

Torsdag den 24. august 1978 kl. 14
Sektionsmøde

Offentlige forvaltningsorganer som aftalepartnere

Se bilag 11

Debatleder: Professor, jur. dr. *Edward Andersson*, Finland:

Debatlederen:

Her skal diskussionen om offentlige organer som aftaleparter indledes. Referenten er professor Toivo Holopainen, co-referenten er professor Arvid Frihagen. Han er sprunget ind i sidste øjeblik, efter at amanuensis Bernt, som oprindeligt var udset til co-referent, var nødsaget til at afstå. Frihagen har også udfærdiget et kort sammendrag eller en kort opstilling af sin tale. Jeg giver ordet til professor Holopainen. Værsgod.

Referenten, professor *Toivo Holopainen*, Finland:

I de olika länderna förhåller man sig tydligen i någon mån olika till användningen av avtal vid skötseln av offentliga samfundens uppgifter. Ur litteraturen har jag fått uppfattningen att man till exempel i Norge fäster betydligt mer uppmärksamhet vid dylika avtal än i Finland. I Finland torde också rättspraxis vara mindre än in Norge. Detta kan utgöra ett indicium på att det i Norge ävens finns mere problem i anslutning till dessa frågor än i Finland. I de rent privata-trättsliga avtal som offentliga samfund även i Finland gör i stor

utsträckning bör på dem tillämpas samma regler och principer som på privaträttsliga avtalsparter. Härvid kan visserligen stå vissa speciella problem av den orsaken att de offentliga samfundens verksamhet regleras av speciella stadganden, att samfundets ställning som avtalspart ofta är stark och att det därför kan utöve påtryckning mot sin motpart till exempel genom expropriationshot, och att den kan använda offentlig makt för att åstadkomma rättsverkningar som påverkar avtalsslutet. Några exempel. En kommun säljer en tomt på ett stadsplanerat område för det ändamål planen förutsätter. Senare besluter kommunen ändra stadsplanen så att tomten inte kan användas för detta ändamål. Jag finner det klart att kommunen är skadeståndsskyldig. Låt oss tänka att kommunen säljer området för ett ändamål som inte motsvarar planen och förbinder sig att ändra planen. Planändringen kan dock inte genomföras därför att fullmäktige inte fattar ett sådant beslut eller ministeriet inte stadfäster ändringen. I detta fall skulle jag primärt anse att skadeståndsskyldighet inte föreligger. Min motivering är att avtalskontrahenten bör veta att avtalets förverkligande beror av ett separat förvaltningsrättsligt beslut och att beslutfattares frihet inte kan begränsas genom avtalet. I sistnämnda fall kan man självfallet tänka sig olika situationer som leder till olika slutresultat. Till exempel huruvida det beror på kommunen eller på statlig myndighet att avtalet inte kan förverkligas, huruvida avtalet om planändringen godkänns av fullmäktige o.s.v. En egen kategori bildar avtalskontrahenten. Här uppstår på annan grund skadeståndsplikt för kommunen eller dem som handlat för den. Ett annat exempel: kommunen förmår en markägare att sälja ett område genom att hota med expropriation. Säljaren ville få köpet, som för honom visat sig oförmånligt, upphävd på den grund att expropriationshot använts. I detta fall tillämpas avtalslagens stadganden sågs i slutet av mitt skriftliga referat. Hotet måste vara reelt. Det är inte nog med enbart en hänvisning till expropriation under köpeförhandlingarna. Ifall de som handlat för det offentliga samfundet har handlat så att de kan dömas till straff för tjänstebrott finns säkert skäl till hävningen av köpet eller skadestånd. Sådana icke privaträttsliga avtal om vilka man kunde använda termen offentligt rättsligt avtal är mer problematiska. Utanför det egentliga avtalsbegreppet skulle jag lämna s.k. politiska avtal som inte kan förverkligas på rättslig väg. I Finland har till exempel regeringen och de kommunala centralor-

ganisationerna på kommunernas vägnar avtalat om begränsning av de offentliga utgifterna så att kommunerna inte påläggs nya oblika-toriska uppgifter och att kommunerna för sin del inte ökar sina utgifter så att den kommunalutaeringen i hela landet stiger över en viss gräns. Detta avtal kunde inte verkställas på åtgärd av domstol. De kommunala centralorganisationerna har dessutom inte kompe-tens att binda kommunernas beslutanderätt och inte heller kan rege-ringen rättsligt binda riksdagen. Läget är ett annat ifall avtalsförfä-randet bygger på lag. I Finland stiftades i år en ny lag om lantbruk-sinkomsten, enligt vilken regeringen och producentorganisationer avtalar om priset på lantbruksprodukter. Då är det klart att avtalet har rättslig betydelse. Priserna bör bestämmas enligt avtalet och avtalet bör kunna förverkligas rättsligt. Jag kan inte i detta skede spekulera i vilka problem härvid kunde uppstå och hur de borde lösas. Praxis i Finland har dock varit sådan att lagar av denna art tolkats högst bokstavligt. I avseende å offentligträttsliga avtal mellan offentliga samfund har man i Finland hållit rätt strikt på att avtal inte görs om sådant varom förutsätts bara stadgat i lag. Avtal rörande skatter är inte tillåtna i Finland, inte heller i övrigt har det ansett vara möjligt att avvika från de lagstadgade grunderna. Sålunda har i rättspraxis ansetts att i ett avtal rörande ett kommunalförbund vari ett antal kommuner har avtalat om upprätthållande av ett sjukhus det inte varit möjligt att öka den kommunens proportionella betalningsansvar i vilken sjukhuset var beläget. Bakgrunden till avtalet var den övriga nytta den ifrågavarande kommunen hade av sjukhuset placering. Högsta förvaltningsdomstolens ståndpunkt motiverades med att kommunallagen ansågs förutsätta att kommunerna deltog i kostna-derna med proportionella andelar och lagen inte kände avtal av nämnda innebörd. På vissa område har praxis i Finland dock glidit bort från denna stränga linja. Jag hänvisar här till de i referatet nämnda s.k. områdesbyggnadsavtalen i vilka de facto godkänts en praxis som uppenbarligen ändrar lagen. Denna praxis måste man uppenbarligen ges rättslig betydelse. I praktiken kan detta avtal föranleda svara tolkningsfrågor i sådana situationer då det inte har förverkligats. Enligt min mening bör man i dessa fall utgå från prin-cipen om avtalsk bindande kraft och sträva till lösningar som är förenliga med gängse praxis. Detta innebär bl.a. att ingendera avtals-parten får enhålla ogrundad fördel av ett sådant avtal. Slutligen

konstaterar jag, att man i Finland knappast är beredd att i rättspraxis godkänna sådana avtal som inskränkar den ensidiga lagstadgade beslutanderätt som tillkommer förvaltningsmyndighet, men om någon har presterat något med stöd av ett sådant avtal får detta inte leda till oberättigad förmån för det offentliga samfunnet.

Professor *Arvid Frihagen*, Norge:

/. *Noen aktuelle problemer.*

Det offentlige inngår i stor utstrekning avtaler med private, private selskaper og private enkeltpersoner. Det er derfor praktisk viktig for advokater og andre som skal bistå og gi råd både hvilke vanskeligheter det er ved inngåelser og hvilke restriksjoner som gjelder. Særlig er det viktig å gjøre den private part - klienten - oppmerksom på vanskelighetene med å få gjennomført eller få sikret gjennomføring av det som er avtalt. Det er begrensninger både i adgangen til å inngå slike avtaler, måten de inngås på, og i mulighetene til å få gjennomført avtalene ved domstolenes hjelp eller ved andre rettslige skritt. I disposisjonen som er delt ut, har jeg pekt på tre typer avtaler.

1. Avtaler om innkjøp og byggearbeider.

For det første har vi avtaler, hvor det offentlige kjøper eller får utført arbeid. Særlig i dag hvor det er arbeidsløshet, er det behov for å styrke industrien slik at en kan utvikle industrikapasitet og kyndighet.

Hvor det er behov for å støtte utkantstrøk, vil avtaler med stat og kommune i en viss utstrekning måtte bygge på annet enn forretningsmessige hensyn. Det er her et element av støtte af offentlige midler. Her ser vi nok i alle de nordiske land at en ikke følger de restriksjoner om preferanse som skulle følge av Efta-avtalen, som jo i prinsippet, så langt den rekker, forbyr nasjonal preferanse.

Vi ser at det trekkes inn lokale og andre hensyn som kan i hvert fall være på grensen til det rettslig akseptable. Og vi ser stadig problemer med at det offentlige ikke betaler i tide, betaler for sent, diskuterer betalingen, ikke overholder frister. Noe de kan slippe unna med fordi de er slike store kjøpere. Og vi ser at det offentlige ofte er urimelig harde i sine forhandlinger om pris etterpå.

2. Offentlig monopol og service.

Den andre gruppen er de tilfeller hvor det offentlige leverer eller seiger — enten kommune eller stat. Vi har i det hele store grener av næringslivet som er overtatt av det offentlige.

Her er det særlig klart at det må gjelde mange rettslige bånd på det offentlige som ikke gjelder på en privat leverandør.

3. Avtaler som også regulerer offentligrettslige spørsmål.

Så kommer vi til den tredje gruppen som professor Holopainen har konsentrert sig om. Den gjelder avtaler som etter sitt innhold også regulerer eller forutsetter på et eller annet vis offentligrettslige tillatelser, samtykker e.l. F.eks. kan det tenkes at en kommune i forbindelse med salg av industritomter forutsettes å sørge for at regulering til industriområde går i orden.

Når Staten i Norge inngår avtale om utbygning av petrokjemisk industri, som er den største industrioppbygning i Norge, står det i kontrakten at Staten skal medvirke til alle nødvendige tillatelser. Formelt skal Staten medvirke - men vi ser jo at det går i orden fordi Staten må sørge for at denne industrien kommer.

Et annet eksempel — den norske statsminister inngår avtale om overtagelse av en del av Volvo. I avtaleudkastet står det at de svenske interessentene skal få lov til å konkurrere om oljebrønner i Nord-sjøen. De skal konkurrere på forretningsmessig grunnlag, men alle vet selvfølgelig at meningen er at de skal få disse konsesjonene.

//. Avtaler om offentligrettslige spørsmål i praksis.

Så skal jeg få lov å komme med noen kommentar til min kollega Holopainen. Hans første spørsmål er: Er det mulig med slike avtaler? Ja, mitt svar er: Ja, de er jo her.

Han peker på, at slike avtaler i større og større grad aksepteres, og jeg tror det er nyttig, selv om det er mange problemer.

Professor Holopainen peker på, at det i Finland inngås en rekke avtaler som rettslig sett skulle være umulig eller meget dubiøse. Ja - og etter mit skjønn er det retten det er noe i veien med. Jeg tror nå vi bør akseptere disse avtalene og praksis hér.

Et er, at vi må bare gjøre advokater og andre oppmerksom på at det er mange problemer både fra det offentliges side og fra de private

sider når de inngår avtaler av denne typen. Vi får ikke fullt ut de vanlige privatrettslige sanksjoner og virkemidler. Men jeg er helt enig, når professor Holopainen konkluderer med at, siden slike avtaler aksepteres i større grad, så bør de være bindende.

Våre problem er å klarlegge hvordan de skal være bindende og hvilke bånd de skal legge på det offentlige. Jeg får understreke at jeg ikke bare sikter til den type kontrakter hvor det uttrykkelig står at hermed gis dispensasjon, hermed gis tillatelse, hermed utøves offentlig myndighet, treffes en forvaltningssak. Det vanlige er, at det står blant en rekke andre punkter noe som viser klart at myndighetene skal sørge for dette («medvirke», «ordne», «arbeide for»).

Disse avtalene kan vi se i Sverige, Danmark og Norge. Vi har nå også hørt at det finnes mange forskjellige typer også i Finland. Avtalene er ofte skrevet som kontrakter av folk som er vant til å skrive kontrakter. Men er de klar over de store problemene vi får når en har en offentlig avtalepartner på dette område?

///. Noen rettsspørsmål i praksis.

1. Innskrenkende tolking av avtalens offentligrettslige forpliktelser? For det første er det et spørsmål om avtale om offentligrettslige forpliktelser, fritak for skatt, begrensning av skatt osv., der ikke er lovlig i Norge på samme måte som i Finland for kommunene, bare for Staten.

Et spørsmål er om en slik avtale skal tolkes innskrenkende til skade for den private part. Det er nok norsk oppfatning at den skal. Jeg kan imidlertid ikke se grunn til at det offentliges forpliktelser skal tolkes innskrenkende. Etter mitt skjønn bør dette vurderes helt etter sammenhengen, og det kan godt tenkes at den private part er den som har måttet bøye seg mest og som kanskje har gitt det største vederlaget. Jeg er heller ikke overbevist om at Høyesterett for framtiden bør — og vil — holde fast ved de standpunkter de har hatt om at offentligrettslige forpliktelser skal tolkes begrenset og innskrenket.

2. Vilkår og forhåndstilsagn.

Et annet spørsmål er om det offentlige kan gå lenger i å stille krav overfor borgerne når det gjøres i form av en avtale, og kan den private mann i så fall gå lenger i retning av å yte noe - samtykke om vi vil? Kan han f.eks. gi fra seg en del av sin strand mot å få lov å utnytte

den andre på en måte som samfunnet ellers bare gir tillatelse til hvor det er samfunnsmessig ønskelig.

Mitt svar er ja — jeg tror i adskillig utstrekning at en må kunne gå lenger. Og så lenge myndighetene opptrer fair og riktig må de kunne stille større krav når det er en gjensidig avtale enn når den er ensidig fra myndighetenes side. Og jeg tror også at den private part vil være bundet.

3. Lovlige og ulovlige hensyn.

Det største problemet er i hvilken grad er det lovlig for Staten å presse de private medkontrahtenter.

Et **utgangspunkt** kan være at det normalt må være fullt akseptabelt for det offentlige å ta hensyn til det offentliges økonomi. Når det offentlige inngår avtaler — om det er Volvo-biler eller utnyttning av oljebrønner i Nordsøen - er det lovlig da å ta hensyn til at den private lover å bygge ut en havn eller betale store beløp? Mit svar er: Ja, selvfølgelig.

4. Saksbehandling.

Det er også problemer med inngåelsen av slike avtaler.

Etter norsk rett vil forvaltningsloven i prinsippet gjelde. I praksis er det ofte en tale om da å ha en kort og mere symbolskt saksbehandling. Realiteten må ofte være, at vi ikke kan følge forvaltningslovens regler, fordi regiene ikke passer. Kravet blir først og fremst at en har opptrådt fair både i hensyn og i saksbehandling.

5. Binding av fremtidig myndighetsutøving?

Et praktisk viktig spørsmål er i hvilke grad myndighetene senere kan gripe inn i avtalen. Kan f.eks. kommunen kort tid etter avtaleinngåelsen nedlegge byggeforbud? Kan den norske stat når den gir oljekonsesjon til Elf, Phillips osv. etterpå si at vi har avtalt at dere skal betale 50% avgift, men vi har ombestemt oss. Nå vil vi gjerne ha 60%?

Skjer dette ved lov, er det ihvertfall ferre begrensninger enn hvis det skjer bare ved administrative beslutninger. Men jeg er enig med min kollega Andenæs i, at selv for lovgiveren vil det være skranker etter norsk **rett**. Om vi kaller det retroaktiv eller tilbakevirkende lov, det kan kanskje diskuteres. Skjer endringen ved forskrifter eller ge-

nerelle regler, tror jeg en står noe friere enn ved individuell omgjøring. Men også individuell omgjøring vil myndighetene kunne foreta i en viss utstrekning.

6. Gjensidighetsvirkninger — Erstatning.

Professor Holopainen må ha rett når han sier, at myndighetene må være bundet og at dette i mange tilfelle må bety at den private har krav på erstatning. Da har man også et press på myndighetene. Det moralske press ved at en avtale er en avtale er ikke alltid godt nok. Det kan f.eks. ha vært et politisk skifte i kommunen eller regeringen. Da kan en nettopp å ønske desavuere det gamle kommunestyret eller den tidligere statsminister.

Jeg tror vi må kunne trekke den konklusjon av de eksempler og det som ble nevnt her, at avtalene dekker et stort område og mange forskjellige problemer. Det er alltid avtaler av nesten ren politisk art.

Jur. dr. *Yngve Adolphson*, Sverige:

Jag kan anknyta till det senaste sagda av professor Frihagen. Frågan gäller bindande avtal eller ej. Jag har med mig tre rättsfall från Sverige.

Först regeringsrättens årsbok 1944 referat 16. I det rättsfallet var fråga om skyldighet för skoldistrikt att tillhandahålla tjänstebostad åt folkskollärare. Rättsfallet gällde spørsmålet om verkan av en överenskommelse i detta ämne mellan läraren och folkskolestyrelsen, alltså ett offentligrättsligt, ett kommunalt förvaltningsorgan. Bakgrunden var denna. Folkskolestyrelsen hade den 6 juni 1943 beslutat avslå en folkskollärares anhållan att från viss tidpunkt vid viss skola åter få disponera den tjänstebostad som han tidigare innehåft. Såsom skäl för avslaget åberopade skolstyrelsen, att han hade på egen begäran tidigare befriats från skyldighet att bebo tjänstebostaden. Narigekom — så påstod skolstyrelsen - måste en för hans tjänstetid gällande överenskommelse ha kommit till stånd. Den innebar att folkskolläraren avstod från sin rätt till tjänstebostad och att skoldistriktet å sin sida förband sig att ej tvinga honom att mottaga en sådan tjänstebostad. Folkskolläraren anförde besvär. Överenskommelsen hade skett

under helt andra förutsättningar än under de aktuella. Kristiden hade senare förhindrat honom att använda bilen från bostaden till skolan och han hade blivit uppsagd från den lägenhet, som han bebodde. Länsstyrelsen lämnade lärarens besvär utan bifall. Läraren överklagade. Skolöverstyrelsen avgav ett utlåtande i målet och yttrade bl a följande: Folkskolestyrelsen synes anse att överenskommelsen är bindande för de därav berörda parterna under lärarens tjänstetid. »Skolöverstyrelsen kan icke ansluta sig till denna uppfattning. Skyldigheten att tillhandahålla tjänstebostad måste anses vara stadgad i undervisningens intresse och denna skyldighet torde icke kunna upphävas genom en överenskommelse mellan lärare och skolstyrelse«.

Regeringsrätten godkände enhälligt skolöverstyrelsens tankegångar. Härav kan för svensk rätt uppställas denna hypotes: mot ett bestämt i författningar utsatt allmänintresse kan ett avtal eller en överenskommelse mellan enskild och förvaltningsmyndighet icke göras rättsligt gällande, men det s k avtalet eller överenskommelsen kan fungera så länge parterna lämnar frågan obestridd.

I rättsfall nummer två, har högsta domstolen haft tilfalle att pröva en liknande fråga. (NJAI 1959 s. 238). Rubriken lyder »Indrivningsmyndighet hade lämnat skattskyldig medgivande att erlægga restförda skatter genom avbetalningar. Högsta domstolen fann enhälligt medgivandet icke utgöra hinder mot att hela skatteskulden omedelbart indrivs.

Rättsligt har överenskommelsen ingen bindande verkan enligt detta rättsfall. Överenskommelsen innebär blott att myndighetspersonen på sitt tjänsteansvar har bedömt situationen så att utmätning eller införsel tills vidare inte kan ge mer utdelning för stat och kommun.

Det tredje rättsfallet anknyter till vad inledaren skriver om dubiösa offentlighättsliga avtal i Finland, till exempel avtalen om s k områdesbebyggande. Exploateringsavtal är motsvarigheten i Sverige. I det svenska rättsfallet RA 1968, ref 8 hade stadsfullmäktige beslutat att bemyndiga drätselkammaren att sluta avtal med exploitörer av områden för fritidsbebyggelse. I avtalet skulle inryckas en bestämmelse varigenom exploitören ålades att till staden erlægga 400 kronor för varje tomtplats som bidrag till förvärv och underhåll av diverse anordningar för fritidsändamål. Regeringsrätten var enhällig. Den yttrade över anförda besvär: »Det klandrade beslutet innebär att

staden av exploitören av områden för fritidsbebyggelse skall uppta särskilda avgifter för bestridande av kostnader för vissa allmänt kommunala angelägenheter. Även om avgifterna skall betalas till kommunen på grund av formellt frivilliga åtaganden har stadsfullmäktige likväl icke ägt att utan laga grund införa ett sådant avgiftssystem för fyllande av kommunens medelsbehov. Regeringsrätten fastställer därför länsstyrelsens tidigare upphävande av beslutet«.

För det fjärde ska jag från svensk statsrätt rapportera följande utvecklingslinjer. Det handlar om den juridiska tekniken för att styra kreditgivningen inom hela riket. Frågan har gällt att finansiera bostadsbyggandet i Sverige, vilket lagts på kommunerna. Banker och försäkringsbolag ansåg sig inte ha bankmässig säkerhet för att ge kommunerna lån. Då trädde riksbanken in. Det började år 1952 med överenskommelse mellan Sveriges Riksbank å ena sidan och enskilda banker samt försäkringsbolag å den andra. Men 1954 lyckades fullmäktige i riksbanken inte få till stånd något avtal från riksbankens ensidiga rekommendationer. Därefter har utvecklingen slutligen gått till en lagstiftning om kreditpolitiska medel.

Som en sammanfattning vill jag säga, att jag är kritiskt inställd till »förvaltningsrättsliga avtal« i svensk rätt. Att använda ordet och begreppet och konstruktionen avtal är eller kan vara direkt vilseledande för den part, som litar på en bindande och förblivande rättsverkan alldeles så som i ett civilrättsligt avtal. Folkskolestyrelsen blev vilseledd i rättsfall nummer ett, den skatteskyldige restförde blev vilseledd i rättsfall nummer två och de enskilda som betalade tilläggsavgift enligt exploateringsavtal blev vilseledda. Jag förstår helt Kurt Nielsen, som nyligen har skrivit i tidskriften »Juristen og Økonomen« 1978, sidan 323: »Derimod tror jeg f.eks. ikke på overførligheden af forskelligartede Verwaltungsverfahrensgesetz Teil IV (§§ 54-62), om offentligretlige kontrakter. Det drejer sig om alt for forskelligartede fænomener til, at de ville egne sig til at bringe på generelle formler i Danmark«.

Regeringsråd *Bertil Wennergren*, Sverige:

Ingen har kartlagt rättsläget i Sverige. Man kan konstatera att det är sällan man i någon svensk författning hör talas om avtal som form

för reglering av ett förhållande mellan det allmänna och den enskilde. Det finns emellertid i skogsvårdslagen några regler som är rätt intressanta. Om någon vanvårdat sin skog och inte sörjer för återväxten av densamma, så åligger det Skogsvårdsstyrelsen att se till att skogsägaren planterar skog och sörjer för vöjning och gallring osv. Skogsvårdsstyrelsen har då två vägar att välja mellan. Den ena är att förelägga vid vite eller vid hot om åtal att skogsägaren vidtar de åtgärder som behövs för att få skogen i gott skick. Den andra vägen är att Skogsvårdsstyrelsen med skogsägaren kommer överens om hur man ska sörja för återväxten i skogen. Där har vi alltså klart sanktion i lagen för en överenskommelse i ett ämne som ju är underkastat offentlighetsreglering och där kan man alltså tala om att den här överenskommelsen blir ett riktigt offentlighetsreglerat avtal med rättsverkningar reglerade av den lag i vilken avtalet är nämnt alltså i det här fallet skogsvårdslagen.

I övrigt så är väl den allmänna uppfattningen i Sverige den att på området för myndighetsutövning, måste myndigheten hålla sig till de former som är föreskrivna för befogenheternas utövande, och får alltså inte växla över till förhandlingar och överenskommelser i stället för ensidiga beslut. Det är den ena ytterligheten. Den andra ytterligheten finner man då det allmänna och kommunerna ingår köpeavtal, entreprenadavtal och en mängd typavtal som ligger på det civilrättsliga planet, som behövs för det allmännas verksamhet och som ligger helt vid sidan av den rent befogenhetsutövande verksamheten. Där gäller avtal i samma utsträckning som avtal mellan privata parter. Men samtidigt konstaterar man då att mellan de här två klara ytterlighetspunkterna, myndighetspunkterna, myndighetsutövningen som är författningsrelerad och den civila verksamheten från det allmännas sida, så har vi en stor grå marknad där det inte finns några föreskrifter och där man alltså inte vet precis vilka regler som ska gälla på den överenskommelse eller det avtal som man har träffat.

I Sverige har det inte blivit närmare undersökt hur vi ska se på de här olika typerna av avtal som förekommer till exempel när staten har avtal med jordbrukets organisationer om priser för det kommande året. Vad gäller för ett sådant avtal? Ja, jag menar det att i princip så gäller då den vanliga presumtionen att normala **avtalsrättsliga** regler är tillämpliga på det avtalet. När industridepartementet förhandlar och träffar överenskommelser om stålverksindustrin i Sve-

rige, är det de vanliga avtalsrättsliga reglerna som man måste tillämpa i första hand. Men samtidigt konstaterar man som både referent och ko-referent har gjort att det finns offentligrättsliga inslag som kräver särskilt beaktande. Den grå marknaden som vi har mellan de klara ytterlighetspunkterna är oerhört svår att komma till rätta med och vi i Sverige har ännu inte sett någon ge sig i kast med den uppgiften.

Professor *Ulf Bernitz*, Sverige:

Det är viktigt att se de aktuella problemen också från privaträttsliga utgångspunkter och att försöka finna balansen mellan de offentligrättsliga och privaträttsliga aspekterna på ämnet. Förr var det ju vanligt inom den juridiska doktrinen att efter gammal tysk modell göra en skarp skillnad mellan offentlig rätt och privaträtt. De två sågs som helt skilda system med starkt olikartade rättsskyddsmekanismer. Numera har väl dessa skiljelinjer uppmjukats väsentligt i nordisk rättsuppfattning, men ämnet för dagens överläggningar visar att gränsområdena mellan offentlig rätt och privaträtt fortfarande kan vara ganska oklara. Man tycker sig finna ett slags grå zon mellan å ena sidan ren myndighetsutövning av offentliga organ och å andra sidan klart civilrättsliga avtal om myndigheters inköp av varor och beställning av tjänster.

En grundläggande fråga när det gäller dessa gränsområden är vilka rättsskyddsmekanismer som står till buds för de offentliga organens motpart, dvs främst de enskilda näringsidkarna. Vad jag kan se är de typiskt offentligrättsliga rättsskyddsmekanismerna i form av besvär rätt och liknande av föga praktiskt värde i de flesta fall för den som är avtalspart till ett offentligt organ, eftersom dessa rättsskyddsmekanismer tar sikte på andra typer av situationer. Privaträtten däremot tillhandahåller adekvata rättsskyddsmekanismer, främst i form av det vedertagna systemet av påföljder vid kontraktsbrott. Vill man inte godta att näringsidkare kan göra gällande regler om kontraktsbrott mot offentliga organ när det gäller här aktuella typer av avtal, blir resultatet att de enskilda företagen och medborgarna i regel saknar tillgång till några meningsfulla rättsskyddsmekanismer. Det olämpliga i en sådan ordning behöver väl inte utvecklas närmare.

Jag går så över till några särskilda frågor. Professor Holopainen berör i sitt referat förutsättningarna för att ett avtal skall vara giltigt mot staten. Han återger ett gammalt uttalande av Stålberg att det skulle fordras att vederbörande tjänsteman var insatt i sin befattning på det sätt som fordras enligt förvaltningsrättens regler och att åtgärden skall falla in under tjänstemannens territoriella, materiella och funktionella kompetens enligt gällande förvaltningsrättsliga bestämmelser. Tydligt menas att avtalet är ogiltigt mot staten om inte dessa regler iakttagas. För min del vill jag ifrågasätta om man numera kan hävda en så sträng syn på saken. Skillnaden är ju påtaglig jämfört med det sätt på vilket man ser inom privaträtten på situationer där en företrädare för en uppdragsgivare eller en sammanslutning har överskridit sin befogenhet. Stålbergs uppfattning synes alltför ensidigt tillgodose intressena hos den ena parten, dvs statsmakten.

Det kan erinras om att hithörande frågor nyligen behandlats i svensk doktrin från associationsrättsliga utgångspunkter i Håkan Nials arbete *Svensk associationsrätt* (2 uppl s 122). Nial framhåller att man tidigare inte gärna velat låta de offentlighetsrättsliga reglerna rörande offentliga organs befogenheter rubbas i fall av överträdelse av befogenhetsbegränsningarna vid ingående av rättshandlingar. Även om medkontrahenten var i god tro brukade därför rättshandlingen anses ogiltig. Nial tar emellertid avstånd från detta synsätt. Han framhåller att i senare rättspraxis har godtroende medkontrahent i flera fall skyddats. Han finner det också riktigast att enskilda parter, som kommer i avtalsförhållande till stat eller kommun, i princip har samma rättsskydd som vid avtal med privata rättsobjekt såsom associationer. Nial förordar en analogisk tillämpning av associationsrättens tillämpning i detta avseende och utvecklar närmare innebörden härav. För min del kan jag inte finna annat än att Nial angripit problemet från riktiga utgångspunkter.

En annan fråga är möjligheterna att på avtal av här aktuellt slag tillämpa reglerna i 3 kap avtalslagen. Holopainen tar upp saken avslutningsvis i sitt referat och hänvisar härvid till 31 och 33 §§ avtalslagen. För svensk del är det angeläget att framhålla att den i sammanhanget viktigaste bestämmelsen numera utan tvekan är den nya, stora generalklausulen i 36 § avtalslagen, som ju ger domstolarna en allmän möjlighet att jämka eller ogiltigförklara oskäligen avtalsvillkor. Detta stadgande har givetvis ett mycket vitt tillämpningsområde

och vid lagstiftningens utarbetande var man klar över att hårda avtalsvillkor, som kan aktualisera en tillämpning av stadgandet, många gånger är att finna just i avtal där offentlig myndighet är den ena parten. I förarbetena har det direkt sagts ut att generalklausulen i 36 § avtalslagen är tillämplig på förhållanden mellan offentliga myndigheter och enskilda i den mån bestämmelserna har avtalskaraktär. Däremot kan generalklausulen inte tillämpas på bestämmelser som ingår i författningar utan att ha karaktär av avtal. I motiven sägs att man inte vill gå in närmare på bedömningen av gränfall. Som framgår av det sagda kan emellertid generalklausulen användas så fort det är fråga om bestämmelser av avtalskaraktär (svensk proposition 1975/76:81 s 113 f).

Gränsen mellan offentlig rätt och privaträtt i hithörande hänseende är också aktuell för de utredningar om införande av särskild lagstiftning rörande konsumenttjänster, som nu pågår i Sverige, Norge och Danmark. De svenska och norska utredningarna kommer rätt snart att lägga fram sina betänkanden med parallella lagförslag. Den svenska utredningen, där jag är ordförande, ser saken så vad som gäller tjänster som tillhandahålls av det allmänna, att gränsen går mellan verksamhet som bedrivs enligt affärsrättsliga principer å ena sidan och verksamhet som är en ofrånkomlig följd av offentlig reglering å andra sidan. Vi kommer att föreslå att det civilrättsligt upplagda förslaget till konsumenttjänstlag ges en vidsträckt tillämpning på tjänster som tillhandahålls av »det allmänna«.

I detta sammanhang vill jag tillägga några reflexioner. Jag har ett allmänt intryck av att man inom nordisk offentlighetsrättslig doktrin hittills inte tillräckligt beaktat betydelsen av rättsregler som ger ett reellt rättsskydd för det allmännas motpart i avtalsliknande förhållanden. Det ter sig för mig som uppenbart att de kontraktsrättsliga reglerna om påföljder vid kontraktsbrott här bör utgöra den viktigaste utgångspunkten. Särskilt tänker jag på de kontraktsrättsliga skadestandsreglerna. Här kan man bl a peka på en sådan sak som dröjsmålsansvaret. I vanliga civilrättsliga avtalsförhållanden kostar en försenad prestation i regel pengar för den part som inte kunnat hålla utfasta leveranstider. I offentlighetsrättsliga förhållanden har man inte tillgång till någon liknande sanktion. Här ligger nog en viktig förklaring till många förseningar i offentlig verksamhet. Kostar det ingenting att inte bli klar i tid blir försening ett billigt sätt att lösa

praktiska problem. Jag tror att det skulle leda till ökad effektivitet och rationellare ordning i offentlig verksamhet om man lät förseningar som drabbar en motpart medföra ett ekonomiskt betalningsansvar. Samspelet mellan offentligrättsliga och privaträttsliga rättsskyddsmekanismer måste överhuvud uppmärksammas mera.

Professor *Toivo Holopainen*, Finland:

Jag har försökt indela de frågor som kan falla in under rubriken på följande sätt.

Först har vi de normala privatsrättsliga avtalen där en offentlig myndighet råkar vara part. Och därje väl problematiken i och för sig rent avtalsrättslig. Det enda speciella är att den offentliga myndigheten kanske på grund av sin egenskap av offentlig myndighet har kunnat utöva en viss press på sin motpart, som en privat avtalskontrahent inte skulle kunna utöva. Men de här frågorna skall helt säkert lösas med normala privatsrättsliga regler.

Nästa grupper de fall där det i och för sig är fråga om ett privatsrättsligt avtal, men där den ena parten är en offentlig myndighet och där det har tagits in i avtalen en sådan förpliktelse eller ett sådant åtagande från denna parts sida som han kan åta sig är bara därför att han är offentlig myndighet. Låt oss säga att en stad säljer en tomt som enligt stadsplanen är parkmark. Den säljs för industriändamål. Det fordrar en stadsplaneändring. Detta kan staden i och för sig göra, men en privat säljare kunde ju inte göra det. Också de här frågorna skall väl i en för sig lösas helt med privatsrättsliga regler, men det kan vara en speciell omständighet av betydelse att parten är en offentlig myndighet och har åtagit sig inom ramen för det privatsrättsliga avtalet sådant som bara en offentlig myndighet kan göra.

Som tredje grupp har jag avtal rörande i och för sig offentligträttsliga prestationer eller offentligträttsliga rättsförhållanden som bygger på lag. Alltså lagen säger att sådana här avtal får göras. Här har vi de av Wennergren nämnda skogsvårdsavtalen, de av referenten nämnda lantbruksprisavtalen och en mängd andra avtal av samma typ finns. När de här avtalen är lagreglerade så är de kanske berättigat att förmoda, att det finns vissa rättsskyddsgarantier också inbyggda i själva lagstiftningen. Jag vågar inte ta för givet att det alltid är så,

men att i flesta fall kanske det är så. Sedan har vi den här av Wennergren nämnda grå marknaden, som kännetecknas om jag förstår rätt av att förvaltningsmyndigheten och en enskild part gör ett avtal om ett sådant objekt som normalt regleras med ett ensidigt beslut från en förvaltnings myndighets sida. Med andra ord man avstår i en viss mening från sin förvaltningsrättsliga myndighet och kompetens och gör i stället ett avtal. Detta kan i sak vara på gott och ont, men här kommer också in de frågor rörande rättsskyddsregler som är inbyggda i det förvaltningsrättsliga förfarandet som Frihagen bl.a. pekade på.

Och som sista grupp skulle jag ta upp de avtal, som är, av företrädesvis politisk natur. De är ofta avtal på mycket hög nivå, de kan vara avtal mellan staten och bankerna eller de kan vara avtal mellan alla arbetsmarknadsparter eller de kan, såsom det har förekommit i Finland, vara avtal mellan staten och träförädlingsindustrin om att industrin skall göra vissa konjunkturreserveringar. När jag betecknar de här avtalen som avtalar närmast politisk natur så innesluter jag i det också den slutsatsen att de är avtal som inte kan genomföras via domstol. De bygger på ett politiskt förtroende, som ofta är mycket starkt underbyggt, och där det kan ligga till så att den privata avtalssparten inte ens har en klar kompetens att avtala, såsom t.ex. om en branschorganisation avtalar för sina medlemmars räkning om vissa prestationer som medlemmerna skall göra. Det kan ändå finnas en stark faktisk anledning för medlemmerna att följa det här att det inte alls uppstår fråga om denna bristande kompetens från organisationens sida.

Hæstaréttarlögmaður Jon Edwald Ragnarsson, Island:

Det emne vi behandler er af en aftaleretslig karakter med forvaltningsretten som baggrund, og hvis vi vender tilbage til professor Frihagens tegning her, så kan vi godt tænke os, f.eks. at statens eller kommunens advokater vender sig til deres kontorchef og siger: »hvad skal vi gøre med hr. Jensen?« Skal vi tage ham gennem bygningsnævnet, skal vi tage ham gennem vandsystemet, skal vi tage ham gennem elsystemet eller, jeg går ikke for vidt ved at sige, skal vi tage ham gennem skattesystemet. Men det er klart, at det offentlige, om det så

gælder staten eller kommunen eller større virksomheder under staten og kommunen, har en overvældende forhandlingsevne, og det er en væsentlig karakter af situationen, når man forhandler med offentligheden, og jeg vil da gerne rejse et spørgsmål. Det er: I hvilken grad kan staten eller kommunen bruge sin overvældende forhandlingssevne på typiske privatretlige områder, f.eks. køb af varer eller entreprenørkontrakter, til at gennemføre politiske og retslige formål? Det er virkelig et spørgsmål. Det er klart, for eksempel i Amerika, at man har brugt statens forhandlingsevne til at gennemføre f.eks. Civil Rights i et vist omfang ved at man ikke forhandler med firmaer, som ikke kan bevise, at de kører efter Civil Rights paragraffer. Man kan jo gerne komme tilbage til et af gårsdagens diskussionsemner. Det er spørgsmålet, om ligestilling af kønnene kan gennemføres ved lovgivning. Jeg tror der var en aftalerne her før, som nævnte skovejerne i Sverige, og jeg tror, at han havde der professor Stjernquist i Lund's skrivelse i tankerne, om hvordan man ad lovgivningsvejen kunne få skovejerne til at genplante skov og følge lovgivningen derom. Det spørgsmål jeg vil rejse, er, i hvilket omfang det offentlige kan bruge sin forhandlingsevne til at gennemføre politiske og retslige formål? Min mening er, at det offentlige må kunne gøre det i et vist omfang. Men det kan klart gå for vidt, og da har vi med forvaltningsrettens ugyldighedsregler at gøre. Det ville være godt, hvis man kunne finde frem til noget kriterium her, altså hvorvidt det offentlige kan bruge sin forhandlingsevne i typiske civile forhandlingsaftalespørgsmål til at gennemføre sine formål af politisk eller retslig karakter. For eksempel er det et vigtigt spørgsmål: kan staten eller kommunen gennemføre ligestilling af kønnene ved at påstå, vi forhandler ikke med firmaer, som ikke kan bevise, at de følger de lovgivningsregler, som er på dette område.

Amanuensis *Inge Lorange Backer*, Norge:

Jeg vil uttrykke en viss skepsis til bruken av avtaler som forvaltningsrettslig instrument i stedet for tillatelser og påbud. Riktignok er forvaltningsavtalene mangslungne, og noen ubetinget avstandtagen er det neppe grunnlag for uten å gå gjennom de enkelte felter konkret. De betenkeligheter som jeg vil antyde, får man derfor se på som

mementos når man i de enkelte saker skal velge mellom avtaler og forvaltningsvedtak som virkemiddel. Disse betenkelighetene kan lete til en begrensning i bruken av avtaler. Men rettspolitisk er det også et annet alternativ, nemlig å bygge ned de rettslige grensene mellom forvaltningsavtaler og forvaltningsvedtak, slik at f.eks. de vanlige saksbehandlingsregler og omgjøringsregler fullt ut får anvendelse på avtaleformen.

Det er klart, at det er en glidende overgang mellom forvaltningsavtaler og forvaltningsvedtak. En slik overgangsform har vi f.eks. når konsultasjoner går forut for vilkår i et forvaltningsvedtak, især når disse vilkårene fastsettes med samtykke fra den private part. Men normalt er det tale om en klar forskjell som gir seg utslag i de prosedyrer som leder frem til det rettsrelevante utsagn. Avtalen ser forholdet utelukkende som et forhold som angår avtalepartene, og appellerer til den private parts innsatsvilje ved å få vedkommende til å føle seg som en likeverdig avtalepart, iallfall i formen. Forvaltningsvedtaket markerer derimot skarpere forvaltningsorganets ansvar for sakens utfall. Og prosedyren, som til dels er detalj regulert, gir garantier til vern for andre interesser og interessenter. Disse sekundærinteressene er på flere måter gunstigere stilt i forbindelse med forvaltningsvedtak enn ved avtaleformen. Det kan vise seg allerede under saksbehandlingen når det gjelder krav på forhåndsvarsel og rett til dokumentinnsyn, som kan gi både andre berørte og den brede offentlighet mulighet for å diskutere saken og påvirke avgjørelsen.

Fra Norge har vi et kjent eksempel på dette i Nordmarkasaken i 1972. Den dreide seg om båndlegging av skogarealer til fordel for friluftslivet og på bekostning av skogeierens interesser. Saken ble avgjort avtaleveien, og et avtaleutkast ble på tvilsomt grunnlag unntatt fra offentlighet, slik at en bred diskusjon var utelukket. I den offentlige debatt ble det senere spørsmål om båndleggelsen gikk langt nok. Og det illustrerer risikoen for at avtaleformen kan lete til et kompromiss mellom den private og forvaltningsorganet til fortrengsel for bredere interesser.

Går vi så til omgjøringsspørsmålene, har forvaltningsretten regler om omgjøring utt fra samfunnsmessige hensyn, mens en privatrettslig avtale som **utgangspunkt** ligger fast. Og dette kan lett smitte over på forvaltningsavtalen. Men det er langt fra sikkert at det gir en sam-

funnsmessig sett rimelig balanse når forholdene endrer seg. På gjennomføringsstadiet kan det oppstå problemer med tvangsfullbyrdelse dersom avtalen, når det kommer til stykket, ikke gir den private part tilstrekkelig incitament til å oppfylle sine plikter. Rett nok er forvaltningsvedtak vanligvis ikke tvangsgrunnlag i seg selv, men ikke sjelden står det særskilte tvangsmidler bak dem, og det kan rettslig sett være problematisk å anvende disse på avtaler.

Bla. disse betenkelighetene gjør det nærliggende å se at forvaltningsavtaler egner seg best i oversiktlige og begrensede rettsforhold. Men likevel finner vi dem brukt kanskje vel så meget i komplekse og innfløkte forhold. Det kan være flere årsaker til dette. En er at lovhjemmel for forvaltningsvedtaket mangler, og at lovhjemmelen ikke kan skaffes fordi man mangler tilstrekkelig oversikt over problemene til å utforme en adekvat lovhjemmel. En annen grunn kan være at man er avhengig av den private avtaleparts aktive og positive medvirkning. Vel så viktig i mange tilfelle kan det være at forvaltningen ikke ønsker å stå alene med ansvaret for det tiltak det er spørsmål om, f.eks. fordi den mangler kunnskap som er nødvendig for å bedømme verdien av tiltaket, eller fordi den ønsker å gardere seg mot kritikk ved å få den private part eller private organisasjoner med på avtalen. En siste årsak er at avtalemekanismen trolig ofte blir brukt som et slags byttmiddel, f.eks. slik at man til gjengjeld for avtaleformen får mer informasjon fra den private part. Disse årsakene er ofte forståelige, og de kan undertiden være gode grunner for en forvaltningsavtale. Men i mange tilfeller tror jeg man ville stå seg på å holde seg til et forvaltningsvedtak og ikke gå inn på avtaleformen, men i stedet ta opp konsultasjoner på forhånd.

Advokat *Sven Ole Fagermæs*, Norge:

Et særspørsmål jeg først skal ta opp det er det problem som melder seg i avtalesituasjonen når forskjellige forvaltningsorganer har overlappende kompetanse eller har kompetanse som ligger nær opptil hverandre. Og her vil situasjonen gjerne være at forvaltningsorganene forfølger forskjellige formål og for så vidt kan ha interesser som står i motstrid. La meg da lage et eksempel på dette som er fra virkeligheten. En bedrift hadde en ganske stor eiendom i en halvstor

by i Norge med dårlige bolighus. De ville gjerne lage bedre hus for de ansatte og søkte om rivetillatelse for disse byggene. I denne saken så sa Boligformidlingsnemnda at ja, bedriften skal få lov til å rive, men de må bygge nytt. Boligformidlingsnemnda forfulgte selvfølgelig det formål at det skulle være tilstrekkelig med boliger i kommunen. Bygningsrådet sa, ja vel riv. Bedriften hadde hele tiden klargjort at de skulle ha nye boliger til de ansatte. Så rev bedriften og så ble området liggende flatt og barn begynte å leke der. Og da skjønnte kommunen av dette var et veldig egnet lekeområde og så søkte bedriften da om byggetillatelse, og så sa kommunen at dette må vi legge ut til friområde. Og da ble den private ganske oppbragt og sa at her hadde han lagt kortene på bordet fra første stund og kommunen hadde hele tiden vært innstilt på å gi adgang til oppføring. Det ble rettssak og her tapte den private grunneier - eller denne bedriften for så vidt — på alle punkter. Ikke noen erstatning, og man kom til, at kommunen ikke på noen måte hadde bundet seg i reguleringsmyndighetene. Rettsspørsmålet var vel for så vidt ikke så tvilsomt, men det illustrerer på en måte det problemet for den private som oppstår når det er forskjellige organer med forskjellige interesser som opptrer i saken og hvor den private sjelden kan vite hvor den enkeltes kompetanse begynner og hvor den ender i forhold til andre organer.

La meg ta opp et annet problem som jeg oppfatter kanskje som viktigere og som kanskje ligger mer på det sosiologiske plan enn på det rettslige. Det er det at disse regiene om avtaler spesielt på det offentligrettslige området, de er svært vage. Da blir jo nettopp forholdet at vagheten og usikkerheten i regelverket fører til at myndighetene også opptrer vagt og usikkert, for de vet ikke hva som gjelder. Altså de sier at man skal hjelpe til o.s.v. for man vet ikke om man har adgang til å gi slikt tilsagn. Og la meg da bare for å også ta et eksempel tilknyttet det første jeg tok, nemlig på dette med overlappende kompetanse nevne at i Norge har det vært problemer ved at Industridepartementet i en ganske vanskelig økonomisk periode har ønsket å holde bedrift oppe. En bedrift har problemer, og det går til Industridepartementet i Norge og ønsker støtte. Da sier så Industridepartementet at dette skal ordne seg. Støtte skal gis og sier i tillegg at og når det gjelder skatterestanser så er det mulig at det også skal bli en ordning på det. Og da kan det kanskje være tvilsomt om hva slags kompetanse Industridepartementet her har i forhold til Finans-

departementet og hvilken adgang det i det hele tatt har til å gi slike halve løfter. Dette eksemplet her gjaldt overlappende kompetanse, men dette med vaghet ville gjelde også når vi ser på de andre problemer innenfor avtaler på det offentligrettslige området.

Kommuneadvokat *Audvar Os*, Norge:

Jeg har lyst til å knytte noen kommentarer til denne tegningen som professor Frihagen kom med her på tavlen. Jeg kan bekrefte at disse husene ligger slik som angitt. Riktignok har kommunen i og for seg ikke fått noen forpliktelse til å rive, men kommunen er blitt meget hårdtsår. Det er ikke lett å få oppført fritidshus i den kommunen lengere. Det bringer meg over til det som kan være nokså sentralt i slike saker, nemlig virkningen av avtalene på selve det saklige innhold i senere vedtak som treffes.

La oss si at de kompetente bygningsmyndigheter har inngått en avtale som innebærer erhvervelse av en del av et areal mot at restarealet skal reguleres på en bestemt måte. Selve vederlaget er da avpasset etter dette. Så oppstår den situasjonen at reguleringen blir aktuell. Det kommer innsigelser — protester fra naboene — eller det kommer nye momenter inn i hele reguleringsspørsmålet. Kan da bygningsmyndighetene si — vi er bundet av en inngått avtale — og må følgelig regulere til det formål som der er fastsatt? Hvis de gjør det, mener jeg at man med rette må kunne reise spørsmålet: Er dette et saklig vedtak utfra de spesielle hensyn som bygningsmyndighetene skal ta i en reguleringssak? Dette er et eksempel hentet fra bygningssektoren, men jeg tror tilsvarende situasjoner ofte vil kunne oppstå i forbindelse med slike avtaler, hvor kompetent myndighet har gitt tilsagn om en spesiell form for myndighetsutøvelse. Etter min oppfatning vil slike avtaler bare holde dersom de vedtak som senere treffes står for en saklighetsprøving. Avtalene må med andre ord ansees inngått under denne forutsetning.

Ellers vil jeg jo si at det er ganske påfallende at de allerviktigste avtaler på dette området - avtaler som staten inngår om svære økonomiske verdier - de henger helt i luften uten noen klar lovregulering, uten noe klar lovhjemmel og uten saksbehandlingsregler. Wennergren kalte dette det grå marked - grå avtaler. Jeg tror kanskje

noe av det viktigste i forbindelse med drøftelsene av dette punkt på dagsordenen i år er å få satt søkelyset nettopp mot dette: Skal man fortsatt akseptere at alle disse sentrale og viktige avtaler overhode er uten noen formel rettslig ramme?

Høyesterettsadvokat *Erik Bryn*, Norge:

Jeg vil gjerne understreke når man debatterer dette spørsmål at det er tross alt snakk om avtaler mellom to parter. De to hovedspørsmål som vil reise seg, det er for det første om avtalen er bindende.

Hvis den er bindende, så er vel i og for seg saken klar. Det man kan diskutere er hvor langt det offentlige kan gå før det binder seg. Hvor stillingen utpeker den som forhandler for det offentlige skal det vel svært meget til at man skal kunne si at det offentlige kan gå fra avtalen fordi vedkommende ikke hadde nødvendige fullmakter bakover. Det må ligge i ansvaret til den som forhandler for Staten eller kommunen å skaffe seg de nødvendige fullmakter innen sitt eget etatsområde.

Et spørsmål jeg kanskje kan si noen ord om er de tilfelle hvor det offentlige går inn som en slags tredjepart i avtalen. Hvor altså det offentlige er interessert i at det sluttes avtale mellom to parter og så forsøker å tvinge dette frem også ved selv å yte noe i den avtalen til fordel for den ene part. Som et eksempel fra praksis kan jeg nevne at Staten i et tilfelle var svært interessert i at en større aksjepost i et kraftutbyggingselskap skulle gå fra private hender og over på kommunale. Situasjonen var den at vedkommende som solgte aksjene ble forespeilet frihet for aksjegevinstbeskatning som Staten hadde herredømme over. Det er klart at det betød svært meget økonomisk for seigeren. Spørsmålet er hvordan står avtalen mellom de to parter hvis det offentlige under skattebehandlingen senere sier at dessverre så vil Finansdepartementet i dette tilfelle av hensyn til konsekvenser ikke kunne gi skattefritak. Man kan selvfølgelig si at man i slike avtaler kan knytte til en rekke forutsetninger, men jeg har vært borte i en del tilfeller som akkurat går på dette spørsmålet. Hvor partene er klar over en slik forutsetning, må vel situasjonen være at hvis forutsetningen ryker, selv om forutsetningen ikke er en forutsetning

mellom de to som slutter avtalen, så må det også få konsekvens for avtalens gyldighet.

(Sidste indlæg): Professor *Arvid Frihagen*, Norge:

IV. Oppsummering.

Bertil Wennergren sa for svensk retts vedkommende at dette er et grått rettsområde. Dette passer nok også i de andre land. Det er imidlertid ikke så meget grått i betydningen at det er tvilsomt moralsk, men tvilsomt juridisk. Det er et område hvor vi vet for lite om hva vil skje i en eventuell rettssak. Vi vet ikke hvilke regler som gjelder og hvilke sanksjoner og hvilke følger det blir for partene når det inngås avtaler og blir problemer etterpå.

Det er i hvert fall viktig at både de som deltar på den offentlige side og advokater fra den private siden, er klar over vanskelighetene ved å klarlegge hvilke regler som gjelder, og enda mer problemene med å gjennomføre avtaler hvis det blir problemer etterpå. Jeg tror det er et viktig poeng som ble understreket av advokat Ole Fagernæs at nettopp det at rettsreglene er så usikre, gjør at myndighetene er svært forsiktige. De gir sine forpliktelser i en form skriftlig eller muntlig som gjør dem unødig vage. Da får vi ytterligere vanskeligheter. Det ble pekt fra flere hold at det kunne være ønskelig å klarlegge spørsmålene ved lov. Jeg tror det er riktig som understrektes av Yngve Adolphson at å lage saksbehandlingsregler i forvaltningslov eller lignende om inngåelse av avtaler av den type som vi har snakket om stort sett her, er nærmest **håpløst**. Jeg tror således ikke de tyske regiene gir noen særlig hjelp. Jeg tror at en har vært mer realistisk i de svenske forarbeider til forvaltningsloven (og etter det som ble opplyst også tilsvarende etter finsk rett), rett og slett har sagt at er det avtal bruker man ikke forvaltningslovens regler for de passer ikke. Derimot er det viktig å søke å tilpasse selve prinsippene så langt det går.

Jeg tror vi må kunne trekke den konklusjon av de eksempler og det ble nevnt her, at avtalene dekker et stort område og mange forskjellige problemer. Det er alt fra avtaler av nesten ren politisk art til avtaler som nærmer sig nesten privatrettslige kontrakter. Jeg

tror det er en umulig oppgave å regulere dette generellt f.eks. ved forvaltningsrettens avtalelov.

Det eneste realistiske er nok å regulere enkelte konkrete områder hvor det er særlig aktuelt. I Norge har vi f.eks. rett og slett forbudt kommuner å inngå avtaler om skatt. Slike avtaler kan dermed bare Staten inngå. Her har en til gjengjeld passet på å ikke gi noen regler. Dette betyr at vi må holde oss til det regelverk og det system vi har. Jeg tror det var viktig, som understrøket av professor Bernitz, at vi her har et område som er en blanding av offentligrettslig og privatrettslig. Private avtaleparter og ofte også deres juridiske rådgivere synes å tro at når en har en kontrakt av et visst offentligrettslig islett med de offentlige myndigheter så er dette kontrakter som en kan holde seg til som en vanlig privatrettslig kontrakt. Det er for enkelt. På en annen side så ser vi ofte at juridiske rådgivere til det offentlige benekter at det kan være noen avtale eller at avtalen skal være bindende. De tenker offentligrettslig og sier at avtaler har ikke noe med dette å gjøre. Jeg tror som professor Bernitz at vi må tenke oss en blanding.

Vi må tenke oss et regelverk som i hvert fall som sanksjon i siste omgang har erstatning. Det kan en jo kalle privatsrettslig som professor Bernitz formulerte det. Jeg tror at det er ønskelig å skyve selve målsetningen med og behovet for slike avtaler i forgrunnen, og å finne løsningen som i hvert fall ikke stiller den private rettsløs.

Kommuneadvokat Andvar Os understrøk problemene med å klarlegge hvilke hensyn var saklige og lovlige. Dette tror jeg er et viktig **utgangspunkt** for å vurdere bruken av slike avtaler i forvaltningen. En må rett og slett vurdere kritisk de forskjellige hensyn som ligger bak myndighetenes avtaleinngåelser. Dette blir en helhetsvurdering som det ikke er så godt å stille opp generelle kriterier for.

Selv om dette er en vanskelig oppgave, betyr det ikke at vi må kaste vrak på bruk av slike avtaler. Jeg er i høyeste grad enig med Inge Lorange Backer når han peker på en god del av de betenkelighetene det er ved å løse samfunnsproblemer ved avtaler.

Men jeg tror kanskje han tar litt feil når han sier at det særlig er tale om avtaler på områder hvor forholdene er enkle og overskuelige, og det bare er der avtaler bør brukes. Jeg tror myndighetene i mange tilfelle bruker avtaler fordi problemene er så store og har så mange

sider at en rett og slett ikke finner ut av det og likevel må handle noenlunde raskt.

Noen av de største avtalene vi har hatt i Norge av industriutbygning, oljeutvikling, bilkjøp o.s.v. skyldes at en har ikke noen mulighet for å finne noen enkeltløsninger og ta det opp i detalj. Det er altså ofte nettopp det at en ikke vet hva en ellers skal gjøre.

Jeg vil slutte med å erklære meg enig i det som vår islandske kollega Jon E. Ragnarsson pekte på, at vi må ikke bare holde oss til de tekniske regler i avtaleloven som en slags analogi om ugyldighet og når en blir forpliktet. Jeg tror man i stor utstrekning må ha en slags tilpasning. Det er vi vel i moderne avtalerett også nokså vant til.

Jeg tror domstolene vil — og bør — prøve å finne en praktisk løsning. Viktige momenter er om den private part har vært urimelig presset og om det i det konkrete tilfelle er samfunnsmessig uheldig at myndighetene er bundet til det de har avtalt.

Økonomisk erstatning i en eller annen forstand må bli løsningen. Da vil ikke kommune og Stat løpe fra sine forpliktelser med mindre en virkelig er beredt til å ta den byrden.

Til slutt vil jeg si at det nok er adskillig behov for avtaler også om offentligrettslige spørsmål. Det er en viktig praktisk oppgave å klarlegge hvordan en skal tackle avtalene på forhånd og få slått fast at det offentlige er bundet. Vi kan for så vidt si at myndighetene selv får klarlegge hvor langt de bør gå og hvor langt de har lov til å gå i å binde seg ved avtaler med private.

Slike avtaler kan i mange tilfeller være en effektiv måte å løse de uhyre store og komplekse vanskeligheter som en stat har i dag, og hvor det er nødvendig med et nært samarbeide med f.eks. industri og med finansinstitusjoner. Det er ikke grunnlag for på et prinsipielt grunnlag å være mot slike avtaler. Det er praktiske og rettslige vanskeligheter — det er utvilsomt — og de kan vi ikke unngå. Vi må derfor bli fortrolig med avtaleformene og problemene de innebærer og prøve å finne praktiske løsninger.

Professor, jur. dr. *Edward Andersson*, Finland:

Tak Arvid Frihagen for denne sammenfatning. Selv vil jeg måske ikke tilføje andet, end at ingen tilstedeværende vel havde troet, at vi skulle kunne løse et antal problemer på dette utroligt svære område, men måske er det kun godt nok, at det lykkedes os at pege på et antal problemer, og måske kan dette efterhånden så småt lede frem til i det mindste visse delløsninger. Allerede det, at man er klar over, at problemet eksisterer, er jo det første skridt mod løsning.