

# Så er det en aftale

— om kontrakter på det sociale område

af

*Karsten Naundrup Olesen*

## 1. Artiklens tema

I de seneste år har der – primært fra politisk hold – med mellemrum været fremsat tanker om at anvende kontrakter på det sociale område. Drivkraften bag dette kan være et ønske om, at sociale klienter og de sociale myndigheder aftaler sig til rette om løsninger på klienternes sociale behov, men også tankegangen om, at det offentlige »får noget igen« for den ydede støtte, kan vel ligge bag.<sup>1</sup>

Det er ikke nyt, at kontraktbegrebet anvendes i forbindelse med udøvelse af forvaltningsmyndighed.<sup>2</sup> Men den omtalte udvikling og den kreativitet, der har vist sig i relation til sammenhænge, hvor kontraktinstrumentet søges anvendt, gør det relevant med en nærmere undersøgelse af de juridiske aspekter ved anvendelse af kontrakter på det sociale område. Anvendelse af kontrakter på dette område rejser en række spørgsmål af blandt andet retssociologisk og juridisk art – eksempelvis i relation til hvad kontraktliggørelsen betyder for

<sup>1</sup> Tankegangen om noget-for-noget slår også igennem i lovgivningsinitiativer vedrørende afgørelser – altså ikke kontrakter – på det sociale område, jf. lov nr. 289 af 7. april 2006 om styrkelse af forældreansvaret. Med loven er der skabt hjemmel til at pålægge indehavere af forældremyndigheden pligter med relation til barnets skolemæssige og sociale adfærd. Der er tale om et såkaldt *forældreplæg*, der konkret kan bestå i, at forældremyndighedsindehaveren eksempelvis skal sikre barnets fremmøde i skolen eller deltagelse i bestemte fritidsaktiviteter. Noget-for-noget-elementet består i, at retten til børnefamilieydelse er betinget af overholdelse af forældreplægget, jf. lov om børnefamilieydelse, § 2, stk. 1 (lbk. nr. 972/2006).

<sup>2</sup> Som konkrete eksempler på kontrakter der regulering regulerer myndighedsopgaver se U1957.395Ø (skatteansættelse), U1967.642H og U1976.359H (begge opkrævning af dækningsafgifter). Kontrakter, der indebærer myndighedsudøvelse, er også mere generelt omtalt i ældre litteratur, se eksempelvis *Poul Andersen: Dansk forvaltningsret*, kap. IX og *Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten*.

Heller ikke på socialrettens område er aftaler af helt ny dato, jf. eksempelvis omtalen i *Kirsten Ketscher: Socialret* (1. udg.), s. 135 ff.

forholdet mellem borger og system, og hvilke retssikkerhedsmæssige konsekvenser anvendelse af kontraktinstrumentet har. I denne artikel analyseres blot et enkelt af de juridiske spørgsmål, nemlig om der i det juridiske kontraktbegreb er elementer, som kan give anledning til særlige overvejelser i forbindelse med anvendelse af kontrakter på det sociale område. Behovet for en sådan undersøgelse skal naturligvis ses i lyset af den generelle udvikling på området – med øget anvendelse af kontrakter – men også ud fra den vinkel, at kontraktinstrumentet ikke er udviklet til anvendelse i forbindelse med det offentliges regulering af borgernes forhold, hvorfor man ikke kan gå ud fra, at kontraktinstrumentet uden videre passer til dette formål.

## 2. Det juridiske kontraktbegreb

Der findes ikke i lovgivningen nogen alment gældende definition af kontrakt- eller aftalebegrebet.<sup>3</sup> Litteraturen giver heller ikke nogen entydig definition, idet forskellige forfattere anvender forskellige formuleringer ved beskrivelse af kontraktbegrebet.<sup>4</sup> I nærværende sammenhæng beskrives kontrakten som bestående af viljесerklæringer, som to eller flere parter udveksler indbyrdes, og hvor mindst en af erklæringerne er et løfte, mens de øvrige er tilegnelser af løftet ofte kombineret med et genløfte.<sup>5</sup> Med denne beskrivelse af kontraktbegrebet bliver det tydeligt, at viljесerklæringen er den centrale bestanddel i kontrakten, og det kan herefter fremhæves, at kontrakten er kendetegnet ved to forhold: 1) parternes vilje og 2) den konstaterbare erklæring af parternes vilje. Som det fremgår af de følgende afsnit, rummer begge disse forhold elementer, der får særlige perspektiver, når kontrakter anvendes i forbindelse med myndighedsudøvelse, herunder på det sociale område.

Med den ovenfor nævnte beskrivelse af kontraktbegrebet bliver det også tydeligt, at kontrakten er karakteriseret ved at være retlig bindende for dens parter. I forbindelse med anvendelse af kontraktinstrumentet på det sociale område er kontraktbegrebets element af retlig binding særligt værd at bemærke, fordi anvendelsen af ord som *kontrakt* eller *aftale* signalerer en retlig forpligtelse for parterne til at opfylde de forpligtelser, der følger af den kon-

<sup>3</sup> Ordene aftale og kontrakt anvendes i artiklen som synonyme, hvilket er i overensstemmelse med almindelig sprogbrug. I juridisk litteratur anvendes de to ord også ofte synonymt, jf. fx *Henry Ussing: Aftaler*, s. 9, *Bernhard Gomard: Obligationsret*, 1. del, s. 4 og *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, s. 14. Litteraturen rummer dog også fremstillinger, hvor der lægges lidt forskelligt indhold i de to ord, se eksempelvis *Arvid Frihagen: Forvaltningsrett* (bind I), s. 325.

<sup>4</sup> Som eksempelvis *Henry Ussing: Aftaler*, s. 9 og for samme, men endvidere også en anderledes definition, *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, s. 93.

<sup>5</sup> *Henry Ussing: Aftaler*, s. 9.

krete overenskomst og tilsvarende retlige krav på modydelser. Men den retlige binding følger ikke af de anvendte ord – den følger af overenskomstens indhold. Det medfører, at indholdet i en overenskomst kan være så løst eller fyldt med forbehold, at overenskomsten – uanset hvordan den benævnes – ikke kan anses for retlig bindende. Tilsvarende kan benævnelsen af en overenskomst som kontrakt eller aftale ikke tilføje den retlig binding, hvis der eksempelvis ikke er hjemmel til at indgå en kontrakt med det foreliggende indhold.<sup>6</sup>

Den manglende retlige binding ved indgåede »kontrakter« vil givet overraske en del aktører på det sociale område, såvel offentlige parter som klienter. Dette bør give anledning til overvejelse. Dels kan det være uheldigt, at forvaltningen konkret tror, at et forhold er reguleret gennem kontrakt, men at det senere viser sig, at forvaltningen ikke kan gennemtvinge løsningen, fordi grundlaget ikke binder klienten. Værre er det dog nok, at man ved anvendelse af kontraktbegrebet giver klienter en illusion af retlig forpligtelse til at efterkomme det aftalte, også selv om der er tale om forhold, som ikke kunne gennemtvinges ved brug af forvaltningsafgørelser.

### 3. Den konstaterbare erklæring

#### 3.1. Krav til kontraktens udformning

Konkret vil en kontrakt kunne bestå af forskellige elementer, idet der som udgangspunkt ikke er formkrav til kontrakten som helhed, eller de ytringer der udtrykker parternes vilje. Således kan parternes ytringer eksempelvis være bevægelser, jf. håndsoprækningen ved en auktion, men af større betydning i forbindelse med kontrakter på det sociale område er, at de kan være skriftlige såvel som mundtlige. Det generelle udgangspunkt er derfor, at formen på parternes ytringer ikke uden videre kan føre til, at den overenskomst, der skabes med ytringerne, må afvises som værende en kontrakt.

Mens ytringernes konkrete udformning, i tilfælde hvor der ikke er formkrav til kontrakten, ikke uden videre fører til diskvalifikation i forhold til kontraktbegrebet, kan den mundtlige erklæring, og den deraf følgende kontrakt, resultere i bevismæssige vanskeligheder. Vanskelighederne kan opstå i relation til påvisning af kontraktens eksistens såvel som i forbindelse med fastlæggelse af dens indhold. Denne problemstilling er naturligvis ikke særegen for kontrakter på det sociale område, men også for disse kontrakter må det kon-

<sup>6</sup> En lignende situation ses ved anvendelse af ordet *garanti* i forbindelse med offentlige ydelser, jf. fx *behandlingsgaranti* og *pasningsgaranti*. Ordvalget fører vel i juridisk sammenhæng tankerne hen på det obligationsretlige garantibegreb, som har klare retsvirkninger knyttet til sig; tilsvarende retsvirkninger er næppe tiltænkt ved ordets anvendelse på det offentlige område.

stateres, at det, med henblik på efterfølgende at kunne vurdere og fastholde kontrakten, er en fordel med skriftlighed og med et indhold, der i detaljeringsgrad er afstemt efter de konkrete forhold. Drejer det sig om kontrakter på det sociale område, vil skriftlighed – hvor dette ikke allerede følger af hjemmelsbestemmelser – i særdeleshed være at anbefale, hvor den private kontrahent grundet sprogvanskeligheder, fysiske eller psykiske tilstand m.v. efter kontraktens indgåelse kan tænkes at ville hævde, at denne havde et indhold, der ikke stemmer overens med forvaltningens opfattelse.

Spørgsmålet om kontraktens skriftlighed fylder meget i behandlingen af formkrav til kontrakter, men begrebet *formkrav* dækker bredere end blot spørgsmålet om skriftlighed ctr. mundtlighed. Begrebet omfatter eksempelvis også krav til, hvilke oplysninger en given kontrakt skal indeholde, og udgangspunktet om formfrihed omfatter hele formkravsbegrebet.

Ser man bort fra det generelle udgangspunkt om formfrihed, kan der på detailområder være formkrav til kontraktens udformning. På det formueretlige område ses dette eksempelvis i relation til kreditaftaler, jf. lov om kreditaftaler §§ 8-10.<sup>7</sup>

Hvad angår kontrakter på det sociale område, er eksempelvis kontrakter indgået i medfør af pligten i integrationslovens<sup>8</sup> § 19 (herefter *§ 19-kontrakter*) undergivet skriftlighedskrav jf. integrationslovens § 19 og udtrykkeligt bkg. nr. 252/2006, § 4, stk. 1. Såvel lovens § 19 som bekendtgørelsen indeholder endvidere krav til kontraktens indhold, ligesom bekendtgørelsen indeholder en skabelon for kontrakten. Skabelonen er vel ikke tvungen, idet der – som det gentagende gange fremhæves i bekendtgørelsen – skal være tale om en individuel kontrakt, men bekendtgørelsen indeholder en sådan mængde krav til kontraktens indhold, at kontraktens form i høj grad er styret ad den vej.

Er der ved lov gennemført formkrav til kontrakter, kan dette være begrundet i hensyntagen til formodede svage kontraktparter. Dette er eksempelvis tilfældet ved skriftlighedskrav i lov om finansiel virksomhed, § 48, stk. 5 (om kautionsaftaler).<sup>9</sup> Også på det sociale område er der grund til at have fokus på ulighed i styrkeforholdet mellem kontrahenterne. Der er to grunde til dette. For det første er der netop på det sociale område ofte tale om en væsentlig skævhed i styrkeforholdet mellem kontrahenterne, med den offentlige part som den stærke. For det andet er det en udtrykkelig målsætning for sagsbehandling i de sociale myndigheder, at borgernes rettigheder og indflydelse

<sup>7</sup> Henholdsvis lov nr. 398/1990 med senere ændringer.

<sup>8</sup> Lov om integration af udlændinge i Danmark, lbk. nr. 902/2006 med senere ændring.

<sup>9</sup> Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 176/2003, §§ 47 og 48.

sikres, jf. retssikkerhedslovens § 1, nr. 1.<sup>10</sup> Hvor hensynet til den formodede svage part ikke har ført til lovregulering af formkrav til kontrakter på det sociale område,<sup>11</sup> bør disse derfor alligevel udformes under hensyntagen til den private kontrahents muligheder for at forstå kontrakten og varetage sine interesser både ved kontraktens indgåelse og i den efterfølgende kontraktperiode.

### 3.2. Konsekvenser af at krav om skriftlighed ikke opfyldes

Hvor der er givet formkrav til kontrakter på et bestemt område eller af en bestemt type, kan det, i forbindelse med fastsættelsen af disse krav, også være reguleret, hvilke konsekvenser det skal have, hvis kravene ikke opfyldes. Se eksempelvis §§ 23 og 24 i kreditaftaleloven om konsekvenser af manglende opfyldelse af samme lovs §§ 8-10. Manglende opfyldelse af formkravene resulterer ikke automatisk i kontraktens ugyldighed, men noget sådant kan forekomme; se eksempelvis om konkurrenceklausuler i handelsagentforhold, jf. handelsagentlovens § 30,<sup>12</sup> og § 48, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.<sup>13</sup>

Hvor der ikke udtrykkeligt er gjort op med betydningen af manglende overholdelse af formkrav, må konsekvenserne bero på en fortolkning af de enkelte formkrav.<sup>14</sup>

For så vidt angår kravet om skriftlighed, kan det indledningsvis bemærkes, at uanset den øjeblikkelige tendens vedrørende anvendelse af kontrakter på det sociale område har kontraktinstrumentet stadig karakter af undtagelse sammenholdt med anvendelse af forvaltningsafgørelsen som instrument ved myndighedsudøvelse. Hvor der konkret opstår tvivl, om der er indgået en kontrakt, fører kontraktens karakter af undtagelse til en formodning for, at kontrakt ikke er indgået. Det skal i den forbindelse bemærkes, at udgangspunktet her vil være, at den part, der vil påberåbe sig en kontrakt, også er den, der skal bevise kontraktens eksistens.<sup>15</sup>

Lykkes det at bevise, at der – trods det manglende skriftlige bevis – faktisk er indgået en kontrakt, bliver spørgsmålet, om denne er gyldig trods den manglende skriftlighed. Hvor skriftlighed er et krav, antages det i litteraturen, at manglende opfyldelse ikke i almindelighed fører til kontraktens ugyldig-

<sup>10</sup> Lbk. nr. 56/2007 med senere ændringer.

<sup>11</sup> Se fx Lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling (lbk. nr. 88/2004 med senere ændringer og fremsatte lovforslag nr. L135/2006-07) hvor kontraktindgåelse er et centralt element, men hvor fx skriftlighed kun forudsættes implicit.

<sup>12</sup> Lov om handelsagenter og handelsrejsende, lov nr. 272/1990.

<sup>13</sup> Lbk. nr. 286/2006 med senere ændringer.

<sup>14</sup> *Bryde Andersen*: Grundlæggende aftaleret, s. 226. Tilsvarende om betydning af manglende overholdelse af skriftlighedskrav i forbindelse med behandling af socialsager hos *Kirsten Ketscher*: Socialret, s. 331 f.

<sup>15</sup> *Lyng Andersen og Madsen*: Aftaler og mellemmand, s. 92.

hed.<sup>16</sup> Fokuseres der på spørgsmålet om skriftlighed ved indgåelse af kontrakter på det sociale område, må det – som også påpeget ovenfor – tillægges betydelig vægt, at den private kontrahent gennem skriftlighed sikres muligheder for at forstå kontrakten og varetage sine interesser dels under forhandlingen dels i tilfælde af efterfølgende uoverensstemmelser vedrørende kontraktens opfyldelse. I sig selv er dette dog næppe nok til – ud fra et privatretligt synspunkt – generelt at statuere ugyldighed, hvor en kontrakt på det sociale område ikke foreligger på skrift. Svaret på problemstillingen må dog nuanceres, jf. det følgende.

Skulle der være tale om en kontrakt, der alene sikrer den private kontrahent fordringer, kan hensynet til beskyttelse af dennes interesser ikke anføres som argument for at anse kontrakten for at være ugyldig. Imidlertid forekommer det ikke indlysende, at en offentlig instans skal fravælge regulering gennem forvaltningsafgørelse, der helt typisk er ensidig, for at gennemføre regulering gennem en ensidig kontrakt. Noget sådant vil ikke harmonere med ønsket om at føje et element af noget-for-noget ind i den sociale sagsbehandling. Med andre ord synes formodningen at være for, at kontrakter på det sociale område vil være gensidige og derfor resultere i såvel fordringer som forpligtelser for de enkelte kontrahenter. Behovet for varetagelse af den private kontrahents interesser er dermed potentielt til stede.<sup>17</sup>

Om behovet for at sikre varetagelse af den private kontrahents interesser er tilstrækkelig til, at manglende skriftlighed skal medføre ugyldighed ses ikke at være afgjort, men i almindelighed kræver ugyldighed hjemmelsgrundlag.<sup>18</sup> Endvidere ses det på andre retsområder, hvor skriftligheden antages at beskytte den formodede svage kontrahent, at være sådan, at der netop er tilvejebragt hjemmel for ugyldighedsvirkning, hvor dette skal være konsekvensen af manglende skriftlighed. Se således lov om finansiel virksomhed, § 48, stk. 5, men ikke kreditaftalelovens § 8 hvorfor det netop antages, at skriftligheds-

<sup>16</sup> *Henry Ussing: Aftaler*, s. 106, *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, s. 227 og *Lyng Andersen og Madsen: Aftaler og mellemmand*, s. 92 f.

<sup>17</sup> Det er muligt at anskue det som en ensidig kontrakt, hvis det måtte vise sig, at den ydelse, som det offentlige påtager sig at præstere som vederlag for borgerens modydelse, er en ydelse, som borgeren uden kontrakten, dvs. uden at skulle præstere modydelse, har ret til med baggrund i den sociale lovgivning. Der kan dog stilles spørgsmålstegn ved, om en kontrakt i sådan en situation – af andre grunde – overhovedet er gyldig. En nærmere analyse af problemstillingen – som blandt andet involverer stillingtagen til spørgsmål om vilkår for modtagelse af begunstigende forvaltningsafgørelser – foretages ikke i denne artikel.

<sup>18</sup> Dette følger af kontrahenternes frihed til at binde sig via kontrakt. Denne frihed udhules, hvis kontrakter efterfølgende kan erklæres ugyldige uden hjemmel.

kravet ved kreditaftaler ikke er en betingelse for gyldighed.<sup>19</sup> Disse to forhold – det almindelige hjemmelskrav og reguleringen på sammenlignelige specialområder – gør det sandsynligt, at manglende opfyldelse af et skriftlighedskrav ikke som generel regel vil føre til den sociale kontrakts ugyldighed.

Foruden de privatretlige regler indeholder også forvaltningsretten en række elementer, der kan tænkes at have betydning for spørgsmålet om konsekvenserne af manglende overholdelse af et krav om skriftlighed. Når der indgås kontrakt på det sociale område, vil kontrakten typisk træde i stedet for regulering ved brug af andre instrumenter. Hvor kontrakten anvendes som led i myndighedsudøvelse, skal forvaltningsretten iagttages, også selv om instrumentet ikke er den traditionelle forvaltningsakt.<sup>20</sup> Af den grund bliver det her interessant at undersøge, om der i forvaltningsretten stilles krav om afgørelser skriftlighed, og hvilke konsekvenser det afføder, hvis kravet ikke overholdes.

Forvaltningsloven indeholder ikke regler om, at afgørelser skal meddeles skriftligt. Tværtimod forudsættes det i lovens §§ 22 og 23, at afgørelser kan formidles mundtligt, dog således at adressaten for en afgørelse, som ikke fuldt ud får medhold, kan begære en skriftlig begrundelse. I tråd med dette antages det i almindelighed, at der kun er pligt til at meddele afgørelser på skrift, hvis dette direkte eller indirekte følger af lov.<sup>21</sup>

Hvor kontrakten erstatter forvaltningsakten på områder, hvor skriftlighed følger direkte eller indirekte af lov, må følgen af manglende skriftlighed være den samme, som hvis forvaltningsakten ikke opfyldte skriftlighedskravet. Hvis ikke der specifikt er gjort op med konsekvenserne af manglende efterlevelse af et konkret skriftlighedskrav, må disse fastlægges på baggrund af karakteren af den konkrete meddelelse, de formål skriftligheden skal tjene, og ud fra de almindelige forvaltningsretlige regler vedrørende konsekvenserne af formelle mangler.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Se bemærkningerne til § 8, stk. 1, i FT 1989/90 (tillæg A), sp. 2061.

<sup>20</sup> *Lyng Andersen og Madsen: Aftaler og mellemmand*, s. 276 og s. 277 f.

<sup>21</sup> *Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger*, s. 158 og *Karsten Loiborg i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret*, 580 ff. Se også sidstnævnte for behandling af god forvaltningsskik som grundlag for krav om skriftlighed. Som eksempler på lovkrav om skriftlighed kan nævnes sundhedslovens § 12, stk. 1 (om kommunalbestyrelsernes pligt til at udstede sygesikringsbeviser), og fra det socialretlige område retssikkerhedslovens § 7, stk. 2, efter hvilken borgere skal have skriftlig meddelelse om kommunernes vurdering i anledning af behov for længerevarende hjælp, og samme lovs § 70 om afgørelser fra Ankestyrelsen og de sociale nævn.

<sup>22</sup> Se eksempelvis *Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse*, s. 149 ff. og *Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling*, s. 348 f.

### 3.3. Konsekvenser af manglende oplysninger

Det er ikke kun skriftlighed, der kan stilles som formkrav til kontrakter. Der kan også stilles krav til kontraktens indhold i den forstand, at denne skal indeholde bestemte oplysninger, eller at det i det mindre skal fremgå, at disse oplysninger er fremsat over for medkontrahenten forud for kontraktens indgåelse. Også på dette felt må udgangspunktet være, at det kræver hjemmel, hvis tilsidesættelse af sådanne formkrav skal føre til kontraktens ugyldighed, jf. ovenfor om skriftlighedskravet.

I forbindelse med kontrakter på det sociale område er der grund til at hæfte sig ved, at kontrakterne regulerer emner, der hører under offentlig virksomhed, og at en offentlig instans optræder som den ene kontrahent. På den baggrund bliver det relevant at overveje det kontraktretlige formkrav vedrørende oplysninger i sammenhæng med den forvaltningsretlige vejledningspligt, idet sidstnævnte kan komme til at fungere som beskrivelse af, hvilke oplysninger der skal gives i forbindelse med kontraktindgåelsen.

Vejledningspligten kan finde støtte dels i forvaltningslovens § 7, dels i speciallovgivning og i uskrevne forvaltningsretlige regler.<sup>23</sup> Det sidste betyder, at vejledningspligten ikke uden videre kan afgrænses til sager, i hvilke der er, eller vil blive, truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, men også kan udstrækkes til andre former for forvaltningsvirksomhed. Derfor er det ikke i denne forbindelse nødvendigt med en nærmere overvejelse af, hvorvidt en kontrakt, der indeholder elementer af myndighedsudøvelse, falder ind under forvaltningslovens afgørelsesbegreb, jf. lovens § 2, stk. 1. Vejledningspligten vil uanset dette også være aktuel i forbindelse med kontrakterne.

Vejledningspligten, som udtrykt i forvaltningslovens § 7, foreskriver, at myndighederne skal rådgive og vejlede inden for deres egne områder og henviser til rette myndighed, hvor der er tale om rådgivning vedrørende spørgsmål, der falder uden for den henvisende myndigheds sagsområde. Hvad der nærmere ligger i dette og dermed i den forvaltningsretlige vejledningspligt skal ikke uddybes her, idet der i stedet henvises til den forvaltningsretlige litteratur om emnet.<sup>24</sup>

Vejledningspligt er naturligvis også en del af de sociale myndigheders arbejde, men på dette område er pligten først og fremmest foreskrevet i en ræk-

<sup>23</sup> Se bemærkningerne til forvaltningslovens vejledningsbestemmelse (§ 7, stk. 1) i Folketings Tidende 1985-86 (tillæg A) sp. 88.

<sup>24</sup> Se eksempelvis *Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen m.fl.*: Forvaltningsret, s. 379 ff., *Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 124 ff. og *Steen Rønsholdt*: Forvaltningsret, kap. 7 (særligt afsnit 5).



ke specialbestemmelser.<sup>25</sup> Retssikkerhedslovens § 5 foreskriver således, at den sagsbehandlende myndighed skal arbejde ud fra et helhedssyn og herunder yde den nødvendige vejledning. Retssikkerhedsloven gælder generelt for sociale myndigheders sagsbehandling, jf. lovens § 2, men ud over den hermed generelt foreskrevne vejledningspligt findes der rundt om i sociallovgivningen bestemmelser, der regulerer vejledningspligten i forhold til udvalgte problemstillinger og grupper af sociale klienter.<sup>26</sup> Ved at placere bestemmelser om vejledning rundt om i speciallovgivningen, har lovgiver forsøgt at give vejledningspligten indhold efter de forskellige situationer og målgrupper, og pligtens indhold kan derfor variere afhængig af situationen.<sup>27</sup> Generelt kan det anføres, at pligtens indhold påvirkes af de særlige forhold, der ofte gør sig gældende på området, herunder særligt det forhold, at personer, som kontakter det sociale system, ofte er relativt ressourcetsvage i relation til uddannelse, økonomi og adgang til alternativ rådgivning.<sup>28</sup>

Som en følge af at vejledningspligten også gælder i forbindelse med offentlige instansers indgåelse af kontrakter på det sociale område, må de oplysninger, som skal fremkomme for, at vejledningspligten kan anses for opfyldt, udgøre et minimumkrav i relation til kontraktens indhold. Alternativt skal det i det mindste kunne godtgøres af den offentlige kontrahent, at oplysningerne blev givet til den private kontrahent forud for kontraktens indgåelse.

Opfyldes det nævnte minimumskrav til oplysninger ikke i kontrakten eller i forbindelse med dens indgåelse, må følgen som udgangspunkt blive den samme, som hvor vejledningspligten ikke opfyldes i forbindelse med anden sagsbehandling. Begrundelsen er, at hvis ikke dette var tilfældet, vil anvendelsen af kontraktinstrumentet sætte de forvaltningsretlige regler for det offentliges arbejde ud af kraft. Skal noget sådant konkret være tilfældet, må det kræve udtrykkelig lovhjemmel. Af dette følger, at manglende vejledning – mangelfulde oplysninger i kontrakten eller ved dens indgåelse – muligvis kan

<sup>25</sup> Lovgivningen på socialrettens område ændres med en hastighed, der i dansk ret vist kun kan sammenlignes med ændringerne på skatterettens område. Oftest er de grundlæggende tankegange bag de skiftende bestemmelser dog i vid udstrækning de samme. Dette gælder også for de skiftende bestemmelser vedrørende vejledning. For et historisk rids af vejledningspligt i danske socialret, se *Ingelise Bech Hansen m.fl.*: Borgerinddragelse og retssikkerhed i socialt arbejde, kap. 2.

<sup>26</sup> Se eksempelvis aktivlovens § 7 og bestemmelserne i servicelovens afsnit II.

<sup>27</sup> *von Hielmcrone og Schultz i Sten Bønsing m.fl.*: Erstatning – en antologi, s. 41 ff.

<sup>28</sup> For afgørelser, hvor det blev antaget, at der konkret var tale om et indhold ud over den almindelige vejledningspligt efter fvl. § 7, stk. 1, se FOB 1989.168, FOB 2002.340 og Sociale Meddelelser C-13-04.

føre til kontraktens ugyldighed.<sup>29</sup> I praksis vil der nok oftest blive tale om rettelse – dvs. ændring – af kontrakten, så denne bliver i overensstemmelse med, hvad klienten ville have valgt, hvis han havde fået den rette vejledning på indgåelsestidspunktet. Uanset om der bliver tale om ugyldighed eller rettelse, kan der også blive tale om erstatning til den private kontrahent.<sup>30</sup>

I forbindelse med vurderingen af hvilke konsekvenser det skal have for en indgået kontrakt, at der ikke ved indgåelsen er givet oplysninger nok til, at vejledningspligten kan anses for opfyldt, kan det overvejes, hvilken betydning det har, at der foreligger en situation, hvor den private part har samtykket, jf. kontraktens gensidige natur. Spørgsmålet er, om den private part gennem sin accept af kontrakten kan acceptere, at vejledningspligten ikke overholdes. Svaret på dette må være benægtende. Begrundelsen skal findes i det forhold, at vejledningspligten i socialretten er lovfæstet dels i forvaltningsloven, men primært i speciallovgivning. Disse lovbestemmelser er lovgivers instruks til myndighederne om, hvordan sagsbehandling skal foregå, og hvis myndighederne gennem den konkrete klients samtykke kunne fravige bestemmelserne, ville det betyde, at lovgivningsmagten blev flyttet fra Folketinget til myndighederne og borgerne i forening. Uoverensstemmelsen med grundlovens § 3, 1. pkt., er åbenbar.<sup>31</sup>

#### 4. Parternes vilje – kontraktindgåelse under tvang

Fordi kontraktindgåelse fordrer en form for samtykke fra kontrahenterne, synes det for en umiddelbar betragtning rimeligt at antage, at når en person er gået ind i et kontraktforhold, er dette sket som et udtryk for hans vilje. Erfaringen viser imidlertid, at denne antagelse ikke holder stik i alle sammenhænge, idet flere forhold kan føre til, at en persons ytring ikke er udtryk for personens vilje. Fejlskrift, svig og tvang er tre sådanne forhold. I forbindelse med kontrakter på det sociale område, påkalder særligt tvangssituationen sig opmærksomhed, og i den forbindelse er det psykologisk tvang, der kan være aktuel.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Der vil være tale om en formel fejl. Om konsekvenserne af sådanne, se eksempelvis *Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse*, s. 149 ff.

<sup>30</sup> Om det offentliges erstatningsansvar i forbindelse med manglende eller mangelfuld rådgivning på det sociale område, se *von Hielmcrone og Schultz i Sten Bønsing m.fl.: Erstatning – en antologi*, s. 35 ff.

<sup>31</sup> Sml. *Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart*, s. 422 og *Lynge Andersen og Madsen: Aftale og mellemmand*, s. 278.

<sup>32</sup> Her på tærsklen af en omtale af tvang ved kontraktindgåelse kan der være grund til at fremhæve, at der også på det sociale område kan indgås kontrakter ad frivillighedens vej – kontrakter som alle kontrahenter vil være tilfredse med. Disse tilfælde har givet overvægt i forhold til tilfælde, hvor borgeren føler sig tvunget.

Tvangselementet kan blive aktuelt, fordi der ofte vil være en markant ulighed i styrkeforholdet mellem den offentlige kontrahent og borgeren som kontrahent, med den offentlige part som den stærke.

Misforholdet mellem kontrahenternes styrke kan være affødt af, at borgeren opfatter sin position sådan, at kontraktindgåelse vil være den eneste mulighed for at opnå et gode eller undgå en ubehagelighed. I nogle situationer vil denne tilstand måske være resultat af en forestilling hos klienten, mere end forankret i virkeligheden, men i forhold til den konkrete situation, og oplevelsen af tvang, er den reel. Det må derfor være et element, som myndighederne skal forholde sig til ved anvendelse af kontrakter på det sociale område, også selv om tvang i aftalelovens forstand måske ikke kommer på tale. I sagsbehandlingen forud for kontraktens indgåelse må det sikres, at klienten har forstået sin situation og de muligheder for bistand, der findes inden for det sociale system.<sup>33</sup>

Uligheden i styrkeforholdet mellem kontrahenterne kan også udspringe af helt håndgribelige forhold, nemlig tilfælde hvor kontrakten anvendes i stedet for en forvaltningsretlig afgørelse. I sådanne situationer sidder myndigheden som kontraktforhandler i en meget stærk position, idet den ikke vil skulle acceptere en kontrakt, der har et, set fra myndighedens side, ringere indhold end det, myndigheden kan sikre gennem en afgørelse. Myndigheden er med andre ord sikker på at få det, som den ønsker, enten gennem anvendelse af en afgørelse eller ved at indgå kontrakt. Den offentlige kontrahents styrke vil variere i aftagende retning i situationer, hvor kontrahenten ønsker at anvende kontraktinstrumentet til at opnå noget (en modydelsen fra borgeren), som ikke kan sikres, hvis den foreliggende sag reguleres gennem en forvaltningsakt. I den udstrækning dette er hjemlet, vil borgerens samtykke have særskilt værdi for myndigheden, og forholdet mellem kontrahenterne vil derfor være i bedre balance.<sup>34</sup>

Indgås der i en situation, hvor myndigheden er i en styrkeposition, en kontrakt med samme indhold som kunne lægges i en forvaltningsakt, og sikres det samtidig, at den private kontrahent også i alle øvrige forhold stilles, som

<sup>33</sup> Se hertil også socialrettens krav om borgerinddragelse og helhedsorienteret hjælp, jf. retssikkerhedslovens § 1.

<sup>34</sup> Styrkeforholdet mellem offentlig instans og borger i kontraktsituationer er diskuteret i litteraturen, jf. *Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret*, s. 464 f., *Jørgen Mathiassen: Aftaler i forvaltningsretten*, kap. 8, *Karsten Naundrup Olesen: Samfundsloddet*, s. 93 og *Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart*, s. 415 ff. Henset til at den sociale klient ofte er stillet svagere ressourcemæssigt i relation til uddannelse, netværk og adgang til eksempelvis juridisk rådgivning end gennemsnitspersonen, synes det rimeligt med en generel formodning for, at myndigheden i kontrakter på det sociale område vil være den stærkes part, jf. også *Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart*, s. 435.

## *Sidehoved*

hvis der var anvendt en forvaltningsakt, vil det ikke blive aktuelt at drøfte tvang i aftalelovens forstand. Derimod opstår der risiko for sådan tvang, hvis den konkrete situation kan løses på mere end én måde, og disse forskellige måder ikke stiller den private part ens. Dette gælder hvor resultatet – den endelige retstilstand – varierer, men kan også være tilfældet hvis processen frem mod resultatet er forskellig. Også her spiller de forvaltningsretlige krav til sagsbehandling ind. I situationer som de beskrevne er det dog ikke sikkert, at der vil være tale om tvang i aftalelovens forstand. Er der eksempelvis tale om afståelse af jord under trussel om ekspropriation, vil ejeren givet føle sig tvunget til at sælge – og ofte til en pris lavere end markedsværdien. Men det vil ikke af denne grund komme på tale at erklære en kontrakt om salg af jorden for ugyldig efter kontraktrettens regler, idet tvangselementet her er legaliseret gennem ekspropriationssystemet.

Udnytter myndigheden sin styrke til at sikre, at kontrakten får et indhold, der er mere gunstigt for myndigheden, end hvad der kunne være sikret ved anvendelse af forvaltningsakten, er muligheden for, at der kan statueres ulovlig tvang til stede. Foreligger et tilfælde af ulovlig tvang, vil kontrakten være ugyldig, jf. aftalelovens § 29.

Det skal bemærkes, at også forvaltningsrettens regler kan føre til kontraktens ugyldighed i tvangssituationen. Dette er eksempelvis tilfældet, hvor klienten presses til at indgå en kontrakt, hvis indhold ikke er hjemlet. Det forvaltningsretlige legalitetsprincip må også slå igennem her, idet princippet gælder for al myndighedsudøvelse, ikke kun hvor denne udmønter sig i en forvaltningsafgørelse, men også hvor det sker gennem anvendelse af kontraktinstrumentet.

Med anvendelsen af kontraktinstrumentet på det sociale område introduceres således også et nyt sæt ugyldighedsregler – det formueretlige – som vil gælde sideløbende med de forvaltningsretlige regler.<sup>35</sup> I forhold til den konkrete regulering vil det forvaltningsretlige og det formueretlige regelsæt ikke nødvendigvis give det samme resultat i relation til ugyldighedsspørgsmålet, men i en række tilfælde må resultatet dog blive det samme. Således eksempelvis kontrakten der tvinges igennem, men hvis indhold er i strid med lov; her kan ugyldigheden begrundes med aftalelovens § 29 med, at indholdet er i strid med lov (DL 5-1-2) og med bruddet på det forvaltningsretlige legalitetsprincip.

<sup>35</sup> Se også *Arvid Frihagen*: Avtaler med forvaltningsmyndighederne, s. 70 f.

## Litteratur

- Andersen, Lennart Lyng og Palle Bo Madsen: Aftale og mellemænd, 5. udg., Forlaget Thomson, København 2006.
- Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, 2. udg., Gjellerup, København 2002.
- Andersen, Poul: Dansk forvaltningsret, 5. udg., Gyldendal; København 1965
- Bønsing, Sten m.fl.: Erstatning – en antologi, Forlaget Thomson, København 2006.
- Christensen, Bent: Forvaltningsret. Prøvelse, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994.
- Frihagen, Arvid: Avtaler med forvaltningsmyndighetene, Universitetsforlaget, Oslo, 1977.
- Frihagen, Arvid: Forvaltningsrett (bind I), 3. udg., Forlaget A. Frihagen, Oslo 1997.
- Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002.
- Garde, Jens m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001.
- Gomard, Bernhard: Obligationsret 1. del, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1998.
- Hansen, Ingelise Bech m.fl.: Borgerinddragelse og retssikkerhed i socialt arbejde, Hans Reitzels Forlag, København 2006.
- Jensen, Claus Haagen og Carl Aage Nørgaard: Administration og borger, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1988.
- Ketscher, Kirsten: Socialret. Almindelige principper – Retssikkerhed og administration, 1. udg., GadJura, København 1998.
- Ketscher, Kirsten: Socialret. Almindelige principper – Retssikkerhed og administration – grundværdier, 2. udg., Forlaget Thomson, København 2002.
- Madell, Tom-Erik: Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.
- Mathiassen, Jørgen: Aftaler i forvaltningsretten – særlig med henblik på aftaler mellem forvaltningsmyndigheder og private, Juristforbundets Forlag, København 1974.
- Olesen, Karsten Naundrup: Samfundsloddet, Forlaget Thomson, København 2004.
- Rønsholdt, Steen: Forvaltningsret – Retssikkerhed, proces, sagsbehandling, 2. udg., Forlaget Thomson, København 2006.

*Sidehoved*

Ussing, Henry: Aftaler på formuerettens område, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1950.