

Notat om energispareordningen og forvaltningsaftaler

1. INDLEDNING OG BAGGRUND

Energistyrelsen ønsker som led i en afrapportering af energispareordningen at foretage en analyse af offentlige myndigheders brug af aftaler til varetagelse af myndighedsopgaver.

På baggrund af Kammeradvokatens tidligere arbejde med og rådgivning om energispareordningen, samt Kammeradvokatens erfaring som rådgiver for andre offentlige myndigheder, har Energistyrelsen bedt om Kammeradvokatens bidrag til analysen.

Kammeradvokatens bidrag til analysen skal bestå af et notat om brugen af aftaler som reguleringsmiddel i relation til energispareordningen, herunder med omtale af forholdet mellem sådanne forvaltningsaftaler og det almindelige retskildehierarki og under inddragelse af styrker og svagheder ved brugen af aftaler. Notatet skal også i relevant omfang inddrage Kammeradvokatens erfaringer med offentlige myndigheders brug af aftaler over for private fra andre myndighedsområder.

Dette notat er bygget sådan op, at energispareordningen og den aftalekonstruktion, som den nuværende ordning er bygget op omkring, kort beskrives i [afsnit 2](#). Herefter følger i [afsnit 3](#) en række generelle betragtninger om forvaltningsaftalen som reguleringsmiddel i grænsefladen mellem forvaltningsret og aftaleret. Der gives en beskrivelse af de relevante retlige problemstillinger, der omgælder forvaltningsaftaler, herunder hvordan forvaltningsaftalen kan indplaceres i et retskildehierarki. Derefter følger i [afsnit 4](#) en beskrivelse af de retlige fordele og udfordringer, der knytter sig til brugen af forvaltningsaftaler. I [afsnit 5](#) fokuseres analysen omkring energispareordningen, hvorefter vores overordnede anbefalinger til hjemmelsgrundlag samt udformning og forvaltning af aftalebaseret regulering følger i [afsnit 6](#).

2. KORT OM ENERGISPAREORDNINGEN

Den 10. juni 2005 indgik regeringen (Venstre og Det Konservative Folkeparti) og Socialdemokraterne, Dansk Folkeparti, Det Radikale Venstre og Socialistisk Folkeparti en aftale om den fremtidige energispareindsats.

Det følger af den politiske aftale, at de i medfør af aftalen øgede besparelser for en væsentlig dels vedkommende skal opnås ved, at net- og distributionsselskaberne inden for el, naturgas, fjernvarme og olie leverer flere besparelser, og at dette udmøntes i løbet af efteråret 2005 i en aftale med selskaberne.

Som opfølgning på den politiske aftale blev der ved lov nr. 520 af 7. juni 2006¹ indsat bestemmelser i forsyningslovene, der fjernede barrierer for gennemførelse af aftalen, ligesom ministeren blev bemyndiget til at sikre de fornødne rammer for gennemførelse af aftalen.

Som yderligere opfølgning på den politiske aftale indgik transport- og energiministeren og net- og distributionsselskaberne inden for el, naturgas og olie repræsenteret ved Dansk Energi – Net, HNG og Naturgas Midt-Nord, DONG, Naturgas Fyn og Oliebranchens Fællesrepræsentation den 22. august 2006 en aftale om selskabernes fremtidige energispareindsats ("2006-energispareaftalen").

Forsyningsselskabernes forpligtelse til at gennemføre dokumenterbare energibesparelser i overensstemmelse med regler fastsat af klima-, energi- og forsyningsministeren fremgår af elforsyningslovens § 22, gasforsyningslovens § 14 og varmforsyningslovens § 28 b. Der findes ikke lovgivning, som forpligter oliebranchens selskaber til at medvirke til realisering af energibesparelser.

Med energispareaftalen blev den overordnede fordeling af energisparemål på brancheniveau fastlagt mellem aftaleparterne. Aftalen beskriver endvidere principperne for fordeling af energisparemålene for de enkelte energiselskaber inden for hver branche, som håndteres af den relevante brancheforening. Overordnet set har energiselskaberne metodefrihed til at tilrettelægge deres energispareindsats, så besparelserne realiseres billigst muligt. Energiselskaberne opgør herefter de samlede omkostninger til indsatsen og opkræver et tilsvarende beløb via slutbrugernes energiregning.

Endelig blev der i bekendtgørelse nr. 1699 af 26. november 2006 om energispareydelse i net- og distributionsvirksomheder fastsat nærmere regler om energispareindsatsen. Bekendtgørelsens funktion var navnlig at gøre det muligt at regulere selskaber, der ikke var en del af aftalen. Bekendtgørelsen fastsatte dog også regler om selskabernes økonomi og tilsyn med selskaberne, som ikke var reguleret i aftalen med selskaberne.²

¹ Ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning, lov om varmforsyning, lov om Energinet Danmark, lov om planlægning, lov om kommunal udligning og generelle tilskud til kommuner og amtskommuner og lov om kuldioxidafgift af visse energiprodukter (Energispareaftalen, havvindmølleudbud, statens købepligt til regionale eltransmissionsnet og gasdistributionsnet, kommuners påbegyndelse af nye aktiviteter i relation til bestemmelserne om modregning i bloktilskud m.v.).

² Energistyrelsens høringsnotat af 24. juni 2017 vedrørende høring om udkast til bekendtgørelse om energispareydelse i net- og distributionsvirksomheder, j.nr. 2016-7242.

Energispareaftalen med selskaberne er efterfølgende ændret ved aftaler af hhv. 20. november 2009 ("2009-energispareaftalen"), 13. november 2012 ("2012-energispareaftalen") og 16. december 2016 ("2016-energispareaftalen"). Energisparebekendtgørelsen er ligeledes ændret et antal gange efterfølgende. 2016-energispareaftalen udløb ved udgangen af 2020.

Energispareordningen udgør desuden en del af den danske gennemførelse af EU's overordnede krav til energieffektivitet. Med EU's energieffektivitetsdirektiv³ er der fastsat en fælles ramme af foranstaltninger til fremme af energieffektivitet i EU med henblik på at nå EU's mål for energieffektivitet på 20 % i 2020 og på mindst 32,5 % i 2030. Direktivet indeholder en række minimumskrav til medlemsstaternes energieffektiviseringer, herunder en række krav til ordninger for energispareforpligtelser og de mulige alternative politiktiltag, som medlemsstaterne kan anvende på dette område.

Endelig bemærkes, at Kammeradvokaten i et notat af 16. december 2015 om energispareordningen og EU's statsstøtteregler og forbuddet mod diskriminerende afgifter⁴ har vurderet, *"at energispareordningen ikke er udformet på en måde, som indebærer, at der i forbindelse med de konkrete energisparetiltag ydes ulovlig statsstøtte, jf. artikel 107, stk. 1, TEUF. Det skyldes, at de midler, der skal finansiere energiselskabernes energispareindsats, generelt ikke kan anses for at være statsmidler"*.

3. FORVALTNINGSAFTALEN SOM REGULERINGSMIDDEL

3.1 Overblik over forvaltningsaftalens retlige facetter

Det er ikke ualmindeligt, at offentlige myndigheder indgår aftaler med private borgere og virksomheder. Det kan f.eks. være aftaler om det offentliges indkøb af produkter eller ydelser, men aftaler kan også indgås til varetagelse af myndighedsopgaver, herunder egentlig myndighedsudøvelse. Aftaler til varetagelse af myndighedsopgaver udgør et særligt reguleringsmiddel, der kan indebære retlige og faktiske fordele for myndigheden, men aftalerne kan også give anledning til visse udfordringer.

Som en samlet kategori kan offentlige myndigheders aftaler med private til varetagelse af myndighedsopgaver betegnes *forvaltningsaftaler* eller *forvaltningskontrakter*. De retlige spørgsmål, der omgærder forvaltningsaftalerne, har længe påkaldt sig både teoretisk og praktisk interesse. Som et nyt væsentligt

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/27/EU af 25. oktober 2012 om energieffektivitet med senere ændringer.

⁴ Notatet er optrykt som bilag til energi-, forsynings- og klimaministerens svar af 11. december 2015 på spørgsmål 71, EFK alm. del., saml. 2015-16.

bidrag til emnet skal især fremhæves Rasmus Grønved Niensens doktordisputats *Forvaltningskontrakter* fra 2021.⁵

Forvaltningsaftalen adskiller sig fra forvaltningsrettens traditionelle reguleringsmidler ved at være baseret på gensidighed og aftaleparternes autonomi. Heroverfor står forvaltningens ensidige dispositioner over for borgerne navnlig i form af konkrete og generelle forvaltningsakter og administrative forskrifter.

Forvaltningsaftalen udgør i sig selv en samlebetegnelse, der kan underinddeles i delkategorier af forvaltningsaftaler afhængig af aftalernes formål, indhold og parter.⁶

Den *individuelle forvaltningsaftale* indebærer en umiddelbar aftalerelation mellem myndigheden og den private aftalepart og angår alene aftaleparternes retsstilling. På den måde kan den individuelle forvaltningsaftale siges at være en pendant til den konkrete forvaltningsakt (forvaltningsafgørelsen).

Den *generelle forvaltningsaftale* kan have form af f.eks. en brancheaftale (kollektivaftale), hvor aftalens retsvirkninger angår en bredere kreds af private (borgere eller virksomheder) end dem, der formelt er parter til aftalen. Ved en *brancheaftale* forstås således en aftale med en eller flere sammenslutninger (brancheforeninger), hvor aftalens genstand – reguleringssubjekterne – ikke er aftaleparter, men deltagere i sammenslutningerne. De generelle forvaltningsaftaler udgør en pendant til generelle retsakter, dvs. navnlig administrative forskrifter (bekendtgørelser mv.).

Forvaltningsaftaler giver anledning til en række særegne retlige problematikker, hvis ophav navnlig skal findes i det forhold, at forvaltningsaftalen som reguleringsmiddel placerer sig mellem den offentlige ret og privatretten og mere præcist mellem forvaltningsretten og aftaleretten. Det indebærer, at forvaltningsaftaler på én og samme tid er undergivet almindelige forvaltningsretlige og aftaleretlige normer. Endvidere indebærer denne tvetydighed, at forvaltningsaftalens indhold og sanktioneringen heraf hverken kan siges at være ”ren” forvaltningsretlig eller aftaleretlig, men måske bedst kan betegnes en hybrid.⁷

Rammerne for nærværende notat tillader ikke en omtale af samtlige retlige problematikker, der kan opstå ved brug af forvaltningsaftaler. De følgende afsnit er derfor fokuseret omkring beskrivelse af de problematikker, der vurderes at kunne være af størst relevans for energispareordningen, jf. hertil vores overvejelser i afsnit 5.

⁵ Af ældre litteratur om emnet kan navnlig nævnes Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten*, 1974.

⁶ Se for en uddybende kategorisering Rasmus Grønved Nielsen, *Forvaltningskontrakter*, 2021, s. 226 ff., særligt s. 239 ff.

⁷ Dette er en af hovedpointerne hos Grønved Nielsen, *Forvaltningskontrakter*, 2021, der med udgangspunkt i et omfattende retskildemateriale overordnet søger at påvise, at forvaltningsaftalerne er underlagt både forvaltningsretlige og obligationsretlige (aftaleretlige) normer, der så at sige *integrerer* med hinanden (benævnt ”integrationsteser”).

I det følgende omtales først forvaltningsaftalens indplacering i det traditionelle retskildehierarki (afsnit 3.2). Dernæst følger en beskrivelse af den retlige ramme for forvaltningsaftalers overholdelse, herunder den offentlige aftaleparts tilsynsforpligtelser og muligheder for at håndhæve aftalen over for aftaleparterne og eventuelle tredjeparter (afsnit 3.3). Endelig gøres enkelte betragtninger om adgangen for den offentlige aftalepart til ensidigt at ændre forvaltningsaftaler (afsnit 3.4).

3.2 Forvaltningsaftalens indplacering i retskildehierarkiet

I juridisk metodelære er det omdiskuteret, om retskilderne kan opstilles i en rangorden (et hierarki), afhængig af hvilken vægt de enkelte retskilder almindeligvis må tillægges over for hinanden.⁸ Funktionen af et sådant hierarki vil dog være at afgøre, hvilken af to retskilder, der ved et sammenstød må vige for den anden. Visse elementer af retsordenen bærer klart præg af at være hierarkisk opbygget. Grundloven har forrang frem for almindelige love, der i sig selv har forrang frem for bekendtgørelser og andre administrative forskrifter. Lovgivningen kan siges at have forrang frem for retspraksis i den forstand, at domstolene ikke kan dømme i strid med loven, ligesom lovgivningsmagten kan ændre en retstilstand fastlagt igennem retspraksis. Endvidere kan domme siges at rangere højere end administrativ praksis, idet domstolene ikke i almindelighed kan siges at være bundet af forvaltningens afgørelser. Og qua EU-rettens krav på forrang for den nationale lovgivning, kan EU-retten – set med danske øjne – siges at befinde sig på en plads over både lovgivning og retspraksis, umiddelbart under grundloven.

Privatretlige aftaler – dvs. aftaler mellem to eller flere private parter⁹ – lader sig ikke umiddelbart indplacere i et traditionelt retskildehierarki. På den ene side er aftalen bindende for aftaleparterne og fastlægger deres indbyrdes retsstilling. På den anden side har aftalen ikke som sådan – i hvert fald så længe der ikke er tale om standardaftaler inden for et bestemt brancheområde – virkninger over for andre end aftalens parter. Der er derfor ikke tale om en retskilde sammenlignelig med f.eks. lovgivning.

På samme måde er det vanskeligt entydigt at placere forvaltningsaftalen som en del af det traditionelle retskildehierarki. Det skyldes, at forvaltningsaftalen udgør en del af grundlaget for den offentlige aftaleparts administration af sine beføjelser, men samtidig skaber forpligtelser for myndigheden over for aftaleparterne. Generelle forvaltningsaftaler, herunder brancheaftaler, indtager desuden i denne sammenhæng en særstilling som følge af disse aftalers påvirkning af udenforstående tredjeparters retsstilling.

⁸ Se f.eks. Bryde Andersen, *Ret og metode*, 2002, s. 131 ff., der argumenterer for, at der kan opstilles et retskildehierarki. Mere skeptisk er Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 4. udg., 2020, s. 198 f.

⁹ Herunder myndigheder, der handler i egenskab af et privatretligt subjekt, f.eks. som ejer af fast ejendom.

Det ligger dog fast, at en forvaltningsaftale skal være i overensstemmelse med gældende ret. En offentlig myndighed kan ikke indgå aftaler, hvis indhold er i strid med den materielle lovgivning, dvs. i første række love og bekendtgørelser. I den forstand kan forvaltningsaftalen i relation til et traditionelt retskildehierarki dermed siges at rangere lavere end love og bekendtgørelser. Det er imidlertid ikke i sig selv tilstrækkeligt for at indgå en forvaltningsaftale, at aftalens indhold er i overensstemmelse med den materielle lovgivning. Den offentlige aftalepart er, også når den indgår aftaler, bundet af almindelige forvaltningsretlige principper om saglig forvaltning, ligebehandling, proportionalitet mv.

Heroverfor står at en offentlig myndighed, der har indgået en (gyldig) forvaltningsaftale, er bundet af denne aftale over for sine aftaleparter. Såfremt myndigheden ikke overholder sin del af aftalen, kan der foreligge misligholdelse, som efter omstændighederne kan udløse misligholdelsesbeføjelser for de øvrige aftaleparter, f.eks. ophævelse og/eller erstatning. Misligholdelsesbeføjelserne kan være reguleret i aftalen, men følger ellers i det væsentlige almindelige obligationsretlige principper. Aftalen er således – som udgangspunkt – den styrende for parternes relation.

Det er en velkendt følge af det forvaltningsretlige legalitetsprincip, at forvaltningen kun kan handle, såfremt der foreligger fornøden hjemmel (kravet om hjemmel). I almindelighed indebærer kravet om hjemmel, at forvaltningen kan kunne legitimere sig gennem henvisning til en formel lovbestemmelse.¹⁰ En forvaltningsaftale kan dermed ikke i sig selv skabe hjemmel for en forvaltningsafgørelse.

Forvaltningsaftalen lader sig således ikke uden videre indplacere i det traditionelle retskildehierarki. En indplacering kan dog heller ikke i sig selv besvare relevante spørgsmål såsom, om der er indgået en gyldig forvaltningsaftalen, hvordan misligholdelse af aftalen kan sanktioneres, og om aftalen efterfølgende ændres ensidigt af den offentlige aftalepart. Dette er nogle af disse spørgsmål, der overvejes i de følgende afsnit.

3.3 Forvaltningsaftalers overholdelse: Tilsyn og håndhævelse

3.3.1 *Den offentlige aftaleparts tilsynsforpligtelse*

Det følger af almindelige forvaltningsretlige principper, at en offentlige myndighed, der administrerer en lov, har en vis ubestemt forpligtelse til også at føre tilsyn med, at loven overholdes og dermed sker fyldest.¹¹ Det må antages, at en sådan almindelig tilsynsforpligtelse gælder, uanset om reguleringen af det pågældende retsområde sker ved forvaltningsafgørelser og administrative forskrifter, ved forvaltningsaftaler eller ved en kombination heraf. Rasmus Grønved Nielsen har i generelle vendinger udtrykt det

¹⁰ Jf. Revsbech m.fl., Forvaltningsret – Almindelig emner, 6. udg., 2016, s. 173.

¹¹ Se f.eks. betænkning nr. 981/1983 om håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen, s. 41.

således, ”at den offentlige aftalepart i et eller andet omfang skal føre tilsyn med opfyldelsen af aftalen og eventuelt skride til håndhævelse”.¹²

I FOB 2010 20-14 udtalte Folketingets Ombudsmand, at det følger af almindelige regler og principper, at en myndighed skal føre tilsyn med, at virksomheder overholder de krav, der fremgår af aftaler, som myndigheden indgår med virksomhederne. Samtidig antog ombudsmanden dog, at myndigheden ”i betydeligt omfang” selv kan beslutte, hvordan dette tilsyn nærmere skal tilrettelægges, når spørgsmålet ikke er reguleret i lovgivningen for det pågældende område. Ifølge ombudsmanden afleder tilsynsforpligtelsen dog naturligt en pligt for myndigheden til ”i et vist omfang at reagere på oplysninger om aftalebrud og manglende overholdelse af relevante bestemmelser i lovgivningen”.

Spørgsmålet er herefter, hvor langt denne almindelige tilsynsforpligtelse rækker. Spørgsmålet kan næppe besvares generelt, men beror på konkrete forhold på det pågældende forvaltningsområde og i den enkelte sag. På visse områder, f.eks. i triangulære retsforhold med en (svag) privat part, må der formentlig antages at gælde en skærpet tilsynsforpligtelse for den ansvarlige myndighed.

Med hensyn til myndighedens proaktive tilsyn må det – som også anført af ombudsmanden i den ovennævnte FOB 2010 20-14 – antages, at myndigheden i betydeligt omfang selv kan beslutte, hvordan tilsynet nærmere skal tilrettelægges. Som et minimumskrav må dog gældende, at myndigheden rent faktisk udfører kontrol, og at der dermed er en vis opdagelsesrisiko forbundet med ikke at overholde aftalen eller relevante bestemmelser i lovgivningen i øvrigt. Et sådant tilsyn vil eksempelvis kunne tage form af en stikprøvekontrol og kan kombineres med den privates egenkontrol.

Situationen er derimod anderledes, såfremt en offentlig aftalepart bliver (gjort) opmærksom på, at en aftalepart misligholder en forvaltningsaftale. I dette tilfælde må det antages, at myndigheden er forpligtet til inden for rimelig tid at reagere på aftalebruddet, særligt når der er tale om en væsentlig misligholdelse af aftalen, der også kan få betydning for udenforstående tredjeparter. Som en almindelig hovedregel må antages, at en reaktion på aftalebruddet formentlig i første omfang kan bestå i, at myndigheden indhenter yderligere oplysninger om aftalebruddet, herunder fra den pågældende aftalepart.

3.3.2 Håndhævelse af forvaltningsaftaler – særligt i relation til brancheaftaler

Når en privat aftalepart ikke opfylder sine forpligtelser i henhold til en forvaltningsaftale, foreligger der misligholdelse af aftalen. Som nævnt under afsnit 3.3.1 må det antages at følge af almindelige forvaltningsretlige principper, at den offentlige aftalepart har pligt til at reagere på misligholdelse af aftalen.

¹² Grønved Nielsen, Forvaltningskontrakter, 2021, s. 579.

Spørgsmålet er dernæst, *hvordan* myndigheden kan sanktionere misligholdelse af en forvaltningsaftale. Rammerne for myndighedens handlinger er de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger om bl.a. saglig forvaltning og proportionalitet, men misligholdelsesbeføjelserne må herudover fastlægges på grundlag af den konkrete aftale, eventuelle lovbestemmelser og almindelige obligationsretlige principper.

Forvaltningsaftaler i form af brancheaftaler (kollektivaftaler) giver anledning til særlige håndhævelsesproblematikker, i og med at der ikke består en direkte aftalerektion mellem myndigheden og aftalens egentlige reguleringssubjekter. Karakteristisk for brancheaftaler er således – som nævnt i afsnit 3.1 – at aftalen er indgået mellem myndigheden og en eller flere sammenslutninger (brancheforeninger), mens aftalens genstand (brancheforeningens medlemmer) typisk ikke er parter i forvaltningsaftalen.

Fra et håndhævelsessynspunkt er udfordringen dermed, at myndigheden ikke på grundlag af forvaltningsaftalen kan udøve misligholdelsesbeføjelser umiddelbart over for brancheforeningernes medlemmer. Hertil kommer, at myndigheden som udgangspunkt ikke kan træffe forvaltningsafgørelser, herunder over for tredjeparter, alene med hjemmel i en forvaltningsaftale. Efter omstændighederne kan brancheforeningen dog gøre brug af foreningsretlige håndhævelsesmidler over for de af sammenslutningens medlemmer, der ikke overholder forvaltningsaftalen.¹³ Sådanne foreningsretlige mekanismer kan dog i sagens natur ikke gøres gældende over for virksomheder, der ikke er medlem af sammenslutningen.

Det bemærkes, at den offentlige aftaleparts håndhævelsesmuligheder kan være reguleret i lovgivningen. I så fald må det i første række afgøres på grundlag af disse bestemmelser, inden for hvilke rammer myndigheden kan sanktionere misligholdelse af aftalens krav, herunder over for tredjeparter.

3.4 Ændring af forvaltningsaftaler

Det velkendte udgangspunkt om, at aftaler er bindende, gælder også for offentlige myndigheder, der indgår forvaltningsaftaler. Bindingsvirkningen betyder, at aftaleparterne som hovedregel ikke ensidigt kan ændre i aftalegrundlaget uden samtykke fra de øvrige aftaleparter, når en sådan adgang ikke er hjemlet i aftalen eller den bagvedliggende lovgivning.

Der kan dog alligevel være grund til at overveje, om aftalers bindingsvirkning gælder med fuld styrke i relation til den offentlige aftalepart i en forvaltningsaftale, selv når andet ikke fremgår af aftalegrundlaget og lovgivningen. Det skyldes, at den offentlige aftalepart indtager en dobbeltrolle som offentlig myndighed og aftalepart. Uanset at myndigheden har påtaget sig aftalemæssige forpligtelser over for sin medkontrahent, skal myndigheden fortsat drage omsorg for sine myndighedsopgaver.

¹³ Se herom Grønved Nielsen, *Forvaltningskontrakter*, 2021, s. 649 ff.

Det kan dog næppe generelt konkluderes, at der gælder en egentlig *ændringsret* for en offentlig myndighed i relation til dennes aftaleretlige forpligtelser. Den hidtil mest grundige behandling af emnet findes hos Rasmus Grønved Nielsen,¹⁴ der på baggrund af retspraksis overordnet konkluderer, at domstolene tager udgangspunkt i, at den offentlige aftalepart hellere skal varetage sine myndighedsopgaver end overholde sine aftaler. Såfremt myndigheden – på sagligt grundlag – ensidigt ændrer i aftalen (f.eks. som følge af mellemkommende lovgivning), kan den materielle beskyttelse af den private aftalepart bestå i, at den offentlige aftalepart pålægges en kompensationspligt. Proportionalitetsbetragtninger spiller i den forbindelse en central rolle, idet der må lægges vægt på, hvor stærke samfundsmæssige interesser der knytter sig til en ændring af forvaltningsaftalen, over for hvor indgribende ændringen er for den private aftalepart.

4. FORDELE OG UDFORDRINGER VED BRUG AF FORVALTNINGSAFTALER

Offentlige myndigheders brug af forvaltningsaftaler som reguleringsmiddel vil på de enkelte forvaltningsområder medføre en række konkrete retlige fordele og udfordringer, der har ophæng i forvaltningsområdets særegenheder.

Brugen af forvaltningsaftaler medfører dog også en række generelle (gennemsnitlige) retlige fordele og udfordringer, der adskiller aftalen fra regulering ved generelle og konkrete retsakter.¹⁵

Som en generel fordel ved brugen af aftaler frem for myndighedens ensidige dispositioner kan fremhæves aftalens evne til at kunne tilpasses aftaleparternes individuelle forhold. I så henseende udgør aftalen et fleksibelt reguleringsmiddel. Omvendt binder aftalen i sagens natur myndigheden over for de øvrige aftaleparter, og det kan derfor give anledning til udfordringer, hvis myndigheden efter aftalens indgåelse ønsker at gennemføre ensidige ændringer i aftalen. Lovgivning kan således som det klare udgangspunkt ændres med fremadrettet virkning, hvor aftaler i hvert fald oftest vil være underlagt et varsel eller en bindingsperiode.

Som eksempel kan henvises til sagsforløbet omkring eneretsbevillingen af 1962 til efterforskning og indvinding af kulbrinter mv. i den danske undergrund, der blev meddelt til A. P. Møllers selskaber for 50 år¹⁶. Da der opstod politiske ønsker om at ændre aftalen – bl.a. fordi den blev anset for utidssvarende og uambitiøs – blev det indledningen på vanskelige forhandlinger mellem staten og bevillingshaver.

¹⁴ Se navnlig Grønved Nielsen, *Forvaltningskontrakter*, 2021, kapitel 9.

¹⁵ Se også herom Grønved Nielsen, *Forvaltningskontrakter*, 2021, s. 26 ff.

¹⁶ Bekendtgørelse nr. 372 af 7. november 1963 om eneretsbevilling til efterforskning og indvinding af kulbrinter m.v. i Danmarks undergrund.

En anden væsentlig generel fordel ved forvaltningsaftalen er, at brugen af aftaler ofte vil forøge borgere og virksomheders tillid til og accept af reguleringen. Ofte vil alternativet til en forvaltningsaftale være myndighedens ensidige disposition, som kan blive (eller føles) mere byrdefuld for den private. Dette kan i sig selv føre til en højere grad af efterlevelse af aftalens krav.

På landbrugsområdet ses flere eksempler på regulering, der tilskynder myndighedernes indgåelse af *konkrete* forvaltningsaftaler med private. Et eksempel er indsatsen for udtagning af kulstofrige lavbundsjordder fra landbrugsmæssig drift, der er reguleret i en bekendtgørelse om klima-lavbundsprojekter.¹⁷ Det følger af bekendtgørelsens § 4, at Naturstyrelsen kan gennemføre klima-lavbundsprojekter ved bl.a. *aftale om lodsejerkompensation* efter reglerne i bekendtgørelsen. Engangskompensationen til lodsejere dækker det værditab, der opstår, når arealer ekstensiveres og vådlægges og ikke længere drives med f.eks. afgrøder, gødskning, jordbearbejdning og/eller sprøjtning. Lodsejeren er forpligtet til at lade tinglyse en servitut på de omfattede ejendomme, hvorefter arealerne permanent skal henligge som lavbundsområde og undergives en række restriktioner.¹⁸

Et andet eksempel er på pesticidområdet, hvor der i vandforsyningslovens § 13 d findes udtrykkelig hjemmel til, at en kommunalbestyrelse eller en almen vandforsyning kan indgå aftale med lodsejere om dyrkningspraksis eller andre restriktioner i arealanvendelsen for at gennemføre indsatsplaner efter vandforsyningslovens §§ 13 og 13 a. Modydelsen er, at lodsejerne opnår en økonomisk kompensation. I en vejledning¹⁹ er nærmere beskrevet, hvordan en aftale med en lodsejer kan sikres overholdt. Det fremgår bl.a.:

”En aftale om dyrkningspraksis bør indeholde vilkår, der sikrer, at myndigheden eller vandforsyningsselskabet, alt efter hvem der er aftalepart, har mulighed for at kontrollere, at aftalen overholdes. Der bør endvidere indsættes vilkår om sanktioner i tilfælde af, at aftalen overtrædes, f.eks. i form af hel eller delvis tilbagebetaling af kompensationen eventuelt kombineret med en bod eller lignende, der afhænger af overtrædelsens grovhed, herunder hvor meget der er tjent på at overtræde aftalen. Bemærk at der er tale om privatretlige aftaler, og at kommunalbestyrelsen derfor ikke kan anvende miljøbeskyttelseslovens regler i tilfælde af, at den indgåede aftale ikke overholdes. Ligeledes kan der heller ikke ske politianmeldelse. Det er derfor yderst vigtigt, at kommunalbestyrelsen skriver vilkår som beskrevet ind i aftalen.”

På ekspropriationsområdet er der praksis for, at der ofte indgås en aftale mellem myndigheder og private om overdragelse af arealer mod betaling som alternativ til ekspropriation mod erstatning. Den private

¹⁷ Bekendtgørelse nr. 211 af 8. februar 2022 om udtagning af kulstofrige lavbundsjordder med henblik på genopretning af naturlig hydrologi (klima-lavbundsprojekter).

¹⁸ Jf. også Vejledning om tilskud til Klima-Lavbundsprojekter, Miljøstyrelsen, 1. februar 2021.

¹⁹ Miljø- og Fødevareministeriets vejledning nr. 9320 af 21. april 2015 om indsatsplaner, pkt. 6.2.

kan opnå en (marginalt) bedre pris for sin jord, og parterne ”slipper” for at skulle igennem en ekspropriations- og evt. taksationsproces med yderligere (rådgiver)omkostninger til følge. Det bør dog holdes for øje, at sådanne aftaler indgås med den underliggende trussel om ekspropriation, og at myndigheden oftest er den stærke aftalepart både retligt og faktisk. Myndighedens aftaleforslag kan således føles mere eller mindre frivilligt for den private.

Desuden kan det nævnes, at aftaleformen ofte vil kunne være ressourcebesparende for den offentlige aftalepart, hvis aftalen træder i stedet for udarbejdelse og administration af detailregulering.

Omvendt kan det anses for en generel udfordring ved myndigheders brug af aftaler, at der hersker en vis usikkerhed om de retlige rammer for aftalerne, og hvordan aftalerne interagerer med lovgivningens krav og med praksis.

De retlige rammer har bl.a. vist sig at være en udfordring ved de såkaldte udbygningsaftaler efter planlovens § 21 b, hvorefter kommunalbestyrelsen *på opfordring fra en grundejer* kan indgå en udbygningsaftale med henblik på bl.a. at opnå en højere kvalitet af den planlagte infrastruktur i området (dvs. grundejeren betaler for infrastrukturen mod, at der tilvejebringes en lokalplan med fordele for grundejer). Uanset det retlige udgangspunkt er, at initiativet skal komme fra grundejer, kan en kommune have et incitament til at opfordre til en sådan aftale, ligesom grundejeren/projektudvikleren kan opleve et vist pres for at acceptere en sådan aftale.

5. SÆRLIGT OM AFTALEFORMEN I RELATION TIL ENERGISPAREORDNINGEN

Som beskrevet ovenfor i afsnit 2 blev der ved en ændring af forsyningslovene i 2006 fastsat regler, som muliggjorde en gennemførelse af energispareordningen i overensstemmelse med den politiske aftale fra 2005. Energispareaftalen fra 2006 med brancheforeningerne blev herefter fulgt op af energisparebekendtgørelsen, der dels fastsatte regler for selskaber, der ikke var en del af aftalen, dels fastsatte regler om selskabernes økonomi og tilsyn.

I energisparebekendtgørelsen skulle således ikke fremgå regler, der var i strid med energispareaftalen.

Det er en vanskelig juridisk disciplin at ”oversætte” en aftale til regulering, hvor reguleringen ikke må kunne forstås i strid med aftalen. Det skyldes især, at aftaler, herunder energispareaftalen, indeholder

et rum for fortolkning, og at en aftaletekst sjældent 1:1 kan udgøre et regelgrundlag. Energisparebekendtgørelsen er således i et vist omfang udtryk for Energistyrelsens fortolkning af aftalen, hvilken aftaleparterne ikke nødvendigvis er enige i.²⁰

Aftalemodellen gjorde det omvendt muligt at nå til enighed om overordnede rammer for energispareordningen, hvor den eksakte forståelse af aftalen så efterfølgende måtte afklares, hvor der var fortolknings- og tvivl. Energispareaftalen fra 2006 er således på 12 sider, hvor 2009-energispareaftalen (inkl. bilag) er på 34 sider, og hvor den seneste energispareaftale fra 2016 (revideret 1. oktober 2019) er på hele 101 sider, ligesom aftaleteksten følges af bemærkninger til de enkelte bestemmelser.

Det bemærkes for en god ordens skyld, at energispareaftalen har været undergivet løbende opfølgning og evaluering, og at udviklingen i aftalens omfang derfor ikke alene er udtryk for rene præciseringer af det oprindelige aftalegrundlag. Aftaleformen har således også muliggjort løbende drøftelser mellem parterne om aftalens indhold og konsekvenser, hvorefter aftalen og bekendtgørelsen er tilpasset.

Det beskrevne samspil mellem parterne i henhold til energispareaftalen er vanskeligere at forestille sig, hvis der havde været tale om (ensidig) regelfastsættelse fra myndighedernes side. Aftaleformen har således gjort det muligt at få tilvejebragt en dynamisk og fleksibel ordning, hvor myndigheden og aftaleparterne har kunne forhandle sig frem til løsninger. Dette har især været muligt, da forhandlingerne er pågået med fagligt stærke brancheforeninger (i modsætning til et stort antal større og mindre forsyningsvirksomheder).

Det bemærkes hertil, at energisparebekendtgørelsen ikke omfatter olieselskaberne, der ikke i medfør af lovgivningen er forpligtet til at medvirke til realisering af energibesparelser. Oliebranchen tilsluttede sig uanset dette frivilligt energispareaftalen. Dette understreger forvaltningsaftalens muligheder som et fleksibelt reguleringsmiddel, der undertiden kan medvirke til at opnå både politiske og retlige mål ad frivillighedens og gensidighedens vej. Omvendt har f.eks. tilsynsbestemmelserne i energisparebekendtgørelsen ikke fundet anvendelse over for olieselskaberne, hvilket har skabt en skævhed mellem de tilsluttede brancheorganisationer. En sådan skævhed bør efter vores opfattelse generelt undgås i denne type aftaler.

Som nævnt i afsnit 3.3.2 ovenfor er det således ikke muligt alene på grundlag af energispareaftalen at håndhæve de aftalebestemte forpligtelser direkte over for olieselskaberne, der ikke er parter til aftalen,

²⁰ Se eksempelvis aftaleparternes og Energistyrelsens bemærkninger om relationen mellem energispareaftalen og energisparebekendtgørelsen gengivet i Energistyrelsens høringsnotat af 24. juni 2017 vedrørende høring om udkast til bekendtgørelse om energispareydelser i net- og distributionsvirksomheder, j.nr. 2016-7242.

og som samtidig heller – modsat de øvrige brancher – ikke er undergivet regulering. Reaktionsmulighederne over for olieselskaberne har således været ganske begrænsede.²¹

I Rigsrevisionens beretning nr. 23/2016 om energispareordningen fra september 2017 var et særligt fokus på tilsynet med ordningen. Rigsrevisionen pegede bl.a. på at Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet ikke i tilstrækkelig grad havde sikret, at de indberettede energibesparelser levede op til energispareordningen, ligesom ministeriet ikke i tilstrækkelig grad havde fulgt op på mistanke om misbrug af ordningen, og om underkendte energibesparelse blev fratrukket i indberetningerne.

Det mangelfulde tilsyn skyldtes, at ministeriet var af den opfattelse, at Energitilsynet (nu Forsyningstilsynet) førte tilsyn med, at energiselskaberne havde opgjort omkostningerne til energispareordningen i henhold til reglerne, hvilket tilsynet imidlertid ikke havde haft hjemmel til.

Det er vanskeligt entydigt at konkludere, om denne hjemmelsproblematik skyldes aftaleformen med tilsyn fastsat i energisparebekendtgørelsen. Det er dog nærliggende, at tilsynet ikke har haft det store fokus i forhandlingerne mellem aftalparterne. Det er også velkendt fra privatrettens område, at parterne sjældent har særligt fokus på kontrol og misligholdelsesbeføjelser, da parterne forhandler ud fra en (naturlig) forventning om, at aftalen holdes.²²

Forsyningstilsynets rolle som tilsynsmyndighed, der ”skal sikre et stærkt og effektivt tilsyn”²³, synes desuden vanskelig forenelig med hovedprincippet bag aftaleformen, der tilsigter at opnå en dynamisk og fleksibel ordning. Den private part i en aftale forventer som regel ikke, at et uafhængigt tilsyn efterfølgende vil træffe afgørelser inden for aftaleområdet med mulige økonomiske konsekvenser for parten. På baggrund af denne modsætning mellem tilsynet og aftaleformen ville det efter vores opfattelse have været hensigtsmæssigt, at tilsynets kompetence og reaktionsmuligheder var beskrevet klart i aftalegrundlaget med henblik på at øge legitimiteten af efterfølgende tilsynsafgørelser.

6. OVERORDNEDE ANBEFALINGER

På baggrund af betragtningerne ovenfor følger i dette afsnit vores overordnede anbefalinger, hvis en aftaleordning på et fremtidigt tidspunkt vil skulle anvendes inden for det energipolitiske område.

²¹ Vi er ikke bekendte med, at dette konkret har medført u hensigtsmæssigheder i forbindelse med energispareordningen.

²² Se også Miljø- og Fødevareministeriets vejledning nr. 9320 af 21. april 2015 om indsatsplaner, pkt. 6.2, hvor det fremhæves, at miljøbeskyttelseslovens regler ikke finder anvendelse i tilfælde af, at den indgåede aftale ikke overholdes, og at der (derfor) bør indsættes vilkår om sanktioner i tilfælde af, at aftalen overtrædes, jf. også ovenfor afsnit 4.

²³ Jf. § 1 i lov nr. 690 af 8. juni 2018 om Forsyningstilsynet.

Vi bemærker dog indledningsvist, at aftaleformen efter vores opfattelse ikke skal vælges, fordi den fra en umiddelbar betragtning synes enklere at gennemføre end lovgivning. Lovgivning vil i mange tilfælde, hvor der skal fastsættes klare rammer, være den enkleste løsning, og den løsning, som forvaltningen har indgående kendskab til og erfaring med. Aftaleformen bør derimod alene anvendes, hvor forvaltningen ser en særlig fordel ved netop denne form for frivillig regulering.

Det er vores opfattelse, at aftaleformen synes særlig relevant ved udmøntning af politiske initiativer og mål, som skal gennemføres af flere forskellige parter, og hvor der kan tænkes en flerhed af løsningsmodeller for at indfri målene. Eksempelvis synes der på klimaområdet at være gode muligheder for at benytte aftaleformen til at indgå aftaler med private virksomheder om virksomhedsspecifikke tiltag, som kan være medvirkende til at opfylde klimalovens formål om reduktion af Danmarks udledning af drivhusgasser med 70 pct. i 2030.

Energispareaftalen har som gennemgået ovenfor haft visse særegne kendetegn: Der er tale om en *generel forvaltningsaftale* (en brancheaftale), der bidrager til gennemførelsen af en politisk (og retlig) målsætning om energibesparelser. Aftalen har tjent som en form for *generel regulering* på det politiske område, men *suppleret* af energisparebekendtgørelsen (med hjemmel i forsyningslovene).

En sådan reguleringsform stiller krav til klarheden af selve lovgrundlaget, som med fordel kan forudsætte i enten lovtæst eller forarbejder, at den generelle regulering på det pågældende område helt eller delvist er baseret på en forvaltningsaftale. Jo klarere lovgrundlaget er med hensyn til brugen af forvaltningsaftaler, jo enklere vil det antageligvis efterfølgende være både at indgå og administrere aftaleordningen for den offentlige aftalepart. Lovgrundlaget bør således fastlægge de nærmere rammer for, hvad der kan indgås aftale om, ligesom der bør tages stilling til, om der skal etableres tilsyn, om myndigheden skal have mulighed for at meddele påbud og forbud, og om der skal være mulighed for straf.

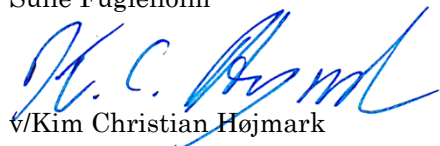
Også aftalegrundlaget bør være klart, så administrationen heraf ikke giver anledning til væsentlig fortolkningstvivl. Væsentlige spørgsmål, som aftalen bør tage stilling til (medmindre det følger af retsgrundlaget), omfatter navnlig forholdet til lovgivningen, herunder om aftalen udmønter lovgivning, eller om aftalen udgør supplement hertil, parternes gensidige oplysningsforpligtelser, adgangen til at foretage ændringer i aftalen, misligholdelsesbeføjelser, herunder hvornår aftalen kan ophæves, og den offentlige aftaleparts (eller andre myndigheders) tilsyn og/eller sanktionsmuligheder.

Tilsyn med en aftalebaseret ordning – uanset om tilsynet er lovbaseret eller udtryk for håndhævelse af aftalen – bør desuden være planlagt allerede ved aftalens ikrafttræden. Dette for at sikre, at eventuelle misforståelser af aftalegrundlaget hurtigt konstateres og afstemmes, hvilket reducerer risikoen for, at aftaleparterne senere konstaterer betydende uoverensstemmelser. Desuden kan tilsynet bidrage til at

konstatere fortolkningstvivil mellem parterne, hvilket f.eks. kan håndteres ved ændringer eller præciseringer af aftalen.

København, den 30. marts 2022

Sune Fugleholm



v/Kim Christian Højmark

Partner, Advokat (L)