse også vurderingen af, om misligholdelse er væsentlig.

Når det drejer sig om justering af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, har kontraktens særlige karakter betydning for anvendelsen af obligationsretten. Det spiller også her ind, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed på forskellige måder har tilknytning til offentlig regulering og instanser, der udøver myndighed. Således kan den offentlige kontrahent i vid udstrækning gennem myndighedsudøvelse ændre forudsætningerne for kontrakten, uden at medkontrahenten kan kræve ændringer. Endvidere kan den offentlige kontrahent i vid udstrækning kræve ændringer af kontrakten, hvis realydelsen, som følge af lovændringer, ikke længere sikrer opfyldelse af den bagvedliggende faktiske forvaltningsopgave.



## 9.2 Nogle udvalgte resultater

Afhandlingen er bygget op som en analyse af udvalgte problemer inden for emnerne opfyldelse, ikke-opfyldelse og justeret opfyldelse. For hver problemstilling er det undersøgt, hvordan løsningen må være i relation til kontrakter, der drejer sig om faktisk forvaltningsvirksomhed og som har samfundsmæssig interesse. I det følgende skal tre problemstillinger nærmere fremhæves.

*Debitorskifte.* Under emnet *opfyldelse* analyseres, i et afsnit om rette debitor, den situation, der opstår, hvis realdebitor indgår i en fusion, og fusionspartneren bliver det fortsættende selskab. I den udstrækning fusionen kan foretages på grundlag af aktieselskabslovens bestemmelser, må realkreditor i sådan en situation finde sig i at få en ny realdebitor. Denne fravigelse af dansk rets udgangspunkt om forbud mod debitorskifte uden kreditors samtykke er begrundet i hensynet til, at debitor skal kunne vælge den organisationsform, der passer bedst, og fravigelsen sker under forudsætning af, at realkreditoren kan opnå sikkerhed for sine fordringer.

I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er bestemmelserne i aktieselskabsloven imidlertid ikke tilstrækkelige til at sikre realkreditoren interesse i præstation af realydelsen og dermed varetagelse af den opgave, til hvilken der er knyttet en samfundsmæssig interesse. Problemet er her, at bestemmelserne i aktieselskabsloven er bedst egnede til at sikre en pengefordring, eller realfordringer som uden vanskeligheder kan anskaffes på anden måde end gennem realdebitor. Hvor det er vanskeligt at finde en anden realdebitor, og hvor allerede manglende eller mangelfuld opfyldelse umiddelbart har alvorlige konsekvenser, er lovens sikring af kreditor ikke tilstrækkelig. Noget sådant er netop tilfældet i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. I forbindelse med disse kontrakter er det endvidere sådan, at manglende eller mangelfuld opfyldelse endvidere typisk ikke rammer realkreditor (direkte), men de kontraktseksterne parter, der er de egentlige modtagere af realydelsen.

Af den grund foreslås det i afhandlingen, at realkreditor skal have adgang til at hæve kontrakten i tilfælde af realdebitors fusion. Herved kan realkreditor undgå at skulle entrere med en realdebitor, der ikke er i stand til at levere den aftalte ydelse. Løsningsmodellen sikrer derimod ikke, at realydelsen reelt bliver leveret, da modellen ikke løser proble-

met med, at det i visse tilfælde kan være vanskeligt at finde en ny realdebitor.

Hvis realkreditor gives fri adgang til at hæve kontrakten i tilfælde af realdebitors fusion, vil det formodentlig virke ganske hæmmende på realdebitorernes lyst til at fusionere, og dermed forhindres formålet med fusionsreglerne, nemlig at give selskaberne nem adgang til at organisere sig efter eget ønske.

For at få en løsning, der imødekommer såvel realkreditors som realdebitors behov i forbindelse med fusion, foreslås det i afhandlingen, at realkreditors adgang til at hæve kontrakten knyttes til forudsætningslæren. Skiftet i realdebitor skal herefter anses for en bristende forudsætning, og det vil være muligt for realkreditor at hæve kontrakten, uden at det er aftalt, at fusion skal være hævebegrundende. Adgangen til at hæve vil imidlertid ikke være fri, da forudsætningslærens tre led skal være opfyldt. Dette imødekommer realdebitors behov.

*Loyalitetspligt.* Det er almindeligt antaget, at kontraktparter er underlagt en pligt til at optræde loyalt over for hinanden. Denne forpligtelse, der betragtes som en biforpligtelse i kontrakten, har tæt sammenhæng med præstationen af kontraktens hovedydelser, og opfyldelse af loyalitetspligten er derfor ikke kun et spørgsmål om opfyldelse af en enkeltstående biforpligtelse.

Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er ofte af længere varighed, hvilket er et forhold, der taler for øgede krav til parternes loyale optræden i kontraktforholdet. I samme retning peger den samfundsmæssig interesse i kontrakterne. For at sikre varetagelse af den opgave, der ligger bag kontrakten, og til hvilken den samfundsmæssige interesse er knyttet, kan det være en fordel med en bred formulering af kontraktens bestemmelser vedrørende realydelsen. Dette sikrer en nødvendig fleksibilitet, men øger også risikoen for uenighed om kontraktens indhold. Følgerne af det sidste kan modvirkes ved at stille øgede krav til kontrahenternes loyalitet i forhold til at arbejde for gennemførelse af kontrakten.

Endvidere påpeges det i afhandlingen, at det ikke kun er kontrahenterne, der rammes, hvis en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed ikke gennemføres. Fordi den samfundsmæssigt interessante opgave, som kontrakten skal sikre bliver løst, typisk er rettet mod tredjemand, er det også disse, som rammes, hvis kontrakten ikke bliver gennemført. Denne konsekvens må medregnes, når konsekvenserne ved ikke-op-

fyldelse analyseres, og taler også for en udvidelse af parternes loyalitetspligt. Denne bliver således også på denne måde påvirket af, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til kontrakten.

*Justering når andre udøver myndighed.* Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed drejer sig ofte om opgaver, det ved lov er pålagt den offentlige kontrahent at sørge for bliver varetaget. Sådan er det eksempelvis med renovation, drift af sygehuse og med hjemmehjælp. I disse situationer er der mulighed for, at den opgave, der ligger bag kontraktens realydelse – det vil sige, den opgave som er lovpligtig – bliver ændret af lovgiver eller andre, kontraktseksterne aktører. I sådanne tilfælde bliver det nødvendigt at justere kontrakten, hvis den stadig skal sikre, at den lovpligtige opgave bliver varetaget. Det skal her bemærkes, at varetagelsen af denne opgave ofte har samfundsmæssig interesse, jf. de just nævnte eksempler.

I de tilfælde, hvor kontrahenterne ikke har fastsat bestemmelser i kontrakten om, hvordan den beskrevne situation skal håndteres, må spørgsmålet om mulighed for justering løses ved anvendelse af obligationsrettens almindelige regler, hvilket her vil sige forudsætningslæren og aftalelovens § 36

Muligheden for at anvende forudsætningslæren er afhængig af, hvilken af kontrahenterne der findes at skulle bære risikoen for, at kontraktmæssig præstation af realydelsen ikke længere resulterer i, at den offentlige kontrahent opfylder sine forpligtelser. Konklusionen på afhandlingens analyse af dette spørgsmål er, at risikoen i de fleste tilfælde må placeres hos realdebitor, hvorfor realkreditor (den offentlige kontrahent) kan kræve kontrakten justeret. Den samfundsmæssige interesse i varetagelse af den bagvedliggende opgave er et blandt flere argumenter for denne konklusion.

Hvis aftalelovens § 36 skal anvendes, kræver det, at denne bestemmelse også kan anvendes i tilfælde, hvor det urimelige ved at gennemføre kontrakten ikke rammer en kontrahent, men tredjemand. Muligheden for dette analyseres i afhandlingen, og resultatet bliver, at § 36 godt kan anvendes på den beskrevne måde. Argumentationen for dette resultat kan findes både i det forhold, at der er en nær tilknytning mellem den ramte tredjemand og realkreditor, og i det forhold at den ramte tredjemand er den egentlige modtager af realydelsen.

### 9.3 Nogle sammenhænge

Undersøgelsen af de forskellige problemstillinger vedrørende opfyldelse, ikke-opfyldelse og justeret opfyldelse viser, som det er fremgået ovenfor, at når der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en kontrakt, påvirker det anvendelsen af obligationsretten i relation til kontrakten. Undersøgelsen viser også, at det er forskellige interesser, der inddrages under begrebet samfundsmæssig interesse. I nogle tilfælde er det overordnede interesser som hensynet til en sammenhængende lokalplanlægning eller udbytte i forbindelse med udstykninger, der påvirker eksempelvis fortolkning af kontrakten. I andre tilfælde er interesserne mere konkrete, i det mindste i den forstand at det er muligt at udpege nogle personer, der direkte berøres. Det er eksempelvis tilfældet med den samfundsmæssige interesse i eksistensen af et plejehjemssystem og deraf følgende samfundsmæssige interesse i kontrakter om drift af plejehjem.

Uanset hvilken form den samfundsmæssige interesse har, er der tale om, at andre hensyn end det direkte hensyn til kontrahenterne påvirker kontraktforholdet. Umiddelbart kan dette virke overraskende, da kontraktforhold traditionelt bliver betragtes som noget, der kun vedrører kontrahenterne, og obligationsretten tilsvarende antages at omhandle reglerne om parternes indbyrdes retsstilling i formueretlige skyldforhold. Hvorfor så denne indflydelse af hensynet til noget der ligger uden for kontrakten?

Svaret på det spørgsmål kan findes i det forhold, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed netop ikke kun påvirker kontrahenternes situation, sådan som det almindeligvis er tilfældet med kontrakter. Hvor der er en samfundsmæssig interesse knyttet til kontrakten, påvirker kontraktforholdet naturligvis også denne interesse. Kontrakten er så at sige ikke længere kun kontrahenternes anliggende. Det skal i den forbindelse bemærkes, at kontrakterne for en stor dels vedkommende faktisk er indgået for at præstere ydelser i forhold til tredjeemand, der således bliver direkte berørt af kontrakten.

Dette giver anledning til en argumentation, der går ud på, at hensynet til den berørte samfunds interesse skal tages med i vurderingen af, hvad der skal være gældende for kontrakten. Argumentationen er illustreret ovenfor med omtalen af undersøgelsen af mulighederne for debitorskifte, loyalitetspligten og justeringsmuligheder ved lovændring. I

de tilfælde er der tale om, at kontrakten direkte får virkning for konkrete personer. Men argumentationen slår også igennem i forbindelse med andre problemstillinger, og hvor det er mindre klart, hvilke konkrete personers interesser der skal varetages. Meget simpelt kan argumentationen formuleres sådan, at når tredjemands eller samfundets interesser bliver berørt af kontrakten, skal disse interesser også have mulighed for at påvirke kontrakten.

Som et andet svar på spørgsmålet, om hvorfor kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed påvirkes af hensynet til samfundets interesser, kan anføres, at der slet ikke er tale om, at kontraktseksterne forhold påvirker kontrakten. Dette svar bygger på den antagelse, at de samfundsmæssige interesser skal varetages af den offentlige kontrahent, og at de indgår som en del af denne kontrahents interesse i kontraktforholdet. Det er derfor ikke overraskende, at også samfundets interesse påvirker kontraktforholdet.

Indholdet i en sådan antagelse kan være rigtigt i de mange tilfælde, hvor kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed som realydelse har en opgave, det ved lov er pålagt den offentlige kontrahent at varetage. I disse tilfælde har den offentlige kontrahent en interesse i at sikre varetagelse af den opgave, til hvilken der er knyttet en samfundsmæssig. Men hvad hvis der er kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, der ikke drejer sig om opgaver, som det ved lov er pålagt den offentlige kontrahent at løse, men som alligevel er af interesse for samfundet? Og hvad hvis der er kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, der ikke har en offentlig instans som kontrahent? Her holder antagelsen, om at varetagelsen af samfunds interessen sker som en del af kontrahenternes interesse, ikke. Og da interessen også i disse tilfælde må skulle varetages, kan det kun ske ved at lade kontraktseksterne forhold få indflydelse på kontraktforholdet.

At kontraktforhold påvirkes af kontraktseksterne faktorer er ikke ukendt. Konkurrencerettens forbud mod aftaler, der vurderes at kunne skade den frie konkurrence, er et godt eksempel på dette. Alligevel er det værd at bemærke, at en samfundsmæssig interesse påvirker kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Der skal anføres to grunde til dette.

For det første er obligationsretten stadig centreret om tankegange, der sætter kontrahenterne og deres indbyrdes forhold i højsæde. Derfor betyder undersøgelsens resultat, at man i forbindelse med kontrakter

om faktisk forvaltningsvirksomhed skal være opmærksom på, at det i relation til en række problemstillinger af obligationsretlig art er nødvendigt at anvende tankegange og elementer, der i en vis udstrækning afviger fra det normale obligationsretlige.

Mens kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed i henhold til undersøgelsen skal behandles under hensyntagen til elementer og tankegang, der er utraditionelle i obligationsretlig sammenhæng, skal det endvidere fremhæves, at undersøgelsen også viser, at de problemstillinger, der er rejst i relation til emnerne opfyldelse, ikke-opfyldelse og justeret opfyldelse, alle har kunne løses inden for obligationsretten. Obligationsretten har kunnet rumme de utraditionelle elementer, og ved at inddrage disse har det været muligt at nå frem til løsninger, der forekommer tilfredsstillende. Afhandlingen giver således ikke grundlag for anbefalinger i retning af, at der må opstilles et særskilt regelsæt for at håndtere kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, og de særlige problemstillinger der er knyttet til disse.

En anden årsag til at det er værd at hæfte sig ved undersøgelsens resultat er, at den kontraktseksterne faktor, der her påvises at have indflydelse på obligationsretten, er ny. Som tidligere nævnt er inddragelse af samfundsmæssig interesser i forbindelse med kontrakter ikke uset, jf. eksemplet fra konkurrenceretten. Når det alligevel anføres, at den kontraktseksterne faktor – samfundsmæssig interesse – er ny, er det fordi samfundsmæssig interesse, i den forstand begrebet er anvendt i afhandlingen, ikke begrænser sig til et enkelt forhold, eksempelvis hensynet til en effektiv udnyttelse af ressourcerne. I stedet er afhandlingens overordnede problemstilling analyseret med det udgangspunkt, at det er underordnet hvilket forhold, der konkret er tale om at betegne som værende af samfundsmæssig interesse, det afgørende har været at undersøge, om eksistensen af samfundsmæssig interesse i en eller anden konkret afskygning skal påvirke anvendelsen af obligationsretten i den konkrete sammenhæng.

Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed er ikke en homogen mængde af kontrakter. Nok er der tale om kontrakter, der har et fælles karakteristikum i form af, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til dem, men kontrakterne er også vidt forskellige. Forskellene gør sig gældende på flere områder. Således kan kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed vedrører opgaver, der er meget forskellige, hvad angår indhold – det kan eksempelvis være renovation, madudbringning

eller institutionsdrift. Opgaverne kan også være forskellige i den forstand, at nogle er undergivet detaljeret lovregulering, mens andre ikke, eller kun i meget begrænset omfang er underlagt sådanne bestemmelser. Videre kan kontrakterne også være forskellige i kompleksitet – nogle kontrakter er store komplekser og regulerer mange opgaver, der skal løses på forskellige lokaliteter, mens andre kontrakter er simple og kun vedrører nogle få opgaver. Også kontraktperiodens varighed kan være meget forskellig – nogle kontrakter løber over 20 år, andre over 1 år.

I nogen sammenhænge har forskellene betydning for den argumentation, der er lagt frem i afhandlingen. Det er eksempelvis tilfældet i forbindelse med undersøgelsen af loyalitetspligten, hvor kontraktperioden spiller ind. Det er klart, at der skal tages højde for dette, når disse dele af afhandlingens argumentation skal anvendes på en konkret kontrakt.

I andre sammenhænge har forskellene ingen betydning, fordi argumentationen bygger på parametre, der ikke påvirkes af forskellene. Det er tilfældet, hvor argumentationen bygger på, at den samfundsmæssige interesse skal påvirke obligationsretten, fordi der skal tages hensyn til de kontraktseksterne parter, der berøres direkte af kontrakten. Dette hensyn kan anføres, uanset om det drejer sig om en kontrakt om indsamling af affald eller om udbringning af mad. Her er der altså tale om en argumentation, der kan anvendes i forbindelse med alle kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Gør det samme hensyn sig gældende i forbindelse med kontrakter, der ikke drejer sig faktisk forvaltningsvirksomhed, synes konsekvenserne alt andet lige at skulle være de samme, altså at den samfundsmæssige interesse får betydning for, hvordan obligationsretten anvendes. Anvendeligheden på andre kontraktstyper end kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed gælder ikke kun for argumentationen om, at der skal tages hensyn til de kontraktseksterne parter. Også de andre tankegange og elementer, der er lagt til grund i undersøgelsen, kan anvendes i forbindelse med andre kontrakter, i den udstrækning de ikke er afhængige af de karakteristika, der er særlige for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

## 9.4 Tilbage til den samfundsmæssige interesse

Afhandlingen blev indledt med en redegørelse for, at begrebet *samfundsmæssig interesse* har et reelt indhold i den konkrete situation – til forskel fra den abstrakte analyse. I afhandlingen er der anlagt en konkret synsvinkel. Indledningsvis blev der også gjort rede for, at det ikke er muligt at fastlægge indholdet i begrebet på en præcis og entydig måde. På trods af den manglende klarhed vedrørende dette for fremstillingen centrale begreb er der i afhandlingen foretaget en analyse af, hvorvidt det i det konkrete tilfælde har betydning for anvendelsen af obligationsretten, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til den foreliggende kontrakt. Selv om analysen i afhandlingen ikke har været designet til, eller er gennemført med henblik på, at skulle klarlægge indholdet i begrebet *samfundsmæssig interesse*, skal det alligevel afslutningsvis undersøges, om der er kommet noget frem, der kan bidrage til en nærmere beskrivelse af indholdet i dette begreb.

Anvendelsen af begrebet *samfundsmæssig interesse* i afhandlingen bekræfter, hvad der blev påpeget i kapitel 1, nemlig at begrebet dækker over mange forskellige forhold. Skal dette indtryk kvalificeres blot en smule, kan det fra undersøgelsen fremhæves, at samfundets interesse kan fremtræde som et bredt begreb, hvor det er vanskeligt – eller abstrakt – at identificere enkeltpersoner, der bliver påvirket. Det er eksempelvis tilfældet, hvor samfundsinteressen er knyttet til en kommunes interesser i forbindelse med salg af byggegrunde. Naturligvis må det formodes, at det kommer borgerne i kommunen til gode, hvis kommunen tjener penge på udstykningen, men det er vanskeligt at pege på, hvem der konkret får noget ud af netop disse indtægter. Endnu mere diffust bliver det, hvis den samfundsmæssige interesse knytter sig til interessen i planlægning af et erhvervsområde i kommunen.

Men afhandlingen viser også, at samfundets interesse tillige kan vise sig ved hensynet til konkrete personer, ikke som på forhånd identificerbare individer, men enkeltpersoner der falder inden for en kategori, der på forhånd kan udpeges, eksempelvis folk der har brug for hospitalsbehandling eller hjemmehjælp. I disse tilfælde er det klarere, at der foreligger en samfundsmæssig interesse.

I relation til sidstnævnte kategori af samfundsmæssig interesse skal det fremhæves, at der ikke er tale om, at de berørte er en gruppe personer, som på forhånd kan identificeres, men om at alle borgere, der



#### *9.4 Tilbage til den samfundsmæssige interesse*

falder inden for et givet område – behandlingsbehov, behov for hjemmehjælp og lignende – kan bliver berørt. Forskellen mellem samfund og det enkelte individ viser sig også her. Samtidig viser de eksempler, der er trukket frem i undersøgelsen, også, at samfundets interesse i høj grad er knyttet til de områder, der er genstand for lovregulering – og dermed altså politisk prioritering.



# Resumé

Afhandlingen har som overordnet tema at undersøge, om det forhold, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en konkret kontrakt, skal have betydning for obligationsrettens anvendelse i forhold til denne kontrakt.

I afhandlingens kapitel 1 behandles begrebet *samfundets interesse*. Begrebet anskues i afhandlingen fra en konkret synsvinkel, hvilket gør det meningsfuldt at anvende begrebet. Den konkrete synsvinkel giver imidlertid ikke nogen definition af begrebet. I stedet belyses begrebets indhold gennem eksempler fra det juridiske univers, hvor begrebet anvendes i mange forskellige sammenhænge. Eksemplerne viser, at begrebet er meget vidt favnende. Det er derfor ikke muligt at opstille en klar og præcis beskrivelse af begrebets indhold. I stedet præsenteres i kapitel 1 nogle faktorer, der kan anvendes ved vurdering af, om en given opgave er af samfundsmæssig interesse. Modsætningen mellem individ og samfund er en sådan faktor. Ved vurderingen kan det også holdes for øje, at der er forskel mellem det offentlige og samfundet. Endelig kan politisk prioritering være en indikator for, om et forhold kan antages at være af samfundsmæssig interesse.

Temaet for afhandlingen præsenteres endeligt i kapitel 2, hvor der også foretages afgrænsninger af undersøgelsens felt. Det, der undersøges, er om det forhold, at der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en konkret kontrakt, skal have betydning for obligationsrettens anvendelse i forhold til kontrakten. Det er således samfundsmæssig interessens påvirkning af obligationsretten i konkrete tilfælde, og ikke på det generelle – regelskabende – niveau, der er i fokus. Endvidere præciseres det, at den enkelte kontrakt, for at være omfattet af undersøgelsen, skal være af direkte samfundsmæssig interesse. Undersøgelsen afgrænses endvidere til kun direkte at analysere kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, selv om også andre kontraktstyper kan være af samfundsmæssig interesse. Endelig afgrænses undersøgelsen til at dreje sig om problemstillinger inden for emnerne opfyldelse, ikke-opfyldelse og justeret opfyldelse, hvorimod spørgsmål om indgåelse af kontrakterne ikke behandles.

## *Resumé*

Foruden præcisering af afhandlingens tema, indeholder kapitel 2 også en omfattende omtale af de kontrakter, der er i fokus – kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Kapitel 3 indeholder omtale af den måde afhandlingens analyse gribes an på, herunder blandt andet overvejelser om anvendelse af økonomiske vurderinger. Konklusionen på disse overvejelser er, at analysen ikke skal inddrage økonomiske argumenter – baseres på retsøkonomiske overvejelser – da dette ikke kan gøres meningsfuldt afhandlingens emne og den valgte tilgangsvinkel – en deduktiv analyse – taget i betragtning.

Kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed har en fælles grænse med forvaltningskontrakter, der er kendetegnede ved at indeholde et væsentligt element af myndighedsudøvelse. Blandt andet vil det i praksis jævnligt være sådan, at kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed indeholder forbindelse til myndighedsudøvelse. Af den grund indeholder kapitel 4 en omfattende beskrivelse af forvaltningskontrakten. Kapitlet indeholder, foruden en beskrivelse af hvad der forstås ved en forvaltningskontrakt, også omtale af private kontraktparters specielle situation, idet de indgår en kontrakt med en anden part – den offentlige instans – der foruden at optræde som kontraktpart også kan optræde som myndighed. Dette kan i mange tilfælde betyde en ubalance mellem parterne ved forhandling af forvaltningskontrakten.

Endvidere belyser kapitlet forvaltningskontrakternes placering i forhold til obligationsretten. På den ene side bygger forvaltningskontrakter på parternes gensidige viljeserklæringer, hvilket placerer dem i obligationsretten blandt andre kontraktstyper. På den anden side er forvaltningskontrakter en del af den offentlige regulering, hvilket betyder, at de hensyn og behov der gør sig gældende i forbindelse med udstedelse af forvaltningsafgørelser også er relevante i forbindelse med forvaltningskontrakter. Dette taler for, at offentlig ret også må finde anvendelse i forbindelse med forvaltningskontrakter. Blandingen af obligationsret og offentlig ret illustreres i kapitlet ved analyse af det obligationsretlige princip om kontraktfrihed i relation til forvaltningskontrakter. Analysen viser, at kontraktfriheden er indskrænket i forbindelse med forvaltningskontrakter, da parterne ikke frit kan give kontrakterne, det indhold de vil, ligesom der ikke er fuldstændig fri adgang til at indgå kontrakterne. Reservationerne hænger sammen med forvaltningskontrakternes element af myndighedsudøvelse. Dette karakteristika medfører, at indgåelse af forvaltningskontrakter skal ske under

iagttagelse af offentligretlige hjemmelskrav, og at kontrakten ikke frit kan regulere spørgsmål om fremtidig myndighedsudøvelse.

I kapitel 5 fremhæves kontraktfriheden som udgangspunkt også for kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Som følge af dette princip, kan parterne selv regulere de spørgsmål, der undersøges i afhandlingen. Denne mulighed betragtes dog som teoretisk, da det i praksis ofte ikke vil være muligt ved indgåelsen af kontrakten at forudsige alle forhold, der vil komme til at påvirke kontrakten, og som den derfor skal kunne fungere i. De praktiske vanskeligheder ved på forhånd at tage stilling til alle situationer gør det relevant at gennemføre en undersøgelse af, hvad der gælder i de tilfælde, hvor uenigheder om kontrakten må løses ved hjælp af obligationsretten og ikke kontraktens egne bestemmelser. En sådan undersøgelse gennemføres i afhandlingens kapitel 6-8.

Problemstillinger inden for emnet *opfyldelse* undersøges i kapitel 6. I den forbindelse behandles først spørgsmål om supplerende af kontrakten. Det fremgår her, at samfundsmæssig interesse må inddrages som et fortolkningsdatum, og at dette skal tillægges megen vægt også i tilfælde, hvor forbindelsen mellem kontrakten og interessen ikke er klar.

Kapitlet analyserer også spørgsmålet om krav til ydelserne. Ydelser i henhold til en kontrakt skal ikke alene leve op til kontraktens beskrivelse, men også til relevant lovgivning. I forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed har dette betydning, da der ofte er ligger lovregulering bag de opgaver, som søges varetaget gennem kontrakten. Forholdet til bagvedliggende lovgivning skal iagttages ved koncipering af kontrakten.

Ydelser skal i en vis udstrækning også leve op til kreditors forudsætninger. Også dette emne skal parterne være opmærksomme på ved konciperingen, da realydelsen i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed ofte er kompleks og vanskelig at beskrive.

Den tilknytning, som kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed har til offentlige opgaver, betyder, at der stilles visse krav af offentlig retlig art til realdebitor, uanset at denne måske er en privat virksomhed. Således kan realdebitor blive omfattet af reglerne om aktindsigt i henhold til offentlighedsloven, ligesom tavshedspligt i henhold til straffeloven, og pligt til at vejlede borgerne, også gælder for realdebitor.

Et andet spørgsmål med forbindelse til opfyldelse af kontrakter er, hvem der er rette debitor. I tilknytning til dette spørgsmål behandler

## Resumé

kapitel 6 mulighederne for realdebitorskifte i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, særligt i tilfælde af realdebitors fusion. Analysen viser, at aktieselskabslovens regler vedrørende emnet ikke er velegnede til at sikre de hensyn, der er at tage til realkreditor i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed. I stedet foreslås det at inddrage forudsætningslæren, og på den måde give realkreditor en mulighed for at hæve kontrakten som følge af realdebitorskifte.

Kapitel 7 handler om ikke-opfyldelse af kontrakter. I forbindelse med dette emne undersøges parternes loyalitetspligt. Denne pligt kan blandt andet betyde, at den offentlige kontrahent i en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed skal udøve sin myndighed på en måde, der fremmer gennemførelsen af kontrakten. Loyalitetspligten påvirkes også i udvidende retning af, at der ofte er tale om lange kontraktperioder, og af at kontrakten kan have betydning for andre end kontrahenterne. Også spørgsmålet om anteciperet misligholdelse behandles. Også her analyseres spørgsmålet om udskiftning hos debitor, ligesom realdebitors leveringsnægtelse behandles. I forbindelse med sidstnævnte fremhæves det, at det kan få betydning, at det ofte er vanskeligt at beskrive realydelsen i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Endvidere indeholder kapitlet en gennemgang af forskellige misligholdelsesbeføjelser, for hvilke der behandles udvalgte problemstillinger med relation til den samfundsmæssig interesse i kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed. Som en sammenfatning af kapitlet kan fremhæves, at eksistensen af en samfundsmæssig interesse i en kontrakt øger kravene til kontrahenternes tolerance i kontraktforholdet.

Foruden at undersøge erstatning som misligholdelsesbeføjelser undersøges også erstatningsansvaret mellem realdebitor og modtageren af realydelsen, der i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed oftest ikke er realkreditor. Konklusionen på dette afsnit er, at den private realdebitor kan blive mødt med krav om højere standard på realydelsen, end de krav der stilles til den offentlige instans, der løser samme opgave.

Mulighederne for at justere en kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed behandles i kapitel 8. Indledningsvis omtales det centrale begreb *kontraktbalance*. Det påpeges, at hvis der er knyttet en samfundsmæssig interesse til en kontrakt, må det forhold indregnes i kontraktbalancen.

Videre behandler kapitlet de muligheder, som obligationsretten rum-

mer for justering af kontrakter i de tilfælde, hvor kontrahenterne ikke selv har reguleret spørgsmålet. Grundlaget for at foretage justering i disse tilfælde er forudsætningslæren eller aftalelovens § 36. Mulighederne for at anvende disse regler analyseres i forhold til tre situationer, nemlig hvor behovet for justering udspringer af 1) at den offentlige kontrahent udøver myndighed, 2) at andre end kontrahenterne udøver myndighed og 3) at den offentlige kontrahent pålægges nye opgaver uden tilknytning til kontrakten. I forhold til situation 1) viser analysen, at den offentlige kontrahent i vid udstrækning gennem myndighedsudøvelse kan ændre forudsætningerne for kontrakten, uden at medkontrahenten kan kræve ændringer. I situation 2) er det primært den offentlige kontrahent, der kan få brug for at justere kontrakten. Såfremt realydelsen, som følge af lovændringer, ikke længere sikrer opfyldelse af den bagvedliggende faktiske forvaltningsopgave, kan den offentlige kontrahent i vid udstrækning kræve kontrakten justeret. Hvad angår situationen i 3), kan det ikke forventes at sådanne ændringer i faktum, kan udløse ret til at kræve justering af kontrakten.

Også kontrahenternes muligheder for selv at regulere adgangen til at justere deres kontrakt behandles i kapitel 8. Udgangspunktet skal her tages i kontraktfriheden. Parterne kan udnytte denne frihed til at ind sættes bestemmelser om justering i deres kontrakt. Kapitlet omtaler sådanne genforhandlingsklausuler. De såkaldte hardshipklausuler omtales særskilt, og det kommer i den forbindelse frem, at disse traditionelt vedrører økonomiske forhold. Da andre hensyn end økonomiske ofte har væsentlig betydning i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, bør parterne også overveje andre former for genforhandlingsklausuler. I alle tilfælde af genforhandlingsklausuler skal parterne foretage en vanskelig balancegang mellem behovet for fleksible klausuler og det faktum, at klausuler kan blive så brede og upræcise, at de bliver indholdsløse.

Endelig omtales i kapitel 8 også et praktisk problem, der knytter sig til justering af kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed, nemlig at sådanne kontrakter ofte er resultat af udbudsrunder. Af den grund skal man være opmærksom på, om nationale eller fællesskabsretlige udbudsregler sætter grænse for justering af indgåede kontrakter. Konklusionen er, at justering er mulig i disse tilfælde, men at adgangen ikke er fuldstændig fri.

Afhandlingens afsluttende kapitel 9 indeholder en kort sammenfat-

## Resumé

ning af de resultater, der er kommet frem gennem undersøgelsen i afhandlingen. Endvidere sættes resultaterne ind i nogle mere generelle sammenhænge. Således fremhæves det, at påvirkningen fra samfundsmæssig interesse må ses som påvirkning fra kontraktseksterne faktorer. Endvidere påpeges det, at inddragelsen af samfundsmæssig interesse, i den form det sker i afhandlingen, repræsenterer nogle tankemønstre og elementer, der afviger fra hvad der er normalt i forbindelse med obligationsret, men det bemærkes også, at de hensyn der er særlige i forbindelse med kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed har kunnet varetages gennem anvendelse af obligationsretten. Yderligere fremhæves det, at afhandlingen ikke har anvendt begrebet samfundsmæssig interesse som et enkeltstående forhold, men som et bredt begreb der er karakteristisk for de undersøgte kontrakter. Endelige påpeges det, at en række af de argumenter der er anvendt i afhandlingen også kan anvendes på andre kontrakter end kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed.

Afslutningsvis tages begrebet *samfundsmæssig interesse* op igen. Det fremhæves i den forbindelse, at undersøgelse har bekræftet, at der er tale om et begreb, der dækker over mange forhold, men der peges også på, at undersøgelsen har afdækket et par elementer, der kan være med til at beskrive begrebet.



# Forkortelser

Anvendt forkortelse	Forkortelse af
AB92	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. Udfærdiget af Boligministeriet 10. december 1992
ABService 2003	ABService 2003 – Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser. Et standardiseret aftalegrundlag til brug for udbud og tilbud på serviceområdet. Udsendt af Økonomi- og Erhvervsministeriet, april 2003
asl.	Aktieselskabsloven
Bkg.	Bekendtgørelse
Cirk.	Cirkulære
CISG	De Forenede Nationers konvention af 11. april 1980 om aftaler om internationale køb
DL	Danske Lov; udstedt 15. april 1683 af kong Christian den Femte
EMK	Det europæiske Råds Konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder
FOB	Folketingets Ombudsmands beretning, København
H	Afgørelse fra Højesteret
ICC	International Chamber of Commerce

*Forkortelser*

ICC Hardship	ICC's forslag til hardshipklausul som præsenteret i ICC publikation nr. 421 E (1985)
J	Tidsskriftet Juristen, København
Jf.	Jævnfør
KFE	Kendelser om fast ejendom, København
Lbk.	Lovbekendtgørelse
ND	Nordisk Domssamling, Oslo
NDS	Nordiske domme i søfartsanliggender, Oslo
NRt.	Norsk Retstidende, Oslo
PECL	Principles of European Contract Law
Samlingen	Samlingen af afgørelser fra EF-domstolen og Retten i Første instans
SvJT	Svensk Jurist Tidning, Stockholm
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap, Oslo
U	Ugeskrift for Retsvæsen, København
UNIDROIT	Institut International pour l'unification du droit privé
UNIDROIT Principles	UNIDROIT's Principles of International Commercial Contracts (1994)
V	Afgørelse fra Vestre Landsret
Ø	Afgørelse fra Østre Landsret

# Lovregister

Nedenfor følger en fortegnelse over de love, der er omtalt i afhandlingen. Den titel på loven, som anvendes i afhandlingen, findes i venstre spalte, mens lovens fulde titel samt oplysninger om lovnummer m.v. fremgår af spalten til højre. Registeret er opdateret til 15. november 2003.

<b>Titel i afhandlingen</b>	<b>Refererer til</b>
Aftaleloven	Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område. Lbk. nr. 781 af 26. august 1996
Aktieselskabsloven	Lov om aktieselskaber. Lbk. nr. 9 af 9. januar 2002, som ændret ved lov nr. 302 af 30. april 2003, lov nr. 303 af 30. april 2003 og lov nr. 453 af 10. juni 2003
Anpartsselskabsloven	Lov om anpartsselskaber. Lbk. nr. 10 af 9. januar 2002, som ændret ved lov nr. 303 af 30. april 2003
Arveloven	Arveloven. Lbk. nr. 727 af 14. august 2001
Beredskabsloven	Beredskabsloven. Lbk. nr. 912 af 2. oktober 2000, som ændret ved lov nr. 293 af 30. april 2003 og lov nr. 381 af 28. maj 2003
CISG	De Forenede Nationers konvention af 11. april 1980 om aftaler om internationale køb
DL	Kong Christian den Femtes Danske Lov, udstedt den 15. april 1683

*Lovregister*

EF-traktaten	Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab
EMK	Det europæiske Råds Konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder
EU-traktaten	Traktat om Den Europæiske Union
Forbrugeraftaleloven	Lov om visse forbrugeraftaler (Dørsalg mv., fjernsalg og løbende tjenesteydelser). Lbk. nr. 886 af 23. december 1987, som ændret ved lov nr. 262 af 6. maj 1993, lov nr. 1098 af 21. december 1994 og lov nr. 442 af 31. maj 2000
Forvaltningsloven	Forvaltningsloven. Lov nr. 571 af 19. december 1985, som ændret ved lov nr. 347 af 6. juni 1991, lov nr. 215 af 22. april 2002 og lov nr. 382 af 6. juni 2002
Færdselsloven	Færdselsloven. Lbk. nr. 712 af 2. august 2001, som ændret ved lov nr. 217 af 22. april 2002, lov nr. 380 af 6. juni 2002, lov nr. 1049 af 17. december 2002 og lov nr. 432 af 10. juni 2003
Grundloven	Danmarks Riges Grundlov. Lov nr. 169 af 5. juni 1953
Halvlederloven	Lov om beskyttelse af halvlederprodukters udformning (topografi). Lov nr. 778 af 9. december 1987
HT-loven	Lov om hovedstadsområdets kollektive persontrafik. Lbk. nr. 492 af 16. juni 1995, som ændret ved lov nr. 1230 af 27. december 1996, lov nr. 289 af 18. maj 1998, lov nr. 355 af 2. juni 1999, lov nr. 399 af 2. juni 1999 og lov nr. 1317 af 20. december 2000

Kommunestyrelsesloven	Lov om kommunernes styrelse. Lbk. nr. 629 af 29. juni 2001, som ændret ved lov nr. 145 af 25. marts 2002, lov nr. 373 af 6. juni 2002, lov nr. 1089 af 17. december 2002 og lov nr. 381 af 28. maj 2003
Konkurrenceloven	Lov om konkurrence. Lbk. nr. 539 af 28. juni 2002, som ændret ved lov nr. 381 af 28. maj 2003
Købeloven	Lov om køb. Lbk. nr. 237 af 28. marts 2003
Lov om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder	Lov om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder. Lov nr. 378 af 14. juni 1995 som ændret ved lov nr. 475 af 1. juli 1998, lov nr. 355 af 2. juni 1999 og lov nr. 213 af 28. marts 2001
Lejeloven	Lov om leje. Lbk. nr. 347 af 14. maj 2001, som ændret ved lov nr. 447 af 7. juni 2001, lov nr. 402 af 6. juni 2002, lov nr. 1090 af 17. december 2002 og lov nr. 399 af 28. maj 2003
Lov om patienters retsstilling	Lov om patienters retsstilling. Lov nr. 482 af 1. juli 1998
Markedsføringsloven	Lov om markedsføring. Lbk. nr. 699 af 17. juli 2000, som ændret ved lov nr. 428 af 6. juni 2002 og lov nr. 450 af 10. juni 2003
Miljøbeskyttelsesloven	Lov om miljøbeskyttelse. Lbk. nr. 753 af 25. august 2001, som ændret ved lov nr. 475 af 7. juni 2001, lov nr. 145 af 25. marts 2002 og lov nr. 260 af 8. maj 2002

### *Lovregister*

Offentlighedsloven	Lov om offentlighed i forvaltningen. Lov nr. 572 af 19. december 1985, som ændret ved lov nr. 347 af 6. juni 1991, lov nr. 504 af 30. juni 1993, lov nr. 276 af 13. maj 1998 og lov nr. 429 af 31. maj 2000
Patentloven	Patentloven. Lbk. nr. 781 af 30. august 2001, som ændret ved lov nr. 451 af 10. juni 2003
Patientforsikringsloven	Lov om patientforsikring. Lbk. nr. 228 af 24. marts 1997, som ændret ved lov nr. 395 af 2. juni 1999, lov nr. 145 af 25. marts 2002 og lov nr. 430 af 10. juni 2003
Planloven	Lov om planlægning. Lbk. nr. 763 af 11. september 2002, som ændret ved lov nr. 440 af 10. juni 2003
Persondataloven	Lov om behandling af personoplysninger. Lov nr. 429 af 31. maj 2000, som ændret ved lov nr. 280 af 25. april 2001
Retssikkerhedsloven	Lov om retssikkerhed og administration på det sociale område. Lbk. nr. 697 af 5. august 2003
Service-loven	Lov om social service. Lbk. nr. 764 af 26. august 2003
Skattestyrelsesloven	Lov om skattemyndighedernes organisation og opgaver m.v. (skattestyrelsesloven). Lbk. nr. 805 af 24. september 2003
Sygehusloven	Lov om sygehusvæsenet. Lbk. nr. 766 af 28. august 2003
Tilbudindhentningsloven	Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Lov nr. 450 af 7. juni 2001

Tinglysningsloven	Lov om tinglysning. Lbk. nr. 622 af 15. september 1986, som ændret ved lov nr. 138 af 7. marts 1990, lov nr. 398 af 13. juni 1990, lov nr. 322 af 31. maj 1991, lov nr. 281 af 29. april 1992, lov nr. 153 af 8. marts 1994, lov nr. 389 af 14. juni 1995, lov nr. 1072 af 20. december 1995, lov nr. 382 af 22. maj 1996, lov nr. 385 af 22. maj 1996, lov nr. 1019 af 23. december 1998, lov nr. 419 af 31. maj 2000, lov nr. 429 af 31. maj 2000 og lov nr. 216 af 22. april 2002
Vandforsyningsloven	Lov om vandforsyning mv. Lbk. nr. 130 af 26. februar 1999, som ændret ved lov nr. 355 af 2. juni 1999, lov nr. 374 af 2. juni 1999, lov nr. 1273 af 20. december 2000, lov nr. 466 af 7. juni 2001 og lov nr. 145 af 25. marts 2002
Værgemålsloven	Værgemålsloven. Lov nr. 388 af 14. juni 1995





# Kildefortegnelse

## Bøger

- Andersen, Lennart Lyng og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1999
- Andersen, Lennart Lyng m.fl.: Fakta. Selskabsret for praktikere – en håndbog for virksomheder, Forlaget Thomson, København 2000
- Andersen, Lennart Lyng og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemænd, 4. udg., Forlaget Thomson, København 2001
- Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, 1. udg., Chr. Ejlers' Forlag, København 1997.  
Hvor intet andet er angivet henviser *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret* til 2. udgave af værket
- Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, 2. udg., Gjellerup, København 2002.  
Hvor intet andet er angivet henviser *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret* til 2. udgave af værket
- Andersen, Mads Bryde og Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I – ydelsen, beføjelser, Forlaget Thomson, København 2000
- Andersen, Poul: Dansk Forvaltningsret, 5. udg., Gyldendal, København 1965
- Basse, Ellen Margrethe: Affaldslovgivningen – et samspil mellem miljø- og konkurrenceret, GadJura, København 1995

*Kildefortegnelse*

- Basse, Ellen Margrethe m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1989
- Basse, Ellen Margrethe (red.): Miljøretten I. Almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001
- Bernt, Jan Fridthjof: Forvaltningsavtaler. En introduktion, Universitetet i Oslo, Institut for offentlig rett, skrift nr. 1, 1975
- Bernt, Jan Fridthjof: Avtaler med stat og kommune, Universitetsforlaget, Bergen 1981
- Boeck, Anne Birte: Lov om planlægning med kommentarer, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994
- Boesgaard, Eric: Entrepriseudbud. Udbud, tilbud, ordre efter lov om tilbudsindhentning, Gjellerup, København 2002
- Bønsing, Sten: Brancheregler og brancheproses, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001
- Christensen, Bent: Forvaltningsret. Opgaver – hjemmel – organisation, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1997
- Deering, Anne og Anne Murphy: The difference engine. Achieving powerful and sustainable partnering. Gower Publishing Ltd. England 1998
- Dent, Stephen M.: Partnering intelligence. Creating value for your business by building strong alliances, Davies-Black Publishing, Palo Alto California USA 1999
- Dübeck, Inger: Købekoner og konkurrence, Juristforbundets Forlag, København 1978

*Kildefortegnelse*

- Eckhoff, Torstein: Forvaltningsrett, 6. udg. v. Eivind Smith, Tano, Oslo 1997
- Eide, Erling: Rettsøkonomi for offentlig rett, Oslo 1999
- von Eyben, Bo: Patientforsikring, Gads Forlag, København 1993
- von Eyben, Bo og Hans Henrik Vagner: Lærebog i erstatningsret, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1999
- von Eyben, Bo m.fl.: Lærebog i obligationsret II – personskifte i skyldforhold. Fordringers ophør. Hæftelsesformer, Forlaget Thomson, København 2000
- Espersen, Preben: Delegation i kommunestyret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1985
- Evald, Jens: Retsmisbrug i formueretten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001
- Fabricius, Jesper og René Offersen: EU's Udbudsregler i praksis, Forlaget Thomson, København 2002
- Frihagen, Arvid: Avtaler med forvaltningsmyndighetene, Universitetsforlaget, Oslo 1977
- Frihagen, Arvid: Forvaltningsrett (bind I), 3. udg. Forlaget A. Frihagen, Oslo 1991
- Gadman, Sean: Power partnering. A strategy for business excellence in the 21st century, Butterworth-Heinemann, 1997
- Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003

*Kildefortegnelse*

- Garde, Jens og Jørgen Mathiassen: Kommunalret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1991
- Garde, Jens m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1997
- Garde, Jens m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001
- Gomard, Bernhard: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold, Gads Forlag, København 1958 (1990)
- Gomard, Bernhard: Obligationsret, 1. del, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1998
- Gomard, Bernhard: Obligationsret, 2. del, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1995
- Gomard, Bernhard: Obligationsret, 3. del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1993
- Gomard, Bernhard: Almindelig kontraktret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1996
- Grönfors, Kurt: Avtal och omförhandling, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1995
- Hansen, Holger: Regulering af fast ejendom, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1997
- Harder, Erik: Dansk kommunalforvaltning, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1987

*Kildefortegnelse*

- Hellner, Jan: Specieell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2. häftet, 2. udg., Juristförlaget, Stockholm 1993
- Huser, Kristian: Avtaletolking, Universitetsforlaget, Bergen 1983
- Huser, Kristian: Avtalesensur, Bergen 1984
- Hørlyck, Erik: EU-udbud, Nyt Juridisk Forlag, København 1997
- Hørlyck, Erik: Tilbudsloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002
- Illum, Knud: Servitutter, Nyt Nordisk Forlag, København 1943
- Jacobsen; Per: Kollektiv arbejdsret, 5. udg., Jurist- og økonomforbundets Forlag, København 1994
- Jensen, Claus Haagen og Carl Aage Nørgaard: Administration og borger, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1988
- Jespersen, Jesper: Miljøøkonomi, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København 1998
- Jørgensen, Stig: Kontraktret (bind 1), Juristforbundets Forlag, København 1971
- Jørgensen, Stig: Kontraktret (bind 2), Juristforbundets Forlag, København 1972
- Jørgensen, Stig m.fl.: Ejendomsrettens udvikling, Juristforbundets Forlag, København 1979
- Kvale, Steinar: Interview, Hans Reitzels Forlag, København 1997

*Kildefortegnelse*

- Lassen, Julius: Haandbog i Obligationsretten – almindelige del, 3. udg., Gad, København 1920
- Lehrberg, Bert: Omförhandlingsklausuler. Betydelse och rättslig behandling, tillämpningsområden, rekvisit och rättsföljder, Norstedts Juridik, Stockholm 1999
- Madell, Tom-Erik: Det almäna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, Norstedts Juridik, Stockholm 1998
- Madsen, Palle Bo: Aftalefunktioner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1983
- le Maire, Emil og Niels Preisler: Lov om kommunernes styrelse og Normalforretningsorden, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2000
- Mathiassen, Jørgen: Aftaler i forvaltningsretten – med særlig henblik på aftaler mellem forvaltningsmyndigheder og private, Juristforbundets Forlag, København 1974
- Moody, Patricia E.: Breakthrough partnering. Crating a collective enterprise advantage. Oliver Wight Publications Inc., 1993
- Møller, Flemming: Værdisætning af miljøgoder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1996
- Nassar, Nagla: Sanctity and contracts revisited. A study in the theory and practice of long-term international commercial transactions, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1995

*Kildefortegnelse*

- Nielsen, Ruth: Retskilderne, 7. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002
- Nielsen, Ruth: Udbud af offentlige kontrakter, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002
- Nørager-Nielsen, Jacob og Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer, 2. udg., Gads Forlag, København 1993
- Raaschou-Nielsen, Agnete og Nicolai Juul Foss: Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, GadJura, København 1997
- von Post, Claes-Robert: Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, Förlag Claes-Robert von Post och Jure, Stockholm 1999
- Rackham, Neil, m.fl.: Getting partnering right. How market leaders are creating long-term competitive advantage, McGraw-Hill, 1996
- Riis, Thomas: Ophavsret og retsøkonomi, GadJura, København 1996
- Ross, Alf: Om ret og retfærdighed, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, København 1953
- Ross, Alf: Dansk Statsforfatningsret I, Nyt Nordisk Forlag, København 1959
- Scheuing, Eberhard E.: The power of strategic partnering, Productivity Press, Portland Oregon USA, 1994
- Schovsbo, Jens: Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktretten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001

*Kildefortegnelse*

- Simonsen, Lasse: Prekontraktuelt ansvar, Universitetsforlaget, Oslo 1997
- Steinicke, Michael: EU-udbud og forhandling, Nyt Juridisk Forlag, København 1999
- Sørensen, Max: Statsforfatningsret, 2. udg. ved Peter Germer, Juristforbundets Forlag, København 1973
- Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2000
- Tvarnø, Christina D.: Skattemæssigt underskud i selskaber i EU, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001
- Ulfbeck, Vibe: Kontraktens relativitet – det direkte ansvar i formueretten, Forlaget Thomson, København 2000
- Ussing, Henry: Dansk obligationsret, almindelig del, 2. udg., Gads Forlag, København 1942
- Ussing, Henry: Aftaler paa formuerettens område, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1950 (1984)
- Ussing, Henry: Obligationsretten. Almindelig del, 4. udg., Juristforbundets Forlag, København 1967
- Vagner, Hans Henrik: Entrepriseret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001. Under medvirken af Torsten Iversen
- Wegener, Morten: Juridisk metode, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2000
- Werlauff, Erik: Selskabsret, 4. udg., Forlaget Thomson A/S, København 2000



- Woxholth. Geir: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 4. udg., Gyldendal Norsk Forlag, Oslo 2001
- Zahle, Henrik: Dansk forfatningsret 2, 3. udg., Chr. Ejlers' Forlag, København 2001
- Zahle, Henrik: Dansk forfatningsret 3, 2. udg., Chr. Ejlers' Forlag, København 1998
- Zahle, Henrik (red.): Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1999

## Artikler

- Frost, Kim: Ret og pligt til afhjælpning, U2002B.384
- Gomard, Bernhard: Law & Economics – retsregler og økonomiske modeller, Julebog 1998, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1998
- Hansen, Jesper Lau: Retsøkonomiens veje og vildveje, U1999B.115
- Nielsen, Ruth og Paul Krüger Andersen: Retsøkonomi og retskildelære, U1998B.476
- Posner, Richard A.: The Economic approach to Law, Texas Law Review 1975.757
- Riis, Thomas: Transaktionsomkostningsingeniører, Julebog 1998, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1998
- Riis, Thomas: Normativitet og den praktiske anvendelighed af retsøkonomi, TfR2000.477

### *Kildefortegnelse*

- Roos, Carl Martin: Varför rättsekonomi, TfR1993.227
- Samfundsøkonomen Nr. 3, maj 2000, Danmarks Jurist- og Økonomforbund
- Trolle, Jørgen: Kommentar til U1967.22H, U1967B.77
- Tvarnø, Christina D.: Partnering. En aftaleretlig udfordring, Retsvidenskabeligt tidsskrift 2002.74. [www.rettid.dk](http://www.rettid.dk)
- Unger, Sven: Får myndighet i avtal åtaga sig att iakttaga sekretess?, Festschrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987
- Vatn, Arild og Daniel W. Bromley: Choices without Prices without Apologies, Journal of Environmental Economics and Management 1994.129
- Wilhelmsen, Trine-Lise: Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet, TfR1995.1

### Responsa, notater, pjecer m.v.

- Christensen, Bent: Myndighedsopgaver og udlicitering. Responsum til Udliciteringsrådet; udsendt af Udliciteringsrådet, København 1997
- Erhvervs- og Selskabsstyrelsen: Manual om vurdering af erhvervsøkonomiske konsekvenser, juni 2002
- Erhvervs- og Selskabsstyrelsen: Redegørelse til Folketingets Erhvervsudvalg om kommuners og amtskommuners deltagelse i erhvervsdrivende selskaber m.v., januar 2003
- ICC: Force majeure and hardship, ICC Publication # 421 (E), ICC Publishing, Paris 1985

*Kildefortegnelse*

- Justitiedepartementet: Generalklausuler i förmögenhetsrätten,  
Statens offentliga utredningar 1974:83,  
Stockholm 1974
- Jørgensen, Stig: Foreløbig redegørelse om formuerettens  
generalklausuler, København 1974.  
Redegørelse afgivet til Justitsministeriet
- Wegener, Christian Ændrede forholds betydning for  
kontraktforhold - om hardship og  
hardshipklausuler, Kromann og Münter,  
København 1998

# Register over afgørelser

## Afgørelser trykt i Ugeskrift for Retsvæsen (U)

1913.457H	25, 27	1987.526H	199, 267
1921.168H	25, 28	1989.1039/3H	277
1954.378Ø	164	1990.724/4H	136, 140, 147, 245
1957.395Ø	109	1993.733Ø	27
1958.412Ø	27	1994.545H	144
1962.579Ø	136	1995.277/2H	277, 289, 290
1963.101H	136, 145, 154	1995.557H	200, 244, 285, 286
1966.145H	139, 245	1995.624H	144
1967.22H	26	1996.259H	213
1967.642H	91, 93, 109, 110, 111, 133	1996.1625H	277
1968.84H	257	1996.1659H	213
1969.25H	139	1997.1642H	82
1972.325H	32	1998.281H	272, 278
1973.11H	109, 112, 133	1998.566H	273
1973.14H	26	1998.1669H	27
1973.651H	147, 245	1999.702Ø	175
1975.106H	144	1999.803H	283
1975.399H	138	2000.577H	27
1976.1H	138	2000.631H	164
1976.359H	92, 110, 133, 292	2000.980Ø	266, 273
1977.779Ø	250	2000.1196/2H	254
1980.343H	133, 137, 146, 154, 156	2000.1313H	30
1981.300H	198, 199, 267	2000.1366H	111, 112, 133, 200, 282, 283, 286
1981.380Ø	285	2000.2325H	164
1983.429V	273	2001.1896V	320
1983.714H	257	2002.235H	256
1985.230V	144	2002.706H	277
1985.368H	252, 254	2002.1180H	199
1986.824V	202, 267		

*Register over afgørelser*

2002.1224H	278
2002.1698H	277
2002.1854V	200, 201, 286
2002.1933Ø	277

**Afgørelser trykt i Nordisk Domssamling (ND)**

1975.395	284
1991.409	246, 251, 254
1994.157	251, 283

**Afgørelser trykt i Nordiske domme i sjøfartsanliggender (NDS)**

1985.234	204, 272, 293
----------	---------------

**Afgørelser trykt i Norsk Retstidende (NRt.)**

1971.228	133, 140
1975.246	285
1975.882	133, 140
1992.1235	108

**Afgørelser trykt i Kendelser om fast ejendom (KFE)**

1998.248	320
1999.157	320

**Afgørelser trykt andre steder**

Voldgiftskendelse af 9. april 1996,  
Århus Kommune mod Århus Renholdningsselskab.  
Gengivet i dagbladet Morgenavisen Jyllandsposten den 10. april 1996.  
Omtalt i afhandlingen side: 15, 218, 260

# Stikordsregister

## A

ABService 2003 77f  
afhjælpning 224ff  
– debtors afhjælpningspligt 225f  
– debtors afhjælpningsret 226f  
– kreditors afhjælpningsret 227f  
aftalelovens § 36 271ff  
– anvendt til fordel for 3. mand 293ff  
– ekstern myndighedsudøvelse 291ff  
– forudsætningslæren og - 276ff  
– genforhandlingsaftalers gyldighed 312 (n 565)  
– kontrahent pålægges nye opgaver 298ff  
– kontrahents myndighedsudøvelse 286  
agreed documents 152  
aktindsigt 170ff  
almene interesser, se også samfundsmæssig interesse 21 (n 10)  
almenvellet, se også samfundsmæssig interesse 21 (n 10)  
anteciperet misligholdelse 205ff  
– debtorskifte og - 208ff  
– leveringsnægtelse og - 211ff

## B

biydelse  
– begreb 168  
– betydning for kontraktbalance 267  
– ikke-opfyldelse 197  
– ophævelse 239f

## D

debitorskifte  
– anteciperet misligholdelse ved - 208ff  
– fusion og - 184ff  
– samfundsmæssig interesse og - 187ff  
– udgangspunktet for - 182  
deduktiv metode 73f, 88  
det offentlige 35f  
detentionsret 228ff

## E

efficiens 83  
efterlevering 224

eneret 230, 264  
entreprisekontrakt 60  
erstatning  
– mellem kontrahenter 243ff  
– mellem realdebitor og bruger 248ff  
essential facility 232 (n 437)

## F

faktisk forvaltningsvirksomhed 49ff  
fordringshavermora 216ff  
– misligholdelse? 216f  
– risiko og - 217f  
forholdets natur 76  
forpligtelse med selvstændigt grundlag 169  
– ophævelse 240  
fortolkning 130ff  
– begreb 128  
fortolkningsdata 131ff  
– samfundsmæssig interesse som - 134ff  
fortolkningsregler 148ff  
forudsætningslæren  
– aftalelovens § 36 og - 276ff  
– anvendt ved fusion 190f, 208ff  
– ekstern myndighedsudøvelse og - 287ff  
– forhold til andre regler 275f  
– kontrahents myndighedsudøvelse og - 281ff  
– lærens indhold 274f  
– nye opgaver og - 298  
forvaltningskontrakt 89ff  
– begreb 90ff  
– den private part 93ff  
– kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed og - 89f  
– kontraktfrihed 103f  
fusion  
– anteciperet misligholdelse som følge af - 208ff  
– debitorskifte ved - 184ff  
– samfundsmæssig interesse ved - 183f

- G**  
genforhandlingsklausuler 309f
- H**  
hardship 303, 305ff  
hardshipklausuler 303  
hovedydelse  
– begreb 168  
– betydning for kontraktbalance 267  
– ikke-opfyldelse 197  
– ophævelse 238f
- I**  
ikke-opfyldelse  
– begreb 196  
individ 34  
induktiv metode 73
- J**  
justeret opfyldelse  
– når kontrahent udøver myndighed 281ff  
– når nye opgaver 298ff  
– udbud og - 314ff  
– ved ekstern myndighedsudøvelse 286ff  
justeringsbestemmelser 302
- K**  
kaldor-hicks-efficiens 83f  
kendelighed 240f  
kontraheringspligt 67, 121  
kontrakt  
– begreb 39f  
– den almindelige - 41  
– typer af - 46f  
kontrakt om faktisk forvaltningsvirksomhed 48ff  
– forhold til andre kontrakter 52ff  
– forskellige kontraktstyper 59ff  
– forvaltningskontrakt og - 89f  
– indgåelse 64ff  
– kontraktfrihed 64f  
– myndighedsudøvelse og - 51f  
– parter i - 63f  
– samfundsmæssig interesse i - 48  
kontrakt om kommunalt samarbejde 52ff  
– kompetenceoverførelse 53  
– myndighedsoverdragelse 54ff
- kontrakt om myndighedsudøvelse, se også forvaltningskontrakt 89ff  
kontraktbalance  
– begreb 266  
– justering og - 266ff  
– samfundsmæssig interesse og - 269f  
– svigtende forudsætninger og - 289ff  
kontraktfrihed 119ff  
– justeringsbestemmelser og - 302  
– kontrakter om faktisk forvaltningsvirksomhed og - 64ff  
– kontrakter om myndighedsudøvelse og - 103ff, 112ff
- L**  
leveringsnægtelse 211  
loyalitetspligt  
– begreb 198ff  
– betydning for indhold i genforhandlingsklausul 312  
– fordringshavermora og - 217  
– kontraktbalance og - 267f  
– omfang 142, 201ff  
– væsentlig misligholdelse og - 242
- M**  
misligholdelse 196f  
– ikke-opfyldelse og - 196  
misligholdelsesbeføjelser  
– begreb 215  
– betingelser for - 216  
myndighedsbeføjelser  
– overdragelse af - 51f  
myndighedsudøvelse  
– binding af - 104ff  
– faktisk forvaltningsvirksomhed og - 51  
– kontrakter om -, se også forvaltningskontrakt 89ff
- N**  
naturalopfyldelse 221ff  
– afhjælpning 224ff  
– efterlevering 224  
– omlevering 224  
– tvangsfuldbyrdelse 222  
– værdispild 223f

## Stikordsregister

### O

- offentligretlige aftaler,
  - se også forvaltningskontrakt 89
- omlevering 195, 224
- opfyldelse 125ff
- ophævelse 232ff
  - betingelse for - 232ff
  - kontraktbestemmelser om - 233f
  - krav om kendelighed 240f
  - lovregulering af adgang til - 233

### P

- pareto-efficiens 83
- partnering 60ff
- partneringaftale
  - begreb 61ff
  - fortolkning af - 157ff
- politisk prioritering 36
- politiske aftaler 58

### R

- realydelse
  - bydelse 168
  - forpligtelse med selvstændigt grundlag 169
  - hovedydelse 168
  - kreditors krav til kvalitet 165ff
  - lovkrav til kvalitet 164f
  - offentligretlig - 169ff
- reklamation 219f
- retsøkonomi
  - generelt 79ff
  - samfundsmæssig interesse og - 84ff

### S

- samfund 21
  - individ og - 34f
  - det offentlige og - 35f
  - politisk prioritering og - 36
- samfundets interesse, se også samfundsmæssig interesse 21

- samfundsinteresse, se samfundsmæssig interesse 21
- samfundsmæssige hensyn, se også samfundsmæssig interesse 21
- samfundsmæssig interesse 17ff, 21
  - begrebet i denne afhandling 33ff
  - et fantasifoster? 17ff
  - som fortolkningsdatum 134ff
  - uklarhedsreglen og - 153ff
  - økonomisk værdi af - 85ff, 188, 221, 248
- samfundsnytte, se også samfundsmæssig interesse 17
- supplering 127f

### T

- tavshedspligt 175ff
- tolerance 258ff

### U

- udbud 65, 314ff
- udbudscirkulære 65ff, 121, 141, 324
- udfyldning 159ff
  - begreb 128
- uklarhedsreglen
  - indhold 150f
  - anvendelse på agreed documents 152f
  - samfundets interesse og - 153ff

### V

- vedvarende kontrakt
  - begreb 156
  - fortolkning af - 155f
- vejledningspligt 179ff
- væsentlig misligholdelse 234ff

### W

- willingness-to-accept 86
- willingness-to-pay 86