

NORSTEDTS
JURIDIK

Länsrättens
bibliotek

Avtal mellan kommuner och enskilda

Avtalsslut och rättsverkningar

Tom Madell

Juridikbokse

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

AVTAL MELLAN KOMMUNER OCH ENSKILDA

LÄNSRÄTTENS BIBLIOTEK

TOM MADELL

*Avtal mellan
kommuner och enskilda*

– Avtalsslut och rättsverkningar

NORSTEDTS JURIDIK

Adress till förlaget:

Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm

Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:

Norstedts Juridik AB, Kundservice, Box 6454, 113 82 Stockholm

Fax 08-690 90 30, telefon 08-690 96 96, växel 08-690 91 00

E-post: kundservice.njab@liber.se

www.njab.se

AVTAL MELLAN KOMMUNER OCH ENSKILDA

Avtalsslut och rättsverkningar

Tom Madell

Upplaga 1:1

ISBN 91-39-00643-3

© 2000 författaren och Norstedts Juridik AB

Tryck: Elanders Gotab 33302, Stockholm 2000

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord

Föreliggande bok riktar sig i första hand till de jurister och tjänstemän i offentlig tjänst och alla andra – privat eller offentligt anknutna – som sluter avtal eller arbetar med avtal där det allmänna, främst kommuner och landsting, utgör avtalspart.

Syftet är att belysa olika rättsliga frågeställningar som uppkommer när det allmänna sluter avtal och förhoppningen är att framställningen skall fungera som stöd vid avtalsslut men också som hjälp vid bedömningen av avtalens rättsverkningar.

Framställningen bygger i stor utsträckning på de slutsatser som lades fram i min avhandling *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*. Vissa av de teoretiska avsnitt och nordiska utblickar som fanns med i avhandlingen har dock tagits bort medan några nya delar har tillkommit. Vidare har nytillkommen rättspraxis beaktats.

En del nytillkomna frågeställningar har också föranletts av de synpunkter och frågor som framkommit upp vid de tillfällen jag i samarbete med professor Jan Kleineman, genom Stiftelsen Fakultetskurser, hållit kursen *När det allmänna sluter avtal – stat och kommun som avtalspart*.

Umeå den 18 maj 2000

Tom Madell

Innehåll

Förkortningar 9

1 Inledning 11

- 1.1 Introduktion 11
- 1.2 Förhållandet mellan offentligrättsliga och privaträttsliga principer 13
- 1.3 Bör dikotomin offentlig rätt och privat rätt upprätthållas? 16
- 1.4 Offentligrättsliga avtal 19
- 1.5 Systematiseringar och avtal inom offentlig förvaltning 22

2 Offentligrättsliga principer av betydelse vid avtalsslut 25

- 2.1 Myndighetsutövning 25
 - 2.1.1 Begreppet myndighetsutövning 25
 - 2.1.2 Myndighetsutövning och privaträttsligt handlande inom kommuner 29
 - 2.1.3 Skadeståndsansvar till följd av felaktiga uppgifter eller råd 31
- 2.2 Normgivningsmakt och avtalsreglering 34
 - 2.2.1 Generella normer och riktlinjer 34
 - 2.2.2 Kommunal normgivningsmakt 35
- 2.3 Avgifts- och beskattningsrätten 36
 - 2.3.1 Det allmännas avgifts- och beskattningsrätt 36
 - 2.3.2 Kommunala taxor och avgifter 37
- 2.4 Offentligrättsliga principer 39
 - 2.4.1 Legalitetsprincipen 39
 - 2.4.2 Jäv, objektivitets- och likhetsprinciperna 41
 - 2.4.3 Illojal maktanvändning och ingående av avtal 44
 - 2.4.4 Laglighetsprövning och överklagande av förvaltningsbeslut 46
 - 2.4.5 Insyn, tillsyn och kontrollmöjligheter 48
 - 2.4.6 Kommunal revision och ansvarsfrihet 49

- 3 **Det avtalsbara området – kommunal kompetens att sluta avtal** 51
 - 3.1 Det kommunala kärnområdet och frivillig kommunal verksamhet 51
 - 3.2 Den kommunala kompetensen 54
 - 3.2.1 Rättsliga begränsningar av den kommunala kompetensen 55
 - 3.2.2 Principer som ytterligare begränsar den kommunala kompetensen 56
 - 3.2.3 Kommunal outsourcing 59
 - 3.3 Offentligt tillhandahållen service – lagstadgad skyldighet med civilrättsliga inslag 65
 - 3.4 Förhållandet mellan entreprenör och vårdtagare 69
- 4 **Rättsverkningar till följd av kompetensöverskridande** 75
 - 4.1 Relationen mellan begreppen kompetens, behörighet och befogenhet 75
 - 4.2 Kommunala organs och organföreträdares kompetens att fatta beslut och sluta avtal 77
 - 4.2.1 Kommunala organ och deras beslutskompetens 77
 - 4.2.2 Kommunal delegering av beslutanderätten 79
 - 4.2.3 Delegering och fullmakt 81
 - 4.3 Bundenhet till följd av ställningsfullmakt 82
 - 4.4 Firmateckningsrätt – besluts- och representationskompetens 87
 - 4.4.1 Beslutskompetens och representationskompetens 87
 - 4.4.2 Organföreträdares firmateckningsrätt 88
 - 4.5 Återgång på grund av kommunala kompetensöverskridanden 91
 - 4.6 Civilrättsliga rättsverkningar till följd av kompetensöverskridande 97
 - 4.6.1 Överskridande av den materiella kompetensen – avtalskompetensen 98
 - 4.6.2 Överskridande av den personella kompetensen – besluts- och representationskompetens 105
 - 4.7 Tidpunkten för parternas bundenhet vid avtalsslut 110
- 5 **Ogiltighet och tvång avseende kommunens avtalsvillkor** 117
 - 5.1 Frågor om frivillighet och samtycke 117
 - 5.2 Offentlighetsrättsliga begränsningar av kommunens rätt att villkora avtal 119

8 Innehåll

5.2.1 Kommunal outsourcing	119
5.2.2 Avtal i samband med myndighetsutövning	120
5.2.3 Offentligrättslig ogiltighet enligt praxis	121
5.3 Civilrättsliga begränsningar av kommunens rätt att uppställa avtalsvillkor	127
5.4 Närings- eller marknadsrättsliga ogiltighetsregler	130
5.5 Avtalsjämkning	133
6 Möjligheterna att ensidigt ändra förutsättningarna för avtal	137
6.1 Normgivning och partsautonomi	137
6.2 Avtalsrättsliga principer om avtalsbundenhet och ändrade förutsättningar	138
6.2.1 Pacta sunt servanda	138
6.2.2 Ändrade förutsättningar och förutsättningsläran	139
6.2.3 Avtalsjämkning till följd av ändrade förutsättningar	143
6.3 Möjligheten till ensidiga ändringar från kommunens sida	146
6.3.1 Kan det allmänna genom avtal binda sin framtida myndighetsutövning?	146
6.3.2 Ändring av beslut	148
6.3.3 Ensidig direkt avtalsändring från kommunens sida	150
6.4 Den kommunala normgivningsmakten	153
6.4.1 Normgivning i form av ändring av kommunala taxor	154
6.4.2 Normgivning till följd av införande av nya stadgor etc.	156
6.4.3 Normgivning enligt plan- och byggmonopolet	158
7 Avslutning	163
Käll- och litteraturförteckning	165
Sakregister	177

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (1975:1385). Omtryckt SFS 1993:150.
AD	Arbetsdomstolen, Arbetsdomstolens domar.
ARN	Allmänna reklamationsnämnden
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsument-förhållanden.
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare.
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
Bet.	Betänkande.
BrB	Brottsbalk given Stockholms slott den 21 december 1962.
Ds	Departementsstencil-serierna.
FL	Förvaltningslag (1986:223).
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift.
HD	Högsta domstolen.
HovR	Hovrätten.
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763). Omtryckt SFS 1992:567.
JB	Jordabalk given Stockholms slott den 17 december 1970. Omtryckt SFS 1971:1209.
JK	Justitiekanslern.
JO	Justitieombudsmannen, JO:s ämbetsberättelse.
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet.
KammR	Kammarrätten.
KK	Kunglig kungörelse.
KL	Kommunallag (1991:900). Omtryckt SFS 1998:1.
KM	Kunglig Majestät.
KT	Kommunal tidskrift.
KU	Konstitutionsutskottet.
LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling. Omtryckt SFS 1993:1468.

10 *Förkortningar*

LSS	Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade.
LSt	Länsstyrelsen.
LVM	Lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall.
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga.
MD	Marknadsdomstolen, Marknadsdomstolens domar.
MFL	Marknadsföringslag (1995:450).
NAT	nordisk administrativt tidsskrift.
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I.
OL	Ordningslag (1993:1617).
PBL	Plan- och bygglag (1987:10).
Prop.	Proposition.
RB	Rättegångsbalk given Särö den 18 juli 1942.
RegR	Regeringsrätten.
RF	Regeringsformen. Kungjord genom KK 1974:152. Omtryckt SFS 1994:1483.
RH	Rättsfall från hovrätterna.
RRK	Rättsfallsreferat från regeringsrätten och kammarrätterna.
Rt	Norskt Retstidene.
RÅ	Regeringsrättens årsbok.
SekrL	Sekretesslag (1980:100). Omtryckt SFS 1992:1474.
SFS	Svensk författningssamling.
SJFL	Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund.
SJFU	Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala.
SkL	Skadeståndslag (1972:207). Omtryckt SFS 1975:404.
SkolL	Skollagen (1985:1100). Omtryckt SFS 1997:1212.
SoL	Socialtjänstlag (1980:620). Omtryckt SFS 1988:871.
SoU	Socialutskottet.
SOU	Statens offentliga utredningar.
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105).
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap.
TR	Tingsrätten.
VAL	Lag (1970:244) om allmänna vatten- och avloppsanläggningar. Omtryckt SFS 1976:842.
VD	Verkställande direktör.
ÄFL	Äldre förvaltningslag (1971:290).

1 Inledning

1.1 Introduktion

Det är sedan lång tid tillbaka vanligt att dela in rättssystemet i offentlig rätt och privaträtt. Privaträtten bygger på individualistisk frihet och säkerhet och reglerar den privata omsättningen av varor och tjänster. Den offentliga rätten präglas av kollektivistisk ordning och effektivitet och bygger på en hierarki med myndigheter som med stöd i lag utfärdar ensidiga förvaltningsakter och fattar beslut i förhållande till medborgarna. Används avtalskonstruktioner på det offentligrättsliga området kan konflikter uppstå. Motsättningarna mellan regelverken bottenar bl.a. i konflikten mellan avtalsautonomin och det allmännas ensidiga beslutsrätt i form av normgivningsrätt och möjligheter till myndighetsutövning gentemot enskilda. När kommuner använder sig av avtalslösningar kan privaträttsliga intressen, avseende tillit och omsättningsintresset, komma i konflikt med kommuninvånarnas intressen.

Det ökade bruket av avtalslösningar har i vissa fall lett till en sammanflätning av offentlig rätt och privaträtt, som är både svåröverskådlig och svårbedömd. När det allmänna agerar på det privaträttsliga området eller om enskilda utför offentligrättsliga uppgifter riskerar man således att hamna i ett rättsligt gränsland. Det råder inte bara oklarhet om kompetensen att sluta avtal utan även rättsverkningarna av i sig giltiga avtal kan i viktiga avseenden vara oklara. I takt med att samhället förändras påverkas dock även indelningen av rättssystemet på så sätt att gränsdragningen mellan olika rättsområden kan komma att ändras. Så kan till viss del sägas ha skett vad gäller gränsen mellan offentlig rätt och privaträtt bl.a. till följd av att det allmännas användande av avtal ökat.

Den traditionella utgångspunkten i Sverige får anses vara att på området för myndighetsutövning måste myndigheten hålla sig till de former som är föreskrivna för befogenheternas utövande. En myndighet får i dessa fall inte växla över till förhandlingar och överenskommelser om det föreskrivits att ett ensidigt beslut skall fattas.

12 Inledning

En utvecklingstendens som kunnat skönjas under ganska lång tid är att den offentliga rätten och samhällsekonomiska teorier om välfärdsstaten intervernerat på det privaträttsliga området i form av skydd för svagare part, konsumentskydd etc. Samtidigt har avtalsrätten växt in i det offentlighetsrättsligt reglerade området. Tidigare offentlighetsrättsligt tillhandahålla verksamheter ombesörjs i allt större omfattning av enskilda entreprenörer och den kommunala verksamheten delas ofta upp i resultatenheter som sinsemellan »köper» och »säljer» tjänster. Till följd av ett ökat konkurrens- och privatiseringstänkande inom den offentliga sektorn har ekonomiska intressen kommit att påverka det allmännas agerande mer än tidigare. Frågor om maktutövning, tillgodoseendet av samhälleliga intressen och målsättningar samt kompetensen att agera inom den offentliga sektorn har därmed till viss del kommit att påverkas av privaträttsliga regler. Utvecklingen har lett till förändringar som gör att det är svårt att dra en exakt gräns mellan de olika regelverken.

Problem kan dock uppstå eftersom det mellan författningsreglerad myndighetsutövning och den civila verksamheten finns en gräzon mellan å ena sidan civilrättsliga avtal om myndigheters inköp av varor och beställning av tjänster, å andra sidan offentlig verksamhet där det inte finns några föreskrifter och där man därmed inte med säkerhet vet vilka regler som skall vara tillämpliga på de avtal som träffas. En grundläggande fråga vad gäller de avtal som befinner sig i dessa gränsområden är vilka *rättsskyddsmekanismer* som finns för de offentliga organens enskilda motpart. De typiskt offentlighetsrättsliga rättsskyddsmekanismerna i form av överklagande blir av föga praktiskt värde i de flesta fall för det allmännas motpart, eftersom dessa tar sikte på andra typer av situationer. Kan heller inte de avtalsrättsliga ogiltighetsreglerna användas mot offentliga organ när det gäller dessa »gräzonsavtal», blir resultatet att den enskilde motparten saknar tillgång till några meningsfulla rättsskyddsmekanismer.¹

Att stat eller kommun använder sig av avtalskonstruktionen för att reglera ett mellanhavande med enskild kan ofta te sig praktiskt, men kan också leda till ett – medvetet eller omedvetet – åsidosättande av viktiga offentlighetsrättsliga begränsningar. När ett avtal är för handen är den naturliga utgångspunkten att de avtalsrättsliga bestämmelserna dominerar, åtminstone i fråga om avtals ingående, avtalstolkning och bristande förutsättningar. En del avtal – avseende rutinmässiga inköp, hyresavtal etc. – regleras också huvudsakligen av privaträttsliga regler. Men även om det formellt rör sig om ett avtal, är det

1. Se Bernitz' och Wennergrens inlägg under Nordiska juristmötet, *Offentlige forvaltningsorganer som aftalepartnere*, 1978 s. 379 f.

emellertid inte säkert att det enbart är avtalsrättsliga regler som är tillämpliga. Avtal mellan myndigheter och enskilda kan ha större eller mindre förvaltningsrättsliga beröringspunkter. Frågor som uppstår är t.ex. vem som har kompetens att binda stat eller kommun samt vilka rättsverkningar som följer av ett kompetensöverskridande. Man måste också ta hänsyn till att det allmänna som avtalspart har särskilda maktbefogenheter. Hit hör t.ex. dess befogenhet att utöva tvång liksom möjlighet att ändra förutsättningarna för avtal genom lagstiftning, skatter, avgifter eller särskilda beslut av annat slag. Samtidigt påverkas det allmänna av en mängd skyldigheter och restriktioner som följer av det offentligrättsliga regelverket och bl.a. syftar till att värna grundläggande rättssäkerhetskrav, t.ex. regler om inflytande och insyn samt JO:s och JK:s tillsyn.

Detta inverkar såväl på utrymmet för att ingå avtal som på avtalens rättsverkningar och kan få till följd att ett avtal som mellan två enskilda parter skulle ha varit bindande, får andra rättsverkningar när ett offentligt organ är den enskildes motpart. Det kan också röra sig om en såsom avtal benämnd reglering mellan två offentligrättsliga subjekt.²

Gränserna kan ofta vara flytande huruvida det rör sig om ett rättsligt bindande avtal eller om det i själva verket rör sig om en förvaltningsrättslig reglering. Man kan därför tänka sig att det finns en glidande skala mellan avtal och myndighetsutövning, där avtal med mer eller mindre offentligrättsliga inslag måste bedömas enligt de offentligrättsliga regler som påverkar mellanhavandet.

1.2 Förhållandet mellan offentligrättsliga och privaträttsliga principer

När det allmänna använder sig av avtalsformen för att reglera förhållandet till en enskild torde det i stor utsträckning vara »vanliga» civilrättsliga regler och principer som aktualiseras. En skillnad är dock att man i viss utsträckning torde få ta hänsyn till det offentligrättsliga regler som kan tänkas ligga till grund för och påverka förhållandet i likhet med vad som t.ex. gäller *utfyllning* av avtal när en tvist uppstår. Med hjälp av tillämplig lag, analogier eller regler som

2. Ofta används benämningen avtal även när olika grenar inom en och samma juridiska person, t.ex. en kommun, »köper» och »säljer» tjänster av varandra. Det är bl.a. vanligt när man talar om beställar-utförarnämnder och riktlinjerna för dessa. Överenskomelser som ingås inom en och samma juridiska person utgör dock inte avtal i traditionell mening eftersom det för avtalsförhållanden utmärkande tvåpartsförhållandet saknas.

14 Inledning

grundas på ändamålsöverbäganden, besvaras normalt de frågor som avtals-situationen inte förmår besvara, på grund av att den inte förutsågs eller av an-nan anledning lämnades öppen vid avtalsslutet. Vid en utfyllning kan avtalet dels kompletteras med dispositiva rättsregler, dels korrigeras av tvingande regler.

Det allmänna kan i viss utsträckning sägas ha dubbla roller, då det ibland uppträder i skepnad av både avtalspart och myndighet. Om rollerna i något avseende inte går att hålla isär och det ena automatiskt inverkar på det andra så torde avtalet få speciella rättsverkningar. Alla avtal som ingås mot bakgrund av offentligrättsliga regler måste därför bedömas med hänsyn till de regler som ligger till grund för det aktuella avtalet.

Att det allmänna väljer att t.ex. ingå ett köpeavtal i stället för att utnyttja möjlighet till expropriation torde inte betyda att tolkningen skall göras på vä-sentligen annat sätt än vid privaträttsliga avtal. I viss mån får det alltså anses finnas fog för att en myndighet som väljer avtalets form också får finna sig i att detta bedöms enligt huvudsakligen avtalsrättsliga principer.

Genomgående är dock att det måste göras en helhetsbedömning av de av-tal som det allmänna ingår, där utfyllande regler i form av offentligrättsliga principer eller handelsbruk ofta kan komma att ha företräde framför en tolk-ning av avtalsinnehållet. All tolkning kan i viss utsträckning sägas utgöra hel-hetsbedömningar där olika element gör sig gällande med varierande styrka,³ men motsättningarna kan bli extra tydliga när även offentligrättsliga princi-per måste beaktas. I det fall en offentligrättslig regel stadgar vad kommunen får eller inte får göra i ett visst fall torde det därför bli fråga om en utfyllning av ett avtal som lämnat den aktuella frågan öppen eller om det är oklart vad som egentligen avtalats. I de fall där en offentligrättslig regel ligger till grund för ett avtal, torde den bestämma gränsen eller utrymmet för vad som kan av-talas.⁴ Det centrala blir vilka omständigheter som måste beaktas i det enskilda fallet – om *vad* det allmänna enligt offentligrättsliga regler, med bindande verkan, kan sluta avtal och *vilka civilrättsliga rättsverkningar* detta får.

Om avtalet inte kommer att fullgöras till följd av att de offentligrättsliga möjligheter till en sådan utfästelse saknas torde den enskilde kunna ha rätt till ersättning. I vart fall torde så vara fallet om den enskilde lagt ned stora sum-mor eller i övrigt skulle få bära en orimligt stor börda i förhållande till det all-

3. Se *Taxell*, Avtalsrätt. Bakgrund – sammanfattning – utblick, 1997 s. 99.

4. Den traditionella uppfattningen i Norden har varit att »[n]aar Loven bestemmer eller forudsætter, at Skabelse, Forandring eller Ophævelse af Retsforhold sker ved Forvaltningsakt, kan Forvaltningsmyndighederne ikke i Stedet for Forvaltningsakter betjene sig af Aftaler». Se *Andersen*, Dansk forvaltningsret. Almindelige Emner, 1965 s. 471.

männa.⁵ Skall avtal kunna användas som ett praktiskt redskap inom det förvaltningsrättsliga området och om parterna skall kunna inrätta sig efter dem, måste principen om avtalsbundenhet även gälla för det allmänna.⁶

Även i de situationer då inga uttryckliga bestämmelser reglerar ett förhållande, ett avtal har t.ex. ingåtts på grundval av den kommunala kompetensen inom ramen för kommunens fria skön, måste man beakta de offentlighetsrättsliga begränsningar som kan inverka. På grund av sammanflätningen mellan offentlig rätt och privaträtt måste allmän domstol vid sin bedömning vara »öppen» och även beakta de begränsningar som kan följa av det offentlighetsrättsliga regelverket. Allmän domstol har vid bedömningen av avtal mellan det allmänna och enskilda goda förutsättningar att göra en helhetsbedömning till följd av möjligheten att inom ramen för utfyllning eller allmänna tolkningsprinciper beakta offentlighetsrättslig lagstiftning och offentlighetsrättsliga principer.

Vid den allmänna domstolens prövning av avtalets rättsverkningar torde ett flertal offentlighetsrättsliga omständigheter kunna läggas till grund för bedömningen. Först och främst torde en eventuell *godtrosbedömning* bli beroende av de förvaltningsrättsliga kompetensregler som ligger till grund för avtalet, t.ex. frågor om kompetens att ingå avtalet enligt den kommunala organisationen och frågor om ställningsfullmakt beaktas. När det gäller bedömningen av avtalets *ogiltighet* eller om kommunen gjorts sig skyldig till något rättsstridigt tvång vid avtalets ingående måste det beaktas om kommunen utnyttjat sin maktposition genom att i avtalet uppställa ogiltiga villkor som motprestation för myndighetsutövning. Brott mot offentlighetsrättsliga regler och principer torde leda till att ett avtalsvillkor bedöms vara oskäligt eller ogiltigt enligt avtalslagen. Slutligen kan ett avtals rättsverkningar behöva bedömas utifrån de regler som styr det allmännas *normgivningsrätt*. Beroende på situationen kan ett avtal grunda ersättningsanspråk gentemot det allmänna om förutsättningarna för ett avtal ändrats till följd av att det allmänna agerat i enlighet med sin normgivningsrätt.

5. Jfr *Madsen*, Aftalefunktioner – Om aftalers indgåelse, retsvirkninger og bindende virkning, 1983 s. 140 f.

6. Se bl.a. *Frihagen*, Forvaltningsrett. Bind I. Forvaltning og kompetanse, 1991 s. 339 f. och *Frihagen*, Avtaler og forhåndstilsagn om regulering, 1989 s. 325 ff.

1.3 Bör dikotomin offentlig rätt och privat rätt upprätthållas?

Utifrån regeringsformens kategorisering, avser uttrycket *det allmänna* i första hand *stat* och *kommun* samt *de förvaltningsmyndigheter* som företräder dessa offentlighetsrättsliga subjekt.⁷ *Enskilda* däremot är individer, bolag, föreningar, stiftelser, samfälligheter m.fl. civilrättsliga subjekt. Även enskild, som enligt 11:6 tredje stycket RF anförtros en förvaltningsuppgift, behåller sin privaträttsliga status. Vid uppgiftens *utförande* kan däremot hävdas att uppgiftsutföraren kan ses som en del av det allmänna i relation till medborgarna. Det innebär t.ex. att RF:s krav på saklighet och opartiskhet bör gälla för uppgiftsutföraren, trots att denne inte egentligen ses som en myndighet enligt regeringsformens systematik.⁸

Enligt en strikt uppdelning mellan *den offentliga sektorn* (eller *den statliga och kommunala organisationen*) och *den privata sektorn* – utgör den offentliga sektorn är den sfär där det allmänna fattar beslut, avkunnar domar och där andra åtgärder vidtas *gentemot enskilda*. Inom den privata sektorn utgörs aktörerna i första hand av enskilda fysiska eller juridiska personer. Ett offentlig-rättsligt subjekt kan dock även handla civilrättsligt, genom köp och dylikt, men det faktum att man nu rör sig inom den privata sfären och att civilrättsliga bestämmelser skall tillämpas, medför inte att den offentliga parten upphör att vara en del av det allmänna. Stat eller kommun som t.ex. äger en fastighet kan emellertid ha samma ställning som en privat fysisk eller juridisk person. Det offentliga subjektet får i sådana fall anses *uppträda* som en enskild.⁹

Termerna *privaträtt* respektive *offentlig rätt* förutsätter alltså att det finns olika komplex av rättsregler. Den offentliga rätten anses bestå av regler om statens och kommunernas organisation, myndighetsförandet, statsorga-

7. Se prop. 1975/76:209 s. 140. Se även bl.a. *Petrén & Ragnemalm*, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, 1980 s. 36 f. och s. 277–282 samt *Strömberg*, »Allmänt» och »enskild» i den offentliga rätten, 1985 s. 59.

8. Se även t.ex. *Strömberg* 1985 s. 59 samt *Marcusson*, Avtal mellan det allmänna och enskilda, 1993 s. 54 f. Straffansvar för tjänstefel enligt 20:1 BrB kan därför aktualiseras för enskild som utövar myndighet, se prop. 1988/89:113 s. 14. Se även SOU 1983:61 s. 78 ff.

9. Se även prop. 1971:30 s. 334, prop. 1985/86:80 s. 59 och *Hellners & Malmqvist*, Nya förvaltningslagen, 1999 s. 60. Enligt *Strömberg* räknas staten eller en kommun säkerligen som enskild i den mån de uppträder i rättsförhållanden som är helt likartade dem som förekommer bland enskilda rättssubjekt. Se *Strömberg*, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 1999 s. 69.

nens befogenheter m.m. Den offentliga rätten omfattar med andra ord regler om de offentligrättsliga subjektens förhållande till medborgarna och inbördes. Under begreppet har brukat sammanföras statsrätt, förvaltningsrätt, folkrätt, finansrätt, straffrätt och processrätt. Den offentliga rätten kan i förhållande till den enskilde sägas vara *vertikal* och utgå från det allmänna, t.ex. för att tillgodose allmänna intressen, vilka kan medföra plikter för den enskilde. I regel har den enskilde i dessa fall möjlighet att överklaga ett beslut.

Privat- eller civilrätten behandlar i sin tur *enskildas inbördes rättsförhållanden*, med andra ord *de enskilda aktörernas* handlande, i första hand med varandra och företrädesvis inom den *privata sektorn*, utifrån *civilrättsliga regler*. Det utmärkande för privaträttsliga relationer är att de kan hävdas vara *horisontella* och i första hand tillgodose de enskilda parternas egna intressen samt grunda rättigheter och krav mellan kontrahenterna.

Till följd av den sammanflätning mellan offentlig rätt och civilrätt som ägt rum under de senaste decennierna med privatiseringstänkande och en mer resultatinkriktad förvaltning kan man emellertid fråga sig om det finns något egentligt skäl att upprätthålla dikotomin privaträtt och offentlig rätt. Civilrättsliga instrument som avtalskonstruktioner och skadeståndspåföljder förekommer sedan länge inom det förvaltningsrättsliga området. Avtal och överenskommelser mellan offentlig subjekt samt mellan dessa och enskilda är i själva verket viktiga medel för den offentliga verksamhetens bedrivande. Civilrättsliga konstruktioner och synsätt har genom den offentliga sektorns expansion, i synnerhet inom kommunal förvaltning, blivit av stor betydelse.

Som framgick ovan föreligger dock flera generella skillnader mellan enskild verksamhet och offentlig förvaltning. Förvaltningsorganen är t.ex. inom vissa förvaltningsgrenar utrustade med *särskilda maktbefogenheter*, som ger dem möjlighet att rikta ålägganden eller förbud mot enskilda, liksom att genomdriva beslut med hjälp av särskilda sanktioner och tvångsmedel. Hit hör det allmännas befogenhet att *utöva tvång* liksom dess möjligheter att *ändra lagstiftning, skatter, avgifter* eller särskilda beslut av annat slag. Den här typen av befogenheter har ingen motsvarighet inom den privata sektorn. Samtidigt påverkas det allmänna av en mängd *skyldigheter och restriktioner*, som följer av det offentligrättsliga regelverket och bl.a. syftar till att värna grundläggande *rättssäkerhetskrav*. Den offentliga förvaltningens verksamhet präglas alltså av en *normbundenhet* som inskränker förvaltningsorganens handlingsfrihet i betydande grad. Särskilt väl märks detta inom områden, där förvaltningsverksamheten till sin innebörd uppvisar likheter med motsvarande enskild verksamhet. De offentliga förvaltningsorganen regleras således i högre utsträck-

ning av bestämmelser och rättsprinciper, än vad som är fallet för en enskild företagare och dennes avtal med leverantörer, anställda eller kunder.¹⁰

Den traditionella avtalsrätten utgör genom privatautonomi en av de viktigaste hörnstenarna i marknadsekonomin och parterna på marknaden har genom avtalet givits en möjlighet att själva reglera sina mellanhavanden och de former och normer som skall gälla för avtalsförhållandet. Kärnområdet för och funktionen hos avtalen utgörs av omsättningsintresset och avtalet ses som ett instrument för resursallokering. Det har med andra ord en ekonomisk funktion i det marknadsekonomiska systemet genom utbytet av nyttigheter och olika dispositioner av egendomsresurser.

Avtalet skiljer sig från den offentliga rättens ensidiga beslut och myndighetsutövning genom att det dels rör sig om en frivillig bundenhet, där avtalets bindande kraft grundas på parternas samtycke och som *i sig* innebär att avtalet skall fullgöras enligt sitt innehåll, dels är avsett att reglera transaktioner som det allmänna vanligtvis inte ägnar sig åt inom ramen för sin myndighetsutövning. Har ett bindande avtal ingåtts skall parterna kunna förlita sig på att det förblir gällande och att ingen av parterna ensidigt kan förändra avtalsvillkoren eller utan gottgörelse kan dra sig ur ett avtalsförhållande.

När det allmänna ingår avtal, antingen med varandra eller med privatpersoner befinner man sig utanför det »kärnområde» för vilket avtalet är tänkt att vara styrmedlet för de rättsliga förhållandenas utformning. Det kan vid dessa tillfällen vara andra syften, än rent affärsmässiga, som dikterar avtalsförhållandet. När offentlig verksamhet privatiseras eller det allmänna i andra fall ingår avtal måste förhållandet bedömas enligt såväl offentligrättsliga som avtalsrättsliga regler. Även vid det allmännas avtalsslutande måste *huvudregeln* anses vara att en bundenhet uppstått mellan parterna som medför civilrättsliga verkningar om t.ex. ett kommunalt beslut om att ingå ett avtal upphävs vid en laglighetsprövning.

När man inte rör sig inom de *otvetydiga kärnområdena* kan det i vissa fall vara besvärligt att avgöra om en regel eller en företeelse är att hänföra till den offentligrättsliga eller den privaträttsliga sfären. Även om det är svårt att dra en skarp gräns mellan den offentliga och den privata rätten kan den ändå ha en positivrättslig betydelse och ett visst värde som hjälpmedel för att överblicka regelsystemet.¹¹ Faktum är generellt sett finns en *skillnad* i den offentliga och den privata rättens funktion och att uttrycken därför är användbara,

10. Se Strömberg, Allmän förvaltningsrätt, 1998 s. 17 f.

11. Se även Marcusson, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, 1989 s. 53 f., Strömberg 1999 s. 174 f., Petré & Ragnemalm 1980 s. 173 f. samt Sterzel, Privatisering af offentlig verksamhet, 1988 s. 438 och s. 440 f.

inte minst för att namnge och beskriva parterna och regelverken.¹² Men, även om tankarna automatiskt går i en viss riktning om man säger offentlig rätt eller privaträtt så är termerna, när man rör sig i gränslandet, i sig rätt så innehållslösa. Endast om man ser till en *specifik situation* kan man fylla dessa med ett innehåll som visar vad som i just det fallet hänför sig till offentligrättsliga respektive privaträttsliga inslag.¹³

Vid en bedömning av avtalsförhållandena blir det därför viktigt att analysera vilken *funktion* de olika regler som påverkar förhållandet har. Medan det offentligrättsliga regelverket utmärks av ensidig maktutövning för att tillgodose samhällets bästa, bygger avtalsrätten på att olika rättssubjekt i den ekonomiska omsättningens intresse relativt fritt har möjlighet att ingå avtal med varandra och dessutom kan förlita sig på motpartens vilja att prestera enligt avtalet. Dessa utgångspunkter blir sedan avgörande för bedömningen av vilka offentligrättsliga skyddsprinciper och begränsande regler respektive avtalsrättsliga regler som påverkar möjligheterna att sluta avtal och avtalets rättsverkningar.

1.4 Offentligrättsliga avtal

Det har länge diskuterats om s.k. offentligrättsliga avtal bör ingå som en särskild avtalsrättslig form av offentligrättsligt handlande i en systematisering av de olika typerna av offentligrättsligt agerande. Rättsfiguren förekommer i både angloamerikansk och kontinental rätt, men har inte i dessa länder någon gemensam innebörd. Utmärkande för de offentligrättsliga avtalen är att de skulle skilja sig från de civilrättsliga avtal som det allmänna ingår i olika situationer genom att de till följd av det offentligrättsliga inslaget skulle få *speciella* rättsverkningar.¹⁴

I Finland använder man sig sålunda till viss del av indelningen i offentligrättsliga avtal och privaträttsliga avtal. Skälet till detta är sedan länge att s.k. *förvaltnings tvistemål*, d.v.s. tvister som gäller offentligrättslig betalningsskyldighet eller någon annan skyldighet *som har sin grund* i ett offentligrättsligt rättsförhållande, till sin art är sådan att de *skall* behandlas av förvaltnings-

12. Se även Sandgren, Offentlig rätt, privaträtt och sociala hänsyn, 1996 s. 27–30.

13. Det är emellertid inte bara samspelet mellan privaträtt och offentlig rätt som är svårt att avgränsa, även begreppen i sig blir svåra att definiera i takt med att samhället förändras.

14. Se bl.a. Staedler, Offentligrättsliga avtal. Myndigheters och andra offentliga organs avtal med varandra och med enskilda, 1983, Friedner, Några synpunkter på offentligrättsliga avtal, 1987 s. 143, Riberdahl, Offentligrättsliga avtal – finns sådana?, 1988 s. 95 f. och Marcusson 1993 s. 52 ff.

domstol, 69 § den finska förvaltningsprocesslagen (586/96). Det har därför ansetts vara viktigt att klassificera avtal som antingen privaträttsliga eller offentlighetsrättsliga. Även om Finlands rättsordning inte erkänner avtalsformen några speciella egenskaper så använder man ändå benämningen offentlighetsrättsliga avtal när man talar om *icke rent privaträttsliga* avtal. Om avtalet är privaträttsligt har endast allmän domstol kompetens att pröva tvisten.¹⁵

Finns det någon förutsättning för att, såsom i Finland, i svensk rätt använda sig av termen offentlighetsrättsliga avtal för att avgöra om en tvist skall avgöras i allmän domstol, specialdomstol eller i förvaltningsdomstol?¹⁶ Enligt 10:17 första stycket RB är allmän domstol inte behörig att pröva tvist som skall prövas av annan domstol eller genom annat förfarande. Det avgörande för tolkningen av regeln har ansetts vara innebörden av det författningsbemyndigande på vilket myndighet grundat sin beslutanderätt och inte tvistefrågans art. Tvister vid avtal mellan enskilda och det allmänna skall därför – om inte stadgande om avtalets ingående *föreligger enligt författning* och det *dessutom stadgas* att eventuella tvister *skall avgöras av förvaltningsdomstol* – prövas av allmän domstol.¹⁷ Det torde därför generellt vara så att interna förvaltnings- eller kommunalrättsliga beslut, t.ex. kompetensöverskridande vid beslut att ingå avtal, prövas i förvaltningsdomstol, medan de externa effekterna, d.v.s. förhållandet till motparten, prövas av allmän domstol.

Frågan om den här typen av situationer utgör offentlighetsrättsligt reglerade förhållanden eller om de grundar civilrättsliga relationer och i vilken instans frågor med anknytning till relationen skall prövas är, i likhet med frågan om det i vissa situationer över huvud taget går att föra talan eller om ett beslut kan överklagas, av mycket stort principiellt intresse.¹⁸ Lagstiftaren har genom in-

15. Se även Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 5 f.

16. Se även bl.a. *Madsen* 1983 s. 130 f. samt *Mathiasen*, *Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private*, 1974 s. 312 ff.

17. Se 14 § 1 st. lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar.

18. Se t.ex. Stallknecht-fallet, där allmän domstol i *NJA* 1994 s. 657 inte ansåg sig behörig att pröva tvist om ekonomiskt bidrag i form av inkomststöd och djurbidrag till jordbrukare och där även regeringsrättens majoritet i *RA* 1995 ref. 58 besvarade fråga om förvaltningsdomstols skyldighet att pröva målet nekande. Såväl allmän domstol som förvaltningsdomstol ansåg sig alltså sakna möjligheter att pröva det aktuella fallet. I *RA* 1997 ref. 65, det s.k. Lassagård-fallet, fann dock RegR att förbudet att överklaga Jordbruksverkets beslut i 33 § förordningen (1994:1715) om EG:s förordningar om jordbruksprodukter stred mot artikel 6 i Europakonventionen. En biljettkontrollants handlande har inte ansetts utgöra myndighetsutövning. Bussbolagets rätt att ta ut tilläggsavgift ansågs i *Kammarrättens i Stockholm dom 1999-09-28 (Mål nr 8356-1998)* vara av civilrättslig natur och kunde därför inte prövas i förvaltningsdomstol. Målet överklagades inte.

förandet av 22 a § FL försökt lösa vissa forumfrågor. Bestämmelsen har bl.a. till syfte att precisera gränsdragningen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol och har till viss del föranletts av den rätt till domstolsprövning av tvister om civila rättigheter som följer av artikel 6 i Europakonventionen. Lagstiftaren vill med bestämmelsen undvika situationer där varken allmän domstol eller förvaltningsdomstol anser sig vara behörig att pröva en fråga. Enligt bestämmelsen skall förvaltningsbeslut överklagas hos allmän förvaltningsdomstol om inte annat är föreskrivet.¹⁹ Något processrättsligt argument för att använda termen offentligrättsliga avtal finns dock inte.

Vad gäller begreppet torde det som en utgångspunkt också vara viktigt att ifrågasätta *nyttan* av att använda detta, i stället för att fråga sig om den här typen av avtal finns eller inte, vilket helt och hållet är beroende av vad man lägger in i begreppet. Att försöka lösa eventuella problem genom att *införa* en speciell typ av avtal, det s.k. offentligrättsliga avtalet, som ett *kriterium för att bestämma ett avtals rättsverknings* är inte en framkomlig väg. Ett sådant förfarande är olämpligt eftersom det är mycket skiftande typer av avtal som ingås mellan det allmänna och enskilda.²⁰ Däremot kan man dock tänka sig att termen faktiskt används på ett avtalsförhållande där offentligrättsliga principer blir av betydelse för bedömningen.

Eventuellt skulle man i sådana fall kunna använda begreppet på det avtalsförhållande som reglerar överlämnande av förvaltningsuppgift enligt 11:6 tredje stycket RF, vården av kommunal angelägenhet enligt 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900), KL, eller utförande av kommuns uppgifter inom socialtjänsten enligt 4 § tredje stycket socialtjänstlagen (1980:620), SoL, etc. Terminologin skulle här kunna fylla ett syfte i och med att avtalet kommer att röra en offentligrättsligt reglerad företeelse, där man måste se till offentligrättsliga regler och principer vid en bedömning. Även om inte några på förhand bestämda rättsverknings kan knytas till begreppet i samtliga fall där ett avtal har offentligrättsliga inslag, kan det ändå finnas vissa praktiska skäl att använda sig av begreppet. Termen kan därför vara praktisk att använda för att särskilja den här typen av avtal från privaträttsliga dito, d.v.s. en påminnelse om att det allmänna är avtalspart, och att man vid en rättslig bedömning inte uteslutande kan använda sig av privaträttsliga regler. Begreppet måste dock användas med försiktighet och är troligen inte adekvat i samtliga fall där det allmänna är avtalspart, eftersom det finns en glidande skala där vissa avtal

19. Se prop. 1997/98:101, bl.a. s. 49 ff., s. 52–56 och s. 112 f.

20. Det är heller ingen större mening att använda termen avseende »avtal» som ingås mellan olika myndigheter inom ett och samma rättssubjekt, d.v.s. staten. Dessa företeelser utgör ju överhuvudtaget inte avtal i egentlig mening, utan är ju bara en form av interna regleringar.

22 Inledning

innehåller stora offentlighetsrättsliga inslag medan andra skall bedömas enbart enligt civilrättsliga regler.

Begreppet offentlighetsrättsligt avtal besvarar således inte i sig några rättsfrågor. Oavsett om man väljer att klassificera ett avtal som offentlighetsrättsligt eller inte, *måste* man vid en bedömning se till vilka regler och principer – såväl offentlighetsrättsliga som privaträttsliga – som föreligger i en viss situation och analysera förhållandena i det specifika avtalet.²¹

1.5 Systematiseringar och avtal inom offentlig förvaltning

När det allmänna ägnar sig åt civilrättslig verksamhet intar det en särställning som inte automatiskt kan jämföras med en privat organisations. Man kan heller inte utan vidare placera in en verksamhet som det allmänna överlätit åt enskild att utföra i antingen ett offentlighetsrättsligt eller privaträttsligt perspektiv. Vi befinner oss här i *gråzonen* mellan offentlig rätt och privaträtt. Eftersom avtal som det allmänna ingår i vissa väsentliga avseenden kan skilja sig från avtal som ingås mellan enskilda, måste som berördes ovan hänsyn tas till de offentlighetsrättsliga inslagen i avtalet. För att underlätta en sådan bedömning har flera författare i nordisk doktrin försökt kategorisera olika typer av avtal och vilka regler och principer som blir av betydelse vid en bedömning av dessa. Frågan är dock om en sådan uppdelningen är möjlig att göra för de avtal som ingås på det kommunala området och om den över huvud taget är relevant.

I grova drag kan man dock säga att samspelet mellan de offentliga och de privata regelverken, i vart fall på det kommunala området, bl.a. kommer till uttryck på följande sätt:²²

- a) *Offentliga myndigheter agerar på samma sätt som privata verksamheter* – t.ex. genom att erbjuda servicetjänster på marknadsmässiga villkor i konkurrens med enskilda.
- b) *Enskilda agerar som offentliga myndigheter* – t.ex. genom att utföra olika förvaltningsuppgifter som lagts ut på entreprenad.

21. Se även *Hov*, Avtalerett, 1993 s. 48 ff. Jfr SOU 1994:136, där utredaren uteslutande hämtar analogier från civilrätten, när denne skall försöka uppställa regler för vad som skall gälla vid statliga myndigheters avtalslutande.

22. Se även *Marcusson*, Avgränsningen av myndighetsområdet – och de rättsliga aspekterna vid överlåtelse av förvaltningsuppgifter till enskilda, 1996 s. 58.

- c) Därutöver finns en mängd olika *specialfall* där »privaträttsliga verktyg», t.ex. avtal och ersättning, används som alternativ eller supplement till offentlighetsrättsliga regleringar.

2 Offentlighetsrättsliga principer av betydelse vid avtalsslut

2.1 Myndighetsutövning

2.1.1 Begreppet myndighetsutövning

Termen myndighetsutövning förekommer vid såväl ärendehandläggning som faktiskt handlande där en myndighet ensidigt och med bindande verkan bestämmer något i förhållande till enskild.²³ I FL ställs särskilda krav på handläggningen av ärenden som avser myndighetsutövning.²⁴

Om man närmare försöker definiera begreppet myndighetsutövning så innebar detta enligt 3 § äldre förvaltningslagen (1971:290), ÄFL, »utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinpåföljd, avskedande eller annat jämförbart förhållande». Närmare definition gavs i förarbetena²⁵ där det bl.a. anfördes att det karakteristiska för myndighetsutövning är att det allmänna använder sina maktbefogenheter i förhållande till medborgarna genom att fatta ensidiga beslut. Befogenheterna skall ha stöd i offentlighetsrättsliga regler eller principer, vilka inte är av rent intern natur utan avser att reglera förhållandet mellan myndigheterna och medborgarna, och bestämmandet skall föra med sig vissa direkta eller indirekta rättsverkningar av positiv eller negativ innebörd för den enskilde och vara

23. Se närmare bl.a. SOU 1994:139 s. 271–281, *Strömberg*, Myndighet och myndighetsutövning, 1972 s. 248–253, *Strömberg* 1998 s. 19 ff. och *Hellners & Malmqvist* 1999 s. 134–141.

24. Se 14–18, 20, 21 och 26 §§ FL. I propositionen framförde departementschefen att innebörden av termen fick anses vara så känd att man inte behövde behålla definitionen i lagen och vidare att införandet av begreppet myndighetsutövning i lagtexten inte var avsett att innebära någon ändring i sak. Den gamla förvaltningslagens definition jämte den praxis som med stöd av denna utvecklats på området kan fortfarande betraktas som vägledande. Se prop. 1985/86:80 s. 54 f.

25. Se prop. 1971:30 s. 330 ff. Se även *Marcusson*, Organisationernas roll i det offentliga styrningssystemet enligt svensk rätt, 1986 s. 16 samt *Thunved*, Privatisering av socialtjänsten. Om rättssäkerheten för den enskilde, 1993 s. 13.

bindande för denne. Det kan alltså vara fråga om ett för den enskilde betungande beslut, om skyldigheter eller om något ingrepp i den enskildes personliga frihet eller egendom, men också gynnande beslut, såsom tillståndsgivning och beviljande av sociala förmåner m.m. Om den enskilde inte rättar sig efter beslutet föreligger möjlighet för det allmänna – om det inte rör sig om t.ex. avslag på begäran om förmån – att rikta tvångsmedel av något slag mot denne. Den enskilde kan alltså sägas befinna sig i en beroendeställning. Det får också anses vara utmärkande för myndighetsutövning att bestämmelser om beslut till enskilds nackdel ofta, om än inte alltid, kompletteras av överklagandemöjligheter. Som myndighetsutövning räknas även handlingar som kan ha mer indirekt rättsverkan mot enskild, t.ex. registreringsärende, upplysning som kan uppfattas som bindande besked etc.

Möjligheten att *ensidigt* fatta *beslut* kan sägas vara ett framträdande drag för den offentliga förvaltningen. På det privaträttsliga området är den ensidiga rätten att fatta beslut ofta utesluten i samspelet mellan enskilda. Undantag gäller dock t.ex. i arbetsgivarförhållanden, som i och för sig grundar sig på ett avtal, och i förmynderskapsfrågor. Det är alltså inte bara så att det allmänna kan fatta ensidiga beslut i större utsträckning än vad enskilda kan göra – det ensidiga beslutsfattandet och den ensidiga maktutövningen kan, traditionellt sett, på vissa områden faktiskt sägas vara det naturliga och utmärkande för det allmänna i relationen till medborgarna. Detta gäller t.ex. beslut som gäller allmän ordning och säkerhet eller byggnads- eller hälsoskyddskontroll, där det allmänna utmärks av ensidig maktanvändning.²⁶ Det allmänna kan i dessa fall sägas ha ett *tvångsmonopol*.

Myndighetsutövning är med stöd av lag möjlig att delegera till enskilda subjekt, även om utrymmet att ingå avtal inom det lagreglerade området, såsom vid t.ex. skattefrågor, tillstånd, socialförsäkringar och andra sociala bidragsformer, är begränsade och i flera fall uteslutna.²⁷ I 11:6 tredje stycket RF avgränsar termen myndighetsutövning de fall i vilka det krävs lagstöd för det allmännas befogenhet att överlämna förvaltningsuppgifter som innefattar *beslutsfattande verksamhet* till enskilda rättssubjekt.²⁸

26. Jfr *Ragnemalm*, Förvaltningsprocessrättens grunder, 1992 s. 11 f.

27. Se *Marcusson* 1993 s. 57.

28. Se särskilt *Marcusson* 1989 s. 172 ff. Se även *Bramstång*, Överlåtelse av uppgifter inom socialtjänsten till privaträttsliga organ. Några synpunkter, 1988 s. 221, *Ragnemalm*, Regeringsformen 11:6 – Överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt, 1976a s. 142, *Ragnemalm*, En diskret grundlagsändring, 1976b s. 296, prop. 1973: 90 s. 397 samt prop. 1975/76:209 s. 165.

Inom straffrätten används begreppet myndighetsutövning för att bestämma det straffbara området för brotten tjänstefel och grovt tjänstefel enligt 20:1 BrB.²⁹ I 3 kap. skadeståndslagen (1972:207), SkL, aktualiseras begreppet myndighetsutövning vid de särskilda reglerna om det allmännas skadeståndsansvar. Eftersom man talar om skada *vid* myndighetsutövning räcker det att den skadegörande handlingen står *i visst samband* med åtgärd som innebär myndighetsutövning. Att ett *avtalsförhållande* föreligger mellan det allmänna och den skadelidande anses inte i sig utesluta en tillämpning av bestämmelsen, om det allmänna begår ett fel eller någon försummelse vid myndighetsutövning i anslutning till ärendet.³⁰ Anledningen till att den skadelidandes ersättningsmöjligheter anses särskilt angelägna just vid felaktig myndighetsutövning är enligt motiven att den enskilde intar en beroendeställning till följd av samhällets maktbefogenheter gentemot medborgarna.³¹

Medan termen myndighetsutövning enligt förvaltningslagens definition är *formell*, tolkas begreppet straff- och skadeståndsrättsligt mer *funktionellt*. Oavsett var gränsen för myndighetsområdet dras blir fastställandet av om det är fråga om myndighetsutövning i sig avgörande för om reglerna om det allmännas skadestånds- och tjänsteansvar samt JO:s och JK:s tillsyn är tillämpliga.³²

Utifrån det ovanstående kan konstateras att det är fråga om myndighetsutövning endast när det aktuella ärendet regleras av offentligrättsliga stadganden och att ärenden som avgörs genom att det allmänna *i sin egenskap av privaträttssubjekt* träffar avtal eller andra överenskommelser med enskilda därför inte omfattas av begreppet. Om ett avtal slutits anses nämligen den enskildes rätt vara skyddad av *civilrättsliga bestämmelser* och genom möjligheterna att väcka talan vid allmän domstol. Genom orden »bestämma om» i ÄFL:s definition markeras att man med myndighetsutövning avsåg ärenden där saken avgörs *ensidigt* och mynnar ut i bindande beslut av myndighet, *inte* genom avtal.³³ Detta gäller oavsett om lagstöd för att ingå avtalet finns, såtillvida bestämmelserna reglerar ett *privaträttsligt* förhållande. Även om tillämpning av avtal inte är att anse som myndighetsutövning kan dock *själva rätten att träffa avtal* vara reglerad i författning på ett sådant sätt att ett felaktigt förfarande från det allmännas sida kan vara att bedöma som oriktig myn-

29. Se prop. 1975:78 s. 180 och prop. 1988/89:113 s. 12 ff.

30. Se prop. 1972:5 s. 311 f. 498 ff. och prop. 1989/90:42 bl.a. s. 10.

31. Se även SOU 1993:55 s. 69 f.

32. Se Marcusson 1996 s. 66.

33. Se prop. 1971:30 s. 331 f. och SOU 1968:27 s. 139. Se även SOU 1993:55 s. 71, Strömberg 1998 s. 20 och Hellners & Malmqvist 1999 s. 135.

dighetsutövning. Det måste dock röra sig om sådana bestämmelser som rör *det allmännas rätt* att ingå avtal på ett visst område och inte om det allmännas företrädare överskrider sådana inskränkningar i avtalsfriheten som även gäller för privaträttsliga subjekt. På så sätt skulle det kunna röra sig om oriktig myndighetsutövning om det i ett avtal krävs längre gående förpliktelser än vad som kunnat uppnås enligt den lagstiftning som ligger till grund för den aktuella relationen.³⁴

Enligt *Ragnemalm* framträder förankringen i offentlighetsrättsliga normer tillsammans med omständigheten att den enskildes personliga eller ekonomiska situation i väsentlig mån påverkas av verksamheten, som det avgörande kriteriet för myndighetsutövning. Han instämmer i uppfattningen att beslut, som fattas under tillämpning av ett avtal, faller utanför begreppet myndighetsutövning, men framhåller dessutom att »kravet på 'ensidighet' innebär, att ej heller beslut om ingående av avtal utgör myndighetsutövning, utan här gäller civilrättens regler».³⁵ På civilrätten baserade *beslut om ingående eller tillämpning av avtal* och *offentlighetsrättsligt grundade beslut*, som inte berör enskild eller i och för sig riktas mot enskild men saknar klart påvisbar betydelse för denne, faller alltså utanför begreppet.³⁶

Ärenden som rör det allmännas upphandling, affärsverksamhet, egendomsförvaltning och andra privaträttsligt reglerade mellanhavanden berörs

34. Se SOU 1972:1 s. 131 f. Utredningen hänvisar vad gäller det sistnämnda till rättsfallet *RÅ 1944 ref. 16*. I ett avtal mellan en lärare och ett skoldistrikt avstod läraren från sin författningsenliga rätt till tjänstebostad mot att distriktet förband sig att inte tvinga denne att motta sådan författningsreglerad bostad. RegR avisade överenskommelsens verkan såsom ett civilrättsligt avtal eftersom 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».

35. Se *Ragnemalm* 1992 s. 31. I SOU 1994:136 hävdar utredaren att vissa privaträttsliga avtal kommer till stånd som ett led i myndighetsutövning. I andra fall finns föreskrifter i vissa författningar som ger en myndighet uttrycklig rätt att ingå avtal. Detta är t.ex. fallet för de avtal som en myndighet ingår för att upphandla vissa tjänster och även vissa avtal hos länsstyrelser. Detsamma anses vara fallet vid långivning och garantier. Som exempel nämns även avtal enligt 29 § 1 st. naturvårdsförordningen (1976:484), där länsstyrelse åläggs att försöka träffa överenskommelse med sakägare som kräver ersättning eller fordrar inlösen av fastighet. Länsstyrelserna ingår även avtal om landskapsvård och avtal om naturvårdsåtgärder i odlingslandskapet. Även bidragsgivning i form av glesbygdstöd såsom servicebidrag, driftstöd och investeringsstöd betraktas enligt utredaren som ett avtal mellan staten och bidragstagaren. Dessa avtal ingås mot bakgrunden att LSt kan välja att avgöra frågan som ett ensidigt beslut om enighet inte skulle nås. Länsstyrelsens agerande utgör alltså ett exempel på en situation där ett avtal fattas som ett led i myndighetsutövning. Se a. a. s. 117.

36. Se *Ragnemalm* 1992 s. 32 f.

således inte av de regler i FL som bara är avsedda att gälla myndighetsutövning.³⁷ Däremot har reglerna om jäv ansetts kunna aktualiseras.³⁸

En annan intressant fråga är vad som krävs för att ett formellt bindande myndighetsbeslut skall föreligga. Bakgrunden är att Skogsvårdsstyrelsen i Stockholm och Uppsala län hade utrett förutsättningarna för att förbättra vägnätet för skogsbruket. Skogsvårdsstyrelsen hade vidare tagit kontakt med berörda fastighetsägare och efter en tid skickat ut en blankett om beviljande av statsbidrag. Blanketten hade lydelsen »kommer att BEVILJA STATS BIDRAG FÖR OVANSTÅENDE VÄGFÖRETAG ENLIGT FÖLJANDE». Genom en ändring i förordningen om statligt bidrag till skogsstöd ändrades emellertid förutsättningarna så det inte längre fanns något stöd för att betala ut bidragen. Fastighetsägarna överklagade och hävdade att de fått ett bindande förvaltningsrättsligt beslut som var gynnande och därför inte kunde ändras av myndigheten. Frågan är alltså om en myndighet som genom sitt agerande ger den enskilde en ganska klar och positiv uppfattning blir bunden av sitt agerande, d.v.s. om en enskilds välgrundade uppfattning kan »skapa» ett myndighetsbeslut. Enligt såväl tingsrätt som hovrätt får Skogsvårdsstyrelsen anses ha ansvaret för innehållet i beslutet och därmed också för eventuella felaktigheter eller otydligheter i detta. I det aktuella fallet innehöll inte blankettens ordalydelse någon reservation för att beslutet skulle komma att omprövas och ändras till ett avslag och fastighetsägarna ansågs därför ha rätt till det utfästa statsbidraget.³⁹

2.1.2 Myndighetsutövning och privaträttsligt handlande inom kommuner

Funktionellt skiljer man inom kommuner mellan myndighetsutövning, andra offentliga förvaltningsuppgifter samt kommuns agerande som juridisk person

37. Se *Hellners & Malmqvist* 1999 s. 135. Se även SOU 1991:26 s. 7 f. I motiven till skadeståndslagen går man emellertid ett steg längre. Myndighetsutövning sägs där kunna föreligga även vid ingående av avtal, t.ex. vid offentlig upphandling, i den mån det allmänna avtalsfrihet är begränsad genom offentligrättsliga bestämmelser. »Motsvarande gäller när det allmänna genom missbruk av offentligrättsliga befogenheter tvingar eller förmår någon att ingå ett oförmånligt avtal.» Prop. 1972:5 s. 501. Se även Strömberg 1972 s. 249.

38. De förvaltningsrättsliga jävsbestämmelserna kan kanske också aktualiseras när frågan om inhabilitet skall behandlas i ett avtalsförhållande mellan en myndighet och enskild. Det måste antagligen beaktas om det, före ingåendet av ett avtal, förelegat en jävssituation vid handläggningen av ärendet. Jfr även *Andersen* 1965 s. 478 f.

39. Se *Svea hovrätts dom 1997-06-16 (Mål nr T 1256/96)*. Högsta domstolen har genom beslut 2000-04-03 (Mål nr T 2943-97) beslutat att meddela prövningstillstånd.

i privaträttsligt handlande.⁴⁰ Vad gäller kommunal myndighetsutövning så anses sådan förekomma främst i nämndernas verksamhet på det specialreglerade området, t.ex. vid *beslut om uttagande av kommunala avgifter* som har *stöd i speciallagstiftning*. Sådana beslut är t.ex. avgifter som tas ut med stöd av 35 § SoL, beslut om tilldelning av förskoleplats enligt skollagen (1985:1100), SkoLL, beslut om tilldelning av äldreomsorgsplatser enligt SoL eller beslut om tvångsvård enligt lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, LVM, och lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, LVU.⁴¹ Vidare är beslut om beviljande av bygglov eller beslut som rör detaljplaneringen typiska exempel på myndighetsutövning inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. Avtal om att utföra kommuns enligt speciallagstiftning ålagda uppgifter kan dock förekomma, men om dessa rör uppgift som innefattar myndighetsutövning, måste ett sådant överlämnande ha lagstöd, se t.ex. 4 § tredje stycket SoL. Vid handläggningen av kommunala ärenden som innefattar myndighetsutövning skall de förfaranderegler som gäller enligt FL tillämpas i de flesta fall.⁴²

I kommunal verksamhet, som bedrivs med stöd endast av den allmänna regeln om den kommunala kompetensen enligt 2:1 KL, anses avsaknad av detaljerade författningstexter utgöra ett hinder för att betrakta verksamheten som myndighetsutövning.⁴³ Beslut som fattas med stöd av 2:1 KL eller med stöd av offentliga normer som utgår från bestämmelsen, anses därför mera sällan innebära myndighetsutövning i lagens mening. Gränsdragningen är svår och frågan har prövats av domstol i flera fall, bl.a. vad gäller kommunala ledamöters straffrättsliga ansvar.⁴⁴ Även JO har vid några tillfällen gjort uttalanden om innebörden av begreppet myndighetsutövning inom kommunal

40. Se Marcusson, Mot en ny kommunalrätt. Om den rättsliga regleringen av kommunal verksamhet, 1992 s. 141. Se även Björkman & Riberdahl, Det kommunala förtroendeuppdraget. Rättsliga villkor och förutsättningar, 1997 s. 39 f.

41. Eftersom det inte finns någon författningsenlig skyldighet att tillhandahålla måltider inom gymnasieskolan skulle måltidsavgifter som tas ut inom sådana skolor därför inte utgöra myndighetsutövning. Se prop. 1993/94:188 s. 80. Se även Bohlin, Kommunala avgifter, 1984 s. 142 och Hallgren m.fl., Kommunala driftentreprenader. Konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur, 1997 s. 108. Inom grundskolan garanteras eleverna fria skolmåltider, se 4:4 a SkoLL och prop. 1997/98:6 s. 37 och s. 76 ff.

42. Se även Björkman & Riberdahl 1997 s. 43–46.

43. Se Marcusson 1993 s. 57.

44. Se t.ex. NJA 1988 s. 26, det s.k. Gullspångsmålet, där kommunstyrelsens godkännande av köpeavtal som innebar ekonomiskt stöd åt enskilt företag, inte ansågs vara myndighetsutövning och därför inte kunde föranleda straffansvar enligt 20:1 BrB. Se även SOU 1993:55 s. 82.

förvaltning.⁴⁵ Om inte någon särskild ordning föreskrivits avseende utförandet av kommunal angelägenhet, får denna överlämnas till enskild enligt 3:16 KL. I likhet med 11:6 tredje stycket RF får myndighetsutövning endast överlämnas med stöd av lag. Utrymmet för att genom avtal överlämna genomförandet av kommunal uppgift kan med utgångspunkt i 3:16 KL uppfattas som ganska stort, då lagstöd för överlämnande inte krävs då verksamhet som bedrivs med stöd av 2:1 KL inte anses utgöra myndighetsutövning.

Verksamhet som inte direkt är att hänföra till myndighetsutövning, utgörs främst av affärsverksamhet och egendomsförvaltning. Det är också på dessa områden vi återfinner de kommunala bolagen. Även inom ramen för affärsverksamhet kan det dock i vissa fall vara fråga om myndighetsutövning. Detta gäller främst vid uttagande av avgifter enligt fastställd taxa när det föreligger en monopolställning där kommunmedlem på grund av författning är tvungen att ta ett kommunalt bolags tjänster i anspråk. Skulle inte något författningsstöd ligga till grund för fastställandet av taxa, utgör avgiftsuttaget inte myndighetsutövning, även om det faktiskt skulle föreligga en monopolsituation.⁴⁶

Man skulle *generellt* kunna tänka sig att gränsen mellan offentlighetsrättsliga och privaträttsliga regler, i form av beslut eller möjligheten till avtalsreglering, skulle kunna dras vid myndighetsutövning. Endast om ett förhållande *inte* skulle vara att anse som myndighetsutövning så skulle det utan stöd av lag vara möjligt att reglera genom avtal. Även om man finner att det inte rör sig om myndighetsutövning så kan dock andra offentlighetsrättsliga hänsyn behövas. Myndighetsutövning är nämligen bara ett första kriterium för vad som utgör offentlig förvaltning, och kan dessutom variera mellan olika områden. Det finns som tidigare nämnts även andra principer som är utmärkande för det offentlighetsrättsliga regelverket och som kan inverka på ett avtalsförhållande. Även dessa är stor betydelse för tolkningen av det allmännas avtal.

2.1.3 Skadeståndsansvar till följd av felaktiga uppgifter eller råd

Stat och kommun kan numer i enlighet med de regler som införts i 3:3 SkL komma att bli ersättningsskyldig för *ren förmögenhetsskada* även i fall då skada

45. Se t.ex. *JO 1988/89 s. 400*, där myndighetsutövning inte ansågs föreligga vid kommunal bidragsgivning, varför något straffansvar inte kunde utkrävas och *JO 1989/90 s. 415*, där det ansågs diskutabelt om kommunal tjänstetillsättning kunde anses innefatta myndighetsutövning, eftersom det inte gällde en specialreglerad tjänst.

46. Se *Westerhäll*, Överlämnande av förvaltningsuppgifter till enskilda rättssubjekt inom några socialrättsliga ansvarsområden i Sverige, 1991 s. 372.

inte, som enligt huvudregeln, vållats vid myndighetsutövning.⁴⁷ Det utvidgade ansvaret avser skada som någon lidit därför att en myndighet genom fel eller försummelse lämnat *felaktiga uppgifter eller råd*; ansvaret förutsätter att det med hänsyn till omständigheterna finns *särskilda skäl*. Hit hör bl.a. att den som lider skada *haft anledning att förlita sig på informationen*. Vid bedömningen av om särskilda skäl föreligger föreslås att upplysningarnas eller rådets *art*, deras *samband med myndighetens verksamhetsområde* och *omständigheterna när de lämnats* särskilt skall beaktas.⁴⁸

Här kan för övrigt erinras om att en tjänsteman personligen endast kan bli ersättningsskyldig för uppkommen skada om det föreligger »synnerliga skäl» enligt regeln i 4:1 SkL.

Ett exempel på när ersättning kan komma att utgå är situationen att någon köpt en fastighet under inflytande av de (felaktiga) uppgifter om gällande planbestämmelser som denne på förfrågan erhållit från en tjänsteman i t.ex. byggnadsnämnden. Vad gäller kommuns ansvar för utfästelser av stadsplanearkitekt kan därför nämnas följande fall.

Innan ett par köpte fastighet tog de kontakt med stadsarkitekten i Lunds kommun vilken upplyste dem om att en ny väg skulle byggas i området och om eventuella nybyggen. Han nämnde dock ingenting om att Banverket presenterat en utredning angående *en möjlig* lokalisering av en riksbangård omkring 800 meter från fastigheten. När makarna senare fick kännedom om planerna drog de sig ur fastighetsköpet och stämde därför på skadestånd av säljarna eftersom fastigheten kom att säljas till ett pris som var över 500 000 kr lägre än den först avtalade köpeskillingen.

Makarna ålades av domstol att erlägga 572 000 kr till säljarna. Paret stämde då kommunen och yrkade skadestånd på drygt en miljon kronor då de ansåg att kommunen underlåtit att lämna uppgift om det planerade bangårdsprojektet, och att kommunen därför gjort sig skyldig till skadeståndsgrundande försumlighet vid myndighetsutövning.

TR fann att stadsplanearkitektens underlåtenhet att upplysa om bangårdsplanerna inte skett vid myndighetsutövning eftersom det inte rörde sig om ett beslut och att ersättning därför inte kunde utgå. HovR fastställde TR:s dom. HD fastställde i *NJA 1999 s. 291* underinstansernas domar och konstaterade att de ersättningsregler som sedan 1 januari 1999 finns i 3:3 SkL avseende kommuners ansvar

47. Skälet till lagändringen var bl.a. att HD i några avgöranden funnit att t.ex. felaktig information från en myndighet inte varit ersättningsgrundande då samband med myndighetsutövning saknats. *NJA 1985 s. 696* gällde en felaktig upplysning som lämnats av ett gatukontor om va-anslutning beträffande en fastighet och *NJA 1987 s. 535* avsåg ett missvisande pressmeddelande från Konsumentverket.

48. Se prop. 1997/98:105 s. 30–39, s. 60–63 och s. 84 f.

på grund av felaktiga upplysningar inte var tillämpliga, eftersom *skadefallet inträffade före dess ikraftträdande* och att förarbetena var mycket tydliga vad gällde att poängtera att regeln endast skulle omfatta situationer inträffade efter dess ikraftträdande. Inte heller kunde det konstateras ha förelegat något avtalsförhållande eller därmed jämförligt förhållande mellan parterna som gjorde att någon rätt till skadestånd förelåg.

En nyligen uppkommen företeelse som kan leda till att ersättning kan komma att utgå till enskilda är de kvalitetsgarantier som börjat användas av Stockholm stad. Syftet med garantiutfästelsen är att ta fram tydliga åtaganden gentemot de som brukar stadens tjänster. Användandet av garantier kan dock tänkas leda till såväl kontrakts- som skadeståndsrättsligt grundade krav. I enlighet med det ovan nämnda kan således garantier som inte infrias i vissa fall gå att likställa med sådana felaktiga upplysningar om offentlig verksamhet som medför ersättningsanspråk enligt 3:3 SkL.⁴⁹ Rör det sig om verksamheter av mera privaträttslig natur kan å andra sidan ersättning komma att utgå enligt vad som gäller åtaganden och garantier av mera avtalsliknande karaktär. Som exempel kan nämnas följande fall där skadeståndsskyldighet har ansetts föreligga för en kommun trots att någon uttrycklig garanti inte lämnats.

En kommun hade i *NJA 1987 s. 710* upplåtit en träningslokal till en musikgrupp samt även anvisat en lokal där för ändamålet behövlig utrustning kunde förvaras. Rätten fann kommunen vara skadeståndsskyldig när i lokalen kvarlämnat material stulits, trots att kommunen *inte* hade lämnat någon form av garanti. Kommunens företrädare hade emellertid – i samband med att nycklarna till lokalen lämnades – på direkt fråga uppgivit att förvaringslokalen var larmad. Upplysningen om larmanordningen befanns dessutom ha varit av avgörande betydelse för gruppens beslut att lämna utrustningen. Upplysningen hade dessutom lämnats på ett sätt som innefattade vårdslöshet från kommunens sida eftersom larmet saknades. Av intresse är emellertid HD:s sätt att närma sig frågan om vilken relation som förelåg mellan kommunen och den skadelidande. Det konstateras att det var fråga om en *lokalupplåtelse*, och att skadestandsfrågan i målet bl.a. fick bedömas med ledning av *karaktären hos avtalsförhållandet*. Upplåtelsen hade visserligen skett utan vederlag men befanns ha »utgjort ett naturligt led i kommunens strävan att tillgodose behovet av lokaler för socialt gynnsam ungdomsverksamhet». Relationen ansågs således inte vara av »benefik karaktär i vanlig mening». Även om det således varken rörde sig om en kommersiell upplåtelse eller om en benefik rättshandling, uppstod ansvar eftersom kommunens avtalsrättsliga lojalitetsplikt hade sin grund i offentligrättsliga överväganden. HD förefaller ha ansett att kommunens målsätt-

49. Vissa praktiska svårigheter kan dock tänkas uppkomma när det gäller att beräkna storleken av den uppkomna skadan.

ning att verka för ungdomsverksamhet inneburit att en omsorgsplikt uppstått. Denna måste vidare anses ha innefattat en rätt för mottagaren att erhålla korrekt information. Rättsförhållandet är visserligen avtalsrättsligt till sin natur men *analysen* av upplåtarens plikter *får sitt innehåll* av att rättsförhållandet har en *offentlig-rättslig prägel*.

2.2 Normgivningsmakt och avtalsreglering

2.2.1 Generella normer och riktlinjer

Ordet *normgivning* används som en »heltäckande» term för stiftandet av lagar och andra förordningar, d.v.s. fixerade rättsregler, som beslutas genom ett visst förfarande och som utgör ett uttryck för de riktlinjer det allmänna önskar dra upp för samhället. Även om kommunerna har en viss normgivningsmakt tillkommer denna i första hand staten. Det kan antingen röra sig om regler för hur myndigheterna skall agera i förhållande till medborgarna eller regler som reglerar de enskildas inbördes relationer.

Det som skiljer normgivningsmakten från myndighetsutövande beslut är att en norm som t.ex. meddelas enligt författning blir gällande mot alla och envar till skillnad från beslut som kan rikta sig mot, och bli gällande för, en enda individ.⁵⁰ Bestämmelser om normgivningen finns i 8 kap. RF. En rättsregel skall ha en bindande generell form och en lag eller förordning måste därför ha ett allmängiltigt innehåll. Kravet uppfylls om en författning reglerar vissa situationer eller då den riktar sig mot en i allmänna termer bestämd krets av människor, oavsett om den bara blir tillämplig i något enstaka fall. Riksdagen får dock inte lagstifta om ett konkret fall, jfr 11:8 RF.⁵¹

Enligt RF lämnas normgivningsmakten i första hand till riksdagen, som ensam har rätt att stifta lag, men i viss mån även till regeringen, 8:7–10 RF.

50. Se även prop. 1975/76:112 s. 33 ff. och s. 62 f.

51. Se även Strömberg, Sveriges författning, 1997 s. 89 samt prop. 1973:90 s. 203 f. och prop. 1975/76:112 s. 31 f. och s. 62 f.

Den kan i vissa fall också överlämnas till förvaltningsmyndigheter⁵² och kommuner, 8:11 RF. Delegation av normgivningsmakt till enskilda är däremot principiellt utesluten.⁵³

2.2.2 Kommunal normgivningsmakt

Även den kommunalrättsliga lagstiftningen faller under riksdagens lagstiftningsmakt. Enligt 8:5 RF bestäms grunderna för ändringar i rikets indelning i kommuner samt grunderna för deras organisation, verksamhetsformer och den kommunala beskattningen i lag. Detsamma gäller även föreskrifter om kommunernas befogenheter och åligganden.⁵⁴ Den kommunala normgivningsmakten kan alltså följa av att riksdagen gett regeringen ett bemyndigande att överlämna rätten att fatta ett visst beslut eller att riksdagen gett kommunerna rätt att besluta direkt enligt en särskild lag, t.ex. KL. Genom 8:5 RF har kommunerna därmed rätt att i enlighet med bestämmelserna i de lagar som reglerar deras verksamhet besluta om reglementen och arbetsordningar för sina egna organ. Kommunfullmäktige har framförallt en viktig roll som normgivare i och med utfärdandet av kommunala regelverk och taxor.

Kommunernas rätt att utfärda generella föreskrifter samt att anta avgiftstaxor följer av 1:7, 8:3, 5, 7, 9 (direktdelegation) och 8:11 RF (subdelegation) samt av 2:5 och 8:3 b KL. Sådana normer riktar sig mot medborgarna och är, även om de inte har form av lag, bindande för dessa. Exempel på sådana föreskrifter är lokala ordningsstadgor, renhållningsordningar och hamnordningar.

Normgivningsmakten skall hållas åtskild från myndighetsutövning. *Tillämpningen* av en av fullmäktige antagen normgivande föreskrift inom det obligatoriska området, t.ex. att med stöd av en omsorgstaxa besluta om avgift för en enskild kommunmedlem, utgör emellertid myndighetsutövning.⁵⁵

Det allmännas normgivningsmakt blir av stor betydelse vad gäller bedömningen av möjligheterna att ändra förutsättningarna för ingångna avtal, t.ex. vad gäller kommunens rätt att ändra taxor och lokala ordningsstadgor. Vid

52. Sådana statliga myndigheter som har rätt att besluta föreskrifter av generell natur är t.ex. länsstyrelserna, men även andra regionala myndigheter som lantbruksnämnderna. Se prop. 1975/76:112 s. 26 ff.

53. Stadgandet i 11:6 3 st. RF talar om förvaltningsuppgift som kan lämnas till enskild och gäller således inte normgivningen.

54. Se bl.a. KL, kommunalförbundslagen (1985:894) och olika speciallagar som t.ex. SoL och plan- och bygglagen (1987:10), PBL.

55. Se *Hallgren m.fl.* 1997 s. 107.

sådana ändringar kan frågor uppstå i förhållande till en kommuns civilrättsliga avtalsbundenhet, eftersom kommunen, förutom sin roll som avtalspart, genom sin normgivningskompetens även kan ha möjlighet att ensidigt ändra förutsättningarna för avtalet.

2.3 Avgifts- och beskattningsrätten

2.3.1 Det allmännas avgifts- och beskattningsrätt

Nära förbunden med normgivningsmakten är det allmännas avgifts- och beskattningsrätt. Rätten att bestämma över statens inkomster och utgifter och förfogande över andra tillgångar brukar i en sammanfattande term kallas *finansmakten* varom bestämmelser finns i 9 kap. RF. De offentligrättsliga inkomsterna består vanligtvis av skatter och avgifter. Enligt 8 kap. RF skall beslut om skatter tas i form av lagar. Beslut om avgifter skall i vissa fall ha form av lag, medan de i andra fall kan fattas av regeringen. Riksdagen har vidare möjlighet att delegera rätt att fastställa avgifter, som hör till riksdagens kompetensområde, till regeringen eller till kommun. Av 1:4 andra stycket RF och 9:2 första stycket RF framgår att det är riksdagen som beslutar hur statens medel skall användas.⁵⁶

Statsrättsligt menar man med *avgifter* i första hand en penningprestation till det allmänna för vilken ett specificerat vederlag lämnas. Dit brukar även räknas penningprestationer som tas ut i näringsreglerande syfte och som i sin helhet tillförs näringsgrenen i fråga, t.ex. avgifter som utgår som ett led i prisregleringen inom jordbruk och fiske. Frånsett böter och andra straffrättsliga anspråk är alla andra penningprestationer som det allmänna utkräver skatter. För dessa prestationer utgår ingen specificerad motprestation till den enskilde eller den näringsgren som belastas med avgiften. Hit hör statlig inkomstskatt, förmögenhetsskatt, mervärdesskatt, tull etc.⁵⁷

Om föreskrifter angående statliga avgifter skall beslutas genom lag eller inte kan ibland vara besvärligt att bedöma. Det avgörande måste enligt *Strömberg* vara om föreskrifterna reglerar åligganden för enskilda eller ingrepp i dessas ekonomiska förhållanden. Erhålls ingen motprestation skall avgiften ha lagstöd, men om en avgift tas ut som ett vederlag för en *frivilligt* ianspråktagen prestation, borde den kunna beslutas av regeringen. Skulle den

56. Se även *Holmberg & Stjernquist*, Vår författning, 1998 s. 148 och *Strömberg* 1997 s. 108.

57. Se *Holmberg & Stjernquist* 1998 s. 136 f.

enskilde vara tvungen, rättsligt eller faktiskt, att anlita prestationen bör avgiften vara föreskriven i lag.⁵⁸

Vid sin årliga prövning av anslagsbehoven är riksdagen statsrättsligt sett bunden av vad som är fastställt i lag. Riksdagen har dock möjlighet att i egen-skap av lagstiftare ändra lagarna. *Civilrättsligt sett är riksdagen bunden* av de avtal som ingåtts och andra förpliktelser den åtagit sig. Följden blir alltså att riksdagen i viss utsträckning *faktiskt är relativt låst vid sin behovsprövning*.

2.3.2 Kommunal taxor och avgifter

Kommunerna har enligt 8:3 b KL rätt att ta ut avgifter för de tjänster och nyt-tigheter som de tillhandahåller. *Bohlin* betecknar de kommunala avgifterna som antingen offentlig- eller privaträttsliga. Det utmärkande för de förra anges vara deras tvångskaraktär, att avgiftsfriheten är mer eller mindre sken-bar och att avgiften grundar sig på ett kommunalt beslut som ensidigt skapar avgiftsskyldighet. Även utöver de fall det rör sig om sådant som kommunen är skyldig att tillhandahålla kan det vara naturligt att betrakta relationen som offentligrättslig. Detta gäller t.ex. hamnavgifter, avgift för gatumarksupplå-telser eller avgift i samband med myndighetsutövning, bl.a. bygglovsavgift. Privaträttsliga avgifter anges däremot grunda sig på avtalsmässig eller någon annan frivillig grund. Kategoriseringen är dock inte helt problemfri eftersom även lagreglerade taxor kan röra mer eller mindre »frivilliga» situationer, t.ex. tandvårds- och sjukvårdstaxor. I den mån man skall göra en uppdelning är dock det smidigaste att utgå från att avgiften är offentligrättslig när kommu-nens uttag grundar sig på lag eller annan författning och gäller en nyttinghet som den enskilde är skyldig att nyttja. Taxan blir här omedelbart bindande och endast i de fall där det inte är fråga om »tjänster eller nyttingheter» i kom-munallagens mening, utan om upplåtelser eller sanktioner, får avsteg från självkostnadsprincipen göras.⁵⁹ Vid uttagande av offentligrättsliga tvångsavgifter kan varje enskilt uttag, till skillnad från vad som gäller vid uttagande av privaträttsliga avgifter, ses som myndighetsutövning.⁶⁰

Som nämndes ovan skall offentligrättsliga eller tvångsmässiga avgifter meddelas genom lag, 8:3 RF. Detsamma gäller kommunens specialreglerade verksamhet som kräver lagform enligt 8:5 RF. Vissa kommunala avgifter är

58. Se *Strömberg* 1997 s. 99.

59. Se *Bohlin* 1984 s. 23 ff. och s. 28 f.

60. Se även *Kajiser & Riberdahl*, Kommunallagarna II. Kommunallagen m.m., 1983 s. 51 ff., och *Björkman & Riberdahl* 1997 s. 44 f.

typiskt sett av sådan offentligrättslig karaktär att lagstöd enligt 8:3 RF krävs för att debitering skall få ske.⁶¹ En taxa på området blir följaktligen omedelbart bindande för avgiftsuttag av en prestation som den enskilde är skyldig att ta emot, t.ex. renhållnings- och sotningsavgifter, och utgår oberoende av avtal.⁶²

En speciell kategori avgifter utgör, ur normgivningssynpunkt, *s.k. frivilliga offentligrättsliga avgifter*. Det kan röra sig om verksamhet som kommunen är skyldig att tillhandahålla, men som frivilligt tas i anspråk av enskild.⁶³ Avgifter för sociala tjänster av servicekaraktär, t.ex. hemhjälp eller boende i servicehus, får enligt 35 § SoL uttas med skäligt belopp enligt de grunder som kommunen bestämmer. Självkostnadsprincipen gäller och först när *tjänsten tas i anspråk* anses relationen vara offentligrättslig och likställighetsprincipen tillämplig. Viss differentiering av avgifterna utifrån betalningsförmåga har ansetts vara tillåten.⁶⁴

Den privaträttsliga avgiftsmakten föreligger med stöd av den allmänna kompetensregeln, som i sin tur grundar sig på 8:5 RF. Avgifter för kommunens rent frivilligt tillhandahållna tjänster kan därför inte betraktas som normer i regeringsformens mening, utan blir gällande för den enskilde på avtalsmässiga grunder. Antagandet av en taxa utgör förvisso ett ensidigt offentligrättslig beslut, men avgiften kommer att utgöra ett avtalsvillkor i och med att det i avtalet tas in en bestämmelse om att avgiftens storlek bestäms av den vid varje tidpunkt gällande taxan. Man gör det dock för enkelt för sig om man drar gränsen vid om en verksamhet är frivillig eller specialreglerad. Det kan nämligen även vara så att även en frivillig verksamhet skall finansieras via skatter, t.ex. om den utgör ett allmänintresse och inte riktar sig mot en begränsad mottagarkrets, se bl.a. *RA 1968 ref. 8* och *RA 1975 Ab 487*.⁶⁵

Det blir vid en bedömning viktigt att analysera vilken typ av avgift det rör sig om; en lagreglerad prestation eller ett vederlag för mera frivilligt tillhandahållen service. Vidare är det av intresse att avgöra vilket utrymme det finns för avtalsslut om inte särskild taxa fastställts eller vilken betydelse det får för ett ingånget avtal om kommunen t.ex. ändrar taxa som reglerar en i avtalet

61. Se *Boblin* 1984 s. 87 och även *Strömberg*, Kommunalrätt, 1995 s. 42–45.

62. Se *Boblin*, Kommunalrättens grunder, 2000 s. 152 f.

63. Se *Boblin* 1984 s. 88 och *Boblin* 2000 s. 163 f.

64. Se även *Boblin* 1984 s. 44 f. Genom den individualisering av avgiftsuttaget som 35 § SoL ger uttryck för har likställighetsprincipen i 2:2 KL i viss utsträckning fått reducerad betydelse som styrmedel för avgiftssättningen inom främst äldre- och handikappomsorgen då ekonomiska och sociala skäl hos de enskilda omsorgstagarna skall beaktas.

65. Se *Boblin* 1984 s. 86 f. och *Marcusson* 1992 s. 122 f.

föreskriven avgift. Ytterligare en viktig fråga blir att analysera vid vilka situationer självkostnadsprincipen måste vara styrande för kommunens avgiftsuttag och kommunens möjligheter att i avtal göra avsteg från gällande taxa utan att likställighets- och självkostnadsprinciperna åsidosätts. Dessa och andra frågor vad gäller avgifter och taxa kan i varierande utsträckning bli av stor betydelse när det gäller det allmännas avtal.

2.4 Offentlighetsprinciper

Det föreligger en mängd olika principer och regler som är särskiljande för det allmänna och som det allmänna har att rätta sig efter i sitt handlande och som på olika sätt skall skydda den enskildes intressen mot olika typer av maktmissbruk.

2.4.1 Legalitetsprincipen

Medborgarna skyddas mot godtyckliga beslut från det allmänna genom olika bestämmelser och rättssäkerhetsgarantier. *Legalitetsprincipen* kan sägas vara en allmän princip för en *rättsstat* eller ett *rättssambälle* och har ett nära samband med den ovan berörda normgivningsmakten. Den kommer till uttryck i 1:1 tredje stycket RF, där det heter att den offentliga makten »utövas under lagarna». ⁶⁶ Detta innebär att alla offentliga organ – riksdagen, regeringen, domstolar, förvaltningsmyndigheter och kommuner – är bundna av, och måste rätta sig efter, gällande lagar i sin verksamhet. Att makten skall utövas under lagarna innebär dock inget absolut krav på stöd i skrivna lagar. Även maktutövning som utförs i enlighet med konkreta sedvanerättsliga principer åsyftas. ⁶⁷

Beslutanderätten måste sålunda föreligga med stöd av grundlag eller annan lag samt falla inom gränserna för myndighetens kompetens. Gränserna preciseras ofta genom speciella föreskrifter om vilka slags beslut en myndighet får fatta. På samma sätt räcker det att föreskrifterna är givna i en förordning,

66. Se även *Holmberg & Stjernquist*, Grundlagarna med tillhörande författningar, 1980 s. 44, *Sterzel*, Medborgaren och förvaltningen, 1984 s. 141 och *Strömberg* 1997 s. 14 f. Jfr även *Sundberg-Weitman*, Saklighet och godtycke i rättskipning och förvaltning, 1981 s. 13 ff. och *Sundberg-Weitman*, Rättsstaten åter!, 1985 bl.a. s. 94–104, vilken ifrågasatt i vilken utsträckning politikerna egentligen anser sig vara bundna av gällande lagar och föreskrifter. Hon ställer även frågan om Sverige fortfarande kan anses vara en rättsstat.

67. Se *Petrén & Ragnemalm* 1980 s. 18 f.

om beslutanderätten gäller ett ämne som faller inom regeringens restkompetens enligt 8:13 RF.⁶⁸ Av 8:3 RF framgår dock, vad gäller rätten att fatta *betydande beslut* för den enskilde, att legalitetsprincipen innebär ett principiellt krav på lagstöd för myndigheternas beslutanderätt.

Det har anförts att legalitetsprincipen i princip inte aktualiseras vid plikter som enskild åtar sig vid rent privaträttsliga avtal med det allmänna, t.ex. köp och försäljning eller i anställningsförhållanden. Har avtalsvillkoren däremot karaktär av faktiska krav på den enskilde, på grund av att det allmänna befinner sig i en rättslig eller faktisk monopolställning, på ett område där den enskilde är i starkt behov av att ingå avtal, kan dock situationen vara en annan. Inte heller på det privaträttsliga området får nämligen det allmänna ingå avtal i strid mot tvingande lagstiftning. Legalitetsprincipen sätter alltså en definitiv gräns för vad det allmänna *får* göra. En brist avseende författningsstödet kan som regel *inte ersättas* med den enskildes *samtycke*. Undantag från regeln att en myndighet måste ha stöd i en författning för att meddela ett åläggande, kan i princip endast ske *om samtycket tillerkänns relevans genom författningsbestämmelse*.⁶⁹

Det kan i vissa fall vara svårt att dra gränsen mellan avtal som innebär utövande av offentlig förvaltning i någon form och privaträttsliga avtal. Om avtalet är giltigt är i princip beroende av om det berörda förvaltningsorganet har kompetens att ålägga plikter eller ge de rättigheter som avtalet stadgar. Även om det ingångna avtalet rör en mera privaträttslig fråga eller en kommunal angelägenhet som inte utgör myndighetsutövning måste frågan om avtalet skall anses vara bindande bero på om myndigheten har kompetens att förfoga över offentliga medel på det sätt som skett.⁷⁰ Det torde dock kunna föreligga ett mörkertal vad gäller avtal som ingås mellan enskilda och det allmänna utan att de äger någon rättslig grund. Så länge parterna är nöjda med situationen efterlevs avtalen och giltigheten kommer inte under prövning.

68. Se *Strömberg* 1998 s. 65.

69. Se *Strömberg* 1998 s. 65 f. Det bör vidare observeras att vissa förvaltningsbeslut, t.ex. tillsättning av offentliga tjänstemän, generellt kräver den enskildes samtycke. Se även *Adolphson*, Bindning eller återkallelse. Studier över enskildas viljeförklaringar i förvaltningsrätten, 1961 s. 210 ff. och s. 216 f.

70. Se även *Hov*, Rettsforlik, 1976 s. 226.

2.4.2 Jäv, objektivitets- och likhetsprinciperna

För att förhindra godtycke och maktmissbruk försöker rättsordningen på flera sätt garantera saklighet och opartiskhet i den offentliga verksamheten. Detta sker bl.a. genom jävsbestämmelser och genom straffbestämmelser för myndighetsmissbruk och mutbrott, men det råder även förbud för offentliga tjänstemän att inneha vissa bisysslor.

Kommunfullmäktige beslutade med en rösts övervikt, i enlighet med ett förslag från barn- och ungdomsnämnden och med kommunstyrelsens tillstyrkande, att privatisera en del av barnomsorgen och att godkänna ett förslag till avtal med ett företag. En person var samtidigt som han var anställd som avdelningschef inom barnomsorgsverksamheten i kommunen styrelseledamot och verkställande direktör för det företag som förhandlade med kommunen om överförande av del av kommunens barnomsorg. Kammarrätten fann i sin dom att personens ställning som intressent i företaget inte var förenlig med hans anställning som avdelningschef inom barnomsorgen i kommunen, såvitt gällde frågan om överföring av del av barnomsorgen till företaget. Han var därför jävig enligt 6:25 KL och borde inte ha deltagit i beredningen av ärendet. Barn- och ungdomsnämndens yttrande till kommunfullmäktige ansågs dock vara sådant beslut *av rent förberedande karaktär* mot vilket talan inte får föras. Kommunfullmäktiges beslut kunde heller inte upphävas som olagligt på grund av jävsfrågan, då frågan inte berörde »beredningens omfattning och identitet utan snarare beredningens kvalitet». Även om beslutet inte ansågs kunna förklaras olagligt, så framstår det som mycket dubiöst att anställd inom kommunen *själv* kan föreslå att lägga ut kommunal verksamhet till *sitt eget* företag.⁷¹

I ett mål om jäv vid beslut i en kommunstyrelse framgick att Karlstads kommun ägde 49 procent av aktierna i AB Karlstads Studentbostäder. Resterande aktier ägdes av PEAB respektive JM. Ordföranden och en ledamot i Studentbostäders styrelse deltog i handläggningen av kommunens förvärv av resterande aktier i Studentbostäder och en försäljning av Gamla badhuset till PEAB och JM. De båda förtroendevaldas ställning som styrelseledamöter i Studentbostäder var enligt kammarrättens mening inte förenlig med deras uppdrag som förtroendevalda i fastighetsnämnd och kommunstyrelse såvitt gäller frågor om aktieförvärv och överlåtelse av badhuset. Deras befattning med ärendet under beredningen i fastighetsnämnden och i kommunstyrelsen fick därmed anses innebära att de varit

71. Se *Kammarrättens i Göteborg dom 1994-07-01 (Mål nr 8034-1992)*.

42 Offentlighetsprinciper av betydelse vid avtalsslut

jävisa enligt 6:25 4 p. KL. Kommunfullmäktiges beslut hade därför inte tillkommit i laga ordning och upphävdes.⁷²

Det allmänna skall i sin verksamhet även iaktta saklighet och opartiskhet, 1:9 RF. Den *s.k. objektivitetsprincipen* innebär att förvaltningsorgan och domstolar i sin verksamhet inte får låta sig vägledas av andra intressen än dem de är satta att tillgodose. De får heller inte grunda sina avgöranden på hänsyn till andra omständigheter än sådana som enligt gällande författningar får beaktas vid prövningen av ett ärende. De får t.ex. inte gynna eller missgynna vissa enskilda intressen, och de får heller inte ta hänsyn till andra ovidkommande omständigheter, som en sökandes härstamning eller politiska åskådning.⁷³ Objektivitetsprincipen gäller *samtliga* som handhar olika typer av uppgifter inom den offentliga förvaltningen, även enskilda som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter enligt 11:6 tredje stycket RF. Den inskränks heller inte bara till det område som rör myndighetsutövning, utan gäller även annan offentlig verksamhet.⁷⁴

I 1:9 RF stadgas vidare att domstolar och förvaltningsmyndigheter i sin verksamhet skall beakta allas likhet inför lagen, den *s.k. likhetsprincipen*. Denna princip hör till viss del ihop med objektivitetsprincipen eftersom en obefogad särbehandling av vissa personer samtidigt måste anses strida mot

72. Se *Kammarrättens i Göteborg dom 1999-03-12 (Mål nr 5399-1998)*. Målet har överklagats. Prövningstillstånd har ännu inte beviljats (Mål nr 2245-1999). Det har även hänt att det i avtal om entreprenad driven hemtjänst anges att arbetsledaren till 20 % av sin tjänst skall vara anställd av socialnämnden för att inom denna andel utföra biståndsprövning och fatta myndighetsbeslut om kommunal hemtjänst m.m. enligt gällande bestämmelser i SoL. Vidare framgår att socialnämnden, genom delegation till arbetsledaren, på samma sätt som för kommunen i övrigt, avgör i vilken omfattning hemtjänst skall lämnas genom att upprätta serviceplan för varje vårdtagare. En sådan lösning är dock mycket olämplig eftersom arbetsledaren kommer att ha dubbla lojaliteter. Detta kan få till följd att hänsynen mot det privata företaget kan väga tyngre än de offentlighetsprinciperna om en intressekonflikt skulle uppstå. Även i förslaget till ökad konkurrens i kommunal verksamhet har sådana lösningar ansetts vara olämpliga, inte minst på grund av de jävssituationer som »oundvikligen» måste uppkomma till följd av sammanblandningen av entreprenörens uppgifter och kommunens ansvar och befogenheter. Se prop. 1992/93:43 s. 22.

73. Se *Petrén & Ragnemalm* 1980 s. 37 f. och *Strömberg* 1998 s. 67. Se även *JO 1990/91 s. 347* och *JO 1992/93 s. 539*. JO fann att tilldelning av marknadsplatser vilade på offentlighetsprincipen grund och att kravet på saklighet i 1:9 RF därmed åsidosatts. För en grundlig genomgång av regeringsformens saklighetskrav, se *Sundberg-Weitman* 1981.

74. Se *Marcusson* 1986 s. 17 f. Objektivitetsprincipen riktar sig dock inte till riksdagen och regeringen såsom normgivande organ. Se *Strömberg* 1997 s. 15.

kravet på opartiskhet och saklighet.⁷⁵ Likhetsprincipen sträcker sig lite längre än objektivitetsprincipen. Är en myndighet utrustad med fri prövningsrätt, och den därför vid fattandet av ett beslut kan välja mellan olika alternativ utan att något av alternativen strider mot objektivitetsprincipen, innebär likhetsprincipen *ett krav på konsekvens* i beslutsfattandet. Myndigheterna utvecklar i sin praxis ofta mer nyanserade regler än dem som framgår av den tillämpade författningen, likhetsprincipen innebär ett krav på att dessa regler sedan efterlevs.⁷⁶ Likhetsprincipen utgör emellertid inget hinder mot att en myndighet ändrar sin praxis, om den finner att denna utvecklats i en olycklig riktning.

Vad gäller likhetsprincipen föreligger en skarp gräns mellan vad lagstiftaren och vad de rättstillämpande myndigheterna får göra. De sistnämnda får inte göra skillnad mellan olika individer utöver vad som stadgas enligt gällande rättsregler. Lagstiftaren omfattas däremot inte lika starkt av kravet på likabehandling. En sådan målsättning i fråga om den samhälleliga verksamheten är heller inte vare sig önskvärd eller realistisk. Det anses tvärtom förhålla sig så att särbehandlande lagstiftning är nödvändigt i ett modernt välfärdssamhälle.⁷⁷ Att lika fall skall behandlas lika förhindrar inte särlagstiftning av välfärdsskarakter, t.ex. lagstiftning på det sociala området. Innebörden blir därför att skillnader inte får göras mellan individer utöver vad som följer av gällande lagstiftning.⁷⁸

Likhetsprincipen blir viktig vid det allmännas avtalsslut i det fall avtal skall slutas med flera enskilda. På grund av kravet på konsekvens vid det allmännas agerande skall dessa, om avtalen rör lika fall, behandlas på ett likartat sätt. I de fall det rör sig om mer individuella avtal kan det medföra vissa problem att tillämpa principen, då det kan vara svårt att avgöra vilka fall som skall klassas som lika och vilka fall som är unika.⁷⁹

75. Se Strömberg 1998 s. 67 f. Se även Sundberg-Weitman 1981 s. 54 och s. 153–247 samt Sundberg-Weitman 1985 s. 47–57.

76. Se Strömberg 1998 s. 68.

77. Se prop. 1975/76:209 s. 98 f. Jfr även Sundberg-Weitman 1981 s. 153 ff.

78. Se Paulsson m.fl., Kommunallagen. Kommentarer och praxis med ändringar t.o.m 1 januari 1998, 1997 s. 27.

79. En bedömning måste därför göras av relevanta och irrelevanta fakta samt mellan behöriga eller obehöriga hänsyn. Principen måste därför fyllas ut med rättsregler som anger vilka omständigheter som är relevanta och som får läggas till grund för ett beslut. Dessa anger vilka fakta man skall ta hänsyn till, eller bortse från, när man bedömer likheten eller olikheten mellan olika fall. Se Strömberg 1998 s. 68.

2.4.3 Illojal maktanvändning och ingående av avtal

Även om det inom ett område saknas *speciella lagregler* uppställda för hur en fråga skall avgöras, har inte en myndighet någon *obegränsad* frihet att själv bestämma om möjligheten att fatta beslut. Om det allmänna på detta sätt kan anses ha överskridit sin beslutanderätt brukar man tala om *détournement de pouvoir* eller *illojal maktanvändning*. De offentligrättsliga skyddsprinciperna riktar sig främst mot otillbörligt agerande inom ramen för myndighetsutövning, men principen om illojal maktanvändning kan även komma att aktualiseras när det allmänna disponerar över sina egendomar, ingår avtal eller delar ut bidrag, om myndigheten, eller kommunen, använt sin fria beslutanderätt, sitt *fria skön*, på ett otillständigt sätt. Det kan t.ex. röra sig om fall där det allmänna gynnat eller missgynnat någon på grund av dennes politiska eller religiösa uppfattning, gynnat det offentliga subjektets ekonomiska intressen eller något annat ovidkommande, som koppling av beslut till någons underlåtenhet, som inte har med saken att göra. Principen förefaller dock till följd av möjligheterna att överklaga förvaltningsbeslut ha haft mindre betydelse i svensk rätt än vad som varit fallet i norsk respektive dansk rätt.⁸⁰

De regler som ger det allmänna kompetens att utöva myndighet anger i regel också de gränser som rättsordningen sätter för olika typer av förvaltningsåtgärder. Det torde också stå klart att det allmänna inte kan överskrida dessa gränser genom att använda sig av avtal. De begränsningar som finns för myndighetsutövning skyddar inte bara medborgarna mot otillbörliga ingrepp, de kan också ses som regler för vad som anses vara det bästa för samhället. Detta gäller även t.ex. för möjligheten att ändra fattade beslut.⁸¹ Det har i såväl svensk som utländsk doktrin antagits att illojal maktanvändning kan bestå i att det allmänna använder sin maktposition för att främja ett visst privatekonomiskt eller fiskalt intresse. En myndighet får exempelvis inte ta betalt för sin myndighetsutövning, såvida inte stöd för detta föreligger i författning. Som en följd av detta räknas det alltså som otillbörligt att ett offentligt organ

80. Se *Bernt*, Forbehold ved forvaltningsvedtak. Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkningsmiddel, 1977 s. 29. Någon jämförelse av möjligheterna att villkora olika förvaltningsbeslut och i den mån detta skulle innebära illojal maktanvändning, är därför svår att göra mellan svensk rätt å ena sidan och norsk respektive dansk rätt å den andra. Se a.a. s. 36.

81. Se *Hov* 1976 s. 224.

utan författningsstöd begär en förmån i utbyte mot myndighetsutövning.⁸² Det spelar ingen roll om det krävda gäller till förmån för det allmänna eller till någon enskild. Ett myndighetsmissbruk är därför straffbart om det fattade beslutet i och för sig överensstämmer med föreskrift i författning, men om det meddelats endast efter det att ett ovidkommande villkor uppfyllts. Ett typiskt exempel är om en ansökan om bygglov bifalls först om den sökande, t.ex. genom ett genomförandebrev, förpliktat sig att ekonomiskt bidra till någon kommunal verksamhet.⁸³

Rör det sig om sådana avtalstyper som vanligtvis används mellan privatpersoner, måste enligt *Hov* den avgörande utgångspunkten för avtalens giltighet vara om den avtalsslutande myndigheten har kompetens att förfoga över det som avtalet avser. Men även om avtalen i de här situationerna har samma form som vid rent privaträttsliga mellanhavanden kan offentlighetsprinciperna hänsyn komma att inverka. Om t.ex. en privatperson hyr ut en jordbruksfastighet är syftet vanligtvis att tjäna pengar. Om staten på motsvarande sätt hyr ut en bit mark kan det ske som ett led i jordbruks- eller regionalpolitiken. Den här typen av omständigheter torde kunna innebära att bedömningen av avtalets giltighet inte nödvändigtvis blir densamma som vid motsvarande privaträttsliga situation. Ett sådant åsidosättande av offentlighetsprinciperna regler utgör en ogiltighetsgrund som kan leda till att avtalet även betraktas som ogiltigt enligt civilrättsliga regler.⁸⁴

Förvaltningsmyndigheterna kan inom ramen för sin verksamhet hyra ut fastigheter, köpa eller sälja egendom, driva affärsverksamhet etc. – d.v.s. ägna sig åt privat verksamhet i varierande utsträckning. Myndigheternas agerande med privaträttsliga medel måste emellertid hänföras till den offentliga förvaltningen, eftersom de företräder de indirekta uppdragsgivarna, medborgarna. De offentlighetsprinciperna och kontrollreglerna skall därvid garantera att verksamheten sköts på ett acceptabelt sätt. Dessa offentlighetsprinciperna regler och principer drar upp vissa linjer av betydelse för det allmännas möjligheter att ingå avtal. När inget stöd ges i specialförfattningarna bestäms gränserna för kommunernas avtalsslut utifrån den kommunala kompetensen och principen om myndigheternas »fria skön». Även i dessa fall erbjuder dock läran om illojal maktanvändning ett visst skydd mot det allmännas möjlighe-

82. Se t.ex. *NJA* 1980 s. 1, där ett avtal mellan ett offentlighetsprinciporgan och en enskild förklarades ogiltigt enligt avtalslagen eftersom det innehöll bestämmelse om att den enskilde skulle presteras något i utbyte mot myndighetsutövning.

83. Se bl.a. SOU 1969:20 s. 42 ff., SOU 1972:1 s. 130 f. och prop. 1975:78 s. 143. Se framförallt den utförliga redogörelsen i *Sundberg-Weitman* 1981 s. 288.

84. Se även *Hov* 1976 s. 224 f.

ter att fatta beslut som kränker den enskildes rättssäkerhet. Såväl legalitets-, objektivitets- och likhetsprincipen torde kunna innefattas i begreppet illojal maktanvändning, eftersom det torde vara fråga om en form av maktmissbruk om det allmänna genom att sluta avtal med enskild kringgår de offentlighetsrättsliga möjligheterna att förplikta den enskilde till motsvarande åtaganden, oavsett om det rör sig om myndigheter eller kommunala församlingars beslutsfattande.

Det är således *nödvändigt* att vid bedömningen av ett avtal, där det allmänna uppträder som avtalspart, även ta i beaktande de offentlighetsrättsliga begränsningar som kan föreligga. Det offentlighetsrättsliga regelverket begränsar för det första kompetensen att ingå avtal, genom att ett avtal för det första inte får ingås i strid med de lagar som styr myndighetens verksamhet. För det andra får avtal i vissa fall inte ingås utan lagstöd.

Sålunda blir det offentlighetsrättsliga regelverket och de offentlighetsrättsliga skyddsprinciperna av betydelse när det gäller att bedöma rättsverkningarna av ett ingånget avtal i förhållande till det allmännas möjligheter att genom sin normgivningsrätt ensidigt ändra förutsättningarna för detta. Den kommunala normgivningsmakten består främst i utfärdande av kommunala regelverk men innefattar även beslut om reglementen och arbetsordningar för de egna organen. Stödet för att fastställa taxor föreligger oftast enligt speciallagstiftningen, och kan därför karakteriseras som offentlighetsrättsligt när det gäller nytthet som den enskilde är skyldig att ta emot, t.ex. va-, renhållnings- och sotningsavgifter, men kan även föreligga enligt den kommunala kompetensen. Det sistnämnda gäller främst avgifter av avtalsrättslig karaktär, t.ex. elleveransavtal.

2.4.4 Laglighetsprövning och överklagande av förvaltningsbeslut

En av de viktigaste förstärkningarna av den enskildes position i förhållande till det allmänna är att den förstnämnde som en *rättssäkerhetsgaranti* i regel har rätt att överklaga beslut som det allmänna fattar. Ett förvaltningsbeslut eller ett kommunalt beslut kan liksom avtal vara behäftade med fel som medför att beslutet är *angripbart*. Detta innebär att det kan undanröjas eller ändras vid överklagande till högre instans. Man brukar skilja mellan laglighetsprövning av kommunala beslut, som vanligtvis anförs hos länsrätten med stöd

av 10 kap. KL, och överklagande av beslut enligt 22 § FL, som anförs med stöd av specialförfattningar.⁸⁵

Laglighetsprövning av beslut från de beslutande kommunala organen anförs av kommunmedlem,⁸⁶ oavsett om denne *personligen* berörs av beslutet eller inte. Enligt 10:2 KL är framförallt beslut av fullmäktige, kommunstyrelse eller de olika nämnderna överklagbara, om beslutet när det gäller de sistnämnda inte är av rent förberedande eller verkställande art.

Laglighetsprövningen utgör ett instrument för *medborgarkontroll* av den egna kommunen, där angripbarheten begränsar sig till en prövning av om beslutet tillkommit i laga ordning eller om beslutet faller inom ramen för fullmäktiges kompetensområde, 10:8 första stycket KL, och omfattar inte dess lämplighet. Domstolen kan därför om ett överklagat beslut befins vara lagstridigt endast upphäva detta, men inte göra ändringar i dess innehåll, 10:8 andra stycket KL. Vad gäller laglighetsprövning förutsätter överklagbarhet enligt 10:2 KL att det är fråga om ett beslut som protokollförts och justerats. Huvudregeln är att laglighetsprövning gäller om inte särskilda föreskrifter i annan författning än KL reglerar frågan om överklagande, 10:3 KL.⁸⁷ Saknas bestämmelser om överklagandemöjligheterna i specialförfattning som rör kommunala förvaltningsmyndigheter blir därmed kommunallagens regler tillämpliga.

Laglighetsprövning av kommunala beslut skiljer sig från överklagande av beslut enligt FL, där beslut överklagas av den som beslutet *angår* om det gått denne *emot*, 22 § FL. Överklagandet är inte begränsat till laglighetsfrågan, utan den myndighet som prövar överklagandet har även rätt att göra positiva ändringar i det överklagade beslutets innehåll. Överklagandet används huvudsakligen beträffande beslut som har karaktär av myndighetsutövning.

För ett ingången avtal torde framförallt en laglighetsprövning kunna bli av stor betydelse om t.ex. ett fullmäktigebeslut att ingå ett avtal överklagas av

85. För utförligare redogörelser se bl.a. *Ragnemalm* 1992 s. 101–128, *Strömberg* 1995 s. 75–83, *Strömberg* 1998 s. 190–197 och *Warnling-Nerep*, En introduktion till förvaltningsrätten, 1998 s. 59–67.

86. Även staten eller annan kommun som äger fastighet i den aktuella kommunen räknas i sin egenskap av fastighetsägare som kommunmedlem och kan därför få till stånd en laglighetsprövning av beslut som fattats av kommunen. Även kommunstyrelsen kan, i egenskap av kommunen som markägare, genom förvaltningslagens regler överklaga ett beslut av den egna byggnadsnämnden.

87. Regler om laglighetsprövning av kommunala beslut finns även i 4 kap. 10 § kommunalförbundslagen samt 1 kap. 19 § och 2 kap. 9 § lagen (1979:411) om ändringar i Sveriges indelning i kommuner och landsting. Vissa i 73 § SoL uppräknade beslut överklagas utifrån FL:s regler, medan lagens övriga beslut kan angripas genom laglighetsprövning.

kommunmedlem. Risken finns då att förvaltningsdomstolen upphäver fullmäktiges beslut och att avtalet därmed inte kan fullgöras till sitt innehåll. Frågan blir då om avtalet helt skall ogiltigförklaras eller om det ändå får avtalsrättsliga rättsverkningar, t.ex. på så sätt att ersättning för »det brutna» avtalet skall utgå till motparten. Man måste alltså skilja mellan de interna och de externa effekterna av ett upphävande av beslut om att ingå avtal.⁸⁸ Laglighetsprövningens speciella funktion och begränsningar medför att prövning hos allmän domstol bör vara det normala vad gäller de externa effekterna, eftersom den kommunala lagprövningsprocessen inte är avsedd att lösa civilrättsliga tvister.⁸⁹

2.4.5 Insyn, tillsyn och kontrollmöjligheter

Rätten till *insyn* är en annan princip som är utmärkande för det allmännas verksamhet. Det anses vara en viktig garanti för myndigheternas pliktuppfyllelse, att deras verksamhet är underkastad insyn såväl från kontrollerande myndigheter som från allmänheten. Insyn garanteras först och främst genom offentlighetsprincipen enligt TF m.fl. författningar genom att allmänheten i och med principen om allmänna handlingars offentlighet ges möjlighet till insyn i förvaltningen.⁹⁰ Principen fungerar som rättssäkerhetsgaranti framförallt genom att anmärkningsvärda förvaltningsbeslut kan bringas till allmänhetens kännedom genom massmedias förmedling, men även genom att »envar som vill» kan begära att få ta del av ett dokument. En myndighet som fattar ett felaktigt beslut löper därför risk att avslöjas, och därmed att utsätta sig för offentlig kritik.⁹¹

Insynen och tillsynen från de kontrollerande myndigheterna – vilka bl.a. utgörs av överordnade myndigheter, särskilda kontrollorgan såsom riksdagens revisorer, JO, JK och riksrevisionsverket – möjliggörs genom inspektioner, men även genom rapporter som de beslutande organen själva är skyldiga att avge. Undersökningar kan ibland även föranledas av anmälningar från enskilda. Insynen är visserligen en viktig garanti för en effektiv och lagenlig för-

88. Se även *Sundberg*, Kommunalrätt, 1964 s. 426 f.

89. Se *Paulsson m.fl.* 1997 s. 331–334 och s. 337, jfr prop. 1990/91:117 s. 224.

90. Se även *Unger*, Får myndighet i avtal åtaga sig att iakttaga sekretess?, 1987 s. 569–580. Han finner att den offentlighetsrättsliga regleringen – utifrån sekretesslagen, tryckfrihetsförordningen och regeringsformen – inte lämnar något utrymme för myndighet att göra något civilrättsligt åtagande om sekretess. Det går inte att avtala bort den offentlighetsrättsliga regleringen. Se a. a. s. 576.

91. Se *Strömberg* 1998 s. 157.

valtning, men i bakgrunden står även möjligheten till ingripanden av olika slag. Det kan röra sig om nya direktiv för förvaltningsverksamheten, rättelse av felaktiga beslut eller i vissa fall utkrävande av ansvar för begångna felaktigheter.⁹²

Vid entreprenadavtal är det vanligt att det allmänna förbehåller sig rätt till insyn i den verksamhet som avtalet rör. Även i de fall lagstiftningen inte dragit upp några riktlinjer för vad som skall gälla t.ex. för en till entreprenör överläten verksamhet har det ansetts nödvändigt att genom avtal reglera det allmännas möjligheter till insyn, inflytande samt kontroll över verksamheten.

Ett av de starkaste argumenten mot att det allmänna lägger ut delar av sin verksamhet på bolag har varit att *medborgarnas* möjligheter till insyn försvinner genom att verksamheten övergår i privaträttslig form. Offentlighetsprincipen gäller dock för privaträttsliga subjekt där kommunen anses utöva »ett bestämmande inflytande» över verksamheten, d.v.s. äger aktier eller på annat sätt förfogar över röstmajoriteten, 1 kap. 9 § sekretesslagen (1980:100), SekrL, och 3:16 tredje stycket KL. Verksamheten står även under JO:s tillsyn såvitt avser tillämpningen av offentlighetsprincipen.

2.4.6 Kommunal revision och ansvarsfrihet

Som konstaterades ovan utgör inte verksamhet som bedrivs med stöd av den kommunala kompetensen myndighetsutövning. Eftersom tjänstefelsreglerna inte aktualiseras vid kompetensöverskridande beslut av t.ex. fullmäktige saknas därmed också möjligheter för åklagare att åtala någon för ett mer eller mindre medvetet överskridande av det kommunala regelverket, *NJA 1988 s. 26*. Några sanktionsmöjlighet mot kommuner som inte följer utdömda domar saknas därför.⁹³ Kommunen har dock vissa möjligheter att vid revision själv rikta sanktioner mot kommunala företrädare som agerat på ett felaktigt sätt.⁹⁴

92. Se *Strömberg* 1998 s. 157.

93. Regler om kommunalbot har diskuterats vid flera tillfällen. Regeringen har nyligen föreslagit att kommunerna skall kunna föreläggas vid vite att följa de domar som utdömts när det t.ex. gäller assistans eller det boende enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS, som den enskilde enligt dom har rätt till.

94. Vad gäller frågor om kommunal revision, se närmare *Lundin*, Kommunal revision. En rättslig analys, 1999 samt *Warnling-Nerep*, Kommuners lag- och domstolstrots. En undersökning av legaliteten i den kommunala förvaltningen, gränserna för den kommunala självstyrelsen samt statens möjligheter att utöva kontroll och ställa kommuner till ansvar, 1995.

50 Offentlighetsprincipen av betydelse vid avtalsslut

Kommunfullmäktige i Mora hade beslutat att inte bevilja kommunstyrelsens ordförande ansvarsfrihet i enlighet med de kommunala revisorernas revisionsberättelse för 1997. Enligt revisorerna hade kommunalrådet överskridit sina befogenheter genom att 1996 ge bidrag till ett bolag och genom att 1998 överlämna ett försäljningsuppdrag på aktier till en bank utan att kommunala beslut om detta fattats. Kommunrådet överklagade beslutet till länsrätten och menade att fullmäktige i sitt beslut beaktat händelser som inte härrörde från 1997 och att beslutet stred mot KL. Kammarrätten konstaterar att revisorerna delvis haft fog för sina anmärkningar och att frågan är om kommunfullmäktige därmed får vägra kommunstyrelsens ordförande ansvarsfrihet. Rätten fann att om det vid en revision kommer fram anmärkningar i sådana avseenden som omfattas av revisionsuppdraget, måste det vara fullmäktiges sak att avgöra om anmärkningen är så allvarlig att ansvarsfrihet inte bör beviljas. KammR fann därför att det inte ankommer på en förvaltningsdomstol att bedöma felets svårighetsgrad.⁹⁵

95. Kammarrättens i Sundsvall dom 2000-02-23 (Mål nr 4043-1998). Målet har överklagats. Prövningstillstånd har ännu inte beviljats (Mål nr 1820-2000).

3 Det avtalsbara området – kommunal kompetens att sluta avtal

3.1 Det kommunala kärnområdet och frivillig kommunal verksamhet

Det allmännas *rätt att ingå avtal* har inte direkt stöd i någon grundlagsföreskrift. Man kan ur grundlagsreglerna rentav utläsa indirekta förbud att ingå avtal i viss utsträckning. RF ger ramen för den offentliga förvaltningen på så sätt att förvaltningsmyndigheternas befogenheter och åligganden *måste bygga på en rättslig reglering*. Varje myndighet som ingår ett avtal måste alltså ha något stöd, antingen direkt i föreskrifterna om *myndighetens kompetens* eller genom ett särskilt *förvaltningsbeslut* av en överordnad myndighet som dessutom i sin tur måste ha kompetens för detta. Offentliga uppgifter får inte obegränsat överlätas på enskilda och i den mån kommersiell verksamhet förekommer måste den bygga på rättslig reglering.⁹⁶

Myndighetens befogenhet är dock beroende av de lagstadganden som styr dess verksamhet, de anslag som finns för ändamålet och de villkor som knyts till dessa, samt de anvisningar, instruktioner och villkor som givits av högre myndigheter. Det offentlighetsrättsliga regelverket bestämmer gränserna för kompetensen att ingå avtal, genom att ett avtal inte får ingås i strid med de lagar som styr myndighetens verksamhet. En analys av ett rättsförhållande måste därför ta sin utgångspunkt i de offentlighetsrättsliga författningarna när det gäller att fastställa vad kommunen kan avtala om, vem som har befogenhet att ingå avtalet och vilka rättsverkningar som kan följa av eventuella kompetensöverskridanden. Kompetensen kan grunda sig på föreskrift inom vad som

96. Se *Marcusson* 1993 s. 55 f. För en mer ingående inblick vad gäller kompetens att sluta avtal se *Madell*, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, Stockholm 1998 kap. 5.

brukar kallas den specialreglerade verksamheten, alternativt har ett avtal ingåtts inom den oreglerade verksamheten.

Kommunen är *skyldig* att tillhandahålla de obligatoriska funktionerna enligt speciallagstiftningen och kan i egenskap av *huvudman för verksamhetens bedrivande* inte avsäga sig *ansvaret* för att sådan verksamhet *tillhandahålls* de kommunmedlemmar som berörs.⁹⁷ Sådan obligatorisk verksamhet kompletterar den kommunala kompetensen, samtidigt som den i viss mån kan sägas inskränka kommunens handlingsfrihet. En kommun kan således inte genom privatisering av verksamheten fransäga sig *huvudmannaskapet* genom att lämna i från sig såväl drift som finansiering. Att en kommun är skyldig att tillhandahålla viss verksamhet utgör inget vanligtvis hinder mot att även enskilda bedriver sådan verksamhet. Man måste dock skilja mellan de fall då enskild bedriver verksamhet på entreprenad och när enskild även är huvudman för verksamheten, t.ex. förskoleverksamhet.

Även om driften av verksamheten överlämnats till enskild kvarstår kommunen som huvudman.⁹⁸ Kommunen fattar beslut om mål, inriktning, omfattning och kvalitet samt ansvarar för uppföljning, utvärdering och eventuella kompletterande insatser som gäller verksamheten. Vid sidan av den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen – och vid eventuell speciallagstiftning särskilda regler om privat bedriven verksamhet – är det avtalet som styr en verksamhet sedan den överlämnats. Det ingångna avtalet fungerar därför även som ett *juridiskt styr- och kontrollinstrument* genom vilket den upphandlande enheten inte bara försöker säkerställa att entreprenören fullgör sitt åtagande, utan även skall se till att den enskilde användaren erhåller minst lika bra kvalitet som om verksamheten drivits i kommunal regi.

Den specialreglerade verksamheten utgör den största delen av det som kommunen har att ombesörja, åtminstone ekonomiskt. Den oreglerade eller fakultativa verksamheten bygger på kommunens rätt att driva verksamhet *inom ramen för den allmänna kompetensen*.⁹⁹ Det föreligger ingen juridisk möjlighet att tvinga en kommun att driva eller finansiera sådan verksamhet, vilket

97. Som exempel på sådan specialreglerad, eller obligatorisk, verksamhet kan nämnas socialtjänst, hälso- och sjukvård, omsorg till funktionshindrade, plan- och byggnadsväsende, skolväsende och förskoleverksamhet, vissa miljöskyddsuppgifter och räddningstjänst.

98. Allt ansvar ligger dock inte kvar hos kommunen. Entreprenören ansvarar t.ex. för sak- och personskada som uppstår i dennes verksamhet och har dessutom ett arbetsgivaransvar. Se SOU 1996:67 s. 56.

99. Som typiska exempel på frivilliga verksamheter kan nämnas kultur- och fritidsverksamhet, t.ex. simhallar.

även leder till att sådana verksamheter teoretiskt sett *i sin helhet* kan privatiseras.¹⁰⁰

På det specialreglerade området finns det oftast mer omfattande rättsliga möjligheter till statskontroll och statsingripanden jämfört med den oreglerade verksamheten. En kommun måste fullgöra en obligatorisk uppgift i den omfattning den lag som reglerar just den verksamheten kräver. En stor del av den obligatoriska verksamheten utgörs av myndighetsutövning, t.ex. bygglov eller ärenden om rätt till bistånd, men kan även utgöras av s.k. faktiskt handlande, t.ex. vid undervisning och sjukvård. Dessutom tillkommer vid myndighetsutövning särskilda förfaranderegler i FL.¹⁰¹ Vissa särregler vad gäller myndighetsutövning finns även i KL, men saknas i regel när kommunen verkar med stöd av den kommunala kompetensen. Det blir då i regel endast fråga om stödjande åtgärder i förhållande till enskild.¹⁰²

Eftersom kommunal verksamhet för vilken det föreskrivits en viss ordning inte får överlämnas till ett enskilt rättssubjekt, oavsett om denna föreskrivits enligt KL eller speciallagstiftning, finns ett *kärnområde* för den kommunala verksamheten. Detta kärnområde avgränsar det kommunala ansvaret, där kommunen måste vara verksam och *inte kan* lämna över huvudmannaskapet till andra.¹⁰³ Till detta kärnområde räknas:¹⁰⁴

- a) Den ålagda myndighetsutövningen mot enskilda.
- b) Det ålagda ansvaret i form av obligatoriskt huvudmannaskap eller andra preciserade förpliktelser.
- c) Huvudmannaskapet över den kommunala förvaltningen enligt KL.
- d) Ett förväntat ansvar för att lokala förhållanden är acceptabla för befolkning och näringsliv.

Utanför kärnområdet ligger det *s.k. frivilliga området*. Sådan verksamhet föreligger med stöd av¹⁰⁵

100. Se Hallgren m.fl. 1997 s. 33.

101. Se Paulsson m.fl. 1997 s. 63 ff.

102. Se Modeen, [Anmälan av Marcusson, L.] Mot en ny kommunalrätt, 1994 s. 119–122.

103. Se även SOU 1991:26 s. 161 f.

104. Se Marcusson 1992 s. 122.

105. Även inom det frivilliga området kan det finnas en gräzon. T.ex. kan kommunal bidragsgivning till idrotts- eller kulturliv inte anses utgöra myndighetsutövning, men torde ändå inte kunna överlätas på enskild eftersom det handlar om att dela ut skattemedel till vissa verksamheter. Skillnaden gentemot en uppdelning i specialreglerad och oreglerad verksamhet är att det i kärnområdet även kan ingå verksamhet som hänförs till det oreglerade området och att det i det frivilliga området kan finnas uppgifter som ingår i speciallagstiftning som reglerar kommunala uppgifter. Se Marcusson 1992 s. 122 f.

- a) Den allmänna kompetensen enligt 2:1 KL till den del angelägenheten inte hör till det förväntade lokala ansvaret.
- b) Den s.k. särlagstiftningen med tillskottsbefogenheter eller avgränsade befogenheter.
- c) Annan lagstiftning som vid sidan av ålagt ansvar och huvudmannaskap innehåller så obestämt formulerade förpliktelser och befogenheter, att kommunen helt fritt från påverkan utifrån kan utforma sin verksamhet.

3.2 Den kommunala kompetensen

Kommunen kan i egenskap av självständig juridisk person ingå avtal med såväl andra juridiska personer som enskilda individer, anställa personal, äga fast och lös egendom samt uppträda som part i allmän domstol.¹⁰⁶ Även om vissa likheter finns är dock kommunerna på ett flertal sätt säregna juridiska personer som skiljer sig från vanliga privaträttsliga subjekt, då kommunalrättsliga regler i vissa fall kan komplicera avtalsrelationen. Först och främst är själva existensen föreskriven i lag, men även de kommunala befogenheterna är till stor del mer långtgående än för privata juridiska personer, samtidigt som de i andra situationer är mer inskränkta. Dessutom har kommunerna i sitt agerande många gånger att ta hänsyn till såväl offentlighetsrättsliga som civilrättsliga regler.¹⁰⁷

När det gäller kommunens kompetens att ingå avtal skiljer man i regel mellan allmän kompetens och speciell kompetens.¹⁰⁸ *Den allmänna kompetensen* grundar sig på de allmänna kompetensregler som finns i KL, medan *den speciella kompetensen* utgår från de åligganden som stadgas i speciallagstiftning. Gränserna för den kommunala kompetensen är i stor utsträckning dragna genom en omfattande rättspraxis rörande laglighetsprövning av kommunala beslut. Speciallagstiftningen har på det socialrättsliga området karak-

106. Se även *Kajser*, Om »kommunal förvaltning genom avtal», 1972 s. 69 och *Sundberg* 1964 s. 171.

107. Se även *Warnling-Nerep*, Har det kommunala pantsättningsförbudet något berättigande i 1991 års kommunallag?, 1992 s. 280, *Warnling-Nerep* 1995 s. 152 f. och *Bejstam*, Kommunalrättsliga grunder, 1997 s. 19 f.

108. För en vidare inblick i den kommunala kompetensen, se bl.a. prop. 1990/91:117 s. 26–35, *Marcusson* 1992 s. 38–51, *Lindquist*, Kommunala befogenheter. En redogörelse för kommuners och landstings allmänna befogenheter enligt rättspraxis, 1993, *Strömberg* 1995 s. 28–37, *Warnling-Nerep* 1995 s. 185–207, *Bejstam* 1997 s. 26–40, *Paulsson m.fl.* 1997 s. 51–113, *Bohlin* 2000 s. 79–137 och *Lindquist & Losman*, 1991 års kommunallag i dess lydelse den 1 januari 1998. En handbok med lagtext och kommentarer, 1998 s. 18–32 samt de rättsfall som redovisas i dessa arbeten.

tär av ramlagstiftning, där olika typer av »rättigheter» regleras. De överklagas i regel enligt reglerna i FL och även här är praxis av stor vikt när det gäller att dra gränserna för kommunens handlingsfrihet.

3.2.1 Rättsliga begränsningar av den kommunala kompetensen

I 2:1 KL uttrycks den kommunala kompetensen som att en kommun eller landstingskommun har rätt att själv vårda angelägenheter som har anknytning till dess område och som inte skall skötas av staten eller någon annan. Kommunen får med andra ord inte handha *annan tillkommande verksamhet*. Övriga faktorer av vikt är allmänintresset, förbudet mot understöd till enskilda samt lokaliserings- och proportionalitetsprincipen. *Allmänintresset* eller *intresseprincipen* är i sig ett ganska vagt kriterium på vad kommunala angelägenheter innebär och det är svårt att, innan regeringsrätten slutligen avgjort ett visst ärende, uttala sig om vilka verksamheter som faller inom allmänintresset och därmed i vilken utsträckning avtal kan ingås. I korthet kan man säga att en beslutad åtgärd, för att vara kompetensenlig, skall tillgodose ett utifrån samhälleliga synpunkter till kommunen knutet allmänt intresse. *Lokaliseringsprincipen* innebär att kommunens angelägenheter skall ha anknytning till den egna kommunens område eller till kommunmedlemmarna. Kommunen får inte heller ägna sig åt *vinstdrivande näringsverksamhet*, 2:7 KL. Kommunen har därför endast begränsade möjligheter att agera på den öppna och konkurrensutsatta marknaden.¹⁰⁹

Den allmänna kompetensbestämmelsen i 2:1 KL innefattar bl.a. ett principiellt förbud mot att ge understöd, andra typer av vederlagsfria prestationer eller eftergifter till enskilda individer, om inte kommunen eller landstinget enligt lag *har skyldighet* att göra en sådan prestation eller på någon särskild kommunalrättslig grund *har rätt* att göra så. Orsaken är att det vanligtvis inte kan anses vara av allmänt intresse att sådant understöd lämnas. En kommun får inte lämna understöd eller vederlagsfria prestationer till enskilda kommunmedlemmar utöver vad som medges enligt specialförfattningar.¹¹⁰

En svår fråga är var gränsen för det tillåtna går när det gäller kommunernas stöd till det enskilda näringslivet och vad som skall anses utgöra en *individuell*

109. Se även Hallgren, Fakta och Argument om kommunala företag, 1997 s. 54–58 samt där anförd praxis. Se även a.a. s. 79

110. Se Lindquist 1993 s. 56 ff., Strömberg 1995 s. 30 f., Warnling-Nerep 1995 s. 198 och Paulsson m.fl. 1997 s. 54 f.

respektive *generell* stödåtgärd. Genom 2:8 KL har en kodifiering skett vad gäller kommunernas rätt till allmänt näringslivsfrämjande åtgärder. Frågan om en åtgärd skall anses främja kommunens näringsliv får i princip bedömas utifrån en rimlighetsbedömning mellan kommunens bidrag och det förväntade slutresultatet. Sådant främjande anses i regel tillåtet när det gäller upplåtelse av lokaler för småindustri, anordnande av mark och tillhandahållande av rådgivning.¹¹¹

3.2.2 Principer som ytterligare begränsar den kommunala kompetensen

Även om den kommunala verksamheten håller sig inom den lagliga ramen för den allmänna kompetensen tillkommer andra principer som ytterligare kan begränsa kommunens rätt att ingå avtal. I 2:2 KL fastslås att kommunen, om det inte finns sakliga skäl för annan bedömning, skall behandla sina medlemmar lika när dessa befinner sig i samma situation. *Likställighetsprincipen*¹¹² anses grundläggande för all kommunal verksamhet och innebär att vissa kommunmedlemmar inte får gynnas eller missgynnas i förhållande till andra. Lika avgift skall alltså utgå för lika prestation. Förutom att likställighetsprincipen bara gäller de egna medlemmarna, krävs dessutom för principens tillämplighet att kommunen träder i direkt kontakt med sina medlemmar *i sin egenskap av övergripande organ*. Detta kan ske genom tillhandahållande av olika prestationer eller genom uttag av ekonomiska bidrag från kommunmedlemmarna. Varje kommunmedlem har då rätt att komma i åtnjutande av den aktuella prestationen, medan kommunen har en skyldighet att prestera.¹¹³

Särbehandling anses inte vara tillåten annat än på rent objektiva grunder. Likställighetsprincipen har ett mer begränsat tillämpningsområde än de i RF stadgade objektivitets- och likhetsprinciperna, eftersom kommunen för andra än kommunmedlemmar har möjlighet att kräva en högre avgift för en viss prestation.¹¹⁴ I relationen till kommunmedlemmarna inskränker alltså princi-

111. Se även *Lindquist* 1993 s. 232 ff. samt *Warnling-Nerep* 1995 s. 216 f. Se även *Hallgren* 1997 s. 58 ff.

112. För en utförlig redogörelse av likställighetsprincipen se *Bohlin* 1984 kapitel VIII och *Lindquist* 1993 s. 49–55.

113. Se prop. 1990/91:117 s. 149 f. Se även *Strömberg* 1995 s. 33 ff., *Paulsson m.fl.* 1997 s. 58 och *Lindquist & Losman* 1998 s. 21 f.

114. Se t.ex. *RÅ 1987 ref. 17*, som rörde plats i småbåtshamn. Kommunen ansågs här ha befogenhet att differentiera avgift med hänsyn till om båtplatsinnehavaren var kommunmedlem eller inte.

pen möjligheterna till individuella avtalslösningar eller särbehandlingar.¹¹⁵ När en kommun t.ex. anställer personal, gör upphandling, köper eller säljer fastigheter eller vidtar andra åtgärder för att sköta sin *förmögenhetsförvaltning* är den dock skyldig att se till vad som är bäst för effektiviteten och ekonomin i den egna organisationen.

Kommunen får enligt 2:7 KL driva näringsverksamhet, om verksamheten syftar till att tillhandahålla kommunmedlemmarna allmännyttiga anläggningar eller tjänster, men i likhet med annan verksamhet som kommunen bedriver skall detta göras till självkostnadspris, 8:3 c KL. Med andra ord får inte en kommun driva affärsföretag i vinstsyfte, även om ingenting anses hindra att verksamheten planeras med en viss osäkerhetsmarginal där följderna kan bli ett visst överskott.¹¹⁶ Kommunens möjligheter att bedriva verksamhet i egen regi, genom kommunala bolag eller genom olika typer av samverkan med enskilda gäller som regel för den kommunala verksamheten oberoende av om den är frivillig eller specialreglerad. Det är t.ex. vanligt att kommunerna driver el- och gasverk, va-anläggningar och bussbolag, då det är ett allmänintresse att sådan verksamhet bedrivs. Verksamheten kan i och för sig lika gärna bedrivas av enskild, men kommunen har ofta fördelar då det gäller att t.ex. dra vatten och elledningar, eftersom detta ofta måste göras i anslutning till kommunal gatumark. Om ett privatägt företag driver verksamhet som *tillgodoser ett allmänt intresse*, får kommunen genom lån, borgen eller på något annat sätt understödja verksamheten, om företaget uppfyller de villkor som kommunen ställer upp.

Stöd till enskilda näringsidkare får dock endast lämnas om det finns »synnerliga skäl» till detta, 2:8 andra stycket KL. Vad som skall anses utgöra synnerliga skäl anges i förarbetena vara beroende av samhällsutvecklingen,¹¹⁷ och inte som tidigare i huvudsak rådande eller befarad arbetslöshet.¹¹⁸ Exempel på godkänt stöd kan vara olika ekonomiska bidrag som ges för att motverka

115. Om s.k. barnomsorgspong ges under villkor att föräldrarna utnyttjar godkänd privat eller kommunal barnomsorg och om tillbörlig hänsyn tas till likställighetsprincipen är det inte uteslutet att systemet kan vara lagligt trots att särskilt författningsstöd inte finns. Lagligheten har ännu inte prövats rättsligt. En sådan barnomsorgspong kan enligt en kommentar till kommunallagen inte jämföras med kommunal vårdnadsersättning eftersom den är specialdestinerad och endast avsedd att öka föräldrarnas valfrihet när det gäller att »köpa» en barnomsorgsplats utanför det egna hemmet. Se *Paulsson m.fl.* 1997 s. 69.

116. Se även *Bohlin* 2000 s. 96–105.

117. Bedömningen kan alltså komma att variera beroende på om det råder hög- eller lågkonjunktur i landet. Se även *Riberdahl*, Kommunernas kompetens i fråga om näringslivet, 1994 s. 159.

118. Se prop. 1990/91:117 s. 153.

bortfall av enskild service i glesbygden, t.ex. livsmedel och bensin, eller för att trygga tillgången på hotellplatser i kommunen.¹¹⁹ Även reglerna om offentlig upphandling inskränker kommunens möjligheter till att utge ekonomiskt stöd.¹²⁰ Huvudregeln är alltså att kommunala subventioner till enskilda företag är otillåtna. Vid en bedömning måste man bl.a. dra en gräns mot statens roll vad gäller regionalpolitik, väga in konkurrensrättsliga aspekter och analysera förhållandet till EU:s regler.¹²¹

Självkostnadsprincipen utgör en begränsning med innebörd att en kommun inte får lägga ett avgiftsuttag på en nivå där en vinst uppstår. Den hänger nära samman med förbudet mot att driva s.k. spekulativa företag i 2:7 KL. Syftet är att förhindra att kommunerna utnyttjar den monopolsituation som de ofta befinner sig i när de bedriver näringsverksamhet. Principen anses dock inte vara tillämplig inom kommuns långivande eller fastighetsförvaltande verksamhet, men normerar all avgiftsbelagd kommunal verksamhet.¹²² Den sträcker sig längre än likställighetsprincipen eftersom den är normerande för all kommunal avgiftssättning och därför även gäller i förhållande till andra än enbart kommunmedlem. Den innebär dock *inte* att avgifterna *aldrig* får överstiga kostnaderna. Ett visst överuttag accepteras, så vida avgifterna inte till väsentlig eller påtaglig del överskrider den för verksamheten beräknade kostnaden. Inom vissa specialreglerade områden finns särskilda regler om självkostnaden som avgiftstak. Så är t.ex. fallet i 26 § lagen (1970:244) om allmänna vatten- och avloppsanläggningar, VAL, 11:5 tredje stycket PBL och 35 § SoL.¹²³

Enligt 8:2 KL skall kommunens medel och egendom förvaltas på ett sätt som medför god avkastning. Självkostnadsprincipen är därför inte tillämplig när kommunen genom avtal överlåter eller upplåter t.ex. fast egendom. Kommunal produktion av och handel med el är inte underkastad självkostnadsprincipen om verksamheten bedrivs i privaträttslig form. Av 7 kap. 2 § ellagen (1997:857) framgår att verksamhet som bedrivs av kommunalt elföretag skall drivas på affärsmässig grund. Den kommunala affärsverksamheten riktar sig först och främst till kommunmedlemmarna och marknaden är därför i

119. Se prop. 1990/91:117 s. 116 f. och den praxisgenomgång som görs i *Warnling-Nerep* 1995 s. 219–225.

120. Se *Lindquist & Losman* 1998 s. 25 f.

121. Se även Riberdahl 1994 s. 153 ff. och Strömberg 1995 s. 32 f.

122. Se Ds 1993:16 s. 14.

123. För en närmare genomgång av självkostnadsprincipen, se *Warnling-Nerep* 1995 s. 212–216 och *Bramstäng*, En lagfäst, modifierad självkostnadsprincip inom kommunalrätten? Några anteckningar på grundval av ett betänkande, 1994 s. 61–82.

regel, bl.a. som ett utslag av lokaliseringsprincipen, begränsad till den egna kommungränsen.

En kommun får enligt 2:3 KL inte fatta beslut till nackdel för kommunmedlemmarna med tillbakaverkande kraft, om det inte föreligger synnerliga skäl för detta.¹²⁴ *Retroaktivitetsförbudet* har främst aktualiserats i fråga om taxebeslut och rätten att ta ut avgifter. En avgift får inte tas ut för tid innan det datum då beslut om den fattats. På liknande sätt har inte kommunen ansetts ha rätt att riva upp ett fattat beslut och avslå bidragsansökan, när bidrag redan beviljats.¹²⁵ *Retroaktivitetsförbudet* torde omfatta såväl offentligrättsliga som privaträttsliga förhållanden.

3.2.3 Kommunal outsourcing¹²⁶

Enligt 11:6 tredje stycket RF kan offentlig förvaltningsuppgift överlämnas till enskild.¹²⁷ Om uppgiften innefattar myndighetsutövning måste överlämnandet ha lagstöd. Bestämmelsen anger dock inte något om hur överlämnandet skall ske. För att förvaltningsuppgiften skall kunna överlämnas krävs även att det allmänna inte enligt lag etc. är tvungen att utföra den själv. *Marcusson* ger följande definition av begreppet offentlig förvaltningsuppgift.¹²⁸

- a) Uppgiften skall *kunna utföras* av myndighet. Såvida en verksamhet som det allmänna tidigare drivit inte framstår som rent privaträttslig, är presumptionen att verksamheten är offentlig även om den handhas av enskild.
- b) Det allmänna utövar någon form av *styrning och kontroll* av verksamheten.
- c) Det allmänna *bidrar till finansieringen* av verksamheten.
- d) Uppgiften innebär någon form av *påverkan på medborgarna*.

Kommunerna anses enligt den allmänna kompetensregeln ha rätt att använda sig av privaträttsliga subjekt för bedrivande av sin verksamhet. I 3:16 KL föreskrivs att kommuner *efter* beslut av *fullmäktige* får lämna över vården av kommunal angelägenhet, för vars handhavande inte särskild ordning föreskrivs, till enskild, t.ex. genom avtal om entreprenaddrift. Överlämnanden

124. Undantaget skall dock tillämpas restriktivt, se prop. 1990/91:117 s. 150.

125. Se *Bohlin* 1984 kapitel IX och *Bohlin* 2000 s. 113–116. Se även prop. 1990/91:117 s. 150 och *Paulsson m.fl.* 1997 s. 67 f.

126. Med kommunal outsourcing avses driftentreprenader (d.v.s. »ren» outsourcing), bolagisering och privatisering.

127. Framställningen bygger huvudsakligen på *Marcusson* 1989 avsnitt 6.5 och *Marcusson* 1992.

128. Se *Marcusson* 1996 s. 67.

enligt 3:16 KL får anses tillåtna i den utsträckning 11:6 tredje stycket RF och de kommunalrättsliga principerna medger. En angelägenhet som innefattar myndighetsutövning får således inte utan uttryckligt lagstöd överlämnas vare sig till statligt organ, annan kommun eller enskilt företag.¹²⁹ Uttryckliga möjligheter att överlämna driften av offentlig verksamhet föreligger även enligt SoL, hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, och tandvårdslagen (1985:125).¹³⁰

När driften av verksamhet som kommunen vanligtvis driver överläts på enskild, uppstår frågan om befogenheten att överlåta denna. Kompetensfrågan kan aktualiseras på tre olika sätt. För det första vid *upphandling*. För det andra om en kommun vill *samarbeta* med enskilda eller offentligrättsliga subjekt i en verksamhet eller *stödja dessa ekonomiskt*. För det tredje om kommunen för att försöka öka effektiviteten överför egen verksamhet på *kommunala bolag*. I det första fallet bedrivs själva verksamheten fortfarande i kommunal ordning med kommunen som huvudman och några problem uppstår därför inte. I de två sistnämnda fallen anses anlitaandet av andra i princip vara tillåtet vid frivilliga förvaltningsuppgifter men otillåtet vid obligatoriska uppgifter eller om överlämnandet innebär myndighetsutövning. Från huvudregeln finns emellertid flera undantag. Om t.ex. en kommun lämnar bidrag till enskild för att denne skall tillgodose någon form av kommunalt behov avstår kommunen från att själv lösa detta »i kommunal ordning». Den understödda verksamheten blir i dessa fall att betrakta som *enskild* eftersom kommunen, vid t.ex. enskild förskoleverksamhet, inte är huvudman.¹³¹

Utöver sina åligganden har kommunerna sedan länge ansetts ha rätt att driva affärsverksamhet om detta haft till syfte att främja det s.k. allmänintresset enligt 2:1 KL. Kommunen har därför ansetts ha rätt att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar och tjänster till kommunmedlemmarna. Inom de ramar som ovan redovisats har kommunen frihet att välja mellan att driva verksamhet genom nämndförvaltning och att bedriva den i privaträttslig form. Under lagstiftningsarbetet underströks att kommunal verksamhet i

129. Se *Marcusson* 1992 s. 142.

130. Se prop. 1992/93:43 bl.a. s. 8 ff. och s. 20 ff.

131. Se även *Kaijer & Riberdahl* 1983 s. 97. Att ett överlåtande av en verksamhet skall kunna göras förutsätter att kommunen vid överlåtelsetilfället driver verksamheten i egen regi. 3:16 KL aktualiseras därför inte i de fall kommunen från början själv aldrig bedrivit verksamheten utan endast utgett bidrag till – eller ingått avtal med – enskild som bedrivit verksamhet som tillgodosett ett kommunalt behov. Stöd måste då sökas i den kommunala kompetensen.

största möjliga utsträckning borde bedrivas i nämndform.¹³² Under senare år har dock en allt större del av den kommunala verksamheten »privatiserats». Antingen har detta skett genom bidragsgivning, bildande av kommunala bolag eller stiftelser och entreprenader eller så har verksamheten helt och hållet överlämnats till ett subjekt utanför kommunens regi. Det kan dessutom vara fråga om att överlåta olika typer av funktioner; man får här skilja mellan privatisering av huvudmannaskap, finansiering och drift.¹³³ Reglerna i 2 kap. KL gäller dock för all kommunal verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller företagsform. Den kommunala verksamheten kan delas in på följande sätt när det gäller drift och finansiering.¹³⁴

- a) Offentlig drift men privat finansiering, t.ex. energiverk och va-anläggning.
- b) Offentlig drift och offentlig finansiering, t.ex. resultatenhet-balansräkningsenhet, beställare-utförare och självförvaltningsorgan.
- c) Privat drift men offentlig finansiering. Här återfinns kommunala företag, kommunala driftentreprenader, kundvalssystem med enskild utförare samt köp av enstaka tjänster. Det kommunala huvudmannaskapet bibehålls i regel, men kan även i vissa situationer, vid t.ex. bidragsfinansierad enskild verksamhet, ligga hos enskild.¹³⁵
- d) Privat drift och privat finansiering, s.k. egentlig privatisering. Huvudmannaskapet har övergått till enskild.¹³⁶

Kommunal driftentreprenad är den vanligaste kategorin. En extern producent anlitas för att självständigt och över en längre tid, utföra en eller flera tjänster inom en viss sammanhållen kommunal verksamhet. Kommunen bör i dessa fall genom avtalsvillkor skapa garantier för att entreprenören respekterar de regler som gäller inom den offentliga förvaltningen och som kan aktualiseras vid fullgörandet av uppgiften. Vidare anses avtalen bära innehålla de kvantitativa mål och riktlinjer som gäller för den aktuella verksamheten samt klausul om rätt för kommunen att följa och inspektera verksamheten.¹³⁷ Entrepre-

132. Se bet 1990/91:KU38 s. 44. Se även *Losman & Löfving*, Kommunala driftsformer förändring utveckling avveckling, 1992 s. 18.

133. Se *Marcusson* 1992 s. 137.

134. Se *Hallgren m.fl.* 1997 s. 25. Jfr även *Söderlind & Petersson*, Svensk förvaltningspolitik, 1988 s. 129 f. samt SOU 1991:26 s. 9–13 och Ds 1992:7 s. 13 f. och s. 129–144.

135. T ex enskilda förskolor där kommunen endast lämnar bidrag till driften. Se *Hallgren m.fl.* 1997 s. 112.

136. Här kan även förekomma verksamheter som kan hamna under c. Skillnaden beror på om driftsbidrag utgår från kommunen eller om verksamheten är helt privatfinansierad. Vad t.ex. gäller enskilda förskolor är de ofta helt beroende av att kommunala driftsbidrag utgår.

137. Se 3:19 och 6:7 3 st. KL och prop. 1993/94:188 s. 39 ff. och s. 94.

nader skall alltid upphandlas enligt reglerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU.¹³⁸ Överlämnande på entreprenad får inte göras avseende kommunal angelägenhet som enligt föreskrift skall handhas i särskild ordning.

Entreprenaduppdrag som rör *begränsade stödfunktioner* till kommunal verksamhet anses normalt vara tillåtet utan särskilt lagstöd. Sådana rena driftverksamheter utgörs t.ex. av skötseln av matlagning i skolorna, städning och reparationer av lokaler eller utförande av tvätt, lokalhållning, kontorsservice m.m. Den här typen av verksamhet påverkar endast indirekt relationen mellan kommunen och dess medlemmar, och kommunen har i egenskap av huvudman – i förhållande till skoleleverna, klienterna eller brukarna – kvar det överordnade ansvaret.¹³⁹

Bidragfinansierad enskild verksamhet innebär att kommunen stödjer viss verksamhet som uppfyller de villkor som kommunen ställer, utan att kommunen själv är huvudman eller har något ansvar för vare sig drift eller finansiering. Huvudmannaskapet vilar i stället på den enskilde som driver verksamheten. Inom det specialreglerade området har kommunen t.ex. möjlighet att utge bidrag till enskild förskoleverksamhet. De närmare villkoren för detta regleras oftast i avtal. Kommunerna lämnar även i stor utsträckning bidrag till enskilda organisationer med verksamhet inom specialreglerade områden utan någon skyldighet till detta föreligger enligt lag.¹⁴⁰

Gränsen mellan bidragsgivning och entreprenadavtal kan i vissa fall vara svår att dra. Skulle bidraget till huvudsaklig del i realiteten avse ersättning för fullgörandet av uppgifter för kommunens räkning blir verksamheten att betrakta som en entreprenad driven kommunal verksamhet där upphandling enligt LOU skall göras. Sådana fall kan vara när förening »övertar» driften av viss verksamhet, t.ex. simhall eller fritidsgård, och verksamheten till *överbärande del* är till för andra än föreningens medlemmar.¹⁴¹

Enskild utförare kan även anlitas inom ramen för ett *kundvals*system som en alternativ driftsform. Inom några kommuner görs nu försök med kundvalsmodeller inom bl.a. äldreomsorgen. Syftet är att kunden skall ha valfrihet att välja mellan de olika producenter av service som kan finnas på marknaden. Rent praktiskt går det till så att kunden utrustas med en legitimation och ett

138. Se även Hallgren m.fl. 1997 s. 17 f. och SOU 1993:90 s. 205 f.

139. Se Marcusson 1992 s. 139. Samma slutsats har dragits i SOU 1991:26 s. 165, där även trädgårdsskötsel nämns som exempel.

140. Se Hallgren m.fl. 1997 s. 19.

141. Se Hallgren m.fl. 1997 s. 34 f.

antal kuponger som ger denne rätt till viss service. Även den här typen av tjänster omfattas av LOU.¹⁴²

Köp av platser på enskild institution är ytterligare en alternativ driftsform. Det rör sig oftast om upphandling av enstaka platser vid ett behandlingshem, vilket t.ex. är vanligt inom socialtjänsten. Det är alltså inte fråga om entreprenad, utan endast köp av enstaka tjänster för tillgodose enskildas behov av viss behandling eller annan insats.¹⁴³

Bolagsbildning innebär alla de fall där kommunen medverkar i eller skapar ett eget privaträttsligt subjekt. Huvudmannaskapet kan här ha övergått till bolaget som kan svara för såväl produktion, reglering som finansiering. Vissa begränsningar finns dock i 3:16–19 KL, vilka innebär att kommunen i praktiken har det övergripande ansvaret för verksamheten.¹⁴⁴ Kommunen får heller inte överlämna verksamhet som inte ligger inom ramen för den kommunala befogenheten till ett kommunalt bolag.¹⁴⁵ Om kommunen önskar köpa en tjänst eller motsvarande från det kommunala bolaget skall upphandling vanligtvis göras enligt LOU. Upphandling behöver dock inte göras om bolaget är helägt och *endast* utför verksamhet för ägarens räkning.

142. Se *Hallgren m.fl.* 1997 s. 22 f. och Ds 1994:50 s. 25 ff. Jfr SOU 1994:139 s. 532, där det påpekas att något entreprenadförhållande i dessa fall inte föreligger mellan kommunen och den privata vårdgivaren.

143. Se *Hallgren m.fl.* 1997 s. 24 och SOU 1994:139 s. 532 f.

144. Att kommunal verksamhet överlämnas till ett bolag medför att flera kommunalrättsliga regler ersätts av privaträttsliga. Det går t.ex. inte att överklaga bolagets beslut. För bolag, föreningar och stiftelser gäller dock offentlighetsprincipen, enligt 3:16 3 st. KL och 1:9 1 st. SekrL, om kommunen anses utöva »ett bestämmande inflytande» över verksamheten, d.v.s. om kommunen äger aktier eller på annat sätt förfogar över röstmajoriteten. Sådan verksamhet står även under JO:s tillsyn såvitt avser tillämpningen av offentlighetsprincipen. Se prop. 1993/94:48 s. 16–23. Se även bet. 1997/98:KU13 s. 7 f. Privatägda företag omfattas dock inte eftersom intresset för att sluta entreprenadavtal skulle tänkas komma att minska genom en sådan reglering. Se prop. 1993/94:188 s. 41 ff. Jfr även SOU 1996:169 s. 84. Enligt *RÅ 1998 ref. 11* ansågs handlingar från ett tidigare enskilt ägt bolag, vilket efter det att bolaget övertagits av kommunen förvarades hos ett annat kommunalt bolag, vara allmänna. Det saknade härvid betydelse att handlingarna tillkommit innan kommunen fick ett rättsligt bestämmande inflytande över bolagen. SekrL:s bestämmelser ansågs gälla från det datum då kommunen fick ett rättsligt inflytande över bolaget.

145. Se även *Losman & Löfving* 1992 s. 18 f. vilka framhåller att – utöver sådan verksamhet som anses vara kompetensvidrig – även beslut om bolagsbildningar där bolagets ändamål givits för vidlyftig eller oprecis utformning kan undanröjas efter överklagande. Det är vidare inte bara fullmäktiges beslut om bolagsbildandet som kan överklagas. Även beslut om tillskott till bolaget eller senare beslut om kommunal borgen kan efter överklagande undanröjas som kompetensöverskridande.

Egentlig privatisering eller *avkommunalisering* föreligger när en verksamhet i sin helhet överlämnats till den privata sektorn, utan vare sig styrning eller bidragsgivning.¹⁴⁶ Önskar kommunen göra ett köp från den privatiserade verksamheten måste upphandling göras.

När det gäller kommunen *ålagd myndighetsutövning* finns alltså ingen möjlighet till outsourcing utan lagstöd. Även vad gäller utförandet av utredningar och inspektioner som skall ligga till grund för ett beslut har möjligheterna till privatisering ansetts vara begränsade eftersom dessa ingår som ett led i myndighetsutövningen.¹⁴⁷ Definierade och avgränsade utredningsuppdrag i konkreta ärenden kan dock överlämnas till konsultföretag etc.

De fall där kommunen har ett obligatoriskt huvudmannaskap, *s.k. ålagt ansvar*, påminner starkt om vad som gäller för överlämnande av myndighetsutövning enligt 11:6 tredje stycket RF.¹⁴⁸ Enligt KL kan outsourcing endast ske om den kommunala angelägenheten inte skall ombesörjas i särskild ordning. Lagstöd krävs alltså såvida det inte rör sig om rena stödfunktioner. När det gäller *huvudmannaskapet över den kommunala förvaltningen* följer av reglerna i KL att det åligger kommunens egna organ att utföra de olika uppgifterna. Även här begränsas möjligheterna till outsourcing till rena stödfunktioner.

På *det förväntade ansvarsområdet* kan man tänka sig alla typer av outsourcing. Beslut om t.ex. tilldelning av plats i förskola och avgifter för detta måste fattas av kommunen, men eftersom någon särskild form för själva genomförandet av verksamheten inte föreskrivits, kan den överlätas genom entreprenad eller bedrivs genom bidrag till privata institutioner. Kommunen kvarstår dock vid entreprenader som huvudman för verksamheten och ansvarar för att de lokala behoven tillgodoses. *Frivillig verksamhet* anses fritt kunna överlämnas till enskilda. Även här gäller dock att frivilliga verksamheter som *av kommunen själv* reglerats med detaljerade föreskrifter bara kan överlätas »under förutsättning att särskilda villkor och möjligheter till kon-

146. Se *Marcusson* 1992 s. 138 f. Förutsättningar för detta kan t.ex. ha skett genom lagstiftning. Man kan tänka sig fallet att riksdagen beslutar att det allmänna inte längre skall ha någon skyldighet att tillhandahålla tandvård, om det vid en överetablering av tandläkare befanns att de privata tandläkarna skulle täcka de befintliga tandvårdsbehoven.

147. Se närmare *Marcusson* 1992 s. 146 f.

148. Se prop. 1992/93:43 s. 6 f.

troll förbehållits kommunen». ¹⁴⁹ Olika kommunala principer bör därför även fortsättningsvis beaktas.

3.3 Offentligt tillhandahållen service – lagstadgad skyldighet med civilrättsliga inslag

Kommunen är enligt 2 a kap. 6 § samt 7 § 1 och andra SkoL skyldig att tillhandahålla barnomsorg. Skyldigheten konstituerar dock inte någon för kommunmedlemmarna utkrävbar rättighet, *RÅ 1996 ref. 89*. ¹⁵⁰ Frågan om *tilldelning av barnomsorgsplats* har inte ansetts kunna prövas i allmän domstol, eftersom det rör en offentlighetsrättsligt reglerad skyldighet, vilken innebär offentlig förvaltning med karaktär av myndighetsutövning, som därför ankommer på förvaltningsmyndighet, *NJA 1983 s. 680*. Samtidigt har den omständigheten att avgift erlagts ansetts grunda civilrättsliga förpliktelser. Fordran på barnomsorgsavgift har således ansetts utgöra konsumentfordran, *RH 1995:6*, och fråga om avstängning på grund av underlåtenhet att erlägga avgift enligt fastställd taxa har ansetts vara en civilrättslig åtgärd, eftersom tillgång till daghemsplats utgör en kommunal service som är *avhängig* av att avgift enligt gällande taxa erlagts för platsen, *RÅ 1982 2:62*. I ett aktuellt fall har HD prövat frågan om återbetalning av barnomsorgsavgift till följd av brister vid tillhandahållen kommunal service kan väckas i allmän domstol.

Bakgrunden till det principiellt viktiga s.k. dagismålet ¹⁵¹ – *NJA 1998 s. 656 (I)* – är att en vårdnadshavare, W, väckte talan mot Stockholms kommun och yrkade att kommunen skulle återbetala de barnomsorgsavgifter som hon betalat för hen-

149. Se *Marcusson 1992 s. 151 f.* och *Riberdahl, Privatisering, entreprenad eller kommunal drift – juridiska aspekter, 1985 s. 152*. Av 3:19 KL framgår att kommunen skall tillförsäkra sig möjligheter att kontrollera och följa upp vården av kommunal angelägenhet som överlämnats till någon annan än ett helägt kommunalt företag. Se prop. 1993/94:188. Än längre leder ett nytt förslag om offentlighetsprincipens tillämpning hos privata entreprenörer, där det föreslås att vården av kommunal angelägenhet endast får överlämnas om den medborgerliga rätten till insyn tillgodoses. Handlingar som förekommer hos entreprenörerna skall enligt förslaget behandlas som om de vore allmänna. Se SOU 1996:67 s. 67 f. och s. 71–76. Även vid privat verksamhet med enskild huvudman föreslås allmänhetens rätt till insyn behandlas på samma sätt som vad som föreslås gälla vid entreprenader. Se a. a. s. 93 f. och s. 104 f.

150. Se även *Warnling-Nerep, Är »rätten» till barnomsorg (14 a och b §§ SoL) en allmän skyldighet för kommunen eller en individuell och utkrävbar rättighet för den enskilde?*, 1996 s. 83–85.

151. Se närmare *Madell, Kan brister vid anordnande av barnomsorgsplats utgöra grund för fordran som kan prövas av allmän domstol?* *NJA 1998 s. 656 (I)*, 1999 s. 51–57.

nes barns vistelse på ett av kommunens daghem under åren 1987 till 1992. W hävdade att det förelåg ett civilrättsligt avtal mellan henne och kommunen, där kommunen mot ett bestämt vederlag åtagit sig att ansvara för hennes barn under överenskomna tider.

HD ansåg att frågan i målet är om rättsförhållandet mellan parterna rymmer delar som har sådana privaträttsliga inslag att det kan anses föreligga ett ömsesidigt förpliktande avtal. Som en allmän utgångspunkt fann HD, att när föräldrar accepterar ett erbjudande av kommunen om barnomsorgsplats uppkommer en skyldighet för föräldrarna att betala avgift enligt gällande taxa mot det att kommunen tillhandahåller barnomsorgsplatsen. Vid utebliven betalning kan kommunen besluta att avstänga barnet från barnomsorgsplatsen. En sådan åtgärd ansågs med hänvisning till *RA 1982 2:62*, vara att se som en civilrättslig åtgärd. HD fann därför att »när en barnomsorgsplats väl tas i anspråk uppkommer ett ömsesidigt förpliktande avtalsförhållande mellan parterna.»

I det aktuella målet hade barnomsorgsplatserna i och för sig tillhandahållits, men som grund för talan om återbetalning gjordes gällande att kommunen åsidosatt sina skyldigheter i rättsförhållandet mellan parterna bl.a. genom att äventyra barnens hälsa på grund av förekomst av mögel i lokalen. HD konstaterade att det här förelåg offentligrättsliga inslag till följd av den kommunala skyldigheten att tillhandahålla barnomsorg, och att övervakningen av kvalitetsnivån skall ske genom den statliga tillsynsverksamheten. HD fann dock att rättsförhållandet mellan parterna även i denna del fick »anses ha så pass starka privaträttsliga inslag att det föreligger ett ömsesidigt förpliktande avtal.» Allmän domstol kunde därmed anses vara behörig att pröva W:s talan.

Till följd av att frågan kom att avgöras genom en mellandom gäller HD:s dom *enbart* rätten att i den här typen av frågor *föra talan vid allmän domstol*. Domen är dock i sig mycket viktig och innebär något helt nytt genom att den öppnar för möjligheterna att väcka talan i allmän domstol vid offentligt tillhandahållen service. Således skulle varje person som nyttjar en kommunal service för vilken avgift utgår kunna väcka talan vid allmän domstol så snart denne blir missnöjd med den prestation som tillhandahålls, vilket kan få en mängd konsekvenser för offentligt tillhandahållen verksamhet.

Även om avgiften utgår enligt taxa kan frågor avseende erläggande av denna uppstå om t.ex. tjänsten endast utnyttjas i viss utsträckning eller om prestationen inte anses motsvara erlagd avgift. Situationen innehåller förvisso även *en mängd civilrättsliga inslag*, och ju större andel av den faktiska kostnaden för en tjänst som brukaren betalar, desto större blir likheten med ett privaträttsligt förhållande.

Det är dock så, att det vid barnomsorg rör sig om en avgift för tillhandahållen service, och inte om något avtalsrättsligt vederlag för densamma, där

kommunen beslutar om avgiftsuttagen för verksamheten. Sådana avgifter skall utgå enligt de grunder som fullmäktige beslutar, 2 a kap. 10 § Skoll. Saknas beslut om avgiftsfinansiering, kan inte något avgiftsuttag göras genom ett avtal mellan berörd kommunal myndighet och brukare. När fullmäktige fattat ett sådant beslut krävs därefter att den enskilde ikläder sig betalningsskyldighet genom att vilja ta den aktuella tjänsten i anspråk. Något utrymme för att uppställa villkor om särregleringar vad gäller avgiften finns därför inte. I ett i fallet avgivet rättsutlåtande konstaterar *Riberdahl*, att barnomsorgsavgifter är underkastade dels de begränsningar som gäller för fastställande av taxa, dels de allmänna begränsningar i kommunernas avgiftsrätt som följer av KL. Betalningsskyldigheten kan därför enligt hans mening på avtalsrättslig grund lika lite jämkas som bestämmelser i barnomsorgstaxan kan avtalas bort. Ett avtal kan i dessa fall alltså inte binda kommunernas rätt att ändra den norm som ligger till grund för avgiften.

Ur en civilrättsligt synvinkel kan det dock te sig långsökt, att en avgift inte skulle kunna jämkas om den prestation för vilken avgiften utgår inte kan utnyttjas. Rör det sig om en subventionerad verksamhet torde dock utrymmet för en jämkning minska, eftersom den avgift som erläggs inte nödvändigtvis behöver vara oskäligen i förhållande till kostnaden för den motprestation som kommunen faktiskt tillhandahåller. När det gäller avgifter för barnomsorg motsvarar vederlaget inte kostnaderna, eftersom det vanligtvis rör sig om en starkt subventionerad prestation. En skevhet kan därmed uppstå vad gäller krav på återbetalning av den erlagda avgiften om den endast motsvarar en mindre del av den faktiska kostnaden. Det enklaste vore därför att reglera eventuella kompensationer till följd av att en kommunal service inte utnyttjas fullt ut genom fastställda normer för reducering av avgift. Ur kommunalrättslig synvinkel har en kommun rätt att ta ut olika avgifter för i stort sett likvärdiga prestationer. Det är t.ex. tillåtet med högre timtaxa för dem som nyttjar daghem på deltid än de som utnyttjar det på heltid eftersom kostnaderna i stort sett är desamma.¹⁵² Om fullmäktige på motsvarande sätt fastställer erforderliga kriterier för när en avgift skall reduceras och med vilket belopp detta skall göras torde risken för civilrättsligt grundade vederlag minska.

När frågan återupptogs i TR yrkade W att staden skulle förpliktas att till henne återbetala de under den aktuella perioden erlagda barnomsorgsavgifterna. Staden bestred yrkandena och anförde till grund för detta att staden fullgjort de åtaganden som har åvilat den, att reklamation inte skett i rätt tid och att någon nedsättning av vederlaget inte skulle ske eftersom det vederlag som W erlagt utgör skäligen

152. Se även *Regeringsrättens dom 2000-06-15 (Mål nr 7680-1007)*.

sättning för den barnomsorg staden tillhandahållit under den aktuella tiden. TR konstaterar att avtalet mellan parterna i enlighet med analogier till konsument- och hyreslagstiftning innebär att staden måste anses ha en allmän omsorgsplikt vid utförande av tjänsten. Eftersom detta bl.a. innebär att lokal där verksamheten bedrivs skall uppfylla kraven på godtagbar standard uppkom frågan om det fanns ett samband mellan lokalens skick och barnens hälsoproblem. Även om det inte befunns föreligga något vetenskapligt bevisat samband mellan hälsoproblemen och inomhusmiljön fann TR att det av den samlade utredningen i målet var sannolikt att barnens hälsoproblem orsakats av inomhusmiljön på daghemmet och att det således förelåg ett *orsakssamband mellan lokalens skick och barnens hälsoproblem*. Frågan om staden kunde anses ha åsidosatt sin skyldighet i avtalsförhållandet mellan parterna genom att inte hålla lokalen i godtagbart skick besvarades nekande då staden enligt TR:s mening fick anses ha uppfyllt sitt åtagande att försöka avhjälpa felet inom skälig tid. Slutligen fann TR att staden inte kunde anses ha åsidosatt sin skyldighet i avtalsförhållandet mellan parterna genom att sådan information som varit erforderlig för föräldrarna för att dessa själva skulle kunna ta ställning till lämpligheten att låta barnen vistas på daghemmet inte undanhållits föräldrarna. TR ogillade därför W:s käromål.¹⁵³

I ett liknande fall i ARN blev dock utgången den motsatta. En vårdnadshavare, M, yrkade avgiftsbefrielse från daghemsavgift eftersom hennes barn trots erlagt avgift inte fått vistas på daghemmet. Bakgrunden var att barnet vid vistelse på daghemmet hade skadat sig i foten och även om läkare ansåg att hon kunde vistas där ville inte daghemmet ta emot barnet. Orsaken var att personalen inte hade tillräckliga resurser att tillgodose barnets särskilda behov. Enligt kommunens avgiftstaxa påverkades inte avgiften av barnets kortare sjukdomsperioder. Vid obruten frånvaro inträdde avgiftsbefrielse först fr.o.m. 22:a sjukdagen, vilket M ansåg vara oskäligt. Nämnden fann det vara oskäligt att avgift skulle erläggas trots att barnet inte fick vistas på daghemmet och biföll därför yrkandet.¹⁵⁴

153. Se *Stockholms tingsrätts dom 1999-12-09 (Mål nr T 9-611-93)*. Målet har överklagats till Svea hovrätt (Mål nr T-473-00). Jfr även *Karlstads tingsrätts dom 1999-11-05 (Mål nr T 1722-97)*, där skadestånd utgick till följd av att en kommun inte uppfyllt sina åligganden att ingripa vid mobbning. Vidtagande av felaktiga åtgärder eller underlåtenhet att agera mot mobbning ansågs vid försumlighet falla in under 3:2 SkL. Målet har överklagats.

154. Se *ARN beslut 1999-08-09 (Ånr 1999-2024)*. Jfr dock *ARN 1999 Ref: 46* och *ARN beslut 1999-06-24 (Ånr 1998-5105)*, där yrkande från resenärer som köpt periodkort av SL om ekonomisk kompensation för bl.a. trängsel, förseningar och indragna turer i tunnelbanetrafiiken avslogs eftersom den tillhandahållna tjänsten inte kunde anses vara felaktig. Även i *ARN beslut 1999-02-08 (Ånr 1998-4264)* som rörde fråga om återbetalning av sophämningsavgift för ARN ett civilrättsligt resonemang med hänvisning till konsumentlagstiftningens regler om reklamation.

3.4 Förhållandet mellan entreprenör och vårdtagare

En särskild fråga är om ett överlämnande av förvaltningsuppgift kan ge upphov till en avtalsrättslig relation mellan vårdgivare och vårdtagare. Utgångspunkten är att kommunen vid outsourcing *alltid* kvarstår som huvudman i förhållande till servicetagare och att de anspråk som kan uppkomma mellan parterna därför blir en fråga mellan kommunen och servicetagaren. I ett hovrättsfall har dock relationen mellan vårdtagare och privat vårdgivare i ett visst fall ansetts ge upphov till civilrättsliga förpliktelser trots att kommunen anvisat platserna vid vårdhemmet.¹⁵⁵

Två äldre damer hade av den kommunala sjukvårdsinrättningen *anvisats* vårdplatser vid ett privat sjukhem. Av *avtalet* mellan kommunen och vårdhemmet, av den 16 december 1982, framgick bl.a. att lediga platser skulle beläggas med personer som anvisats av vårdcentralen, att *avgifter skulle uttas enligt samma regler som gällde vid kommunen*, att inköp skulle samordnas med inköp för motsvarande verksamhet inom sjukvårdsförvaltningen och att frågor rörande avtals- och lönebestämmelser, i den mån de inte avgjordes av personalnämnden, skulle handläggas i samråd med sjukvårdsstyrelsen.

Då kvinnorna meddelades långvårdsplatserna riktades fråga till deras gode man om han godkände placeringarna. Denne lämnade godkännande i tron att sjukhemmet var en kommunal inrättning och att det rörde sig om en internkommunal omplacering. Han fick först senare vetskap om att det rörde sig om ett privat sjukhem. Den uppkomna tvisten rörde fråga om avgiftsdebitering. Den gode mannen hävdade som företrädare för dödsbona – efter det att kvinnorna avlidit – att det privata sjukhemmet saknade rättsgrund för att utkräva *s.k. differentierade vårdavgifter* och att kraven därför var att anse som nulliteter, då dessa utgjorde myndighetsutövning. För att överlämna myndighetsutövning till enskilda krävs lagstöd, vilket saknades i detta fall.

Sjukhemmet gjorde å sin sida gällande att kvinnorna ingått avtal med sjukhemmet om vård på detta. Betalningsskyldighet skulle därmed ha uppkommit för den vård de erhållit. Avtal skulle ha uppkommit muntligen genom samtycket till den anvisade vårdplatsen och i vart fall genom ett realhandlande, då de senare accepterat den faktiska vårdsituationen och »konkludent konsumerat» vård vid sjukhemmet. Det hade därför ålegat dem att, sedan de erhållit vetskap om att det rörde sig om en privat vårdinrättning, säga upp sin plats vid sjukhemmet om de inte accepterade detta.

Tingsrätten ogillade dödsbonas talan, då den fann att sjukhemmet var en privaträttslig stiftelse. Såsom privaträttsligt subjekt gäller därför att stiftelsen har rätt att få ersättning för sina tjänster. Att stiftelsen uppbar bidrag från kommunen an-

155. Se Hovrättens för Västra Sverige dom 1990-04-24, DT 19 (Mål nr T 436/87).

sågs inte innebära att rätten till ersättning övergått på kommunen. Något *uttryckligt avtal* om att vården, genom omplaceringen, övergått från kommunal till privat vård ansågs förvisso *inte* ha träffats. Eftersom kvinnorna, efter att ha fått vetskap om det privaträttsliga förhållandet, fortsatte att motta vård ansågs emellertid sjukhemmet ha getts befogad anledning att utgå från att kvinnorna accepterat stiftelsen som avtalspart. TR fann därför att kvinnorna blivit bundna av avtal med stiftelsen *från och med den dag* de togs in på sjukhemmet och att de därmed ådragit sig betalningsskyldighet för hela den tid de åtnjöt vård vid sjukhemmet. Viss vikt lades även vid att sjukhemmets patienter bereds samma vård och erlägger samma avgifter för denna som på motsvarande kommunalt sjukhem. Dödsbona förpliktades därför att till sjukhemmet utge angivna vårdkostnader, vilkas oskälighet aldrig ifrågasattes.

HovR fastställde tingsrättens domslut. Stiftelsens anknytning till den kommunala sjukvården ansågs inte innebära att dess verksamhet utgjorde myndighetsutövning. Sjukhemmet ansågs därför vara oförhindrat att träffa avtal om vård samt uppbära ersättning för denna. Eftersom någon *begäran om överflyttning* till kommunalt sjukhem *inte gjorts* när förmyndaren *erhållit vetskap* om att stiftelsen var en privaträttslig institution, trots att möjlighet till detta givits, fick kvinnorna anses ha blivit bundna av avtal med stiftelsen från den dag då de togs in på sjukhemmet. Dödsbona ansökte om revision. HD fann dock inte skäl att meddela prövnings-tillstånd.

Bramstång har kritiserat fallet och anser att det rör sig om ett överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt som, enligt honom tveklöst, måste anses innefatta myndighetsutövning.¹⁵⁶ Som stöd för sin uppfattning anger han dels att *befattningshavare* vid kommunalt sjukhus anvisade långvårdsplatser vid ett privat sjukhem, dels att det privata sjukhemmet för att komma i åtnjutande av kommunalt driftsbidrag skulle utta avgifter enligt de regler som gällde vid kommunens egna sjukhem. Något lagstöd för ett överlämnande av myndighetsutövning saknas emellertid i HSL och frågan om uppgifter inom s.k. faktisk hälso- och sjukvård lagligen kan överlätas skulle därför bli beroende av tolkningen av begreppet myndighetsutövning i 11:6 tredje stycket RF. Han finner därför att det offentlighetsrättsliga vård- och kostnadsansvar som åvilar sjukvårdshuvudman i förhållande till kommunmedlem eller vårdtagare *aldrig* kan överlätas till privat vårdgivare.¹⁵⁷ Sjukvårdshuvudmannens övergripande ansvar måste därför i avtalet särhållas från det rent medicinska ansvaret. På samma sätt kan inte heller rätten att besluta om och utkräva vårdav-

156. Se *Bramstång*, Förvaltningsrättens begreppsbildning och grundläggande principer i konkret belysning, 1993 s. 15–31.

157. Se *Bramstång* 1993 s. 22 f.

gifter bli föremål för överlämnande, eftersom sjukvårdsavgifter till sin karaktär typiskt sett är offentligrättsliga.¹⁵⁸

Eftersom *Bramstång* ser fallet som ett överlämnande av förvaltningsuppgift, där vården med enskilds samtycke överförs till privat verksamhet, ställer han även frågan vem som egentligen är den avtalsslutande parten i förhållande till den privata vårdgivaren; den kommunala sjukvårdshuvudmannen eller vårdtagaren? Han finner att även om förhållandet mellan huvudman och vårdtagare präglas såväl av offentligrättsliga som privaträttsliga inslag kan inte den enskilde vårdtagaren tilldelas en självständig partsroll. Möjligtvis kan vårdtagaren gå med på att acceptera diverse ordningsbestämmelser etc. som kan tänkas gälla vid det privata sjukhemmet. Själva kostnadsfrågan och därmed det egentliga avtalet är därför en angelägenhet mellan sjukvårdshuvudmannen och vårdgivaren. Avtalsslutande och civilrättsliga regler får enligt honom i princip vika för offentligrättsligt ansvar och sådan reglering i övrigt, eftersom huvudmannens ansvar gentemot den enskilde vårdtagaren står i centrum.¹⁵⁹

HovR ansåg att vårdgivarens »anknytning» till den kommunala sjukvården inte innebar att *verksamheten* utgjorde myndighetsutövning och att vårdgivaren därmed varit oförhindrad att träffa avtal om den vård som beretts damerna. *Bramstång* anser att även om man skulle acceptera att det inte rörde sig om överlämnad myndighetsutövning, rör det sig under alla förhållanden om en överföring av specialreglerad *förvaltningsuppgift* för vars fullgörande sjukvårdshuvudmannen bär ett offentligrättsligt ansvar. Ett utövande av den kommunala avgiftsmakten innebär myndighetsutövning och kan därför utan stöd av lag inte överlämnas till enskilda. *Bramstång* ifrågasätter därför det grundlagsenliga i att *utan lagstöd överlåta kommunal avgiftsmakt till ett privaträttsligt subjekt* vilket, i motsats till vad hovrätten anser, måste anses utgöra myndighetsutövning. Dessutom anser han att domstolen inte på ett tillbörligt sätt uppmärksammar sjukvårdshuvudmannens vård- och kostnadsansvar gentemot vårdtagare, som av denne hänvisats till privat sjukvård. Därefter vänder han sig mot de avtalskonstruktioner som HovR använder, vilka han anser vara sviktande dels med hänsyn till den offentligrättsliga relationen, dels i relation till grunddrag i allmän avtalsrätt. Han anser det slutligen vara

158. Se även *Marcusson* 1989 s. 353.

159. Se *Bramstång* 1993 s. 25 f. Om enskild mot sjukvårdshuvudmannens bestämda vilja önskar komma i åtnjutande av viss eftertraktad hälso- och sjukvård eller sjukvård utom ramen för huvudmannens ansvar, t.ex. skönhetsbehandlingar, torde ett traditionellt avtal kunna träffas mellan privat vårdgivare och vårdtagare. Utrymmet för avtalskonstruktioner inom ramen för överlämnad offentlig sjukvård bör dock vara begränsat.

särdeles olämpligt att inom socialrätten »introducera och laborera med diverse tivelaktiga och angripbara avtalskonstruktioner».¹⁶⁰

Det enskilda sjukhemmets verksamhet torde utgöra privat verksamhet, där sjukhemmet är huvudman för verksamheten. Något överlämnande av förvaltningsuppgift på entreprenad har inte gjorts, eftersom kommunen endast utger bidrag till verksamheten. Att de vårdavgifter som tas ut skall uttas enligt samma regler som gäller vid kommunens sjukhem anger bara vilken nivå dessa skall ha för att kommunen skall bevilja driftsbidrag, inte att kommunen överlåtit förvaltningsuppgift som innefattar myndighetsutövning. Det blir över huvud inte fråga om myndighetsutövning i privat verksamhet och det är då rimligt att anta att sjukhemmet äger rätt att ta ut vårdavgift av de service-tagare som vistas vid hemmet.

Vad som emellertid komplicerar situationen är att kommunen förbehållit sig rätten att belägga lediga platser vid vårdhemmet, vilket tyder på att det rör sig om ett köp av enstaka tjänster. Att det endast rör sig om lediga platser talar dock för att det i första hand är det privata vårdhemmet som avgör vilka som skall beredas plats vid institutionen. Att kommunen vid platsbrist vid egna vårdanstalter anvisat plats vid den privata institutionen kan inte ändra detta faktum. Samtidigt borde kommunen på ett bättre sätt ha informerat den gode mannen om att det rörde sig om ett privat sjukhem, men detta kan inte anses ligga den privata huvudmannen till last och för att undvika att avtalsbundenhet skulle uppstå hade platserna därför bort sägas upp så snart den gode mannen fick klart för sig att det rörde sig om ett privat sjukhem.

Vårdsnadstagarna hade dock vänt sig till kommunen och inte till det privata sjukhemmet. Kommunens ansvar i förhållande till vårdnadstagarna var i och för sig tillgodosett i och med platsanvisningen vid det privata vårdhemmet, men för det fall den gode mannen för kvinnornas räkning begärt omflyttning hade kommunen fått ta ställning till att i mån av plats bereda kvinnorna plats vid kommunal institution.

Det är lätt att i en situation som denna fastna i ett cirkelresonemang. Anser man att kommunen i egenskap av huvudman har uppfyllt sin skyldighet att bereda vårdnadstagarna plats genom placeringen vid det privata sjukhemmet, accepterar man också att kommunen överlämnat ombesörjandet av förvaltningsuppgift till enskild. Anser man däremot att kommunen i avvaktan av plats vid kommunal inrättning placerat kvinnorna vid den privata inrättningen behöver det inte röra sig om ett definitivt överlämnande utan endast en praktisk temporär lösning. Kommunen skulle då vara skyldig att bereda

160. Se *Bramstång* 1993 s. 31.

vårdnadstagarna plats vid kommunal vårdinrättning så snart det finns ledig plats. Att kommunen inte upplyst vårdnadstagarna om att placeringen skedde vid ett privat vårdhem skulle därför tala för att det rörde sig om ett överlämnande av förvaltningsuppgift. Kommunen skulle i så fall få stå sitt kast och i förhållande till vårdnadstagarna vara skyldig att som huvudman ansvara för deras vård. Hade den gode mannen på direkt fråga accepterat att vården skedde vid ett privat hem i stället för vid kommunal inrättning, är det inte lika säkert att det kan anses röra sig om ett överlämnande av förvaltningsuppgift.

Fallet rörde emellertid vårdnadstagarnas betalningsförpliktelser i förhållande till det privata vårdhemmet. Det är därför en fullt rimlig utgång att *allmän domstol* finner dessa vara betalningsskyldiga i förhållande till det privata sjukhemmet, eftersom någon uppsägning av vårdplatserna inte gjorts. Hade tvisten angående överlämnande av förvaltningsuppgift förts vid förvaltningsdomstol hade utgången kanske blivit en annan.¹⁶¹ Samtidigt hade förvaltningsdomstolen knappast ansett sig vara behörig att pröva det enskilda vårdhemmets ersättningsanspråk. Fallet utgör ett typiskt exempel på den svårighet som kan föreligga när såväl offentlighetsrättsliga som privaträttsliga regler måste beaktas i en och samma instans.

161. Jfr dock följande fall. Vård- och omsorgsnämnden hade beviljat en äldre senildement kvinna bistånd, bland annat i form av städning i hemmet. Några år senare fattade nämnden ett nytt beslut angående städningen som ansågs kunna utföras lika bra av ett privat städbolag. Beslutet överklagades och länsrätten biföll överklagandet med motiveringen att det nämnden fattat ett gynnande beslut. Eftersom beslutet varken innehållit ett förbehåll eller varit tidsbegränsat ansågs det därför inte kunna ändras. Kamrarrätten konstaterade att det visserligen skapats viss praxis om att gynnande beslut inte kan återkallas, men att socialnämnden måste få ha ett ganska stort utrymme att över tiden närmare utforma sina insatser av servicekaraktär så länge det personliga behovet av omvårdnad osv tillgodoses även om det skulle innebära en kostnadsökning. Nämnden ansågs därför haft rätt att göra en individuell prövning av den tidigare beslutade insatsen och då även beakta om behovet kunde tillgodoses på annat sätt. Kamrarrätten upphävde därför länsrättens beslut. *Kamrarrättens i Göteborg dom 1999-12-13 (Mål nr 6053-1999)*. Målet överklagades inte.

4 Rättsverkningar till följd av kompetensöverskridande

4.1 Relationen mellan begreppen kompetens, behörighet och befogenhet

En källa till förvirring är den terminologi som används avseende det allmännas kompetens att ingå avtal.¹⁶² Termerna kompetens, behörighet och befogenhet används ofta på ett inkonsekvent sätt i såväl litteratur som praxis. Detta gäller inte bara på det offentlig-rättsliga området; även inom det avtalsrättsliga respektive det aktiebolagsrättsliga området används begreppen behörighet och befogenhet på ett olikartat sätt. När det gäller kommunens avtalslut förefaller det lämpligast att endast använda begreppen kompetens och befogenhet. Även om begreppsparet behörighet och befogenhet förvisso förekommer i KL, används begreppen i första hand när civilrättsliga regler aktualiseras, t.ex. i de fall ett förhållande grundar sig på en ställningsfullmakt eller en vanlig fullmakt.

För kommunernas del grundar sig kompetensen främst på bestämmelserna i RF, KL och i den speciallagstiftning som reglerar kommunernas verksamhet. Om inget särskilt är reglerat har kommunen kompetens att ingå avtal i egenskap av juridisk person. Ramarna för kompetensen bestäms dock av vad som är möjligt enligt KL och enligt de riktlinjer som under lång tid dragits upp av praxis. Civilrättsliga regler kan dock i viss utsträckning läggas till grund för rättsverkningarna när en företrädare för kommunen överskridit sin kompetens att ingå avtal.

Ur ett avtalsrättsligt perspektiv är frågan om när en fullmäktig kan binda en huvudman ganska klar.¹⁶³ Inom avtalsrätten menar man med *behörighet* si-

162. För en mer ingående redogörelse av interna och externa rättsverkningar vid det allmännas avtalsslut, se *Madell* 1998 kap. 6.

163. För behandling i doktrinen se bl.a. *Dotevall*, Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet, 1998.

tuationen där en fullmäktig genom en rättshandling med tredje man kan binda fullmaktsgivaren eller huvudmannen. Begreppet tar sikte på rätten att för huvudmannens räkning företa rättshandling i förhållande till tredje man.

Befogenheten tar först och främst sikte på rätten att företa rättshandlingar i förhållande till huvudmannen. En huvudman anses vara bunden om han genom sitt uppträdande givit tredje man intryck av att företrädaren ägt behörighet att rättshandla. Om det givits föreskrifter i avtalet mellan parterna som inskränker fullmäktigens befogenheter, kan dessa endast åberopas mot tredje man om denne *insåg* eller *borde ha insett* att fullmäktigen överskred sin befogenhet. God tro hos tredje man leder till att huvudmannen blir bunden av rättshandling eller avtal som fullmäktigen ingår i huvudmannens namn.

Det är viktigt att komma ihåg att den avtalsrättsliga fullmaktsläran tar sikte på ett trepartsförhållande medan en organföreträdare i en kommun inte företräder huvudmannen utan agerar som en del av huvudmannen på ett sätt som gör att det endast är fråga om ett tvåpartsförhållande. I det avseendet påminner den kommunala förvaltningsorganisationen om ansvarsfördelningen mellan styrelse och bolagsstämma i t.ex. aktiebolag.¹⁶⁴ Även på det aktiebolagsrättsliga området är fullmaktsreglerna utförligt belysta.¹⁶⁵ Det låter sig dock inte göras att i alla tänkbara situationer applicera dessa regler på offentliga organ eftersom dessa i första hand är underkastade det offentlighetsrättsliga regelverket.

Enligt 8 kap. 35 § aktiebolagslagen (1975:1385), ABL, regleras när de rättshandlingar som bolagsföreträdare – styrelsen, verkställande direktör eller särskild firmatecknare – företagit för bolagets räkning inte skall gälla mot detta.¹⁶⁶ Bolagsorganens *behörighet* motsvaras i detta fall av bolagsföreträdares rätt att, på grund av ABL:s funktionsfördelning mellan bolagsorganen, företa rättshandlingar för bolagets räkning i förhållande till tredje man. Med bo-

164. Se även *Kleineman*, De offentlighetsrättsliga rättssubjektens avtalskompetens – offentlig-rättslig reglering med privaträttslig metod, 1994–95 s. 942 f. *Dotevall* 1998 s. 262 ff. och *Åhman*, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten. Om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt, 1997 s. 334. Jfr SOU 1994:136 s. 150 f. och s. 181 f.

165. Se *Åhman* 1997.

166. Jfr *Åhman* som ställt sig tveksam till att överhuvud använda begreppet kompetens i aktiebolagsrätten. Se *Åhman* 1997 s. 143 och s. 157.

lagsföreträdares *befogenhet* avses den rätt att agera för bolagets räkning som följer av förhållandet mellan bolaget och bolagsföreträdaaren.¹⁶⁷

4.2 Kommunala organs och organföreträdares kompetens att fatta beslut och sluta avtal

4.2.1 Kommunala organ och deras beslutskompetens

Såväl staten som kommunerna består av olika organ som representerar det allmänna i förhållande till medborgarna. Även om lagstiftningen till stor del är gemensam för verksamheten i stat och kommun, t.ex. sekretesslagen och förvaltningslagen, finns det också skillnader. Staten är en komplicerad och mångfacetterad rättsfigur till följd av att den genom sin organisation bl.a. uppträder i egenskap av olika myndigheter. En kommun har en enklare och tydligare organisation och är i större utsträckning än staten styrd av politiker.¹⁶⁸ Den expansion av den kommunala sektorn som ägt rum under seklets senare hälft har dock till viss del medfört att beslutsfattande flyttats över från de folkvalda politikerna till de anställda tjänstemännen.

Fördelningen mellan de olika kommunala organen kan kort beskrivas enligt följande.¹⁶⁹ I 1:7 RF stadgas att den primära beslutanderätten i kommunen tillkommer fullmäktige. Enligt 3:9 första stycket KL beslutar fullmäktige i ärenden av principiell beskaffenhet eller i ekonomiska frågor som är av större vikt för kommunen. Detta innebär bl.a. att fullmäktige skall besluta om alla förmögenhetsföfoganden som är av direkt kommunalekonomisk betydelse – t.ex. kommunal låne- eller borgensförbindelse och vanligtvis vid köp respektive försäljning av fast egendom – och att beslutet blir ogiltigt om det fattats

167. Se närmare *Nerep*, Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet, 1994 avsnitt 2.2 och 2.3, *Åhman* 1997 kapitel 4, bl.a. s. 158, s. 161 och s. 289 f. *Kedner & Roos*, Aktiebolagslagen. Del 1, (1–9 kap.) med kommentar, 1995 s. 262 f. Se även *Bergström och Samuelsson* som väljer att som en gemensam beteckning på behörighet och befogenhet använda termen representationsrätt, se *Bergström & Samuelsson*, Aktiebolagets grundproblem. En rättsekonomisk analys, 1997 s. 89 not 50. *Werlauff* framhåller att fullmaktsläran enligt kontinental rättsuppfattning inte går att använda som utgångspunkt vid konflikter som härrör sig från organhandlande där de olika organen utgör den juridiska personen, se *Werlauff*, Ultra vires doktrinen og publicitetsdirektivet, 1995 s. 784.

168. Se *Warnling-Nerep* 1995 s. 153 f.

169. För en närmare redogörelse för funktionsfördelningen mellan fullmäktige och nämnder, se *Bohlin* 2000 avsnitt 2.4, *Warnling-Nerep* 1995 avsnitt 2.2 och *Höök*, Intern kommunal kompetensfördelning, 2000.

av annan än fullmäktige.¹⁷⁰ Övriga frågor har ansetts kunna beslutas av nämnder eller i vissa fall av tjänstemän.

Enligt 1:8 RF ombesörjer de kommunala förvaltningsmyndigheterna den kommunala förvaltningen. Förvaltningen leds av kommunstyrelsen respektive förvaltningsutskottet, vilka i likhet med de olika nämnderna har till uppgift att bereda och verkställa fullmäktiges beslut.

Av 11:7 RF framgår att de kommunala nämnderna har en självständig kompetens att fatta beslut i enlighet med de speciallagar som reglerar den verksamhet som den aktuella nämnden ombesörjer. När det gäller åtaganden enligt bemyndiganden i lagar och förordningar, t.ex. 4 § första stycket SoL och 10 § HSL, är de kommunala nämnderna således fristående från fullmäktige. De har i dessa fall en egen kompetens att besluta och agera självständigt, 3:13 KL. Detsamma gäller om beslutanderätten – om den är av sådan beskaffenhet att fullmäktige har möjlighet till detta – delegerats till nämnd enligt 3:10 KL. Fullmäktige, styrelse och nämnder kan alltså sägas ha en organställning med rätt att inom sina olika kompetensområden utgöra kommunens beslutande organ med rätt att fatta bindande beslut.

Vilket kommunalt organ som har befogenhet att företräda kommunen vid avtalsslutande regleras genom lag, antingen i KL eller i specialförfattning. Det har sedan länge ansetts vara så att en kommunal viljeförklaring som ingår i ett avtal alltid måste vila på ett *i kommunal ordning* fattat beslut, vilket skall vara överklagbart antingen genom laglighetsprövning av förvaltningsdomstol eller av allmän domstol vid avtalstvister.¹⁷¹ I kommunen anställd personal ses som biträden till nämndorganen eller i något fall till fullmäktige. Detsamma gäller för enskilda förtroendevalda, t.ex. nämndordförande som handlar utan direkt författningsstöd eller nämndbeslut.¹⁷²

För den specialreglerade verksamheten saknas till viss del kravet på fullmäktiges inflytande i beslutsprocessen och nämnderna har därför en relativ självbestämmanderätt. Även här gäller dock att myndighetsutövning inte får överlämnas till enskild utan lagstöd. Har beslut fattats om att lägga ut viss verksamhet på entreprenad tillkommer – i likhet med vad som gäller vid upphandling av varor och tjänster – reglerna om offentlig upphandling som ytterligare en begränsning av handlingsfriheten. Ett åsidosättande av någon av dessa offentlighetsrättsliga begränsningar kan leda till att beslutet att ingå ett avtal

170. Se prop. 1990/91:117 s. 45–49 och 157 ff. samt bet 1990/91:KU38 s. 38. Införandet av bestämmelsen ansågs inte utgöra någon förändring av rättsläget. Se även t.ex. *NJA* 1930 s. 386 och *NJA* 1992 s. 375.

171. Se *Kajiser* 1972 s. 69.

172. Se även *Kajiser & Riberdahl* 1983 s. 277.

blir ogiltigt och därmed saknar offentlighetsrättsliga rättsverkningar.¹⁷³ Kompetensfördelningen mellan olika kategorier av kommunala beslutsfattare – för-
troendevalda och tjänstemän – blir således av betydelse när man skall utreda
relationen till enskild avtalspart och om ett bindande avtal ingåtts.

4.2.2 Kommunal delegering av beslutanderätten

Möjligheterna för fullmäktige att delegera beslutanderätten till nämnder ut-
vidgades i den nya kommunallagen. De ärenden som anges i 3:9 KL får dock
inte delegeras enligt 3:10 första stycket KL. Det rör sig bl.a. om ärenden som
avser mål och riktlinjer för verksamheten, skatter, budget och viktiga ekono-
miska frågor samt nämndernas organisation och verksamhetsformer. Nämnd-
erna har i dessa fall en mycket osjälvständig funktion och nämndbeslut av
rent förberedande eller verkställande art får heller inte överklagas enligt 10:2
2 p KL. Detsamma gäller i princip för kommunstyrelsen,¹⁷⁴ vilken har till
övergripande uppgift att bl.a. leda och samordna kommunens angelägenheter
och utöva överinseende över nämndernas verksamhet. Rör det sig om frågor
av mindre ekonomisk vikt, t.ex. rutinmässiga förvärv eller försäljningar av
fastigheter i begränsad omfattning, torde en delegering av beslutanderätten
till nämnd vara möjlig. En förutsättning är dock att uppdraget är avgränsat
och förenat med lämpliga direktiv.¹⁷⁵ Kommunfullmäktiges delegationsmög-
lighet till nämnderna vad gäller rätten att besluta om avgifter gäller främst så-
dana avgifter som saknar egentlig kommunalekonomisk betydelse och inte
heller är av principiell vikt.¹⁷⁶ Delegation får enligt 3:10 KL inte ske till *en-
skilda nämndledamoter* eller till *anställda* i kommunen. Nämnderna får heller
inte *vidaredelegera* den beslutanderätt som erhållits från fullmäktige. Så länge
nämnden inte fattat något beslut kan den delegerade beslutanderätten återtas
av fullmäktige.

173. Se *Hallgren m.fl.* 1997 s. 53. I egenskap av ett och samma rättsliga subjekt är det
kommunen som räknas som part i avtal som sluts med extern entreprenör, oavsett vilket kom-
munalt organ som har rätt att sluta avtalet.

174. Se närmare 6:1–6 KL.

175. Se *Bohlin* 2000 s. 38 f. och *Strömberg* 1995 s. 50.

176. Se prop. 1973:90 s. 190 f. prop. 1993/94:188 s. 79, *Petrén & Ragnemalm* 1980
s. 178–181, *Strömberg* 1997 s. 97 f. Eftersom en detaljplan ansetts vara av större vikt befanns
byggnadsnämnden i *RÅ* 1991 ref. 85, då den inte överlämnat ärendet till fullmäktiges avgö-
rande, vid rättsprövning ha överskridit sina befogenheter enligt 5:29 PBL genom att anta plan.
Sådan beslutsrätt ansågs inte innefattas i fullmäktiges delegationsbeslut.

Nämndernas självständiga beslutanderätt och ett övergripande ansvar inom respektive verksamhetsområde gäller oberoende av om den kommunala verksamheten överlåtits på någon annan, 6:7 tredje stycket KL. I 6:33–38 KL anges i vilka fall kommunal delegering av beslutanderätten kan ske. Enligt 6:33 KL får en nämnd delegera till ett utskott, ledamot eller anställd hos kommunen att å nämndens vägnar besluta i ett visst ärende eller vissa ärenden. Blandad delegering där såväl förtroendevalda som tjänstemän fattar beslut är således inte tillåtna.¹⁷⁷ I 6:34 KL finns föreskrivet de situationer där en sådan delegering inte får ske, d.v.s. i ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet, yttranden eller framställningar till fullmäktige, beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större betydelse som rör myndighetsutövning mot enskilda. Detsamma gäller för framställningar eller yttranden till fullmäktige samt ärenden där viss beslutandegång är föreskriven.¹⁷⁸ Detta innebär att en tjänsteman mycket väl kan handlägga ett ärende men att själva beslutanderätten i frågan tillkommer den aktuella nämnden. Enligt 6:36 KL får nämndens ordförande eller annan utsedd ledamot i brådskande ärenden fatta beslut om nämnden gett honom sådant uppdrag. Enligt 6:37 KL finns en möjlighet till vidaredelegation. Vid delegation av beslutanderätt till en förvaltningschef kan nämnd också besluta att denne får överlåta sin beslutanderätt på någon annan anställd inom kommunen. Det är kommunens ansvar att i arbetsordning eller liknande klargöra vilka förvaltningschefer som skall ha rätt att vidaredelegera beslutanderätten. Beslutanderätten i olika ärenden kan därför variera mellan olika kommuner.

Vad gäller kommunalråd är dessa i regel förtroendevalda som på heltid ägnar sig åt uppdrag för kommunens räkning. Rättsligt sett har kommunalråden inte några andra befogenheter än de som följer av det uppdrag som

177. Se närmare *Paulsson m.fl.* 1997 s. 250.

178. I *RA 1971 ref. 12* hade ordförande i hamnstyrelse, i ett ärende som rörde avtal mellan staden och ett rederi angående utbyggnad av ett färjeläge, på styrelsens vägnar lämnat yttrande till fullmäktige, utan att dessförinnan haft ärendet uppe på sammanträde med styrelsen. Kommunfullmäktige beslöt därefter att godkänna avtalet. RegR upphävde fullmäktiges beslut eftersom det inte var berett på vederbörligt sätt. Det hade ingen betydelse att hamnstyrelsen vid ett möte i efterhand förklarat sig godkänna avtalet. *Björkman och Riberdahl* hävdar som en kommentar till fallet att RegR:s utslag blir en naturlig följd av att det är nämnden eller styrelsen som skall yttra sig och inte endast ordföranden. Olika meningar kan ju föreligga hos de olika ledamöterna. Det hade därför knappast spelat någon roll vilken befattning den befogenhetsöverskridande personen haft. Även om det varit ett kommunalråd som överskridit behörigheten så hade RegR bort upphäva beslutet. Som skäl för detta anger författarna att det inom det kommunalrättsliga området saknas utrymme att använda sig av civilrättsliga bestämmelser om ställningsfullmakt etc. Se *Björkman & Riberdahl* 1997 s. 116.

vederbörande har. Ofta innehar kommunalrådet posten som kommunstyrelsens eller förvaltningsutskottets ordförande och i allmänhet används reglerna om delegering i 6 kap. KL för att ge kommunalråd en mer långtgående beslutanderätt å nämnds vägnar än övriga nämndledamöter.¹⁷⁹ Eventuella befogenhetsöverskridanden kan ofta läkas i förhållande till tredje man genom att det kommunala organ som borde ha fattat beslutet i efterhand genom ratihibition godkänner förfarandet.¹⁸⁰ Om kommunen inte vill ge sitt godkännande kan motpart aktualisera kommunalrådets individuella revisionsansvar.¹⁸¹

De beslut som fattas inom ramen för ren verkställighet grundas i regel på instruktion eller befattningsbeskrivning och är därför *inte* delegering i kommunallagens mening. Delegering kan endast avse självständig beslutanderätt, där det föreligger flera beslutalternativ och där delegaten måste göra egna överväganden eller bedömningar. Ett beslut som överskrider ett delegeringsbeslut och som fattas i kommunalrättslig ordning eller beslut som fattas utan stöd av delegering kan överklagas.¹⁸²

4.2.3 Delegering och fullmakt

Man måste göra en åtskillnad mellan delegering och fullmakt. En *delegat* har till skillnad från en fullmäktig en *organställning* medan användande av *fullmakt* begränsas till *civilrättens område*. I det första fallet rör det sig alltså om en tvåpartsrelation, medan det är tre parter involverade i en fullmaktssituation. Beslut eller åtgärder som vidtas på grund av en fullmakt kan heller inte bli föremål för laglighetsprövning. Däremot kan talan väckas i allmän domstol.

En rättshandling som företas inom en fullmäktigs behörighet blir bindande för kommunen. Detta anses även gälla om fullmäktigen överskrider det givna uppdraget eller den kommunalrättsliga kompetensen eller de regler som styr den interna kompetensfördelningen om motparten är i *god tro*. Det

179. Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 108 ff.

180. Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 116.

181. Vid vägrad ansvarsfrihet finns t.ex. möjlighet att avsätta ett kommunalråd, 4:10 KL. Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 130 f.

182. Se Paulsson m.fl. 1997 s. 248. I RRK 75 2:41 hade ett arbetsutskott hos social centralnämnd tillsatt en tjänst utan stöd av delegering. Beslutet hade inte överklagats. Det obehöriga tillsättandet av tjänsten innebar dock inte att nämnden kunde upphäva arbetsutskottets beslut. Däremot hade nämnden rätt att själv tillsätta samma tjänst. Utskottets beslut betraktades som en nullitet.

är därför av vikt att genom ombudsinstruktioner se till att behörigheten sammanfaller med de kommunalrättsliga befogenheterna. Det är dock inte vanligt förekommande att kommuner företräds av en fullmäktig.¹⁸³ Som exempel kan nämnas fullmakt för rättegångar eller förhandlingar eller för beställarombud vid entreprenader och konsultuppdrag.

4.3 Bundenhet till följd av ställningsfullmakt

Bundenhet för kommunen kan uppkomma även genom ställningsfullmakt. Frågan kan framförallt komma att aktualiseras när en anställd tjänsteman eller chef på en lägre nivå inom kommunen agerar på det förmögenhetsrättsliga området. Rör det sig om ett avtal som ingåtts av t.ex. kommunstyrelsens eller fullmäktiges ordförande kan eventuellt analogier från aktiebolagsrättsliga regler om firmatecknare ligga närmare till hands, även om de inte till fullo passar på det kommunalrättsliga området.

Vid en *ställningsfullmakt* enligt 10 § andra stycket avtalslagen (1915:218), AvtL, binder fullmäktigen huvudmannen »[d]är någon såsom anställd i annans tjänst eller eljest i följd av avtal med annan intager en ställning, varmed enligt lag eller sedvänja följer viss behörighet att handla å dennes vägnar». Det är i detta fall inte själva avtalet mellan fullmaktsgivaren och fullmäktigen som bestämmer behörigheten, utan det avgörande för fullmäktiges möjligheter att binda huvudmannen är *rent objektivt iakttagbara förhållanden*. Eventuella inskränkningar i förhållandet mellan huvudmannen och fullmäktigen kan endast åberopas om motparten *insett eller bort inse* befogenhetsöverskridandet, 11 § första stycket AvtL.

Det är rimligen så att även om reglerna om fullmäktigs behörighet placeras i avtalslagen, och därmed anses gälla inom privaträtten, så kan det inte få anses innebära att man därmed skulle ha uteslutit de offentligrättsliga rättssubjekten från reglernas tillämpningsområde. Det är dock inte möjligt att med någon större precision säga i vilken utsträckning lokutionen »lag eller sedvänja» kan drivas för att binda en kommun vid avtal ingångna genom att en företrädare för kommunen »i kraft av sin faktiska ställning skapat ett intryck av att denne haft makt att binda» kommunen.¹⁸⁴ Att ställningsfullmaktsanalogier, passivitet och konkludent handlande torde kunna binda kommunen gentemot godtroende avtalspart vid kompetensöverskridande,

183. Se Paulsson m.fl. 1997 s. 247 f.

184. Se Kleinman 1994–95 s. 949.

men lagakraftvunna, nämndbeslut eller åtgärder har hävdats sedan lång tid tillbaka.¹⁸⁵ Även i domstolarna har en sådan trend kunnat skönjas.¹⁸⁶ För att bundenhet skall uppstå för kommunen måste dock motparten ha varit i god tro.¹⁸⁷

I *NJA* 1977 s. 25 besvarades fråga om en distriktsläkare varit behörig att träffa för landstinget bindande avtal om leverans av sjukvårdsutrustning, med hänsyn till omständigheterna i fallet, nekande. Läkaren hade visserligen tidigare gjort diverse inköp som landstinget sedan godkänt, men det rörde sig i de fallen om mindre belopp för vilka dessutom statsbidrag hade utgått. Någon relation som den i målet aktuella hade heller inte tidigare förelegat mellan landstinget och företaget.

I *RH* 1996:159 prövades frågan om behörighet för kommunal daghemsföreståndare att ingå avtal för kommunens räkning. Avtalet gällde hyra av ett solarium för en tid av fem år. När erläggandet av hyran efter en tid upphörde och daghemmet senare lades ned yrkade leasingbolaget ersättning av kommunen. Som grund för yrkandet anfördes att daghemsföreståndaren i egenskap av ansvarig för personal och budget haft behörighet att ingå avtalet och att kommunen, för det fall hon skulle anses ha överträtt sin befogenhet ändå skulle vara bunden av avtalet eftersom uthyraren varit i god tro. Kommunen bestred yrkandet och anförde att föreståndarinnan saknat behörighet att ingå avtalet. HovR anförde i sina domskäl att daghemsföreståndarinnan genom sin anställning haft behörighet att inom vissa ramar träffa avtal med en för kommunen bindande verkan. Behörigheten var dock inte av den omfattningen att den gällde avtal av den aktuella karaktären.

Hovrätten fann att när kommunen ägnar sig åt *privaträttsligt rättshandlande för samma regler anses gälla som för rättshandlingar som ingås av privata rättssubjekt*. Detta innebär att *god tro* hos motparten om att avtalet hör till ett underordnat kommunalt organs kompetens bör kunna skydda denne enligt reglerna om ställningsfullmakt. HovR ansåg dock att en förutsättning för att daghemsföreståndaren på grund av ställningsfullmakt med bindande verkan för kommunen skulle kunna ingå ett privaträttsligt avtal, var att avtalet i fråga på grund av *sedvänja* kunde anses omfattas av en sådan behörighet. En ställningsfullmakt omfattar vanligtvis endast mera *schablon- eller rutinartade ärenden* och är som fullmaktstyp inte anpassad för betydelsefulla och mindre frekventa rättshandlingar. I det aktuella avtalet hade hyrestagaren bundit sig för en förhållandevis lång tid – fem år – och med en månadshyra som, beräknat på hela hyrestiden, uppgick till nästan 100 000 kr. Enligt HovR talade bindningstiden och framför allt totalbeloppet starkt för att

185. Se *Kajser & Riberdahl* 1983 s. 631 f. och s. 638 samt *Hellner*, Kommersiell avtalsrätt, 1993 s. 70 f.

186. För äldre praxis se t.ex. *NJA* 1930 s. 382, *NJA* 1930 s. 386, *NJA* 1930 s. 391 och *NJA* 1930 s. 615. Se även *NJA* 1924 s. 458 och *NJA* 1931 s. 345.

187. Se *Björkman & Riberdahl* 1997 s. 115 f. och *Paulsson m.fl.* 1997 s. 249 f. och där anvisad praxis.

rättshandlingen var av sådan betydelse att den *inte* kunde anses omfattas av behörighet till följd av daghemsföreståndarens ställningsfullmakt. Hovrätten ogillade därför leasingbolagets talan. Som ytterligare skäl anfördes att det inte återopats några *tidigare mellanhavanden* mellan kommunen och leasingbolaget som skulle kunna tala för att kommunen på grund av *sedvänja* borde anses ha blivit bunden av avtalet.

Det torde därför, i enlighet med bl.a. *NJA* 1977 s. 25 och *RH* 1996:159, ligga närmast till hands att tillämpa reglerna om ställningsfullmakt på mera *rutinbetonade ärenden* som kommunala tjänstemän och lägre befattningshavare i den kommunala hierarkin ägnar sig åt i kraft av sin anställning, i första hand på det privaträttsliga området.¹⁸⁸ Ställningsfullmakt torde även föreligga i de fall då kommunala befattningshavare regelmässigt ingår vissa typer avtal, tidigare har ingått liknande avtal med den enskilde utan att fråga om ogiltighet uppstått eller i egenskap av sin ställning ger motparten en berättigad tro på att rätt att ingå avtal föreligger.¹⁸⁹

I *NJA* 1961 s. 658 hade en kommunalkamrer för en byggnadsentreprenörs räkning kvitterat och betalat till Grästorps kommun ställda varor. Detta ledde till att kommunen även ansågs ha betalningsskyldighet för vissa utkvitterade restleveranser sedan entreprenören försatts i konkurs. Bakgrunden var att kommunen genom en entreprenör lät uppföra egnahem. En leverantör gav kommunen ett anbud om leverans av elpisar och kylskåp. Enligt leverantören träffades därefter ett avtal med kommunen, medan kommunen hävdade att avtalet ingåtts mellan leverantören och entreprenören. Även om det inte kunde anses styrkt att avtal träffats om köp av de i målet aktuella varorna, ansågs leverantören, med hänsyn främst till att kommunen betalat de tidigare leveranserna, haft skäl att anta att kommunen var köpare av varorna.

I ett avtal mellan en kommun och ett privat dataföretag förband sig kommunen att till sitt bibliotek förvärva viss datorutrustning och ett biblioteksdatasystem för en köpeskilling om 738 500 kr. Datorutrustningen levererades och för detta betalade kommunen 438 500 kr samt moms. Ett annat bolag, nedan kallat konsultbolaget, vilket ägnade sig åt factoringverksamhet, hade vid ett flertal tillfällen köpt

188. Se även *Dotevall* 1998 s. 79. Se även *NJA* 1924 s. 458.

189. I *AD* 1982 nr 83 ansågs bundenhet till följd av ställningsfullmakt ha uppstått för kommunen när fyra kommunalråd, utan stöd av delegering, ingått ett anställningsavtal. Utgången är dock tvivelaktig. Det är för det första tveksamt om förhållandet i den här situationen grundar ett ställningsfullmaktsförhållande. För det andra ingicks anställningsavtalet med en före detta VD i en kommunal bostadsstiftelse som på grund av sin tidigare befattning borde känna till grunderna för kommunalt beslutsfattande och således knappast kunde anses vara i god tro om kommunalrådets befogenhet. Se även *Björkman & Riberdahl* 1997 s. 115 f.

upp fordringar mot olika kommuner från dataföretaget. När diskussioner om ett överlåtande av den återstående köpeskillingen till konsultbolaget inleddes skickade dataföretaget en faktura för undertecknande till kommunen där det framgick att fordran överlätits till konsultbolaget och att betalning om 300 000 kr samt moms skulle erläggas till detta. Vikarierande ekonomichefen undertecknade fakturan, utan att närmare studera densamma, och returnerade denna till dataföretaget. Konsultbolaget betalade därefter 300 000 kr till dataföretaget.

Konsultbolaget yrkade förpliktelse för kommunen att utge 375 000 plus ränta eftersom en självständig fordran, och ett reservationslöst betalningsåtagande för kommunen, uppstått gentemot konsultbolaget i och med undertecknandet. Kommunen vitsordade beloppet men bestred käromålet, eftersom det i avtalet mellan kommunen och dataföretaget angivna datasystemet inte var färdigutvecklat vid avtalets tillkomst och inte heller därefter färdigställdes. TR fann att övertagandet av fordran i sig inte innebar att konsultbolaget förvärvat någon bättre rätt mot kommunen än vad dataföretaget ägde. *I och med undertecknandet* av fakturan måste däremot kommunen anses ha accepterat betalningsskyldigheten oberoende av leverans från dataföretaget. Tingsrätten biföll därför konsultbolagets käromål. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.¹⁹⁰ Det förefaller inte ens ha föresvävat parterna annat än att den vikarierande ekonomichefen till följd av sin ställning varit behörig att underteckna avtalet.

Avtal som ingås till följd av ställningsfullmakt rör vanligtvis olika typer av ekonomiska transaktioner utan direkta krav på ett formellt beslutsfattande. Ett kompetensöverskridande leder därför till att kommunen blir skyldig fullgöra avtalet eller att erlagga ekonomisk ersättning vid motpartens goda tro.

I 25 § AvtL regleras en fullmäktigs skadeståndsansvar mot tredje man. Fullmäktigen ansvarar *vid osjälvständiga fullmakter* för att denne verkligen har fullmakt att rättshandla. Godtroende tredje man har därför rätt till ersättning från fullmäktigen – om denne inte kan göra ett avtal gällande mot den uppgivne huvudmannen, d.v.s. kommunen – som i det här fallet sägs uppträda som *s.k. falsus procurator*. Skadestånd skall utgå enligt det positiva kontraktsintresset och ersättningsansvaret är strikt i och med att det inte ens förutsätter att fullmäktigen varit *försumlig vid sitt handlande*.

Syftet är att skydda godtroende tredje man som endast har fullmäktigens ord att förlita sig på avseende huvudmannens vilja. Fullmäktigen skall enligt bestämmelsen bära ansvaret för godtroende motparts tillit till dennes rätt att

190. Se Hovrättens för Västra Sverige dom 1996-01-10, DT 1 (Mål nr T 698/94).

företräda huvudmannen och ersätta den skada om uppkommit.¹⁹¹ Detta gäller dock undantagsvis inte om *även fullmäktigen* var omedveten om något förhållande som leder till att han eller hon inte längre hade behörighet att rätts-handla.

Ersättningsskyldighet kan även uppkomma för kommunen utan att det behöver vara fråga om ett direkt ställningsfullmaktsförhållande.

I *NJA 1973 s. 725*, det s.k. Frövimålet, hade en kommun sålt villatomter varvid köparen i köpekontraktet förbundits att använda en viss hustyp. Kommunens företrädare skulle också vara köparens ombud gentemot entreprenören vid byggnationen. Trots att kommunen inte var part i avtalen om husköp och marken sålts utan särskild garanti, blev kommunen skadeståndsansvarig då hustypen visade sig vara olämplig med hänsyn till markförhållandena. Hustypen hade valts av en kommunal befattningshavare, utan formell fullmakt att sluta avtal, som ett led i en pågående exploateringsverksamhet som dessutom sköttes från kommunalkontoret med kommunstyrelsens gillande. HD fann att kommunens val av hustyp var att anse som en *projekteringsåtgärd* med vilken det följde samma ansvar som i allmänhet åvilar konsulter och andra som befattar sig med den typen av verksamhet, och att skadeståndsansvaret grundade sig på att valet av hustyp gjorts utan erforderlig markundersökning. HD anförde att den av nämndordföranden *från sitt tjänsterum bedrivna verksamheten var känd för kommunledningen* och att den *uppenbarligen fortgått med dess gillande*. Befattningshavaren befanns med bindande verkan ha företrätt kommunen vilken därmed blev ansvarig för det oaktsamma valet av hustyp. Det var alltså kommunledningens »positiva passivitet» som gjorde att nämndordföranden fick anses ha företrätt kommunen med bindande verkan.

Trots att den som företräder kommunen inte har något bemyndigande att ingå bindande avtal kan en motpart få intrycket att ett sådant ingåtts med kommunen. Nämndordföranden är ju den som regelmässigt företräder nämnden och det är därför tydligt att motparten ansett att han haft att göra med en behörig företrädare för kommunen.¹⁹²

En ställningsfullmakt kan dock inte anses sträcka sig hur långt som helst. Någonstans går en gräns för kompetensen att göra kostnadskrävande beställ-

191. I *NJA 1956 s. 217* hade en tjänsteman överskridit sin behörighet genom utfästelse att Lantbruksnämnden skulle ersätta en jordbrukare för en leverans av utsäde till en annan jordbrukare. Behörighetsöverskridande binder som bekant inte huvudmannen, men då motparten inte bort inse överskridandet, blev tjänstemannen själv tvungen att erlagga ersättning för utsädet. Se även *Stokholm*, Nogle bemärkningar om hvad der sker, når kommunalfuldmagten overskrides, 1992 s. 296. Jfr *Kristiansen*, Kommunale garantier, 1998 s. 201.

192. Se *Kajser*, Frövimålet i kommunalrättsligt perspektiv, 1974 s. 890 f.

ningar och för vilket slags beställningar som kan göras. I det aktuella fallet var parterna eniga om att, för det fall nämndens ordförande innehaft ställningsfullmakt att för kommunen göra bindande utfästelser om markbeskaffenheten hos den sålda marken eller om försäljningen av husen, fullmakten måste grunda sig på annat än de av nämndordföranden innehavda befattningarna. Avtalsbundenhet kan dock även uppstå genom passivitet från huvudmans sida i förhållande till en befattningshavares handlande. En förutsättning för att passivitetsgrunden skall kunna läggas till grund för avtalsbundenheten är dock motpartens goda tro. Den goda tron kan avse någon faktisk omständighet i det aktuella rättsförhållandet, men kan inte åberopas beträffande innehållet i tillämpliga rättsregler.¹⁹³

4.4 Firmateckningsrätt – besluts- och representationskompetens

4.4.1 Beslutskompetens och representationskompetens

Vad gäller avtal som sluts av juridiska personer, oavsett det rör sig om aktiebolag eller kommuner, finns det skäl att skilja mellan vem som har befogenhet att *besluta* om att ingå ett avtal och vem som har befogenhet att *företräda* den juridiska personen vid ett avtalsslut. Sålunda har *Kleineman* hävdad att de offentlighetsrättsliga subjektens *avtalskompetens* bygger på en offentlighetsrättslig reglering med privaträttslig metod.¹⁹⁴ Avtalskompetensen delas sedan utifrån ett associationsrättsligt perspektiv upp i *besluts-* och *representationskompetens*.

Terminologin hämtas till viss del från norsk kommunalrätt där det endast är *kommunestyret* som har kompetens att fatta visst beslut, t.ex. att kommunen skall bevilja kommunal garanti, *beslutskompetens*, medan det oftast är *ordføeren* som effektuerar beslutet genom att utställa garantiförklaringen till följd av sin *representationskompetens*. Såväl besluts- som representationskompetensen kan dock ofta delegeras till andra delar av den kommunala organisationen. För att offentlighetsrättslig bundenhet skall uppstå är det alltså nödvändigt att be-

193. Se *Kajiser* 1974 s. 891. Se även vad som ovan anfördes om ersättning vid råd och upplysningar enligt 3:3 SkL.

194. Se *Kleineman* 1994–95 s. 936–971.

slutet fattats av rätt instans, medan vem som har rätt att verkställa beslutet utgör en sekundär fråga.¹⁹⁵

I många fall föreskrivs när ett beslutsfattande i viss fråga åligger en viss kommunal nämnd. En företrädare för nämnden verkställer därefter beslutet genom att t.ex. ingå det avtal beslutet gällde. Problem kan dock uppstå om beslutet inte fattats i behörig ordning eller om en nämnd fattat beslut som egentligen tillkommer ett annat kommunalt organ. Det kan även vara så att ett beslut att ingå ett avtal överskrider de ramar som getts enligt ett delegeringsbeslut från ett högre organ. Eftersom reglerna om ställningsfullmakt för en kommunal befattningshavare normalt tar sikte på rutinartade ärenden fattade av anställda tjänstemän, kan det till följd av de kommunala organens uppbyggnad, eventuellt finnas skäl att se kommunalrättsliga delegations- och fullmaktsfrågor ur ett mera aktiebolagssrättsligt perspektiv. Vid bedömningen av de civilrättsliga rättsverkningarna kan därför en analogi till reglerna om firmateckning och kompetensfördelningen inom de aktiebolagssrättsliga organen i vissa fall te sig naturlig.¹⁹⁶ Så kan t.ex. vara fallet om ett kommunalråd ingått ett avtal. För en motpart kan ju kommunalrådet framstå som en lika självklar företrädare för kommunen som vad en VD gör för ett aktiebolag.

4.4.2 Organföreträdares firmateckningsrätt

Enligt ABL företräder i första hand styrelse och VD bolaget med rätt att teckna dess firma. Styrelsen svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter. För de enskilda styrelseledamöterna följer firmateckningsrätten av styrelseuppdraget. VD:s uppgift är att handha den löpande förvaltningen enligt de riktlinjer och anvisningar som styrelsen meddelar. Därjämte får VD utan styrelsens bemyndigande vidta extraordinära eller viktiga åtgärder om styrelsens beslut inte kan avvaktas utan väsentlig olägenhet för bolagets verksamhet. VD:s firmateckningsrätt inom ramen för den *löpande förvaltningen* enligt 8:25 första stycket ABL sammanfaller till sin om-

195. Se *Eckhoff & Smith*, *Forvaltningsrett*, 1997 s. 224 ff. och *Kristiansen* 1998 s. 204.

196. Utredningen om statliga myndigheters avtal har vid utformningen av sitt förslag vad gäller statens bundenhet utgått från de principer som ligger till grund för vad som sägs om fullmaktsgivares bundenhet i 10 respektive 11 §§ AvtL samt vad som gäller enligt det aktiebolagssrättsliga regelverket där en ställföreträdare kan binda associationen trots befogenhetsöverskridande enligt t.ex. 8:35 ABL. Se SOU 1994:136 s. 254 f. och s. 263.

fattning med dennes legala behörighet enligt 8:30 ABL.¹⁹⁷ Styrelsen kan även utse en eller flera enskilda styrelseledamöter, VD eller någon annan till särskild firmatecknare med rätt att företräda bolaget och teckna dess firma, 8:31 ABL. Sådan särskild firmatecknare saknar *legalt grundad befogenhet* att besluta om något för bolagets räkning. Befogenheten är därför beroende av det *uppdrag* som erhållits, den *självständiga beslutanderätt* som *delegerats* eller som tillkommer denne till följd av *särskild tjänsteställning*.¹⁹⁸

Vad gäller särskild firmatecknares representationsrätt måste påpekas att dessa *inte* intar någon *organställning* i bolaget. Firmateckningen ger i dessa fall endast en representationskompetens men inte någon beslutskompetens. Detsamma kan sägas gälla inom kommunal förvaltning där nämndordförandes rätt att *underteckna* nämndens handlingar inte nödvändigtvis sammanfaller med rätten att för kommunens räkning fatta bindande *beslut* i ärendet. Beslutet måste ha fattats av det organ som har befogenhet till detta och vara protokollfört. Det är endast om beslutanderätten *delegerats* till undertecknaren som beslutskompetensen sammanfaller med representationskompetensen.¹⁹⁹

Även om den kommunala organisationen och funktionsfördelningen mellan fullmäktige, kommunstyrelsen och de olika nämnderna till viss del påminner om organisationen i ett aktiebolag och den ansvarsfördelning som finns mellan bolagsstämman och styrelsen, saknas ofta möjligheter att göra en direkt analogi från de aktiebolagsrättsliga reglerna.²⁰⁰ Det kommunalrättsliga systemet, där verkställigheten av fullmäktiges beslut utförs av de olika nämnderna eller kommunstyrelsen, säger i sig *ingenting om vem* som genom sin ställning kan rätts-handla med för kommunen bindande verkan – vem som har

197. En följd av uppräkningsen av firmatecknare i 8:29, 8:30 och 8:31 jämfört med 8:35 ABL är bl.a. att bolagsstämman, enskilda aktieägare och revisorer, bortsett från vissa i lag särskilt reglerade undantag, saknar rätt att med bindande verkan i förhållande till tredje man företräda bolaget och teckna dess firma. *Åhman* skriver att styrelsens behörighet att företa rättshandlingar på grund av den legala funktionsfördelningen mellan bolagsorganen är snävare än rätten att teckna bolagets firma när det gäller stämмоåtgärder då firmateckningsrätten även i dessa angelägenheter ligger hos styrelsen. Se *Åhman* 1997 s. 302 f.

198. Vad gäller särskild firmatecknare, se närmare *Åhman* 1997 avsnitt 5.5.

199. Jfr *NJA* 1998 s. 610 där de civilrättsliga rättsverkningarna grundade sig på att bundenheten för kommunen uppstått i och med undertecknandet av köpeavtalet, även om kommunfullmäktige ännu inte fattat beslut i ärendet.

200. I ett särskilt yttrande i utredningen om statliga myndigheters avtal ställde sig ett som sakkunnigt till utredningen knutet kansliråd avvisande till utredningens lagförslag på grund av de terminologiska frågorna om behörighet respektive befogenhet. Se SOU 1994:136 s. 349.

representationskompetens.²⁰¹ Det har även hävdats att analogier från firmateckningsrätten bör ske med viss försiktighet på det kommunalrättsliga området, eftersom reglerna om undertecknande av handlingar i kommunala sammanhang mer påminner om kontrasignation av anställd i statlig förvaltning än med firmateckning för privata juridiska personers räkning.²⁰²

Det är dock svårt att bortse från att det finns ett *släktskap* mellan frågan om kommunala organs och bolagsorgans kompetensöverskridande. I båda fallen kan ett avtal såväl ha ingåtts av *fel myndighet* eller *organ*, som att organet eller myndigheten genom avtalsinnehållet överskridit befogenhetsgränserna. Det är därför praktiskt att använda terminologin beslutskompetens och representationskompetens, där det faktiska sambandet mellan de yttre förhållandena vid rättshandlandet utgör underlaget för en jämförelse mellan beslutssituationerna. Interesseavvägningen måste göras med hänsyn till de offentliga subjektens och de offentligrättsliga intressenas särart och ta sin utgångspunkt i KL och övriga lagar som reglerar kommunernas verksamhet.²⁰³

Bedömningen av om vilka rättsverkningar avtalet ger upphov till blir beroende av en *interesseavvägning* mellan det konstitutionella intresset av att det allmänna inte binds upp vid kompetensöverskridande avtal i förhållande till de avtalsrättsliga reglerna om avtalsbundenhet och omsättningsskydd.²⁰⁴ Oavsett om man väljer att tala om de kommunala organens representations- och beslutskompetens att ingå avtal eller om man använder den kommunalrättsliga terminologin med befogenhet att fatta beslut om att ingå avtal och verkställighet av avtalsslutandet, föreligger ett problem vid bedömningen av de civilrättsliga rättsverkningarna. Föreligger det t.ex. oklarheter i delegationsordningen vad gäller *vem* som äger rätt att sluta avtal för myndighetens räkning skulle avsaknaden av formella firmateckningsregler kunna leda till att en godtrosbedömning blir det avgörande för vilka rättsverkningar som följer av ett befogenhetsöverskridande. Även om analysen måste ta sin utgångs-

201. Se *Kleinman* 1994–95 s. 942 f. I noten till det aktuella stycket hänvisar han till rättsfallet *RÅ 1976 ref. 88* där en kommunstyrelse överskred sin befogenhet när den betalade en faktura som avsåg ändamål för vilket anslag inte hade beviljats. Representationskompetensen vilar i det här fallet på att ett avtalskompetent organ fattat ett korrekt beslut för att kommunstyrelsen först därefter skall ha möjlighet att rättshandla. Se även *Adlercreutz*, Om nullitet och kompetensogiltighet, 1994 s. 16 f.

202. Se *Björkman & Riberdahl* 1997 s. 101.

203. Se *Kleinman* 1994–95 s. 958–961.

204. Se *Kleinman* 1994–95 s. 956 f. Se även a.a. s. 964 f. där han anför att om ett kompetensöverskridande från ett offentligt rättssubjekt skulle leda till ogiltighet så snart ett offentligt intresse träffs förnär, så leder detta längre än vad som t.ex. gäller för motsvarande kränkning för aktiebolagsrättens del.

punkt i de regler som gäller för kommunens kompetens på området kan man väga in olika tillitsbedömningar, där man lägger vikt vid om kommunen på något sätt gett tredje man *fog att utgå från* att en kommunal företrädare hade befogenhet att ingå avtal, t.ex. till följd av sedvänja eller passivitet vid tidigare liknande situationer.²⁰⁵

4.5 Återgång på grund av kommunala kompetensöverskridanden

Innan motparten tagit del av ett beslut står det kommunen fritt att återkalla detta. Som en allmän utgångspunkt gäller också att kommunen *innan ett beslut vunnit laga kraft* kan ändra detta genom att fatta ett nytt beslut. Detta torde också gälla om beslutet innebär att ett avtal skall ingås. Så länge ett beslut att ingå avtal *inte vunnit laga kraft* kan alltså motparten riskera att rättsverkningarna enligt avtalet inte kommer att genomföras. Skulle ett kommunalrättsligt beslut upphävas får detta givetvis inte verkställas. Har det redan verkställts skall detta enligt 10:15 KL »rättas i den utsträckning som det är möjligt». En på beslutet grundad privaträttslig utfästelse kan således komma att sakna rättslig grund. Ändras beslutet faller också avtalet *så till vida att det inte hunnit verkställas*.²⁰⁶

En kommun kan inte ingå avtal om något som den inte har kompetens att reglera i kommunalrättslig ordning.²⁰⁷ Skulle ett beslut att ingå ett avtal vara kompetensöverskridande utan att detta överklagas anses lagakraftvinnandet ha konvalescerande verkan. I *NJA 1910 s. 670* fann rätten ett icke överklagat befogenhetsöverskridande beslut vara bindande för kommunen i förhållande till avtalspart.²⁰⁸

Skulle ett beslut vara så grovt felaktigt att det kan betraktas som en nullitet kan det förklaras ogiltigt och fränkännas samtliga rättsverkningar.²⁰⁹ Parterna måste beakta risken av att ett beslut blir upphävt, liksom möjligheterna till

205. Se även *Kleineman* 1994–95 s. 968 f.

206. Helt säker på att ett beslut grundar rätt att ingå ett bindande avtal kan man alltså inte vara innan RegR slutligt avgjort ett ärende. Se även *Hellner* 1993 s. 71.

207. Se prop. 1992/93:43 s. 5.

208. Se även Ds 1988:52 s. 150, *Kajser & Riberdahl* 1983 s. 628 ff., *Paulsson m.fl.* 1997 s. 132 samt *Warnling-Nerep* 1995 s. 311 f.

209. Se *RÅ 1970 ref. 33* och *RRK 75 2:41*. Se även *Kajser & Riberdahl* 1983 s. 629. Kommunen blir heller inte bunden om vissa formkrav åsidosatts, *NJA 1978 s. 389*, hyresavtal.

återgång av ett redan verkställt beslut.²¹⁰ Även om ett efter laglighetsprövning undanröjt kommunalt beslut medför att detta saknar offentlighetsrättsliga rättsverkningar kan ett avtal ha slutits till följd av beslutet. Har verkställighet skett kan detta leda till civilrättsliga rättsverkningar, eftersom en privaträttslig bindenhet i förhållande till en avtalspart kan ha uppstått.²¹¹ I *NJA 1931 s. 345* ansågs verkställighet medföra att en kommun blev bunden av en borgensförbindelse.²¹²

Om kommunens styrande organ efter att ha fattat ett beslut överlätit själva avtalsundertecknandet till viss person binder denne genom undertecknandet kommunen, *NJA 1930 s. 382*. Handlar denne utanför ramen för uppdraget har kommunen inte ansetts bli bunden, *NJA 1930 s. 403 (II)*. Samtidigt har det ansetts att utfästelse som gjorts på kommunens vägnar av en företrädare som saknat befogenhet i vissa fall kan leda till att avtalet blir giltigt. Har t.ex. upplånade pengar kommit kommunen tillgodo torde åtminstone återbetalningsskyldighet föreligga, *NJA 1930 s. 391*. Om beslutet inte verkställts, d.v.s. om den som t.ex. skall teckna borgen på grundval av det kommunala beslutet av någon anledning inte gör det, har bindenhet inte uppstått. Som exempel kan nämnas följande fall.

En tennisklubb hyrde lokal av ett företag som ägde och drev sport- och motionsanläggningar. Avtalet villkorades av att kommunen tecknade borgen för tennisklubbens förpliktelser enligt avtalet. Fritidsnämnden hade innan avtalet undertecknades beslutat föreslå fullmäktige att teckna kommunal borgen som säkerhet för de förpliktelser som åvilade klubben. Kommunstyrelsen beslutade efter avtalets undertecknande att föreslå fullmäktige att bemyndiga kommunstyrelsen teckna kommunens borgen. Fullmäktige beslutade i enlighet med framställningen. Kommunstyrelsen fattade dock aldrig något formellt beslut i frågan. Företaget hävdade att kommunen genom kommunfullmäktiges beslut åtagit sig borgensansvar alternativt att fullmäktiges beslut utgjorde ett löfte om borgen samt att kommunen

210. Se prop. 1990/91:117 s. 137. Se även *Kajser & Riberdahl 1983 s. 659 f.*

211. Se *Talje*, Kommunens bindenhet vid avtal – en studie av konflikten mellan offentlig rätt och civilrätt, 1998 s. 21 f.

212. Frostvikens kommun hade enligt ett lagakraftvunnet beslut iklätt sig borgen för två lån som en bank beviljat ett elbolag på orten. Banken och bolaget avtalade sedan att lånen skulle sammanföras till en löpande räkning. Kommunen tecknade, efter nytt kommunfullmäktigebeslut, borgen för den löpande räkningen. Beslutet undanröjdes dock senare. Fallet rörde bl.a. fråga om i vilken mån det tidigare beslutet grundade skyldighet för kommunen att svara för den löpande räkningen – trots det upphävda beslutet i frågan. Den senare borgensförbindelsen ansågs visserligen vara ogiltig, såtillvida den grundats på det senare beslutet, men borgensförbindelsen ansågs vara giltig utifrån det ursprungliga beslutet, i den mån den inte medförde vidsträcktare förpliktelser än enligt detta. Se även *Kajser & Riberdahl 1983 s. 624 f.*

hela tiden uppträtt som om en borgensförpliktelse fanns. Kommunen genmälde att fullmäktiges beslut endast innefattade ett bemyndigande för kommunstyrelsen att teckna borgen och att detta därmed inte hade någon extern rättsverkan, utan endast gav uttryck för kommunens ställningstagande i principfrågan. Kommunstyrelsen ansågs därför inte ha bundit kommunen då den inte tecknat någon borgen. Kommunen bestred även att den blivit bunden genom konkludent handlande. I avtalet fanns även en skiljedomsklausul. Med åberopande av denna klausul påkallade företaget skiljeförfarande mot kommunen med yrkande om förpliktande för kommunen att på grund av borgensförbindelsen utge visst belopp samt ränta. Fullmäktige hade i och med beslutet om att bemyndiga kommunstyrelsen att teckna borgen förvisso gett motparten skäl att uppfatta att kommunen gjort en för framtiden bindande utfästelse, eftersom det endast är fullmäktige som har kompetens att fatta beslut i frågan och kommunstyrelsens uppgift blir att verkställa beslutet. Eftersom kommunstyrelsen underlät att agera saknades dock det sista steget för att formell bundenhet skulle uppkomma för kommunen. I skiljedomens som meddelades i Malmö den 2 juli 1996 avisades dock talan då skiljenämnden inte ansåg sig vara behörig att pröva tvisten eftersom giltigheten av borgensförbindelsen inte gällde fråga som hänförde sig till avtalet.

När ett beslut överklagas har kommunen flera handlingsalternativ att välja mellan eftersom kommunen dels kan verkställa det överklagade beslutet, dels kan avvakta verkställighet tills dess att laglighetsprövningen vunnit laga kraft. Detta kan leda till en intressekonflikt där verkställighet förvisso kan anses främja effektivitet inom den kommunala organisationen, men samtidigt kan åsidosätta syftet med laglighetsprövningen av kompetensöverskridande beslut eftersom återgång till följd av verkställigheten kan omöjliggöras.²¹³

Om ett beslut upphävs därför att det till följd av ett formfel inte tillkommit i laga ordning bör det för att åtgärda olagligheten räcka att beslutet görs om i riktig ordning. Återgången skulle annars kunna leda till besvärliga konsekvenser, i vart fall vid beslut med privaträttsliga rättsverkningar.²¹⁴ I själva verket är det så att verkställigheten i praktiken kan komma att neutralisera brister i kommunala beslut, eftersom de civilrättsliga konsekvenserna av beslutet i praktiken omöjliggör återgång av det upphävda beslutet.²¹⁵ Således befanns t.ex. i *RA 1976 ref. 88* en återgång inte vara möjlig efter det att en kompetensöverskridande beslut att betala en faktura verkställdes.

213. Se Ds 1988:52 s. 148 f.

214. Se *Paulsson m.fl.* 1997 s. 346.

215. Se även *Jägerskiöld*, Offentlig rätt och civilrätt, 1961 s. 105 ff. och *Talje* 1998 s. 22 ff.

Som ett aktuellt exempel på frågan vad som händer när ett beslut om att ingå ett avtal hunnit verkställas kan nämnas följande. Enligt ett beslut av kommunfullmäktige i Helsingborg skulle tre exploatörer bebygga bostäder i ett område kallat Norra hamnen. Exploateringsområdet hade en markyta på 61 000 m² omfattade ca 300 bostäder om ca 29 000 m² BOA. Försäljningen till exploatörerna omfattade 26 000 m² av området medan resterande del utgjorde allmän platsmark som kom att ägas av staden.

Fullmäktige beslöt den 29 oktober 1996 att bemyndiga kommunstyrelsen att sälja den aktuella tomtmarken till exploatörerna för 500 kr per m² BOA. Samtidigt beslutades att bemyndiga kommunstyrelsen att befria köparna från skyldigheten att utge gatukostnadsbidrag enligt föreliggande detaljplan. Genom det bestämda försäljningspriset erhöll kommunen således full täckning för sina egna utgifter för exploateringen men inte någon vinst. Fullmäktiges beslut överklagades och klagandena gjorde gällande att staden sålt marken till ett pris som väsentligt understeg dess marknadsvärde. Kammarrätten fann att eftersom området sålts till ett väsentligt lägre pris än som motsvarade dess värde och då några synnerliga skäl för detta enligt 2:8 andra stycket KL inte framkommit hade enskilda byggbolag otillbörligt gynnats. Kammarrätten upphävde därför det överklagade beslutet.²¹⁶

Beslutet att bemyndiga kommunstyrelsen att sälja tomter inom Norra hamnen-området till ett lägsta pris om 500 kr per m² BOA-yta upphävdes således. Däremot synes inte de fastighetsförsäljningar som sedan grundats på kommunstyrelsens bemyndigande att sälja tomterna ha överklagats. Försäljningarna har därför vunnit laga kraft och torde dessutom vara fullt kompetensenliga. Den kommunalrättsliga tvisten var således begränsad till att pröva om kommunen sålt marken till ett underpris eller inte. Så var fallet enligt KammR och staden är enligt 10:15 KL sålunda skyldig att »i den utsträckning det är möjligt» vidta rättelse av det verkställda beslutet. Ett problem är dock att försäljningen genomfördes under april 1997 då köpehandlingar utväxlades och köparna erhöll lagfart. Några förbehåll för avtalets giltighet till följd av överklagande gjordes inte i avtalet mellan kommunen och tomtköparna. Det aktuella området bebyggdes därefter med flerfamiljshus. En rättelse skulle därmed i praktiken vara omöjlig att genomföra eller för att använda en engelsk term: »you can't unscramble the eggs». Fullständig återgång torde i det här fallet vara omöjlig att genomföra men kommunen är ändå i enlighet med kammarrättens beslut tvungen att i möjligaste mån vidta rättelse.

Det är härvid viktigt att kommunen fattar ett formligt beslut i återgångsfrågan efter en saklig prövning av förutsättningarna för en sådan. Även detta

216. Se *Kammarrättens i Göteborg dom 1999-06-23 (Mål nr 8038-1997)*. Kammarrättens beslut har överklagats. Prövningstillstånd har ännu inte beviljats (Mål nr 5170-1999).

beslut kan överklagas vilket innebär att domstol ånyo kan pröva om kommunen uppfyllt återgångskravet i enlighet med KL:s regler. Bedömningen komplicerades i det här fallet eftersom det endast var fullmäktiges beslut om bemyndigande till försäljning till ett visst pris som överklagades. Det kan dock finnas skäl att bedöma om det i realiteten kan vidtas några återgångsåtgärder i förhållande till avtalsparterna. I förarbetena uttalas följande:

»Det bör ankomma på [det kommunala organet] att med till buds stående medel bringa verkställigheten till återgång. ... Den omständigheten att ett återgångsförfarande är förenat med kostnader eller förluster bör i princip inte försvaga det grundläggande kravet på återgångsåtgärder. ... Undantagsvis kan situationer tänkas förekomma där återgångsförfarande skulle medföra så omfattande ekonomiska förluster för kommunen att det skulle te sig orimligt att uppehålla ett krav på återgång. Genom att alternativa återgångsförfaranden mestadels finns att tillgå måste sådana situationer bli mycket ovanliga. Återgångsförfarande är ibland omöjligt att genomföra. Om verkställigheten exempelvis består i en utbetalning kan återkrav vara uteslutet på civilrättsliga grunder.»²¹⁷

När det gäller möjligheten till återgång i civilrättsliga sammanhang måste alltså situationen bedömas i enlighet med för situationen aktuella civilrättsliga regler.²¹⁸ I det här fallet är det jordabalkens regler som blir av intresse för bedömningen. De påföljder som enligt jordabalken står till buds är hävning av fastighetsköpet, återgång på grund av ogiltighet eller skadestånd. Dessa påföljder förutsätter dock någon form av avtalsbrott, vilket gör att det i den aktuella situationen saknas rättsmedel för att framtvunga någon civilrättslig rättelse. Alternativet är då att försöka förmå avtalsparterna att på frivillig grund betala ett högre pris än det avtalade. Kommunen måste i så fall inleda förhandlingar med parterna om ett frivilligt tillbakaträdande från fastighetsköpet, varefter kommunen skulle kunna sälja ut fastighetsbeståndet till högstbjudande. En sådan lösning framstår dock som klart orealistisk, om inte avtalsparterna på någon annan grund skulle vilja träda tillbaka från fastighetsköpet. I enlighet med vad som sägs i förarbetena torde en återgång således vara utesluten på civilrättslig grund, men genom att åtminstone inleda förhandlingar med avtalsparterna, och på så sätt underkasta frågan en saklig prövning, torde kommunen ha uppfyllt kravet på att »i den utsträckning det

217. Se prop. 1975/76:187 s. 559 f. Se även SOU 1971:84 s. 147.

218. Se även *RA* 1967 K. 1200, där en kommuns beställning av ritningar ansågs grunda civilrättslig betalningsskyldighet även om beslutet att uppföra den byggnad till vilken ritningarna hänförde sig befunnits vara befogenhetsöverskridande och därför upphävt. Något befogenhetsöverskridande ansågs därmed inte föreligga genom beslutet att betala.

är möjligt» försöka vidta rättelse. Som ett exempel på när en kommun har ansetts ha uppfyllt kravet på att vidta rättelse kan följande underrättsavgörande nämnas.

Kommunfullmäktige i Sorsele kommun beslutade den 26 februari 1996 att förvärva en fastighet för 2 500 000 kr i syfte att tillgodose lokalbehovet för en fortsatt positiv utveckling av träindustrin i Sorsele. Företaget skulle enligt en bilaga till beslutet därefter hyra lokaler i den överlåtna fastigheten av kommunen – s.k. sale and lease back. Beslutet överklagades av två privatpersoner. Som grund för överklagandet anförde klagandena bl.a. att beslutet var ett otillbörligt stödande av enskild då beslutet kommit till för att rädda det aktuella företaget från konkurs. Länsrätten inledde med hänvisning till förarbetena²¹⁹ sina domskäl med att förklara att det generellt sett inte var en kommunal angelägenhet att hålla det enskilda näringslivet med lokaler, utan att den här typen av åtgärder måste främja näringslivet i allmänhet. Länsrätten fann därför att beslutet att köpa fastigheten var att anse som ett riktat stöd till det aktuella företaget och eftersom kommunen inte kunnat visa hur detta stöd utgjorde en kommunal angelägenhet upphävdes beslutet.²²⁰

Kommunfullmäktige avskrev därefter den 30 september 1996 ärendet om rättelse av det av länsrätten upphävda beslutet med motiveringen att ärendet inte kunde återställas. Beslutet överklagades och den klagande anförde att kommunen inte ansträngt sig för att i möjligaste mån återställa läget. Kommunen förklarade i sitt yttrande att den både genom kontakter med bolaget och sammanträde med bolagets VD och ordförande försökt att få rättelse av verkställt beslut. Bolaget hade dock i en skrivelse förklarat att någon återgång inte var möjlig och att avtal skulle hållas. Länsrätten fann i sin bedömning av om rättelse skett i enlighet med 10:15 KL att kommunen och företaget slutit ett civilrättsligt bindande avtal och att ingenting i målet visat att företaget varit i ond tro vad gäller kommunens bristande kompetens att förvärva fastigheten. Kommunfullmäktige hade således inte haft någon möjlighet att rätta det upphävda beslutet. Länsrätten fastslog därmed att det överklagade beslutet inte stred mot KL och avslog överklagandet.²²¹

Även JO har konstaterat att det vore orimligt att kräva fullständig återgång i en situation där detta inte längre är möjligt.

I JO 1993/94 s. 429, som gällde fråga om återgång av kommunalt beslut om antagande av renhållningsentreprenör, valde JO att inte kritisera kommunen för att den låtit entreprenadavtalet löpa avtalstiden ut trots att RegR upphävt kommunens beslut. Skälet till detta angavs vara att kommunen vid tidpunkten för RegR:s

219. Se prop. 1990/91:117 s. 152.

220. Se *Länsrättens i Västerbotten dom 1996-06-11 (Mål nr 413-96)*.

221. Se *Länsrättens i Västerbotten dom 1997-02-06 (Mål nr 1967-96)*. Kamarrätten meddelade inte prövningstillstånd.

dom befann sig i en situation där fullständig återgång inte längre var möjlig. Dessutom var felaktigheterna i kommunens beslut inte endast formella fel som hade kunnat ändras genom en omgörelse av beslutsprocessen, utan rörde fundamentala förutsättningar för upphandlingen som krävde framtagande av nytt anbudsunderlag och genomförande av ny upphandlingsomgång. Även utan att behöva ta ställning till de civilrättsliga komplikationer som kunnat uppstå till följd av ett sådant ändrat beslut skulle ett sådant förfarande ha varit svårt att genomföra.

4.6 Civilrättsliga rättsverkningar till följd av kompetensöverskridande

Såväl privata som offentliga juridiska personer måste företrädas av någon fysisk person och det finns alltid en viss risk för att den rättshandlande överskrider sina befogenheter. Regler om *godtrosskydd* är i dessa fall av stor betydelse dels för tredje man, dels för den juridiska personen. Om det inte fanns en viss förutsebarhet på området, där kontrahenternas tilltro till att den juridiska personen blir bunden av företrädarens avtalsslut tillmäts betydelse, föreligger en risk för att det skulle bli alltför komplicerat och osäkert att rättshandla med juridiska personer.²²²

Som konstaterats ovan reglerar det offentlighetsrättsliga regelverket en kommuns möjligheter att fatta beslut eller rikta rättshandlingar mot enskilda. Som en utgångspunkt leder materiella fel, som strider mot de principer som begränsar den kommunala kompetensen eller kompetensen att ingå avtal på det specialreglerade området, i regel till att rättshandlingen blir ogiltig. Även vid personella fel, t.ex. att ett avtal ingåtts eller ett beslut fattats av lägre instans eller av annan person än den som hade kompetens att företa rättshandlingen, är det vanligt att se kompetensöverskridandet som ogiltighetsgrundande. Skälet till detta är bl.a. att skydda kommunmedlemmarnas intressen.

Synsättet skiljer sig således från det privaträttsliga området där huvudregeln²²³ till stor del bygger på att godtroende motpart skall kunna förlita sig på att den som företräder en juridisk person också har rätt att ingå avtal för huvudmannens räkning.

222. Se SOU 1971:84 s. 138 och SOU 1994:136 s. 20 f. Se även *Kleineman* 1994–95 s. 941. För äldre doktrin se t.ex. *Sjöberg*, *Det kommunala besvärsinstitutet*, 1948 s. 210 ff., som framhåller att behovet av tillit inom den allmänna handeln synes väga tyngre än skyddet för kommunala intressen.

223. Se t.ex. 10 § 2 st. AvtL och 8:35 1 st. 2 p ABL.

Om det föreligger ett fel som medför att kommunen inte blir offentlig-rättsligt bunden av ett beslut att ingå avtal, kan resultatet bli att motparten lider en ekonomisk förlust. Det råder ingen tvekan om att enskild avtalspart i dessa fall kan ha rätt att erhålla ersättning.²²⁴ Som ett argument mot ett sådant synsätt har dock anförts att en konsekvens måste bli att förvaltnings-rättslig ogiltighet knuten till kommunens beslutsprocess *inte* leder till att kommunen fullt ut är obunden i de fall de privaträttsliga reglerna ger ett annat resultat. Ett civilrättsligt ersättningsansvar skulle således försätta en kompetensöverskridande kommun i samma ekonomiska situation som om den var offentligrättsligt bunden av utfästelsen. De offentligrättsliga ogiltighets-reglerna skulle därmed motverkas och förlora sin effekt.²²⁵ Det måste dock anses vara principiellt felaktigt att använda offentligrättslig ogiltighet som ett sätt att utesluta rätt till ersättning. Dessutom föreligger ju skadeståndsansvar vid felaktig myndighetsutövning.

Då en sådan fråga inte kan prövas i förvaltningsrättslig ordning återstår endast en prövning i allmän domstol. Man måste härvid skilja mellan beslutet att ingå avtal och själva avtalet, d.v.s. mellan de *interna* och de *externa effekterna* av kommunens och dess företrädares handlande. På så sätt skulle såväl offentlig- som civilrättsliga regler kunna tillgodoses. Vid prövning i allmän domstol blir en helhetsbedömning aktuell där såväl offentligrättsliga som civilrättsliga regler vägs in i bedömningen.

4.6.1 Överskridande av den materiella kompetensen – avtalskompetensen

Den kommunala verksamheten är i stor utsträckning lagreglerad. Det är vid en laglighetsprövning av ett kommunalt beslut att ingå ett avtal de offentlig-rättsliga regler som ligger till grund för kommunens verksamhet som träder i förgrunden. Vid bedömningen finns inget utrymme för civilrättsliga regler eller principer. Finner domstolen att kommunens företrädare överskridit de

224. Se SOU 1971:84 s. 138 som bl.a. hänvisar till *RÅ 1957 I. 47*. Se även *Westman* som skriver att »säkert är, att om vid ett stadsfullmäktigebeslut, innefattande godkännande av ett kommunalt fastighetsköp, begåtts en väsentlig och avgörande felaktighet, så blir också den efterföljande verkställigheten – undertecknandet av kontraktet – en nullitetsakt. Om det sålunda är tänkbart, att ett lagakraftvunnet beslut om köp kan rivas upp och därmed också köpeavtalet så är lika uppenbart att under förut angivna förutsättningar skadeståndsplikt för kommunen i sådant fall inträder.» Se *Westman*, Avtal mellan kommun och enskild om köp av fast egendom, 1947 s. 24 f. Se även *Marcusson* 1993 s. 59 f. och *Warnling-Nerep* 1995 s. 311 f.

225. Se *Kristiansen* 1998 s. 170 och s. 249–257 samt den rättspraxis som redovisas.

tillämpliga offentligrättsliga föreskrifterna anses beslutet vara ogiltigt och skall därför upphävas. Även om man valt ett privaträttsligt instrument för att träda i förbindelse med medborgarna för att uppfylla sina offentligrättsliga åtaganden, får omfattningen av och innebörden i förpliktelsen i dessa fall sökas i offentligrättsliga överväganden. Från offentligrättslig synpunkt är utgångspunkten att avtal är bindande inom ramen för kommunens kompetens. Med den terminologi som används ovan har i dessa fall avtalskompetensen överskridits.²²⁶

En utgångspunkt är därför att ett offentligt rättssubjekt som handlar i strid med de författningsföreskrifter som reglerar dess verksamhet alltid bör anses handla *culpöst*, oberoende av om subjektets företrädare varit medveten om föreskrifterna, eftersom rättssubjektet *bort känna till* dessa. I likhet med andra rättssubjekt har myndigheter en skyldighet att känna till och följa gällande författningar. En överträdelse blir dock extra graverande när det gäller ett offentligt organ, eftersom föreskrifterna utgör själva grunden för rättssubjektets befogenhet att överhuvudtaget företa rättshandlingar.²²⁷ Rör det sig om fall där kommunen, till följd av att lagstiftningen t.ex. är av ramlagskaraktär, fått stor frihet att själv utforma sin verksamhet kan situationen närmast jämföras med när part ensidigt utformat ett avtal med till vissa delar oklart innehåll. Den som utformat avtalet får i dessa fall vanligen finna sig i att avtalet tolkas till dennes nackdel.²²⁸ Samtidigt är det i dessa fall inte kommunen själv som utformat lagtexten utan lagstiftaren. Går det i dessa fall att hålla kommunen ansvarig för något som riksdagen beslutat? Förmodligen ligger det närmast till hands att anse att kommunen borde bära den största risken för agerande i enlighet med gällande rätt, eftersom lagregeln trots allt riktar sig till kommunen och kommunal verksamhet.

När de externa rättsverkningarna av ett avtalsslut för kommunens räkning skall bedömas skulle analogier kunna göras från bedömningen vid kompetensöverskridande av privata juridiska personer, t.ex. enligt ABL. Om de offentligrättsliga kompetensreglerna skulle anses vara strängare än de aktiebolagsrättsliga till följd av att ogiltighet enligt dessa inträder så snart en central författning åsidosätts, kan detta leda till att ett culpa in contrahendo-ansvar i större utsträckning än vid privaträttsliga kompetensöverskridanden borde fö-

226. Se *Kleinman* 1994–95 s. 958 f.

227. Se *Lehrberg*, Författningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter, 1989 s. 478.

228. Se även *Kristiansen* 1998 s. 202 f.

religga.²²⁹ *Kleineman* föreslår därför att om den som företrätt det offentliga rättssubjektet överskridit det *lagliga kompetensområdet*, och tredje man därmed inte skulle kunna göra rättshandlingen gällande mot det allmänna, skulle ett skadeståndsansvar »av motsvarande kvalitet» kunna inträda. På så sätt borde den goda tron ur avtalsrättslig synvinkel kunna vara ett rättsskapande element och stötande konsekvenser skulle därmed kunna undvikas.²³⁰

Å andra sidan kan man fråga sig om inte den enskilde kanske bort inse att avtalsinnehållet inte överensstämde med vad som föreskrivs enligt författning. I enlighet med detta torde krävas av kommunens enskilde motpart att denne känner till eventuella lagstadganden som avgränsar en myndighets kompetens att sluta avtal. En tänkbar utgångspunkt i de fall då kompetensen grundar sig på lag skulle i enlighet härmed vara att något godtrosskydd för tredje man knappast torde finnas vid en överträdelse av lagreglerna. Det bör därför förutsättas att avtalsparten tar reda på aktuella lagstadganden innan han eller hon sluter avtal med ett offentligt förvaltningsorgan.²³¹

Ett sådant godtroskrav torde – sett i relation till myndigheternas tjänsteplikt att se till att ett avtal sluts på ett lagligt sätt – te sig strängt. Kravet torde därför i vart fall bara kunna uppställas till sådana normer som en motpart *rimligen kan förutsättas* känna till, d.v.s. stadganden som kungjorts i den allmänna författningssamlingen.²³² Enligt rättspraxis torde även krävas att den enskilde är tvungen att företa *någon form av undersökning*, om myndighetens rättshandling är laglig enligt det kommunalrättsliga regelverket och om handlandet ligger inom ramen för myndighetens kompetens.²³³

229. Se *NJA 1997 s. 93* där HD angående frågan om ett avtal som innebär en överträdelse av en lagregel var ogiltigt och hur en eventuell ogiltighetspåföljd i sådana fall skulle utformas uttalade att bedömningen »får avgöras i varje uppkommande typfall, efter en analys av syftet med lagregeln, behovet av en ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra, t.ex. för godtroende medkontrahenter». Att ett avtal är ogiltigt anses således inte medföra att det saknar varje rättsverkan, utan att en intresseavvägning måste göras. Se närmare *Kleineman*, *Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande*, 1997–98 s. 811 och *Kleineman* 1994–95 s. 958.

230. Se *Kleineman* 1994–95 s. 955. Se även *Dotevall* 1998 s. 23 f. och s. 245.

231. Se *Dotevall* som hävdar att något godtrosskydd knappast föreligger vid överträdelse av kommunallagens regler om vem som äger kompetens att ingå avtal för kommunens räkning eller vid överträdelse av delegationsbeslut. Han tillägger dock att »[o]m tredje man uppfattar att ett avtal på grund av sin beskaffenhet faller inom ett underordnat organs kompetens, men det egentligen skall beslutas av ett överordnat, skyddas förmodligen hans goda tro». Se *Dotevall* 1998 s. 264.

232. Se *Nordiska juristmötet* 1978, bilaga 11 s. 10 f.

233. Se *NJA 1930 s. 403 (I)* och *NJA 1942 s. 251*. Jfr även *NJA 1992 s. 375*.

Situationen kompliceras dock av att domstolarna i några fall kan sägas ha vidgad utrymmet för den kommunala kompetensen eftersom man, trots att det kommunala regelverket åsidosatts, har ansetts få ingå förlikning med motparten.

I *RA* 1977 ref. 55 hade en kommun för att uppnå förlikning i en civilrättslig tvist med ett fastighetsbolag, förbundit sig att för vissa fastigheter ta ut en lägre anslutningsavgift för vägar, vatten och avlopp än den som gällde i vanliga fall. RegR fann därvid att kommunen i och för sig brutit mot likställighetsprincipen, men ändrade ändå inte kommunens beslut, eftersom de sänkta anslutningsavgifterna varit en förutsättning för att förlikningen skulle komma till stånd. Regeringsrådet *Petrén* var av skiljaktig mening och anförde att den omständigheten att beslutet ingick som en del i en avtalsuppgörelse inte kunde leda till någon annan slutsats än att detta vilade på *orättvis grund*, även om avtalet i och för sig kunde anses ha varit till gagn för samtliga kommuninnevånare. Han ville därför undanröja beslutet.

I ett fall annat fall stod det helt klart att kommunen överskridit sin befogenhet genom att ingå kommunal borgen för ett privat företag och beslutet upphävdes.

Bakgrunden var att ett kommunalt bolag ägde aktier i ett aktiebolag. Företaget hade beslutat att låna 20 miljoner kr hos investeringsbanken för att kunna göra ett aktieägartillskott. Kommunfullmäktige fattade senare beslut om att hos banken utfärda en s.k. avsiktsförklaring samt att bl.a. uppdraga till kommunstyrelsens vice ordförande att tillsammans med en annan person underteckna förklaringen. Kammarrätten i Sundsvall upphävde genom dom den 20 december 1985 (Mål nr 3047-1985) beslutet då den fann att det inte var kompetensenligt. KammR uttalade i sin dom bl.a. att det klandrade beslutet innehöll en bindande viljeförklaring gentemot banken och att beslutet innebar ett otillåtet kommunalt ingripande i form av kreditstöd till enskilt företag. RegR meddelade inte prövningstillstånd. Bolaget hade dock innan KammR:s dom lånat 20 miljoner kr i en annan bank i väntan på avlyft till investeringsbanken. Säkerheten för lånet utgjordes av borgen tecknad av kommunen. Företaget försattes kort tid därefter i konkurs. Kommunfullmäktige beslutade att under hänvisning till den utfärdade avgiftsförklaringen bekräfta kommunens ansvar för lånet och att tills vidare medge förskottering av debiterad ränta och övriga kostnader för lånet. Kammarrätten i Sundsvall beslutade den 12 december 1985 om verkställighetsförbud och upphävde genom lagakraftvunnen dom den 26 juni 1986 (Mål nr 5238-1985) fullmäktiges sistnämnda beslut, eftersom det inte var kompetensenligt och heller inte innehöll erforderlig medelsanvisning.

Banken krävde trots detta kommunen på 20 miljoner kr motsvarande borgensåtagandet. Kommunstyrelsen beslutade att acceptera bankens förslag om civilrättslig prövning genom skiljenämnd. Parterna enades genom förlikning om en ersättning på 10 miljoner kr. Fullmäktiges beslut att godkänna förlikningsavtalet överklagades, men godtogs av KammR.²³⁴ Kammarrätten anför att då en kommun berörs av en tvist av privaträttslig natur rörande betalning, får det anses falla inom en kommuns befogenhet att vidta de åtgärder som krävs för att tillvarata sina ekonomiska intressen, så länge dessa inte *står i strid* med offentligrättsliga krav som åvilar kommunen. När det gäller sådan tvist står det normalt parterna fritt att ingå förlikning. När kommunen ingår förlikning uppställs dock ett krav på att den måste vara sakligt grundad och inte innebära ett »uppenbart» gynnande av enskild.

I förevarande fall angavs rättsläget vara ovisst. Förlikningen kunde därför inte anses innebära ett befogenhetsöverskridande även om motparten varit i ond tro. Kammarrätten fann att den av kommunen utfärdade avsiktsförklaringen innebar en för kommunen bindande viljeförklaring som närmast hade karaktär av enkel borgen för banklånet. Utan att ta ställning i den civilrättsliga frågan konstaterade KammR att den person som undertecknade avsiktsförklaringen var behörig att göra detta och att något villkor om att fullmäktiges beslut skulle vinna laga kraft aldrig uppställs i fullmäktigebesluten, men att det kanske borde ställas särskilda krav på en bank för att den skall kunna åberopa god tro. Kammarrätten fann det inte utrett att kommunen *inte* skulle vara bunden gentemot banken. Förlikningen kunde därför inte anses utgöra ett befogenhetsöverskridande.

I äldre förarbeten hävdas emellertid att om ett beslut upphävs genom lagkraftvunnen dom och motparten är i ond tro beträffande den kommunala kompetensen så inträder heller inga civilrättsliga rättsverkningar till följd av det upphävda beslutet.²³⁵ Den svåra frågan blir då att avgöra när och om ond tro föreligger. Det har anförts att det är rimligt att anta att frågan om *vem* som är kommunens avtalspart bör inverka på tolkningen. Ingår en kommun avtal med en juridisk person, t.ex. banker och försäkringsbolag, torde man kunna kräva att motparten är skyldig att känna till vad den kommunala kompetensen innebär. Skulle det däremot röra sig om ett avtal med en *enskild fysisk person* måste kraven rimligen sänkas.

234. Se Kammarrättens i Sundsvall dom 1988-06-14 (Mål nr 2759-1987).

235. Se t.ex. SOU 1971:84 s. 137 ff., SOU 1974:99 s. 372 och Ds 1988:52 s. 149 ff.

I *NJA* 1992 s. 375 hade Varbergs kommun, genom kommunstyrelsens ordförande och kanslichefen, till en bank avgett en skriftlig förklaring om att ett aktiebolag, som till största delen ägdes av en kommunal stiftelse, skulle drivas på ett sådant sätt att det kunde fullfölja sina åtaganden mot banken. I handlingen uttalades bl.a. att kommunen blivit informerad om de lämnade krediterna, att kommunens avsikt var att genom stiftelsen vara och förbli majoritetsägare i bolaget under kreditens löptid samt att det var kommunens långsiktiga policy att bolaget skulle drivas på ett sådant sätt att dess åtaganden mot banken kunde fullföljas. HD valde som utgångspunkt för analysen en allmän beskrivning av vilken typ av handling det rörde sig om och vilka rättsverkningar den hade. HD fann det också ställt utom tvivel att skadeståndsskyldighet enligt »allmänna principer» kan uppkomma för utställare som vållat skada genom att lämna felaktiga upplysningar om faktiska förhållanden eller genom att lämna upplysningar som var oriktiga redan när förklaringen avgavs. HD finner dock att frågan *i första hand* är om en »för framtiden bindande utfästelse» att för framtiden svara för bolagets skyldigheter gentemot banken genom stödbrevet skall anses ha lämnats eller inte. HD konstaterar i den senare frågan att när det gäller avtalsrättsliga åtaganden av den här typen så måste bedömningen göras utifrån kommunalrättsliga överväganden. Eftersom förklaringen bl.a. *saknade stöd i beslut av kommunens fullmäktige* och då banken inte ens »påstått att den haft anledning att räkna med att något beslut av detta slag skulle föreligga», ansågs inte kommunen – i likhet med om det gällt fråga om kommunal borgen – genom förklaringen ha gjort någon bindande utfästelse för framtiden. Kommunen kunde heller inte göras ansvarig för bolagets lån hos banken enligt principerna om ansvarsgenombrott.

Rättsfallet talar för att man kan ställa krav på grundläggande kunskaper om de kommunalrättsliga reglerna och om kompetensfördelningen mellan fullmäktige och nämnderna. Att därutöver kräva att formliga kontroller om kommunens interna beslutsgång är dock att gå för långt.²³⁶ HD fann det vidare ställt utom tvivel att skadeståndsskyldighet enligt »allmänna principer» kan uppkomma för utställare som vållat skada genom att lämna felaktiga upplysningar om faktiska förhållanden eller genom att lämna upplysningar som var oriktiga redan när förklaringen avgavs. Det är förmodligen ett culpa in contrahendo-ansvar som avses. Ett sådant ansvar skulle t.ex. aktualiseras om man tar som utgångspunkt för bedömningen att alla beslut som inte ligger

236. Se *Lindquist* 1993 s. 95 f.

inom en kommuns verksamhetsområde är ogiltiga – d.v.s. ett slags ultra vires-resonemang.²³⁷

HD valde som utgångspunkt för analysen en allmän beskrivning av *vilken typ av handling* det rörde sig om och *vilka rättsverkningar* den hade och att frågan i första hand var om en »för framtiden bindande utfästelse» att för framtiden svara för bolagets skyldigheter gentemot banken genom stödbrevet skulle anses ha lämnats eller inte – inte om banken hade tillfogats skada enligt de åberopade »allmänna principerna». D.v.s. frågan gällde omfattningen av de avtalsrättsliga rättsverkningarna av den här typen av stödbrev. Analysen måste därför ta utgångspunkt i vanliga regler om avtalstolkning där bedömningen måste göras *utifrån kommunalrättsliga överväganden*, eftersom banken inte åberopat några omständigheter vid avtalets tillkomst som skulle tyda på att avtalet innehöll några oriktiga upplysningar.

Handlingen hade undertecknats av kommunens kanslichef respektive kommunstyrelsens ordförande. Eftersom förklaringen bl.a. saknade stöd i beslut av kommunens fullmäktige enligt 3:9 KL och då banken inte ens »påstått att den haft anledning att räkna med att något beslut av detta slag skulle föreligga», ansågs *inte* – i likhet med om det gällt fråga om kommunal borgen – kommunen genom förklaringen *ha gjort någon bindande utfästelse*. Kommunen kunde heller inte göras ansvarig för bolagets lån hos banken enligt principerna om ansvarsgenombrott.

Avgörandet skall dock ses i ljuset av att banken enligt HD *aldrig åberopat* att den var i *god tro* avseende de kommunala representanternas kompetens att binda kommunen. Det är alltså möjligt att utgången skulle blivit en annan om god tro åberopats, HD:s uttalande förefaller annars något överflödigt.²³⁸ Även om god tro inte skulle ha varit för handen i det aktuella fallet får HD:s

237. Ultra vires-doktrinen innebär en rättshandling är kompetensöverskridande i förhållande till ondtröende tredje man, om t.ex. ett aktiebolag överskridit syftet med sin verksamhet, t.ex. att bank ägnat sig åt att bygga småhus. Även om ultra vires-doktrinen i stor utsträckning numer förefaller vara principiellt överspelad pekar den dock på en betydelsefull distinktion, nämligen att en juridisk persons rättskapacitet kan skilja sig från dess företrädares behörighet. D.v.s. det behöver inte endast vara så att en juridisk persons representant saknat behörighet att företa viss rättshandling, även den juridiska personen kan ha saknat förmåga att företa rättshandlingen. »Verksamhetsområdet» är dock ett ganska oklart kriterium för rättshandlingsförmågan. Se *Åhman* 1997 s. 241 f. *Werlauff* 1995 s. 797 och s. 810. Se även *Nerep* 1994 s. 23 f. och i dessa arbeten anförd litteratur.

238. Se *Johansson*, Options- och terminsavtal. En rättslig studie av handeln med standardiserade derivativa instrument, 1998 s. 137, som anför att »[o]m en kommunaltjänsteman i samband med vanlig kapitalförvaltning överskrider sin befogenhet, kan de ingångna avtalens giltighet knappast bli beroende av något annat än en sedvanlig godtrosbedömning av motpartern». Se även a.a. s. 196.

uttalande anses innebära att motpartens goda eller onda tro skall tillmätas relevans vid bedömningen av de civilrättsliga rättsverkningarna av om kommunen ägt kompetens att ingå ett avtal.²³⁹

Det är rimligt att en sådan godtrosbedömning knyts till de kompetensregler som *direkt eller indirekt* kan utläsas ur kommunallagen.²⁴⁰ Riskfördelningen måste då bygga på en bedömning av om tredje man borde ha övervägt om det förelåg ett förfarande som denne *borde* ha ifrågasatt vid ett studium av reglerna. Vid bedömningen kan man, med hänsyn till arten av kompetensöverskridande, ställa högre eller lägre krav på när en motpart skall anses ha varit i god tro. Utgångspunkten torde vara att den enskilde är skyldig att känna till de lagregler som är av avgörande betydelse för kommunens kompetens att fatta beslut om att ingå avtal, men att kraven kan ställas lägre om det rör sig om en fysisk person utan tidigare erfarenhet av det kommunala området. Materiella kompetensöverskridanden kan således i dessa fall komma att medföra civilrättsliga ersättningsanspråk.

4.6.2 Överskridande av den personella kompetensen – besluts- och representationskompetens

Innan man försöker avgöra vem som har befogenhet att ingå avtal för kommunens räkning måste man se om kommunen som sådan haft kompetens att ingå avtal på ett visst område eller avseende en viss situation enligt 2:1–2, 2:7–8 och 8:3 b KL, d.v.s. avtalskompetens. Nästa steg blir att avgöra om fullmäktigebeslut erfordrats för att ingå avtalet eller om beslutanderätten tillkommit den som ingått detta, t.ex. genom delegering.

Vem som har kompetens att ingå och underteckna avtal för kommuns eller nämnds räkning bör framgå av den kommunala delegationsordningen.²⁴¹ På samma sätt torde utgångspunkten vad gäller den personella kompetensen vara att det ofta – men kanske inte alltid – är det organ som har *kompetens att fatta beslut* i en fråga som också har rätt att ingå bindande avtal för kommunens räkning, d.v.s. *representationskompetens*. Om den som har kompetens att ingå avtal för kommunens räkning handlar i strid med de instruktioner och riktlinjer som är fastställda, d.v.s. överskrider beslutskompetensen, så blir

239. Enligt den utveckling som ägt rum efter domen har det dock blivit allt vanligare att kreditinstitut börjat kräva olika typer av bekräftelser av att korrekta beslut fattats innan man ingår olika typer av kreditavtal.

240. Se även Ds 1988:52 s. 151.

241. Se även *Hallgren m.fl.* 1997 s. 192.

kommunen ur offentligrättslig synvinkel inte bunden av det avtal som slutits. Som tidigare nämnts kan då godtrosbedömningar ligga till grund för bedömningen av externa rättsverkningar trots konflikt med det offentligrättsliga regelverket.²⁴²

I *NJA 1930 s. 403 (I)* prövades frågor om ett av ett municipalsamhälle fattat beslut att utfärda uppdrag och fullmakt att uppta ett lån upphört på grund av ett senare fullmäktigebeslut och om municipalsamhället, när erforderligt godkännande av KM inte inhämtats, var betalningsansvarigt för lånet. HD fann att banken vidtagit erforderliga åtgärder för att kontrollera fullmaktens giltighet och att municipalsamhället därför var betalningsskyldigt. Det senare beslutet ansågs inte medföra någon begränsning i tiden vad gällde fullmäktigens behörighet i förhållande till banken. I *NJA 1930 s. 403 (II)* besvarades fråga om avtal vid behörighetsöverskridande kan göras gällande till den del det faller inom uppdragsfullmaktens gränser jakande. Kommunen hade till skrädderiidkare lämnat uppdrag att uppta ett amorteringslån på 30 000 kr och ett tillfälligt lån på 10 000 kr. Denne upptog emellertid ett tillfälligt lån om 40 000 kr, som han därefter förskingrade. HD konstaterade att skrädderiidkaren inte varit behörig att å kommunens vägnar uppta det tillfälliga lånet om 40 000 kr, men att den inte kunde undgå betalningsskyldighet för lånet såvitt angick beloppet om 10 000 kr.

I det norska rättsfallet *Rt 1992 s. 1642* hade ordföranden hade genom sitt undertecknande iklätt kommunen en borgensförbindelse till förmån för ett privat företag. Kommunen avvisade därefter betalningsanspråk med motiveringen att något beslut om lånegaranti inte fattats. Ordföranden hade med andra ord lämnat en garantiutfästelse utan att stöd i korrekt beslutsprocess. Rätten fann att ordföranden *saknat rätt att ingå den här typen av avtal* och att han därmed *saknade kompetens att genom sitt avtalsundertecknande förplikta kommunen* och att kommunen därför inte skulle anses vara bunden av utfästelsen. Ordförandens *position* och det sätt varpå *liknande frågor brukade handläggas* talade dock för att kreditgivaren *haft fog för att lita på att allt handlagts i rätt ordning*. Ersättning skulle därför utgå. Kommunen ansågs otvivelaktigt framstå som »närmare til å ta risikoen for lovligheten av sine organers handlinger enn den som fremstår som kommunens medkontrahent». Även om kreditgivaren varit i god tro ansågs att ersättningsbeloppet skulle reduceras med hälften eftersom denne ansågs ha uppträtt oaktsamt genom att *helt förlita sig på ordförandens utfästelse*. Rätten fann att ersättningsreglerna vilar på en självständig grund och att en ersättning inte alls behöver ligga på samma nivå som vad som skulle blivit följden av att ogiltighet inte förelegat och att förpliktelsen fullföljts.

242. Se även *Kleinman 1994–95 s. 968*. Vad gäller doktrin, se t.ex. *Jägerskiöld*, Om allmän förvaltningsrätt. Anteckningar om metodik och rättsåskådning, 1958 s. 42 f.

Även om det är alltså av stor betydelse vem som med stöd av delegering har rätt att med bindande verkan ingå avtal förefaller god tro hos motpart således leda till att kommunen blir civilrättsligt bunden av ett avtal om en företrädare för kommunen, t.ex. en anställd tjänsteman utan stöd av delegationsbeslut eller fullmakt, uppträtt på ett sådant sätt att det för motparten framstår som om denne haft erforderlig befogenhet att företräda och binda kommunen. Vidare torde det vara så att om en myndighets företrädare på ett oaktsamt sätt vilselett medkontrahenten angående kompetensen, och den enskilde avtalsparten på grund av detta låter bli att t.ex. ta del av de föreskrifter eller beslut som reglerar situationen eller inte närmare reflekterade över hur kompetensfrågan skulle tolkas, ersättning kommer att utgå.²⁴³

Kleineman hävdar att ultra vires-doktrinen uppfattning att en juridisk person inte skall bli bunden om en dess ställföreträdare underlåter att beakta de föreskrifter som uppställts till skydd för *rättssubjektets verksamhet* till viss del dröjt kvar inom den offentliga rätten. Genom att det allmänna enligt 3:2 SkL har att ersätta en godtroende tredje man eventuell skada som orsakats på grund av fel eller försummelse vid myndighetsutövning, har dock argumentet för ultra vires-doktrinen upprätthållande försvagats.

»Med det nu anförda betraktelsesättet blir införandet av dessa skadestandsregler inte bara ett ovanligt tydligt bevis på att staten accepterat tanken att låta civilrättslig metod få fäste inom den offentliga rätten utan dessutom den nödvändiga förutsättning som motiverar accepterandet av ett godtroesskydd vid avtalsrättsligt kompetensöverskridande. Reglerna om betydelsen av den goda tron vid ogiltighetsbedömningen korresponderar med culpanormen vid skadestandsbedömningen och blir ett konsekvent civilrättsligt inslag inom den offentliga rätten. Relaterar man dessa komponenter till den renodlat offentligrättsliga principen om den begränsade möjligheten att återkalla ett gynnande förvaltningsbeslut mot den som i god tro utverkat detsamma blir inte heller detta civilrättsliga inslag någon främmande fågel utan ett rättssäkerhetstänkande som står i god överensstämmelse med föreskrifterna om grunderna för vårt statsskick sådana dessa kommit till uttryck i regeringsformen.»²⁴⁴

243. Enligt ABL finns i sådana fall regler om personligt skadestandsansvar för organföreträdare. Sådana regler saknas för statliga ställföreträdarens kompetensöverskridande. Det kunde därför vara stötande om staten ålades ett principalansvar utan att den samtidigt hade möjlighet att utöva regress mot den ställföreträdare som kommit med vilseledande uppgifter. Se *Kleineman* 1994–95 s. 968 f.

244. Se *Kleineman* 1994–95 s. 970 f.

Kleinemans intresselära för ogiltighetsbedömningen samt understrykandet av godtroskriteriet innehåller flera poänger. Genom att ett ersättningsansvar redan föreligger vid fel som begås vid myndighetsutövning ligger det nära till hands att anse att ersättning skall utgå även till skydd för godtroende motpart vid ett kompetensöverskridande avtalsslut. Motparten måste emellertid anses ha en aktivitetsplikt när det gäller att undersöka det offentliga organets kompetens att ingå avtal på området. Har motpart utöver kännedom om beslutet i rimlig utsträckning *givits möjlighet* att ta del av eller i övrigt bort inse innehållet i de *särskilda föreskrifter* som gäller för delegationen bör motsvarande riskfördelning göras avseende dessa. Det torde dock *inte generellt kunna krävas* att den enskilde skall vara tvungen att känna till de anslag som beviljats för verksamheten eller de föreskrifter som finns angående medlens användande.

När det gäller delegering är sådan i vissa fall uttryckligen utesluten, medan det i andra fall är möjlighet att delegera viss beslutanderätt. I det sistnämnda fallet kan enskild alltså inte ur någon bestämmelse utläsa om det är rätt företrädare för kommunen som fattat beslutet. Dessutom är det så att delegationsmöjligheterna ofta utnyttjas och att styrelse och nämnder i många fall därför är de som faktiskt fattar beslut i sådana situationer. Det skulle i enlighet med detta vara näraliggande att anta att kommunen kan bli bunden av ett avtal som ingåtts på grund av beslut av kommunstyrelse eller nämnd, trots att beslutandekompetensen egentligen ligger hos kommunfullmäktige, när *möjlighet till delegation* finns och det *i vart fall inte är ovanligt* att det aktuella organet ingår en viss typ av avtal. I enlighet med detta torde god tro föreligga om kommunens motpart ingått avtal med ett visst kommunalt organ som vid tidigare mellanhavanden mellan parterna enligt delegering getts rätt att fatta beslut om att ingå den aktuella typen av avtal.

Vidare finns det stora skillnader i organisationen mellan små och stora kommuner och det kan därför vara svårt även för ett stort och centralt placerat kreditinstitut att veta om rätt »firmatecknare» undertecknat t.ex. en låneansökan eller om delegeringen utförts på ett korrekt sätt. Det är i dessa situationer inte *funktionellt* att ålägga långivaren en undersökningsplikt vad gäller låneram eller om beslutet om att låna fattats i lagakraftvunnen ordning. Vad gäller kommunala krediter och borgensåtaganden är enligt *Grönfors* en lämplig utgångspunkt är att revers eller borgenshandling för kommunens räkning skall vara undertecknad av behörig firmatecknare och att prövningen skall avse just denna behörighet. Kreditgivaren bör vara *medveten om de inskränkingar som kan finnas* enligt de kommunala kompetensreglerna. Långivaren skall dock inte behöva företa några egna efterforskningar så vida det inte fö-

religger några *särskilda omständigheter* som kan föranlåta detta. På så sätt krävs inte någon granskning av om fullmäktige fattat något beslut att ta upp kredit, att teckna borgen eller verkställighetsbeslut. Att beslutet att uppta krediten eller att bevilja kommunal borgen skett i vederbörlig ordning och att beslutet vunnit laga kraft kan bekräftas av t.ex. kommunens ekonomichef i ett foljebrev. Genom ett sådant förfarande skall långivare kunna förlita sig på det yttre förhållandet utan att behöva göra någon djupare undersökning för att kunna hävda god tro.²⁴⁵

En utgångspunkt är därför att såväl regler om ställningsfullmakt som analogier till aktiebolagsrättsliga firmateckningsregler i vissa fall kan komma att tillämpas på avtal som ingåtts av företrädare för kommun. Det är dock av stor vikt att de kommunalrättsliga reglerna beaktas vid godtrosbedömningen. I vissa fall, t.ex. om den enskilde är bekant med den kommunala organisationen, kan det bli aktuellt att beakta den enskildes goda tro i förhållande till delegationsbeslut. Det kan dock generellt vara att kräva för mycket av den enskilde att denne skall känna till kommunens olika interna beslut. *Grönfors'* modell, där ett foljebrev bekräftar att ett beslut tillkommit i rätt ordning, verkar därför tilltalande och skulle definitivt underlätta en godtrosbedömning, men den förutsätter också »att allt faktiskt skett i rätt ordning», d.v.s. att ett avtalsslut grundar sig på ett formellt beslut, och inte, såsom ibland sker i praktiken, att fullmäktige först i efterhand godkänner ingångna avtal.

Mellan de fall där det av lag framgår att ett visst kommunalt organ har befogenhet att ingå ett avtal, eller där sådan rätt föreligger enligt ett delegeringsbeslut, och fullmaktsförhållanden kan man dock tänka sig oklara situationer, där osäkerhet kan föreligga om vem som har befogenhet att besluta i en viss fråga. Av bl.a. detta skäl, och för att förenkla reglerna och öka förutsebarheten för kommunens medkontrahent, borde det vara en fördel om det förelåg enhetliga bedömningsgrunder med relativt entydiga rättsföljder.

Det avgörande vid godtrosbedömningen torde ta sin utgångspunkt i kompetensen att ingå avtalet i förhållande till det kommunalrättsliga regelverket. Man kan härvid ställa högre eller lägre krav för att en motpart skall anses ha varit i god tro, t.ex. med hänsyn till vem som är kommunens motpart eller till graden av kompetensöverskridande. Har motpart utöver kännedom om beslutet i rimlig utsträckning givits möjlighet att ta del av eller i övrigt bort inse innehållet i de särskilda föreskrifter som gäller för delegationen bör detta bedömas på samma sätt som den enskildes skyldighet att känna till de rättsregler som styr den kommunala verksamheten.

245. Se *Grönfors*, Behörighet vid fullmaktshandlande av en juridisk person, 1997 s. 401.

Även om motparten måste anses ha en viss aktivitetsplikt när det gäller att undersöka det offentliga organets kompetens att ingå avtal på området, torde det inte generellt kunna krävas att den enskilde skall vara tvungen att känna till kommunens olika interna beslut och delegationsordningar, de anslag som beviljats för verksamheten eller de föreskrifter som finns angående medlens användande. Det torde inte vara funktionellt att ålägga enskild part en alltför långtgående undersökningsplikt så länge det allmänna har kompetens att ingå den aktuella typen av avtal.

4.7 Tidpunkten för parternas bundenhet vid avtalsslut

En fråga som kan uppstå till följd av att ett avtalsförhållande påverkas av såväl offentligrättsliga som avtalsrättsliga regler är vid vilken tidpunkt parternas bundenhet inträder – vid avtalsslutet, vid beslut om att godkänna ett avtal eller när beslutet vinner laga kraft? Frågan aktualiseras eftersom det är vanligt att avtal ingås innan ett formellt beslut om att ingå detta har fattats. I stället är det brukligt att infoga en klausul om att avtalet för sin giltighet kräver ett lagakraftvunnet beslut från det kommunala organ som har befogenhet att fatta den aktuella typen av beslut.²⁴⁶

Kommunalrättsliga regler tar ofta sin utgångspunkt i att den kommunala bundenheten tidigast gäller från fullmäktiges beslut, och dessutom kan komma att ändras fram till lagakraftvinnandet, medan avtal gäller från avtalsslutet eller – vid formbundet avtal om köp av fast egendom – från köpehandlingens undertecknande. Frågan torde dock vara av praktisk betydelse vid samtliga tillfällen då ett avtal som ingås av en kommun förutsätter fullmäktiges eller nämnds slutliga godkännande. Även om kommunen i ärenden om köp eller försäljning av fast egendom anses uppträda som enskild, och även skall behandlas som sådan, kan konflikter med offentligrättsliga regler eller synsätt uppstå. Bestämmelserna i de privaträttsliga respektive kommunalrättsliga regelverken har tillkommit för att tillgodose olika syften och *NJA* 1998

246. Ätminstone teoretiskt är lagakraftvinnandeklausuler skyddande. I praktiken är de dock ganska otympliga redskap eftersom parterna kan få vänta i flera år på en slutlig prövning av RegR. Följden av detta kan bli att parterna avstår från att använda sådana klausuler då de inte anser sig ha möjlighet att vänta den långa tid som krävs för att t.ex. invänta regeringsrättsens slutliga avgörande. Se även *Kajiser & Riberdahl* 1983 s. 835. Se dock *Strömberg* 1995 s. 86 f. som påpekat vikten av att kommunens medkontrahent bör tillse att det kommunala beslutet vunnit laga kraft före avtalets ingående.

s. 610 visar bl.a. på svårigheterna vad gäller att bedöma från vilken tidpunkt ett avtal om fastighetsköp får olika rättsverkningar.²⁴⁷

Enligt ett köpekontrakt sålde Solna kommun en del av en fastighet till A. Avtalet undertecknades av kommunalrådet, tillika kommunstyrelsens ordförande, och kanslichefen. Handpenning erlades i samband med avtalets undertecknande. Kommunfullmäktige godkände försäljningen genom lagakraftvunnet beslut åtta månader efter avtalets undertecknande och ansökte ytterligare sex månader senare om lantmäteriförrättning på grundval av köpet. A:s rättigheter och skyldigheter enligt avtalet överläts till P.

P, som vid tidpunkten för ansökan om lantmäteriförrättningen önskade komma från köpet, yrkade vid TR att denna måtte förplikta kommunen att återge handpenningen. P anförde bl.a. att vid försäljning av ett visst område av en fastighet skall tiden för ansökan om fastighetsbildning enligt 4:7 JB räknas från det att *köpehandlingen upprättades* och att köpet därför skulle vara ogiltigt.²⁴⁸ Klausulen om kommunfullmäktiges godkännande skulle enligt P uppfattas som ett suspensivt villkor. Kommunen bestred P:s talan och yrkade att P skulle förpliktas att fullgöra avtalet. Kommunen anförde att situationen när det gäller partsbundenhet är mycket speciell beträffande vem som är har kompetens att fatta beslut. Även om den som undertecknar ett avtal för kommunens räkning kan ses som firmatecknare så räcker inte detta för att bundenhet skall uppstå. Bindande avtal förelåg enligt kommunens mening först när fullmäktige godkänt detsamma. Klausul om krav på fullmäktiges godkännande har juridiskt sett endast en upplysande funktion om att avtalet inte gäller »förrän ett i lagen föreskrivet godkännande av kommunfullmäktige kommit till stånd». Bundenhet för kommunen skulle således inte uppstå genom underskrift och fram till dagen för fullmäktiges godkännande förelåg inget giltigt köp. Någon bundenhet för parterna hade därför inte uppstått innan dess. En köpare skulle därmed ha rätt att så sent som samma dag som fullmäktiges sammanträde ha möjlighet att undvika affären. Det skulle i det här fallet därför inte vara fråga om något suspensivt villkor.

HD fann att fastän de kommunala representanterna *saknat behörighet* att binda kommunen vid fastighetsköpet och kommunen hade obegränsad frihet att tillträda eller förkasta avtalet, fick det anses att det förelegat ett villkorligt köp i den mening som avses i 4:4 JB *när köpekontraktet undertecknades*. Eftersom köpekontraktet inte innehöll något förbehåll om att *köpebrev* eller *annan köpehandling* senare skulle upprättas ansåg HD att sexmånadersfristen enligt 4:7 JB började löpa

247. Se närmare *Madell*, Tidpunkt för kommuns bundenhet vid fastighetsöverlåtelse, 1998–99 s. 649–656.

248. Som skäl för yrkandet hänvisades bl.a. till *NJA 1987 s. 211*. HD fann här att fastighetsköpet var ogiltigt enligt 4:7 JB, eftersom ansökan om fastighetsbildning inte gjorts inom sex månader från köpekontrakts upprättande. Kommunen kunde därför inte utöva sin förköpsrätt och kräva att köpebrev utfärdades, då något giltigt köp inte förelåg.

vid köpekontraktets undertecknande. Köpet ansågs därmed vara ogiltigt eftersom kommunen inte ansökt om fastighetsbildning inom den föreskrivna tiden.

I sina domskäl anför HD angående 4:4 JB bl.a. att ett köp kan slutas under förbehåll om medgivande från en kommunal representation. En avgörande skillnad är dock att fullmäktige i den aktuella fastighetsaffären har att ta ställning till ett avtal som kommunen själv ingått, eftersom det enligt 3:9 KL endast är fullmäktige som kan fatta beslut »i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen».²⁴⁹

HD hänvisar i domskälen även till *NJA 1955 s. 449*. Fallet rörde fråga om villkorligt köp av fast egendom mellan två enskilda parter var ogiltigt när ansökan om vederbörligt tillstånd till fastighetsförvärvet inte gjorts inom föreskriven tid från upprättandet av köpekontraktet. Majoriteten förklarade köpehandlingen vara ogiltig eftersom förvärvstillstånd inte söktes inom föreskriven tid. Justitierådet *Nordström* utvecklade sin talan och anförde att beträffande jordförvärvslagen torde praktiska skäl tala för att fristen borde löpa från köpekontraktets upprättande, eftersom det allmänna har intresse av att tillståndsförfrågans avgörande inte förhållas genom villkor i köpekontraktet. Han ansåg emellertid att det i vissa fall, i likhet med vad gäller för ansökan om lagfart, fanns skäl att göra avsteg från huvudregeln att fristen skall räknas från köpekontraktets undertecknande. Som exempel på sådana fall angavs situationer där den som vid köpekontrakts upprättande företrätt överlåtaren saknat behörighet att sälja fastigheten och överlåtelsen därför skett under förutsättning att erforderligt godkännande sedermera erhålls, »t ex då kommunalt organ sålt en fastighet under förutsättning av fullmäktiges godkännande». I dessa fall ansåg han det vara möjligt att räkna fristen »från den dag då genom godkännandet bindande överlåtelseförklaring från säljaren kommit till stånd. I dessa fall har ju icke ens något villkorligt fång kunnat äga rum förrän erforderliga godkännanden å säljarsidan förelegat.»²⁵⁰ Han tillade dock att, om köpebrev utfärdas, torde ny frist börja löpa från tillkomsten av detta.

Av 4:7 JB framgår att ansökan om fastighetsbildning skall ske inom sex månader från det att *köpehandlingen* upprättades. Samtidigt stadgar KL att det endast är fullmäktige som kan fatta beslut om viktiga ekonomiska frågor som rör kommunen, t.ex. viktigare avtal om köp eller försäljning av fast egendom.

249. Paralleller kan dras till den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen, där godkännande från bolagsstämman i vissa fall anses utgöra ett suspensivt villkor för slutlig avtalsbundenhet i särskilt betydelsefulla fall, när krav på sådant godkännande tagits in i avtal om förvärv av egendom som styrelsen ingått, 2:9 a 1 st. och 2:9 b ABL. Godkännandet skall lämnas inom sex månader för att avtalet inte skall förfalla. Även motpartens bundenhet upphör efter sex månader. Se även *Åhman 1997 s. 917 f.*

250. Se *NJA 1955 s. 449*, s. 461 f.

Om man i likhet med HD helt bortser från frågan om när bundenheten uppstått ur ett kommunalrättsligt perspektiv står det klart att erforderlig ansökan inte skett inom föreskriven tid och att avtalet därmed förfallit. Enligt praxis och doktrin framgår också att *en civilrättslig materiell eller formell brist* torde få anses *medföra att köpet är ogiltigt* även om de kommunalrättsliga förutsättningarna är uppfyllda.²⁵¹ Frågan är därför om kommunens invändning om att tidpunkten skall räknas från fullmäktiges beslut har någon större bäringhet. Endast lagakraftvunna kommunala beslut anses säkerställa parternas ömsesidiga bundenhet, men även *privaträttsliga regler* kan bli av betydelse för rättsförhållandet. »Krävs ... såsom vid fastighetsköp eller aktieteckning särskild form för giltigt avtal blir kommunen icke bunden genom lagakraftvinnandet utan först genom att besluten med iakttagande av formkraven verkställs . . . Betydelsen härav reduceras dock av bruket att under förutsättning av fullmäktiges godkännande underteckna handlingarna redan före beslutets fattande.»²⁵²

Ur ett civilrättsligt perspektiv är det naturligt att avtalet gäller från den dag en firmatecknare som har befogenhet till detta undertecknar ett avtal. Vid rätthabering blir ett avtal giltigt från den dag det undertecknades *under förutsättning* att fullmäktige senare godkänner detta. Föreligger inget fullmäktigebeslut om att delegera beslutanderätt, i en fråga av sådan beskaffenhet att den kräver beslut av fullmäktige, blir därför ett kommunalt beslut att ingå ett avtal enligt kommunalrättsliga regler normalt bindande för kommunen först när beslutet vunnit laga kraft.²⁵³ Problemet elimineras emellertid om ett fullmäktigebeslut föregår själva avtalsundertecknandet då detta i sådana fall kommer att utgöra ren verkställighet. I allmänhet torde det emellertid vid kommunala fastighetsaffärer vara vanligt att avtalet undertecknas innan fullmäktige fattar sitt beslut.

Firmateckning ger således en verkställighets- eller representationskompetens men inte någon beslutskompetens. Detsamma kan sägas gälla inom kommunal förvaltning, där nämndordförandes *rätt att underteckna nämndens handlingar* inte alltid sammanfaller med rätten att för kommunens räkning *fatta bindande beslut i ärendet*. Beslutet måste ha fattats av det organ som har befogenhet till detta och vara protokollfört. Det är *endast* om beslutanderätt-

251. Se t.ex. *RA 1951 I 236*, där RegR undanröjde ett kommunalt beslut på grund av att det stred mot privaträttslig lagstiftning rörande fastighetsköp, och *NJA 1978 s. 389*, där uppsägning som skedde utan iakttagande av 12:58 1 st. JB ansågs vara utan verkan. Se även *Westman 1947 s. 16 f.*

252. Se *Kajser & Riberdahl 1983 s. 633 f.* och där anförd praxis.

253. Se *Marcusson 1993 s. 59.*

ten delegerats till undertecknaren, eller om undertecknandet utgör verkställighet av beslut, som bundenhet inträder. Ur ett kommunalrättsligt perspektiv torde det därför kunna te sig främmande att bundenheten uppstått vid avtalsundertecknandet, eftersom det enligt 3:9 KL endast är fullmäktige som kan besluta i den här typen av ärenden.

En följd av detta skulle också bli att parterna inte är bundna av köpeavtalet innan fullmäktige godkänt köpet – bundenheten uppkommer *först i och med godkännandet*. Om inte fullmäktige godkänt avtalet skulle någon bundenhet över huvud inte uppstått enligt kommunalrättsliga regler.

I *NJA 1977 s. 68*, som rörde godtrosregeln i 17:2 JB, ansågs ett fastighetsköp ha blivit bindande för kommunen *i och med fullmäktigebeslutet*,²⁵⁴ eftersom sådant förbehåll upptagits i köpekontraktet. I ett i fallet avgivet rättsutlåtande hävdar *Hillert* att det generellt vid svävarköp enligt 4:4 JB och krav på lantmäteriförrättning enligt 4:7 JB är så att köpekontraktets undertecknande blir bindande för båda parter så snart formkraven enligt 4:1 JB är uppfyllda, men att situationen blir en annan när en kommun är part. När kommunen förvärvar en fastighet måste det dels föreligga ett *giltigt inköpsbeslut* hos kommunen som står i överensstämmelse med kommunallagen, dels måste de som skriver under köpekontraktet *ha befogenhet att göra detta* i egenskap av »firmatecknare». Skrivs köpekontraktet under utan att någon beslutsmyndighet delegerats till firmatecknaren »uppstår inget giltigt och enligt JB 4:1 formriktigt köp förrän åtminstone kommunfullmäktige fattat beslut om att godkänna inköpet».²⁵⁵ I ett annat i fallet avgivet rättsutlåtande anför *Romson och Kaijser*, att anledningen till att en undertecknad handling av ifrågavarande slag enligt klausul görs beroende av fullmäktiges godkännande är att försöka undvika att kommunen skulle bli ersättningsskyldig om avtalet inte går att genomföra på grund av att fullmäktige inte godkänner avtalet eller att beslutet upphävs genom laglighetsprövning. I målet anfördes besvär över fullmäktiges beslut att i efterhand godkänna det för kommunen redan ingångna avtalet. Besvärsprocessen klargjorde att det kommunala beslutet var rättsgiltigt *från dagen då det fattades* och köpekontraktets giltighet räknades *från dagen för dess ömsesidiga undertecknande*.²⁵⁶

254. Se även *NJA 1992 s. 375*, där kommunen inte ansågs bunden av en såsom letter of intent betecknad handling, som utfärdats av kommunstyrelsens ordförande och kommunens kanslichef, eftersom den saknade stöd i beslut av kommunens fullmäktige.

255. Se rättsfallet s. 74 f.

256. Även i *RÅ 1969 K. 671* ansågs ett avtal i och med fullmäktiges godkännande bli bindande från dagen för undertecknandet. RegR:s majoritet fann att även om kanslichef överskridit sin befogenhet genom att skriva under ett köpekontrakt för kommunens räkning, så utgjorde detta inte något hinder för fullmäktige att, sedan ärendet beretts i laga ordning, godkänna avtalet.

Slutsatsen är därför att *bundenheten* i och med fullmäktiges beslut räknas från dagen för avtalets undertecknande, om inte beslutet skulle upphävas vid en laglighetsprövning. Det är därför också naturligt att – i likhet med HD:s bedömning i NJA 1998 s. 610 – räkna tidsfristen för ansökan om avstyckning från köpekontraktets undertecknande. En liknande fråga aktualiserades vid en överlåtelse av ett kommunalt bostadsföretag.

Täby kommun beslutade den 11 mars 1999 om att uppdra åt kommunstyrelsen att lägga fram ett avtal om försäljning av kommunens samtliga aktier i AB Täbyhus.²⁵⁷ Den 14 juni 1999 undertecknade behöriga företrädare för kommunen ett avtal om överlåtelse av samtliga aktier i bolaget. Enligt en klausul i avtalet stadgades att avtalets giltighet var beroende av att fullmäktige godkände avtalet senast den 31 oktober samma år. Tillträde skulle äga rum den 15 december 1999. Vad som föranledde problem i det aktuella fallet var införandet av lagen (1999:608) om tillfällig minskning av det generella statsbidraget vid avyttring av aktier eller andelar i eller utdelning från kommunala bostadsföretag m.m. Av förarbetena framgår att syftet med lagen var att »motverka att bostadsföretagen säljs ut eller att pengar förs över från bostadsföretagen till annan verksamhet i kommunerna».²⁵⁸ Lagen kom att gälla från den 19 juni 1999, d.v.s. fem dagar efter det att avtalet undertecknades men drygt tre månader innan fullmäktiges godkännande den 23 september 1999. I motiven angavs att en »aktie eller andel skall anses avyttrad när ett civilrättsligt avtal föreligger».²⁵⁹ När fråga om minskning av kommunens statsbidrag till följd av avyttringen skulle prövas aktualiserades frågan vid vilken tidpunkt avyttringen ägt rum – vid avtalets undertecknande eller vid fullmäktigebeslutet, d.v.s. före eller efter lagens ikraftträdande?

I det aktuella fallet var avtalet utformat så att avtalets giltighet skulle inträda vid avtalsslutet men att avtalets giltighet var beroende av fullmäktiges beslut, d.v.s. ett resolutivt villkor. Hade man i stället valt att hålla giltigheten svävande till fullmäktiges beslut den 23 september hade det varit fråga om ett sus-

257. Beslutet överklagades men överklagandet avslogs av Länsrätten, se *Länsrätten i Stockholms län dom 1999-08-31 (Mål nr Ö 3635-99)*.

258. Se prop. 1998/99:122 s. 1.

259. Se prop. 1998/99:122 s. 17.

pensivt villkor. Effekten vid ett godkännande i det sistnämnda fallet hade dock blivit de samma så vida att avtalets rättsverkan i och med godkännandet skulle ha inträtt redan vid avtalsslutet.²⁶⁰ Avtalets rättsverkningar uppkom därför genom de allmänna reglerna om konvalescens och ratihabition redan vid avtalsslutet.²⁶¹

260. Se *Adlercreutz* 1995 s. 101 och s. 228.

261. LSt fann vid sin bedömning att någon minskning av det generalla statsbidraget till kommunen inte skulle göras då avtalet om avyttring av aktierna ansågs ha slutits den 14 juni 1999. Se *Länsstyrelsens i Stockholms län beslut 2000-03-28 (beteckning 2324-00-1688)*.

5 Ogiltighet och tvång avseende kommunens avtalsvillkor

5.1 Frågor om frivillighet och samtycke

Det allmänna kan till följd av sin *traditionella maktposition* hamna i en särskild ställning vid ett avtalsslut. Offentligrättslig ogiltighet hänger samman med kompetensfrågor vid beslutet om att ingå avtalet samt överskridande av offentligrättsliga principer. Som en garanti för den medborgarnas *rättssäkerhet* är enligt *legalitetsprincipen* utgångspunkten att det allmänna i avtal aldrig kan uppställa villkor om krav på prestation, vederlag eller avgift utöver vad man enligt lag har rätt uppställa, t.ex. betalning för att bevilja ett bygglov.²⁶² Således kan ett *samtycke* från enskild heller aldrig bota bristande kompetens hos den myndighet som ingår avtalet. Slutsatsen blir således ur förvaltningsrättslig synvinkel att det allmänna inte har möjlighet att i avtal uppställa villkor som går längre än vad offentligrättslig lagstiftning medger.

Det har till följd av det allmännas särställning av »överhöghet» i förhållande till medborgarna i äldre doktrin förelegat en omfattande skepsis gentemot att använda avtal för att reglera mellanhavande mellan det allmänna och enskilda.²⁶³ Dessa utgångspunkter är dock alltför onyanserade eftersom det allmänna även i stor utsträckning agerar i egenskap av fördelare av välfärd och i stor utsträckning agerar på det civilrättsliga området på i stort sett samma villkor som enskilda. Vid frågan om man verkligen kan tala om avtalsfrihet till följd av parternas styrkeförhållanden bör dock erinras om att även privaträttsliga avtal ofta ingås mellan parter med helt olika styrkepositioner.²⁶⁴

262. För en utförlig beskrivning av frågor om ogiltighet och tvång, se *Madell* 1998 kap. 7.

263. Se bl.a. *Sundberg*, Allmän förvaltningsrätt, 1955 s. 156 f. *Adolphson* 1961 s. 17 och *Bramstäng* 1988 s. 225.

264. Å andra sidan är en tendens i nyare doktrin vad gäller avtalsrätten för övrigt just att den sociala dimensionen lyfts fram. Enligt denna strävar rättsordningen efter att på olika sätt kompensera den svagare parten i ett civilrättsligt avtalsförhållande och sociala skyddsaspekter kan enligt dessa teorier därför till viss del sägas intervensera på avtalsfriheten. Se även *Marcusson* 1993 s. 52 f.

De påtryckningar som det allmänna eventuellt kan tänkas använda kan t.ex. bestå av »hot» om expropriation eller byggförbud om den enskilde inte frivilligt väljer att ingå avtal med kommunen om olika typer av exploateringar. Det är dock svårt att se att sådana villkor som endast ger uttryck för en lagstadgad möjlighet är att anse som ogiltiga och därmed skulle leda till att avtalet inte blir gällande mellan parterna. Det kan knappast ses som en tvångssituation där en kommun i stället för att tvångsinlösa en fastighet ingår ett avtal om fastighetsköp med enskild. Tvångsmomentet ligger i dessa fall så att säga inbyggt i systemet och är sanktionerat med hänsyn till samhällets bästa. Avtalsingäendet innebär bara ett alternativt och snabbare sätt att reglera en situation där lagstiftningen dragit upp de rättsliga begränsningar som gäller för det allmännas rätt att exproprierar i förhållande till medborgarna.²⁶⁵

Det offentlighetsrättsliga regelverket sätter dock en gräns för vilka utfästelser kommunen kan göra i förhållande till enskild avtalspart, t.ex. förbudet mot stödjande av enskild. I det fall det rör sig om offentlig upphandling begränsar även LOU möjligheterna till speciallösningar i det enskilda avtalet. Kommunens möjligheter att ställa hårda krav på motparten minskar också i de fall det är fråga om en anbudsgivning, eftersom det är frivilligt att välja att lämna anbud eller inte. Skulle alltför oacceptabla krav uppställas från det allmännas sida torde antalet lämpliga entreprenörer som är villiga att åta sig uppdraget minska.

Det kan i vissa fall tänkas att en kommun i vissa fall använder sig av ett avtal för att försöka få en starkare bindning av den enskilde än vad som är möjligt utifrån offentlighetsrättsliga regler. En enskild torde i sina kontakter med en myndighet typiskt sett kunna befinna sig i en minst lika underlägsen ställning som när denne i egenskap av konsumenter träder i förbindelse med en näringsidkare.²⁶⁶ Om det allmänna vid avtalsslutet överskrider regelverket kan detta läggas till grund för en bedömning enligt de avtalsrättsliga ogiltighetsreglerna, se t.ex. *NJA 1980 s. 1*. Det civilrättsliga regelverket kompletterar därför i stor utsträckning de rättigheter som en enskild har gentemot det allmänna enligt offentlighetsrättsliga regler.

265. Se ytterst det skydd för äganderätten som grundlagsskyddas enligt 2:18 RF.

266. Se även *Sundberg-Weitman* 1981 s. 288–291.

5.2 Offentligrättsliga begränsningar av kommunens rätt att villkora avtal

5.2.1 Kommunal outsourcing

Vid entreprenader är det vanligt att entreprenadavtalet föreskriver att entreprenören skall utföra den åtagna uppgiften på samma sätt som om kommunen själv ansvarat för driften. Som berörts tidigare anses kommunen, oavsett driftsform, ha kvar huvudmannaskapet för verksamheten.²⁶⁷ Fullmäktige skall därför följa upp och kontrollera verksamheten och se till att den anlitade entreprenören uppfyller sina förpliktelser enligt de lagar och föreskrifter som kan gälla för den aktuella verksamheten, 3:19 KL. I det betänkande som ligger till grund för propositionen om konkurrensen inom den kommunala sektorn²⁶⁸ anför Konkurrenskommittén att man *avtalsvägen* måste skapa garantier för att entreprenören beaktar de regler som allmänt gäller för offentlig förvaltning. Som exempel nämns likhetsprincipen och likställighetsprincipen, objektivitetsprincipen samt de regler som stadgas i förvaltningslagen och sekretesslagen.²⁶⁹ I avtalet med den aktuella entreprenören kan därför kommunen behöva uppställa särskilda villkor för att ålägga denne att beakta samma regler som kommunen hade haft att rätta sig efter om den själv utfört verksamheten. Avgifter för verksamhet som är utlagd på entreprenad tas i regel ut av kommunen. Skulle dock en entreprenör på något område getts rätt att utta avgifter anses det vara viktigt att beakta likställighetsprincipen och att avgifterna är de samma som för en verksamhet som bedrivs i egen regi.

När det gäller avtal som ingås avseende offentlig verksamhet, t.ex. i form av entreprenad, är det svårt att tänka sig att enskild skulle kunna få gehör för att ogiltighet föreligger så länge de verksamhetskrav som uppställs har stöd i offentligrättslig lagstiftning. Avtalsvillkor som anknyter till speciella krav på verksamhetens bedrivande – t.ex. sekretess, öppethållandetider och krav på avgifter – torde därför inte kunna anses vara oskäligen i avtalslagens mening.

Ogiltighet skulle därför vanligtvis endast kunna föreligga om något krav som uppställts i tvingande civilrättslig lagstiftning – t.ex. olika typer av formkrav vad gäller fastighetslagstiftning, uppsägning enligt hyreslagstiftning eller

267. Entreprenören anses dock ha arbetsgivaransvar samt ett självständigt skadeståndsansvar för t.ex. person- och saksador som kan uppstå till följd av verksamheten. Se prop. 1993/94:188 s. 40 f. Se även bet. 1992/93:SoU9 s. 10 och SOU 1996:67 s. 56 f.

268. Se prop. 1992/93:43.

269. Se SOU 1991:104 s. 88 f.

anställningsförhållanden utifrån arbetsrättsliga regler – inte efterlevs. Det torde vid entreprenadavtal vara vanligast att frågor uppkommer om upphandlingen ombesörjts på ett föreskrivet sätt. Någon frihet att välja avtalspart finns inte då upphandling måste ske enligt reglerna i LOU.

5.2.2 Avtal i samband med myndighetsutövning

Som anfördes ovan tillgodoses medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter till stor del av objektivitets- och likhetsprinciperna, men inte heller på det frivilliga området eller inom ramen för mera skönmässigt agerande har en myndighet någon *obegränsad* frihet att själv bestämma om möjligheten att fatta beslut. Som utgångspunkt gäller att enskild inte får gynnas eller missgynnas på grund av dennes politiska eller religiösa uppfattning samt att det offentliga subjektets ekonomiska intressen inte i oskälig omfattning får gynnas eller något annat ovidkommande får vägas in i beslutet.

Även om principen om illojal maktanvändning har sitt viktigaste verksamhetsområde vid myndighetsutövning och vid lämplighetsprövningen av ett beslut som överklagats till förvaltningsdomstol, kan läran i viss utsträckning även få betydelse när det allmänna ingår avtal. I likhet med vad som sagts ovan torde de regler som ger det allmänna kompetens att vidta olika typer av förvaltningsåtgärder också ange de gränser som rättsordningen sätter för myndighetsutövningen. Det torde stå klart att det allmänna inte kan över-skrida dessa gränser genom att använda sig av avtal. Illojal maktanvändning skulle således kunna föreligga om myndighet genom att hota med tvångsmedel förhandlar till sig fördelar som inte hänger samman med den lag som ligger till grund för förhållandet, t.ex. vid expropriation eller vid beviljande av bygglov. Vid laglighetsprövningen av ett kommunalt beslut sätter i första hand legalitetsprincipen och de kommunala kompetensreglerna gränserna för vilka prestationer kommunen kan kräva vid ett avtals ingående.

Även om allmän domstol har möjlighet att se till offentligrättsliga principer vid sin bedömning så är det dock högst troligt att ett mer civilrättsligt synsätt anläggs.²⁷⁰ Förutom att det privaträttsliga regelverket tillgodoser den enskildes skyddsbehov kan det allmänna vid avtalets ingående ha överskridit de lagliga ramarna för sitt handlande. Läran om illojal maktanvändning kan därför indirekt komma att tillämpas genom att allmän domstol bedömer att

270. Se t.ex. *NJA* 1998 s. 610 och *NJA* 1998 s. 656 (I).

rättsstridigt tvång föreligger enligt avtalsrättsliga regler till följd av överskridande av offentlighetsrättsliga regler eller principer.²⁷¹

För avtalspart som önskar att avtalet jämkas därför att han eller hon anser det vara oskäligt i något avseende, eller om någon klausul i avtalet är tvistig, är endast en prövning i allmän domstol möjlig.²⁷² Förutsättningarna för en nyanserad bedömning torde dock vara relativt stora vid en tvistemålsprocess, eftersom såväl de offentlighetsrättsliga förutsättningarna för avtalet som avtalsrättsliga ogiltighetsregler kan läggas till grund för bedömningen.

5.2.3 Offentlighetsrättslig ogiltighet enligt praxis

Från förvaltningsrättslig praxis föreligger bl.a. följande exempel på när det allmänna överskridit det offentlighetsrättsliga regelverket genom att ställa oskäliga eller ovidkommande krav på den enskilde motparten.

I *RÅ 1968 ref. 8* hade stadsfullmäktige i Östhammars kommun bemyndigat drätselkammaren att träffa avtal med exploatörer av områden för fritidsbebyggelse att till staden betala 400 kr per tomt som bidrag till anordningar för fritidsändamål. Beslutet upphävdes av RegR efter besvär med motivering att det innebär att staden, av exploatörer av områden för fritidsbebyggelse, försökte utkräva särskilda avgifter som skulle täcka kostnaderna för vissa allmänna kommunala angelägenheter. Fullmäktige kunde inte utan lagstöd införa ett sådant avgiftssystem, även om avgifterna skulle betalas till kommunen på grund av formellt frivilliga åtaganden.

I *RÅ 1975 Ab 487* hade kommunfullmäktige beslutat godkänna ett genomförandeavtal enligt vilket en exploatör förband sig att vid kommande tomtförsäljningar ålägga förvärvarna att till kommunen årligen betala en avgift avseende kostnader för en gemensam badplats. RegR upphävde beslutet eftersom kommunen inte heller här hade lagstöd för att införa ett dylikt avgiftssystem och därmed hade överskridit sin befogenhet.

RÅ 1978 2:36 påminner om *RÅ 1968 ref. 8*. En kommun hade genom avtal med en exploatör betingat sig en exploateringsavgift. Fullmäktiges beslut hade dessutom vunnit laga kraft. RegR resonerade på samma sätt som tidigare, men gjorde även ett uttalande som ger upphov till viss osäkerhet om den *civilrättsliga bundenheten* till följd av ett avtal om en olaglig avgift.²⁷³ Utslaget bör dock inte

271. Se t.ex. *NJA 1980 s. 1*.

272. Se även bl.a. *Strömberg 1995 s. 86 f.* och där anförd praxis.

273. RegR:s majoritet anförde att det inte kunde uteslutas att bolaget var civilrättsligt bundet av åtagandet i avtalet, oavsett om det kommunala beslutet var kompetensöverskridande eller inte. Det klandrade beslutet ansågs därför inte ur rättslig synvinkel vara uppenbart felaktigt.

uppfattas som någon avvikelse från principen att kommunen genom avtal inte får utkräva exploateringsavgifter utan stöd av lag.

Liknande utgång har blivit följden när kommunen inte iakttagit den kommunala likställighetsprincipen. Kommunstyrelsens arbetsutskott i Kalix kommun godkände i november 1997 nyttjanderättsavtal med fyra personer som gav dem rätt att inneha båtbygga vid ett vattenområde som tillhörde en av kommunens fastigheter. I avtalen stadgades en avgift för nyttjande av båtplats vid bryggan. Kommunen hade också bryggavtal med andra personer, dock utan avgift. Vid överklagandet anfördes att kommunen avtalat med 18 personer om nyttjanderätt till bryggor med båtplatser på kommunägd mark utan avgift och att ett flertal kajer utan avtal fanns i kommunen. Kommunen hävdade i länsrätten att avgiftsuttagen var riktiga, eftersom övriga båtplatsinnehavare i samma område accepterat villkoren genom avtal med två bryggföreningar. Kommunen anförde också att villkoren skulle komma att införas när gamla avtal förnyas. Kammarrätten konstaterade att kommunen är skyldig att behandla sina medlemmar lika om det inte finns sakliga skäl för annat. Kammarrätten gav kommunen möjlighet att svara på överklagandet, men kommunen avstod. Därför godtogs klagandenas uppgifter om särbehandling. Kommunen ansågs alltså ha frångått likställighetsprincipen utan att ange några sakliga skäl för detta. Kammarrätten upphävde därför kommunstyrelsens arbetsutskotts beslut.²⁷⁴

En slutsats som kan dras av det redovisade materialet är att det allmänna inte har någon möjlighet att i avtal uppställa villkor som *går längre än vad offentligrättslig lagstiftning medger*.

Det allmänna har, som tidigare nämnts, möjlighet att utnyttja avtalet som en möjlighet att utöva offentlig kontroll. Lagstiftaren står ju faktiskt, om inte ett visst förfarande är föreskrivet eller om det strider mot de offentligrättsliga principerna, fri att välja rättsligt medel för uppnåendet av de mål som ställs upp. Däremot har det allmänna i regel ingen möjlighet att välja avtalsformen om ett speciellt förfarande föreskrivs i författning. Stat och kommun kan därför endast, om inte möjlighet till detta givits i författning, reglera en företeelse genom avtal istället för genom förvaltningsbeslut inom ramen för sitt fria skön. Vidare kan det allmänna använda sig av avtal för att nå syften som närmast är att betrakta som administrativa. Genom att ställa upp olika avtalsvillkor kan myndigheten därmed utöva ett tvång, liknande det som förekommer vid myndighetsutövning. Som exempel kan nämnas bostadspolitiken, där stat och kommun uppställer villkor för att bevilja förmånliga krediter och lån.

274. Se *Kammarrättens i Sundsvall dom 1999-06-23 (Mål nr 1983-1998)*. Målet överklagades inte.

Detsamma gäller vid upplåtelse av tomträtt, där stat och kommun kan ställa krav på fastighetens begagnande.²⁷⁵

Ett avtal av det här slaget har *delvis andra förutsättningar än ett civilrättsligt avtal*. Om inte parterna kan enas, skulle det mål som det allmänna föresatt sig att uppnå nämligen kunna genomdrivas med tvångsmedel. Sedan avtalet väl slutits, framstår det emellertid som ett rent civilrättsligt sådant, och är i princip underkastat vanliga avtalsrättsliga regler. Allmän domstol skulle där- efter kunna pröva tvister om avtalets tillämpning.²⁷⁶

I *RA 1997 ref. 66* var fråga om Linköpings kommun ägt ta ut planavgift enligt taxa utan att beakta de kostnader ett bolag, till följd av exploateringsavtal, haft för planläggningen och om kommunen därmed handlat i strid med likställighetsprincipen, eftersom andra byggherrar endast behövt betala planavgift enligt taxa trots att planläggningen i sin helhet bekostats av kommunen. Bolaget hade utöver planavgiften om 55 267 kr, för byggnadsnämndens kostnader, enligt exploateringsavtalet även betalat en extra administrationskostnad om 50 000 kr till fastighetsnämnden samt 148 310 kr till en av bolaget anlitad fristående konsult.

Såväl Boverket som Svenska kommunförbundet avgav yttranden i målet. Båda ansåg att exploateringsavtalet borde ses som ett civilrättsligt avtal som endast reglerade förhållanden som rörde själva genomförandet och att frågan om kostnaderna för framtagandet av planen inte berördes i avtalet. Planavgiften borde därför enligt kommunförbundet skiljas från de i exploateringsavtalet gjorda överenskommelserna, vilka ansågs vara av en helt annan karaktär och falla på andra delar av den kommunala verksamheten, nämligen fastighetsnämnden. Kommunförbundet anförde vidare att administrativ domstol inte i efterhand borde kunna gå in och ändra »mellan parterna träffade överenskommelser vilka saknar samband med den offentlighetsrättsliga lagstiftningen». RegR fann dock att planavgiftsuttaget stred mot den likställighetsprincip som skall ligga till grund för tillämpningen av den taxa enligt vilken planavgift skall tas ut, eftersom bolaget, trots att det svarat för kostnader om drygt 140 000 kr för utarbetandet av detaljplaneförslaget, fått betala lika stor planavgift som andra byggherrar i motsvarande situation. Planavgiften reducerades därför, i enlighet med bolagets yrkande, med 75 %.

Avgörandet torde till viss del ligga i linje med vad som tidigare anförts, nämligen att enskild genom avtal inte kan förplikta sig att erlagga mer än vad som kommunen med stöd av lag eller offentlighetsrättsliga principer har möjlighet att kräva. I det här fallet förelåg således ett åsidosättande av likställighetsprincipen, då enskilda i samma situation behandlades olika. I andra fall kan man dock, i likhet med Boverket och kommunförbundet, argumentera för att ex-

275. Se *Hellner* 1993 s. 41.

276. Se *Sandgren*, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten, 1993 s. 110.

ploateringsavtalet bör särskiljas från de administrativa kostnader som framkommer i samband med kommunens framtagande av planen, om inte dessa kostnader uttryckligen regleras i avtalet eller i ett särskilt plankostnadsavtal.

Något stöd för att det allmännas avtalsfrihet skulle utvidgas genom ingåendet av ett avtal i stället för att fatta ett ensidigt beslut kan inte anses föreligga utan särskilt lagstöd. Tvärtom torde det allmännas handlingsfrihet vid ett avtals slutande vara mer *begränsad* än den enskilda partens i och med de offentlighetsregler som reglerar dess verksamhet och som kan begränsa möjligheterna att fritt välja avtalspart. En annan sak är dock att en kommun kan bli bunden av ett kompetensöverskridande beslut om att ingå ett avtal om detta vunnit laga kraft.

Även JO har vid några tillfällen fått anledning att bedöma giltigheten av villkor i genomförandeavtal. I *JO 1977/78 s. 371* hade en kommun som villkor för att avge ett tillstyrkande yttrande i ärende om bygglov för icke statligt belånade bostadshus krävt att byggherren skulle sluta avtal med fastighetskontoret.²⁷⁷ Enligt detta förband sig byggherren att vid husens försäljning »icke utta högre försäljningspris än vad fastighetskontoret bedömt skäligt på basis av de av byggherren ingivna handlingarna». Kommunens motprestation var att meddela ett positivt yttrande i frågan. JO fann kommunens tillvägagångssätt olämpligt och anmärkningsvärt men ansåg inte att någon anmärkning borde riktas mot kommunen.²⁷⁸

I *JO 1982/83 s. 385* uppkom fråga om en kommun som förutsättning för dispens från bl.a. nybyggnadsförbud i avvaktan på stadsplan haft rätt att uppställa bygglovssökandes undertecknande av avtal med villkor om marköverlåtelse och betalning av framtida gatukostnader. Beslutet rör tre olika klagörenden där det som villkor för att bifalla ansökningar om dispens och bygglov uppställts krav på att de sökande skulle ingå ett särskilt avtal med kommunen.

JO fann att byggnadsnämnden givetvis är oförhindrad att underrätta sökanden om de förutsättningar som enligt nämndens mening måste vara uppfyllda för att en ansökan skall kunna bifallas. Något hinder mot att använda sig av avtal för att

277. Enligt gällande lagstiftning var länsarbetsnämnden beslutande myndighet. Kommunerna hade under handläggningen rätt att yttra sig över den ordning enligt vilken ansökningarna skulle bifallas.

278. Se dock *Ragnemalms* kritik mot JO:s resonemang. »Det är icke svårt att föreställa sig de allvarliga konsekvenserna, om detta förfarande mera allmänt . . . vinner insteg. Kombinationen yttrande/avtal är i sig äventyrlig. Det förefaller angeläget att kommunens kompetens att sluta avtal på olika områden klarare separeras från förekommande yttranderätt i olika offentlighetsreglerade ärenden.» Se *Ragnemalm*, Allmän plats. Om samspelet mellan politirätt, privaträtt och socialrätt, 1978 s. 32. Kommunen använde i fallet sin yttranderätt till att förmå den enskilde att underteckna ett avtal om ett bestämt högsta försäljningspris; något som saknade författningsstöd. JO förefaller ha grundat sin motivering på att yttrandet i sig inte utgjorde myndighetsutövning eftersom kommunen inte var beslutande myndighet.

precisera villkoren finns inte. Det är dock av stor vikt att nämnden i dessa fall underrättar sökandena om att saken avgörs genom nämndes beslut i frågan och att detta beslut är överklagbart. En förutsättning för att villkoren skall kunna godtas är dock att de är förenliga med bygglagstiftningens syften. För att kunna accepteras måste ett dispensvillkor vara av sådan karaktär att en dispensansökan kan avslås om en sökande inte åtar sig att uppfylla det. Det ansågs därför inte finnas något underlag för kritik mot att villkor om marköverlåtelse togs in i avtalen, där syftet var att åstadkomma en lämpligare utformad fastighet utifrån gällande byggnadsplan och framtida stadsplan. En vägran från den sökandes sida att godta villkor av den här typen torde kunna åberopas som grund för ett avslag på en dispensansökan. Någon kritik ansågs därför inte böra uttalas med anledning av att avtalet innehöll villkor av det aktuella slaget.

När det sedan gäller villkoren för betalning av gatukostnader ansåg JO för det första att det var tveksamt om byggnadsnämnd hade möjlighet att avslå dispensansökningar av det här slaget bara på grund av att sökandena ännu inte hade några skyldigheter angående eventuella *framtida* gatukostnader eller att de vägrat åta sig några sådana skyldigheter, eftersom skyldigheten att betala gatukostnader enligt gällande lagstiftning endast var tillämplig inom stadsplanerat område. Något stöd för att nämnden skulle kunna använda sig av ett byggnadsförbud för att förmå fastighetsägarna att göra några särskilda utfästelser rörande gatukostnader, för att därigenom underlätta ett plangenomförande, ansågs inte finnas. Genom avtalen har sökandena förbundit sig att betala exploateringskostnaderna långt innan någon betalningsskyldighet inträtt enligt lagstiftningen. De avtalsvillkor som uppställts i de aktuella fallen har därför enligt JO:s bedömning lett till att fastighetsägarna tvingats åta sig skyldigheter som »går klart utöver vad som kan åläggas dem med stöd av byggnadslagens regler angående sådana kostnader». De var därför inte förenliga med lagstiftningen och nämnden hade därför inte rätt att förelägga sökandena dessa villkor.²⁷⁹

Oavsett vad det enskilda genomförandeavtalet reglerar så måste det, i likhet med det förvaltningsrättsliga området i övrigt, vara så konstruerat att avtalet

279. Ett fastighetskontor hade under flera år upprättat genomförandeavtal med ett antal fastighetsägare inom ett gatukostnadsområde. Enligt avtalet skulle fastighetsägarna betala visst belopp i s.k. exploateringsbidrag. I gengäld befriades de från skyldigheten att ställa säkerhet och att erlägga ersättning för gatukostnader. När gatorna färdigställdes visade det sig att den faktiska kostnaden blivit lägre än beräknat. Flertalet fastighetsägare hade erlagt avgift enligt vad som ursprungligen beräknats, från 35 100 kr till 41 200 kr, medan de övriga erlade sin avgift efter det att den faktiska kostnaden sammanställdes. Deras vederlag uppgick till 29 500 kr. I *RÅ 1995 ref. 90* begärde de fastighetsägare som erlagt för mycket ersättning återbetalning av mellanskillnaden. Kommunen avvisade kraven. RegR fann att beslutet enligt 13:1 2 st. PBL inte ansågs överklagbart, eftersom exploateringsavtalets innebörd ansetts gälla fastighetsägarnas skyldighet att ersätta gatukostnader. Enligt 15:8 1 st. PBL skall sådana tvister prövas av fastighetsdomstol.

inte i något avseende får åsidosätta offentligrättsliga bestämmelser på området. Inte heller får en kommun kräva att den enskilde utför något som kommunen är förbjuden att kräva utifrån den förvaltningsrättsliga lagstiftningen. Reglerna i PBL och övriga förvaltningsrättsliga principer sätter alltså gränserna för vad som kan avtalas, även om det finns stor frihet att i avtalen reglera sådan som inte närmare preciseras i plan- och bygglagstiftningen.

Även om den enskilde kan anses ha stora möjligheter att påverka avtalsinnehållet torde kommunen ändå ha ett övertag genom planmonopolet. Det kan därför föreligga viss risk för att kommunen genom avtalet försöker pressa fram krav som saknar lagstöd och att kostnader på ett orättmätigt sätt kommer att belasta exploitören. *Hornsved* framhåller att det i verkligheten utvecklats en gräzon där det anses möjligt att exploitören gör något *större åtaganden än vad denne enligt lagstiftningen är skyldig att göra*. En följd av detta blir då att det i praktiken utvecklats en praxis som inte helt följer de krav som uppställs i lagstiftningen. Han menar därför att det inte är »möjligt att med full säkerhet ange var gränsen för det tillåtna går i verkligheten».²⁸⁰

Det finns dock inget hinder mot att åberopa ogiltighetsreglerna i avtalslagen och enligt gällande lagstiftning torde det vara fullt möjligt att bestämma gränsen för vilka krav kommunen kan ställa på byggherren. Problemen torde dock i första hand uppstå vad gäller efterlevnaden av lagen och möjligheterna att kontrollera denna, eftersom det inte torde vara särskilt vanligt att motparten väcker talan.²⁸¹ I och med att exploitören oftast *själv har ett intresse* av att exploateringen genomförs kan denne acceptera att förplikta sig i större utsträckning än vad som egentligen är möjligt enligt gällande lagstiftning. Det är därför heller inte särskilt troligt att han skulle *väcka talan* med anledning av de extra kostnader han ålagts, och därmed riskera att exploateringen inte genomförs. I det avseendet kan således en kommun sägas vara en så stark avtalspart att den genom att erbjuda ett nog stort »byte», i praktiken kan binda enskild utöver vad gällande rätt tillåter. I denna och liknande situationer uppstår även ett förhållande där en giltighetsbedömning kan skilja sig åt beroende på vilket förfaringsätt som valts. Det kan därför ur rättslig synpunkt t.ex. bli olika bedömningar av rättsläget beroende på hur ett s.k. överuttag redovisas i avtalet.

280. Se *Hornsved*, Exploateringsavtal för fritidsbebyggelse på privatägd mark (EFP 91), 1991 s. 16. Se även SOU 1996:168 s. 335.

281. Se även *Miller*, Genomförandevalt i exploateringsprocessen – med särskild inriktning mot föravtal, 1993 s. 32, s. 36 och s. 44.

5.3 Civilrättsliga begränsningar av kommunens rätt att uppställa avtalsvillkor

Eftersom ett överklagande av ett kommunalt förvaltningsbeslut endast avser lagligheten prövas därmed inte de avtalsrättsliga konsekvenserna. Avtalets privaträttsliga rättsverkningar kan däremot komma att prövas i allmän domstol. Sålunda kan det t.ex. bli fråga om såväl förvaltningsrättslig som civilrättslig domstolsprövning i de fall ett kommunalt beslut om att ingå avtal upphävts vid laglighetsprövning. I allmän domstol prövas i första hand de civilrättsliga aspekterna på avtalsförhållandet, t.ex. rätten till ersättning om kommunen inte kan förpliktas att fullgöra avtalet, men även förvaltningsrättens ogiltighetsbestämmelser, t.ex. vad gäller illojal maktanvändning kan komma att aktualiseras vid bedömningen.

Det råder relativt stor enighet om att *samma regler och principer som mellan privaträttsliga avtalsparter* bör tillämpas på de privaträttsliga avtal som det allmänna ingår. Vissa speciella problem kan emellertid uppstå på grund av att det allmännas verksamhet regleras av speciella stadganden, att dettas ställning som avtalspart ofta är stark och att det därför har möjlighet att utöva påtryckningar mot sin motpart genom exempelvis expropriationshot, och att det kan använda offentlig makt för att åstadkomma rättsverkningar som påverkar avtalsslutet. Som exempel kan nämnas att en kommun förmår en markägare att sälja ett område genom att hota med expropriation. Om köpet visat sig vara oförmånligt för säljaren kan denne vilja få detta upphävt genom att hävda att expropriationshot använts. För att avtalslagens regler skall kunna tillämpas måste dock hotet vara reellt. Man kan i dessa situationer tänka sig att det kan finnas grund för hävning av köpet.²⁸² Frågan blir beroende av vad det allmänna kunnat kräva enligt den offentligrättsliga lagstiftningen. Har inte denna överträtts kan det vara svårt att med framgång hävda köpets återgång eller att skadestånd skall utgå. Det skulle därför inte räcka med att kommunen enbart hänvisat till expropriationsmöjligheterna under köpeförhandlingarna. En jämförelse bör därför göras med vad som gäller för att de som företrätt kommunen *vid sin myndighetsutövning* skulle anses ha handlat så att de kan dömas till straff för tjänstefel enligt 20:1 BrB eller att skadestånd skall utgå till följd av fel eller försummelse vid myndighetsutövning enligt 3:2 SkL.

Det torde vid de flesta typer av avtal som ingås mellan det allmänna och enskilda vara så att någon tvångssituation inte kan sägas föreligga. Även om en enskild i vissa fall upplever en relation som mer eller mindre tvångsmässig

282. Se Nordiska juristmötet 1978 s. 370.

till följd av det allmännas möjligheter att ensidigt utforma avtalsvillkoren, kan det dock inte anses utgöra tvång att det allmänna avtalsvägen utnyttjar de befogenheter det ålagts enligt lag.

Avtal, som det allmänna träffar på t.ex. plan- och bygglagstiftningsområdet, är ofta *kopplade till offentliga maktbefogenheter*, vilket leder till att både avtalens *giltighet* och *tolkningen av dem* kommer i en särskild dager vid en prövning i allmän domstol. Ett exempel på detta visas av utgången i *NJA 1980 s. 1*.

Askims kommun hade vid ingående av ett genomförandeaftal med två ägare av skilda fastigheter krävt att ägarna åtog sig solidariskt ansvar för fullgörande av avtalet och *angett det solidariska ansvaret som villkor* för att byggnadslov skulle kunna erhållas. I målet begärde kommunen att motparten solidariskt skulle utge skadestånd och vite enligt avtalet för försenad prestation och att solidariskt ansvar ansågs vara underförstått i den här typen av avtal. Bolaget bestred yrkandet och gjorde gällande att, om genomförandeaftalet skulle anses innebära solidariskt ansvar, så hade bolaget blivit rättsstridigt tvingat därtill enligt 29 § AvtL. Kommunen hade som absolut villkor ställt krav på att exploateringen skulle vara samordnad. Dessutom hade kommunen, enligt bolaget, framhållit att bolaget inte skulle erhålla något byggnadstillstånd om exploateringsavtalet inte undertecknades. Frågan om solidariskt ansvar hade dock inte antytts.

Hovrätten fann att det på grund av rådande praxis fick anses godtagbart att kommunen avtalsvis ålade markägare att fullgöra förpliktelser som motsvarar vad som kunnat åläggas honom med stöd av lag. »Det är emellertid uppenbart att det principiella förbudet mot att förbinda byggnadslov med villkor inte får kringgås på det sättet att kommunen såsom i detta fall i ett avtal tar in villkor som inte eljest är tillåtna. Att kommunen saknar rättslig möjlighet att föreskriva, huru dess byggnadsnämnd skall avgöra ärenden om byggnadslov, är i detta sammanhang utan betydelse.» HovR:s majoritet fann därför att kommunens talan skulle lämnas utan bifall.

HD ansåg att avtalet innebar att de enskilda parterna iklätt sig ett solidariskt ansvar för gjorda åtaganden. Byggnadsnämnden hade yttrat sig i ärendet och dessutom föreslagit att exploateringen skulle samordnas. Kommunen ställde dessutom som krav för byggnadslovet att bolaget skulle underteckna ett avtal som omfattade även den andra fastigheten. Kommunen ansågs ha utnyttjat sin offentliga makt, genom att hota att inte bevilja bygglov, till att skaffa sig ett fördelaktigt avtal. Detta ansågs enligt HD utgöra rättsstridigt tvång enligt 29 § AvtL, då villkoret om solidariskt ansvar stred mot byggnadslagstiftningens syften. Avtalet föll i och för sig utanför lagstiftningen, men uppnåddes som *en följd av* kommunens maktbefogenheter enligt lagen. Enligt byggnadslagstiftningen hade byggnadsnämnden möjlighet att under vissa angivna förutsättningar, bl.a. samtycke, rätt att infoga vissa villkor för att bevilja bygglov. Detta ansågs få till följd att byggnadsnämnden inte utan lagstöd, ens med sökandens samtycke, fick villkora myndighetsutövning

på det sätt som gjordes. Hovrättens bedömning, som HD hänvisade till, grundade sig på att *möjliga villkor för bygglov fastställts i lagen* och att därför inga andra villkor ansetts lagliga.

Rättsfallet är mycket centralt och visar att allmän domstol i ogiltighetsbedömningen av ett avtal enligt 29 § AvtL kan beakta det offentlighetsreglerverket och göra en egen bedömning av om detta överskridits. Ett överskridande av offentlighetsregler kan således leda till att ett avtal även blir ogiltigt enligt det avtalsrättsliga regelverket. Fallet belyser det faktum att även om ett förvaltningsbeslut inte överklagats kan en prövning göras av gränserna för de krav en myndighet har rätt att uppställa för att bevilja ett tillstånd. Att ett avtal ingåtts kan i dessa fall – utöver ett överklagande av förvaltningsbeslutet – ge den enskilde ytterligare en möjlighet till kontroll av kommunens maktbefogenheter. Skulle ogiltighetsfrågan ha prövats i förvaltningsdomstol torde dock allmän domstol lägga dess bedömning till grund för frågan om vilka civilrättsliga rättsverkningar avtalet grundar.

Självva tvänget utgjordes i det här fallet av det faktum att kommunen uppställde villkor för att bevilja byggnadslov utan att lagstöd för detta förelåg, även om avtalet uppnåddes som en följd av kommunens maktbefogenheter enligt plan- och bygglagstiftningen. Byggnadsnämndens befattning med bygglov utgör myndighetsutövning, och kommunen utnyttjade här sin offentliga makt, genom att hota att inte bevilja sådant, till att skaffa sig ett fördelaktigt avtal. Det är alltså kringgåendet av en offentlighetsprincip som gör förfarandet olagligt i den civilrättsliga bedömningen.

Det kan sålunda även enligt civilrättslig praxis konstateras att stat och kommuner generellt saknar möjlighet att genom avtal ålägga motpart mer långtgående förpliktelser än vad som är möjligt enligt indispositiv lagstiftning.²⁸³ När det däremot gäller de närmare villkoren, torde det allmänna i viss utsträckning ha frihet att precisera de krav som skall gälla för verksamheten. En begränsning skulle i så fall vara om något krav som uppställts i civilrättslig lagstiftning inte efterlevs – t.ex. formkrav om verksamhet skall bedrivas i lokal som det allmänna avser överlåta till enskild och lokalen överläts på ett inkorrekt sätt.

283. Även det allmänna torde i vissa typer av avtal, i samma utsträckning som enskilda, få avvika från dispositiva regler, även om det innebär att motparten åläggs längre gående förpliktelser än enligt civilrättsliga lagar som innehåller dispositiva regler, t.ex. vid köp enligt köplagen och de regler som gäller för avlämnande. Att sedan vissa offentlighetsregler och principer i vissa fall kan tänkas inskränka möjligheterna till avtalsslut är en annan sak.

5.4 Närings- eller marknadsrättsliga ogiltighetsregler

Det är inte bara förvaltnings- och privaträttsliga ogiltighetsregler som kan aktualiseras när det allmänna uppträder som avtalspart. Även närings- eller marknadsrättsliga begränsningar måste beaktas. Sålunda kan såväl lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, AVLK, som lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, AVLN, komma att aktualiseras. Föredraganden anför i propositionen om avtalsvillkor mellan näringsidkare att lagen omfattar avtalsvillkor som används av statliga eller kommunala organ i de fall där dessa bedriver näringsverksamhet.²⁸⁴

Avtalsvillkor som lägger bestämmandet i viktiga hänseenden i den ena avtalspartens hand, såsom tiden för ett anbuds eventuella godkännande, obegränsad leveranstid, frihet att själv bedöma leveranstider etc. anses praktiskt taget alltid vara oskäligen. Andra klausul typer som ligger i riskzonen för att bedömas som oskäligen är t.ex. förfallo-, friskrivnings-, vites-, förverkande- och skiljeklausuler.²⁸⁵

En kommun har ansetts vara näringsidkare vid en upplåtelse av tomträtt. I MD 1979:4 prövades giltigheten av en friskrivningsklausul som lød: »Tomträttshavaren godtagger fastighetens nuvarande skick och avstår med bindande verkan från alla anspråk mot kommunen p.g.a. rådande markförhållanden. . . . eller väsentligen samma villkor» ansågs utgöra oskäligt avtalsvillkor enligt avtalsvillkorlagen, eftersom det aktuella villkoret gentemot konsumenten var i total »avsaknad av den balanserade ansvarsavvägning som bör råda mellan avtalsparter». Det påpekades att kommunen i egenskap av upplåtare av tomträtter till konsumenter är att betrakta som näringsidkare i avtalsvillkorlagens mening men att den såsom offentligrättsligt organ pålagts långtgående uppgifter när det gäller planläggning och exploatering av mark inom sitt område.

I MD 1985:16 förbjöd MD med stöd av AVLN Göteborgs kommun, på talan av fastighetsägareförening, att vid vite tillämpa vissa leveransvillkor för leverans av fjärrvärme, vilka gav kommunen rätt att *ensidigt ändra eller göra tillägg i villkoren under löpande avtalsperiod*. MD skrev i domskälen att det måste »anses principiellt felaktigt att den starkare parten i ett avtalsförhållande förbehåller sig en omfattande rätt att *ensidigt ändra avtalets innehåll*. . . . De kommunalrättsliga regler och principer som kommunen åberopat kan visserligen utgöra ett visst skydd för abon-

284. Se prop. 1983/84:92 s. 11 f.

285. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 1995 s. 289 f. se även Adlercreutz, Avtal. Lärobok i allmän avtalsrätt, 1993 s. 97 f.

nenterna, men detta *medför inte att avtalsvillkoret blir godtagbart.*²⁸⁶ I förbehållet om ensidiga ändringar ingick även ett förbehåll om att höja taxan. Om detta villkor skrev MD att det »får förutsättas att obefogade avgiftshöjningar hindras genom att kommunen är skyldig att iaktta självkostnadsprincipen. Mot bakgrund av det anförda framstår möjligheten att ändra taxan inte som oskäligen mot berörda fastighetsägare.»²⁸⁷

Utgången förefaller vara rimlig. En kommun torde i lika liten utsträckning som andra avtalsparter ha möjlighet att uppställa avtalsvillkor där den förbehåller sig rätten att under löpande avtalsperiod ensidigt ändra avtalsvillkoren. Samtidigt föreligger inget hinder mot att under avtalsperioden höja taxa som det enligt lag åligger fullmäktige att fastställa.

Vidare kan kommunens verksamhet aktualisera marknadsrättsliga bestämmelser. Marknadsföringslagen (1995:450), MFL, har till syfte tillgodose såväl konsumenters som näringsidkares intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka otillbörlig marknadsföring mot dessa grupper, 1 § MFL. För det allmännas del torde den främst vara tillämplig när det *i egenskap av näringsidkare* i sin affärsdrivande verksamhet tillhandahåller eller upphandlar produkter i form av varor, tjänster, arbetstillfällen eller andra nyttigheter samt köper eller säljer fast egendom, 2 § första stycket MFL.

MD 1975:16 gällde en broschyr, i vilken reklam gjordes för ett visst bostadsområde, som Botkyrka kommun tillsammans med ett bolag hade gett ut som ett led i marknadsföringen. Broschyren återgav en markanvändningsplan, där vissa områden angavs vara park eller rekreationsområden. MD fann att marknadsföringen var otillbörlig eftersom det i broschyren utelämnats att områdena enligt såväl den gällande som en vid broschyrens utgivning ännu inte fastställd generalplan avsatts för en genomfartsled.

Eventuellt kan generalklauslen i 4 § MFL i vissa fall tänkas få aktualitet vad gäller de kvalitetsgarantier som Stockholms stad utfäst sig att leva upp till. Det kan t.ex. diskuteras om man får använda begreppet garanti på något som i praktiken kanske bara utgör det som kommunen ändå enligt lag är skyldig att tillhandahålla eller om en sådan intetförpliktande utfästelse strider mot god marknadsföringssed. Jfr MD 1994:21, fallet bostadsrättsföreningen fågelbärsträdet, där uttrycket »garanterad ränta» t.ex. inte ansågs vara tillåtet vid statliga bostadslån.

286. MD 1985:16 s. 591 f. Min kursivering.

287. MD 1985:16 s. 592.

När en kommun producerar eller bedriver handel med varor, tjänster och nyttigheter måste även konkurrensrättsliga regler beaktas. Konkurrenslagen (1993:20) kan därför komma att aktualiseras. Enligt konkurrenslagens förarbeten räknas även statliga och kommunala organ som driver verksamhet av kommersiell eller ekonomisk natur som *företag*. Begreppet företag innefattar dock inte sådan del av verksamheten som består i myndighetsutövning, 3 § första stycket. Det har ingen betydelse om verksamheten är avsedd att gå med vinst eller inte. Vid bedömningen om en verksamhet, där en kommun mot vederlag tillhandahåller varor eller tjänster, skall anse utgöra företag eller inte finns det skäl att skilja på kommunens frivilliga och specialreglerade verksamhet.

Den frivilliga verksamheten anses utgöra företag medan specialreglerad verksamhet i form av *offentligrättsligt tillhandahållen* sjukvård, omsorg, skolor och räddningstjänst, som huvudsakligen finansieras via skatter, knappast kan betraktas som företag i konkurrenslagens mening. Bedömningen kan dock bli en annan om verksamheten är konkurrensutsatt och bedrivs i kommersiella former. När enskild näringsidkare erhåller en subvention i form av lån eller bidrag från kommunen, anses det inte vara fråga om myndighetsutövning från kommunens sida. Trots detta fattas beslutet på kommunalpolitiska grunder som ett led i näringslivspolitikerna och knappast i kommunens egen-skap av näringsidkare.²⁸⁸

Ett ingripande enligt konkurrenslagen anses inte kunna ske mot konkurrensbegränsningar som är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av denna. Den torde därför inte kunna åberopas om t.ex. ett föräldrakooperativ anser att det bidrag som erhålls från kommunen för varje barn är för lågt i förhållande till kommunens kostnader i motsvarande verksamhet som den själv bedriver. Enligt KL och SkoL är det kommunen som inom ramen för likställighetsprincipen bestämmer bidragets storlek.²⁸⁹

I MD 1997:19 ansågs ett avtal om upplåtelse av lokaler mellan Malmö kommun och ett företag inte innefatta missbruk av dominerande ställning eller vara konkurrensbegränsande i konkurrenslagens mening, eftersom kommunen *inte* kunde anses inta en *dominerande ställning* på den *aktuella marknaden*. Eftersom hyresavtalet inte bedömdes ha träffats med syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkur-

288. Se Riberdahl 1994 s. 164, Eriksson & Hallgren, När andra vill vara med. Alternativ barnomsorg – fakta, synpunkter, förfrågningsunderlag och kontraktsförslag, 1995 s. 23 f. samt Paulsson m.fl. 1997 s. 35–38.

289. Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 24.

rensen på den aktuella marknaden, skulle avtalet bedömas mot bakgrund av vad som ansågs utgöra normal affärsmässighet.

Kommunen är dock inte att anse som ett företag vid varje fastighetsupplåtelse eller försäljning av fast egendom. Om kommunen säljer en enstaka fastighet eller som ett led i plangenomförande säljer eller byter en fastighet kan kommunen knappast betecknas som ett företag i den verksamheten. När det gäller tomträttsupplåtelser torde kommunen i princip endast kunna betraktas som företag när den i *större omfattning* upplåter eller säljer mark. Problem uppstår dock eftersom KL och konkurrenslagen inte helt överensstämmer med varandra. Kommunen har ju möjlighet att genom skattemedel subventionera verksamhet som ur konkurrensrättslig synvinkel kan vara snedvridande. Rättssystemen innehåller i dessa fall principer som kan strida mot varandra.²⁹⁰

5.5 Avtalsjämkning

Avtalslagens ogiltighetskapitel har stor räckvidd då det rör alla slags rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Sålunda kan även jämningsregeln i 36 § AvtL komma att aktualiseras när det allmänna sluter avtal. Stadgandet har ett mycket vitt tillämpningsområde och i förarbetena var man klar över att stränga avtalsvillkor, som kan aktualisera en tillämpning av stadgandet, många gånger är att finna just i avtal med det allmänna.²⁹¹ I och med införandet av generalklausulen framhölls att särskilt behovet av skydd för *normalt underlägsen part* skall beaktas vid prövningen. Domstolarnas bedömning skall bygga på en avvägning mellan å ena sidan den svagare partens befogade skyddsbehov, å andra sidan avtalets funktion som form för en reglering av avtalsparternas mellanhavande med förutsebara konsekvenser. Stadgandet uppställer inget ondtroskrav hos rättshandlingens mottagare. Som exempel kan nämnas att part skulle begagna sin överlägsna ställning till att föreskriva villkor, vilkas innebörd motparten inte förstått eller svävar i okunnighet om.²⁹²

Man skall vid tillämpningen av 36 § AvtL göra en helhetsbedömning av vad som föregått avtalet och omständigheterna kring detta.²⁹³ Avsikten var emellertid inte att genom generalklausulen ge domstolarna någon utökad lag-

290. Se *Riberdahl* 1994 s. 165 f.

291. Se prop. 1975/76:81 s. 113 f. och SOU 1974:83 s. 124. Se även *Bernitz*, Svensk marknadsrätt, 1991 s. 183.

292. Se *Adlercreutz* 1995 s. 246 f.

293. Se prop. 1975/76:81 s. 106.

prövningsrätt. 36 § AvtL kan därför inte användas som ett alternativ till t.ex. kommunal laglighetsprövning. Det är därutöver viktigt att komma ihåg att det i många fall där myndigheterna ingår avtal inte främst är ekonomiska syften, utan ofta politiska önskemål, som styr innehållet i avtalsvillkoren. Samtidigt måste det fästas avseende vid att man valt att befästa de viktiga förhandlingsresultaten i ett avtal – vilket trots allt är en privaträttslig lösning.²⁹⁴

Generalklausulen har dock den begränsningen att den inte anses kunna tillämpas på »bestämmelser som ingår i författningar utan att ha karaktär av avtal».²⁹⁵ Enligt *Bernitz* bör man undvika att dra gränserna för stadgandet efter alltför formella kriterier, då domstolarna torde vara oförhindrade att stödja sig på grunderna för generalklausulen i näraliggande – men utanför tillämpningsområdet fallande – situationer. Det avgörande bör i första hand inte vara *i vilken form* en bestämmelse tillkommit utan om den reellt sett huvudsakligen *framträder som avtalsmässig eller inte*. Härvid bör man även ta i beaktande den påtagliga utveckling som skett inom de affärsdrivande verken mot mera marknadsinriktade verksamhetsformer.²⁹⁶

I *NJA 1983 s. 865* hade två makar vid auktion köpt en fastighet med ett 50-årigt bostadshus av Orust kommun. Kommunen hade i annons inför försäljningen uppgivit att huset var »nyrenoverat och moderniserat». Källare och bjälklag visade sig dock vara svårt angripna av insektsangrepp och röta. Ett sådant uttalande innefattar emellertid inte automatiskt att huset skulle vara fritt från allvarliga fel, såvida det inte uttryckligen gällt de delar som sedan visar sig vara felaktiga. Kommunen hade även i en friskrivningsklausul fränsagt sig allt ansvar för avvikelser från vad som var utfäst eller vad som köparen haft att räkna med. Trots friskrivningsklausulen fick köparna nedsättning av köpeskillingen motsvarande felet, även om det inte ansågs »visat att från kommunens sida gjorts uttalanden som berättigat köparna till antagande att friskrivningsklausulen ej skulle vinna tillämpning». Efter som köparna i och med annonseringen haft avsevärt fog för att anta att byggnaden skulle vara i ett acceptabelt skick, ansågs det vara oskäligt att tillämpa friskrivningsklausulen. Det beaktades att det rörde sig om en försäljning från en kommun

294. Se även *Grönfors*, Begränsningar hos avtalet som styrmedel, 1987 s. 224 f.

295. Prop. 1975/76:81 s. 114. Uttalandet kan tyda på att en bestämmelse i författning som sådan kan anses ha avtalskaraktär. Det hade varit mer logiskt att hänvisa till avtal som ingås på grundval av en bestämmelse. Jfr SOU 1974:83 s. 124 där det sägs att gränsfall torde förekomma i fall där det är ovisst i vilken utsträckning privaträttsliga principer kan tillämpas på bestämmelser som bygger på förhandlingar mellan myndigheter och enskilda och som sedan stadfästs av offentlig myndighet. Det ansågs därför i vissa fall föreligga tvekan om hurvida en viss bestämmelse är av civilrättslig eller offentligrättslig karaktär.

296. Se *Bernitz*, Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen, 1987 s. 112.

till privatpersoner, vilket möjligen kan tolkas som att kommunen skulle befinna sig i en starkare position. De fel som byggnaden var behäftad med var dessutom grundläggande och omfattande och gick därför utöver vad annonsen givit köparen fog att utgå från. Det torde dock vara utan större vikt att den starkare parten råkade vara en kommun – situationen rör en privaträttslig relation där offentligrättsliga aspekter saknar betydelse.

I *NJA 1977 s. 138*, sålde – i samband med tomträttsupplåtelse – en kommun en ny bostadsbyggnad för privat bruk »i befintligt skick». Byggnaden, som hade låtit uppföras av kommunen, var emellertid behäftad med ett allvarligt fel i konstruktionen av innertaket, vilket medförde vattenläckage. Även om den gamla köplagens regler om fel i bestämt gods utgjort utgångspunkt för bedömningen beaktades även likheterna med fastighetsköp och entreprenadavtal. Villkoret om att byggnaden såldes i befintligt skick ansågs vara uppenbarligen otillbörligt och lämnades därför utan avseende. Något särskilt avseende vid att säljaren var just en kommun beaktades inte, utan situationen uppfattades troligen som helt privaträttslig. Några konsumenträttsliga aspekter synes heller inte ha beaktats.

RH 14:80 gällde ett renhållningsaktiebolag, vilket i avtal med en kommun bl.a. hade åtagit sig att svara för viss avfallshantering. Avtalet gällde för fem år och ersättningen skulle uppräknas enligt konsumentprisindex. Detta utvecklades emellertid mycket ogynnsamt för bolaget, medan biltransportindex steg kraftigt. Bolaget, som gjort stora förluster, yrkade jämkning av det belopp av uppburna avgifter kommunen nu utkrävde. I hovrätten åberopades bl.a. att avtalet var otillbörligt på grund av indexseriernas oförutsebart olika utveckling. HovR jämkade ersättningen med stöd av 36 § AvtL.

Det finns dock ett klart utrymme – och i kommersiella förhållanden ett betydande utrymme – för parternas risktagande i utsikt att göra goda affärer. Det är bara om balansen rubbas i alltför stor utsträckning som det blir fråga om en jämkning.²⁹⁷ Det råder dock ingen tvekan om att en enskild i vissa situationer skulle kunna inta en underlägsen ställning i förhållande till det allmänna till följd av parternas olika förutsättningar och styrkeförhållanden. Såväl oskäligen avtalsvillkor som ändrade förhållanden kan leda till att ett avtal jämkas enligt 36 § AvtL.²⁹⁸

Obalans kan även föreligga mellan parterna vid t.ex. fastighetsköp där kommunen har möjlighet att besluta om planändringar. Även vid köpeavtal i stället för expropriation skulle man kunna tänka sig att kommunen besitter ett starkare förhandlingsläge. Det är dock knappast troligt att detta i sig gör

297. Se *Adlercreutz 1995 s. 292* och *Lundmark, Friskrivningsklausuler. Giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom, 1996 s. 191–195*.

298. Vad gäller jämkning av långvariga avtal se det nedan refererade fallet *NJA 1994 s. 359*.

att avtalet blir oskäligt eftersom kommunen har en lagstadgad möjlighet att exproprieras. Man kan dock kanske tänka sig fall där expropriation tillsammans med andra omständigheter kan tänkas grundlägga en sådan obalans i partsförhållandet, t.ex. vid en påtagligt låg ersättning för den aktuella marken. Kommunen torde till följd av sin myndighetsutövande roll ha vissa möjligheter att kräva olika typer av motförpliktelser av avtalsparten. Sådana krav kan t.ex. röra val av hustyp eller på vilket sätt en överlåten fastighet skall bebyggas.

Det ansågs inte vara fråga om oskäligt avtalsvillkor när Växjö kommun i köpekontrakt rörande fastighetsförsäljning krävt att köparen, ett aktiebolag, inom två år skulle ha bebyggt fastigheten med kontors-, lager- och verkstadslokaler för köparens verksamhet. Om så inte skedde skulle köparen erlägga skadestånd motsvarande 10 % av köpeskillingen per år till dess att fastigheten bebyggt på föreskrivet sätt. Området skulle anses vara bebyggt först när byggnadsnämnden slutbesiktat de aktuella byggnaderna. Någon bebyggelse skedde emellertid inte. Kommunen väckte då talan mot bolaget. Bolaget bestred talan och yrkade i första hand att talan skulle ogillas då kommunen inte led någon skada genom den uteblivna bebyggelsen. I andra hand yrkade bolaget att avtalsklausulen måste anses vara oskäligen med hänsyn till dess innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst liksom senare inträffade förhållanden och därför lämnas utan avseende eftersom kommunen missbrukat ett ojämnt partsförhållande och ensidigt utformat klausulen.

Tingsrätten konstaterade, i enlighet med kommunens genmäle, att det i avtalet stadgade skadeståndet *skulle tjäna som påtryckningsmedel* och inte var beroende av om kommunen led någon faktisk skada eller inte. Enligt TR hade kommunen visserligen haft ett starkt förhandlingsläge, men de förpliktelser bolaget åtagit sig i avtalet fick ändå anses vara skäliga. Någon jämkning skulle därför heller inte ske. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.²⁹⁹ HD beviljade inte prövningstillstånd.

Att det allmänna till följd av det offentlighetsrättsliga regelverket många gånger är en starkare avtalspart utgör dock inte *i sig* något argument för att ett avtal bör jämkas. Även om kommunen i vissa fall har en monopolställning begränsar de offentlighetsrättsliga principerna möjligheterna att avkräva den enskilde oskäliga avgifter vid olika typer av avtal. Trots att vissa offentlighetsrättsliga hänsyn framträder i civilrättens periferi finns ibland skäl att ta extra hänsyn till det allmännas medkontrahent vid konsumentförhållanden. HD har också visat en ökad tendens att tillvarata konsumentintressen.³⁰⁰

299. Se *Göta hovrätts dom 1986-05-29, DT 100 (Mål nr 286/85)*.

300. Se *Bengtsson*, Om civilrättens splittring, 1991 s. 36 och s. 42, vilken hänvisar till *NJA 1988 s. 503* där HD fann att den preskriptionstid som gäller vid konsumentfordringar, även gäller i offentlighetsrättsliga sammanhang om det offentliga organet kan anses ha handlat i egen-skap av näringsidkare samt *NJA 1989 s. 224* där HD ansåg att principerna om *condictio indebiti* bör påverkas av konsumenthänsyn. Se även *RH 1995:6*. Se även *Adlercreutz*, Avtalsrätt II, 1996 s. 13 f.

6 Möjligheterna att ensidigt ändra förutsättningarna för avtal

6.1 Normgivning och partsautonomi

Frågan om hur skyddad en avtalspart är mot framtida lagstiftning är gemensam för alla slags avtal. Detta gäller också vid avtal där det allmänna är part. Genom att normgivningskompetensen tillkommer det allmänna blir dock frågan i vad mån stat och kommun har möjlighet att ändra normer och förutsättningar och därmed indirekt påverka ett avtalsförhållande av särskild betydelse.³⁰¹ Det kan vara fråga om ändring som *direkt* avser en klausul i avtalet, t.ex. avseende vederlag eller avgift, eller ändring som *indirekt* ändrar förutsättningarna, t.ex. allmän taxa- eller skattehöjning. En annan fråga är om det allmänna genom att åberopa *nya förutsättningar* – som det självt skapat genom t.ex. lagstiftning eller beslut – kan att frigöra sig från ett avtal.

Det måste anses stå riksdagen fritt att ändra skattelagstiftningen, miljö- och säkerhetsföreskrifter samt även andra regler för verksamhet där avtal med staten föreligger. Även kommunfullmäktige har möjlighet att förändra förutsättningarna för ingångna avtal genom att ändra budgetramarna för bidragsfinansierad verksamhet, t.ex. alternativ förskoleverksamhet med privat huvudman. Kommunen tar även ut olika typer av avgifter. De beslut som ligger till grund för avgiftsuttagen är typiskt sett myndighetsutövning som grundar sig på av fullmäktige fastställd taxa. Det allmänna har som synes härigenom en *indirekt* möjlighet att ändra förutsättningarna för sina egna avtal med enskilda rättssubjekt.

En civilrättsligt fastlagd förpliktelse gentemot ett privat rättssubjekt – t.ex. avtal om att enskild skall bedriva viss entreprenadverksamhet – torde normalt vara bindande och därigenom *de facto* beskära det offentliga organets suveränitet, i alla fall i den meningen att motparten har möjlighet att göra gällande avtalsrättsliga påföljder om det allmänna inte skulle fullgöra sin förpliktelse. Det blir inledningsvis av intresse att belysa offentligrättsliga möjligheter att

301. Se även *Andersen* 1965 s. 479.

ensidigt ändra *beslut* och *förutsättningar* respektive civilrättsliga möjligheter att *ändra ingångna avtal*.

6.2 Avtalsrättsliga principer om avtalsbundenhet och ändrade förutsättningar

6.2.1 Pacta sunt servanda

Avtalsrätten vilar på principen att avtal skall hållas.³⁰² Rättsordningen står förfogande för att effektivt hjälpa till att framtvinga de avtalade förpliktelserna. Samtidigt förutsätter avtalsbundenheten att förhållandena inte väsentligen ändras efter avtalsslutet.³⁰³ För att säkerställa att den principiella avtalsbundenheten skall stå fast och vara förutsebar, framförallt gentemot godtroende kontrahent, har man i rättsordningen emellertid eftersträvat en stark begränsning av möjligheten att jämka avtalsförpliktelser beroende på ändrade förhållanden. Förutsättningarna för avtalet skall i princip ha ändrats så pass mycket att det vore orimligt att låta detta bestå. För att de oförutsedda förändringarna skall leda till att avtalsunderlaget i sin helhet skall anses ha rubbats, så krävs att den drabbade parten *varken kunnat* eller *bort inse* händelseutvecklingen.³⁰⁴

Det allmännas avtal omfattas av det avtalsrättsliga regelverket, men vissa modifieringar måste göras på grund av det offentligrättsliga regelverket. Det är karakteristiskt att de avtal som det allmänna ingår och som inte är av rent privaträttslig karaktär, är underkastade betydligt mer nyanserade regler, eftersom avtal kan ha större eller mindre offentligrättsliga inslag.³⁰⁵

302. Se *Adlercreutz* 1995 s. 21.

303. Se t.ex. *Adlercreutz* 1996 s. 137.

304. Se även *Ramberg & Hultmark*, Allmän avtalsrätt, 1999 s. 207 f.

305. *Mathiassen* hävdar i sin avhandling att satsen pacta sunt servanda har sin utgångspunkt i parternas förväntningar och att »Når der i dag stort set er enighed om, at aftaler kan indgås i forvaltningsretten i overensstemmelse med grundsætningen om 'pacta sunt servanda', ... tør det ikke afvises, at det fortrinsvis er gensidige aftaler teorien har for øje.». *Mathiassen* 1974 s. 198. Se även a.a. s. 95–103 och s. 163 f. Se även *Revsbech*, Forvaltningens virksomhed, 1989 s. 118–121 och *Frihagen* 1991 s. 339.

6.2.2 Ändrade förutsättningar och förutsättningsläran

En avtalspart kan inte ensidigt ändra ett slutet avtal.³⁰⁶ Å andra sidan kan *förutsättningarna* för avtalet ha ändrats i en sådan omfattning att det vore *oskäligt* om det inte upphörde att gälla. Antingen sker detta genom att de inblandade parterna tillsammans enas om en ändring, eller så får man ta hjälp av domstol. Domstolen får sedan, med hjälp av de bestämmelser om jämkning eller upphävande av avtal som finns, presentera en rimlig lösning. Det torde, om inte jämkning av avtalet sker, till och med kunna bli fråga om hävning eller uppsägning.

Utöver det konkreta stadgandet i 36 § AvtL utgör även den s.k. förutsättningsläran en metod för att bringa ett avtal att upphöra på grund av ändrade förhållanden. Även den tar huvudsakligen sikte på förhållanden inom förmögenhetsrättens område.³⁰⁷ Den är emellertid inte lagfäst i svensk rätt och har därför till viss del en osäker och omstridd status.

I korthet kan sägas att förutsättningsläran innebär att ett avtal kan förklaras att upphöra att gälla eller jämkas³⁰⁸ om en part ingått detta under *felaktiga förutsättningar*. Man uppställer kravet att motparten skall ha *insett* att dessa förelåg och att de skall ha varit *väsentliga* för den part som ingick avtalet under de felaktiga förutsättningarna. Vidare måste det vid en s.k. relevansbedömning vara rimligt att risken för de felaktiga förutsättningarna bör ligga hos motparten.³⁰⁹ För att se om förutsättningen varit väsentlig uppställs ett hypotetiskt prov; skulle parten ha ingått avtalet med det innehåll det fick, om denne känt till att förutsättningen var felaktig?³¹⁰ Om en part vid avtalsslutet haft vetskap om ett visst förhållande, så har denne ingen möjlighet att senare åberopa detta faktum för att komma ifrån sina förpliktelser enligt avtalet. Vi-

306. Även i rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal begränsas genom punkten (j) i annex 1, vilken anknyter till artikel 3, näringsidkarens rätt att ensidigt ändra avtal. I annex 2 (b) stadgas dock två undantag: i 1 mom. undantas finansieringsservice när näringsidkaren förbehållit sig rätten att ändra ränta eller belopp på andra avgifter för sådan service när det finns en giltig orsak förutsatt att konsumenten meddelas så snart möjligt och att denne därefter har rätt att häva avtalet omedelbart. I 2 mom. undantas avtal vars ikraftvarande inte har bestämts, vilka näringsidkaren kan ändra ensidigt förutsatt att denne meddelar om detta inom skälig tid och konsumenten har rätt att häva avtalet omedelbart.

307. Se *Holmbäck*, Studier i förutsättningslärans terminologi, 1970 s. 8.

308. Avtalet kan dock inte jämkas i skärpande riktning.

309. Se *Lehrberg* 1989 s. 21 och *Holmbäck* 1970 s. 10 f.

310. Se *Adlercreutz* 1995 s. 272. Se även *Adlercreutz* 1993 s. 83 ff. och *Holmbäck* 1970 s. 13 f.

dare skall förutsättningen vara *oriktig*, d.v.s. felaktig redan vid avtalsslutet, eller *bristande*, d.v.s. senare inträffade händelser har gjort att förutsättningen blev fel.³¹¹ Förutsättningsläran är dock först och främst ett tankeschema för lösningar av problem som inte reglerats direkt i avtal eller genom lag. Tack vare förutsättningslärans lösa form blir domstolarnas frihet vid en bedömning ganska stor.³¹²

En förutsättning definieras traditionellt som ett antagande, dock inte alltid i ordets allmänspråkliga betydelse, utan i regel som ett fiktivt antagande. Antagandet kan vara medvetet eller omedvetet. Löftesgivarens förutsättning går ju ut på att just den ifrågavarande okända eller oförutsedda omständigheten, av betydelse för hans förmåner eller bördor av avtalet, inte föreligger eller skall inträffa. Förutsättningen sägs då ha slagit fel. Förutsättningen motsvarar det rättsliga tillstånd som skulle varit fallet om den omständighet, varigenom förutsättningen kan sägas ha slagit fel, inte hade inträffat. Den utgör härigenom en vid juridiska resonemang användbar motpol till det för löftesgivaren oförmånliga läge som blivit den egentliga följden.³¹³

I *NJA 1970 s. 72* ingick som en del i ett avtal mellan en kommun och entreprenör grävning av en brunn. Markförhållandena visade sig dock vara väsentligt annorlunda än vad kommunen uppgivit. Entreprenören hävde därför avtalet vad gällde brunnsgrävningen och krävde skadestånd. Kommunen svarade enligt avtalet för riktigheten av sina uppgifter. Emellertid ingick inte hävning bland de påföljder som i avtalet angavs gälla vid avvikelser. HD ansåg sig dock vara fri att tillämpa allmänna rättsgrundsatser om bristande förutsättningar på avtalet och fann att entreprenören ägt rätt att häva avtalet i denna del, eftersom det borde stått klart för kommunen att avvikelserna från avtalet var av väsentlig betydelse för denne. Entreprenören ansågs även ha rätt att erhålla skadestånd.

Rättsfallet *NJA 1981 s. 269*,³¹⁴ vilket rörde en resningsansökan av en kommuns motpart, behandlar förutsättningslärans användning i ett sådant civilrättsligt förhållande som kan uppstå vid en stadsplaneändring. En jordbruksarrendator hade här sagts upp från sitt arrende avseende 16 hektar åkermark av markägaren, en

311. Se *Lehrberg* 1989 s. 79 f. samt s. 105.

312. *Hellner* framhåller att förutsättningslärans största betydelse i Sverige varit som tolkningshjälp, när vanliga tolkningsregler inte räcker till för att nå ett rimligt resultat i förhållande till avtalets innehåll och parternas avsikter vid avtalsslutet. Se *Hellner*, *Förutsättningsläran rediviva*, 1987 s. 148 ff. Även *Ramberg och Hultmark* har uttryckt skepsis till att ge förutsättningsläran alltför stort utrymme, åtminstone utöver funktionen att komplettera avtalslagens ogiltighetsregler. Se *Ramberg & Hultmark* 1999 s. 184.

313. Se *Lehrberg* 1989 s. 105 samt s. 572. Se även *Adlercreutz* 1995 s. 269 ff. och *Adlercreutz* 1993 s. 83.

314. Se även *Lehrberg* 1989, särskilt s. 20 f. s. 78, s. 82, s. 162, s. 321, s. 365 f. samt s. 539.

kommun. Motiveringen var att marken skulle användas till bebyggelse. Sedan hyresnämnd tillerkänt arrendatorn rätt till förlängning av jordbruksarrende beträffande 5 hektar under återstoden av arrendetiden, avstod denne sin rätt genom ett förlikningsavtal som fastställdes av TR, efter det att kommunen överklagat hyresnämndens beslut. Anledningen var att kommunen uppgivit att den arrenderade marken skulle användas för bebyggelse, och att arrenderätten därmed saknade värde.

Kommunen ändrade kort tid efter avtalsslutet markplaneringen, så att marken även i fortsättningen fick användas för jordbruk och erbjöd dessutom arrendet till en annan person. Arrendatorn ansåg då att han träffat förlikningen under felaktiga förutsättningar och ansökte om resning, då han ville frånträda förlikningsavtalet. Han gjorde därefter gällande att förlikningsavtalet var ogiltigt på grund av att dess förutsättningar brustit till följd av att markområdets användningsområde vid tidpunkten för förlikningen var ett annat än vad en senare planändring innebar.

HD beviljade resning enligt 58:1 1 st. 3 p. RB, med motiveringen att sannolika skäl förelåg för att förlikningen inte skulle vara bindande för arrendatorn. I domskälen framhölls bl.a. att markplaneringens bestånd varit en väsentlig förutsättning för arrendatorn, att kommunen insett detta, att kommunen haft särskilda möjligheter att överblicka den framtida markplaneringen eftersom markplaneringen ingår i kommunens uppgifter och de vid förhandlingen lämnade uppgifterna måste därför i stor utsträckning ha varit av betydelse för arrendatorn. HD fann därför att kommunen stod närmast att bära ansvaret för den brustna förutsättningen, oberoende av om någon förebråelse för oaksamhet kunde riktas mot den. Planändringen skedde kort tid efter avtalets tillkomst, och eftersom kommunen inte tagit markområdet i anspråk för något särskilt ändamål, ansågs det inte vara betungande för kommunen – som dessutom varit beredd att arrendera bort det ifrågavarande området till annan – att arrendeförhållandet med den ursprungliga arrendatorn blev bestående i oförändrad omfattning. Vidare uttalades att »[u]ppenbart är att part i ett avtal regelmässigt själv måste bära risken av att hans förutsättningar för avtalet brister. Annat gäller, om svikligt eller därmed likställt förfarande ligger motparten till last. Men även i vissa andra fall, där en förutsättning varit väsentlig för part och detta också insetts eller bort inses av motparten, torde – låt vara i snäv omfattning – rättslig betydelse kunna tillerkännas förutsättningar, och detta även på det sättet att förutsättnings bristande kan medföra att avtal förklaras ej vara gällande. Härför bör dock krävas, att särskilda omständigheter föreligger som gör detta lämpligt och rimligt.»³¹⁵

I *NJA 1980 s. 352* var fråga om skyldighet för kommunen att minska köpeskillingen för ett småhus på den grund, att tomten vid tiden för köpet gränsade till ett enligt fastställd stadsplan till park avsett område, vilket kort tid därefter genom stadsplaneändring avsågs för bebyggelse. TR fann att så var fallet, medan HovR ansåg att köparna var skyldiga att tåla sådana förändringar i stadsplanen, beroende

315. Rättsfallet s. 271. Se även *Lehrberg* 1989 s. 21 och s. 99 f. och *Hellner* 1987 s. 154.

på den låga köpeskillingen. Frågan avgjordes emellertid inte av HD, eftersom tvistemålet återförvisades till HovR på grund av grovt rättegångsfel, då ingen av parterna åberopat den låga köpeskillingen som grund för sin talan. HovR ansåg att det för att stadsplaneändringen skulle vara att bedöma som ett fel som kunde föranleda prisavdrag, krävdes att kommunen utfäst sig att stadsplanen inte skulle ändras eller att motparten eljest skulle haft anledning räkna med att så inte skulle ske. Någon sådan utfästelse hade inte gjorts och det »måste i princip ha ankommit på» motparten att skaffa sig upplysningar om planförhållandena i anslutning till de hus de önskade förvärva. HovR ogillade därför talan, *Svea hovrätts dom 1981-09-23, DT 6 (Mål nr T 743/80)*. HovR anför dock att om motparten gjort klart för kommunen att ett bibehållande av stadsplanen var av avgörande betydelse för köpet eller om ändringen varit av så ingripande betydelse för området att en köpare uppenbarligen måste fästa avgörande vikt därvid, skulle upplysningsskyldighet eventuellt ha förelegat för kommunen. HD fann inte skäl att meddela prövningstillstånd.

Generellt sett torde utgångspunkten vara att det finns utrymme för att tillämpa förutsättningsläran på avtal där det allmänna är part, oavsett om avtalet har större eller mindre offentligrättsliga inslag.³¹⁶ Finns det då någon skillnad mot fall där båda parterna är enskilda? Som påpekas i dissidentens votum i *NJA 1981 s. 269* har kommunen genom rätten att besluta om ändringar i t.ex. detalj- och områdesplaneringen en särskild ställning i förhållande till enskild avtalspart. Som anförts tidigare kan inte sådan rätt avtalas bort. Det kan därför anföras argument för att enskild avtalspart måste *räkna med* att den vid avtalstidpunkten rådande detaljplaneringen kan komma att ändras. Med ett sådant synsätt fräntas kommunen från ansvar för att förutsättningarna för avtalet kan komma att ändras, även om det är *den själv* som genom beslut om ny detaljplan *skapar de ändrade förutsättningarna*. Lagstiftningen är dock tvingande och kommunen kan inte genom avtal inskränka dessa möjligheter.³¹⁷ Det är därför meningslöst att göra alltför stor affär av förutsättningsändringen på grund av att det är kommunen i egenskap av avtalspart som ändrar förutsättningarna för avtalet – detta måste i det här fallet anses ligga inbyggt i systemet.

316. Se även *Frihagen 1991 s. 346*.

317. Se även *NJA 1998 s. 37*. I ett avtal från 1953 sålde enskild en fastighet till dåvarande Vendels kommun som anlade ett vattenverk på fastigheten. Kommunen åtog sig att förse den enskildes övriga fastigheter med vatten så länge tälten var i bruk. I samband med att kommunen tog ny vattentäkt i bruk upphörde vattenleveranserna. Rätten fann att den enskilde inte kunde anses ha någon bruksrätt till va-anläggningen och att kommunen fullföljt sina skyldigheter enligt avtalet då vattenleveranserna upphört i och med nedläggningen av vattentälten. Fastighetsägaren hade således ingen rätt till skadestånd.

När det gäller de civilrättsliga rättsverkningarna till följd av att avtalet inte kommer fullföljas, d.v.s. i första hand frågan om ersättning, kan det däremot vara befogat att föra ett resonemang om vem som bör ha de största förutsättningarna för att bära risken för att förhållandena ändrats. Det torde inte råda någon tvekan om att t.ex. en ändring av detaljplan kan vara av *väsentlig* betydelse för avtalspart som ingått ett avtal med kommunen enligt den vid avtalslutet gällande planen och att kommunen *borde ha insett* att den gällande detaljplanen utgjorde en väsentlig förutsättning för motparten. Så långt är såväl synbarhetsrekvisitet som väsentlighetsrekvisitet uppfyllda. Däremot torde detsamma *i de flesta fall* kunna anföras vad gäller den enskilde parten. En skillnad är dock att kommunen som regel har betydligt större möjlighet att avgöra sannolikheten för vilka ändringar som kan komma att ske och när dessa kommer att genomföras, vilket vid relevansprövningen bör kunna påverka bedömningen av om kommunen bör bära risken för den felaktiga förutsättningen. I vissa uppenbara fall, då ändring företas kort efter avtalet, och det allmänna känt till eller måste anses ha känt till den redan vid avtalslutet, kan man kanske rentav tänka sig att förhållandet jämföras med avtalsbrott med hävning och skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset som påföljd.

Den enskilde bör dock anses känna till att kommunen enligt lag har en exklusiv rätt att ändra detaljplaner. Vanligtvis bör det därför anses vara så att den enskilde löftesgivaren bort räkna med att detaljplanen kunde komma att ändras. I synnerhet torde detta vara fallet om motparten är näringsidkare eller exploatör med erfarenhet av samarbete med kommunen. *Möjligen* kan kraven ställas lägre om det rör sig om en privatperson utan tidigare erfarenhet av kommunala regler. Om man vid en bedömning finner att den enskilde borde ha varit medveten om att förutsättningarna skulle kunna ändras, *kan inte förutsättningsläran tillämpas*.

6.2.3 Avtalsjämkning till följd av ändrade förutsättningar

Ibland ändras förutsättningarna för ett avtal genom att ny lagstiftning tillkommer.

I *NJA 1994 s. 359* hade en kommun år 1954 med ett bolag träffat ett s.k. tredje-mansavtal vilket innehöll bestämmelse om befrielse för all framtid från brukningsavgift för spillvattenavlopp för vissa uppräknade fastigheter.³¹⁸ Borås kommun

318. Se även *Hellner*, Jämkning av långvarigt avtal, 1994–95 s. 137–141.

yrkade över 30 år senare vid statens va-nämnd att dessa fastighetsägare utan hinder av avtalet skulle vara skyldiga att betala bruksavgifter enligt gällande taxa. Kommunen yrkade i första hand att något bindande tredjemansavtal inte förelåg och i andra hand att någon naturlig bindning mellan det bolag som ingått avtalet och fastighetsägarna numer inte förelåg. Avgiftsbefrielsen skulle *i vart fall* anses vara *oskälig* enligt 36 § AvtL dels på grund av senare tillkommen va-lagstiftning med starkt offentligrättsligt inslag, dels den därigenom och i KL lagfästa likställighetsprincipen. Kommunens åtagande hade därutöver ökat avsevärt sedan avtalet ingicks och det var dessutom inte rimligt med evighetsavtal av den här typen.

Motparterna bestred yrkandet och anförde att det i vart fall var *rimligt* att avgiftsbefrielsen bestod så länge de ursprungliga fastighetsägarna, till vilkas förmån avtalet träffats, hade kvar sina fastigheter. Frågan var därför om klausulen kunde jämkas med stöd av 36 § AvtL.

HD konstaterade att det var fråga om ett för kommunen bindande civilrättsligt tredjemansavtal. Giltigheten ansågs inte ha påverkats direkt av vare sig *senare tillkommen va-lagstiftning* eller den för kommunal verksamhet i allmänhet gällande *likställighetsprincipen*. Varken införandet av offentligrättslig lagstiftning eller likställighetsprincipen befanns därför utgöra något skäl för jämkning, eftersom ett avtal inte automatiskt ansågs upphöra att gälla vid senare införd lagstiftning. Inte heller ansågs att »evighetsavtal» i och för sig var oskäliga. Bestämmelser om avgifter som avses gälla för all framtid ansågs inte utgöra något ensamt skäl för jämkning.

När det gällde bedömningen av jämningsfrågan skulle emellertid beaktas omständigheten att det genom va-lagstiftningen föreligger en offentligrättsligt reglerad skyldighet att va-avgiften fördelas i taxa efter skälig och rättvis grund och att avtal i strid med taxan i princip är förbjudna. Vidare skulle det beaktas att skillnaden mellan avgiftsfrihet och den avgift som förelåg enligt den fastställda taxan med tiden blivit allt större. Ju längre tid som förflyter desto större skäl av det ovan nämnda slaget ansågs tala för att en jämkning. Bestämmelsen om att avgiftsbefrielsen skall gälla för all framtid ansågs därför *på grund av den allmänna pris- och kostnadsutvecklingen* vara oskälig enligt 36 § AvtL. HD:s majoritet jämkade avgiftsbefrielsen till att gälla så länge den i målet aktuella fastighetsägaren bebodde fastigheten.

I det här fallet ledde alltså *inte* ändrade förhållanden i form av ny lagstiftning, som i princip omöjliggjorde den här typen av avtal, till att ett avtal blev ogiltigt, även om det dessutom kom att strida mot vissa därmed aktualiserade offentligrättsliga principer. Det går därför inte generellt att säga att ny lagstiftning alltid leder till att tidigare ingångna avtal upphör att existera, även om det rör sig om en offentligrättslig reglering.

Det blev dock fråga om en förhållandevis lindrig jämkning av avtalet. Möjligen kan man säga att avtal som rör förhållanden som berörs av (tving-

ande) offentligrättslig reglering *bör kunna jämkas* med hänsyn till de allmänna principer som ligger till grund för regleringen. Här spelar även tidsfaktorn in. Det är dock tveksamt vilket prejudikatvärde rättsfallet kan anses ha.

I förarbetena till VAL uttalades att »avtal inte får träffas i fråga som regleras i allmänna bestämmelser eller taxa. Sådant avtal blir alltså utan verkan. Om exempelvis de allmänna bestämmelserna ändras kan detta medföra att ett tidigare träffat avtal inte längre blir gällande i viss del. Vilka konsekvenser detta skall få för avtalets rättsverkningar i övrigt får bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga regler.»³¹⁹ Genom uttalandet slås fast att regleringar i va-fråga utöver vad gällande taxa inte kan göras. Dessutom tycks föredraganden anse att ett ingånget avtal helt eller delvis kan upphävas genom en senare taxereglering. Visserligen står det helt klart att kommunen har rätt att ensidigt ändra taxan, men samtidigt – vilket även *NJA 1994 s. 359* visar – är det så att avtal kan medföra civilrättslig bundenhet för kommunen som gör att den offentligrättsliga regleringen inte aktualiseras i det enskilda fallet. Det avgörande blir bl.a. avtalets utformning och omständigheterna vid dess tillkomst.³²⁰

I *RH 1994:121* hade en kommun år 1947 träffat avtal med enskild fastighetsägare om va-anslutning. Fastighetsägaren betalade det överenskomna priset för anslutningen. Någon anslutning skedde emellertid inte. Senare ägare av fastigheten uppförde i början av 1990-talet en byggnad på den tidigare obebyggda fastigheten. Kommunen upprättade då förbindelsepunkt för va-anslutning och debiterade de nya ägarna, vilka betalade kommunen för detta. Fastighetsägarna yrkade sedan att beloppet skulle betalas tillbaka eftersom betalning för anslutning skett redan 1947. Kommunen anförde att eftersom VAL inte fanns vid tidpunkten för det ursprungliga anslutningsavtalet så rörde det sig om en vanlig civilrättslig förpliktelse, vilken preskriberats. Preskription innebär dock inte att alla rättsverkningar av fordringen släcks ut, bara att fullgörelsen inte kan återkrävas. Anslutningen ansågs därför utgöra ett fullgörande av kommunens förpliktelse enligt avtalet och någon ny betal-

319. Prop. 1970:118 s. 151, se även prop. 1975/76:149 s. 78, där det bl.a. sägs att »[o]m allmänna bestämmelser ändras kan detta medföra att ett tidigare träffat avtal inte längre blir gällande i viss del. Vilka konsekvenser detta skall få för avtalets rättsverkningar i övrigt får bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga regler. Frågan i vilken mån avtal får träffas i frågor som regleras i lagen får prövas från fall till fall genom tolkning av de lagbestämmelser det är fråga om. Med hänsyn till lagreglernas starka offentligrättsliga karaktär får dock möjligheterna till avvikelser anses vara ganska små.»

320. Se även *Bohlin* 1984 s. 218 f. Jfr dock *NJA 1974 s. 590*, är »avtalets» funktion enbart att bekräfta etablerandet av ett offentligrättsligt förhållande, saknar det sådan självständig betydelse som krävs för att i sig grunda några rättigheter. Två ledamöter av HD var dock skiljaktiga.

ning, motsvarande grundavgiften i kommunens taxa, ansågs därför inte kunna krävas.

6.3 Möjligheten till ensidiga ändringar från kommunens sida

6.3.1 Kan det allmänna genom avtal binda sin framtida myndighetsutövning?

En fråga som ofta förekommer i nordisk doktrin är i vilken utsträckning en myndighet vid ett avtalsslutande kan anses ha bundit sin lagstadgade möjlighet att utöva sina rättigheter och skyldigheter. Det kan vara fråga om att förbinda sig att fatta ett visst beslut, t.ex. att meddela en koncession eller att fastställa en detaljplan. Frågan uppstår också om en myndighet kan binda sig att inte utnyttja sin myndighet, t.ex. att inte exproprierar från en viss fastighet.³²¹ Frågan hör nära samman med i vilken utsträckning det allmänna har kompetens att ingå sådana avtal. Vid en analys av avtal om framtida myndighetsutövning är det av vikt att försöka klargöra hur offentligrättsliga regler och principer kompletterar eller rentav utesluter privaträttsliga avtalsprinciper.

Inledningsvis måste återigen påpekas att myndighetsutövning och avtalsslut är två vitt skilda företeelser, där avtalet i regel bygger på ett beslut som utgör myndighetsutövning.³²² Utgångspunkten torde därmed också vara att avtal om framtida myndighetsutövning vanligtvis inte kan tillmätas någon offentligrättslig betydelse, utöver vad som gäller enligt beslutet att ingå detta. Detta torde väl fortfarande vara en rätt självklar utgångspunkt; det allmänna kan inte binda sig utöver vad som gäller enligt gällande regler.³²³ Frågan är dock om ett sådant skulle kunna grunda några civilrättsliga förpliktelser, t.ex. anspråk på ersättning.

321. Se bl.a. *Eckhoff & Smith* 1997 s. 314 f. Som ett led i en uppgörelse kan givetvis en talan om expropriation (inklusive ansökan om tillstånd) återkallas. Frågan blir dock om en utfästelse att inte exproprierar gäller under oöverskådlig tid?

322. Jfr även *Eckhoff & Smith* 1997 s. 313 ff.

323. Som ett exempel där myndighet kan sägas binda sin framtida myndighetsutövning kan nämnas det system angående negativa besked som finns i förköpslagen. I 4 § stadgas att om en kommun förklarat sig avstå från att utöva sin förköpsrätt i fråga om en eventuell försäljning av en fastighet, så får förköp heller inte ske med anledning av en försäljning av fastigheten. Något direkt »avtal» är det dock inte fråga om. Se även prop. 1967:90 s. 49 f. och s. 130 f. samt prop. 1978/79:214 s. 20.

Terminologin »bindande av framtida myndighetsutövning» är dock till viss del missvisande eftersom frågeställningen till stor del handlar om det allmännas möjligheter att i sin myndighetsutövning fatta nya *beslut*, som kan ändra förutsättningarna för ingångna avtal.

Som exempel på bindande av framtida myndighetsutövning har angetts att en kommun säljer stadshotellet till enskild och i samband med försäljningen förbinder sig att under tio års tid inte bevilja några nya ansökningar om utskänkningstillstånd. Köparen kan å sin sida förbinda sig att göra en utbyggnad eller liknande. Vid ett sådant avtal är det klart att offentlig rätt kan komma i konflikt med civilrättsliga regler. Till följd av att det allmänna inte har någon rättslig möjlighet att binda sin myndighetsutövning på det här sättet gäller heller ingen inskränkning i rätten att bevilja nya tillstånd. Om så sker har den enskilde avtalsparten ingen annan möjlighet än att som *kommunmedlem* överklaga beslutet. Å andra sidan kan den enskilde i allmän domstol föra talan mot kommunen om skadestånd för brott mot avtalets innehåll.³²⁴

Genom plan- och bygglagstiftningen har kommunerna bl.a. getts monopol att besluta i plan- och bygglövsärenden. När det gäller planbeslut är kommuns möjligheter att genom avtal påverka detta – liksom i fråga om annan offentligrättsligt reglerad verksamhet – begränsade. Fullmäktige kan därför inte på förhand binda sina ställningstaganden i planfrågor genom avtal.

Vid försäljning av mark, på vilken det skulle uppföras bensinstation, utfäste sig en kommun att medverka till att annan liknande anläggning inte skulle uppföras inom visst angränsande område. En sådan utfästelse ansågs innefatta ett ställningstagande till uppkommande planfrågor rörande området. Utfästelsen ansågs enligt RegR ligga utom stadsfullmäktiges befogenhet, *RA 1967 ref. 25*. Kommunen får således inte genom avtal i förväg binda sig för ett visst innehåll i kommande bebyggelseplan. I *RA 1980 Ab 425* ansågs en kommunstyrelse, genom att ingå en principöverenskommelse med militär befallningshavare, ha tagit ställning till hur en viss planläggning för användning av ett markområde inom kommunen skulle utformas. Genom att för kommunens räkning anta överenskommelsen ansågs kommunstyrelsen ha överskridit sin befogenhet.³²⁵

Av *RA 1991 ref. 59* framgår att kommunens privaträttsliga och offentligrättsliga roller inte får blandas ihop. I samband med ett bytesavtal rörande fast egendom hade en kommun utfäst sig att under viss tid inte ändra eller upphäva detaljplan för området. Utfästelsen ansågs överskrida den kommunala kompetensen då den innebar att kommunen genom att godkänna ett förslag till bytesavtal avstått från sina lagliga möjligheter att ändra eller upphäva planen enligt 5:11 PBL. Enligt av-

324. Se *Adolphson* 1961 s. 65.

325. Se även *Lindquist* 1993 s. 140.

talet förband sig kommunen reservationslöst att inte ändra eller upphäva detaljplan vad avsåg den aktuella marken inom tio år från den tidpunkt planen vunnit laga kraft. RegR fann att kommunen inte hade möjlighet att disponera över sina offentligrättsliga befogenheter och binda sin framtida myndighetsutövning på det sätt som skett. RegR upphävde därför kommunfullmäktiges beslut att godkänna avtalet.

Kommunen saknar möjlighet att ersätta beslut med ett löfte eller ett avtal om hur förbuds-, påbuds- eller tillståndsmyndighet skall användas eller inte i förhållande till en markägare, ett företag eller en annan avtalspartner i vidare mån än vad som är möjligt utifrån det kommunalrättsliga regelverket.³²⁶

Utgångspunkten måste vara att det allmänna generellt sett inte genom avtal kan binda sin framtida myndighetsutövning. Även om sådana utfästelser skulle ha gjorts torde det inte vara möjligt att, utan att stöd för detta finns enligt lag, grunda några offentligrättsliga anspråk på en sådan utfästelse. Det finns därmed risk för att avtalet inte kan fullgöras enligt sin lydelse. På liknande sätt som när ett avtal förblir ogiltigt när ett kommunalrättsligt beslut om att ingå ett avtal upphävts vid laglighetsprövning, skulle ett upphävt avtal om framtida myndighetsutövning kunna grunda civilrättsliga skadeståndskrav. Frågan om ersättning skall utgå torde bli beroende av hur den aktuella situationen ser ut, d.v.s. borde den enskilde motparten ha insett att avtalets fullgörande t.ex. var beroende av kommunalt beslut eller att det överhuvud inte fanns några möjligheter att ingå den aktuella typen av avtal. Den enskilde torde i många fall endast ha begränsade möjligheter att vinna gehör för en sådan talan, eftersom denne ofta måste anses ha varit i ond tro avseende kommunens möjligheter att göra utfästelser om framtida myndighetsutövning.

6.3.2 Ändring av beslut

Det allmänna kan återkalla ett tillstånd, eller upphäva sitt beslut, om den enskilda parten väsentligt bryter mot de villkor som är uppställda för tillståndet. Man kan här tala om en form av *hävning* från det allmännas sida. Vanligtvis måste man dock skilja mellan (offentligrättslig) återkallelse och (civilrättslig) hävning. Även om det rör sig om två skilda rättsinstitut med skilda effekter

326. I *RA 1977 ref. 15* godkände fullmäktige kommunstyrelsens beslut att uppdra åt ett helägt bolag att teckna borgen. Beslutet ansågs vara kompetensöverskridande och upphävdes eftersom kommunen inte själv ägt åta sig sådant borgensåtagande utan regeringens medgivande. Då kommunen inte själv har rätt att vidta en viss åtgärd kan den heller inte anlita eget bolag att vidta densamma.

kan man dock tänka sig att de ibland kan *sammanfalla i sak*. Ur detta perspektiv är en *jämförelse* mellan offentligrättsliga och civilrättsliga ändringsmöjligheter intressant.

Om en avtalsrättslig förpliktelse föreligger är det som framgått ovan i första hand felaktiga eller ändrade förutsättningar samt andra ogiltighetsgrunder som kan leda till att avtalspart kan göra sig fri från ett förhållande eller få till stånd en jämkning. Kommunfullmäktige har rätt att inom ramen för sin kompetens fatta beslut som upphäver tidigare fattade beslut. Rör det sig om ett förvaltningsrättsligt beslut använder man sig av de principer om ändring eller återkallelse av beslut som bildats genom förvaltningsrättslig praxis. Möjligheten för det allmänna att ändra ett fattat beslut är generellt sett större än vad som inom avtalsrätten gäller för part som önskar ändra eller frigöra sig från ett avtal. Såvida frågan, om återkallelse eller ändring av ett beslut är möjlig, inte besvaras genom författningsbestämmelser, är den beroende av beslutets innebörd. Den förvaltningsrättsliga utgångspunkten torde i stort anses vara, att det allmänna har möjlighet att ändra sina *generella beslut* – t.ex. ett förbud – i negativ riktning för de berörda.

I JO 1972 s. 389 uppkom fråga om kommuns rätt att ändra beslut. Sedan två personer sökt forskollärbefattning som kommunen ledigförklarat beslöt barnavårdsnämnden vid sammanträde att bordlägga frågan. Vid nästa sammanträde hade ytterligare två ansökningar inkommit. Nämnden beslöt då att genom handuppräckning tillsätta den ene av de två senare ansökandena. Vid justeringen av sammanträdesprotokollet uppmärksammades oklarhet om en av de första ansökningarna föredragits som sökande vid det senare sammanträdet. Nämnden beslöt då, efter att protokollet offentliggjorts, att ompröva sitt beslut. Efter en sluten omröstning beslöt nämnden att utse den andre sökanden av de två senast inkomna ansökningarna och att den först tillsatte forskolläraren skulle vara berättigad till lön under den tid hon tjänstgjort samt till uppsägningstid enligt gällande avtal. JO fann bl.a. att redan det första beslutet bort träffas genom en sluten omröstning, men att felaktigheten vid beslutets tillkomst inte varit av så allvarligt att det blir att anse som en nullitet. Däremot kunde det ha utgjort grund för att efter besvär upphäva beslutet med stöd av kommunalbesvär. Eftersom justeringen gått korrekt tillväga och därefter anslagits prövades därefter fråga om nämnden haft rätt att ändra det fattade beslutet. JO anförde att kommunala organ inte kan anses ha rätt ändra redan fattade beslut på sådant sätt att kommunen kan komma att ådra sig ett skadeståndsrättsligt ansvar, utan att rätten är begränsad endast till de fall där andras rättsliga intressen inte kränks. Nämnden ansågs därför ha förfarit felaktigt när den återupptog ärendet. Eftersom befattningen avsåg visst tid hade nämnden heller inte rätt att säga upp den person som först anställdes.

Möjligheten att ändra ett kommunalt beslut beror på beslutets eller ärendets beskaffenhet. Generellt sett är omgörelsemöjligheterna större inom oreglerad förvaltning än inom reglerad och allra störst i fråga om rent interna angelägenheter. Rör besluten privaträttsliga förhållanden krävs normalt avtalspartens medgivande för att omgörelsen skall vara möjlig att göra. Omgörelsemöjligheterna i förvaltningsärenden som rör enskild är beroende av beslutets rättskraft. Viss vägledning finns bl.a. i *RA 1960 ref. 32*,³²⁷ *RRK 75 2:41* och *RA 1984 2:22*. I det sistnämnda fallet hade fastighetsnämnd beslutat att inte påkalla hyresnämnds prövning av visst förvärv av hyresfastighet. Efter att beslutet justerats och offentliggjorts fattade nämnden nytt beslut i frågan av innebörd att påkalla sådan prövning. Beslutet ansågs av RegR utgöra ett led i renodlad myndighetsutövning där det offentliggjorda beslutet måste anses vara ett definitivt ställningstagande. Omgörelse befanns därmed vara omöjlig.³²⁸

En kvinna beviljades hemtjänst med städning varannan vecka. Efter en tid beslutade stadsdelsnämnden på grund av sin försämrade ekonomi att ändra reglerna för godtagbar städfrekvens till var tredje vecka. Kvinnan överklagade beslutet. RegR fann att det inte finns någon generell regel om när en myndighet kan ompröva beslut till nackdel för en enskild. RegR ansåg att den enskildes trygghet skall sättas främst och att undantag som till exempel förbehåll, tvingande säkerhetsskäl med mera inte kunde tillämpas i det aktuella fallet. En kommuns ekonomiska förhållanden skall därför inte påverka bedömningen av vad som är skäligen levnadsnivå.³²⁹

6.3.3 Ensidig direkt avtalsändring från kommunens sida

Utgångspunkten måste anses vara att ett *generellt förvaltningsbeslut* kan ändras eller göras om av den myndighet som fattat detta, eller av högre instans, *utan att samtycke behövs av de enskilda som beslutet angår*. Annorlunda förhåller det sig med beslut som *direkt riktar sig mot enskild*, där negativ rättskraft finns som skydd för denne. Inom privaträtten gäller att *avtal* aldrig ensidigt kan ändras av den ena avtalsparten, såtillvida inte sådan möjlighet följer av själva avtalet. Den ena parten i avtalet kan därmed inte ensidigt förändra avtalets

327. En socialnämnd hade vid ett sammanträde förrättat val av en ledamot och en suppleant i kommunal styrelse. Valen »återtogs» senare och vid nya val utsågs andra personer till de ifrågavarande uppdragen. RegR upphävde de senare besluten eftersom socialnämnden genom sitt återtagande av de första besluten överskridit sin befogenhet. Besluten hade endast kunnat upphävas efter prövning av anförda besvär.

328. Se även *Paulsson m.fl.* 1997 s. 250.

329. Se *Regeringsrättens dom 2000-04-10 (Mål nr 7818-1998)*.

innehåll utan överenskommelse därom med motparten. Om någondera parten vill få till stånd en sådan överenskommelse kan initiativet härtill tas på skilda sätt. Ett sådant sätt är att säga upp avtalet för omreglering.

Vid såväl offentlig verksamhet som vid privaträttsliga relationer finns normalt olika rättsskyddsgarantier inbyggda i systemet. I regel verkar dessa till skydd för den enskilde eller till förmån för den svagare avtalsparten. Det anses även stå klart att avtalsförhållandet på ett eller annat sätt sätter gränser för vad det allmänna ansvarsfritt kan göra med avtalsunderlaget.³³⁰ Vad gäller beslut att återkalla eller ändra tidigare beslut att ingå avtal finns enligt förvaltningsrättsliga principer endast begränsade möjligheter att ändra ett beslut till nackdel för den som beslutet angår, medan kommunala beslutande organ har något större möjligheter till detta.

I de flesta fall rör det sig om två olika situationer när det allmänna ingår avtal – beslut att ingå avtal och själva avtalet. Som redovisats ovan måste man därför skilja mellan interna och externa effekter av att beslut som åsidosätter ett avtal fattats. Beslutet att ingå avtal kan återkallas enligt de offentlighetsrättsliga förutsättningarna för detta, men till följd av avtalsbrottet kan *ersättning* komma att utgå enligt privaträttsliga regler. Vid bedömningen av de externa rättsverkningarna blir det av vikt att se vilka offentlighetsrättsliga regler eller principer som måste vägas in och beaktas, t.ex. syftet med de rättsskyddsprinciper som finns på det aktuella området.

I *AD 1985 nr 57* innehöll avtal om familjehemsplacering ingen klausul som gav landsting rätt att ensidigt bestämma om förmån till familjehemsföräldrarna. Landstinget hade från ett år till ett annat ensidigt ändrat avtalsvillkoren. Eftersom bestämmelse *saknades i avtalet* ansågs landstinget sakna grund för att inom vissa gränser *ensidigt bestämma* om sämre förmåner. Enligt *AD* förelåg ingen ensidig rätt att bestämma om försämring av förmånerna på det sätt som skett.

Någon rätt till ensidiga ändringar av anställningsvillkoren utöver vad som överenskommits mellan parterna eller eventuellt reglerats i anställningsavtal ansågs således inte föreligga. På det arbetsrättsliga området jämföras dock kommunen i stor utsträckning med privata arbetsgivare.

En civilrättsligt fastlagd förpliktelse gentemot ett privat rättssubjekt torde således normalt vara bindande och därigenom de facto beskära det offentliga organets suveränitet att ensidigt ändra avtalet. Givetvis står det allmänna fritt

330. JO konstaterade i *JO 1967 s. 373* att en kommuns drätselkammare åsidosatt vad som ålegat denna enligt civilrättsliga förpliktelser genom att, i stället för att ta ställning till framfört yrkande om medgivande till överlåtelse av arrenderätt, överlåta arrendet på ny arrendator.

att genom beslut ensidigt häva avtalet, men motparten har härvid möjlighet att göra gällande avtalsrättsliga påföljder om det offentliga organet inte skulle fullgöra sin förpliktelse. Slutsatsen måste bli att det allmänna inte kan sägas ha någon exklusiv rätt att ensidigt ändra eller frånträda ett avtal ingånget med en enskild part, utan att den enskildes tillit och förväntningar utifrån det avtalsrättsliga regelverket i sådana fall grundar rätt till ersättning.³³¹ I detta avseende föreligger ingen skillnad mellan offentligrättsliga och privaträttsliga parter.

Att en kommun inte ensidigt kan undkomma ett avtals förpliktande effekter torde också vara utgångspunkten i *RA 1961 I. 72*. Här avsåg kommunen enligt uppgift³³² genom upphävandet av ett beslut om godkännande av ett ingånget avtal att kringgå den »förintelseeffekt» i såväl offentligrättsligt som civilrättsligt hänseende, som skulle bli följden om besvärsmyndighet skulle upphäva beslutet. Eftersom avtalsvillkoret om fullmäktiges godkännande uppfyllts genom det ursprungliga beslutet, och kommunen inte *ensidigt* kunde återkalla godkännandet, hade den civilrättsliga bundenheten bestått om inte godkännandet undanröjts genom laglighetsprövningen. Det anses alltså krävas att beslutet att ingå ett avtal är lagstridigt för att en kommun skall kunna komma ifrån de förpliktelser som avtalet föreskriver. Som tidigare anförts måste en godtrosbedömning bli avgörande för om ersättning till följd av avtalets upphävande kan utgå till avtalsparten.

Det allmänna får dock i allmänhet anses ha en suverän rätt att ändra innehållet i gällande regler och offentligrättsliga taxor utan att enskild som inrättat sig efter ett visst förhållande anses ha någon rätt till ersättning. Sådana ändringar kan även ske indirekt genom generell lagstiftning, d.v.s. inte endast ta sikte på en enskild situation i ett specifikt avtalsförhållande. Det allmänna har dock inte någon möjlighet att lagstifta i ett konkret fall. Att en lag, som har högre dignitet än förordning eller ett vanligt beslut, inte kan reglera ett enskilt fall torde ytterligare tala mot att det allmänna ensidigt skulle kunna frigöra sig från ett avtal eller ensidigt kunna ändra avtalsvillkor.

Skulle det allmänna försöka frigöra sig ifrån avtalet genom att underlåta att fullgöra detta kan den enskilde väcka talan om avtalets fullgörande vid allmän domstol. Om inte något beslut om att återkalla beslutet att ingå avtalet fattats torde det allmänna kunna förpliktas att fullgöra detta. Rör det sig om ett beslut av kommunal beslutande församling och kommunen önskar komma ifrån förpliktelserna kan den fatta beslut om att avtalet inte skall fullgöras. I sådana fall kommer ekonomisk ersättning att utgå till avtalsparten,

331. Se även *Sandgrens* slutsatser om den enskildes makt, *Sandgren* 1993 s. 116 f.

332. Se *Kaijser & Riberdahl* 1983 s. 617.

eftersom möjligheterna till fullgörelse i sådana fall oftast torde vara utesluten om det kommunala beslutet vinner laga kraft.

6.4 Den kommunala normgivningsmakten

Den viktigaste formen av normgivning sker genom lagstiftning, men även i kommunala förhållanden påverkar t.ex. taxeändringar, meddelanden av kommunala stadgor och plan- och byggbeslut inte sällan förhållanden såväl i ekonomiskt som i maktutövande avseende.³³³ Som tidigare nämnts följer kommunernas rätt att utfärda generella föreskrifter samt att anta avgiftstaxor av 1:7, 8:3, 5, 7, 9 och 11 RF, 2:5 och 8:3 b KL och enligt vissa specialförfattningar, t.ex. SoL och PBL. Sådana normer är bindande för kommunmedlemmarna och utgörs bl.a. av lokala ordningsstadgor,³³⁴ föreskrifter för att trygga miljö och hälsa samt renhållningsordningar.³³⁵ Kommunen får dock inte fatta beslut med tillbakaverkande kraft, 2:3 KL.³³⁶

Man måste vid bedömningen av den kommunala normgivningskompetensen troligen göra skillnad mellan vad kommunen är skyldig att göra enligt speciallagstiftningen och vad som den har möjlighet att göra inom ramen för det frivilliga området. Även om speciallagstiftning reglerar vissa företeelser, kan det i vissa fall vara frivilligt för kommunen att agera som normgivare, t.ex. vad gäller att utfärda lokala ordningsstadgor. När det gäller verksamhet som kommunen är *skyldig* att ägna sig åt och därmed är tvungen att agera som normgivare, kan nämnas att besluta om taxor på det socialrättsliga området eller vad gäller förskoleverksamhet och att besluta om planläggningar enligt PBL. Oavsett om det rör sig om »frivillig» normgivning eller normgivning som kommunen är skyldig att utföra, drar dock lagstiftningen upp mer eller mindre preciserade riktlinjer för kommunens normgivningskompetens.³³⁷

333. Genom byggnadsnämnden har kommunen bl.a. möjlighet att påverka fastighetsbildningen och därmed indirekt att i sin ekonomiska verksamhet utnyttja sin förköpsrätt vad gäller vissa fastigheter.

334. Enligt ordningslagen (1993:1617), OL, beslutar kommunfullmäktiges själv om antagande av lokala föreskrifter. Kommunen är dock skyldig att anmäla beslutet till LSt, som har befogenhet att upphäva lokala föreskrifter som strider mot bestämmelserna i OL.

335. Se även *Lindquist & Losman* 1998 s. 23 f.

336. Se *Strömberg* 1995 s. 35 och *Paulsson m.fl.* 1997 s. 62.

337. Se även *Strömberg*, Den lokala förordningsmakten, 1954 s. 173 f. och s. 236 f.

6.4.1 Normgivning i form av ändring av kommunala taxor

Ett exempel på kommunal normgivning är taxor som ligger till grund för uttagandet av kommunala avgifter av olika slag. Genom att det är fullmäktige som fastställer vilka taxor som skall gälla, kan förutsättningarna för ett avtal ändras genom att grunden för den avgift som föreskrivs i detta kan komma att ändras. I likhet med annan normgivning som rör skatter och avgifter gäller att de inte kan ges retroaktiv verkan.

En inledande fråga är om det rör sig om ett otillbörligt ensidigt ändrande när fullmäktige ändrar taxa som ligger till grund för ett avgiftsuttag som formellt knutits till taxan genom avtalsvillkor. Ett beslut om avgift för enskild kommunmedlem med stöd av en av fullmäktige antagen taxa, utgör dock i de flesta fall myndighetsutövning och i dessa situationer är det i regel inte fråga om en avtalsreglering av förhållandet.³³⁸ Detta är även fallet när det rör sig om s.k. frivilliga offentlighetsavgifter, d.v.s. avgifter för verksamhet som kommunen är skyldig att tillhandahålla, men som frivilligt tas i anspråk av enskild, t.ex. avgifter för sociala tjänster av *servicekaraktär*, som hemhjälp eller boende i servicehus. Sådana avgifter får enligt 35 § SoL uttas med skäligt belopp i enlighet med självkostnadsprincipen.³³⁹ När det gäller avgifter av mer privaträttslig typ – t.ex. elavgifter – anses inte lagstöd behövas utöver KL:s allmänna kompetensregel, som stadgar att en kommun inom ramen för självkostnadsprincipen får besluta om storleken av den kommunala utdebiteringen för sina medlemmar.

Kan då ett avtal medföra bundenhet som hindrar kommunen att genomföra avgiftshöjningar? Som nämndes tidigare är utgångspunkten att det allmänna inte utan författningsstöd kan binda sin framtida myndighetsutövning. Det är ganska vanligt att olika typer av *abonnemangsavtal*, t.ex. om elleveranser, innehåller en klausul som stadgar att avgiftens storlek bestäms av den vid varje tidpunkt gällande taxan. Sådana privaträttsliga avgifter, som utgår med stöd av den allmänna kompetensregeln, rör kommunens rent frivilliga tjänster och utgör som nämndes ovan inte normer i regeringsformens mening, utan blir gällande för den enskilde på avtalsmässiga grunder. Antagandet av taxan är förvisso en ensidig offentlighetsrättslig handling, men en hänvisning till den i avtalet anses i regel vara en *nödvändighet* för att taxaändringar skall få någon betydelse för konsumenten och avgiften utgör ett avtals-

338. Se *Hallgren m.fl.* 1997 s. 107. Jfr även *Svea hovrätts dom 1999-05-04 (Mål nr T 507-98)* angående bostadsrättsföreningen Fågelbärsträdet, vilket dock rörde förhållande mellan stat och enskild. HD beviljade inte prövningstillstånd.

339. Se även *Bohlin* 1984 s. 44 f. och s. 88 samt *Bohlin* 2000 s. 159 f.

villkor först i och med att det *i avtalet tas in en bestämmelse* om att avgiftens storlek bestäms av den vid varje tidpunkt gällande taxan.³⁴⁰

Om å andra sidan en *viss avgift föreskrivits* i avtalet utan att knytas till en taxa måste detta sägas upp eller omförhandlas – beroende på hur det utformats och vad eventuellt reglemente etc. stadgar – för att avgiften skall kunna ändras. Man kan kalla sådana typer av avgifter för *överenskomna* till skillnad från de vanligtvis, av taxa beroende, *fastställda* avgifterna.³⁴¹ Vad gäller fastställda avgifter behöver det heller inte alltid vara nödvändigt med en hänvisning till taxa i avtalet för att taxeändringar skall gälla och påverka avgiften. Detta gäller i fråga om offentligrättsliga taxor som överhuvud inte är avtalsbara, t.ex. förskoletaxa.³⁴² Beslut att anta taxa utgör normgivning och går inte att reglera genom avtal.

Avseende avgifter där olika överenskommelser *kan göras* mellan kommunen och den enskilde gäller andra förutsättningar. Som exempel på äldre rätt kan nämnas *RÅ 1968 K 441*, där kommunfullmäktige hade beslutat att enskild mot viss avgift skulle få ansluta sig till va-anläggning. Avgiften skulle därutöver reduceras med ett belopp som den enskilde i förskott erlagt för en serviceledning fram till fastigheten. Fullmäktige fattade senare beslut om att sådana ledningar endast skulle dras till tomtgränsen. För den enskildes del innebar detta att fullmäktige ändrade det tidigare beslutet om en reduktion av anslutningsavgiften med det belopp som betalats för serviceledningen. RegR fann att ett avtal kommit till stånd genom att fastigheten anslutits till anläggningen och att kommunens utfästelse därmed skulle vara *civilrättsligt bindande*. Kommunen hade därför ingen möjlighet att *ensidigt* frångå de avtalade villkoren. Den enskildes rätt ansågs därför kränkt och RegR upphävde fullmäktiges beslut.

När det i en avtalsklausul hänvisas till en taxa får detta karaktär av ett vanligt avtalsvillkor. Villkoret får enligt sedvanliga avtalsrättsliga regler, genom en hänvisning till en offentligrättsligt fastställd taxa som ensidigt kan ändras, tolkas till utformarens, d.v.s. kommunens, nackdel om det innehåller felaktigheter eller brister. Att avgift inte får tas ut utan stöd i taxa bidrar också till att kravet på tydlighet från kommunens sida ökar.³⁴³

Det förefaller även stå klart att kommunfullmäktige har möjlighet att ändra budgetramarna för verksamhet som kommunen finansierar, t.ex. förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg som drivs av enskilda. Kommunen be-

340. Se *Bohlin* 1984 s. 86 f.

341. Se *Bohlin* 1984 s. 216 ff.

342. Se även *Ketscher*, Offentlig børnepasning i retlig belysning, 1990 s. 252 och s. 271 ff.

343. Se även *Bohlin* 1984 bl.a. s. 216.

slutar även om avgifterna till sådana hem. Dessa beslut är emellertid typiskt sett myndighetsutövning. Det allmänna har som synes härigenom alltså möjlighet att ändra generella förutsättningar för sina egna avtal med enskilda rättssubjekt.³⁴⁴ På samma sätt torde kommunen ha rätt att fastställa nya offentlighetsrättsliga taxor i enlighet med självkostnadsprincipen utan att man kan tala om ett ensidigt ändrande i den mån det individuella avtalet hänvisar till avgift enligt gällande taxa.

Det avgörande blir alltså om ett avtalsvillkor om visst avgiftsuttag bara tjänar funktionen av en hänvisning till gällande taxa, som fallet är vid offentlighetsrättsliga avgifter eller om avgiften är av en mer privaträttslig karaktär. Är avgiften av det sistnämnda slaget kan det vara svårare för kommunen att höja avgiften utan att motparten äger rätt att säga upp avtalet. Rör det sig om offentlighetsrättsliga avgifter kan inte avtal om att viss avgift skall avvika från av kommunfullmäktige fastställd taxa ingås.

6.4.2 Normgivning till följd av införande av nya stadgor etc.

Skyldigheter när det gäller anläggning, underhåll och renhållning av gator har sedan länge ålegat fastighetsägarna, även om skyldigheten varierat och sedan lång tid kommit att regleras genom ett offentlighetsrättsligt avgiftsförfarande, genom föreskrift i särskild ordningsstadga eller med stöd i lagstiftning.³⁴⁵ Utrymmet för att använda avtal på dessa områden är därför många gånger minimalt eftersom förhållandet i dessa fall närmast blir att betrakta som en ensidig offentlighetsrättslig handling om vilken civilrättsliga avtal inte kan träffas – se t.ex. vad som gäller angående torgplatsupplåtelser – och i den mån avtal ingåtts torde de i de flesta fall vara reglerade sedan åtskilliga år tillbaka.³⁴⁶

Rent *principiellt* kan det dock vara intressant att fråga sig om en kommun har möjlighet att utnyttja sin normgivningsmakt genom att i lokal ordningsstadga kringgå sina skyldigheter enligt ett ingånget avtal, även om frågan i praktiken är av mer begränsad betydelse.

Frågan har aktualiserats i fråga om vem som skall ansvara för renhållningen av viss gata. I ett äldre hovrättsfall,³⁴⁷ rörande förseelse mot ordningsstadgan för Nynäs-

344. Se även *Sandgren* 1993 s. 106.

345. Se även *Strömberg* 1954 s. 192 ff.

346. Det kan dock tänkas att det i vissa fall fortfarande finns avtal som härrör från tiden innan viss fråga lagreglerades eller avgiftsbelades enligt kommunal föreskrift, se t.ex. de ovan redovisade rättsfallen *NJA* 1994 s. 359 och *RH* 1994:121.

347. Se *Svea hovrätts dom 1955-10-20 (Mål nr B 305/1955)*.

hamns stad, uppkom fråga om en kommun *genom antagande av lokal ordningsstadga* kunde befria sig från avtalsvillkor. Efter förhandlingar med representanter för kommunen utfärdade ägarna av en fastighet, i samband med en gatuvidgning år 1934, ett gåvobrev angående den till trottoar avsedda marken till kommunen. Gåvobrevet, och däri ingående villkor om att alla kostnader och skyldigheter som följde med marken skulle övertas av kommunen, godtogs av kommunfullmäktige. En följd blev därmed att renhållning av den uppkomna trottoaren skulle ombesörjas av det allmänna. Några år senare, 1950, antog staden en ny ordningsstadga, vilken sedan fastställdes av LSt. I stadgan föreskrevs bl.a. att det var fastighetsägarnas skyldighet att hålla ren gångbanan utmed sin fastighet. Tidigare överenskomelser skulle *enligt stadgans övergångsbestämmelser* upphöra *tre månader* efter att stadgan trätt i kraft. Något besvär anfördes inte över beslutet. När sedan kommunen meddelade de av avtalet berörda fastighetsägarna om deras skyldighet att hålla rent gatan, vägrade dessa med hänvisning till gåvobrevet. Åtal väcktes då mot fastighetsägarna för brott mot ordningsstadgan. HovR fann det vara utrett att kommunen på grund av avtalet förbundit sig att både bekosta och ombesörja renhållningen. Kommunen kunde därför inte genom ordningsstadga *befria* sig från sina förpliktelser, eller eljest *ensidigt föreskriva* att gjorda utfästelser inte längre skulle gälla. Det kunde däremot ifrågasättas om inte fastighetsägarna skulle anses vara offentligrättsligt bunden av ordningsstadgan, men i sådana fall förelåg rätt för dessa att framställa skadeståndsanspråk gentemot det allmänna för *utövandet av sin offentligrättsliga maktbefogenhet i strid mot träffat avtal*. Kommunen ägde alltså inte, med bindande villkor i något hänseende, utfärda menliga föreskrifter mot fastighetsägare i strid med det tidigare avtalet.³⁴⁸ Åtalet ogillades och överklagades inte.³⁴⁹

Domstolen fann det alltså *uteslutet* att kommunen *ensidigt* skulle kunna *befria* sig från sina *avtalsenliga förpliktelser* genom *föreskrifter av offentligrättslig natur*. En sådan rätt ansågs leda till en så stor rättsosäkerhet att den inte skulle uppvägas av något allmänt intresse. Stadgans övergångsbestämmelser kunde därför inte befria kommunen från sina utfästelser. Det verkar emellertid som rätten ställt sig mer tveksam till frågan om inte fastighetsägare skulle vara tvungen att rätta sig efter själva renhållningsföreskrifterna i stadgan – dock med *rätt till skadestånd från det allmännas sida på grund av avtalsbrott*. Just i det här fallet förelåg inte så starka *tvingande skäl*, att de skulle behöva rätta sig

348. HovR gjorde dock reservation för de fall, att tvingande skäl kunde föreligga som medförde att en ordningsstadgas bestämmelse skulle vara rättsstridig ur privaträttslig synpunkt och bindande ur offentligrättslig, vilket in casu inte ansågs vara fallet.

349. Se *Hernmarck*, En fråga rörande skyldighet att renhålla gata, 1955 s. 349–352 och *Dillén*, Skyldighet att rengöra en gata – en replik, 1957 s. 155 f.

efter stadgan men i en annan situation skulle kanske situationen te sig annorlunda.³⁵⁰

Hovrättsfallet är dock ålderstiget och rörde dessutom fråga om ett brott hade begåtts. Det kan därför inte läggas till grund för några mer långtgående slutsatser. Att frågan vid något annat tillfälle inte kommit att prövas i domstol torde även tala för att situationen inte vanligt förekommande. Det bör också vara så att den här typen av frågor sedan lång tid tillbaka regleras genom uttagande av kommunala avgifter. Rent principiellt torde det dock kunna anses ligga något i synsättet att kommunen genom att utfärda lokal författning eller stadga inte kan komma i från sina förpliktelser enligt ett ingånget avtal.³⁵¹ Önskar kommunen att avtalet inte längre skall fullgöras torde den enda utvägen vara att ersätta motparten för den förlust som uppstår till följd av kommunens vägran att fullgöra avtalet eller åberopa någon annan omständighet som gör att avtalet kan jämkas av allmän domstol. Avtalets civilrättsliga verkningar upphör således inte att gälla till följd av att kommunen inför lokal stadga som reglerar det avtalade förhållandet, även om det förvisso begränsar möjligheterna att ingå nya avtal på området.

6.4.3 Normgivning enligt plan- och byggmonopolet

Kommunerna ansvarar sedan länge för normgivningen på plan- och bygglagstiftningens område. Kommunerna har i enlighet med det s.k. planmonopolet rätt att bestämma över hur byggnader skall se ut inom ett visst område och hur olika områden skall planeras. Beslutanderätten ligger hos kommunfullmäktige eller hos byggnadsnämnden.³⁵² Det torde därför kunna förekomma att förutsättningarna för med kommunen ingånget avtal kan komma att ändras genom att kommunen fastställer annan detaljplan än vad som gällde vid avtalets ingående. Som anförts ovan får inte en kommun i förväg genom ett avtal binda sig för att fatta ett beslut av ett visst innehåll i ett kommande byggelseplan, *RÅ 1967 ref. 25* och *RÅ 1991 ref. 59*.

Ett norskt exempel där förutsättningarna för ingånget avtal till följd av myndighetsbeslut ändrats finns i rättsfallet *Rt 1975 s. 620*, den s.k. Eskemyrdomen. En kommun hade här annonserat ut tomter till försäljning och angivit att området var planerat för villabebyggelse. De hugade spekulanterna hade vid kontakt med kom-

350. Se även *Hernmarck 1955 s. 352* och *Dillén 1957 s. 156*.

351. Se även *NJA 1994 s. 359*, där inte ens senare tillkommen lagstiftning i sig ledde till att ett avtal skulle upphöra att gälla.

352. Se även *Strömberg 1954 s. 157–160* och *Lindquist 1993 s. 134–141*.

munen blivit förevisade den gällande byggnadsplanen för området, vilken även den visade att området var tänkt att bestå av öppen, villamässig bebyggelse.

När flera tomter blivit sålda ändrade emellertid kommunen byggnadsplanen på så sätt att ett företag fick tillstånd att uppföra fyra radhus i två våningar inom området. Några av tomtköparna ansåg att detta skulle sänka värdet på deras villafastigheter och krävde därför ersättning av kommunen. De hävdade i korthet att kommunen, genom att hänvisa till byggnadsplanen, fränskrivit sig möjligheten att göra ändringar i denna.

Rätten avvisade i och för sig inte möjligheterna att vid tolkningen ta hänsyn till utomliggande omständigheter, men ville inte betrakta de upplysningar som lämnats av kommunen som en tillräcklig utfästelse att fränsäga sig rätten att göra ändringar i byggplanen. Rätten slog fast att köparna inte hade några rättsligt grundade krav på att planeringen förblev oförändrad. Förevisandet av byggplanen sågs i stället som en orientering om situationen vid köpetillfället, utan några framtida garantier. Den hade förvisso *otvivelaktigt skapat en förväntning hos köparna men inte ett rättskrav*.³⁵³

Det skulle enligt rättens bedömning till mer än bara ordlydelsen i en annons och utformningen av en områdesplan med tillhörande regleringsbestämmelser vid tidpunkten för köpet för att kommunen skall anses ha bundit sin framtida myndighetsutövning. För att köpeavtalen skulle ha inneburit att områdesplanen inte skulle få ändras, åtminstone inte utan ersättning, måste det vid varje enskilt fall ha getts ett klart uttryck för en sådan avsikt från det kommunala organ som haft kompetens att fatta sådana beslut. Någon sådan utfästelse förelåg i inte i det aktuella fallet.

Rättens bedömning får dock anses vara för hård gentemot de enskilda fastighetsägarna. Det är självklart så att kommunen inte kan inskränka sin myndighetsutövning på området, men när förutsättningarna för ingångna avtal ändras till följd av planbeslut får man utgå från att ersättningsskyldighet kan uppkomma för kommunen. Det är inte givet att kommunen skall kunna företa sådana förändringar utan att part kan åberopa bristande förutsättningar och kräva skadestånd eller att motparten kan hävda oskälighet på grund av senare inträffade förhållanden enligt 36 § AvtL. Detta torde gälla oavsett om en ändring berör flera fastigheter eller endast en fastighetsägare.

353. Se även *Rt 1975 s. 246*, vilket rörde fråga om kommunens ersättningsansvar gentemot tomtköpare vid försummad upplysningsplikt. En person hade inom ett detaljplanerat område köpt en fastighet för bostadsändamål. Kommunen ändrade senare detaljplanen så att ett till den köpta fastigheten gränsande obebyggt område skulle få bebyggas. Området lades även ihop med en grannfastighet utan att köparen underrättades därom. Høyesteretten fann att kommunen ägt ändra detaljplanen utan att det stred mot det ingångna köpeavtalet, men att kommunen bort underrätta köparen. Ersättning skulle därför utgå, men inte enligt avtalsrättsliga grunder.

I vissa uppenbara fall, som det ifrågavarande där en ändring företas kort efter avtalet och det kan fastställas att kommunen känt till eller måste anses ha känt till den kommande ändringen redan vid avtalsslutet, kan man tänka sig att förhållandet jämföras med avtalsbrott med skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset som följd. När det som i Eskemyrdomen rör privatpersoner måste dessa anses ha skäl för att förlita sig på att en av kommunen uppvisad detaljplan åtminstone kommer att förbli gällande några år.

Frågan om kommuns normgivningsmakt enligt planmonopolet kan även komma att aktualiseras när det gäller olika typer av genomförandeavtal. I enlighet med vad som tidigare anförts är kommunens möjligheter att ändra förutsättningarna för ett ingått avtal i det närmaste oinskränkt inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. Det står kommunen fritt att fatta beslut som strider mot ett ingått genomförandeavtal. Ett sådant beslut kan dock få till följd att någon exploatering inte sker om inte den tilltänkte exploatören genom nytt avtal kan acceptera vad kommunen beslutat.

I praktiken är det därför högst tveksamt om kommunen skulle gå emot ett ingånget genomförandeavtal, eftersom någon exploatering av det aktuella området i sådana fall troligen inte skulle komma till stånd. De ekonomiska realiteterna kan alltså tvinga kommunen till att i princip behöva fatta beslut i enlighet med ett ingånget avtal. I den bemärkelsen kan man alltså säga att kommunen genom genomförandeavtal bundit sin normgivningsmakt.

Planmonopolet ger därmed kommunen en särskild ställning i förhållande till enskild avtalspart. Det kan därför anföras argument för att enskild avtalspart måste räkna med att den vid avtalstidpunkten rådande detaljplaneringen kan komma att ändras och att det allmänna i allmänhet får anses ha en suverän rätt att ändra innehållet i gällande lagar och generella beslut utan att enskild som inrättat sig efter ett visst förhållande anses ha någon oinskränkt rätt till ersättning. Med ett sådant synsätt fräntas kommunen från ansvar för att förutsättningarna för att ett avtal som kommunen ingått kan komma att ändras, även om det är den själv som genom beslut om ny detaljplan skapar de ändrade förutsättningarna.

Ett avtal inskränker således inte i sig kommunens rätt att fatta planbeslut. Det medför heller inte något hinder mot att kommunen fastställer detaljplan i strid med ingått genomförandeavtal. Det faktum att ett avtal ingåtts torde dock kunna föranleda att den enskilde har rätt till ersättning till följd av att avtalet inte kommer att fullgöras enligt sin lydelse.

Det torde inte råda någon tvekan om att t.ex. en ändring av detaljplan kan vara av väsentlig betydelse för avtalspart som ingått ett avtal med kommunen enligt den vid avtalsslutet gällande planen och att kommunen borde ha insett

att den gällande detaljplanen utgjorde en väsentlig förutsättning för motparten. Kommunen torde som regel ha betydligt större möjlighet att avgöra sannolikheten för vilka förändringar som kan komma att ske och när, vilket i vissa fall torde kunna tala för att kommunen vid en relevansbedömning bör bära risken för att förutsättningen för avtalet har brustit.

I synnerhet torde detta vara fallet om en kommun säljer en fastighet inom ett detaljplanerat område för det ändamål planen förutsätter och kommunen kort tid därefter beslutar att ändra detaljplanen så att fastigheten inte längre kan användas för detta ändamål. Skulle kommunen befinnas ha varit ond tro om att den inom en snar framtid skulle komma att ändra användningssättet för fastigheten eller fatta beslut av stor betydelse för fastighetens omgivning torde motparten således kunna anses vara berättigad till ersättning för det positiva kontraktsintresset. I dessa fall får kommunen anses vara den part som hade störst möjligheter att bedöma att förutsättningarna för avtalet skulle komma att ändras. Att avtalet ingåtts av t.ex. fastighetsnämnd medan det är kommunfullmäktige som fattar beslut om ändringar i detaljplan förändrar inte synsättet då de utgör olika organ inom en och samma juridiska person. Om motparten var i god tro, d.v.s. inte hade bort räkna med ett ändringsbeslut, förefaller det som om man med fog skulle kunna hävda att situationen liknar ett »ordinärt» avtalsbrott som medför rätt till hävning och att ersättning skall utgå enligt det positiva kontraktsintresset.

Om kommunen å andra sidan säljer ett visst område för ett ändamål som inte motsvarar detaljplanen och även förbinder sig att ändra denna i enlighet med vad som utfästs – men planändringen inte kommer att genomföras till följd av att fullmäktige motsätter sig ett sådant beslut eller andra omständigheter leder till att ändringen inte går att genomföra – är det inte lika självklart att någon skadeståndsskyldighet föreligger, i vart fall inte enligt det positiva kontraktsintresset. Det kan vara rimligt att kräva att avtalsparten bör veta att avtalets förverkligande beror av ett separat förvaltningsrättsligt beslut och att beslutsfattarens frihet inte kan begränsas genom avtalet.

7 Avslutning

Som ovan konstaterats kan problem uppstå när det allmänna sluter avtal. Problemen bottnar bl.a. i konflikten mellan avtalsautonomin och det allmännas ensidiga beslutsrätt i form av normgivningsrätt och möjligheter till myndighetsutövning gentemot enskilda. När kommuner använder sig av avtalslösningar kan dessutom privaträttsliga intressen, avseende tillit och omsättningsintresset, komma i konflikt med kommuninvånarnas intresse av att de kommunala organföreträdarna håller sig inom de ramar som reglerar den kommunala verksamheten.

När det allmänna agerar på det privaträttsliga området eller om enskilda utför offentligrättsliga uppgifter riskerar man således att hamna i ett rättsligt gränsland. Det föreligger dock ingen särskild avtalsrätt när det allmänna sluter avtal. I princip aktualiseras samma regler som vid avtal mellan enskilda. Situationen är dock speciell så vida att offentligrättsliga regler sätter gränsen för avtalskompetensen och även påverkar tolkningen av de avtal som det allmänna sluter. Sålunda kan t.ex. aldrig ett samtycke från en enskild utan lagstöd ersätta ett överskridande av en offentligrättslig begränsning av möjligheten att avtala.

Avtal mellan kommuner och enskilda kan därför ha större eller mindre förvaltningsrättsliga beröringspunkter. Frågor som uppstår är t.ex. vem som har kompetens att binda kommunen samt vilka rättsverkningar som följer av ett eventuellt kompetensöverskridande. Man måste också ta hänsyn till att det allmänna som avtalspart har särskilda maktbefogenheter. Samtidigt påverkas det allmänna av en mängd skyldigheter och restriktioner som följer av det offentligrättsliga regelverket och bl.a. syftar till att värna grundläggande rättssäkerhetskrav.

Samtidigt påverkar civilrättsliga bedömningar rättsverkningarna av de avtal som sluts. Sålunda kan ersättning komma att utgå till en enskild motpart om ett avtal till följd av det offentligrättsliga regelverket inte kan fullgöras enligt sin lydelse. Vad gäller såväl kompetensöverskridande vid avtalsslut som det allmännas möjligheter att genom normgivning ändra förutsättningarna

för ett avtal föreligger en likhet genom att en godtrosbedömning i varierande omfattning kan läggas till grund för bedömningen av de externa rättsverkningarna.

Civilrättsliga regler om ersättning kan således komma att förta effekterna av en offentligrättslig ogiltighet. Vad t.ex. gäller materiella kompetensöverskridanden av avtalskompetensen blir godtrosbedömningen beroende av en intresseavvägning där vem som utgör kommunens motparten kan bli av betydelse. Således torde enskilda individer vara mer skyddsvärda än ett större företag. Rör det sig däremot om ett överskridande av den personella kompetensen kan även juridiska personer anses vara skyddsvärda eftersom det i vissa fall kan vara svårt att veta vilka interna delegationsordningar som finns inom en kommun och vilket kommunalt organ som genom delegationen äger besluts- respektive representationskompetens. Det kan vidare ifrågasättas om det skulle vara funktionellt, sett ur båda parterns intresse av att sluta avtal, att ålägga den enskilde motparten en långtgående skyldighet att undersöka kommunens olika interna delegationsordningar.

Vad gäller den oinskränkta rätten att ändra normer, t.ex. taxor och detaljplaner, kan åtminstone i det senare fallet bl.a. förutsättningsläran leda till att motparten i vissa fall kan anses ha rätt till ersättning. På samma sätt kan 36 § AvtL medföra att ett avtal kan komma att jämkas till följd av efter avtalsslutet, för den enskilde avtalssparten ogynnsamma, fattade kommunala beslut.

Käll- och litteraturförteckning

1 Officiellt tryck m.m.

1.1 *Propositioner*

Prop. 1967:90 med förslag till förköpslag m.m.

Prop. 1970:118 med förslag till lag om allmänna vatten- och avloppsanläggningar, m.m.

Prop. 1971:30 med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.

Prop. 1972:5 med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop. 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.

Prop. 1975:78 om lagstiftning angående ansvar för funktionärer i offentlig verksamhet m.m.

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

Prop. 1975/76:112 om kungörande av lagar och andra författningar.

Prop. 1975/76:149 med förslag om allmänna fjärrvärmeanläggningar, m.m.

Prop. 1975/76:187 om kommunal demokrati, ny kommunallag m.m.

Prop. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen.

Prop. 1978/79:214 om ändring i förköpslagen (1967:868), m.m.

Prop. 1983/84:92 om avtalsvillkor mellan näringsidkare.

Prop. 1985/86:80 om ny förvaltningslag.

Prop. 1988/89:113 om ändring i brottsbalken (tjänstefel).

Prop. 1989/90:42 om det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen.

Prop. 1990/91:117 om en ny kommunallag.

Prop. 1992/93:43 Ökad konkurrens i kommunal verksamhet.

Prop. 1993/94:48 Handlingsoffentlighet hos kommunala företag.

Prop. 1993/94:188 Lokal demokrati.

Prop. 1997/98:6 Förskoleklass och andra skollagsfrågor.

Prop. 1997/98:105 Det allmännas skadeståndsansvar.

Prop. 1998/99:122 Kommunala bostadsföretag

1.2 *Utskottsbetänkanden*

Bet. 1990/91:KU38 Ny kommunallag.

Bet. 1992/93:SoU9 Ökad konkurrens inom kommunal verksamhet.

Bet. 1997/98:KU13 Kommunala kompetensfrågor m.m.

1.3 *Statens offentliga utredningar*

SOU 1968:27 Förvaltningslag. Förslag utarbetat inom justitiedepartementet.

SOU 1969:20 Ämbetsansvaret. Principbetänkande av ämbetsansvarskommittén.

SOU 1971:84 Kommunal kompetens. Kommunalrättskommitténs betänkande XIV.

SOU 1972:1 Ämbetsansvaret II. Slutbetänkande av ämbetsansvarskommittén.

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten. Betänkande av generalklausulutredningen.

SOU 1974:99 Enhetlig kommunallag. Betänkande av kommunallagsutredningen.

SOU 1983:61 Handlingsoffentlighet utanför myndighetsområdet. Slutbetänkande av kommunalföretagskommittén.

SOU 1991:26 Kommunala entreprenader – vad är möjligt? En analys av rättsläget och det statliga regelverkets roll. Rapport till konkurrenskommittén.

SOU 1991:104 Konkurrens inom den kommunala sektorn. Delbetänkande av konkurrenskommittén.

SOU 1993:55 Det allmännas skadeståndsansvar. Betänkande av Kommittén för översyn av det allmännas skadeståndsansvar.

SOU 1993:90 Lokal demokrati i utveckling. Slutbetänkande av Lokaldemokratikommittén.

SOU 1994:136 Statliga myndigheters avtal. Betänkande av Utredningen om statliga myndigheters avtal.

SOU 1994:139 Ny socialtjänstlag. Huvudbetänkande av socialtjänstskommittén.

SOU 1996:67 Medborgerlig insyn i kommunala entreprenader. Delbetänkande av Kommunala förnyelsekommittén.

SOU 1996:168 Översyn av PBL och va-lagen. Slutbetänkande av Plan- och byggutredningen.

SOU 1996:169 Förnyelsen av kommuner och landsting. Slutbetänkande av Kommunala förnyelsekommittén.

1.4 *Departementsserien*

Ds 1988:52 Ny lag om kommuner och landsting. Slutbetänkande av kommunallagsgruppen. Civildepartementet.

Ds 1992:7 Marknadsorientering av kommunal verksamhet. Konsekvenser och möjligheter. Civildepartementet.

Ds 1993:16 Avgifter inom kommunal verksamhet – förslag till modifierad självkostnadsprincip. Civildepartementet.

Ds 1994:50 Valfrihetsrevolution i praktiken. Socialdepartementet.

2 Litteratur

- Adlercreutz, A.*, Avtal. Lärobok i allmän avtalsrätt. Norstedts, 9 uppl., Lund 1993.
- Adlercreutz, A.*, Om nullitet och kompetensogiltighet. I: Festskrift till Anders Agell, Iustus, Uppsala 1994 s. 1–18.
- Adlercreutz, A.*, Avtalsrätt I. Juristförlaget i Lund, 10 uppl., Lund 1995.
- Adlercreutz, A.*, Avtalsrätt II. Juristförlaget i Lund, 4 uppl., Lund 1996.
- Adolphson, Y.*, Bindning eller återkallelse. Studier över enskildas viljeförklaringar i förvaltningsrätten. Norstedts, Stockholm 1961. Ak avh.
- Andersen, P.*, Dansk forvaltningsret. Almindelige Emner. Gyldendal, 5 udg, København 1965.
- Bejstam, L.*, Kommunalrättsliga grunder. I: Kommunal arbetsrätt. Andersson, A, Bejstam, L., Edström, Ö., & Zanderin, L., Studentlitteratur, 2 uppl., Lund 1997 s. 13–82.
- Bengtsson, B.*, Om civilrättens splittring. I: Festskrift till Kurt Grönfors, Norstedts, Stockholm 1991 s. 29–46.
- Bergström, C.*, & *Samuelsson, P.*, Aktiebolagets grundproblem. En rättsekonomisk analys. Nerenius & Santérus förlag AB, Stockholm 1997. (N & s. Biblioteket 8).
- Bernitz, U.*, Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987, Norstedts, Stockholm 1987 s. 107–143.
- Bernitz, U.*, Svensk marknadsrätt. Juristförlaget, 3 uppl., Stockholm 1991.
- Bernt, J. F.*, Forbehold ved forvaltningsvedtak. Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøvelse som påvirkningsmiddel. Institutt for offentlig retts skriftserie 1977:7, Bergen 1977.
- Björkman, U.*, & *Riberdahl, C.*, Det kommunala förtroendeoppdraget. Rättsliga villkor och förutsättningar. Norstedts, Stockholm 1997.
- Boblin, A.*, Kommunala avgifter. Juridiska föreningen i Lund, Lund 1984. (SJFL nr 67). Ak avh.
- Boblin, A.*, Kommunalrättens grunder. Norstedts, 3 uppl., Stockholm 2000.
- Bramstäng, G.*, Överlåtelse av uppgifter inom socialtjänsten till privaträttsliga organ. Några synpunkter. FT 1988 s. 214–229.
- Bramstäng, G.*, Förvaltningsrättens begreppsbildning och grundläggande principer i konkret belysning. Juristförlaget i Lund, Lund 1993.
- Bramstäng, G.*, En lagfäst, modifierad självkostnadsprincip inom kommunalrätten? Några anteckningar på grundval av ett betänkande. FT 1994 s. 61–82.
- Dillén, N.*, Skyldighet att rengöra gata – en replik. FT 1957 s. 155–156.
- Dotevall, R.*, Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet. Norstedts, Stockholm 1998.
- Eckhoff, T.*, & *Smith, E.*, Forvaltningsrett. Tano Aschehoug, 6 utg., Oslo 1997.
- Eriksson, K.-Å.*, & *Hallgren, T.*, När andra vill vara med. Alternativ barnomsorg – fakta, synpunkter, förfrågningsunderlag och kontraktsförslag. Svenska Kommunförbundet och Kommentus, Stockholm 1995.

- Friedner, L.*, Några synpunkter på offentligrättsliga avtal. *Advokaten* 1987 s. 141–144.
- Frihagen, A.*, Avtaler og forhåndstilsagn om regulering. *Jussens venner* 1989 s. 313–345.
- Frihagen, A.*, Forvaltningsrett. Bind I. Forvaltning og kompetanse. Forlaget A. Frihagen A/S, 3 utg, Oslo 1991.
- Grönfors, K.*, Begränsningar hos avtalet som styrmedel. I: *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987*. Norstedts, Stockholm 1987 s. 217–227.
- Grönfors, K.*, Behörighet vid fullmaktshandlande av en juridisk person. I: *Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997*. Universitetsforlaget, Oslo 1997 s. 397–401.
- Hallgren, T.*, Fakta och Argument om kommunala företag. Svenska Kommunförbundet, Stockholm 1997.
- Hallgren, T., Hilborn, I., & Sandström, L.*, Kommunala driftentreprenader. Konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur. Svenska Kommunförbundet och Kommentus, Stockholm 1997. (Cit Hallgren m.fl.).
- Hellner, J.*, Förutsättningsläran rediviva. I: *Festskrift till M Ylöstalo, Helsingfors 1987* s. 133–155. (Även i *Advokaten* 1988 s. 86–94 och s. 138–144).
- Hellner, J.*, Kommersiell avtalsrätt. Juristförlaget, 4 uppl., Stockholm 1993.
- Hellner, J.*, Jämknings av långvarigt avtal m.m. *JT* 1994–95 s. 137–141.
- Hellners, T., & Malmqvist, B.*, Nya förvaltningslagen med kommentarer. Norstedts, 5 uppl., Stockholm 1999.
- Hernmarck, M.*, En fråga rörande skyldighet att renhålla gata. *FT* 1955 s. 349–352.
- Holmberg, E., & Stjernquist, N.*, Grundlagarna med tillhörande författningar. Norstedts, Stockholm 1980.
- Holmberg, E., & Stjernquist, N.*, Vår författning. Norstedts, 11 uppl., Stockholm 1998.
- Holmbäck, U.*, Studier i förutsättningslärans terminologi. Uppsala 1970. Ak. avh.
- Hornsved, G.*, Exploateringsavtal för fritidsbebyggelse på privatägd mark (EFP 91). Svenska Kommunförbundet, Stockholm 1991.
- Hov, J.*, Rettsforlik. Universitetsforlaget, Oslo - Bergen - Tromsø 1976.
- Hov, J.*, Avtalerett. Papinian, 3 utg, Oslo 1993.
- Höök, J.*, Intern kommunal kompetensfördelning. Iustus, Uppsala 2000. (SJFU nr 81). Ak avh.
- Johansson, S.*, Options- och terminsavtal. En rättslig studie av handeln med standardiserade derivativa instrument, Norstedts 1998.
- Jägerskiöld, S.*, Om allmän förvaltningsrätt. Anteckningar om metodik och rättsåskådning. Almqvist & Wiksell, Uppsala 1958.
- Jägerskiöld, S.*, Offentlig rätt och civilrätt. *FT* 1961 s. 96–120.
- Kaijser, F.*, Om »kommunal förvaltning genom avtal». *FT* 1972 s. 51–92.
- Kaijser, F.*, Frövimålet i kommunalrättsligt perspektiv. *KT* 1974 s. 887–892.

- Kajiser, F., & Riberdahl, C.*, Kommunallagarna II. Kommunallagen m.m. Kommunförbundets Förlag, 6 uppl., Älvsjö 1983.
- Kedner, G., & Roos, C. M.*, Aktiebolagslagen. Del 1, (1–9 kap.) med kommentar. Fritzes, 5 uppl under medverkan av Skog, R, Stockholm 1995. (Norstedts Gula Bibliotek).
- Ketscher, K.*, Offentlig børnepasning i retlig belysning. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1990. Ak avh.
- Kleineman, J.*, De offentligrettslige rettssubjektens avtalskompetens – offentligrettslig reglering med privatrettslig metod. JT 1994–95 s. 936–971.
- Kleineman, J.*, Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande. JT 1997–98 s. 808–813.
- Kristiansen, T.*, Kommunale garantier. Tano Aschehoug, Oslo 1998. Ak. avh.
- Lehrberg, B.*, Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter. Iustus, Uppsala 1989. (SJFU nr 23). Ak avh.
- Lindquist, U.*, Kommunala befogenheter. En redogörelse för kommuners och landstings allmänna befogenheter enligt rättspraxis. Publica, 4 uppl., Stockholm 1993.
- Lindquist, U., & Losman, S.*, 1991 års kommunallag i dess lydelse den 1 januari 1998. En handbok med lagtext och kommentarer. Norstedts, 4 uppl., Stockholm 1998.
- Losman, S., & Löfving, C.*, Kommunala driftsformer förändring utveckling avveckling. Publica, Stockholm 1992.
- Lundin, O.*, Kommunal revision. En rättslig analys. Iustus, Uppsala 1999. (SJFU nr 72). Ak avh.
- Lundmark, T.*, Friskrivningsklausuler. Giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom. Iustus, Uppsala 1996. Ak. avh.
- Madell, T.*, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverknningar. Norstedts, Stockholm 1998. Ak avh.
- Madell, T.*, Tidpunkt för kommuns bundenhet vid fastighetsöverlåtelse, JT 1998–99 s. 649–656.
- Madell, T.*, Kan brister vid anordnande av barnomsorgsplatser utgöra grund för fordran som kan prövas av allmän domstol? NJA 1998 s. 656 (I), FT 1999 s. 51–57.
- Madsen, P. B.*, Aftalefunktioner – Om aftalers indgåelse, retsvirkninger og bindende virkning. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København 1983.
- Marcusson, L.*, Organisationernas roll i det offentliga styrningssystemet enligt svensk rätt. I: Offentligrettsliga perspektiv på organisationernas verksamhet. Red G Bramstäng, Iustus, Uppsala 1986 s. 7–20. (SJFU nr 8).
- Marcusson, L.*, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet. Iustus, Uppsala 1989. (SJFU nr 26). Ak avh.
- Marcusson, L.*, Mot en ny kommunalrätt. Om den rättsliga regleringen av kommunal verksamhet. Iustus, Uppsala 1992. (SJFU nr 40).
- Marcusson, L.*, Avtal mellan det allmänna och enskilda. I: Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Red. C. Sandgren, Norstedts, Stockholm 1993 s. 51–64.

- Marcusson, L.*, Avgränsningen av myndighetsområdet – och de rättsliga aspekterna vid överlåtelse av förvaltningsuppgifter till enskilda. I: *To reguleringstraditioner. Om sontringen mellem offentlig ret og privatret*. Red. E. M. Basse & H. Zahle, Gadjura, København 1996 s. 57–79.
- Mathiassen, J.*, Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private. Juristforbundets forlag, København 1974. Ak. avh.
- Miller, T.*, Genomförandeavtal i exploateringsprocessen – med särskild inriktning mot föravtal. Boverkets stadsmiljöavdelning och Svenska kommunförbundet, Karlskrona 1993.
- Modeen, T.*, [Anmälan av Marcusson, L.,] Mot en ny kommunalrätt. Om den rättsliga regleringen av kommunal verksamhet. FT 1994 s. 119–122.
- Nerep, E.*, Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet. Juristförlaget, Stockholm 1994. (Handelshögskolan i Stockholm, Rättsvetenskapliga institutionen, Skrifter nr 13).
- Offentlige forvaltningsorganer som aftalepartnere*. ref. Holopainen, T., Det 28. Nordiske juristmøde, København 1978 s. 369–394 samt bilaga 11. (Cit Nordiska juristmötet 1978).
- Paulsson, I., Riberdahl, C., & Westerling, P.*, Kommunallagen. Kommentarer och praxis med ändringar t.o.m. 1 januari 1998. Kommentus, 2 uppl., Stockholm 1997. (Cit Paulsson m.fl.).
- Petrén, G., & Ragnemalm, H.*, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar. Liber, 12 uppl av Robert Malmgrens Sveriges grundlagar, Stockholm 1980.
- Plan- och bygglagen (del 1 och 2)*. Didón, L U, Magnusson, L, Millgård, O, & Molander, S, Norstedts, Stockholm 1995 samt suppl. (Norstedts Laghandböcker). (Cit Plan- och bygglagen).
- Ragnemalm, H.*, Regeringsformen 11:6 – Överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt. FT 1976 s. 105–145. (Cit 1976a).
- Ragnemalm, H.*, En diskret grundlagsändring. FT 1976 s. 294–299. (Cit 1976b).
- Ragnemalm, H.*, Allmän plats. Om samspelet mellan politirätt, privaträtt och socialrätt. Juridiska Föreningen i Lund, Lund 1978. (SJFL nr 23).
- Ragnemalm, H.*, Förvaltningsprocessrättens grunder. Juristförlaget, 7 uppl., Stockholm 1992.
- Ramberg, J., & Hultmark, Ch.*, Allmän avtalsrätt. Norstedts, 5 uppl., Stockholm 1999.
- Revsbech, K.*, Forvaltningens virksomhed. I: *Forvaltningsret – Almindelige emner*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2 udg, København 1989.
- Riberdahl, C.*, Privatisering, entreprenad eller kommunal drift – juridiska aspekter. FT 1985 s. 137–175.
- Riberdahl, C.*, Offentligrättsliga avtal – finns sådana? Advokaten 1988 s. 95–96.
- Riberdahl, C.*, Kommunernas kompetens i fråga om näringslivet. FT 1994 s. 153–169.

- Sandgren, C.*, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten. I: Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Red. C. Sandgren, Norstedts, Stockholm 1993 s. 89–136.
- Sandgren, C.*, Offentlig rätt, privaträtt och sociala hänsyn. I: To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig ret og privatret. Red. E. M. Basse & H. Zahle, Gadjura, København 1996 s. 25–37.
- Sjöberg, S.*, Det kommunala besvärsinstitutet. Nordiska bokhandeln, Stockholm 1948. Ak avh.
- Staedler, B.*, Offentlighetsrättsliga avtal. Myndigheters och andra offentliga organs avtal med varandra och med enskilda. Norstedts, Stockholm 1983.
- Sterzel, F.*, Medborgaren och förvaltningen. I: Skrifter tillägnade Gustaf Petrén. Rättsfonden & Institutet för offentlig och internationell rätt, Allmänna förlaget, Stockholm 1984 s. 139–181.
- Sterzel, F.*, Privatisering af offentlig verksamhet. NAT 1988 s. 433–449.
- Stokholm, J.*, Nogle bemærkninger om hvad der sker, når kommunalfuldmagten overskrides. Juristen 1992 s. 293–296.
- Strömberg, H.*, Den lokala förordningsmakten. CWK Gleerup, Lund 1954. (SJFL XVII).
- Strömberg, H.*, Myndighet och myndighetsutövning. FT 1972 s. 233–253.
- Strömberg, H.*, »Allmänt» och »enskilt» i den offentliga rätten. FT 1985 s. 49–63.
- Strömberg, H.*, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform. Juristförlaget i Lund, 3 uppl., Lund 1999. (SJFL nr 51).
- Strömberg, H.*, Kommunalrätt. Liber-Hermods, 15 uppl., Malmö 1995.
- Strömberg, H.*, Sveriges författning. Studentlitteratur, 15 uppl., Lund 1997.
- Strömberg, H.*, Allmän förvaltningsrätt. Liber, 19 uppl., Malmö 1998.
- Sundberg, H. G. F.*, Allmän förvaltningsrätt. Norstedts, Stockholm 1955.
- Sundberg, H. G. F.*, Kommunalrätt. Samlad upplaga. Norstedts, Stockholm 1964.
- Sundberg-Weitman, B.*, Saklighet och godtycke i rättskipning och förvaltning. Norstedts, Stockholm 1981.
- Sundberg-Weitman, B.*, Rättsstaten åter! Norstedts, Stockholm 1985.
- Söderlind, D., & Petersson, O.*, Svensk förvaltningspolitik. Diskurs Förlag, 2 uppl., Uppsala 1988.
- Talje, E.*, Kommunens bundenhet vid avtal – en studie av konflikten mellan offentlig rätt och civilrätt. Examensarbete, Rättsvetenskapliga institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, HT 1998.
- Taxell, L. E.*, Avtalsrätt. Bakgrund – sammanfattning – utblick. Juristförlaget, Stockholm 1997.
- Thunved, A.*, Privatisering av socialtjänsten. Om rättssäkerheten för den enskilde. Publica, Stockholm 1993.
- Unger, S.*, Får myndighet i avtal åta sig att iakttaga sekretess? I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987. Norstedts, Stockholm 1987 s. 569–580.
- Warnling-Nerep, W.*, Har det kommunalrättsliga pantsättningsförbudet något berättigande i 1991 års kommunallag? FT 1992 s. 279–298.

Warnling-Nerep, W., Kommuners lag- och domstolstrots. En undersökning av legaliteten i den kommunala förvaltningen, gränserna för den kommunala självstyrelsen samt statens möjligheter att utöva kontroll och ställa kommuner till ansvar. Juristförlaget, Stockholm 1995.

Warnling-Nerep, W., En introduktion till förvaltningsrätten. Norstedts, 2 uppl., Stockholm 1998.

Werlauff, E., Ultra vires doktrinen og publicitetsdirektivet. TfR 1995 s. 780–811.

Westerhäll, L., Överlämnande av förvaltningsuppgifter till enskilda rättssubjekt inom några socialrättsliga ansvarsområden i Sverige. NAT 1991 s. 371–385.

Westman, E. G., Avtal mellan kommun och enskild om köp av fast egendom. FT 1947 s. 15–27.

Åhman, O., Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten. Om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt. Iustus, Uppsala 1997. (SJFU nr 57). Ak avh.

3 Rättspraxis och övriga avgöranden

3.1 *Avgöranden i Högsta domstolen*

NJA 1910 s. 670	91
NJA 1924 s. 458	83, 84
NJA 1930 s. 382	83, 92
NJA 1930 s. 386	78, 83
NJA 1930 s. 391	83, 92
NJA 1930 s. 403 (I)	100, 106
NJA 1930 s. 403 (II)	92, 106
NJA 1930 s. 615	83
NJA 1931 s. 345	83, 92
NJA 1942 s. 251	100
NJA 1955 s. 449	112
NJA 1956 s. 217	85
NJA 1961 s. 658	84
NJA 1970 s. 72	140
NJA 1973 s. 725	85
NJA 1974 s. 590	145
NJA 1977 s. 25	83, 84
NJA 1977 s. 68	114
NJA 1977 s. 138	135
NJA 1978 s. 389	91, 113
NJA 1980 s. 1	45, 118, 121, 128 f.
NJA 1980 s. 352	141 f.
NJA 1981 s. 269	140 f., 142

NJA 1983 s. 680	65
NJA 1983 s. 865	134
NJA 1985 s. 696	32
NJA 1987 s. 211	111
NJA 1987 s. 710	33
NJA 1987 s. 535	32
NJA 1988 s. 26	30, 49
NJA 1988 s. 503	136
NJA 1989 s. 224	136
NJA 1992 s. 375	78, 100, 103 ff., 114
NJA 1994 s. 359	135, 143 f., 145, 156, 158
NJA 1994 s. 657	20
NJA 1997 s. 93	100
NJA 1998 s. 37	142
NJA 1998 s. 610	89, 110 ff., 115, 120
NJA 1998 s. 656 (I)	65, 120
NJA 1999 s. 291	32

3.2 Arbetsdomstolens domar

AD 1982 nr 83	84
AD 1985 nr 57	151

3.3 Rättsfall från Regeringsrätten

RÅ 1944 ref. 16	28
RÅ 1951 I. 236	113
RÅ 1957 I. 47	98
RÅ 1960 ref. 32	150
RÅ 1961 I. 72	152
RÅ 1967 ref. 25	147, 158
RÅ 1967 K. 1200	95
RÅ 1968 ref. 8	38, 121
RÅ 1968 K. 441	155
RÅ 1969 K. 671	114
RÅ 1970 ref. 33	91
RÅ 1971 ref. 12	80
RÅ 1975 Ab 487	38, 121
RÅ 1976 ref. 88	93
RÅ 1977 ref. 15	148
RÅ 1977 ref. 55	101
RÅ 1978 2:36	121 f.
RÅ 1980 Ab 425	147

174 *Käll- och litteraturförteckning*

RÅ 1982 2:62	65, 66
RÅ 1984 2:22	150
RÅ 1987 ref. 17	56
RÅ 1991 ref. 59	147 f., 158
RÅ 1991 ref. 85	79
RÅ 1995 ref. 58	20
RÅ 1995 ref. 90	125
RÅ 1996 ref. 89	65
RÅ 1997 ref. 65	20
RÅ 1997 ref. 66	123
RÅ 1998 ref. 11	63
Regeringsrättens dom 2000-04-10 (Mål nr 7818-1998)	150
Regeringsrättens dom 2000-06-15 (Mål nr 7680-1007)	67
RRK 75 2:41	81, 91, 150

3.4 *Rättsfall från Marknadsdomstolen*

MD 1975:16	131
MD 1979:4	130
MD 1985:16	130 f.
MD 1994:21	131
MD 1997:19	132

3.5 *Publicerade hovrättsavgöranden*

RH 14:80	135
RH 1994:121	145 f., 156
RH 1995:6	65, 136
RH 1996:159	83, 84

3.6 *Opublicerade hovrättsavgöranden*

Svea hovrätts dom 1955-10-20 (Mål nr B 305/1955)	156 f.
Svea hovrätts dom 1981-09-23, DT 6 (Mål nr T 743/80)	142
Göta hovrätts dom 1986-05-29, DT 100 (Mål nr 286/85)	136
Hovrättens för Västra Sverige dom 1990-04-24, DT 19 (Mål nr T 436/87)	69
Hovrättens för Västra Sverige dom 1996-01-10, DT 1 (Mål nr T 698/94)	85
Svea hovrätts dom 1997-06-16 (Mål nr T 1256/96)	29
Svea hovrätts dom 1999-05-04 (Mål nr T 507-98)	154

3.7 Avgöranden från kammarrätterna

Kammarrättens i Sundsvall dom 1985-12-20 (Mål nr 3047-1985)	101
Kammarrättens i Sundsvall dom 1986-06-26 (Mål nr 5238-1985)	101
Kammarrättens i Sundsvall dom 1988-06-14 (Mål nr 2759-1987)	102
Kammarrättens i Göteborg dom 1994-07-01 (Mål nr 8034-1992)	41
Kammarrättens i Göteborg dom 1999-03-12 (Mål nr 5399-1998)	42
Kammarrättens i Göteborg dom 1999-06-23 (Mål nr 8038-1997)	94
Kammarrättens i Sundsvall dom 1999-06-23 (Mål nr 1983-1998)	122
Kammarrättens i Stockholm dom 1999-09-28 (Mål nr 8356-1998)	20
Kammarrättens i Göteborg dom 1999-12-13 (Mål nr 6053-1999)	73
Kammarrättens i Sundsvall dom 2000-02-23 (Mål nr 4043-1998)	50

3.8 Rättsfall från tingsrätterna

Karlstads tingsrätts dom 1999-11-05 (Mål nr T 1722-97)	68
Stockholms tingsrätts dom 1999-12-09 (Mål nr T 9-611-93)	68

3.9 Rättsfall från länsrätterna

Länsrättens i Västerbotten dom 1996-06-11 (Mål nr 413-96)	96
Länsrättens i Västerbotten dom 1997-02-06 (Mål nr 1967-96)	96
Länsrättens i Stockholms län dom 1999-08-31 (Mål nr Ö 3635-99)	115

3.10 JO:s ämbetsberättelse

JO 1967 s. 373	151
JO 1972 s. 389	149
JO 1977/78 s. 371	124
JO 1982/83 s. 385	124
JO 1988/89 s. 400	31
JO 1989/90 s. 415	31
JO 1990/91 s. 347	42
JO 1992/93 s. 539	42
JO 1993/94 s. 429	96 f.

3.11 Avgöranden från Allmänna reklamationsnämnden

ARN 1999 Ref. 46	68
ARN beslut 1999-02-08 (Änr 1998-4262)	68
ARN beslut 1999-06-24 (Änr 1998-5105)	68
ARN beslut 1999-08-09 (Änr 1999-2024)	68

176 *Käll- och litteraturförteckning*

3.12 *Norsk praxis*

Rt 1975 s. 246	159
Rt 1975 s. 620	158 f., 160
Rt 1992 s. 1642	106

3.13 *Övriga avgöranden*

Skiljedom meddelad i Malmö den 2 juli 1996 (Landahl, Engstrand & Losman)	92 f.
Länsstyrelsens i Stockholms län beslut 2000-03-28 (beteckning 2324-00-1688)	116

Sakregister

affärsverksamhet 28, 31, 45, 58 f., 60
allmänt intresse, se intresseprincipen
anställningsförhållanden 40, 41, 42, 78,
82, 107, 149, 151
avtalskompetens 87 f., 98 ff.

barnomsorgspeng 57
behörighetsöverskridande 80, 83, 86,
106
beslut
– av rent förberedande art 41, 47, 79
– av rent verkställande art 47, 79, 81,
109, 113
beslutskompetens 77 f., 87 f., 105 ff.
beställar-utförarnämnder 12
bolagisering 59, 60, 63, 63
borgen
– kommunal 57, 63, 77, 92 f., 101, 106,
108 f., 148
bostadsföretag 115 f.
bristande förutsättningar 139 ff., 159
bygglov 30, 45, 117, 120, 124, 128

culpa
– bedömning 107
– in contrahendo 99 f., 103

detaljplaner 30, 79, 140 ff., 143, 146,
147 f., 158, 160 f.
détournement de pouvoir, se illojal
maktanvändning
differentiering av avgifter 38, 56, 67, 69
dispositiv lagstiftning 14, 129

egendomsförvaltning 28, 30, 44, 58

evighetsavtal 143 f.
exploateringsavtal, se genomförande-
avtal
expropriation 14, 118, 120, 127, 135 f.,
146

falsus procurator 85
fast egendom 58, 77, 110 f., 112, 131
fastighetsöverlåtelse 77, 94, 96, 110 ff.,
131, 133, 147 f.
firmatecknare 76, 82, 88–91, 108, 111,
113, 114
formalavtal 110 f., 113
formkrav 91, 110 f., 113, 114, 119, 129
friskrivning 130, 134
frivillig verksamhet 38, 64
fullgörelse 148, 152, 158
förlikning 101 f., 141
förordningsmakt, kommunal 153,
156 ff.
förtroendevalda 41, 78, 80

garantier 28, 33, 159
gatukostnad 94, 125
genomförandavtal 45, 121, 123 ff., 128
f., 160 f.

god tro
– avseende avtalskompetens 98 ff.
– avseende beslutskompetens 84,
105 ff.
– avseende representationskompetens
84, 105 ff.

handelsbruk 14
hälso- och sjukvård 52, 60, 69 ff.

hävning av avtal 95, 127, 139 f., 143, 148

illojal maktanvändning 44, 120 f., 127

intresseprincipen 55, 57, 60

indexklausul 135

indispositiv lagstiftning, se tvingande lagstiftning

JO:s tillsyn 13, 27, 48 f., 63

jäv 41, 42

kommunala företag 31, 57, 59, 60, 61, 63

kommunalråd 50, 80 f., 84, 88, 111

kommunfullmäktige

– beslut 41, 47, 49, 50, 59, 63, 67, 77 f., 92, 98, 101, 111, 121, 137, 148, 149

– delegationsrätt 78, 79 ff., 108

kommunmedlem 31, 35, 47 f., 52, 55, 56, 57, 58 f., 65, 70, 97, 147

kommunstyrelse 41, 47, 50, 78, 79, 86, 92, 108, 147

konsument

– köp 68

– fordran 65, 136

– skydd 12, 68, 118, 130 ff., 136, 139

kontrakterade familjehem 151

kvalitetsgarantier 33, 131

laga kraft 91, 93, 94, 102, 109, 110, 113, 121, 124, 147 f., 153

laglighetsprövning 46 f., 54, 78, 81, 92, 98, 114, 120, 152

landsting 47, 55, 83, 151

legalitetsprincipen 46, 117, 120

letter of intent

likhetsprincipen 42 f., 46, 56, 101, 119

likställighetsprincipen 38, 39, 119, 122, 123, 132, 144

lokaliseringsprincipen 55, 58 f.

marknadsdomstolen 130 ff.

myndighetsutövning

– skadeståndsansvar 27, 68, 127

– straffansvar 16, 27, 30, 127

nullitet 69, 81, 91, 98, 149

näringsidkare 118, 130 ff., 136, 139, 143

objektivitetsprincipen 42, 46, 119

obligatorisk verksamhet 52

offentlighet 48 f., 63, 65

offentlig upphandling 28, 29, 57, 58, 60, 61–64, 96 f., 118, 120

omsättningsintresset 11, 18

organställning 78, 81, 89

outsourcing 59, 69, 119 f.

positivt kontraktsintresse 85, 143, 160

preskription 145 f.

privatisering 52, 59, 61, 64

proportionalitetsprincipen 55

ratihabition 81, 113, 115

relevansbedömning 139

renhållningsavgifter 38, 46

resultatenheter 12, 61

representationskompetens 87 f., 89 f., 105 ff., 113

retroaktivitetsförbud 59, 153, 154

revision

– kommunal 49 f., 81

revisionsansvar 81

rättskraft

– negativ 150

rättsprövning 79

sale and lease back-affärer 96

sedvänja 82, 83 f., 91

sekretess 48, 119

självkostnadsprincipen 37, 57, 58, 131, 154, 156

skadeståndsansvar

- i avtalsförhållanden 48, 86, 98, 100, 105, 106 ff., 114, 127, 143, 146, 151, 152, 159
 - till följd av felaktiga uppgifter eller råd 31 ff.
 - vid myndighetsutövning 98, 107 f.
- sotningsavgifter 38, 46
- spekulativ företagsverksamhet 58
- statsbidrag 29, 83, 115
- straffrättsligt ansvar, se myndighetsutövning (straffansvar)
- synbarhetsrekvisit 139, 143

tjänstefel, se myndighetsutövning (straffansvar)

tredjemansavtal 143 f.

tvingande lagstiftning 129 .

ultra vires 103 f., 107

understöd åt enskilda 53, 55 f., 57, 96, 101, 118

underlägsen ställning 118, 133, 135

uppdragstagare 64, 82, 106

upphandling, se offentlig upphandling

utfyllning 13 ff.

utpressning 128 f.

vatten- och avloppsavgifter 46, 143 f., 145, 155

verkställighet 81, 89 f., 92 f., 98, 113 f.

vinstdrivande näringsverksamhet,
se spekulativ företagsverksamhet

vite 49, 128, 130

väsentlighetsrekvisit 139, 143

återgång

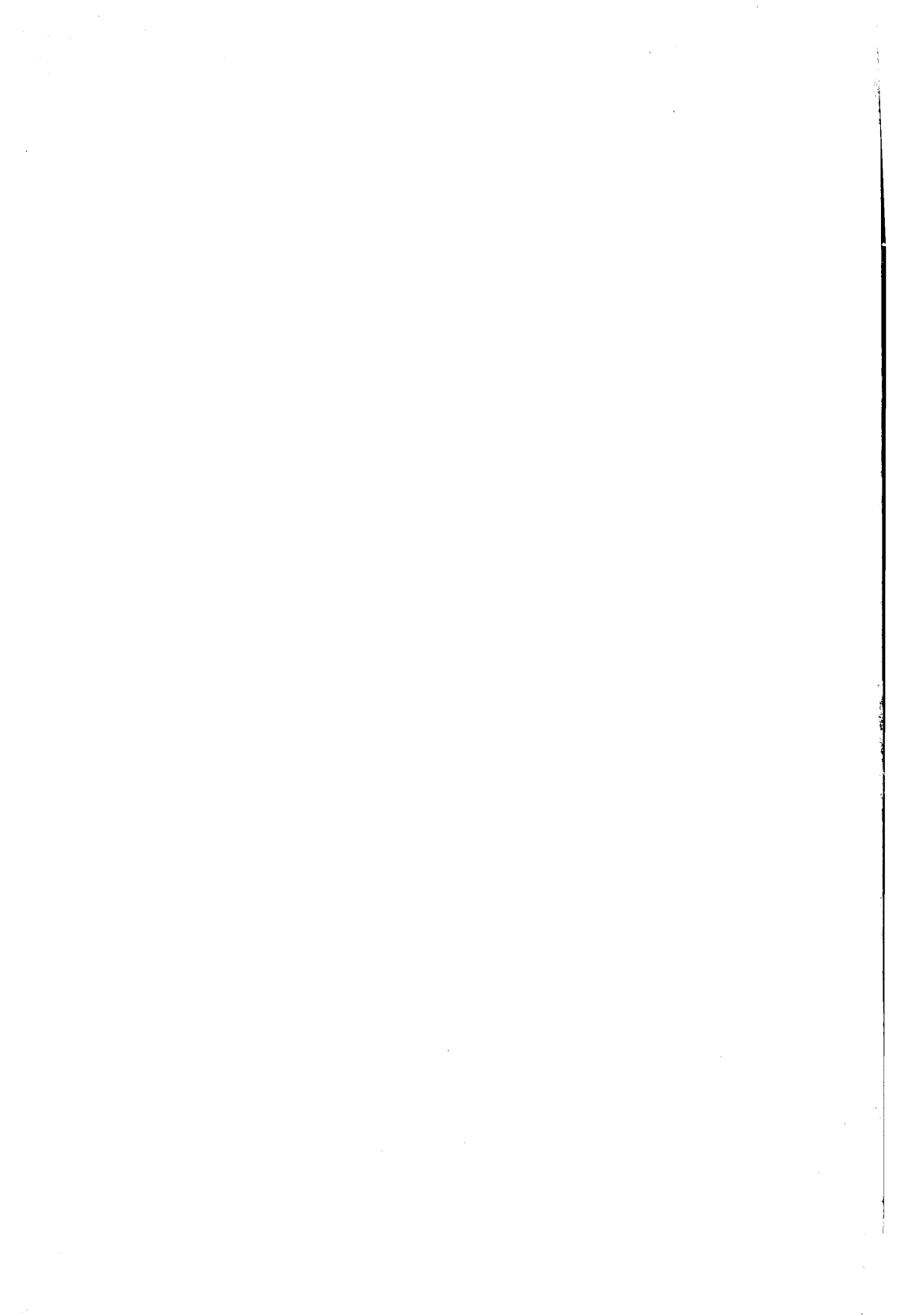
- av beslut 91 f., 93

- av verkställighet 91-97

ändrade förhållanden 135, 138, 139 ff., 144

ändring av beslut 148 f.

överklagande av beslut, se laglighetsprövning



TOM MADELL

Avtal mellan kommuner och enskilda

Avtalsslut och rättsverkningar

Avtal mellan kommuner och enskilda riktar sig till de jurister och tjänstemän i offentlig tjänst och alla andra – privat eller offentligt anknutna – som sluter avtal eller arbetar med avtal där det allmänna, främst kommuner och landsting, utgör avtalspart samt juridikstuderande på universitet och högskolor.

Boken redogör för de särskilda problem som uppstår vid kommunens kontraherande. Eftersom användande av avtal inom kommunal verksamhet kan få såväl offentligrättsliga som privaträttsliga rättsverkningar är förhoppningen att framställningen skall fungera som stöd vid såväl avtalsslut som vid bedömningen av avtalens rättsverkningar. Bland annat behandlas frågor om

- kommunens kompetens att sluta avtal utifrån kommunallagen och speciallagstiftning och de offentligrättsliga principer som därvid måste beaktas
- vem som med bindande verkan har befogenhet att sluta avtal för kommunens räkning
- vid vilken tidpunkt parterna blir bundna av ett avtal
- de civilrättsliga konsekvenserna av att ett beslut om att sluta avtal upphävs i förvaltningsrättslig ordning och möjligheterna till återgång och rättelse
- kommunens möjligheter att ställa villkor på motparten vid avtalsslutande
- kommunens möjligheter att ensidigt ändra förutsättningarna för ingångna avtal

Tom Madell är jur. dr och universitetslektor vid Juridiska institutionen, Umeå universitet.

ISBN 91-39-00643-3



BESTÄLLNINGAR: NORSTEDTS JURIDIK AB • KUNDSERVICE • BOX 6454 • 113 82 STOCKHOLM
FAX 08-690 90 30 • TEL 08-690 96 96 • VÄXEL 08-690 91 00
E-POST: kundservice.njab@liber.se
www.njab.se

in rätten
Bib

