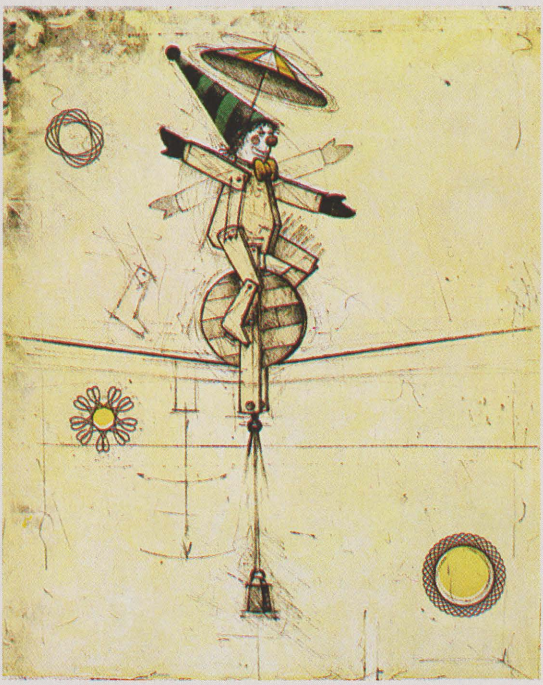
Norstedts
Juridik

Det allmänna som avtalspart

– särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar



Tom-Erik Madell

Juridikbok.se

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 vidaredistribuera 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 gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f43a9

Det allmänna som avtalspart

– särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar



AKADEMISK AVHANDLING

som för avläggande av juris doktorsexamen
vid Umeå universitet framlägges till
offentlig granskning å universitets
hörsal F, humanisthuset,
fredagen den 13 november 1998 kl 13.15

av

Tom-Erik Madell
jur. kand.

UMEÅ UNIVERSITET

Rättsvetenskapliga institutionen

Abstract

Madell, Tom-Erik, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar. (Local government bodies as parties to contracts: issues of authority and legal effects.) Norstedts Juridik AB, 669 pp., Stockholm 1998. (In Swedish with summary in English.) ISBN 91-39-00311-6.

This thesis deals with local government bodies, especially municipalities, as parties to contracts. It primarily focuses on general problems relating to the competence of a municipality to enter into contracts, and the subsequent legal effects, in light of the principles and rules of public and private law. When analysing a contract to which a governmental body is a party, it is necessary to consider that the authority of municipalities to form a contract is limited both by the provisions of the Municipal Law, and the special laws and rules which regulate municipal activities. If a municipality, in deciding to enter into a contract, proves to have exceeded its authority, the contract may be invalidated as a result of a determination by an administrative court as to the legality of the decision to conclude the contract.

The question is whether a municipality's forming of a contract, even though in violation of public law, nevertheless can create a legally cognizable claim for compensation. Here, the primary emphasis is on the principles of agency and authority in contract law and good faith considerations, viewed in relation to the public law principles of authority. If the contract was not performed, due to a ruling of non-legality or because the municipal council made a new decision in the matter, the private party can commence an action in the courts of general jurisdiction. In determining good faith, it is reasonable that this concept varies depending on the identity of the municipality's counterpart.

Another basic principle is that a contract can never overrule an explicit provision of law regulating what a municipality can or cannot do. Consequently, a private party's consent can never justify a governmental organ's lack of competence to enter into a contract. Thus, the general principle is that a government body may not use the fact that a contract has been concluded to require performance, compensation or fee whenever the contract is clearly beyond the competence of that government body.

The municipalities also have certain rights to change unilaterally the conditions of an already existing contract by changing municipal fees and rates. This means that the binding force which normally results from a contract may be diluted when there is a public sector body involved. Thus, the power of a municipality to decide to enter into a contract should be seen separately from its legal authority. In these cases the contract, in itself, can never prevent the municipality from making a decision in violation of an existing contract nor limit the right of the municipality to later modify the conditions by means of a new decision. Also here the counterparts good faith can create a legal claim for compensation.

Key words: administrative contracts, law of contract, private law, privatisation, public law.

Tom Madell, Department of Legal Science, Umeå University,
S-901 87 Umeå, Sweden

TOM-ERIK MADELL

Det allmänna som avtalspart

– SÄRSKILT AVSEENDE KOMMUNS KOMPETENS ATT INGÅ AVTAL SAMT AVTALENS RÄTTSVERKNINGAR

Norstedts Juridik AB

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, Kundtjänst, Box 6454,
113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 30 telefon 08-690 96 96

Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar
Tom-Erik Madell
Upplaga 1:1
ISBN 91-39-00311-6
© 1998 Tom-Erik Madell och Norstedts Juridik AB
Tryck: Norstedts Tryckeri AB, Stockholm 1998
Omslagsbild: Cyklande clown av Patricio R. Cavieres

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.

Abstract

Madell, Tom-Erik, Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar. (Local government bodies as parties to contracts: issues of authority and legal effects.) Norstedts Juridik AB, 669 pp., Stockholm 1998. (In Swedish with summary in English.) ISBN 91-39-00311-6.

This thesis deals with local government bodies, especially municipalities, as parties to contracts. It primarily focuses on general problems relating to the competence of a municipality to enter into contracts, and the subsequent legal effects, in light of the principles and rules of public and private law. When analysing a contract to which a governmental body is a party, it is necessary to consider that the authority of municipalities to form a contract is limited both by the provisions of the Municipal Law, and the special laws and rules which regulate municipal activities. If a municipality, in deciding to enter into a contract, proves to have exceeded its authority, the contract may be invalidated as a result of a determination by an administrative court as to the legality of the decision to conclude the contract.

The question is whether a municipality's forming of a contract, even though in violation of public law, nevertheless can create a legally cognizable claim for compensation. Here, the primary emphasis is on the principles of agency and authority in contract law and good faith considerations, viewed in relation to the public law principles of authority. If the contract was not performed, due to a ruling of non-legality or because the municipal council made a new decision in the matter, the private party can commence an action in the courts of general jurisdiction. In determining good faith, it is reasonable that this concept varies depending on the identity of the municipality's counterpart.

Another basic principle is that a contract can never overrule an explicit provision of law regulating what a municipality can or cannot do. Consequently, a private party's consent can never justify a governmental organ's lack of competence to enter into a contract. Thus, the general principle is that a government body may not use the fact that a contract has been concluded to require performance, compensation, or fee whenever the contract is clearly beyond the competence of that government body.

The municipalities also have certain rights to change unilaterally the conditions of an already existing contract by changing municipal fees and rates. This means that the binding force which normally results from a contract may be diluted when there is a public sector body involved. Thus, the power of a municipality to decide to enter into a contract should be seen separately from its legal authority. In these cases the contract, in itself, can never prevent the municipality from making a decision in violation of an existing contract nor limit the right of the municipality to later modify the conditions by means of a new decision. Also here the counterparts good faith can create a legal claim for compensation.

Förord

Omslaget symboliserar hur jag känt mig under en stor del av tiden sedan projektet påbörjades sommaren 1993; såsom en på slak lina mellan offentlig rätt och privaträtt balanserande clown som till varje pris försöker undvika att falla ned i någon av disciplinerna. Först när rädslan för att ramla släppt, upptäckte jag att repet kanske var inbillat och att jag egentligen cyklade på en bred väg, vilken emellertid var så gropig och svårframkomlig att det stundtals var nödvändigt att utnyttja båda dikena för att komma fram. Jag vill därför varmt tacka konstnären Patricio R. Cavieres för tillåtelsen att använda hans tavla "Cyklande clown" som omslagsbild.

Jag vill framföra ett stort tack till min familj för det stöd jag fått under det stundtals ganska krävande avhandlingsarbetet. Ett särskilt tack riktas även till min handledare professor Claes Sandgren. Vidare riktas tack till jur. dr. Lars Bejstam, fil. dr. Örjan Edström, jur. dr. Åsa Gunnarsson, fil. dr. Anna Hollander, jur. dr. Thorsten Lundmark, adj. professor Curt Riberdahl samt övriga som frikostigt delat med sig av sitt kunnande och lämnat värdefulla synpunkter på manuskriptet. Jag tackar även dr. jur. Toril Kristiansen, Oslo kommun, jur. lic. Eija Mäkinen, Tammerfors universitet och jur. lic. Frey Nybergh, Helsingfors universitet, med vilka tankar om nordisk rätt utväxlats. Jag vill även tacka de kommuner, landsting och länsstyrelser samt de jurister vid Svenska kommunförbundet som bistått mig med material och synpunkter. Slutligen vill jag rikta ett stort tack till Stig Th. Sjödin som språkgranskat manuskriptet. Översättningen av avhandlingens sammanfattning till engelska har huvudsakligen utförts av David Ordoubadian. För de fel och brister som kan finnas i arbetet är jag dock ensam ansvarig.

Avhandlingsarbetet har möjliggjorts av generösa ekonomiska bidrag. Projektet finansierades under åren 1996 och 1997 av Socialvetenskapliga forskningsrådet, och under 1995 huvudsakligen av Torsten och Ragnar Söderbergs stiftelser. Vidare har stipendier erhållits från Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning och J. C. Kempes minnes stipendiefond. För resor och kurser har pengar utgått från Emil Heijnes stiftelse för

rättsvetenskaplig forskning, Nordbankens Norrlandsstiftelse, Knut och Alice Wallenbergs stiftelse och Länsförsäkringar Västerbottens och Sparbanken Sverige AB fond för ekonomisk och social forskning. Tryckningsbidrag har erhållits från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Lagstiftning och material som tillkommit efter den 1 juli 1998 har endast undantagsvis kunnat beaktas.

Umeå den 31 juli 1998

Tom Madell

Innehåll

Abstract 5

Förord 7

Förkortningar 15

Kapitel 1. Inledning 19
1.1 Introduktion 19
1.2 Syfte 24
1.3 Avgränsningar 25
1.4 Metod och material 27
1.5 Tidigare forskning 33
1.6 Disposition 36

Del I. Offentlig rätt och privaträtt samt centrala avtalsrättsliga och offentligrättsliga principer 39

Kapitel 2. Privaträtt och offentlig rätt 41
2.1 Om begreppen 41
2.2 Den traditionella uppdelningen 45
2.2.1 Teorier bakom uppdelningen 46
2.2.2 Bör dikotomin offentlig rätt och privaträtt upprätthållas? 54
2.3 Offentligrättsliga avtal 60
2.3.1 Offentligrättsliga avtal i svensk doktrin 63
2.3.2 Systematiseringar av avtal inom offentlig förvaltning 71

Kapitel 3. Avtalsrätt och avtalsrättsliga principer 78
3.1 Avtalsmekanismens grunder och funktion 79
3.1.1 Den traditionella avtalsrätten 79
3.1.2 Avtalsfunktionen i det marknadsekonomiska samhället 86
3.2 Den välfärdsstatliga kulturens inverkan på avtalsrätten 88
3.2.1 Avtalens funktion till följd av välfärdsstatens framväxt 88
3.2.2 Social civilrätt 90
3.2.3 Civil socialrätt 96
3.2.4 Kontraheringsplikt 98

3.3 Avtalsrättsliga principer av betydelse vid kommunens avtalsingående 101
3.3.1 Kompetensen att ingå avtal 103
3.3.2 Partsbalansen 103
3.3.3 Offentligrättsliga avtalsparters bundenhet av ingångna avtal 105
3.4 Tolkning av det allmännas avtal 106
3.4.1 Allmänna tolkningsprinciper och tolkning eller utfyllning av kommunens avtal 106
3.4.2 Tolkningsprinciper som aktualiseras när kommunen är avtalspart 113
3.5 Sammanfattande kommentar 118

Kapitel 4. Offentlig förvaltning och offentligrättsliga principer 121
4.1 Ärendehandläggning, beslutsfattande och faktiskt handlande 122
4.2 Myndighetsutövning 123
4.2.1 Närmare om begreppet myndighetsutövning 123
4.2.2 Myndighetsutövning och privaträttsligt handlande inom kommuner 131
4.3 Normgivningsmakten 133
4.3.1 Generella normer och riktlinjer 133
4.3.2 Kommunal normgivningsmakt 134
4.4 Avgifts- och beskattningsrätten 135
4.4.1 Det allmännas avgifts- och beskattningsrätt 135
4.4.2 Kommunala taxor och avgifter 136
4.5 Offentligrättsliga principer 140
4.5.1 Legalitetsprincipen 141
4.5.2 Objektivitets- och likhetsprincipen 142
4.5.3 Insyn, tillsyn och kontrollmöjligheter 145
4.5.4 Illojal maktanvändning och ingående av avtal 146
4.5.5 Laglighetsprövning och överklagande av förvaltningsbeslut 149
4.6 Offentlig upphandling 151
4.7 Sammanfattande kommentarer 158

Del II. Avtalskompetens och kompetensöverskridande 161

Kapitel 5. Kommunal kompetens att ingå avtal 163
5.1 Allmänt om kompetens att ingå avtal 163
5.1.1 Det kommunala kärnområdet och frivillig kommunal verksamhet 166

5.1.2 Vederlag enligt avtal och avgiftsuttag enligt fastställd taxa 170
5.1.3 Upplåtelse av torghandelsplats – ett exempel på offentligrättsligt reglerad verksamhet som utesluter avtalsingående 175
5.2 Den kommunala kompetensen 179
5.2.1 Rättsliga begränsningar av den kommunala kompetensen 181
5.2.2 Principer som ytterligare begränsar den kommunala kompetensen 185
5.2.3 Privatisering eller anlitande av enskilda rättssubjekt för att utöva kommunal verksamhet 192
5.2.4 Avtalsingående med enskilda utifrån den allmänna kompetensen 206
5.3 Avtal på det socialrättsliga området samt inom ramen för skollagstiftningen 211
5.3.1 Allmänt om förskoleverksamhet och möjligheterna att ingå avtal 218
5.3.2 Förskoleverksamhet på entreprenad och förskoleverksamhet med enskild huvudman 220
5.3.3 Förskole- eller barnomsorgsplats – lagstadgad rättighet med avtalsrättsliga inslag 226
5.3.4 Överlämnande av äldre- och handikappomsorg till enskilda 231
5.3.5 Överlämnande av missbruksvård och privata hem för vård eller boende 238
5.3.6 Avtalens innehåll på socialrättens område 241
5.3.7 Entreprenadavtal om barnomsorg 243
5.3.8 Samverkansavtal om bidragsfinansierad enskild barnomsorg 245
5.3.9 Avtal om äldre- och handikappomsorg 247
5.3.10 Avtal om vård vid HVB etc. 252
5.4 Avtal på plan- och bygglagstiftningens område 254
5.4.1 Parkeringsköp som alternativ för att tillgodose erforderligt antal parkeringsplatser 256
5.4.2 Avtal om parkeringsköp 264
5.4.3 Avtal om upprättande av detaljplan 266
5.4.4 Genomförandeavtal – avtalsrättslig planering av offentligrättslig reglering 268
5.4.5 Genomförandeavtalens rättsliga gränser 272

5.5 Möjligheter att genom avtal binda framtida myndighetsutövning 281
5.5.1 Kan det allmänna genom avtal binda sin framtida myndighetsutövning? 281
5.5.2 Bindande av framtida myndighetsutövning på socialrättens område 288
5.5.3 Förhandsbesked – ett offentligrättsligt bindande av framtida myndighetsutövning 289
5.6 Det avtalsbara området – sammanfattning och konklusioner 292

Kapitel 6. Under vilka förutsättningar blir kommunen bunden av ett ingånget avtal? 300
6.1 Relationen mellan begreppen kompetens, behörighet och befogenhet 300
6.1.1 Begreppet kompetens på det kommunala området 301
6.1.2 Behörighet och befogenhet inom avtalsrätten 302
6.1.3 Behörighet och befogenhet inom aktiebolagsrätten 303
6.2 Kommunala organs och organföreträdares kompetens att fatta beslut och ingå avtal 305
6.2.1 Kommunala organföreträdare 305
6.2.2 De kommunala organens kompetens att fatta beslut 310
6.2.3 Kommunal delegering av beslutanderätten 316
6.2.4 Delegering och fullmakt 321
6.3 Bundenhet till följd av avtalsrättens regler om ställningsfullmakt 331
6.4 Analogier från firmateckningsrätt och aktiebolagsrättsliga regler om behörighet och befogenhet 338
6.4.1 Bolagsföreträdares firmateckningsrätt 338
6.4.2 Möjligheten att binda ett bolag enligt aktiebolagslagen 341
6.4.3 Beslutskompetens och representationskompetens 344
6.5 Rättsverkningar till följd av att kompetensen att ingå avtal överskridits 347
6.5.1 Avtals rättsverkningar vid överskridande av den materiella kompetensen 347
6.5.2 Avtals rättsverkningar vid överskridande av den personella kompetensen – delegations- och fullmaktsfrågor 355
6.5.3 Bundenhet och kompetensöverskridanden på socialrättens område 367
6.5.4 Bundenhet och kompetensöverskridanden på plan- och bygglagstiftningens område 370

6.6 Tidpunkten för parternas bundenhet till följd av ett avtalsingående 375
6.7 Sammanfattning och slutsatser avseende kommunens förpliktelser till följd av ingångna avtal 386

Del III. Avtals ogiltighet och kommunens möjligheter att ensidigt ändra förutsättningarna för ingångna avtal 393

Kapitel 7. Ogiltighet och tvång avseende kommunens avtalsvillkor 395
7.1 Ogiltighets- och jämkningsregler 395
7.1.1 Avtalslagens ogiltighetsregler 400
7.1.2 Jämkning av avtal 403
7.1.3 Närings- eller marknadsrättsliga ogiltighetsregler 409
7.2 Kommunens möjligheter att villkora avtal 415
7.2.1 Avtalsingåendets karaktär – frivillighet eller tvång? 415
7.2.2 Samförstånd eller samtycke 422
7.2.3 Offentligrättsliga begränsningar av kommunens rätt att villkora avtal 424
7.2.4 Civilrättsliga begränsningar av kommunens rätt att uppställa avtalsvillkor 431
7.3 Ogiltighet av avtal på det socialrättsliga området 434
7.3.1 Avtalsvillkor vid avtal om barnomsorg och förskoleverksamhet 435
7.3.2 Avtalsvillkor vid avtal om äldreomsorg och hem för vård och boende 440
7.4 Ogiltighet av avtal på plan- och bygglagens område 448
7.4.1 Avtal om parkeringsköp 448
7.4.2 Ogiltighet vid förhandlingsplanering och upprättande av avtal vid exploatering 462
7.4.3 Avtalsvillkor i plankostnadsavtal 471
7.5 Sammanfattning och slutsatser vad gäller ogiltighetsregler av betydelse för kommunens avtalsvillkor 472

Kapitel 8. Kommunens möjlighet att ensidigt ändra förutsättningarna för avtal 477
8.1 Normgivning och partsautonomi 478
8.2 Avtalsrättsliga principer om avtalsbundenhet 480
8.2.1 Pacta sunt servanda 480
8.2.2 Ändrade förutsättningar och den s.k. förutsättningsläran 485

8.2.3 Avtalslagen och förutsättningsläran 493
8.3 Möjligheten till ensidiga ändringar från kommunens sida 497
8.3.1 Ändring av förvaltningsbeslut 497
8.3.2 Ensidig direkt avtalsändring från kommunens sida 501
8.4 Norm- och författningsändringar som indirekt påverkar avtalsförhållanden 509
8.4.1 Lagstiftarens möjlighet att generellt ändra förutsättningarna för avtal 509
8.4.2 Retroaktiv lagstiftning 511
8.5 Den kommunala normgivningsmakten 517
8.5.1 Normgivning i form av ändring av kommunala taxor 519
8.5.2 Normgivning till följd av införande av nya stadgor etc. 527
8.5.3 Normgivning enligt plan- och byggmonopolet 530
8.6 Sammanfattning och slutsatser 534

Del IV. Avslutande synpunkter 539

Kapitel 9. Sammanfattande analys 541
9.1 Sammanfattning och allmänna principer vid det allmännas avtal 541
9.2 Avslutande kommentarer 565

Summary 571

Bilagor 587
Bilaga 1. Exempel på entreprenadavtal om barnomsorgsverksamhet 587
Bilaga 2. Exempel på samverkansavtal om alternativ barnomsorgsverksamhet med enskild huvudman 593
Bilaga 3. Exempel på avtal för drift av fritidsgårdsverksamhet 599
Bilaga 4. Exempel på entreprenadavtal angående social hemtjänst 602
Bilaga 5. Exempel på entreprenadavtal angående boende, service, omsorg och omvårdnad 607
Bilaga 6. Exempel på ramavtal om behandlingsplatser vid privat HVB 612
Bilaga 7. Exempel på avtal om parkeringsköp 616
Bilaga 8. Avtal om upprättande av detalj- eller fastighetsplan 619
Bilaga 9. Exempel på genomförande- eller exploateringsavtal 622

Käll- och litteraturförteckning 629

Sakregister 667

Förkortningar

ABF	Arbetarrörelsens bildningsförbund.
ABL	Aktiebolagslag (1975:1385).
AD	Arbetsdomstolen, Arbetsdomstolens domar.
AOst	Allmän ordningsstadga (1956:617). Upphävd.
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare.
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
Bet.	Betänkande.
BoU	Bostadsutskottet.
BrB	Brottsbalk given Stockholms slott den 21 december 1962.
BS	Byggnadsstadgan (1959:612). Omtryckt SFS 1981:873. Upphävd.
Ds	Departementsserien.
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen.
EG	Europeiska gemenskaperna.
ESL	Lag (1987:11) om exploateringssamverkan.
EU	Europeiska unionen.
FB	Föräldrabalk given Stockholms slott den 10 juni 1949. Omtryckt SFS 1995:974.
FiHD	Redogörelser och meddelanden från Finlands Högsta Domstol.
FiU	Finansutskottet.
FJFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland.
FL	Förvaltningslag (1986:223).
FN	Förenta Nationerna.
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift.
HD	Högsta domstolen.
HFD	Finlands högsta förvaltningsdomstol.
HovR	Hovrätten.
HR	Häradsrätten.

HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763). Omtryckt SFS 1992:567.
HVB	Hem för vård och behandling.
JB	Jordabalk given Stockholms slott den 17 december 1970. Omtryckt SFS 1971:1209.
JK	Justitiekanslern, JK-beslut.
JO	Justitieombudsmannen, JO:s ämbetsberättelse.
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet.
JU	Justitieutskottet.
KammR	Kammarrätten.
KB	Konungens befallningshavare.
KFU	Klagenævnet for Udbud.
KK	Kunglig kungörelse.
KKL	Konsumentköplag (1990:932).
KL	Kommunallag (1991:900). Omtryckt SFS 1998:1.
KM	Kunglig Majestät.
KrU	Kulturutskottet.
KT	Kommunal tidskrift.
KU	Konstitutionsutskottet.
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd.
LIU	Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
LOA	Lag (1994:260) om offentlig anställning.
LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling. Omtryckt SFS 1993:1468.
LR	Länsrätten.
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.
NDs	Nordisk domssamling.
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I.
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avdelning II.
NO	Näringsombudsmannen.
NOU	Nämnden för offentlig upphandling.

NOU 19..	Norges offentlige utredninger.
OL	Ordningslag (1993:1617).
PBL	Plan- och bygglag (1987:10).
Prop.	Proposition.
RB	Rättegångsbalk given Särö den 18 juli 1942.
REG	Rättsfall från EG-domstolen.
RegR	Regeringsrätten.
RF	Regeringsformen. Kungjord genom KK 1974:152. Omtryckt SFS 1994:1483.
RG	Rettens gang.
RH	Rättsfall från hovrätterna.
RRK	Rättsfallsreferat från regeringsrätten och kammarrätterna.
RR	Rådhusrätten.
RRV	Riksrevisionsverket.
Rt	Norskt Retstidene.
RÅ	Regeringsrättens årsbok.
SekrL	Sekretesslag (1980:100). Omtryckt SFS 1992:1474.
SFS	Svensk författningssamling.
SiS	Statens institutionsstyrelse.
SkL	Skadeståndslag (1972:207). Omtryckt SFS 1975:404.
SkolL	Skollagen (1985:1100). Omtryckt SFS 1997:1212.
SoF	Socialtjänstförordning (1981:750). Omtryckt SFS 1991:710.
SoL	Socialtjänstlag (1980:620). Omtryckt SFS 1988:871.
SoS	Socialstyrelsen.
SoU	Socialutskottet.
SOU	Statens offentliga utredningar.
SvJT	Svensk juristtidning.
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105).
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap.
TR	Tingsrätten.
UB	Utsökningsbalk utfärdad den 25 juni 1981.
UbU	Utbildningsutskottet.
UfR	Ugeskrift for retsvæsen.
VAL	Lag (1970:244) om allmänna vatten- och avloppsanläggningar. Omtryckt SFS 1976:842.
VD	Verkställande direktör.
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469).
ÄFL	Äldre förvaltningslag (1971:290).
ÄKL	Äldre kommunallag (1977:179).

Kapitel 1

Inledning

1.1 Introduktion

Det är sedan lång tid tillbaka vanligt att dela in rättssystemet i offentlig rätt och privaträtt. Medan förvaltningsorganisationen bygger på en hierarki med myndigheter och tjänstemän som med stöd i lag utfärdar ensidiga förvaltningsakter, finns den autonoma privaträtten för att reglera den privata omsättningen. Används avtalskonstruktioner på det offentligrättsliga området kan konflikter uppstå mellan de olika regelverken, men även mellan olika teorier och grundläggande skillnader mellan systemen. Privaträtten bygger på individualistisk frihet och säkerhet, medan den offentliga rätten präglas av kollektivistisk ordning och effektivitet. Motsättningarna mellan regelverken bottnar bl.a. i konflikten mellan avtalsautonomin och de marknadsekonomiska teorierna samt det allmännas ensidiga beslutsrätt i form av normgivningsrätt och möjligheter till myndighetsutövning gentemot enskilda.

När det allmänna[1] agerar på det privaträttsliga området eller om enskilda utför offentligrättsliga uppgifter riskerar man således att hamna i ett rättsligt gränsland. 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 kommunernas avtalsingående ökat. Tendensen har därför under lång tid varit att samhället utvecklats i riktning mot en sammanflätning av de offentlig- och de privaträttsliga regelverken.

Avtal mellan det allmänna och enskilda utgör inte bara ett komplement utan ibland även ett alternativ till lagreglering och myndighetsbeslut. Det kan röra sig om överenskommelser mellan regeringen och större företag eller organisationer, om offentlig upphandling eller köp res-

[1] Begreppet det allmänna används där den frågeställning som behandlas i arbetet kan vara gemensam för såväl statliga som kommunala mellanhavanden med enskilda.

pektive försäljning av egendom eller helt andra typer av avtalssituationer. Det torde dock vara vanligast med olika typer av avtalsingående på det primärkommunala området. Förutsättningarna för avtalen regleras ibland i författningar, men civilrättsliga avtalskonstruktioner har under det senaste decenniet fått ökad betydelse på grund av avreglering och privatisering inom den offentliga sektorn, inte minst inom kommunal förvaltning.[2] Dessutom har i mångt och mycket ett privaträttsligt synsätt anlagts genom införandet av resultatenheter med "köp" och "försäljning" av varor och tjänster inom den offentliga sektorn.[3] Kommunerna[4] har med den nya kommunallagen (1991:900), KL, dessutom fått ökat utrymme att själva välja medel för sitt agerande.

Många har skrivit – ofta i positiva ordalag – om kontraktsstyrning och användning av avtal inom den offentliga sektorn[5] men få har gjort några närmare analyser av avtalens rättsverkningar. Att lägga ut kommunala verksamheter på entreprenad har i många fall haft sin bakgrund i rent ideologiska, ekonomiska eller praktiska skäl och ofta har kommunpolitikerna ryckts med i den "allmänna privatiseringsivern".[6] Samtidigt har det ekonomiska läget lett till ökade krav på effektivitet inom den offentliga

---

[2] Angående privatiseringsdiskussionen och därtill hörande rättsfrågor, se bl.a. SOU 1987:35 (Bramstång) s. 105–137, Riberdahl, *Privatisering, entreprenad eller kommunal drift – juridiska aspekter*, 1985 s. 137–175, Sahlin, *"Privatisering" av primärvård – några rättsfrågor*, 1988 s. 63–71 samt Sterzel, *Privatisering af offentlig verksamhet*, 1988 s. 433–449 m.fl. arbeten.

[3] Se även SOU 1996:169 s. 34–42. Se för danskt vidkommande bl.a. Gammeltoft-Hansen, *Forvaltningsretten på vej mod år 2000*, 1991 s. 260.

[4] I detta fall och när jag nedan talar om kommuner innefattas – utom i de fall där annat framgår eller där framställningen gäller fråga som ålagts primärkommun enligt speciallagstiftning – även landstingskommuner.

[5] Se t.ex. *Kommunal service i nya former* 1992 s. 83 ff. och s. 111, Fernemo, *Äldreomsorg på entreprenad*, 1992, s. 12 f. och s. 56, Hultman, *Att sälja tjänster till kommuner och landsting*, 1993 s. 18 f. och s. 27 f. samt Anell, *Sjukhusens kontrakt – från anslag till intäkter*, 1994 s. 44 ff. och s. 57 ff.

[6] Det finns en mängd utvärderingar av privatiseringar på olika områden. Som exempel kan nämnas Boman & Sellström, *Åremodellen – uppför eller utför?*, 1992. Donahue, *Den svåra konsten att privatisera*, 1992, behandlar problem vid privatisering och entreprenad och vad som är mest effektivt, att driva något i offentlig eller privat regi. Han konstaterar att konstellationen privat kontra offentlig spelar en stor roll, men att konkurrens kontra icke-konkurrens vanligtvis spelar en större roll. Se a.a. s. 93. *Sköldborg* har genom intervjuer undersökt olika politiska aktörers syn på privatisering inom den kommunala sektorn. Se Sköldborg, *Systemprovokationer eller rationella lösningar – om olika aktörers syn på privatisering inom den kommunala miljön*, 1988 s. 275–289. Även olika statliga utredningar finns, t.ex. Ds 1994:50 och Ds 1995:25.

sektorn.[7] Ett alltför stort inslag av privatisering och konkurrensutsättning har dock även ansetts utgöra en risk för att vissa kommunalrättsliga principer, som förbudet mot vinstdrivande näringsverksamhet och självkostnadsprincipen, kan komma att åsidosättas.[8]

Det ökade bruket av avtalslösningar har i vissa fall lett till en sammanflätning av offentlig rätt och privaträtt, som är både svåröverskådlig och svårbedömd. Det råder inte bara oklarhet om det allmännas kompetens att träffa avtal utan även rättsverkningarna av i sig giltiga avtal kan i viktiga avseenden vara oklara. Vi befinner oss här i gränslandet mellan privaträtt och offentlig rätt och det kan ibland uppstå situationer där man inte med säkerhet vet om avtalsrättsliga[9] eller offentligrättsliga regler skall tillämpas. Det blir därför av vikt att se till vilken *funktion* rättssystemen har på olika områden. En sådan analys kan fokusera på skillnaden vad gäller utövande av offentlig makt i förhållande till ekonomiska handlingars självständighet i samhället. En sådan undersökning kan också visa om uppdelningen i offentlig rätt och privaträtt är relevant eller om de olika regelverken ersatts av andra klassificeringar. Uppdelningen kan dock vara av viss vikt när det gäller att avgöra vilken domstol som har att pröva en viss fråga; förvaltningsdomstol eller allmän domstol.

Avtalet är framförallt ett instrument för att personer inom avtalsfrihetens ram själva skall kunna utforma och reglera sina inbördes rättsförhållanden. Avtalet som rättsfigur är, såsom antyds redan i avtalslagens rubrik,[10] i första hand tänkt för förmögenhetsrätten. Avtalslagen utgår dessutom från att de avtalsslutande parterna i princip är två likställda subjekt som i stor utsträckning själva reglerar sitt rättsförhållande.[11] Det har där-

---

[7] Effektiviteten har bl.a. ansetts kunna ökas genom att kommunala monopol utsätts för konkurrens och genom att s.k. resultatenheter inom förvaltningen införs. Se t.ex. SOU 1991:104 s. 13 ff. och s. 23 f. samt SOU 1993:90 s. 217 f.

[8] Se bl.a. Warnling-Nerep, *Kommuners lag- och domstolstrots*, 1995 s. 172, s. 197 och s. 204 f. samt där refererad litteratur och Berggren m.fl., *Kommunala företag – hot mot demokrati och fri konkurrens*, 1997. För en allmän kritik av privatiseringstänkandet inom offentlig sektor, se Langby, *Vinter i välfärdslandet*, 1993 s. 76–81. Se även Wahlgren, *Vem tröstar Ruth? En studie av alternativa driftsformer i hemtjänsten*, 1996.

[9] Jag gör ingen skillnad mellan termerna avtalsrätt och kontraktsrätt. Jag försöker ändå i den utsträckning det är möjligt att endast använda termen avtalsrätt. Orsaken är att ordet kontrakt ofta för tankarna till skriftliga avtal och standardavtal, medan avtalsrätt i en vidare bemärkelse associerar till alla typer av avtal, såväl muntliga som skriftliga. Se även Ussing, *Aftaler paa Formuerettens Omraade*, 1950 s. 9.

[10] Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, AvtL.

[11] Jfr dock Ramberg, *Avtalsautonomi och den dispositiva rätten*, 1994 s. 501–512.

för hävdats att övergången till en mer marknadsorienterad kommunal verksamhet med större inslag av entreprenader och andra alternativa driftsformer medfört en så omfattande skillnad gentemot den traditionella förvaltningsmodellen att det rentav är befogat att tala om ett *juridiskt systemskifte*. Detta anses innebära att civilrättsliga regler som tidigare haft en tämligen undanskymd roll i det kommunala vardagsarbetet fått en allt större betydelse. Vidare har anförts att en kommun måste vara beredd på att – för det fall ett privat företag anlitas – detta faktiskt kan försättas i konkurs och att avtal med privata producenter faktiskt *kan* medföra en inskränkning av kommunens handlingsfrihet.[12]

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. Privaträttsliga avtal ligger å andra sidan utanför den rent befogenhetsutövande verksamheten och torde gälla i samma utsträckning som avtal mellan privata parter. Problem kan dock uppstå mellan de två klara ytterligheterna eftersom det mellan författningsreglerad myndighetsutövning och den civila verksamheten finns en gråzon mellan å ena sidan civilrättsliga avtal om myndigheters inköp av varor och beställning av tjänster, å andra sidan förvaltningsverksamhet 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 offentligrättsliga rättsskyddsmekanismerna i form av överklagande och liknande 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 "gråzonsavtal", blir resultatet att den enskilde motparten saknar tillgång till några meningsfulla rättsskyddsmekanismer.[13]

---

[12] Se Hallgren m.fl., *Kommunala driftentreprenader. Konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur*, 1997 s. 30 f. Som exempel kan nämnas det privata företaget Ansa Vårdtjänst som bedrev äldreomsorg i Malmö kommun. När bolaget gick i konkurs tvingades kommunen att överta driften av verksamheten och att återanställa personalen.

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

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 offentligrättsliga begränsningar. När ett avtal är för handen är den naturliga utgångspunkten att de avtalsrättsliga bestämmelserna dominerar, åtminstone i fråga om avtalsingående, 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 emellertid inte säkert att det enbart är avtalsrättsliga regler som är tillämpliga.[14] 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 normala förfaringssättet vid myndighetsutövning är ett ensidigt beslut och 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.[15] Detta är t.ex. fallet vid bedömningen av vad som ibland kallas *offentligrättsliga avtal*.[16] Det kan också röra sig om en såsom avtal benämnd reglering mellan två offentligrättsliga subjekt, t.ex. mellan stat och kommun, mellan statliga myndigheter, mellan olika kommuner eller mellan kommuner och landsting.[17] Gränserna kan

---

[14] Se för norskt vidkommande bl.a. Bernt, *Forvaltningsavtaler*, 1975 s. 1 f., Frihagen, *Plan- og bygningsloven. Bind III*, 1989a s. 75, Krüger, *Norsk kontraktsrett*, 1989 s. 4 samt Eckhoff & Smith, *Forvaltningsrett*, 1997 s. 311 m.fl.

[15] Se även Rønne, *Re-regulering af energiforsyningen*, 1991 s. 313 f.

[16] Se närmare avsnitt 2.3 nedan.

[17] 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. Se t.ex. Ds 1992:7 s. 135 ff. Överenskommelser som ingås inom en och samma juridiska person kan dock inte anses utgöra avtal i traditionell mening eftersom det för avtalsförhållanden utmärkande *tvåpartsförhållandet* saknas.

ofta vara flytande huruvida det rör sig om ett rättsligt bindande avtal eller om det i själva verket rör sig om en förvaltningsrättslig reglering, eller om det till och med är en situation där det endast är rent psykologiska, moraliska, administrativa eller politiska faktorer som gör att det s.k. avtalet efterlevs. Eventuellt kan det även uppstå konflikter mellan civilrättsliga värderingar om avtalsfrihet och offentligrättsliga principer, t.ex. legalitetsprincipen. Man kan därför tänka sig en glidande skala mellan avtal och myndighetsutövning, där avtal med mer eller mindre offentligrättsliga inslag även måste bedömas enligt de offentligrättsliga regler som påverkar mellanhavandet.

Flera författare har pekat på svårigheten att ge klara besked i frågan hur de olika regelverken skall samordnas, eftersom de antingen är civilrättsligt eller offentligrättsligt orienterade.[18] *Kleineman* anför dock att detta "rättsdogmatiska halvmörker" snarast beror på att ämnet endast i ringa utsträckning varit föremål för rättsliga analyser "och inte på förevaron av några ogripbara rättsliga principer oåtkomliga för den civilrättsliga forskningen".[19]

1.2 Syfte

Avhandlingens huvudsyfte är att bestämma utrymmet för kommunens *kompetens att ingå avtal* med enskilda samt analysera *rättsverkningarna av ingångna avtal* och att utarbeta förslag till *vissa allmängiltiga principer* på framförallt två avtalsområden inom den kommunala sektorn. Inom den *s.k. mjuka sektorn* behandlas vad som gäller för vissa typer av avtal inom det socialrättsliga området samt inom ramen för skollagstiftningen. Främst analyseras olika entreprenad- och samverkansavtal inom barn- och äldreomsorg, framförallt vad gäller avtal med enskilda daghem respektive behandlingshem. Inom den *s.k. hårda sektorn* studeras avtal som ingås i anslutning till plan- och bygglagstiftningen; avtal om parkeringsköp, genomförandeavtal och plankostnadsavtal. Därutöver behandlas i viss utsträckning kommunernas kompetens att ingå avtal om upplåtelse av torghandelsplatser och avtal inom ramen för va-lagstiftningen.

Analysen tar sin utgångspunkt i motsättningen mellan *avtalsfriheten* och det allmännas särskilda *maktbefogenheter*, vilken traditionellt ansetts utgöra skiljelinjen mellan privat och offentlig rätt. För den enskildes

---

[18] Se t.ex. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993 s. 70 och Warnling-Nerep 1995 s. 297.

[19] Se Kleineman, *De offentligrättsliga rättssubjektens avtalskompetens – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod*, 1994–95b s. 950 not 44.

rättssäkerhet sätter det offentligrättsliga regelverket och de offentligrättsliga principerna gränser för det allmännas möjligheter att sluta avtal. Eftersom de offentligrättsliga och de privaträttsliga regelverken har olika syften och målsättningar, uppstår svårtolkade situationer då de båda regelverken såväl kan överlappa som motverka varandra. En hypotes är att *kompetensen att ingå avtal* begränsas av *materiella offentligrättsliga regler*, medan *avtalens rättsverkningar* till viss del bestäms av *civilrättsliga bestämmelser* och *principer*. Det är därför av vikt att genom en *helhetsbedömning* beakta de regler som blir av betydelse för det aktuella avtalsförhållandet och inte försöka upprätthålla en strikt gräns mellan de privaträttsliga och de offentligrättsliga områdena. Syftet är närmare preciserat att analysera följande frågeställningar vid avtal mellan kommuner och enskilda:

a Hur definieras det avtalsbara området och dess gränser vad gäller kompetensen att ingå avtal?
b Vilka förutsättningar skall vara uppfyllda för att ett avtalsingående skall leda till bundenhet för kommunen och vilka är de civilrättsliga rättsverkningarna av att avtalsbundenhet inte uppstår till följd av offentligrättsliga begränsningar?
c Vilka gränser uppställer de offentligrättsliga respektive civilrättsliga regelverken vad gäller kommunens möjligheter att genom avtal ställa villkor på enskild motpart?
d Vilket utrymme har kommunen att genom myndighetsutövning eller normgivning ensidigt ändra förutsättningarna för sina avtal och vilka är de rättsliga konsekvenserna av sådana ändrade förutsättningar? Analysen görs vid två olika situationer; dels ändring som *direkt* avser en klausul i avtalet, dels ändring som *allmänt ändrar* förutsättningarna för avtalet, t.ex. höjning av taxa.

1.3 Avgränsningar

Förutom de konkreta problem som kan uppstå till följd av att de offentligrättsliga och de privaträttsliga regelverken kan ha olika syften eller på grund av osäkerhet om det ena eller det andra regelverket skall ha företräde i något fall, utgör den omfattande regelmassa de båda regelverken representerar ett problem. En följd av detta blir att detaljregler inom den allmänna avtalsrätten och den allmänna förvaltningsrätten i vissa fall måste utelämnas till förmån för de principer som blir av störst betydelse för det undersökta gränsområdet. Det innebär även att inte *alla* even-

tuella frågor som uppstår i relationen mellan det allmänna och enskilda kan beaktas. Omfattningen av den mängd olika avtal som förekommer leder till att undersökningen måste begränsas till några utvalda avtalstyper och att fokus i första hand riktas mot primärkommuners avtalsingående med enskilda. Statligt och landstingskommunalt avtalsingående lämnas därför till stor del utanför framställningen. En del av de frågor som analyseras har emellertid aktualitet även vid avtal som ingås av staten respektive landstingen och de slutsatser som presenteras i arbetet torde därför i betydande utsträckning kunna appliceras även på sådana avtal.

Offentlig verksamhet bedrivs i stor utsträckning av kommunala bolag. Dessa utgör, även om kommunen innehar aktiemajoriteten, formellt civilrättsliga organ och ger därmed upphov till en mängd särpräglade rätttsliga frågor. Dessa faller utanför framställningen och de kommunala bolagen kommer därför endast att beröras i begränsad omfattning.[20]

I redogörelsen för de välfärdsstatliga teorierna berörs även kontraheringsplikten. Hur ett avtal kommer till stånd i situationer där kontraheringsplikt föreligger och hur avtalsmekanismen fungerar i en sådan, från traditionell avtalsrättslig synvinkel, avvikande situation är en intressant men komplicerad frågeställning och kommer inte närmare att analyseras.

Konkurrens- och näringsrättsliga aspekter kommer till stor del att hållas utanför arbetet och endast översiktligt beröras.[21]

---

[20] Vissa, främst arbetsrättsliga, frågor som uppstår i och med att det allmänna valt att bedriva en verksamhet i nya driftsformer behandlas av doktoranden Annika Blekemo inom ramen för ett avhandlingsarbete vid Stockholms universitet.

[21] För en närmare redogörelse om hur de konkurrensrättsliga bestämmelserna i EG-rätten kan åsidosättas när det allmänna agerar inom det privaträttsliga området se Pagh, *Offentlige kontrakter og EF-retten*, 1992. *Pagh* försöker visa att EG-lagstiftningen genom reglerna om statligt stöd och reglerna om offentlig upphandling i betydande grad påverkar de avtalsrättsliga reglerna när den ena parten är en offentlig myndighet. Han hävdar att den speciella regleringen av avtalsingåendet på ett ingripande sätt ändrar och utvidgar de vanliga avtalsrättsliga rättsverkningarna om "misligeholdelsesvirkinger i kontrakt".

1.4 Metod och material

I föreliggande arbete är som framgått huvuduppgiften att försöka fastställa gällande rätt vad gäller vissa typer av avtal som ingås mellan kommunen och enskilda.[22] Arbetet bygger på den rättsvetenskapliga metoden, där en analys utifrån såväl det civilrättsliga som det offentligrättsliga regelverket är en naturlig utgångspunkt när det gäller att utforska det aktuella gränsområdet. Frågan om vad som egentligen utgör den rättsvetenskapliga metoden har under de senaste 50 åren varit föremål för en omfattande debatt.[23] Även om tillvägagångssättet kan skilja sig åt i vissa detaljer – beroende på hur man väljer att lägga upp ett arbete eller synen på det inbördes förhållandet mellan olika rättskällor och rangordningen mellan dessa – får det dock anses vara någorlunda vedertaget vad en rättsvetenskaplig metod innebär.[24] Grunden för en rättsvetenskaplig undersökning utgörs vanligtvis av lagregler, förarbeten, praxis och doktrin.[25] Då det valda undersökningsområdet befinner sig i *gråzonen* mellan offentlig rätt och privaträtt saknas emellertid ofta både *uttryckliga lagregler*

---

[22] Enligt *Ross* syftar ett fastställande av gällande rätt till att ge en plausibel *prognos* om hur ett visst fall *kan* komma att avgöras av domstol. Se t.ex. Ross, *Om ret og retfærdighed*, 1966 s. 51 ff. och s. 58 f. Domstolens perspektiv är dock snävare än forskarens, då domstolen är bunden av parternas yrkanden i det konkreta fallet. Inom den rättsvetenskapliga forskningen är således perspektivet vidare, samtidigt som slutsatser i doktrinen – till skillnad från ett avgörande från en prejudikatskapande domstol – inte är direkt normgivande.

[23] För en allmän redogörelse se t.ex. Lundmark, *Friskrivningsklausuler*, 1996 avsnitt 1.3 och där anvisad litteratur.

[24] Se även Sandgren, *Om empiri och rättsvetenskap*, 1995–96 s. 727 not 1 samt Lundmark 1996 s. 21.

[25] Vidare gäller speciella förutsättningar för rättsregler som har sitt ursprung i EG-rätten, t.ex. lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, AVLK, och lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU. För dessa gäller att de skall tolkas i enlighet med de direktiv som ligger till grund för reglerna. Enligt artikel 189 3 st. i Romfördraget skall ett direktiv "med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet". Enligt 2 och 4 §§ lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen gäller Romfördraget i Sverige. Se även bl.a. C-14/83 von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, (1984) REG s. 1891. Direktivens ordalydelse anses i dessa fall ha företräde framför den inhemska lagtextens utformning.

och *klargörande praxis* från de prejudikatskapande instanserna.[26] Vidare är det få författare inom svensk doktrin, trots att många berört området, som gjort några djupare analyser.

Eftersom debatten kring de övergripande frågorna rörande det allmännas avtal till stor del är gemensam inom Norden har, på de områden och i den utsträckning det är möjligt, en omfattande genomgång och analys gjorts av doktrin från övriga Norden. Då svensk doktrin på området till stor del saknas blir ett studium av nordiska arbeten en viktig källa vid analysen av olika rättsproblem. Arbetet kan därför till viss del sägas utgöra en doktrinär studie utifrån nordisk rättsdoktrin.[27] Då de nordiska rättssystemen trots allt skiljer sig åt i viktiga avseenden används, när det gäller att undersöka olika rättsreglers närmare innehåll, däremot företrädesvis inhemskt material. Nordisk rättspraxis används för att exemplifieringen skall få ett bredare underlag och för att doktrinen, i brist på konkret lagstöd, ofta bygger på praxis. Såväl nordisk doktrin som rättspraxis har dock ett begränsat rättskällevärde vad gäller bedömningen av svensk gällande rätt. I de fall lagstiftningen till stor del är gemensam, t.ex. vad gäller avtalsrättens område, blir emellertid utrymmet för analogier något större.

Att på ett område där lagregler och praxis till stor del saknas, göra en studie *enbart* utifrån den juridiska litteraturen, kompletterad med teoretiska analyser och rättspolitiska aspekter, är dock otillfredsställande. Risken är överhängande att man å ena sidan konstruerar problem som inte förekommer i praktiken, å andra sidan förbiser praktiskt be-

[26] Även om man uteslutande behandlar ämnen inom avtalsrättens område kan en mängd problem uppstå när det gäller den inbördes rangordningen mellan olika rättskällor; detsamma kan sägas gälla även inom det förvaltningsrättsliga området. Medan avtalslagen är gammal och rättsläget i många fall bygger på praxis är förvaltnings- och kommunallagstiftningen av betydligt senare snitt. De olika rättskällornas inbördes ställning kan därför behöva ses med "olika ögon" beroende på i vilket sammanhang de uppträder. Dessutom torde det generellt vara så att ju nyare förarbeten desto större vikt kan man lägga vid dem. Har en lagreglering funnits en längre tid kan såväl samhällsutvecklingen som rättspraxis ha lett till att förarbetena förlorat i betydelse.

[27] Se t.ex. avsnitt 5.5 och 6.5.2. Även utomnordisk doktrin beaktas till viss del när det gäller diskussionen om uppdelningen i offentlig rätt och privaträtt i kapitel 2.

tydelsefulla frågor.[28] När man rör sig inom ett relativt outforskat område medför forskningsuppgiften bl.a. att begrepp, principer och själva grundsystematiken i rättssystemet till viss del måste definieras. Det finns därför ett behov av grundforskning på området där begreppsanalys, strukturering av principiella frågeställningar och studier av den teoretiska diskussionen är nödvändiga för att kartlägga detta gränsland inom juridiken, då det av tradition är brukligt att dela in rättssystemet i olika discipliner baserade på systematiska och teoretiska grunder.[29] En sådan kartläggning av området kan ligga till grund för att ge definitioner av rättsbegrepp,[30] systematisera rättsmaterial,[31] artikulera juridiska och principiella rättigheter,[32] samt formulera juridiska teorier.[33]

---

[28] I ett läge där en företeelse är relativt oreglerad kan en empirisk undersökning av hur, och i vilken utsträckning, avtal mellan enskilda och det allmänna tilllämpas i praktiken vara av värde. Detta kan t.ex. göras genom förfrågningar hos kommunerna eller hos de företag eller enskilda personer som ingår avtalen. Skulle man välja att *bara* se till den praktiska verkligheten, där trots allt ett stort antal avtal mellan enskilda och det allmänna ingås, visar det sig dock att man hamnar i en situation alltför avlägsen för min mera rättsvetenskapliga utgångspunkt. Man stöter då på helt andra typer av problem än de rent juridiska jag vill undersöka. När man arbetar med en fråga i den praktiska verksamheten måste man alltid försöka lösa den. Ofta har man även begränsad tid. Det finns därför en risk att man löser ett föreliggande problem utifrån i första hand praktiska aspekter i stället för rent juridiska.

[29] För det närmast följande se Kairinen, *Socialrätten och rättssystemet*, 1989 s. 67 f.

[30] *Begreppsdefinitioner* anses behövas som verbala verktyg, för att förklara och konstruera den rättsliga verkligheten. Genom begreppsdefinitioner skapas en förkunskap, som påverkar vår uppfattning om samhället och rättssystemet.

[31] *Systematiseringar* hjälper till att ge en bild av hur den juridiska världen är uppbyggd, men anses även behövas för arbetsfördelningsändamål. Systematiseringen bidrar främst till utformandet av olika rättsvetenskapliga discipliner genom att ge olika rättsområden specifika och adekvata grundbegrepp, principer och rättigheter. Genom dessa systematiska lärosatser skapas en rättsdogm för rättsligt relevanta sakförhållanden, vilka anses vara tillräckligt förklarade och justifierade genom att de erhållit en plats i systemet.

[32] Med hjälp av *s.k. rättsprinciper* får vi information om viktiga huvudregler och undantag på ett visst rättsområde. Som exempel kan nämnas *pacta sunt servanda*, vilken på avtalsrättens område meddelar oss att avtal som huvudregel skall hållas. Genom huvudregler och undantag får vi verktyg att lösa uppkomna tvister. De återspeglar dominerande åskådningar i samhället och hjälper till att fylla ut luckor i den positiva rätten.

[33] Ordet *teori* är ett vidare begrepp än de ovan nämnda och beskriver ett sakförhållande eller likartade grupper av tillstånd på ett enhetligt sätt. Varje begreppsdefinition, systematisering samt utformning av olika rättsprinciper bygger på och har sin grund i någon teori eller lära, som förklarar och justifierar att en situation är reglerad på det sätt som den faktiskt är.

Eftersom positivrättsliga studier[34] även kan omfatta empiriskt material ur vilket vi drar normativa kriterier, har jag vid kartläggningen av gränsområdet till viss del undersökt material som inte tillhör de traditionella rättskällorna. En undersökning av ett sådant material kan rentav vara nödvändig för att kunna dra slutsatser på olika rättsområden.[35] Jag har genom att studera olika typer av empiriskt material försökt att närmare bestämma ramarna för det allmännas avtalsingående. Således har en analys av underrättspraxis och avtalskonstruktioner i viss utsträckning lagts till grund för den juridiska bedömningen.[36]

Genom inventeringen av underrättspraxis undersöktes bl.a. hur underrätterna löst olika rättsfrågor samt i vilken omfattning de i arbetet behandlade frågeställningarna aktualiserats och om det förekommit några intressanta rättsliga resonemang eller principdiskussioner. Det visade sig dock att, i den mån problem uppstår, parterna vanligtvis löser dessa genom nya förhandlingar. Liksom på den rena förmögenhetsrättens område[37] efterlevs i regel avtalen och parterna går därför endast undantagsvis till domstol.[38] Om frågan går till domstol leder detta ofta till en förlikning och frågorna blir därför sällan föremål för någon prövning.[39] Det går därför inte att dra några entydiga slutsatser om rättstillämpningen ut-

---

[34] I framställningen används i allmänhet termen "positivrättsliga studier" eller motsvarande framför begreppet rättsdogmatik. Även om någon skillnad mellan termerna i allmänhet inte görs föredrar jag den förstnämnda då den på ett tydligare sätt klargör *syftet* med en traditionell rättsvetenskaplig undersökning, dvs. att genom en systematisering och tolkning av det rättsliga källmaterialet fastställa gällande rätt.

[35] Se även Sandgren 1995–96 s. 734 och s. 1036 ff. Socialrätten är ett sådant område där det, bl.a. på grund av dess karaktär av ramlagstiftning, har anförts att det kan medföra vissa svårigheter att göra en renodlad rättspositivistisk undersökning. Se bl.a. Christensen, A., *Avstängning från arbetslöshetsersättning*, 1980 s. 17, Hollander, *Omhändertagande av barn*, 1985 s. 69 och s. 77 f. och Åström, *Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning*, 1988 s. 35–38. Först om någon rättsfråga avgjorts av förvaltningsdomstol underlättas ett användande av den traditionella rättsvetenskapliga metoden, eftersom en "mall" då kan ha erhållits för vad som kan anses vara skäligt i ett konkret fall.

[36] Se t.ex. avsnitt 5.3, 5.4 och 7.4.1.

[37] Se Sandgren, *En social avtalsrätt?*, 1992–93 s. 474.

[38] En orsak kan vara att kommunerna ofta är mycket stora kunder hos det enskilda företaget, och att man därför inte "i onödan" vill försämra möjligheterna till ett fortsatt samarbete.

[39] T.ex. kan nämnas *Hovrättens för Västra Sverige beslut 1994-04-22 (Mål nr T 550/90)*, vilket rörde parkeringsavtal, och *Hyresnämnden/Arrendenämndens i Jönköping beslut 1993-11-15 (Mål nr A 364/93)*, vilket rörde arrende av upplåten mark för campingplats. Det är även vanligt att parterna förliks efter det att talan väckts vid domstol och att talan därefter återkallas.

ifrån underrättspraxis. I den mån kommunala beslut om att ingå avtal överklagas, följer underrätterna ganska väl prejudikatsinstansernas sedan länge dragna gränser för den kommunala kompetensen. Eftersom det här i regel är fråga om laglighetsprövning görs heller ingen bedömning av avtalets rättsverkningar.

Även avtalspraxis[40] ger ett underlag för bedömningen av de frågeställningar som behandlas i arbetet. Detta framstår som ganska naturligt då kommunerna oftast använder "avtalsmallar" vid avtalsingående och då det vanligtvis är enskilda tjänstemän som upprättar och ingår avtal och inte i första hand jurister.[41] Avtalen används även för att åskådliggöra hur olika offentligrättsliga principer återspeglas i avtalsvillkoren och hur avtalen används på de undersökta områdena. Vidare kan de insamlade avtalen sägas belysa praxis och därför i sig ha ett egenvärde, men de kan också visa på vilka problem som förtjänar närmare analys och peka på alternativa lösningar.[42]

Vid en analys av empiriskt material är det dock av vikt att hålla i sär begreppen "gällande rätt", som endast motsvarar lagstiftning och avgöranden från de prejudikatskapande instanserna, och "gällande rätt i faktisk mening", vilket åsyftar underrättspraxis och myndighetstillämpning. Det kan även vara svårt att i vissa fall avgöra vad som är empiriskt material. Om ett visst material används empiriskt eller inom ramen för den rättsvetenskapliga metoden beror av *syftet* med användningen. På så sätt kan även rättspraxis eller annat traditionellt rättskällematerial användas empiriskt, om det bara används för att exemplifiera och inte syftar till att

---

[40] Avtalen samlades till övervägande del in under 1994 genom förfrågan till 40 olika socialnämnder och byggnadsnämnder.

[41] Jfr Åströms redovisning av vilket beslutsunderlag tjänstemän utgår från i sina bedömningar av biståndsärenden. Det är inte i första hand de traditionella rättskällorna som läggs till grund för besluten. Det vanliga är att man frågar chefer, kolleger, ser till kommunala anvisningar etc. Även om de instruktioner som därigenom erhålls mycket väl kan tänkas vara korrekta och klanderfria, så har de ändå ingen hemvist i den traditionella rättskälleläran om hur gällande rätt fastställs. Se Åström 1988 s. 202. Det *kan* alltså i vissa fall tänkas vara så att viktiga rättsprinciper faller bort till fördel för praktiska överväganden vid avtalsingående och att vissa "avtalsmallar" läggs till grund för avtal på andra områden än de som mallarna ursprungligen var tänkta för.

[42] Se Andenæs, K., *Rettsvitenskap og empiri*, 1992 s. 115, Dalberg-Larsen, *Hvorfor interessere sig for andre samfundsvidenskaber?*, 1992 s. 57–73, och Sandgren 1995–96 s. 726–748 och s. 1035–1059. Det anses rentav vara *nödvändigt* att beakta empiriskt material i verklighetsorienterade undersökningar, se Andenæs, K., 1992 s. 109 f. och s. 119 f. och Sandgren 1995–96. s. 734.

analysera gällande rätt.[43] Således utgör även en stor del av de prejudikat och rättsfall jag använder i arbetet endast empiriskt material i de fall jag, vanligtvis i fotnotsform, hänvisar till dem för att exemplifiera gällande rätt.[44] Användningen av det i arbetet förekommande empiriska materialet i form av underrättspraxis och avtalspraxis leder därmed inte till att undersökningen blir empirisk i den meningen att den måste genomföras genom studier med teoretiska och metodologiska rötter inom samhällsvetenskapliga discipliner. Den håller sig i stället inom den rättsvetenskapliga metodens ramar.[45]

Studiet av det empiriska materialet utgör även en viktig källa när det gäller *förförståelsen* av ämnet och kan användas som en jämförelsepunkt när det gäller att bedöma *relevansen* av de slutsatser som dras utifrån det traditionella rättsvetenskapliga materialet. På ett område som detta, där ett stort antal avtal ingås mellan myndigheter och enskilda, och där den direkta lagregleringen inte är så ingripande är det därför nödvändigt att på ett eller annat sätt beakta empiriskt material. Detta kan bidra till ana-

---

[43] Se Sandgren 1995–96 s. 732 f. och s. 1040 f. Positivrättsliga studier och empiri har dock på grund av svårigheterna att avgöra vad som utgör gällande rätt i görligaste mån ansetts böra hållas i sär. Se t.ex. Kleineman, *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla*, 1994–95a s. 626 f. not 16. Jfr dock bl.a. Lundmark 1996 s. 43–53 och Samuelsson, *Om rättsekonomins uppkomst och inverkan på den aktiebolagsrättsliga forskningen*, 1997 s. 528–546, som förespråkar vikten av att man även beaktar ekonomiska eller sociala mål i den juridiska analysen. Se den senare s. 544 ff. Rättsekonomiska argument torde således kunna utgöra argument för en viss lösning vid t.ex. kompetensöverskridanden. Mina bristande kunskaper i ekonomisk teori sätter dock gränser för en sådan analys.

[44] Även allmänna råd och rapporter används i första hand som ett faktaunderlag eller en beskrivning av verkligheten.

[45] Arbetet gör därför inte några anspråk på att vara empiriskt i traditionell mening. För en utförlig redogörelse av användandet av olika typer av empiriskt material se Sandgren 1995–96 s. 736 f. och s. 1040–1043.

lysen av de väsentliga egenskaperna hos det undersökta fenomenet.[46] Underrättspraxis, skiljedomar och avtalskonstruktioner kan därför sägas utgöra empiriskt material som visar på *faktisk gällande rätt*. Tolkningen och analysen av materialet måste dock göras uti-från de traditionella rättskällorna, dvs. enligt ett material som visar på *gällande rätt*.[47]

1.5 Tidigare forskning

I den mån frågor kring det allmänna som avtalspart belysts har det oftast skett i den norska och danska doktrinen.[48] Det föreligger inom Norden två avhandlingar om det allmännas avtal med enskilda; dansken Mathiassens omfattande verk *Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private*, 1974, och norrmannen Bernts utförliga studie *Avtale og offentlig myndighetsutøving*, 1978, senare

[46] Se även Mikkola, *Teser om rättsvetenskaplig forskning*, 1981 s. 276–281, s. 288 f. och s. 299. Inom ramen för avhandlingsarbetet har även en enkätundersökning gjorts, där syftet var att undersöka hur vanligt det är att kommunerna ingår avtal med enskilda, om tvister brukar uppstå och hur eventuella avtalstvister lösts. Enkäten skickades under hösten 1996 till landets samtliga kommuner, landsting och länsstyrelser. Den kommer dock inte att redovisas i något särskilt avsnitt utan utgör i första hand en grund för förförståelsen av problemområdet. Syftet med enkäten var främst att undersöka om de av mig uppställda frågorna hade någon praktisk förankring. Det huvudsakliga syftet med insamlandet av olika typer av empiriskt material kan alltså sägas vara att ge bakgrundsinformation till analysen samt visa på avhandlingsämnets relevans. Med utgångspunkt i de avtalsområden som studerats, har det empiriska materialet därför utgjort ett slags "hjälpmaterial" vid lösningen av de inledningsvis uppställda rättsfrågorna utifrån analyser av de traditionella rättskällorna. Se Mikkola 1981 s. 294.

[47] Se även *Hellner* som framhållit att, "allt juridiskt skriftställeri som inte syftar till rätttshistoria måste vara inriktat på framtiden ... Nu gällande lagar och på annat sätt fastställda principer ger lösningar för problem som uppstår i framtiden. Från denna synpunkt är även framställningar de lege lata framåtblickande." Se Hellner, *Allmän avtalsrätt*, 1989–90 s. 434. Se även Hellner, *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten*, 1990 s. 252 f. De lege lata kan således sägas rymma allt som inte utgör de lege ferenda, dvs. innefattar ett förslag till lagändring.

[48] Det offentligrättsliga området skiljer sig dock betydligt mer åt inom Norden än vad som är fallet på det avtalsrättsliga. Det är därför påkallat med viss försiktighet vid analogier från våra grannländer.

utgiven som *Avtaler med stat og kommune*, 1981.[49] Mathiassens avhandling är i första hand tänkt att utreda vid vilka situationer ett avtal lagligen kan ersätta ett förvaltningsbeslut, medan Bernts framställning i första hand berör frågan om bindande av framtida myndighetsutövning[50] samt vissa frågor om det allmännas kompetens att ingå avtal. Bernt har även i andra arbeten dryftat olika problem rörande avtal mellan myndigheter och enskilda.[51] Vissa frågor inom området berördes även under det 28:e Nordiska juristmötet i Köpenhamn 1978 där Holopainen var referent.

I Sverige har Marcusson berört olika frågeställningar inom gråzonen, bl.a. i *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 1989, *Avtal mellan det allmänna och enskilda*, 1993 och *Avgränsningen av myndighetsområdet*, 1996a. Riberdahl har, liksom Bramstång, i flera artiklar berört frågor om avtal mellan myndigheter och enskilda.[52] Kleineman har i artikeln *De offentligrättsliga rättssubjektens avtalskompetens – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod*, 1994–95, berört vissa kompetensfrågor vid det allmännas avtalsingående.[53] Även andra författare har i större eller mindre utsträckning berört olika problem inom området, se t.ex. Sundberg, *Allmän förvaltningsrätt*, 1955, Jägerskiöld, *Om allmän förvaltningsrätt. Anteckningar om metodik och rättsåskådning*, 1958, Westman, *Kommunal*

---

[49] I Finland lade Rytkölä redan 1950 fram sin avhandling *Julkisoikeudellinen sopimus*, vilket torde kunna översättas till *offentligrättsliga avtal*. Jur. lic. Eija Mäkinen vid Tammerfors universitet arbetar för närvarande, inom ramen för en doktorsavhandling, med vissa frågor om förhandlingsplanering på byggnadslagstiftningens område. Förutsättningarna för att ingå den här typen av avtal är där, i än större utsträckning än vad som är fallet i Sverige, oreglerade. Ny lagstiftning på området uppges dock vara aktuell. Det finländska materialet måste i min analys tyvärr inskränkas till vad som är tillgängligt på svenska eller engelska.

[50] Situationen i Norge skiljer sig emellertid från den i Sverige då de norska myndigheterna inte har samma möjligheter att lämna förhandsbesked i olika frågor. Se även Eckhoff, *Uttalelser, tilsagn, avtaler og vilkår i forvaltningsretten*, 1976 s. 110–116.

[51] Se utöver tidigare anvisade arbeten bl.a. Bernt, *[Anmälan av Mathiassen, J.,] Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private*, 1976 s. 501–512, *Forbehold ved forvaltningsvedtak. Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkningsmiddel*, 1977 samt Bernt & Krüger, *Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten*, 1986 s. 86–130.

[52] Vad gäller Riberdahl se bl.a. 1985 s. 137–175 och *Offentligrättsliga avtal – finns sådana?*, 1988 s. 95–96. För Bramstång se framförallt *Kommunerna, de privat- och fritidspraktiserande läkarna samt det s.k. Dagmarbeslutet*, 1986a s. 54–66 och *Överlåtelse av uppgifter inom socialtjänsten till privaträttsliga organ*, 1988 s. 214–229.

[53] Exploateringsavtal och exploateringsprocessen behandlas för närvarande av Maria Ulfvarson Östlund vid institutionen för fastigheter och byggande, Kungliga Tekniska Högskolan inom ramen för en doktorsavhandling.

förvaltning genom avtal, 1971, Adolphson, *Bindning eller återkallelse*, 1961, samt *Förvaltningsrättsliga avtal. – Frågor om likställdhet eller allmänintresse, om bindning eller återkallelse*, 1979. Staedler har i *Offentligrättsliga avtal*, 1983, redovisat sin syn på området.

I Danmark konstaterade Andersen tidigt att problem kunde uppstå om det allmänna använde sig av avtalsformen i sin verksamhet. Från och med andra upplagan från 1946 innehöll hans bok *Dansk forvaltningsret* ett kapitel om "forvaltningskontrakter". Detta kapitel behölls sedan i princip oförändrat under de senare upplagorna.[54] I nyare tid har bl.a. Basse, Heide-Jørgensen, Revsbech och Zahle berört rättsområdet.[55] I Norge har – vid sidan av Bernt – Boe, Brækhus, Eckhoff, Frihagen, Kristiansen och Woxholth berört olika frågeställningar på området.[56] Vidare har Kjellevold särskilt studerat avtal på socialrättens område.[57] I Finland har bl.a. Mäenpää behandlat vissa frågor rörande det allmännas avtalsingående.[58]

De flesta framställningarna anlägger i huvudsak ett förvaltningsrättsligt perspektiv. Som framgått är det min avsikt att göra analysen utifrån

---

[54] För senaste upplagan se Andersen, *Dansk forvaltningsret. Almindelige Emner*, 1965 s. 464–480. *Andersen* var ganska negativ till användandet av avtalslösningar inom den offentliga förvaltningen bl.a. därför att en tvångssituation kunde anses föreligga för den enskilde.

[55] Se framförallt Basse, *Aftalekonstruktioner i miljøretten – Nogle retsteoretiske problemer*, 1990 s. 97–114 och *Aftaler som nyt virkemiddel i miljøretten*, 1991 s. 217–226, Heide-Jørgensen, *Den kommunale interesse. Studier over kommunalrettens udvikling*, 1993, Revsbech, *Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn eller retssikkerhed*, 1992 samt Zahle, *Dansk forfatningsret I*, kap. 30, 1989.

[56] Se t.ex. Boe, *Innføring i juss. Bind 2*, 1993, Brækhus i *Rettslig vurdering av hittil meddelte Tillatelser til utvinning av petroleum på den norske del av kontinentalsokkelen*, 1975, Eckhoffs lärobok i förvaltningsrätt (senaste uppl. Eckhoff & Smith 1997) samt en mängd artiklar, Frihagen i *Forvaltningsrett. Bind I*, 1991 och andra framställningar, Kristiansen, *Kommunale garantier – en rettslig studie*, 1997 samt Woxholth, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, 1997. Att märka är att debatten om avtal mellan myndigheter och enskilda förekommit länge och ofta varit utförligare i våra nordiska grannländer, då främst i Danmark och Norge, än vad som varit fallet i Sverige. Även läroböcker eller mer eller mindre kortfattade framställningar brukar innehålla ett avsnitt om avtal mellan det allmänna och enskilda. Se t.ex. Gundersen, *Hovedlinjer i avtaleretten*, 1977 s. 26 f., Vogter, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 1992 s. 48 ff. och Lynge Andersen m.fl., *Aftaler og mellemmænd*, 1997 s. 128–138.

[57] Se Kjellevold, *Bruk av avtaler i sosialtjenesten*, 1993b s. 211–231 och Kjellevold, *Sosialhjelp på vilkår. Om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser*, 1995.

[58] Se bl.a. artikeln *Sopiva hallinto*, 1984, och *Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia*, 1989.

såväl avtalsrättslig som en offentligrättslig synvinkel. En sådan ansats har hittills saknats som medel att analysera den rättsutveckling som ägt rum inom den offentliga sektorn, men är nödvändig då ämnet befinner sig i gränslandet mellan offentlig rätt och privaträtt.

1.6 Disposition

För att besvara de i syftet uppställda frågorna har jag delat in avhandlingen i fyra delar. I den första delen behandlas under kapitel 2 *privaträtten* och *den offentliga rätten*. Det valda undersökningsområdet kan i viss utsträckning sägas befinna sig mellan de områden som traditionellt brukar hänföras till de båda disciplinerna och presentationen har som syfte att skapa förståelse för avhandlingsområdets placering i det rättsliga systemet samt ge den teoretiska bakgrunden till den följande analysen. Vidare behandlas begreppet offentligrättsliga avtal och frågan om detta kan vara av någon praktisk betydelse när det gäller det allmännas avtalsingående.

I kapitel 3 och 4 redogörs för de regler och principer som aktualiseras när det allmänna ingår avtal med enskild. Framställningen gör inga anspråk på att vara heltäckande, utan har som syfte att ligga till grund för den fortsatta analysen. I kapitel 3 analyseras vad som kännetecknar *den traditionella avtalsrätten* och vilka avtalsrättsliga regler och principer som är av betydelse för bedömningen av de avtal som ingås med det allmänna. Relationen mellan det allmänna och enskilda utmärks inte enbart av ett maktförhållande, utan utgörs även till stor del av ett socialt skyddsförhållande, där den enskilde garanteras vissa minimirättigheter. Detta sociala inslag återspeglas även inom den privata sektorn, där avtalsfriheten inskränkts genom skyddet av svagare part och konsumentskyddslagstiftningen. En översiktlig redogörelse görs därför av välfärdsstatlig teoribildning och teorin om den sociala civilrätten. Vidare redogörs för hur *tolkningen av avtal* mellan det allmänna och enskilda bör ske och de speciella tolkningsfrågor som kan uppstå till följd av att även offentligrättsliga regler och principer blir av betydelse vid bedömningen av det allmännas avtal. I kapitel 4 följer en analys av vad som är utmärkande för *offentlig förvaltning* och det allmännas *maktbefogenheter* samt de *offentligrättsliga skyddsreglerna*. De offentligrättsliga reglerna och principerna kan i vissa fall behöva beaktas vid tolkningen av ingångna avtal, t.ex. vad gäller kompetens- och ogiltighetsfrågor.

I avhandlingens andra del behandlas frågor som rör kompetensen att ingå avtal samt *hur* bundenhet uppstår inom avtalsrätten respektive förvaltningsrätten. I kapitel 5 analyseras den kommunala kompetensen att ingå avtal och kompetensen att ingå avtal på de valda undersökningsområdena. I kapitlet analyseras huvudsakligen de *interna effekter* ett kompetensöverskridande får, dvs. vilka följder överskridandet får utifrån det offentligrättsliga regelverket. Analysen görs för att närmare försöka precisera det *s.k. avtalsbara området*, vilket inverkar såväl på utrymmet för att ingå avtal som avtalens rättsverkningar.

Kapitel 6 behandlar *vem* som *med bindande verkningar* har befogenhet att ingå avtal å det allmännas vägnar och frågor om *när* bundenhet uppstår. I kapitlet analyseras utöver de interna effekterna av beslut om avtalsingående även de *externa effekterna* av ett kompetensöverskridande, dvs. frågor om ett avtalsrättsligt bindande förhållande uppstått trots att offentligrättsliga regler överträtts.[59] Här aktualiseras främst avtalsrättsliga kompetensregler och betydelsen av *god tro*, sedda i relation till det offentligrättsliga regelverket.

I avhandlingens tredje del analyseras i kapitel 7 frågor om *frivillighet* och *tvång* samt vilka möjligheter det allmänna har att uppställa *villkor* i förhållande till enskild motpart vid avtalsingåendet. I kapitlet berörs främst vad som leder till ogiltighet enligt privat- respektive offentligrättsliga regler.

Därefter behandlas i kapitel 8 frågan om när en avtalspart har rätt att *ensidigt frånträda ett avtal* i förhållande till de möjligheter det allmänna har att *ensidigt fatta beslut* och att utifrån normgivningskompetensen *ensidigt ändra förutsättningarna* för ett ingånget avtal och vilka rättsverkningar som kan bli följden.

I den fjärde och sista delen återfinns ett sammanfattande kapitel 9 med *avslutande synpunkter* och *slutsatser*.

---

[59] Termerna interna och externa effekter används med en annan innebörd inom den rättsekonomiska disciplinen. Med externa effekter avses enligt ett rättsekonomiskt synsätt samtliga för- och nackdelar vid ekonomisk verksamhet som de i ett avtal inblandade aktörerna inte haft något incitament att ta hänsyn till vid avtalsingåendet, t.ex. miljöeffekter som påverkar andra än avtalsparterna. Med interna effekter avses en mindre effektiv resursallokering mellan avtalsparterna till följd av bristande insikter om samtliga omständigheter i avtalsförhållandet. Se närmare Eide, *Rettsøkonomi for offentlig rett*, 1997 s. 63–67.

Del I

Offentlig rätt och privaträtt samt centrala avtalsrättsliga och offentligrättsliga principer

"Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripertitum est: collectum etetim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus."[1]

Digesta I, 1 kap. 2 §.

---

[1] Stycket, som skrevs av *Ulpianus* omkring år 160 e. Kr., torde översatt ha följande lydelse: "Rättsvetenskapen innehåller två huvudinriktningar, offentlig rätt och privaträtt. Offentlig rätt omfattar allt som rör den romerska staten medan privaträtten omfattar allt som rör den enskildes förhållanden. Man skiljer således mellan offentliga och privata åligganden. Offentlig rätt reglerar religionsutövning, prästerna och ämbetsmännen. Privaträtten kan delas in i tre huvudgrupper; naturrätt, folkrätt och civilrätt."

Kapitel 2

Privaträtt och offentlig rätt

2.1 Om begreppen

Vid en analys av avtal mellan enskilda och det allmänna är det naturligt att börja med en betraktelse över gränsen mellan privaträtt och offentlig rätt.[1] Det är i och för sig metafysik att hävda att privaträtten respektive den offentliga rätten a priori har en viss egenskap, men eftersom begreppen i stor utsträckning används och det här arbetet rör sig i gråzonen mellan de områden som traditionellt brukar föras in under begreppen kan ett försök till definitioner i detta sammanhang vara klargörande. För den kommande framställningen är det därför av intresse att försöka reda ut vissa begrepp och om en uppdelning i privaträtt och offentlig rätt överhuvudtaget går att göra och är nödvändig.[2] Följande begrepp är centrala:

a det allmänna – enskilda,
b den offentliga sektorn – den privata sektorn samt
c offentlig rätt – privat- eller civilrätt.

Utifrån regeringsformens kategorisering, torde uttrycket *det allmänna* (eller *det offentliga*) i första hand avse *stat* och *kommun*[3] och *de förvaltnings-*

---

1 Jfr även Sterzel 1988 s. 437.

2 Jfr även Tolonen, *Det privata och det offentliga rättsområdet*, 1993 s. 65 f.

3 Enligt 1:7 RF utövas beslutanderätten i såväl primärkommunerna som landstingskommunerna av valda församlingar. Enligt 1:8 RF finns för den offentliga förvaltningen även statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter. Regeln markerar bl.a. funktionsfördelningen mellan kommunens beslutande organ och kommunala nämnder i konkreta fall. Kommunfullmäktige får t.ex. inte bestämma hur en förvaltningsmyndighet skall besluta i ärenden som rör myndighetsutövning. Se även Paulsson m.fl., *Kommunallagen*, 1997 s. 24 f.

myndigheter som företräder dessa offentligrättsliga subjekt.[4] I 2 kap. RF, om de grundläggande fri- och rättigheterna, används uttryckligen termen det allmänna. Uttrycket torde här först och främst avse det allmännas verkställande organ, nämligen domstolar samt andra myndigheter.[5] Uttrycket det allmänna används även i 8:3 1 st. RF. Lagregeln stadgar här om normgivningskompetensen vad gäller ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden. Privaträttsliga föreskrifter kan enligt 8:2 1 st. RF i princip endast meddelas genom lag. Bemyndigande att meddela offentligrättsliga föreskrifter kan i stor utsträckning ges till regeringen och kan av regeringen i sin tur delegeras till andra myndigheter.[6]

Enskilda däremot är individer, bolag, föreningar, stiftelser, samfälligheter m.fl. civilrättsliga subjekt. Även enskild, som enligt 11:6 3 st. RF anförtros en förvaltningsuppgift, behåller sin privaträttsliga status. Vid uppgiftens *utförande* kan däremot hävdas att uppgiftsmottagaren kan ses som en del av det allmänna i relation till medborgarna. Det innebär t.ex. att regeringsformens krav på saklighet och opartiskhet bör gälla för uppgiftsmottagaren, trots att denne inte egentligen ses som en myndighet enligt regeringsformens systematik.[7]

---

[4] I tryckfrihetsförordningen, TF, används inte uttrycket det allmänna utan det talas bara om myndigheter. Med sådana likställs enligt 2:5 TF riksdagen, kyrkomötet och beslutande kommunal församling. Gränsdragningen mellan det allmänna och enskilda blir dock även här viktig när man skall bedöma vad som är allmänna handlingar inom ramen för offentlighetsprincipen. Även kyrkliga församlingar har hänförts till det allmänna. Vid en åtskillnad mellan stat och kyrka torde detta inte längre självklart kunna göras. De kyrkokommunala organen föreslås förlora sin kommunstatus och kommer i stället att benämnas trossamfund. Svenska kyrkan bör, inom ramen för en lag, själv få reglera sina angelägenheter. Se närmare prop. 1995/96:80, prop. 1997/98:49, prop. 1997/98:116 och bet. 1997/98:KU20. *Bramstång* har i en liten studie redogjort för vilka utanför den allmänna myndighetsorganisationen stående organ som kan tänkas använda sig av offentligrättsliga regler, vilka typer av verksamhet som kan bli aktuella samt vilka kategorier av offentligrättsliga regler som kan bli tillämpliga. Se Bramstång, *Offentligrättsliga reglers användning vid organisationers utåtriktade verksamhet*, 1986b s. 21–30.

[5] 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 "enskilt" i den offentliga rätten*, 1985 s. 59.

[6] Se bl.a. 8:3, 8:7 och 8:11 RF. Se även Wittrock, *Föreskriftsmakten*, 1986 avsnitt 7.3. Se vidare avsnitt 4.3 om normgivningsmakten.

[7] Se även t.ex. Strömberg 1985 s. 59, samt Marcusson, *Organisationernas roll i det offentliga styrningssystemet enligt svensk rätt*, 1986 s. 7–11 och Marcusson 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.

Det förefaller alltså traditionellt vara så – enligt en strikt uppdelning mellan *den offentliga sektorn* (eller *den statliga och kommunala organisationen*) och *den privata sektorn* – att 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 offentligrättsligt 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[8] 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 att det, för den privata respektive den offentliga sektorn, finns olika komplex av rättsregler.

Den offentliga rätten anses bestå av regler om statens och kommunernas organisation, myndighetsförfarandet, statsorganens 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.

---

[8] Enligt *Jägerskiöld* har man tidigare inom den offentligrättsliga sektorn fingerat ett subjekt, *fiskus* eller *kronan*, som – till skillnad från statens höghetsmakt, i form av påbud och förbud – handlar inom privaträttens sfär, och i princip är ansvarigt enligt samma regler som de enskilda medborgarna. Begreppet kronan är numer endast ytterligare en synonym för staten. Se Jägerskiöld, *Staten, kronan och myndigheterna*, 1954 bl.a. s. 315 f. och s. 320 f.

[9] Se även prop. 1971:30 s. 334, prop. 1985/86:80 s. 59 och Hellners & Malmqvist, *Nya förvaltningslagen*, 1995 s. 68. *Strömberg* har skrivit att staten eller en kommun säkerligen kan räknas som enskild i den mån de uppträder i rättsförhållanden som är helt likartade med dem som är vanliga bland enskilda rättssubjekt. Se Strömberg, *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform*, 1989 s. 63. Se även Pagh 1992 s. 11 f., vilken anser att det allmännas agerande inom den privata sfären utgör en stor risk för att samhälleliga hänsyn sammanblandas med kommersiella på ett sådant sätt att konkurrensen snedfördelas och därför i vissa fall kan komma att strida mot EG-rättsliga regler.

Privaträtten[10] 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.

Strömberg har i en lärobok i förvaltningsrätt skrivit att det är möjligt att nämna generella skillnader mellan enskild verksamhet och offentlig förvaltning, även om det är svårt att definiera det sistnämnda begreppet. Förvaltningsorganen är t.ex. inom vissa förvaltningsgrenar utrustade med *särskilda maktbefogenheter*, som ger dem möjlighet att rikta åläggan-den 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 är således i högre utsträckning bundna av bestämmelser och rättsprinciper, än vad som är fallet för en enskild företagare och dennes avtal med leverantörer, anställda eller kunder.[11]

Under efterkrigstiden har ytterligare en aspekt tillkommit som komplicerar uppdelningen; ideologierna om välfärdsstaten. Relationen mellan det allmänna och enskilda anses inte enbart bestå av ett *ensidigt maktförhållande*, utan har till stor del även kommit att utgöras av ett *socialt skyddstänkande*. Det är inte bara relationen mellan enskilda och det allmänna som anses ha förändrats; sociala inslag återfinns även inom den privata sektorn, där relationen mellan enskilda lett till att avtalsfriheten inskränkts genom skyddet av svagare part.

---

[10] Privaträtt betyder i det här sammanhanget detsamma som civilrätt. Civilrätt betecknade tidigare endast privaträttens allmänna del i motsats till *speciell privaträtt*.

[11] Se Strömberg, *Allmän förvaltningsrätt*, 1997a s. 17 f.

2.2 Den traditionella uppdelningen

Redan i den romerska rätten delades rättsvetenskapen in i civilrätt respektive offentlig rätt.[12] Uppdelningen levde sedan vidare in i medeltiden.[13] Enligt *Rosas* var dock relationerna mellan härskare och undersåte i den medeltida staten *personliga* snarare än rättsligt objektiva. Olika avtalskonstruktioner, men framförallt maktspråk, löste problem på ett effektivare sätt än genom lagstiftning. Någon egentlig förvaltningsorganisation i modern mening existerade inte och gränsen mellan privaträtt och offentlig rätt var närmast obefintlig.[14]

Staten som sådan började under övergången från feodalism till kapitalism erhålla en mera tudelad roll; dels som samfund med makt över ett visst folk och ett visst territorium, dels som förvaltningsorganisation och rättssubjekt. Förvaltningsorganisationen utkristalliserades i en hierarki med fasta myndigheter och tjänstemän vilka underordnades lagen. Ensidiga förvaltningsakter som ett uttryck för en s.k. höghetsmakt blev det dominerande i stället för olika avtalskonstruktioner.[15] Den lokala förvaltningen utvecklades efterhand genom en kommunal självstyrelse med egen rättspersonlighet och förvaltningsorganisation.[16] Samtidigt uppstod som en reaktion den autonoma privaträtten som ett sätt att reglera den privata omsättningen utan styrning ovanifrån.[17]

Ur förvaltningsrättslig synpunkt ansågs under den här perioden att avtalskonstruktioner inte kunde förekomma inom förvaltningen. Som teoretisk utgångspunkt för argumentationen mot avtalskonstruktionen användes begreppet förvaltningsakt och påståendet att förvaltningsrätten endast omfattade myndighetsakter – vilket klassificerades som ensidiga beslut av förvaltningsmyndighet. Från den utgångspunkten kunde man sedan *logiskt* påstå, att avtal inte kunde förekomma inom den offentliga

---

[12] Se Ulpianus i: Digesta I, 1 kap. 2 §, se även Institutiones I, 4 §, i: Corpus Iuris Civilis I. Se närmare Bangert, *Sondringen mellem offentlig ret og privat ret. Hovedtræk af den retshistoriske udvikling*, 1989 s. 26 ff.

[13] Redan på medeltiden ifrågasattes betydelsen av en uppdelning i offentlig rätt respektive privaträtt eftersom det inte fanns två klart skilda delar av rättssystemet. Se Bangert 1989 s. 33.

[14] Se Rosas, *Hur går det för staten?*, 1986 s. 536. Se även Jägerskiöld, *Svensk tjänstemannarätt*, 1956 s. 49 f. och Jägerskiöld 1958 s. 29 f.

[15] Se även Bangert 1989 s. 35 f.

[16] Se Jägerskiöld 1958 s. 31 f., Holmberg & Stjernquist, *Grundlagarna med tillhörande författningar*, 1980 s. 41 ff. och Rosas 1986 s. 536 f.

[17] För den historiska utvecklingen av avtalsrätten se Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979.

rätten. Förelåg något som utgavs för att vara avtal, förklarade man antingen att dessa inte hörde till förvaltningsrätten, eller också att det överhuvudtaget inte var fråga om en avtalsrelation. Möjligen ansågs det kunna vara fråga om s.k. offentligrättsliga avtal eller offentligrättsliga obligationsförhållanden.[18]

Det ansågs alltså vara fråga om en betydande skillnad mellan den offentliga rätten och övriga delar av rättsordningen. Som en konsekvens av detta har skillnaden medfört, och även ofta syftat till, en ökad handlingsfrihet för förvaltningen. Fullt utvecklat leder detta till slutsatsen, att endast förvaltningsrättsliga regler kan gälla inom ett slutet förvaltningsrättsligt område. Dessa regler skall dessutom tillämpas utan någon påverkan från civilrättens avvikande normer. Skulle enligt denna teori positivrättslig reglering saknas på ett förvaltningsrättsligt område, får kompletteringen därför inte ske med hjälp av civilrättsliga grundsatser.[19] Distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt har enligt *Jägerskiöld*

> "medfört oklarhet och erbjudit ett skalkeskjul för lättvindiga konstruktioner och lättjefullt valda satser. Åtskillnaden mellan offentligrättslig och privaträttslig rättsbildning åsyftar ju uppenbarligen det förhållandet, att staten, och även andra offentligrättsliga subjekt, kunna utöva tvångsmakt mot individen, eller i vart fall, att staten i förhållande till den enskilde är den klart övermäktiga parten, vars uttalande till bakgrund äga möjligheten att tillgripa tvångsmakt. Vissa rättsliga lägen uppkomma otvivelaktigt genom och utmärkas av att de ej skapats genom överenskommelse mellan parter, utan genom, mer eller mindre, tvångsmässiga bud av myndighet."[20]

2.2.1 Teorier bakom uppdelningen

Ross försökte tidigt göra en uppdelning mellan privaträtt och offentlig rätt och analysera skillnaderna för att se om en sådan uppdelning är fruktbar eller överhuvudtaget möjlig att göra.[21] De frågor han ställer är om uppdelningen medför en sådan skillnad att den är av betydelse för vetenskapliga framställningar och för förståelse av rätten. Om så skulle vara fallet uppkommer vidare frågan om hur gränsen mellan privaträtt och of-

---

[18] Se Jägerskiöld 1958 s. 31.

[19] Se Jägerskiöld 1958 s. 20 f.

[20] Se Jägerskiöld 1956 s. 52 f.

[21] Se Ross, *Sondringen mellem privat og offentlig ret*, 1936 s. 109–125. Se även Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt I*, 1937 s. 11–26.

fentlig rätt skall dras, och vari det vetenskapliga intresset av en sådan gränsdragnings skulle bestå.[22]

Medan det enligt *Ross* råder enighet om att det föreligger en fundamental skillnad mellan privaträtt och offentlig rätt, råder i olika teorier en betydande oenighet om hur gränsdragningen skall göras och vari skillnaden egentligen består. *Ross* delar i likhet med *Kelsen*[23] in teorierna i två huvudgrupper, intresseteorin och subjektsteorin.

Enligt *intresseteorin* skall den avgörande skillnaden mellan den offentliga och den privata rätten sökas i rättsreglernas föremål, dvs. de intressen som reglerna tillgodoser. Den offentliga rätten definieras som en del av rätten, som helt eller delvis bestäms med hänsyn till offentliga intressen. Privaträtten finns däremot endast som skydd för den enskildes privata intressen. *Ross* förkastar emellertid intresseteorin av två anledningar. För det första förefaller det vara omöjligt att göra en principiell åtskillnad mellan offentliga (eller samhälleliga) intressen och privata intressen. I slutändan har ju varje enskild individ olika önskemål och värderingar, och man kan därför inte tala om "privata intressen" som en homogen grupp. För det andra förkastar han intresseteorin därför att man inom privaträtten inte kan bortse från offentligrättsliga intressen, lika litet som man inom den offentliga rätten kan bortse från privata intressen. Som exempel anförs förmögenhetsrätten som traditionellt uppfattas som typiskt privaträttslig, men som genom olika skyddsregler starkt begränsar utrymmet för den enskilde att tillgodose sina individuella intressen. Dessutom är det svårt att enligt intresseteorin dela in rätten i två delar, eftersom rätten värnar *både offentligrättsliga och privaträttsliga intressen*. Dessa är heller inte sidordnade eller motsatta, utan uttrycker endast två olika sätt att betrakta rättssystemet.[24]

Enligt *subjektsteorin* bestäms uppdelningen i privaträtt och offentlig rätt efter subjekten i det rättsförhållande som skapas genom den för situationen aktuella rättsregeln.[25] Privaträtten reglerar situationer där bägge parter är enskilda, medan den offentliga rätten reglerar rättsförhållanden där åtminstone den ena parten är en offentlig person, dvs. stat, kommun eller någon annan institution eller person, som är bärare av "offentlig makt". Den offentliga rätten definieras här som bärare av offentlig makt, medan intresseteorin hänvisade till begreppet offentligt intresse.[26] *Ross*

[22] Se även Marcusson 1989 s. 49–54.

[23] Se Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945 s. 201–207.

[24] Se Ross 1936 s. 110 ff. Se även Kelsen 1945 s. 206 f.

[25] Se Kelsen 1945 s. 201 f.

[26] Se Ross 1936 s. 113.

anser att båda definitionerna är ett cirkelresonemang enär det begrepp som skall definieras ingår i dessa! Det blir endast fråga om en tautologi om man försöker definiera skillnaden mellan det privata och det offentliga genom att förutsätta att begreppen i sig har en så välkänd och entydig innebörd, att detta räcker för att förklara uppdelningen.

Vad menas så med begreppet *offentlig makt*? Det är enligt *Ross* lika svårt att försöka förklara detta begrepp som att göra en definition av vad som är offentligt respektive privat. Han visar på tre grupper av teorier vilka försökt förklara begreppet, de metafysiska, de sociologiska och de positivrättsliga.

De *s.k. metafysiska teorierna* bygger på tanken att den suveräna statsmaktens vilja och ensidiga rätt att stifta lagar bygger på en *höghetskvalitet*. Inom den privata rätten står de enskilda på samma nivå i förhållande till varandra, och den enes vilja är inte värd mer än den andres. Båda parter är dessutom underkastade statens lagstiftningsmakt. I offentligrättsliga förhållanden står däremot den enskilde ansikte mot ansikte med den suveräna statsviljan, och är direkt underkastad dess ensidiga diktat. *Ross* ställer sig emellertid starkt avvisande till tanken om att en *viss vilja i sig* skulle besitta en kvalitet att binda andra viljor.[27] Antingen det rör sig om ett avtal eller ett ensidigt beslut, beror den rättsskapande effekten alltid på att den grundas på en rättsregel i det samlade rättssystemet som erkänner handlingen som ett sätt att stifta förpliktande normer. Den offentliga rätten skiljer sig därför inte från privaträtten i detta avseende.

De *sociologiska teorierna* förkastar visserligen den metafysiska föreställningen om statsviljans höghetskvalitet men bevarar den principiella skillnaden mellan den privata och den offentliga rätten, framförallt i skillnaden mellan *avtalsrätt* respektive *härskarrätt*. Härskarmakten är dock inte uttryck för en högre kvalitet, utan för det faktum att det i samhället finns en krets av personer som har faktisk makt, bestämmanderätt, över sina medmänniskor. Även dessa teorier måste avvisas. Myndigheterna får nämligen sin makt genom rättsföreställningar, inte därför att de från begynnelsen är utrustade med övermänskliga krafter som gör dem till härskare över andra. Den statliga makten bygger på ett rättsligt förhållande, och är inte en ursprunglig grund för rätten.[28]

---

[27] Detta är enligt honom "den rene Mystik, en Fabel, der digtes for at sikre en vis Magtposition paa samme Maade, som Medicinmanden i primitive Samfund vinder Indflydelse gennem overtroiske Forestillinger om hans Magt til at binde Naturens Kræfter ad magisk Vej". Se Ross 1936 s. 115.

[28] Se Ross 1936 s. 115 ff.

Till sist nämner *Ross* de *positivrättsliga teorierna*. Dessa bygger uppdelningen på vissa *typiska innehållsskillnader* i rättsreglerna vilka rör rättsförhållanden mellan enskilda eller rättsförhållanden där det allmänna är part. Den offentliga rätten definieras som rätten i de rättsförhållanden där minst en av parterna är innehavare av offentlig myndighet och som enligt den positiva rätten är utformad på annat sätt än rättsförhållanden mellan enskilda. Skillnaden bygger här på vissa typiska skillnader i rättens innehåll och inte på en absolut skillnad i rättens väsen. Det otillfredsställande med dessa teorier är vad som menas med att en av parterna är innehavare av offentlig myndighet.[29]

Oavsett de ovan nämnda teorierna är det enligt *Ross* så att det i samhället finns *föreställningar* om att vissa institutioner är innehavare av offentlig myndighet medan andra inte är det. Även om det kan antas att en sådan uppdelning inte är begreppsmässigt möjlig, måste man fråga sig vad som ligger bakom idéerna och vad som betingar dem. *Motsättningen* mellan privaträtt och offentlig rätt blir till sist en uppdelning som bestäms av den roll som företrädesvis *autonomi-* och *auktoritetskänslor* kommer att spela vid utformningen av rättsförhållanden mellan människor.[30]

Utifrån rättens mål anför *Ross* sammanfattningsvis att skillnaden kanske kan uttryckas så att det grundläggande vad gäller den privata rätten är *individualistisk frihet* och *säkerhet*, medan den offentliga rätten bygger på *kollektivistisk ordning* och *effektivitet*. Hur mycket som ligger i denna definition är beroende av vilken styrka känslan av den offentliga maktens auktoritativa höghet har i ett visst samhälle – av hur liberalt eller starkt reglerat ett samhälle är. Vare sig samhället är utpräglat individualistiskt eller utpräglat kollektivistiskt tenderar gränsen mellan det offentliga och

---

[29] Se Ross 1936 s. 117 f. Se som exempel *Strömberg* som, utan att närmare ta ställning till frågan om *skillnaden* mellan offentlig rätt och privaträtt, i sin avhandling analyserar huruvida rättsförhållandet mellan offentliga anstalter och deras nyttjare är offentlig- eller privaträttsligt. Han finner att frågan, i vilken utsträckning s.k. allmänna privaträttsliga rättsgrundsatser är tillämpliga på rättsförhållandet mellan offentliga anstalter och deras nyttjare, i flertalet fall är utan praktisk betydelse. Rättsförhållandet är i allmänhet nämligen underkastat en ingående reglering genom uttryckliga stadganden. Den dominerande frågan blir, enligt honom, i stället i vilken utsträckning stadgandena kan anses innebära avvikelser i offentligrättslig riktning från de civilrättsliga grundsatser som tillämpas i vanliga fall. Se Strömberg, *Om rättsförhållandet mellan offentliga anstalter och deras nyttjare*, 1949 s. 430 ff. och 465 ff.

[30] Se Ross 1936 s. 118 f.

det privata att mista sin betydelse, även om den inte helt suddas ut.[31] Tendensen har i västvärlden varit att den offentlig- och den privaträttsliga regleringen växer in i varandra, framförallt genom att sociala skyddsregler ökat starkt i betydelse. *Ross* slutsats blir således att uppdelningen i offentlig rätt respektive privaträtt bör finnas kvar, men att den offentliga rätten endast omfattas av stats- och förvaltningsrätt, medan processrätten, straffrätten och folkrätten skulle vara egna grupper med inslag av både offentlig rätt och privaträtt. Allt annat skulle så hänföra sig till privaträtten.[32] Uppdelningen får emellertid inte göras alltför kategoriskt och slentrianmässigt, då regelverken ofta växer in i, och påverkar, varandra. Gränsen kan även behöva dras olika på olika rättsområden. Sålunda hävdade t.ex. *Kelsen* att:

> "the distinction between private and public law thus varies in meaning depending upon whether it is criminal law or administrative law that one wishes to separate from private law. The distinction *is useless as a common foundation* for a general systematization of law."[33]

Även *Herlitz* konstaterar svårigheterna med att dra någon skarp gräns mellan offentligt och privat. I den mån man försöker sig på att definiera offentlig verksamhet måste man enligt honom ofta utgå från subjektiva värderingar och vaga allmänföreställningar, där det avgörande till sist blir om "en viss verksamhet vid en viss tid i ett visst samhälle ter sig såsom offentlig".[34] Han framhåller att man knappast någonstans kan precisera några säkra skiljelinjer mellan offentlig rätt och privaträtt eftersom den *offentliga förvaltningen* rymmer mycket som inte är *offentligrättsligt*.[35]

I tysk doktrin har den *s.k. subordinationsteorin* framhållits som ett medel att klargöra distinktionen. I korthet går den ut på att rättsförhållanden där det typiska är att den ena parten är underordnad den andra, är offentligrättsliga. Teorin avvisas dock av t.ex. *Achterberg* med hänvisning till att sådana förhållanden även återfinns inom privaträtten. Till offentligrätts-

---

[31] Se Ross 1936 s. 121 f. I socialistiska eller andra typer av kollektivistiska samhällen finns inget större behov för en strikt uppdelning av privat och offentligt, eftersom samhället och individerna är intimt sammankopplade med varandra. Jfr även Stridbeck, *Från kontrakt till social rättighet*, 1992 s. 48–54, vilken som exempel på olika samhällstyper med större eller mindre inslag av "offentlig inblandning" gör en uppdelning i *självreglerande system*, *intervenerande system* och *planerade system*.

[32] Se Ross 1936 s. 122–125.

[33] Se Kelsen 1945 s. 207. Min kursivering.

[34] Se Herlitz 1937 s. 26.

[35] Se Herlitz, *Nordisk offentlig rätt III*, 1963 s. 624.

liga förhållanden måste man även räkna de i tysk rätt förekommande offentligrättsliga avtalen. Dessa bygger ju underförstått på ömsesidighet och samordning, vilket rimmar illa med att den ena parten skulle vara underordnad den andra. Han försöker därefter smälta samman intresse-, subjekts- och subordinationsteorierna i en definition vilken skulle eliminera de svagheter som teorierna lider av var för sig. Han hävdar att offentlig rätt är *summan av de rättsnormer* som bestämmer rättsförhållanden, i vilka åtminstone *en* av de i rättsförhållandet deltagande rättssubjekten uppträder som *representant för det allmänna*, på grund av ett *vidare legitimerande rättsförhållande*.[36]

Vidare har *Ehlers*, genom en utveckling av den ovan nämnda subjektsteorin, hävdat att man kan skilja på offentlig rätt och privaträtt genom att offentligrättsliga regler alltid riktar sig till s.k. bärare av offentlig makt och innebär rättigheter eller plikter *endast* för dessa. Helt vattentät blir dock inte denna definition då det trots allt finns regler som trots att de riktar sig till "alla och envar" är av offentligrättslig karaktär. Som exempel nämns bl.a. trafikregler. Kompletteringar måste därför göras, i första hand utifrån subordinationsteorin. Vad t.ex. gäller trafikreglerna finns bakom de materiella bestämmelserna regler som direkt anknyter till statens överordnade och kontrollerande roll. Skulle inte subordinationsteorin ge utslag, får man i andra hand försöka fastställa om en regel är upprättad *i det allmännas intresse*.[37]

Papaefthymiou hävdar att det ur franskt perspektiv inte existerar någon uppdelning i offentlig rätt och privaträtt. Det är dock enligt henne viktigt att analysera bakgrunden till varför en sådan uppdelning ändå gjorts under olika tidsperioder och då i synnerhet i vårt moderna samhälle.[38] Hon kritiserar de undersökningar som tar sin utgångspunkt i att rätten är uppdelad i två regelsystem och som utifrån detta försöker definiera de olika delarna av rätten allt efter deras materiella särdrag. Ett sådant syfte bottnar enbart i att fastställa likheter eller olikheter, för att sedan förklara sig enig eller oenig med uppdelningen, och är varken relevant eller särskilt vetenskapligt. En *indelning* av rätten i en offentlig- respektive en privat-

[36] Se Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982 s. 11.

[37] Se Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984 s. 53 ff. För närmare redovisning av tysk doktrin se Marcusson 1989 s. 50–53.

[38] Se Papaefthymiou, *Om forskjellen mellom offentlig rett og privatrett*, 1989 s. 43–47. En undersökning av dagens samhälle får därför inte ta sin utgångspunkt i den romerska rätten eftersom begreppen då och nu förmodligen inte har mer än namnet gemensamt. Begreppen kan även ha olika betydelse inom olika ämnesområden. Se även Stone, *Corporate Vices and Corporate Virtues: Do Public/Private Distinctions matter?*, 1982 s. 1443.

rättslig del, kan inte ersätta ett studium av *skillnaden* mellan begreppen. Den kan inte ens fungera som en utgångspunkt för ett sådant studium, utan leder bara till en förskjutning av ämnet. Det väsentliga är med andra ord begreppens *funktion*.

Den glidande övergången mellan offentlig rätt och privaträtt får enligt henne inte leda till ett förnekande av att det finns en skillnad mellan begreppen. Hon motiverar för det första detta med att det inte är själva uppdelningen man bör ta avstånd från, utan att skillnaden mellan regelsystemen traditionellt behandlats som en definitionsfråga. En sådan modell är alltför enkel och förmår inte fånga in de förändringar som ständigt äger rum i det inbördes förhållandet mellan stat och ekonomi. För det andra leder en fokusering på den glidande övergången till att begreppens *funktion* inte blir tillräckligt belysta. För det tredje bygger argumentet att en indelning mellan privaträtt och offentlig rätt bara är intressant om man kan dra en klar *skiljelinje mellan regelsystemen*, på ett beskrivande synsätt på positiv rätt som är såväl *irrelevant* för studiet av rättsliga begrepp som *ovetenskapligt*.

Den enda fråga som *bör* ställas vad gäller uppdelningen mellan begreppen, *och som faktiskt går att besvara* är enligt *Papaefthymiou* vilken *funktion* rättssystemen har. En sådan analys kan fokusera såväl på positiv rätt som juridisk teori. Ett studium av skillnaden i positiv rätt bör fokusera på uppdelningens roll när det gäller utövande av politisk makt. Ett sådant studium bör också undersöka *vilken roll* uppdelningen har vad gäller ekonomiska handlingars självständighet i samhället. Den politiska makten blir alltså av stort intresse vid analysen.[39] Man bör också undersöka om den oklara uppdelningen i offentlig rätt och privaträtt överhuvud är intressant eller om den ersätts av andra klassificeringar av regler.

När det gäller en analys utifrån juridisk teori bör man undersöka den politiska, ekonomiska och ideologiska praxis som lett fram till den uppdelning av rättssystemen vi har i dag, främst då vad som ligger till grund för uppkomsten av "Staatsrecht". Vidare bör de begrepp och teorier som uppstått – dvs. begreppet subjektiva rättigheter, teorierna om staten som juridisk person och politisk makt samt statsorganens roll – studeras.[40] Därefter bör man undersöka hur dessa begrepp och teorier förändrar sig i takt med att välfärdsstaten ändrar sig. En förändring som består i att temat för juridisk teori ändrar sig från formella rättsliga egenskaper till mer funktionella kriterier.[41]

---

[39] Se Papaefthymiou 1989 s. 45.

[40] Se Papaefthymiou 1989 s. 46.

[41] Se vidare Dalberg-Larsen, *Four Phases in the Development of Modern Legal Science*, 1984 s. 55.

Vad som behandlats ovan består dock enligt *Papaefthymiou* av den *osynliga* funktion uppdelningen har. Den synliga delen består av den funktion som begreppen har i den positiva rätten. Följaktligen bör man undersöka vad uttrycken refererar till, t.ex. om det finns en domstolsuppdelning i det land som är föremål för undersökningen.[42]

I engelsk och amerikansk litteratur har uppdelningen i privaträtt respektive offentlig rätt länge tett sig främmande och någon egentlig debatt har inte ägt rum förrän under de senaste årtiondena.[43] *Harlow* argumenterar för det första för att en uppdelning i offentligt och privat som två autonoma regelverk är helt oförenlig med engelsk tradition, och att en sådan heller inte utgör någon framkomlig väg för att lösa problem som den offentliga rätten kan tänkas stå inför. För det andra anser hon att uppdelningen är gammalmodig och principiellt oönskad. *Cane* är mindre skeptisk och har redogjort för olika teorier angående distinktionen i engelsk rätt och funnit att

> "Much remains to be done by way of analysis of the relationship between the concepts of 'public' and 'private' and the issues underlying them. But it seems clear that, while the preoccupations of theorists concerned with the distinction and of the courts who utilize it overlap, they do not coincide. Furthermore, it seems that it is premature to pronounce the death of the distinction. Not only is it deeply embedded in the law, but most theorists who are critical of the distinction seem at bottom to be arguing that the relationship between the public and the private should be reinterpreted rather than that the distinction should be jettisoned entirely as a tool for analysing, understanding, and organizing social life."[44]

I den mån det finns en gräns mellan offentlig rätt och privaträtt menar *Beatson* att den är beroende av, och varierar beroende på, *syftet* med att dra den, dvs. anledningen till att man till en början gjort en uppdelning.[45] *Stone* har anfört att det viktiga inte är att definiera vad som är offentligt och privat, utan att analysera den glidande övergången mellan begreppen och att studera vilka principer som gör att en företeelse är att hänföra till den ena eller den andra gruppen.[46]

---

[42] Se Papaefthymiou 1989 s. 46.

[43] Se t.ex. Harlow, *"Public" and "Private" Law: Definition without Distinction*, 1980 s. 241–265, Barnett, *Foreword: Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction*, 1986 s. 267–276, Cane, *Public Law and Private Law: A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept*, 1987 s. 57–78 och Beatson, *"Public" and "private" in English administrative law*, 1987 s. 34–65.

[44] Se Cane 1987 s. 78.

[45] Se Beatson 1987 s. 42 ff.

[46] Se Stone 1982 s. 1508.

2.2.2 Bör dikotomin offentlig rätt och privaträtt upprätthållas?

Det har hävdats att det allmänna har ett Janushuvud, där den ena sidan visar ett ansikte med legal maktutövning som kännetecken (bestående i förbud, påbud och tillåtelser), samt ett som inte kännetecknas av legal maktutövning (det allmänna är här en mera "normal" aktör såsom ägare, avtalspart, monopolist och fördelare av välfärd). Om dessa ansikten kombineras så har det sagts att man riskerar att hamna i ett förvaltningsrättsligt gränsland.[47] Å andra sidan har det också hävdats att "[ä]ldre doktrins försök att dra en gräns mellan offentlig och enskild verksamhet får bedömas som relativt meningslösa och riskerar att skapa förvirring".[48] Man har nämligen under mycket lång tid kunnat konstatera att avtal förekommer inom förvaltningen, att avtalsliknande konstruktioner hävdats och att avtal mellan offentliga subjekt samt mellan dessa och enskilda i själva verket varit viktiga medel för den offentliga verksamhetens bedrivande. Insikten om detta ledde till ett tillbakavisande av den förvaltningsrättsliga doktrinens principiella anti-civilrättsliga uppfattning.[49] *Herlitz* ansåg att utrymmet för privaträtten ökade på grund av omsorger om rättsskyddets utvecklande gentemot det "överhandtagande statsherraväldet".[50] Som samhället ser ut i dag verkar det som om vi ytterligare närmat oss en sådan sammanflätning.[51] *Kaijser och Riberdahl* framhåller att civilrätten ge-

---

[47] Se Boe, *Medie- og telematikksektoren – et forvaltningsrettslig grenseland*, 1986 s. 172 samt Stridbeck 1992 s. 306, jfr även Staedler 1983 s. 139.

[48] Se Riberdahl 1985 s. 141. Även Rynning, *Samtycke till medicinsk vård och behandling*, 1994 s. 39 f., har ifrågasatt indelningen i offentlig rätt kontra privaträtt.

[49] Man gick emellertid inte så långt som till den äldre uppfattningen om en rent civilrättslig utgångspunkt; en sådan ansågs heller inte vara fruktbar. Se Jägerskiöld 1958 s. 33.

[50] Se Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt III*, 1949 s. 32.

[51] Se t.ex. Strömberg 1985 s. 50 och även Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 1996 s. 230 som, angående normers systematisering och systematikens betydelse, bl.a. påpekat "... att även sådana hävdvunna indelningar som den i *'privaträtt'* och *'offentlig rätt'* i stigande omfattning kommit att illa rimma med verkligheten". Som exempel nämner han familjerätten, där en framställning, enligt hans mening, skulle vara direkt vilseledande om den inte beaktade socialrättsliga regler. Även *Sterzel* har konstaterat att gränsen mellan offentligt och privat blivit allt oklarare och att ett omfattande gränsland – en "grå zon" – har uppstått, eftersom offentlig verksamhet allt oftare bedrivs i privaträttsliga former. "Privata subjekt är ofta anförtrodda vad som i realiteten förefaller vara offentliga förvaltningsuppgifter. Ett svåröverskådligt system av lagstiftning och andra regleringar, statsbidrag och andra ekonomiska stödformer, offentliga tillsyns- och kontrollfunktioner etc. har lett till ökade svårigheter att från rättsliga synpunkter klassificera olika företeelser i samhällslivet." Se Sterzel 1988 s. 437. Se även Rynning 1994 s. 39 f.

nom den offentliga sektorns expansion, i synnerhet inom kommunal förvaltning, "blivit av dominerande betydelse som led i samhällsverksamheten".[52]

Interaktionen mellan offentlig rätt och civilrätt är svår, men förtjänar enligt *Riberdahl* att beaktas när kommunerna handlar på det civilrättsliga området. I förhållande till kommunmedlemmarna intar en kommun på det civilrättsliga området inte enbart ställning som avtalspart. Utöver detta förhållande ligger även det offentligrättsliga förhållandet mellan kommunen och dess kommunmedlemmar eller, i andra fall, mellan den offentliga "anstalten" och dess nyttjare. Kommunallagen och diverse speciallagstiftning inom olika områden – t.ex. plan- och bygglagen (1987:10), PBL, lagen (1970:244) om allmänna vatten- och avloppsanläggningar, VAL, och socialtjänstlagen (1980:620), SoL, – *begränsar* utrymmet för tillämpning av *civilrättsliga regler* och för *civilrättsliga analogier*. Även inom det *rent civilrättsliga handlandet* – t.ex. vid tillämpning av JB:s arrenderegler – kan en kommun gentemot sina kommunmedlemmar vara bunden av det offentligrättsliga systemet.[53]

Det kan därför rent principiellt ifrågasättas om t.ex. tjänster som kommunen tillhandahåller för konsuments enskilda bruk skall bedömas efter konsumenträttsliga synsätt. För de fall då rättsförhållandet mellan en kommun och en enskild är offentligrättsligt reglerat står delvis andra medel till förfogande än vad som finns på den privata marknaden. Dessa är t.ex. RF:s regler och laglighetsprövning av kommunala beslut, men också JO:s tillsyn, offentlighetsprincipen och kommunalrevision spelar in på bedömningen. Kommunmedlemmarna har således möjlighet att i vissa fall få tjänstemannabeslut omprövade genom överklagande av beslut i de fall kommunerna tillhandahåller service i form av olika nyttigheter, varor och tjänster som inte erbjuds på den öppna, privata marknaden. När det å andra sidan gäller privaträttsligt grundade rättsförhållanden har kommuninvånarna i egenskap av konsumenter det civilrättsliga regelsystemet att stödja sina anspråk på.[54]

Det erbjuder även stora svårigheter att försöka dela in olika författningsbestämmelser i offentligrättsliga eller privaträttsliga. Otvivelaktigt finns vissa drag som skiljer den offentligrättsliga regleringen från civilrättsliga föreskrifter, men särdragen gör sig gällande i starkt varierande

---

[52] Se Kaijser & Riberdahl, *Kommunallagarna II*, 1983 s. 96.

[53] Se Riberdahl, *Om kommunal taxedifferentiering – en replik*, 1983 s. 493 f. Se även Bryde Andersen, *Praktisk Aftaleret*, 1995 s. 102 f.

[54] Se Riberdahl 1983 s. 494.

grad inom olika förvaltningsrättsliga sektorer. Vid t.ex. områden som gäller allmän ordning och säkerhet eller byggnads- eller hälsoskyddskontroll, utmärks det allmänna av ensidig maktanvändning. Inom andra områden, som t.ex. tillhandahållande av service åt medborgarna, utmärks de offentligrättsliga reglerna av författningsbundenhet. Detta utesluter normal avtalsfrihet.[55]

Rättsreglerna är ofta sammanflätade och en uppdelning av rättsreglerna i olika ämnesområden är ibland möjlig endast om man bortser från det inre sammanhanget i regelsystemet. RF bygger på indelningen i offentlig rätt och privaträtt utan att ta närmare hänsyn till att offentligrättsliga och privaträttsliga regler kan hänga ihop med varandra på olika sätt. Det blir därför en relativt hopplös uppgift att genom grundlagstolkning entydigt försöka fastställa var gränsen mellan de båda rättsområdena i vissa fall skall dras.[56] *Sterzel* har hävdat att det inte är meningsfullt att försöka definiera och precisera vad som bör räknas till offentlig verksamhet. Som undantag bör endast gälla 11:6 3 st. RF där det stadgas att förvaltningsuppgift kan anförtros till enskild. Eftersom delegering av myndighetsutövning förutsätter stöd av lag blir det viktigt att definiera begreppet myndighetsutövning, eftersom detta enligt honom utgör den offentliga förvaltningens kärna.[57]

---

[55] Se Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 1992 s. 11 f. Vad gäller svårigheten att hänföra en verksamhet till myndighetsutövning eller till privat autonomi, se även Boe 1986 s. 171–183 och vad han anför angående privatiseringen av TV och radioområdet. Det finns alltså inte någon skarp gräns mellan "offentligt" och "enskilt". Förutom förvaltningsmyndigheter finns en blandad grupp av *offentligrättsliga juridiska personer*, t.ex. hypoteksföreningar, handelskammare och Sveriges advokatsamfund. Dessa organ brukar med varierande terminologi bl.a. kallas *anstalter*, *korporationer* och *samfälligheter*. Gemensamt för dessa är att de befinner sig i gränslandet mellan den offentliga och den privata sfären. Trots att de inte räknas som myndigheter, står de i allmänhet under statlig insyn och deras verksamhet regleras i regel av det offentligrättsliga regelsystemet. Se Söderlind & Petersson, *Svensk förvaltningspolitik*, 1988 s. 94.

[56] Se även Strömberg 1989 s. 64 f.

[57] Se Sterzel 1988 s. 438 och s. 440 f. *Sterzel* kan heller inte finna något motiv till att överhuvudtaget privatisera myndighetsutövning, utöver den utsträckning i vilken det redan skett.

Strömberg anför att det är omöjligt att bygga distinktionen på rättsreglernas ändamål i ett samhälle, där det privaträttsliga regelsystemet har starka inslag av olika sociala hänsyn.[58] Slutsatsen av RF:s formella kriterium att regler om enskildas "inbördes" förhållanden skall regleras av 8:2 RF, medan regler om förhållandet mellan enskilda och det allmänna faller under 8:3 RF leder till att en regel som kan åberopas av en enskild gentemot en annan enskild är privaträttslig, medan en regel som kan åberopas endast av eller mot en representant för det allmänna är offentligrättslig. En sådan formell distinktion kan emellertid tänkas leda till vissa praktiska problem. Det kan nämligen av vissa skäl vara behövligt att genom t.ex. olika taxor reglera enskildas inbördes betalningsanspråk. "Om en taxa för enskild verksamhet beslutas med stöd av delegation enligt RF 8:7, kan den emellertid endast binda ena parten i rättsförhållandet, även om det framstår som önskvärt att taxan omedelbart skall normera parternas inbördes rättsförhållande ... I viss utsträckning har det dock ansetts möjligt att reglera enskildas inbördes betalningsanspråk genom verkställighetsföreskrifter ... ."[59]

Även *Marcusson* konstaterar att distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt blivit allt svårare att upprätthålla. Hon menar ändå att den har positivrättslig betydelse och att den fortfarande kan ha ett visst värde som hjälpmedel för att överblicka regelsystemet. Hon framhåller vidare att det trots allt blir alltmer nödvändigt att skapa kompletterande indelningar. Dessa kan bidra till att öka förståelsen av sammanhanget mellan rättsområdena och på ett mera nyansrikt sätt belysa likheter och skillnader.[60]

Vid en jämförelse mellan privaträtt och offentlig rätt som bakgrund till analysen av de avtal som ingås av myndigheter, ställer *Mäenpää* upp hypotesen att skillnaderna mellan de privat- och offentligrättsliga diskur-

---

[58] Den allmänna konsumentskyddslagstiftningen utgör ett exempel på en reglering där man kombinerat traditionellt civilrättsliga metoder med offentligrättsliga åtgärder. Se även Stridbeck, *Från status till kontrakt och tillbaka igen?*, 1993–94 s. 164 f.

[59] Se Strömberg 1989 s. 183. Strömberg framhåller vidare att "[e]n annan svårighet kan uppkomma, om man i en författning om skatter eller avgifter vill meddela föreskrifter om återkravsrätt enskilda emellan. Här gäller det utan tvivel ett rätttsanspråk mellan enskilda, även om anspråkets grund är offentligrättslig. Om en föreskrift om återkravsrätt ges i lag, föreligger inga problem ... Men det är tvivelaktigt om återkravsrätt mellan enskilda kan föreskrivas i en förordning ..." Se a.a. s. 183. Se även Petrén & Ragnemalm 1980 s. 173 f.

[60] Se Marcusson 1989 s. 53 f. Se även Basse 1990 s. 101 f., vilken anser att samspelet mellan den offentliga rätten och privaträtten är så komplicerat att man ofta måste se till båda regelverken när man har att ta ställning till en konkret fråga. Se även Rosas 1986 s. 538.

serna relativerats till sådan grad att det inte längre är meningsfullt att bedöma myndigheternas avtalsverksamhet utifrån enbart den ena eller den andra utgångspunkten.[61]

Sammanfattningsvis kan man alltså säga att det är omöjligt, kanske även helt meningslöst, att dra en skarp gräns mellan den offentliga och den privata rätten. 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 ena eller den andra gruppen. Inom associationsrätt, försäkringsrätt och familjerätt gör sig t.ex. olika offentligrättsliga aspekter gällande på ett sådant sätt att det kan vara svårt att säga att en viss bestämmelse, eller till och med hel författning, skall hänföras antingen till privaträtten eller den offentliga rätten. Det är även svårt att förklara vari skillnaden består och vad den grundar sig på. Faktum är dock att det finns en *skillnad* i den offentliga och den privata rättens funktion och att *uttrycken därför är användbara*, inte minst för att namnge och beskriva parterna och regelverken i den kommande framställningen.[62] 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.[63] Analysen kan även bli av vikt för vilka delar av ett förhållande som utgör beslut och därmed kan prövas i förvaltningsdomstol, respektive vad som utgör en tvist som kan bedömas av allmän domstol.

Samtidigt leder "blandförhållandet" kanske till att allmän domstol vid en tolkning eller närmare analys av ett avtalsförhållande står "friare" att göra bedömningen utifrån bestämmelser i det ena eller det andra regelverket, än att till en början försöka fastslå om en företeelse är att anse som offentligrättslig eller privaträttslig. Kanske är det också så att dikotomin offentlig rätt och privaträtt förlorat i betydelse genom den s.k. välfärdsstatens framväxt. Med ett mera "socialt" synsätt torde det bli så att det viktiga blir att värna den som anses vara skyddsvärd, dvs. den sva-

---

[61] Se Mäenpää 1989 s. 6 ff. och s. 11 f. Se även Tolonen 1993 s. 65–72 och Taxell, *Avtalsrätt*, 1997 s. 10.

[62] Se även Sandgren, *Offentlig rätt, privaträtt och sociala hänsyn*, 1996 s. 27–30.

[63] 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. Se vad t.ex. gäller privaträtten Bengtsson, *Om civilrättens splittring*, 1991 s. 29–46, Sisula-Tulokas, *Går vi mot en splittrad avtalsrätt?*, 1991 s. 196–206 samt Hollander, *Civil socialrätt och social civilrätt*, 1993 s. 78 f.

gare parten i förhållandet. Möjligen leder detta till att frågan om vilket regelverk man väljer blir ointressant eftersom *hela rättssystemet* i sådana fall anses vara inriktad på att skydda den utsatte. Samtidigt borde även effektivitets- och lämplighetshänsyn kunna vara av viss betydelse. Detsamma gäller frågor om hur man bäst uppnår det eftersträvade skyddet till en så låg kostnad som möjligt, utan att skadliga biverkningar uppkommer.

I grova drag kan man säga att samspelet mellan de offentliga och de privata regelverken bl.a. kommer till uttryck på följande sätt:[64]

- Offentliga myndigheter agerar på samma sätt som privata verksamheter – t.ex. genom att erbjuda servicetjänster på marknadsmässiga villkor i konkurrens med enskilda.
- Enskilda agerar som offentliga myndigheter – t.ex. genom att utföra olika förvaltningsuppgifter som lagts ut på entreprenad.
- Privaträttsliga verktyg, t.ex. avtal och ersättning, används som alternativ eller supplement till traditionellt offentligrättsliga regleringar.[65]

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. 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. Reglernas funktionella uppdelning leder också till att vissa frågor endast kan prövas av förvaltningsdomstol medan andra frågor endast avgörs av allmän domstol.

---

[64] Se även Marcusson 1996a s. 58.

[65] Se t.ex. vad som nedan sägs om plankostnadsavtal. Miljöavtal är ett danskt exempel på ett privaträttsligt verktyg som används inom ett område som domineras av offentligrättslig reglering och ett dito tänkande. Se Basse, *Miljøaftaler – et samspill mellem offentlig ret og privatret*, 1996 s. 179 ff.

2.3 Offentligrättsliga avtal

Det har länge diskuterats om s.k. offentligrättsliga avtal[66] bör ingå som en särskild avtalsrättslig form av offentligrättsligt handlande i en systematisering av de olika typerna av offentligrättsligt agerande.[67] Rättsfiguren förekommer i både angloamerikansk och kontinental rätt, men har inte i dessa länder någon gemensam innebörd.[68] 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.

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. förvaltningstvistemål*, dvs. tvister som gäller offentligrättslig betalningsskyldighet eller någon annan skyldighet *som har sin grund* i ett offentligrättsligt rättsförhållande, *skall* behandlas av förvaltningsdomstol, 69 § förvaltningsprocesslagen (586/96).[69] Det har därför ansetts vara viktigt att klassificera avtal som antingen privaträttsliga eller offentligrättsliga. Även om Finlands rättsordning inte erkänner avtalsformen några speciella egenskaper så använder man ändå benämningen offentligrättsliga avtal när man talar om *icke rent privaträttsliga* avtal.[70] Om avtalet är privaträttsligt har endast allmän domstol kompetens att pröva tvisten, medan det är förvaltningsdomstol som äger kompetens att pröva t.ex. tvister om ersättning om det anses röra sig om ett offentligrättsligt avtal.[71]

I *HFD 1969-II-119* skulle en tomtägare betala en viss summa för att kommunen skulle belägga en gata med asfalt. Finlands högsta förvaltningsdomstol, HFD, ansåg att det rörde sig om ett offentligrättsligt förhållande och att det

---

[66] Andra använda begrepp är "förvaltningsrättsliga avtal", "avtal av offentligrättslig natur", se Westerberg, *Om rättskraft i förvaltningsrätten*, 1951 s. 27, eller "särskilda (semioffentligrättsliga) avtal", se Kaijser & Riberdahl 1983 s. 636.

[67] Se även t.ex. Marcusson 1993 s. 52 ff., Bruun, *Beställningsforskning i högskola*, 1985 s. 46 samt Rynning 1994 s. 42, vilken senast berört frågan.

[68] Avtalen benämns t.ex. i Frankrike som *contrats administratifs* och i Tyskland som *öffentlichrechtliche* (eller *verwaltungsrechtliche*) *Verträge*. I angloamerikansk rätt används termerna *administrative*, *governmental* samt *public contracts*.

[69] Ett förhållande som bottnar i uppdelningen i den gamla 10:26 RB, med ursprung i 1734 års svenskfinska lag, och som anses ha delat kompetensen mellan allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar.

[70] Se även Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 5 f.

[71] Vid prövningen av förvaltningstvister är länsrätten första instans, 2 § lag (1021/74) om länsrätterna.

därför var länsrätten som hade kompetens att avgöra frågan. Kriterierna för beslutet angavs vara att *betalningsskyldighet förelåg enligt lag* och att det enligt lagbestämmelsen *var möjligt att sluta avtal om saken.* Även i *HFD 1993 A 10* ansågs ett tjänsteköpsavtal mellan ett privat daghem och en kommun röra ett offentligrättsligt förhållande. Fallet gällde ett återkrav, där kommunen betalat för mycket pengar till den förening som bedrev barndagvården. I detta fall angavs kriterierna vara att kommunen *har skyldighet att ordna platser för barndagvård* samt att kommunen *enligt lag* har möjlighet att *genom avtal* köpa sådana platser av enskilt bedrivna alternativ.

Mäenpää hävdar att indelningen av förvaltningsorganens ingångna avtal i privaträttsliga eller förvaltningsrättsliga fack, och den principiellt annorlunda juridiska bedömningen av dessa avtal var relevant och nästan konsekvent fram till 1960-talet. Numer kan man däremot knappast med stöd av en sådan uppdelning teoretiskt behärska förvaltningsorganens avtalsförbindelser. Det saknas plats för ett traditionellt och principiellt motsatsförhållande, och därmed ett ojämlikt förhållande mellan medborgare och det allmänna, om man bortser från vissa speciella situationer där man kan tala om ett förvaltningstvång.[72]

"Vid kartläggning av förvaltningsorganens avtalsverksamhet är det sålunda inte mera ändamålsenligt att utgå från den nyanslösa dikotomin offentligrättsliga och privaträttsliga avtal. Så rena avtalsformer förekommer nämligen knappast alls inom den offentliga förvaltningen eller åtminstone är de i denna schematiska form knappast behäftade med allmänna rättsliga problem. I stället för att utgå från en begreppsbestämning är det mer fruktbart att utreda och analysera olika rättsliga drag och gränser hos avtal som ingåtts av förvaltningsorgan. Först då vi i tillräcklig utsträckning känner till särdragen i förvaltningsorganens avtalsverksamhet, kan vi börja uppskissera en allmän rättslig karaktäristik av avtal, vilka ingåtts av förvaltningsorgan. Denna karaktäristik bör dock inte tillerkännas begreppsligt egenvärde."[73]

Utgångspunkten för specialiseringen av förvaltningens ingångna avtal kan alltså väl vara en privaträttslig uppfattning om avtal som förpliktar dess jämlika parter på samma sätt, och vars ingående och innehåll kan ha reglerats på olika sätt i olika sammanhang. Med hjälp av den här utgångspunkten kan man inte direkt lösa principiella frågor som ingår i förvaltningens avtalsfunktion, men man kan belysa förvaltningsavtalens praktis-

---

[72] Se Mäenpää 1984 s. 39.

[73] Se Mäenpää 1984 s. 40. Översättningen av citatet är hämtad från Bruun 1985 s. 46, vilken betonar att kategoriseringen offentligrättsliga avtal inte löser några rättspositivistiska problem, utan endast är en påminnelse om att det allmänna är avtalspart. Se Bruun a.st.

ka problem mera specifikt än genom att dela in de av förvaltningen ingångna avtalen i en speciell kategori.[74]

Finns det någon förutsättning för att, såsom i Finland, i svensk rätt använda sig av termen offentligrättsliga avtal för att avgöra om en tvist skall avgöras i allmän domstol, specialdomstol eller i förvaltningsdomstol?[75] Enligt 10:17 1 st. 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. Enligt *Lavin* har dock allmän domstol ansetts vara behörig att "i den för tvistemål stadgade ordningen kunna pröva allehanda slag av tvistiga frågor – även offentligrättsliga frågor som typiskt sett inte kan uppkomma mellan två enskilda parter", om inget annat är särskilt stadgat, dvs. om fråga inte skall avgöras i förvaltningsdomstol eller specialdomstol.[76] Tvister vid avtal mellan enskilda och det allmänna skall därför – om inte *stadgande* om avtalsingåendet *föreligger enligt författning* och det *dessutom stadgas* att eventuella tvister skall avgöras av förvaltningsdomstol – prövas av allmändomstol.[77] De torde därför generellt vara så att interna förvaltnings-

---

[74] Se Mäenpää 1984 s. 40 f.

[75] Se även bl.a. Madsen, *Aftalefunktioner*, 1983 s. 130 f. samt Mathiassen 1974 s. 312 ff.

[76] Se Lavin, *Domstols kompetens enligt artikel 6 i Europakonventionen*, 1994–95 s. 736. Enligt artikel 6 i Europakonventionen skall enskild ha rätt till domstolsprövning av tvister som rör hans civila rättigheter och skyldigheter. Jfr dock det av *Lavin* kritiserade rättsfallet *NJA 1994 s. 657*, där allmän domstol inte ansåg sig behörig att pröva tvist om ekonomiskt bidrag i form av inkomststöd och djurbidrag till jordbrukare. Se även *RÅ 1995 ref. 58*, där fråga om förvaltningsdomstols skyldighet att pröva mål om jordbruksbidrag av regeringsrättens majoritet besvarades nekande. Såväl allmän domstol som förvaltningsdomstol ansåg sig alltså sakna möjligheter att pröva det aktuella fallet. I *Kammarrättens i Jönköping beslut 1996-09-17 (Mål nr 3487-1996)* fann KammR att förbudet, enligt 22 § förordningen (1995:1174) om kompensationsbidrag till jordbruk i bergsområden och mindre gynnade områden, mot att överklaga Jordbruksverkets beslut om kompensationsbidrag stred mot artikel 6 i Europakonventionen och att förbudet därför kunde åsidosättas enligt 11:14 RF. Överklagandet återförvisades därför till länsrätten. I *RÅ 1997 ref. 65* fann RegR att förbudet att överklaga Jordbruksverkets beslut i 33 § förordningen (1994:1715) om EG:s förordningar om jordbruksprodukter stred mot artikel 6 i Europakonventionen. Ansökanden ansågs därför ha rätt att få fråga om arealersättning prövad av domstol och målet återförvisades till KammR.

[77] Se 14 § 1 st. lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar. För äldre rätt och praxis rörande var tvist mellan det allmänna och enskilda skall prövas, se Herlitz, *Allmän domstol och administrativ myndighet*, 1943 s. 93–115. Vad gäller avtalssituationer, se a.a. s. 104 ff. samt de hänvisningar som där ges.

eller kommunalrättsliga beslut, t.ex. kompetensöverskridande vid beslut att ingå avtal, prövas i förvaltningsdomstol, medan de externa effekterna, dvs. förhållandet till motparten, prövas av allmän domstol.

En fördel med en prövning av avtal, s.k. förvaltningstvistemål, mellan enskilda och det allmänna i förvaltningsrättslig ordning torde vara att det förmodligen skulle bli billigare för den enskilde. Det kan kanske även te sig enklare för den enskilde att föra en sak till förvaltningsdomstol än att dra igång en process i allmän domstol. Samtidigt är det mer naturligt för svenska förhållanden att pröva avtalstvister i allmän domstol. Att som i Finland se på ett avtal mellan ett privat daghem och kommun[78] som föremål för offentligrättslig prövning torde i Sverige te sig ganska långsökt.[79] Det är därför mest naturligt att allmän domstol i de allra flesta fall prövar tvister mellan det allmänna och enskilda. Möjligen skulle man de lege ferenda kunna tänka sig en förvaltningsrättslig prövning i de fall det offentligrättsliga avtalet ingåtts med enskild individ. I ett sådant fall skulle det kunna tänkas finnas goda skäl att begränsa dennes kostnader på sådant sätt som sker vid förvaltningsdomstolarna. Däremot finns inte samma skyddsbehov för enskilda företag. Eftersom det måste vara en fördel om samma typer av rättsfrågor prövas vid en och samma domstol, torde det därför vara mindre lämpligt att göra skillnad mellan enskilda fysiska och juridiska personer. Det rimligaste är nog därför att, i enlighet med den utveckling som skett i Sverige, pröva *avtalsrättsliga tvister* i allmän domstol, oavsett deras *inslag* av offentlig rätt.

2.3.1 Offentligrättsliga avtal i svensk doktrin

Vad gäller själva begreppet offentligrättsliga avtal anser jag det som en utgångspunkt vara viktigt att ifrågasätta *nyttan* av att använda begreppet, 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.

I början av seklet konstaterade *Reuterskiöld* att förvaltningsärenden i regel avgjordes med ensidiga förvaltningsakter, men att det även förekom vad han kallade tvåsidiga förvaltningsakter, vilka skulle bestå av två av varandra *oberoende* förvaltningsakter eller genom två av varandra *be-*

---

[78] Se HFD A 10 (HFD 11.8.1993 t. 2752).

[79] Se *Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95)*, där hovrättens majoritet fann att barnomsorg, trots dess reglering enligt socialtjänstlagen, kunde prövas av allmän domstol eftersom det inte fanns något utrymme för talan vid förvaltningsdomstol. HovR ansåg vidare att rättsförhållandet hade privaträttsliga inslag som "får anses ligga utanför den del av förhållandet som faller under kommunens myndighetsutövning".

tingade förvaltningsakter. Som exempel anförde han överenskommelser om förening av skol- och barnmorskedistrikt. Dessa överenskommelser var enligt honom att anse som avtal av offentligrättslig natur, jämfört med t.ex. överenskommelser mellan myndigheter och leverantörer vilka räknades som privaträttsliga avtal som förutsatte en tidigare, angående avtalets slutande, ensidig förvaltningsakt från myndighetens sida. Detta beslut kunde emellertid inte komma till stånd, utan att i förväg ett faktiskt samförstånd beträffande det tilltänkta avtalets innehåll uppnåtts.[80] Offentligrättsliga avtal var alltså enligt honom förbehållet mera *förvaltningsrättsliga organisatoriska uppdelningar*, medan han betraktade avtal mellan det allmänna och enskilda som privaträttsliga.

Herlitz framhöll att om en plikt gentemot det allmänna uppkommer på grund av ett avtal enligt samma regler som gäller för de enskildas inbördes mellanhavanden, borde förhållandet betraktas som privaträttsligt. Detta innebar emellertid inte att det skulle vara likgiltigt ur förvaltningsrättslig synpunkt, eftersom avtalsingåendet är en del av den offentliga förvaltningen.[81] Han ansåg att det mellan renodlade avtal och förvaltningsakter fanns ett område där samspelet mellan kontrahenterna var av sådan art att avtal slöts på grund av förvaltningsrättsliga regler, och därmed hade de rättsverkningar som förvaltningsrätten bestämde. Dessa regler kunde avvika helt, eller bestå i mer eller mindre vittgående avvikelser från civilrättsliga bestämmelser. Den här typen av avtal borde enligt honom betecknas som förvaltningsrättsliga,[82] men han framhöll att det vanligtvis är på "otvetydigt privaträttslig grund" som det allmänna verkar, då det reglerar enskildas förhållanden.[83] Det skulle således vara fråga om ett offentligrättslig avtal när ett *avtals rättsverkningar präglas av förvaltningsrättsliga regler*. Några mera ingående försök att reda ut problemet vad gäller avtalsförhållandenas avgränsning gjorde han emellertid inte.

Sundberg ansåg att de förvaltningsrättsliga avtalen utgjorde en av förvaltningsakternas huvudtyper.[84] De påminner till skillnad från förvaltningens normalt tvingande natur mer om civilrättens motsvarande institut,[85] så att "[d]e förvaltningsakter, vilka såsom anbud eller accept utgöra

---

[80] Se Reuterskiöld, *Föreläsningar i svensk stats- och förvaltningsrätt I*, 1914 s. 212 f.

[81] Se Herlitz 1949 s. 29 f.

[82] Se Herlitz 1949 s. 349 f.

[83] Se Herlitz 1963 s. 645.

[84] Se Sundberg 1955 s. 141. *Sundberg* karakteriserade förvaltningsakternas fyra huvudtyper som förvaltningsförordningar, förvaltningsutslag, förvaltningsåtgärder och förvaltningsavtal.

[85] Se Sundberg 1955 s. 175.

led i ett förvaltningsrättsligt avtal, kunna ävenledes sägas vinna materiell rättskraft".[86] De fordrar t.ex. för sin ändring medkontrahentens medverkan. Ensidig ändring av en sådan förvaltningsakt skulle alltså vara utesluten på grund av analogin med AvtL. *Sundberg* anför vidare att förvaltningsavtalen karakteriseras av att de tillkommer genom en samverkan mellan två myndigheter eller mellan myndigheter och enskilda. Han ansåg emellertid att ett offentligrättsligt avtal *alltid* avser ordnandet av en offentlig förvaltningsuppgift och till följd härav *endast* kan ingås om en *bestämmelse* om att avtal skall användas *har meddelats*, eller att *avtalsformen regleras i en författning*.[87] Anledningen till detta är att myndigheten enligt de avtalsrättsliga reglerna binder både motparten och sig själv, och därigenom inskränker de maktutövningsmöjligheter som den erhållit för förvaltningsändamålets vinnande; "härtill kan den uppenbarligen icke vara befogad, då dessa möjligheter givits den för statens och icke för dess egen skull".[88]

Han ansåg vidare att avtalets bestämmelser måste anses ogiltiga, i den mån de strider mot någon för myndigheten gällande författning. Dessutom skulle tolkningen av ett rättsförhållandes innebörd bli en annan om det bestämts genom ett avtal, än om det tillkommit genom en förvaltningsåtgärd. Vid ett avtal bestäms innehållet inom den i författningen angivna ramen av båda parters överensstämmande viljeförklaringar, och vid ett beslut endast av myndigheten och författningen; "i den mån det enskilda subjektets vilja ej kommit till uttryck i förvaltningsåtgärden, saknar den sålunda rättslig betydelse".[89] Ojämnheten i kontrahenternas styrkeförhållande visar sig här genom att staten ensidigt kan lösgöra sig ur avtalet genom ändring av den författning med stöd av vilken avtalet ingåtts.[90] *Sundberg* framhåller vidare att de förvaltningsrättsliga avtalens innehåll måste begränsas till området för myndigheternas fria skön.[91] I lik-

---

[86] Se Sundberg 1955 s. 203.

[87] Se Sundberg 1955 s. 157 f.

[88] Se Sundberg 1955 s. 158.

[89] Se Sundberg 1955 s. 158.

[90] Se närmare nedan kapitel 8.

[91] Från det förvaltningsrättsliga avtalet måste man enligt *Sundberg* skilja s.k. underkastelseakter. Dessa utgör en form av förvaltningsakt, "som för sitt vidtagande förutsätter föregående ansökan, samtycke eller annan på underkastelse utgående viljeförklaring". Se Sundberg 1955 s. 160 f. Underkastelsen medför att den enskilde genom denna kan avsäga sig vissa fri- och rättigheter som grundlagsenligt tillkommer honom, eller eljest berättiga myndigheten till en frihetsinskränkning vilken annars inte vore möjlig att vidta. Myndigheten kan å andra sidan inte begära någon underkastelse utan att enligt någon författning vara berättigad därtill.

het med vad han anför är det enligt allmänna rättsprinciper så att en part i domstol inte kan få gehör för sina anspråk enligt ett avtal i strid med tvingande lagstiftning.[92] På liknande sätt föreskrivs i 1:1 3 st. RF att den offentliga makten utövas under lagarna; föreskrivs att en viss uppgift *skall* lösas på ett visst sätt kan inte det allmänna frångå en lagreglering genom avtal.

Frågan om offentligrättsliga avtal förefaller i senare förvaltningsrättslig doktrin i viss utsträckning ha behandlats utifrån ett terminologiskt eller begreppsmässigt synsätt. Således berör *Adolphson* i sin avhandling "[d]en stundom vanskliga och delvis terminologiska frågan, huruvida dessa avtal rättssystematiskt äro att föra till civilrätten eller till den offentliga rätten".[93] Gränsdragningen kan enligt honom inte ske med ledning av intresse-, subjekts- eller positivrättsteorierna,[94] och något annat resultat uppnås heller inte om man utgår ifrån lagbestämmelsernas ändamål.[95] Han har därför ställt sig tveksam till att i svensk rätt använda uttrycket förvaltningsrättsliga avtal och han anser att i den mån det har använts i doktrinen har man utgått från fransk och tysk rätt, medan lagstiftaren och rättstillämparna undvikit uttrycket.[96] Han anser vidare att i förvaltningsrättsliga sammanhang över huvud "använda ordet, begreppet och konstruktionen avtal är direkt vilseledande för den part, som litar på en bindande och förblivande rättsverkan alldeles såsom i ett civilrättsligt avtal".[97]

Det behöver enligt *Adolphson* inte förhålla sig så att alla rättsförhållanden som uppkommer genom olika konstruktioner med enskildas viljeförklaringar i förhållande till offentliga myndigheter bör betraktas som avtal. Enligt honom borde till avtal i strikt mening endast räknas sådana överenskommelser mellan myndigheter och enskilda där parterna förpliktar sig till ömsesidiga, av varandra betingade, prestationer av något

---

[92] Se även Hellner 1993 s. 13 f.

[93] Se Adolphson 1961 s. 250.

[94] Se Adolphson 1961 s. 54.

[95] Se Adolphson 1961 s. 57.

[96] Se Adolphson 1979 s. 91 f. Jfr även de av honom åberopade rättsfallen; *RÅ 1944 ref. 16*, där skoldistrikt befanns vara skyldigt att tillhandahålla tjänstebostad, även om annat avtalats, eftersom sådan skyldighet förelåg enligt författningsbestämmelse, *NJA 1959 s. 238*, där medgivande om avbetalningar från indrivningsmyndighet inte utgjort hinder mot att driva in hela skulden, när myndigheten funnit anledning till utmätning föreligga, samt *RÅ 1968 ref. 8*, där beslut av stadsfullmäktige att bemyndiga drätselkammare ingå avtal om avgift, upphävdes av RegR såsom innebärande befogenhetsöverskridande, eftersom avgiften ej hade lagstöd.

[97] Se Adolphson 1979 s. 92.

slag.[98] Enligt *Rynning* är Adolphsons definition av avtal för snäv för att kunna godtas. Hon menar att det sannolikt får anses föreligga en glidande övergång mellan avtal inom ramen för offentlig verksamhet och ensidiga förvaltningsbeslut. Som exempel på en övergångsform nämner hon de situationer där samråd ska föregå fastställandet av förutsättningarna för ett beslut, i synnerhet sådana fall där förutsättningarna slås fast genom samtycke från den enskilda parten.[99]

Den mest utförliga analysen av de offentligrättsliga avtalen har gjorts av *Staedler*. Han gör bl.a. skillnad på termerna *förvaltningsrättsliga* och *offentligrättsliga avtal*. De förra anser han omfatta såväl offentligrättsliga som vissa privaträttsliga avtal, t.ex. när kommunen ingår avtal i egenskap av juridisk person.[100] Han gör vidare en uppdelning mellan två slags offentligrättsliga avtal; avtal mellan olika myndigheter och avtal mellan myndigheter och enskilda. Hans hypotes är att sådana avtal föreligger när åtminstone *den ena avtalsparten är ett offentligrättsligt myndighetsutövande organ*, med andra ord en myndighet som saknar egen rättskapacitet.[101] Detta skulle innebära att myndigheten i dessa fall inte ingår avtalet som företrädare för det allmänna såsom privaträttsligt subjekt. Myndigheten skulle därmed inte heller kunna agera inför allmän domstol vad gäller avtalsförhållandet. Han anser vidare att oavsett om avtalsformen används måste i vart fall själva överlämnandet, som eventuellt kan ses som myndighetens beslut att ingå avtalet, anses vara en ensidig myndighetsåtgärd som förvisso kan, och ibland måste, bygga på samtycke.[102]

De offentligrättsliga avtalen skall enligt *Staedler* bedömas enligt förvaltningsrättsliga regler och något utrymme för avtalslagens bestämmelser och de på deras grund utvecklade reglerna angående bristande överensstämmelse mellan en kontrahents vilja och hans förklaring, dissens, tolkning och godtrosskydd finns inte. Den berörda myndighetens vilje-

---

[98] Den civilrättsliga regleringen är enligt honom i princip given, om det allmänna i situationen varit hänvisad till att uteslutande använda sig av privaträttens rättshandlingar eller om myndighet enligt författning haft rätt att använda sig av avtal och begagnat sig av denna befogenhet. Se Adolphson 1961 s. 250 och s. 268 f. Som avtal räknas däremot inte *överenskommelser, ensidiga utfästelser och åtaganden från enskilda* eller *samtycken* och *medgivanden*. Samtycke eller medgivande anses i stället utgöra en viljeförklaring vilken inte sällan avkrävs av enskild före visst beslut av myndighet, exempelvis i fråga om sterilisering eller avbrytande av havandeskap. Se Adolphson 1961 s. 252 f.

[99] Se Rynning 1994 s. 43.

[100] Se Staedler 1983 s. 8.

[101] Någon rättskapacitet krävs enligt *Staedler* inte heller från de enskildas sida.

[102] Se Staedler 1983 t.ex. s. 8, s. 39 och s. 50.

förklaringar i avtalet skall enbart bedömas enligt reglerna om förvaltningsakters felaktighet, giltig- eller ogiltighet och den enskilda avtalspartens viljeförklaringar, företrädesvis enligt viljeteorin. *Staedler* vill därför dra en knivskarp gräns mellan offentligrättsliga och privaträttsliga avtal, där man då skulle se vilka regler som skall tillämpas. "Lägges härtill att de inskränkningar i avtalsfriheten som behandlas i avtalslagens tredje kapitel, särskilt i den utformning det fått genom införandet av den s.k. generalklausulen ... i fråga om offentligrättsliga avtal är ersatta genom reglerna om förvaltningsakters formella och materiella förutsättningar, blir slutsatsen att avtalslagen principiellt inte kan anses omfatta dessa avtal, även i den mån de ger upphov till förpliktelser med ekonomiskt värde."[103]

Staedler förefaller dock vara ganska ensam om sin ståndpunkt i svensk doktrin. *Riberdahl* hävdar i en artikel att det verkar vara onödigt att komplicera rättssystemet med en sådan rättsfigur som det offentligrättsliga avtalet skulle innebära. Han anser, i likhet med *Friedner*,[104] att en del av de avtal Staedler behandlar är civilrättsliga medan andra inte kan anses vara avtal överhuvudtaget. En förutsättning för en sådan avtalstyp är att den har särskilda rättsverkningar – finns inga sådana är det inte meningsfullt att laborera med ett speciellt begrepp. Däremot anser *Riberdahl* att varje avtal som ingås mot bakgrund av en offentligrättslig reglering *måste tolkas mot bakgrund av denna*.[105] Även *Marcusson* ställer sig tvivlande till om det finns behov av en sådan rättsfigur. Hon anser att användningen av en viss term endast är meningsfull, om man tydligt kan visa att särskilda rättsverkningar är förenade med de rättshandlingar som avses. Det förefaller därför förhålla sig så att de avtal som förekommer inom förvaltningen måste analyseras *vart och ett* efter sin art och i förhållande till den förvaltningsrättsliga regleringen avseende myndigheternas kompetens osv. samt den civilrättsliga regleringen av olika rättshandlingar.[106]

På liknande sätt hävdar *Bernt* att det är det mycket som talar för att man inte kan använda begreppet förvaltningsrättsliga avtal som ett entydigt begrepp, utan att det är mer meningsfullt att analysera betydelsen av att avtalsrättsliga element förekommer vid förvaltningsrättsliga förhållanden.[107] *Latrup-Pedersen* skriver, att för ett stort antal av de avtal som

---

[103] Se Staedler 1983 s. 54 f. Se nedan och jfr även Grönfors, *Begränsningar hos avtalet som styrmedel*, 1987 s. 225 not 16.

[104] Se Friedner, *Några synpunkter på offentligrättsliga avtal*, 1987 s. 143.

[105] Se Riberdahl 1988 s. 95 f.

[106] Se Marcusson 1993 s. 54.

[107] Se Bernt 1975 s. 5.

ingås mellan det allmänna och enskilda utgör uppdelningen i förvaltningsrättsliga respektive privaträttsliga regler ett inadekvat instrument för den juridiska bedömningen. Om ett avtal används inom det offentligrättsliga området, som ersättning för eller som ett supplement till en förvaltningsakt, är det förvaltningsrättsliga inslaget givetvis framträdande, men att tolka avtalet enbart utifrån det förvaltningsrättsliga regelverket är enligt honom inte möjligt – även om det kan verka frestande.[108]

Staedlers terminologiska indelning blir alltså för snäv då avtalen kan innehålla såväl offentligrättsliga som civilrättsliga element. Klart är emellertid att det ingås en mängd avtal mellan det allmänna och enskilda. Det framstår också som självklart att dessa ofta har såväl offentlig- som privaträttsliga inslag. 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 rättsverkningar* är enligt mitt förmenande inte en framkomlig väg.[109] Ett sådant förfarande är olämpligt eftersom det är mycket skiftande typer av avtal som ingås mellan det allmänna och enskilda.[110] 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 3 st. RF, vården av kommunal angelägenhet enligt 3:16 KL eller utförande av kommuns uppgifter inom socialtjänsten enligt 4 § 3 st. 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 tolkning. Även om inte *vissa särskilda rättsverkningar* 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. Sålunda är det inte ett sämre begrepp att använda än t.ex. "avtal med vissa offentligrättsliga inslag". Termen som sådan kan därför vara praktisk att använda för att särskilja den här

---

[108] Se Latrup-Pedersen, *[Anmälan av Staedler, B.,] Offentligrättsliga avtal*, 1985 s. 308 ff.

[109] Se även t.ex. *Stridbeck* som anser att det vore opraktiskt att använda sig av Staedlers offentligrättsliga avtal på t.ex. elabonnemang då vissa avtal skulle klassas som privaträttsliga, medan andra som offentligrättsliga beroende på vem som var abonnentens motpart. Se Stridbeck 1992 s. 169.

[110] Det är heller ingen större mening att använda termen avseende "avtal" som ingås mellan olika myndigheter inom ett och samma rättssubjekt, dvs. staten. Dessa företeelser utgör ju överhuvudtaget inte avtal i egentlig mening, utan är ju bara en form av interna regleringar.

typen av avtal från privaträttsliga dito.[111]

Man kan även tänka sig att part kan använda begreppet som en slags väckarklocka när ett mål om regleringen kring överlämnande av förvaltningsuppgift eller andra typer av avtal, där man vid en bedömning inte uteslutande kan använda sig av privaträttsliga regler, kommer upp i allmän domstol.[112] Begreppet måste dock användas med försiktighet och är kanske inte adekvat i samtliga fall där det allmänna är avtalspart, eftersom det finns en glidande skala där vissa avtal innehåller stora offentligrättsliga inslag medan andra skall bedömas enbart enligt civilrättsliga regler.

I äldre doktrin varnas ibland för de negativa konsekvenser det kan få att använda en term som finns i andra länders regelverk utan att här ha samma betydelse eller rättsverkningar.[113] Jag anser dock att detta argument är något överdrivet. Om man bortser från de grupper av jurister som kommer i kontakt med främmande länders rättssystem, vågar jag påstå att de allra flesta är ganska okunniga om de begrepp som används i t.ex. fransk eller tysk rätt och vilken innebörd de kan tänkas ha i dessa länders lagstiftning. Det förefaller dessutom inte särskilt sannolikt att dessa oreflekterat skulle använda sig av utländsk lagstiftning på svenska rättsförhållanden, även om de vore medvetna om dess existens.[114] Utifrån detta perspektiv utgör inte andra länders användande av ett begrepp något hinder mot att använda motsvarande i svensk rätt, i vart fall inte om begreppet saknar någon entydig innebörd i dessa länder.

Begreppet offentligrättsligt avtal besvarar dock inte i sig några rättsfrågor. Oavsett om man väljer att klassificera ett avtal som offentligrättsligt eller inte, *måste* man vid en bedömning se till vilka regler och principer – såväl offentligrättsliga som privaträttsliga – som föreligger i en viss situation och analysera förhållandena i det specifika avtalet. I vissa situationer har kanske de olika regelverken vävts in i varandra i så stor ut-

---

[111] Jag ser dock, till skillnad från Staedler, ingen mening i att göra någon åtskillnad mellan offentligrättsliga och förvaltningsrättsliga avtal. Det skulle vara att tillmäta termerna begreppsmässigt egenvärde i alltför stor utsträckning.

[112] Med andra ord en påminnelse om att det allmänna är avtalspart. Se även Mäenpää 1984 s. 40 f. och Bruun 1985 s. 46.

[113] Se t.ex. *Jägerskiöld* som skrivit att någon annan olägenhet av att använda beteckningen förvaltningsrättsliga avtal i svensk rättsvetenskap inte finns – såvida man inte ur begreppet vill deducera särskilda rättsregler – än att termen i fransk och tysk förvaltningsrätt betecknar avtal, vilka är underkastade andra rättsregler än de civilrättsliga avtalen. "Termen för sålunda för den, som är bevandrad i denna doktrin, tankarna lätt i en annan riktning än vad som för svenska förhållanden är rimligt." Se Jägerskiöld 1958 s. 40.

[114] Jfr dock Staedler 1983.

sträckning att olika delar av avtalet får bedömas utifrån olika utgångspunkter. Man kunde kanske tycka att det vore naturligt att vid en prövning i allmän domstol i första hand försöka lösa eventuella konflikter ur ett avtalsrättsligt perspektiv, såvida det inte står klart att det faktiskt rör sig om ett beslut eller sådan verksamhet som det allmänna inte *kan* avtala bort, t.ex. upprätthållandet av lag och ordning. Det är dock otillräckligt att enbart utgå från att avtalsrättsliga regler skulle vara tillämpliga på ett förhållande, bara därför att man valt just avtalsformen för att reglera det.[115] Det skulle vara att i alltför stor utsträckning förenkla problemet.

Även om begreppet offentligrättsliga avtal kan ha sina praktiska fördelar kommer jag inte att använda det i någon större omfattning. Samtidigt kan det medföra vissa problem med att enbart använda termen *avtal* på samtliga förekommande typer av avtalskonstruktioner. Skälet till detta är att om man refererar även till den här typen av avtal som enbart avtal är risken stor att man måste använda sig av benämningen "rent privaträttsliga avtal" för att särskilja de avtal som det allmänna ingår, men som inte har offentligrättsliga inslag eller som ingås mellan enskilda rättssubjekt. Det är då bättre att särskilja de avtal som, även om de blivit allt vanligare, trots allt utgör en marginalföreteelse i samhället i förhållande till de otaliga avtal som normalt ingås inom det privaträttsliga området. Till följd av den negativa klang som omgärdar termen offentligrättsliga avtal kommer jag dock inte att använda den i någon större omfattning. I stället kommer jag endast referera till det allmännas avtal. Dessa avtal kan innehålla offentligrättsliga inslag, reglera en privatisering av en tidigare offentligt tillhandahållen service eller i övrigt leda till att man vid tolkningen kan vara tvungen att väga in offentligrättsliga regler eller principer, men även avse mera förmögenhetsrättsliga avtal.

2.3.2 Systematiseringar av 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 överlåtit åt enskild att utföra i antingen ett offentligrättsligt eller privaträttsligt perspektiv. Vi befinner oss här i gråzonen mellan offentlig rätt och privaträtt.[116] Eftersom avtal som det allmänna ingår i vissa vä-

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

[116] Se närmare Marcusson 1996a s. 61 ff.

sentliga avseenden kan skilja sig från avtal som ingås mellan enskilda, måste som berördes ovan hänsyn tas till de offentligrättsliga inslagen i avtalet. För att underlätta en sådan bedömning har flera författare i dansk,[117] finsk,[118] norsk[119] och svensk[120] 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 uppdelning är möjlig att göra för de avtal som ingås på det kommunala området och om den över huvud är relevant.

Enligt doktrinen kan man inledningsvis konstatera två olika huvudsituationer när det allmänna ingår avtal; dels på ett traditionellt civilrättsligt sätt på det privaträttsliga området, dels när ombesörjandet av vården av offentliga angelägenheter överlåts till enskilda. Därutöver finns en mängd olika specialfall. Relationen mellan det allmänna och enskilda utmärks även av aktörernas dubbla roller. När det allmänna och den enskilde uppträder som avtalsparter är relationen horisontell och bygger på frivillighet, men i övrigt är relationen vertikal och bygger på ett maktförhållande. När det å andra sidan handlar om sociala rättigheter eller ekonomiska förmåner utmärks förhållandet av ett ensidigt stödjande av den enskilde från samhällets sida. Maktrelationen har emellertid inte upphört i och med att det är lagstiftaren som ensidigt bestämmer om vilka situationer och företeelser som skall anses vara så skyddsvärda att hjälp skall utgå.

Vid en sammanfattning av doktrinens kategorisering av de olika avtal som ingås mellan kommuner och enskilda kan följande avtalstyper skönjas.

a Som en särskild kategori nämner *Holopainen*, *Revsbech* och *Zahle s.k. politiska avtal* mellan olika kommuner, mellan kommuner och landsting eller mellan stat och kommun etc. Det rör sig alltså om avtal som ingås *"på ett högre plan"*. Sådana överenskommelser är inte att hänföra till egentliga avtal då de vanligtvis inte kan göras gällande inför domstol. Det är i första hand politiska, moraliska och andra icke-juridiska aspekter som avgör om "avtalet" förblir gällande. De "poli-

[117] Se Mathiassen 1974 s. 556 f., Revsbech, *Forvaltningens virksomhed*, 1989 s. 119 ff. och Zahle 1989 s. 394 ff.

[118] Se Holopainens inlägg vid Nordiska juristmötet 1978 s. 383 f.

[119] Se Frihagen 1991 s. 331–338 och Boe 1993 s. 808–811. Se även Eckhoff & Smith 1997 s. 26.

[120] Se Marcusson 1993 s. 56 ff.

tiska avtalen" är dock av mindre betydelse för den fortsatta analysen då de handlar om överenskommelser mellan olika offentligrättsliga subjekt.

b De flesta av de berörda författarna nämner situationen att *ett avtal ersätter ett beslut* eller *en förvaltningsakt* i en viss situation. Det är i dessa fall ganska klart att vid en bedömning av avtalen hänsyn måste tas till offentligrättsliga regler och principer. *Holopainen* kallar därför situationen för en grå marknad. *Marcusson* kan sägas ange två undergrupper; dels avtal som har *nära samband* med myndighetsutövning (t.ex. tillsättningsbeslut när det allmänna uppträder som arbetsgivare), dels när ett avtal ersätter ett beslut. Detta kan göras så länge avtalen ligger inom ramen för den kommunala kompetensen. Enligt *Revsbech* bör man också skilja på situationer där det rör sig om en avtalsrättslig reglering av ett förbud eller ett påbud, och de situationer när ett tillstånd eller dispens ges som ett led i en större uppgörelse.

c *Överlämnande av vården av kommunal angelägenhet till enskild* enligt 3:16 KL (eller överlämnande av offentlig förvaltningsuppgift enligt 11:6 3 st. RF). Det rör sig här om uppgift som vanligtvis tillhandahålls av det allmänna. Uppgifterna kan dock ha motsvarigheter inom den privata sektorn, t.ex. privat tillhandahållen förskoleverksamhet. Det offentligrättsliga regelverket måste dock slå igenom vid en bedömning av avtalen. I kommunal verksamhet som bedrivs med stöd endast av den allmänna regeln om den kommunala kompetensen, anses dock avsaknad av detaljerade författningstexter utgöra ett hinder mot att betrakta verksamheten som myndighetsutövning.[121]

d Vid avtal mellan det allmänna och enskilda som har *motsvarigheter i avtalssituationer mellan enskilda* nämner *Boe* och *Marcusson* exemplet när det allmänna ingår avtal inom den offentliga affärsverksamheten, t.ex. i egenskap av el-leverantör eller inom den offentliga servicen. Den här situationen uppstår bl.a. i de fall där lagstiftningen ålägger en skyldighet för den enskilde att erhålla en förmån, för vilken vederlag enligt fastställd taxa skall utgå. Detta gäller t.ex. va-området där den enskildes och kommunens roller är nära besläktade med myndighetsutövning, och där vissa förvaltningsrättsliga begränsningar bör gälla. Den enskilde är ju tvungen att vara ansluten till ett kommunalt vatten- och avloppsnät, samtidigt som den enskilde, när tillstånd givits, "har rätt" att bli ansluten till va-nätet. Var skall denna kategori egentligen

[121] Se t.ex. NJA 1988 s. 26, det s.k. Gullspångsmålet, och JO 1988/89 s. 400.

placeras in? I vissa fall rör det sig om sådana verksamheter som även utövas av enskilda,[122] men i andra fall handlar det ju om situationer som t.ex. kommuner enligt lag är skyldiga att tillhandahålla allmänheten. Hur skall detta bedömas? *Mathiassen* verkar anse att företrädesvis offentligrättsliga regler, som t.ex. likställighetsprincipen, skall tillämpas vid bedömningen. Samtidigt ingås ett leveransavtal mellan (den kommunala) leverantören och (den enskilde) kunden som, förutom eventuell hänvisning till kommunal taxa, inte nämnvärt skiljer sig från leveransavtal i gemen.

e *Rent förmögenhetsrättsliga avtal* torde *huvudsakligen* komma att falla under avtalsrättsliga regler. Det gäller framförallt avtal om köp och försäljning,[123] det allmänna som fastighetsägare och hyresvärd[124] samt entreprenad- och leveransavtal. Enligt *Marcusson* och *Revsbech* måste dock de offentligrättsliga begränsningar som kan finnas vid beslutet om att ingå avtalet beaktas.[125]

Frågan blir nu om det här är en relevant indelning vid bedömningen och analysen av de olika avtal som ingås mellan det allmänna och enskilda, och om indelningen av avtalstyperna återfinns i verkligheten och inte bara existerar rent teoretiskt. Kanske måste man skapa fler grupper eller undergrupper för vissa särpräglade avtal, eller också kan man kanske ute-

---

[122] Som ett exempel kan nämnas elmarknaden där det förekommer såväl kommunala som privata el-leverantörer.

[123] Se även Lindquist, *Kommunala befogenheter*, 1993 s. 140 f. som framhåller att det som ett led i sale and lease back-affärer vid köp av fastigheter varit osäkert om kommunens hantering av fastigheten utgjort en pantsättning, vilken enligt KL är otillåten, eller en villkorad försäljning, vilken är ogiltig enligt JB:s regler om fastighetsköp. I SOU 1991:81 fann utredaren att kommunal sale and lease back-affär *utan tvekan* strider mot det kommunala pantsättningsförbudet i de fall affären utgör en säkerhetsöverlåtelse. Se a.a. s. 222 och s. 228. Även vid en sale and lease back-affär med köpoption på fast egendom anses ett kompetensrättsligt hinder föreligga för kommunen. Se a.a. 218.

[124] Se *RH 1997:56*, där hyresvärd enligt 12:24 JB befanns ha rätt till ersättning för skada som uppkommit på lägenheter som kommunen hyrt samt för följdskador till följd av detta enligt 5 kap. 7 § skadeståndslagen (1972:207), SkL. Kommunen betraktades i målet uteslutande som ett privaträttsligt subjekt i egenskap av hyresgäst.

[125] Se Marcusson 1993 s. 58 f, vilken anser att det till synes är klart att myndigheterna måste följa de förvaltningsrättsliga reglerna och principerna även vid ingående av avtal. Samtidigt finner hon att civilrättsliga bedömningar tillmäts allt större betydelse när det gäller avtalens civilrättsliga rättsverkningar. Jfr dock Madsen 1983 s. 131, som hävdar att även om dessa avtal sker med det allmänna som part och såtillvida har ett offentligrättsligt inslag genom beslutet att ingå avtalet m.m., så kan detta inte ändra bedömningen att avtalet i sin helhet måste beaktas utifrån privaträttsliga regler.

sluta eller slå i hop några grupper. Kanske är det också så, att gränsen mellan regelverken är så flytande att även de ovanstående punkterna blir för generella för att ligga till grund för några närmare slutsatser. Kanske blir t.ex. LOU tillämplig på flera av de uppräknade avtalstyperna. Även om flera författare lagt ned stor möda på att systematisera olika avtalstyper måste nog en sådan indelning, i likhet med en definition av offentligrättsliga avtal, anses vara för kategorisk.[126] Dessutom torde det vara så att sådana indelningar är känsliga för de förändringar som kan äga rum i samhället och som kan leda till att det uppstår behov av nya avtalstyper. Det torde därför vara nödvändigt med en mer flexibel syn på rättsförhållandet, där man vid bedömningen av ett avtal beaktar i den aktuella situationen relevanta förvaltningsrättsliga respektive civilrättsliga regler.[127] Även om gruppindelningen fångar in olika avtalstyper förefaller det – i stället för en strikt typindelning av avtalen – mer givande att försöka bedöma de enskilda avtalen utifrån deras syfte och innehåll, samt att därefter ta ställning till vilka privaträttsliga eller offentligrättsliga regler som bör tillämpas.

Vid en sådan bedömning kan olika kriterier behöva användas. Sådana kriterier kan t.ex. vara inslaget av maktutövning och tvång i förhållande till det omsättningsintresse som utgör en central funktion för de privaträttsliga avtalsreglerna. Förutom att analysera själva avtalet och de regler som ligger till grund för detta blir det förmodligen också nödvändigt att se till *syftet* med att en avtalslösning valts i ett speciellt fall. I stället för att göra en uppdelning i olika avtalstyper torde det vara mer praktiskt att tänka sig en *glidande skala* mellan avtal med *rent privaträttslig prägel* (P), t.ex. kommuns inköp av kontorsmateriel, och avtal med *i huvudsak offentligrättslig karaktär* (O), t.ex. entreprenadavtal som rör barn- och äldreomsorg och som avser uppgifter för vilka kommunen är huvudman.



Vid (P) dominerar intressen som partsautonomi och omsättningsintresse. Vid (O) finns påtagliga inslag av myndighetsutövning. Offentligrättsliga principer – t.ex. likhetsprincipen och objektivitetsprincipen – kan därför tänkas påverka eller böra påverka de regler som styr avtalet. Där-

[126] Ett försök att skapa enhetliga regler för det allmännas avtalsingående gjordes även i SOU 1994:136.

[127] Se även Riberdahl 1988 s. 95 f. och Marcusson 1993 s. 54.

emellan finns en mängd avtal som på *olika sätt* innehåller inslag av såväl civilrätt som offentlig rätt. Det kan vara svårt att placera in olika typer av avtal *i förhållande till varandra* på skalan eftersom inslagen av offentlig rätt och privaträtt kan vara av olika karaktär på olika områden. Det kan med andra ord vara svårt att säga att ett avtal är *mer offentligrättsligt* än ett annat. Således aktualiseras delvis andra regler vid entreprenadavtal där kommunen är huvudman för en verksamhet, än vad som t.ex. är fallet vid ett avtal om parkeringsköp eller vid ett genomförandeavtal, där det offentligrättsliga tvånget är av en annan karaktär då avtalet utgör en förutsättning för att ett tillstånd av visst innehåll skall beviljas.

Genom att använda vissa *glidskaleprinciper* har *Boe* gett följande förslag till kriterier som kan vara av intresse vid en bedömning av *behovet* av *offentligrättslig reglering* – på bekostnad av det avtalsrättsliga omsättningsskyddet – avseende de avtal som befinner sig i gråzonen mellan offentlig rätt och privaträtt.

a *Aktörens marknadsdominans.* Ju större marknadsdominans eller monopolställning, desto större utrymme torde det finnas för offentligrättsliga synpunkter.
b *Rättssäkerhetsbehovet* torde variera beroende på kontrahenternas förutsättningar. Liksom köprätten är strängare mot säljaren vid konsumentköp, borde offentligrättsliga regler ge privatpersoner ett bättre skydd än företag.
c Den *typ av välfärdsnyttighet* det är fråga om. Ju mer fundamental en nyttighet är, desto mindre utrymme bör det finnas för den privata självständigheten.
d *Dispositionens typ och syfte.* Skyddsbehovet kan variera beroende på vilka samhällsmål som eftersträvas. När det gäller rent tekniska frågor är den offentliga regleringen och kontrollen mindre viktig än när det gäller andra mer sociala frågor då en mängd offentligrättsliga principer aktualiseras.[128]

För att kunna analysera ett offentligrättsligt avtalsförhållande och de regler som i varierande utsträckning inverkar på förhållandet, måste såväl det offentligrättsliga som det privaträttsliga regelverket beaktas. För att klargöra de olika regelverken och deras funktion beskrivs i kapitel 3 de avtalsrättsliga regler och principer som blir av betydelse för tolkningen av ett avtalsförhållande. Därefter presenteras i kapitel 4 de offentligrätts-

[128] Se Boe 1986 s. 178, se även Stridbeck 1992 s. 307 f. samt Stridbeck 1993–94 s. 165 f.

liga bestämmelser och principer som aktualiseras och som i varierande utsträckning påverkar ett avtalsförhållande, och därmed måste beaktas vid en bedömning av de olika avtalstyperna.

Kapitel 3

Avtalsrätt och avtalsrättsliga principer

Utöver den snart sekelgamla avtalslagens bestämmelser har det i Norden inte funnits någon allmän avtalsrättslig lagstiftning. Avtalslagen reglerar ingen särskild typ av avtal. Den reglerar bara *om* ett giltigt avtal föreligger eller om detta eventuellt kan jämkas. Det går alltså inte att "parallellställa" avtalslagen och t.ex. hyreslagstiftningen. Avtalslagen avgör enbart om ett giltigt köp- eller hyresavtal föreligger men ger inget stöd, bortsett från 12:4 JB, vid tolkningen av avtalsvillkoren. Bortsett från de fall då vissa formella krav uppställs,[1] finns det därför inte någon annan lagreglerad metod för avtalsrättslig bindning än avtalslagens.[2]

Vid den privaträttsliga bedömningen av de undersökta avtalen mellan det allmänna och enskilda blir det nödvändigt att göra analogier från avtalslagen, med den osäkerhet som därvid följer jämfört med om man direkt kan tillämpa ett lagstadgande. Är dock skillnaderna så stora att en analogisk tillämpning svårligen kan göras, har man till viss del möjlighet att se olika *regler*, framförallt lagstadganden, inom ett för avtalssituationen närbeläget område som *uttryck* för allmänna rättsliga överväganden och ställningstaganden som kan vara vägledande för rättstillämpningen även utanför det lagreglerade området. Det är då näraliggande att anta att samma reglering skall gälla för ett öppet fall när enahanda bedömningar passar in.[3] En viktig faktor i sammanhanget utgörs härvid av den

---

[1] Se 1 § 3 st. AvtL. Detta gäller t.ex. vid fastighetsköp, 4:1 JB, eller vid tomträttsavtal, 13:3 JB, där ett avtal skall ha skriftlig form för att bli gällande.

[2] En vanlig avvikelse från avtalslagens mönster – med ett tydligt anbud och en klar accept – är t.ex. avtal som föregås av omfattande *förhandlingar* mellan parterna och där bundenheten inte sällan kan sägas ske successivt. Det kan i dessa fall ofta vara fråga om omfattande och detaljerade avtal. Det kan här vara svårt att hitta några egentliga anbud eller svar eller andra bindande löften. Genom förslag och motförslag, eftergifter och kompromisser når parterna efter hand fram till ett definitivt avtal.

[3] Se även Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 1995 s. 46 och s. 65, Grönfors, *Avtalslagen*, 1995a s. 62 f., Taxell, *Avtalsrättens normer*, 1987 s. 85 f. och Taxell 1997 s. 47.

lagstiftning som tillkommit under de senaste decennierna, och som till stor del är inriktad på att skydda den svagare parten. Även förhandskontrollen av allmänna avtalsvillkor är en sådan faktor.

Å andra sidan får man inte ge stadganden i speciallagar alltför stor räckvidd. Regleringen kan ofta bero på faktorer som har relevans endast för vissa bestämda avtalstyper eller verksamhetsområden. En rättspolitisk målsättning under de senaste decennierna har varit en långtgående strävan att i avtalsrättsliga speciallagar skydda parter i underläge, t.ex. vid konsumentköp enligt konsumentköplagen (1990:932), KKL, och hyresavtal enligt 12 kap. JB. Denna strävan ger visserligen uttryck för en allmän riktlinje i avtalsrättsliga konfliktlösningar, men skyddets omfattning och det sätt på vilket skyddet förverkligas kan inte utan vidare godtas utanför speciallagens område. En annan omständighet att beakta är förhandskontrollen av allmänna avtalsvillkor eller standardavtal genom avtalsvillkorslagarna.[4]

Utöver den inhemska lagstiftningen och den nordiska rättstraditionen finns även andra viktiga principer, som t.ex. *The Principles Of European Contract Law*, som arbetats fram inom ramen för EU-samarbetet med syfte att samordna avtalsrätten i medlemsstaterna[5] och *Unidroit Principles*. De senare innehåller bestämmelser om avtals ingående, tolkning, ogiltighet, avtalsbrott samt påföljder,[6] men är inte tänkta att ligga till grund för någon internationell konvention. De är i stället tänkta att fungera såväl som en modell för nationell lagstiftning[7] som direkt tillämplig rättskälla om parterna hänvisat till dem. *Unidroit Principles* är i huvudsak tänkta för internationell handel och är i första hand avsedda för kommersiella avtalsförhållanden.[8]

3.1 Avtalsmekanismens grunder och funktion

3.1.1 Den traditionella avtalsrätten

Själva *termen* avtal saknar ett närmare preciserat innehåll än en hänvisning till avtalsrättsliga regler, men anses täcka ett mycket brett spektrum

---

4 Se även Taxell 1987 s. 93 och Hellner 1989–90 s. 423 f.

5 Se The Commission on European Contract Law, *The Principles Of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, 1995.

6 Däremot omfattas inte frågor om fullmakt, rättskapacitet och avtal i strid mot lag, Unidroit Principles Art. 3.1.

7 T.ex. vid en reformering av inhemsk avtalslag eller om nationella regler saknas eller är oklara i något avseende.

8 Se även Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration*, 1995a s. 3 och Hultmark, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts som alternativ till lagvalsklausul*, 1997 s. 253–262.

och regleras i nordisk rätt av de i princip likalydande avtalslagarna.[9] Grundprincipen för ingående av avtal anges i 1 § 1 st. AvtL vara att ett *konsensualavtal* tillkommer genom rättshandlingarna *anbud*, vilket innebär ett erbjudande om slutande av avtal, som enligt vissa i avtalslagen givna regler binder anbudsgivaren, och *accept*, vilket är ett godkännande av anbudet, varpå bindande avtal kommer till stånd på grund av utväxlingen av de sammanstämmande viljeförklaringarna.[10] Avtalet innebär en rättsligt reglerad samverkan mellan parterna som har som syfte att nå resultat i överensstämmelse med dettas innehåll och syften samt grunda *ömsesidigt* förpliktande rättigheter och skyldigheter för kontrahenterna. Dessa kan bestå av löften eller utfästelser, såsom t.ex. vederlag för motpartens prestation.[11] Parternas viljeförklaringar utgör därefter *avtalsgrundande rättsfakta* vid en bedömning av avtalet.[12]

Ett avtal kan delas in i olika element vilka kan bedömas utifrån formel-

---

[9] Man kan t.ex. göra en indelning i *s.k. ensidigt förpliktande avtal*, såsom gåva och borgen i den mån de kräver accept, *engångsavtal* och *avtal som reglerar en fortlöpande samverkan mellan parterna*, t.ex. anställnings- och hyresavtal. Därutöver tillkommer en mängd avtalstyper, antingen traditionella såsom *köp* eller *legoavtal*, eller nya typer skapade av den ekonomiska utvecklingen, t.ex. *leasing* och *joint venture-avtal*. Vissa av dessa är lagreglerade, andra inte. Se Taxell 1987 s. 13 f. och Adlercreutz 1995 s. 25. Se även Ussing 1950 s. 9 f.

[10] Se NJA II 1915 s. 162, se även Almén, *Lagen om avtal och andra rätttshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915 samt därav föranledda författningar*, 1916 s. 4 f. och Almén & Eklund, *Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, 1968 s. 10. Ett avtalsingående kan också vara *konkludent*. I *SvJT 1953 rfs. 2* hade en stad kommit i tvist med en fastighetsägare om leverans av vatten. När den sistnämnde vägrade godkänna vissa av staden uppställda villkor stängde staden ledningen och vägrade fortsatt leverans tills dess att ett visst belopp deponerats i stadens kassa. För att få tillgång till vatten deponerade fastighetsägaren beloppet. HovR fann att vattenavgiften, när den levererades för enskild förbrukning, var av övervägande privaträttslig karaktär och att betalningsskyldigheten följaktligen var beroende av ett civilrättsligt avtalsförhållande eller därmed likställt rättsförhållande. HovR ansåg att fastighetsägaren i och med deponeringen godkänt de omtvistade leveransvillkoren för fortsatt vattenleverans.

[11] Hit räknas enligt *Adolphson* även avtal mellan myndigheter och enskilda, "genom vilka parterna förplikta sig till *ömsesidiga, varandra betingande prestationer* eller på annat sätt *ömsesidigt* – att giva, att göra, att underlåta eller att tåla något bestämt". Se Adolphson 1961 s. 249.

[12] Grönfors 1995a s. 52 f. *Grönfors* anför vidare att "[t]ermen 'avtal' får täcka en serie av olika avtalsverkningar från ett läge, där man befinner sig nära den blotta anbudsbundenheten, ända till en fullt utvecklad och sanktionerad avtalsbundenhet, omfattande bl.a. hela det normala sanktionsknippet tvång till naturaprestation, hävning, prisnedsättning och skadestånd". Se a.st.

la, materiella och funktionella infallsvinklar.[13] Vad gäller omständigheter av *formell* art är det fråga om rättsligt relevanta fakta som grundar ett avtalsförhållande – viljeförklaringar eller andra avtalsgrundande rättsfakta – där avtalet utgör en rättshandling sammansatt av anbud och accept som till innehållet täcker varandra. Man talar om avtalsmekanismer eller förfaranden som konstituerar avtal. Genom att precisera förutsättningarna för avtals uppkomst, och bedöma deras effekter, kan man fastslå att *om* ett avtal ingåtts *så* har bundenhet uppstått mellan parterna.

Den *materiella* sidan avser avtalets innehåll och rättsverkningar efter det att ett avtal ingåtts. Det väsentliga när man skall försöka se till ett avtals *rent faktiska* innehåll eller vad det *rättsligt sett* innebär blir de normer som reglerar avtalsförhållandet och parternas positioner. Det gäller att avgöra vilket innehåll dessa har och vilka faktorer som utöver normerna kan vara relevanta. De centrala frågorna att reda ut blir då avtalsinnehållet, parternas anspråk och förpliktelser i relation till varandra utifrån avtalet och eventuella verkningar i förhållande till tredje man.

Ur *funktionell* synvinkel framstår avtalet som ett instrument med vilket parterna strävar att förverkliga de syften som de var för sig föresatt sig att nå genom avtalet. De tre momenten hör dock ihop och är till viss del beroende av varandra. Sålunda anför *Taxell* att "avtalet är en rättsligt reglerad samverkan mellan parterna i syfte att nå resultat i överensstämmelse med avtalets innehåll, denna samverkan har en formell grund i ett giltigt avtal, dess innehåll eller materiella sida regleras av rättsliga normer och principer samt påverkas av olikartade bedömningsfaktorer".[14]

Enligt doktrinen[15] kan det *utmärkande för den traditionella avtalsrätten* och dess olika normtyper antas vara följande punkter.

a *Avtalsfriheten* eller *partsautonomin*, vilken är en del av privatautonomin, utgör grunden för avtalsrätten.[16] Genom avtalet har parterna givits en möjlighet att själva reglera ett mellanhavande och själva få bestämma formerna för sin samverkan och därigenom välja vilka normer

[13] Se Taxell 1987 s. 10 f. och Taxell 1997 s. 44.

[14] Se Taxell 1997 s. 45. Det är dock viktigt att minnas att parterna till viss del ofta har motsatta intressen som skäl för att ingå avtal.

[15] Se framförallt Sandgren 1992–93 s. 463 f., Strömholm, *Avtalsfrihetens komponenter*, 1987 s. 531–549, Taxell 1987 s. 30–42 och Taxell 1997 s. 34–43. Se även Mathiassen 1974 bl.a. s. 50 ff. och s. 64 ff., Christensen, B., *[Anmälan av Mathiassen, J.,] Aftaler i forvaltningsretten*, 1975 s. 37, Adolphson 1979 s. 88 och Myhrman m.fl., *Marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, 1987 s. 31.

[16] Se även prop. 1975/76:81 s. 100 f. Se även t.ex. Unidroit Principles Art. 1.1.

som skall gälla för deras avtalsförhållande, till skillnad från reglering genom lag eller genom myndighetsbeslut.[17] Privatautonomin innefattar också näringsfriheten, föreningsfriheten samt friheten att råda över egendom och över andra rättigheter. Den enskilde har möjlighet att själv bestämma *om* han vill binda sig och en motpart genom att ingå, eller inte ingå, avtal. Han kan även välja med *vem* han vill ingå avtal. Ingen skall kunna tvingas in i ett avtalsförhållande. Den enskilde har vidare möjlighet att i stor utsträckning själv *bestämma avtalets innehåll och verkningar*. Avtalsfriheten inskränks endast av vissa begränsande omständigheter som t.ex. kontraheringsplikt (bl.a. vissa försäkringsavtal), skyddsvärda intressen (oskälighet i förhållande till svagare part och eventuella formkrav), begränsningar genom avtal (konsortialavtal och samarbetsavtal) eller faktiska begränsningar (standardavtal). Samhället ingriper även till parts skydd vid ogiltighetsfall.[18] Avtalet skiljer sig generellt sett från den offentliga rättens ensidiga beslut och myndighetsutövning, genom att det rör sig om en *frivillig bundenhet*.[19]

b *Avtalsbundenhet*. Avtalet och dess bindande kraft grundas på parternas samtycke eller tillitsprincipen och innebär att avtalet skall fullgöras enligt sitt innehåll; *pacta sunt servanda*, dvs. avtal skall hållas. Detta medför en förutsebarhet som på privaträttens område motsvarar den förutsebarhet, som – i en rättsstat – präglar den enskildes förhållande till det allmänna. Avtalsingåendet innebär att avtalet – mot den ena kontrahentens vilja – endast kan hävas eller ändras av allmän domstol. Avtalet får alltså *rättsligt bindande* verkningar för parterna genom att det *i sig* leder till att man rent faktiskt blir bunden, vilket generellt bildar stommen i såväl lagreglerade som oreglerade avtalsrättsliga rela-

---

[17] Se Adlercreutz 1995 s. 14 samt Adlercreutz, *Avtal. Lärobok i allmän avtalsrätt*, 1993 s. 9 f.

[18] Jfr *Grönfors* som menar att avtalsfriheten fortfarande utgör den grundläggande utgångspunkten, men som genom att den inskränks av en mängd olika tvingande regler numer endast är en *övervakad och rudimentär avtalsfrihet*, vilket öppnat för en tolkning där allehanda *samhällssynpunkter* med rättspolitisk karaktär getts ett större utrymme. Se Grönfors, *Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler*, 1988 s. 318 ff., Grönfors, *Tolkning av fraktavtal*, 1989 bl.a. s. 18 f. och s. 22, Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, 1997 s. 37–47 och s. 74 ff. samt Wilhelmsson, *Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation*, 1993 s. 38 ff. Jfr även Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, 1993 s. 28 f. där han bl.a. använder termen *förminskad* i stället för den mera känsloladdade *rudimentär*.

[19] Med andra termer kallas frivilligheten att ingå avtal *positiv avtalsfrihet* respektive *negativ avtalsfrihet*, där det sistnämnda innebär frihet att inte ingå avtal, vilken t.ex. kan begränsas genom kontraheringsplikt. Se Nybergh 1997 s. 34.

tioner. Upplösning av avtalsbundenheten kan i allmänhet ske på fyra olika sätt. Avtalet kan innehålla *klausul* som ger part rätt att upplösa ett avtal. Det kan föreligga en *ursprunglig avtalsrubbning* – omständigheter som förelåg före eller vid avtalets ingående kan leda till att bundenhet inte uppkommit, dvs. någon form av ogiltighet har förelegat. *Ändrade förhållanden* som medfört att avtalsbalansen avsevärt rubbas, eller att det i övrigt vore oskäligt att låta avtalet bestå, kan leda till att avtalsbundenheten upphör helt eller delvis. Slutligen kan *avtalsbrott* leda till att bundenheten upphör, antingen orsaken till bristande eller rentav utebliven fullgörelse beror på ena parten eller om avtalsbrottet föranleds av yttre, av parterna oberoende, faktorer. Avtalsbrott leder dock inte automatiskt till att avtalsbundenheten upphör – principen om fortsatt bundenhet. Ett avtal har dock ett rättsligt skydd då det finns sanktioner mot avtalsbrott.

c *Partsförhållandet* utmärks av en formell likhet genom att parterna i ett avtal behandlas lika. Avtalsparterna – köparen, låntagaren, borgensmannen etc. – ses även som abstrakta figurer vilkas ekonomiska och sociala ställning och andra egenskaper saknar relevans.[20]

d Avtalsrätten är i snäv mening *inriktad på formen* såtillvida som den uppehåller sig vid frågan om ett bindande avtal föreligger. Det är typiskt sett så att frågan om bundenhet föreligger bestäms av det sätt på vilket rättshandlingen kom till, inte av dess innehåll.[21]

e Trots att det finns en mängd undantag från de nämnda principerna bygger avtalsrätten på ett *systematiskt synsätt*. Som exempel på tekniker som använts kan nämnas kontraheringsplikt, förutsättningsregler, tvingande skyddsregler och formkrav. Dessa undantag är emellertid i stort sett väl förenliga med det rådande systemet i det avseendet att de stegvis fogats in i systemet utan att detta härigenom rubbats i sina grundvalar.

Avtalsrätten utmärks alltså av en övergripande *skyddsprincip*, vilken för parterna har en dubbel inriktning. Avtalsfriheten innebär inte bara en frihet från offentligt ingripande. Den innebär också ett anspråk på offentlig agerande, då det är ett primärt rättspolitiskt syfte att parternas samverkan och förväntningar sker i enlighet med vad avtalen föreskriver eller förutsätter. Principen om avtals bindande kraft omfattar båda parter. I den meningen finns det inte något motsatsförhållande mellan avtalsbunden-

[20] Vad gäller en utförlig beskrivning av utvecklingen av avtalsrättens rollstruktur, se emellertid Wilhelmsson, *Social civilrätt*, 1987 kap. 2 och där anvisad litteratur.

[21] Jfr dock 36 § AvtL.

het och behovet av rättsskydd. Skyddsprincipens andra sida innebär att en part helt eller delvis kan *befrias från avtalsbundenheten.*[22] Partens intresse av befrielse kan vara så starkt att det förtjänar rättsordningens stöd genom en normgivning utanför parternas krets. En part skyddas i det här fallet mot konsekvenserna av en alltför sträng avtalsbundenhet.

Avtal ingås vanligtvis mellan enskilda (privatpersoner eller företag) och är också, såsom antyds i avtalslagens rubrik, i första hand tänkt för den rena förmögenhetsrätten, särskilt för affärsmässiga överenskommelser inom handel och industri och kan främst beskrivas som ett instrument för den ekonomiska omsättningen, där varor och tjänster byts mot pengar.[23] Avtalet kan emellertid också användas i andra sammanhang, där det inte reglerar något egentligt utbyte av prestationer utan används enbart som ett styrmedel. Avtalet kan även ge handlingsföreskrifter eller begränsa handlingsfriheten för parterna eller en av dem, det kan uppställa generella regler eller villkor som är tillämpliga på vissa rättsförhållanden. Till denna typ av avtal, med en mera renodlad styrfunktion, kan hänföras exempelvis kollektivavtalen på arbetsmarknaden, förhandlingsöverenskommelser inom hyresrätten, konsortialavtal mellan aktieägare om hur de ska rösta vid bolagsstämma, samarbetsavtal om gemensam produktutveckling etc.[24]

Användandet av *standardvillkor* blir nödvändigt i ett samhälle som karakteriseras av massproduktion och massdistribution av varor och tjänster. Det skulle t.ex. vara omöjligt att sluta masskontrakt med individuellt samtycke till villkoren från varje avtalspart. Genom användandet av standardvillkor rationaliseras avtalsmekanismen och ett utmärkande drag för dessa avtal är att de *inte* varit föremål för individuella förhandlingar mel-

---

[22] Se även t.ex. *NJA 1943 s. 66*, där Näshults socken förbundit sig att bekosta marklösen för ett vägföretag inom socknen. Eftersom vägföretaget utförts på ett avsevärt avvikande sätt i förhållande till vad som var avsikten när förbindelsen ingicks, vilket bl.a. lett till att kostnaderna för marklösen blivit väsentligt dyrare – och det inte kunde visas att socknen gett vägföretaget skäl att tro att den ändå skulle betala kostnaderna för marklösen – kunde förbindelsen inte göras gällande mot socknen.

[23] Se även Grönfors 1987 s. 217, Almén 1916 s. 2 f. och Almén & Eklund 1968 s. 8.

[24] Se även Adlercreutz 1995 s. 14. Ett problem med denna typ av avtal utgör frågan hur de ska kunna sanktioneras på ett effektivt sätt. Allmänna regler om ekonomiskt skadestånd är som regel inte tillämpliga. För att få till stånd annat än moraliska sanktioner utgör oftast vitesbestämmelser den enda lösningen.

lan parterna.[25] Den part som har störst nytta av dessa rationaliseringar är producenten/distributören, vilket leder till att standardvillkoren i de allra flesta fall utformats av den starkaste av avtalsparterna eller av en branschorganisation.[26]

Eftersom det finns en stor flora av olika avtalstyper måste dessa bedömas utifrån de förutsättningar som föreligger i det speciella fallet. Vissa övergripande principer följer alltid avtalet, men även inom det privaträttsliga området kan detaljerna skilja sig åt vad gäller olika avtalstyper. *Taxell*[27] skissar för normering av avtal två alternativa utgångspunkter. För det första kan man *skapa normer för det enskilda avtalet* eller *den avtalstyp till vilket det hör*. Vid en sådan reglering fästs huvudvikten vid faktiska omständigheter och syften som är typiska för det ifrågavarande avtalet eller avtalstypen. Det kan t.ex. vara fråga om lösöreköp eller arbetsavtal. Den här typen av reglering är typisk inom vad man brukar kalla den *speciella avtalsrätten*.

Man kan vid skapandet av normer också ta utgångspunkt i regler, riktlinjer och fakta eller andra element med rättslig betydelse för avtal i allmänhet eller för grupper av avtal. Man bortser i det här fallet från enskilda avtal eller avtalstypers utformning och speciella kännetecken. Dessa överväganden ligger till grund för vad som brukar hänföras till den *allmänna avtalsrätten*. Syftet är här att klarlägga grundläggande principer för att på så sätt uppnå en *systematisk helhet* och önskvärda samband mellan dess olika delar. Systematiseringen kan sedan tjäna som bas och vägledning för bedömningar av konkreta konflikter i enskilda avtal eller avtalstyper. Det som eftersträvas är enhetlighet och konsekventa bedömningar utan att bortse från relevanta olikheter i de enskilda avtalen.[28] Oavsett vilken typ av normering man väljer kan denna rikta sig mot olika delar av avtalsförhållandet; t.ex. uppkomst, innehåll och rättsverkningar, fullgörande eller konflikter och deras lösande.

---

[25] Se även 10 § AVLK som i och för sig inte uttryckligen använder termen standardvillkor. Se även Häyhä, *Privaträtten, traditioner och den nordiska identiteten*, 1998 s. 96 ff. Enligt *Bernitz* kan standardavtal definieras *"såsom sådana avtal, som helt eller delvis ingås enligt i förväg upprättade standardiserade villkor avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalssituationer av viss art, i vilka åtminstone den ena avtalsparten växlar"*. Se Bernitz, *Standardavtalsrätt*, 1996 s. 12.

[26] Vad gäller frågan om behov av skydd för svagare part vid användande av standardavtal inom vissa områden se bl.a. Stridbeck 1993–94 s. 154 f. och Nybergh 1997 s. 89–96.

[27] Se Taxell 1987 s. 25.

[28] Se a.st.

3.1.2 Avtalsfunktionen i det marknadsekonomiska samhället

Avtalet är med sina rättigheter och förpliktelser ett uttryck för partsautonomin och utgör därmed ett instrument för att låta privata initiativ, inom avtalsfrihetens ram, styra ett rättsförhållande som en normativ relation mellan två självständiga parter med erkända och legitima särintressen.[29] Avtalet och avtalsfriheten utgör därför en av de viktigaste hörnstenarna i marknadsekonomin i egenskap av det rättsliga instrument som förenar de olika aktörerna på marknaden.[30] Vid privaträttsligt avtalsingående utgörs *kärnområdet för* och *funktionen hos* avtalen 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.[31]

Även om det som regel kan sägas vara kännetecknande för avtalet att det härrör från fysiska eller juridiska privatpersoner förekommer det i stor utsträckning att också myndigheter använder sig av avtal i sin verksamhet. Avtalsreglering kan alltså utgöra såväl ett komplement som ett alternativ till reglering genom lag eller myndighetsbeslut.[32] I praktiken är det rentav ganska vanligt med kombinationer av de olika alternativen. Det förekommer t.ex. att en relation knyts genom avtal och att även villkoren i många avseenden regleras genom avtalet, men att lagregler träder in och kompletterar avtalet.[33] Man kan även tänka sig fall där själva relationen knyts genom ett myndighetsbeslut, medan de närmare villkoren regleras genom avtal. Dock måste i ett sådant civilrättsligt rättsförhållande tas ett offentligrättsligt beslut om avtalsingåendet. Det blir då delvis

---

[29] Se även bl.a. Eide 1997 s. 26 ff. och Häyhä 1998 s. 83 ff.

[30] Avtalet fick sin position som ett funktionellt redskap för ekonomin när de feodala strukturerna föll samman och de liberala strömningarna gjorde sitt intåg i historien. De liberala idéerna om den positiva effekt som fri konkurrens kunde ha för ekonomin var oförenliga med det merkantila samhällets restriktioner. Angående det merkantilistiska samhället, vilket nådde sin kulmen under sexton- och sjuttonhundratalen, se t.ex. Gunnarsson, *Staten och institutionerna*, 1992 s. 44 ff. Ett förverkligande av dessa idéer om total handelsfrihet krävde en reglering där varje individ skulle ha möjlighet att använda sitt eget omdöme i sina affärer. De rättsliga verktyg som då var tillgängliga passade inte för ändamålet och man började därför använda sig av avtalet som verktyg. Se även Stridbeck 1993–94 s. 152. Avtalet är därför särskilt typiskt för det liberala samhällsskicket och för marknadsekonomin med *avtalsfriheten* som grundprincip, men det har visat sig att inte ens ett planhushållningssamhälle kan undvara avtalsformen.

[31] Se även Adlercreutz 1995 s. 13 f. samt Lundmark 1996 s. 78 och s. 81 f.

[32] Se även Adlercreutz 1995 s. 14 och Adlercreutz 1993 s. 10.

[33] Se Adlercreutz 1995 s. 23.

andra normer än rent avtalsrättsliga som blir av betydelse för hur relationen skall bedömas, varvid hänsyn bl.a. måste tas till den funktion avtalet faktiskt fyller.[34]

När avtal ingås på det offentligrättsliga området leder detta i vissa fall till att man hamnar utanför det marknadsekonomiska kärnområdet och att avtalsrättsliga principer åsidosätts till följd av det offentligrättsliga regelverkets inflytande. Det kan alltså sägas föreligga en motsättning mellan de syften som ligger till grund för de olika regelverken. Som nämndes under avsnitt 2.3.1 får man tänka sig en glidande skala där större hänsyn *kan* eller *bör* tas till offentligrättsliga regler i fråga om vissa avtal än andra, mera typiska privaträttsliga avtal som tjänar omsättningsintresset eller resursallokeringen. Vad detta kan medföra för avtalsmekanismen berörs närmare under avsnitt 3.3.

Även om man bortser från det allmännas avtalsingående kan bedöm-

[34] Enligt *Marcusson* anses ingående av avtal och tillämpningen av sådana avtal t.ex. inte kunna utgöra myndighetsutövning ens om rätten att sluta avtal är begränsad enligt offentligrättsliga regler. Är själva avtalsinnehållet närmare reglerat tar den offentligrättsliga aspekten över. Se Marcusson 1989 s. 242. Se även Ragnemalm 1992 s. 31. Tjänstetillsättning enligt lagen (1994:260) om offentlig anställning, LOA, bedöms t.ex. som myndighetsutövning, trots att förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare i offentlig tjänst fått en alltmer privat prägel. Se närmare Marcusson, *Statstjänstemannen – en art i utdöende?*, 1996b s. 195–207 och Sigeman, *Tjänstetillsättning vid universitet och högskolor*, 1997 s. 5 ff. Enligt AD har tjänstetillsättningsbeslutet ansetts utgöra myndighetsutövning medan avtalets ingående ansetts vara en civilrättslig fråga. Se *AD 1985 nr 129*, även om ett bindande anställningsavtal, mellan ett landsting och en enskild, befanns föreligga i just det fallet. Jfr även *AD 1996 nr 66*, där det konstateras att synen på anställningsförhållandet förskjutits åt ett privaträttsligt håll. *Andersson* framhåller att frågan om ett giltigt anställningsavtal kommit till stånd *alltid* skall bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga regler, även om detta ingåtts på den statliga sektorn av arbetsmarknaden. "Ett anställningsavtal som ingås mellan staten som arbetsgivare och en enskild arbetstagare är, trots att det rör sig om myndighetsutövning, ett civilrättsligt avtalsslutande som skall bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga regler ... Den statliga delen av arbetsmarknaden karaktäriseras dock av en rad särregler, så även vad gäller anställningsavtalet." Se Andersson, *Anställningen i statlig verksamhet*, 1996 s. 80 f. Det allmänna som arbetsgivare skiljer sig med andra ord inte så mycket från privata arbetsgivare. Relationen till den anställde skulle i så fall vara oberoende av om det är det allmänna som står som arbetsgivare eller om det är ett enskilt företag – distinktionen offentlig rätt och privaträtt blir därmed ganska ointressant i sammanhanget. Se även *Malmberg* vilken hävdar att "[d]et är numera allmänt vedertaget att offentliga anställningar uppstår genom avtal, låt vara att arbetsgivarens bidrag till denna avtalsbindning tillkommer genom ett myndighetsbeslut". Se Malmberg, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, 1997 s. 264.

ningen av ett avtalsförhållande präglas av andra omständigheter än de som traditionellt anses vara utmärkande för avtalsrätten. En företeelse som ansetts inverka på avtalsfriheten och därmed avtalsrättens grundprinciper är framväxten av välfärdssamhället. *Nial* skrev redan för fyrtio år sedan att utvecklingen inom avtalsrätten under 1900-talet gått från individualism till kollektivism. Den avtalsfrihet med rätt för den enskilde att genom avtal själv reglera sina förmögenhetsrättsliga angelägenheter som rått vid seklets början hade till viss del inskränkts genom att en anpassning skett till den allmänna samhällsutvecklingen i form av mera kollektivistiska idéer och därmed en ökad lagreglering. Avtalsfriheten ansågs dock fortfarande stå kvar som grundprincip, även om många kollektivistiska och sociala hänsyn influerat på rättsutvecklingen och kanske gjort avtalsrätten socialliberal i stället för renodlat liberal.[35]

3.2 Den välfärdsstatliga kulturens inverkan på avtalsrätten

3.2.1 Avtalens funktion till följd av välfärdsstatens framväxt

I Norden har det framförallt från finskt håll förts resonemang om den förändring av rättssystemet som ägt rum under 1900-talet i och med *välfärdsstatens* framväxt.[36] Ett utmärkande drag för välfärdsstaten har ansetts vara tillgodoseendet av människors grundbehov när det gäller t.ex. arbete, utbildning, bostad, levnadsstandard, hälso- och sjukvård samt trygghet vid ålderdom. Samhället utgör här en fördelare av välfärd, dvs. tillförsäkrar medborgare som inte har förmåga att tillgodose sina egna intressen sociala rättigheter och ekonomisk trygghet, vilket finansieras av skattebetalarkollektivet.[37] På 1970-talet var konceptet om "den sociala staten" som starkast. En stark förvaltningsbyråkrati ledde – på bekostnad av den traditionella privaträtten – till en expansiv korporativ offentlig rätt och privaträtt. Som exempel kan nämnas närings-, marknads-, hyres-, arbets-, social- och miljörätten, vilka till stor del utvecklades och växte fram

[35] Se Nial, *Från individualism till kollektivism – en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel*, 1957 s. 190–202. Se även Nybergh 1997 s. 27–33.

[36] För en allmän redogörelse se bl.a. Tuori, *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?*, 1988 s. 181–210. *Sandgren* anför att privatautonomins decentraliserade former för beslut om priser och resurser m.m. är en förutsättning för såväl marknadsekonomin som, på grund av den ekonomiska bas som krävs, för en utbyggd välfärdsstat. Se Sandgren 1992–93 s. 464, jfr s. 659.

[37] Se Taxell, *Sociala drag i avtalsrätten*, 1988 s. 525. Se även Hammarsköld, *FINSAM. Förändring av en välfärdsorganisation genom försöksverksamhet*, 1997 s. 11 f.

under decenniet. Utvecklingen har lett till att civilrättens huvudprinciper under välfärdsstatens utveckling blivit mer nyanserade och uppluckrade. I och med dessa förändringar anses bl.a. normgivningsmakten till viss del ha överförts från parlamentet till förvaltningen och en del av den rättskipande makten ha övergått från de allmänna domstolarna till förvaltningsdomstolarna och specialdomstolar eller i vissa fall till andra rättstillämpningsorgan som står under olika intresseorganisationers kontroll. Regleringar görs oftare genom avtal eller genom ramlagstiftning, där det överlåts till förvaltningen att göra de nödvändiga bedömningarna i det enskilda fallet.[38]

Såväl i 36 § AvtL som genom annan lagstiftning har införts regler, byggda på mer eller mindre sociala skäl, för att skydda den svagare avtalsparten mot oskäliga avtalsklausuler. Inskränkningarna begränsar avtalsfrihetens område genom att förbjuda eller begränsa verkningarna av vissa avtal eller avtalsvillkor. Utvecklingen har genom införandet av avtalsvillkorslagarna även inneburit ökade möjligheter att på förhand granska om avtalsklausulers innehåll är oskäligt. Eftersom det snarare är en regel än ett undantag att storföretag och organisationer genom standardavtal på förhand – genom normering och standardisering – bestämmer avtalsvillkoren, har konsumentens funktion i viss utsträckning reducerats till att endast acceptera ett avtal med de på förhand fixerade villkoren. Under liberalismens höjdpunkt på 1800-talet betonades, utifrån avtalsfrihet och demokratiaspekter, de enskildas lika ställning som avtalsparter och som individer. Synen har numer förändrats på så sätt att man i det moderna industri- och konsumtionssamhället föredrar att skydda svaga avtalsparter mot starkare parter i form av det allmänna, större företag och organisationer. Trots att medborgarna i vår tid i större utsträckning är utbildade och organiserade, har deras behov av rättsordningens skydd, genom de välfärdsstatliga teorierna, blivit allt mer framträdande.[39]

Under det pågående decenniet har välfärdsstaten på grund av konjunktursvängningarna i världsekonomin kommit i gungning. Nedskärningar har gjorts i välfärdsstatliga arrangemang och alternativ har uppkommit i form av privatiseringar av tidigare offentligt tillhandahållen service. I takt med att allt fler, tidigare offentligt tillhandahållna, service-

[38] Se Mikkola 1981 s. 303 f. Kritik har i vissa fall riktats mot den ramlagstiftning som införts till följd av välfärdsstatens expansion, eftersom en sådan reglering ansetts åsidosätta rättssäkerheten för den enskilde då den inte alltid överensstämmer med rättsstatens krav på legitimitet etc.

[39] Se även Atiyah, *Freedom of Contract and the New Right*, 1989–90 s. 601–604.

uppgifter överlämnas till att ombesörjas av enskilda har argument framförts för att välfärdsstatens ideologi skall föras över på det civilrättsliga området, bl.a. på så sätt att läran om en social civilrätt bör få större genomslagskraft.[40]

3.2.2 Social civilrätt

Mot bakgrund av välfärdsstatens framväxt har det hävdats att utvecklingen går mot en ökad social civilrätt och att man i samband med ett avtalsingående numer ställer högre krav på moral etc. än vad som var fallet vid seklets början. Det som enligt *Hollander* förenar socialrätten och civilrätten är att den politik som ligger till grund för såväl de ekonomiska som de sociala rättigheterna har misslyckats. Lagstiftningen kan inte i tillräcklig utsträckning skydda den enskilde mot marknadskrafterna. Hon anser därför att ett perspektiv som utgår från människan är nödvändigt, där ekonomiska och mänskliga behov och intressen ständigt måste anpassas till varandra. Problemet att hitta en rimlig balans mellan dessa är ett problem som förenar den offentliga rätten och civilrätten.[41]

Läran om en *social civilrätt* ger i första hand uttryck för en syn på civilrättens materialisering i form av skyddsnormer för den svagare parten i ett rättsförhållande, där avtalsrätten ges en mer behovsorienterad inriktning. Enligt *Wilhelmsson* är välfärdsstatens målsättningar att trygga medborgarna en viss minimiutkomst, att minska osäkerhetsfaktorer i livet genom att skapa skydd vid sjukdom, arbetslöshet och ålderdom samt att erbjuda medborgarna sociala tjänster inom ramen för tillgängliga resurser. Avtalsrätten har genom den ökande privatiseringen i det postvälfärdsstatliga samhället setts som en möjlig utväg när de gäller att i enlighet med välfärdsideologin förverkliga de nämnda målsättningarna. Utgångspunkter är därvid att begränsa giltigheten av förpliktelser som hotar en gäldenärs levnadsstandard, att sociala prestationshinder[42] kan vara av be-

---

[40] Se närmare Nybergh 1997 s. 47–52.

[41] Se Hollander 1993 s. 80. För skillnaden mellan den traditionella avtalsrätten och utvecklingen mot en mera social avtalsrätt se Wilhelmsson 1993 s. 38 ff och Wilhelmsson, *Standardavtal*, 1995b s. 10 f.

[42] Med socialt prestationshinder, eller social force majeure, menas enligt *Wilhelmsson* att det inträffat en *särskild händelse*, som gäldenären *saknade skuld* till och som *försämrat betalningsförmågan* på ett sådant sätt att denne inte kan betala sin skuld. Händelsen skall dessutom ha varit helt *oförutsebar* för gäldenären. Se Wilhelmsson 1987 kapitel 5. För en redogörelse för läran om sociala prestationshinder i avtalsrätten och dess utbredning i Norden, se Nybergh 1997 s. 53–72.

tydelse på förmögenhetsrättsliga förhållanden och ett tillgodoseende av parts behov av tjänster.[43]

Enligt *Wilhelmsson* finns det vissa skillnader i nyare avtalsrätt jämfört med den traditionella liberala avtalsrätten. Tendensen är enligt honom att avtalsrätten bl.a. rört sig från ett statiskt synsätt till ett mera dynamiskt synsätt och att synen på avtalsparternas relationer i större utsträckning fokuserar på den enskilde individen, i stället för att som tidigare betrakta parterna som abstrakta figurer. Detta har enligt honom skett i en så stor utsträckning att det finns skäl att tala om en principväxling.[44] Den sociala civilrätten skulle i välfärdsstaten leda till att solidaritetsprinciper ersätter privatautonomin som en ledande princip.[45] I och med att den sociala servicen skurits ned och till viss del ersatts av avtal om sociala tjänster, menar han även att de inskränkande inslagen i avtalsfriheten får en ökad betydelse genom den sociala civilrätten som en form av privatiserat socialskydd.[46]

Även *Sandgren*[47] framhåller att en utvecklingstendens inom avtalsrätten är att ge utrymme åt sociala hänsyn, genom att den svagare parten i ett avtalsförhållande anses behöva skyddas. De viktigaste exemplen är skyddet för konsumenter,[48] hyresgäster och arbetstagare.[49] Däremot anser han att steget är långt till den principväxling som *Wilhelmsson* före-

---

[43] Se framförallt Wilhelmssons grundläggande arbete om den sociala civilrätten från 1987, bl.a. s. 35 och s. 48, Wilhelmsson, *En social avtalsrätt? – Några kommentarer*, 1993–94 s. 499–508 och Wilhelmsson 1995b s. 8–13, s. 31 och s. 124 f. Se även t.ex. Stridbeck 1992 s. 70.

[44] Se Wilhelmsson 1993 s. 38 ff. och Wilhelmsson 1995a s. 27–31.

[45] Se Wilhelmsson 1987 s. 46 f. och se även Tuori 1988 s. 181.

[46] Se Wilhelmsson 1993–94 s. 507. Även i norsk doktrin har teorierna om en social civilrätt fått visst genomslag, se framförallt Graver, *Sosiale rettigheter i gjeldsforhold*, 1990 s. 32–45.

[47] Se Sandgren 1992–93 s. 456–468 och s. 641–663, *En social avtalsrätt – än en gång*, 1993–94 s. 929–933, *A Social Law of Contract?*, 1995 s. 159–192 samt 1996 s. 25–37. Se även Madell, *Social civilrätt. Ett framtida begrepp i välfärdssverige?*, 1996.

[48] Konsumenträtten brukar vara ett exempel som åberopas som stöd för att den svagare parten i ett rättsförhållande skall skyddas. Vad gäller upplysningsplikten finner dock *Hultmark* att något sådan tydlig utvecklingslinje saknas i rättspraxis. Den underlägsnes ställning var enligt henne redan för åttio år sedan väl tillgodosedd, med begränsningar för starkare part att utnyttja sitt övertag. Se Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, 1993 s. 76 f.

[49] Som ett exempel på detta i svensk rätt skulle även kunna anföras skuldsaneringslagen (1994:334). *Nybergh* visar att socialt prestationshinder i sig inte kan utgöra en förutsättning för skuldsanering i Sverige och Danmark, men att så är fallet i Finland och Norge. Se Nybergh 1997 avsnitt 2.2.4 och s. 85.

språkar. Utifrån en analys av de traditionella rättskällorna finner *Sandgren* inget stöd i gällande rätt för att någon sådan ägt rum.[50] Även *Taxell* finner det vara ohållbart att försöka härleda visioner om ekonomisk utjämning utifrån ideologier om välfärdsstaten och diffusa rättvisekrav, även om socialpolitiska värderingar kan återspeglas i avtalsrättsliga ställningstaganden.[51]

> "Om man vill ge sociala faktorer plats i avtalsrättsliga överväganden, bör man *passa in* dem i *avtalsrättens system* och ställa dem i förhållande till ledande principer på avtalsfältet. Det är inte fråga om 'ideologi' eller 'socialpolitik' utan om juridisk metodik med dess relativt öppna möjligheter att beakta livets realiteter."[52]

Enligt den klassiska avtalsläran är avtalsfriheten och devisen *pacta sunt servanda* ledande principer.[53] Under 1900-talet har emellertid sociala skyddssynpunkter alltmer begränsat avtalsfriheten. Detta har kommit till uttryck genom att tvingande bestämmelser införts till förmån för den *typiskt sett* svagare parten i ett avtalsförhållande.[54] Att märka är dock att lagstiftningen i de här fallen tar sikte på vissa grupper, t.ex. konsumenter, och inte den enskilde individen. *Taxell* anser att man bör *akta sig för att dra slutsatsen att socialt färgade element dominerar* i de principer som ligger bakom konsumentskyddet och reglerna om jämkning av oskäliga avtalsvillkor. Dessa syftar i stället till balansera ojämlikheter mellan avtalsparterna, t.ex. en näringsidkare och en privatperson. Ett eventuellt underläge bedöms i första hand i förhållande till motparten och inte utifrån att en svagare part skulle ha en socialt svår position. En större möjlighet till bedömning i det enskilda fallet ges dock i 36 § AvtL, men inte heller här torde sociala faktorer ha någon avgörande betydelse. De utgör endast en del av de faktorer som ligger till grund för den *helhetsbedömning* som görs vid en jämkning och måste ses i relation till övriga parters intresse av att avtalet fullgörs enligt sitt innehåll.[55] Sådana konsumentskyddsregler kan

---

[50] Se Sandgren 1996 s. 31.

[51] Se Taxell 1988 s. 525 f.

[52] Se Taxell 1988 s. 526.

[53] Satsen om parternas bundenhet av avtalet är i sig innehållslös såtillvida som den måste preciseras genom de rättsregler som är tillämpliga på den konkreta situationen eller avtalstypen. Avtalsbundenheten kan emellertid inskränkas, helt eller delvis, t.ex. genom reglerna om jämkning i 36 § AvtL, men det utmärkande för ett avtal är att detta ingås av *två parter* med i huvudsak överensstämmande viljeförklaringar.

[54] Se även Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, 1996 s. 13 f. och Sandgren 1992–93 s. 474.

[55] Se Taxell 1988 s. 526 ff.

därför sägas ligga *i linje med omsättningsintresset* och de ekonomiska teorier som förutsätter att *i princip jämställda* och *fullt informerade parter* agerar på marknaden.

Om omständigheter som ligger utanför själva avtalet ges en avgörande betydelse för avtalets fortbestånd, uppstår ett stort mått av osäkerhet. Kostnaderna för en avtalsparts personliga problem läggs därmed på "den starkare partens" övriga avtalsparter i stället för att, som nu sker, skattebetalarkollektivet tar ett solidarisk ansvar för den enskildes problem. Detta kan leda till en ökad motvilja att t.ex. hyra ut lägenheter utan att göra en långtgående undersökning av den presumtive hyresgästens ekonomi. Det primära är enligt *Sandgren* därför att principen om att avtal skall hållas kvarstår som en fundamental princip i samhället. Han anför vidare att den behovsprövning som blir följden om sociala behov skall tillgodoses inom privaträttens ram, och som därför görs av ett företag eller en annan privat aktör, är olycklig. Principväxlingen skulle kunna leda till en motvilja att ingå t.ex. hyresavtal med personer som kan befaras ha sådana *personliga* problem att det i någon mån kan påverka hans betalningsförmåga. Följden skulle i sådana fall kunna bli att hyresvärdarnas motvilja att ingå avtal måste övervinnas genom en starkt utvidgad kontraheringsplikt.[56] Om problemen däremot löses inom ramen för den offentliga rätten, finns ett val mellan generella stödformer genom transfereringar och behovsprövning genom myndigheternas försorg.

Den stora skillnaden i diskussionen om läran om en social civilrätt – som bl.a. förts mellan Wilhelmsson och Sandgren – är att *Wilhelmsson* ser avtalsrätten som en *möjlighet att utveckla välfärdssamhället*. Hans teorier ligger med andra ord på ett högre plan än den rent materiella rätten, där välfärdsideologin är av avgörande betydelse för synen på samhällets och därmed rättens utveckling. Målet bör enligt honom vara att utveckla en rättsdogmatik med nya begrepp och principer som tar hänsyn till behovsorienteringen där resurssvaga gruppers behov bäst kan tillgodoses.[57]

Sandgren utgår å sin sida från gällande rätt och visar på de *svårigheter som för närvarande* skulle uppstå om sociala aspekter gavs ett för stort utrymme inom avtalsrätten. Genom att en social avtalsrätt får andra fördelningspolitiska konsekvenser än socialrätten, ställer *Sandgren* frågan var-

---

[56] Se Sandgren 1996 s. 32. Med kontraheringsplikt menas traditionellt att part kan kräva avtalsslut eller åtminstone fullgörande av någon prestation, t.ex. en leverans eller en transport, utan krav på viljeförklaring härom från andra parten.

[57] Se Wilhelmsson, *Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna*, 1986 s. 36 ff.

för en sådan kostnadsfördelning skulle vara mer önskvärd ur välfärdsstatlig synpunkt än, som nu sker, en fördelning via socialbudgeten? *Wilhelmsson* försvarar sig med att den sociala civilrätten bara skulle användas när socialrätten inte erbjuder något fullgott skydd och att det därför inte behöver bli något *val* mellan socialrätt och avtalsrätt. Även om socialrätten fullt ut skulle tillgodose befintliga problem, anser han en strävan att undvika "dubbleringar" av rättsliga förfaranden motivera att sociala intressen tillgodoses i det civilrättsliga förfarandet. Inte minst viktigt anser han synsättet vara med hänsyn till civilrättens utveckling i och med att tendensen synes vara att välfärdsstaten gradvis demonteras och att den offentliga sektorn minskar.[58]

Sandgren anför som den starkaste kritiken mot den sociala avtalsrätten att borgenären får svara för omständigheter på gäldenärssidan som han inte har något med att göra och som han heller inte kan påverka. Det föreligger alltså en betydande skillnad mot gängse skyddslagstiftning, som riktar sig mot betungande avtalsvillkor. Till Wilhelmssons försvar framhåller *Sandgren* att den traditionella avtalsrätten har brister, men att tiden inte är mogen att ersätta den med en social avtalsrätt. Även om avtalsrätten skulle få en mer socialrättslig inriktning i framtiden, så anser han det vara onödigt med social civilrätt som en självständig disciplin. För att bibehålla den skyddsprincip som satsen pacta sunt servanda innebär för den stabilitet och förutsebarhet som utgör grunden för en dynamisk marknadsekonomi, är det viktigt att man även fortsättningsvis skiljer mellan avtalsrätt och socialrätt.[59] Att ändra riskfördelningen utifrån rent sociala hänsyn strider mot de klassiska ekonomiska teorierna och kan dessutom tänkas medföra effektivitetsförluster. Skyddet för svagare part torde därför bäst tillgodoses inom ramen för socialrättslig lagstiftning.

Någon avgörande betydelse för mera socialt präglade avtalsförhållanden mellan *det allmänna* och *enskilda* har knappast den sociala avtalsrätten. Syftet är ju för den traditionella socialrättens vidkommande att samhället ger en enskild något som denne behöver. Metoden för detta, ett utpräglat offentligrättsligt förfarande eller om man väljer ett "civilrättsligt förfarande" som uteslutande bygger på offentligrättsliga principer, torde vara av underordnad betydelse i sammanhanget. Läran om social civilrätt har i stället sin största betydelse för relationer mellan *enskilda parter* med olika

---

[58] Se Wilhelmsson 1993–94 s. 501 f.

[59] Se Sandgren 1993–94. Se även *Taxell* som finner att sociala faktorer, i den mån de inordnas i avtalsrättens system, bör anpassas till dess ledande principer. Se Taxell 1988 s. 534.

styrkeförhållanden.[60] Den är även av intresse för diskussionen om den flytande gränsen mellan offentlig rätt och privaträtt, där motståndare till två renodlade begrepp får ytterligare ett argument för att någon tydlig uppdelning inte kan göras. Däremot bör poängteras att rättsekonomiska argument kan komma att anföras mot ett alltför utbrett användande av läran om en social civilrätt. Hur man väljer att reglera det "sociala skyddsnätet" kan nämligen få stor betydelse för det privaträttsliga avtalets funktion som instrument för fördelning av resurser, och därmed för den ekonomiska utvecklingen. Detta leder till att avtalets närmare syfte och innehåll torde vara av avgörande betydelse för vilken vikt som bör läggas vid offentligrättsliga hänsyn. I vissa typer av avtal som ingås av det allmänna, t.ex. sådana där omsättningsintresset inte i någon nämnvärd utsträckning gör sig gällande, skulle läran om den sociala civilrätten ibland kunna tjäna som argument för att frångå de "normala" avtalsrättsliga reglerna till förmån för socialrättsliga hänsyn till skydd för den enskilde parten.

Läran kan dock på sikt få betydelse även för tolkningen av privaträttsliga relationer mellan det allmänna och enskilda, om det allmänna är att anse som en starkare part och den enskilde åberopar ett socialt prestationshinder, vilket leder till att prestationen jämkas till den enskildes fördel. Någon skillnad i förhållande till om mellanhavandet rört två enskilda rättssubjekt föreligger härvid inte. I ett samhälle där hela rättssystemet har till syfte att skydda underlägsna parter och att säkra välfärden, går ju en sådan lära före andra uppdelningar av rättssystemet; det skall ju ändå verka i en och samma riktning. Vem som är den enskildes avtalspart, enskild eller offentligt organ, har i ett sådant fall ingen större betydelse. Saknas konkreta rättsregler på området utgör den sociala civilrätten ett praktiskt alternativ för att skydda den enskilde och det behöver därför aldrig bli något *val* mellan t.ex. socialrätt och avtalsrätt. Ett sådant synsätt leder till att relationerna mellan parterna blir tydligare, i och med att den svagare partens behov alltid skall tillgodoses. Maktförhållandet mellan det allmänna och en enskild avtalspart skulle alltså utjämnas till den enskildes fördel. Ett sådant samhälle är dock snarast att likna vid en utopi och det torde vara tveksamt om ett sådant systemskifte är praktiskt genomförbart.

---

[60] Förespråkarna för en lära om social civilrätt framhåller ofta vikten av ett socialrättsligt synsätt inom avtalsrätten till följd av den ökade *privatisering* av tjänster och nyttigheter som tidigare uteslutande tillhandahållits av det allmänna. Enligt min mening är det dock ofta fråga om ett överlämnande av *driften* av en verksamhet. Det allmännas ansvar i förhållande till den som nyttjar den aktuella tjänsten kvarstår därmed i stor utsträckning, i vart fall på det socialrättsliga området.

Oavsett om man väljer offentlig rätt, privaträtt eller social civilrätt som utgångspunkt vid analysen av ett avtalsförhållande mellan enskild och det allmänna så är den grundläggande rättssäkerheten för den enskilde och skyddet för svagare part av fundamental betydelse. Till skillnad mot vad som gäller för avtal mellan enskilda torde ju förlust som drabbar det allmänna till följd av t.ex. ett socialt prestationshinder, i vilket fall som helst drabba skattebetalarkollektivet. Det principiella motståndet mot läran kan därför inte vara *lika starkt* som vid privaträttsliga relationer, även om den enskildes integritet även här kan kränkas genom att det allmänna kan vidta samma typer av motåtgärder som en starkare enskild avtalspart.[61] Det vore dock olyckligt med en sådan särreglering eftersom det måste anses vara bättre att samma principer gäller för alla avtalsparter.

Trots att läran om den sociala civilrätten har vissa förtjänster och förmodligen skulle underlätta analysen av mina frågeställningar ser jag den i första hand som ett de lege ferenda-alternativ, även om den redan nu kan sägas ha visst lagstöd i vissa konkreta fall. Rent principiellt anser jag att man bör lösa konkreta rättsfrågor utifrån traditionella rättsvetenskapliga metoder för hur gällande rätt fastställs, i stället för att vägledas av principer av mer ideologisk karaktär.[62] Således torde hänsynstagande till sociala prestationshinder och kontraheringsplikt än så länge utgöra marginalföreteelser i samhället som inte säkert kan sägas föreligga utan konkret lagstöd.

3.2.3 Civil socialrätt

Hollander skiljer mellan social civilrätt och civil socialrätt, där det senare innebär ett användande av avtalskonstruktioner på socialrättens område. Vad gäller sådana avtal skriver hon bl.a. att det tidigare inte varit så vanligt med avtalslösningar inom socialrätten. Orsaken till detta är dels själva rättsförhållandet, dels socialrättens placering i rättssystemet. Historiskt sett har socialrätten fått sina principer och begrepp från förvaltningsrätten. Emellertid har det alltid funnits socialrättsliga avtal i betydelsen överenskommelser mellan det allmänna och enskilda, exempelvis

---

[61] Förlusten kan dock tänkas bli olika stor till följd av transaktionskostnaderna beroende på hur man valt att tillgodose skyddet för den svagare parten. Se t.ex. Eide 1997 s. 62.

[62] Vilka grupper eller företeelser i samhället som skall anses vara skyddsvärda torde i första hand vara en fråga för lagstiftaren, vilken torde ha de bästa förutsättningarna att göra en sådan bedömning. Var och en har dock givetvis rätt att i ett juridiskt arbete argumentera för att vissa grupper borde vara skyddsvärda i förhållande till andra.

genom att en privat vårdgivare inom barn-,[63] handikapp-, missbrukar- eller äldreomsorg tillgodoser ett behov. En kommun har möjlighet att välja mellan att organisera vården i egen eller privat regi. Motivet är ofta att främja nyttjarens självbestämmande och valfrihet.[64] Bruket av den här typen av avtal har med tiden ökat och har i vissa fall även getts lagstöd. Hennes tes är att den marknadsorientering som för närvarande sker inom en rad områden vilka tidigare varit förbehållna det allmänna, innebär en övergång från lagstiftning till avtal som styrande instrument. Hon avslutar sin framställning med att konstatera att likväl som det behövs en social civilrätt där den i ett avtalsförhållande svagare partens behov av skydd tillgodoses, behövs en civil socialrätt som möjliggör avtalsreglering av sociala rättigheter.[65]

Samtidigt har *Kairinen* kritiserat socialrättens placering som en del av förvaltningsrätten. När sociallagstiftningen växte fram placerades den inom den offentliga rätten. Hans uppfattning är att socialrätten därmed anpassades till rättssystemet och inte tvärtom, trots att samhället i övrigt var under förändring.[66] Han tes är att socialrätten inte på ett traditionellt sätt enbart bör uppfattas som en underordnad del av förvaltningsrätten, då rättssystemet under socialstatens period förändrats såväl i expansiv som kvalitativ bemärkelse. Socialrätten utgör därför ett slags rättslig "nomadkultur", som inte endast kan sorteras in i ett förvaltningsrättsligt fack utan utgör en del i alla rättsområden. Han beskriver vidare socialrätten som ett *nytt skikt* av den moderna rätten, vilket får följdverkningar på många traditionella rättsdiscipliner. Socialrätten skulle därigenom bl.a. göra både privaträtten och den offentliga rätten mera social.[67]

---

[63] Det måste påpekas att förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg numer ligger under utbildningsdepartementet och således inte längre anses tillhöra socialtjänstens område.

[64] Se även Bramstång 1988 s. 217.

[65] Se Hollander 1993 s. 77–86. Som exempel på situationer där det allmänna använder sig av avtalsrättsliga inslag i sin verksamhet nämns kontrakterade familjehem, samtycke enligt SoL och LVU och samtycke inom hälso- och sjukvården. Avtalsrättsliga principer har däremot inte ansetts tillämpliga i klagomål mellan den enskilde nyttjaren av en tjänst och det allmänna. En sådan tvist har ansetts vara offentligrättslig och inte civilrättslig, vilket kan leda till en oklar rättslig situation. Se t.ex. NJA 1983 s. 680 och Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95). Se även Lavin, *Kompetensfördelningsproblemet i nyare rättspraxis*, 1984 s. 61 ff.

[66] Se Kairinen 1989 s. 69 ff.

[67] Se Kairinen 1989 s. 72. Utöver att socialrätten uppges påverka många traditionella rättsdiscipliner, framgår dock inte av resonemanget på vilket sätt de skulle bli mer sociala.

3.2.4 Kontraheringsplikt

Kontraheringsplikten kan anses tillhöra såväl det offentlig- och det privaträttsliga området som vara förbunden med teorierna om välfärdsstaten. Vanligen har en sådan situation ansetts föreligga när näringsidkare eller offentlig anstalt i monopolställning tillhandahåller varor eller tjänster. Plikten att tillhandahålla dessa har ofta sin grund i särskilda stadganden och det rör sig ofta om varor som anses vara nödvändiga för det dagliga uppehället. I regel rör det sig om utnyttjande av offentliga eller halvoffentliga serviceorgan som tillhandahåller allmänheten olika typer av tjänster. Dessa kännetecknas av offentligrättslig reglering och skyldighet att träffa avtal med envar som så önskar.[68] Kontraheringsplikten har därmed ansetts inskränka de traditionella avtalsrättsliga principerna som dispositivitet etc.

Kännetecknande för kontraheringsplikten kan sägas vara *bristen på frihet vid valet av medkontrahent*. Härtill tillkommer som ett nödvändigt komplement såväl förbud att avbryta avtalsförbindelsen (om den är varaktig), som viss normering av villkoren; kontraheringsplikten skulle annars lätt kunna göras illusorisk. Kontraheringsplikt kan med andra ord sägas vara ett *förbud mot avtalsvägran* eller i vissa fall prestationsvägran *utan saklig grund*. På motsvarande sätt kan ofta tillstånd eller koncession att bedriva olika slag av verksamhet för allmänheten, såsom tidigare taxirörelse, förbindas med kontraheringsplikt. Ett annat viktigt motiv för kontraheringsplikt är olika sociala skyddssynpunkter, oftast på så sätt att part kan kräva förlängning eller förnyelse av ett avtalsförhållande.[69]

Skulle den sociala civilrätten vinna ökat inflytande i samhället torde kontraheringsplikten få ökad betydelse, eftersom risken för att sociala prestationshinder skulle kunna drabba den som tillhandahåller en nyttighet troligen leder till en ökad motvilja hos denne att ingå avtal.[70] Enligt *Nybergh* skulle ett förtydligande av kontraheringsplikten därför kunna verka i riktning mot att solidariteten ersätter privatautonomin som en ledande princip i välfärdsstaten. I och med det ökade bruket av avtalslösningar inom den sociala servicen – eller andra områden där en verksamhet genom privatisering överförts från den offentliga till den privata sektorn – anser han vidare att problem som inte kan lösas inom ramen för

---

[68] Se Adlercreutz 1995 s. 67. Se även Nybergh, *Nordisk avtalsrätt*, 1998 s. 111.

[69] Se Adlercreutz 1995 s. 97–100. Se även Ramberg & Hultmark, *Allmän avtalsrätt*, 1996 s. 31 f.

[70] Se Wilhelmsson 1987 s. 156 f. Se även Sandgren 1996 s. 32.

den dispositiva rätten kan ges ett privatiserat socialt skydd genom tvingande normer eller kontraheringsplikt.[71] Han hävdar i sina långtgående slutsatser att kontraheringsplikten rentav kan anses öka avtalsfriheten, om man med avtalsfrihet avser något annat än den traditionella.

> "Detta förutsätter en omprövning av utgångspunkten genom att man ifrågasätter varför avtalsfriheten skall prövas utifrån näringsidkarens ställning. När man övergår att betrakta situationen från den sida som utnyttjar näringsidkarens varor och tjänster kan man sammanknippa avtalsfriheten med konsumtionsfriheten – en frihet som innebär en rätt till avtal."[72]

Även utifrån den traditionella synen på avtalsfriheten menar han dock att det finns ett visst utrymme för ett införande av kontraheringsplikt, eftersom avtalsfriheten redan sedan tidigare är relativt begränsad.[73] Nyberghs utförliga och djupgående resonemang får till största delen ses som ett argument för en omprövning av avtalsfriheten och för ett ökat användande av kontraheringsplikt vid tillhandahållande av olika nyttigheter. Det är dock hittills endast på ett begränsat antal områden som lagstiftaren valt att införa en sådan lösning.

På kommunalrättens område är det främst inom ramen för den kommunala kompetensen att inrätta vissa kommunala anstalter eller serviceanläggningar som en kontraheringsplikt kan behövas. Den hänger nära samman med likställighetsprincipen, att medlemmarna mot en avgift har rätt att kräva en viss prestation, även om principen i sig inte grundar någon kontraheringsplikt. Förutsättningarna ges därför oftast i olika speciallagar, t.ex. va-området, renhållning och sotning m.fl. I exempelvis 8 § VAL stadgas att huvudman för allmän va-anläggning är *skyldig* att låta ägare inom anläggningens verksamhetsområde bruka

---

[71] Se Nybergh 1997 s. 5 och s. 8 f. Se även Nybergh 1998 s. 112 ff. Möjligen uttrycker sig Nybergh lite för inexakt när han hävdar att *myndighetsutövning* i allt större utsträckning övergått till privaträttsliga avtalsarrangemang. Det rör sig *oftast* om utövandet av olika typer av *förvaltningsuppgifter* som överlämnas till enskilda, medan själva myndighetsutövningen förbehålls förvaltningen, då ett överlämnande av denna kräver lagstöd enligt 11:6 3 st. RF. Även om lagstiftningen i vissa fall medger ett överlämnande av myndighetsutövning, t.ex. betygssättning i enskilt bedriven skolverksamhet och bilbesiktning, har det ännu inte skett i någon större omfattning.

[72] Se Nybergh 1997 s. 299. Nyberghs slutsatser när det gäller utvecklandet av en allmän princip om kontraheringsplikt till förmån för konsumenter måste ses utifrån att det är fråga om hur välfärdsstatliga värden kommer till uttryck inom avtalsrätten. Se a.a. s. 4. Argumentationen torde i det avseendet därmed böra ses som ett de lege ferenda-alternativ.

[73] Se Nybergh 1997 s. 81 f.

denna, om inte behovet kan tillgodoses på annat sätt. Skyldigheten upphör och huvudmannen har rätt att vägra fortsatt leverans om abonnenten inte erlägger sin avgift.[74] I sådana fall där det inte bara ligger i abonnentens intresse att leverans sker, utan denne är skyldig att ta emot en viss prestation, t.ex. sotning eller renhållning, blir dock situationen en annan.[75]

Ett annat exempel på när kontraheringsplikt förekommer på det kommunala området är om kommunen väljer att utnyttja sin förköpsrätt enligt förköpslagen (1967:868), för att på så sätt underlätta genomförandet av lämplig markanvändning. Kommunen träder då i den tänkte köparens ställe och fastighetssäljaren har därmed förlorat möjligheten att välja köpare. De villkor som förhandlats fram mellan de ursprungliga parterna skall dock vanligtvis även gälla för kommunen.[76]

Också för företag som har ett faktiskt monopol, eller en starkt dominerande ställning utan att åtnjuta en rättsligt skyddad ensamställning, torde det vara rimligt att anse att det föreligger en sådan skyldighet att ingå avtal att kontraheringsplikt faktiskt föreligger. Kontraheringsplikten innebär i detta fall en begränsning för distributörens frihet att sluta avtal med vem han vill. Å andra sidan tjänar ju kontraheringsplikten oftast till att skydda den som står i ett beroendeförhållande till monopolet.[77] "I brist på lagregler och klar rättspraxis är det dock osäkert hur långt kontraheringsplikten enligt allmänna avtalsrättsliga principer faktiskt sträcker sig. Att märka är att sådan kontraheringsplikt, där den föreligger, till skillnad från konkurrenslagens regler om säljvägran inte bara gäller i förhållande till näringsidkare såsom kunder utan generellt, alltså även i förhållande till konsumenter."[78]

Genom förskjutningen av regleringar av samhälleliga uppgifter till mera civilrättsliga lösningar anser *Nybergh* att den traditionella synen på kontraheringsplikten till viss del är föråldrad och härrör från en tid innan denna samhällsförändring tog sin början.[79] Han ställer bl.a. frågan om hur lik-

---

[74] Se även *RÅ 1958 ref. 24*, där en kommunal el- och gasleverantör inte ansågs få vägra fortsatt leverans av el till förmån för gas för att förbättra gasverkets driftreslutat.

[75] Se Pehrson, *Kontraheringsplikt*, 1976 s. 9–15.

[76] Se även Pehrson 1976 s. 28.

[77] Se Bengtsson, *Skadestånd vid myndighetsutövning I*, 1976 s. 98. Se även Stridbeck 1992 s. 165.

[78] Se Bernitz, *Svensk marknadsrätt*, 1991 s. 80. Se även *JO 1972 s. 486* om arbetsförmedlingen – prestationsskyldighet på lika villkor anses i allmänhet gälla för förvaltningsmyndigheter, lika fall skall behandlas lika. Se även Adlercreutz 1995 s. 97 ff.

[79] Se Nybergh 1997 s. 97.

ställighetsprincipen kan upprätthållas när ombesörjandet av tjänster som tidigare tillhandahållits av det allmänna överlämnats till privaträttsliga subjekt? Han finner att ett sätt att säkerställa principen är att låta distributionen av sådana nyttigheter som anses höra till den samhälleliga infrastrukturen omfattas av kontraheringsplikt.[80] Att en verksamhet flyttas från den ena sfären till den andra behöver dock inte alltid med automatik innebära att det ursprungliga regelverket måste följa verksamheten.[81]

Även om jag inte ansluter mig till teorierna om den sociala civilrätten så ligger det onekligen nära till hands att använda sig av lösningar av typen kontraheringsplikt för att säkerställa att "privatiserade" nyttigheter kommer behövande till godo. Skulle lagstiftaren anse att en viss nyttighet är nödvändig för människors välbefinnande kan kontraheringsplikt vara en möjlig åtgärd att tillgodose behovet vid en avreglering.[82] Kontraheringsplikten torde i så fall gå att införa inom ramen för den traditionella avtalsrätten, som ett led i skyddet av svagare part genom att garantera vissa grundläggande nyttigheter.[83]

3.3 Avtalsrättsliga principer av betydelse vid kommunens avtalsingående

Om man ser till kärnområdena för de offentlig- respektive de privaträttsliga regelverken är det enkelt att hävda att det antingen är fråga om ett avtal eller ett förvaltningsrättsligt beslut. Vid tvist rörande ett avtal aktualiseras de inomobligatoriska skadeståndsreglerna, medan det i en situation där otillbörlig myndighetsutövning föreligger är skadeståndsreglerna i 3 kap. skadeståndslagen (1972:207), SkL, som blir tillämpliga. Vid myndighetsutövning kan även fråga om straffansvar enligt 20:1 BrB uppkomma.

---

[80] Se Nybergh 1997 s. 86.

[81] Det är ju också så att vad som ombesörjs av det allmänna respektive enskilda varierar i olika länder, t.ex. vad gäller sjukvård.

[82] Kontraheringsplikt har införts på ett flertal områden i Norden t.ex. vad gäller leveranser av el, gas, värme, vatten samt teletjänster, läkemedel, hyreslagstiftning, transporter, post och försäkringar m.m. Se utförlig kartläggning i Nybergh 1997 kap. 3. Se även Nybergh 1998 s. 126 f.

[83] *Nybergh* framhåller vidare att det finns skäl att utvidga reglerna om kontraheringsplikt till att gälla ändringar av avtalsvillkor där ändringen inte kan anses vara godtagbar ur den enskildes synvinkel. Se Nybergh 1997 s. 93. Även om gränsen kanske kan anses vara flytande så är min uppfattning att en sådan situation lämpligast tillgodoses utifrån bestämmelsen om jämkning av oskäliga avtalsvillkor, i stället för att införa en långtgående kontraheringsplikt. Det skyddet är genom 36 § AvtL redan tillgodosett.

När kommunala myndigheter 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. Som framhållits ovan är ett av avtalsrättens huvudsyften i det marknadsekonomiska samhället att främja omsättning och fördelning av resurser mellan parterna, medan den offentliga rätten bl.a. syftar till att värna samhälleliga intressen och att fördela välfärd mellan medborgarna utifrån vissa givna preferenser. Man kan därför inte utan vidare flytta avtalet från den typsituation som det avpassats efter till andra förhållanden, utan att förflyttningen på något sätt måste antas avspegla sig i tillämpningen av de avtalsrättsliga reglerna eller i avtalets rättsverkningar. Det är därför tveksamt om de avtalsrättsliga reglerna, eller *avtalsrättens materia*,[84] kan användas fullt ut i de fall avtalen utgör ett slags blandsituationer och innehåller inslag av både offentlig rätt och privaträtt.[85] Sammantaget leder detta till att så snart ett avtal används som medel för att reglera samverkan och handlingsmönster utan att röra sig inom det privaträttsliga kärnområde för vilket avtalet som rättsfigur är avsett, dvs. utbyte av varor eller motsvarande prestationer, kan rättsverkningarna komma att präglas av det offentligrättsliga regelverket.[86] Sålunda konstaterar *Mathiassen* att det utmärkande för de vanligaste avtalen med det allmänna som part är att de i större eller mindre utsträckning är underkastade någon form av lagreglering. Regleringen kan i vissa fall vara så ingripande att flera utmärkande karaktärsdrag för avtal, utom ömsesidigheten, försvinner. Som ett exempel nämner han va-området, där brukaren är *skyldig* att, mot vederlag, motta en prestation.[87]

Medan det i första hand är offentligrättsliga regler som reglerar det allmännas möjligheter att sluta avtal, måste avtalets rättsverkningar analyseras utifrån såväl offentligrättsliga som avtalsrättsliga regler och principer av betydelse för förhållandet.[88] Nedan redogörs kortfattat för vissa delar av avtalsmekanismen som måste analyseras närmare vad gäller kompetensen att ingå avtal, hur man skall se på den för avtalsfriheten så centrala partsbalansen och hur långt bundenheten av ett ingånget avtal sträcker sig.

---

[84] Se Taxell 1997 s. 54. Begreppet anges innefatta normer, principer, riktlinjer, värderingar och argument, med andra ord allt som bestämmer eller som kan påverka överväganden eller ställningstaganden rörande avtal.

[85] Se Grönfors 1987 s. 217 ff. och Hov, *Rettsforlik*, 1976 s. 223.

[86] Se Grönfors 1987 s. 219. Jfr även Adlercreutz 1995 s. 13 f.

[87] Se Mathiassen 1974 kap. 5. Se även Christensen, B., 1975 s. 38 f.

[88] Se även Mäenpää 1989 s. 12 samt Nybergh 1997 s. 37 och s. 84.

3.3.1 Kompetensen att ingå avtal

När det allmänna uppträder som avtalspart är det ofrånkomligt att avtalen får sitt innehåll mot bakgrund av den offentliga rätten. Vad gäller kommunernas *kompetens att ingå avtal* sätter det kommunalrättsliga regelverket gränserna. Har en kommun överskridit sin kompetens kan beslutet att ingå ett visst avtal förklaras ogiltigt efter laglighetsprövning av beslutet. Se närmare kapitel 5. Vad gäller de civilrättsliga rättsverkningarna av ett avtal som upphävts vid en laglighetsprövning, blir det aktuellt att i allmän domstol bedöma om avtalet *i sig* grundar förpliktelser. Vid frågor om ersättning skall utgå till följd av att avtalet, på grund av det upphävda beslutet, inte fullföljts kan avtalsrättsliga godtrosregler komma att spela en stor roll för bedömningen.

När det gäller kommunala organs avtalsslutande är det heller inte alltid självklart vilket organ som har befogenhet att företräda det allmänna vid avtalsingåendet. En fråga som får starka privaträttsliga inslag är hur man skall se på förhållandet att företrädare för kommunen överskridit sin kompetens att ingå avtal, dvs. ett i sig giltigt avtal har ingåtts av fel företrädare. Det är ju alltid en fysisk person som måste företräda det allmänna och det är inte alltid säkert att den som ingått ett avtal å det allmännas vägnar haft befogenhet att göra detta. Man måste därför företa ett studium av de aktuella författningar, arbetsordningar, instruktioner m.m. som gäller för verksamheten, och de beslut som kan ha fattats, för att försöka fastställa *vem* som har kompetens att ingå avtalet och utifrån de avtalsrättsliga godtrosreglerna bedöma *vilka rättsverkningar* som kan följa av eventuella kompetensöverskridanden.[89] Även om det allmännas företrädare saknat kompetens att ingå avtal utifrån KL, kan således civilrättslig bundenhet ha uppstått i och med att motparten varit i god tro avseende företrädarens rätt att binda kommunen. Om inga tydliga delegeringsregler finns är det naturligt att göra en privaträttslig bedömning, där det är möjligt att dra paralleller till såväl avtalsrättsliga som aktiebolagsrättsliga fullmaktsregler. En annan fråga är dock om det i dessa fall är möjligt att kräva att kommunen fullgör sin prestation, trots att ogiltighet föreligger enligt offentligrättsliga regler. Se närmare kapitel 6.

3.3.2 Partsbalansen

Partsbalansen kan ses som en väsentlig förutsättning för avtalsfriheten, eftersom mönstret för ett traditionellt civilrättsligt avtal anses vara att parterna i princip är *likställda*, att de ingår avtalet av *fri vilja* och att av-

[89] Se även Ramberg & Hultmark 1996 s. 92.

talsingåendet innebär att avtalet – mot den ena kontrahentens vilja – *endast kan hävas eller ändras av allmän domstol.*[90] Även om avtalet utgör en förening av två personers samstämmande viljeförklaringar, vore det en överdrift att, även på det rent privaträttsliga området, hävda att detta utgör en garanti för frivillighet. Tvärtom innebär ingåendet av avtal ofta att en part underkastar sig ett diktat från den andra partens sida, även om de grövre formerna av tvång och obehöriga påtryckningar kan förklaras ogiltiga med stöd av de ogiltighetsregler som finns att tillgå.[91] Genom införandet av 36 § AvtL ges möjlighet att i större utsträckning än tidigare beakta skyddet för svagare part. Som visades i avsnitt 3.2 har även sociala faktorer som sjukdom etc. i vissa fall ansetts böra utgöra grund för att betrakta avtalspart som skyddsvärd. Sådana bedömningar och överväganden måste göras även när det allmänna är avtalspart.

Avtalet rör vanligtvis ekonomisk omsättning, där varor och tjänster byts mot pengar. När avtal används inom den offentliga sektorn behöver inte syftet endast vara att reglera utbyten av prestationer, det kan även användas som styrmedel. Avtalet kan då i någon utsträckning begränsa parternas handlingsfrihet eller uppställa generella regler eller villkor som är tillämpliga på vissa rättsförhållanden. Frågor kan även uppstå i vilken utsträckning avtalslagens ogiltighets- och jämkningsregler är tillämpliga vid bedömningen av det allmännas tvångsbefogenheter, dvs. om otillbörligt tvång utövats vid avtalsingåendet eller om det allmännas styrkeposition i sig medför att den enskilde befinner sig i en underlägsen ställning.

En anledning till att myndigheter använder sig av avtal har ansetts vara att ett meddelat tillstånd i vissa situationer inte upplevs som tillräckligt "starkt" för att uppnå ett visst syfte, eftersom ett avtal innebär en starkare bundenhet mellan parterna. Om ett avtal uppfattas som mera bindande för myndigheterna än ett förvaltningsbeslut kan därför enskild anse sig ha större orsak att inrätta sig efter det överenskomna. Vidare sätter det allmänna större press på en enskild kontrahent då det är möjligt att denne på grund av avtalet i större utsträckning känner sig förpliktad att uppfylla det avtalade. Det kan även vara ett sätt för det allmänna att förvissa sig om att den enskilde är införstådd med myndighetens krav.[92] När det allmänna uppträder som avtalspart kan dock partsbalansen i vissa fall rubbas. Risken för detta är inte så stor vid avtalsingående på det förmögenhetsrättsliga området, men om det är någon offentligrättsligt reglerad förmån

[90] Se även bl.a. Mathiassen 1974 kap. 1 och Adolphson 1979 s. 88.

[91] Se Adlercreutz 1995 s. 20 ff.

[92] Se även Frihagen 1991 s. 327.

som blir föremål för avtal kan situationen bli en annan. Det har t.ex. hänt att det allmänna ställt vissa villkor om att part genom ett avtal skall ikläda sig vissa förpliktelser för att ett tillstånd skall kunna beviljas. Ett sådant förfarande kan i vissa situationer vara tillåtet, medan det i andra torde vara otillåtet utifrån såväl offentligrättslig som avtalsrättslig synvinkel.[93] Det allmänna kan alltså till viss del tänkas sätta press på enskild avtalspart genom sina särskilda maktbefogenheter. Samtidigt kan man inte hävda att det allmänna alltid befinner sig i en starkare position. Rör det sig om en liten kommun med stor arbetslöshet, kan ett stort företag som vill etablera sig på orten knappast anses vara särskilt underlägset.

En annan anledning till att avtal och förhandlingslösningar används inom det offentligrättsligt reglerade området kan faktiskt vara en vilja att jämna ut den hierarkiska princip (överhöghet-undersåte) som annars är typisk för den offentliga rätten. Syftet blir då att hitta en lösning "som ställer medborgaren (kunden) i centrum och sätter flexibilitet, innovativitet och dialog i den traditionella myndighetskulturens ställe".[94] Från den enskildes sida kommer avtalet då att ses som en möjlighet att kunna påverka situationen i vidare utsträckning än vad som är fallet vid myndighetsutövning, och situationen upplevs därmed heller inte så betungande. Inslaget av tvång uppfattas inte lika tydligt som vid ett ensidigt beslut, då en förhandling äger rum med möjlighet att påverka förhållandet och då den enskilde ges möjlighet att uttrycka sin mening. Se närmare om ogiltighet och jämkning under kapitel 7.

3.3.3 Offentligrättsliga avtalsparters bundenhet av ingångna avtal

Enligt vad som framkom ovan är *partsbindningsfunktionen* en av de mest grundläggande funktionerna hos avtalet, genom att avtal är bindande för parterna, dvs. rättsligt sanktionerade, utan att detta behöver särskilt uttryckas i avtalet. Innebörden av detta är att rättsmaskineriet, domstolar och exekutionsmyndigheter, står till en parts förfogande om part vill tvinga kontrahenten att följa det ingångna avtalet, eller åtminstone få denne att utge ersättning för att så inte skett.[95]

Mathiassen anser att man inom förvaltningen möter många företeelser som på ett eller flera sätt påminner om avtal, och därför kan ha liknande socialpsykologiska, faktiska och eventuellt samma rättsliga verkningar

[93] Se t.ex. NJA 1980 s. 1.

[94] Se Sandgren, *Utvecklingstendenser inom avtalsrätten*, 1993 s. 102, se även Kjellevold 1993b s. 212 och Lynge Andersen m.fl. 1997 s. 129.

[95] Se Adlercreutz 1995 s. 20 f.

som privaträttsliga avtal. Det förekommer även att myndigheterna använder sig av termen avtal när ett beslut föregåtts av förhandlingar mellan parterna. Vad gäller avtalens bindande verkningar menar han att sedvanliga rättsliga sanktioner är ovanliga då det allmänna vanligtvis håller ingångna avtal och att principen pacta sunt servanda i stor utsträckning efterlevs.[96]

Även när det gäller det allmännas avtalsingående måste huvudregeln anses vara att bundenhet uppstått mellan parterna. Genom normgivningsmakten har dock det allmänna vissa möjligheter att ändra förutsättningarna för avtal som ingåtts. Rent konkret innebär detta att det allmänna genom lagändring kan upphäva grunderna för ett avtal, eller genom ändring av taxa ändra ett avtalat vederlag på ett sätt som inte är möjligt mellan enskilda avtalsparter. Detta innebär att den bundenhet som normalt följer av ett avtal inte alltid framträder lika starkt vid det allmännas avtalsingående. Frågan blir därför vilka möjligheter det allmänna har att ensidigt ändra eller frångå ingångna avtal. Läran om bristande förutsättningar har haft sin största betydelse på det privaträttsliga området, men kan vid den rättsliga bedömningen av ändrade förhållanden, till följd av att det allmänna använt sin normgivningsmakt, komma att aktualiseras. Se närmare kapitel 8.

3.4 Tolkning av det allmännas avtal

3.4.1 Allmänna tolkningsprinciper och tolkning eller utfyllning av kommunens avtal

Även om principen om pacta sunt servanda är grundläggande inom avtalsrätten råder det ibland osäkerhet om vad ett avtal egentligen innebär eller vilka rättsverkningar det skall medföra. Det kan antingen röra sig om bevissvårigheter i fråga om vad som egentligen avtalats eller så kan avtalet vara tvetydigt. Det kan även uppstå tolkningsproblem på grund av att avtalstexten är alltför vag, och därmed oklar. En tredje situation kan vara att avtalet inte alls berör tvistefrågan. Man kan då göra en utfyllning av avtalet. Med hjälp av tillämplig lag, analogier eller regler som grundas på ändamålsöverväganden, bestäms vad som skall gälla på en punkt som i avtalet lämnats öppen. Skillnaden mellan tolkning och utfyllning består i vilket material man utgår från vid bedömningen av avtalet.[97]

---

[96] Se Mathiassen 1974 kap. 1. *Bernt* har påpekat att dessa faktorer är viktiga även vid privaträttsliga avtal och att det inte alltid är avtalets rättsliga karaktär som gör att det efterlevs. Se Bernt 1976 s. 505 f. Se även Christensen, B., 1975 s. 37 f.

[97] Se Lehrberg, *Avtalstolkning*, 1994 s. 1 ff.

Vid *avtalstolkning* försöker man fastställa avtalets innehåll utifrån de rättsfakta som *själva avtalssituationen* kan tänkas innehålla. Genom *utfyllning* besvaras de frågor som *avtalssituationen inte förmår besvara*, på grund av att den inte förutsågs eller av annan anledning lämnades öppen vid avtalsingåendet. Vid en utfyllning kan avtalet dels kompletteras med dispositiva rättsregler, dels korrigeras av tvingande regler. De tvingande rättsreglerna ger en materiell lösning på frågor som inte behandlats i avtalet.[98] Detta kan bero på att parterna inte uppmärksammat saken, men även därför att de inte känner till lagen och dess tvingande karaktär.[99] På samma sätt kan dispositiva rättsregler träda in vad gäller frågor som har lämnats oreglerade i avtalet. De utfyllande reglerna blir, åtminstone språkligt sett, i dessa fall en del av själva avtalet. Utfyllningen kan dock även sägas ligga *utanför* avtalet och – när det gäller tvingande regler – i vissa avseenden stå i direkt *motsats* till avtalsinnehållet. *De utfyllande reglerna behöver alltså inte nödvändigtvis omfattas av partsviljan.* De kan i stället sägas utgöra objektiva normer, till skillnad från de mera specifika normer som kan uttolkas ur avtalet.[100]

Handelsbruk och olika *sedvänjor* är exempel som kanske kan sägas inta en ställning mellan utfyllning och avtalstolkning. Dessa kan utgöra ett komplement till eller bli en del av avtalet utan att nödvändigtvis omfattas av den gemensamma partsviljan. De utgör heller inte några av rättsordningen genom lag sanktionerade objektiva normer. Vid avtalstolkning kan de i vissa fall även ges företräde framför dispositiva lagregler. Vid vissa avtal kan de spela en så framträdande roll att det måste antas att bruket eller sedvänjan, i den mån parterna inte givit uttryck för att något annat, haft en normerande inverkan på avtalsrelationen. Bruket eller sedvänjan kan i sådana fall utgöra tillräckligt bevis för en gemensam partsavsikt.[101]

Om en gemensam partsavsikt vad gäller någon fråga i avtalet kan bevisas, blir denna i regel avgörande för tolkningen av resten av avtalsinne-

---

[98] *Tvingande rättsregler* – inklusive jämkningsregler, såsom 36 § AvtL – bildar en yttersta ram för vilket resultat man kan nå genom tolkning och utfyllning. Om tolkningens resultat står i strid med tvingande rätt blir avtalet således overksamt i den delen och den tvingande lagregeln tar över. Vid en utfyllning blir den tvingande rättsregeln i stället direkt avgörande för resultatet. Se Lehrberg 1994 s. 7.

[99] Se Lehrberg 1994 s. 4 ff. Se även Adlercreutz 1996 s. 15.

[100] Se även Adlercreutz 1996 s. 16 f. och Fohlin, *Avtalstolkning*, 1989 s. 12. Jfr dock Ramberg 1994 s. 505 ff.

[101] Se Lehrberg 1994 s. 22.

hållet.[102] Domstolarna torde som regel vara lyhörda för vad som kan anses utgöra den gemensamma partsavsikten eller vad olika *individuella tolkningsdata* säger om ett visst avtalsinnehåll, om inte tvingande rättsregler stadgar något annat.[103] Om det inte går att finna någon gemensam partsavsikt eller att den ena parten givit den andra en viss uppfattning om avtalsinnehållet, är huvudregeln att parterna är bundna av det avtalsinnehåll som framkommit i deras viljeförklaringar i den aktuella frågan. Tillitsteorin anses sedan länge vara central inom den skandinaviska avtalsrätten, även om den inte dominerar avtalstolkningen i alla enskildheter. En innehållsorienterad tolkning måste även anses ha andra ändamål än att enbart realisera parternas viljor. Hit hör en strävan att upprätthålla en viss *enhetlighet* och *förutsebarhet* i bedömningen av en och samma avtalstyp.[104]

Ofta sluter parterna avtalet efter någon form av *förhandlingar*. Det finns då i regel skäl att utgå från att avtalet utgår från samma förutsättningar som förhandlingarna, om inte annat är överenskommet. Vad som framkommit under avtalsförhandlingarna och t.ex. genom annonsering

---

[102] Se Lehrberg 1994 s. 20. I *NJA 1941 s. 563* hade kronan genom ett bytesavtal från ett bolag förvärvat vissa fastigheter. Närmare tjugo år efter bytet instämde kronan bolagsrättighetshavaren, och yrkade bättre rätt till vissa angränsande smärre fastigheter som inte uttryckligen nämndes i byteshandlingarna. Kronan gjorde gällande att avsikten varit att även dessa skulle omfattas av bytesavtalet. Bolagsrättighetshavaren bestred käromålet. HR konstaterade bl.a. *att* de omtvistade fastigheterna var omgivna av fastigheter som redan tidigare ägdes eller genom bytet förvärvades av kronan. Vidare konstaterades *att* avsikten med bytet huvudsakligen varit att för båda parter få en bättre och mer sammanhållen fastighetsindelning. Enligt de kartor som legat till grund för KM:s och riksdagens godkännande av fastighetsbytet ingick de i målet aktuella fastigheterna. Kronan hade även efter bytet utan anmärkning fått ta fastigheterna i besittning. Bolagsrättighetshavaren hade inte styrkt att bolaget velat undanta fastigheterna från bytet. HR drog slutsatsen, att parterna avsett att fastigheterna skulle omfattas av bytet och att de utgått från att ägorna tillhört de i byteshandlingarna uppräknade fastigheterna och biföll därför kronans yrkande. HovR fann ej skäl att göra ändring i HR:s utslag. HD fastställde HovR:s dom. – I detta fall lades den gemensamma partsavsikten till grund för ett avgörande i strid med det formbundna förfarande som vanligtvis kännetecknar en köpehandling vid fastighetsköp.

[103] Se Adlercreutz 1996 s. 19. Jfr *Grönfors* som när det gäller fraktavtal, på bekostnad av partsviljan och individuella omständigheter, förordat en mer objektiv avtalstolkning och utfyllning vid fastställande av avtals rättsverkningar. Se Grönfors 1989 s. 88 ff.

[104] Se Lehrberg 1994 s. 33 f. Se även Grönfors 1989 s. 11 f. och s. 16 f.

eller brevväxling utgör därför viktiga tolkningsdata.[105] Framförallt torde detta tillmätas betydelse om den ena parten kan klassas som konsument eller i övrigt inta någon form av underlägsen ställning.

Även en avtalsparts *ensidiga avtalspraxis* kan i vissa fall få betydelse för tolkningen av ett avtal, i vart fall om den bort inses av hans medkontrahent. Beroende på avtalsrelationens art kan ibland ställas krav på att motpart har en viss undersökningsplikt, medan det i andra fall torde ställas krav på att motparten informeras om visst handelsbruk etc. Detta torde även gälla vid avtal inom det kommunalrättsliga området, där kommunen utarbetat vissa rutiner.[106]

---

[105] Se Lehrberg 1994 s. 59 och Adlercreutz 1996 s. 60. I *NJA 1964 s. 454* hade Österåkers kommun åtagit sig att vid en fastighetsförsäljning ombesörja "uppfyllning kring blivande byggnader enligt byggnadsnämndens anvisningar". Vad avtalsbestämmelsen innebar preciserades med utgångspunkt i vad som förekommit vid köpeförhandlingarna, och inte vad som stod i köpekontraktet. Målet gällde egentligen talan om skadestånd på grund av att fyllnadsmassan, på grund av sin olämplighet, orsakat skador på byggnaderna. På samma sätt kan andra preliminära uppgifter få betydelse som bakgrund till kontraktet. Dessa kan t.ex. ha lämnats vid *utbudet* eller *marknadsföringen* av en avtalsprestation. Fråga om bindande avtal kommit till stånd prövades i *NJA 1938 s. 617*. Enligt en annons där lärare söktes till en tjänst vid ett småskoleseminarium utfästes vissa löneförmåner, bl.a. hyresbidrag. En lärare sökte och fick tjänsten. Skolan lades ned efter ett antal år och hyresbidraget drogs då in. Läraren yrkade fortsatt utbetalning av hyresbidraget fram till pensioneringen. Landstinget ansåg att hyresbidraget endast utgjort en årligen utbetald extra förmån åt läraren. RR, vars dom fastställdes av HovR och HD, fann att landstinget genom annonsen förbundit sig att utge hyresbidrag fram till lärarens pensionering. Landstinget hade sedan självt bekräftat sin avsikt genom att årligen utbetala bidraget, fram till nedläggningen av skolan.

[106] Se Lehrberg 1994 s. 63 ff. och Adlercreutz 1996 s. 63. I *NJA 1960 s. 586* yrkade Gustav Adolfs kommun ersättning av en änkas dödsbo för hennes vistelse på ett av kommunens ålderdomshem. Någon uttrycklig överenskommelse om vårdersättning hade inte träffats när kvinnan togs in på ålderdomshemmet. Kommunen hade dock som ersättning uppburit kvinnans folkpension. Hon hade emellertid fått behålla sin änkepension. Kommunen hävdade att det var brukligt att vårdkostnaden slutligen betalades efter vårdtagarens död och att detta hela tiden varit underförstått. HD gjorde bedömningen att eftersom kommunen under de sex år som änkan vistats på hemmet låtit henne behålla änkepensionen, utan att vid något tillfälle ta upp frågan om hon skulle betala något utöver folkpensionen, hon hade ägt utgå ifrån att kommunen inte skulle kräva något utöver folkpensionen. Genom sin passivitet ansågs kommunen ha förlorat rätten att göra gällande sin tolkning av det oklara rätttsförhållandet. En inom kommunen tillämpad praxis kunde inte anses ha haft sådan fasthet, att änkan – även om hon haft kännedom om den – på grund därav skulle ha "bort förstå" att kommunen skulle komma att kräva henne eller hennes dödsbo på ytterligare ersättning.

Inom vissa branscher torde den *ena partens standardvillkor* automatiskt bli bindande för den som ingår avtal med ett företag i branschen. Särskilt gäller detta inom branscher med höggradigt standardiserade avtalsvillkor, vilka är underkastade någon form av offentlig kontroll. Så är t.ex. fallet inom bank- och försäkringsväsendet. Det torde även vara av betydelse om villkoren är någorlunda lättillgängliga så att kunden kan ta del av dem. Är de det förutsätts denne också ha tagit del av dem, om det inte är fråga om särskilt tyngande eller överraskande klausuler.[107] Även inom det kommunalrättsliga området är det vanligt att man använder sig av olika standardiserade avtal eller liknande typer av avtalsmallar.

Den *s.k. oklarhetsregeln* innebär att en tolkning av en avtalsklausul sker till nackdel för den part som bär skulden till den eller som borde haft bäst möjligheter att avvärja den, *in dubio contra stipulatorem*. Den innebär också att, om ingen av parterna kan anses ha haft större möjlighet att avvärja bristen, klausulen tolkas till nackdel för den som avfattat densamma.

I ett hovrättsmål[108] prövades ett fall där en kommun till ett par makar sålt mark som med hänsyn till grundförhållandena var mindre lämplig att uppföra byggnader på. Enligt ett avtal mellan kommunen och ett företag utfördes på kommunens bekostnad omfattande reparationer på byggnaden. Delar av detta avtal kom att ingå i en överenskommelse mellan kommunen och makarna, där kommunen friskrev sig från ansvar för markens beskaffenhet men ändå åtog sig ansvaret för kostnader för reparation av skador som berodde på grundförhållandena i den försålda marken. Överenskommelsen innehöll delvis motstridiga uppgifter då kommunen i en avtalspunkt åtog sig det ekonomiska ansvaret för ytterligare pålning eller förborrning, medan det i en annan punkt angavs att makarnas anspråk helt reglerats. Kommunen hävdade därmed att den genom överenskommelse inte hade något ansvar för tillkommande skador på fastigheten. Överenskommelsen hade föregåtts av ett sammanträde där kommunen enligt makarna påtagit sig allt ansvar för uppkomna skador. Makarna ansåg att den skriftliga överenskommelsen skilde sig från vad som överenskommits muntligt och vägrade skriva under. Kommunen ställde då som krav för att reparationerna skulle påbörjas att makarna skrev under överenskommelsen, vilket dessa då gjorde.

När nya skador uppstod begärde makarna att kommunen skulle åtgärda dessa. Kommunen vägrade dock med hänvisning till överenskommelsen. HovR framhöll att innehållet i överenskommelsen måste "fastställas med hänsyn till vad som framkommit om syftet med avtalet och övriga omständigheter som är av betydelse för tolkningen av avtalet" när avtalstexten inte *ut-*

[107] Se Lehrberg 1994 s. 65.

[108] Se Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 1988-06-21 (Mål nr T 130/88).

tryckligen angav att olika punkter i detta hörde ihop. Med hänsyn bl.a. till att texten i överenskommelsen ensidigt utformats av kommunen, borde avtalspunkten anses ha det innehåll som makarna antagit. HovR fann därför att kommunen var ansvarig även för skador som uppkommit efter de tidigare utförda reparationerna. HovR biföll därför makarnas talan och förklarade kommunen ersättningsskyldig för de nya skador som uppstått på den sålda fastigheten.

För kommunernas räkning kan man tänka sig att ett otydligt utformat avtalsvillkor, t.ex. om knytande av avgift till en viss för ändamålet gällande taxa, i likhet med vad som i övrigt gäller enligt standardavtalspraxis, kan tolkas till kommunens nackdel om den innehåller felaktigheter eller brister, eftersom det vanligtvis torde vara den som utformar villkoren eller tillhandahåller avtalen.[109]

Detsamma gäller om den ena parten valt formulär som upprättats av någon annan. Den sistnämnda varianten tillämpas restriktivt och främst på standardavtal.[110] Oklarhetsregeln anses vara mycket svår att tillämpa vid typiska förhandlingsavtal då det kan vara svårt att visa vem som är ansvarig för en viss otydlighet.[111] I 10 § AVLK stadgas att för det fall innebörden av ett avtalsvillkor är oklar så skall villkoret tolkas till konsumentens förmån. En förutsättning är dock att avtalet *inte* har varit föremål för individuell förhandling. Näringsidkaren har vid oklarheter i frågan bevisbördan för att ett avtalsvillkor varit föremål för individuell förhandling.[112]

Från finskt håll har *Wilhelmsson* diskuterat möjligheterna att utveckla en avtalsrättslig jämlikhetsprincip, enligt vilken näringsidkare skulle vara skyldig att behandla kunder och andra avtalsparter på ett jämlikt sätt.[113] Han menar att behovet av en sådan princip bl.a. motiveras av den överföring som skett av offentliga funktioner till marknaden och de allt mer utsuddade gränserna mellan offentligt och privat. Därför argumenterar han för att bl.a. den likhetsprincip som enligt 1:9 RF gäller för det allmänna i förhållande till enskilda, även måste få genomslag i rent privaträttsliga förhållanden i det postvälfärdsstatliga samhället. Eventuellt

[109] I synnerhet i de fall då avgift inte får tas ut utan stöd i taxa torde kravet på tydlighet från kommunens sida vara extra stort. Se även Bohlin, *Kommunala avgifter*, 1984 s. 216.

[110] Se Fohlin 1989 s. 116, Adlercreutz 1993 s. 110, Adlercreutz 1996 s. 99 f. samt Bernitz 1996 s. 50.

[111] Se Grönfors 1989 s. 27.

[112] Se prop. 1994/95:17 s. 100 ff., Lehrberg 1994 s. 86 och Adlercreutz 1996 s. 96.

[113] Se Wilhelmsson, *Avtal och jämlikhet*, 1997 s. 513 f.

skulle 36 § AvtL kunna användas som en inkörsport för en sådan bedömning. Även om jag inte är beredd att fullt ut acceptera Wilhelmssons jämlikhetsprincip är resonemanget onekligen intressant så till vida att offentligrättsliga principer måste avspeglas i bedömningen av uppgifter som överlämnats till den privata sektorn. I synnerhet gäller detta i de fall då det allmänna fortfarande har kvar någon form av inflytande på verksamheten. Men även vid ren privatisering av en uppgift som tidigare utförts av det allmänna kan man tänka sig att vissa regler av offentligrättslig karaktär, t.ex. kontraheringsplikt, blir av betydelse.[114] I enlighet med Wilhelmssons resonemang skulle 36 § AvtL kunna öppna för möjligheten att t.ex. väga in olika offentligrättsliga principer vid bedömningen av de avtal som det allmänna ingått.[115] Dessutom torde det, när bedömningen av avtalet sker i allmän domstol, vara möjligt att även beakta regler som i första hand är tänkta för det offentligrättsliga området när det allmänna är part.

När det gäller tolkning av avtal framhåller *Lehrberg* att det endast i begränsad utsträckning är möjligt att tillgodose speciella *allmänna intressen* – såsom sociala skyddssynpunkter – med tolkningsregler. Detta beror främst på tolkningsreglernas utformning, men även genom att s.k. "dold" avtalscensur sker under tolkningen. De sociala skyddssynpunkterna får i första hand tillgodoses genom *avtalsvillkorslagarna* och *tvingande rättsregler*, vilka har företräde framför en avtalstolkning och som fastställer vissa *miniminormer* för vad avtal skall anses innebära. Jämkningsregler som 36 § AvtL medger i första hand en möjlighet att ändra eller helt bortse ifrån ett *oskäligt avtalsvillkor* i ett konkret avtalsförhållande. Möjligheterna att ta hänsyn till olika rättspolitiska intressen är därmed större vid en utfyllning av avtal. En avtalstolkning bör enligt *Lehrberg* lämna utrymme för att genom *utfyllning* välja den *lämpligaste och rimligaste lösningen*, om det inte föreligger starka skäl för att grunda avgörandet på en avtalstolkning.[116] Ett vidsträckt tillgodoseende av allmänna sociala intressen genom avtalstolkning torde därför strida mot tolkningsreglernas ändamål som ett *instrument i partsautonomins tjänst*. Dessutom skulle en sådan korrigerande tolkning kunna medföra problem i fråga om förutsebarheten.[117]

I motiven till 36 § AvtL framhölls, "att valet av påföljd beror på en

[114] Se även Nybergh 1997 bl.a. s. 228 ff.
[115] Se Wilhelmsson 1997 s. 522 ff.
[116] Se Lehrberg 1994 s. 13.
[117] Se även Lundmark 1996 s. 216–220.

mångfald olika faktorer och att domstolarna bör ha full frihet att välja de lösningar som är mest praktiska och *bäst tillgodoser parts yrkanden*".[118] Vad som är ändamålsenligt eller lämpligt följer av överväganden i det konkreta fallet.[119] Bedömningen av det ändamålsenliga kan endast göras inom de gränser som faktorer som intresseskydd och rättssystemets enhetlighet etc. uppdrar. En domstol får t.ex. inte avgöra ett öppet fall enbart med ledning av vad den anser vara rationellt.[120]

3.4.2 Tolkningsprinciper som aktualiseras när kommunen är avtalspart

Kommunen kan i viss utsträckning sägas ha dubbla roller, då den 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. Vid bedömningen av avtalens innehåll aktualiseras frågan om vilka tolkningsprinciper som skall användas och vilken vikt man skall lägga vid eventuella materiella principer som kan ha utvecklats inom privaträtten eller den offentliga rätten. Alla avtal som ingås mot bakgrund av offentligrättsliga regler måste alltså tolkas med hänsyn till de regler som ligger till grund för det aktuella avtalet.

Den svenska doktrinen har varit ganska tystlåten när det gäller tolkningen av avtal som ingåtts med det allmänna. I Norge och Danmark har dock frågan uppmärksammats till viss del. Inom den norska doktrinen har hävdats uppfattningen att förvaltningsakten i större utsträckning än civilrättsliga avtal och utfästelser skall tolkas *objektivt*, mera strikt utifrån ordalydelsen. Det har därför ibland anförts att avtal med det allmänna skall tolkas enligt samma kriterier, och att man inte skall ta hänsyn till parternas förutsättningar eller vad som föregått förhandlingarna etc.[121]

---

[118] Se prop. 1975/76:81 s. 109. Min kursivering.

[119] *Bernt* anser att tolkningen av utfästelser som innebär eller påstås innebära avtalsmässiga bindningar av offentlig myndighet, kommer vidare att ske i ljuset av i vilken utsträckning det var försvarligt och naturligt med en bindning från det allmännas sida i en konkret situation. Härvid måste man alltid ta hänsyn till det offentligrättsliga regelverket. Se Bernt 1978 s. 462 f. och Bernt 1981 s. 328 ff.

[120] Se även Taxell 1987 s. 94 ff.

[121] Förespråkarna för en sådan princip har i äldre doktrin framförallt varit *Knoph* och *Castberg*, men även i nyare litteratur där *Frihagen* i viss utsträckning verkar i viss mån ha tilltalats av principen om en objektiv tolkning. Se t.ex. Frihagen, *Avtaler og forhåndstilsagn om regulering*, 1989b s. 325 f. och Frihagen 1991 s. 340 f. Någon skillnad i förhållande till privaträttsliga avtal anser han dock inte föreligga eftersom han anser att även dessa i stort sett skall tolkas utifrån ordalydelsen. Jfr även Nordiska juristmötet 1978 s. 374.

Eckhoff och Smith har dock ställt sig avvisande till en sådan princip.[122] Även *Huser* och *Woxholth* konstaterar att det inte föreligger några särbestämmelser vad gäller tolkningen av avtal där det allmänna är part utöver eventuella offentligrättsliga begränsningar som måste vägas in.[123] En objektiv tolkning utgör dessutom ofta bara första steget i en mer omfattande tolkningsoperation, eftersom tolkningen ytterst går ut på att fastställa den gemensamma partsavsikten.[124]

Att kommunen t.ex. väljer att ingå ett köpeavtal i stället för att utnyttja sin möjlighet till expropriation torde inte betyda att tolkningen skall göras på väsentligen 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 tolkas enligt huvudsakligen avtalsrättsliga regler.[125] Skulle avtalsinnehållet tyda på att det allmänna gjort en utfästelse som kan ses som att det allmänna bundit sin framtida myndighetsutövning är det emellertid befogat att göra en helhetsbedömning av avtalet där de offentligrättsliga förutsättningarna till detta utreds. När of-

---

[122] Se Eckhoff & Smith 1997 s. 321 f., vilka i rättspraxis inte finner något stöd för en sådan generell princip, tvärtom hänvisar de bl.a. till rättsfallet *Rt 1975 s. 882*, som uttryckligen tar avstånd från läran om en objektiv tolkning, och *Rt 1957 s. 522*. I det sistnämnda fallet lades stor vikt vid parternas förutsättningar och en enig rätt fann att staten i ett avtal med ett oljebolag hade förpliktat sig att sörja för att företaget inte led någon förlust vid ändring av skattelagstiftningen. Det var visserligen inte någon direkt utfästelse i avtalet som lovade detta, men rätten drog slutsatsen utifrån sammanhanget – särskilt utifrån att avtalet, som ingåtts med Stortingets samtycke, fastslagit särregler om skattemässiga överprisavskrivningar vilka annars skulle verka mot sitt syfte. Det poängterades även att det rörde sig om ett ömsesidigt förpliktande avtal, med rättigheter och skyldigheter från bägge parter. *Bernt* hävdar angående fallen att domstolen anpassat beviskrav och tolkningsmetod utifrån det materiella resultat som önskades uppnås. Se Bernt 1981 s. 111 f.

[123] Se Huser, *Avtaletolking*, 1983 s. 60, s. 399–417 (framförallt s. 409), s. 434, s. 477–483 och s. 547 samt Woxholth 1997 s. 204.

[124] Se Adlercreutz 1996 s. 34 och s. 43. Detta anses gälla även vid tolkning av standardavtal. Se a.a. s. 57.

[125] I *Rt 1975 s. 882*, den s.k. Storsunddomen, hade fast egendom sålts under hot om expropriation. Det förelåg här fråga huruvida det till grund för avtalet låg andra vederlagsberäkningar än vad som var fallet enligt expropriationslagstiftningen. Kommunen hävdade att tolkningen skulle ske objektivt enligt offentligrättsliga principer. En enig rätt avvisade dock denna invändning och fann inget hinder mot att en oklar avtalsklausul kunde tolkas utifrån vad som föregått avtalet, t.ex. genom att se till korrespondensen mellan de blivande avtalsparterna. Det framstår i det här fallet ganska klart att avtalet i första hand rörde civilrättsliga frågor om frivillig överlåtelse och vederlag. Se Bernt 1981 s. 203 f. Se även Madsen 1983 s. 134 f. och Eckhoff & Smith 1997 s. 321 f.

fentligrättsliga möjligheter till en sådan utfästelse saknas torde den enskilde ha rätt till ersättning om avtalet till följd av offentligrättsliga begränsningar inte skulle fullgöras enligt lydelsen. I vart fall torde så vara fallet om den enskilde lagt ned stora summor eller i övrigt skulle få bära en orimligt stor börda i förhållande till det allmänna. Ges däremot en vederlagsfri utfästelse från det allmännas sida, borde inte den privaträttsliga bindningen sträcka sig så långt.[126]

Någon entydig rättspraxis vad gäller tolkningen av det allmännas avtal föreligger, vad jag kunnat finna, inte i de nordiska länderna. Även om förutsättningarna delvis är andra än mellan två enskilda parter torde det enligt min mening vara meningslöst att hävda att avtal som ingåtts av det allmänna *alltid* skulle tolkas enligt en särskild, *objektiv*, metod när det gäller avtal som ingått mellan det allmänna och enskilda.[127] Man måste vid en tolkning begagna sig av de principer för avtalstolkning som vanligtvis gäller. Däremot är det självklart så att man vid tolkningen måste beakta de särskilda förutsättningar för avtalsingåendet som föreligger i och med att det allmänna har en mängd föreskrifter att rätta sig efter, som inte blir aktuella när enskilda ingår avtal med varandra. Rör det sig t.ex. om ett eventuellt kompetensöverskridande är det naturligt att de offentligrättsliga regler som reglerar den aktuella kompetensfrågan beaktas vid godtrosbedömningen i allmän domstol. Den här principen tillämpas ju även inom den rena förmögenhetsrätten, där det i vissa situationer kan föreligga särskilda bestämmelser som reglerar förutsättningarna för parternas mellanhavande.[128] Någon skillnad i det avseendet föreligger därför inte i förhållande till vanliga tolkningsregler. Det centrala blir i stället vilka omständigheter som måste beaktas i det enskilda fallet – om *vad* kan det allmänna enligt offentligrättsliga regler, med bindande verkan, ingå avtal

[126] Jfr Madsen 1983 s. 140 f.

[127] Det är enligt *Grönfors* inte möjligt att under svensk rätt uppställa någon enhetlig lära om avtalstolkning. "*En normativ svensk avtalstolkningslära måste vara differentierad.* Ty olika typer av avtal måste tolkas enligt skilda principer med hänsyn tagen till själva uppbyggnaden." Se Grönfors 1989 s. 36.

[128] Eftersom det är oklart hur långt den avtalsrättsliga regleringen sträcker sig vid avtal med det allmänna och i hur stor utsträckning bundenhet uppstår, kan detta leda till att myndigheterna inte skriftligen vill precisera förpliktelser i avtalet. Den enskilda kontrahenten har därför i en efterföljande tvist svårt att nå framgång med påståenden om att myndighetens förpliktelse skulle gå längre än vad ordalydelsen anger. Det skulle i de här fallen vara en fördel för det allmänna om en tolkning gjordes enligt ordalydelsen. För att fastställa avtalsinnehållet måste även de förhandlingar som ägt rum mellan parterna och övriga omständigheter vid avtalsingåendet beaktas.

och *vilka civilrättsliga rättsverkningar* får ett avtal?

Det är dock närmast omöjligt att göra långtgående generaliseringar då de avtal som ingås med det allmänna sinsemellan är alltför olika för att kunna behandlas på ett och samma sätt. Ett gemensamt drag hos alla dessa avtal är dock, att de i större eller mindre utsträckning har inslag av offentlig rätt. Det allmännas skyldighet att prestera i enlighet med avtalet torde alltså behöva bedömas utifrån hur stort det offentligrättsliga inslaget i avtalet egentligen är och om det allmänna haft möjlighet att inskränka sin normgivningsrätt på området. Har det allmänna haft en valmöjlighet mellan att ingå ett avtal om att ensidigt fatta ett beslut torde detta leda till en bundenhet enligt avtalets lydelse. Skall sådana 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.[129]

I enlighet med vad *Lehrberg* anför torde det vara lämpligast att fylla ut ett avtal med de regler som t.ex. skulle motivera olika typer av offentligrättsliga ställningstaganden eftersom en avtalstolkning huvudsakligen syftar till att utifrån avtalet fastställa ett visst avtalsinnehåll. Genomgående är därför att det måste göras en helhetsbedömning av de avtal som det allmänna ingår, där utfyllande regler i form av offentligrättsliga principer eller handelsbruk ofta kan komma att ha företräde framför en tolkning av avtalsinnehållet. All tolkning kan i viss utsträckning sägas utgöra helhetsbedömningar där olika element gör sig gällande med varierande styrka,[130] men motsättningarna kan bli extra tydliga när även offentligrättsliga principer måste beaktas.[131] 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, sätter den t.ex. gränsen eller utrymmet för vad som kan avtalas.[132]

Om inte offentligrättsliga bestämmelser begränsar möjligheterna har det allmänna möjlighet att välja på vilket sätt en situation skall regleras. Har ett avtal ingåtts i kommunens *privaträttsliga* eller *oreglerade verksamhet*

[129] Se bl.a. Frihagen 1991 s. 339 f. och Frihagen 1989b s. 325 ff.

[130] Se Taxell 1997 s. 99.

[131] Se även Bryde Andersen 1995 s. 96.

[132] 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 1965 s. 471.

torde det i regel bli fråga om en tolkning av avtalsinnehållet, om inte ett visst handelsbruk eller begränsande offentligrättsliga principer leder till att en utfyllning måste göras. 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 offentligrättsliga begränsningar som kan inverka, men själva tolkningen kan ske med utgångspunkt i allmänna avtalsrättsliga principer i allmän domstol. Även om en förvaltningsrättslig prövning kan göras om någon utövat illojal maktanvändning torde allmän domstol vid tolkning av en avtalssituation, även kunna göra en bedömning av frågan om oskälighet vid avtalets tillkomst därmed anses föreligga med stöd av 36 § AvtL. Har det allmänna valt att utnyttja möjligheten att ingå avtal är det därför också rimligt att vikt läggs vid privaträttsliga möjligheter till prövning av avtalet. Allmän domstol torde också ha bäst förutsättningar till en allsidig bedömning eftersom den har möjlighet att även beakta offentligrättsliga regler och principer.[133]

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 offentligrättsliga regelverket. Det finns inom ramen för utfyllning eller allmänna tolkningsprinciper stora möjligheter för att beakta offentligrättslig lagstiftning och offentligrättsliga principer vid bedömningen av avtal mellan det allmänna och enskilda. Även i de situationer då ett avtal ingåtts på grundval av den kommunala kompetensen inom ramen för kommunens fria skön, måste man beakta de offentligrättsliga begränsningar som kan inverka, även om själva tolkningen görs enligt avtalsrättsliga tolkningsprinciper och av allmän domstol. Även om allmän domstol vid tolkning av en avtalssituation endast vid grova överträdelser av offentligrättsliga regler skulle uttala sig om den *förvaltningsrättsliga giltigheten*, torde den kunna göra en bedömning av frågan om oskälighet vid avtalets tillkomst föreligger enligt AvtL. Det torde vara av vikt att allmän domstol vid tolkningen gör en helhetsbedömning av det avtal som ingåtts, där såväl offentligrättsliga regler och principer som privaträttsliga regler vägs in i erforderlig utsträckning.

[133] Det faller sig rätt naturligt att man vid en tolkning av de avtal som ingåtts mot bakgrund av offentligrättsliga regler även måste beakta de rättsskyddsprinciper som anknyter till dessa vid en tolkning, även om de avtalsrättsliga reglerna i de flesta fall troligen skulle ge ett ganska gott skydd för den enskilde. Jfr dock *Stridbeck* som ställt frågan om inte ett tillämpande av enbart civilrättsliga regler kan slå tillbaka på konsumenterna om t.ex. staten eller andra starka parter önskar bryta ett avtalsförhållande på grund av ändrade förhållanden. Se Stridbeck 1993–94 s. 168 not 57.

Vid den allmänna domstolens prövning av avtalets rättsverkningar torde ett flertal offentligrättsliga 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 avtalsingåendet måste det beaktas om kommunen utnyttjat sin maktposition genom att i avtalet uppställa ogiltiga villkor som motprestation för myndighetsutövning. Brott mot offentligrättsliga 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. Kapitel 4 till och med 8 behandlar de offentligrättsliga regler och principer som i dessa situationer kan ligga till grund för den allmänna domstolens bedömning.

3.5 Sammanfattande kommentar

Den *traditionella avtalsrätten* utgör genom privatautonomin 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.

Genom välfärdsstatens framväxt har det, för att skydda en svagare avtalspart mot oskäliga avtalsklausuler, i avtalslagen och konsumenträttslig lagstiftning införts regler byggda på sociala ställningstaganden. Dessa inskränkningar begränsar i viss utsträckning avtalsfrihetens område genom att förbjuda eller begränsa verkningarna av vissa avtal eller avtalsvillkor.

Under det senaste decenniet har nedskärningar gjorts i flera välfärdsstatliga arrangemang och alternativ har uppkommit i form av privatiseringar av tidigare offentligt tillhandahållen service. Då dessa funktioner

i allt större omfattning kommit att ombesörjas av enskilda har läran om social civilrätt anförts som ett sätt att föra över välfärdsstatens ideologi på det civilrättsliga området. Teorin får dock ses som ett de lege ferenda-argument för att *utveckla välfärdssamhället*, där välfärdsideologin är av avgörande betydelse för synen på samhällets och därmed rättens utveckling. Inom ramen för gällande rätt är det svårt att motivera att sådana sociala aspekter, utöver vad som skett genom lagstiftning, ges något större utrymme inom avtalsrätten.

När kommunala myndigheter 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 därför förhållandet bedömas utifrån såväl offentligrättsliga som avtalsrättsliga regler. En inledande fråga gäller kompetensen att ingå avtal, där det kommunalrättsliga regelverket sätter gränserna för vad som är rättsligt möjligt. Om kommunen överskridit sin kompetens kan beslutet att ingå ett visst avtal förklaras ogiltigt efter en laglighetsprövning av beslutet. En fråga som har starka privaträttsliga inslag är dock hur man skall se på förhållandet att företrädare för kommunen överskridit sin kompetens att ingå avtal, dvs. ett i sig giltigt avtal har ingåtts av fel företrädare. Analysen måste ta sin utgångspunkt i de offentligrättsliga författningarna när det gäller att fastställa *vem* som har kompetens att ingå avtalet och *vilka* rättsverkningar som kan följa av eventuella kompetensöverskridanden. Vid frågor om ersättningsskyldighet till följd av det upphävda beslutet, kan avtalsrättsliga godtrosregler komma att spela en stor roll för bedömningen.

Genom att precisera förutsättningarna för ett avtals uppkomst, och bedöma dess effekter, kan man på det civilrättsliga området vanligtvis fastslå att *om* ett avtal ingåtts *så* har bundenhet uppstått mellan parterna. Enligt den här *partsbindningsfunktionen* är ett avtal bindande för parterna utan att detta behöver särskilt uttryckas i avtalet. 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 av-

talsvillkoren eller utan gottgörelse kan dra sig ur ett avtalsförhållande. Även när det gäller det allmännas avtalsingående måste *huvudregeln* anses vara att bundenhet uppstått mellan parterna.

Genom normgivningsmakten har dock det allmänna vissa möjligheter att ändra förutsättningarna för avtal som ingåtts. Rent konkret innebär detta att det allmänna genom lagändring kan upphäva grunderna för ett avtal, eller genom ändring av taxa ändra ett avtalat vederlag, på ett sätt som inte är möjligt mellan enskilda avtalsparter. Detta innebär att den bundenhet som normalt följer av ett avtal inte alltid framträder lika starkt vid det allmännas avtalsingående. Frågan blir därför vilka möjligheter det allmänna till följd av sin normgivningsmakt har att ensidigt ändra förutsättningarna för ett avtal.

För det fall tvång utövats vid avtalsingåendet eller om det allmännas styrkeposition medför att den enskilde befinner sig i en underlägsen position kan dessutom avtalslagens ogiltighets- och jämkningsregler aktualiseras.

Genomgående för de avtal som ingås av det allmänna är att en helhetsbedömning måste göras av de regler som ligger till grund för det aktuella avtalet. Om en offentligrättslig regel ligger till grund för ett avtal sätter den gränsen eller utrymmet för vad som kan avtalas. Möjligheterna att ta hänsyn till olika offentligrättsliga regler torde i första hand tillgodoses vid en utfyllning av avtalet, där offentligrättsliga principer eller handelsbruk ofta kan komma att ha företräde framför en tolkning av avtalsinnehållet. Utrymmet för att beakta det offentligrättsliga regelverket torde vara mindre vid en avtalstolkning till följd av att en sådan utgör ett instrument i partsautonomins tjänst, som huvudsakligen syftar till att *utifrån avtalet* fastställa ett visst avtalsinnehåll. Man kan sålunda vid en utfyllning välja den *lämpligaste* och *rimligaste* lösningen, om det inte föreligger starka skäl för att grunda avgörandet på en avtalstolkning.

Kapitel 4

Offentlig förvaltning och offentligrättsliga principer

I RF görs skillnad mellan två typer av offentliga organ. Den ena är de *s.k. beslutande församlingarna*, dvs. riksdagen, kommun- och landstingsfullmäktige etc. Den andra typen utgörs av *myndigheterna*. Dessa är regeringen, domstolarna och förvaltningsmyndigheterna.[1] De kommunala organ som faller in under begreppet förvaltningsmyndighet, och därmed faller under förvaltningslagen (1986:223), FL, utgörs av olika nämnder med tillhörande förvaltningar. Den *offentliga förvaltningen* låter sig inte definieras utan vidare, men utgörs i regel av den verksamhet som bedrivs i förvaltningsmyndigheternas regi, och de förvaltningsuppgifter som såväl regering som riksdag samt de övriga uppräknade organen har att fullgöra.[2] Slutligen kan förvaltningsuppgifter enligt 11:6 3 st. RF överlämnas till enskilda fysiska eller juridiska personer. Det är således svårt att dra en markant gräns mellan enskild och offentlig verksamhet. Offentlig förvaltning används enligt *Marcusson* som ett *funktionellt* begrepp som syftar på en *verksamhets art*. Det gör att såväl formella myndigheter som formellt privaträttsliga subjekt kan innefattas i begreppet.[3]

Allt som förvaltningsmyndigheterna ägnar sig åt går dock inte att hänföra till offentlig förvaltning i materiell mening. Förvaltningsmyndigheterna kan ju inom ramen för sin verksamhet hyra ut fastigheter, anställa personal, köpa eller sälja egendom, driva affärsverksamhet etc. – dvs. 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 uppdragsgi-

---

1 Se prop. 1973:90 s. 232. Se även Hellners & Malmqvist 1995 s. 39.

2 Även domstolarna utövar viss förvaltningsverksamhet vid sidan av den dömande verksamheten, t.ex. inskrivnings- och lagfartsärenden osv.

3 Se Marcusson 1996a s. 64.

varna, medborgarna. De offentligrättsliga spärrarna och kontrollreglerna skall därvid garantera att verksamheten sköts på ett acceptabelt sätt.[4]

Det föreligger några drag som är särskiljande för det allmänna och som kan behöva beaktas när det allmänna agerar som avtalspart; myndighetsutövning, normgivningsmakten, det allmännas avgifts- och beskattningsrätt samt de offentligrättsliga principer som på olika sätt skall skydda den enskildes intressen. Först skall dock något sägas om vad som utgör det allmännas faktiska handlande och vad ärendehandläggning innebär.

4.1 Ärendehandläggning, beslutsfattande och faktiskt handlande

I den förvaltningsrättsliga doktrinen brukar åtskillnad göras mellan å ena sidan den verksamhet hos myndigheterna som kan hänföras till deras beslutsfattande, dvs. *handläggningen av ärenden*, och å andra sidan *s.k. faktiskt handlande*. Ärendehandläggningen omfattar allt som förekommer i ett ärende hos myndigheten, från det att en sak anhängiggörs tills dess frågan avgörs och beslut meddelas. Kännetecknande för ett beslut är att det innehåller ett uttalande, varigenom en myndighet önskar påverka andra förvaltningsorgans eller enskilds handlande. Om man försöker sig på en definition av begreppet förvaltningsbeslut kan detta enligt *Wennergren* sägas bestå "av dels ett klarläggande av gällande föreskrifters innebörd, dels en redogörelse för hur beslutsfattaren uppfattar de faktiska omständigheterna i fallet och hur han då gör sin bevisvärdering, dels vilka föreskrifter som enligt hans bedömning skall tillämpas på fallet och hur de skall tillämpas och dels resultatet i form av en beslutskläm, som sammanfattar resultatet av tillämpningen".[5]

Faktiskt handlande kan däremot vara av de mest skiftande slag, såsom kraftverksbyggande, järnvägsdrift, undervisning eller utförande av en operation.[6]

Det finns ingen tydlig gräns mellan ärendehandläggning och faktiskt handlande, tvärtom är det så att det ofta kan vara svårt att skilja den ena typen av verksamhet från den andra. Bakom de flesta faktiska åtgärder finns också någon form av beslut. Det faktiska handlandet syftar nämligen ofta till att genomföra ett fattat beslut. Ibland kan dock avståndet

---

[4] Se även prop. 1971:30 s. 334, Kaijser, *Om "kommunal förvaltning genom avtal"*, 1972 s. 74 och Marcusson 1989 s. 62.

[5] Se Wennergren, *Offentlig förvaltning. Norm – beslut – delegation – tillsyn*, 1994 s. 126.

[6] Se även Ragnemalm 1992 s. 13 f.

mellan de två begreppen minska i så stor utsträckning att det till slut blir försumbart. Man kan i dessa situationer tala om konkludenta beslut. Beslut och handling har här smält samman, vilket t.ex. är för handen när en läkare vid en akut situation genomför tvångsmedicinering av en patient som är föremål för psykiatrisk tvångsvård eller vid en polismans omhändertagande av en berusad person.[7]

Distinktionen blir av vikt bl.a. vad gäller uppgifter som läggs ut på entreprenad. I regel är det faktiskt handlande som entreprenören ägnar sig åt, dvs. den dagliga skötseln av förskole- och äldreomsorgsverksamhet etc. Beslutsfattandet är i huvudsak inskränkt till vad den löpande verksamheten kräver, medan ärendehandläggning och myndighetsutövning ligger kvar hos kommunen i dess egenskap av huvudman. Den överlåtna faktiska verksamheten kan därmed också sakna olika rättssäkerhetsgarantier i förhållande till vad som t.ex. gäller för myndighetsutövning.

Indelningen kan också bli av betydelse när det gäller att bedöma vad som utgör myndighetsutövning och som därmed kan överlåtas till enskild enligt t.ex. 11:6 3 st. RF, 3:16 KL och 4 § 3 st. SoL m.fl. lagrum. Det torde generellt vara så att det i stor utsträckning endast är faktiskt handlande som kan utföras av enskild utan särskilt lagstöd.

4.2 Myndighetsutövning

4.2.1 Närmare om begreppet myndighetsutövning

Termen myndighetsutövning förekommer vid såväl ärendehandläggning – t.ex. enligt skadeståndslagen och brottsbalken – som faktiskt handlande där en myndighet ensidigt och med bindande verkan bestämmer något i förhållande till enskild.[8] I FL ställs särskilda krav på handläggningen av ärenden som avser myndighetsutövning.[9]

---

[7] Se Ketscher, *Offentlig børnepasning i retlig belysning*, 1990 s. 375 f. och Rynning 1994 s. 41.

[8] Se närmare bl.a. SOU 1994:139 s. 271–281, Strömberg, *Myndighet och myndighetsutövning*, 1972 s. 248–253, Bramstång 1988 s. 221 ff., Marcusson 1989 s. 178–190, Bengtsson, *[Anmälan av Marcusson, L.,] Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 1990–91 s. 340, Sahlin, *Något om myndighetsutövning inom hälso- och sjukvården*, 1991 s. 308–313, Rynning 1994 s. 41, Hellners & Malmqvist 1995 s. 150 ff. och Strömberg 1997a s. 19 ff.

[9] 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. Se även Bramstång 1988 s. 220 f.

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 förarbetena[10] 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 offentligrättsliga 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 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. Ärenden som uteslutande avser råd eller upplysningar skall dock inte omfattas av lagens speciella bestämmelser.[11]

Möjligheten att *ensidigt* fatta *beslut* kan sägas vara ett framträdande drag

---

[10] Se prop. 1971:30 s. 330 ff. Se även Marcusson 1986 s. 16 samt Thunved, *Privatisering av socialtjänsten*, 1993 s. 13.

[11] Enligt ett förslag till lagändring föreslås att det i 3:3 SkL införs bestämmelse om att det allmänna skall ersätta ren förmögenhetsskada som vållas genom felaktig myndighetsinformation, om det med hänsyn till omständigheterna finns *särskilda skäl*. Vid bedömningen av om särskilda skäl föreligger föreslås att upplysningarnas eller rådens *art*, deras *samband med myndighetens verksamhetsområde* och *omständigheterna när de lämnats* särskilt skall beaktas. Föredraganden anför att något generellt krav på att informationen skall ha lämnats vid myndighetsutövning fortsättningsvis inte bör gälla. Däremot skall informationen ha lämnats av en myndighet. Något skadeståndsansvar aktualiseras därför inte när felaktig information lämnats – eller myndighetsinformation vidarebefordrats – av en organisation eller ett företag som fått myndighetsuppgifter delegerade till sig. Se prop. 1997/98:105 s. 30–39, s. 60–63 och s. 84 f.

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.[12] 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.[13] I 11:6 3 st. 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.[14]

Kommittén för översyn av det allmännas skadeståndsansvar konstaterar i sitt betänkande att begreppet myndighetsutövning är så komplicerat och mångfasetterat att någon slutgiltig heltäckande definition av begreppet sannolikt aldrig kommer att kunna ges. Kommittén anser dock att det enligt förarbeten, doktrin och praxis finns *sex urskiljbara kännetecken* vilka de sammanfattar enligt följande.[15]

1 Det skall vara fråga om en åtgärd som *avgörs ensidigt* av det allmännas företrädare.
2 Åtgärden skall komma till stånd och få rättsverkningar i kraft av *offentligrättsliga regler.*
3 Åtgärden skall direkt få, eller i vart fall kunna leda till, bestämda *rättsverkningar* av positiv eller negativ innebörd för den enskilde. Det krävs däremot inte att åtgärden utmynnar i ett bindande beslut.

---

[12] Jfr Ragnemalm 1992 s. 11 f.

[13] Se Marcusson 1993 s. 57.

[14] Se särskilt Marcusson 1989 s. 172 ff. Se även Bramstång 1988 s. 221, Ragnemalm, *Regeringsformen 11:6 – Överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt*, 1976a s. 142 och Ragnemalm, *En diskret grundlagsändring*, 1976b s. 296. Begreppet myndighetsutövning finns även i 11:7 RF där förvaltningsmyndighetens självständighet markeras. Enligt uttalanden i förarbetena betyder begreppet myndighetsutövning här detsamma som i ÄFL. Se prop. 1973: 90 s. 397 samt prop. 1975/76:209 s. 165.

[15] Se SOU 1993:55 s. 84 f.

4 Åtgärden skall, åtminstone i sin förlängning, vara uttryck för *det allmännas maktbefogenheter* gentemot den enskilde.
5 Åtgärden skall vidtas av ett rättssubjekt som därvid intar en offentlig *monopolställning* på så sätt att ingen enskild kan vidta samma åtgärd med motsvarande verkan.
6 Den enskilde, mot vilken åtgärden riktas, skall inta en *beroendeställning* i förhållande till det allmänna. (Denna har sin grund i förhållandena enligt punkterna 1–5 ovan.)

Begreppet myndighetsutövning har enligt lagstiftaren i vissa fall ansetts ha samma betydelse inom olika delar av lagstiftningen.[16] Kommittén tillägger dock att de här uppräknade kriterierna passar bäst på situationer där myndighetsutövningen har formen av beslut.[17] Som nämndes ovan kan dock begreppet omfatta både ärendehandläggning och faktiskt hand-

[16] Se t.ex. prop. 1972:5 s. 311 f., prop. 1973:90 s. 397 och prop. 1975:78 s. 142. Se även Ragnemalm 1992 s. 30.

[17] Det faktum att det allmänna i egenskap av arbetsgivare ingått ett avtal med enskild utesluter inte att myndighetsutövning kan förekomma i ärenden med anknytning till avtalsförhållandet. Ett exempel är det arbetsrättsliga området där kommunala personalärenden numer anses vara reglerade i kollektivavtal, till skillnad från den statliga sidan där utgångspunkten ansetts vara att motsvarande frågor i stor utsträckning är reglerade i offentligrättslig ordning. Medan ärenden som rör lönefrågor etc., faller utanför begreppet myndighetsutövning, omfattas däremot ärenden om tjänstetillsättning eller om disciplinansvar. Detsamma gäller vissa ärenden – som i och för sig kan bli föremål för en avtalsreglering, t.ex. bestämmande av traktamentsersättning vid utlandsresa – där myndigheten fattar ett ensidigt beslut i saken, på grund av att något kollektivavtal ännu inte har träffats. Myndigheten måste dock grunda sin rätt att bestämma i ett ärende på författningsstöd. Skulle myndigheten grunda sin bestämmanderätt över ett förhållande på ett kollektivavtal, blir de bestämmelser i förvaltningslagen som gäller myndighetsutövning inte tillämpliga. Se Hellners & Malmqvist 1995 s. 152, Andersson 1996 s. 71–74 och Paulsson m.fl. 1997 s. 31–34 samt i dessa arbeten anvisad litteratur. Se även prop. 1971:30 s. 332 och det ovan nämnda fallet AD 1985 nr 129. Jfr även Göransson, *Betydelsen av begreppet myndighetsutövning inom arbetsrätten*, 1991–92 s. 621. Se även ovan avsnitt 3.1.1 not 34.

lande. Vid faktiskt handlande kan således de angivna kriterierna behöva modifieras något.[18]

Inom straffrätten används begreppet myndighetsutövning för att bestämma det straffbara området för brotten tjänstefel och grovt tjänstefel enligt 20:1 BrB.[19] I 3 kap. SkL avgränsar begreppet myndighetsutövning tillämpningsområdet för 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.[20] 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.[21]

---

[18] Se Marcusson 1989 s. 227. *Wennergren* framhåller att *myndighetsutövning* utgörs av föreläggganden, förbud, omhändertaganden, föreskrifter, förordnanden, order, direktiv, förpliktande, berättigande, veto, tjänstetillsättning, rekvisition, beslag, konfiskation, expropriation, bestraffning, disciplinär påföljd, återkallelse, legitimation, auktorisation, tillstånd och dispens medan behandling av remissärenden, förslag om tjänstetillsättning, serviceverksamhet, affärsverksamhet, undervisning, sjukvård, fastighetsförvaltning, förhandling och avtal räknas som *annan förvaltningsutövning*. Se Wennergren, *Handläggning*, 1996 s. 24. *Marcusson* konstaterar att begreppet myndighetsutövning ingalunda är synonymt med maktutövning eller med alla former av verksamhet som utövas av myndigheter. Se Marcusson, *Mot en ny kommunalrätt*, 1992 s. 140.

[19] Se prop. 1975:78 s. 180 och prop. 1988/89:113 s. 12 ff. Se även Holmberg m.fl., *Brottsbalken. En kommentar. Del II*, 1998 s. 405–414 och där anförd praxis och litteratur.

[20] Se prop. 1972:5 s. 311 f., s. 498 ff. och prop. 1989/90:42 bl.a. s. 10.

[21] Se även SOU 1993:55 s. 69 f. Se även *Bengtsson* som anser att det skärpta ansvaret enligt 3:2 SkL stämmer väl mot de allmänna principer som finns inom avtalsrätten. "Inte sällan kan man tala om ett avtalsliknande förhållande mellan myndigheter och allmänhet, särskilt vid serviceverksamhet från det allmännas sida. Det förefaller emellertid ha varit främmande för både lagstiftare och domstolar att på den grunden skärpa det allmännas ansvar, när inte reglerna om myndighetsutövning blivit tillämpliga. Här finns visserligen anledning att påpeka möjligheten till en sådan rättsutveckling, men det finns knappast stöd för den vare sig i lagmotiv eller rättspraxis." Se Bengtsson, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, 1996 s. 40, se även Bengtsson 1976 s. 87 ff. Enligt *NJA 1989 s. 191* förelåg skadeståndsansvar för staten enligt 3:2 SkL på grund av skada som uppstått på en av kronofogdemyndigheten omhändertagen båt, trots att vården av densamma överlämnats till ett privat subjekt. Vården ansågs dock ha utövats för statens räkning som *ett led i dess myndighetsutövning*.

Medan termen myndighetsutövning enligt förvaltningslagens definition är *formell*, tolkas begreppet straff- och skadeståndsrättsligt mer *funktionellt*. Konsekvenserna av att förvaltningsuppgift överlämnats varierar alltså beroende på vad som stadgas enligt den lagstiftning enligt vilken överlämnandet skett, när det t.ex. gäller förvaltningslagens och offentlighetsprincipens tillämplighet. 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.[22]

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. Vid avtalsingående anses nämligen den enskildes rätt vara skyddad av *civilrättsliga bestämmelser* och genom möjligheterna att väcka talan vid allmän domstol.[23] 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 eller överenskommelser.[24]

I slutbetänkandet från ämbetsansvarskommittén slås fast att det *inte* är fråga om myndighetsutövning när det allmänna uppträder som köpare, arbetsgivare etc. och tillvaratar sina intressen genom att med stöd av avtalsvillkor avkräva motparten något. 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 enligt kommittén *själva rätten att träffa avtal* vara reglerad i författning på ett sådant sätt att ett felaktigt förfarande från det all-

---

[22] Se Marcusson 1996a s. 66.

[23] Som exempel på situationer där det inte varit fråga om myndighetsutövning kan bl.a. nämnas ett fall där statens avtalsverk fattat beslut om tjänstemans stationeringsort. Beslutanderätten reglerades i kollektivavtal mellan staten och arbetstagarorganisation och tillkom därför verket enligt detta och följde alltså inte av offentligrättslig författningsbestämmelse, *JO 1974 s. 519*. Det ansågs heller inte vara myndighetsutövning i ett fall där SJ meddelat beslut i en tvist om ersättning i anledning av att en cykel försvunnit under en järnvägsresa. Beslutet ansågs inte vara grundat på offentligrättsliga normer utan befanns i stället gälla tillämpning av fraktavtal, *JO 1977/78 s. 410*.

[24] Se prop. 1971:30 s. 331 f. och SOU 1968:27 s. 139. Se även SOU 1993:55 s. 71, Staedler 1983 s. 14, Hellners & Malmqvist 1995 s. 151 och Strömberg 1997a s. 20. För norskt vidkommande se bl.a. Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, 1997 s. 93 f. och s. 509.

männas sida kan vara att bedöma som oriktig myndighetsutövning. Som exempel nämns gällande inskränkningar för en kommun att avhända sig fast egendom eller brott mot upphandlingsbestämmelserna. 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. "I gränsområdet mellan myndighetsutövning och avtalstillämpning måste ytterligare observeras, att man stundom med termer som avtal, överenskommelser etc. betecknar rättsförhållanden mellan det allmänna och enskilda, som ej är av privaträttslig natur utan närmast bör beskrivas som förvaltningsrättsliga. Ges ej *i författning* besked om några särskilda s.a.s. *förvaltningsrättsliga rättsverkningar* av ett avtal bör detta bedömas med utgångspunkt från *civilrättsliga regler*. Med denna utgångspunkt kan stundom befinnas att ett s.k. avtal över huvud taget ej kan hävdas med rättsliga medel."[25] Kommittén anför vidare att även om en enskild frivilligt ingår ett avtal vilkas rättsverkningar *vilar på offentligrättsliga rättsregler*, så utövar det allmänna egentligen myndighet vid beslutet att ingå avtalet. 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.

Enligt *Ragnemalm* framträder förankringen i offentligrättsliga 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 myn-

[25] Se SOU 1972:1 s. 131 f. Min kursivering. 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 avvisade 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".

dighetsutövning, utan här gäller civilrättens regler".[26] På civilrätten baserade beslut om ingående eller tillämpning av avtal och offentligrättsligt 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.[27]

Ärenden som rör det allmännas upphandling, affärsverksamhet, egendomsförvaltning och andra privaträttsligt reglerade mellanhavanden berörs således inte av de regler i FL som bara är avsedda att gälla myndighetsutövning.[28] Däremot har reglerna om jäv ansetts kunna aktualiseras.[29]

---

[26] Se Ragnemalm 1992 s. 31. Min kursivering. Som stöd för sitt påstående åberopar Ragnemalm *JO 1979/80 s. 334* vilket rörde ärende om dokumentation och kommunicering av muntliga upplysningar i upphandlingsärende, respektive *JO 1979/80 s. 514*, vilket berörde myndighets skyldighet att höra samerna vid nyttjanderättsupplåtelse inom renskötselns åretruntmarker (se särskilt s. 524). 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 glesbygdsstöd 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.

[27] Se Ragnemalm 1992 s. 32 f.

[28] Se Hellners & Malmqvist 1995 s. 151. 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 allmännas 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." Se prop. 1972:5 s. 501. Se även Strömberg 1972 s. 249.

[29] 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.

4.2.2 Myndighetsutövning och privaträttsligt handlande inom kommuner

Funktionellt skiljer man inom kommuner mellan myndighetsutövning, andra offentliga förvaltningsuppgifter samt kommuns agerande som juridisk person i privaträttsligt handlande.[30] Vad gäller kommunal myndighetsutövning så anses sådan förekomma främst i nämndernas verksamhet på det s.k. 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 äldreomsorgsplats enligt SoL eller beslut om tvångsvård enligt LVU och LVM.[31] 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 § 3 st. SoL. Vid handläggningen av kommunala ärenden som innefattar myndighetsutövning skall de förfaranderegler som gäller enligt FL tillämpas i de flesta fall.[32]

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.[33] 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.[34] Även

---

[30] Se Marcusson 1992 s. 141. Se även Björkman & Riberdahl, *Det kommunala förtroendeuppdraget*, 1997 s. 39 f.

[31] 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 1984 s. 142 och Hallgren m.fl. 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.

[32] Se även Björkman & Riberdahl 1997 s. 43–46.

[33] Se Marcusson 1993 s. 57, vilken bl.a. hänvisar till JO 1988/89 s. 400.

[34] Se t.ex. *NJA 1988 s. 26*, det s.k. Gullspångsmålet, där kommunstyrelses 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.

JO har vid några tillfällen gjort uttalanden om innebörden av begreppet myndighetsutövning inom kommunal förvaltning.[35] Om inte någon särskild ordning föreskrivits avseende utförandet av kommunal angelägenhet, får denna överlåtas till enskild enligt 3:16 KL. I likhet med 11:6 3 st. 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, e contrario, 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 kommuninnevånare 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.[36]

Man skulle *generellt* kunna tänka sig att gränsen mellan offentligrättsliga 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 vara möjligt att reglera genom avtal utan stöd av lag. Även om man finner att det inte rör sig om myndighetsutövning så kan dock andra offentligrättsliga hänsyn behöva tas. 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 offentligrättsliga regelverket och som kan inverka på ett avtalsförhållande. Även dessa kan vara av stor betydelse för tolkningen av det allmännas avtal.

---

[35] 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.

[36] Se Westerhäll, *Överlämnande av förvaltningsuppgifter till enskilda rättssubjekt inom några socialrättsliga ansvarsområden i Sverige*, 1991 s. 372. Jfr vad som nedan sägs om kommunala taxor och avgifter.

4.3 Normgivningsmakten

4.3.1 Generella normer och riktlinjer

Ordet *normgivning* används som en "heltäckande" term för stiftandet av lagar och andra förordningar, dvs. 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. Relationen mellan det allmänna och de enskilda behöver inte nödvändigtvis utgöra en pålaga, det kan lika gärna vara fråga om att tillförsäkra medborgarna sociala rättigheter. Genom lagstiftningen kan även fastslås att enskilda erhåller kompetens att på vissa områden, helt eller delvis, själva reglera sina mellanhavanden. Även när det gäller privaträttsliga relationer har lagstiftaren stora möjligheter att värna områden som anses vara skyddsvärda eller viktiga ur bl.a. ideologisk synpunkt. Som exempel kan nämnas skyddet för svagare part; arbetstagare, hyresgäster, konsumenter m.fl.

Det som skiljer normgivningsmakten från 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.[37] 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.[38]

Enligt regeringsformen 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. Den kan i vissa fall också överlämnas till förvalt

[37] Se även prop. 1975/76:112 s. 33 ff. och s. 62 f.

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

ningsmyndigheter[39] och kommuner, 8:11 RF. Delegation av normgivningsmakt till enskilda är däremot principiellt utesluten.[40]

4.3.2 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.[41] 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 a 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, sotningsavgifter och hamnordningar. Exempel på icke tvångsmässiga offentligrättsliga avgifter är sjukvårdsavgifter och avgifter för sociala tjänster. Vad gäller avgifter av mer privaträttslig typ – t.ex. elavgifter – anses inte lagstöd behövas utöver KL:s allmänna kompetensregel. Kommunallagens stadganden innebär att kommunerna får besluta om storleken av den kommunala utdebiteringen för sina medlemmar. I övrigt är det riksdagen som reglerar skattebestämmelsernas innehåll.[42]

---

[39] 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.

[40] Stadgandet i 11:6 3 st. RF talar om *förvaltningsuppgift* som kan lämnas till enskild och gäller således inte normgivningen. Vad gäller situationen i Norge, se Backer, *En utvikling i delegasjonslæren?*, 1986 s. 55–67.

[41] Se bl.a. KL, kommunalförbundslagen (1985:894) och olika speciallagar som t.ex. SoL och PBL.

[42] Se Holmberg & Stjernquist 1980 s. 41 ff., Petrén & Ragnemalm 1980 s. 32 f., Strömberg, *Kommunalrätt*, 1995b s. 38 f. samt Paulsson m.fl. 1997 s. 23 f. och s. 101–104.

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.[43]

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 sådana ändringar kan frågor uppstå i förhållande till kommunens civilrättsliga avtalsbundenhet, eftersom kommunen, förutom sin roll som avtalspart, genom sin normgivningskompetens även kan ha möjlighet att ensidigt ändra förutsättningarna för avtalet. Se närmare kapitel 8.

4.4 Avgifts- och beskattningsrätten

4.4.1 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 2 st. och 9:2 1 st. RF framgår att det är riksdagen som beslutar hur statens medel skall användas.[44]

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 vanligtvis statlig inkomstskatt, förmögenhetsskatt,

[43] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 107.

[44] Se även Holmberg & Stjernquist, *Vår författning*, 1995 s. 148 och Strömberg 1997b s. 108.

mervärdesskatt, tull etc.[45]

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 enskilde vara tvungen, rättsligt eller faktiskt, att motta prestationen bör avgiften vara föreskriven i lag.[46]

Vid sin årliga prövning av anslagsbehoven är riksdagen statsrättsligt sett bunden av vad som är fastställt i lag. Riksdagen har dock möjlighet att i egenskap av lagstiftare ändra lagarna. Civilrättsligt sett är dock 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.

4.4.2 Kommunala taxor och avgifter

Kommunerna har enligt 8:3 a KL rätt att ta ut avgifter för de tjänster och nyttigheter 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 skenbar 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 gatumarksupplåtelser 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 kommunens uttag grundar sig på lag eller annan författning och gäller en nyttighet 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 nyttigheter" i kommunallagens mening, utan om upplåtelser eller sanktioner, får avsteg

[45] Se Holmberg & Stjernquist 1995 s. 136 f.

[46] Se Strömberg 1997b s. 99.

från självkostnadsprincipen göras.[47] Vid uttagande av offentligrättsliga tvångsavgifter kan varje enskilt uttag, till skillnad från vad som gäller vid uttagande av privaträttsliga avgifter, ses som myndighetsutövning.[48]

Som nämndes i avsnitt 4.3 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 typiskt sett av sådan offentligrättslig karaktär att lagstöd enligt 8:3 RF krävs för att debitering skall få ske.[49] 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.[50]

Va-avgifter regleras i VAL och ses uteslutande som offentligrättsliga[51] och huvudmannens ensidiga rätt att utforma taxa och meddela allmänna bestämmelser för anläggningens brukande anses vara av normkaraktär.[52] I rättspraxis och doktrin som härrör sig från tiden innan VAL:s tillkomst synes rättsförhållandet mellan vattenledningsverk och dess nyttjare ha uppfattats som avtalsrättsligt medan avloppsavgifter betraktades som offentligrättsliga eftersom de ansågs vara en kommunal angelägenhet.[53] Om en va-fråga inte är reglerad i allmänna bestämmelser eller taxa kan huvudmannen enligt 28 § VAL sluta ett avtal om avgifter med nyttjande

---

[47] Se Bohlin 1984 s. 23 ff. och s. 28 f.

[48] Se även Kaijser & Riberdahl 1983 s. 51 ff. och Björkman & Riberdahl 1997 s. 44 f.

[49] Se Bohlin 1984 s. 87 och även Strömberg 1995b s. 42–45.

[50] Se Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 1998 s. 148.

[51] Se prop. 1975/76:149 s. 78. Se även Strömberg 1989 s. 32.

[52] Se SOU 1996:168 s. 218 f. och s. 263. I utredningen föreslås att VAL upphävs och ersätts med en ny lag, lagen om vattenförsörjning och avlopp. Se a.a. s. 222 f.

[53] Enligt ett äldre rättsfall, *NJA 1951 s. 297*, fastställde kommunfullmäktige i Sandviken i fråga om ett flertal fastigheter, att vatten- och avloppsledningar skulle dras till dessa mot att fastighetsägarna såsom bidrag till kostnaden skulle erlägga viss avgift. Även om någon stadsplan inte fanns för området ansågs det ändå vara av stor sanitär vikt att avloppsledning drogs fram. Den var därför av sådan allmännyttig art att finansiering skulle ske via skattemedel. De uppställda villkoren ansågs därför inte bindande för fastighetsägaren vad avsåg avloppsledningen. Anslutningsavgiften skulle därför återbetalas. Vad däremot vad gällde anslutningen till vattenledningen befanns fastighetsägarna inte ha någon rätt att återfå anslutningsavgiften, eftersom kommunen inte ansågs ha någon skyldighet att leda in vatten till varje fastighet utan ersättning. Kommunens skyldighet att sörja för vattentillgången ansågs nämligen vara fullföljd genom anordnande av lämpliga vattenposter. Se även Bohlin 1984 s. 48 ff.

rättshavaren.[54] Ett sådant avtals innehåll begränsas dock av likställighetsprincipen och torde endast komma i fråga när det gäller större industrier etc. som kan tänkas ha ett berättigad anspråk på kvantitetsrabatter.[55] Huvudmannen kan utgöras av såväl en kommun som ett enskilt rättssubjekt, t.ex. ett kommunalt bolag. För att lagen skall bli tillämplig för en viss anläggning krävs i det senare fallet att den förklarats vara "allmän", annars tillämpas avtalsrättsliga regler på förhållandet mellan huvudmannen och den enskilde fastighetsägaren.[56]

Renhållningsavgifter regleras i renhållningslagen (1979:596) och avgiften som skall antas av fullmäktige enligt självkostnadsprincipen ses som offentligrättslig,[57] även om kommunen överlåtit åt en entreprenör att ombesörja sophämtningen. En viss, av entreprenadsystemet föranledd, kostnadsökning utöver självkostnadsprincipen anses dock vara tillåten om renhållningen utförs av entreprenör. Om kommunen uppdrar

---

[54] Se även *NJA 1974 s. 590*, där bestämmelse i kommunal va-taxa om att erlägga tilläggsavgift ansågs gällande, även om någon föreskrift om tilläggsavgiften, eller hänvisning till taxan, inte gjorts i avtalet mellan kommunen och fastighetsägaren.

[55] Se Bohlin 1998 s. 156. När det gäller fjärrvärmeanläggningar och naturgasnät regleras sådana i lagen (1981:1354) om allmänna värmesystem.

[56] Se 31 § VAL. Se även SOU 1996:168 s. 219. Att VAL ger även enskild huvudman för en allmän va-anläggning rätt att utforma taxa och att meddela allmänna bestämmelser för anläggningens brukande, dvs. beslut av generell natur, anses strida mot 8:11 RF eftersom normgivningsmakt inte kan delegeras till enskilda. Utredningen föreslår därför att kommunen *efter förslag* från huvudmannen skall anta taxa och allmänna bestämmelser för den allmänna va-anläggningens brukande, om inte förslaget står i strid mot lag eller annan författning. Däremot föreslås huvudmannen ha rätt att, i enlighet med det grundläggande taxebeslut som kommunen fattat, fatta beslut om ändring av taxa som endast innebär en anpassning av avgifterna till verksamhetens självkostnad. Se a.a. s. 262–267.

[57] I *RÅ 1980 Bb 237* hade en kommun beviljats dispens av LSt vad gällde bortforslandet av avfall från en ö. Uppsamlandet behövde bara ske från uppsamlingsplatser på vissa platser på i första hand fastlandet dit fastighetsägarna skulle frakta sina sopor. Kommunfullmäktige antog vid sammanträde renhållningstaxa för fritidsbostäder. En småstugeförening på en av öarna i området överklagade beslutet eftersom de var tvungna att transportera soporna 3,5 km till närmaste uppsamlingsplats. RegR fann att debiteringarna inte skett genom sådant kommunalt beslut som kunde överklagas och avvisade därför besvären. "Frågan om kommunens hämtning av sopor och latrin från dessa fastigheter har under sådana omständigheter utgjort ett ämne av privaträttslig natur beträffande vilket kommunen och envar fastighetsägare kunnat som självständiga parter sluta avtal. Hithörande spörsmål tillhör därför i första hand området för allmän domstols prövning." Även i *RÅ 1977 ref. 53* hade en kommun beviljats dispens från att hämta avfall på öar utan fast landförbindelse. Fråga om enskild på grund av detta hade rätt att själv omhänderta på fastigheten uppkommande sopor besvarades jakande.

åt annan att utföra renhållningen får avtalet med denne läggas till grund för beräkningen av avgiften, såvida kostnaden inte blir avsevärt högre än om kommunen själv ombesörjer renhållningen, 16 § 2 st. renhållningslagen. Skälig företagsvinst anses alltså få inräknas.[58] *Sotningsavgifter* är offentligrättsliga eftersom fastighetsägare är skyldiga att låta sota sina skorstenar enligt räddningstjänstlagen (1986:1102), taxan för detta fastställs av fullmäktige.[59] *Avgifter* i ärenden angående *bygglov* och *förhandsbesked* respektive *planavgifter* får enligt 11:5 PBL tas ut enligt taxa som beslutats av fullmäktige, för de omkostnader kommunen har för att utföra åtgärder i samband med ansökningen, och anses vara offentligrättsliga.[60]

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. Det handlar i första hand om avgifter på det socialrättsliga området.[61] Avgi*fter 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.[62]

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

---

[58] Se även Bohlin 1984 s. 46 ff.

[59] Se även Bohlin 1984 s. 31 f. och Bohlin 1998 s. 142 ff. avseende avgifter av tvångskaraktär.

[60] Se även Bohlin 1984 s. 36 ff. För beräkning av planavgiften se även vad som anförs i SOU 1994:36 s. 175 och SOU 1996:168 s. 611 f.

[61] Se Bohlin 1984 s. 88 och Bohlin 1998 s. 158 ff.

[62] Se även Bohlin 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. Se Svenska kommunförbundets cirkulär 1997:58 s. 2 och s. 5 ff.

det dock för enkelt för sig om man drar gränsen vid om en verksamhet är fakultativ eller obligatorisk. Det kan nämligen även vara så att en s.k. fakultativ verksamhet i vissa fall skall finansieras via skatter, t.ex. om den utgör ett allmänintresse och inte riktar sig mot en begränsad mottagarkrets, se bl.a. RÅ 1968 ref. 8 och RÅ 1975 Ab 487.[63]

El- och gasavgifter kan ses som privaträttsliga eftersom avgiftsskyldigheten grundar sig på det abonnemangsavtal som ingåtts av konsumenten, men där hänvisning gjorts till gällande taxor och reglementen. Trots att köprättsliga regler gäller på förhållandet är dock kommunen bunden av självkostnadsprincipen[64] och likställighetsprincipen.[65] Som andra exempel kan nämnas *badhus-* och *museiavgifter*.

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 avtalsingående 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 föreskriven avgift. Ytterligare en viktig fråga blir 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 avtalsingående.

4.5 Offentligrättsliga principer

Det finns en mängd offentligrättsliga principer som styr det allmännas agerande i förhållande till medborgarna för att skydda dessa mot olika ty-

---

[63] Se Bohlin 1984 s. 86 f. och Marcusson 1992 s. 122 f. Se även avsnitt 5.1.1.

[64] Se t.ex. *RÅ 1958 ref.* 7, där RegR fann att en kommun till grund för avgiften får använda en beräkning av självkostnaden som bl.a. innefattar avskrivningar av anläggningstillgångar. Allmän domstol har inte ansett sig vara behörig att pröva fråga om kommunala elavgifter stred mot självkostnadsprincipen, se *NJA 1994 s. 442*.

[65] Se bl.a. *RÅ 1958 ref. 24*, där styrelsen för ett kommunalt gas- och elektricitetsverk vägrade att leverera ström för matlagning till en fastighetsägare och i stället valde att leverera gas för att därigenom förbättra gasverkets driftresultat. Regeringsrätten fann att verksstyrelsen på en sådan grund inte ägt vägra fastighetsägaren att i likhet med andra medlemmar av kommunen erhålla elektrisk ström för matlagning. Beslutet upphävdes därför på grund av befogenhetsöverskridande. Se även NJA 1955 s. 476, NJA 1963 s. 84 och NJA 1967 s. 497.

per av maktmissbruk. Nedan redovisas kort de vanligaste principerna och vilken betydelse de kan tänkas få vid det allmännas avtalsingående. Vad gäller mera typiska kommunalrättsliga principer redovisas dessa i anslutning till redogörelsen för den kommunala kompetensen, se avsnitt 5.2.

4.5.1 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 rättssamhälle och har ett nära samband med den ovan berörda normgivningsmakten.[66] Den kommer till uttryck i 1:1 3 st. RF, där det heter att den offentliga makten "utövas under lagarna".[67] Detta innebär att alla offentliga organ – riksdagen, regeringen, domstolar, förvaltningsmyndigheter och kommuner – är bundna av, och måste rätta sig efter, grundlagarna och gällande lagar i sin verksamhet.[68] 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.[69]

Beslutanderätten behöver inte grunda sig *direkt* på lag eller i vissa fall på författning av lägre dignitet. Den måste dock föreligga enligt *stöd i* grundlag eller annan lag. Beslutet måste dessutom 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, om beslutanderätten gäller ett ämne som faller inom regeringens restkompetens enligt 8:13 RF.[70] Av 8:3 RF framgår dock, vad gäller rätten att fatta *betungande beslut* för den enskilde, att legalitetsprincipen innebär ett principiellt krav

---

[66] För begreppet rättsstat eller rättssamhälle, jfr tyskans *Rechtsstaat* och engelskans *The rule of Law.*

[67] Se även Holmberg & Stjernquist 1980 s. 44, Sterzel, *Medborgaren och förvaltningen*, 1984 s. 141 och Strömberg 1997b 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. För norskt vidkommande se t.ex. Eckhoff, *Legalitetsprinsippet*, 1962 s. 98–131 och Bernt 1975 s. 14–23.

[68] Vilket givetvis inte är något hinder mot att lagarna kan ändras av riksdagen. Se även Paulsson m.fl. 1997 s. 28.

[69] Se Petrén & Ragnemalm 1980 s. 18 f.

[70] Se Strömberg 1997a s. 65. Se även Eckhoff 1962 s. 98–131.

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.[71] 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*.[72]

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.[73] 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.

4.5.2 Objektivitets- och likhetsprincipen

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 för-

[71] Se Bernt 1975 s. 14. Se även Bernt 1977, där en redogörelse för legalitetsprincipen och läran om illojal maktanvändning ges.

[72] Se Strömberg 1997a s. 65 f. Det bör vidare observeras att vissa förvaltningsbeslut, t.ex. tillsättning av offentliga tjänstemän, generellt kräver den enskildes samtycke. Se även Adolphson 1961 s. 210 ff. och s. 216 f.

[73] Se även Hov 1976 s. 226.

bud för offentliga tjänstemän att inneha vissa bisysslor.[74] 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. Om det allmänna åsidosatt objektivitetsprincipen har enskild därmed möjlighet att få ett förvaltningsbeslut upphävt om en myndighet inte iakttagit reglerna om saklighet och opartiskhet.[75] Objektivitetsprincipen gäller *samtliga* som handhar olika typer av uppgifter inom den offentliga förvaltningen, även enskilda som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter enligt 11:6 3 st. RF. Den inskränks heller inte bara till det område som rör myndighetsutövning, utan gäller även annan offentlig verksamhet.[76]

---

[74] 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 i Göteborg fann i sin dom 1994-07-01 (Mål nr 8034-1992) 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.

[75] Se Petrén & Ragnemalm 1980 s. 37 f. och Strömberg 1997a s. 67. Objektivitetsprincipen har även slagits fast i 11:9 2 st. RF vid tillsättning av statlig tjänst. Se även Strömberg 1997b s. 15. Se även JO 1990/91 s. 347 och JO 1992/93 s. 539. JO fann att tilldelning av marknadsplatser vilade på offentligrättsliga grund och att kravet på saklighet i 1:9 RF därmed åsidosatts. För en grundlig genomgång av objektivitetsprincipen eller regeringsformens *sakligbetskrav* (dit även likhetsprincipen räknas) se Sundberg-Weitman 1981.

[76] Se Marcusson 1986 s. 17 f. Objektivitetsprincipen riktar sig dock inte till riksdagen och regeringen såsom normgivande organ. Se Strömberg 1997b s 15.

Objektivitetsprincipen har givetvis sin största betydelse inom det offentligrättsliga området men kan kanske komma att aktualiseras om det allmänna i något fall t.ex. vägrat ingå avtal med någon på grund av ovidkommande hänsyn.

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 kravet på opartiskhet och saklighet. Före den ändring som gjordes 1976 hade principen en mera utförlig formulering med en rad exempel på sådana ovidkommande omständigheter som myndigheterna inte får väga in vid sitt beslutsfattande. Myndigheterna förbjöds där att utan rättsligt stöd utsätta någon för särbehandling på grund av dennes *personliga förhållanden*, såsom tro, åskådning, ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning eller förmögenhet.[77]

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. 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.[78] Att lika fall skall behandlas lika förhindrar inte särlagstiftning av välfärdskaraktär, t.ex. lagstiftning på det

---

[77] Se Strömberg 1997a s. 67 f. Se även Sundberg-Weitman 1981 s. 54 och s. 153–247 samt Sundberg-Weitman 1985 s. 47–57, vilken starkt ifrågasätter om det existerar någon likhet inför lagen.

[78] Se prop. 1975/76:209 s. 98 f. Se även Strömberg 1997a s. 68. Jfr även Sundberg-Weitman 1981 s. 153 ff.

sociala området. Innebörden blir därför att skillnader inte får göras mellan individer utöver vad som följer av gällande lagstiftning.[79]

Likhetsprincipen blir viktig vid det allmännas avtalsingående 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.[80]

4.5.3 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.[81] 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.[82] En myndighet som fattar ett felaktigt beslut löper därför risk att avslöjas, och därmed att utsätta sig för offentlig kritik.[83]

Insynen och tillsynen från de kontrollerande myndigheterna – vilka bl.a. utgörs av överordnade myndigheter, särskilda kontrollorgan såsom

---

[79] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 27.

[80] 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 1997a s. 68.

[81] Se även Unger, *Får myndighet i avtal åtaga sig att iakttaga sekretess?*, 1987 s. 569–580. Han finner att den offentligrättsliga regleringen – utifrån sekretesslagen (1980:100), SekrL, tryckfrihetsförordningen och regeringsformen – inte lämnar något utrymme för myndighet att göra något civilrättsligt åtagande om sekretess. Det går inte att avtala bort den offentligrättsliga regleringen. Se a.a. s. 576.

[82] Jag går här inte närmare in på diskussionen avseende vad som utgör allmänna, offentliga respektive sekretessbelagda handlingar.

[83] Se Strömberg 1997a s. 157, vilken även påpekar att man inte bör bortse från möjligheten, att den allmänna opinionens dom över myndighetens handlande även kan dikteras av tillfälliga känslostämningar och politiska värderingar i stället för av omsorg om rättssäkerheten.

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 förvaltning, 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.[84]

Vid entreprenadavtal är det är vanligt att det allmänna förbehåller sig rätt till insyn i den verksamhet som avtalet rör.[85] Även i de fall lagstiftningen inte dragit upp några riktlinjer för vad som skall gälla t.ex. för en till entreprenör överlåten 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, dvs. äger aktier eller på annat sätt förfogar över röstmajoriteten, 1:9 SekrL och 3:16 3 st. KL. Verksamheten står även under JO:s tillsyn såvitt avser tillämpningen av offentlighetsprincipen.

4.5.4 Illojal maktanvändning och ingående av avtal

I 2 kap. RF regleras medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter. Av 2:1 1 st. RF framgår att varje medborgare gentemot det allmänna tillförsäkras yttrandefrihet (vilken regleras närmare i YGL), informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet. Dessa rättigheter tillgodoses till stor del av de ovan berörda objektivitets- och likhetsprinciperna, men inte heller i de fall det inte finns några *speciella lagregler* uppställda har en myndighet någon *obegränsad* frihet att

---

[84] Se Strömberg 1997a s. 157.

[85] Från arbetsgivarhåll har framhållits det olämpliga i att en huvudman försöker skaffa sig insyn genom att vara representerad i en privaträttslig entreprenörs styrelse. Följden kan bli att oklara ansvarsförhållanden uppstår om huvudmannen sätter sig på två stolar, såväl köparens som säljarens, samtidigt. För en del verksamheter kan man däremot tänka sig att en referensgrupp med representanter för olika intressenter följer upp och övervakar t.ex. verksamhetsinriktning och resultat. Sådana referensgruppers uppgifter anses kunna regleras i ett avtal. Se Fernemo, *Avknoppning – att överföra offentlig verksamhet till de anställda*, 1991 s. 27.

själv bestämma om möjligheten att fatta beslut. Om det allmänna på detta sätt kan anses ha överskridit sin beslutanderätt brukar man tala om *illojal maktanvändning*.[86] De offentligrättsliga skyddsprinciperna riktar sig främst mot myndighetsutövning, men principen om illojal maktanvändning kan kanske i viss utsträckning komma att aktualiseras när det allmänna disponerar över sina egendomar, ingår avtal eller delar ut bidrag,[87] om myndigheten, eller kommunen, använt sin fria beslutanderätt, sitt *fria skön*, på ett otillständigt sätt.[88] 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.[89]

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 begränsning-

---

[86] För begreppet illojal maktanvändning, *détournement de pouvoir* (fransk rätt), *Ermessensmissbrauch* (tysk rätt) respektive *magtfordrejning* (dansk rätt) eller *myndighetsmisbruk* (norsk rätt), se bl.a. Sundberg-Weitman 1981 s. 21–40 för en genomgång av äldre doktrin på området samt Sundberg, *Grunddragen av allmän förvaltningsrätt*, 1943 s. 103 f., Westerberg, *Allmän förvaltningsrätt*, 1978 s. 44, Ragnemalm 1992 s. 78, Strömberg 1995b s. 34 f. och Strömberg 1997a s. 67.

[87] Se Eckhoff 1962 s. 123.

[88] Kommunalbesvärskommittén förefaller sätta likhetstecken mellan objektivitetsprincipen och förbudet mot illojal maktanvändning. Se SOU 1982:41 s. 183. Enligt min mening torde även likhetsprincipen innefattas i begreppet illojal maktanvändning som har en något vidare innebörd. Likhets- och objektivitetsprincipen riktar sig dessutom enligt 1:9 RF endast mot "[d]omstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen". Principen om illojal maktanvändning torde i viss utsträckning även kunna tillämpas vid t.ex. kommunala församlingars beslutsfattande. För äldre praxis, se t.ex. RÅ 1958 ref. 24, *RÅ 1958 E. 76*, där folkskolestyrelse ansågs ha överskridit sin befogenhet genom att ta hänsyn till religiös uppfattning, samt *RÅ 1944 S. 407* och *RÅ 1944 S. 408*, där drätselkammare respektive fastighetsnämnd överskridit sin befogenhet genom att ta hänsyn till politisk uppfattning.

[89] Se Bernt 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.

ar 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.[90] 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 utan författningsstöd begär en förmån i utbyte mot myndighetsutövning.[91] 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 förpliktat sig att ekonomiskt bidra till någon kommunal verksamhet.[92]

Som nämnts ovan berördes frågan om 36 § AvtL:s tillämplighet vid avtal mellan det allmänna och enskilda i förarbetena.[93] Däremot berördes inte generalklausulens betydelse för ett oskäligt villkor i ett förvaltningsbeslut och den enskildes underlägsna ställning i förhållande till myndigheter. *Sundberg-Weitman* utgår från att de rättsföljder som stadgas i avtalslagen inte är tillämpliga utanför privaträttens område. Frågan är dock vad det innebär att generalklausulen enligt förarbetena kan tillämpas på *avtal* mellan myndigheter och enskilda.[94]

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 offentligrättsliga 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

---

[90] Se Hov 1976 s. 224.

[91] Se t.ex. *NJA 1980 s. 1*, där ett avtal mellan ett offentligrättsligt organ och en enskild förklarades ogiltigt enligt avtalslagen eftersom det innehöll bestämmelse om att den enskilde skulle prestera något i utbyte mot myndighetsutövning.

[92] 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.

[93] Se prop. 1975/76:81 s. 113 f. och SOU 1974:83 s. 124.

[94] Se Sundberg-Weitman 1981 s. 290.

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. Det kan heller inte uteslutas att åsidosättande av offentligrättsliga intressen kan ingå som ett moment som leder att avtalet blir ogiltigt.[95]

Den här skissade situationen utgör ett typiskt exempel på när det kan uppstå en spänning mellan det offentligrättsliga och det privaträttsliga regelverket. I vilken utsträckning det ena eller det andra skall tillämpas är osäkert. Om avtalet ingåtts i strid med offentliga intressen kan det tänkas att avtalen förblir bindande så länge de ingåtts inom ramen för myndighetens kompetens, med den begränsning som kan följa av det allmännas möjlighet att ändra fattade beslut. Åsidosättandet kan dock tänkas få andra konsekvenser, t.ex. disciplinpåföljd mot den tjänsteman som fattat beslutet, men kan även tänkas utgöra en oglitighetsgrund och därmed leda till att avtalet betraktas som ogiltigt.[96]

4.5.5 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.[97]

Laglighetsprövning av beslut från de beslutande kommunala organen anförs av kommunmedlem,[98] oavsett om denne *personligen* berörs av beslutet eller inte. Enligt 10:2 KL är framförallt beslut av fullmäktige, kom-

---

[95] Se Hov 1976 s. 224 f.

[96] Se Hov 1976 s. 225.

[97] För utförligare redogörelser se bl.a. Ragnemalm 1992 s. 101–128, Strömberg 1995b s. 75–83, Strömberg 1997a s. 190–197 och Warnling-Nerep, *En introduktion till förvaltningsrätten*, 1998 s. 56–65.

[98] 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.

munstyrelse 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 1 st. KL, och omfattar inte dess lämplighet. Domstolen kan därför om ett överklagat beslut befinns vara lagstridigt endast upphäva detta, men inte göra ändringar i dess innehåll, 10:8 2 st. 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.[99] 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*, 22 § FL. Överklagandet är här 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. Särskilt grova fel kan medföra att förvaltningsbeslut betraktas som en *nullitet*. Som exempel på fel som borde anses medföra sådan ogiltighet nämner *Strömberg* bl.a. åsidosättande av föreskrifter om hörande av part eller inhämtande av parts samtycke, samt att beslutets innehåll är olagligt.[100]

För ett ingånget avtal torde framförallt en laglighetsprövning kunna bli av stor betydelse om t.ex. ett kommunfullmäktigebeslut att ingå ett avtal överklagas av 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 más-

[99] Regler om laglighetsprövning av kommunala beslut finns även i 4 kap. 10 § kommunalförbundslagen, 1 kap. 19 § och 2 kap. 9 § lagen (1979:411) om ändringar i Sveriges indelning i kommuner och landsting och 22 kap. kyrkolagen (1992:300). Vissa i 73 § SoL uppräknade beslut överklagas utifrån FL:s regler, medan övriga beslut som fattats med stöd av lagen kan angripas genom laglighetsprövning.

[100] Se Strömberg 1997a s. 77 f.

te alltså skilja mellan de interna och de externa effekterna av ett upphävande av beslut om att ingå avtal.[101] Om ärendet rör ett privaträttsligt förhållande kan åtgärden få civilrättsliga konsekvenser för kommunen om motparten varit i god tro. 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 mellan två parter. Lagstiftningen kan dessutom innehålla såväl privaträttsliga som offentligrättsliga inslag.[102]

4.6 Offentlig upphandling

När det gäller avtalsingående mellan det allmänna och enskild blir LOU av stor betydelse för det allmännas möjligheter att sluta avtal om upphandling av varor och tjänster.[103] Kommuner har sedan lång tid tillbaka upphandlat varor och tjänster inom framförallt de tekniska sektorerna. Vad gäller t.ex. byggnads- och anläggningsentreprenader och tekniska konsulttjänster finns väl utvecklade regelsystem. Det har först under de senaste åren blivit aktuellt att göra upphandlingar inom de s.k. mjuka sektorerna.

När verksamhet läggs ut på entreprenad sker detta oftast utifrån LOU. Det utmärkande för reglerna om offentlig upphandling är att de reglerar situationen som *föregår* själva avtalsingåendet. Avtalet ses sedan som en privaträttslig reglering. Därför skall jag bara i korthet redogöra

---

[101] Se även Sundberg, *Kommunalrätt*, 1964 s. 426 f.

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

[103] LOU bygger på sex EG-direktiv. Generellt gäller rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster och rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten. Inom de s.k. försörjningssektorerna gäller vidare rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna samt rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Tolkningen av LOU skall ske så att den har samma innebörd som EG-direktiven.

för begränsningarna i den upphandlande enhetens möjligheter att ingå avtal. Av den anledningen finns det heller inget större skäl att gå närmare in på den EG-lagstiftning som finns på området.[104]

Med *upphandling* avses ett förfarande där en upphandlande enhet köper, hyr eller beställer varor, byggentreprenader eller motsvarande arbeten[105] samt tjänster, 1:5 LOU. Den *upphandlande enheten* utgörs av statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner m.fl. Det avgörande är enligt 1:6 LOU att enheten inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse och behovet inte uteslutande är av kommersiell eller industriell karaktär. Övriga rekvisit är att kapitalet skall ha tillskjutits av det allmänna, upphandlingen står under det allmännas tillsyn eller att hela eller majoriteten av styrelsen tillsätts av det allmänna.[106]

En upphandling kan antingen vara *öppen*, där alla leverantörer får lämna anbud, eller *selektiv*, där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud. Vid en *förhandlad upphandling* inbjuder en upphandlande enhet vissa leverantörer att lämna anbud och tar sedan upp förhandling med en eller flera av dem.

Utgångspunkten i 1:4 LOU är att upphandling skall göras affärsmässigt, med utnyttjande av den *konkurrens* som finns och *utan att särbehandla vissa leverantörer*. En kommun *får* vid upphandling heller *inte ge företräde åt egna företag*. Detsamma anses gälla om avknoppning skett och tidigare

---

[104] Se även Wilhelmsson 1995a s. 49. Jfr dock Pagh 1992 som försöker visa att EG-lagstiftningen genom reglerna om statligt stöd och reglerna om offentlig upphandling i betydande grad påverkar de avtalsrättsliga reglerna när den ena parten är utgörs av en offentlig myndighet. Detta stämmer så till vida att LOU begränsar den upphandlande enhetens *möjligheter* att ingå avtal med *vem som helst*.

[105] Med *byggentreprenad* avses ett bygg- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat skall ha en självständig funktion. Med *koncession* menas ett upphandlingskontrakt avseende byggentreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

[106] Se även Löfving & Setterlid, *Kommunal upphandling och näringsverksamhet inom kommuner och landsting*, 1998 s. 34 ff.

anställda bedriver verksamhet i form av personalkooperativ.[107] En kommun som delat in sin verksamhet i beställar-utförarenheter omfattas inte av LOU eftersom sådana leveranser av varor och tjänster äger rum *inom en och samma juridiska person* och inte anses utgöra upphandling i LOU:s mening. Även om kommunen delat in verksamheten i sådana enheter *kan* dock, om kommunen så önskar, upphandling enligt LOU ske i konkurrens med utomstående anbudsgivare.[108]

Eftersom kommunala utförarnämnder numer konkurrerar med enskilda vid upphandling händer det vid anbudsförfarande ibland att en kommunal resultatenhet lägger det rimligaste budet och därför skall utföra entreprenaden. Även i andra situationer är det vanligt att olika enheter inom kommunen ingår överenskommelser. Ett *civilrättsligt* avtal kräver dock att det är två olika parter som ingår ett avtal. I ett sådant fall finns därför ingen möjlighet att ingå bindande avtal enligt avtalslagens regler eftersom de nämnder, och deras resultatenheter, som finns inom en och samma kommunala organisation utgör *en* juridisk person.[109] Osäkerhet kan därvid uppstå om hur en kommunal resultatenhet som inkommit med det förmånligaste budet kan bindas vid sina åtaganden.

En form av ömsesidig bundenhet vid givna åtaganden måste därför åstad-

[107] Se Sammanställning NOU info 93–95 s. 12. Inom försörjningssektorerna kan dock argumenteras för att rättsförhållandet mellan en kommun och ett kommunalt företag som alternativ driftsform, t.ex. va-bolag, inte grundas på avtal och att LOU därför inte behöver tillämpas på förhållandet mellan kommunen och ett sådant företag. Enligt 4:4 a LOU gäller inte reglerna i 4 kap. LOU vid upphandling av tjänster inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena som upphandlande enhet gör från ett *anknutet företag*, dvs. företag som står under ett "bestämmande inflytande" i form av aktiemajoritet etc., 3:8 2 st. LOU. Se t.ex. det danska avgörandet från Klagenævnet for Udbud, *KFU, Kendelse af 11. oktober 1996*, vilket rörde interkommunalt renhållningsaktiebolag, där en sådan ståndpunkt förefaller ha antagits. Att en kommun bedriver verksamhet i form av helägda aktiebolag utlöser enligt avgörandet ingen skyldighet att begära in anbud. Rör det sig däremot om ett kommunalt städbolag eller andra liknande "bifunktioner" är situationen en annan. Jfr dock Hagman, *Introduktion till den nya lagen om offentlig upphandling*, 1994 s. 28, som anför att köp mellan kommun och kommunalt bolag etc. *skall följa* reglerna i LOU. Frågan berörs även av Nämnden för offentlig upphandling, NOU, som kommenterar avgörandet från KFU. NOU konstaterar att KFU närmast är att se som en expertmyndighet som saknar ställning som rättsligt organ, men att dess avgöranden kan "överklagas" till domstol av parterna. Så har också skett i det här fallet, vilket innebär att KFU:s avgörande kan komma att ändras. Se NOU info mars 1997 s. 11 ff.

[108] Se Sammanställning NOU info 93–95 s. 14.

[109] Se SOU 1991:104 s. 94, Roos, *Beställar-utförarmodeller i rättsligt perspektiv*, 1992 s. 36 f. och Löfving & Setterlid 1998 s. 139 f.

kommas genom en *intern överenskommelse* mellan beställaren och resultatenhetens chef som genom delegering tilldelats ansvar för resultatenheten. Bundenheten för såväl beställaren som chefen för den kommunala resultatenheten uppstår genom att båda är rättsligt förpliktade att iaktta de regler om uppdelning av ansvar och befogenheter som fullmäktige fastställt, inte av själva överenskommelsen. Bundenhet följer alltså av själva kommunalrätten, *oavsett* om kommunen gjort en uppdelning mellan beställarnämnder och utförarnämnder eller om den utförande resultatenheten lyder under den beställande nämnden. Eftersom fullmäktige har det ekonomiska ansvaret inom kommunen kan fullmäktige via budget, anslagsgivning och andra åtgärder besluta om vissa *sanktioner* mot en nämnd som bryter mot gällande föreskrifter och inte fullgör sitt åtagande. En nämnds beslut kan även upphävas av förvaltningsdomstol.[110] En nämnds bundenhet kan endast göras gällande så länge som fullmäktiges föreskrifter står fast. Därför kan någon *fullständig* överensstämmelse med ett civilrättsligt avtal och den ömsesidiga bundenhet som följer därav således *aldrig* åstadkommas. Resultatenhetens chef kan genom sitt anställningsavtal vara arbetsrättsligt bunden vid ett åtagande. Han kan vid obstruktion därför även skiljas från chefskapet med stöd av anställningsavtalet/chefsavtalet.[111]

När olika nämnder och dem underställda förvaltningar träffar avtal om tjänster betecknar man vanligen detta som intraprenader, dvs. interna entreprenader, medan begreppet entreprenad används för uppdrag till privata eller kommunens egna företag.[112] Sådana s.k. interna avtalskonstruktioner kommer inte närmare att beröras.

I 1:22 LOU stadgas att en upphandlande enhet antingen skall anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån samtliga omständigheter eller det som har lägst anbudspris. Den upphandlande enheten skall i det första fallet, i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling, ange de omständigheter som den tillmäter betydelse.[113] Det är därmed tillåtet att ställa krav som är affärsmässigt avvägda i förhållande till det som skall upphandlas. Av 1:20 a LOU framgår att den upphandlande enheten, innan den börjar pröva anbuden, skall pröva anbudsgivarnas lämplighet och om de uppfyller de krav som ställts upp och först därefter utvärdera anbudet.

---

[110] Se Roos 1992 s. 37.

[111] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 194 f.

[112] Se SOU 1991:104 s. 87 f. och Roos 1992 s. 37.

[113] Se prop. 1996/97:153 s. 61. Se även Sammanställning NOU info 93–95 s. 29 och s. 44 samt Löfving & Setterlid 1998 s. 41. En kommun befanns i *RÅ 1996 ref. 100* ha åsidosatt kravet på affärsmässighet då den inte i tillräcklig utsträckning redovisat underlag för anbudsgivningen.

Den offentliga upphandlingen delas enligt 5 kap. LOU in i s.k. A-tjänster och B-tjänster. Som *A-tjänster* anges i en lagen tillhörande bilaga bl.a. transporter, telekommunikation, fastighetsförvaltning och sophantering. *B-tjänster* upphandlas genom ett *förenklat upphandlingsförfarande* och regleras inte lika ingående som upphandling av A-tjänster. Vid förenklad upphandling infordras anbud genom annons eller skrivelse. Möjlighet att inleda förhandlingar med ett företag utan föregående anbudsinfordran saknas. Upphandling av driftentreprenader inom äldreomsorg, skola, kultur och fritid, räknas normalt som B-tjänster enligt 6 kap. LOU.[114] Om dessutom upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl kan det i undantagsfall bli fråga om *s.k. direktupphandling.*

Någon kommunal laglighetsprövning enligt 10 kap. KL av kommunala upphandlingsbeslut finns inte, 7:5 LOU. I den mån någon leverantör anser sig förbigången eller orättvist behandlad kan ansökan om överprövning av upphandlingsbeslut enligt 7:1 och 2 LOU i stället framställas hos länsrätten, som därefter kan besluta om att upphandlingen skall göras om eller att rättelse skall ske innan upphandlingen får avslutas. Enligt 7:1 2 st. LOU får ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.[115] Frågor om skadestånd etc. prövas däremot av allmän domstol, 7:6–8 LOU. Talan om skadestånd skall väckas senast inom ett år efter det att avtal om upphandlingen slöts och skadestånd kan tillerkännas avseende hela den lid-

[114] Se även Hallgren m.fl. 1997 s. 31 och Löfving & Setterlid 1998 s. 52 f.

[115] Se prop. 1996/97:153 s. 56 f., s. 75 f. och s. 123. Se även *RÅ 1996 ref. 50*, där rätten fann att den tidigare gällande lydelsen "då beslut om leverantör fattats" inte hade samma innebörd som det begrepp som används i föreskriften i kap. 1 art. 2, p. 6 2 men. i rådets direktiv 92/13/EEG. Mot bakgrund av bl.a. artikel 189 i Romfördraget ansågs att bestämmelsen i direktivet, där överprövning inte får ske *sedan upphandlingsavtalet slutits* skulle ges företräde framför LOU. Bundenheten uppstår i enlighet därmed vid avtalsslutandet, dvs. när det skriftliga avtalet upprättas. Här gäller alltså det undantag för formalavtal som gjorts från allmänna avtalsrättsliga regler om anbud och accept, eftersom upphandlingskontrakt enligt 1:5 LOU skall vara skriftliga. Ansökan om överprövning torde därför få väckas efter det att beslutet om leverantör fattats och anbudsgivarna underrättats, dvs. ren accept lämnats, men inte efter det att avtalet undertecknats. Se även RÅ 1996 not 258. Jfr även *Hallgren m.fl.* där det anges att kommunen blir bunden av innehållet i accepten och ett bindande avtal kommer till stånd när anbudsgivaren tar del av accepten. Se Hallgren m.fl. 1997 s. 191.

na skadan, dvs. ersättning skall utgå enligt det positiva kontraktsintresset.[116]

Några entydiga regler för hur ett avtal skall utformas vid en upphandling finns inte. Vid upphandling uppkommer avtal därför på ett traditionellt avtalsrättsligt sätt: kommunen infordrar anbud, t.ex. genom annons, anbudsgivarna skickar in anbud, kommunen accepterar ett av anbuden och ger ett antagande svar, varpå ett bindande avtal kommer till stånd om accepten kommer fram inom acceptfristen och överensstämmer med anbudet.[117] Avtalsvillkoren skrivs sedan ned i ett kontrakt, som den sista länken i en kedja av ställningstaganden och beslut under upphandlingsprocessen. Avtalet dokumenterar och sammanfattar det som slutgiltigt överenskommits.

Vid entreprenader inom den s.k. mjuka sektorn beskrivs uppgifter och tjänster, som går att definiera och beskriva, ganska utförligt i en kravspecifikation. Detta får som följd att avtalet, om förfrågningsunderlaget är utförligt och utformat med viss precision, kan vara mycket kortfattat om förfrågningsunderlagets föreskrifter genom en hänvisning införlivas i avtalet. *Hallgren m.fl.* betonar att varje bestämmelse i ett avtal måste *motiveras utifrån entreprenörens specifika förutsättningar* och att varje avtal *alltid* måste läsas mot bakgrund av att de är ett resultat av *en förhandling* där båda parter fått kompromissa. Det slutgiltiga resultatet innebär alltså att ett civilrättsligt avtal uppstått som därför skall tolkas utifrån avtalslagens

[116] Se närmare prop. 1992/93:88 s. 45–49. Utöver prövning i förvaltningsdomstol respektive allmän domstol har NOU till uppgift att utöva tillsyn över att LOU efterlevs, att informera, att publicera allmänna råd och kommentarer samt verka för en effektiv offentlig upphandling. Även marknadsdomstolen, MD, utövar viss tillsyn över LOU genom lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, den s.k. otillbörlighetslagen, LIU. Se även avsnitt 7.1.3.

[117] I *UfR 1994 s. 344 H* hade ett företag lämnat ett anbud att utföra vissa omfattande betongarbeten vid ett sjukhusbygge. Entreprenören hade i anbudet hänvisat till vissa förbehåll enligt branschens standardvillkor. När landstinget sedan skickade entreprenadavtalet till entreprenören för underskrift hade några av de av entreprenören angivna förbehållen utelämnats. Rätten betraktade det upprättade avtalet som en oren accept och därmed som ett avslag på entreprenörens anbud i förening med ett nytt anbud från landstingets sida i enlighet med 6 § 1 st. AvtL. I *NJA 1917 s. 133* prövades fråga om ett bindande avtal kunde anses ha kommit till stånd med hänsyn till innehållet i det svar som lämnats, efter det att ett entreprenadanbud lämnats av enskild. Eftersom hamnstyrelsen i sitt svar gjort vissa förbehåll som villkor för att anta anbudet räknades detta som ett avslag förenat med ett nytt anbud från hamnstyrelsen. Då detta inte antagits av den enskilde hade inget avtal kommit till stånd mellan parterna.

regler och avtalsrättsliga principer.[118] Vid en tolkning av avtalet måste dock även förfrågningsunderlag etc. beaktas, eftersom avtalsförutsättningarna till stor del finns angivna i detta.

När det gäller avtalstidens längd finns inga direkta regler i LOU. Den får i stället bedömas från fall till fall. Sålunda har avtalstiden i fråga om sophämtning ansetts böra omfatta fem till sju år medan leveransavtal för varor och tjänster inte ansetts böra gälla längre än ett till två år. Det anses vara konkurrensfrämjande att avtalen är tidsbegränsade och inte löper tills vidare. Även frågor om överlåtelse av pågående avtal är en avtalsrättslig fråga. Ett avtal kan därför överlåtas från en leverantör till en annan om den upphandlande enheten medger detta och villkoren i avtalet inte ändras. Den nye leverantören måste alltså uppfylla de krav som ställts på den ursprunglige.[119]

Vad gäller frågan om förlängning av avtal anser NOU att förlängningsklausuler som innebär att ett avtal automatiskt förlängs om inte uppsägning sker, bör undvikas och att sådana klausuler i stället bör vara utformade så att de utnyttjas först sedan parterna kommit överens om att förlänga avtalet. Förlängning av avtal utan förlängningsklausul har inte ansetts vara förenligt med upphandlingsdirektivet. Avtal som löper över långa tidsperioder eller som har frikostiga förlängningsklausuler, kan tänkas strida mot Romfördraget.[120]

Av 1:5 LOU framgår att tidsbegränsade ramavtal kan ingås mellan upphandlande enhet och en eller flera leverantörer, där avrop enligt avtalet kan göras under avtalstiden. Någon skyldighet att avropa från ramavtalet i stället för att göra en separat upphandling föreligger inte enligt LOU. Om avrop kan göras eller om den upphandlande parten under avtalstidens gång kan upphandla av andra än med vilken avtalet ingåtts, utgör en rent civilrättslig fråga och blir därför beroende av vad som avtalats mellan parterna. Det är därför viktigt att den typen av villkor regleras i

[118] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 189 f. LOU reglerar bara det som styr själva upphandlingsförfarandet, dvs. det som föregår ett avtals tillblivelse, och saknar bestämmelser för att trygga efterlevnaden av detta.

[119] Se Sammanställning NOU info 93–95 s. 59 f. och Sammanställning NOU info 1996 s. 40.

[120] Se Sammanställning NOU info 93–95 s. 59. Vid upphandling över tröskelvärdena skall även eventuella förlängningsperioder ha inkluderats vid tröskelvärdesberäkningen. Vad gäller förnyelse av avtal, se även KFU, Kendelse af 3. november 1994.

ramavtalet.[121] Ramavtalsbestämmelsen gäller enligt LOU för all upphandling. I upphandlingsdirektiven nämns förfarandet med ramavtal däremot endast inom försörjningssektorerna. Ett avrop från ett ramavtal skall enligt direktivet ses som ett undantag från det allmänna kravet att genomföra en upphandling.[122] NOU konstaterar att inköp av en större mängd än vad som avtalats utgör direktupphandling vid sidan av ramavtalet.[123] Att ändra ersättningsnivå under ramavtals giltighetstid har ansetts få ske endast om det kunnat göras utan ytterligare förhandlingar mellan parterna, t.ex. genom att indexklausul som hänvisar till produkten i fråga, infogats i avtalet och att denna statistiskt kan verifieras.[124]

Genom förfrågningsunderlaget och övriga kontakter som föregått avtalsingåendet sätter LOU vissa gränser för avtalet och möjligheterna att ingå avtal. Detta torde bl.a. gälla avtalsperiodens längd. Man kan även tänka sig att ett avtal inte får omförhandlas i någon större utsträckning.[125] Parternas avtalsfrihet kan därför sägas vara begränsad i viss utsträckning. Problem som uppstår under den tid som avtalet löper måste givetvis lösas, men omförhandlingen kan knappast avse längre period än den ursprungliga avtalstiden. Ny upphandling måste därefter göras.

4.7 Sammanfattande kommentarer

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; myndighetsutövning, normgivningsmakten samt det allmännas avgifts- och beskattningsrätt. För att hålla det allmännas utgifter på en så låg nivå som möjligt stadgas även att offentlig upphandling skall göras utifrån de möjligheter till konkurrens som erbjuds.

Det utmärkande för det allmännas relation till medborgarna kan till stor del sägas vara rätten att *ensidigt fatta beslut* som påverkar den enskilde, oavsett om det gäller myndighetsutövning eller rätten att införa generella bestämmelser som påverkar medborgarna. På det kommunal-

---

[121] Enligt förarbetena motsvarar det svenska ramavtalet (avropsavtal) av det engelska "framework agreement" vilket innebär att avtalet inte är bindande för köparen. Se prop. 1992/93:88 s. 62, Sammanställning NOU info 1996 s. 44 och Löfving & Setterlid 1998 s. 75 f.

[122] Artikel 1.5 och 20.29, 93/38/EEG.

[123] Se NOU info okt. 1997 s. 11.

[124] Se även Erhvervsministeriet/Konkurrence Sekretariatet, *Princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, herunder reglerne om teknisk dialog*, December 1996 s. 13.

[125] Se t.ex. Simonsen 1997 s. 541 f.

rättsliga området förekommer myndighetsutövning främst inom de specialreglerade områdena. Den utgör ofta beslut om uttagande av avgifter, meddelande av tillstånd, tilldelningar av olika typer av bistånd eller beslut om i vilken utsträckning en viss hjälpinsats skall utgå. Verksamhet som utövas med stöd av den kommunala kompetensen i 2:1 KL anses mera sällan utgöra myndighetsutövning.

De offentligrättsliga befogenheterna inskränks i viss utsträckning av de rättsskyddsprinciper som finns till skydd för den enskilde. Sålunda får enligt legalitetsprincipen, 1:1 3 st. RF, inga offentliga organ vid sitt beslutsfattande handla i strid mot de lagar som utgör grunden för deras agerande. För att förhindra maktmissbruk och godtycke stadgar 1:9 RF, genom objektivitets- och likhetsprincipen, att myndigheterna vid sitt beslutsfattande inte får ta hänsyn till ovidkommande omständigheter och att de heller inte får särbehandla vissa personer. Om myndigheten är utrustad med fri prövningsrätt i någon fråga garanterar likhetsprincipen dessutom ett krav på konsekvens i beslutsfattandet.

Det anses således som otillbörligt att ett offentligt organ utan författningsstöd begär en förmån i utbyte mot myndighetsutövning. Det spelar ingen roll om det krävda gäller till förmån för det allmänna eller för 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 bifall till en ansökan om bygglov först om den sökande förpliktat sig att ekonomiskt bidra till någon kommunal verksamhet. Ett sådant åsidosättande av offentligrättsliga regler kan utgöra en ogiltighetsgrund och därmed leda till att avtalet betraktas som ogiltigt enligt civilrättsliga regler. Se närmare nedan kapitel 7.

Förvaltningsmyndigheterna kan inom ramen för sin verksamhet hyra ut fastigheter, köpa eller sälja egendom, driva affärsverksamhet etc. – dvs. 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 offentligrättsliga spärrarna och kontrollreglerna skall därvid garantera att verksamheten sköts på ett acceptabelt sätt. Dessa offentligrättsliga 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 avtalsingående utifrån den kommunala kompetensen och principen om myndigheternas "fria skön". Även i dessa fall erbjuder dock läran om *illojal maktan-*

vändning ett visst skydd mot det allmännas möjligheter att fatta beslut som kränker den enskildes rättssäkerhet.

Det är således *nödvändigt* att vid bedömningen av ett avtal, där det allmänna uppträder som avtalspart, även ta i beaktande de offentligrättsliga begränsningar som kan föreligga och som kan medföra att avtalet får andra rättsverkningar än vad som skulle bli fallet utifrån enbart civilrättsliga regler. Sålunda begränsar det offentligrättsliga regelverket 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. Se närmare nedan kapitel 5.

Man måste även *utgå* från det offentligrättsliga regelverket när det gäller att bedöma *vem* eller *vilket organ* inom en myndighet som har kompetens att sluta avtal. Om "fel" organ ingått ett avtal kan detta ogiltigförklaras efter ett överklagande. Även vid bedömningen av de civilrättsliga rättsverkningarna av att beslutet att ingå avtalet ogiltigförklarats måste de offentligrättsliga reglerna beaktas, särskilt vad gäller bedömningen av den enskilde avtalspartens goda tro i förhållande till den offentligrättsliga avtalspartens kompetens. Se närmare nedan kapitel 6.

Vidare blir det offentligrättsliga regelverket och de offentligrättsliga 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, t.ex. reglementen och arbetsordningar för de egna organen. Stödet för att fastställa taxor föreligger oftast enligt speciallagstiftningen, och kan därför karakteriseras som offentligrättsligt när det gäller nyttighet 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. el-leveransavtal. Se närmare nedan kapitel 8.

Del II

Avtalskompetens och kompetensöverskridande

"En strävan att sammankoppla offentligrättsliga regelsystem, innefattande myndighetsutövning, och civilrättsligt kontraherande kan, allmänt betraktat, erbjuda avsevärda svårigheter samt inbjuder stundom till förenklade resonemang och därpå grundade lösningsförslag, vilkas hållbarhet vid en närmare granskning befinnes kunna ifrågasättas."[1]

Gunnar Bramstång

---

[1] Bramstång, *Förvaltningsrättens begreppsbildning och grundläggande principer i konkret rättslig belysning*, 1993 s. 121.

Kapitel 5

Kommunal kompetens att ingå avtal

5.1 Allmänt om kompetens att ingå avtal

Begreppet kompetens används såväl på det avtalsrättsliga som det offentligrättsliga området och såväl enskilda som det allmänna har förmåga att företa rättshandlingar. Den privaträttsliga kompetensen att ingå avtal föreligger utifrån de regler som stadgas i avtalslagen och speciallagstiftning samt de ramar som dragits upp enligt rättspraxis. Enligt det offentligrättsliga synsättet betraktas kompetens som ett utslag av det allmännas myndighet och därmed en möjlighet att, utifrån lagstiftning och offentligrättsliga principer, ensidigt bestämma enskildas rättsförhållanden. Det allmänna kan därmed sägas stå i en *överordnad ställning* i förhållande till den enskilde och den privata autonomin. Samtidigt är den offentliga kompetensen inte bara en rätt att handla, den är i viss utsträckning även en *skyldighet* att handla. Kompetensen kan på olika sätt vara kombinerad med plikt eller frånvaro av plikt att använda kompetensen.[1] Inom såväl det privaträttsliga som det offentligrättsliga området är det tre typer av faktorer som är av betydelse för vilken kompetens den enskilde eller det allmänna har. Man skiljer mellan personella, materiella och processuella kompetenskrav. Reglerna om *personell kompetens* anger *vem* som har kompetens, de *materiella* stadgar *vad* vederbörande har kompetens till och de *processuella* reglerar *hur* agerandet skall ske för att få till stånd de avgöranden eller avtal det rör sig om.[2]

Eftersom verksamheten är så mångfasetterad finns en mängd olika grunder för det allmännas materiella kompetens. I norsk praxis är det vanligt att ange följande sätt enligt vilka det allmänna kan grunda sin kompetens.[3]

---

[1] En särskild fråga vid bedömningen av offentligrättslig kompetens, t.ex. kompetensen att fatta beslut eller utövande av normgivningsmakten, blir om det allmänna i den aktuella situationen, i stället för att använda sig av sin offentligrättsligt grundade kompetens, kan ingå ett avtal. Se närmare Mathiassen 1974.

[2] Se Basse 1996 s. 181 f. och Eckhoff & Smith 1997 s. 235.

[3] Se Graver, *Materiell forvaltningsrett med særlig vekt på grunnprinsippene*, 1996 avsnitt 4.4 och Eckhoff & Smith 1997 s. 240.

- Stöd enligt speciella kompetensregler i grundlag,
- organisations- och myndighetsinstruktioner,
- äganderätt och avtalskompetens,
- sedvanerätt och
- lagstadgad kompetens.

Som exempel på grundlagsrättsliga kompetensregler kan nämnas normgivningsmakten och beskattningsrätten. Den andra punkten avser kompetensen att bestämma vilka förvaltningsorgan som skall finnas och deras inbördes relation samt de instruktioner som ligger till grund för tjänstemännens agerande. Kompetensen begränsar sig här i första hand till interna förvaltningsrättsliga förhållanden, men kan även inverka på förhållandet mellan det allmänna och enskilda. Det allmänna kan även i egenskap av fastighetsägare eller part på det privaträttsliga området ha kompetens att agera utifrån det privaträttsliga regelverket.[4] De offentligrättsliga principerna kan dock sätta gränser för det allmännas agerande och avtalskompetensen omfattar inte myndighetsutövning. Även sedvanerätten anses kunna grunda kompetens för det allmänna. Som exempel anger *Graver* de möjligheter att ändra beslut och rätt att ställa villkor som utarbetats i praxis och som saknar direkt lagstöd. Slutligen utgör lagstiftningen en vanlig grund för kompetens.

Det allmännas *rätt att ingå avtal* och förvaltningsmyndigheternas rätt att ingå avtal *för det allmännas räkning* har inte direkt stöd i någon grundlagsföreskrift.[5] Man kan ur grundlagsreglerna rentav utläsa indirekta för-

---

[4] För finskt vidkommande har *Ståhlberg* skrivit att "[e]tt samfund kan sälja och köpa samt ingå lego- och andra avtal liksom enskilda personer sinsemellan". Se Ståhlberg, *Finlands förvaltningsrätt*, 1940 s. 388.

[5] Statliga myndigheter har rättskapacitet att teckna avtal men gör det i egenskap av representanter för rättssubjektet staten. Om statliga myndigheter sinsemellan tecknar avtal utgör det endast en intern reglering som inte kan prövas av allmän domstol. Ytterst är det en fråga för staten vilken ankommer på regeringen att lösa. Ett avtal mellan en statlig myndighet och ett annat rättssubjekt, t.ex. en kommun, kan i regel ses som ett vanligt civilrättsligt avtal. Är flera statliga myndigheter inblandade kan detta komplicera förhållandet eftersom de kan uppfattas som olika parter i förhållandet, även om alla representerar staten, såväl i förhållande till varandra som till övriga rättssubjekt. Kärnan i den centrala statsförvaltningen utgörs av Regeringskansliet och de ca sjuttio centrala ämbetsverken vilka är underställda regeringen. Därutöver finns ca 200 andra centrala förvaltningsorgan som inte räknas till ämbetsverken. Exempel på sådana är olika delegationer, råd, institut och beredningar etc. På det regionala planet finns, förutom länsstyrelserna, olika regionalorgan till de centrala ämbetsverken. Se även SOU 1994:136 bl.a. s. 150–166.

bud 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 överlåtas på enskilda och i den mån kommersiell verksamhet förekommer måste den bygga på rättslig reglering.[6]

Inte heller finsk rätt innehåller några allmänna stadganden om det allmännas rätt att ingå avtal, deras förpliktelser som avtalspart eller om möjligheterna att handha förvaltningsuppgifter på avtalsbasis. Myndigheternas *möjlighet att ingå avtal* är beroende av den gällande rättsordningen och att innan ett för det allmänna bindande avtal kan ingås bör det föreligga ett förvaltningsrättsligt beslut om detta. Ett särskiljande bör härvidlag ske mellan beslutet om att ingå avtalet och själva avtalet.[7]

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. Vidare anses det inte möjligt att ingå avtal om objekt, som myndigheten enligt rättsordningen inte har möjlighet att reglera genom avtal, t.ex. offentliga prestationer som skatter och offentligrättsliga avgifter.[8]

I Danmark har *Basse* skrivit om bl.a. miljöavtal. Då juridiska personer har kompetens att binda sig genom löften och avtal om att disponera över subjektiva rättigheter, finner hon att miljömyndigheter har behörighet att ingå miljöavtal. Hon framhåller vidare att en av de materiella förvaltningsrättsliga frågorna som är särskilt viktig vid miljöavtal, är betydelsen av legalitetsprincipen, vilken begränsar möjligheterna att genom avtal försöka frångå lagbestämmelse. Det är emellertid viktigt att hålla fast vid

---

[6] Se Marcusson 1993 s. 55 f. Regeringen får t.ex. anses ha rätt att ingå avtal för statens räkning i den mån grundlagen inte hindrar det, men stadgandet i 9:9 RF innebär dock att den i de flesta fall är bunden av riksdagens bemyndigande.

[7] Se Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 6.

[8] Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 7 ff. Finsk praxis har sålunda upphävt ett kommunfullmäktigebeslut där en kommun, för att få en industrianläggning till kommunen, beviljat lättnader från enligt lag fastställda avgifter. Bland de avtal som är godtagna enligt finsk lagstiftning kan nämnas ett i expropriationslagen nämnt avtal om ersättningens belopp.

att det som utgångspunkt *inte* skall behövas lagstöd för att myndigheter skall kunna ingå avtal med enskilda, om dessa kan bidra till att lösa en fråga. Men om man accepterar en sådan avtalsfrihet för det allmänna måste det också vara en förutsättning att avtalet inte griper in i andras rättigheter eller pålägger förpliktelser för andra än avtalsparterna. Det är vid ett accepterande av avtalsfriheten vidare av betydelse hur mycket av det avtalade som befinner sig inom, eller utanför, vad som kan karakteriseras som myndighetsutövning.[9]

De krav som föreligger enligt de offentligrättsliga principerna måste enligt *Basse* bli tillämpliga vid ingående av miljöavtal. På samma sätt måste det vad gäller avtalsinnehållet ställas krav på att de avtal som ingås som ett alternativ till en offentligrättslig reglering, präglas av en respekt för sådana materiella krav som regleras i avtalet. Men även privaträttsliga principer måste beaktas till viss del, t.ex. principen om pro forma-avtals ogiltighet. Vidare kan det ställas habilitetskrav på dem som genom avtalet erhåller befogenheter att administrera det avtalade.[10]

5.1.1 Det kommunala kärnområdet och frivillig kommunal verksamhet

Vid en bedömning av kommunens kompetens att ingå avtal måste de rättsliga förutsättningarna för avtalsingående inom det aktuella området analyseras. Kompetensen kan grunda sig på föreskrift inom vad som 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 (tjäns-

---

[9] Se Basse 1996 s. 183 f. I praktiken ingås miljöavtal vanligtvis som frivilliga avtal, dvs. avtal som inte bygger på särskilt lagstöd. Man har använt avtalsformer, som innehållsmässigt endast angett de målsättningar och ramar som branschorganisationer och myndigheter kunnat uppnå enighet om att sträva mot inom en närmare angiven följd av år. Utifrån ett rättssäkerhetsmässigt betraktelsesätt har legalitetsprincipen störst betydelse när det rör sig om en reglering av enskilda individers rättsförhållanden. Kravet på ett direkt lagstöd anses därför minska i betydelse.

[10] Se Basse 1996 s. 184. Jfr även Frihagen, *Avtaler med forvaltningsmyndighetene*, 1977 s. 63 ff.

ten/servicen) *tillhandahålls* de kommunmedlemmar som berörs.[11] Sådan obligatorisk verksamhet kompletterar den kommunala kompetensen, samtidigt som den i viss mån kan sägas inskränka kommunens handlingsfrihet. En kommun kan således *inte privatisera* och frånsäga sig *huvudmannaskapet* för verksamheten genom att lämna i från sig *såväl drift som finansiering*.[12] Även om driften av verksamheten överlämnats till enskild kvarstår kommunen som huvudman.[13] 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 verk-

---

[11] 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. Att en kommun är skyldig att tillhandahålla t.ex. förskoleverksamhet utgör inget 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. Se även avsnitt 5.3.2.

[12] I *RÅ 1986 ref. 176* ansågs en kommun således ha överskridit sin kompetens när den försökte övervältra ansvaret för bortforsling och slutligt omhändertagande av avfall på de enskilda fastighetsägarna – något som kommunen enligt renhållningslagen är skyldig att ansvara för. Fastighetsägare som begagnade sig av kommunens brandgrops- eller containerområden skulle härför debiteras vissa årliga avgifter.

[13] 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.

samhet *inom ramen för den allmänna kompetensen.*[14] Det föreligger ingen juridisk möjlighet att tvinga en kommun att driva eller finansiera sådan verksamhet, vilket även leder till att sådana verksamheter teoretiskt sett *i sin helhet* kan privatiseras.[15]

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. Kompetensen på det specialreglerade området har även begränsats av de statsbidragsbestämmelser som ansluter sig till den i speciallagen stadgade verksamheten.[16] En stor del av den obligatoriska verksamheten utgörs av myndighetsutövning, t.ex. beviljande av 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.[17] 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.[18]

Enligt *Marcusson* har den traditionella uppdelningen av den kommunala organisationen i *oreglerad* respektive *specialreglerad verksamhet* mist en del av sin betydelse.[19] Detsamma gäller begreppen *obligatoriska* och *fakultativa nämnder* och i synnerhet begreppen *självförvaltning* och *egenför-*

---

[14] Som typiska exempel på *frivilliga verksamheter* kan nämnas kultur- och fritidsverksamhet, t.ex. simhallar. Tidigare räknades även biblioteksverksamhet hit. Numer finns bibliotekslagen (1996:1596) som förvandlar verksamheten från fakultativ till att i princip vara "uttunnat" obligatorisk, då det bl.a. stadgas att varje kommun skall ha ett folkbibliotek, 2 § 3 st. Det anges dock i förarbetena att det även fortsättningsvis skall vara en kommunal angelägenhet att bestämma omfattningen av folkbiblioteksverksamheten. Se prop. 1996/97:3 s. 49 och s. 207 samt bet. 1996/97:KrU1 s. 71 f.

[15] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 33.

[16] Den kontroll statsbidragen är underkastad har dock förlorat i betydelse i takt med att de specialdestinerade statsbidragen till viss del ersatts med ett generellt statligt utjämningsbidrag till kommunerna, något som lett till att den kommunala självstyrelsen ökat något. Se prop. 1991/92:150, del II bl.a. s. 11 f., s. 43 ff. och s. 47. Jfr även Berggren m.fl. 1997 s. 60.

[17] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 63 ff.

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

[19] Kommunerna förefaller ha fått en större frihet än tidigare eftersom deras skyldighet att underställa statliga myndigheter sina beslut för stadfästelse har minskat avsevärt. Kommunernas kompetens att agera måste därför bedömas utifrån den föreliggande situationen, och inte slentrianmässigt delas in i frivillig eller specialreglerad verksamhet.

valtning.[20] För att kunna analysera den kommunala verksamheten verkar det enligt henne behövas nya kriterier vid systematiseringen.[21] Vad som dock fortfarande gäller är att kommunen har en egen rättspersonlighet, med egen förmögenhet och rätt att genomföra ekonomiska transaktioner samt bilda andra rättssubjekt enligt civilrättsliga regler.[22]

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, finner *Marcusson* att det finns ett *kärnområde* för den kommunala verksamheten. Detta kärnområde avgränsar det kommunala ansvaret, där kommunen måste vara verksam och *inte kan* lämna över ansvaret till andra.[23] Till detta kärnområde räknas:[24]

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.

---

[20] *Egenförvaltning* motsvarar den senare benämningen *oreglerad verksamhet* och innebär att kommunen i sin egenskap av *privaträttsligt subjekt* med egen förmögenhet, utöver kommunmedlemmarnas gemensamma intressen, handhar egna eller enskilda angelägenheter av ekonomisk natur. Verksamheten är härledd ur kommunens egenskap av ekonomisk sammanslutning och alltså oberoende av kommunens tvångskaraktär. *Självförvaltning* motsvaras av den specialreglerade verksamheten och innebär att kommunal nämnd handhar uppgift som föreskrivs enligt särskild författning. Nämndens kompetens beror då av specialförfattningen och fungerar som ett lokalt statligt förvaltningsorgan, där kommunfullmäktige inte har något inflytande. Se Sundberg 1964 bl.a. s. 35 ff. och s. 478 ff.

[21] Se Marcusson 1992 s. 13 och även s. 24. Hon redogör över sidorna 17–22 för den kommunala verksamhetens utveckling och förändring. Hennes slutsats är att det skett en integrering mellan statlig och kommunal verksamhet och att synen på vad som bör utgöra kommunala uppgifter och vad som bör räknas till central eller regional nivå oftast bestäms av praktiska överväganden.

[22] *Marcusson* hävdar att kommunerna har en i lag definierad egen sfär, genom kompetensregler och beskattningsrätten samt regler om förpliktelser. Se Marcusson 1992 s. 16. Avgörande för synen på förhållandet mellan staten och kommunerna blir principen om den kommunala självstyrelsen och den s.k. oreglerade fria sektorn, även om kommunernas självbestämmande enligt henne urholkats. Se Marcusson 1992 s. 30. Se även Holmberg & Stjernquist 1980 s. 41 ff.

[23] Se även SOU 1991:26 s. 161 f.

[24] Se Marcusson 1992 s. 122.

Utanför kärnområdet ligger det *s.k. frivilliga området.* Sådan verksamhet föreligger med stöd av:[25]

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.

För att närmare analysera kommunernas möjligheter att ingå avtal följer i avsnitt 5.2 en redovisning av de faktorer som begränsar det allmännas avtalsingående utifrån det kommunalrättsliga regelverket. I avsnitt 5.3 och 5.4 redovisas förutsättningarna för avtalsingående på två specialreglerade områden, medan avsnitt 5.5 behandlar möjligheterna till ett avtalsrättsligt bindande av framtida myndighetsutövning. I avsnitt 5.6 sammanfattas slutligen det avtalsbara området.

5.1.2 Vederlag enligt avtal och avgiftsuttag enligt fastställd taxa

En annan fråga är om en kommun har rätt att välja mellan att ingå ett avtal där enskild förpliktas att utge vederlag för en viss tillhandahållen prestation eller om kommunen endast har möjlighet att kräva avgift enligt en av kommunfullmäktige fastställd taxa.[26] Det kan ibland vara svårt för den enskilde att avgöra om ett vederlag för mottagen prestation endast utgår till följd av avtal eller om den enskilde erlägger en avgift enligt fastställd taxa för den tjänst som tas i anspråk. Oftast rör det sig om ett avgiftsuttag där utrymmet för individuella variationer är litet. Bedömningen måste variera beroende på om en kommun är skyldig att tillhandahålla viss service och de fall det rör sig om mer utpräglat frivilliga relationer.

---

[25] Se Marcusson 1992 s. 122 f. Även inom det frivilliga området kan det finnas en gråzon. T.ex. kan kommunal bidragsgivning till idrotts- eller kulturliv inte anses utgöra myndighetsutövning, men torde ändå inte kunna överlåtas 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 även a.a. s. 122 f.

[26] Se för danskt vidkommande Heide-Jørgensen 1993 kap. IX.

När en kommun enligt specialförfattning är skyldig att tillhandahålla en viss uppgift, anses den inte utan laga stöd kunna finansiera denna genom avgifter som den själv bestämmer. På samma sätt anses kommunen inte utan lagstöd kunna påtvinga kommunmedlemmarna en prestation och därigenom skapa en grund för avgiftsskyldighet.[27] Att kommunen genom lokala föreskrifter kan föreskriva ett prestationstvång utgör inte samtidigt någon legal grund för att föreskriva avgiftsskyldighet. För att kommunen i en sådan situation skall kunna kräva avgift, krävs ett riksdagsbemyndigande. När en kommun utkräver en avgift är den bunden att göra detta i enlighet med vad som föreskrivs i den aktuella författningsbestämmelsen. Faller avgiften utanför vad som regleras i speciallagen får frågan om dess laglighet bedömas utifrån vad som gäller kommuns möjlighet att avgiftsbelägga prestationer inom oreglerad verksamhet. En avgörande förutsättning bör här vara att det är möjligt att bestämma den personkrets prestationen riktar sig till. När endast en viss kategori av kommunmedlemmar har nytta av en viss prestation anses kommunen få ta ut avgifter av blott och bart dessa i stället för kommunmedlemmarna som helhet.[28]

Kan så en kommun ingå ett avtal med enskild kommuninvånare för att på så sätt få denne att gå med på att ta emot prestationen? Svaret måste bli beroende av vilken typ av prestation situationen avser. Gäller det någonting som kommunen enligt lag är skyldig att tillhandahålla kommuninvånarna måste svaret bli nekande om prestationen skall finansieras av hela skattekollektivet. Rör det sig däremot om en rent frivillig verksamhet torde det inte föreligga något hinder mot att ingå ett avtal som reglerar det aktuella förhållandet. Har kommunen rätt att ta ut en avgift av den enskilde utan särskilt lagstöd torde den även ha rätt att ingå avtal med kommuninvånarna. Priset för den prestation som kommunen tillhandahåller borde dock, i och med att samma offentligrättsliga principer aktualiseras som vid ett avgiftsuttag på det frivilliga området, motsvara den

---

[27] Se Bohlin 1984 s. 135. För äldre rätt, se *NJA 1934 s. 663*, där stad inte ansågs ha rätt att för täckande av ränta och amortering på ett lån för dragande av avloppsledning utta en årlig avgift av varje till anläggningen ansluten WC, vilket ansågs vara en förtäckt form av beskattning av något som var till nytta för samtliga kommuninnevånare, *NJA 1938 s. 165*, där beslut om årlig avgift för fastighetsägare anslutna till avloppsledning inte ansågs bindande gentemot dessa, eftersom anordningen ansågs vara till nytta för samtliga kommunmedlemmar, *NJA 1939 s. 658*, där beslut om skyldighet för fastighetsägare att bekosta avloppsanläggning inte ansågs vara bindande för dessa, och *NJA 1951 s. 297*.

[28] Se Bohlin 1984 s. 184 f. och s. 193.

avgift som skulle ha tagits ut av kommuninvånaren om man inte valt att reglera förhållandet genom ett avtal. En fråga som då omedelbart gör sig påmind är att om det inte spelar någon roll om man väljer att ingå ett avtal eller om man löser utbytet av en prestation genom att ta ut en avgift, skall då offentligrättsliga regler tillämpas i den ena situationen och avtalsrättsliga i den andra? Svaret är nog kanske inte så svårt, är det en verksamhet inom det frivilliga området kan relationen mellan parterna till stor del ses som privaträttslig. En skillnad står dock klar, kommunen är skyldig att iaktta de offentligrättsliga principer som kan inverka på förhållandet, främst självkostnadsprincipen.

Bohlin analyserar i sin avhandling frågan om förekomsten av taxa utgör en nödvändig förutsättning för ett avgiftsuttag eller om avgiftsuttaget kan grundas på annat fullmäktigebeslut eller på avtal. *Huvudregeln* anges vara *att uttag av avgift alltid förutsätter en av ett därtill behörigt organ antagen taxa*. Enbart lagstöd räcker alltså inte. Dessutom fordras ett fullmäktigebeslut om att avgift skall tas ut i enlighet med en viss taxa. Saknas ett beslut om avgiftsuttag skall verksamheten finansieras via skatt.[29] Något principiellt förbud mot att fullmäktige fattar *individuella beslut om avgifter* verkar dock inte finnas.

> I *RÅ 1977 ref. 55* hade fullmäktige beslutat godkänna ett avtal mellan kommunal myndighet och ett fastighetsbolag, där bolaget erhöll en avgiftssubvention. Fullmäktiges beslut fick här karaktären av ett individuellt beslut om avgiften, eftersom beslutet enligt RegR:s majoritet var lagligt då subventionen utgjort ett *nödvändigt villkor för avtalet*. I *RÅ 1977 Ab 463* ansågs emellertid fullmäktiges beslut att godkänna ett va-avtal medföra ett befogenhetsöverskridande, eftersom den reducerade avgiften ansågs utgöra ett otillåtet stödjande av enskild. Brukningsavgiftens reducering gjorde att avgiften understeg kommunens självkostnad. Insatsen befanns heller inte gjord för att motverka arbetslöshet.

Möjligheterna till att fatta individuella beslut om avgifter begränsas alltså av *likställighetsprincipen*, och borde därför främst aktualiseras när en viss abonnent i något avseende skiljer sig från andra användare och därför har ett berättigat krav på att bli särbehandlad i avgiftshänseende, t.ex. genom kvantitetsrabatter.[30]

När det gäller avtal om avgifter som alternativ till taxa är huvudregeln givetvis att det allmänna inte har rätt att ta ut *offentligrättsliga avgifter* på

---

[29] Se Bohlin 1984 s. 198 f.

[30] Se Bohlin 1984 s. 200 ff.

annat sätt *än den författningsbestämmelse som grundar rätten till uttaget medger*. Framgår att avgiften skall utgå enligt taxa så utgör det ett hinder mot ett uttag i annan ordning, jfr t.ex. vad som gäller för avgifter enligt lagen (1957:259) om rätt för kommunen att ta ut avgift för vissa upplåtelser av offentlig plats m.m., avgiftslagen, där avgiften inte anses kunna ersättas av ett nyttjanderättsavtal. "Skulle en offentligrättslig avgift ha uttagits på grundval av ett mellan kommunal myndighet och enskild ingånget avtal, torde bristen – om taxa ej finnes – i allmänhet vara av sådan karaktär, att det saknar egentlig betydelse om avgiften formellt erlagts till följd av ett frivilligt åtagande. I sådana fall synes allmän domstol böra bifalla en restitutionstalan ävensom ogilla en talan om utbekommande av avgift."[31] I likhet med vad som nämnts på andra ställen i det här arbetet torde en offentligrättslig brist inte kunna botas genom en privaträttslig överenskommelse. En avtalsreglering om offentligrättsliga avgifter vid sidan av gällande taxa kräver därför lagstöd. När det gäller privaträttsliga avgifter är situationen även här den att det allmänna inte avtalsvägen kan kräva avgifter för prestation som skall finansieras via skatter,[32] och att återbetalning av sådana olagligt uppburna avgifter kan komma ifråga.[33] Om prestationen däremot faller utanför vad som regleras enligt taxan är det mycket möjligt att den kan kompletteras med ett avtal. Enligt *Bohlin* kommer dock förekomsten av en taxa att vara en nödvändig förutsättning för att en avgift skall kunna tas ut, oavsett om det rör sig om s.k. offentligrättsliga eller privaträttsliga avgifter. Om inte en debiterande myndighet kan besluta om taxa, så bör den enligt honom heller inte genom avtal kunna överenskomma om en avgift för prestation, när fullmäktige inte beslutat om någon sådan avgiftsfinansiering.[34]

---

[31] Se Bohlin 1984 s. 202.

[32] Se t.ex. det på andra ställen redovisade rättsfallet RÅ 1968 ref. 8.

[33] Se bl.a. NJA 1951 s. 297.

[34] Se Bohlin 1984 s. 205. I *NJA 1949 s. 305* hade en hamnkapten muntligen avtalat med företrädare för ett rederi att några avgifter, som förelåg enligt taxa, inte skulle komma att krävas. Fråga uppkom om underlåtenhet från stadens sida att inom rimlig tid göra gällande att den gjorda eftergiften stred mot taxebestämmelserna, och att avtalet därmed inte skulle vara bindande för staden, skulle leda till att staden inte längre hade rätt att framställa krav på taxebeloppen. HD:s majoritet fann att, även om avtalet var taxestridigt och innebar en för staden icke bindande eftergift, avgiftsbefrielsen skulle gälla eftersom staden först efter sex år framställt krav mot bolaget och att detta på grund av det affärsmässiga mellanhavandet förlitat sig på eftergiften och inte kunde anses ha brustit i sin aktsamhet. Staden hade därför inte rätt att efter så lång tid göra anspråk på hamnavgift enligt gällande taxa.

En taxa kan aldrig ersättas av avtal om inte annat är föreskrivet i lag.[35] Sådant utrymme för huvudmannen att ingå avtal med fastighetsägare, eller annan abonnent som brukar anläggningen, finns t.ex. enligt 28 § VAL om va-fråga i de fall som inte regleras i allmänna bestämmelser eller genom fastställd taxa, eller att situationen som tidigare nämnts är så speciell att likställighetsprincipen inte rubbas genom att enskild särbehandlas på något sätt.[36] Den befintliga taxan eller de principer som ligger till grund för denna sätter dock ett tak för vad enskild genom avtal kan förpliktas att betala. Avgifter enligt avtal begränsas därför uppåt av det tak som den gällande taxan eller motsvarande föreskriver, och nedåt av likställighetsprincipen enligt 26 § VAL. Dessutom finns fall när kommunen, givetvis inom ramen för sin kompetens, kan ge enskild stöd i form av en avtalsreglerad avgiftssubvention. En sådan subvention får dock inte drabba det övriga avgiftskollektivet, utan bör finansieras genom skattemedel. Avtalsreglering är även möjlig om fastighet är belägen utanför det område där taxan gäller, dvs. utanför va-anläggningens verksamhetsområde.[37]

Rättsförhållandet mellan kommunen såsom huvudman för en va-anläggning och en fastighetsägare befinner sig i gränsområdet mellan offentlig rätt och privaträtt. Av 9 § VAL framgår att fastighetsägare inom allmän va-anläggnings verksamhetsområde är skyldig att betala avgifter till huvudmannen för anläggningen, om inte behovet kan tillgodoses på annat sätt. Ett tvångsvis rättsförhållande uppstår därmed mellan huvudmannen och fastighetsägaren, där huvudmannen bestämmer om och i vilken omfattning avgifter skall tas ut.[38] Vid utformningen av avgiftstaxan är huvudmannen skyldig att iaktta bestämmelserna i 24–26 §§ VAL, vil-

---

[35] Enligt ett avtal som upprättats mellan Svalövs kommun och en hjälpbehövande kvinna, hade hon erhållit hemhjälp av den kommunala hemhjälpsverksamheten. Trots att kommunfullmäktige antagit en taxa för ersättning för social hemhjälp, innebar avtalet att kommunen skulle få full ersättning för sina kostnader. Kommunen ansågs dock inte vara berättigad till större ersättning än vad taxan föreskrev. Visserligen hade kommunens hemhjälpsorgan rätt att inom ramen för tillgängliga medel själv bestämma inriktningen och omfattningen av sin verksamhet, men eftersom verksamheten låg inom det genom taxan reglerade området, hade organet inte befogenhet att genom avtal göra undantag från det belopp som upptagits i den fastställda taxan, *NJA 1977 s. 247.*

[36] Se även prop. 1970:118 s. 96 och s. 148.

[37] Se Bohlin 1984 s. 206 ff.

[38] Även fastigheter som är i huvudmannens ägo omfattas av 9 § VAL. Taxan får därför inte utformas på ett sätt som gör att dessa fastigheter gynnas på övriga fastighetsägares bekostnad. Se bl.a. *NJA 1981 s. 837.*

ket bl.a. innebär att avgifterna inte får överskrida självkostnadsprincipen och att avgiftsskyldigheten "skall fördelas mellan fastigheterna efter skälig och rättvis grund".

Ett införande av avgift för nya nyttjare av en service som tidigare varit avgiftsfri har heller inte ansetts strida mot den kommunala likställighetsprincipen.

I *Kammarrättens i Sundsvall dom 1992-09-30 (Mål 1099-1992)* prövades enligt 10:8 4 p. KL lagligheten av ett kommunfullmäktigebeslut om att anta ett upprättat nyttjanderättsavtal, efter det att tillstånd att mot avgift nyttja kommunens mark för värmeanläggningar beviljats av tekniska nämnden i kommunen. Till grund för avtalet låg Svenska kommunförbundets standardavtal. När avgiften inte godkändes av klaganden beslutade nämnden med upphävande av tidigare beslut att föreslå fullmäktige besluta godkänna det upprättade förslaget till nyttjanderättsavtal. Ersättningskravet om 500 kr per år ansågs enligt klaganden utgöra en straffavgift som stred mot likställighetsprincipen eftersom några fastighetsägare tidigare utan avgift fått nyttja kommunens mark för liknande ändamål. Kommunen ansåg däremot att det rörde sig om en begränsad nyttighet och att likställighetsprincipen därmed inte gällde. Vidare hävdade kommunen att en ny princip, om avgiftsbeläggning av dylika upplåtelser av allmän platsmark, genom beslutet införts i kommunen. Kammarrätten fann att det överklagade beslutet inte innebar något åsidosättande av likställighetsprincipen och lämnade därför överklagandet utan bifall.[39]

5.1.3 Upplåtelse av torghandelsplats – ett exempel på offentligrättsligt reglerad verksamhet som utesluter avtalsingående

Ibland utfärdar kommunerna s.k. torghandelsstadgor, vilka reglerar torghandeln. Dessa utgör en lokal ordningsstadga vilken utfärdas med stöd av ordningslagen (1993:1617), OL.[40] En upplåtelse blir då närmast att betrakta som en ensidig offentligrättslig handling om vilken civilrättsliga avtal inte kan träffas eftersom torgplatsupplåtelser innebär upplåtelse

[39] När klaganden flera år efter KammR:s dom fortfarande vägrade att finna sig i och underteckna det upprättade förslaget föreslog tekniska avdelningen i kommunen att det gamla beslutet skulle upphävas och att ett nytt nyttjanderättsavtal upprättas, där klaganden i stället skulle betala en engångssumma om 1 000 kr. Kommunfullmäktige fattade beslut i enlighet med förslaget.

[40] Enligt OL, som ersatte allmänna ordningsstadgan (1956:617), AOst, behöver kommunfullmäktiges beslut om antagande av lokala föreskrifter inte längre underställas LSt:s prövning. Det är därför numer kommunerna själva som beslutar om dessa föreskrifter. Kommunen är dock skyldig att anmäla beslutet till LSt, som har befogenhet att upphäva lokala föreskrifter som strider mot bestämmelserna i OL.

av allmän plats. Ett beslut om upplåtelse har därför karaktär av myndighetsutövning.[41] Avgiftslagen möjliggör för kommunerna att i viss omfattning ta ut avgifter för gatuhandeln och parkeringsavgifter.[42]

Upplåtelser av torgplatser till försäljare kan alltså ses som att kommunen "hyr" ut torgplatser. Upplåtelsen grundar sig emellertid *uteslutande på offentligrättslig lagstiftning* och är därför att anse som myndighetsutövning vilket leder till slutsatsen att *avtal inte kan träffas*.[43] Man kan därför inte "hyra" en torgplats på ställe som utgör del av allmän plats.

Bramstång är av samma mening och anför att upplåtelse av allmän plats och uttagande av avgift uteslutande rör sig om en reglering av offentligrättslig natur. Hans "försiktiga slutsats" blir därför att det råder begränsade möjligheter att använda sig av privaträttsliga konstruktioner på området, bl.a. därför att upplåtelse av allmän plats *tveklöst* tillhör de

---

[41] Att man valt en avtalsliknande form, såsom *avtal* om upplåtelse av försäljningsplatser på salutorg, om gatumarks- och gravplatsupplåtelser eller om s.k. koncessionsavtal, torde enligt *Sundberg* sakna betydelse, eftersom själva beslutet författningsenligt är en ensidig förvaltningsakt. Se Sundberg 1955 s. 162.

[42] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 86–90. Se även Bramstång, *Upplåtelse av allmän plats. Offentligrättsligt beslutsfattande eller privaträttsligt kontraherande?*, 1992 s. 402–412 och där anförd litteratur samt Ragnemalm, *Allmän plats. Om samspelet mellan politirätt, privaträtt och socialrätt*, 1978 och Strömberg 1995b s. 44. För en historisk överblick, se Bohlin 1984 s. 153–159. Se även *NJA 1952 s. 47*, vilket bl.a. rörde fråga om stad ägde rätt att ta ut avgift för nyttjande av platser på gatumark och där HD slog fast att tvingande föreskrifter inte kan rubbas genom avtal, *RÅ 1957 ref. 28*, där stadsfullmäktige genom lokal ordningsstadga inte ansågs kunna reglera torghandel eftersom de beslutade föreskrifterna inte gjorts för upprätthållande av allmän ordning utan reglerade vad som fick säljas, och *RÅ 1957 ref. 47*, där de för torghandeln tillgängliga utrymmena ansågs vara så begränsade att särskilda inskränkningar i torghandelsstadga av RegR ansågs vara ofrånkomliga för upprätthållande av allmän ordning.

[43] Se även *NJA 1963 s. 84*, där en kommun ansågs ha rätt att ta ut differentierade avgifter för begagnande av allmän plats för korvförsäljning. Det ansågs i *RÅ 1992 ref. 87* strida mot avgiftslagen när en kommunal gatunämnd antagit ett förslag till avtal varigenom kommunen reglerat villkoren och ersättningen för att ett företag skulle få ta i anspråk allmän plats. Nämnden befanns ha överskridit sin kompetens genom att ingå upplåtelseavtal med enskild. Sådana avtal får inte innefatta en markupplåtelse eller innehålla föreskrifter, som i realiteten avser ersättning för allmän platsmark där polisen ansvarar för meddelande av tillstånd och där offentligrättslig avgift enligt avgiftslagen kan komma i fråga. RegR kunde dock bara göra en laglighetsprövning av de frågor som aktualiserats, dvs. att det antagna lagförslaget stred mot avgiftslagen. Därmed kunde inte den principiellt viktiga frågan om nämndens befogenhet att genom ett långvarigt avtal med enskild reglera kommunens framtida myndighetsutövning – i form av vetorätt – när det gäller ärenden om tillstånd att ta i anspråk allmän plats, vilket normalt meddelas av polisen, prövas.

områden där utrymmet för ett kommunalt vinstintresse är minimalt och rättstillämpningen följer relativt enhetliga linjer.[44] Utifrån ett offentligrättsligt perspektiv innebär upplåtelse av allmän plats mot i kommunal ordning fastställd avgift enligt honom tvivelsutan myndighetsutövning. Om mellanhavandet mellan kommunen och enskild skulle betraktas ur en *privaträttslig* synvinkel förefaller utfästelser av typen "förlängning av arrendekontrakt" inte heller kunna negligeras. Det är givetvis av väsentlig vikt att ett avtal inte upphör i förtid. Att använda termen lägenhetsarrende på upplåtelsen belyser därför svårigheterna "att till ett traditionellt offentligrättsligt område söka överföra civilrättsliga tankegångar och på en principiellt vidsträckt avtalsfrihet baserade överväganden och lösningar".[45] *Ragnemalm* finner att utrymme för privaträttsliga överenskommelser förefaller saknas enligt avgiftslagen. Något avtal behöver då heller inte slutas eftersom avgiften utgår i enlighet med av fullmäktige antagna normer och inte förutsätter något åtagande från nyttjarens sida.[46]

Om viss mark upplåtits till allmän försäljningsplats, eller när det gäller försäljning på salutorg, behöver därför, i likhet med vad som gällde enligt 2 § AOst, inget särskilt tillstånd sökas hos polisen för att utnyttja området. Det har ansetts onödigt att kräva tillstånd för försäljning på platser som upplåtits för just det ändamålet, t.ex. torghandel. Sådan upplåtelse är en kommunal angelägenhet, och upplåtelsen sker efter ett kommunal beslut. Polisens tillstånd behövs därför endast om marken skall användas till ett annat ändamål än det den är avsedd för enligt beslut i detaljplan eller i någon annan ordning.[47] Bestämmelserna i det nämnda lagrummet anges utgöra en offentligrättslig reglering som, genom rätten att ta ut

---

[44] Se Bramstång 1992 s. 407 ff.

[45] Se Bramstång 1992 s. 410 f.

[46] Se Ragnemalm 1978 s. 27 och s. 90 f. Jfr *JO 1962 s. 438*, där JO uttalar att det inte ingår i tillståndsgivande myndighets befogenhet att förbinda tillstånd för ianspråktagande av allmän plats med villkor av ekonomisk innebörd, t.ex. erläggande av viss avgift. Se även *JO-beslut 1975-04-04, Dnr 917/73*, där en utförlig promemoria av *Ragnemalm* med liknande innehåll som ovan återges. JO ansåg dock till skillnad från Ragnemalm att fog fanns "för ståndpunkten att rättsförhållandet mellan kommunen och tillståndshavaren är undantaget från privaträttslig reglering blott såvitt avser tillståndet till själva ianspråktagandet samt avgiftsuttaget, och att möjligheten till privaträttslig reglering i övrigt endast är begränsad av vanliga kommunalrättsliga samt tvingande civilrättsliga regler". Se a.a. s. 30.

[47] För sambandet mellan tillståndsgivningen och kommuns rätt att ta ut avgift för upplåtelsen, se Bohlin 1984 s. 179–183.

särskild taxa enligt avgiftslagen, inte medger en kommun rätt att genom avtal upplåta allmänna platser för olika ändamål. Något utrymme för att ingå nyttjanderättsavtal har därför inte ansetts finnas.[48]

Enligt avgiftslagen har kommunen rätt, under förutsättning att tillstånd lämnats, att ta ut avgift för upplåtelser på offentlig plats. Grunderna för beräkning bestäms av kommunfullmäktige som därvid har att beakta ändamålet med upplåtelsen, nyttjarens fördel av densamma etc. I propositionen om ny ordningslag föreslås att kommunerna skall kunna ingå civilrättsliga nyttjanderättsavtal när det gäller *kommunal tomtmark* som utgör offentlig plats.[49] Sådan upplåtelse skall därför undantas från avgiftslagens reglering, vilken då kommer att förbehållas t.ex. gator, vägar, torg och parker. Enligt föredraganden bör, genom kravet på tillstånd för att ianspråkta offentlig plats, möjligheten att upplåta offentlig plats med nyttjanderätt i de allra flesta fall vara utesluten. Sådan upplåtelse bör därför endast ske utifrån OL och med ett avgiftsuttag enligt avgiftslagen. När en kommun upplåter kvartersmark som förvaltas av kommunen med nyttjanderätt, bör dock kommunen i likhet med enskild fastighetsägare, ha rätt att träffa avtal med nyttjanderättshavaren om ersättningen för upplåtelsen. Sådana situationer omfattas därför inte av avgiftslagen. I remissyttrande inför införandet av ordningslagen påpekade NO att möjligheten att förena ett yttrande med villkor kan skapa osäkerhet för näringsidkare som har försäljningsstånd på allmän plats. En markutnyttjare som sluter ett avtal med kommunen kan enligt NO erhålla fördelar i förhållande till näringsidkare som nyttjar mark enligt den aktuella lagstiftningen. Bestämmelserna om konkurrens på lika villkor skulle därför kunna sättas ur spel.[50]

> Frågor om upplåtelser av torghandelsplatser har vid flera tillfällen prövats av JO. *JO 1985/86 s. 402* rörde uttalanden angående kommuners möjligheter att civilrättsligt disponera över mark som utgör allmän plats och förutsättningar för att i visst fall avvisa försäljare från en tilldelad plats på salutorg. Kommunen gjorde gällande att det utöver den offentligrättsliga regleringen fanns ett civilrättsligt moment i förhållandet mellan den och en förening som avvisats från en tilldelad torgplats. Ett avtal skulle ha ingåtts om upplåtelsen av platsen där en förutsättning för avtalet skulle vara att den som hyr plats följer lagar och andra författningar. Kommunen skulle därför ha rätt att häva avtalet om ett uppenbart brott mot avtalet skulle uppdagas, *även om någon offentlig-*

[48] Se prop. 1992/93:210 s. 100 ff., s. 107 f. och s. 274 samt bet. 1993/94:JuU1 s. 4 f.

[49] Se prop. 1992/93:210 s. 215 f.

[50] Se prop. 1992/93:210 s. 106 och bet. 1993/94:JuU1 s. 12.

rättslig grund för avvisningen inte förelåg. JO konstaterar att det är högst tvivelaktigt om en kommun civilrättsligt sett kan disponera över torghandelsplatser och att platserna upplåtits i offentligrättslig ordning genom ett ensidigt beslut från kommunens sida och att ingenting i det aktuella fallet tyder på att ett avtal ingåtts.[51] Kommunen hade därför inte ägt rätt att avvisa föreningen från torget.

I *JO 1994/95 s. 466* hade en kommun upplåtit plats för torghandel utan att, utifrån möjligheten i AOst, dessförinnan närmare reglera vad som skulle gälla. Genom avtal hade kommunen träffat en överenskommelse med en företagarförening om att den skulle handha torghandeln. JO fann att överlämnandet gällde överlämnande av förvaltningsuppgift, vilken i sig innefattade myndighetsutövning, och därmed inte skulle vara möjlig att överlämna till enskild utan lagstöd. Eftersom kommunen förbehållit sig beslutanderätten avseende själva tilldelningen av platser och på vilka villkor och till vilken avgift detta skulle ske, fann dock JO att någon överlåtelse av myndighetsutövningen inte skett.[52]

5.2 Den kommunala kompetensen

Kommunen erkändes som en självständig juridisk person genom 1862 års kommunalreform. Som sådan kan den t.ex. ingå avtal med såväl andra juridiska personer som enskilda individer, anställa personal, äga fast och lös egendom samt uppträda som part i allmän domstol.[53] 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

---

[51] JO tar dock inte ställning till frågan om det är möjligt att ingå individuella avtal som anknyter till generell upplåtelse av torgplats.

[52] Se även Warnling-Nerep 1995 s. 183 f.

[53] *Kaijser* ansåg att en kommuns *behörighet* att sluta avtal följer direkt av dess egenskap av ett av rättsordningen erkänt rättssubjekt med rättshandlingsförmåga och rättskapacitet och att denna behörighet därför lika litet som statens kräver något uttryckligt lagstöd. Om avtalet avser delägarskap i eget, bildande av eller stöd åt annat självständigt rättssubjekt är irrelevant. Se Kaijser 1972 s. 69. *Sundberg* hävdade att "[e]n enkel och mycket anlitad väg för besörjandet av en för flera kommuner gemensam uppgift är *det civilrättsliga avtalet*. Att dylika kunna ingås mellan alla kommunala subjekt följer omedelbart av deras egenskap av rättssubjekt. I följd av den privaträttsliga naturen finnas självfallet icke några särskilda bestämmelser om dylika avtal utan avtalslagen får tillämpas." Se Sundberg 1964 s. 171.

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.[54] Dessutom har kommunerna i sitt agerande många gånger att ta hänsyn till såväl offentligrättsliga som civilrättsliga regler.[55]

När det gäller kommunens kompetens att ingå avtal skiljer man i regel mellan allmän kompetens och speciell kompetens.[56] 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 lagl ighetsprövning av kommunala beslut. Speciallagstiftningen har på det socialrättsliga området karaktär av ramlagstiftning, där olika typer av "rätttigheter" 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. På vissa områden finns det enligt 2:4 KL, utöver vad som traditionellt räknas till det specialreglerade området, lagar som i

---

[54] Även i regeringsformens inledande paragraf klargörs kommunernas starka ställning genom bl.a. den kommunala självstyrelsen. Vidare anges i 1:7 RF att det finns primärkommuner och landstingskommuner, att beslutanderätten i dessa tillkommer valda församlingar och att de har rätt att ta ut skatt för skötseln av sina uppgifter. Diskussionen huruvida kommunen är att anse som en offentligrättslig juridisk person eller om den är en privaträttslig juridisk person utrustad med vissa offentligrättsliga befogenheter, se t.ex. Sundberg 1964 s. 29 ff., är i det här sammanhanget relativt oväsentlig och torde i stor utsträckning vara överspelad. Det viktiga ur mitt perspektiv är inte när kommunen uppträder som rent privaträttslig part, *utan de situationer när den utifrån sin offentligrättsliga maktposition ingår avtal med enskild.* Det mest naturliga förefaller dock vara att beteckna kommunen som en offentligrättslig juridisk person.

[55] 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.

[56] För en vidare inblick i den kommunala kompetensen, se bl.a. prop. 1990/91:117 s. 26–35, Marcusson 1992 s. 38–51, Lindquist 1993, Strömberg 1995b s. 28–37, Warnling-Nerep 1995 s. 185–207, Bejstam 1997 s. 26–40, Paulsson m.fl. 1997 s. 51–113, Bohlin 1998 s. 81–137 och Lindquist & Losman, *1991 års kommunallag*, 1998 s. 18–32 samt de rättsfall som redovisas i dessa arbeten. För danska förhållanden se bl.a. Stokholm, *Nogle bemærkninger om hvad der sker, når kommunalfuldmagten overskrides*, 1992 s. 293–296, Heide-Jørgensen 1993, Revsbech, *[Anmälan av Heide-Jørgensen, M.,] Den kommunale interesse*, 1994 s. 417–434 och Rønsholdt, *Om kommunalfuldmagten og den kommunale interesse*, 1995 s. 239–264.

varierande utsträckning påverkar den kommunala kompetensen på olika områden.[57]

5.2.1 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.[58] Kommunen får inte heller ägna sig åt *vinstdrivande näringsverksamhet*, 2:7 KL.[59] Kommunen har därför endast begränsade möjligheter att agera på den öppna och konkurrensutsatta marknaden.[60]

Den allmänna kompetensbestämmelsen i 2:1 KL innefattar sedan länge[61] bl.a. ett principiellt förbud mot att ge understöd, andra typer av

---

[57] Sådana lagar är t.ex. lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet, lagen (1970:663) om vissa kommunala befogenheter i fråga om sysselsättning för handikappade, lagen (1993:131) om kommunalt stöd till boendet och lagen (1994:693) om rätt för kommuner, landsting och kyrkliga kommuner att lämna internationell katastrofhjälp och annat bistånd.

[58] Kommuner och landsting kan dock i viss utsträckning byta tjänster med varandra. Ibland kan det även finnas lagstöd för samarbetet. Den *s.k. proportionalitetsprincipen*, innebär i det här fallet, att varje deltagande kommun i ett samarbete med andra kommuner eller med ett landsting, bara kan delta i verksamheten i proportion till det egna intresset.

[59] När det gäller kommuns möjligheter att driva näringsverksamhet och tillhandahålla service utifrån norska förhållanden, se t.ex. Frihagen 1991 kap. 11.

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

[61] Bestämmelsen i 2:1 KL motsvarar 1 kap. 4 § i den äldre kommunallagen (1977:179), ÄKL.

vederlagsfria prestationer eller eftergifter till enskilda individer, om inte kommunen 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 åt enskilda kommunmedlemmar utöver vad som medges enligt specialförfattningar – möjligheten till understöd anses vara uttömmande reglerad enligt de författningar som gäller på socialvårdens område, t.ex. enligt 6–6 h §§ SoL.[62] En kommun anses därmed inte ha rätt att utge vederlagsfria prestationer till enskilda i större utsträckning än vad offentligrättsliga eller civilrättsliga skyldigheter medger.[63]

I tre likartade fall angående kommunfullmäktiges beslut att stödja av kommunerna "helägda" bostadsstiftelser genom att täcka vissa hyresförluster, har RegR funnit att kommunen i princip bör vara oförhindrad att stödja överlämnad verksamhet i samma utsträckning som om verksamheten bedrivits i direktägd form. Införandet av lagen (1993:406) om kommunalt stöd till boende ansågs inte ha inskränkt de möjligheter som kommunerna hade enligt dittillsvarande praxis att genom t.ex. kapitaltillskott, borgensåtagande eller förlusttäckningsbidrag, stödja de kommunala bostadsföretag som drivs i aktiebolags- eller stiftelseform. RegR fann därför att beslutet inte innebar ett överskridande av den kommunala kompetensen enligt 2:1 och 7 KL. Eftersom stiftelsens verksamhet ansågs likställd med kommunens egen borde beslutet om stöd till enskild heller inte be-

---

[62] Ersättning har dock ansetts kunna utgå till förälder som vårdar barn tillsamman med sina egna, om verksamheten inte till övervägande del avser de sistnämnda, *RÅ 1991 ref. 19*. Likställighetsprincipen befanns heller inte ha åsidosatts – även om dagbarnvårdarens egna barn enligt fullmäktigebeslutet hade förtur till kommunal barnomsorg – eftersom beslutet ansågs ha motiverats av intresset att främja rekryteringen av barndagvårdare.

[63] Se Lindquist 1993 s. 56 ff., Strömberg 1995b s. 30 f., Warnling-Nerep 1995 s. 198 och Paulsson m.fl. 1997 s. 54 f. För norskt vidkommande, se Kristiansen 1997, särskilt kap. 3. Medel för flyttande av avloppsanläggning har ansetts kunna utgå då denna, efter vederbörligt tillstånd från hälsovårdsnämnden, fått en placering som kunde medföra att intilliggande område förorenades. RegR fann i *RÅ 1992 ref. 71* att kommunen haft rimlig anledning att utgå från att den skulle kunna komma att bli skadeståndsskyldig om åtgärden inte vidtogs. Beslutet om att utge ersättning hade därför inte grundats på några otillbörliga hänsyn och följaktligen heller inte lett till något överskridande av kommunens befogenheter. En kommun har dock enligt *RÅ 1980 Ab 48* inte utan särskild grund ansetts kunna befria en person från att betala ränta på anslutningsavgift till va-nätet eftersom det ansågs strida mot likställighetsprincipen.

handlas som en förmån till kommunmedlem. Det klandrade beslutet ansågs därmed heller inte strida mot likställighetsprincipen i 2:2 KL.[64]

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* respektive *generell* stödåtgärd. Genom 2:8 KL har en kodifiering skett vad gäller kommunernas rätt till allmänt näringslivsbefrämjande åtgärder.[65] 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.[66]

Även följande praktiska exempel kan nämnas. En sjukvårdsdirektör hade ingått ett avtal med ett helt privatägt företag om samarbete i personalfrågor. Undertecknandet hade inte föregåtts av beslutsfattande hos distriktsnämnden eller annat politiskt organ. Företaget skulle etablera vårdverksamhet på uppdrag av en kommun och kommunen skulle enligt avtal ha rätt att på vissa villkor få placera övertalig personal i företagets verksamhet. Därutöver fanns behov av ytterligare personal som skulle besättas med personal som för tillfället var tillsvidareanställda inom landstinget. Landstinget skulle för det fall personal gick över till bolaget betala lön och andra ersättningar till dessa under de sex första månaderna i den nya anställningen.

För det första måste man försöka fastställa vilken typ av uppgifter som företaget skall utföra och vem som egentligen är huvudman för verksam-

---

[64] Se *RÅ 1997 ref. 47*, *Regeringsrättens dom 1997-06-03 (Mål nr 5907-1995)* och *Regeringsrättens dom 1997-06-03 (Mål nr 3871-1995)*. I det förstnämnda fallet hade kommunfullmäktige beslutat att kommunstyrelsen fick teckna borgen för helägd stiftelse på sammanlagt 22,5 miljoner kronor. I det sistnämnda hade fullmäktige beslutat att tillföra helägd stiftelse 1 miljon kronor samt täcka hyresförluster med 970 000 kr. Se även *Kammarrättens i Stockholm dom 1997-07-11 (Mål nr 2300-1997)*, där KammR fann att en kommuns borgensåtangande för bostadsrättsförening inte var förenlig med lagen om kommunalt stöd till boende. I lagens förarbeten framhölls nämligen att syftet med lagen var att kommunen skulle kunna lämna ekonomiskt stöd till enskilda hushåll för att minska deras kostnader för att införskaffa eller inneha permanent bostad. Något utrymme för att lämna stöd till bostadsrättsföreningar eller ägare av hyreshus ansågs inte finnas. KammR upphävde därför kommunens beslut att åta sig borgen om 25 miljoner kr. Målet överklagades inte. Se även Hallgren 1997 s. 51.

[65] Se bet. 1990/91:KU38 s. 23.

[66] Se även Lindquist 1993 s. 232 ff. samt Warnling-Nerep 1995 s. 216 f. Se även Hallgren 1997 s. 58 ff.

heten. Har bolaget tagit över praktiska vårduppgifter som t.ex. hör hemma inom ramen för socialtjänstens äldre- och handikappomsorg, så är detta en situation där landstinget inte har kompetens att med egna medel svara för lön och andra ersättningar. Detta kan jämställas med att landstinget låter sin övertaliga personal arbeta med icke kompetensenlig uppdragsverksamhet för landstingets räkning. Att huvudsyftet med avtalet är att underlätta en övertalighetssituation för berörd personal skulle eventuellt kunna tala för att avtalsingåendet skulle kunna vara kompetensenligt. Men även om det skulle vara så att avtalet rör uppgifter som faller inom ramen för landstingets kompetens innebär avtalet ett individuellt riktat stöd till enskild näringsidkare som måste bedömas utifrån 2:8 2 st. KL. Enligt denna bestämmelse får stöd endast lämnas om det finns synnerliga skäl. Problemet utgör i första hand en kommunalrättslig konflikt där det är svårt att uttala sig om vilka skäl som skulle väga tyngst vid en bedömning, men det starka avståndstagande från arbetsmarknadsmässiga skäl som gjordes i förarbetena[67] torde tala för att beslutet är att anse som kompetensöverskridande.[68]

---

[67] Se prop. 1990/91:117 s. 153.

[68] Som exempel på underrättspraxis rörande bedömningar av kommuns stödjande av enskild kan nämnas att kommuns beslut att utbetala 100 000 kr till enskild för flyttning av hus har ansetts olagligt enligt *Länsrättens i Kronobergs län dom 1996-03-13 (Mål nr 1641-95)*. Syftet med överenskommelsen var att trygga långsiktig markförsörjning för ett intilliggande företag, men eftersom vederlagsfri ersättning till enskild kräver lagstöd upphävde länsrätten det överklagade beslutet. Trots länsrättens upphävande beslutade kommunen att inte återkräva det utbetalade beloppet. JO konstaterade att det organ som upphävt beslutet enligt 10:15 KL skall se till att verkställigheten rättas i den utsträckning som det är möjligt och att kommunens nya beslut kan överklagas. Någon åtgärd från JO:s sida ansågs däremot inte motiverad på grund av kommunernas vidsträckta självbestämmanderätt och att JO saknar tillsyn över kommunfullmäktige, *JO-beslut 1996-05-08, Dnr 1643-1996*. Enligt *Kammarrättens i Stockholm dom 1998-06-05 (Mål nr 233-1997)* ansågs ett beslut om borgensåtagande, för lån som ett kommunalägt bolag tagit för finansiering av bygginvesteringar, överskrida den kommunala kompetensen. Inte heller arbetslöshetssituationen i kommunen eller kommunens invändning att turism och utbildning skulle gynnas ansågs vara tillräcklig för att kravet på "synnerliga skäl" skulle vara uppfyllt. Domen har överklagats.

5.2.2 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. Dessa är först och främst likställighetsprincipen, förbudet mot retroaktiva avgifter och självkostnadsprincipen.

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.*[69] *Likställighetsprincipen*[70] 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. 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. 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

---

[69] Kommunfullmäktige hade i *RÅ 1995 ref. 24* beslutat om barnomsorgstaxa, som var oberoende dels av antalet barn inom omsorgen från varje familj (I), dels av den tid varje barn faktiskt utnyttjade (II). RegR fann att det inte fanns något stöd för att anta att kommunens kostnader skulle vara oberoende av hur många barn som en familj lämnade till barnomsorgen, tvärt om talade alla omständigheter för att skillnaderna kunde vara högst betydande beroende på hur många barn varje familj lämnade. Beslutet stred därför mot likställighetsprincipen. Däremot ansågs inte kostnadsskillnaden mellan en heltidsplats och en deltidsplats – eftersom kostnaden per vårdtimme i den aktuella kommunen var betydligt större för en deltidsplats i förhållande till en heltidsplats – skilja sig så mycket åt att det skulle strida mot likställighetsprincipen att ta ut en enhetlig barnomsorgstaxa. Se även *RÅ 1997 ref. 45.* Enligt en lagakraftvunnen barnomsorgstaxa hade Falu kommun beslutat att olika avgifter kunde uttas för den omsorg som kommunen tillhandahöll vid sidan av den avgiftsfria förskoleverksamheten. Avgiften varierade beroende på om föräldrarna hade ett faktiskt omsorgsbehov eller inte under den tid den avgiftsfria verksamheten pågick. Ett debiteringsbeslut enligt taxan ansågs enligt RegR:s majoritet strida mot likställighetsprincipen eftersom det inte ansågs sakligt motiverat att olika avgifter debiterades för samma prestation.

[70] För en utförlig redogörelse av likställighetsprincipen se bl.a. Bohlin 1984 kapitel VIII och Lindquist 1993 s. 49–55.

kommunmedlem har då rätt att komma i åtnjutande av den aktuella prestationen, medan kommunen har en skyldighet att prestera.[71] Särbehandling anses inte vara tillåten annat än på rent objektiva grunder.[72] 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.[73] I relationen till kommunmedlemmarna inskränker alltså principen möjligheterna till individuella avtalslösningar eller särbehandlingar.[74]

I *RÅ 1995 ref.* 7 besvarades frågan om en av kommunfullmäktige fastställd modell för att bestämma priset på tomträttsmark vid försäljning till tomträttsinnehavarna gynnade enskilda på ett otillbörligt sätt eller om den stred mot likställighetsprincipen nekande. Ägare av mark som är upplåten med tomträtt kan normalt inte sälja till någon annan än tomträttsinnehavaren. Försäljningssumman kan därför inte bestämmas utan att tomträttsupplåtelsen beaktas. Sett ur kommunens perspektiv ledde den beslutade modellen för prissättning till ett pris som oftast låg lägre än ett långsiktigt avkastningsvär-

---

[71] Se prop. 1990/91:117 s. 149 f. Se även Strömberg 1995b s. 33 ff., Paulsson m.fl. 1997 s. 58 och Lindquist & Losman 1998 s. 21 f. I *NJA 1967 s. 497*, som rörde skadestånd med anledning av trafikolycka, uppkom fråga om det stred mot likställighetsprincipen att Stockholms stad, som på grund av platsbrist på de egna sjukvårdsanstalterna, genom avtal tillförsäkrat sig platser på ett privat vårdhem med högre sjukvårdsavgift än för motsvarande vård vid de egna anstalterna. Kommunen hade vid bestämmandet av avgiften även tagit hänsyn till att avgiften kunde beräknas bli ersatt genom skadestånd. HD:s majoritet fann utifrån då gällande lagstiftning att det faktum att avgifterna vid det privata sjukhemmet var högre än de kommunala avgifterna inte kunde anses grunda några ersättningsanspråk på kommunen från den enskildes sida, eftersom kommunen inte kunde anses vara huvudman för det privata sjukhemmet. Förfarandet kunde därför inte anses strida mot likställighetsprincipen.

[72] Särskild taxa har i *NJA 1981 s. 640 I* och *NJA 1993 s. 700* ansetts vara motiverat då ett områdes belägenhet avsevärt fördyrar kostnaderna för va-nätet.

[73] 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.

[74] Om *s.k. barnomsorgspeng* 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 barnomsorgspeng 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.

de, vilket i regel låg i nivå med eller lite över ett långsiktigt avkastningsvärde sett ur tomträttsinnehavarnas synvinkel och som sällan eller aldrig understeg den värdeökning som tomträttsinnehavarna till följd av friköpet kunde frigöra vid en försäljning. Modellen stred heller inte mot likställighetsprincipen eftersom kommunmedlemmar som befann sig *i samma situation* inte genom reglerna skulle komma att behandlas olika.

Kommunen anses kunna bedriva verksamhet i egen regi, genom kommunala bolag eller genom olika typer av samverkan med enskilda. 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 b KL. Med andra ord får inte en kommun driva affärsföretag i vinstsyfte (men ingenting anses hindra att verksamheten planeras med en viss osäkerhetsmarginal där följden kan bli ett visst överskott).[75] Kommunens möjligheter att bedriva verksamhet i egen regi 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 el-ledningar, 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 2 st. KL.[76] Vad som skall anses utgöra synnerliga skäl anges i förarbetena vara beroende av samhällsutvecklingen,[77]

---

[75] Se även Bohlin 1998 s. 93 ff.

[76] Rättspraxis visar i *RÅ 1975 ref. 23* att det inte utgjorde en kommunal angelägenhet att en kommun genom ett avtal åtog sig att i anslutning till sitt avloppsreningsverk uppföra kontors- och verkstadslokaler åt ett företag som arbetade med utveckling och tillverkning av mät- och reglerverktyg för miljövård. Se även Kaijser & Riberdahl 1983 s. 136. Ett samarbetsavtal om bildande av ett gemensamt exploateringsbolag mellan kommunen och enskilda byggintressenter ansågs i *RÅ 1970 C. 288* däremot vara lagligt. Se även Kaijser & Riberdahl 1983 s. 179 f.

[77] 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.

och inte som tidigare i huvudsak rådande eller befarad arbetslöshet.[78] Exempel på godkänt stöd kan vara olika ekonomiska bidrag som ges för att motverka bortfall av enskild service i glesbygden, t.ex. livsmedel och bensin, eller för att trygga tillgången på hotellplatser i kommunen.[79] Även reglerna om offentlig upphandling anses kunna inskränka kommunernas möjligheter till att utge ekonomiskt stöd.[80] Huvudregeln är alltså att kommunala subventioner till enskilda företag är otillåtna.[81] 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

---

[78] Se prop. 1990/91:117 s. 153. Se även *RÅ 1993 ref. 98*, där kravet på synnerliga skäl i 2:8 2 st. KL inte ansågs uppfyllt i ett fall där ett borgensåtagande skett för att motverka risk för omfattande arbetslöshet. Det poängterades att det endast var *i rena undantagsfall* som kommunalt stöd till enskilda näringsidkare kunde accepteras, på grund av att regionalpolitiska frågor i första hand ansågs vara en statlig angelägenhet samt den risk för snedvridande av konkurrensen som stödåtgärder till enskilda företag kunde leda till.

[79] Se prop. 1990/91:117 s. 116 f. Se även *RÅ 1995 ref. 89*, där det enligt KammR:s dom ansågs kompetensenligt att allmänt främja näringslivet och turistväsendet. RegR avvisade talan på grund av att klaganden efter klagotidens utgång i RegR endast åberopat nya omständigheter som stöd för sin talan. För äldre praxis se t.ex. *RÅ 1980 Ab 56*, där en kommun ansågs haft rätt att efterskänka hyresanspråk mot stadshotell för att tillgodose behovet av hotell och restauranger, *RÅ 1981 Ab 60*, där kommunen för att uppfylla ett tidigare ingånget avtal om markbyte mellan kommun och Kooperativa Förbundet ansågs ha rätt att genom avtal skänka mark till SJ samt bekosta spårläggning på marken, och *RÅ 1981 Ab 393*, där kommuns engagemang i hotell- och restaurangrörelse ansågs vara en kommunal angelägenhet. Inte i något av fallen ansågs stödet innebära olaglig subvention till enskild. Se även den praxisgenomgång som görs i Warnling-Nerep 1995 s. 219–225.

[80] Se Lindquist & Losman 1998 s. 25 f.

[81] Kommunalt beslut ansågs inte vara kompetensenligt när fullmäktige beslutat att ingå avtal med ett privatägt bolag om uppförande av ett industrihotell och att inköpa mark för ändamålet. Kommunens totala åtaganden uppgick till över 7 miljoner kronor. Efter det att beslutet överklagats förordnade RegR:s majoritet om verkställighetsförbud. Förordnandet skulle gälla tills dess att LSt slutligt prövat besvären över fullmäktiges beslut, *RÅ 1980 Bb 181*. Fullmäktige fattade kort tid därefter ett nytt beslut med likartat innehåll, varpå RegR utfärdade ett nytt verkställighetsförbud, *RÅ 1980 2:54*. I *RÅ 1981 Ab 217* fastslog RegR att besluten huvudsakligen syftat till att främja ett visst bolags behov av lokaler och att det därför inte i nämnvärd omfattning kunde motverka arbetslösheten. Stödet ansågs därför inte utgöra någon angelägenhet för kommunen. Fullmäktiges beslut upphävdes.

regler.[82] Ett annat problem kan dock vara att få kommunerna att faktiskt rätta sig efter detta.[83]

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.[84] 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.[85] Den sträcker sig även längre än likställighets-

---

[82] Se även Riberdahl 1994 s. 153 ff. och Strömberg 1995b s. 32 f.

[83] I *NJA 1988 s. 26*, det s.k. Gullspångsmålet, hade en kommun beslutat ingå ett avtal som gick ut på att lämna ekonomiskt stöd åt ett enskilt företag genom köp av en limlinjemaskin för 400 000 kr. KammR förordnade vid ett flertal kommunalbesvärsprövningar att beslutet inte utgjorde någon kommunal angelägenhet utan ett otillåtet stödjande av enskild och att beslutet tills vidare inte skulle gälla. Kommunen trotsade dock i samtliga fall KammR och valde såväl att ingå avtalet som att fullfölja detta. JK uppmärksammade fallet, *JK 1985 s. 171*, och beslöt att väcka åtal för myndighetsmissbruk, alternativt vårdslös myndighetsutövning. Åtalet ogillades emellertid av HD, eftersom ingåendet av avtalet, trots att det stred mot den kommunala kompetensen, inte ansågs utgöra myndighetsutövning. Eftersom förutsättningen för att någon skall kunna ådömas ett straffansvar enligt 20:1 BrB är att det är fråga om myndighetsutövning finns alltså för närvarande begränsade möjligheter att genom laglighetsprövning bestraffa kommuns medvetna åsidosättande av domar och beslut. I *JO 1986/87 s.* 297 redovisas en undersökning av hur olika kommuner agerat efter det att beslut som de fattat upphävts av RegR. I ett av de granskade fallen, det s.k. Sigtunafallet, förordnade KammR gång på gång om verkställighetsförbud att teckna aktier i ett företag och upphävde sedan kommunens beslut, eftersom detta inte utgjorde en kommunal angelägenhet. Det kunde inte styrkas att kommunens trots utgjort brott enligt 20:1 BrB, även om JO ställde sig mycket kritisk till kommunens agerande eftersom "kommunen fullt medvetet satt sig över ett i behörig ordning tillkommet domstolsavgörande". Se a.a. s. 315 f. I ett annat av de granskade fallen, det s.k. Trollhättefallet, fann JO inte tillräcklig anledning till kritik eftersom KammR:s dom ännu inte vunnit laga kraft vid tiden för kommunens agerande. I ett tredje fall ansågs kommunen ha varit civilrättsligt förhindrad att åstadkomma någon rättelse, eftersom beslutet avsåg ett bidrag som inte kunde återkrävas. JO lämnar dock ingen närmare redogörelse för detta fall. Se närmare Warnling-Nerep 1995 s. 75 ff. och s. 460 ff. Se även Hellner 1993 s. 43 och s. 72.

[84] Kodifieringen av självkostnadsprincipen var inte avsedd att ändra äldre praxis på området. För en genomgång av den rikliga rättspraxis som drar upp gränserna för självkostnadsprincipen, se bl.a. Warnling-Nerep 1995 s. 212–216. Någon närmare redogörelse för denna ges dock inte i detta arbete.

[85] Se Ds 1993:16 s. 14.

principen eftersom den är normerande för all kommunal avgiftssättning och därför gäller i förhållande till andra än enbart kommunmedlem.[86] Den innebär dock *inte* att avgifterna *aldrig* får överstiga kostnaderna. Ett visst överuttag accepteras, så till 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 § VAL,[87] 11:5 3 st. PBL och 35 § SoL.

Enligt 8:2 KL skall kommunens medel och egendom förvaltas på ett sätt som medför god avkastning. Kommunal produktion av och handel med el är t.ex. 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 regel, bl.a.

---

[86] För en utförlig redogörelse för självkostnadsprincipen, se Bohlin 1984 kapitel VII. Se även Bramstång, *En lagfäst, modifierad självkostnadsprincip inom kommunalrätten? Några anteckningar på grundval av ett betänkande*, 1994a s. 61–82. Även om han var positiv till förslaget som sådant ställde han sig emellertid tveksam till vissa punkter i de föreslagna reglerna. Bl.a. kritiserade han den föreslagna utvidgningen av en allmän självkostnadsprincip som syftar till att omfatta även personer som inte är kommunmedlemmar. Han ställde sig även tveksam till förslaget att en verksamhet skulle få drivas på affärsmässiga grunder på en "marknad med fungerande konkurrens" och undrade vad som egentligen åsyftades med ett sådant yttrande.

[87] I *NJA 1988 s. 457*, det s.k. trumslagarmålet, och *NJA 1994 s. 10* var fråga om återbetalningsskyldighet för kommuner vars va-avgifter överskridit vad som får tas ut enligt den självkostnadsprincip som föreligger enligt 24 § VAL. HD fann att det fick anses följa av vedertagna civilrättsliga och offentligrättsliga grundsatser att återbetalningsskyldighet uppkommer, om inte *särskilda omständigheter* skulle tala för en annan bedömning. Ett exempel på sådan omständighet skulle kunna vara att huvudmannen sörjt för eller ämnat sörja för att "överuttaget" kommer avgiftskollektivet till godo. Vidare ansågs det ligga i sakens natur att återbetalningsskyldighet för avgifter som erlagts i enlighet med fastställd och lagakraftvunnen taxa kan aktualiseras endast i händelse av *väsentlig avvikelse* från självkostnaderna. Att individuella återbetalningar skulle vara förenade med stora hanteringskostnader ansågs typiskt sett inte utgöra hinder mot återbetalning. I det sistnämnda fallet hade avgifterna i och för sig motiverats av planerade investeringar, men kommunen befanns ändå vara återbetalningsskyldig då mer än fem år gått mellan överuttaget och de planerade investeringarna.

som ett utslag av lokaliseringsprincipen, begränsad till den egna kommungränsen.[88]

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.[89] *Retroaktivitetsförbudet* har främst aktualiserats i fråga om taxebeslut och rätten att ta ut avgifter.[90] En avgift får inte tas ut för tid innan det datum då beslut om den fattats. Fullmäktige får t.ex. inte i februari besluta om att kräva en avgift från och med den första januari.[91] På liknande sätt har inte kommunen ansetts ha rätt att riva upp

---

[88] Ofta ifrågasätts kommunala bolag ur konkurrensmässiga aspekter just på grund av självkostnadsprincipen och att konkurrensen snedvrids på grund av de kommunala bolagens särskilda förutsättningar. Det har därför i olika utredningar föreslagits att principen borde modifieras, se t.ex. SOU 1990:107, där principen föreslogs gälla endast vid verksamhet som innebar myndighetsutövning, och SOU 1991:104. Se även Bohlin & Vogel, *Den kommunala självkostnadsprincipen. Några synpunkter på Statkommunberedningens betänkande "Självkostnadsprincipens gränser" (SOU 1990:107)*, 1991 s. 1–6.

[89] Undantaget skall dock tillämpas restriktivt, se prop. 1990/91:117 s. 150. Se även t.ex. *RÅ 1976 ref. 49*, där fullmäktige inte ansågs ha rätt att med tillbakaverkande kraft ändra – efter kommunsammanslagning uppslukad kommuns – tidigare fastställda villkor för va-anslutning till nackdel för enskild.

[90] Se närmare Bohlin 1984 kapitel IX.

[91] Se *RÅ 1974 A 1635*. För äldre praxis se *NJA 1912 s. 189*, skyldighet att anmäla innehav av hund för erläggande av hundskatt ansågs inte föreligga innan beslutet vunnit laga kraft, *RÅ 1928 ref. 65*, beslut om att retroaktivt kräva engångsbelopp för va-anslutning ansågs vara befogenhetsöverskridande. Undantag från retroaktivitetsförbudet har dock gjorts. Efter att ha fått beslut om barnomsorgstaxa upphävt av RegR – kommunens beslut om daghemstaxa befanns inte vara lagenligt eftersom den stred mot i lag meddelad föreskrift om avgiftsfrihet i vissa fall för plats i förskola, *RÅ 1981 2:55* – ändrade kommunen taxan i enlighet med RegR:s dom. Beslutet omfattade den tidsperiod som det upphävda beslutet gällt. Kommunfullmäktige ansågs av regeringsrättens majoritet i *RÅ 1985 2:19* inte ha överskridit sin befogenhet genom att fastställa barnomsorgstaxa för förfluten tid. Beslutet stred inte mot förbudet mot retroaktiva avgifter eftersom det inte innebar något ökat avgiftsuttag i förhållande till vad som tillämpats under tidsperioden. Utgången i målet innebär att en kommun har rätt att fatta nytt beslut som korrigerar olagligheten i en upphävd taxa trots att det nya beslutet avser förfluten tid utan att detta strider mot retroaktivitetsförbudet. En förutsättning förefaller dock vara att avgiftsuttaget inte ökas. Kodifieringen som kräver *synnerliga skäl* för undantag från retroaktivitetsförbudet kan dock ha ändrat rättsläget. Se Bohlin 1998 s. 115 f. Se även prop. 1990/91:117 s. 150 och Paulsson m.fl. 1997 s. 67 f.

ett fattat beslut och avslå bidragsansökan, när bidrag redan beviljats.[92] Vissa undantag av praktisk karaktär finns emellertid. Avgiftshöjning har t.ex. ansetts kunna avse förbrukning av vatten som avlästs en tid efter taxans ikraftträdande, trots att en del av förbrukningen hänförde sig till den äldre taxans giltighetstid.[93] Retroaktivitetsförbudet torde omfatta såväl offentligrättsliga som privaträttsliga förhållanden.

5.2.3 Privatisering eller anlitande av enskilda rättssubjekt för att utöva kommunal verksamhet

Enligt 11:6 3 st. RF kan offentlig förvaltningsuppgift överlämnas till enskild.[94] Om uppgiften innefattar myndighetsutövning måste överlämnandet ha lagstöd.[95] Bestämmelsen anger dock inte något om hur över-

---

[92] Se t.ex. *RÅ 1992 ref. 78* där RegR först konstaterar att det rör sig om ett gynnande beslut, därefter att ett beslut av den ifrågavarande karaktären inte kräver någon efterföljande verkställighetsåtgärd. Beslutet är därför verkställbart så snart det föreligger i justerat skick. Det beslutande organet ansågs ha skilt sig från ärendet genom att det anslagits och därmed blivit offentligt. Att det gynnande beslutet skulle strida mot kommunal praxis ansågs inte utgöra skäl för en ändring av beslutet.

[93] Se *RÅ 1974 A 2081*.

[94] Frågan är till stora delar utredd av *Marcusson* och framställningen bygger därför i stor utsträckning på resultaten av hennes forskning. Se framförallt Marcusson 1989 avsnitt 6.5 och Marcusson 1992. För äldre doktrin se Fahlbeck, *Offentlig förvaltning genom enskilda*, 1940 s. 1–45 och Jägerskiöld 1958 s. 35–39. *Fahlbeck* ansåg bl.a. att rättsförhållandet mellan det allmänna och den enskilde i övervägande grad grundade sig på avtal eller på en lagstadgad förpliktelse av något slag. Allmännyttig verksamhet *utförd av enskilda på grund av avtal* borde därför inte, även om en privaträttslig konstruktion i form av avtal använts ändra verksamhetens natur av offentlig förvaltning genom enskilda. Det avgörande för om en relation är offentligrättslig eller privaträttslig var enligt honom ändamålet eller syftet med verksamheten jämte utövarens privaträttsliga status samt det allmännas rättsliga möjlighet till kontroll. Se a.a. s. 23 ff.

[95] Något sådant krav finns inte uttryckt i vare sig dansk, finsk eller norsk grundlag. Kravet är dock klart uttryckt i dansk och finsk doktrin, medan frågan i Norge varit mer delad. I dessa tre länder finns dessutom en tredelning som inte förekommer i Sverige. Vid sidan av den offentliga förvaltningen och privaträttsliga subjekt finns särskilda offentligrättsliga enheter som har en fristående ställning. Se närmare Marcusson 1996a s. 68 f. JK har i *JK 1994 s. 44* sålunda funnit att sådan verksamhet som bedrivs av kriminalvården och som innebär att människor med stöd av offentligrättsliga tvångsbefogenheter hålls frihetsberövade utgör myndighetsutövning. Författningsstöd för överlämnande saknades därför när Kriminalvårdsstyrelsen beslutat utnyttja ett privat vaktbolag för bevakningsuppdrag. Se även Thunved 1993 s. 11.

lämnandet skall ske. För att förvaltningsuppgiften skall kunna överlämnas krävs även att det allmänna inte enligt lag etc. är tvungen att utföra den själv. Eftersom såväl beslut och föreskrifter som avtal kan användas vid överlämnandet torde bedömningen kunna skilja sig åt vad gäller överlämnandet av viss förvaltningsuppgift. *Marcusson* ger följande definition av begreppet offentlig förvaltningsuppgift.[96]

a Uppgiften skall *kunna utföras* av myndighet. Såvida en verksamhet som det allmänna tidigare drivit inte framstår som rent privaträttslig, är presumtionen 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 har enligt den allmänna kompetensregeln i viss utsträckning ansetts ha rätt att använda sig av privaträttsliga subjekt för bedrivande av sin verksamhet. Denna möjlighet har i och med den nya kommunallagen ytterligare förtydligats. 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. Genom ändringen från "genom beslut" till "efter beslut" ansågs ett klargörande ha gjorts att det krävs två rättsliga moment för att åstadkomma ett överlämnande och att fullmäktiges beslut utgör den kommunalrättsliga grunden för att ett överlämnande skall få ske.[97] En angelägenhet som innefattar myndighetsutövning får, genom hänvisning till 11:6 3 st. RF, emellertid inte utan uttryckligt lagstöd överlämnas vare sig till statligt organ, annan

[96] Se Marcusson 1996a s. 67.
[97] Se prop. 1993/94:188 s. 94. Se även prop. 1992/93:43 s. 5 och bet. 1990/91:KU38 s. 44.

kommun eller enskilt företag.[98] *Marcusson* anser att 3:16 KL skall tolkas så att överlämnanden får anses tillåtna i den utsträckning 11:6 3 st. RF och de kommunalrättsliga principerna medger. Ytterst är bestämmelsen enligt henne att se som en precisering av gällande praxis.[99]

Även om det av lagtexten framgår att en kommun kan lägga ut verksamhet på privaträttsliga subjekt, råder osäkerhet om hur långtgående möjligheten egentligen är. I synnerhet gäller detta i de fall där det särskilt föreskrivits att kommunen skall svara för en viss verksamhet.[100] I propositionen med förslag till ny kommunallag togs över huvud inte upp frågan om och under vilka förutsättningar kommuner kan använda privaträttsliga organ för sin verksamhet. Anledningen var att det ansågs svårt att åstadkomma en preciserad avgränsning av när det skulle vara tillåtet att lämna över vården av kommunala angelägenheter till enskilda. Föredraganden hänvisade till den kommunala kompetensen, vilken ansågs sätta gränser för möjligheterna att överlämna uppgifter till enskilda och till att det – liksom när det gäller ärenden som innefattar myndighetsutövning – finns begränsningar på specialreglerade områden. De principer som styr kommunens egen verksamhet ansågs även gälla för den verksamhet som kommunen väljer att utöva genom kommunala bolag.[101]

---

[98] Genom lagen (1993:802) om entreprenad inom skolan finns möjlighet för kommunerna att lägga ut viss undervisning inom gymnasieskolan på entreprenad. Det gäller främst på yrkesutbildningsområdet. Även kommunal vuxenutbildning, KOMVUX, och svenskundervisning för invandrare, SFI, får utföras av entreprenörer. När undervisningen på detta sätt läggs ut på entreprenad kan entreprenören ansvara för viss myndighetsutövning, t.ex. examinering och betygssättning, 3 §. Kommunen kvarstår dock som huvudman för utbildningen. Undervisningen bedrivs inom ramen för gymnasieskola och ingår i det offentliga skolväsendet. Därav följer att skollagens bestämmelser om utbildning, med vissa undantag enligt 4 §, gäller för undervisningen. Dessutom gäller bestämmelser som enligt andra författningar är tillämpliga på undervisning inom det offentliga skolväsendet, t.ex. gymnasieförordningen (1992:394), gymnasieskolans läroplan och kursplaner. Se prop. 1992/93:230 s. 88.

[99] Se Marcusson 1992 s. 142.

[100] Se även prop. 1992/93:43 s. 5 f.

[101] Se prop. 1990/91:117 s. 50 f och bet. 1992/93:SoU9 s. 4 f. Propositionen innehöll inget förslag till lagrum, men lagrådet förordade att kommunallagens avsnitt om kommunala företag skulle inledas med en uttrycklig bestämmelse om kommuners möjligheter att lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt subjekt. Vidare ansåg lagrådet att en hänvisning till 11:6 3 st. RF borde göras. Se bet. 1990/91:KU38, bilaga 2 s. 161. Se även kommunalföretagskommitténs förslag till ändringar i KL, SOU 1982:13 s. 15 f. och s. 115 f. samt SOU 1983:61 s. 29 f. och s. 121 ff., där en hänvisning till 11:6 3 st. RF föreslogs. KU anslöt sig till lagrådet och riksdagen biträdde förslaget. Se bet. 1990/91:KU38 s. 44.

Osäkerheten om i vilken utsträckning det är möjligt att lägga ut verksamhet på entreprenad, om det i specialförfattning stadgas att viss verksamhet skall ombesörjas av kommunen, har till viss del skingrats. I propositionen om ökad konkurrens i kommunal verksamhet föreslogs att det på en rad specialreglerade områden – framförallt inom den s.k. mjuka sektorn – genom lagstiftning skulle klargöras att en kommun äger möjlighet att sluta avtal med enskilda om att utföra kommunala uppgifter. Föredraganden framhöll att denna möjlighet redan förelåg enligt förarbetsuttalanden och praxis, men att uttalat lagstöd saknades. Lagförslaget som godkändes av riksdagen gällde SoL, HSL, tandvårdslagen (1985:125) och lagen (1991:1136) om försöksverksamhet med kommunal primärvård.[102]

När driften av verksamhet som kommunen vanligtvis driver överlåts 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 ekonomi*skt.[103] 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 anlitandet 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

[102] Se prop. 1992/93:43 bl.a. s. 8 ff. och s. 20 ff. I Ds 1995:25 redovisas i hur stor utsträckning verksamhet inom skolan, vården och omsorgen utförs av enskilda.

[103] Många fall av avtalsgrundad samverkan mellan kommuner och enskilda rättssubjekt för kommunala syften anses vara tillåtna enligt offentligrättsliga regler. Se t.ex. det samarbetsavtal som bedömdes i *RÅ 1973 C.* 77, mellan en kommun och två privatägda byggföretag rörande kommunens bostadsförsörjning. I sådana fall bedrivs enligt *Kaijser och Riberdahl* verksamheten fortfarande i *kommunal ordning*. Detta innebär att kommunen fortfarande har kontrollen över verksamheten. Se Kaijser & Riberdahl 1983 s. 100 och SOU 1982:13 s. 55.

verksamheten blir i dessa fall att betrakta som *enskild* eftersom kommunen, vid t.ex. enskild förskoleverksamhet, inte är huvudman.[104]

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 största möjliga utsträckning borde bedrivas i nämndform.[105] 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, s.k. egentlig privatisering.[106] Det kan dessutom vara fråga om att överlåta olika typer av funktioner; man får här skilja mellan privatisering av huvudmannaskap, finansiering och drift.[107] Den kommunala verksamheten kan delas in på följande sätt när det gäller drift och fi-

---

[104] Se även Kaijser & Riberdahl 1983 s. 97. Att ett överlåtande av en verksamhet skall kunna göras förutsätter att kommunen vid överlåtelsetillfället 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.

[105] Se bet. 1990/91:KU38 s. 44. Se även Losman & Löfving, *Kommunala driftsformer*, 1992 s. 18.

[106] Enligt Spencer, *Assessing Alternative Forms of Service Provision*, 1984, definieras entreprenad och privatisering som att: "[c]ontracting-out retains some degree of control through the specification and tendering processes, while privatization implies total public sector withdrawal from anything to do with providing a particular service, i.e. the local authority ceases to provide a service." Enligt denna definition behålls i en entreprenad viss offentlig kontroll medan renodlad privatisering innebär att en kommun helt upphör med att tillhandahålla en tjänst. Detta kan t.ex. ske genom författningsreglering, där det fastslås att såväl huvudmannaskap som drift och finansiering är privat. Kontrollen över verksamheten får då lösas på annat sätt än genom avtal med det allmänna. Frågan har även berörts i Riberdahl 1985 s. 138. Begreppsbildningen är dock inte alltid konsekvent och vanligtvis ges benämningen privatisering en vidare innebörd som innefattar *alla typer av enskild drift av offentliga uppgifter*, se bl.a. Ds 1992:121 s. 45 f., Ds 1995:25 s. 25 f., Kristensen, *Privatisering: Modernisering af den offentlige sektor eller ideologisk korstog?*, 1984 s. 96–117, Rosas 1986 s. 534, Sandgren 1993 s. 101 ff., Rehnberg & Garpenby, *Privata aktörer i svensk sjukvård*, 1995 s. 18–22 samt Marcusson 1996a s. 76 f.

[107] Se Marcusson 1992 s. 137.

nansiering.[108] Reglerna i 2 kap. KL gäller dock för all kommunal verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller företagsform.

FINANSIERING	DRIFT	
	Offentlig	Privat
Offentlig	b	c/c_1
Privat	a	d

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, c_1.[109]
d Privat drift och privat finansiering, s.k. egentlig privatisering. Huvudmannaskapet har övergått till enskild.[110]

Om man accepterar indelningen innehåller framförallt punkterna c och c_1 ett flertal intressanta avtalssituationer som förtjänar en närmare analys. *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 verksamhe-

[108] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 25. Motsvarande uppdelning gäller inom hälso- och sjukvården, se Rehnberg & Garpenby 1995 bl.a. s. 21. Jfr även Söderlind & Petersson 1988 s. 129 f. samt SOU 1991:26 s. 9–13 och Ds 1992:7 s. 13 f. och s. 129–144.

[109] T.ex. enskilda förskolor där kommunen endast lämnar bidrag till driften. Se Hallgren m.fl. 1997 s. 112.

[110] Här kan även förekomma verksamheter som kan hamna under c_1. 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.

ten.[111] Kommunen får heller inte överlämna verksamhet som inte ligger inom ramen för den kommunala befogenheten till ett kommunalt bolag.[112] Kritikerna mot kommunala bolag hävdar ofta att det föreligger risk för att det skall ingå avtal i situationer där kommunen annars inte har möjlighet att göra detta. Något som från andra håll har anförts som en fördel med att använda sig av bolagsformen.[113]

Kommunal driftentreprenad är den vanligaste kategorin och har sedan länge använts på det tekniska området, bl.a. vad gäller renhållning. Men

---

[111] Att kommunal verksamhet överlämnas till ett bolag medför att flera kommunalrättsliga regler ersätts av privaträttsliga. Det går t.ex. det 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, dvs. 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.

[112] 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.

[113] I en debattbok hävdar tre debattörer att kommunala företag inte behövs, att de snedvrider konkurrensen och att de därför bör förbjudas. Ett annat skäl anges vara att demokratin sätts ur spel och att insynen och möjligheterna att överklaga beslut minskar. Vidare uppges risken för jäv vara stor eftersom samma personer ofta sitter på flera stolar. Även låg moral anförs som ett argument för att förbjuda de kommunala bolagen. Se Berggren m.fl. 1997. Som alternativ till de kommunala bolagen borde verksamheten bedrivas av "en kommunal förvaltning, som inom klara och bestämda ramar lämnas frihet att i demokratiskt garanterade former förvalta kommunmedlemmarnas gemensamma resurser i deras gemensamma intresse". Se a.a. s. 12 och s. 64. Se dock Hallgren 1997 som delvis skrivits som ett svar på debattboken. Regleringen av de kommunala företagen har, på bekostnad av de privaträttsliga reglerna, successivt medfört en förstärkning av det offentligrättsliga inslaget. De kommunala företagen är således skyldiga att bl.a. iaktta såväl LOU som regler om offentlighet och sekretess. Kontrollen av de kommunala bolagen torde därför ha stärkts något. Se a.a. bl.a. s. 45, s. 63–68 och s. 71–74.

entreprenader har börjat bli allt vanligare även på andra sektorer. Med *entreprenad* menas att en extern producent anlitas av t.ex. en kommun för att för den sistnämndas räkning, självständigt och över en längre tid, utföra en eller flera tjänster inom en viss sammanhållen kommunal verksamhet.[114] Driften är privat medan finansieringen är kommunal. 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 böra innehålla de kvantitativa mål och riktlinjer som gäller för den aktuella verksamheten samt klausul om rätt för kommunen att följa och inspektera verksamheten. Vidare bör avtalen innehålla klausul vad gäller huvudmannens möjligheter att häva avtalet.[115] Entreprenader skall alltid upphandlas enligt reglerna i LOU.[116] Inte heller vid entreprenader får myndighetsutövning överlämnas utan lagstöd eller överlämnande ske, om vården av en kommunal angelägenhet enligt föreskrift skall handhas i särskild ordning. Vidare gäller enligt *Marcusson* att ett överlämnande genom entreprenad kräver fullmäktigebeslut.[117]

Entreprenaduppdrag som rör *begränsade stödfunktioner* till kommunal verksamhet anses normalt vara tillåtet utan särskilt lagstöd. Sådana rena driftverksamheter utgörs t.ex. av avtal med enskild om 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

---

[114] Det är utan betydelse i vilken juridisk organisationsform verksamheten bedrivs. Se närmare under 5.3.2.

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

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

[117] Se Marcusson 1992 s. 143 och Losman & Löfving 1992 s. 20 ff. Jfr även SOU 1991:104 s. 201 ff., där visst stöd anses föreligga för uppfattningen att entreprenadavtal är förbjudet om det inte föreligger särskilt medgivande till detta enligt lag. Därför föreslås i utredningen införande av regler som i de olika författningarna som anknyter till 11:6 3 st. RF och som tillåter entreprenad, se a.a. s. 207 ff. Så har också i viss utsträckning skett i och med de ändringar som föreslogs i prop. 1992/93:43. Däremot anses det inte vara nödvändigt med fullmäktigebeslut vid sådana entreprenader. Se SOU 1991:104 s. 209. Enligt *Marcusson* måste det dock följa av 3:9–10 och 3:16 KL, "att åtminstone principbeslut om att tillåta entreprenad för skötseln av viss kommunal angelägenhet måste tas av fullmäktige". Se Marcusson 1992 s. 144.

skoleleverna, klienterna eller brukarna – det överordnade ansvaret.[118] När det gäller utförande av dessa s.k. stödfunktioner finner *Marcusson* att det inte krävs något *fullmäktigebeslut* om överlämnandet enligt 3:16 KL. Skulle avtalet å andra sidan gälla utförandet av någon kommunal uppgift i egentlig mening, t.ex. vårduppgifter enligt SoL, anser hon samma krav på fullmäktigebeslut böra ställas som när det gäller bolagsbildning för samma ändamål.[119]

> I *RÅ 1989 ref. 89* hade kommunfullmäktige uppdragit åt en kommunal nämnd att teckna ett samarbetsavtal och preliminärt hyresavtal med en enskild förening för ett planerat omsorgscentrum med lokaler för barnomsorg, äldreomsorg och skola. Föreningen skulle svara för vaktmästarfunktion, samordningsfunktion, inventarieanskaffning, drift av restaurang och receptionsservice. Kommunen skulle efter samråd med föreningen även kunna använda lokalerna till annan verksamhet. RegR fann avtalet giltigt, eftersom föreningen saknade *ledningsansvar* eller någon *beslutanderätt* för de kommunala verksamheterna, och ansågs därför inte strida mot lag eller annan författning. Inte heller ansågs innehållet vara av sådan art att dess antagande fordrade beslut av kommunfullmäktige. RegR förefaller därför inte ha funnit att föreningen skulle utöva någon form av myndighetsutövning, utan att ansvaret för detta helt och hållet vilade på kommunen.[120]

Bidragsgivning 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. *Bidragsfinansierad enskild verksamhet* bedrivs inte på uppdrag av kommunen men föreligger när enskild tilldelas kommunala bidrag eller annat stöd för verksamheten. Inom det *specialreglerade området* har kommunen bl.a. möjlighet att utge bidrag till enskild förskoleverksamhet. De närmare villkoren

---

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

[119] Se Marcusson 1992 s. 143.

[120] *Marcusson* hävdar dock att de överlåtna funktionerna till viss del kan ses som kommunala angelägenheter, till och med åligganden enligt SoL när det gäller att besluta om den service som skall erbjudas och till vilka den skall tillhandahållas, och därför utgör myndighetsutövning. Se Marcusson 1992 s. 139.

för detta regleras oftast i avtal.[121] Kommunerna lämnar i stor utsträckning bidrag till enskilda organisationer med verksamhet inom specialreglerade områden utan någon skyldighet till detta föreligger enligt lag. Inom den *ideella sektorn* kan nämnas bl.a. frivilligt socialt arbete och annan enskild verksamhet vilken till viss del kan finansieras genom kommunala bidrag.[122] Det här typen av verksamhet bedrivs ofta av föreningar och kooperativ.

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 entreprenaddriven kommunal verksamhet där offentlig upphandling skall göras. Sådana fall kan vara när förening "övertar" driften av viss verksamhet, t.ex. simhall eller fritidsgård, och verksamheten till *övervägande del* är till för andra än föreningens medlemmar.[123]

Enskild utförare kan även anlitas inom ramen för ett *kundvalssystem* 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 antal kuponger som ger denne rätt till viss service. Den här typen av tjänster omfattas av LOU.[124]

Köp av platser på enskild institution är ytterligare en alternativ driftsform. Det rör sig oftast om upphandling av enstaka platser vid t.ex. ett behandlingshem, vilket bl.a. 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.[125]

---

[121] Det rör sig enligt *Westman* även vid bidragsgivning för viss prestation till den som skall driva en verksamhet om en avtalssituation, även om avtalet mera är av konsensual karaktär. Se Westman 1971 s. 10. *Riberdahl* anser att kommunal bidragsgivning enligt hans mening oftast är ensidiga offentligrättsliga handlingar, vilka grundar sig på den allmänna kompetensregeln och som normalt inte utgör avtal. Stöd för sina åsikter anser han sig finna bl.a. i rättsfallet *RH 15:84*, enligt vilket allmän domstol inte var behörig att pröva frågan om kommunalt bidrag till en idrottsklubb. Se Riberdahl 1985 s. 141. Se även Kaijser 1972 s. 51 ff. Jfr NJA 1988 s. 26.

[122] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 19.

[123] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 34 f.

[124] 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.

[125] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 24 och SOU 1994:139 s. 532 f.

Egentlig privatisering eller *avkommunalisering* föreligger när en verksamhet i sin helhet överlämnats till den privata sektorn, utan vare sig styrning eller bidragsgivning.[126]

> Beslut att överlämna i och för sig accepterad kommunal verksamhet kan upphävas om det genom verksamhetens art finns risk för kompetensöverskridanden. I *RÅ 1984 2:25* hade kommunen överlåtit till ett kommunalt bolag att handlägga frågor om allmänt näringsbefrämjande åtgärder "inom ramen för kommunens kompetens och av kommunfullmäktige beviljade anslag". Kammarrätten fann att det förelåg en påtaglig risk för kompetensöverskridanden i och med att det överlåtits till det kommunala bolaget att ta ställning till de svårbedömbara frågor som kan uppkomma inom ramen för den kommunala kompetensen och upphävde därför fullmäktiges beslut. RegR gjorde ingen ändring i kammarrättens dom.[127]

När det gäller kommunen *ålagd myndighetsutövning* finns alltså ingen möjlighet till privatisering utan lagstöd. Även vid utförande av utredningar och inspektioner som skall ligga till grund för ett beslut anser *Marcusson* möjligheterna till privatisering vara ytterst begränsade eftersom dessa ingår som ett led i myndighetsutövningen.[128] Endast klart definierade och avgränsade utredningsuppdrag i konkreta ärenden bör i enstaka fall därför kunna 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 3 st. RF.[129] Enligt KL kan privatisering endast ske om den kommunala angelägenheten inte skall ombesörjas i särskild ordning. Lagstöd krävs alltså i samtliga situationer, såvida det inte rör sig om rena stödfunktioner. När det gäller *huvudmannaskapet över den kom-*

---

[126] 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 befinns att de privata tandläkarna skulle täcka de befintliga tandvårdsbehoven.

[127] När det gäller frågan om vad som är kompetensenligt att överlämna till enskild förefaller det som om det finns ett slags skiljelinje mellan om en frivillig kommunal verksamhet överlåts till näringslivet eller en ideell förening. Det har alltså ansetts vara lättare att överlämna en verksamhet som inte förutsätts kunna komma att bedrivas i vinstsyfte. Se Riberdahl 1985 s. 151 f. och s. 170. Se även *RÅ 1980 Ab 53*, där kommunal borgen fick tecknas till förmån för privatägt bolag, då bolaget ägdes av tre organisationer som sedan lång tid endast varit inriktade på kulturell verksamhet.

[128] Se närmare Marcusson 1992 s. 146 f.

[129] Se prop. 1992/93:43 s. 6 f.

munala förvaltningen följer av reglerna i KL att det åligger kommunens egna organ att utföra de olika uppgifterna. Därmed begränsas möjligheterna till privatisering även på detta område och privatisering kan därför endast ske när det gäller rena stödfunktioner. På *det förväntade ansvarsområdet* kan man tänka sig alla typer av privatisering. T.ex. måste beslut om tilldelning av plats i förskola och avgifter för detta tas av kommunen, men eftersom någon särskild form för själva genomförandet av verksamheten inte föreskrivits, kan den mycket väl överlåtas genom entreprenad eller bedrivas genom bidrag till privata institutioner. Vidare kan hem för vård och boende, HVB, drivas av enskilda enligt entreprenadavtal med kommunen. Kommunen kvarstår dock som huvudman för verksamheten och ansvarar för att de lokala behoven tillgodoses. *Frivillig verksamhet* anses fritt kunna överlämnas till enskilda.[130] Även här gäller enligt *Marcusson* att frivilliga verksamheter som *av kommunen själv* reglerats med detaljerade föreskrifter bara kan överlåtas "under förutsättning att särskilda villkor och möjligheter till kontroll förbehållits

[130] Vad gäller privatisering och entreprenader i fakultativ verksamhet har *Riberdahl* angående överlämnande till enskild skrivit, att *om kommunen alltjämt har ett intresse av att driva en verksamhet* i någon form så är det givet att åtminstone *samma gränser för uppgiftsöverföringen gäller som för överlämnande till kommunägda företag*. Detta kan enligt *Riberdahl* bli aktuellt i situationer där en kommun engagerat sig i utkanten av den kommunala kompetensen och i sådan typ av verksamhet som vanligtvis bedrivs av enskilda. Som exempel på verksamhet som ligger i "gråzonen" nämner han kommunala körskolor och deklarationsbyråer, som bägge ansetts kompetensgilla. Kommunen har här valmöjlighet att driva eller inte driva en sådan verksamhet. Då lagregler saknats har en kommun enligt *RÅ 1980 2:12* ansetts ha frihet att inte införa hemspråksträning i förskolan. Utifrån detta torde en kommun ha möjlighet att avveckla en sådan eller liknande verksamheter utan att det rör sig om någon uppgiftsöverföring. Behovet av t.ex. körskolor eller deklarationsbyråer kan lika gärna tillgodoses av det privata näringslivet i kommunen. Det är inte ens nödvändigt att genom avtal överlämna uppgiften till enskild. En sådan avkommunalisering skulle åtminstone utifrån kommunalrättslig synpunkt vara möjlig. Se Riberdahl 1985 s. 149 f.

kommunen".[131] Olika kommunala principer bör därför även fortsättningsvis beaktas.

Marcusson gör följande sammanfattande bedömning av rättsläget när det gäller privatisering av kommunal verksamhet:[132]

PRIVATISERING	DET KOMMUNALA KÄRNOMRÅDET				FRIVILIG OMRÅDE
	Ålagd myndighetsutövning	Ålagt ansvar	Huvudmannaskap enligt KL	Förväntat ansvar	
Avkommunalisering	nej	nej	nej	?	ja
Bidrag till enskilda	lagstöd krävs	lagstöd krävs	lagstöd krävs	ja	ja
Entreprenad	lagstöd krävs	lagstöd krävs	lagstöd krävs	ja	ja
Bolagisering	lagstöd krävs	lagstöd krävs	lagstöd krävs	ja	ja

[131] Se Marcusson 1992 s. 151 f. Även i dessa fall kan därför olika kommunala principer även fortsättningsvis böra beaktas. I *RÅ 1982 Ab 313* ansågs en kommun ha befogenhet att avtala med ABF om att ABF skulle handha invandrarbyråverksamhet. Avtalet innefattade krav på kommunal insyn samt krav på saklighet och opartiskhet samt tystnadsplikt i samma utsträckning som om verksamheten bedrivits i kommunal regi. I domskälen uttalas att kommunen hade möjlighet att uppdra åt annan att ombesörja verksamhet eftersom den inte utgjorde obligatorisk verksamhet och heller inte innebar myndighetsutövning, men även de i avtalet uppställda kraven var av betydelse för kompetensbedömningen. *Riberdahl* framhåller att fallet visar att ett uppdragsavtal för att kunna godtas ibland behöver olika rättsliga garantier; i detta fall insyn, krav på likabehandling och tystnadsplikt. De krav som måste ingå i ett uppdragsavtal för att detta skall vara kommunalrättsligt tillåtet kan förmodligen variera beroende på den aktuella verksamheten och de rättsliga garantier som kan finnas om verksamheten uteslutande drivs av kommunen. Se Riberdahl 1985 s. 152. Marcussons och Riberdahls linje förefaller ha fått stöd i lagstiftningen, där det numer stadgas 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, 3:19 KL. 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.

[132] Se Marcusson 1992 s. 145.

Det är även av vikt att observera att det föreligger vissa skillnader mellan överlämnande av förvaltningsuppgifter genom *entreprenad* och *uppdrag* åt viss person att för myndighetens räkning utföra uppgifter inom myndighetens verksamhetsområde. Vid uppdrag krävs att uppdraget är knutet till en *viss person*. Ett sådant uppdrag kan även omfatta myndighetsutövning. Uppdragstagaren är i dessa fall direkt underställd myndigheten och uppdragstagaren är därmed underkastad alla regler och föreskrifter som gäller för myndighetens verksamhet. Vidare omfattas uppdragstagaren av offentlighetsprincipen, tjänstefelsbestämmelserna i BrB, FL:s regler beträffande ärendehandläggning och samt reglerna om anmälningsplikt enligt 71 § SoL och 6 § LVM. Uppdragstagaren är också underkastad Socialstyrelsens, länsstyrelsernas och JO:s tillsyn. Typiska exempel på sådana uppdragstagare anses vara kontaktpersoner inom socialtjänstsektorn, övervakare inom kriminalvården, personer som ställer upp med s.k. kontrakterade familjehem, tolkar, personundersökare, personer som anförtrotts speciella utredningsuppgifter eller sakkunniguppdrag och konsulter.[133]

En uppdragstagare, alltid en fysisk person, som har sådan anknytning till myndighet att denne kan sägas delta i dennas verksamhet omfattas enligt 1:6 SekrL av sekretessreglerna, oavsett om uppdraget är författningsreglerat eller bygger på avtal. För en uppdragstagare gäller i alla väsentliga hänseenden därför samma bestämmelser som för anställda arbetstagare vid myndigheten.[134]

---

[133] Se Holmberg, *Myndighetsutövning i sociala ärenden*, 1995 s. 144 f. Av uttrycket kontrakterade familjehem kan man lätt få en känsla av att det rör sig om ett avtalsförhållande. Dessa familjehem har genom avtal med kommunen beredskap för att ta emot ett visst högsta antal barn för omvårdnad, t.ex. i form av jourhem. Genom avtalet får de en ställning som uppdragstagare till socialnämnden, även om de inte är att betrakta som kommunala familjehem med anställda vårdare. Överenskommelsen som det kontrakterade familjehemmet träffat med kommunen anses ge en fastare anknytning till denna. Ofta innehåller avtalen även bestämmelser om att det anlitade familjehemmet förbinder sig att inte ta emot uppdrag från annan socialnämnd. "Vanliga" familjehem eller fosterhemsföräldrar räknas inte som kontrakterade. Se Grönwall m.fl., *Socialtjänstens mål och medel*, 1991 s. 227 f.

[134] Uppdragstagare som enligt prop. 1979/80:2, del A s. 127 f., omfattas av sekretesslagen är t.ex. ledamöter i statliga eller kommunala beslutande församlingar, nämnder, kommunalråd, kontaktpersoner inom socialtjänsten, personal inom den kommunala fritidsverksamheten, hemhjälpspersonal och personer som står till förfogande genom s.k. kontrakterade familjehem m.fl.

Sålunda gäller offentlighetsprincipen och uppdragstagaren är underkastad straffrättsligt ansvar och kontrollerande myndigheters tillsyn. Det avgörande för om den enskilde skall anses vara uppdragstagare är om han kan anses *delta i myndighetens verksamhet*. Är däremot sambandet med myndighetens egentliga verksamhet löst, så kan uppdragstagaren normalt inte betraktas som en offentlig funktionär. I sådana fall räknas denne som entreprenör. Detta innebär t.ex. att enskild som åtagit sig tillverkning eller liknande prestation på entreprenad för en myndighets räkning är att betrakta som uppdragstagare om inte sambandet med den egentliga verksamhet som bedrivs vid myndigheten framstår som väldigt löst. Sekretesslagen blir därför inte tillämplig på självständiga uppdragstagare, ofta juridiska personer, som visserligen anförtrotts uppgift av myndighet, men *som handlar i eget namn* och utåt framstår som utrustad med egen kompetens. Om inte uppdragstagare ses som en offentlig funktionär och därför inte omfattas av sekretesslagens bestämmelser anses det inte föreligga något hinder för myndighet att infoga en klausul om tystnadsplikt i ett avtal. Det är också ofta så att myndigheten i avtalet med entreprenören förbehåller sig rätt till insyn i verksamheten samt möjlighet att ställa upp villkor för denna. Personal från kontoristförening eller bevakningsföretag har inte ansetts omfattas av SekrL. I förarbetena till sekretesslagen erinrade föredraganden om att det enskilda företaget kan sluta avtal med sina anställda om tystnadsplikt eller att en myndighet kan ställa upp förbehåll om att uppgifter som arbetstagare – som i det här fallet inte är att se som offentliga funktionärer – genom verksamheten får kännedom om inte får röjas för utomstående. Om den uppgift uppdragstagaren utför normalt fullgörs av tjänsteman hos myndigheten anses uppdragstagaren ha tillräcklig anknytning till myndigheten för att räknas som uppdragstagare.[135]

5.2.4 Avtalsingående med enskilda utifrån den allmänna kompetensen

De inledande avsnitten i kapitlet har visat att möjligheten att överlåta kommunala förvaltningsuppgifter till enskilda är ganska begränsad och att ett överlåtande till viss del rentav är uteslutet utifrån det kommunalrättsliga regelverket. En kommunmedlem har dessutom alltid möjlighet

[135] Se prop. 1979/80:2, del A s. 127 f., prop. 1992/93:43 s. 11, bet. 1992/93:SoU9 s. 7 f. och SoS Allmänna råd 1993:4 s. 10.

att få till stånd en prövning av lagligheten av kommunalt beslut i anslutning till en avtalssituation. Kommunmedlem kan således t.ex. överklaga ett beslut om ett bidrag till en enskild näringsidkare. Skulle beslutet inte uppfylla kravet på "synnerliga skäl" i 2:8 2 st. KL kan detta komma att upphävas. 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". Den på beslutet grundade privaträttsliga utfästelsen kan således komma att sakna rättslig grund.[136]

En kommun kan inte ingå avtal om något som den inte har kompetens att reglera i kommunalrättslig ordning. Vad som är tillåtet utifrån privaträttsliga regler är heller inte alltid tillåtet utifrån kommunalrättsliga. När det gäller den omvända situationen är en sedan länge fastslagen princip att lagakraftvunna besluts konvalescerande verkan även gäller för privaträttsliga förhållanden.[137] En kommun får dock inte överlåta åt någon enskild att utföra något som den själv saknar kompetens till.[138] Det går därför heller inte 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.[139]

---

[136] Se *NJA 1931 s. 345*. 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.

[137] Se bl.a. *NJA 1910 s. 670*, där rätten fann ett icke överklagat befogenhetsöverskridande beslut vara bindande för kommunen i förhållande till avtalsparten. Rättsfrågan aktualiserades även i en skiljedom som meddelades i Malmö den 2 juli 1996. Skiljenämnden avvisade dock talan då den inte ansåg sig vara behörig att pröva tvisten eftersom den inte gällde fråga som hänförde sig till avtalet i fråga. Se avsnitt 6.1.2 nedan. Skulle ett beslut vara så grovt felaktigt att det kan betraktas som en nullitet torde det dock kunna förklaras ogiltigt och frånkännas samtliga rättsverkningar, *RRK 75 2:41*. Kommunen blir heller inte bunden om vissa formkrav åsidosatts, *NJA 1887 s. 214*, fastighetsköp, och *NJA 1978 s. 389*, hyresavtal. Se även Warnling-Nerep 1995 s. 311 f.

[138] I *RÅ 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.

[139] Jfr dock *Stokholm* som, i den mån danska kommuner överskridit sin kompetens att ingå avtal, hävdar att "spørgsmålet om ugyldighed i overensstemmelse med dansk retstradition må afgøres efter almindelige aftaleretlige og erstatningsreglige synspunkter". Se Stokholm 1992 s. 295.

Numer stadgas i en rad lagar att en kommun har rätt att ingå avtal inom en rad olika områden. I lagförslaget om ökad konkurrens i kommunal verksamhet sägs emellertid ingenting om avtalens karaktär, om de skall ses utifrån avtalsrättsliga regler eller om de skall underkastas det offentligrättsliga regelverket. FL och KL blir ju normalt inte tillämpliga då det rör sig om privat utförd verksamhet. Av förarbetena framgår dock att en grundläggande princip är att verksamhet som överlämnas till enskilda *skall falla inom den kommunala kompetensen*.[140] Vidare framhålls att risken för kompetensöverskridanden vid verksamhetens utövande skall vara ringa och att samma principer som styr den rent kommunala verksamheten också skall gälla när verksamheten drivs genom privaträttsliga subjekt. Ett skäl till detta är att en kommun inte skall kunna anlita enskild för att utföra åtgärder som den inte själv får vidta.[141]

På de specialreglerade områdena föreligger ytterligare en begränsning. En kommunal uppgift får nämligen i princip inte överlämnas till enskild, om det anges i en författning att ett visst kommunalt organ *skall* handha denna. Som framkom i föregående avsnitt anses detta inte utesluta att vissa delar av den specialreglerade uppgiften, t.ex. driftfrågor eller andra rena verkställighetsuppgifter, kan överlämnas till enskilda. Möjlig-

[140] I *RÅ 1977 Ab 203* klandrades ett beslut där kommunstyrelsen hade beslutat godkänna ett ägobyte mellan delar av en kommunalägd fastighet och en privatägd dito. Den enskilde skulle erlägga 665 kr i mellanskillnad, erlägga ny va-anslutningsavgift enligt VAL samt i bidrag till gatubyggnadskostnad erlägga ett belopp av 1 000 kr till kommunen. Särskilda bestämmelser avseende gatubyggnadskostnader saknades. Länsstyrelsen konstaterade att området inte var tomtindelat och att det överklagade beslutet, trots ordalydelsen, inte avsåg sådan ersättning som reglerades i byggnadslagen. Beloppet skulle i stället ses som en del av det vederlag som skulle utgå för överlåtelsen av den kommunägda marken. LSt konstaterade att kommunen såsom avtalsslutande part ägde att *själv bestämma* vilket vederlag den skulle kräva. Inte heller ansågs beslutet om va-anslutningsavgift strida mot VAL. Länsstyrelsen lämnade därför besvären utan bifall. RegR gjorde ingen ändring. Enligt *Boblin* kan det ifrågasättas om inte avgiften tagits ut i otillåten ordning eftersom kommunen i försäljningspriset inräknat ett belopp som egentligen endast kunde tas ut i den ordning om gatukostnadsbidrag som gällde enligt dåvarande lagstiftning. Se Bohlin 1984 s. 145 f.

[141] Se prop. 1992/93:43 s. 5.

heterna till detta kan variera och beror främst på hur den aktuella speciallagstiftningen är utformad.[142]

Vid kompetensöverskridanden förefaller det vara så att den kommunala kompetensen i ett ovisst läge – t.ex. den civilrättsliga verkan av huruvida god tro föreligger eller ej – *vidgas något* eftersom man får ingå förlikning. I ett fall stod det helt klart att kommunen överskridit sin befogenhet genom att ingå kommunal borgen för ett privat företag och beslutet upphävdes.[143] Banken krävde trots detta kommunen på 20 miljoner

---

[142] Se prop. 1992/93:43 s. 5. Se även Paulsson m.fl. 1997 s. 57. I *RH 1986:138* ansågs inte tidigare ägare av fastighet inom allmän va-anläggnings verksamhetsområde tillsammans med senare fastighetsägare vara betalningsskyldig för avgift, som hänförde sig till tiden före fastighetsöverlåtelsen men som först efter äganderättsövergången förfallit till betalning. Vattenöverdomstolen fann att rättsförhållandet mellan huvudmannen och fastighetsägarna "till alldeles övervägande del" var av offentligrättslig natur. Abonnemangsavtal skall därför enligt 28 § VAL inte tillmätas någon självständig rättslig betydelse, utan skall närmast ses som en bekräftelse på etablerandet av rättsförhållandet mellan parterna. Abonnemangsavtal av standardtyp ansågs i enlighet därmed inte medföra någon betalningsskyldighet. Betalningsansvaret ansågs i princip vara knutet till den som är fastighetsägare vid den tidpunkt när avgiften förfaller till betalning. Se även *NJA 1974 s. 590*, där bestämmelse i kommunal va-taxa om skyldighet att erlägga tilläggsavgift vid utökning av lägenhetsytan ansågs vara gällande, även om det i avtalet inte intagits någon föreskrift om tilläggsavgift eller ens hänvisats till taxans reglering av detta. Avtalet tillmättes inte heller här någon självständig betydelse.

[143] Bakgrunden var att ett kommunalt bolag ägde aktier i ett aktiebolag. Företaget hade beslutat att låna 20 miljoner 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. uppdra 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. Förtaget 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.

kr motsvarande borgensåtagandet. Kommunstyrelsen beslutade att acceptera bankens förslag om civilrättslig prövning genom skiljenämnd. Parterna enades genom förlikning om en ersättning 10 miljoner kr. Fullmäktiges beslut att godkänna förlikningsavtalet överklagades, men godtogs av kammarrätten.[144] 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 kammarrätten 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.[145]

Det finns i grunden inte några större skillnader när det gäller den kommunala kompetensen att ingå avtal på de av mig valda undersökningsområdena. Principerna är desamma, men inslag i lagstiftningen motiverar vissa skillnader. Här nedan redovisas vari skillnaderna består utifrån de olika förutsättningar som finns inom varje område. I de fall ingen uttrycklig rätt att ingå avtal finns i speciallagstiftningen, måste det aktuella avtalet ses utifrån reglerna om den allmänna kompetensen. Detta gäller framförallt avtalen om parkeringsköp och genomförandeavtal.

---

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

[145] Se även *NJA 1994 s. 204*, där det kommunala företaget utfärdat ett s.k. letter of comfort till förmån för det i det ovannämnda fallet aktuella aktiebolaget. Fråga om betalningsskyldighet för företaget sedan bolaget försatts i konkurs och leverantör på grund av detta inte fått betalt besvarades jakande.

5.3 Avtal på det socialrättsliga området samt inom ramen för skollagstiftningen

Socialtjänstlagen är en s.k. ramlag vilket bl.a. innebär att kommunerna har viss frihet att, utifrån de mål som lagen ställer upp, själva bestämma hur den sociala verksamheten skall vara uppbyggd.[146] Socialrätten inbegriper *omsorgsförpliktelsen*, vilken innefattar olika former av personlig vård, t.ex. vård av äldre, kroppsligt eller psykiskt sjuka och missbrukare, men även olika typer av offentlig service som t.ex. hemhjälp. Vidare kan *socialhjälp* utgå genom olika former av ekonomiskt stöd.[147]

Även på socialrättens område finns möjlighet att använda sig av olika typer av avtalslösningar.[148] Således innebär omsorgsförpliktelsen ofta en blandning av offentlig rätt och privaträtt. För äldre personer med behov av stöd är kommunen skyldig att inrätta särskilda boendeformer, t.ex. i form av servicehus. Servicetagaren hyr i dessa fall en lägenhet och tar efter i stor sett eget bestämmande olika serviceanbud i anspråk och erlägger vederlag för dessa enligt fastställda taxor. Såväl hyresfrågor som tvister om beställd service torde kunna angripas i allmän domstol under an-

---

[146] Det finns inte längre någon skyldighet för en kommun att ha en särskild socialnämnd och fullmäktige har därför frihet att utforma den nämndorganisation den finner lämplig. Socialnämnd utgör därför inte längre någon obligatorisk kommunal nämnd utan utgör i stället en specialreglerad fakultativ nämnd. Det är dock endast terminologin som ändrats och inte de uppgifter som enligt olika författningar åvilar socialtjänsten. Se även Norström & Thunved, *Nya sociallagarna*, 1998 s. 36.

[147] Se 5 § 1 st. SoL. Se även Grönwall m.fl. 1991 s. 101 och Strömberg, *Speciell förvaltningsrätt*, 1995a s. 115 f.

[148] Se även Strömberg 1995a s. 124 f. När det gäller möjligheterna att ställa villkor och använda sig av avtalsliknande lösningar vid tilldelning av olika sociala förmåner, se för norska förhållanden Kjellevold, *Bruk av vilkår ved tildeling av sosiale ytelser*, 1993a s. 113–158 och Kjellevold 1995. Villkoren kan leda till att klienten/den enskilde som vederlag för hjälp och omsorg måste tåla, utge eller avstå från någonting och som genom detta inskränker dennes handlingsfrihet. Se Kjellevold 1993a s. 115 och Kjellevold 1995 s. 20. En allmän förvaltningsrättslig förutsättning för att kunna ställa upp den här typen av villkor är att utrymme för detta görs i lagstiftningen eller att socialtjänsten utifrån den aktuella lagstiftningen getts ett visst skönsmässigt utrymme att agera. Se Kjellevold 1993a s. 119 och Kjellevold 1995 s. 69 f. "Hvordan vi skal trekke de rettslige grensene for hva som kan godtas, må bero på en helhetsvurdering hvor lovens ordlyd og forarbeider er utgangspunktet, men hvor det dominerende vurderings-temaet vil være et krav om **tilstrekkelig nær saklig sammenheng mellom vedtak og vilkår, og om forholdsmessighet i bruken av dette virkemidlet** – at dette ikke er urimelig byrdefullt for parten i forhold til den betydning det har for realiseringen av lovens formål." Se Kjellevold 1995 s. 79.

förande av privaträttsliga regler. I förhållande till förskoleverksamhet föreligger en skillnad i rättsförhållandet mellan kommunen och den som tar tjänsten i anspråk. Medan själva boendet i många fall är det centrala inom den kommunala äldreomsorgen, där servicetagarna till viss del kan sköta sig själva, är vård- och pedagogikmoment mera dominerande inom den i SkolL reglerade förskoleverksamheten.

Det är vanligt att förskoleverksamhet och äldreomsorg bedrivs i privat regi. Kommunen kan även ingå avtal med s.k. familjehem. Detta innebär att en hjälpbehövande placeras hos en familj som, mot viss ersättning från kommunen, ger denne erforderlig omvårdnad. Vidare kan vård ges vid hem för vård och boende, s.k. HVB. Dessa drivs vanligtvis av kommun eller landsting, men kan även drivas i privat regi.[149]

Vad gäller kompetensen att ingå avtal kan konstateras att de kommunala nämnderna saknar egen rättssubjektivitet och därför rättsligt sett är en del av kommunen. För uppgiftsöverföring inom socialtjänsten gäller, i likhet med annan kommunal verksamhet, att *obligatoriska uppgifter* som uttryckligen ålagts socialnämnderna *inte kan överlåtas*. Exempel på sådana uppgifter är bl.a. *beslut om socialbidrag, bistånd* eller *avgifter* för kommunens sociala service. Kommunens ansvar som huvudman för socialvård, i form av ansvaret för särskilt utsatta grupper som barn, ungdom, missbrukare eller äldre, kan heller inte överlåtas.[150]

Även om det *yttersta ansvaret* för de lagreglerade uppgifterna inte kan överlåtas på annan har en kommun möjlighet att sluta avtal med annan

[149] Se även Grönwall m.fl. 1991 s. 227 f. och Strömberg 1995a s. 129 f.

[150] *Westerhäll* hävdar i en artikel några år före 1993-års reform, att det mest utmärkande för den offentligrättsliga förvaltningen *i materiell mening* är att normbundenheten är betydligt större än inom enskild verksamhet. Hon hänvisar bl.a. till legalitets- och objektivitetsprincipen samt kravet på saklighet. Se Westerhäll 1991 s. 371. I ett fall hade en socialnämnd beviljat bistånd för betalning av elräkning under "överenskommelse" att halva beloppet skulle återbetalas genom avdrag på kommande socialbidrag. Enligt KammR hade nämnden inte rätt att kräva återbetalning eftersom det utbetalade biståndet för betalning av elskulden, oavsett överenskommelsen, utgjorde bistånd enligt 6 § SoL. Nämnden hade därför inte rätt att reducera kommande bistånd. Se *Kammarrättens i Stockholm dom 1997-04-23 (Mål nr 7986-1996)*. Målet överklagades inte.

om att utföra dessa, 4 § 3 st. SoL.[151] Uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte överlämnas till enskild utan lagstöd.[152] Vårdbehovsbedömningar utgör ett led i myndighetsutövning och måste därför fattas av kommunens personal.[153] Även beslut om avgifter och tilldelning av platser betraktas som myndighetsutövning och kan, då lagstöd för detta saknas, därför inte överlåtas på enskild. Rådgivande och kurativa funktioner inom socialtjänsten anses inte innefatta myndighetsutövning och kan därför läggas ut på entreprenad. Att en privat entreprenör skulle kunna anställas på deltid av en kommun för att på denna del av sin arbetstid kunna fatta de beslut som innebär myndighetsutövning har ansetts vara mindre lämpligt. En sådan sammanblandning av en entreprenörs uppgifter och kommunens ansvar och befogenheter har bl.a. ansetts kunna medföra jävssituationer.[154]

Vård i hem för vård eller boende, HVB, eller familjehemsvård regleras i 23 § SoL. Vården bedrivs i allt större utsträckning i privat regi där kom-

---

[151] Se även prop. 1992/93:43 s. 8 f. Redan innan direkt lagstöd fanns i SoL har kommunerna enligt praxis ansetts ha rätt att lägga ut viss verksamhet på entreprenad. Se t.ex. *Kammarrättens i Stockholm dom 1989-04-18 (Mål nr 6305-1988).* Socialnämnden i en kommun hade beslutat att verkställigheten av vissa hemtjänstinsatser skulle överföras till entreprenör och att godkänna ett förslag till anbudsinfordran. Rätten fann inte styrkt att nämnden överlåtit, eller förbundit sig att överlåta, sina myndighetsuppgifter enligt SoL på entreprenören eller att den på något annat sätt överskridit sina befogenheter. Någon förhandlingsskyldighet innan ett visst anbud antogs ansågs heller inte föreligga. Möjligheterna att lämna över uppgifter till annan kommun är dock i viss utsträckning begränsad på grund av lokaliseringsprincipen. Se prop. 1992/93:43 s. 21 och SOU 1994:139 s. 335–339.

[152] Inom socialtjänsten förekommer åtskilliga exempel på myndighetsutövning. Som exempel kan nämnas beslut om olika former av bistånd och stödåtgärder inom individ- och familjeomsorgen samt tvångsåtgärder enligt LVU eller LVM. Vidare räknas det som myndighetsutövning att besluta om omedelbart omhändertagande, förbud att ta emot fosterbarn, besöksförbud, beviljande av bistånd och meddelande av plats inom äldreomsorg etc. Den typ av beslutsfattande det blir fråga om i de här fallen kan inte läggas ut på entreprenad. Detsamma gäller de uppgifter som enligt FB åligger socialnämnden i samband med fastställande av faderskap och underhållsbidrag till vissa barn. Så länge sekretessfrågorna löses på ett acceptabelt sätt torde dock administrationen kunna överlåtas på enskild. Se även prop. 1992/93:43 s. 21, Riberdahl 1985 s. 161, Marcusson 1989 s. 356 och Norström & Thunved 1998 s. 37.

[153] Här föreligger en skillnad gentemot upprättande av turordning på rent medicinska grunder vid tillfälliga sjukvårdsköer, vilket inte anses utgöra myndighetsutövning, eftersom de inte uppfattas som beslut om förmån för enskild. Se bet. 1992/93:SoU9 s. 6.

[154] Se prop. 1992/93:43 s. 22. Se även Norström & Thunved 1998 s. 37 f.

munerna med stöd av LOU köper den nödvändiga vården. Av 69 § 1 st. SoL framgår att HVB kan drivas av enskild. Entreprenad kan antingen förekomma genom att driften av ett sådant hem lämnas över till enskild eller att socialnämnden avtalar med ett privat vårdhem om placering av personer. För att få driva enskild heldygnsverksamhet i form av HVB, särskilda boendeformer för äldre samt hem för annan heldygnsvård krävs dock LSt:s tillstånd. Kravet kan även omfatta enskilt bedrivet hem eller öppen verksamhet för vård under en begränsad del av dygnet. Socialtjänstverksamhet som kommunen med stöd av entreprenadavtal överlämnat till enskild vårdgivare att utföra enligt 4 § 3 st. SoL är dock undantaget från kravet på tillstånd, 69 § 3 st. SoL. Skälet till detta är att kommunen enligt KL har samma ansvar för sådan verksamhet som för den som bedrivs i egen regi. Kommunen anses därigenom i entreprenadavtalet eller vid upphandlingen försäkra sig om att insatserna uppfyller de krav som ställs enligt SoL. Dessutom har kommunen möjlighet att följa upp och kontrollera sådan verksamhet. Genom 35 § SoL är det även kommunen som beslutar om avgiftsuttaget för vissa tjänster, även om dessa lagts ut på entreprenad till ett enskilt rättssubjekt. Tillstånd erfordras dock för tillståndspliktig verksamhet som entreprenören bedriver utöver vad som regleras i entreprenadavtalet.[155]

Inrättande av HVB och liknande institutioner får således inte ske utan offentlig kontroll. Förutom att verksamhet som drivs av enskilda behöver tillstånd av LSt, skall socialnämnden i den kommun där hemmet är beläget ges möjlighet att yttra sig, 31 § socialtjänstförordningen (1981:750), SoF. Hemmen står därefter under tillsyn av såväl socialnämnden i den kommun där verksamheten är belägen som LSt, vilka båda rätt att inspektera verksamheten, 69 b § 2 st. och 69 c § 1 st. SoL.[156] Länsstyrelsens tillsyn omfattar tillståndspliktig verksamhet, entreprenadverksamhet och enskild verksamhet från vilken kommunen upphandlar enstaka tjänster för att fullgöra sina förpliktelser enligt SoL samt privat tillhandahållna insatser enligt 26 § lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS.

Det anses finnas en rad fördelar med att lägga ut verksamhet på den privata sektorn, inte minst vad gäller valfrihet, flexibilitet och ett varierat vårdinnehåll. Det har dessutom ansetts vara positivt för vårdtagarens att vården sker i små hemlika enheter där barnen och ungdomarna ingår i fa-

[155] Se prop. 1996/97:124 s. 144 ff. och s. 185 f.
[156] Se prop. 1996/97:124 s. 147 f. och SOU 1994:139 s. 537 ff.

miljen som övriga familjemedlemmar. Personalen anses dessutom ofta vara engagerad och ha erfarenhet från det aktuella området.[157]

Driften av verksamheter inom äldre- och handikappomsorgen, t.ex. driften av ett servicehus eller utförande av uppgifter inom hemtjänsten, är inte att anse som myndighetsutövning. Det anses i dessa fall inte vara fråga om någon åtgärd som är uttryck för samhällets maktbefogenheter.[158] Även om kommunen i egenskap av huvudman har kvar sitt ansvar för verksamheten ansvarar entreprenören för den dagliga ledningen av arbetet.[159]

Mellan en kommun och en entreprenör kan avtalas olika villkor för att förstärka den enskildes rättssäkerhet. Man kan t.ex. tänka sig att entreprenören förbinder sig att följa olika regler för handläggning eller att ställa sig under viss tillsyn. Det går dock inte att genom avtal göra alla lagbestämmelser tillämpliga på entreprenörens anställda. Avtalet ger därför endast ofullständiga garantier för rättssäkerhet. En kommun har därför alltid huvudansvaret för att specialreglerad verksamhet som läggs ut på enskilda utförare bedrivs i enlighet med gällande rättsliga krav och för att den enskilde får tillräckligt god service och omvårdnad.[160]

I de fall en kommun väljer att lägga ut social service på entreprenad anses det vara lämpligt att socialtjänstens företrädare informerar servicetagarna om att även om det är privata utförare som svarar för verksamhetens drift, så har socialtjänsten alltid kvar huvudmannaskapet för verksamheten. Det är fortfarande socialtjänstens företrädare som fattar beslut om bistånd och andra förmåner. Det är även till socialtjänsten vårdtagare skall vända sig med eventuella klagomål eller önskemål om förändringar av beslutad servicenivå.[161]

I förarbetena till LVM anfördes att man borde uppmärksamma möjligheterna att anlita privata vårdinstitutioner. Det ansågs visserligen inte möjligt att ge enskilda befogenhet att fatta och genomföra de särskilda beslut om frihetsinskränkningar som lagen medger, men däremot ansågs möjlighet föreligga att låta en intagen pröva vård på en privat institution. Skulle vårdförsöket utfalla med gott resultat skulle den intagne sedan kunna skrivas ut från det hem där han vårdats enligt lagen för att sedan övergå till vård i frivilliga former på samma enskilda institution. Efter-

---

[157] Se Hollander 1993 s. 81. Se även SoS-rapport 1990:4 s. 71 f.

[158] Se SoS Allmänna råd 1993:4 s. 14.

[159] Man bör ha i minnet att KL och FL inte omfattar privat verksamhet och därför endast berör den enskilde genom avtalet med den kommunala huvudmannen.

[160] Se Holmberg 1995 s. 143 f.

[161] Se Holmberg 1995 s. 145.

som de enskilda hemmen även i övrigt ansågs utgöra en viktig vårdresurs vid övergången mellan vård enligt lagen och ett självständigt boende, borde därför en effektiv samordning mellan de olika resurserna komma till stånd oavsett vem som står som huvudman.[162]

Något hinder mot att förlägga vård enligt LVU till ett privat hem för vård eller boende, s.k. HVB, finns inte. Tvärtom finns det i 11 § 4 st. LVU lagstöd för att lägga ut bestämmanderätten över den unges personliga förhållanden på en föreståndare för en enskild institution, alltså en rätt att bedriva vård som innefattar myndighetsutövning.[163]

Mellan kommunen och den som driver det enskilda hemmet upprättas individuella avtal vilka utformas utifrån verksamhetens budget. Inför varje tänkt placering sker en förhandling mellan den driver verksamheten och en socialsekreterare om avtalsinnehållet. Den enskildes förhandlingsposition kan ofta vara ganska stark eftersom det råder en begränsad tillgång på den här typen av "vårdhem" och det dessutom förekommer konkurrens om vårdplatser kommunerna emellan. Det kan därför många gånger vara svårt för kommunen att sätta kostnaderna i relation till vårdinnehållet. I de fall kommunerna saknar alternativ kan de kanske tvingas acceptera oskäliga villkor.[164] Det kan också vara så att socialnämnderna saknar kompetens att kunna bedöma olika avtal.[165]

Utifrån socialrättslig synvinkel torde den centrala frågan enligt LVU vara att barnens behov tillgodoses, eftersom vårdtagarens möjligheter att klaga på vårdinnehållet är begränsad. Enligt 41 § 1 st. 1 p. LVU kan enskild överklaga beslut om var vården av den unge skall inledas eller beslut i fråga om att flytta den unge från det hem där han vistas. En avtalsrättslig fråga blir här om enskilds klagomål om brist på vård kan leda till att rättsförhållandet mellan den enskilde och kommunen är att anse som ett avtalsbrott. Skulle det vara så att även varje enskild placering av barn och ungdomar grundar sig på ett individrelaterat avtal, skulle det inte möta några hinder att åberopa avtalsbrott utifrån avtalslagens bestämmelser om vården inte överensstämmer med innehållet i avtalet. Likartade situationer finns även inom missbruksvården, äldreomsorgen och i vården av handikappade.[166]

---

[162] Se prop. 1981/82:8 s. 83 och s. 91.

[163] Se prop. 1992/93:43 s. 21. Se även Norström & Thunved 1998 s. 37.

[164] Upphandling enligt LOU torde dock leda till att kommunen lägger ut verksamheten på ett så ekonomiskt fördelaktigt alternativ som möjligt.

[165] Se Hollander 1993 s. 81. Se även SoS-rapport 1990:4 s. 123.

[166] Se även Hollander 1993 s. 81 f.

Det är inte bara frågan om kommunens möjlighet att ingå avtal som kan ställa till problem, det kan även tänkas uppstå frågor om ett avgörande utgör ett beslut eller om det egentligen rör sig om ett avtal. Om t.ex. socialtjänsten ingår ett avtal som direkt reglerar vilka insatser som skall tillhandahållas, kan frågan väckas om användandet av avtal medför att förvaltningsrättsliga regler eller principer helt eller delvis kan åsidosättas. I norsk doktrin förefaller det råda enighet om att ingående och förberedelse av överenskommelser mellan det allmänna och enskilda utgör ett led i det allmännas verksamhet, och att de förvaltningsrättsliga reglerna om ärendehandläggning gäller.[167] På motsvarande sätt har en del "avtal", vilka i regel inte närmare presenteras, ansetts utgöra myndighetsutövning.[168] *Kjellevold* anser att det avgörande måste vara avtalens innehåll. På socialrättens område utgörs detta av tilldelning av sociala insatser och den enskilde motpartens "avtalade motprestation". Enligt henne råder ingen tvekan om att tilldelningen av sådana insatser är beslut som innefattar myndighetsutövning. Detsamma torde gälla för eventuella motprestationer från den enskildes sida, oavsett om dessa utgör betalning i form av pengar eller andra typer av utfästelser, så länge de utgör villkor för att den aktuella insatsen skall utgå. Framförallt anser hon rättssäkerhetshänsyn tala för ett sådant synsätt då den enskilde vid ett avtalsrättsligt synsätt skulle sakna överklagandemöjligheter.[169] Enligt mitt synsätt är det inte lämpligt att generellt benämna dessa situationer som avtal. Socialrättsliga insatser regleras enligt SoL och tilldelningen av tjänster som socialtjänsten är skyldig att tillhandahålla utgör myndighetsutövning, för vilka avgift utgår enligt av kommunfullmäktige fastställd taxa. Det råder därför ingen tvekan om att beslutet om sådan tilldelning enligt svensk rätt utgör myndighetsutövning. När det gäller frågan om vilka rättigheter och skyldigheter erläggandet av avgiften medför kan dock frågan inte besvaras lika självklart, då avtalsrättsliga rättsverkningar i vissa fall har ansetts kunna göras gällande. Se även avsnitt 5.3.3.

[167] Se Bernt 1981 s. 30 f. och Frihagen 1991 s. 343.

[168] Se Hov 1976 s. 223 och Frihagen 1991 s. 344. Se dock *Smith* som räknar upp olika omständigheter som skulle kunna tala för att det rör sig om myndighetsutövning; medkontrahentens beroendeställning, ärendehandläggningen är densamma oberoende av om det rör sig om ett beslut eller ett avtal samt praktiska konsekvenser av att förvaltningsrättsliga handläggningsregler blir tillämpliga trots att avtalsformen använts. Se Smith, *Avtaler som forvaltningsvedtak*, 1978 s. 304–325.

[169] Se Kjellevold 1995 s. 282–285.

5.3.1 Allmänt om förskoleverksamhet och möjligheterna att ingå avtal

Reglerna om barnomsorg och förskoleverksamhet har ändrats flera gånger under 1990-talet.[170] Bestämmelserna om kommunens ansvar för förskolan har bl.a. flyttats från 13–18 §§ SoL till 2 a kap. och 2 b kap. SkolL.[171] En konsekvens av att bestämmelserna inarbetas i SkolL är att förskoleverksamhet, förskoleklass och skolbarnsomsorg inte längre ses som en del av socialtjänsten och att Socialstyrelsens och länsstyrelsernas ansvar för sådan verksamhet därmed upphört.[172]

Det är kommunernas ansvar att planera, organisera och administrera förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg.[173] För barn som är bosatta i Sverige och stadigvarande vistas i en kommun, skall sådan verksamhet bedrivas till och med tolv års ålder, 2 a:1 SkolL.[174] Barn som fyllt ett år men som inte uppnått skolpliktig ålder skall efter begäran erbjudas plats i förskola eller familjedaghem i den omfattning det behövs med hänsyn till barnets eget behov eller vårdnadshavarnas förvärvsarbete eller stu-

---

[170] Se t.ex. prop. 1993/94:11 och bet. 1993/94:SoU11. Se även prop. 1994/95:61 och bet. 1994/95:SoU8.

[171] Se prop. 1997/98:6, bet. 1997/98:UbU5 och Ds 1997:10.

[172] Se prop. 1997/98:6 s. 56. Verksamheten kommer därför fortsättningsvis att ligga under Statens skolverks ansvarsområde. Vidare föreslås att bl.a. benämningen daghem ersätts med förskola och att en läroplan skall införas för förskola. Skälet anses vara att, utöver att förskolan skall erbjuda omsorg och främja barns utveckling, på ett målinriktat sätt utveckla förskolans inre arbete och förtydliga förskolans pedagogiska roll. Se prop. 1997/98:93 s. 1 och s. 8. Vidare föreslås en gemensam läroplan för den obligatoriska skolan, förskoleklassen och fritidshemmet. Se prop. 1997/98:94 s. 7 ff. Se även bet. 1997/98:UbU16 respektive bet. 1997/98:UbU18 som till alla delar ställer sig bakom förslagen.

[173] Se även prop. 1997/98:6 s. 35.

[174] Bestämmelsen motsvarar de tidigare bestämmelserna i 13 §, 14 § 1 st. och 15 § SoL. Se prop. 1997/98:6 s. 82. De övergripande målen för förskoleverksamhet har fastställts vara, att genom pedagogisk verksamhet, där omsorg, fostran och lärande integreras, ge barnen stöd och stimulans för deras sociala, känslomässiga och intellektuella utveckling samt bidra till goda uppväxtvillkor, att ge barn med behov av särskilt stöd i sin utveckling den omsorg som deras speciella behov kräver, att underlätta för föräldrarna att förena studier och förvärvsarbete med vården och ansvaret för sina barn, att öka föräldrarnas valfrihet att välja mellan olika alternativ och därigenom öka deras inflytande över barnens omsorg och att utforma stöd och regleringar så att ekonomisk effektivitet uppnås i verksamheten. Se prop. 1993/94:11 s. 23, prop. 1997/98:6 s. 54, prop. 1997/98:93 s. 20–23 samt SOU 1997:157 s. 123–141.

dier, 2 a:6 SkolL.[175] Varje kommun ansvarar för att det inom dess område finns förskoleverksamhet, skolbarnsomsorg och förskoleklass, men verksamheten kan även anordnas av enskilda, 2 a:1 1 st. och 2 b:2 SkolL.[176]

Kommunen skall efter det att vårdnadshavare anmält behov av plats inom förskoleverksamhet eller skolbarnsomsorg "utan oskäligt dröjsmål" själv erbjuda plats eller hänvisa barnet till motsvarande plats i ett privat alternativ, 2 a:7 1 och 2 st. SkolL.[177] Anvisning av plats inom förskoleverksamhet som görs enligt en fastställd turordning innebär i sig ren verkställighet och torde därför kunna läggas ut på någon som inte är anställd av kommunen.

Den sexårsverksamhet som bedrivits inom ramen för förskolan bildar numer en egen skolform inom det offentliga skolväsendet, vilken benämns förskoleklass. Barn skall anvisas plats i förskoleklass från och med höstterminen det år de fyller sex år och förskolan skall omfatta minst 525 timmar per år, 2 b:2 SkolL. Det är dock frivilligt för barn att delta i verksamheten och avgift får endast tas ut för den tid som överstiger 525 timmar eller för barn som är yngre än sex år.[178]

Vad gäller olika former av förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg så har kommunerna inget rättsligt monopol, utan uppgiften är obligato-

---

[175] Bestämmelsen överensstämmer med den numer upphävda 14 a § SoL. Se även prop. 1997/98:6 s. 54 och s. 83.

[176] Genom att kommunens ansvar att tillhandahålla barnomsorg skrevs in i SoL ansågs det inte längre vara nödvändigt att behålla det krav på barnomsorgsplan som tidigare fanns i 17 § SoL. Då det även fortsättningsvis ansågs vara nödvändigt att planera och följa upp verksamheten, gavs kommunerna större möjlighet att själva bestämma formerna för planeringen. Se prop. 1993/94:11 s. 34 f. och bet. 1993/94:SoU11 s. 10 f.

[177] Bestämmelsen motsvarar vad som gällde enligt 14 b § SoL. Se även prop. 1997/98:6 s. 54 f. och s. 83.

[178] Bestämmelsen motsvarar den numer upphävda 15 § 1 st. SoL. Se även prop. 1997/98:6 s. 39–44 och s. 85 samt bet. 1997/98:UbU5 s. 12. I *RÅ 1976 ref. 51* hade en socialnämnd beslutat att de religiösa samfunden i kommunen skulle få disponera en timme i veckan i kommunens förskolor. RegR uttalade bl.a. att kommunens skyldighet enligt förskolelagen att bedriva förskoleverksamhet inte kunde överlåtas på annan. Då beslutet innebar överlåtelse av en viss del av förskoleverksamheten på samfunden, hade nämnden överskridit sin befogenhet. Se även Westerhäll 1991 s. 375, som anför att eftersom ansvaret för barnomsorgens organisationsform inte preciseras, har kommunerna ansetts kunna överlämna t.ex. driften av barnhem på ideella föreningar eller föräldrakooperativ.

risk i den omfattning SkolL anger.[179] Barnomsorgen har utgjort en ren serviceverksamhet[180] och några hinder mot att lägga ut verksamheten på entreprenad har inte ansetts föreligga.[181] Även förskoleverksamheten kan därför bedrivas i olika privaträttsliga organisationsformer. När kommunala barndagvårdare sköter barn i det egna hemmet, s.k. familjedaghem, har inte uppgiften överlämnats till någon enskild i någon egentlig mening eftersom de anses vara kommunala arbetstagare. Så länge kommunen är huvudman för barnomsorgen har den det övergripande ansvaret för planering, organisation, drift och finansiering. Begreppet *kommunal* förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg anses därför även innefatta entreprenaddriven verksamhet som drivs på uppdrag av kommunen – till skillnad från *enskild* förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg, där någon annan än kommunen är huvudman. Med *alternativ* förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg avses såväl entreprenaddriven kommunal verksamhet som enskild verksamhet.[182]

5.3.2 Förskoleverksamhet på entreprenad och förskoleverksamhet med enskild huvudman

Enligt 2 a:13 1 st. SkolL skall enskild som vill driva förskola eller skolbarnsomsorg ha tillstånd till detta av den kommun där verksamheten skall bedrivas. Detsamma gäller enskild som vill bedriva verksamhet som motsvarar förskoleklass, 2 b:6 1 st. SkolL. Tillstånd behövs inte för verksamhet som kommunen enligt 2 a:5 2 st. eller 2 b:2 3 st. SkolL ge-

---

[179] En kommun har i *RÅ 1977 ref. 38* ansetts ha rätt att lämna bidrag till kompletterande förskoleverksamhet driven av enskilda organisationer, som faller utanför kommunens obligatoriska verksamhet.

[180] Innan 1973 års förskolelag var den kommunala barnomsorgsverksamheten helt oreglerad. I prop. 1973:136 s. 64, uttalas bl.a. att målen för förskolans verksamhet inte kunde tillgodoses på annat sätt än genom en allmän förskola *i kommunal regi*. Driften av kommunala förskolor ansågs därför inte kunna överlåtas på en entreprenad.

[181] Se även Losman & Löfving 1992 s. 22. Det hade före 1993-års ändringar gjorts gällande att det vore rimligt att generellt kräva lagstöd när det gäller befogenheten att överlämna kommunala åligganden till enskilda och inte enbart stödja sig på uttalanden i förarbetena. Detta ansågs i synnerhet vara fallet när det gäller sådana "känsliga" uppgifter som finns inom ramen för socialtjänsten. De rättsliga kraven på insyn, likabehandling och tystnadsplikt ansågs inte kunna tillgodoses genom bara själva uppdragsavtalet. Vidare ansågs det utgöra myndighetsutövning att besluta om vilka barn i kön som skall erbjudas daghemsplats, vilket inte utan lagstöd kan fattas av enskild. Se bl.a. SOU 1987:35 (Bramstång) s. 133, Marcusson 1989 s. 355 och Westerhäll 1991 s. 376.

[182] Se även Eriksson & Hallgren, *När andra vill vara med*, 1995 s. 5 f.

nom avtal överlämnat till enskild att utföra, 2 a:13 2 st. och 2 b:6 2 st. SkolL.[183] En läroplan har föreslagits införas för förskolan, för att bekräfta dess plats "i det livslånga lärandet". Den skall dock bara gälla de förskolor där kommunen är huvudman och därmed inte för enskilt bedriven förskoleverksamhet. Läroplanen anges dock komma att ligga till grund för bedömningen av om den enskilt bedrivna verksamheten uppfyller de kvalitetskrav som kommunen uppställer för att bevilja tillstånd.[184]

Den enskilt bedrivna verksamheten står under kommunens löpande tillsyn och inspektionsrätt, 2 a:15 SkolL. Som krav för att bidrag till verksamheten skall ges uppställs att den enligt 2 a:3 SkolL[185] genom pedagogisk verksamhet erbjuder barn god fostran och omvårdnad, 2 a:17 SkolL.[186] För detta erfordras utbildad personal eller personal med sådan erfarenhet att dessa behov tillgodoses. Barngruppen skall även ha en lämplig sammansättning och lokalerna skall vara ändamålsenliga. Avgiftssystemet inom enskilt bedriven verksamhet måste inte utformas på samma sätt som inom kommunens förskoleverksamhet, men den enskilt bedrivna verksamheten får inte ha avgifter som är oskäligt höga. Det bidrag som ges till verksamheten får inte på ett oskäligt sätt avvika från

---

[183] Enskilda förskolor och fritidshem räknas inte längre som HVB och det anses vara lämpligt att det enbart är kommunen som kan lämna tillstånd till verksamhetens bedrivande, eftersom det även är kommunen som bestämmer om bidrag skall lämnas till verksamheten eller inte. Se prop. 1997/98:6 s. 58 f. och s. 84 samt bet. 1997/98:UbU5 s. 21 f. och s. 24 ff. Tidigare gällde enligt 69 § 1 st. 4 p. SoL att enskilda förskolor och fritidshem, som enligt 6 § SoL räknades som HVB, måste ha LSt:s tillstånd för att bedriva verksamhet. Socialtjänstkommittén föreslog att den möjlighet till kommunal tillståndsgivning som förelåg enligt lag (1987:442) om försöksverksamhet med kommunal tillståndsprövning för vissa hem för vård eller boende enligt SoL skulle tas bort. Se SOU 1994:139 s. 533 f. och 539–548. Skälet för detta var bl.a. den "olyckliga" situation som uppstod på grund av den dubbla roll som kommunen erhöll dels genom att vara tillståndsgivare, dels genom att bedriva egen konkurrerande barnomsorgsverksamhet. Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 2.

[184] Läroplanen omfattar heller inte verksamhet som bedrivs i familjedaghem, även om det uppges att den skall vara *vägledanade* för verksamheten. Se prop. 1997/98:93 s. 16.

[185] Bestämmelsen motsvarar vad som tidigare gällde enligt 13 b § SoL. Se även prop. 1997/98:6 s. 52 ff. och s. 83.

[186] Bestämmelsen motsvarar den numer upphävda 18 § SoL. Se även prop. 1997/98:6 s. 55 och s. 84. I vissa fall reglerar speciallagstiftning olika typer av skolformer, t.ex. vad gäller same-, special- och särskolor. Se bl.a. 2 kap. 3 § sameskolförordningen (1995:205). Dessa anses efter avtal med kommunen även kunna fullgöra kommuns uppgift inom förskole- och fritidshemsverksamheten. Se prop. 1997/98:6 s. 45.

kommunens kostnad per barn i motsvarande kommunalt bedriven verksamhet. Det föreligger dock *ingen skyldighet* för kommunen att lämna bidrag till familjedaghem, kompletterande förskoleverksamhet eller öppen fritidsverksamhet i privat regi.[187]

De krav för att erhålla bidrag som uppställs i 2 a:17 SkolL och som i övrigt skall gälla för verksamheten kan antingen ställas ensidigt genom beslut från kommunens sida eller tas in i avtal mellan kommunen och den enskilda verksamheten. I det första fallet blir de beslutade villkoren i princip gällande för all verksamhet av aktuell karaktär inom kommunen. Sådana generella villkor blir främst aktuella inom s.k. normal verksamhet, dvs. verksamhet som inte skiljer sig nämnvärt från den som vanligtvis bedrivs. Regleras villkoren i avtal blir dessa tillämpliga enbart för den verksamhet som omfattas av avtalet. Detta blir i regel aktuellt om verksamheten i vissa delar skiljer sig från den som normalt bedrivs, eftersom avtalet i dessa fall utgör ett smidigare sätt att beakta de särskilda omständigheterna i fallet. Det kan t.ex. röra sig om verksamhet som riktar sig till barn med behov av särskilt stöd. Avtal kan även ingås om fortbildningsinsatser eller handledning osv.[188]

Enskild förskoleverksamhet är oftast beroende av kommunalt stöd för att verksamheten skall kunna bedrivas.[189] Sådant bidrag får kommunen möjlighet att lämna till enskild enligt 2 a:17 SkolL om verksamheten anses utgöra ett kommunalt intresse. Likställighetsprincipen medför dock att de som kommer i åtnjutande av bidraget måste behandlas likvärdigt. Bidraget bör heller inte på ett oskäligt sätt avvika från kommunens kostnad per barn i egen bedriven verksamhet. Finns inget behov för ytterligare förskoleplatser eller om kommunens ekonomi inte medger något ekonomiskt stöd får kommunen avslå en bidragsansökan.[190] Enligt jurister vid kommunförbundet bör kommunen heller inte frånsäga sig sin rätt att ompröva bidragsvillkoren från år till år.[191] "Om kommunen väljer att avtala om fasta bidrag för längre tid är avtalet civilrättsligt bindande även om kommunen därefter beslutar om generella nedskärningar inom barnomsorgen."[192]

---

[187] Se prop. 1993/94:11 s. 48 f., bet. 1993/94:SoU11 s. 15 f., prop. 1994/95:61 s. 33 ff., bet. 1994/95:SoU8 s. 13 f. samt SoS Allmänna råd 1995:2 s. 53 ff. och s. 58.

[188] Se SoS Allmänna råd 1995:2 s. 56 f.

[189] Se även SOU 1994:139 s. 534.

[190] Se bet. 1994/95:SoU8 s. 13 och Eriksson & Hallgren 1995 s. 8.

[191] Ett bidragsbeslut kan överklagas genom laglighetsprövning enligt 10 kap. KL.

[192] Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 8 f.

Man måste alltså göra en åtskillnad mellan entreprenaddriven förskoleverksamhet och enskild, eller privat, förskoleverksamhet. I det sistnämnda fallet bedrivs i regel verksamheten av en ideell eller ekonomisk förenings medlemmar som startat och bedriver verksamheten för i huvudsak medlemmarnas räkning. Något uppdragsförhållande mellan kommunen och den enskilt bedrivna verksamheten föreligger inte och kommunen är därför i dessa fall inte huvudman för verksamheten. Någon upphandlingssituation föreligger heller inte eftersom kommunen inte köper någon tjänst. Kommunen kan i dessa fall heller inte ådra sig någon skadeståndsskyldighet i förhållande till de föräldrar som har sina barn placerade i den enskilda förskoleverksamheten.[193] I de fall kommunal förskoleverksamhet lagts ut på entreprenad är inte 2 a:17 SkolL tillämplig. I stället gäller av kommunen fastställd förskoletaxa för verksamheten.[194]

Det kan ofta vara svårt att dra gränsen mellan förskoleverksamhet som bedrivs på entreprenad och enskild förskoleverksamhet. Dessutom förekommer olika typer av blandformer. Som utgångspunkt kan dock antas att det rör sig om ett entreprenadförhållande om det föreligger någon form av uppdrag från kommunens sida och detta vid en sammanlagd bedömning visar sig dominera förhållandet. Det rör sig i dessa fall inte om något bidrag för att bedriva verksamheten utan om ersättning för utförd arbetsprestation.[195]

Skillnaden mellan entreprenaddriven och enskild förskoleverksamhet kan alltså sammanfattas på följande sätt. Vid ett *uppdrags-* eller *entreprenadavtal* har kommunen ett bestämmande inflytande över placeringar, föräldraavgifter, öppethållandetider, kvalitetskrav, profil, verksamhetens lokalisering och något överlämnade av myndighetsutövning får inte göras. Ersättning utgår för utförd prestation. Vidare skall verksamheten upphandlas enligt de regler som gäller för upphandling av B-tjänster enligt 6 kap. LOU. Det juridiska ansvaret för verksamheten kvarstår hos kommunen. När det gäller bidragsfinansierad enskild verksamhet föreligger ett *samverkansavtal* mellan kommunen och den enskilt bedrivna verksamheten där villkoren för att bidrag skall utgå regleras. I dessa fall tar den enskilde huvudmannen initiativet till verksamheten och bestämmer om placeringar, medlemsavgifter, öppethållandetider, profil och lokalisering av verksamheten för att huvudsakligen tillgodose behovet för

[193] Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 13 f.
[194] Se även Eriksson & Hallgren 1995 s. 3 f. samt SoS Allmänna råd 1995:2 s. 54 och s. 59 f.
[195] Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 14.

de barn som genom föräldrarnas medlemskap har rätt till placering vid verksamheten. Huvudmannen har ansvaret för att de krav som föreligger enligt lag och de krav som kommunen uppställt för att bidrag skall utgå efterlevs och uppfylls. Huvudmannen saknar också inflytande över hur stort bidrag som kommunen skall utge och villkoren för detta. Sådan verksamhet skall inte upphandlas och någon myndighetsutövning förekommer inte i förhållandet mellan huvudmannen och medlemmarna. Placering av barn i verksamheten, avgifter och frågor om avstängning grundar sig helt och hållet på någon form av avtalsförhållande, t.ex. medlemskap i föräldrakooperativ. Kommunen saknar vidare juridisk ansvar för verksamheten. I båda fallen har kommunen en omplaceringsskyldighet i förhållande till föräldrarna om verksamheten skulle upphöra, eftersom kommunen enligt SkolL är skyldig att tillhandahålla förskoleplatser.[196]

Innan t.ex. förskoleverksamhet lämnats över till entreprenör skall fullmäktige enligt såväl 3:19 KL som 2 a:15 SkolL se till att kommunen tillförsäkras rätt att kontrollera och följa upp den överlämnade verksamheten. Ansvarig nämnd skall även se till att verksamheten bedrivs enligt de föreskrifter som gäller för verksamheten samt de mål och riktlinjer fullmäktige bestämt, 6:7 KL. Kommunala nämnder har revisionsansvar vid såväl överlåtande av förvaltningsuppgift, t.ex. vid underlåtenhet att utöva tillsyn över entreprenadverksamhet, som anlitande av enskild för att utföra viss förvaltningsuppgift, 6:7 3 st. KL. Den överlåtna verksamheten förblir därför i stor utsträckning en kommunal angelägenhet.

Som tidigare nämnts öppnar 4 § 3 st. SoL för möjligheten att genom avtal lämna över uppgift inom socialtjänsten till enskild så till vida uppgiften inte innefattar myndighetsutövning. När det gäller barnomsorg har beslut om fördelning av kommunal barnomsorgsplats och fastställande av föräldraavgifter angetts utgöra myndighetsutövning. Detsamma har uppgetts vara fallet om en kommun förbehållit sig rätten att placera barn från kommunens kö i alternativ barnomsorg.[197] Motsvarande torde fortfarande gälla utifrån SkolL.

I *RÅ 1977 ref. 38* fann majoriteten att en kommun kunde ge bidrag till förening för kompletterande förskoleverksamhet som föll utanför kommunens skyldigheter enligt 3–7 §§ i 1973 års förskolelag. Det rörde sig om lek- och pysselverksamhet bedriven av ideella föreningar och kristna församlingar.

[196] Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 15.

[197] Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 9 f.

Minoriteten ansåg att det rörde sig om en överlåtelse av kommunens skyldighet att ombesörja förskoleverksamhet på annan och ville upphäva beslutet. I *RÅ 1979 2:32* fick ett föreningsdrivet daghem ingå i barnomsorgsplanen enligt 8 § i dåvarande barnomsorgslag. Hinder förelåg inte heller mot att kommunen förmedlade statsbidrag till ett sådant daghem.[198] Verksamheten förefaller dock endast ha utgjort komplement till den kommunala barnomsorgen.

Bortsett från när kommunen bedriver verksamheten i förvaltningsform – dvs. som regel förskoleverksamhet i form av förskola och familjedaghem eller av kommunen anställda dagbarnvårdare (1–5 år), förskoleklass samt fritidshem m.fl. benämningar för skolbarnsomsorgen (7–12 år) – kan den bedrivas i följande alternativa former. Dessa kan utgöra olika typer av juridiska personer, det vanligaste är dock att verksamheten drivs inom ramen för en ekonomisk förening, men även aktiebolag förekommer, framförallt i de fall det är ett kommunalt företag eller ett entreprenadföretag som bedriver verksamheten.[199]

- *Föräldrakooperativ*. Dvs. en sammanslutning av föräldrar som, vanligtvis i föreningsform, gemensamt tar ansvar för sina barn. Verksamheten utgör oftast enskild förskoleverksamhet.
- *Ideella eller ideologiska sammanslutningar*. Dvs. olika typer av sammanslutningar som har en nära anknytning till en viss organisation eller erbjuder en viss typ av pedagogik, t.ex. waldorf- eller montessoripedagogik eller med särskild betoning på språkinlärning. Verksamheten kan ofta utgöra enskild förskoleverksamhet.
- *Personalkooperativ*. Dvs. ekonomisk förening, aktiebolag eller handelsbolag som drivs av förskolans personal.[200] Sådan verksamhet bedriver i regel kommunal förskoleverksamhet på entreprenad.

---

[198] De specialdestinerade statsbidragen till barnomsorgen som tidigare fanns är numer avskaffade och har i likhet med en mängd andra statsbidrag riktade till skilda verksamheter ersatts med ett generellt statligt utjämningsbidrag till kommunerna. Se även prop. 1991/92:150, del II s. 106 och s. 117 samt prop. 1993/94:11 s. 29.

[199] Se 2 a:2 SkolL. Bestämmelsen motsvarar den numer upphävda 13 a § SoL. Se även prop. 1997/98:6 s. 54 och s. 83. Se även SOU 1991:26 s. 165 f. och Losman & Löfving 1992 s. 22.

[200] Ofta är det så att personalkooperativ utgörs av personal som är tjänstlediga från sin tjänst som förskoleföreståndare vid kommunalt bedriven förskola, för att i föreningsform bedriva verksamheten i de lokaler som kommunen tidigare disponerat. (Man skulle därför kunna säga att ett personalkooperativ *i egentlig mening* endast existerar under den övergångsperiod då personalen är tjänstledig. Om personalen startar ett eget företag är de logiskt sett inte längre kommunens personal.)

- *Privata entreprenadföretag.* Bedrivs ofta i aktiebolagsform, t.ex. Pysslingen.

5.3.3 Förskole- eller barnomsorgsplats – lagstadgad rättighet med avtalsrättsliga inslag

Vissa uppgifter är enligt lag förbehållna kommunfullmäktige och den eller de nämnder som ansvarar för den kommunala verksamheten. Det ankommer t.ex. på fullmäktige att anta taxa enligt 35 § SoL och 2 a:10 SkolL.[201] Beslut om avgifter kan därmed inte läggas över på en av kommunen anlitad entreprenör.[202]

Rätten till barnomsorgsplats har ansetts vara beroende av att avgift enligt gällande taxa erläggs för platsen. Från den enskildes synvinkel kan därför tilldelning av förskoleplats uppfattas som ett avtalsförhållande eftersom ett vederlag för platsen erläggs.[203] Den enskildes uppfattning torde dock sakna rättslig betydelse – åtminstone utifrån en offentligrättslig betraktelse. Vederlaget motsvarar heller inte kostnaderna i det fall det rör sig om en subventionerad prestation.[204] Frågor om kommuns regler och beslut rörande förskoleverksamheten är förenliga med 2 a kap. och 2 b kap. SkolL prövas genom laglighetsprövning med länsrätten som första instans. Vad gäller ärenden som innefattar myndighetsutövning skall vissa regler i FL tillämpas. Sålunda har t.ex. tilldelning av barnomsorgsplats ansetts utgöra myndighetsutövning.[205]

Allmän domstol ansåg sig i *NJA 1983 s. 680* inte vara behörig att pröva skyldighet att anordna daghemsplats, eftersom det rörde en offentligrättsligt reg-

---

[201] Se prop. 1997/98:6 s. 83. Av lagrummen framgår att det endast är för kommunalt anordnad verksamhet som kommunen får ta ut avgifter. Som sådan verksamhet räknas även verksamhet som lagts ut på entreprenad. Se prop. 1997/98:6 s. 54 f. och prop. 1993/94:11 s. 49 f. Se även *Strömberg*, som i sin avhandling hävdar att en anstalts bundenhet vid bestämda avgiftsregler hindrar att man fritt avtalar med nyttjaren om ersättning för vissa prestationer. Se Strömberg 1949 s. 233 ff.

[202] Se även SoS Allmänna råd 1993:4 s. 13 ff.

[203] Samma synsätt kan i viss utsträckning föreligga inom äldreomsorgen.

[204] Även om självkostnadsprincipen är en ledande princip vid fastställande av kommunala avgifter är den av underordnad betydelse vid avgiftsuttag inom såväl baromsorg som äldre- och handikappomsorg eftersom dessa, när det gäller sociala tjänster, i regel är mycket låga i förhållande till de faktiska kostnaderna för verksamheten. Se även Svenska kommunförbundets cirkulär 1997:58 s. 6 f.

[205] Tidigare gällde att ansökan från enskild som begärt barnomsorgsplats med stöd av 6 § SoL måste prövas av socialnämnden och att avslagsbeslut överklagades enligt FL:s regler. Se SoS Allmänna råd 1995:2 s. 61 f.

lerad skyldighet, vilken innebär offentlig förvaltning med karaktär av myndighetsutövning som därför ankommer på förvaltningsmyndighet.[206] Avstängning har dock enligt *RÅ 1982 2:62* inte setts som ett offentligrättsligt ingripande, utan betraktades som en civilrättslig åtgärd eftersom tillgång till daghemsplats utgör en kommunal service som ansågs vara avhängig att avgift enligt gällande taxa erlagts för platsen. Att vårdnadshavaren tagit en daghemsplats i anspråk ansågs utgöra en *civilrättslig åtgärd* av innebörd att kommunen inte längre behövde tillhandahålla denna så länge vårdnadshavaren inte fullgjorde de ekonomiska förpliktelser han åtagit sig genom att ta platsen i anspråk. Situationen sågs alltså som en i första hand *avtalsrättslig relation.*[207]

En kvinna väckte talan mot en kommun och yrkade att kommunen skulle återbetala de barnomsorgsavgifter som hon betalat för hennes barns vistelse på ett av kommunens daghem under åren 1987 till 1992. Kvinnan 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. Kommunen hävdade å sin sida att det inte förelåg något ömsesidigt förpliktande avtal mellan parterna samt att allmän domstol inte var behörig att pröva frågor om kommunal barnomsorg, eftersom denna är offentligrättsligt reglerad och bygger på en skyldighet på grund av föreskrifter i SoL. TR fann i en mellandom att det förelåg ett ömsesidigt förpliktande civilrättsligt avtal mellan parterna och att privaträttsliga regler skulle tillämpas på förhållandet.

---

[206] Se även Lavin 1984 s. 71 och s. 79 f. och Warnling-Nerep 1995 s. 303 f. I *RH 1995:6*, som rörde preskription, fann HovR att kommuns fordran på avgift för barnomsorg är att anse som en konsumentfordran eftersom "[i]nslaget av myndighetsutövning beträffande av kommunen ordnad barnomsorg ... inte [är] så påtagligt att förhållandena helt skiljer sig från en privaträttslig relation". Kommunen sågs därför, trots att verksamheten var obligatorisk enligt de dåvarande bestämmelserna i 13–18 §§ SoL och att avgifterna inte fick överstiga kommunens självkostnad, som en näringsidkare när det gällde tillhandahållandet av nyttigheten.

[207] I *RÅ 1973 S. 31* hade en kommun beslutat anta ett av kommunförbundet upprättat förslag till taxa för barnomsorgsavgift, att taxan skulle träda i kraft från ett viss datum och att avgifterna för barnomsorgen skulle utgå från den dag taxan trädde ikraft. Taxan innebar bl.a. att avgiften skulle grunda sig på bruttoinkomst. Beslutet överklagades med motiveringen att kommunen genom att tillämpa taxan från det beslutade datumet inte iakttagit uppsägningstiden i upprättade avtal mellan barnavårdsnämnden och föräldrarna. LSt fann att fullmäktiges beslut om taxans ikraftträdande måste förstås så att taxan skulle gälla mot barnavårdsnämndens avtalsparter först efter överenskommen uppsägningstid iakttagits. Frågan om avtalsbrott kunde dock inte prövas i förvaltningsrättslig ordning och LSt lämnade därför besvären utan bifall. RegR gjorde ingen ändring i LSt:s beslut. Även i *JO 1992/93 s. 286* uppkom fråga om avstängning av barn från daghemsplats på grund av utebliven avgiftsbetalning. JO berörde dock inte frågan om situationen var att anse som avtalsrättslig eller offentligrättslig.

Kommunen överklagade beslutet till hovrätten som konstaterade att det, vare sig i praxis eller doktrin, fanns något klargörande om hur ett rättsförhållande där enskild utnyttjar kommunal service skall karakteriseras. Hovrätten konstaterar att det är ostridigt att kvinnan i egenskap av kommunmedlem har rätt att tilldelas barnomsorgsplats och att frågan om taxan för barnomsorgen är offentligrättslig med inslag av myndighetsutövning som inte kan bli föremål för avtal. Den aktuella tidsperioden ligger dock före de år 1995 preciserade reglerna om den kommunala avgiftsmakten, då kommunen skyldigheter på barnomsorgsområdet skärptes.[208] Vid sidan av kommunal laglighetsprövning finner HovR därför att det inte finns något utrymme för talan vid förvaltningsdomstol.

Genom att ta barnomsorgsplatserna i anspråk ansågs kvinnan ha förpliktat sig att betala barnomsorgsavgifter till kommunen. Vid utebliven betalning skulle kommunen ha rätt att väcka talan vid allmän domstol och även ha möjlighet att avstänga barnen.[209] Dessutom måste det finnas utrymme för överenskommelser mellan förskolepersonal och föräldrar. Sammantaget måste detta, även om "[å]tskilliga gränsdragningsfrågor kvarstår att klargöra och lösa", leda till att rättsförhållandet måste anses ha vissa privaträttsliga drag som ligger utanför vad som faller under kommunens myndighetsutövning. HovR:s majoritet fann därför att det i fråga om kvinnans rätt att *föra talan om återbetalning av barnomsorgsavgift* skulle anses föreligga ett ömsesidigt förpliktade avtal mellan henne och kommunen, och fastställde därför TR:s dom.[210]

---

[208] De avgifter som målet rör skall därför hänföras till kategorin frivilliga offentligrättsliga avgifter och utgör inte någon form av bistånd enligt 6 § SoL.

[209] Sådan rätt till avstängning har ansetts vara civilrättslig enligt majoritetens avgörande i *RÅ 1982 2:62*. Jfr *Riberdahl* som menat att avgiftsregleringen är offentligrättslig – till skillnad från fakultativ verksamhet där avgifterna är privaträttsliga – och det resonemang som förs huruvida avstängning från daghemsplats skall kräva lagstöd eller inte. Se Riberdahl, *Den kommunala barnomsorgen*, 1978 bl.a. s. 255 f. Visst stöd för Riberdahls resonemang kan också hittas i prop. 1993/94:43 s. 22, där beslut om att tilldela daghemsplats ansetts ha karaktären av myndighetsutövning. Argument skulle därför med viss bärighet kunna anföras för att ett upphävande av rätten till daghemsplats skulle kunna ses som en form av myndighetsutövning. Även om effekten för den som tilldelats daghemsplatsen skulle vara densamma, skulle det då rent principiellt inte vara fråga om en uppsägning utan om en begäran från part om återkallelse av en beviljad förmån. Se även det i TR åberopade, av Riberdahl upprättade, rättsutlåtandet.

[210] Se *Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95)*. Domen har överklagats av Stockholms kommun. Prövningstillstånd har meddelats 1998-02-10 (Mål nr T 2842/97:33). I *RÅ 1992 ref. 31* ansågs en socialnämnds beslut att stänga barnomsorgsverksamheten under två dagar per termin för personalutbildning utan att någon avgiftsreducering skulle göras vara godtagbart. I domskälen hänvisades till kommunernas möjligheter att själva besluta om öppethållandetider. Jfr dock *JO 1980/81 s. 308*, där en sådan stängning ansågs vara oförenlig med kommunens skyldigheter.

Enligt *Ketscher*[211] spelar det ingen roll vilken terminologi som används när kommunen erbjuder en barnomsorgsplats, även om den skulle benämnas t.ex. platsgaranti. Kommunen ger helt enkelt ett tillstånd till en plats om föräldrarna skulle behöva en sådan. Det är alltså fråga om ett vanligt ensidigt beslut om tilldelning av plats. När det gäller barnomsorgsavgiftens rättsliga natur framhåller hon att den omständigheten att vederlag erläggs för servicen inte medför att det blir fråga om något egentligt avtalsrättsligt förhållande. Hon menar att det inte finns något sammanhang mellan den mottagna prestationen och betalningen eftersom betalningen *inte* utgör ett villkor för att motta prestationen. Hon ställer sig därför mycket tveksam till att använda avtalsparadigmet när det gäller frågor om tilldelning av barnomsorgsplats eller om uppsägning av sådan plats, eftersom det varken rör sig om likställda parter eller om ett ömsesidigt utväxlade av prestationer.[212]

Det kan dock förhålla sig annorlunda vad gäller avstängning vid utebliven betalning av barnomsorgsavgift etc. Rätten till tillhandahållen barnomsorgsplats är dock inte *i sig* beroende av att föräldrarna erlägger barnomsorgsavgift. Hon menar därför att barnet inte bör straffas på grund av utebliven betalning från föräldrarna. För att förmå dessa att betala förespråkar hon att kommunen använder sig av någon form av straffavgifter. Föräldrarna kan å sin sida använda sig av betalningsbojkott, för att t.ex. försöka förmå kommunen att leva upp till en viss servicenivå eller att förhindra nedskärningar, när de anser att kommunen inte uppfyller sina förpliktelser.[213]

Innehållande av barnomsorgsavgiften kan även bli aktuellt vid personalstrejker, då den tjänst för vilken avgiften utgår inte tillhandahålls under konflikttiden. Danska myndigheter har varit av åsikten att kortare arbetsnedläggelser inte medför en rätt till återbetalning av erlagda avgifter. När det gäller längre perioder har dock förutsättningssynpunkter ansetts medföra en rätt till återbetalning. Även om någon lagstadgad rätt till återbetalning inte skulle föreligga har kommunen ansetts ha rätt att återbetala erlagda medel för vilka någon prestation inte tillhandahållits för-

---

[211] Se Ketscher 1990 s. 88 f.

[212] Se Ketscher 1990, framförallt s. 250 ff., s. 256 f., s. 268, s. 271 f., s. 315 och s. 451. Se även *RÅ 1980 2:22* och *RÅ 1981 2:55*, vilka rörde kommuns rätt att ta ut avgifter för barnomsorg.

[213] Se Ketscher 1990 s. 273, s. 315 och s. 317 f.

äldrarna. Ett sådant synsätt bygger på avtalsrättsliga konstruktioner där man lägger vikt bristande förutsättningar.[214]

> Det norska rättsfallet *Rt 1991 s. 858* rörde kommuns återbetalningsansvar för påförda barnomsorgsavgifter efter det att daghem hållit stängt på grund av personalbrist. Rätten konstaterade att rättsförhållandet innehöll såväl avtalsrättsliga som offentligrättsliga inslag men enär föräldrarnas barnomsorgsavgift endast täcker del av den totala kostnaden för barnomsorgsplatsen, konstaterades att utrymme för en civilrättslig bedömning saknades.[215]

Avtal om i vilken utsträckning barnet skall vistas på förskola är också av en annan karaktär. Det uttrycker en reglering av hur vistelsen skall gå till. Sådana avtal är nödvändiga för att verksamheten skall fungera.[216] Det är dock endast under extraordinära omständigheter som dessa kommer under juridisk prövning. Efterlevs inte avtalet ändras grunderna för detta.

---

[214] Det ges uttryck för ett liknade synsätt i *UfR 1982 s. 256 Ø*, där en person krävde återbetalning av del av TV-licens – sammanlagt 6 kr och 55 öre – eftersom sändningarna under tre och en halv timme utgått på grund av strejk. Rätten medgav ingen återbetalning eftersom plikten att erlägga avgift inte ansågs vara knuten till att rätten att motta sändningar av ett viss omfång. Allmänna avtalsrättsliga regler ansågs därför inte vara tillämpliga vid bedömningen av förhållandet mellan Danmarks radio och avgiftsbetalarna. Vidare hade sändningen avbrutits under en begränsad tid. Enligt *Ketscher* kan det dock inte uteslutas att ersättning skulle ha utgått om sändningsuppehållet varat under en längre tid. Se Ketscher 1990 s. 318 f. Även om exemplet inte rör en social förpliktelse ligger det onekligen något i synsättet att man när en prestation inte tillhandahålls, förr eller senare når en punkt där ett avtalsrättsligt synsätt måste vägas in vid föräldrarnas vägran att erlägga avgift. Föräldrarna måste ju, om barnomsorgen på grund av strejk inte är tillgänglig, lösa situationen på ett alternativt och säkert kostnadskrävande sätt, t.ex. ta ledigt från arbetet. Kommunen behöver ju heller inte avlöna personalen för den tid som arbetet ligger nere.

[215] Se även Kristiansen 1997 s. 185 f. och *Rt 1994 s. 400*, där det konstaterades att även om förhållandet mellan kommunen och föräldrarna avseende barnomsorgsplats innehöll avtalsrättsliga inslag, så var förhållandet först och främst att anse som offentligrättsligt. Tvisten rörde om kommunen hade rätt att höja ersättningsbeloppet för barn som endast vistades halv dag på daghemmet till samma belopp som för barn som vistades där heltid. Rätten fann att kommunen hade rätt att på detta sätt ensidigt höja avgifterna. Skälet angavs vara att barnomsorgsavgifterna var starkt subventionerade, att platserna fördelades och avgifterna fastställdes utifrån sociala kriterier och att platstilldelningen grundade sig på ett överklagbart beslut. Rätten ansåg att oavsett man valde ett offentligrättsligt eller ett avtalsrättsligt synsätt, skulle kommunen haft rätt att justera avgifterna. Det bör observeras att underinstanserna kom till motsatt resultat.

[216] Se *Mer värde för pengarna – en modell för bättre anpassad barnomsorg till lägre kostnad*, 1994 s. 15.

Beroende av vem som inte följer avtalet kommer avtalsformen att bli avlöst av ett beslut från personalens sida eller genom överklagande från föräldrarna, och därmed är man enligt *Ketscher* tillbaka i den offentligrättsliga fållan.[217] När det gäller frågor om flyttning av barn från en barnomsorgsinstitution till en annan, är det av vikt att detta i så stor utsträckning som möjligt sker genom frivilliga avtal mellan kommun och föräldrar.[218]

5.3.4 Överlämnande av äldre- och handikappomsorg till enskilda

Kommunerna är huvudmän för äldre- och handikappomsorgen samt den del av omsorgsverksamheten som inte skall ombesörjas av landstingen. Det pågår en omfattande utveckling av verksamheter som utförs i privat regi inom äldre- och handikappomsorgen, framförallt gäller det särskilt boende och hemtjänst. När det gäller hemtjänsten har uppgifterna förändrats kraftigt de senaste två decennierna. Från att tidigare huvudsakligen ha bestått av serviceuppgifter[219] utgör personlig omvårdnad[220] och insatser av sjukvårdskaraktär en allt större del av arbetet. När det gäller formerna för särskilt boende har institutionsboendet i form av ålderdomshem och långtidssjukvård till stor del ersatts av serviceboende och gruppboenden.[221] Det har under senare år blivit allt vanligare att även gruppbostäder och privata vårdhem drivs i entreprenadform. En undersökning har visat att antalet privata entreprenörer inom äldre- och handikappomsorgen fyrdubblades under perioden 1991-1993.[222] Däremot förefaller inte valfriheten för den enskilde ha ökat, i vart fall inte inom hemtjänsten.[223] Det har gjorts ett flertal analyser av effekterna av att äld-

---

[217] Se Ketscher 1990 s. 88 f. och s. 383.

[218] Se Ketscher 1990 s. 263 f.

[219] T.ex. praktisk hjälp med hemmets skötsel, som städning, tvätt, inköp och matlagning.

[220] Insatser för att tillgodose fysiska, psykiska och sociala behov, t.ex. påklädning, förflyttning, personlig hygien, hjälp med att äta och dricka.

[221] Se prop. 1996/97:124 s. 87 ff.

[222] Se SoS-rapport 1994:24 s. 8. Privata entreprenader inom äldre- och handikappomsorgen förekommer enligt undersökningen i nästan hälften av landets kommuner, omkring 60 % av dessa anlitar entreprenörer inom hemtjänsten, medan ca 50 % använder sig av entreprenader för särskilda boendeformer. Slutligen använder sig en tredjedel av entreprenader vid restaurangverksamhet vid servicehus etc. Se a.a. s. 28 f. Se även SOU 1994:139 s. 530 ff.

[223] Se SoS-rapport 1995:11 s. 7 f. och s. 21 f. Detta gällde enligt undersökningen såväl möjligheten att välja mellan kommunal och entreprenaddriven hemtjänst som möjligheterna att påverka den praktiska utformningen av insatserna. Se a.a. s. 41 f.

reomsorg lagts ut på entreprenad.[224] Avtal och avtalsskrivande har dock endast berörts i ringa utsträckning.[225]

Enligt 19 § SoL skall socialnämnden verka för att äldre människor får möjlighet att leva och bo självständigt. Enligt 20 § SoL skall socialnämnden verka för att äldre får goda bostäder och att de får det stöd och den hjälp de behöver i hemmet. Dessutom har kommunen skyldighet att inrätta särskilda boendeformer för service och omvårdnad för äldre med behov av särskilt stöd. Olika former av pensionärs- eller bostadsrättsföreningar kan i och för sig komplettera samhällets verksamhet och medverka med t.ex. inköp och städning eller s.k. utryckningsservice.[226] De mer personliga delarna av vården har inte utan lagstöd ansetts kunna överlämnas till enskilda. Det har dessutom ansetts vara nödvändigt att kräva garantier för tystnadsplikt. Färdtjänsttransporter har dock utan några hinder ansetts kunna läggas över på enskilda.[227]

Även om produktionen av service och omvårdnad genom entreprenad lämnats över till enskild har kommunen i egenskap av huvudman kvar ansvaret för äldreomsorgen. Vårdtagarens avgifter skall i dessa fall också vara de samma oberoende av om verksamheten utförs i privat eller kommunal regi. Beviljande av hemtjänst eller boende i särskild boendeform utgör myndighetsutövning och kan enligt SoL endast beslutas av kommun. Inslaget av alternativa driftsformer har ökat inom äldreomsorgen samtidigt som ansvaret inom den kommunala produktionen decentraliserats. Därutöver har avståndet mellan budget- och vårdansvar minskat genom införandet av beställar-utförarenheter. Den här utvecklingen har lett till att

---

[224] För en sammanställning, se SoS-rapport 1996:8.

[225] Se dock t.ex. SoS-rapport 1996:8 s. 30 och s. 33 f. Ovana att upprätta avtal uppges i flera fall ha lett till att dessa måste skrivas om, eftersom de inte fungerat i praktiken. Kvaliteten på själva vården inom hemtjänsten och särskilt boende verkar i stort vara lika hos privata entreprenörer och kommunala utförare och i några fall till och med bättre hos de förstnämnda. Det har dock visat sig vara svårt att dra några generella slutsatser om kostnaden är lägre för den entreprenaddrivna verksamheten än för den kommunalt drivna. Skillnaderna är i regel större mellan olika regioner än mellan privata och kommunala utförare inom samma region. Att lägga ut en verksamhet på entreprenad kan i sig medföra ökade kostnader för kvalitetsuppföljningar etc. Samtidigt förfaller dessa kontroller ha lett till att vården faktiskt blivit bättre. Se a.a. s. 52–62 och s. 72 f.

[226] Enligt 69 § 1 st. SoL krävs, som nämndes ovan, tillstånd från LSt för att yrkesmässigt driva enskild verksamhet i form av särskilda boendeformer och hem för viss annan heldygnsvård, dvs. hem för vård under en begränsad tid. Se prop. 1996/97:124 s. 185. Se även SOU 1987:35 (Bramstång) s. 135 f.

[227] Se Westerhäll 1991 s. 377.

respektive verksamhet erhållit större möjligheter till egen planering.[228]

Enligt 17 § 1 st. LSS får en kommun med bibehållet ansvar sluta avtal med annan att tillhandahålla insatser enligt lagen, så länge dessa inte innefattar myndighetsutövning. LSS omfattar personer med utvecklingsstörning och andra varaktiga psykiska eller fysiska funktionshinder. En förutsättning för att enskild skall anses vara lämplig att tillhandahålla de insatser som kan bli föremål för ett avtal – daglig verksamhet, korttidstillsyn, korttidsvistelse, boende i familjehem eller bostad med särskild service – är enligt 23 § LSS att verksamheten godkänts av LSt.[229]

Skulle allvarliga missförhållanden föreligga inom den enskilt bedrivna verksamheten kan LSt enligt 24 § LSS *återkalla tillståndet*. Innan återkallelse kan tillgripas bör det emellertid vara fråga om allvarliga missförhållanden, som inte rättats till efter ett föreläggande av LSt. Om ett återkallande av tillståndet sker upphör också en av förutsättningarna för avtalet mellan kostnadsansvarig kommun och den som bedriver verksamheten. Genom att inte uppfylla de krav som ställts på verksamheten har den enskilde gjort sig skyldig till avtalsbrott och avtalet kan därför hävas. Däremot behöver ett eventuellt avtalsbrott, som inte hänför sig till de krav som uppställts för ge tillstånd att bedriva verksamheten, inte leda till att detta återkallas. Man skulle alltså kunna tänka sig fall där avtalsbrottet, utan att kunna hänföras till den del av verksamheten som är tillstånds-

---

[228] Se även SoS-rapport 1996:8 s. 41 och s. 69. I utredningen om kommunala entreprenader angavs att det inom äldreomsorgen var oklart i vad mån kommunens egna institutioner kunde läggas ut på entreprenad. Ingenting ansågs dock hindra att kommunen som ett komplement till egen verksamhet anlitade privata ålderdomshem eller andra vårdinstitutioner. Kommunen ansågs genom avtal kunna tillförsäkra att en grupp äldre, efter platsanvisning från kommunen, gavs möjlighet att bo vid privat institution. Vidare ansågs delar av den sociala hemtjänsten kunna läggas ut på entreprenad. Det ansågs dock vara oklart om det var möjligt att lägga ut hela den sociala hemtjänsten inom ett område på entreprenad. Se SOU 1991:26 s. 166.

[229] Se prop. 1992/93:159 s. 101 f. och s. 186. Se även SoS Allmänna råd 1993:4 s. 20. Socialstyrelsen har i en rapport granskat kommunernas uppföljning och utvärdering av entreprenadverksamhet inom äldreomsorgen. I rapporten konstateras att det i drygt hälften av de kommuner med mer omfattande entreprenadverksamhet saknades dokumenterad uppföljning eller utvärdering ett år eller mer efter det att verksamheten överlåtits. Mindre än hälften av de undersökta kommunerna hade tillgång till några mer uttömmande dokument för att utvärdera entreprenadverksamheten, medan lite mer än hälften hade tillgång dokument som hade karaktär av uppföljning. Bland de kommuner som hade tillgång till dokument av utvärderingskaraktär, hade endast hälften tillgång till uppgifter om entreprenadverksamhetens ekonomiska utfall. Se SoS-rapport 1995:17 s. 11 ff.

pliktig, anses vara av så allvarlig karaktär att avtalet kan hävas. Den enskilda verksamheten skulle då fortfarande ha tillstånd att bedriva den aktuella verksamheten men skulle, i brist på avtal med någon kommun, inte ha någon som nyttjade dess tjänster.

När det gäller frågan om det rör sig om ett överlämnande av förvaltningsuppgift eller ett avtalsrättsligt förhållande finns bl.a. ett hovrättsfall där rätten såg på ett förhållande som avtalsrättsligt.[230] 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 ledigblivna 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 – efter det att kvinnorna avlidit som företrädare för dödsbona – 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.[231] Såsom privaträttsligt subjekt gäller därför att stiftelsen har rätt att få ersättning för sina tjänster. Att stiftelsen uppbar bidrag från kommunen ansågs inte innebära att rätten till ersättning övergått på kommu-

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

[231] Verksamheten reglerades enligt stadgan (1970:88) om enskilda vårdhem m.m., vilken upphävdes genom att lagen (1996:786) om tillsyn över hälso- och sjukvården trädde i kraft den 1 januari 1997.

nen. 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 åtnjutit 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 prövningstillstånd.

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.[232] 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 överlåtas skulle därför bli beroende av tolkningen av begreppet myndighetsutövning i 11:6 3 st. RF. Han finner därför att det offentligrättsliga vård- och kostnadsansvar som åvilar sjukvårdshuvudman i förhållande till kommunmedlem eller vårdtagare *aldrig* kan överlåtas till privat vårdgivare.[233] Sjukvårdshuvudmannens övergripande ansvar måste därför i avtalet särhållas från det rent medicinska ansvaret. På samma sätt kan inte heller

[232] Se Bramstång 1993 s. 15–31.
[233] Se Bramstång 1993 s. 22 f.

rätten att besluta om och utkräva vårdavgifter bli föremål för överlämnande, eftersom sjukvårdsavgifter till sin karaktär typiskt är offentligrättsliga.[234]

Eftersom *Bramstång* ser fallet som ett överlämnande av förvaltningsuppgift, där vården med enskilds samtycke överförts till privat verksamhet, ställer han även frågan vem som egentligen är den avtalsslutande parten i förhållande till den private 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.[235]

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, obligatorisk *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 myndighets-

---

[234] Se *RÅ 1978 2:14* och *RÅ 1979 2:24*, där landsting inte ansågs få debitera högre avgift för vård på enskilt sjukhem än vad som skulle vara fallet vid vård på landstingets sjukhus. Se även Sahlin 1988 s. 65 och Marcusson 1989 s. 353.

[235] 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.

utövning. 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 hovrätten använder, vilka han anser vara sviktande dels med hänsyn till den offentligrättsliga relationen, dels i relation till grunddrag i den allmänna avtalsläran. Han anser det slutligen vara särdeles olämpligt att inom socialrätten "introducera och laborera med diverse tvivelaktiga och angripbara avtalskonstruktioner".[236]

Det enskilda sjukhemmets verksamhet torde enligt min mening 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 servicetagare 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.

Vårdnadstagarna 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.

---

[236] Se Bramstång 1993 s. 31.

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 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. 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 offentligrättsliga som privaträttsliga regler måste beaktas i en och samma instans.

5.3.5 Överlämnande av missbruksvård och privata hem för vård eller boende

Utförandet av tvångsvård enligt LVU och LVM innebär myndighetsutövning och kan därför bara överlämnas till enskild enligt vad som medges enligt lagstiftningen. Detta torde även gälla för kommunägda stiftelser. Själva driften av HVB, utgör å andra sidan inte myndighetsutövning och kan efter att tillstånd erhållits från LSt överlåtas på enskild.[237] De avtal

[237] Antalet platser inom den enskilda vården flerdubblades under åren 1982–1990 och den enskilda vården har därmed utvecklats till ett dominerande inslag i verksamhet med HVB. Se SoS-rapport 1991:27 s. 7 och s. 26–31. Se även Westerhäll 1991 s. 376 f.

som ingås vid missbruksvård vid HVB är i sig relativt formlösa, även om de för sin giltighet förutsätter ett protokollfört beslut.

Enligt 22 § 1 st. SoL skall socialnämnden sörja för att den som behöver vårdas eller bo i ett annat hem än det egna tas emot i familjehem eller i HVB. Kommunen ansvarar för att det finns tillgång till familjehem och HVB för enskilda och familjer som behöver vård och boende utanför det egna hemmet, 23 § SoL.[238] Utgångspunkten var tidigare att privata alternativ endast utgjorde ett komplement till den offentliga vården, men i realiteten har den privata vården utvecklats till att bli lika omfattande som den offentliga.[239]

Enligt 24 § SoL skall vård i familjehem och HVB bedrivas i samråd med socialnämnden. Socialnämnden har enligt 22 § 2 st. SoL en tillsynsplikt över enskilda institutioner. Dessutom föreligger tystnadsplikt för personalen. Den offentliga kontrollen har ansetts nödvändig, eftersom socialtjänsten genom att anlita enskilda vårdgivare inte kan frånhända sig ansvaret för tillgången på nödvändiga institutionella resurser. Placering i familjehem innebär att socialnämnd, mot ersättning, avtalat med en enskild familj om att ta emot en person i sitt hem. Förhållandet brukar inte anses utgöra entreprenad.[240]

I 13 § LVU föreskrivs att socialnämnden noga skall följa vården av den som får vård med stöd av lagen. När det gäller vård i familjehem regleras vanligtvis i avtal mellan familjehemsföräldrarna och socialnämnden de skyldigheter som familjehemsföräldrarna har mot barnet, informationsplikt i förhållande till nämnden och andra åtaganden som ansetts vara av sådan vikt att de tagits med i avtalet. Av avtalet framgår även nämndens åligganden mot såväl familjehemsföräldrarna som barnet. Avtalet anses

---

[238] Av 23 a § SoL framgår att behovet av plats för viss tvångsvård vid sådana hem som avses i 12 § LVU och 22 och 23 §§ LVM skall tillgodoses av staten, och att Statens institutionsstyrelse, SiS, är central förvaltningsmyndighet för dessa som leder och har tillsyn över verksamheten vid hemmen. Genom avtal kan staten uppdra åt en kommun att inrätta och driva sådana hem.

[239] Se Losman & Löfving 1992 s. 29. Antalet privata HVB fördubblades mellan 1989 och 1993. Andelen privata vårdgivare har därefter fortsatt att öka. Orsaken har bl.a. angetts vara införandet av köp-säljsystem och att medlen för missbruksvård, från att ha varit bundna till de centrala resurserna i kommunerna, fördelats ut till socialbyråerna som därigenom getts en större frihet att upphandla vård bland såväl offentliga som enskilda vårdgivare. Se Socialstyrelsen följer upp och utvärderar 1996:3 s. 11–14.

[240] Se SOU 1991:26 s. 166.

dock inte ersätta den kontakt mellan familjehemmet och socialnämnden som förutsätts enligt 13 § LVU.[241]

En viss sammanblandning förefaller finnas mellan HVB och familjehemsvården. Det har därför ansetts angeläget att avgränsa den tillståndspliktiga institutionsvården från familjehemsvården. Det bör därför vara kommunens uppgift att, i samband med utredning om familjens lämplighet att ta emot ett visst barn, genom en helhetsbedömning utvärdera hemmets kvalifikationer att ta hand om det aktuella barnet. Antalet platser i familjehemmet bör inte i sig utgöra det avgörande kriteriet för avgränsningen. Kommunen bör vid behov genom avtal förvissa sig om att ytterligare barn inte placeras i familjen.[242]

En kommun kan därför förmodligen inte genom avtal med enskilda flytta över *all* institutionsvård. Något hinder för att avtal med huvudmän för enskilda vårdinstitutioner träffas som ett *komplement* till den egna verksamheten föreligger dock inte. Avtalsinnehållet torde dock få en stark socialrättslig prägel för att uppnå de krav på erforderlig vård som lagstiftningen ställer upp. Man bör även ha i minnet att kravet i 11:6 3 st. RF och 3:16 KL, att myndighetsutövning inte utan lagstöd får överlämnas till enskild, innefattar såväl kommunägd institution som drivs t.ex. i form av stiftelse som en privatägd institution.[243]

Socialnämnden ansvarar för att missbrukare får den hjälp och vård som behövs för att denne skall komma ifrån missbruket. Vården skall pla-

---

[241] Se även Norström & Thunved 1998 s. 221–224. I *AD 1985 nr 57* prövades fråga om familjehemsföräldrar utifrån den nu upphävda omsorgslagen (1967:940) var att betrakta som arbetstagare. AD fann att även om familjehemsföräldrarna utför ett på avtal grundat arbete, så är det inte fråga om att prestera arbete för annans räkning i sedvanlig mening, eftersom det dominerande inslaget i familjehemsåtagandet är att inom den egna familjens ram ta hand om ett barn för att detta skall få leva i familjegemenskapen som en familjemedlem. AD fann därför att familjehemsåtagandet inte kunde innebära arbetstagarställning i förhållande till landstinget. Jfr även *AD 1982 nr 123* där AD fann att fosterhemsföräldrar inte var att betrakta som arbetstagare utan som en kärnfamilj som tar emot ytterligare ett barn och att fosterföräldrarna så långt möjligt skall jämställas med biologiska föräldrar.

[242] Se prop. 1996/97:124 s. 145 och s. 184 samt SOU 1994:139 s. 542 ff. Tidigare har familjehemmen ansetts bedriva professionell verksamhet, och därför räknats som HVB, om platsantalet varit fem eller fler. Se även Grönwall m.fl. 1991 s. 228.

[243] Se även Riberdahl 1985 s. 160.

neras i samråd mellan socialnämnden och den enskilde missbrukaren, 11 § 3 st. SoL.[244]

5.3.6 Avtalens innehåll på socialrättens område

När driften av kommunal angelägenhet överlåts från kommunala till enskilda alternativ följer inte med automatik att samtliga offentligrättsliga regler och principer även skall gälla för den enskilt bedrivna verksamheten. När det gäller förskoleverksamhet och äldreomsorg *på entreprenad* är det typiskt sett fråga om ett avtalsförhållande. I en rapport om alternativa verksamhetsformer inom vård och omsorg diskuteras vad ett entreprenadavtal inom området bör innehålla.[245] Även i motiven till införandet av 3:19 KL gjordes uttalanden om vad ett entreprenadavtal bör innehålla i den mån inte lagstiftningen drar upp riktlinjer för vad som skall gälla.[246] När upphandling av tjänster sker inom vård och omsorg, och verksamheten finansieras av offentliga medel, bör de *kvalitativa och kvantitativa mål* och *riktlinjer* som verksamheten innefattar och som anger *verksamhetens inriktning* preciseras och definieras i avtalen. Bl.a. bör avtalet skapa ga-

---

[244] Se även *Kammarrättens i Stockholm dom 1997-02-28 (Mål nr 5125-1996)* där en klient av kommunen informerades om de behandlingshem som omfattades av socialdistriktets ramavtal. Klienten förklarade tydligt att hon endast var intresserad av behandling på ett visst behandlingshem som inte ingick i kommunens ramavtal. Klienten hade dessförinnan frivilligt skrivit in sig på det av henne angivna behandlingshemmet. Sociala distriktsnämnden avslog därefter framställan om ekonomiskt bistånd för vistelsen på behandlingshemmet, eftersom likvärdig vård ansågs kunna erbjudas inom ramen för de vårdplatser kommunens ramavtal omfattade. KammR fann att den omständigheten att kommunen tecknat ramavtal med andra behandlingshem inte utgjorde skäl för att vägra det sökta biståndet. Bistånd skulle därför utges enligt 6 § SoL från det datum kommunen fick kännedom om klientens vistelse på behandlingshemmet och för den tid som behövlig vård vid behandlingshemmet förelegat. Målet överklagades inte. Se även Bramstång, *Vård i överensstämmelse med den enskildes önskemål eller "likvärdig" sådan enligt socialnämnds "ramavtal" med annan vårdgivare? Några principiella spörsmål vid tillämpningen av 6 § socialtjänstlagen*, 1994b s. 255–262, där ett liknande fall behandlas, samt där anvisad litteratur och praxis. Han framhåller bl.a. att "[e]n laglikmätig tillämpning av *offentligrättsliga* regler får aldrig hämmas av diverse kontraheranden mellan socialnämnd och vissa vårdgivare; vådorna av ett annat betraktelsesätt ligger i öppen dag. Förhållandet mellan socialnämnden och den enskilde biståndssökanden är väl att besinna genomgående offentligrättsligt; det rör sig tillika om *myndighetsutövning* med det ansvar som därav i skilda hänseenden följer." Se a.a. s. 261.

[245] Se närmare Ds 1992:108 s. 63–68 och s. 82 för en uppräkning av vad avtalen bör omfatta.

[246] Se prop. 1993/94:188 s. 40 f.

rantier för att likhets- och objektivitetsprinciperna tillgodoses. Dessa bör vara lika oberoende av var verksamheten bedrivs och vem som utför tjänsten.[247] Vidare bör de *kvalitetskrav* eller *restriktioner* som ställs på verksamheten tydligt formuleras i avtalet. Som en följd av detta måste även bestämmelser om insyn, inflytande, uppföljning, kontroll, inspektion och utvärdering av verksamheten regleras genom avtal.[248] Avtalen skall dessutom reglera kommunens möjligheter att häva avtalet om verksamheten skulle slå fel samt konsekvenser vid avtalsbrott.

Av avtalet bör framgå verksamhetens omfattning och parternas rättigheter och skyldigheter, t.ex. vem som bär arbetsgivaransvaret. Dessutom bör formen för ersättning till entreprenören fastställas i avtalet, t.ex. periodicitet och konstruktion. Skall ersättning utgå "per producerad enhet" eller skall den bestå av en fast del kombinerad med en ersättning per den person vården eller omsorgen avser? I verksamheter där den fasta kostnaden är låg förekommer i vissa fall att bara enhetsersättning utgår. Även om detta ansetts vara effektivitetsfrämjande har det samtidigt anförts lämna entreprenören i en osäker situation. I de fall kommunen tillhandahåller lokaler kan även föreskrivas att hyreshöjningar över en viss gräns skall leda till omförhandlingar.[249]

Vidare bör avtalstiden regleras. När det gäller avtalsperioden eftersträvar vanligtvis kommunen en så kort tid som möjligt med hänsyn till förutsättningarna att driva en seriös verksamhet, medan entreprenören i regel vill ha en avtalsperiod som sträcker sig över en ganska lång tid. Vad som är rimligt måste givetvis variera beroende på vilken typ av verksamhet det rör sig om och vem som tillhandahåller eventuell utrustning. Avtalen bör givetvis även innehålla de villkor som skall gälla för förlängning och uppsägning. Här torde LOU och i anslutning till denna utvecklad

---

[247] För att uppmuntra mer *effektiva lösningar* för verksamhetens bedrivande har däremot de s.k. produktionsmålen inte ansetts böra definieras alltför detaljerat.

[248] Av bl.a. konkurrensmässiga skäl i relationen mellan en entreprenör och en kommunal producent bör endast den lagstiftning som gäller för verksamheten utgöra grunden för de fall tillstånd att bedriva viss verksamhet skall beviljas av LSt.

[249] Marknadsmässiga hyror och hyreshöjningar är i regel något som entreprenören måste väga in vid sitt anbudslämnande. Situationen kan dock bli lite speciell i de fall då entreprenörens avtalspart, kommunen, själv äger den fastighet där verksamheten bedrivs och även uppträder som avtalspart i antingen ett separat hyresavtal eller att hyran bakats in i entreprenadavtalet. Sådana hyror kan ju vara satta utifrån andra kriterier än rent marknadsmässiga, dvs. det har eventuellt *förutsatts* att de skall ligga lägre än marknadspriset eller så kanske de har knutits till något prisindex etc.

praxis ge vissa riktlinjer vad gäller avtalsperiodens längd och möjligheterna till förlängning.[250]

I avtalet bör regleras vad som gäller när det blir fråga om övertagande av personal etc. Avtalet bör även beröra frågan om det är tillåtet för entreprenören att anlita underentreprenör eller att överlåta delar av verksamheten på annan producent. Slutligen är det viktigt att ta med klausul om hur eventuell tvist mellan parterna skall lösas; vid domstol eller genom skiljedomsförfarande.

I bilagorna 1 till och med 3 återges exempel på entreprenadavtal inom barnomsorgs- och fritidsverksamhet,[251] där upphandling sker enligt bestämmelserna om förenklad upphandling i 6 kap. LOU, samt exempel på samverkansavtal vad gäller bidragsfinansierad enskild barnomsorg.[252] När det gäller avtal för drift av fritidsgårdsverksamhet anknyter dessa i huvudsak till vad som i allmänhet gäller för entreprenadavtal inom barnomsorgsverksamhet.

5.3.7 Entreprenadavtal om barnomsorg

När det gäller *entreprenadavtal om barnomsorgsverksamhet* är det vanligt att det framgår av avtalet att den enskilde utföraren åtar sig att för beställarens räkning bedriva förskoleverksamhet[253] i enlighet med avtalet samt beställningsskrivelse, förfrågningsunderlag och anbud i enlighet med den gjorda upphandlingen.[254]

Det brukar även framgå av avtalen att kommunen/socialtjänsten i egenskap av beställare är huvudman för de tjänster som omfattas av avtalet och beslutar i alla frågor som innefattar myndighetsutövning samt har rätt att genomföra tillsyn av verksamhet och lokaler. Vid sådant tillfälle

---

[250] Se ovan avsnitt 4.6.

[251] Exemplen utgör en konstruktion utifrån de avtal som samlats in. För utförliga kommentarer angående vad som bör finnas med i ett avtal och hur upphandlingsförfarandet bör gå till, se Eriksson & Hallgren 1995 s. 42–73.

[252] För utförligt exempel på samverkansavtal och kommentarer till detta se bl.a. Eriksson & Hallgren 1995 s. 76–86

[253] Exemplet utgår från att avtalet ingåtts mellan personalkooperativ som drivs i föreningsform och kommun. Vanligtvis föreskriver avtalen att verksamheten skall följas av vissa särskilda utsedda kontaktpersoner gentemot daghemmets styrelse. För att inte osäkerhet skall råda om kontaktpersonernas kompetens, är det lämpligt att deras befogenheter fastställs i en särskild instruktion. Se bilaga 1 § 9.

[254] Se bilaga 1 § 2.

skall parternas kontaktpersoner kallas att närvara. Journaler och andra handlingar skall hållas tillgängliga.[255]

Det brukar även framgå att kommunen placerar barn i verksamheten enligt vid varje tillfälle gällande placeringsregler.[256] Även entreprenörens arbetsgivar- och skadeståndsansvar brukar framgå av avtalet.[257] Vidare ställs krav på personalens kompetens.[258]

Det är vanligt att det av avtalen framgår att personalen vid entreprenadverksamheten åläggs att iaktta sekretess och tystnadsplikt och att all personal skall underteckna skriftlig förbindelse om detta. De anges även vara skyldiga att anmäla om de i sin verksamhet får kännedom om något som kan innebära att socialtjänsten behöver ingripa till en underårigs skydd.[259] Entreprenören är även skyldig att underrätta socialtjänsten om väsentliga förändringar inträffar under avtalstiden samt lämna de uppgif-

---

[255] Vanligtvis föreskriver avtalen att verksamheten skall följas av vissa särskilda utsedda kontaktpersoner gentemot kooperativets styrelse. Kommunen är enligt SoL skyldig att inspektera verksamheten. Se bilaga 1 § 4.

[256] Det förekommer även att de privata förskolorna, i samband med avtalsförhandlingen, får välja om de vill tillämpa en egen kö eller att föräldrar anmäler sig till kommunens kö och där anger att de önskar placering vid den enskilt bedrivna förskolan. Se bilaga 1 § 5.

[257] Även om kommunen inte åtagit sig något uttryckligt arbetsgivaransvar och parternas avsikt varit att kooperativet skall vara arbetsgivare för personalen kan i vissa fall kommunen ändå riskera att bli betraktad som arbetsgivare, beroende på om den alternativa barnomsorgen är så beroende och styrd av kommunen att den anses utgöra en del av den kommunala barnomsorgen. Presumtionen är att ett anställningsförhållande vanligtvis föreligger om en arbetspresterande part är varaktigt knuten till kommunen och dessutom i fråga om plats, tid och sätt för arbetets utförande är underkastad dess ledning och verksamheten därutöver är beroende av subventionerad hyra eller driftsbidrag. Har dock den arbetspresterande erhållit tillstånd att bedriva viss verksamhet eller om verksamheten utförs i en självständig juridisk persons regi och rörelsen har ett betydande eget kapital, är det dock mycket som talar för att kommunen inte skulle ha något arbetsgivaransvar och att den enskilde huvudmannen bedriver verksamheten på ett självständigt sätt. Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 16 ff. och s. 58 f. Se även *AD 1982 nr 105*, där fråga uppkom om kommunen varit skyldig att tillämpa kollektivavtal på föräldrar som deltog i en försöksverksamhet rörande föräldramedverkan vid kommunala daghem. AD fann vid sin uttolkning av arbetstagarbegreppet, att förhållandet mellan kommunen och föräldrarna otvivelaktigt vilade på avtalsgrund och att ersättningen låg på en sådan nivå att det inte kunde uteslutas att föräldrarnas medverkan skulle anses ha karaktären av arbete. Domstolen fann att föräldrarna rent faktiskt kunde anses ha utfört arbete för kommunens räkning och att föräldrarna därför var att betrakta som anställda hos kommunen. Se bilaga 1 § 6.

[258] Se bilaga 1 § 8.

[259] Se bilaga 1 § 16.

ter som kommunen kan behöva för att följa upp och utvärdera verksamheten.[260]

Det är vanligt att det av avtalen framgår att ett avtal för sin giltighet förutsätter att det godkänds av socialnämnden.[261]

5.3.8 Samverkansavtal om bidragsfinansierad enskild barnomsorg

Vad gäller avtal om *alternativ barnomsorgsverksamhet med enskild huvudman* brukar anges att parterna i enlighet med avtalet skall samverka för en god fungerande alternativ barnomsorgsverksamhet genom att kommunen ställer resurser till förfogande och att den enskilde huvudmannen anordnar och bedriver barnomsorgsverksamhet.[262] Vidare skall verksamheten bedrivas och service ges enligt av avtalsparterna gemensamt utformade riktlinjer[263] i enlighet med socialtjänstlagens intentioner, och anslutas till socialnämndens mål och riktlinjer för barnomsorgsverksamhet.[264]

Det framgår även att den enskilda utövaren är huvudman för verksamheten och därmed bär såväl arbetsgivaransvar som ansvar för att verksamhetens mål och inriktning överensstämmer med de angivna riktlinjerna och att denne ansvarar för de skador som kan drabba personal, barn och föräldrar samt utomstående.[265]

Den enskilde huvudmannen bestämmer vilka barn som skall beredas plats vid förskolan. Det framgår även att de barn som är placerade på den enskilda förskolan skall vara inskrivna genom en särskild skriftlig över-

---

[260] Se bilaga 1 § 18 och § 21.

[261] Se bilaga 1 § 29. Att ta in en klausul om att varje enskilt avtal för sin giltighet kräver fullmäktiges godkännande torde i de allra flesta fall inte vara nödvändigt. Enligt 3:9 KL är det endast ärenden av principiell natur eller som annars är av större vikt som måste godkännas av fullmäktige.

[262] Se bilaga 2 § 2. Avtalsexemplet utgår från att varje enskilt avtal kommunens motpart utförs av ideell eller ekonomisk förening.

[263] I dessa skall t.ex. anges om den enskilde bedriver någon särskild form av pedagogik eller religiös inriktning.

[264] Se bilaga 2 § 3.

[265] Se bilaga 2 § 4. Vanligtvis föreskriver avtalen att verksamheten skall följas av vissa särskilda utsedda kontaktpersoner gentemot föreningens styrelse. Kommunen är skyldig att inspektera verksamheten.

enskommelse mellan huvudmannen och föräldrarna. Av överenskommelsen skall barnets vistelsetid framgå.[266]

Det är i dessa fall vanligt att den enskilde utövaren själv tillhandahåller lokaler och verksamhetsutrustning för verksamheten enligt de utförliga krav som kommunen uppställer.[267] Det är i dessa fall även vanligt att avtalstiden anges väldigt noga.[268] En viktig klausul i de insamlade avtalen är att huvudmannen måste ha erhållit LSt:s tillstånd för inrättande av hem för vård eller boende och att avtalet förutsätter att de tillstånd som krävs för verksamhetens bedrivande erhållits. Om situation inträffat som gör att verksamheten inte längre motsvarar det givna tillståndet, skall nytt tillstånd inhämtas.[269]

En skillnad mot entreprenaddriven barnomsorg är att den enskilde huvudmannen har rätt att utta barnomsorgsavgift för varje inskrivet barn och att avgiften bestäms enligt de grunder som denne fastställer och att det åligger den enskilde huvudmannen att debitera föräldraavgifter, vidta inkassoåtgärder samt vid behov tillgripa sanktioner (t.ex. avstängning) vid bristande betalning. Avgiftsnivån bör dock ansluta sig till den vid varje tillfälle av kommunen fastställda kommunala taxan för barnomsorg och får inte oskäligt överstiga denna.[270]

Det framgår ofta att den enskilde huvudmannen skall *erinra* personalen om sekretess och tystnadsplikt samt att all personal skall underteckna skriftlig förbindelse om detta och att sekretessen/tystnadsplikten även skall gälla efter det att anställningen upphört.[271]

---

[266] Se bilaga 2 § 5 och § 15. Det förekommer även att de enskilda förskolorna, i samband med avtalsförhandlingen, får välja om de vill tillämpa en egen kö eller att föräldrar anmäler sig till kommunens kö och där anger att de önskar placering vid den enskilt bedrivna förskolan.

[267] Se bilaga 2 § 6 och § 7.

[268] Se bilaga 2 § 10. Avtalstiden löper i de insamlade avtalen i allmänhet på tre till fyra år. Uppsägningstiden varierar från sex till tolv månader.

[269] Se bilaga 2 § 11. Det torde dock vara fråga om väsentliga förändringar, se även Eriksson & Hallgren 1995 s. 65.

[270] Se bilaga 2 § 13. Vid avtalsförhandlingen överenskoms ofta om det privata alternativet önskar tillämpa egen taxa eller om kommunens barnomsorgstaxa skall användas. Väljer föreningen en egen taxa minskar i regel kommunens ersättning per placerat barn med kommunens genomsnittsintäkt.

[271] Se bilaga 2 § 16. Sekretesslagens bestämmelser är inte tillämpliga när det gäller enskild verksamhet. Enligt 2 a:18 och 2 b:11 SkolL gäller numer att den som är eller varit verksam inom yrkesmässigt bedriven enskild förskoleverksamhet, skolbarnomsorg eller verksamhet som motsvarar förskoleklass inte obehörigen får röja vad han eller hon i sin verksamhet fått veta om enskildas personliga förhållanden.

Det åligger även den enskilde huvudmannen att se till att inskrivna barn omfattas av motsvarande försäkringsskydd som gäller för barn i den kommunala barnomsorgen.[272]

När det gäller tillsynen stadgas i avtalen att kommunen har rätt att inom ramen för sitt tillsynsansvar företa inspektion av lokaler och verksamhet. Vid dessa tillfällen skall journaler och andra handlingar finnas tillgängliga. Vidare framgår att den enskilde är skyldig att årligen informera kommunen om sin verksamhet samt medverka i socialtjänstens uppföljning och utvärdering av verksamheten.[273]

Av avtalen framgår att kommunala bidrag utgår i enlighet med av kommunfullmäktige fastställda normer.[274] Vidare framgår att kommunen har omplaceringsskyldighet för i verksamheten inskrivna barn om denna skulle upphöra.[275]

Även i dessa fall stadgas att socialnämndens beslut om att teckna avtal skall vinna laga kraft innan beslutet verkställs. [276]

5.3.9 Avtal om äldre- och handikappomsorg

Socialstyrelsen har dragit upp vissa riktlinjer för vad bör gälla överenskommelser mellan kommuner och privata utförare vid överlämnandet av vissa verksamheter inom äldre- och handikappomsorgen. Uppgifter inom äldre- och handikappomsorgen som innefattar myndighetsutövning får "anförtros åt en uppdragstagare som deltar i kommunens verksamhet på ett sätt som innebär, att alla bestämmelser som gäller kommunens

---

[272] Se bilaga 2 § 18. Alternativt kan kommunen åta sig att teckna försäkring eftersom det kan bli avsevärt dyrare om den enskilde huvudmannen skall teckna sådan försäkring. Se även Eriksson & Hallgren 1995 s. 84.

[273] Se bilaga 2 § 20 och § 21.

[274] Se bilaga 2 § 22. Någon skyldighet att utge bidrag till den enskilde huvudmannen föreligger inte. Det är heller inte möjligt att avtala om att kommunen skall vara skyldig att utge sådant bidrag. Se även Eriksson & Hallgren 1995 s. 77.

[275] Se bilaga 2 § 24. Kommunen är skyldig att utan oskäligt dröjsmål erbjuda plats i annan förskoleverksamhet enligt vad som föreskrivs i 2 a:6 och 2 a:7 SkolL.

[276] Se bilaga 2 § 28. Att ta in en klausul om att avtalet för sin giltighet kräver *fullmäktiges* godkännande torde i de allra flesta fall inte vara nödvändigt. Enligt 3:9 KL är det endast i ärenden av principiell natur eller som annars är av större vikt som måste godkännas av fullmäktige.

tjänstemän gäller även för honom".[277] Socialstyrelsen har därefter i en rapport granskat ett antal avtal mellan kommuner och privata utförare om hemtjänst[278] och jämfört dessa med de riktlinjer som tidigare angetts rörande privat äldre- och handikappomsorg.[279] Socialstyrelsens slutsatser blir att avtalen i många fall är ofullständiga i olika avseenden. Ofta saknas kravspecifikationer, beskrivningar av SoL:s mål och intentioner, ett klargörande av att kommunen ansvarar för myndighetsutövning och vad myndighetsutövningen innebär i det aktuella fallet, reglering av hur informationsansvaret gentemot hjälptagarna skall fördelas, regler om till vem avgifter skall betalas, reglering av hur dokumentationen skall ske och var handlingar skall förvaras, omprövningsklausul avseende biståndsbeslut och LSt:s och kommunens insyn i verksamheten.

De avtal om hemtjänst och äldre- och handikappomsorg som samlats in inom ramen för den här undersökningen varierar stort i detalj- och klausulrikedom, men är i stora drag utformade på ett likartat sätt.[280] I bilaga 4 visas ett kommenterat exempel på hur ett *utförligt avtal* angående *social hemtjänst på entreprenad* kan se ut.

Behovsbedömningen av vem som är berättigad att erhålla hemtjänst avgörs, på samma sätt som för kommunen i övrigt, av socialnämnd genom hemtjänstinspektör. Meddelande över personer som erhållit bifall till ansökan om social hemtjänst och beslutets innehåll

---

[277] Se SoS Allmänna råd 1993:4 s. 5. Om *alla* bestämmelser som gäller kommunens tjänstemän, t.ex. i kollektivavtal, skall gälla också för uppdragstagarna är dessa arbetsrättsligt sett inte att anse som uppdragstagare längre utan som arbetstagare. Socialstyrelsen utgår från det uppdragstagarbegrepp som finns i 1:6 SekrL och en uppdragstagare blir enligt socialstyrelsen likställd med anställd, till skillnad från vad som gäller vid entreprenader. För att vara uppdragstagare krävs, utifrån ett arbetsrättsligt synsätt, en viss självständighet som en anställd saknar. Socialstyrelsens uppdragstagarbegrepp måste därför endast anses omfatta en anställd som åtagit sig ett visst uppdrag och inte någon form av entreprenadverksamhet. Med entreprenad avser socialstyrelsen ett arbetsåtagande av större omfattning, främst vid upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Det utmärkande för ett entreprenad anges vara att det avser en resultatprestation och inte en arbetsprestation, där den som utför prestationen arbetar som självständig företagare. Se a.a. s. 10 f.

[278] Se SoS-rapport 1995:17. I rapporten redovisas i bilaga även en sammanställning av innehållet i 22 olika avtal.

[279] Se SoS Allmänna råd 1993:4.

[280] I de kommuner som infört kundvalsmodeller inom barn-, äldre- och handikappomsorg i form av barnomsorgspeng eller äldreomsorgspeng läggs i regel inte verksamheten ut på entreprenad, annat än vad gäller vissa stödfunktioner som restaurangverksamhet etc.

sänds av hemtjänstinspektören till entreprenörens arbetsledare, varpå denne åtar sig att snarast möjligt lämna social hemtjänst till berörda hushåll.[281]

Vidare anges att hjälptagaren skall erlägga avgift enligt kommunens hemtjänsttaxa och att det är socialnämnden som svarar för avgiftsdebitering.[282] Entreprenören ses som arbetsgivare med arbetsgivaransvar[283] samt med ansvar för att all personal inom verksamheten iakttar samma sekretess och tystnadsplikt som gäller inom socialtjänsten respektive sjukvården. Tystnadsplikten för anställd personal skall regleras i anställningsavtalet.[284] Vidare skall entreprenören teckna och under avtalstiden vidmakthålla ansvarsförsäkring och garantiförsäkring som håller kommunen skadeslös, vid fel eller försummelse i tjänsten hos personal anställd i bolaget.[285]

Det anges att kvalitetsuppföljning skall ske genom att en gemensam utvärderingsgrupp tillsätts med uppgift att två gånger per år utvärdera det kvalitativa innehållet i verksamheten. Vidare äger uppdragsgivaren rätt till den insyn i verksamheten som krävs för fullföljandet av sin myndighetsutövning enligt SoL.[286] Entreprenören förbinder sig även att

---

[281] Se bilaga 4 § 5. Frågan om myndighetsutövning tas upp i så gott som samtliga avtal. Den är också en av de mest centrala frågorna vid överlämnande av den här typen av uppgifter, eftersom det är av stor vikt att peka ut vad som utgör myndighetsutövning och vad som därigenom inte kan överlämnas till enskild (utan lagstöd). För att begreppet "god omsorg", som brukar användas i avtal mellan kommuner och privata utförare, skall få ett konkret innehåll, krävs att kommunen gör en vårdplanering. Denna skall sedan ligga till underlag för det biståndsbeslut, som tillsammans med avtalet, ger en tydlig bild av vilken hjälp vederbörande skall få.

[282] Se bilaga 4 § 6.

[283] Se bilaga 4 § 7. Om kommunen inrättat ett särskilt boende i enlighet med 20 § 2 st. eller 21 § 3 st. SoL är den i egenskap av huvudman ansvarig för verksamheten även om den läggs ut på en privat utförare, 18 § HSL. För att den privata utföraren skall kunna anställa personal för att sköta sjukvårdsuppgifter anses det vara viktigt att i avtalet, eller genom ett separat avtal, bestämma hur detta skall gå till. Se SoS Allmänna råd 1993:4 s. 16.

[284] Se bilaga 4 § 8.

[285] Se bilaga 4 § 10.

[286] Ibland anges bara att socialnämnden har rätt att följa och ha full insyn i det dagliga hemtjänstarbetet hos hjälptagarna. Bestämmelser om dokumentation och förvaring av handlingar saknas genomgående i avtalen, detsamma gäller frågor om hälso- och sjukvård samt läkemedelshantering. De nya regler om dokumentation som införts i SoL görs även generellt tillämpliga på sådan enskilt bedriven verksamhet inom socialtjänsten som står under LSt:s tillsyn, 70 a–70 c §§ SoL, se även prop. 1996/97:124 s. 149–154.

medverka till utvärdering av verksamheten genom att tillhandahålla de uppgifter som krävs.[287]

Avtalet stadgar vidare de villkor som gäller för omförhandling och hävande.[288] Avtalet uppges gälla under förutsättning att social- eller omsorgsnämnd godkänt detta.[289]

De *avtal om äldre- och handikappomsorg* som samlats in påminner i viss utsträckning om de som gäller hemtjänsten. Ofta ingår det i avtalet att entreprenör som tillhandahåller viss form av boende även svarar för hemtjänsten. Även här varierar detalj- och klausulrikedomen, men avtalen är dock i allmänhet mer detaljerade än vad gäller avtal om hemtjänst, även om de i stora drag påminner om varandra. Detta gör också att de kommentarer som gjordes i anslutning till avtalet om hemtjänst även har aktualitet på nedanstående avtal. Exemplet i bilaga 5 visar hur ett *genomsnittligt avtal* angående boende, omsorg och omvårdnad på entreprenad kan se ut.

Av avtalet framgår att entreprenören för kommunens räkning skall tillhandahålla boende, service, omsorg och omvårdnad i den omfattning brukaren behöver för att kunna klara sin tillvaro. Vidare framgår att entreprenören skall bedriva verksamheten enligt de riktlinjer som följer av SoL och HSL samt kommunens allmänna mål för vård och omsorg och särskilda boendeformer som följer av anbudsinfordran samt att denne ansvarar för att verksamheten bedrivs i enlighet med de lagar, författningar och anvisningar som gäller för vård i enskild regi.[290] Det anges även att kommunen är beställare av de tjänster som omfattas av avtalet och att kommunen beslutar i alla frågor som innefattar myndighetsutövning. Socialtjänsten gör behovsbedömningen och fattar beslut om vem som är berättigad att erhålla vård och omsorg enligt t.ex. 6, 6 f och 6 g §§ SoL och LSS. Beslut om insats skall ske i samråd med hjälptagaren samt dennes anhöriga, och den som är ansva-

---

[287] Se bilaga 4 §§ 12–14.

[288] Se bilaga 4 §§ 15–16. En vanlig variant är att föreskriva att avtalet kan sägas upp *inom två månader* om inte *skriftligt påtalat* avtalsbrott åtgärdats. Av avtalet måste även framgå vem som bär ansvar för sådana situationer som eventuellt kan förorsaka tvister. På så sätt är det t.ex. vanligt att kommunen ansvarar för det förebyggande arbetet. Detta anses enligt socialstyrelsen gälla även för dem som redan erhåller hjälp av privat utförare. Det bör också regleras vad som händer vid ett eventuellt avtalsbrott från någon av parterna. Se SoS Allmänna råd 1993:4 s. 15.

[289] Se bilaga 4 § 20. Äldre avtal föreskriver att avtalet för att vara giltigt skall ha godkänts av kommunfullmäktige.

[290] Se bilaga 5 §§ 3–4.

rig för verksamheten. Kommunen anvisar sedan hyresgästerna plats vid den av entreprenören bedrivna verksamheten.[291] Entreprenören anges ha det fulla arbetsgivaransvaret,[292] ansvar för erforderligt försäkringsskydd samt ansvar för att all personal inom verksamheten iakttar samma sekretess och tystnadsplikt som gäller inom socialtjänsten respektive sjukvården. Tystnadsplikten skall regleras i de enskilda anställningsavtalen.[293]

Parterna skall tillsammans göra gemensam uppföljning och utvärdering utifrån överenskomna prestationer och måluppfyllelse enligt kravspecifikation. Kvalitetsuppföljning skall under avtalets löptid ske efter överenskommelse, dock minst en gång per kvartal. Bolaget förbinder sig att medverka till en utvärdering av verksamheten genom att tillhandahålla de uppgifter som krävs. Vidare äger uppdragsgivaren rätt till den insyn i verksamheten som krävs för fullgörandet av sin myndighetsutövning och kvalitetskontroll enligt socialtjänstlagen. Kommunen skall utöva tillsyn och kontroll över den av bolaget bedrivna verksamheten, varvid kommunen för detta skall få tillgång till erforderliga uppgifter om verksamheten. Om verksamheten väsentligen förändras under avtalstiden skall kommunen genast underrättas. Efter att avtal upphör

---

[291] Se bilaga 5 § 5.

[292] Se bilaga 5 § 8. Vissa avtal föreskriver att personalen så långt det är möjligt skall rekryteras bland hos kommunen anställd personal. I något avtal anges dessutom 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 sitta på två stolar, vilket kan få till följd att lojaliteten mot det privata företaget kan väga tyngre än de offentligrättsliga bedömningsgrunderna om en intressekonflikt skulle uppstå. Även i förslaget till ökad konkurrens i kommunal verksamhet har sådana lösningar ansetts vara mindre lämpliga, 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.

[293] Se bilaga 5 §§ 9–10. Vissa avtal hänvisar här till de bestämmelser om tystnadsplikt som följer av 71 a § SoL och 29 § LSS. I andra avtal "erinras" om dessa bestämmelser. Vissa avtal föreskriver till och med att entreprenören vid brott mot sekretessen skall erlägga vite till kommunen med visst belopp per tillfälle.

skall bolaget till nämnden överlämna samtliga handlingar som rör enskildas personliga förhållanden.[294]

Vårdnadstagarnas avgifter beslutas, uttas och administreras av kommunen. De boende har egna hyreskontrakt och betalar sin hyra till fastighetsägaren.[295]

Förutsättningarna för omförhandling och hävande av avtal är likalydande med vad som gäller avtalet om social hemtjänst.[296] I avtalet anges att det gäller under förutsättning att social- eller omsorgsnämnd godkänner avtalet och att beslutet vinner laga kraft.[297]

Andra exempel på avtal som samlats in reglerar olika typer av stödfunktioner. Det kan t.ex. röra sig om städning, matlagning, matdistribution, färdtjänst, tvätt- och textilservice osv. Här föreligger ibland avtal mellan landsting och kommuner, där den ena parten tillhandahåller service i form av t.ex. transport- och städcentral och telefonväxel.

5.3.10 Avtal om vård vid HVB etc.

Avtalen när det gäller missbruksvården är mycket mångskiftande beroende på vilken typ av situation det rör sig om. Det är när det gäller psykiatri, vård och tillnyktringsverksamhet vanligt med samarbetsavtal mellan kommun och landsting. Avtal med enskilda rör oftast köp av vårdtjänster vid HVB. Det kan röra sig om individuellt utformade avtal, där en kommun abonnerar på ett visst antal behandlingsplatser vid ett visst behandlingshem eller om ramavtal av nedanstående typ med flera olika behandlingshem. Avtalen är ofta väldigt enkelt utformade och gäller köp av behandlingsplatser vid privata vårdhem.[298] Upphandling sker genom ett förenklat upphandlingsförfarande. I bilaga 6 återges ett exempel på ramavtal om behandlingsplatser vid ett privat behandlingshem.

---

[294] Se bilaga 5 §§ 13–15. Det är viktigt att i avtalet ta in bestämmelser om att handlingar rörande enskildas personliga förhållanden skall överlämnas till kommunen om verksamheten upphör, eftersom kommunen annars inte har någon rätt att få ut handlingarna om verksamheten från det bolag som drivit verksamheten. Detsamma gäller även vid vård- och omsorgstagares avflyttning eller frånfälle. Se SoS Allmänna råd 1993:4 s. 18.

[295] Se bilaga 5 § 16.

[296] Se bilaga 5 §§ 17–18. Vissa avtal föreskriver att *kommunen* har rätt att säga upp avtalet med omedelbar verkan om entreprenören i väsentligt avseende åsidosatt lagstiftning eller angivna riktlinjer för verksamheten och rättelse inte sker inom 60 dagar efter skriftlig erinran.

[297] Se bilaga 5 § 23.

[298] I vissa fall har flera kommuner gemensamt tecknat ramavtal med olika HVB. Även kommunernas stiftelser och bolag uppges ha rätt att åberopa ramavtalen.

Avsikten med avtalet är att beställa vårdtjänster hos de behandlingshem med vilka de fördelaktigaste avtalen träffats. Behandlingshemmet åtar sig därefter att på uppdrag av nämnden och efter överenskommelse i varje särskilt fall av placering erbjuda vård och behandling i enlighet med den behandlingsmodell, målgruppsorientering och verksamhetsform samt med den personalsammansättning och övriga resurser som framgår av det enskilda avtalet. Behandlingshemmets verksamhet skall bedrivas enligt gällande lagstiftning, i enlighet med intentioner och föreskrifter i SoL och LVM samt de föreskrifter och allmänna råd som socialstyrelsen utfärdar för vård och behandling av missbrukare.[299]

Behörig enhetschef inom socialtjänsten ansvarar för att varje behandling föregås av ett beslut om bistånd enligt 6–6 h §§ SoL eller beslut om vård enligt LVM. Beslutet skall framgå av den arbetsplan som upprättats av socialtjänsten i samverkan med handläggande tjänsteman vid nämnden och berörd klient. Varje enskild placering skall ske genom ett separat, skriftligt placeringsavtal som ingås mellan HVB och nämnden.[300] Placering skall vara tidsbestämd och framgå av placeringsavtalet. Placeringsavtalet upphör att gälla vid placeringstidens slut utan föregående uppsägning. Avtalet kan dock förlängas om parterna skriftligen träffar överenskommelse därom. Placeringsavtalet kan av parterna sägas upp i förtid. Efter en sådan uppsägning upphör avtalet att gälla tio dagar efter uppsägningen.[301]

Vid varje placering skall en individuell behandlingsplan upprättas tillsammans med beställaren. Den skall innehålla målet med vården och behandlingen samt en redogörelse för hur vården och behandlingen skall genomföras. Av planen bör också framgå hur ansvaret för olika insatser skall fördelas mellan den placerande nämnden och behandlingshemmet. I planen skall ingå de insatser som planeras efter tiden på behandlingshemmet. Behandlingshemmet förbinder sig även att, i alla frågor som rör vården och behandlingen samarbeta med den placerande nämnden och därvid fortlöpande hålla beställaren informerad om hur vården och behandlingen fortskrider, delta i uppföljningen av behandlingsplanen och därvid, i den mån så erfordras, tillsamman med beställaren medverka till att genomföra de anpassningar i planen som behövs med hänsyn till klientens förhållanden, och att informera beställaren om alla viktiga hän-

[299] Se bilaga 6 §§ 3–4.

[300] Placeringsavtalet är i regel en förenklad och standardiserad kopia av ramavtalet.

[301] Se bilaga 6 § 7.

delser som rör vården och behandlingen samt omedelbart underrätta beställaren om den placerade avviker från behandlingshemmet eller på annat sätt avbryter vården eller behandlingen. Behandlingshemmet ansvarar även för erforderliga försäkringar för att täcka skador i samband med behandlingen av vårdtagare och anhöriga som deltar i vård. Kommunen svarar inte för skada som drabbar klienten och inte heller för skada på eller förlust av klientens personliga tillhörigheter.[302]

Egenavgifter som kommunen äger rätt att uppbära tillfaller kommunen och administreras helt av socialtjänsten.[303]

Kommunen förbehåller sig rätten att på olika sätt följa upp resultatet av de vårdtjänster som köps. Behandlingshemmet åtar sig att medverka i den utvärdering av bedriven vård som kommunen genomför rörande de personer som placerats av kommunen på behandlingshemmet. Behandlingshemmet förbinder sig även att fortlöpande hålla kommunen underrättad om förändringar i verksamheten som i inte obetydlig utsträckning påverkar klientarbetet, eller som i väsentlig mån avviker från vad som anges i det enskilda avtalet angående behandlingsmodell, målgruppsinriktning och verksamhetsform samt personalsammansättning och resurser i övrigt.[304]

5.4 Avtal på plan- och bygglagstiftningens område

Genom plan- och bygglagstiftningen har kommunerna bl.a. getts monopol att besluta i planerings- och bygglovsärenden. När det gäller planbeslut är kommuns möjligheter att genom avtal påverka detta – liksom i fråga om annan offentligrättsligt reglerad verksamhet – begränsade. Full-

[302] Se bilaga 6 §§ 8–9 samt § 11.
[303] Se bilaga 6 § 13.
[304] Se bilaga 6 §§ 14–15.

mäktige kan därför inte på förhand binda sina ställningstaganden i planfrågor genom avtal.[305]

> Av *RÅ 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 avtalet 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.

En kommun uppfattas ofta som den starkare parten vid avtalsingående på plan- och bygglagstiftningens område. Kommunen är oftast den part som upprättar och utformar avtal, vilket kan ge den en starkare position och bättre styrmöjligheter. Vidare har ju kommunen en stark position i sin roll som myndighetsutövare, t.ex. vid upprättandet av detaljplaner, beviljande av bygglov och handläggning av fastighetsbildningsärenden. Detta tillsamman med ökade krav på kostnadstäckning gör att kommunen allt oftare ställer krav på någon motprestation eller ekonomisk ersättning för att exempelvis en detaljplan skall upprättas. Även bygglov kan ofta vara förenade med diverse villkor. Samtidigt är det så att kommunen ofta är starkt beroende av att enskild exploatör åtar sig att exploatera ett område, eftersom kommunen ofta kan sakna ekonomiska förutsättningar att själv genomföra projektet.

---

[305] Vid försäljning av mark, på vilken det skulle uppföras bensinstation, utfäste sig kommunen 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, se *RÅ 1967 ref. 25*. Se även Lindquist 1993 s. 140. Jfr även *RÅ 1980 Ab 425*, där en kommunstyrelse, genom att ingå en principöverenskommelse med militär befallningshavare, ansågs 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.

5.4.1 Parkeringsköp som alternativ för att tillgodose erforderligt antal parkeringsplatser

Ett typiskt exempel på avtal inom "den hårda sektorn", som träffas mot bakgrund av offentligrättslig reglering och därför till sitt innehåll påverkas av denna, utgörs av *parkeringsköp* mellan enskild och kommun.

Fastighetsägare har skyldighet att anordna utrymme för uppställning av fordon på sin tomt för de som bor, är verksamma inom eller besöker det hus eller den anläggning som finns på tomten. Fastighetsägaren ansvarar för parkeringen på sin tomt medan kommunen svarar för övrig parkering, dvs. sådan som sker på gator, torg och andra allmänna platser. I vissa fall är det den som har den *faktiska bestämmanderätten över fastighetens nyttjande* som ansvarar för att fastighetens parkeringsbehov tillgodoses. Ansvaret vilar då i första hand på tomträttshavaren, men det kan också åvila den som har en långvarig nyttjanderätt såsom anläggningsarrende enligt 11 kap. JB.[306]

Bestämmelser om krav på parkeringsutrymmen finns i 3:15 och 16 PBL. Enligt 3:15 1 st. 6 p. PBL *skall* sålunda tillses att *lämpligt utrymme för parkering*, lastning och lossning av fordon *i skälig utsträckning anordnas på tomten eller i närheten av denna*. Regeln avser tomter som *tas i anspråk för bebyggelse*, men *får* enligt 3:16 1 st. PBL tillämpas i skälig utsträckning på *redan bebyggda* tomter och enligt 2 st. också vid *tillbyggnad* som kräver bygglov eller vid *ombyggnad*. Enligt 3:15 1 st. PBL *skall* alltså kommunen se till att de angivna kraven uppfylls medan kommunen enligt 3:16 1 st. PBL däremot *får* ställa krav på anordnande av parkeringsutrymmen. Att kraven är strängare i 3:15 PBL beror på att det kan vara svårare att anordna parkeringsmöjligheter inom redan bebyggda områden.

När en tomt skall bebyggas har kommunen enligt 3:15 PBL en laglig skyldighet att se till att erforderliga parkeringsutrymmen anordnas enligt de riktlinjer som gäller inom kommunen. Om inte kravet är uppfyllt beviljas inget bygglov. Det ankommer på byggnadsnämnden att bestämma omfattningen av fastighetsägarens skyldighet att anordna parkeringsplatser på den aktuella tomten. Parkeringsutrymme skall anordnas antingen på tomten eller i närheten av denna. Att det inte finns någon möjlighet

[306] Se Aulin, *Parkeringsköp*, 1993 s. 2.

att anordna parkeringsutrymme på den egna fastigheten medför inte att fastighetsägaren undgår skyldigheten att tillhandahålla parkeringsplatser.[307]

Parkeringsfrågorna i kommunen måste bedömas i ett större sammanhang och med hänsyn till möjligt samnyttjande av parkeringsplatser på tomtmark och gatumarksparkering. Parkeringsbehovet för de fastigheter som ligger i centrala och halvcentrala delar av kommunen måste därför formuleras i en parkeringsplan, som sedan läggs till grund för detaljplaner vad avser parkeringsfrågor. Detta får även som följd att ett beslut om parkering i en detaljplan får en avskärande effekt vad gäller överklagandemöjligheten. I och med att det parkeringskrav som redovisas i en detaljplan vunnit laga kraft måste fastighetsägaren, för att bygglov skall beviljas, kunna anordna de antal parkeringsplatser som planen föreskriver.

För att lösa parkeringsfrågan anordnar fastighetsägaren själv parkeringsplatser, t.ex. på fastigheten eller i samverkan med andra fastighetsägare,[308] eller så ingås ett avtal om parkeringsköp[309] med kommunen, där fastighetsägaren finansiellt deltar i en av kommunen anordnad parkeringsanläggning. Vid parkeringsköp finns två alternativ. Vid *friköpsavtal* betalar fastighetsägaren ett engångsbelopp per bilplats till kommunen, mot att kommunen övertar fastighetsägarens skyldighet att anordna parkeringsplatser. Han köper sig så att säga fri från sin skyldighet att anordna parkeringsplatser genom att bidra till finansie-

---

[307] Se även Aulin 1993 s. 3 och *Plan- och bygglagen* 1995 s. 3:32. Kravet på parkeringsplatser reglerades tidigare i 53 § 3 mom. byggnadsstadgan, BS. En skillnad var dock att kommunen inte ansågs ha rätt att kräva att parkeringsutrymme anordnades annat än *på den egna fastigheten*. Något krav på att ett avtal om parkeringsköp skulle ingås, innan ett byggnadslov medgavs, kunde inte uppställas och det var frivilligt för fastighetsägaren att ingå ett avtal om parkeringsköp. Kunde parkering inte anordnas på den aktuella tomten, var fastighetsägaren befriad från skyldigheten att tillhandahålla sådana, se *RÅ 1963 ref. 42* och *RÅ 1971 C. 345*.

[308] Det finns olika sätt för fastighetsägaren att försöka lösa parkeringsfrågan. Detta kan t.ex. göras genom inrättandet av en gemensamhetsanläggning enligt anläggningslagen (1973:1149), genom tillskapande av servitut samt genom hyra eller arrende. För fastighet som innehas med tomträtt kan reglerandet av parkeringsutrymmet tas in i tomträttsavtalet. Man måste härvid skilja mellan den fastighet som utnyttjar parkeringsanläggningen samt den fastighet där anläggningen finns.

[309] Vid nybyggnad på enstaka fastigheter i bl.a. stadskärnor har de i noten ovan berörda parkeringslösningarna visat sig vara mindre lämpliga. Därför har ekonomisk samverkan i form av de s.k. parkeringsköpen kommit att tillämpas. Termen parkeringsköp myntades av parkeringskommittén i betänkandet om parkering. Se SOU 1968:18 bl.a. s. 176 och s. 200.

ringen av parkeringsanläggningen. Vid *avlösen* förbinder sig fastighetsägaren i regel att hyra parkeringsplatser och ibland till och med att bidra till sådana platsers anläggningskostnad. Fastighetsägaren betalar i detta fall endast en periodisk avgift, motsvarande marknadshyra, till kommunen.[310] Kommunen ingår avtalet som *civilrättslig* part. Byggnadsnämnden prövar därefter, som företrädare för kommunen i egenskap av *förvaltningsmyndighet*, i samband med ansökan om bygglov om fastighetsägaren genom att ingå avtalet skall anses ha uppfyllt de krav som man har anledning att ställa enligt 3:15 PBL.[311] Parkeringsutrymmet preciseras genom avtalet och är av bestämd storlek och har ett bestämt läge. Det bör dessutom vara beläget i närheten av tomten och vara iordningställt inom rimlig tid. Utrymmet måste bibehållas till förmån för fastigheten.

I förarbetena till PBL uttalade lagrådet att det rådde osäkerhet om i vilken utsträckning det var lagligen möjligt att kräva att en fastighetsägare kan åläggas skyldighet att ekonomiskt bidra till anläggning och drift av parkeringsanläggning. Därutöver ansågs även förutsättningarna och formerna för ett åtagande vara ovissa.[312] Bostadsutskottet uttalade i sitt betänkande över förslaget till PBL att riksdagen borde förordna ytterligare överväganden i avsikt att utreda och utforma ett system med parkeringsköp.[313]

I betänkandet om parkeringsköp[314] föreslogs en reglering av parkeringsköpet genom en särskild bestämmelse i PBL. Vidare förelogs att förhandsbesked skulle få ges beträffande frågan om bl.a. parkeringskravet kan antas uppfylla kraven i 3 kap. PBL. En promemoria utarbetades inom bostadsdepartementet på grundval av utredningens förslag och remisskritiken. Där fastslogs att det inte *bör råda någon tvekan* om att kravet i 3:15 PBL vad gäller anordnande av parkeringsutrymme kan tillgodoses genom avtal om parkeringsköp.[315] Eftersom prövningen om en av

---

[310] Se Ds 1990:79 s. 31. Beteckningarna avlösen och friköp är emellertid inte särskilt lämpliga och kommer därför att användas endast i begränsad utsträckning. De ger ett intryck av att fastighetsägaren så att säga köper sig fri från en förpliktelse, men så är ju inte fallet.

[311] Kommunen intar vid dessa situationer således både rollen som avtalspart och som beslutande myndighet. Se även Aulin 1993 s. 5.

[312] Se prop. 1985/86:1 s. 521 och bilaga 10 s. 248. Se även Plan- och bygglagen 1995 s. 3:35.

[313] Se bet. BoU 1986/87:1 s. 71.

[314] Se SOU 1989:23 bl.a. s. 81 ff. och s. 96–99.

[315] Se Ds 1990:79 s. 33. Se även SOU 1989:23 s. 82.

fastighetsägaren i bygglovsansökan föreslagen lösning av parkeringsfrågan är godtagbar eller inte skall göras av byggnadsnämnderna, skulle enligt promemorian en uttrycklig bestämmelse i lagen endast tjäna som en upplysning åt dessa. En så självklar förklaring av innebörden av bestämmelserna i 3:15 PBL föreföll överflödig och behov av uttryckligt lagstöd ansågs därför inte föreligga.[316] Resonemanget godtogs av departementschefen.[317] För att undanröja risken för att en fastighetsägare skulle komma i *beroendeställning* i förhållande till kommunen föreslogs att denne skulle kunna erhålla besked om kravet på ett så tidigt stadium att han skulle ha möjlighet att överväga alternativa lösningar av parkeringsfrågan.[318] Bostadsutskottet fann därefter, i sitt betänkande över förslagen,[319] att ytterligare överväganden borde ske angående möjligheten att kunna erhålla förhandsbesked i ifrågavarande delar. Riksdagen avslog också förslaget i denna del.

Trots att det civilrättsliga avtalet om parkeringsköp endast kan jämkas eller ogiltigförklaras av allmän domstol så har en fastighetsägare möjlighet att få till stånd en indirekt prövning av avtalet genom överklagande av beslut i bygglovsärendet. *Aulin* anför att om kommunerna skulle driva igenom ett oskäligt pris per bilplats torde detta återverka på byggnadsnämndens bedömning av hur stort parkeringsutrymme en fastighetsägare skall åläggas att anordna. Han hävdar vidare att fastighetsägaren för kommunens åtagande att anordna parkeringsplatser i närheten av fastighet skall betala ersättning med ett engångsbelopp som motsvarar medelkostnaden för kommunen att anordna dessa. Beloppet skall dels täcka kommunens kostnader, dels vara realvärdesäkrat.[320]

Departementschefen konstaterade att det inte var fråga om huruvida parkeringsköp kunde godtas eller inte som var problematisk, utan problemet gällde den närmare utformningen av avtalen. Det finns inget speciellt formkrav för *hur* ett avtal om parkeringsköp skall vara *utformat*. I propositionen angavs vilka *krav* det ankommer på byggnadsnämnden att uppställa för att ett parkeringsavtal skall komma till stånd.[321]

---

[316] Se Ds 1990:79 s. 36.
[317] Se prop. 1990/91:146 s. 33 f.
[318] Se prop. 1990/91:146 s. 34 f., bet. 1990/91:BoU17 s. 9 f. och Aulin 1993 s. 6 f.
[319] Se bet. 1990/91:BoU17.
[320] Se Aulin 1993 s. 10.
[321] Se prop. 1990/91:146 s. 34. Se även Ds 1990:79 s. 33 ff.

a Parkeringsutrymmet måste vara preciserat i avtalet, vara av bestämd storlek och bestämt läge,
b parkeringsutrymmet måste vara iordningställt inom rimlig tid,
c parkeringsutrymmet måste bibehållas till förmån för fastigheten och
d de faktiska möjligheterna att till rimlig kostnad tillgodose parkeringsbehovet måste beaktas.

En fastighetsägares lösning av parkeringsfrågan skall bedömas oberoende av om det är kommunen eller annan enskild fastighetsägare som uppträder som part i samarbetet med fastighetsägaren.

Avtal om parkeringsköp binds även till fastigheten för att gälla mot varje ägare av denna. Detta innebär att fastighetsägaren vid en försäljning är skyldig att överföra avtalet om parkeringsköp på den nye ägaren av fastigheten. Avtalet är således utformat som en varaktig upplåtelse av parkeringsutrymme.

Genom att beslutet om erforderligt antal parkeringsplatser är administrativt måste parkeringskravet formuleras i ett bindande ställningstagande eller i ett förhandsbesked för att byggnadsnämndens beslut om parkeringsplatser skall uppnå en avskärande effekt vad gäller överklagandemöjligheterna i en kommande detaljplan. Med avskärande effekt menas att en fastighetsägare inte kan överklaga byggnadsnämndens beslut om antalet parkeringsplatser som erfordras för fastigheten. Av 13:2 PBL framgår att beslut inte får överklagas hos LSt till den del de avser frågor som avgjorts i en detaljplan, områdesbestämmelser, förhandsbesked eller som vunnit laga kraft.

En kammarrättsdom behandlar fastighetsägares skyldighet att anordna parkeringsplatser enligt PBL, sedan ett avtal om parkeringsköp blivit obsolet. Ett friköpsavtal ingicks 1969 med innehåll att ett fastighetsbolag förband sig att teckna aktier motsvarande kostnaden för 60 parkeringsplatser i ett parkeringsaktiebolag som staden hade för avsikt att bilda. Det aktuella bolaget bildades emellertid aldrig och friköpsavtalet kunde därför aldrig genomföras. En parkeringsanläggning uppfördes dock senare och kommunen erbjöd fastighetsbolaget att teckna avtal om parkeringsköp i anläggningen, eftersom detta inte ansågs ha fullgjort sina skyldigheter att anordna parkeringsplatser enbart genom att teckna ett avtal som sedan inte fullföljts. Byggnadsnämnden ansåg därmed att fastighetsbolaget inte uppfyllde de krav på parkeringsutrymme som stadgas enligt 3:16 PBL, att avtalet förfallit och att de avtalade förpliktelserna preskriberats. Oavsett avtalets civilrättsliga giltighet, som faller utanför PBL, ansåg sig nämnden ha rätt att kräva att fastighetsägaren löste parkeringsfrågan. Fastighetsbolaget menade att det fullgjort sina skyldigheter att *anordna* par-

keringsplatser genom att ingå avtalet och att nämnden endast hade att pröva om *parkeringsfrågan var löst eller inte*. Fastighetsbolaget anförde vidare att avtalet enligt sin lydelse skulle gälla intill dess att parkeringshuset färdigställts och parkeringsplatser anordnats, dock längst i 25 år. Förpliktelserna skulle därför inte anses vara preskriberade och avtalet fortfarande gälla enligt sin lydelse. Kammarrätten fann att kravet på anordnande av parkeringsplatser som villkor för bygglovet visserligen uppfyllts genom att avtalet kommit till stånd, men att erforderligt antal parkeringsplatser inte anordnats rent fysiskt. Eftersom stadgandet i 3:16 1 st. PBL medger att bestämmelserna i 3:15 1 st. 6 p. PBL även omfattar redan bebyggda tomter, fann kammarrätten att byggnadsnämnden haft rätt att meddela föreläggande om att anordna parkeringsplatser.[322]

I en *skiljedom meddelad i Uppsala den 7 januari 1985* – rörande jämkning och uppsägning av avtal om parkeringsköp – gjorde skiljemannen en bedömning av rättsfiguren parkeringsköp. I ett avlösningsavtal mellan en bostadsrättsförening och ett kommunalägt parkeringsaktiebolag hade, efter det att kommunens parkeringsnorm ändrats, föreningen vid skiljedomsförfarandet i andra hand yrkat att skiljemannen skulle jämka avtalet så att detta kunde sägas upp eller fastställa att detta kunde sägas upp. Som grund åberopade föreningen bl.a. att *avtalet saknade tidsbestämning*. Bolaget bestred yrkandet och hävdade att avtalet inte kunde sägas upp, eftersom det inte utgjorde ett hyresavtal utan ett avtal *sui generis* eller ett *servitutsavtal* eller åtminstone ett *servitutsliknande avtal*. Skulle avtalet befinnas vara ett hyresavtal hävdade bolaget att detta ändå inte kunde sägas upp, eftersom avtalet *var slutet på bestämd tid*, nämligen bostadsrättsfastighetens livslängd.

Skiljemannen prövade först frågan om avtalet om parkeringsköp utgjorde ett servitutsavtal. För att ett servitutsavtal skall föreligga måste de tvingande föreskrifterna i 14 kap. JB ha iakttagits. Exempelvis skall enligt formkraven i 14:5 JB servitut *skriftligen* upplåtas av den tjänande fastighetens ägare. I upplåtelsehandlingen skall anges såväl den *härskande* som den *tjänande fastigheten* samt *ändamålet med upplåtelsen*. Även om det i princip är möjligt att upplåta parkeringsplats i form av servitut kan dock den tjänande fastighetens ägare inte med stöd av servitutsreglerna åläggas att utföra annat än underhåll. Med andra ord får denne inte sköta *driften* av sådan anläggning, 14:1 2 st. JB. I det aktuella fallet hade parkeringsbolaget dessutom förpliktat sig att uppföra par-

[322] Se *Kammarrättens i Jönköping dom 1992-12-18 (Mål nr 1187-1992)*. Målet återförvisades till LSt för fortsatt handläggning, eftersom denna inte tagit ställning till om förutsättningar förelegat för ett föreläggande av den omfattning byggnadsnämnden meddelat. LSt ändrade därefter byggnadsnämndens beslut på så sätt att förelägghandet att anordna biluppställningsplatser begränsades till att avse 34 platser utöver de elva som anordnats på den egna tomten. KammR fann inte skäl för annan bedömning. Se *Kammarrättens i Jönköping dom 1996-03-25 (Mål nr 5779-1994)*. Domen överklagades inte.

keringsanläggningen. Oavsett om dessa inslag i sig medförde att något giltigt servitutsavtal inte kunde anses föreligga, var formkraven i 14:5 JB åsidosatta, eftersom *förpliktelsen var knuten till bolaget* och inte till den tjänande fastigheten och uppgift om denna dessutom saknades. Avtalet kunde därför inte godtas som ett servitutsavtal.

Avtalet måste därmed betraktas som ett nyttjanderättsavtal. Eftersom upplåtelsen avsåg del av byggnad och dessutom vissa bestämda platser i parkeringsanläggningen, befanns 12 kap. JB vara tillämplig på upplåtelsen. För hyresavtal som avser bestämd tid gäller att de, om inte annat avtalats, är bindande under denna tid, 12:3 JB. Inom detaljplanerat område gäller dock avtal om upplåtelse av fast egendom högst 25 år, 7:5 1 st. JB. Saknas bestämd avtalstid, och längre uppsägningstid inte avtalats, kan avtalet vid lokalhyra sägas upp för att upphöra vid det månadsskifte som inträffar närmast efter nio månader efter uppsägningen, 12:4 1 st. 2 p. JB. Frågan var nu om (hyres)avtalet om parkeringsköp var *tidsbestämt* eller inte. Avtalet saknade uttrycklig bestämmelse härom. Bolagets ståndpunkt, att avtalet var knutet till bostadsrättsfastighetens livslängd, saknade också uttryckligt stöd i avtalstexten. Någon bestämd avtalstid kunde därför inte konstateras föreligga. Inte heller bolagets invändning att avtalet utgjorde ett avtal sui generis fann något gehör hos skiljemannen eftersom det finns en mängd olika sätt att ordna långsiktiga lösningar av parkeringsfrågan. Föreningen befanns således ha rätt att säga upp parkeringsköpsavtalet enligt reglerna om hyra av lokal, 12:4 JB.

Det är vad gäller parkeringsavtal svårt att utifrån underrättspraxis försöka dra några generella slutsatser.[323] Även här leder olika tvister oftast till

[323] Se t.ex. *Halmstads tingsrätts dom 1990-10-19, DT 446 (Mål nr T 597/89).* Tvisten gällde fråga om innehållet och de rättsverkningar som följde av avtal om parkeringsplatser som ingåtts mellan en kommun och ett bolag. Oenighet uppstod bl.a. i fråga om tolkningen av en i avtalet intagen klausul om att "[d]en framtida planeringen av parkering inom det aktuella grannskapet förutsätter en parkeringsanläggning till vilken kommunen avser att taga initiativ. Bolaget förbinder sig att i samband med byggandet av anläggningen när kommunen så påfordrar delta i kostnaderna för denna parkeringsanläggning." Bolaget skulle delta med produktionskostnaderna för anordnande av det antal platser som hänförde sig till bolagets fastigheter. Av avtalet framgick även att kommunen innan någon slutlig lösning av parkeringsfrågan gjordes skulle upplåta mark på arrende. När kommunen sedan byggde parkeringsanläggning och krävde att bolaget skulle betala den del som belöpte på deras parkeringsplatser, yrkade bolaget i första hand att tingsrätten skulle fastställa att den parkeringsanläggning som avsågs i avtalet om parkeringsplatser gällde det område som reglerades i arrendeavtalet. I andra hand yrkade bolaget att TR skulle fastställa att bolaget inte var skyldigt att delta i kostnaderna för den nya parkeringsanläggningen. Kommunen bestred bolagets yrkanden. När det gällde uttrycket "inom det aktuella grannskapet" fann TR att förhandlingarna måste ligga till grund för tolkningen. Emellertid kom ord att stå mot ord vad som egentligen överenskommits. Bevisbördan låg då hos bolaget, vilket var den part som hävdade att avtalet skulle ha ett visst innehåll. Inte heller kunde bolaget enligt TR:s mening visa att detta skulle ha intagit en underlägsen ställning i förhållande till kommunen. Förstahandsyrkandet kunde därför inte bifallas. Även andrahandsyrkandet vägrades bifall eftersom avtalet inte uteslöt att den senare anläggningen låg "inom grannskapet". Efter att domen överklagats träffade parterna förlikning. Enligt denna förpliktades fastighetsägaren att betala en kontantersättning för de parkeringsplatser som enligt avtalet anordnades av kommunen och som det åvilade fastighetsägaren att lösa. Efter parternas hemställan upphävde HovR den av TR meddelade domen och avskrev målet från vidare handläggning, se *Hovrättens för Västra Sverige beslut 1994-04-22 (Mål nr T 550/90).*

förlikning mellan parterna.[324] Det är även sparsamt med utländsk praxis på området.[325]

5.4.2 Avtal om parkeringsköp

I bilaga 7 återges exempel på hur avtal om parkeringsköp kan vara utformade.[326] I avtalsexemplet ansvarar kommunen för att fastighetsägaren senast visst datum tillhandahålls ett visst antal bilplatser i viss angiven parkeringsanläggning.[327] Upplåtelsetiden skall vara 25 år.[328] De närmare

---

[324] Se t.ex. *Östersunds tingsrätts beslut 1995-09-08 (Mål nr T 538/94)*, där målet avskrevs efter att parterna förlikats och enats om att fordran på friköp av parkeringsplats skulle sänkas med nära halva beloppet. Även den utförda enkätundersökningen visar på att parterna så långt möjligt försöker ingå förlikning i de relativt få fall tvister uppstår. När avtalsrättslig tvist uppstått löses den nästan uteslutande genom att parterna gör upp i godo och i endast ett fåtal fall går tvisten till domstol. Skiljedomsförfarande förekommer, men anses i regel vara för dyrt och används i regel endast om den enskilde parten så önskat.

[325] Se dock *UfR 1992 s. 793 Ø* där lagstöd saknades för en kommun att kräva bidrag till "parkeringsfond" för att bevilja ombyggnadstillstånd. Kommunen krävde 100 000 kr av byggherren som villkor för bevilja en ombyggnad av fastighet där byggnadslagstiftningens krav på parkeringsplatser inte kunde uppfyllas. Kommunen ansåg sig ha rätt att göra detta eftersom det enligt lag fanns möjlighet att ge dispens från parkeringskravet och att det sedan länge var brukligt att fastighetsägarna i sådana fall fick lämna bidrag till en särskild parkeringsfond. Eftersom det inte sedan tidigare fanns någon parkeringsfond i kommunen, och heller inga andra fastställda regler, ansågs inte byggnadslagstiftningen medge att kommunen kunde villkora ett bygglov på så sätt att byggherren skulle utge bidrag till anläggningskostnaderna för allmänna parkeringsplatser. Möjligheten att ge dispens ansågs alltså inte vara förenad med någon rätt att utkräva ekonomiskt bidrag som villkor för bygglovet.

[326] *Aulin* har upprättat ett kommenterat normalförslag till avtal om parkeringsköp. Se Aulin 1993 s. 12 ff. Det är även vanligt att kommunerna själva upprättat normalförslag till avtal om parkeringsköp, se t.ex. Sylvan, *Riktlinjer för tillämpning av parkeringsköp i Eskilstuna kommun*, 1993. En granskning av avtal om parkeringsköp har även gjorts i ett examensarbete. Se Nilsson, *Så kallat parkeringsköp. En granskning med hänsyn till byggnadslagstiftningen*, 1989.

[327] Se bilaga 7 § 3. Ofta förekommer bestämmelse om att kommunen förpliktar sig att anordna bilplatser inom ett visst maximerat gångavstånd. Detta kan variera mellan 300 och 500 meter. I andra fall anges "inom kvarteret" eller "inom rimligt gångavstånd från fastigheten".

[328] Se bilaga 7 § 4. Normalavtalet är konstruerat som ett nyttjanderättsavtal. Som skäl för detta anges att det är rimligt att knyta upplåtelsetiden till vad som gäller för sådana avtal. Inom detaljplanerat område är ett sådant avtal inte bindande mer än 25 år från det att avtalet slöts, 7:5 1 st. JB. Se Aulin 1993 s. 17. Även i vissa av de undersökta avtalen förekommer en upplåtelsetid av 25 år, medan det i andra inte anges någon tidsbegränsning.

villkoren angående fastighetsägarens skyldigheter[329] varierar beroende på om det rör sig om ett *friköpsavtal*,[330] där fastighetsägaren betalar ett engångsbelopp, eller om det är fråga om *avlösen*.[331]

Avtalet knyts till fastigheten genom att det anges att fastighetsägarens rättigheter och skyldigheter enligt detta skall följa äganderätten till fastigheten och även omfatta framtida ägare av densamma.[332] Fastighetsägaren har i avtalet givits rätt säga upp detta om han kan fullgöra sin skyldighet att lösa fastighetens parkeringsbehov på annat sätt som byggnadsnämnden kan godkänna, samt att fastighetsägaren kan sätta annan i sitt ställe som anläggningens huvudman kan godta. Uppsägning skall ske minst ett år före den tidpunkt då fastighetsägaren önskar att avtalet skall upphöra.[333]

Avtalet anges för sin giltighet vara beroende av att vederbörande beslutande organ i kommunen godkänner avtalet, samt att bygglov meddelas fastighetsägaren och att avsedd ny- eller ombyggnad av fastigheten kommer till stånd.[334]

---

[329] Se bilaga 7 § 5 alternativ A-C. I de insamlade avtalen är det vanligaste alternativet att de omfattar ett engångsbelopp.

[330] Erläggandet av ett engångsbelopp förutsätter att bilplatserna finns tillgängliga när betalningen sker. Annars måste beloppet uppräknas med konsumentprisindex. För de upplåtna parkeringsplatserna betalar fastighetsägaren sedan marknadsmässig hyra. Erlagt engångsbelopp skall dock beaktas så att någon dubbelbeskattning inte sker. Se Aulin 1993 s. 17 f.

[331] Eftersom ett parkeringsköpsavtal i regel löper över en lång tidsperiod finns det skäl att ta in en klausul om möjlighet att under avtalstiden kunna ta upp förhandling om omprövning av avgiften. Se Aulin 1993 s. 18.

[332] Bilaga 7 § 8. Det kan i och för sig ifrågasattas om det är skäligt utifrån avtalsrättsliga regler att i avtalet ta in klausul om vad som skall ingå i köpeavtal vid en framtida fastighetsöverlåtelse, men eftersom skyldigheten att anordna parkeringsplatser är knuten till viss fastighet uppkommer en situation inte helt olik ett servitut. Utifrån ett sådant perspektiv är det rimligt att såväl nuvarande som eventuell ny ägare till fastigheten är bunden av avtalet. Skulle en förmånligare lösning dyka upp har ju fastighetsägaren i regel möjlighet att säga upp avtalet.

[333] Se bilaga 7 § 11. Eftersom avtal om parkeringsköp vanligtvis är avsedda att löpa över en avsevärd tidsperiod, bör fastighetsägaren ha en begränsad uppsägningsrätt under avtalstiden, för det fall att parkeringsfrågan i framtiden kan lösas på annat sätt och de i avtalet aktuella parkeringsplatserna kan utnyttjas av någon annan. Se Aulin 1993 s. 19. Klausulen förekommer i undersökta avtal, men uppsägningstiden varierar i dessa mellan sex och tolv månader. I flera fall anges att avtalet endast får hävas eller ändras efter godkännande av byggnadsnämnden. Jfr den ovan refererade skiljedomen från Uppsala den 7 januari 1985.

[334] Se bilaga 7 § 12.

5.4.3 Avtal om upprättande av detaljplan

Byggnadsnämnden är enligt PBL huvudman för detaljplaneringen. Arbetet med att arbeta fram detaljplanering är dock såväl tidskrävande som dyrt och anledningen till att *plankostnadsavtal* ingås är den låga ersättningsnivå som medges enligt PBL. Endast i nyexploateringsområde kan planavgiften i bygglovssammanhang ge kommunen tillräcklig täckning för planarbetet. Åtskilliga planer resulterar inte i byggrätt av sådan omfattning att ersättningen räcker till. En planändring för att medge en smärre tillbyggnad är också ett sådant fall där intäkterna blir otillräckliga, då de olika resultatenheterna måste anpassa inkomsterna till utgifterna. När avtalen upprättas görs en bedömning av vilken tid som åtgår för upprättande av plan och drivande av den till fastställelse samt den intäkt som kan förväntas genom PBL:s planavgift. Kommunerna får därigenom en överblick över sina verkliga kostnader och vilka intäkterna blir. Formuleringarna vad gäller avtalen om detaljplan kan variera något beroende på om det rör sig om ett enkelt eller ett normalt planförfarande, förskottsbetalning etc. Före PBL:s tillkomst fanns inget stöd för att ut planavgifter.

Lagligheten av plankostnadsavtal måste bedömas utifrån såväl PBL, KL, FL och AvtL som eventuella konkurrensaspekter i och med att kommunen har planmonopol. Generellt gäller även att kommunen inte får fastställa taxenormer eller ta ut avgifter utan lagstöd. Upprättande eller ändring av detaljplaner, områdesbestämmelser eller fastighetsplaner medför dock utgifter och för att få kostnadsteckning för de åtgärder som krävs enligt PBL har kommunerna enligt 11:5 PBL getts möjlighet att ta ut planavgift.[335] Det händer dock att olika avtal ingås med en exploatör om planärenden. Utseendet och kostnaderna kan variera beroende på hur planprocessen i det aktuella fallet ser ut. Av motiven till PBL framgår att plankostnad kan uttas genom exploateringsavtal. Där exploatören be-

---

[335] De detaljplaneärenden eller motsvarande som byggnadsnämnd (eller plankontor) har att behandla kan delas in i fyra olika typer. En detaljplan skall enligt huvudregeln antas av kommunfullmäktige och utställas enligt 5:23 PBL, *s.k. stor plan*. Planer som inte är av principiell beskaffenhet eller i övrigt av större vikt får fullmäktige uppdra åt kommunstyrelse eller byggnadsnämnd att anta, 5:29 PBL, *s.k. liten plan*. Planen skall dock fortfarande utställas. Om ett förslag till detaljplan är av begränsad betydelse och saknar intresse för allmänheten behöver det enligt 5:28 1 st. PBL inte utställas och kan efter delegering antas av byggnadsnämnd, *s.k. enkel plan*. *Områdesbestämmelser* regleras i 5:16 och 17 PBL och skall även de utställas och antas av kommunfullmäktige.

kostar planarbetet får ingen planavgift tas ut.[336] Ibland samverkar kommunen och exploatören vid framarbetandet av detaljplan, men som regel ses motparten som en utomstående uppdragsgivare som skall ersätta de faktiska kostnaderna för den detaljplan som kommunen arbetar fram. Om inget separat avtal tecknas faller planavgiften ut när bygglov beviljats. Planavgiften beräknas då utifrån av fullmäktige beslutade taxenormer och får inte tas ut med högre belopp än som svarar mot kommunens självkostnad. Avgiftsbestämmelsen vilar på likställighetsprincipen, vilket innebär att avgifterna skall fördelas efter objektiva grunder.

I *RÅ 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 offentligrättsliga lagstiftningen". RegR fann dock att planavgiftsuttaget stred mot den likställighetsprincip som skall ligga till grund för tilllämpningen 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 %.

---

[336] Se prop. 1985/86:1 s. 797. Se även Plan- och bygglagen 1995 s. 1:26–29. Jfr Lindberg, *Om besvärsprövningen av planbeslut*, 1992 s. 482 f., vilken är mycket skeptisk till plankostnadsavtalens rättsenlighet, då utgångspunkten enligt honom – med hänvisning till Bohlin 1984 s. 131 ff. och s. 184 – måste vara att kommunen inom det specialreglerade området inte utan uttryckligt lagstöd får ta betalt för uppgifter som den enligt lag ansvarar för.

Avgörandet torde till viss del ligga i linje med vad som tidigare anförts, nämligen att enskild genom avtal inte kan förplikta sig att erlägga mer än vad som kommunen med stöd av lag eller offentligrättsliga 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 Svenska kommunförbundet, argumentera för att exploateringsavtalet 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.

I bilaga 8 återges ett exempel på hur s.k. planavtal – avtal om upprättande av detalj- eller fastighetsplan, exploateringsavtal avseende ändring av detaljplan, plankostnadsavtal, plankostnadstäckningsavtal eller planläggningsavtal – kan vara utformat.[337] Som en avtalsförutsättning anges att parterna förutsätter att planarbetet startas och bedrivs med syfte att kommunen före viss angivet datum skall kunna anta den ändrade detaljplanen.[338] Vidare anges att avtalet syftar till att fastställa fördelningen av ansvar för det arbete och de kostnader som uppstår mellan parterna i samband med deras åligganden vid upprättandet av detaljplan över visst område.[339] Det är också viktigt att de markupplåtelser, servitut och fastighetsbildningar som aktualiseras genom avtalet preciseras.[340]

5.4.4 Genomförandeavtal – avtalsrättslig planering av offentligrättslig reglering

Det förekommer att kommuner använder sig av s.k. förhandlingsplanering.[341] Den är liksom i övriga fall endast möjlig inom de ramar som regleras i den aktuella lagstiftningen. Bl.a. måste de procedurfrågor och be-

---

[337] Variationsrikedomen bland de undersökta avtalen är mycket stor; en del avtal är relativt utförliga medan andra är kortfattade och har en mycket generell utformning. I vissa fall ingår utfästelser att ändra detaljplan som en del i avtal om köp av fast egendom eller i någon form av ramavtal. Av avtalsklausul kan då t.ex. framgå att kommunen på sin bekostnad omgående skall påbörja ändring av gällande detaljplan och att kommunen skall medverka till att tillfälligt bygglov erhålls för verksamheten till dess att planändring skett.

[338] Se bilaga 8 § 2. Vidare anges att avtalet gäller under villkor att det godkänts dels av exploatören, dels av kommunfullmäktige genom beslut som vinner laga kraft. Se bilaga 8 § 14.

[339] Se bilaga 8 §§ 3–7.

[340] Se bilaga 8 §§ 8–11.

[341] Se även bet. 1990/91:BoU17 s. 6.

gränsningar av avtalsfriheten i planfrågor som följer av PBL beaktas. Eftersom det saknas lagstöd för att ta ut särskilda exploateringsavgifter har beslut härom sålunda upphävts vid överklagande, se RÅ 1968 ref. 8 och RÅ 1978 2:36.[342] RegR konstaterar i det sistnämnda fallet att den omständigheten att ett beslut om godkännande av villkor i avtal vunnit laga kraft *inte kan göra avtalspart mera bunden* än vad denne kan bli enligt allmänna avtalsrättsliga regler.

Det har under lång tid varit vanligt att olika typer av *exploaterings-* eller *genomförandeavtal* ingås mellan kommun och markägare för att tillgodose stadsplaneringen. Även om byggandet i Sverige för närvarande ligger på en låg nivå, är användningen av exploateringsavtal för många kommuner ett viktigt inslag i exploateringsprocessen. De föreskriver i regel för sin giltighet att fullmäktige antar plan som vinner laga kraft.[343] Avtalen kan helt eller delvis omfatta genomförandet av exploateringen. I avtalet kan kostnader och vinster av exploateringsföretaget fördelas och även i övrigt kan parternas rättigheter och förpliktelser regleras. De frågor som kan bli föremål för reglering genom avtal är bl.a. marköverlåtelse eller markupplåtelse, *vad* som skall byggas och *när* det skall byggas. Vidare kan avtalas *vem* som skall betala olika exploateringskostnader och vem som skall ansvara för kommunaltekniska anläggningar. Avtalen är vanligtvis kopplade till en detaljplan – antingen redan befintlig detaljplan eller genom att avtalet förutsätter att detaljplan med visst innehåll skall antas och vinna laga kraft. Avtalen kan även användas för att komplettera bestämmelser i detaljplan eller bestämmelser i författningar som rör genomförandet av bebyggelseexploatering.[344]

---

[342] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 77 f. En annan sak är att kommunen har rätt att ta ut gatukostnadsavgifter när kommunen i egenskap av huvudman skall anlägga eller förbättra gator. Se 6:31–38 PBL. Även här förekommer dock att finansieringen av byggande av gator och andra allmänna platser tas ut genom exploateringsavtal, se även SOU 1996:168 s. 146 och s. 334.

[343] Termen genomförandeavtal har sagts innebära *"ett civilrättsligt avtal mellan kommun och byggherre som fastställer gemensamma mål ... eller reglerar parternas rättigheter och skyldigheter i samband med en markexploatering"*. Se Miller, *Genomförandeavtal i exploateringsprocessen*, 1993 s. 1, s. 22 och s. 28.

[344] Stadsplaneavtal har funnits under lång tid – för kommentarer till äldre lagstiftning se t.ex. Hemmarck, *Bygglagen och stadsplaneavtalen*, 1953 s. 319–330 och Sundberg 1955 s. 159. I SOU 1994:36 behandlas olika problem som kan uppstå vid förhandlingsplanering. Där framhålls även att olika typer av avtal mellan kommun och byggherre sedan länge haft stor betydelse. Se a.a. s. 309. Se även Plan- och bygglagen 1995 s. 6:1 f. För norskt vidkommande se Frihagen 1989b s. 313–345.

Som en gemensam term för olika avtal på området kan användas *genomförandeavtal*. Dessa kan sedan delas in i *exploateringsavtal*, när byggherren äger den aktuella fastigheten eller fastigheterna, och *markanvisnings-* eller *markupplåtelseavtal*, när kommunen är ägare.[345] Vid utbyggnad av nya områden för bostäder eller arbetsplatser är det vanligt att kommunen använder s.k. markanvisningstävling. I dessa fall äger kommunen marken och infordrar anbud på områdets bebyggande. Den vinnande anbudsgivaren får då genom genomförandeavtalet överta den kommunägda marken, utföra den planerade exploateringen och sedan överlämna de anläggningar som skall betjäna området till kommunen. Markupplåtelseavtal har ansetts vara en sorts entreprenadhandling mellan kommunen och exploatören och har därför ansetts vara underkastade endast avtalsrättsliga regler.[346]

Stödet för att använda exploateringsavtal vilar indirekt på det kommunala planmonopolet och de allmänna rättsliga utgångspunkter som finns i PBL. Ytterligare en grund för möjligheten att teckna genomförandeavtal kan hittas i kommunens möjligheter att utkräva va-avgifter enligt 4, 5 och 9 §§ VAL. Även 3 kap. lagen (1939:608) om enskilda vägar, anläggningslagen (1973:1149) och lagen (1977:439) om kommunal energiplanering ligger i linje med det tidigare nämnda och är av betydelse för kommunens befogenheter att kräva exploateringsersättningar.[347] Genom detta har en kommun stora möjligheter att få ett genomförandeavtal till stånd. Som villkor för att planlägga viss mark kan kommunen ställa som krav att byggherren ingår ett exploateringsavtal.[348] Exploateringsavtalen

---

[345] Se SOU 1994:36 s. 310. Genomförandeavtal träffas ofta i de fall då kommunen har mark eller annat intresse – gata, va-anläggning eller dyl. – och är inte hänförliga till rent planarbete utan mera till åtkomsten av marken. Genomförandeavtal kan reglera en mängd olika frågor och benämns även som t.ex. föravtal, ramavtal, planeringsavtal och optionsavtal. Se Miller 1993 s. 27.

[346] Se SOU 1979:66 s. 369 f. och s. 394.

[347] I områden med splittrade ägoförhållanden har kommunen möjlighet att besluta att fastighetsägarna får gå samman i en samfällighetsförening för att gemensamt ha möjlighet att sluta exploateringsavtal med kommunen. Se 6:2 PBL och lagen (1987:11) om exploateringssamverkan, ESL, och Boverket, Allmänna råd 1996:1 s. 134–137. Plan- och byggutredningen har dock föreslagit att ESL skall upphävas, se SOU 1996:168 s. 21.

[348] Tidigare kunde även kommunen använda sig av det s.k. markvillkoret för att framtvinga avtal. Innebörden av detta var att det för statlig bostadsfinansiering ställdes krav på att marken skulle ha förmedlats av kommunen. Markvillkoret avskaffades emellertid vid utgången av 1991. Se även SOU 1994:36 s. 310 f.

används som ett komplement till bestämmelserna i den formella planen och bestämmelserna i de författningar som rör genomförandet. Avtalet kan även utformas som ett *styrinstrument* för hela genomförandet, från det att planen antas i kommunen tills dess att den planerade bebyggelsen färdigställts. Avtalet kan också begränsas bara till att reglera sådana åtgärder som behövs för att åstadkomma färdig tomtmark. Genomförandeavtal ingås vanligen mellan kommunen och en markexploatör, vilken redan vid avtalets träffande äger marken. Exploatören behåller vanligtvis de delar av området som utgör kvartersmark för enskilt bebyggande. Mark som planeras bli gator och allmänna platser etc. avstås dock till kommunen eller till en blivande anläggningssamfällighet, efter det att marken färdigställts för det avsedda ändamålet.[349]

PBL innehåller inga regler om genomförandeavtal, men frågan om reglering borde ske genom lagstiftning berördes under förarbetena. Skälet för detta var att det från olika håll riktats viss kritik mot användandet av genomförandeavtal. Kritiken gick oftast ut på att den här typen av avtal inte var förenliga med gällande lagstiftning och att de dessutom innebar en byggnadsreglering vid sidan av byggnadslagstiftningen. PBL-utredningen fann i betänkandet att det fanns ett uppenbart behov av att genom avtal reglera praktiska frågor angående plangenomförandet. Vad gäller garantierna för medborgarinsyn ansåg utredaren att en faktisk bindning från kommunen i förväg naturligtvis inte är förenlig med lagstiftningens syfte och att en särskild lagreglering av ett så uppenbart förhållande inte skulle tjäna något syfte.[350]

Föredraganden delade utredningens ståndpunkt och ansåg i likhet med den att användandet av genomförandeavtal inte borde lagregleras, även om remissinstanserna hade delade uppfattningar i frågan. Vidare sägs att den här typen av avtal är av stor betydelse för genomförandeprocessen. Giltigheten av avtalet görs därvid beroende av att planen fastställs i huvudsaklig överensstämmelse med det förslag som ligger till grund för detta. Syftet med en lagreglering skulle i första hand vara att skydda den enskilde i egenskap av kommunens motpart samt en reglering av genomförandeavtalets verkan mot tredje man. Med hänsyn till att det förekommer en mängd avtal med skiftande innehåll och förhållanden torde det enligt föredraganden vara mycket svårt att lagtekniskt utforma generella föreskrifter. Sådana allmänt hållna regler ansågs knappast utgöra något

[349] Se prop. 1985/86:1 s. 226 f.
[350] Se SOU 1979:66 s. 394 f.

effektivt skydd utöver det som redan föreligger enligt AvtL. Något skäl att lagreglera exploateringsavtalen bara som en markering av avtalstypens betydelse och för att förankra förfarandet med sådana avtal i lagstiftningen ansågs därför inte föreligga.[351]

5.4.5 Genomförandeavtalens rättsliga gränser

Jurister vid Svenska kommunförbundet har ställt frågan om förhandlingsplanering är laglig. De anför att lagstiftningen är oklar och i vart fall inte anpassad till den förhandlingsplanering som vuxit fram.[352] PBL saknar regler om genomförandeavtal och kommunens handlingsfrihet på plan- och bygglagens område begränsas av såväl LOU som avtalslagen.[353]

Holopainen menar att man i Finland slutit många *s.k. offentligrättsliga avtal* vilkas laglighet han "lindrigt sagt" menar vara dubiös. Som exempel på sådana avtal nämner han avtal om s.k. områdesbebyggande.[354] *Frihagen* instämmer i att det ingås en mängd avtal som är mer eller mindre dubiösa, men enligt honom är det brister i den rättsliga regleringen som gör avtalen tvivelaktiga. När man begagnar sig av sådana här avtal får man inte fullt ut samma rättsverkningar som vid privaträttsliga avtal, men i och med att avtalen används i allt större utsträckning så bör de enligt hans mening vara bindande.[355]

Enligt vad som anfördes ovan är en faktisk bindning i avtal från kommunens sida före detaljplaneringen inte förenligt med dess planmonopol och plan- och bygglagstiftningens syfte.[356] Ett genomförandeavtal skall således inte i förväg binda en kommuns planarbete. Grunden för avtalen är kommunens rätt att genom planmonopolet bestämma om och när en bebyggelse skall komma till stånd och därmed följande möjligheter att i olika sammanhang kräva betalning. Avtalet anses vara en civilrättslig överenskommelse som ligger utanför den offentliga regleringen men som innebär att en byggherre åtar sig att ersätta kommunens kostnader

---

[351] Se prop. 1985/86:1 s. 228.

[352] Se Gustafsson & Riberdahl, *Är förhandlingsplanering laglig?*, 1991 s. 208.

[353] Se Gustafsson & Riberdahl 1991 s. 210. Se även Frihagen 1989b s. 317 f. *Frihagen* anser att den enskilde avtalsparten genom avtal på plan- och bygglagstiftningens område kan komma att utsättas för stark press, där de skyddsregler som finns inbyggda i såväl plan- och bygglagstiftningen som den allmänna förvaltningsrättsliga lagstiftningen kan komma att åsidosättas. Han anför även att likställighetsprincipen och rättviseaspekter kan komma att åsidosättas.

[354] Se Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 9 f.

[355] Se Nordiska juristmötet 1978 s. 373 f.

[356] Se SOU 1979:66 s. 395.

för exploateringen av ett visst markområde. Kommunen har emellertid en mycket stark ställning vid förhandlingarna. Det finns därför en viss risk att avtalen kommer att medföra en övervältring av kostader som i stället för att slås ut på kommuninnevånarna drabbar de boende i ett visst område.[357]

Exploatör, som samtidigt är markägare, är på grund av kommunens planmonopol beroende av att kommunen antar en plan eller en planändring som ligger i linje med exploatörens intentioner om markens användning. Ett exploateringsavtal blir därför ofta ett villkor för att kommunen skall besluta i enlighet med den av exploatören önskade planläggningen. Om kommunen äger marken måste exploatör vanligtvis träffa genomförandeavtal med kommunen för att över huvud taget få köpa eller bebygga denna. Överlåtelsen av marken ingår oftast som en del av genomförandeavtalet. Så länge villkoren inte framstår som oskäliga kan det knappast anses vara otillåtet för kommunen att kräva att ett avtal upprättas.[358] Det blir härvid intressant att försöka fastställa var gränsen för det oskäliga går.

Kommunen har ansetts ha rätt att *genom avtal* erhålla samma prestationer från exploatör som den *har möjlighet att framtvinga* genom direkt tillämpning av lag. På samma sätt är det självklart att kommunen genom genomförandeavtal inte har möjlighet att avvika från vad som regleras i tvingande lagbestämmelser. Som exempel kan nämnas PBL:s regler om gatukostnadsavgifter och VAL:s regler om uttagande av avgifter. En kommun har inte rätt att kräva högre avgifter än vad de nämnda lagarna anger. Även om en exploatör "frivilligt" skulle samtycka till att betala högre avgifter än vad som stadgas enligt lag, så behöver han inte vara bunden av ett sådant avtal, eftersom lagstöd för att kräva det överenskomna beloppet saknas.

Enligt 6:19–22 PBL kan kommun, *enligt vissa förutsättningar*, i genomförandeavtal kräva att exploatör skall avstå mark som behövs för allmän plats. Kommunen har dessutom möjlighet att kräva att exploatören skall bekosta anordningar för vatten och avlopp samt anläggandet av gator och vägar.[359] Även här begränsar den kommunala likställighetsprincipen, åt-

---

[357] Se SOU 1992:47 s. 83 f.

[358] Se Hornsved, *Exploateringsavtal för fritidsbebyggelse på privatägd mark (EFP 91)*, 1991 s. 14. I skriften har *Hornsved* gjort ett försök att ange gränserna för vad som med bindande verkan kan tas in i ett exploateringsavtal. Framställningen innehåller ett normalförslag till exploateringsavtal för fritidsbebyggelse med någorlunda aktuell utformning för området. Se även Miller 1993 s. 8 f. och s. 19 f.

[359] Se Hornsved 1991 s. 15.

minstone teoretiskt,[360] kommunens befogenhet att träffa avtal då hänsyn måste tas till andra ägare av fast egendom i kommunen.

En anledning till att plangenomförande regleras genom avtal kan vara att PBL inte innehåller tillräckligt detaljerade regler om genomförandet.[361] En annan anledning till att en kommun väljer att ingå genomförandeavtal *kan* vara förhoppningen att åstadkomma ett bättre ekonomiskt resultat än vad som annars skulle vara fallet. Genom detta förfarande har det i praktiken bildats en *gråzon* där en exploatör kan tänkas gå med på ett något större kostnadsåtagande eller någon annan utfästelse än vad han egentligen kan förmås till utifrån gällande rätt.[362]

Om inte kommunen handlar otillbörligt och *utnyttjar* sina maktbefogenheter till att tvinga till sig ett alltför fördelaktigt avtal, behöver det inte ligga någon större motsägelse mellan de tvingande rättsreglerna och den nyssnämnda gråzonen. I de fall kommunen är säljare av marken finns inget hinder mot att kommunen genom en hög köpeskilling tar ut ett "överuttag" av avgift om kommunen anser detta vara befogat. Kommunen erhåller därigenom kompensation för en del av den vinst som exploatören gör genom att bebygga den förvärvade fastigheten eller det aktuella området. Det är då upp till exploatören, som genom att beräkna sina egna vinstutsikter, att bedöma den begärda köpeskillingen. Om kommunen däremot verkställer "överuttaget" genom *direkta avgifter* kan detta strida mot gällande regler. Ett sådant avtal skulle i så fall vara otillåtet och därmed oförbindande. Det kan därför ur rättslig synpunkt bli olika bedömningar av rättsläget beroende på hur det s.k. överuttaget redovisas i avtalet.[363]

En exploatör kan även redan från början vara ägare till marken eller också kan kommunen i samband med avtalet sälja marken till denne. Exploatören kan i sådana fall ta på sig kostnaden och ansvaret för utbyggnaden av gator, vägar, andra allmänna platser och va-anläggningar inom exploateringsområdet. Exploatören förbinder sig ofta att därefter överlåta dessa för området gemensamma anläggningar till kommunen mot att kommunen som motprestation avstår från att ta ut avgifter för dessa på

---

[360] En exploatör skulle dock knappast själv åberopa likställighetsprincipen, då det ofta är i dennes eget intresse att avtalet ingås.

[361] Alternativet till avtal skulle i sådana fall vara en mer ingående lagreglering. Möjligheterna till mer individuella lösningar torde rimligtvis vara större vid avtalsingående än genom lagstiftning.

[362] Se Hornsved 1991 s. 15 f.

[363] Se Hornsved 1991 s. 16. Se även Miller 1993 s. 65 f.

de fastigheter exploatören samtidigt, som en del av projektet, bebygger inom området. Det är enligt *Hornsved* särskilt vanligt inom fritidsområden att anläggningarna överlåts eller upplåts till anläggningssamfällighet. Sådana bestämmelser i genomförandeavtalet anses vara allmänt accepterade och förfaringssättet blir normalt inte angripbart även om byggandet skulle bli dyrare för exploatören än om vanliga avgifter hade betalats.[364] Det finns inte mycket rättspraxis på området.

I *RÅ 1968 ref. 8* hade en kommun i ett genomförandeavtal för fritidsbebyggelse betingat sig en viss avgift för varje tomt av exploatören. Pengarna skulle av kommunen användas vid förvärv, anläggning och underhåll av bad-, båt- och rekreationsområden eller till andra gemensamhetsanordningar. Fullmäktigebeslutet upphävdes av RegR eftersom kommunen utan stöd av lag inte haft rätt att införa ett sådant avgiftssystem för att tillgodose kommunens medelsbehov.

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.[365] Utslaget bör dock inte uppfattas som någon avvikelse från principen att kommunen genom avtal inte får utkräva exploateringsavgifter utan stöd av lag.[366]

---

[364] Se Hornsved 1991 s. 16.

[365] 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 rätttslig synvinkel vara *uppenbart felaktigt*.

[366] I en anmälan till JO påtalades att byggnadsnämnden i en kommun i två fall tvingat berörda fastighetsägare att som villkor för planändring skriva under ett exploateringsavtal. Enligt avtalet skulle diverse avgifter betalas till kommunen som bidrag till administrationskostnader, exploateringsanläggningar, iordningställande av allmän plats etc. JO avskrev dock ärendet utan att ha vidtagit någon åtgärd, *JO-beslut 1991-05-15, Dnr 1021-1991*. JO framhöll att det inte fanns anledning att utreda om de aktuella avtalsreglerade kostnaderna enligt avtalets ordalydelse var av sådan karaktär att de kunde tas ut med stöd av PBL. JO:s uttalande ger dock ingen vägledning om tillåtligheten av dylika avgifter.

Avtal, som det allmänna träffar på 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.*

> Kommunfullmäktige i Askims kommun beslutade att godkänna ett exploateringsavtal med två fastighetsägare – ett aktiebolag och en fysisk person – angående dessas två separata fastigheter. Enligt det av de båda exploatörerna undertecknade avtalet ansvarade fastighetsägarna bl.a. *solidariskt* för att det anlades gata med tillhörande dagvattenledning och belysning samt för ombesörjandet av framdragande av vatten- och spillvattenledningar inom *bådas* exploateringsområden. De skulle därefter överlåta anläggningarna till kommunen. Vid försening skulle vite erläggas. Byggnadsnämnden i kommunen fattade beslut om byggnadslov.
>
> Något samband mellan ett avtal och byggnadsnämndens beslut föreligger normalt inte. Beslutet omfattas av de offentligrättsliga principer som normalt gäller för myndighetsutövning. Ett samband uppstod dock i det aktuella fallet dels eftersom byggnadsnämnden under fullmäktiges beredning av ärendet föreslagit att avtalet skulle omfatta båda fastigheterna, dels genom att kommunen *som villkor* för byggnadslov krävde att avtalet skulle innefatta ett solidariskt ansvar. Ett år efter byggnadslovets beviljande hade bolaget utfört sina åligganden enligt exploateringsavtalet inom sin del av exploateringsområdet. Ingen hade dock gjort något åt den del som ägdes av privatpersonen. Kommunen lät utföra de felande anläggningarna genom tredje man och yrkade hos allmän domstol om åläggande för exploatörerna om solidariskt skadestånd och vite. HD tolkade exploateringsavtalet utifrån avtalslagens regler och fann att kommunen utövat rättsstridigt tvång enligt 29 § AvtL och därför inte ägde göra det solidariska ansvaret gällande mot bolaget och ogillade därför kommunens mot bolaget förda talan.

Själva tvånget utgjordes 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 för-

delaktigt avtal. Det är alltså kringgåendet av en offentligrättslig princip som gör förfarandet olagligt i den civilrättsliga bedömningen.[367]

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.[368] 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.[369]

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 bygglovsökandes undertecknande av avtal med villkor om marköverlåtelse och betalning av framtida gatukostnader. Beslutet rör tre olika klagoärenden 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 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

---

[367] Se även Staedler, *Förvaltningsrätt i Högsta domstolens praxis 1976–1981*, 1984 s. 117 f. *Staedler* frågar sig bl.a. vilka *offentligrättsliga följder* avtalsingåendet kunde fått, bl.a. på grund av att kommunfullmäktige genom beslutet överskridit sin befogenhet och vilken betydelse det kan tänkas ha att beslutet vunnit laga kraft.

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

[369] 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 offentligrättsliga ärenden." Se Ragnemalm 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.

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.[370]

Det finns flera exempel från dansk praxis där det allmännas dispositionsfrihet rörande fast egendom i olika avseenden blivit inskränkt. I *UfR 1964 s. 477 Ø* hade en kommun låtit uppföra offentliga toaletter vid en parkering. Kommunen krävde – genom avgiftshöjning – ekonomiskt bidrag härför av de

[370] 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 färdigställts 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 sammanställts. 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.

kioskägare som fanns i närheten och som genom avtal arrenderade mark av kommunen. Den krävde även ersättning på 500 kr per år av en kioskägare som, inom samma område, själv ägde den mark där kiosken var uppförd. Om den enskilde vägrade betala skulle denne enligt kommunen bli skyldig att själv uppföra en toalett i anknytning till sin kiosk. Rätten fastslog att det inte förelåg något stöd för kommunen att kräva den enskilde kioskägaren på ersättning. Vad däremot avsåg de kioskägare som hyrde mark av kommunen förelåg inget hinder för ersättningskravet i och med att arrendatorerna varit införstådda med avgiftshöjningen.[371]

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

[371] Se även Mathiassen 1974 s. 579. *Mathiassen* anser sig i sin undersökning finna att det allmänna, som ägare av fast egendom, av domstolarna behandlas lika som om det varit fråga om tvist mellan privatpersoner och därför inte anses stå i någon särställning. Se närmare Mathiassen 1974 s. 580–591. Han hänvisar till *UfR 1938 s. 280 H*, där staten ansågs kunna förbjuda glassförsäljning på en av staten ägd strandpromenad, och *UfR 1956 s. 289 H*, där staten inte befanns kunna förbjuda näringsidkare att utnyttja väg, som allmänheten ägde utnyttja, vid leverans av förbeställda spritdrycker utanför marketenteri som inte bedrev utskänkning av dylika drycker eftersom förfarandet inte påverkade trafiken. I *UfR 1963 s. 349 H*, den s.k. Hvidovredomen, blev bedömningen till och med strängare tack vare att kommunen var part. En kommun sålde här industritomter med förbehåll att de inte fick bebyggas till mer än en femtedel av nettoarealen. Kommunen beslutade sedan att tomterna, mot ett visst ekonomiskt tillägg, fick bebyggas till en tredjedel. Rätten fann att beslutet att ändra bebyggelsegraden ingick som ett led i stadsplaneringen och att det därmed inte medförde någon rätt för kommunen att utkräva tilläggsbetalning. I samtliga domar förelåg avvikande meningar. *Heide-Jørgensen* har dock kritiserat Mathiassen för att denne nämner Hvidovredomen som liggande i linje med de andra eftersom *"[k]ommunens beslutning var et tilbud, ikke et forbud"*. Se Heide-Jørgensen 1993 s. 111.

plan- och bygglagstiftningen.[372] *Frihagen* kommer till slutsatsen att de regler om ersättning etc. som stadgas i plan- och bygglagstiftningen, inte utgör ett hinder mot att det ingås avtal om täckning av kommunens avgifter för olika gemensamhetsanläggningar, där beräkningsgrunden kan vara en annan än vad lagen stadgar. Om det rör sig om ett mer omfattande genomförandeavtal torde kommunen i viss utsträckning till och med kunna kräva att motparten täcker utgifter för gemensamhetsanläggningar som enligt lag inte är avgiftsbelagda. Däremot kan kommunen inte som ett villkor för beviljande av bygglov ställa krav på fastighetsägare om att denne genom avtal skall förplikta sig att erlägga avgifter utöver vad som är möjligt enligt lag.[373]

Ett exempel på genomförande- eller exploateringsavtal finns i bilaga 9.[374] Som en allmän förutsättning för att avtalet skall gälla anges att kommunfullmäktige genom beslut som vinner laga kraft godkänner detta avtal och att detaljplanen antas av kommunfullmäktige genom beslut som vinner laga kraft. Skulle förutsättningarna inte uppfyllas är avtalet till alla delar förfallet, utan krav på ersättning från någondera parten.[375] Vidare anges de närmare villkoren för genomförande av det aktuella avtalet; marköverlåtelse, exploateringsavgifter, fastighetsbildning, tillträde, gemensamhetsanläggningar, servitut, fastighetsbildning, gatu- och va-avgifter, tids- och etableringsplan etc.[376]

---

[372] Man kan även tänka sig att beslut om att anta detaljplan blir föremål för rättsprövning enligt lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut. RegR skall i dessa fall pröva om avgörandet strider mot någon rättsregel. Utöver ren lagtolkning kan även frågor om faktabedömning och bevisvärdering samt frågor om beslutet strider mot kravet på saklighet, opartiskhet, likhet inför lagen och myndighets möjlighet att använda viss handlingsfrihet vid beslutsfattandet prövas. Se även *RÅ 1997 not. 138*. Man kan alltså tänka sig att avtalet *indirekt* kan komma att beaktas vid en rättsprövning av ett beslut om att anta detaljplan. *Direkt* prövning av de villkor som avtalats kan dock endast göras i allmän domstol.

[373] Se även Frihagen 1989b s. 318–322 och s. 339.

[374] De insamlade avtalen uppvisar stor variationsrikedom beroende på vilken typ av situation som regleras.

[375] Se bilaga 9 § 2. Ibland görs avtalet även beroende av att bebyggelsen kan genomföras med statlig belåning, under förutsättning att den ger den lägsta boendekostnaden.

[376] Se bilaga 9 §§ 3–11, §§ 14–17 och §§ 19–22.

5.5 Möjligheter att genom avtal binda framtida myndighetsutövning

En fråga som behandlas i nordisk doktrin är i vilken utsträckning en myndighet vid ett avtalsslutande kan anses ha bundit sina framtida möjligheter att utöva sina rättigheter och skyldigheter – kort sagt sin myndighetsutövning. 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 expropriera från en viss fastighet.[377] 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.[378]

5.5.1 Kan det allmänna genom avtal binda sin framtida myndighetsutövning?

Inledningsvis måste påpekas att myndighetsutövning och avtalsingående är två vitt skilda företeelser, där avtalet i regel bygger på ett beslut som utgör myndighetsutövning.[379] 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. Frågan är dock om ett sådant skulle kunna grunda några civilrättsliga förpliktelser, t.ex. anspråk på ersättning. Frågan om rättsligt bindande utfästelser om framtida myndighetsutövning har i stor utsträckning behandlats i Danmark och Norge, men har ansetts vara så problematisk, även vid de tillfällen då möjlighet till sådana utfästelser anses föreligga, att det måste krävas mycket klara förutsättningar för att överhuvudtaget kunna anta att sådan bindande utfästelse kan ges. Det är vanligt med en mycket restriktiv tolkning eftersom en myndighet genom att ingå ett avtal i allmänhet inte har ansetts kunna inskränka sin rätt att

---

[377] 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 expropriera gäller under oöverskådlig tid?

[378] Så har t.ex. *Basse* skrivit, att samspelet mellan de olika regelverken på t.ex. miljörättens område är så komplicerat, att det blir nödvändigt att kombinera de båda regelverken vid en bedömning av konkreta rättsfrågor. Se Basse 1996 s. 179 ff.

[379] Jfr även Eckhoff & Smith 1997 s. 313 ff.

utöva myndighet.[380] Detta torde väl fortfarande vara en rätt självklar utgångspunkt; det allmänna kan inte binda sig utöver vad som gäller enligt gällande regler.

Då diskussionen varit betydligt mer omfattande i Norge och Danmark är det naturligt att doktrinen till stor del inhämtats därifrån. Den norska och danska 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. Frågan behandlas även under avsnitt 8.4 och 8.5, vilket rör ändringar av beslut som indirekt leder till förändringar av ingångna avtal.

Även i svensk doktrin har frågeställningen behandlats, t.ex. anger *Adolphson* i sin avhandling som exempel på bindande av framtida myndighetsutövning 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 avtalsingående 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.[381] Enligt min mening torde dock den enskilde ha begränsade möjligheter att vinna gehör för en sådan talan, eftersom han troligen måste anses ha varit i ond tro avseende kommunens möjligheter att göra sådan utfästelse.[382]

I *RÅ 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 likställighets-

[380] Se bl.a. Andersen 1965 s. 474 f. och Madsen 1983 s. 137.

[381] Se Adolphson 1961 s. 65.

[382] 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.

principen, 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.

Friedner anför angående fallet att:

"Här föreligger uppenbarligen ett avtal där kommunen åtagit sig att fatta ett visst offentligrättsligt beslut, och avtalet kan därmed sägas vara offentligrättsligt. Det är samtidigt osäkert vilken räckvidd rättsfallet har. Någon mera allmän princip om möjligheterna för myndigheterna att genom avtal binda upp sin myndighetsutövning torde inte kunna utläsas av rättsfallet."[383]

Bernt har utförligt behandlat frågor om bindande av framtida myndighetsutövning och det allmännas möjligheter att ändra och frångå fattade beslut och ingångna avtal.[384] Han framhåller att det i första hand blir fråga om vilken kompetens de olika förvaltningsorganen har att binda sin framtida myndighetsutövning och att den enskildes krav på förutsebarhet endast kan beaktas de lege ferenda.[385]

Angående kommuns utfästelse att inte expropriera en fastighet har *Bernt* skrivit att "[d]et som er vesentlig er at den er et eksempel på en situasjon hvor det kan sies mye til fordel for det syn at kommunen ble ansett kompetent til å avgi et bindende tilsagn om ikke-bruk av sin ekspropriasjonsmyndighet, men hvor den intresseavveining som i siste instans er avgjørende for om det er et ønskelig og akseptabelt resultat at kommunen er avskåret fra å utøve sin ekspropriasjonsmyndighet på en bestemt måte pga. dette, vil være sterkt individualiserende, og dermed etter alt å dømme mer av offentligrettslig enn av privatrettslig karakter. Det er mao. mye som taler for at den beste måte å fange opp og beskrive den underliggende vurderingsnorm, er å se et tilsagn som dette ikke som en privatrettslig forpliktelse, men som et endelig forvaltningsvedtak som binder fremtidig myndighetsutøving så langt det ikke foreligger slike spesielle omstendigheter som begrunner omgjøring til skade etter de ulovfestede regler om dette. Ved avgjørelsen av om slike spesielle omstendigheter foreligger, vil imidlertid selvsagt det kon-

[383] Se Friedner 1987 s. 144.

[384] Se bl.a. Bernt 1975 s. 24–31, Bernt 1978 och Bernt 1981.

[385] Se Bernt 1981 s. 69.

traktsmessige element i forholdet være et tungtveiende moment i partens favør."[386]

Hans utgångspunkt är att frågan om bindande av framtida myndighetsutövning, antingen det gäller lagstiftaren eller förvaltningsmyndigheterna, i sin helhet måste avgöras utifrån offentligrättsliga rättsregler och principer och inte utifrån civilrättsliga rättsregler eller analogier utifrån sådana. Han avvisar därför tanken att frågan om avtalsmässigt bindande av myndighetsutövning måste ses utifrån en helhetsbedömning där man tar hänsyn till både avtalsrättsliga och offentligrättsliga regler. Det främsta argumentet för synsättet är att det allmänna saknar kompetens att binda sin framtida myndighetsutövning om inte stöd för detta föreligger enligt lag. Den kompetens det allmänna har att binda stat eller kommun i privaträttsliga frågor kan enligt honom inte läggas till grund för antagandet att det föreligger en motsvarande kompetens att på avtalsmässiga grunder binda det allmänna i frågor om myndighetsutövning.[387]

Det allmännas bundenhet av sina åtaganden att binda framtida myndighetsutövning bör således uteslutande bedömas utifrån samma förvaltningsrättsliga regler som gäller för ändring av beslut till nackdel för den enskilde. Detta gäller oavsett om den aktuella utfästelsen sker i form av ett beslut inom ramen för myndighetsutövning eller som en del i ett avtal. Att en avtalsmässig bundenhet föreligger ser han enbart som en faktor som i viss utsträckning *möjligen inskränker* det allmännas möjlighet att ändra ett beslut till nackdel för en part, men inte i sig som något hinder.[388] Man skall dock ha i minnet att inte heller offentligrättsliga beslut innebär någon oinskränkt möjlighet till ändring. I synnerhet gäller detta för s.k. gynnande beslut i förhållande till enskild. Det är främst generella beslut, t.ex. fullmäktigebeslut om fastställande av taxor, som mera fritt kan ändras.[389]

I norsk rättspraxis föreligger flera fall där den privata parten påstått att myndigheten utfäst sig att handla på ett visst sätt. I nästan samtliga fall har dock rätten dömt till det allmännas förmån. Den gemensamma nämnaren har i de flesta fall varit att det förelegat ett avtal som *inte i klartext*

---

[386] Se Bernt 1981 s. 210.

[387] Se Bernt 1978 s. 455 f. och Bernt 1981 s. 320 f.

[388] Se Bernt 1975 s. 27, Bernt 1978 s. 457 ff. och Bernt 1981 s. 322 ff.

[389] Se närmare avsnitt 8.4. För en utförlig redogörelse för gynnande besluts rättskraft, se Westerberg 1951.

ålagt förvaltningen en sådan plikt varom rättstvisterna kom att handla, men där parternas förutsättningar eller uttalanden kunde tas till intäkt för att plikten ändå var mer eller mindre utfäst i avtalet. Trots att det i flera av fallen hade skapats klara *förväntningar hos den enskilde parten* om att förvaltningen hade förbundit sig att handla på ett visst sätt, fann rätten att sådan skyldighet inte hade uppstått.[390] Det allmänna saknar således obegränsade möjligheter att binda sin framtida myndighetsutövning,[391] och det måste anses vara självklart att det allmänna inte genom avtal kan binda den kompetens som genom lagar eller delegation erhållits för att utöva myndighet.[392]

Boe har skrivit att om det allmänna skall kunna binda sin myndighetsutövning genom ett löfte eller ett avtal måste det finnas stöd för detta i den författning som reglerar dess verksamhet, och som åtminstone grundar vad han kallar en *diskretionär kompetens*. Detta innebär att myndigheten har valfrihet att välja hur den vill lösa en situation. Om lagstiftningen anger vilket beslut myndigheten skall fatta kan myndigheten inte börja förhandla med en motpart om hur den skall komma i åtnjutande av det som lagen föreskriver. Om myndigheten ingår ett avtal om ett annat resultat gör den ju avsteg från gällande lagstiftning, vilket inte är möjligt på grund av den rättsliga hierarki som gäller, där grundlag har företräde framför lag etc.[393]

Det faktum att lagen ger en valmöjlighet anses å andra sidan inte ge tillräckligt stöd för att ingå vilka löften eller avtal som helst. En frihet att välja hur myndigheten skall utöva myndighet, innebär inte att myndig-

---

[390] Se t.ex. Rt 1971 s. 228, Rt 1975 s. 246 och Rt 1975 s. 620. Se även Eckhoff & Smith 1997 s. 320 f. och Andenæs, *Er staten som lovgiver bundet av sine egne kontrakter?*, 1977 s. 452.

[391] Se Eckhoff & Smith 1997 s. 322 f. Även från danskt håll har anförts att utgångspunkten är att det allmänna har både rätt och plikt att utöva sin lagstiftningsmakt och att det därför är särskilt problematiskt att tillåta en avtalsrättslig bindning av framtida myndighetsutövning. Det anses dock vara klart att ett avtalsförhållande *inskränker möjligheterna för det allmänna att ensidigt ändra förutsättningarna för avtalet*. Se Lynge Andersen m.fl. 1997 s. 134 f.

[392] Se Frihagen 1991 s. 342, som hävdar att "[s]om regel viser ikke lovgivningen i hvilken grad det kan gis forhåndstilsagn, slik at dette avhenger av en mer skjønnsmessig vurdering ... Det må i så fall antas at myndighetene gjerne har en noe videre adgang til å binde seg der det er ett ledd i en avtale med gjensidige ytelser, slik at lovens formål fremmes eller i hvert fall varetas på denne måte. Det vil i det hele være stor plass for tvil om i hvilken grad de forskjellige lovregler kan forstås slik at myndighetene er avskåret fra ved avtale å begrense sin myndighetsutøvelse."

[393] Se Boe 1993 s. 812 f.

heten kan använda det fria skönet som ett incitament att ge löften eller ingå avtal på samma sätt som när det gäller rena ekonomiska rättsförhållanden. Orsaken till det restriktiva synsättet är att förbuds-, påbuds- eller tillståndsgivningskompetens finns för att tillvarata vissa samhälleliga intressen, och inte är avsedda att ge det allmänna fördelar gentemot enskilda eller vissa enskilda fördelar i förhållande till tredje man. För att myndighetsutövning inte skall vara en handelsvara förutsätts därför myndigheten fatta *beslut* i en viss fråga i stället för att ingå ett avtal om saken. Det finns då en mängd offentliga principer som måste beaktas. Även när det allmänna använder sig av mera skönsmässiga bedömningar måste det allmänna agera sakligt, objektivt och konsekvent. Det sistnämnda innebär att det allmänna inte bara kan se till ett eventuellt vederlag, utan måste göra en helhetsbedömning av situationen och de samhälleliga intressen som kan ligga till grund för den aktuella lagstiftningen. Utifrån gällande rätt skall det därför enligt *Boe* mycket till innan den framtida myndighetsutövningen kan bindas, även om det trots allt finns en viss möjlighet att ersätta myndighetsutövning med löften och avtal.[394]

De slutsatser som kan dras av det ovan sagda torde 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. Enligt norsk praxis förefaller utgångspunkten vara att någon bindning av myndighetsutövningen inte varit avsedd, om inte annat uttryckligen föreskrivits i ett avtal. Om inte viljan att binda sig uttryckligen angivits är det stora chanser för att dom-

[394] Se Boe 1993 s. 814 som hävdar att "myndigheten avtar jo bredere og mer uoverskuelige skjønn som båndlegges, jo viktigere myndighetsformen er, jo mindre vederlaget er, og jo mindre sammenheng det er mellom samfunnshensynene som ofres og fordelene som vinnes med løftet eller avtalen. Å binde seg til å aldrig gripe inn, er også mer betenkelig enn å binde seg til det positive: Å gi en tillatelse som er like om hjørnet. Avtalene må heller ikke komme overrumplene på andre interesser i saken enn medkontrahentenes. Jo skikkeligere saksbehandlingen er før avtalen sluttes, jo lettere kan den godtas ... På den annen side må også medkontrahentens behov tas i betraktning."

stolarna väljer att bortse från ett sådant yrkande vid en prövning.[395] 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 möjligen kunna grunda civilrättsliga skadeståndskrav. Om ersättning skall utgå torde bli beroende av hur den aktuella situationen ser ut, dvs. 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.

Eventuell ersättning på grund av att myndighet beslutar om något i strid med ett avtal om framtida utövning av sin myndighet, är enligt *Bernt* begränsad till den förlust den enskilde parten lidit genom att inrätta sig efter avtalet. Någon ersättning för eventuell utebliven vinst skall därför inte utgå.[396] Från finsk synvinkel hänvisar *Tolonen*[397] till ett opublicerat rättsfall[398] där staden Helsingfors ansetts vara skyldig att ersätta det negativa kontraktsintresset när den utnyttjat sin obestridliga rätt att ändra stadsplan. Rätten fann att staden borde ha förutsett att planen kunde komma att ändras när den sålde en fastighet för att köparen skulle kunna bebygga den med bankkontor. Rättsfallet är dock ålderstiget och olika tolkningar har presenterats. Det kan därför inte läggas till grund för slutsatsen att ersättning *alltid* skall utgå.

---

[395] Se t.ex. det på andra ställen redovisade *Rt 1975 s. 620*, Eskemyrdomen, och *Rt 1973 s. 107*, den s.k. Mardøladomen, som rörde fråga om staten förpliktat sig att inte reglera Mardalsforsen i större utsträckning än vad som redan skett. Norges vassdrags- og elektrisitetsvesen hade uttalat att "[p]lanen om å bygge ut Mardøla ved overføring av vannet til Romsdal bør derfor etter Hovedstyrets mening skrinlegges". Tio år efter uttalandet gjordes emellertid en utbyggnad av vattendraget. Rätten ansåg det inte vara nödvändigt att ta ställning till om det utifrån gällande lagstiftning fanns möjligheter för staten att binda sig på det aktuella området, eftersom den fann att det inte förelåg någon bindande utfästelse. Utgångspunkten var alltså att det förelåg en stark presumtion mot att staten velat binda sin framtida myndighetsutövning.

[396] Se Bernt 1978 s. 460 f. och Bernt 1981 s. 326. *Bernt* framhåller vidare att vad gäller avgifter som utifrån sitt lagstöd skall påläggas i regleringsmässigt och inte först och främst i finansiellt syfte, bara kan tas i form av beslut och avtal i samma utsträckning och med samma rättsverkningar som andra förvaltningsåtgärder. Se a.a. s. 327.

[397] Se Tolonen 1993 s. 67.

[398] Se FiHD 28.9.1960 t. 2070.

5.5.2 Bindande av framtida myndighetsutövning på socialrättens område

I sin avhandling analyserar *Kjellevold* betydelsen av att det allmänna vid sin tilldelning av sociala tjänster av olika slag använder sig av avtalsrättsliga arrangemang *som ett alternativ till normal beslutsprocess* när det gäller ombesörjandet av vård och service. Bl.a. berörs frågor om vilken kompetens det allmänna har att ingå olika typer av avtal på det socialrättsliga området och avtalens rättsverkningar. En viktig fråga blir bl.a. vilket stöd anhörigvårdare kan räkna med och om det är möjligt för den sociala myndigheten att lämna bindande beslut om vad som fortsättningsvis skall gälla eller om avtal om viss framtida myndighetsutövning kan ingås. En fråga blir därmed hur långt kompetensen att binda framtida myndighetsutövning sträcker sig på socialrättens område och i vilken utsträckning en avtalsrättslig bindning innebär en mer långtgående bindning än vid ett beslut som utgör myndighetsutövning. Vidare utreds om någon bindande utfästelse överhuvud gjorts, eller om det enbart rör sig om ett oförpliktande utlåtande, t.ex. planering av hur omsorg och servicetjänster skall utföras.[399] Beslut om bistånd enligt SoL utgör myndighetsutövning. Avtalsformen kan emellertid användas för att närmare reglera biståndsmottagarens motförpliktelser eller, när t.ex. hemtjänst beviljas, användas för att precisera vilka särskilda tjänster som skall ingå i det enskilda fallet. Oavsett om avtalsformen används vid beviljandet av biståndet och den närmare regleringen av detta, måste dock relationen anses bygga på myndighetsutövning, där de rättssäkerhetskrav som den förvaltningsrättsliga lagstiftningen uppställer skall iakttas.[400]

Författaren kommer fram till att ett avtal som reglerar tilldelning av sociala hjälpinsatser måste ses som myndighetsutövning. Hon anser det dock vara olämpligt att använda avtalsformen, eftersom motparten kan "glömma bort" vissa förvaltningsrättsliga regler som är till dennes fördel, t.ex. överklaganderätten. Ett användande av avtal kan därför bidra till att åsidosätta rättssäkerheten. För att ett avtal skall utgöra en materiell rättssäkerhetsgaranti måste det binda kommunen. Hennes slutsats blir därför att avtal endast i begränsad omfattning bör tillämpas inom socialrättens område.[401]

Kjellevold hävdar att de förvaltningsrättsliga reglerna ger det allmänna

[399] Se Kjellevold 1995 s. 250 ff. och s. 256.
[400] Se Kjellevold 1995 s. 253 f.
[401] Se Kjellevold 1995 s. 314 f., s. 319 f. och s. 323.

en ensidig möjlighet att ändra förhandsbesked eller beslut om tilldelning av sociala hjälpinsatser. Hon ställer sig frågan om också ett *avtal* om tilldelning av sådana insatser eller tjänster kan hävas eller ändras om de förvaltningsrättsliga villkoren för en ändring är uppfyllda, eller om avtalsformens användande innebär en avtalsrättslig bindning där endast ändrade förutsättningar eller oskälighet enligt 36 § AvtL medger en ändring.[402] Frågan är i och för sig relevant men inte så aktuell på det socialrättsliga området inom svensk rätt, då det endast är genom beslut som innefattar myndighetsutövning som sociala hjälpinsatser fördelas till de behovskrävande, t.ex. beslut om tilldelning av barnomsorgsplats eller beslut om insatser inom äldre- och handikappomsorg. Man skall dock hålla i minnet att hennes undersökning bygger på att en undersökning av avtal som en *alternativ modell* till det normala ansökningsförfarandet.[403] Hon framhåller att även om avtal om tilldelning av sociala hjälpinsatser och eventuella motprestationer faller utanför det förmögenhetsrättsliga området, måste de avtalsrättsliga reglerna komma till användning vid ett accepterande av avtalsmodellen. På socialrättens område är dock möjligheterna att ingå avtal ganska begränsade, och det blir därför i de flesta fall fråga om förvaltningsrättsliga möjligheter att ändra beslut.[404]

De förvaltningsrättsliga ändringsmöjligheterna är beroende av en konkret avvägning mellan det allmännas intresse av en ändring i förhållande till insatsmottagarens behov av stabilitet. Den enskildes skyddsbehov är dock i de flesta fall så starkt att den enskilde står lika skyddad mot ändrade beslut som vid ensidiga ändringar vid ett avtalsförhållande.[405]

5.5.3 Förhandsbesked – ett offentligrättsligt bindande av framtida myndighetsutövning

I Sverige finns bl.a. på skatteområdet en möjlighet att lämna *förhandsbesked* i taxeringsfråga. Detta innebär ett provisoriskt beslut av myndighet som är bindande för skattemyndigheten så till vida att den i sitt slutliga avgörande inte äger avvika därifrån till nackdel för den enskilde. På så

[402] Se Kjellevold 1995 s. 290 f.
[403] Se Kjellevold 1995 s. 251.
[404] Se Kjellevold 1995 s. 291 f. Se även Hov 1976 s. 224 och Frihagen 1991 s. 346.
[405] Se Kjellevold 1995 s. 293 f.

sätt skapas en möjlighet för skattskyldiga att i förväg få bedömt vissa frågor och få besked rörande tolkningen av skattelagstiftningen.[406]

Även inom ramen för PBL finns möjlighet att lämna förhandsbesked. Regler om detta återfinns i 1:4 2 st. och 8:34 PBL. Det som i första hand anses böra prövas i ett förhandsbesked är fråga om en byggnadsåtgärd överhuvud kan tillåtas på en viss plats. Det rör sig alltså närmast om en prövning av *markens lämplighet* för den avsedda åtgärden. Även andra aspekter kan emellertid beaktas vid bedömningen, t.ex. om den tilltänkta platsen är lämplig med hänsyn till anpassningen till omgivningen. T.ex. kan kulturhistoriska och miljömässiga aspekter medföra att en byggnad inte är lämplig, eller att den eventuellt måste placeras på en viss plats på tomten. Dessa och andra liknande frågor måste övervägas när byggnadsnämnden prövar om förhandsbesked kan lämnas. Skulle den sökta åtgärden förutsätta att särskilda krav uppfylls, t.ex. beträffande byggnadens placering, måste detta framgå av förhandsbeskedet. Byggnadsnämnden *är vid bygglovsprövningen bunden av det ställningstagande som gjorts i förhandsbeskedet.* Den senare prövningen får därmed endast avse frågor som inte omfattas av detta.[407] Förhandsbeskedet är giltigt i två år men medför ingen rätt att påbörja arbetet.[408]

Även om behovet av att få förhandsbesked anses göra sig starkast gällande för åtgärder utanför detaljplan finns möjlighet att ge förhandsbesked även inom detaljplan. Detaljplanen utgör visserligen i sig en form av förhandsbesked, men om genomförandetiden gått ut kan en sökande –

---

[406] Förhandsbeskedsinstitutet regleras på det skatterättsliga området i lagen (1951:442) om förhandsbesked i taxeringsfrågor. Förhandsbesked kan enligt lagen meddelas på ansökan av skattskyldig, men endast i en *rent konkret* skatterättslig fråga. En förutsättning för att förhandsbesked skall kunna lämnas är dessutom att frågan bedöms vara av synnerlig vikt för den skattskyldige. Saknas en klar och entydig tolkning av en lagregel eller om det saknas vägledande praxis i frågan, bedöms detta i allmänhet vara fallet. Ett meddelat förhandsbesked anses vara *bindande* för skattemyndigheten, om det vid taxeringen åberopas av den skattskyldige, 11 § 1 st. Det finns emellertid ett undantag och det är, om en lagändring skulle inträffa efter att förhandsbeskedet meddelats och innan taxeringen fastställts, 11 § 2 st. Skulle nämnden besluta att avvisa en ansökan kan avvisningsbeslutet inte överklagas. Nämndens beslut i den materiella frågan kan däremot överklagas genom besvär direkt till RegR. Något prövningstillstånd erfordras inte, 9 §. Genom möjligheten till besvär direkt till RegR anses prejudikat på ett snabbt sätt kunna tillskapas inom olika delområden. Regler om bindande förhandsbesked i skattefrågor finns även i Danmark, se bl.a. Bryde Andersen 1995 s. 98.

[407] Se prop. 1985/86:1 s. 285.

[408] Se prop. 1985/86:1 s. 753.

som då inte längre helt kan förlita sig på planen – behöva ett tillförlitligt projekteringsunderlag. I motiven ansågs det särskilt viktigt att få en garanti för att planerade åtgärder kan tillåtas från markanvändningssynpunkt just i sådana situationer. Även under genomförandetiden kan det dock föreligga behov av att få tillåtligheten prövad särskilt. Detta kan t.ex. vara fallet om planen är enkel och schematisk och ger dålig ledning för utformningen av byggprojektet.[409] Ansökan om förhandsbesked räknas som ett ärende och är *fristående* från själva bygglovsärendet så till vida att en *ansökan om bygglov* också måste göras, se 8:34 1 och 2 st. PBL.[410]

I betänkandet om parkeringsköp förelogs att förhandsbesked med stöd av 8:34 PBL skulle få ges beträffande frågan om bl.a. parkeringskravet.[411] För att undanröja risken för att en fastighetsägare skulle komma i beroendeställning i förhållande till kommunen, föreslogs att denne skulle kunna erhålla besked om kravet på ett så tidigt stadium att han skulle ha möjlighet att överväga alternativa lösningar av parkeringsfrågan.[412] Bostadsutskottet fann dock i sitt betänkande att ytterligare överväganden borde göras angående möjligheten att kunna erhålla förhandsbesked i ifrågavarande delar. I enlighet med utskottets förslag beslöt riksdagen att avslå propositionen i denna del samt att regeringen borde utreda frågan ytterligare.[413] I samband med ändring av PBL berördes frågan om förhandsbesked. Föredraganden fann att bygglovsprövningen genom förslaget ändrat karaktär och att den i hög grad kommit att påminna om den prövning som görs vid ett förhandsbesked. Även om föredraganden inte ville gå så långt som att helt avskaffa förhandsbeskeden, ansågs det dock inte finnas någon anledning att utvidga institutet till att omfatta också parkeringsfrågor. Behovet av förhandsbesked ansågs minska eftersom bygglov enligt det föreslagna systemet kan sökas på betydligt enklare handlingar än tidigare samt även på ett tidigare stadium i projekteringen. Någon ändring av reglerna om förhandsbesked av det slag som tidigare föreslagits ansågs därför inte böra genomföras.[414]

Det skydd som ett förhandsbesked i dessa situationer skulle ge fastighetsägare i förhållande till kommunen kom således inte att införas. Bygglov kan numer i och för sig sökas på ett tidigare stadium i projekteringen

[409] Se prop. 1985/86:1 s. 286.
[410] Se även prop. 1985/86:1 s. 752 f. och SOU 1989:23 s. 86 f.
[411] Se SOU 1989:23 bl.a. s. 86–89.
[412] Se prop. 1990/91:146 s. 34 f.
[413] Se bet. 1990/91:BoU17 s. 11 f. Se även Aulin 1993 s. 6 f.
[414] Se prop. 1993/94:178 s. 45 och 91 f.

än tidigare, och det öppnar givetvis möjligheterna att utforska alternativa parkeringsmöjligheter. Varken detta eller ett förhandsbesked kan dock *i sig* "skydda" fastighetsägaren mot de krav byggnadsnämnden utifrån fastställd och lagakraftvunnen byggnadsnorm ställer upp. Skäligheten av det pris som överenskommits i ett avtal om parkeringsköp mellan kommunen och enskild för att bygglov skall erhållas kan dock prövas i allmän domstol. Se vidare avsnitt 7.4.1.

5.6 Det avtalsbara området – sammanfattning och konklusioner

Vid en bedömning av kommunens möjligheter att ingå avtal måste hänsyn tas till om det handlar om ett avtal som kan ingås med stöd av den kommunala kompetensen eller om avtalet avser en företeelse som regleras enligt speciallagstiftningen. Grundläggande är att kommunen i egenskap av *huvudman* inte kan frånsäga sig ansvaret för såväl drift som finansiering av verksamhet som den enligt speciallagstiftningen är skyldig att tillhandahålla. Vid avtal om *överlämnande av kommunal angelägenhet* till enskild framgår av bl.a. 3:16 KL, 4 § 3 st. SoL och 17 § 1 st. LSS att sådant överlämnande får göras utan särskilt lagstöd så länge uppgiften inte innefattar myndighetsutövning. Detta får till följd att kommunen inte utan stöd i lag har några möjligheter att överlämna en uppgift som gäller kommunen *ålagd myndighetsutövning*. Detsamma gäller de fall där kommunen har ett obligatoriskt huvudmannaskap, *s.k. ålagt ansvar*, eller för de uppgifter som enligt KL skall utföras inom ramen för den kommunala förvaltningen, 11:6 3 st. RF.

Även om en kommun enligt lag är skyldig att ansvara för tillhandahållandet av viss verksamhet kan dock sådana uppgifter i stor utsträckning utföras av enskilda. Så är fallet på det *s.k. förväntade ansvarsområdet*. Även om kommunala beslut om t.ex. tilldelning av plats i förskola och avgifter för detta utgör myndighetsutövning, kan själva genomförandet av verksamheten genom entreprenadavtal överlåtas på enskild eller så kan bidrag utgå till enskild förskoleverksamhet med privat huvudman, eftersom någon särskild form för detta inte föreskrivits.

De skyldigheter som föreligger inom det kommunala kärnområdet sätter således en naturlig gräns för det avtalsbara området; en kommun har inte möjlighet att genom avtal frånsäga sig huvudmannaskapet för utförandet av ålagda uppgifter och saknar utan lagstöd också möjlighet överlämna uppgift som innefattar myndighetsutövning.

En okontroversiell fråga i sammanhanget är även det allmännas möjligheter att ingå avtal på det förmögenhetsrättsliga området, t.ex. köp- och hyresavtal av olika slag. Rätten att ingå avtal grundar sig här på kommunens egenskap av självständig juridisk person. Förutom i de fall där så är särskilt föreskrivet anses inte kommunal verksamhet utgöra myndighetsutövning. Utrymmet torde därför vara stort för kommunerna att ingå avtal inom ramen för sin allmänna kompetens enligt 2:1 KL, eftersom sådan *frivillig verksamhet* bl.a. anses fritt kunna överlämnas till enskilda. En kommun har dock ingen möjlighet att ingå avtal om något som strider mot den kommunala kompetensen och kommunmedlem har möjlighet att begära laglighetsprövning i förvaltningsdomstol avseende ett kommunalt besluts eventuella kompetensöverskridande. Kompetensen att fritt ingå avtal begränsas av de regler som framgår av KL, främst intresseprincipen, lokaliseringsprincipen, förbudet mot vinstdrivande näringsverksamhet, förbudet att utan lagstöd lämna understöd till enskilda individer och förbudet att stödja enskilda näringsidkare. Även om avtalsingåendet inte strider mot dessa primära förutsättningar finns ett flertal principer som ytterligare inskränker den kommunala kompetensen att ingå avtal. Dessa är framförallt likställighets- och självkostnadsprincipen samt förbudet mot retroaktiva avgifter. Vidare sätter LOU vissa begränsningar för vilken motpart kommunerna kan välja vid sitt avtalsingående.

Om inget särskilt är föreskrivet för hur en situation skall regleras, eller om myndigheten getts en uttrycklig möjlighet att välja mellan att fatta beslut eller att ingå avtal, föreligger inget hinder mot att ersätta ett beslut med ett avtal. Som exempel kan nämnas en expropriationssituation, där det sedan länge ansetts möjligt att ingå ett avtal om fastighetsköp i stället för att utnyttja de möjligheter till expropriation som finns enligt lag. I de fall ett avtal ersätter ett beslut i en viss situation, är det klart att hänsyn måste tas till offentligrättsliga regler och principer vid en bedömning av avtalen. Det avgörande för giltigheten av dessa avtal är att de ligger inom ramen för den kommunala kompetensen eller den speciallagstiftning som reglerar verksamheten.

Kommunen har heller inte någon möjlighet att genom avtal reglera sådant som den enligt lag *skall utkräva avgift för enligt gällande taxa*. Som exempel kan nämnas upplåtelse av torghandelsplatser på allmän plats. Uttagande av avgift förutsätter att vederlagets storlek regleras genom av fullmäktige antagen taxa eller fullmäktigebeslut om individuell avgift. Det sistnämnda begränsas dock av likställighetsprincipen och torde endast komma ifråga om en användare i något avseende skiljer sig från öv-

riga användare och att en särbehandling därför kan anses vara motiverad, t.ex. inom va-området. Rör det sig om *vederlag för prestation* som utförs inom ramen för den *rent frivilliga verksamheten* torde det dock vara möjligt att reglera vederlaget genom avtal, eftersom verksamheten i brist på offentligrättsliga regler i stor utsträckning blir att anse såsom varande privat. Storleken av vederlaget begränsas dock av självkostnadsprincipen och det tak som fastställd taxa om uttagande av avgift för prestationen sätter. Saknas möjligheter att utkräva avgift saknas även möjlighet till avgiftsuttag till följd av avtal. Avgift enligt avtal kan heller inte utkrävas om det framgår att prestationen skall finansieras genom skatteuttag.

Inom den specialreglerade verksamheten sätter de olika lagarna de närmare gränserna för vad som är möjligt att avtala om. Enligt SkolL ansvarar kommunen bl.a. för att förskoleverksamhet och skolbarnomsorg tillhandahålls kommunmedlemmarna, men eftersom ombesörjandet av driften av förskoleverksamhet kan överlåtas på enskild föreligger stora möjligheter för kommunen att ingå avtal om bedrivande av alternativ förskoleverksamhet. Vid ett entreprenadförhållande kvarstår kommunen som huvudman för verksamheten och ansvarar för denna i samma utsträckning som om den bedrivits i egen regi. Upphandling skall göras enligt LOU. Det är också kommunen som beslutar om avgiftsuttagen för prestationen, 2 a:10 SkolL.

Förskoleverksamhet kan även bedrivas helt i privat regi med enskild huvudman, förutsatt att denne erhållit de tillstånd för verksamhetens bedrivande som krävs. I dessa fall har kommunen möjlighet att utge bidrag till verksamheten enligt de förutsättningar som stadgas i ett samverkansavtal, även om någon skyldighet till detta inte föreligger, 2 a:17 SkolL. Det avgörande för om verksamheten skall klassificeras som en entreprenad med bibehållet kommunalt huvudmannaskap eller om verksamheten skall ses som en bidragsfinansierad enskild verksamhet, är om någon form av *uppdragsförhållande* kan anses föreligga mellan kommunen och den enskilde.

En särskild fråga är vilket förhållande som råder mellan förälder och kommun vid tilldelning av kommunal förskoleverksamhet. Att avgift erläggs för en plats som erhållits på grund av kommuns skyldighet att tillhandahålla barnomsorg, har inte ansetts utgöra ett avtalsförhållande i och med att den erlagda avgiften inte motsvarar den faktiska kostnaden för den subventionerade tjänsten. Frågan om rätten till barnomsorgsplats har heller inte ansetts kunna prövas i allmän domstol, *NJA 1983 s. 680.* Samtidigt har avgiftserläggandet ansetts grunda civilrättsliga förpliktel-

ser. 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 avtalsrättslig relation, *RÅ 1982 2:62*. Frågan har ställts på sin spets i *Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95)*, där HovR:s majoritet fann att även om det var ostridigt att barnomsorgsplats tilldelats enligt offentligrättslig lagstiftning och att avgift enligt fastställd taxa inte i sig kan bli föremål för avtal, det *i fråga om rätt att föra talan om återbetalning* av barnomsorgsavgift skulle anses föreligga ett ömsesidigt förpliktande avtal mellan förälder och kommun. Skälen till detta var att kommunen vid utebliven betalning skulle ha rätt att såväl väcka talan vid allmän domstol som att besluta om avstängning, och att möjlighet till överenskommelser mellan förskolepersonal och föräldrar föreligger. Det är dock osäkert hur långtgående slutsatser som kan dras av fallet. Dels anför domstolen att fallet rör fråga som utspelat sig innan reglerna om den kommunala avgiftsmakten skärptes genom införandet av 8:3 a och 3 b KL, dels konstaterar rätten att det utöver laglighetsprövning enligt 10 kap. KL inte finns någon möjlighet att föra talan vid förvaltningsdomstol. Detta kan alltså tyda på att rätten menar att utgången skulle kunna bli en annan om frågan skulle röra situation efter 1995 och att den omständigheten att frågan inte kan prövas i förvaltningsdomstol gör att den *måste* prövas i allmän domstol. Att förskoleverksamheten numera regleras i SkolL torde inte i någon större utsträckning förändra situationen eftersom bestämmelserna vad gäller skyldigheten att tillhandahålla barnomsorg och förutsättningarna för att ta ut avgifter härför i princip oförändrade flyttades från SoL till SkolL.

Skulle HovR:s resonemang följas fullt ut kan det dock få en mängd konsekvenser för liknande situationer. 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. En skevhet kan därmed uppstå om den tillhandahållna prestationen är subventionerad och den erlagda avgiften endast motsvarar en del av den faktiska kostnaden, t.ex. vid barnomsorgsavgift eller avgift för hemtjänst eller motsvarande. Hur stor del av hemtjänstavgiften skall t.ex. återgå om brukaren anser att städningen inte utförts på ett tillfredsställande sätt eller att det finns brister i den personliga omvårdnaden? Eftersom varje prövning då skulle avse det enskilda fallet torde följden kunna bli orättvisor inom brukarkollektivet i strid med likställighetsprincipen. Det mest korrekta vore kanske därför att det i förvaltningsrättslig

ordning fastställs vilka kriterier som skall gälla för reducering av avgift och i vilken utsträckning nedsättning skall ske i olika situationer.

Samtidigt kan kraven på *rättssäkerhet* anföras som ett stöd för en civilrättslig lösning. 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 taxa. Om talan om återbetalning av avgifter inte kan föras vid förvaltningsdomstol återstår endast en prövning vid allmän domstol. Situationen innehåller dessutom en mängd *avtalsrättsliga drag*, och ju större andel av den faktiska kostnaden för en tjänst som brukaren betalar, desto större blir likheten med ett avtalsrättslig förhållande. Det torde dock vara att gå för långt att hävda att fallet öppnar för möjligheten att väcka talan vid allmän domstol om rätten till *tilldelning* av förskoleplats, vilket trots allt är en offentligrättslig fråga där beslutet om tilldelning av plats utgör myndighetsutövning.

Även vad gäller äldre- och handikappomsorg samt missbruksvård ges möjlighet för kommunen att överlämna ombesörjandet av uppgifter inom området till enskilda, 4 § 3 st. SoL och 17 § 1 st. LSS. Här gäller samma principer som för överlämnande av förvaltningsuppgift i allmänhet. Det åligger därför kommunen att ansvara för att en viss tjänst tillhandahålls och att genom att utöva tillsyn över verksamheten förvissa sig om att den utförs på ett acceptabelt sätt. Överlämnande av myndighetsutövning kräver lagstöd, vilket t.ex. medges vad gäller tvångsvård enligt LVU och LVM. Vad gäller såväl entreprenadverksamhet som tillståndspliktig privat verksamhet har LSt rätt att utöva tillsyn över verksamheten.

För att tillgodose de behov som föreligger inom äldre- och handikappomsorgen är kommunen skyldig att inrätta särskilda boendeformer, t.ex. i form av servicehus. Servicetagaren hyr i dessa fall en lägenhet och tar efter i stor sett eget bestämmande olika serviceanbud i anspråk och erlägger vederlag för dessa enligt fastställda taxor. Även här torde såväl hyresfrågor som tvister om beställd service kunna angripas i allmän domstol under anförande av privaträttsliga regler. Till skillnad från vad som gäller inom förskoleverksamhet är det i dessa fall ofta själva boendet, där servicetagarna till viss del kan sköta sig själva, som är det centrala.

Sålunda har HovR som sista instans i *RH 1997:93* fastslagit att en obligatorisk serviceavgift för äldreboende i s.k. servicelägenheter skall anses utgöra hyra, dvs. en civilrättslig förpliktelse. Det hade härvid ingen betydelse att fullmäktige beslutat om avgiften. Utöver den ordinarie hyran betalade de boende en serviceavgift som beslutats av fullmäktige. Avgiften var obligatorisk och utkrävdes oavsett om de boende faktiskt utnyttjat nå-

gon av de erbjudna tjänsterna eller inte. Den service hyresgästerna hade tillgång till hade ett naturligt samband med äldreboendet. HovR fann därför att serviceavgiften var att anse som ersättning för upplåtelsen av de i målet aktuella lägenheterna, dvs. hyra. En möjlig slutsats kan vara att förhållandet mellan kommunen och de som är mottagare av kommunala tjänster i allt större utsträckning präglas av ett avtalsrättsligt synsätt.

De avtal som ingås på plan- och bygglagstiftningens område är av mångskiftande karaktär. Eftersom direkt lagstöd för ett avtalsingående många gånger saknas härleds rätten att ingå avtal indirekt ur den allmänna kompetensen eller ur kommunernas planmonopol. Avtalsingåendet måste även här hålla sig inom de ramar som generellt sätts för kommunernas verksamhet och som följer av uppdragna principer. Avgifter etc. får inte tas ut utöver vad som medges enligt författning, se *RÅ 1968 ref. 8* och *RÅ 1978 2:36*.

Avtal om parkeringsköp ingås mot bakgrund av det krav på anordnande av parkeringsutrymme som uppställs i 3:15 1 st. 6 p. och 3:16 1 st. PBL. De anses vara giltiga enligt förarbeten, praxis och doktrin och rätten att ingå avtalen grundar sig på den allmänna kompetensen i 2:1 KL. Om det inte finns någon annan möjlighet att anordna parkeringsplatser måste fastighetsägare, för att bygglov skall meddelas, ingå avtal med kommunen om att köpa erforderligt antal platser i av kommunen ägd parkeringsanläggning, alternativt förplikta sig att bidra till finansieringen av sådan anläggning. Det kan i dessa fall finnas viss risk för att otillbörliga hänsyn tas och för en sammanblandning av kommunens offentligrättsliga ställningstaganden och dess möjlighet att ingå avtal, eftersom beviljandet av bygglov utgör myndighetsutövning medan själva avtalsingåendet är en civilrättslig handling. Det är därför av stor vikt att det erforderliga antalet platser på ett tidigt stadium fastställs genom att kommunen antar vilken parkeringsnorm som skall gälla för ett visst område. Det blir då enkelt att veta hur många parkeringsplatser som krävs för att bevilja bygglov i det enskilda fallet och risken för en ojämlik behandling av olika fastighetsägare minskar.

Genom kommunens planmonopol är byggnadsnämnd eller liknande huvudman för detaljplaneringen. Den ersättningsnivå som medges enligt 11:5 PBL är emellertid ganska låg. Eftersom det är såväl tidskrävande som dyrt att arbeta fram detaljplanering ingås ofta *plankostnadsavtal*. När avtalen upprättas görs en bedömning av vilken tid som åtgår för upprättande av plan och drivande av denna till fastställelse samt den intäkt som kan förväntas genom PBL:s planavgift. Kommunerna får därigenom en

överblick över sina faktiska kostnader och intäkter. Lagligheten av plankostnadsavtal måste bedömas utifrån såväl PBL, KL, FL och AvtL som eventuella konkurrensaspekter i och med kommunens planmonopol. Av motiven till PBL framgår att plankostnad kan uttas genom exploateringsavtal. Kommunens motpart ses i dessa fall i regel som en utomstående uppdragsgivare som skall ersätta faktiska kostnader för den detaljplan som kommunen arbetar fram. Om inget separat avtal tecknas faller planavgiften ut när bygglov beviljats. Planavgiften beräknas då utifrån av fullmäktige beslutade taxenormer. Kommunen får dock inte fastställa taxenormer eller ta ut avgifter utan lagstöd. Där exploatören bekostar planarbetet får ingen planavgift tas ut.

Inte heller genomförandeavtal regleras direkt i någon författning utan vilar indirekt på det kommunala planmonopolet. Vanligen ingås exploateringsavtal i de fall fastighetsägare äger den aktuella marken, men det kan även, i de fall kommunen äger marken, röra sig om markupplåtelseavtal. Det sistnämnda fallet ses i regel som ett slags entreprenadförhållande som i huvudsak är underkastat civilrättsliga regler. Vid genomförandeavtal begränsas kommunens handlingsfrihet bl.a. av såväl PBL som AvtL.

Det torde inte råda någon tvekan om att kommunen i ett genomförandeavtal kan uppställa de villkor som den enligt författning har rätt att uppställa. Samtidigt har kommunen inte någon möjlighet att avvika från tvingande regler, t.ex. avseende uttagande av avgifter enligt fastställd taxa. Avtal om ett högre avgiftsuttag än vad som föreligger enligt lag är ogiltiga utifrån det offentligrättsliga regelverket och medför därför ingen bundenhet för kommunens motpart, RÅ 1968 ref. 8, RÅ 1975 Ab 487 och RÅ 1978 2:36. Ett sådant ogiltigt avgiftsuttag medför att avtalet blir olagligt även utifrån avtalsrättsliga regler, NJA 1980 s. 1. Inte heller har fastighetsägare ansetts behöva gå med på att erlägga exploateringskostnad långt innan någon sådan betalningsskyldighet inträtt enligt lag, JO 1982/83 s. 385. Det är dock inte så vanligt att sådana frågor prövas, då det oftast ligger i exploatörens eget intresse att avtalet genomförs. I denna och liknande situationer uppstår ett förhållande där giltighetsbedömningen skiljer sig åt beroende på vilket förfaringssätt som valts. Om kommunen väljer att "precisera" del av ersättningen som avgift och denna överskrider vad som är tillåtet enligt lag, är den ogiltig. Om däremot den s.k. oskäliga avgiften bakas in i köpeskillingen, utan att närmare preciseras, kan det vara svårt att bedöma om avtalet är ogiltigt.

På plan- och bygglagstiftningens område kan frågan om bindande av

framtida myndighetsutövning aktualiseras. En fråga blir nämligen om ett genomförandeavtal i visst fall kan innebära att kommunen bundit sin framtida myndighetsutövning, eftersom ett villkor som i allmänhet uppställs är att avtalet görs beroende av att detaljplan vinner laga kraft. Även om det inte finns någon sådan formell skyldighet för kommunen att fatta beslut om detaljplaneändring i enlighet med genomförandeavtalet, kan det i praktiken vara så att beslut *måste* fattas i enlighet med avtalet. Alternativet skulle ju vara att hela ärendet förfaller, då kommunen i de flesta fall inte har någon ekonomisk möjlighet att själv utföra exploateringen. Kommunen har dock ingen möjlighet att i avtalet förplikta sig att fatta en viss typ av beslut, eller att särbehandla avtalsparten genom att förplikta sig att inte bevilja olika typer av tillstånd för andra än avtalsparten inom det aktuella området. Frågor om planläggning etc. utgör ett s.k. obligatoriskt huvudmannaskap för kommunen och i olika stadganden i PBL finns ett antal mer eller mindre preciserade åligganden. PBL innehåller såväl stadganden för hur långt detaljregleringen får gå vid planläggning som regler för samråd, utställning m.m. av detaljplan. Dessa har kommit till för att garantera medborgarinsyn och en möjlighet att påverka utformningen av planerna. En framtida bindning från kommunen skulle därför inte vara förenlig med lagstiftningens syfte, RÅ 1967 ref. 25 och RÅ 1991 ref. 59.

Kapitel 6

Under vilka förutsättningar blir kommunen bunden av ett ingånget avtal?

6.1 Relationen mellan begreppen kompetens, behörighet och befogenhet

En källa till förvirring är den terminologi som används avseende det allmännas kompetens att ingå avtal. Termerna kompetens, behörighet och befogenhet används ofta på ett inkonsekvent sätt i såväl litteratur som praxis. Detta gäller inte bara på det offentligrättsliga området; även inom det avtalsrättsliga respektive det aktiebolagsrättsliga området används begreppen behörighet och befogenhet på ett olikartat sätt. När det gäller kommunens avtalsingående förefaller det lämpligast att endast använda begreppen kompetens och befogenhet. Även om begreppsparet behörighet[1] och befogenhet[2] förvisso förekommer i kommunallagen, används begreppen i första hand på det civilrättsliga området.[3] Eftersom ställningsfullmakt grundar sig på ett – i allmänhet civilrättsligt – anställningsförhållande kommer termerna behörighet och befogenhet här att användas i samband med såväl ställningsfullmakt som situationer där kommunen gett någon en fullmakt att rättshandla.

---

1 Se t.ex. 3:3 c KL, som reglerar kommuners och landstings möjligheter att fullgöra uppgifter genom en gemensam nämnd.

2 Se t.ex. rubriken i 2 kap. KL, 2:4, 3:3 c och 10:8 1 st. 3 p. KL. Se även lagen om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet och lagen om vissa kommunala befogenheter i fråga om sysselsättning för handikappade.

3 Att redogöra för vad som eventuellt utgör behörighet respektive befogenhet inom kommunalrätten är en uppgift som förmodligen i sig utgör föremål för en ingående undersökning. Jfr t.ex. Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997.

6.1.1 Begreppet kompetens på det kommunala området

Under avsnitt 5.1 ovan berörs det allmännas *kompetens att ingå avtal* och vari kompetensen grundas. Kompetensen ses ytterst som ett utslag av det allmännas myndighet att – med stöd av lagstiftning och offentligrättsliga principer – ensidigt bestämma enskildas rättsförhållanden, men kan även grunda sig på att det allmänna i egenskap av juridisk person äger fast egendom och uppträder som part på det privaträttsliga området. Utgångspunkten är dock att varje myndighet som ingår ett avtal måste ha *direkt* eller *indirekt* stöd för detta och att kompetensen därmed är beroende av lagstadganden, de anslag som finns för ändamålet och de villkor som knyts till dessa, samt de anvisningar och instruktioner som lämnats av högre myndigheter.

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. I enlighet med vad *Boe* skrivit *kan* ett avtal komma att sakna offentligrättsliga rättsverkningar i t.ex. följande situationer.[4]

- Om kommunen saknat *materiell kompetens* att ingå avtalet i fråga, t.ex. att beslutet att ingå avtalet inte ligger inom ramen för den kommunala kompetensen eller speciallagstiftningen.
- Om den som fattat beslutet om att ingå avtalet *saknat befogenhet* att göra detta.
- Om den sakliga bedömningen inte utförts på rätt sätt, t.ex. *åsidosättande* av sådana *offentligrättsliga principer* som borde ha beaktats.
- Om kommunen i det aktuella fallet har en särskild *rätt att frångå* avtalet, t.ex. genom att ett fatta nytt beslut som upphäver förutsättningarna för avtalet.

Efter en genomgång av vad begreppen behörighet och befogenhet innebär inom avtalsrätten respektive aktiebolagsrätten följer en analys av de kommunala organen och organföreträdares kompetens att fatta beslut och ingå avtal samt betydelsen av den enskildes goda tro. Vidare analyseras när ställningsfullmakt kan tänkas binda kommunen och om det med hänsyn till de kommunala organens uppbyggnad är möjligt att göra ana-

[4] Se Boe 1993 s. 816 f.

logier från när bundenhet föreligger i aktiebolagsrättsliga förhållanden. Därefter analyseras under vilka förutsättningar bundenhet uppstår för kommunen. Slutligen behandlas frågan om vid vilken tidpunkt avtalsbundenhet uppstår.

6.1.2 Behörighet och befogenhet inom avtalsrätten

Ur ett avtalsrättsligt perspektiv är frågan om när en fullmäktig kan binda en huvudman ganska klar.[5] Även på det aktiebolagsrättsliga området är fullmaktsreglerna utförligt belysta.[6] Den kommunala förvaltningsorganisationen påminner om ansvarsfördelningen mellan styrelse och bolagsstämma i ett aktiebolag.[7] 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 offentligrättsliga regelverket. Civilrättsliga regler kan dock i viss utsträckning läggas till grund för rättsverkningarna när en företrädare för kommunen överskridit sin kompetens att ingå avtal.

Inom avtalsrätten menar man med *behörighet* situationen 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.

Enligt avtalsrättsliga regler medför behörighetsöverskridanden att avtalet inte blir giltigt, men som en utgångspunkt måste medkontrahentens goda tro i de allra flesta fall av kompetensöverskridanden från kommu-

---

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

[6] Se Åhman 1997.

[7] Se även Kleineman 1994–95b s. 942 f., Dotevall 1998 s. 262 ff. och Åhman 1997 s. 334, även om den sistnämnde i och för sig hävdar att det är aktiebolagens olika organ som påminner om den kommunala organisationen. Jfr SOU 1994:136 s. 150 f. och s. 181 f.

nens sida leda till att skadeståndsskyldighet uppstår. Företrädare för en offentlig myndighet eller en kommun måste anses ha de största förutsättningarna att veta när de håller sig inom de ramar som de författningar, instruktioner eller andra beslut som reglerar deras verksamhet, medger. I brist på klara regler som uttryckligen säger något annat torde god tro hos den enskilde rimligen leda till en civilrättslig bundenhet i form av att ersättning skall utgå, även om de offentligrättsliga begränsningarna leder till att avtalet som sådant vilar på ogiltig grund och därför inte kan genomföras. Åtminstone gäller detta i fråga om den personella kompetensen, dvs. *vem* som har befogenhet att binda kommunen.

6.1.3 Behörighet och befogenhet inom aktiebolagsrätten

Enligt 8:14 ABL regleras när de rättshandlingar som bolagsföreträdare – styrelsen, verkställande direktör eller särskild firmatecknare – företagit för bolagets räkning inte skall gälla mot detta.[8] 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 bolagsföreträdarnas *be-*

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

fogenhet avses den rätt att *agera* för bolagets räkning som följer av förhållandet mellan bolaget och bolagsföreträdaren.[9] Se närmare avsnitt 6.4.

---

[9] Se närmare Nerep, *Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet*, 1994 avsnitt 2.2 och 2.3 och Åhman 1997 kapitel 4, bl.a. s. 158, s. 161 och s. 289 f. Se även *Kedner och Roos*, vilka betonar att terminologin behörighet-befogenhet inte är ändamålsenlig i aktiebolagsrättsliga sammanhang, men att fullmaktsläran kan vara ett stöd för tanken. Se Kedner & Roos, *Aktiebolagslagen. Del 1*, 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*, 1997 s. 89 not 50. Terminologin förekommer heller inte i artikel 9 det första bolagsrättsdirektivet 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen, det s.k. publicitetsdirektivet, varpå 8:14 ABL bygger. Direktivet behandlar först och främst frågor om överskridande av verksamhetsföremålet och av befogenhetsinskränkningar som beslutats av bolaget. *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. Artikel 9 2 st. publicitetsdirektivet klargör att medlemsstat i viss utsträckning kan använda ultra vires-metoden, genom att lagstifta om att rättshandling som bolaget företagit innebär ett kompetensöverskridande i förhållande till ondtroende tredje man, om bolaget överskridit *syftet med sin verksamhet*, t.ex. att bank ägnat sig åt att bygga småhus. "Dette kan udtrykkes således, at i det indre forhold (bemyndigelsen) er dét at handle ultra vires altid udtryk for en kompetanceoverskridelse, idet den interne bemyndigelse er overskredet, med i det ydre forhold (legitimationen) er dét at handle ultra vires som hovedregel ikke udtryk for en legitimationsoverskridelse, men hvis staternes lovgivning foreskriver det, er det en legitimationsoverskridelse, som medfører ugyldighed over for en kvalificeret ondtroende medkontrahent." Se Werlauff 1995 s. 797. Ultra vires-doktrinen förefaller dock inte ha vunnit gehör i ABL. Även i engelsk bolagsrätt, varifrån den ursprungligen är hämtad, är läran numer principiellt överspelad. Den pekar dock på en distinktion som är av betydelse även i modern svensk rätt, nämligen att en juridisk persons *rättskapacitet* kan skilja sig från dess företrädares *behörighet*. Dvs. 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. Se Åhman 1997 s. 241 f. och där anförd litteratur. Bolagets verksamhetsområde är dock ett så oklart kriterium för rättshandlingsförmågan att det i modern bolagsrätt anses finnas ett ganska begränsat utrymme för ultra viresdoktrinen. Se Werlauff 1995 s. 810. Se även Nerep 1994 s. 23 f.

6.2 Kommunala organs och organföreträdares kompetens att fatta beslut och ingå avtal

6.2.1 Kommunala organföreträdare

Såväl privata som offentliga juridiska personer måste företrädas av någon fysisk person. Det finns härvid 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 kontrahenterna "vet" att den juridiska personen blir bunden av företrädarens avtalsingående, skulle det bli alltför komplicerat och osäkert att rättshandla med juridiska personer.[10] Som konstaterats ovan reglerar det offentligrättsliga regelverket en kommuns möjligheter att fatta beslut eller rikta rättshandlingar mot enskilda. Därutöver bestämmer de civilrättsliga regelverken de närmare förutsättningarna för de rättsverkningar som uppstår till följd av att avtal ingåtts av representanter för kommunens räkning.

I kapitel 5 gavs några exempel på områden där avtal kan ingås. Som framkom är huvudregeln att materiella fel, som strider mot de principer som begränsar den kommunala kompetensen att ingå avtal på det specialreglerade området eller inom ramen för det frivilliga området, i regel leder 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.[11] Skälet till detta är rättsskyddet för den enskilde gentemot det allmänna. Synsättet skiljer sig således från det privaträttsliga där huvudregeln[12] 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. Frågan om *vem* som har kompetens att ingå avtal för en kommuns räkning har främst ansetts böra bedömas utifrån de offentligrättsliga reglerna, varför t.ex. den avtalsrättsliga fullmaktsläran inte ansetts vara tillämplig på relationen.[13] Ett problem vid bedömningen är att de båda regelverken inte

---

[10] Se Kleineman 1994–95b s. 941.

[11] Man har därför i bl.a. norsk praxis varit restriktiv vad gäller att godkänna rättshandlingar som vidtagits av obehöriga kommunala instanser. Se t.ex. Rt 1971 s. 228, Rt 1981 s. 462 och RG 1973 s. 211. Se även NOU 1995:17 s. 54 och Kristiansen 1997 s. 180 ff.

[12] Se t.ex. 10 § 2 st. AvtL och 8:14 1 st. 2 p. ABL.

[13] Se även Hov 1993 s. 397 f. samt Graver 1996 s. 106 och s. 119 f.

är helt kompatibla, vare sig vad gäller offentligrättsliga kompetensregler i förhållande till privaträttsliga kompetensregler eller offentligrättslig ogiltighet i förhållande till privaträttsliga ogiltighetsregler.[14] Frågan uppstår då hur man skall se på förhållandet mellan regelverken och vilka regler som blir av betydelse vid en bedömning av kompetensfrågan.

För det första kan man se de offentligrättsliga principerna som "lex specialis" i förhållande till de civilrättsliga reglerna.[15] Med ett sådant synsätt skulle man alltid *i första hand* behöva tillämpa de offentligrättsliga reglerna så snart det allmänna uppträder i ett förhållande. Ett problem är då att de offentligrättsliga reglerna vanligtvis tar sin utgångspunkt i myndighetsutövning mot de enskilda. Eftersom myndighetsutövning endast aktualiseras vid ensidiga beslut befinner vi oss vid avtalsingående således utanför det kärnområde för vilka reglerna huvudsakligen är tänkta att användas. Det är därför i denna situation tveksamt om det är lämpligt att *enbart* utgå från det offentligrättsliga regelverket. Samtidigt kan det leda lika fel att oreflekterat använda civilrättsliga regler – t.ex. regler om ställningsfullmakt eller analogier från aktiebolagsrättsliga firmateckningsregler – på det kommunala området, dvs. utanför det kärnområde de är avsedda för.

Om det föreligger ett fel som medför att kommunen inte blir offentligrättsligt bunden av ett beslut att ingå avtal, kan resultatet bli att motparten lider en ekonomisk förlust. Det kan i dessa fall vara näraliggande att kräva ersättning av kommunen. Då en sådan fråga inte kan prövas i förvaltningsrättslig ordning återstår endast en prövning i allmän domstol. I likhet med vad som bl.a. anfördes under avsnitt 4.5 in fine och avsnitt 5.1, måste man i den här situationen skilja mellan beslutet att ingå avtal och själva avtalet, dvs. mellan de interna och de externa effekterna av kommunens och dess företrädares handlande. På så sätt skulle såväl offentlig- som civilrättsliga regler kunna tillgodoses. Som ett argument mot ett sådant synsätt har dock anförts att en konsekvens måste bli att förvaltningsrättslig ogiltighet knuten till kommunens beslutsprocess *inte* leder till att kommunen fullt ut är obunden i de fall de privaträttsliga reglerna ger ett annat resultat. En följd av detta skulle bli att de civilrättsliga reglerna skulle *dominera* och leda till samma rättsföljder som om man redan från början anlagt ett rent privaträttslig synsätt. En annan följd anses vara att de kommunalrättsliga reglerna i så fall endast begränsas till interna rättsverkningar medan de externa effekterna regleras av de civil-

[14] För den sistnämnda frågan se närmare kapitel 7.

[15] Se även Kristiansen 1997 s. 184 f.

rättsliga ersättningsbestämmelserna.[16] Ett sådant ersättningsansvar skulle, vad gäller kostnaderna, delvis försätta kommunen i samma ekonomiska situation som om den var offentligrättsligt bunden av utfästelsen. De offentligrättsliga ogiltighetsreglerna skulle därmed motverkas och förlora sin effekt.[17]

Det bör dock erinras om att de förvaltningsrättsliga ogiltighetsreglerna, förutom att se till det allmännas bästa, till stor del är tänkta som en rättssäkerhetsgaranti till förmån för den enskilde, dvs. en annan situation än avtalsförhållanden. Det måste därför föra för långt att använda offentligrättslig ogiltighet som ett sätt att utesluta rätt till ersättning. Dessutom kan ju även skadeståndsansvar föreligga vid felaktig myndighetsutövning. Det måste enligt min mening därför vara fel utgångspunkt att hävda att ersättningsregler *urholkar* de offentligrättsliga kompetens- eller ogiltighetsreglerna. Endast om utgångspunkten är att ersättning alltid skall ske enligt det positiva kontraktsintresset skulle man med visst fog kunna hävda ett urholkande av de offentligrättsliga kompetens- eller ogiltighetsreglerna. Det kan dessutom vara så att möjligheten att ersättning kan komma att utkrävas gör att kommunens företrädare tänker sig för innan de företar en rättshandling som kan tänkas vara kompetensöverskridande.

---

[16] Se Kristiansen 1997 s. 185 f. Se även det ovan berörda rättsfallet *Rt 1991 s. 858*, ett avtalsrättsligt synsätt kunde inte läggas till grund för avgörandet eftersom återkravet på erlagda barnomsorgsavgifter rörde en subventionerad service. Se även *Rt 1994 s. 400*, där rätten inte tog ställning till om ett civilrättsligt förhållande förelåg.

[17] Se Kristiansen 1997 s. 170 och s. 253–262 samt den rättspraxis som redovisas. I *Rt 1992 s. 1642* fann rätten att en utfästelse var ogiltig eftersom något slutligt avgörande i kommunen inte fattats. Däremot fann rätten att motparten hade rätt till ersättning för den förlust som uppstått till följd av att motparten, en bank, förlitat sig på ordförandens utfästelse. Kommunen anförde att ett sådant resultat skulle innebära "en omgåelse av de rettsregler som regulerer kommunale organers myndighetsutøvelse, og som i dette tilfelle medfører at kausjonserklæringen er uforpliktende for kommunen". Rätten menade dock 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. *I klara fall av kompetensöverskridande* har dock inte någon ersättning ansetts kunna utgå utan att effekterna av de kommunala kompetensreglerna naggas allt för hårt i kanten, se *Rt 1995 s. 1688*. Inte heller av ordförande lämnad garanti om panträtt utan stöd i beslut fattat av rätt instans har ansetts kunna medföra rätt till ersättning – även om långivaren saknade vetskap om de omständigheter som låg till grund för ogiltigheten – trots att ordföranden borde ha insett att han överskred sin kompetens, se *RG 1994 s. 117*. Trots oaktsamhet ansågs inte ersättning böra utgå eftersom de ekonomiska effekterna av de kommunala kompetensreglerna skulle kunna urholkas.

Ett sätt att lösa problemet kan vara att i det enskilda fallet göra avvägningar mellan de olika regelverken utifrån de intressen som föreligger. Hur långt kommunens bundenhet sträcker sig blir beroende av en helhetsbedömning där avtalets innehåll i sig är av stor vikt, men även de faktiska omständigheterna vid avtalets ingående samt förhållandet om parterna inrättat sig efter avtalet utgör viktiga omständigheter. Således *kan*, till skillnad från vad som gäller vid avtal mellan enskilda, krav på likhet och saklighet *vara av betydelse* när ett avtal används på det offentligrättsliga området.

Det har ansetts finnas två faktorer av betydelse vid bedömningen av om en kommun är bunden av en utfästelse. Den första avser hur omfattande kompetensöverskridandet är. Ju större detta är desto större anledning att anse att kommunen skall vara obunden. Den andra blir beroende av vilka möjligheter motparten hade att inse kompetensöverskridandet, dvs. ett godtrosresonemang.[18]

Med det system vi har i Sverige, med såväl allmänna domstolar som förvaltningsdomstolar, kan en bedömning av om det allmänna överhuvud haft möjlighet att ingå avtal på det aktuella området först komma att göras *utifrån en offentligrättslig bedömning* i förvaltningsdomstol. Kommunen måste alltså ha haft rätt att ingå den aktuella typen av avtal och den som ingått avtalet måste ha haft rätt att göra det för kommunens räkning. Därefter får man skilja på de offentligrättsliga rättsverkningar som uppstår till följd av ett beslut att ingå avtal förklarats ogiltigt vid en laglighetsprövning, och de civilrättsliga rättsverkningar som kan uppkomma vid en bedömning av avtalet i allmän domstol, t.ex. skadestånd till den enskilde motparten. Först vid en prövning i allmän domstol blir en helhetsbedömning aktuell, där såväl offentligrättsliga som civilrättsliga regler vägs in i bedömningen, för att på så sätt värdera den enskilde motpartens goda tro avseende kompetensöverskridandet.

Vid bedömningen av de civilrättsliga rättsverkningarna av om kommunen ägt kompetens att ingå ett avtal eller om ett kommunalt organ haft befogenhet att ingå ett avtal för kommunens räkning, torde bedömningen av tredje mans goda tro ta sin utgångspunkt i de särskilda regler som styr kommunens verksamhet. 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.

Den svenska avtalsrätten utgår från den s.k. *tillitsprincipen*. Denna

[18] Se bl.a. Zahle 1989 s. 398 f., Kjellevold 1995 s. 315 och Kristiansen 1997 s. 187.

innebär att en part vid ett avtalsingående skall kunna lita på motpartens viljeförklaring. En naturlig begränsning blir emellertid att avtalsparten inte *insåg eller bort inse* bristen i överensstämmelse mellan viljeförklaringen och den bakomliggande viljan. Inom förvaltningsrätten är *legalitetsprincipen* vägledande. Den innebär att myndigheter och tjänstemän inte fritt kan disponera över den offentliga rätten. Den enskilde *kan* i enlighet härmed få bära risken av sin ovetskap om ett kompetensöverskridande till följd av ett åsidosättande av rättsreglernas innehåll eller någon annan felaktighet begången av någon företrädare för det allmänna.

En fara med en alltför stark fokusering på "graden av kompetensöverskridande" är att den enskilde kan komma att få bära en för stor del av risken. Skulle en tjänsteman grovt ha överskridit sin kompetens vid avtalsingående leder ett sådant resonemang till ogiltighet. Det är inte säkert att den slarvige tjänstemannen kan straffas för tjänstefel eftersom kriteriet för detta är att felet begåtts *vid myndighetsutövning*, 20:1 BrB, dvs. inte vid avtalsingående. Detsamma gäller för de skadeståndsrättsliga reglerna enligt 3:2 SkL. Möjligheterna till ersättning för felet torde vid en strikt tillämpning enligt det offentligrättsliga perspektivet i så fall vara stängda. Detsamma *kan* bli följden ur ett avtalsrättsligt perspektiv om felet varit så grovt att den enskilde avtalsparten *bort inse* detta och därför inte kan anses ha varit i god tro. Genom detta skulle den enskilde i värsta fall få bära hela risken för ett kompetensöverskridande, medan kommunen, trots att en del av ansvaret för felet även vilar hos den kommunala företrädare som ingått avtalet, skulle slippa betala förlust som drabbat den enskilde till följd av kompetensöverskridandet. Å andra sidan är det så att *om* part *insett eller bort inse* kompetensöverskridandet finns det som regel ingen anledning att skydda denne genom att tillerkänna honom rätt till ersättning.[19] Vilka aktsamhetskrav – dvs. vad som bör krävas för att part skall anses vara i god tro – som bör uppställas är en annan sak. En tänkbar utgångspunkt kan 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 när det gäller interna delegeringar av beslutsrätten etc. I det följande skall därför redogöras för uppbyggnaden av de kommunala organen och deras kompetens att fatta beslut och att ingå avtal.

[19] Jfr dock undantaget i 8:14 2 st. 2 p. ABL, vilket berörs nedan.

6.2.2 De kommunala organens kompetens att fatta beslut

Även om lagstiftningen till stor del är gemensam för verksamheten i stat och kommun, t.ex. sekretesslagen och förvaltningslagen, finns det också skillnader. En kommun är i större utsträckning än staten mer direkt styrd av politiker, vilket bl.a. medför att tjänstemännens roll skiljer sig mellan de båda sektorerna.[20] Den expansion av den kommunala sektorn som ägt rum under seklets senare hälft har till viss del medfört att beslutsfattande flyttats över från de folkvalda politikerna till de anställda tjänstemännen.[21]

Fördelningen mellan de olika kommunala organen kan kort beskrivas enligt följande.[22] I 1:7 RF stadgas att den primära beslutanderätten i kommunen tillkommer kommunfullmäktige. Enligt 3:9 1 st. KL beslutar fullmäktige i ärenden av principiell beskaffenhet eller i andra ekonomiska frågor som är av större vikt för kommunen. Detta innebär bl.a. att fullmäktige skall besluta om alla förmögenhetsförfoganden 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 av annan än fullmäktige.[23] Frågor av sådan beskaffenhet är enligt 3:10 1 st. KL heller inte möjliga att delegera till något annat organ inom kommunen. Mindre viktiga frågor har ansetts kunna beslutas av nämnder eller av tjänstemän, se t.ex. NJA 1977 s. 25.[24]

Enligt 1:8 RF ombesörjer de kommunala förvaltningsmyndigheterna den kommunala förvaltningen. Förvaltningen leds av kommunstyrelsen

---

[20] Se Warnling-Nerep 1995 s. 153 f.

[21] Se även Bejstam 1997 s. 15.

[22] För en närmare redogörelse för funktionsfördelningen mellan fullmäktige och nämnder, se Warnling-Nerep 1995 avsnitt 2.2 och Bohlin 1998 avsnitt 2.4.

[23] 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.

[24] Se även *NJA 1924 s. 458* som rörde leveransavtal av kol till en stads gasverk. Gasverksföreståndaren saknade enligt sin instruktion befogenhet att ingå avtalet, men med hänsyn till den *ställning* han hade i förhållande till gasverksstyrelsen ansågs avtalet bindande för staden. Han hade tidigare fått ingå omfattande inköpsavtal vilka sedan godkänts av styrelsen.

respektive förvaltningsutskottet, vilka i likhet med de olika nämnderna har till uppgift att bereda och verkställa fullmäktiges beslut.[25]

[25] Genom ett avtal hyrde en tennisklubb lokal av ett företag som äger och driver sport- och motionsanläggningar. Avtalet villkorades av att kommunen tecknade borgen för tennisklubbens förpliktelser enligt avtalet. Fritidsnämnden hade innan avtalet undertecknades beslutat föreslå kommunfullmäktige att teckna kommunal borgen som säkerhet för de förpliktelser som åvilade klubben enligt avtalet. Kommunstyrelsen beslutade efter avtalets undertecknande att föreslå kommunfullmäktige att bemyndiga kommunstyrelsen teckna kommunens borgen som säkerhet för de förpliktelser som förelåg enligt avtalet. Kommunfullmäktige beslutade i enlighet med framställningen. Kommunstyrelsen fattade dock inte därefter, med stöd av bemyndigandet i fullmäktiges beslut, 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 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 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. Kommunstyrelsens uppgift blir snarast att uppfatta som en verkställighet av beslutet. Företaget borde därför ha visst fog för sitt anspråk, även om kommunstyrelsens underlåtenhet att agera medfört att det sista steget för att formell bundenhet skulle ha uppstått saknades. Om fullmäktiges beslut kan uppfattas som en delegering av beslutsrätten till styrelsen i den aktuella frågan, är det så att fullmäktige, fram tills dess att styrelsen fattat beslut, har rätt att återta den delegerade beslutanderätten. I så fall skulle kommunen undgå bundenhet. I skiljedomen som meddelades i Malmö den 2 juli 1996 avvisade dock skiljenämnden talan då den inte ansåg sig vara behörig att pröva tvisten eftersom giltigheten av borgensförbindelsen inte gällde fråga som hänförde sig till avtalet.

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.[26] När det gäller åtaganden enligt bemyndiganden i lagar och förordningar, t.ex. 4 § 1 st. 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[27] – 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. I enlighet med vad som gäller för ett aktiebolags olika organ fattar de kommunala organen inte beslut *för* kommunens räkning utan *i egenskap av del av kommunen*.

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.[28] 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 nämnd-

---

[26] Fullmäktige ansågs därför i *RÅ 1981 Ab 381* ha överskridit sin befogenhet genom att anta riktlinjer för byggnadsnämndens agerande vid tillståndsgivning inom kommunens områden för fritidsbebyggelse. Riktlinjerna innebar bl.a. en inskränkning i förhållande till gällande byggnadsplan.

[27] Bl.a. råder viss osäkerhet om möjligheterna att delegera fastställandet av taxor. Se *RÅ 1994 ref.* 72, där fullmäktige fattat beslut som innehållit riktlinjer för kollektivtrafiktaxa. Trafiknämnd ansågs här behörig att fatta beslut om taxan inom ramen för de givna riktlinjerna, eftersom nämndens beslut snarast var att se som ett fullföljande av fullmäktiges riktlinjer. Se även Warnling-Nerep 1995 s. 159 f. och Bohlin 1998 s. 41.

[28] Se Kaijser 1972 s. 69.

beslut.[29] En *uppgiftsöverföring* från nämnd till enskild kräver i princip fullmäktigebemyndigande. Vid upphandling och entreprenader kan det på grund av uppdragens art ligga i sakens natur att enskildas tjänster tas i anspråk. Om inte fullmäktige ingår eller godkänner avtalen är det den avtalsslutande nämnden som ansvarar för både avtalets innehåll och fullgörelse.[30]

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 reglerna om offentlig upphandling som ytterligare en begränsning av handlingsfriheten. Ett åsidosättande av någon av dessa offentligrättsliga begränsningar kan leda till att beslutet att ingå ett avtal blir ogiltigt och därmed saknar offentligrättsliga rättsverkningar.[31]

I *RÅ 1961 I. 3* ansågs drätselkammare inte vara befogad att på egen hand ändra ett av fullmäktige godkänt avtal. Kommunfullmäktige ansågs i ett annat fall, *RÅ 1979 Ab 15*, inte genom principuttalande om ändrat användningssätt av befintliga byggnader få ingripa i byggnadsnämnds ärendehandläggning. Kommunfullmäktige har dock ansetts få göra principuttalanden om den riktning i vilken utbyggnaden av en tätort bör ske, *RÅ 1979 Ab 51*. Ett sådant uttalande har ingen förpliktande rättslig verkan. Likaså ligger uttalanden om att kraftiga skogsavverkningar kan ändra förutsättningarna för fritidsbebyggelse enligt kommunöversikten inom kommunalfullmäktiges befogenhet, *RÅ 1979 Ab 132*. Ett sådant uttalande kan nämligen inte ges vidare innebörd än

---

[29] Se även Kaijser & Riberdahl 1983 s. 277. I ett fall hade en tjänsteman med stöd av fullmäktige beslutad personalorganisation utan särskilt nämndbemyndigande sagt upp ett av honom för kommunen (skoldirektionen) ingått upplåtelseavtal. Oavsett om uppsägningen verkställts av behörig företrädare för direktionen underkändes den i *NJA 1978 s. 389* som exekutionstitel eftersom reglerna om uppsägning av hyresavtal i 12 kap. JB inte iakttagits. I *RÅ 1978 Bb 40* avvisades kommunalbesvär över samma uppsägningsbeslut eftersom "beslutet" utgjorde en vanlig tjänsteåtgärd om uppsägning av avtal, fattad av en tjänsteman till vilken inte delegerats någon rätt att fatta beslut på skoldirektionens vägnar.

[30] Se Kaijser & Riberdahl 1983 s. 264 f.

[31] 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 kommunalt organ som har rätt att sluta avtalet. LOU gäller därför inte vid s.k. intern upphandling inom ramen för en beställar-utförarmodell. Det är ju här inte fråga om något egentligt avtal utan om en reglering inom ett och samma rättssubjekt. För att LOU skall bli tillämplig krävs att avtal ingås mellan två olika parter.

en påminnelse om att en kraftig skogsavverkning kan komma att radikalt förändra markens användbarhet för fritidsbebyggelse, och om byggnadsnämndens härav betingade framtida ställningstagande.[32]

I *SvJT 1973 rf s. 83* sökte en kommun lagfart med anledning av förvärv av en mindre fastighet. Enligt reglemente som antagits av fullmäktige ägde kommunstyrelse utan fullmäktiges särskilda bemyndigande förvärva fastigheter för ett värde upp till ett visst fastställt kvadratmeterpris. Köpehandlingarna hade för kommunstyrelsens räkning undertecknats av styrelsens ordförande och fastighetschefen, vilka enligt reglementet hade befogenhet till detta. Inskrivningsmyndigheten uppsköt ärendet och förelade kommunen att senast viss dag komplettera ärendet med beslut av kommunfullmäktige att förvärva fastigheten. När så inte skedde förklarades ansökan förfallen. HovR fann att eftersom det saknades anledning att ifrågasätta köpehandlingens giltighet, vilken var *undertecknad av behöriga företrädare* för kommunen, det inte varit påkallat att uppskjuta ärendet. Ett hovrättsråd var skiljaktigt och ansåg att förutsättningarna för kommunstyrelsens rätt att förvärva fastighet inte var uppfyllda i fallet eftersom köpeskillingen översteg det i reglementet uppställda kvadratmeterpriset. Det hade därför ålegat kommunen att visa att fullmäktige lämnat bifall till förvärvet.

Hovrätten över Skåne och Blekinge har prövat fråga om behörighet att ansöka om inteckning. Kommunstyrelsens ordförande och kanslichefen hade här ansökt om inteckning i en av kommunen ägd fastighet. Inskrivningsmyndigheten avslog ansökan med stöd av 22:3 1 st. 1 p. JB, med motiveringen att det inte var visat att fullmäktige beslutat att kommunen skulle söka den ifrågavarande inteckningen och att det heller inte var visat att de båda personerna var behöriga att å kommunens vägnar ansöka om sådan inteckning. Hovrätten fann att reglementet för kommunstyrelsen inte gav något stöd för att de båda befattningshavarna varit behöriga att å kommunens vägnar ansöka om inteckning. Ej heller kunde rådande praxis – vare sig inom kommunen el-

[32] Se även Kaijser & Riberdahl 1983 s. 273 ff. I *NJA 1966 A 16* hade företrädare för kommunen sökt upp person som nyligen fått tillstånd att påbörja uppförandet av ett bostadshus, och frågat om denne kunde utreda möjligheterna att inrätta en biograflokal antingen i bostadshusets källare eller i en friliggande byggnad på tomten. Någon ersättning diskuterades inte. Om biograflokalen kommit till stånd skulle utredningskostnaderna ingå i anskaffningskostnaderna för fastigheten och bli ersatta genom inflytande hyror. Den enskilde förutsatte att kommunen, om det skulle visa sig omöjligt att inrätta någon biograf på tomten, skulle ersätta utredningskostnaderna. HD fann dock att något utredningsuppdrag inte kunde anses ha uppkommit. Någon kompensation skulle därmed inte utgå.

ler i allmänhet – föranleda annan bedömning. Kommunens talan lämnades därför utan bifall.[33]

Innan motparten tagit del av beslutet står det kommunen fritt att återkalla detta. Om kommunens styrande organ efter att ha fattat ett beslut överlåtit 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*.[34]

I *NDs 1996 s. 353 FiH* hade tekniska nämnden i en kommun inom ramen för sin kompetens, och utan något förbehåll om att ärendet skulle behandlas i kommunstyrelsen, antagit anbud från ett bolag avseende vägbelysningsentreprenad. Kommuningenjören underrättade i egenskap av nämndens föredragande bolaget om att anbudet antagits. Samtidigt träffades överenskommelse om när avtalet skulle undertecknas. Kommunstyrelsen överförde därefter beslutet om entreprenad på sig och gjorde en ny anbudsbegäran om samma entreprenad. Ett annat bolag lade här ett lägre anbud än vad som gjorts i den första anbudsomgången. Fråga uppkom därvid om avtal uppkommit genom kommuningenjörens meddelande.

Enligt avtalslagens regler torde det inte råda någon tvekan om att ett bindande entreprenadavtal ingåtts eftersom beslutanderätten tillkom den teknis-

---

[33] Se Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 1985-11-12 (Mål nr Ö 673/85). I ett under 5.2.1 refererat avtal hade en sjukvårdsdirektör ingått ett avtal med ett privatägt företag om samarbete i personalfrågor, utan att undertecknandet föregåtts av beslutsfattande hos distriktsnämnden eller annat politiskt organ. Ett sådant undertecknande kan inte anses utgöra s.k. ren verkställighet om inte beslut om avtalets ingående tidigare fattats inom landstinget. Sjukvårdsdirektören har genom undertecknandet således överskridit sin befogenhet. På grund av att de principiellt kommunalrättsliga frågor som avtalet avsåg att reglera innebar en konflikt mellan behovet av personalpolitiska åtgärder och förbudet mot att stödja en enskild näringsidkare borde distriktsnämnden ha fattat beslut i frågan.

[34] Se Strömberg 1995b s. 87. Se även *Rt 1933 s. 385*, där kommuns ordförande i kommunens namn tagit ett banklån som han sedan använde för eget bruk. Han hade felaktigt uppgivit att lånet var beslutat i vederbörlig ordning och uppvisade även förfalskade papper därom. Kommunen ansågs inte bunden av lånet, eftersom ordföranden enligt gällande lagstiftning saknade befogenhet att låna pengar utan att kommunstyrelsen innan dess fattat beslut om detta. Se även Rt 1992 s. 1642.

ka nämnden och kommuningenjören i kraft av sin ställning haft rätt att med bindande verkan meddela bolaget om att anbudet accepterats. Denna bindande verkan ansågs enligt rätten inte påverkas av att kommunen anordnade en ny anbudsomgång. Genom att ingå det nya avtalet ansågs kommunen *ha brutit det först ingångna avtalet* och avtalsparten ansågs därför enligt rättens majoritet ha *rätt till ersättning för den uteblivna vinsten*. Dissidenten, justitierådet *Portin*, anförde att kommunen enligt då gällande kommunallag hade rätt att överföra ärendet till kommunstyrelsens behandling och att upphäva eller ändra ett beslut som fattats av nämnd. Vidare gällde att beslut i ärende som kunde överföras till kommunstyrelsen inte fick verkställas förrän det stod klart att ärendet inte överförts. Eftersom ärendet enligt lag kunde överföras ansåg han att ärendet handlagts på ett osakligt sätt och att någon bundenhet inte uppstått för kommunen till följd av anbudet.[35]

6.2.3 Kommunal delegering av beslutanderätten

Kompetensfördelningen mellan olika kategorier av kommunala beslutsfattare – förtroendevalda och tjänstemän – blir av betydelse när man skall utreda relationen till enskild avtalspart och om ett bindande avtal ingåtts. Möjligheterna för fullmäktige att delegera beslutanderätten till nämnder utvidgades i den nya kommunallagen. De ärenden som anges i 3:9 KL får inte delegeras till nämnderna enligt 3:10 KL. Det rör sig bl.a. om ärenden som avser mål och riktlinjer för verksamheten, skatter, budget och viktiga ekonomiska frågor samt nämndernas organisation och verksamhetsformer. Nämnderna 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,[36] 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

[35] I likhet med t.ex. *NJA 1981 s. 269* förefaller de offentligrättsliga reglerna inte ha beaktats av majoriteten vid bedömningen.

[36] Se närmare 6:1–6 KL.

med lämpliga direktiv.[37] Kommunfullmäktiges delegationsmöjlighet till nämnderna vad gäller rätten att besluta om avgifter gäller främst sådana avgifter som saknar egentlig kommunalekonomisk betydelse och inte heller är av principiell vikt.[38] Delegation får enligt 3:10 KL e contrario inte ske till *enskilda nämndledamöter* 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.

---

[37] Se Strömberg 1995b s. 50 och Bohlin 1998 s. 41. Se även *JO 1957 s. 233*, där kommunfullmäktige genom lagakraftvunnet beslut lämnat nämnd generellt bemyndigande att sälja tomter och fastställa tomtpriser. Fråga uppkom om inskrivningsdomare, i ärende om lagfartsansökan å en av nämnden såld tomt, ägt pröva lagligheten av fullmäktiges beslut genom att avföra ärendet och sända tillbaka köpebrevet till kommunen för komplettering, eftersom fullmäktiges beslut inte stod i överensstämmelse med kommunallagen. Efter att kommunen ifrågasatt domarens kompetens att pröva lagligheten av fullmäktiges beslut och sänt tillbaka handlingarna i oförändrat skick avslogs ansökan om lagfart. JO fann att *även om det var tveksamt* om fullmäktige haft rätt att besluta om överlämnande av den aktuella befogenheten till nämnden, så kunde det inte anses ankomma på inskrivningsdomaren att pröva lagligheten av beslutet. I *RÅ 1965 ref. 38* ansåg RegR:s majoritet det tillåtet att, enligt ett av fullmäktige godkänt reglemente, bemyndiga drätselkammare att för stads räkning förvärva tomtdel som staden enligt byggnadslagen hade rätt att lösa in. Rapport om överlåtelser och förvärv skulle lämnas till fullmäktige en gång per år. I *RÅ 1975 ref. 73* ansågs bestämmelser i reglemente varigenom kommunstyrelsen bl.a. fått i uppdrag att förvärva och överlåta fastigheter, på av fullmäktige årligen fastställda villkor, förenliga med kommunallagen eftersom beslutanderätten i fastighetsärenden och ansvaret för dessa, genom de årligen fastställda ramarna, slutligen åvilade fullmäktige. I *RÅ 1991 ref. 60* hade ett landsting bemyndigat förvaltningsutskottet att förvärva eller sälja fast egendom till en köpeskilling av en och en halv miljon kronor samt att besluta om fastighetsreglering. Landstinget ansågs ha överskridit sina befogenheter eftersom bemyndigandet inte innehöll något förbehåll för ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt.

[38] Se prop. 1973:90 s. 190 f., prop. 1993/94:188 s. 79, Petrén & Ragnemalm 1980 s. 178–181, Strömberg 1997b 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 avgörande, vid rättsprövning ha överskridit sina befogenheter enligt 5:29 PBL genom att anta plan. Sådan beslutsrätt ansågs inte innefattas i fullmäktiges delegationsbeslut.

Nämnderna har som anförts ovan en självständig beslutanderätt och ett övergripande ansvar inom respektive verksamhetsområde.[39] Detta ansvar gäller oberoende av om den kommunala verksamheten överlåtits på någon annan, 6:7 3 st. 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. En nämnd har därmed ganska stora möjligheter att själv besluta om att uppdra åt ett utskott, en ledamot eller ersättare eller en anställd hos kommunen att i ett visst ärende eller grupper av ärenden, fatta beslut på nämndens vägnar. I 6:34 KL finns föreskrivet de situationer där en sådan delegering inte får ske, dvs. 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.[40] Detta innebär att en tjänsteman mycket väl kan handlägga ett ärende men att själva beslutanderätten i frågan tillkommer den aktuella

---

[39] Såväl *RÅ 1991 ref. 85*, rörande av nämnd fattat planbeslut, som *RÅ 1993 ref. 47*, vilket gällde nämnds beslut att vederlagsfritt upplåta lokaler till ett bildningsförbund, ansågs kompetensöverskridande eftersom beslutanderätten tillkom fullmäktige. Enligt RegR:s bedömning i det senare fallet måste vederlagsfri upplåtelse av kommunala lokaler, till enskilt rättssubjekt, i allmänhet anses innehålla bedömningar av principiell natur, eftersom sådan upplåtelse är att anse som kommunalt stöd. Vid sådana situationer måste alltid överväganden göras beträffande upplåtelsens kompetensenlighet och hänsyn tas till likställighetsprincipen. Att beslutet *utgjorde ett led i ett tidigare ingånget avtal* mellan kommunen och det enskilda rättssubjektet ansågs härvid vara utan betydelse.

[40] I *RÅ 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. Skälet till detta är att det *inom* det kommunalrättsliga området saknas utrymme att använda sig av civilrättsliga bestämmelser om ställningsfullmakt etc. Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 116.

nämnden. Enligt 6:36 KL får nämndens ordförande eller annan utsedd ledamot i brådskande ärenden fatta beslut om nämnden gett honom sådant uppdrag. Det är kommunens ansvar att i arbetsordning eller liknande klargöra vilka förvaltningschefer som skall ha rätt att vidaredelegera beslutanderätten.[41] Beslutanderätten i olika ärenden kan därför variera mellan olika kommuner. 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.[42]

När det i delegeringsbestämmelserna talas om beslut är det endast beslut i kommunallagens mening som avses. Det anses bl.a. vara kännetecknande för ett beslut att det föreligger alternativa lösningar och att beslutsfattaren därför själv måste göra vissa övervägande eller bedömningar, till skillnad från förberedande åtgärder eller rent verkställande åtgärder. Utrymmet för egna bedömningar är i det sistnämnda fallet inte så stort och verksamheten sköts vanligtvis rutinmässigt av anställda tjänstemän. De flesta av de beslut som utgör ren verkställighet avser rent

---

[41] Se även Clevesköld m.fl., *Handläggning inom socialtjänsten*, 1997 kapitel 20 samt *JO 1995/96 s. 412*, där chefsläkare fattat ett enligt hans uppfattning verkställighetsbeslut om nedläggning av distriktssköterskemottagning. JO ansåg att beslutet borde ha grundats på delegering från nämnden. *Björkman och Riberdahl* anser att nämnden själv, på grund av 6:34 KL, borde ha fattat beslutet. Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 58.

[42] I *RÅ 1948 ref. 19* hade en stads fastighetsnämnd godkänt ett förslag till arrendeavtal där kommunen till ett aktiebolag skulle utarrendera en mängd hörsalar, samlingslokaler och klubbrum. Bolaget skulle därefter ha rätt att i sin tur upplåta lokalerna i fråga till föreningar, organisationer och enskilda individer. Bolaget skulle därvid tillämpa de avgifter som vid motsvarande upplåtelser tillämpats av nämnden. Avgifterna skulle sedan lämnas till nämnden mot att denna skulle tillhandahålla erforderlig personal och bestrida de kostnader som hörde samman med fastigheternas upplåtande. Enligt den för stadens fastighetsnämnd fastställda instruktionen hade nämnden till uppgift att förvalta alla staden tillhöriga fasta egendomar, om de inte stod under någon annan nämnds förvaltning. Eftersom i olika hänseenden andra rättsverkningar ansågs inträda om fastighetsförvaltningen utövades av enskild i stället för av ett kommunalt organ, ansågs instruktionen inte innefatta någon rätt för nämnden att till enskilda överflytta anförtrodda åligganden. Nämndens beslut undanröjdes därför då nämnden genom detta ansågs ha överskridit sin befogenhet.

myndighetsinterna förhållanden.[43] Sålunda kan det vara så att interna frågor om inköp, fastighetsförvaltning och personaladministration m.m., som rättsligt sett är att anse som beslut – där intresset av laglighetsprövning normalt inte kan vara särskilt stort – kan hänföras till ren verkställighet även om de innefattar ett visst mått av självständigt ställningstagande.

I de fall då delegering skett utöver ramarna för vad som tillåtet, t.ex. om det getts ganska vaga regler för vad beslutanderätten egentligen omfattar, torde god tro hos motparten bli avgörande för bedömningen av avtalets rättsverkningar. Om delegationen går utöver vad lagstiftningen stadgar borde motparten ha insett detta till följd av medborgarnas skyldighet att känna till lagen. Det har dock hävdats att det torde vara skäl att placera motparten i ett bättre läge än i de fall beslut om avtalsingående fattats utan att någon delegering skett, och att det därför inte är säkert att följden alltid behöver bli att ett beslut förklaras ogiltigt. En föreslagen lösning skulle sålunda vara att kommunen blir bunden av beslut som fattats av den instans till vilken delegationen skett, även om den var mer långtgående än vad lagen tillät.[44] För svenskt vidkommande torde dock inte rätten vid en laglighetsprövning fästa något avseende vid den enskildes goda tro. Däremot har den enskilde förmodligen goda utsikter att få

---

[43] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 246 f. När besluten rör enskilda är det i regel fråga om antingen ett civilrättsligt förhållande, där talan kan föras i allmän domstol, eller om myndighetsutövning, där beslutet kan överklagas i förvaltningsrättslig ordning. Rent verkställande beslut kan i vissa fall därför komma att prövas av allmän domstol. Som exempel kan nämnas en i sak felaktig debitering enligt taxa. Det kan t.ex. röra sig om felläsning, felmätning eller att fel abonnent debiterats. Den som i det här fallet skickar den felaktiga fakturan fattar inget självständigt beslut. I regel aktualiseras prövningen när kommunen vill driva in en fordran som abonnenten underlåter att betala. Att ett beslut räknas som ren verkställighet och därför inte kan överklagas genom kommunal laglighetsprövning torde därför inte leda till någon rättsförlust för den enskilde.

[44] Se Kristiansen 1997 s. 239 f. I *RG 1950 s. 731* hade en vedköpare slutit muntligt avtal med en kommun om leverans av ved. Han slöt därefter avtal med skogsägare om köp av 100 famnar ved under förespegling att han representerade kommunen. Senare slöts avtal om leverans av ytterligare 300 famnar ved. Då skogsägaren inte hade möjlighet att hugga veden i egen skog slöts avtal med skogsägarsamfällighet om köp av skog på rot. Avtalet undertecknades av kommunens ved- och jordbruksnämnd. Genom att underteckna avtalet om köp av skog på rot borde nämnden ha förstått att de som av vedhandlaren engagerades för huggning och vedtransport hade skäl att anta att kommunen var medkontrahent då även vedhandlaren agerade som om så var fallet. Kommunen ansågs vara bunden av det belopp som avtalet gällde.

ersättning vid en civilrättslig prövning.

Vad gäller kommunalråd är dessa i regel förtroendevalda som på heltid ägnar sig åt uppdrag för kommunens räkning. Någon definition av begreppet kommunalråd finns dock inte i KL som inte skiljer på fritidspolitiker och heltidspolitiker i något annat avseende än i fråga om ersättningsreglerna, 4:12 2 st. KL. Rättsligt sett har kommunalråden inte några andra befogenheter än de som följer av det uppdrag som 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.[45] När det gäller kommunalråds befogenhetsöverskridanden kan dessa ofta läkas i förhållande till tredje man genom att det kommunala organ som borde ha fattat beslutet i efterhand godkänner förfarandet, s.k. ratihabition.[46] Om kommunen inte vill ge sitt godkännande kan motpart aktualisera kommunalrådets individuella revisionsansvar.[47]

De beslut som fattas inom ramen för ren verkställighet grundas i regel på instruktion eller befattningsbeskrivning och är därför *inte* delegering i kommunallagens mening. Ett beslut som överskrider ett delegeringsbeslut och som fattas i kommunalrättslig ordning eller beslut som fattas utan stöd av delegering kan överklagas.[48]

6.2.4 Delegering och fullmakt

Man måste göra en åtskillnad mellan delegering och fullmakt. En *delegat* har till skillnad från en fullmäktig en *organställning* medan en användning av *fullmakt* begränsas till *civilrättens område*. Beslut eller åtgärder som vidtas på grund av en fullmakt kan därmed inte bli föremål för laglighetsprövning. Däremot kan talan väckas i allmän domstol. En rättshandling

---

[45] Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 108 ff.

[46] Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 116.

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

[48] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 248. Jfr *JO 1974 s. 317*, där JO på sidan 321 konstaterar att ett delegationsbeslut av kommunfullmäktige, som står i strid mot lag, inte utgör rättslig grund för den till vilken delegering skett att företa åtgärder med stöd av beslutet. 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.

som företas inom en fullmäktigs behörighet blir bindande för kommunen om motparten är i *god tro*. Detta anses även gälla om fullmäktigen överskrider det givna uppdraget eller den kommunalrättsliga kompetensen eller de regler som styr den interna kompetensfördelningen. Det är därför av vikt att genom ombudsinstruktioner försöka se till att behörigheten sammanfaller med de kommunalrättsliga befogenheterna. Det är vanligt att befullmäktigande begränsas i tiden, till vissa bestämbara ärenden eller till ärenden av en viss beskaffenhet. Som exempel kan nämnas fullmakt för rättegångar eller förhandlingar eller för beställarombud vid entreprenader och konsultuppdrag.[49]

När det gäller kompetensen att ingå avtal är det av stor betydelse vem som med stöd av delegering har rätt att med bindande verkan ingå avtal. Även om delegering inte skett kan god tro hos motpart tänkas leda till att kommunen blir civilrättsligt bunden av ett avtal om det för den enskilde framstått som om kommunens företrädare haft erforderlig befogenhet. Vid en bedömning av ett *delegationsförhållande* är det rimligt att börja i de föreskrifter som reglerar den interna organisationen. På så sätt skulle t.ex. regler som anger myndighetens uppgifter enligt ett civilrättsligt synsätt kunna ses som behörighetsgrundande. Föreskrifter som i stället riktar sig till myndighetens tjänstemän, t.ex. vad gäller den interna organisationen, torde i enlighet härmed närmast vara att se som befogenhetsinskränkningar. Omständigheten att *fel* befattningshavare ingått ett avtal skulle därmed inte vara möjlig att åberopa mot godtroende motpart.[50] Även om varken ett delegationsförhållande eller en fullmakt föreligger kan en företrädare för kommunen, t.ex. en anställd tjänsteman, ha uppträtt på ett sådant sätt att det för motparten framstår som om denne haft kompetens att företräda och binda kommunen.

En på justerat kommunbeslut grundad fullmakt att för kommunens räkning ingå bindande avtal består tills beslutet upphävs. Ett beslutsupphävande skulle således motsvara en fullmaktsåterkallelse, vilken skulle sakna verkan på redan – på grund av fullmakten – företagna rättshandlingar. Avtalspartens undersökningsplikt bör i dessa fall inskränka sig till

---

[49] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 247 f.

[50] Jfr t.ex. *AD 1982 nr 83* där fyra kommunalråd ansågs ha bundit kommunen vid ett anställningsavtal trots att ingen av dem hade befogenhet att sluta sådana avtal. AD ansåg det inte uteslutet att kommunen kunde bli bunden enligt reglerna om ställningsfullmakt i 10 § 2 st. AvtL. Jfr även *AD 1990 nr 58*, där ett annat synsätt föreligger.

att kontrollera att det kommunala beslutet inte är upphävt och att kommunens företrädare har fullmakt att sluta avtal för kommunens räkning.[51]

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. Kärandens goda tro berörs i fallet endast indirekt, men ur ett kommunalrättsligt perspektiv blir fullmaktsfrågan intressant då en tjänsteman genom sitt val av hustyp *avtalsmässigt* ansetts kunna binda kommunen.[52]

---

[51] Se Kaijser & Riberdahl 1983 s. 625 f.

[52] Vad gäller kommuns ansvar för utfästelser av stadsplanearkitekt kan även 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 stämdes därför på skadestånd av säljarna eftersom fastigheten kom att säljas till ett pris som var 510 000 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, *Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 1996-12-12 (Mål nr T 283-96)*. HD har meddelat prövningstillstånd 1998-02-10 (Mål nr T 227/97).

En orsak till bedömningen anses enligt *Kaijser* vara att fullmäktige i stor utsträckning överlåter beslutanderätten i den här typen av frågor på nämnd, och att nämnden med stöd av fullmäktigebeslutet i sin tur delegerar rätten att besluta till förtroendemän och arbetstagare. 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. Även om nämndordförandens befogenhet att företräda kommunen inte byggde på avtalslagen, förefaller det inte otroligt att han kunnat anses inneha ställningsfullmakt för kommunen i byggplanefrågor. 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.[53]

En ställningsfullmakt kan dock inte anses sträcka sig hur långt som helst. Någonstans går en gräns för kompetensen att göra kostnadskrävande beställningar 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.[54]

Det medför därför vissa problem om man försöker tillämpa godtroläran på Frövimålet. Det är långt ifrån självklart att kommunallagens kompetensfördelningsregler kan vara föremål för god tro.[55] HD redogör inte på något uttömmande sätt för skälen till sitt avgörande men det kan

---

[53] Se Kaijser, *Frövimålet i kommunalrättsligt perspektiv*, 1974 s. 890 f.

[54] Se Kaijser 1974 s. 891.

[55] Se t.ex. *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.

vara så att rätten, i analogi med vad som gäller vid ställningsfullmakt och konsumentskydd, presumerat att käranden varit i god tro.[56]

Huruvida god tro kan leda till att kommunen blir bunden av ett ingånget avtal måste bli beroende av vilken typ av avtal det gäller och på vilken "nivå" beslutet om att ingå avtalet fattats. Om beslutet åsidosätts genom laglighetsprövning och om det inte finns tydliga föreskrifter om vem som har rätt att "teckna kommunens firma", bör god tro tillmätas betydelse när det gäller att avgöra om ersättningsskyldighet uppkommit för det allmänna till följd av ett ingått men vid laglighetsprövning ogiltigförklarat och således inte fullgjort avtal.

Inom kommunalrätten har inte frågan om *den civilrättsliga verkan av att ett beslut upphävs* lagreglerats utöver vad som följer av återgångsregeln i 10:15 KL. En grundläggande fråga enligt *Paulsson m.fl.* är emellertid om kompetensöverskridande kommunala beslut av civilrättslig natur kan vara bindande *även om* motparten skulle vara *i ond tro*. Frågan kan uppkomma när en rättshandling i och för sig ryms inom den kommunala kompetensen men avtalet ingås av någon som inte har befogenhet att företräda kommunen. I äldre förarbeten hävdas att huvudregeln, om ett beslut upphävs genom lagakraftvunnen dom, bör vara att om motparten är i ond tro beträffande den kommunala kompetensen så blir det upphävda beslutet inte heller civilrättsligt bindande.[57] Den svåra frågan blir emellertid att avgöra när och om ond tro föreligger. Det är enligt författarna till kommentaren rimligt att anta att frågan om *vem* som är kommunens avtalspart bör inverka på tolkningen. Ingår en kommun avtal med en annan offentligrättslig juridisk person torde man kunna kräva att motparten är skyldig att känna till vad den kommunala kompetensen innebär. Detsamma kan krävas också i fråga mera "jämställda" motparter som t.ex. banker och försäkringsbolag. Skulle det däremot röra sig om ett avtal med en *enskild fysisk person* måste rimligen kraven sättas lägre. Stöd för denna tes anses finnas i praxis.[58] Lagändring har enligt författarna föreslagits men

---

[56] *Kaijser* anser att begreppsjuridiken ersatts med skälighetsjustis och att fallet utgör "en brytningspunkt mellan på den ena sidan från agrarsamhället nedärvda föreställningar om avtalshelgd och enskilds skyldighet att själv bevaka sin rätt, och på den andra modernt samhällstillvänt kollektivtänkande" såsom det bl.a. kommer till uttryck i SkL och konsumentskyddslagstiftningen. Se Kaijser 1974 s. 892.

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

[58] Se t.ex. det ovan berörda fallet NJA 1973 s. 725 och det nedan behandlade NJA 1992 s. 375. I *Rt 1932 s. 733* ansågs inte motpart, en bank, ha varit i god tro avseende kommunal tjänstemans möjligheter att bevilja kvittning av skatt mot ekonomiska krav från banken under rådande ekonomiska förhållanden.

hittills inte skett.[59]

Det kan hända att det först efter överklagandetidens utgång upptäcks att befogenheten överskridits eller att avtalet i övrigt är behäftat med någon förvaltningsrättslig olaglighet. Frågan blir då om den enskilde eller rentav kommunen har möjlighet att väcka talan om detta vid allmän domstol.[60] Ur kommunalrättslig synvinkel gäller sedan länge att *ett lagakraftvunnet beslut binder kommunen gentemot avtalspart*, även om kommunen genom beslutet *överskridit* sin kompetens.[61] Skulle den förvaltningsrättsliga bristen utgöras av en *enkel felaktighet*, där beslutet endast kan undanröjas efter laglighetsprövning, så torde allmän domstol knappast bedöma giltigheten av det kompetensöverskridande beslutet. Skulle emellertid bristen vara så grov att man kan tala om en *nullitet* borde förhållandet bli detsamma som om giltigt beslut i frågan saknas.[62] Den förvaltningsrättsliga bristen bör då med andra ord inte hindra allmän domstol från att pröva fallet. Så länge ett beslut att ingå avtal *inte vunnit laga kraft* kan dock motparten riskera att rättsverkningarna enligt kontraktet

---

[59] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 347.

[60] För äldre praxis där HD prövat lagligheten av kommunala beslut, se t.ex. *NJA 1931 s. 345* där Frostvikens kommun 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. Rättspraxis om verkan av beslutsupphävande avseende ingångna avtal hänför sig i regel till tiden före 1955 då lagändring skedde. Se Kaijser & Riberdahl 1983 s. 624 f.

[61] Se t.ex. NJA 1910 s. 670 samt Kaijser & Riberdahl 1983 s. 628 ff. och Warnling-Nerep 1995 s. 311. Se även *NJA 1874 s. 531*, där kompetensöverskridande beslut om att teckna borgen inte ansågs kunna binda sockenmännen personligen.

[62] Jfr *Högsta domstolens beslut 1997-07-11 (Mål nr Ö 5486/96)*, där HD fann att behörighetsöverskridande av offentlig funktionär, som i och för sig är behörig att utöva myndighet, *endast i undantagsfall* kan medföra att beslutet blir att betrakta som ogiltigt. Beslut om medförvaltare i konkursbo hade fattats av en tingsnotarie *som saknat behörighet* till detta. HD uttalar att processhandlingar som medförvaltaren företagit *inte påverkas* av att hovrätten senare undanröjt beslutet. Processhinder har därför uppstått först *efter* hovrättens beslut. Dessa har dock senare avhjälpts i och med att konkursförvaltaren lämnat fullmakt för den tidigare medförvaltaren att företräda konkursboet.

inte kommer att genomföras. Vid *god tro* bör den enskilde emellertid kunna räkna med skadestånd, såvida det inte rör sig om ett kompetensöverskridande där den enskilde svårligen kan hävda god tro.[63]

Allmän domstol har i vissa fall även prövat kommunalrättsliga regler och principer av betydelse för rättsförhållandet. Man bör här skilja mellan två typer av tvister; dels beslut som innebär ett åliggande för den enskilde, t.ex. kommunala avgifter, dels beslut som innehåller utfästelser från kommunen, t.ex. vad gäller lån, borgen eller fastighetsförsäljning.[64] Även om den enskilde genom avtal förbundit sig att betala en avgift kan kommunens anspråk ogillas om lagligt stöd för denna saknas.[65] Den enskildes betalningsanspråk har dock i något fall begränsats genom de privaträttsliga reglerna om condictio indebiti.[66]

I *NJA 1992 s. 375* hade Varbergs kommun, genom kommunstyrelsens ord-

---

[63] Se Westman, *Avtal mellan kommun och enskild om köp av fast egendom*, 1947 s. 23. "Ty 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 1947 s. 24 f. Se även Warnling-Nerep 1995 s. 311.

[64] Se Strömberg 1995b s. 86 f. Han hävdar vidare att allmän domstol knappast torde tillmäta sig befogenhet att pröva om lagakraftvunnet beslut, som ligger till grund för *kommunal utfästelse*, möjligen kan tänkas överskrida den kommunala kompetensen. Om kommunalt beslut blivit upphävt efter laglighetsprövning, torde en på beslutet grundad utfästelse, i enlighet med utfallet i *NJA 1931 s. 345*, sakna bindande verkan. Om ett kompetensöverskridande men lagakraftvunnet beslut innebär ett åliggande för den enskilde torde allmän domstol kunna frånkänna beslutet rättsgiltighet. Se Kaijser & Riberdahl 1983 s. 632 samt NJA 1955 s. 476 och NJA 1963 s. 84.

[65] För äldre praxis se t.ex. NJA 1938 s. 165 och NJA 1944 s. 653.

[66] Se *NJA 1952 s. 47*, någon återgång av frivilligt betalda medel enligt avtal som gav två personer ensamrätt att sälja glass och varm korv på gatumark, som kommunen i och för sig inte haft kompetens att ingå, ansågs inte kunna ske. Anledningen angavs vara att avgiften hade fastställts genom ett anbudsförfarande och betalningarna hade erlagts i enlighet med detta, att de betalande inte frånträtt avtalet trots att de enligt dess lydelse haft möjlighet att göra detta, samt att de av staden fått åtnjuta de utfästa försäljningsplatserna med ensamrätt. Se även *RÅ 1949 ref. 10*, där kommunen ansågs ha överskridit sin befogenhet när den beslutat ta ut avgift för tidningsförsäljning på allmän plats efter det att någon frivillig överenskommelse om införande av avgifter inte kunnat nås. Någon rätt att utan författningsstöd ta ut sådan avgift ansågs inte föreligga även om själva tillståndet till tidningsförsäljning på allmän plats gavs enligt stöd i lag.

förande och kanslichefen, till en bank avgett en skriftlig förklaring[67] 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 skulle kunna tala 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 skall göras är dock att gå för långt. Det torde i princip vara av stor vikt att man i avtalet skriver in att avtalets giltighet inte endast är

[67] Det finns en relativt omfattande litteratur rörande s.k. *letter of comfort* eller *letter of intent*. Den särskilda problematik som vidhäftar dessa typer av viljeförklaringar kommer inte att närmare redovisas utöver vad som gäller den här aktuella situationen, där en kommun var part. Situationen blir här annorlunda i jämförelse med om viljeförklaringen rör två enskilda parter i och med det *beslut* som i regel måste fattas i frågan för att förklaringen skall tillmätas någon självständig betydelse. Se även bl.a. Hellner 1993 s. 72 och s. 81, Lindquist 1993 s. 95, Warnling-Nerep 1995 s. 312 ff. och Paulsson m.fl. 1997 s. 249.

beroende av fullmäktiges godkännande, utan att det även är beroende av att beslutet vinner *laga kraft*.[68]

Eftersom kompetensfördelningens offentligrättsliga karaktär uppvisar flera särdrag i förhållande till civila rättsförhållanden, och då avtalsrelationen heller inte alltid är civilrättslig, är det svårt att tänka sig att de privaträttsliga reglerna om kompetensfördelning fullt ut kan appliceras på olika kommunala organ. Rör det sig emellertid om ett renodlat civilrättsligt avtal mellan det allmänna och enskild torde dock det mesta tala för att man kan anlägga ett privaträttsligt synsätt.[69] Om ett kommunalt organ gått utanför sina befogenheter vid avtalsingåendet eller om något annat förfarande från organets sida leder till att avtalet blir ogiltigt, torde följden bli att ersättning utgår till den förfördelade kontrahenten.[70] Detta blir antagligen inte fallet om den missgynnade avtalsparten bort inse att befogenheten överskreds.

Kommunallagsgruppen ansåg att man, i de fall någon uppträder på kommunens vägnar utan att vara behörig ställföreträdare, kommer in på en gränsdragning mot avtalslagens regler om ställningsfullmakt, och att det i sådana fall är *rimligt att utgå från en godtrosbedömning*. Bedömningen måste dock göras utifrån de kompetensregler som *direkt* eller *indirekt* kan utläsas ur kommunallagen. Gruppen föreslog därför en regel som skulle anknyta till återgångsregeln och som endast avsåg att reglera förhållandet då ett redan verkställt beslut av civilrättslig natur blivit upphävt genom lagakraftvunnen dom, eftersom frågan om privaträttslig verkan av kompetensöverskridanden inte ansågs lämpa sig för en lagreglering. "I kommunernas förhållande till sina motparter kan man inte bortse från att det rör sig om ett offentligrättsligt rättssubjekt, som i viss mån medfört speciella krav på kommunerna. Man är även i sitt civilrättsliga handlande i viss omfattning bunden av de grundläggande principerna för offentlig verksamhet, t.ex. att iaktta saklighet och opartiskhet enligt regeringsfor-

---

[68] Åtminstone 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 regeringsrättens slutliga avgörande. Se även Kaijser & Riberdahl 1983 s. 835. Se dock Strömberg 1995b s. 86 f., som påpekat vikten av att kommunens medkontrahent bör tillse att det kommunala beslutet vunnit laga kraft före avtalets ingående.

[69] Jfr även Grönfors 1987 s. 217 ff., Ramberg & Hultmark 1996 s. 23, Krüger 1989 s. 620 f., Stuevold Lassen, *Kontraktsrettslig representasjon*, 1992 s. 23 ff., Hov 1993 s. 48 ff. och Woxholth 1997 s. 228–231.

[70] Se även Frihagen 1991 s. 348.

mens krav. Detta får givetvis inte missförstås så att en kommun inte får tillgodose sina partsintressen. Friheten härvidlag är dock troligen något mera inskränkt än för näringslivet i allmänhet."[71]

En stor del av den kommunala verksamheten är lagreglerad och som nämndes ovan förutsätts envar känna till vad lagen stadgar. En hypotes är därför att man aldrig kan vara i god tro avseende innehållet i en viss rättsregel.[72] Kompetensöverskridanden som strider mot lag är alltid ogiltiga och god tro torde därför inte med framgång kunna åberopas. Om kompetensöverskridandet anses vara så omfattande att det är fråga om en nullitet, torde därför någon civilrättslig, skadeståndsgrundande, avtalsbundenhet på grund av god tro inte kunna hävdas. Den förvaltningsrättsliga grundregeln anses vara att god tro normalt inte reparerar brister i kompetensen. Vissa undantag måste emellertid göras, inte minst vid avtalsingående eftersom den enskilde får en extra stark tilltro till det allmännas agerande och givetvis inrättar sitt beteende i enlighet med avtalet. Huvudregeln är enligt *Boe* att god tro *inte* är tillräcklig för att reparera materiella brister. Hur stora undantag från principen som kan göras är emellertid osäkert. Han anser det vara av betydelse *vilket slags fel* som föreligger och hur *grovt kompetensöverskridande* som skett. Däremot drabbar personella brister eller fel som rör sakens handläggning inte så ofta personer i god tro. Det finns två skäl till detta. För det första leder den sistnämnda typen av fel mera sällan till ogiltighet än materiella kompetensöverskridanden. För det andra leder förväntningarna på myndigheterna till att man har rätt att räkna med att rätt instans uppträder på ett korrekt sätt. Vid grova kompetensöverskridanden torde dock inte motparten med någon större framgång kunna hävda god tro, eftersom det finns gränser för hur obetänksam den enskilde kan vara och ändå ha krav på att hållas skadeslös.[73]

Utgångspunkten för godtroskriteriet torde därför vara att motpart känner till de lagar som styr det allmännas verksamhet. Rör det sig om

---

[71] Se Ds 1988:52 s. 151.

[72] Se även Stuevold Lassen 1992 s. 49 och Woxholth 1997 s. 229.

[73] Se Boe 1993 s. 820 f. Se även Hov 1993 s. 397 f., Graver 1996 s. 119 f. och Eckhoff & Smith 1997 s. 226. Jfr Huser, *Avtaletolking*, 1983 s. 434, vilken framhåller att det som utgångspunkt gäller att det är de aktuella parternas goda tro som är det avgörande och att detta även gäller vid avtal där det allmänna är part. Enligt *Rt 1992 s. 1235* utgick ersättning till godtroende part när avtalsingåendet inte handlagts på ett korrekt sätt från det allmännas sida. Av *Rt 1995 s. 1688* framgår att god tro inte kan tillmätas betydelse vid avtal när ett offentligt organ i förhållande till ett annat *klart* överskrider sin kompetens. Jfr Rt 1973 s. 107, den s.k. Mardøladomen.

fall där lagstiftningen är oklar eller där kommunen fått stor frihet att själv utforma sin verksamhet är det dock inte alltid säkert att det går att upprätthålla ett så strikt krav. Situationen kan i dessa fall 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.[74] 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 har i de fall avtal ingåtts i strid mot otydliga rättsregler även kommunen varit i god tro om tillämpningen av en viss oklar regel. Om så är fallet 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.

6.3 Bundenhet till följd av avtalsrättens regler om ställningsfullmakt

Avtalslagens fullmaktsregler har bl.a. till syfte att skydda godtroende part mot ekonomiska förluster vid kompetensöverskridanden. Frågan om ställningsfullmakt 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 avtalsingående 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, se närmare avsnitt 6.4.1.

Vid en *ställningsfullmakt* enligt 10 § 2 st. 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

[74] Se även Kristiansen 1997 s. 204.

endast åberopas om motparten *insett eller bort inse* befogenhetsöverskridandet, 11 § 1 st. AvtL.[75]

Om det inte finns några direkta bestämmelser som reglerar den aktuella situationen torde det från *den enskildes synvinkel* vara rimligt att tillämpa allmänna avtalsrättsliga stadganden vid kommunens avtalsingående. Sålunda skulle beträffande bemyndigande att sluta avtal initialt regeln om ställningsfullmakt bli tillämplig.[76]

Det är rimligen så att även om reglerna om fullmäktigs behörighet placerats 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.[77] Att ställningsfullmaktsanalogier, passivitet och konkludent handlande torde kunna binda kommunen gentemot godtroende avtalspart vid kompetensöverskridande, men lagakraftvunna, nämndbeslut el-

---

[75] I *NJA 1985 s. 717* analyserade HD ställningsfullmaktsbegreppet och fäste därvid särskilt avseende vid om huvudmannen genom "något beteende" givit motparten tillräckligt fog att räkna med att fullmäktigen hade behörighet att ingå avtalet i fråga. Fallet rörde behörighet för försäljare att för det bolag i vilket han var anställd avge anbud rörande leverans av ett monteringsfärdigt trähus. HD:s majoritet fann att någon fullmakt att på företagets vägnar ingå den här typen av avtal generellt inte föreligger. Försäljaren hade alltså inte behörighet att ingå något avtal. Något avtal hade därför inte kommit till stånd redan genom köparens undertecknande, utan först när behörig företrädare från bolagets huvudkontor skrivit under detta.

[76] Se Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 10.

[77] Se Kleineman 1994–95b s. 949. *Kleineman* hänvisar till *Stuevold Lassen* som för norskt vidkommande, när det gäller offentliganställda eller andra som uppträder på uppdrag av det allmänna, har uttalat att "[i] utgangspunktet må nok de vanlige reglene gjelde, når fullmektigen i et slikt fullmaktsforhold opptrer på det formuerettslige område" men att enskilda som rättshandlar "med offentlige myndigheter eller med disses representanter må finne seg i å bli behandlet som om de kjente disse reglene, selv om de ikke er blitt gjort spesielt oppmerksomme på dem, f.eks. ved at statens eller kommunens representant uttrykkelig har opplyst at avtalen inngåes med forbehold om de bevilgende myndigheters godkjennelse". Däremot råder stor osäkerhet om frågan *när* reglerna om ställningsfullmakt måste ge vika. Se Stuevold Lassen 1992 s. 49. Se även RG 1950 s. 731.

ler åtgärder har hävdats sedan lång tid tillbaka.[78] Även i domstolarna har en sådan trend kunnat skönjas. När det gäller de externa effekterna av ett kompetensöverskridande[79] har kommunerna enligt praxis i ett flertal fall blivit civilrättsligt bundna gentemot avtalspart enligt avtalslagens bestämmelse om ställningsfullmakt.[80] För att bundenhet skall uppstå för

---

[78] Se Kaijser & Riberdahl 1983 s. 631 f. och s. 638 samt Hellner 1993 s. 70 f. Enligt *Stockholm* är det kompetensöverträdandets *synbarhet* för motparten som blir det avgörande kriteriet för om kommunen skall bli bunden. Han anser att konsekvenserna av kommunens kompetensöverskridande bör bedömas enligt 25 § AvtL. Fullmäktigen skall enligt bestämmelsen bära ansvaret för godtroende motparts tillit till dennes rätt att företräda huvudmannen och ersätta den skada om uppkommit. Se Stokholm 1992 s. 296. *Kristiansen* är dock kritisk till att ogiltighetsbedömningen knyts till 25 § AvtL, eftersom det torde vara mera näraliggande att knyta bedömningen till 10 § 2 st. eller 11 § 1 st. AvtL, vilka reglerar just bundenheten. Huvudsakligen pekar dock samtliga dessa paragrafer i en och samma riktning; *godtroende motpart skall skyddas mot förlust*. Se Kristiansen 1997 s. 202 f. Hon hänvisar även till minoritetens votum i Rt 1956 s. 1180.

[79] Som tidigare nämnts saknas det enligt det kommunalrättsliga systemet utrymme att använda sig av reglerna om ställningsfullmakt vid bedömningen av de interna rättsverkningarna.

[80] För äldre praxis kan bl.a. nämnas följande rättsfall. I *NJA 1930 s. 382* hade kommunfullmäktige beslutat att bemyndiga kommunalnämnden att från egnahemsnämnden utkvittera medel som tilldelats kommunmedlemmar såsom egnahemslån. Efter att ha kvitterat ut dylika medel förskingrade kommunalnämndens ordförande delar av beloppet. Kommunen ansågs vara ansvarig för det förskingrade beloppet, eftersom nämndens ordförande varit behörig att företräda nämnden vid medlens utkvitterande. I *NJA 1930 s. 386* hade en kommuns kreditivräkning på förfallodagen visat ett visst saldo till förmån för banken. Kommunnämnden träffade, utan att ha befogenhet till detta, ett avtal med bank om ett nytt kreditiv för kommunen, med samma belopp som det tidigare. På det nya kreditivet gjordes såväl insättningar som uttag. Frågan i fallet gällde om kommunen, även om den inte skulle svara för gjorda uttag, ägde tillgodoräkna sig insatta belopp såsom betalning för skulden enligt det första kreditivet. HD fann att betalning för skulden inte blivit erlagd genom de gjorda insättningarna och ålade kommunen att betala lånet till banken. I *NJA 1930 s. 391* hade ordföranden, tillika kassaförvaltaren, i kommunalnämnden upptagit lån utan att ha befogenhet till detta. Även fast kassaförvaltaren innan lånet togs förskingrat kommunala medel till ett större belopp än vad lånet belöpte på, ansågs kommunen böra svara för betalning av lånebeloppet i vad mån lånet använts till att betala kommunen åliggande betalningar. I *NJA 1930 s. 615* besvarades fråga om banks skyldighet att svara för belopp som skolrådsordförande – som inte var skolrådets kassaförvaltare och därmed utan befogenhet att lyfta pengarna – uppburit för dess räkning och delvis förskingrat jakande, då banken inte ansågs vara i god tro i det aktuella fallet. Se även NJA 1924 s. 458 och NJA 1931 s. 345.

kommunen måste dock motparten ha varit i god tro.[81]

I *AD 1982 nr 83* ansågs t.ex. bundenhet till följd av ställningsfullmakt ha uppstått för kommunen när fyra kommunalråd, utan stöd av delegering, ingått ett anställningsavtal.[82]

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.[83]

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 kom-

---

[81] Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 115 f. och Paulsson m.fl. 1997 s. 249 f. och där anvisad praxis. En förutsättning är dock att det inte rör sig om ett så grovt behörighetsöverskridande att beslutet är att anse som en nullitet. I sådana fall anses motpartens goda tro sakna betydelse.

[82] *Björkman och Riberdahl* kritiserar fallet då anställningsavtalet ingicks med en före detta verkställande direktör 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 kommunalrådens behörighet. Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 115 f.

[83] 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 elspisar 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. Jfr även *NJA 1946 s. 122*, där fråga om skyldighet att betala icke beställda varor prövades. Kronan hade ingått entreprenadavtal med två företag om att leverera och montera ett antal förläggningsbaracker till olika flygflottiljer. I ritningarna som låg till grund för beställningen var även källardörrar och inspektionsluckor inritade. Det ena företaget levererade vissa dörrar som egentligen bort levereras av det andra. Kronan vägrade betala då de ansåg att de inte beställt varorna. Eftersom kronan när de fick räkningen för tillbehören, i stället för att skicka tillbaka dörrarna och luckorna, fortsatte att använda dessa vid nyttjandet av barackerna, ansågs kronan ha accepterat leveransen och betalningsskyldighet uppstod.

munen. 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 behörighet ändå skulle vara bunden av avtalet eftersom uthyraren varit i god tro avseende behörigheten. Kommunen bestred yrkandet och anförde att föreståndarinnan saknat behörighet att ingå avtalet och att leasingbolaget bort inse detta. 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 har dock inte varit av den omfattningen att den gällt avtal av den nu aktuella karaktären.

Hovrätten fann att när kommunen ägnar sig åt *privaträttsligt rättshandlande får 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 rättshandlingen var av sådan betydelse att den *inte* kunde anses omfattas av behörighet till följd av daghemsföreståndarens ställningsfullmakt. HovR ifrågasatte vidare dels om ett ingående av ett hyresavtal av ifrågavarande art är en sådan rättshandling som *upprepas* ofta i den dagliga verksamheten, dels om avtalet kunde anses falla in under sådan verksamhet som *normalt bedrivs* vid ett daghem och som därmed omfattas av en ställningsfullmakt.[84] Hovrätten ogillade därför leasingbolagets talan. Som ytterligare skäl anfördes att det inte åberopats 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.[85]

---

[84] HovR hänvisar vad gäller frågan om ställningsfullmakt bl.a. till Adlercreutz 1995 s. 175 ff., Grönfors 1995a s. 121 f. och NJA 1977 s. 25.

[85] Se även *UfR 1991 s. 454 Ø*, där idrottsinstruktör inte kunde binda idrottsförening. En offentligt avlönad idrottsinstruktör beställde tid och plats för träningsläger för fotbollsspelarna i föreningen. Rätten fann att instruktören varken i kraft av sin ställning som instruktör eller på någon annan grund kunde ingå sådant avtal med bindande verkan för föreningen.

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.[86] Ställningsfullmakt torde även föreligga i de fall t.ex. kommunalråd 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, se t.ex. *NJA 1961 s. 658* och *AD 1982 nr 83*.[87]

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 s.k. factoringverksamhet, hade vid ett flertal tillfällen köpt 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 överlåtits 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 färdigställts. Kommunen ansåg därför inte att någon betalningsskyldighet uppstått och yrkade i första hand att fakturaöverlåtelsen därmed avsåg en rätt till en framtida fordran. I andra hand yrkade kommunen att den enligt 27 § skuldebrevslagen (1936:81) hade rätt att göra samma invändning om bristande le-

---

[86] Se även Dotevall 1998 s. 79. Se även NJA 1924 s. 458.

[87] Enligt *Kleineman* kan HD i *NJA 1985 s. 717* eventuellt anses ha kompletterat reglerna om ställningsfullmakt i 10 § 2 st. AvtL genom att med särskild tilllitsbedömning lägga vikt vid huvudmannens beteende för fastställande av fullmäktigens behörighet. I domen uttalas att man borde fästa särskilt avseende vid om tredje man visat att huvudmannen på något sätt gett honom "tillräckligt fog att räkna med att [fullmäktigen] hade behörighet att ingå" avtal för huvudmannens räkning. Se Kleineman 1994–95b s. 968.

verans gentemot konsultbolaget som mot dataföretaget. I tredje hand yrkade kommunen att undertecknandet av den i fakturan intagna texten inte innebar att konsultbolaget erhöll en självständig fordran, utan endast innebar att framtida betalningsskyldighet med bindande verkan kunde göras till konsultföretaget.

Tingsrätten 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.[88] 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 erlägga ekonomisk ersättning vid motpartens goda tro. Rätt till ersättning torde dock inte alltid föreligga – stred avtalsingåendet eller behörigheten att ingå avtalet mot någon *tvingande lagregel* torde den enskilde i de flesta fall inte med framgång kunna hävda god tro, eftersom medborgarna är skyldiga att känna till gällande rättsregler, se t.ex. *NJA 1930 s. 615*. Undantag torde emellertid kunna göras om den enskilde skulle drabbas av en *orimligt* stor ekonomisk förlust till följd av avtalsingåendet, då kommunen *normalt* borde vara den som ansvarar för att en anställd tjänstemans kompetens att ingå avtal överskridits. Det mest naturliga förefaller i så fall vara att ersättning utgår enligt *det negativa kontraktsintresset*, eftersom resultatet annars skulle bli detsamma som om avtalet varit bindande enligt sin lydelse. Man kan även tänka sig att det allmännas avtal blir bindande på samma sätt i vissa fall, beroende på avtalets närmare karaktär, även om huvudregeln troligen måste anses vara att bundenhet inte uppstått då de ouppfyllda förutsättningarna för avtalet regleras enligt lag.

[88] Se Hovrättens för Västra Sverige dom 1996-01-10 (Mål nr T 698/94). Målet överklagades inte och vann laga kraft.

6.4 Analogier från firmateckningsrätt och aktiebolagsrättsliga regler om behörighet och befogenhet

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.[89] Vid bedömningen av de civilrättsliga rättsverkningarna kan kanske därför en analogi till reglerna om firmateckning och kompetensfördelningen inom de aktiebolagsrättsliga organen i vissa fall te sig naturlig.[90] 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. Eftersom reglerna om ställningsfullmakt i första hand avser rutinmässiga beslut kan det i andra situationer anföras att kommunen blivit bunden till följd av kommunalrådets firmateckningsrätt.

6.4.1 Bolagsföreträdares 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

---

[89] Se t.ex. Ussing 1950 s. 284.

[90] 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 resp. 11 §§ AvtL samt vad som gäller enligt det aktiebolagsrättsliga regelverket där en ställföreträdare kan binda associationen trots befogenhetsöverskridande enligt t.ex. 8:14 ABL. Se SOU 1994:136 s. 254 f. och s. 263.

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 8:6 1 st. ABL sammanfaller till sin omfattning med dennes legala behörighet enligt 8:12 ABL.[91] 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, 8:11 2 st. 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*.[92]

Vad gäller särskild firmatecknares representationsrätt måste påpekas att dessa *inte* intar någon *organställning* i bolaget. Genom att det är fråga om ett slags handlande för annans räkning föreligger vissa likheter i förhållande till reglerna om ställningsfullmakt. En skillnad ligger dock i att firmateckningsrätten *inte följer av ett avtal* mellan fullmäktigen och någon fullmaktsgivare, utan att ett bemyndigande att teckna firma bygger på ett *ensidigt bolagsbeslut*. Beslutet kan sägas utgöra en intern rättshandling, då det inte utgör någon viljeförklaring till tredje man. För att ett bemyndigande att teckna firma skall kunna utnyttjas krävs dock att ett särskilt uppdrag lämnats.[93]

Firmateckningen ger i dessa fall således en *verkställighetskompetens* 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 beslutanderätten *delegerats* till undertecknaren, eller om undertecknandet

---

[91] En följd av uppräkningen av firmatecknare i 8:11 1 st. och 8:12 jämfört med 8:14 ABL är bl.a. att bolagsstämma, 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 stämmoåtgärder då firmateckningsrätten även i dessa angelägenheter ligger hos styrelsen. Se Åhman 1997 s. 302 f.

[92] Vad gäller särskild firmatecknare, se närmare Åhman 1997 avsnitt 5.5.

[93] Se Åhman 1997 s. 337 f. Vad gäller rätten att teckna firma, se närmare Åhman 1997 avsnitt 5.9.

utgör *verkställighet* av beslut, *som bundenhet inträder.*[94] Det har dock 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.[95]

Grönfors framhåller att det finns stora skillnader i organisationen mellan små och stora kommuner och att det därför kan vara svårt för ett stort och centralt placerat kreditinstitut att veta om rätt "firmatecknare" undertecknat 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. Han finner vad gäller kommunala krediter och borgensåtaganden att 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 inskränkningar som kan finnas* enligt de kommunala kompetensreglerna. Långivaren skall dock inte behöva företa några egna efterforskningar så vida det inte föreligger 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 följebrev. 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.[96]

En utgångspunkt är därför att såväl reglerna om ställningsfullmakt som de aktiebolagsrättsliga firmateckningsreglerna 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

---

[94] Jfr *Svea hovrätts dom 1996-08-20 (Mål nr T 584/95)* 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.

[95] Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 101.

[96] Se Grönfors, *Behörighet vid fullmaktshandlande av en juridisk person*, 1997 s. 401.

tro i förhållande till delegationsbeslut. Det kan dock generellt vara att kräva för mycket av den enskilde att denne skall känna till kommunens olika beslut. Grönfors' modell, där ett följebrev 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", dvs. att ett avtalsingående grundar sig på ett formellt beslut, och inte, såsom ibland sker i praktiken, att fullmäktige först i efterhand godkänner ingångna avtal.

Avtal som ingåtts av kommunala företrädare vilka till följd av lag eller delegation erhållit viss beslutanderätt eller "firmateckningsrätt" borde därför kunna bedömas i skenet av den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen, medan avtal som ingåtts av befattningshavare som till följd av tjänst erhållit viss befattning binder kommunen i kraft av att det föreligger en ställningsfullmakt. Mellan dessa ganska klara fall kan man dock tänka sig oklara situationer, där osäkerhet kan föreligga om vem som har kompetens att besluta i viss fråga. Det avgörande kriteriet måste då vara om det enligt lag stadgas att beslutanderätten måste ligga hos visst kommunalt organ, eller om beslutet kan fattas av anställd tjänsteman.

6.4.2 Möjligheten att binda ett bolag enligt aktiebolagslagen

När de rättshandlingar som bolagsföreträdare – styrelsen, verkställande direktör eller särskild firmatecknare – företagit för bolagets räkning inte skall gälla mot detta regleras, som ovan berördes under avsnitt 6.1.3, av 8:14 ABL. Bolagsföreträdare har när de rättshandlar på bolagets vägnar behörighet att för bolagets räkning, till följd av den legala funktionsfördelning mellan bolagsorganen, företa rättshandlingar i förhållande till tredje man.[97] Bolagsföreträdarens befogenhet motsvaras av den rätt att agera för bolagets räkning som följer av det legala uppdragsförhållandet mellan bolaget och bolagsföreträdaren.

Av 8:14 1 st. 2 p. ABL följer att ett bolag blir bundet när VD, vid den löpande förvaltningen eller vid vidtagande av åtgärder av extraordinär karaktär, överskridit sin behörighet om motparten var i god tro.[98] Ett så starkt skydd anses vara motiverat eftersom det kan vara svårt för motpar-

---

[97] Se prop. 1993/94:196 s. 168 f.

[98] Se även Nerep 1994 s. 29 f., Kedner & Roos 1995 s. 264 och Bergström & Samuelsson 1997 s. 99 f. I *AD 1990 nr 58* anlade AD ett restriktivt synsätt på bestämmelsen. Domstolen anför att av bestämmelsen får inte dras slutsatsen att en rätttshandling, trots befogenhetsöverskridande, *alltid* är gällande mot bolaget. På grund av sin *goda inblick i företagets struktur* kunde den anställde inte åberopa god tro.

ten att bedöma kompetensen på det aktuella området.[99] Regleringen innebär även att tredje man inte anses skyddsvärd om denne avtalat med ett bolag på ett sätt som strider mot bolagsorganens funktionsfördelning, eftersom denne anses böra känna till den typen av legala behörighetsöverskridanden. Om det gäller överskridande av s.k. legala befogenhetsöverskridanden, och tredje man är i ond tro, kan bolaget enligt huvudregeln komma att undgå bundenhet.[100] Å andra sidan kan inte befogenhetsöverskridande som företagits av styrelse eller VD – eller firmatecknare med särskilt uppdrag om verkställande av beslut av styrelse eller VD – och som består i ett åsidosättande av *bolagsordningsföreskrift* eller *instruktion från överordnat bolagsorgan*, enligt den s.k. undantagsregeln åberopas

---

[99] Se exempelvis *NJA 1995 s. 437*, där en VD och ensam firmatecknare i ett aktiebolag inte ansetts inneha sådan ställning eller fått sådant uppdrag av styrelsen att han haft befogenhet att sluta ett visst avtal. Enligt 8:11 2 st. ABL har en ensam firmatecknare samma behörighet som styrelsen att företräda bolaget utåt. Detta innebär dock inte att denne har motsvarande befogenhet. En förutsättning för detta är att firmatecknaren innehar en befattning som ger honom rätt att i vissa situationer handla med utomstående utöver vad som följer av 8:6 1 st. ABL, t.ex. på direkta eller fortlöpande uppdrag av styrelsen. Något sådant uppdrag förelåg inte i fallet. Firmatecknaren hade heller inte upplyst medkontrahenten om att han inte handlade på uppdrag av bolagsstyrelsen. Medkontrahenten hade enligt HD:s majoritet bort inse att firmatecknaren saknade befogenhet att ingå det ifrågavarande avtalet, eftersom denne *visste* att något beslut angående den fråga som låg till grund för avtalet *inte fattats av styrelsen*. Det spelade heller ingen roll att han möjligen varit av uppfattningen att styrelsen senare skulle godkänna firmatecknarens avtal. Hans talan ogillades därför. Två dissidenter var emellertid av uppfattningen att medkontrahenten varken insett eller bort inse befogenhetsöverskridandet, eftersom avtalet inte var av sådan betydelse för styrelsen att den skulle ha motsatt sig detta. Dessutom hade medkontrahenten genom sin tidigare anställning i bolaget haft fog för att tro att firmatecknaren skulle få styrelsens stöd för sitt agerande.

[100] Se prop. 1993/94:196 s. 169 ff. Som exempel på sådana lagbestämmelser anges reglerna om styrelsens beslutsfattande, 8:9 ABL, jävsregeln, 8:10 ABL, generalklausulen, 8:13 1 st. ABL och de tvingande delarna av likhetsprincipen, 3:1 1 st. ABL. Se även Nerep 1994 s. 32 ff., Nerep, *Den nya aktiebolagslagen*, 1995 s. 8 ff. och Åhman 1997 s. 213 f. *Åhman* anser att regler om behörighet och befogenhet bör hållas åtskilda från andra aktiebolagsrättsliga rättsgrunder som kan leda till att bolaget kan undgå bundenhet. Sådana rättsgrunder kan utgöras av legala förbud, legala formkrav, regler om företrädarskap och firmateckningsrätt samt regler om tillsättning av bolagsföreträdare se a.a. avsnitt 4.8.5–4.8.7 samt s. 293. Sålunda gäller t.ex. att ett avtal utanför ett aktiebolags enligt lag stadgade rättskapacitet är oförbindande för såväl tredje man som bolaget. God tro kan inte åberopas av tredje man avseende avtal som ingåtts i strid mot tvingande lagstiftning eftersom allmänheten förväntas känna till rättsreglernas innehåll. Se a.a. s. 245.

av bolaget gentemot tredje man oavsett dennes onda tro, 8:14 2 st. 2 p. ABL.[101]

Som sades ovan föreligger en ställningsfullmakt till följd av att person anställs för viss befattning – t.ex. personalchef som har behörighet att anställa personal i underordnad ställning, vilka i sin tur kan härleda ställningsfullmakt till följd av sina respektive tjänster. Eftersom ett aktiebolags organ inte utgör några självständiga rättssubjekt betraktas *de olika organens handlande* som *bolagets eget*, i stället för som vid ställningsfullmakt ett handlande *för bolagets räkning*.[102] Det rör sig helt enkelt om beslutsfunktioner på olika "nivåer" inom den juridiska personen. Å ena sidan finns inom ramen för bolagsledningen olika lagreglerade organ och firmatecknare, t.ex. styrelse eller VD vad gäller den övergripande verksamheten och den löpande förvaltningen. Å andra sidan finns inom de olika delarna av den juridiska personens verksamhet även traditionella ställningsfullmaktsförhållanden som till följd av sedvänja eller lag som grundar viss behörighet att rättshandla i förhållande till tredje man.[103]

Enligt detta synsätt företer bolagsorganens handlande större likheter med kommunala organs handlande för en kommun än fullmäktigs handlande för fullmaktsgivares räkning eller rättshandlande till följd av legalt ställföreträdarskap. Ett skäl för att denna lösning valts kan vara att avtalslagens fullmaktsregler främst utgör en avvägning mellan fullmaktsgivares vilja och tredje mans tillit, medan reglerna om *organhandlande* tar hänsyn till de intressekollisioner som kan uppstå mellan olika intressenter *inom ett aktiebolags verksamhet*. Ett bolagsorgans firmateckningsrätt, behörig-

---

[101] Om bolagets motpart varit i ond tro avseende att ställföreträdare överskridit sin befogenhet eller åsidosatt bestämmelse i bolagsordning, torde dock AvtL:s ogiltighetsregler, främst 33 och 36 §§, kunna åberopas. Se prop. 1993/94:196 s. 170 f., Nerep 1994 s. 30 ff. och s. 35 ff., Nerep 1995 s. 7 Kedner & Roos 1995 s. 265 f. och Bergström & Samuelsson 1997 s. 100 f. På grund av att 8:14 2 st. 2 p. ABL även skyddar tredje man som är i kvalificerad ond tro, anser *Åhman* att bestämmelsen bör tillämpas med viss försiktighet. Se närmare a.a. bl.a. avsnitt 4.9, s. 290 f. och s. 831, samt vad gäller ondtrosrekvisitet a.a. kap. 9.

[102] Se även Åhman 1997 s. 433 ff.

[103] *Åhman* anser det vara möjligt, och i vissa fall även nödvändigt, att t.ex. VD till följd av sedvänja skulle kunna binda bolaget i förhållande till tredje man, även om denne känt till att rättshandlingen legat utanför den löpande förvaltningen. Sedvänjor eller handelsvanor *kan* alltså tänkas medföra att *bundenhet uppstår vid sidan av ABL:s behörighetsregler*, så länge handlandet inte strider mot tvingande lagstiftning, t.ex. 8:11 och 8:12 ABL. Se Åhman 1997 s. 444 f., s. 471 och s. 967. Se även Werlauff 1995 s. 784 och s. 790 ff.

het och legala befogenhet kan inte inskränkas i samma utsträckning som den befogenhetsinskränkning som kan ske enligt 11 § 1 st. AvtL. *Åhman* finner att det mest realistiska borde vara att se på organförhållandet som ett *särskilt komplicerat* fullmaktsförhållande vilket grundas på avtal om styrelseuppdrag för de enskilda styrelseledamöterna eller genom att uppgifter om vissa personer registeras i t.ex. aktiebolagsregister och kungörs. Vid en analys räcker det dock ofta med att konstatera att en rättshandling företagits av bolaget genom styrelse eller VD. Endast vid komplicerade förhållanden kan de grundläggande fullmaktsreglerna behöva komma till användning.[104]

Frågan om ställföreträdarens beslutskompetens utgör vanligtvis inget problem som aktualiseras vid avtal som ingås för fysiska huvudmän. Problemet uppträder vanligtvis i fall där huvudmannen är en juridisk person. Det är dock inte ovanligt att *renodlade tillitsgrundsatser* tillmäts en självständig betydelse i sådana situationer där mera påtagliga former av avvikelser mellan huvudmannens beslutskompetens och fullmäktigens verkställighetskompetens kan tänkas föreligga. För t.ex. aktiebolag fyller reglerna om behörig ställföreträdare genom firmateckningsrätten endast funktionen av att vara en form av officiellt meddelande om att vederbörande har en permanent behörighet att företräda bolaget. Reglerna om firmateckning *kompletterar* endast fullmaktsreglerna. Anledningen till detta är att en fysisk person alltid måste företräda den juridiska personen och agera på dennes vägnar.[105]

6.4.3 Beslutskompetens och representationskompetens

När det gäller kommunalt avtalsingående kan det vara skäl att skilja mellan vem som har befogenhet att *besluta om att ingå ett avtal* och vem som har befogenhet att *företräda* kommunen vid ett avtalsingående. Sålunda har Kleineman i en utförlig artikel[106] hävdat att de offentligrättsliga subjektens *avtalskompetens* bygger på en offentligrättslig reglering med pri-

---

[104] Se Åhman 1997 s. 134 och s. 335 f. För statliga myndigheter, som utgör en del av rättssubjektet staten och därmed kan sägas sakna egen rättskapacitet, har föreslagits att avtalsrättsliga regler analogivis kan tillämpas på överenskommelser mellan myndigheter inom staten, se SOU 1994:136 s. 181 f.

[105] Se Kleineman 1994–95b s. 945 f. vilken även hänvisar till Hellner 1993 s. 73 och s. 58 samt NJA 1961 s. 658.

[106] Se Kleineman 1994–95b s. 936–971.

vaträttslig metod. Kompetensen delas sedan utifrån ett associationsrättsligt perspektiv upp i *beslutskompetens* och *representationskompetens*.[107]

Enligt norsk rätt är det endast *kommunestyret* som har kompetens att fatta visst beslut, t.ex. att kommunen skall bevilja kommunal garanti, s.k. vedtaks- eller beslutskompetens, medan det oftast är ordføreren[108] som effektuerar beslutet genom att, i detta fall, utställa garantiförklaringen till följd av sin representationskompetens. Såväl besluts- som representationskompetensen kan dock ofta delegeras till andra delar av den kommunala organisationen. För att bundenhet skall uppstå är det alltså nödvändigt att beslutet fattats av rätt instans, medan vem som har rätt att verkställa beslutet utgör en sekundär fråga avseende kommunens bundenhet.[109]

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.[110] 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 rättshandla med för kommunen bindande verkan – vem som har s.k. representationskompetens.[111] Vid en analys av det allmännas avtalskompetens och avtalens civilrättsliga

---

[107] Resonemanget hämtas till viss del från norsk kommunalrätt där beslutskompetensen ses som skild från själva befogenheten att ingå avtal, representationskompetensen. Jfr situationen att en styrelse fattar beslut att ingå ett avtal medan en firmatecknare sedan ingår detta. Se även Eckhoff & Smith 1997 s. 224 ff.

[108] Enligt den norska kommunallagstiftningen är ordförandens primära uppgift att leda mötena i den norska motsvarigheten till fullmäktige och styrelse. Vissa uppgifter kan även delegeras till denne, t.ex. beslutanderätt i frågor som inte är av principiell betydelse. Se NOU 1995:17 s. 27.

[109] Se Kristiansen 1997 s. 205 f. Se även NOU 1997:17 s. 27 ff.

[110] 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.

[111] Se Kleineman 1994–95b 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.

rättsverkningar måste därför såväl offentligrättsliga som civilrättsliga regler beaktas. Eftersom det offentligrättsliga regelverket uppvisar en mängd karakteristiska drag som inte gäller vid privaträttsliga relationer är det inte möjligt att enbart använda privaträttsliga regler vid analysen av de offentliga myndigheternas avtalskompetens.

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. *Kleineman* förespråkar därför, i enlighet med norsk kommunalrätt, ett system med beslutskompetens och representationskompetens, där det faktiska sambandet mellan de yttre förhållandena vid rättshandlandet utgör underlaget för en jämförelse mellan beslutssituationerna. Intresseavvägningen 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.[112]

Bedömningen av om avtalet skall anses vara ogiltigt blir beroende av det konstitutionella intresset av att det allmänna inte binds upp vid kompetensöverskridande avtal i förhållande till den enskilde motpartens behov av godtrosskydd. Bedömningen måste göras utifrån en *intresseavvägning* mellan de omständigheter som talar för respektive mot sådan ogiltighet.[113] Det är i detta fall uppenbart att de offentligrättsliga rättsskyddsprinciperna ställs mot de avtalsrättsliga reglerna om avtalsfrihet och omsättningsskydd.

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 avtalsingåendet, 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 befogenhetsöverskri-

---

[112] Se Kleineman 1994–95b s. 958–961.

[113] Se Kleineman 1994–95b 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 trätts förnär, så leder detta längre än vad som t.ex. gäller för motsvarande kränkning för aktiebolagsrättens del.

dande. En sådan bedömning skulle kunna göras mot bakgrund av regler om ställningsfullmakt, men även genom analogier från reglerna om firmateckning och funktionsfördelningen mellan aktiebolagsrättsliga organ. Även om analysen måste ta sin utgångspunkt 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.[114]

6.5 Rättsverkningar till följd av att kompetensen att ingå avtal överskridits

6.5.1 Avtals rättsverkningar vid överskridande av den materiella kompetensen

I flera av de i kap. 5 nämnda avtalsexemplen föreligger stöd i lag för kommunen att ingå avtal. Som redovisats krävs inte alltid lagstöd för att det allmänna skall få sluta avtal. I vissa fall kan dock en föreskrift om hur en situation skall regleras utesluta användningen av avtal. Problem kan uppstå på det kommunalrättsliga området, beroende på att beslut kan överklagas av samtliga kommunmedlemmar, alltså av annan än avtalsparten, och att avtalet därmed kan bli föremål för prövning i både offentligrättslig och civilrättslig ordning.

Det är vid en laglighetsprövning av ett kommunalt beslut att ingå ett avtal de offentligrättsliga regler som ligger till grund för kommunens verksamhet som träder i förgrunden.[115] Vid bedömningen finns inget utrymme för civilrättsliga regler eller principer. Finner domstolen att kommunens företrädare överskridit de tillämpliga offentligrättsliga föreskrifterna anses beslutet vara ogiltigt och skall därför upphävas. Även om den aktuella situationen inte är föremål för någon specialreglering och därför i stor utsträckning kan betraktas som privaträttslig, måste de kommunalrättsliga reglerna om kommunens kompetens beaktas.

Kommunerna ägnar sig som framgått åt såväl myndighetsanknuten som kommersiellt anknuten verksamhet. Därutöver finns även många relationer som till sin natur påminner om avtalsrättsliga relationer, utan att

[114] Se även Kleineman 1994–95b s. 968 f.

[115] Se även Strömberg 1997a s. 20.

direkt utgöra ett avtalsförhållande. Ofta kan det offentliga rättssubjektets rättsförhållande med enskild inordnas inom en privaträttslig struktur, t.ex. genom att välja att ingå ett avtal, om detta skulle anses vara det bästa sättet att reglera en situation, även om kommunens syfte är att betrakta som offentligrättsligt till sin karaktär. 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.[116]

Bedömningen av de externa effekterna görs vanligtvis enligt civilrättsliga regler och principer. Om ett beslut upphävts i den kommunala laglighetsprövningen, och avtalet skall återgå enligt KL, kan således i privaträttslig ordning prövas om motparten kan anses ha varit i god tro om kommunens kompetens att ingå avtalet eller om andra bedömningar gör att avtalet ändå skall anses som civilrättsligt bindande. Här måste man dock väga in motpartens möjligheter att på förhand bedöma förutsättningarna för avtalet. Det måste därför troligen ställas högre krav på t.ex. en bank eller ett storföretag som får förutsättas känna till förbudet mot

---

[116] Se Kleineman 1994–95b s. 954 f. *Kleineman* hänvisar bl.a. till *NJA 1987 s. 710*. En kommun hade här 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 skadeståndsfrågan 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 målsättning 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 *offentligrättslig prägel*.

företagssubventioner etc. Även om god tro föreligger kan inte ett genom lagakraftvunnen dom upphävt kommunalt beslut om att ingå ett avtal medföra att avtalet genomförs enligt sin lydelse, men det kan grunda rätt till ersättning.[117]

Ur ett civilrättsligt perspektiv hävdar *Lehrberg* 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.[118] Det har därför i de fall en författning innehåller regler om ett visst avtalsinnehåll eller vissa avtalsvillkor och den myndighet vartill bestämmelserna riktar sig till underlåter att inta dessa i kontraktet, hävdats att de *inte* kan göras gällande mot godtroende part.[119] Det torde, i de fall föreskrifterna riktar sig mot en kommun eller annan offentligrättslig part, kunna hävdas att denna också torde ha störst förutsättningar att känna till vilka regler som gäller för en viss typ av avtalsingående.

Å andra sidan är en allmän förutsättning för att rättsordningen skall förverkligas, att de personer som lyder under denna presumeras känna till gällande rätt. Frågan är då om motparten *kan anses vara i god tro i en sådan situation* och om inte den enskilde kanske bort inse att avtalsinnehållet inte överensstämde med vad som föreskrivs enligt författning. Sålunda hävdar *Dotevall* att det bör krävas av den som ingår ett avtal med en myndighet att denne känner till de lagstadganden som gäller förvaltningsmyndighetens kompetens att sluta avtal. 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.[120] Det bör därför förutsättas att avtalsparten tar reda på aktuella lagstadganden innan han sluter avtal med ett offentligt förvaltningsorgan.

---

[117] Se Marcusson 1993 s. 59 f. Se även Westman 1947 s. 17–23.

[118] Se Lehrberg, *Förutsättningsläran*, 1989 s. 478.

[119] Se Adolphson 1961 s. 64.

[120] Se även Dotevall 1998 s. 264.

Ett sådant godtroskrav torde – sett i relation till myndigheternas tjänsteplikt att se till att ett avtalsingående sker på ett lagligt sätt – te sig strängt. Kravet torde därför bara kunna uppställas till sådana normer som en motpart *rimligen* kan förutsättas känna till, dvs. stadganden som kungjorts i den allmänna författningssamlingen.[121] Enligt äldre 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.[122] Riskfördelningen måste då rimligtvis bygga på en bedömning av om tredje man borde ha övervägt om det förelåg ett förfarande som han *borde* ha ifrågasatt om han studerat reglerna. Om de rättsregler som ligger till grund för avtalet skulle framstå som oklara eller vaga till sitt innehåll, skulle även en sådan brist kunna ligga till grund för en godtrosbedömning.[123]

Vid förvaltningsbeslut finns regler av rättssäkerhetskaraktär för att *skydda* tredje man, t.ex. förbudet mot återkallande av gynnande beslut. Skyddsreglerna har dock en mängd undantag.[124] Om inte den enskilde försökt vilseleda myndigheten, och därmed är i *ond tro*, väger den enskildes trygghet tyngre än efterlevnaden av regelsystemet. Om den enskilde åtnjuter ett sådant rättssäkerhetsskydd vid myndighetsutövning ligger det nära till hands att tro att samma principer gäller vid ett avtalsingående mellan myndighet och enskild, oavsett om avtalet är privaträttsligt el-

---

[121] Se Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 10 f.

[122] Se *NJA 1930 s. 403 I* och *NJA 1942 s. 251*. I det sistnämnda fallet hade kommunfullmäktige i en kommun befullmäktigat kommunalnämnden att för kommunens behov öppna kredit till ett visst belopp i en bank. Nämndens ordförande slöt därefter avtal med en bank och lämnade som säkerhet ett för kommunen utfärdat skuldebrev med borgen av honom själv och två andra personer. När nämndens ordförande sedan gjorde sig skyldig till förskingring av kommunens medel, krävde banken en annan av borgensmännen på betalning av den skuld som kontot hade vid avslutandet av detsamma. Eftersom tillstånd av KM erfordrades för den här typen av transaktioner, och kommunen underlåtit att införskaffa sådant, kunde kommunen emellertid inte anses bunden av det ingångna avtalet och borgensmannen kunde därför inte kräva någon ersättning av kommunen.

[123] Se Kleineman 1994–95b s. 967 f. *Kleineman* anför angående det sistnämnda att "[m]an skulle m a o lägga en lagtolkningsmetod till grund för bedömningen som påminner om den avtalstolkningsmetod som brukar åberopas vid tolkning av standardavtal som upprättats ensidigt av ett företag att användas mot konsumenter som i praktiken saknar varje faktisk möjlighet att ifrågasätta densamma ...". Se a.a. s. 968 not 108.

[124] Se bl.a. Strömberg 1997a s. 73 f.

ler befinner sig i den förvaltningsrättsliga gråzonen. Gemensamt för en analys av skyddet vid gynnande förvaltningsbeslut och av skyddet vid aktiebolagsrättsligt kompetensöverskridande, är vilka krav på god tro som med fog kan uppställas.[125]

> I det ovan behandlade *NJA 1992 s. 375* hade kommunstyrelsens ordförande och kanslichefen i Varbergs kommun undertecknat ett *s.k. letter of intent*, av vilket det framgick att ett aktiebolag, i vilket kommunal stiftelse ägde aktiemajoriteten, skulle drivas på ett sådant sätt att det kunde fullfölja sina åtaganden gentemot en bank. Avsiktsförklaringen saknade emellertid stöd i något fullmäktigebeslut enligt 3:9 KL och HD fann att en sådan skyldighet "skulle ... ha inneburit ett åtagande av sådan karaktär att det enligt gällande kommunalrättsliga regler, på samma sätt som vid en borgen av kommunen, skulle ha fordrats stöd i ett beslut av kommunens fullmäktige för att kommunen skulle bli bunden av åtagandet. Det är ostridigt att något sådant beslut av kommunfullmäktige inte har fattats, och banken har inte ens påstått att den haft anledning att räkna med att något beslut av detta slag skulle föreligga.
>
> Vid nu angivna förhållanden kan bankens talan om betalningsskyldighet för kommunen inte bifallas på någon av de grunder som banken har åberopat med hänvisning till själva handlingen eller omständigheterna vid dess tillkomst."

Avgörandet skall ses i ljuset av att banken aldrig åberopat att den var i god tro avseende de kommunala representanternas kompetens att binda kommunen, utan tvärt om var medveten om deras bristande förmåga att företräda kommunen i det aktuella fallet. Ansvar för felaktiga uppgifter kunde dock enligt HD inträda enligt *allmänna prin*ciper.[126]

---

[125] Vid en jämförelse med ABL kan det vara av vikt att påminna om tredje mans möjligheter att åberopa avtal som ligger utanför ett bolags verksamhetsföremål. I motiven anses det vara rimligt att ansvaret för att en ställföreträdare för bolaget handlar illojalt helt och hållet ligger hos bolaget. Det påpekas även att det ligger i omsättningens intresse att tredje man kan lita på att bolagets ställföreträdare håller sig inom ramen för bolagets verksamhetsområde vid t.ex. ett avtalsingående. Det hävdas även att bolagsordningens verksamhetsbestämmelser ofta är föråldrade eller vagt utformade. Se prop. 1993/94:196 s. 126.

[126] *Kleineman* hävdar att de offentliga rättssubjektens privaträttsliga ställning i modern rättspraxis inte föranlett några särskilda offentligrättsliga hänsyn, eftersom de frågor om kompetensöverskridande som prövats varit så uppenbara att tredje man knappast kan ha åberopat god tro. Detta gäller även om det rört sig om åtgärder vilka utgjort ett led i en offentlig verksamhet och där ett kompetensöverskridande hade kunnat relateras till skadeståndssanktionen. Se Kleineman 1994–95b s. 955 f.

När de externa rättsverkningarna av ett avtalsingående 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 föreligga. *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.[127]

Det har i norsk doktrin hävdats att det faktum att det föreligger ett avtal gör att förhållandet skall bedömas i enlighet med vad som gäller privaträttsliga förhållanden. Sålunda har *Brækhus* anfört att det allmänna i de fall ett förvaltningsrättsligt avtal slutits, i princip är lika bundet som om avtalet ingåtts på det rent privaträttsliga området, oavsett hur starkt det förvaltningsrättsliga inslaget i avtalet är. Som motivering för sin ståndpunkt anför han att det allmänna genom avtal har möjlighet att binda enskilda rättssubjekt till förpliktelser som det annars inte hade haft möjlighet att pålägga dem. Detta är dock möjligt endast om det allmänna självt iklär sig en bindande förpliktelse som motprestation. Han anser sig även ha stöd för detta i praxis.[128] Ståndpunkten måste dock anses vara för långtgående, eftersom det får anses vara uteslutet att ett beslut om att ingå ett avtal som upphävts i förvaltningsdomstol skulle anses vara giltigt och fullgöras enligt sin lydelse vid en prövning i allmän domstol. Brækhus' uppfattning har också utsatts för kritik. Sålunda hävdar t.ex. *Hov* att det allmänna förvisso kan ingå bindande avtal, men att de inte *alltid* kan fullgöras enligt sin lydelse. Om ett avtal skall vara bin-

[127] Se Kleineman 1994–95b s. 955. Se även Dotevall 1998 s. 23 f. och s. 245.
[128] Se Brækhus 1975 s. 19.

dande beror enligt honom på om det allmänna haft *kompetens* att ingå avtalet.[129]

Vidare har hävdats att man troligen bör betona den principiella skillnaden mellan de fall där avtalet är myndighetens *enda möjlighet* att uppnå ett resultat och de avtal som ingås som *ett alternativ* till myndighetsutövning. Trots att avtalen i båda fallen har formen av ett offentligt styrmedel, kommer den första typen av avtal att ha en typiskt privaträttslig prägel. Dessa avtal får man i stort sett behandla enligt vanliga avtalsrättsliga regler. Den andra typen av avtal är dock mer utpräglat offentligrättsliga och där får kanske typiska offentligrättsliga principer, t.ex. likhetsprincipen, vägas in. Å andra sidan kan man kanske inte göra det så enkelt för sig då man ju också kan hävda att myndigheten genom att välja avtalets form har underkastat sig de privaträttsliga rättsföljderna.[130] Även om en myndighet som ett led i ett ömsesidigt förpliktande avtal gett ett offentligrättsligt tillstånd men inte haft kompetens att lämna eller egentligen inte kunnat lämna det på detta sätt, kan det enligt *Frihagen* hända att man

---

[129] Se Hov 1976 s. 224. Se även Bernt 1981 s. 87, som anser att Brækhus' uttalande står i klar konflikt med traditionell nordisk förvaltningsrättslig doktrin, även om avtalsrättsliga principer till viss del vunnit insteg vid bedömningen av det allmännas avtal. Jfr *Rt 1939 s. 728*, där rätten – i ett fall där två äldre makar slutit avtal med kommuns fattigvårdsstyrelse om att de, mot att de överlät sin förmögenhet (närmare 6 000 kr) till kommunen, skulle få plats på kommunens ålderdomshem under resten av sin levnad – inte tog hänsyn till om kommunen haft kompetens att ingå avtalet eller inte. Ett ömsesidigt förpliktande avtal ansågs ha ingåtts eftersom kommunen godkänt avtalet och fullföljt sina åligganden i enlighet med detta. Eftersom kommunen uppfyllt sin del av avtalet fann rätten att även motparten (vid tiden för tvisten makarnas dödsbo) måste finna sig i att uppfylla sin förpliktelse i enlighet med detta. *Eckhoff* har kritiserat domen eftersom han anser att ett accepterande av ett sådant förfaringssätt i längden riskerar att missgynna den som inte kan betala för erhållandet av sådana tjänster. Se Eckhoff 1976 s. 127. Även om avgifterna för äldreomsorg är individualiserade enligt 35 § SoL finns gränser för hur stor ersättning en kommun kan kräva. Den här typen av avtal skulle därför vara kompetensöverskridande och skulle troligen därför heller inte kunna vinna gehör i allmän domstol.

[130] Se Lynge Andersen m.fl. 1997 s. 130 f. *Kjellevold* har skrivit att i den mån avtalet innebär myndighetsutövning, vilket det t.ex. gör när det reglerar tilldelning av sociala förmåner och eventuella motförpliktelser från den mottagandes sida, kommer avtalet att ha så klara offentligrättsliga drag att bedömningen *måste* ske enligt offentligrättsliga regler och principer. Se Kjellevold 1993b s. 218 och Kjellevold 1995 s. 270 ff. Myndighetsutövning kan dock enligt min mening inte bli föremål för avtal. I de nämnda exemplen rör det sig för svenskt vidkommande om beslut som utgör myndighetsutövning, även om kravet på motprestationer gör att förhållandet till sin karaktär får en avtalsliknande prägel.

i något avseende måste anse förpliktelsen och avtalet vara bindande. I större utsträckning än vad som gäller vid ensidiga tillstånd och uttalanden från myndighetens sida, måste man ta hänsyn till om medkontrahenten *inrättat* sig efter avtalet. Detta kan å sin sida gå ut över andra privata eller offentliga intressen. Det allmännas behov av att ingå avtal är dock av sådan betydelse att dessa principiella betänkligheter inte bör avhålla från att ingå mer eller mindre formella avtal.[131]

Såvida det inte rör sig om så rutinbetonade ärenden att beslutet att ingå ett avtal och själva avtalet kan anses sammanfalla, är ett avtalsingående beroende av att ett beslut om att ingå avtalet fattats. Enligt den ovan refererade doktrinen anses det också stå ganska klart att ett avtalsingående kan få externa rättsverkningar som på ett eller annat sätt motsvarar det avtalade, även om ett kompetensöverskridande ägt rum. Ett vid laglighetsprövning enligt 10 kap. KL upphävt beslut att ingå avtal torde således inte i något fall kunna leda till att kommunen blir skyldig att prestera i enlighet med avtalet. Däremot kan det bli aktuellt att ersätta avtalskontrahenten för den förlust denne lidit till följd av avtalsingåendet. Vid den civilrättsliga prövningen måste man dock enligt min mening göra en helhetsbedömning av om den enskilde borde anses ha varit i ond tro om att befogenheten att ingå ett avtal överskreds. "Styrkan" av kommunens kompetensöverskridande måste beaktas utifrån såväl det offentligrättsliga som det avtalsrättsliga regelverket.

Om det vid en laglighetsprövning rör sig om ett ogiltigförklarande till följd av ett överskridande av gällande föreskrifter angående *formerna för ett besluts fattande* kan kommunen göra detta lagligt genom fatta nytt beslut i behörig ordning.[132] Problem kan dock i detta fall uppstå om kommunen inte längre *vill* stå fast vid sitt beslut. Den enskilde torde med hänsyn till beslutets offentligrättsliga brister inte kunna kräva avtalets fullföljd. Även här kan den enskilde väcka skadeståndstalan vid allmän domstol. Det rimliga verkar i dessa fall vara att eventuell ersättning utgår enligt det *negativa kontraktsintresset* eftersom konsekvenserna eljest i princip blir de samma som om avtalet hade kunnat göras gällande enligt sin lydelse.

Det ligger – åtminstone i ett de lege ferenda-perspektiv – nära till hands att som en utgångspunkt förespråka bundenhet på i princip samma villkor som mellan två enskilda avtalsparter, förutsatt att den enskilde

[131] Se Frihagen 1991 s. 331.

[132] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 346. Se även Westman 1947 s. 21 f.

motparten var i god tro. När det gäller det allmännas avtal kan man dock eventuellt tänka sig ett skärpt godtroskrav. Bl.a. kan förutsebarhetsskäl anföras som ett argument för att kommunen åtminstone skall bli ersättningsskyldig vid ett kompetensöverskridande. Som *Lynge Andersen m.fl.* påpekat så kan man hävda att myndigheten genom att välja avtalets form valt att acceptera de privaträttsliga reglerna. Förmodligen måste man tänka sig undantag från en sådan huvudprincip när starka skäl föreligger och man bör inte gå fullt ut lika långt som *Brækhus* förespråkar, eftersom man svårligen kan bortse från de offentligrättsliga begränsningar som finns vid ett avtalsingående mellan en kommun och en enskild.

Det torde vara så att om en klar och entydig lagregel överskrids vid beslutet om att ingå avtal och detta senare upphävs, torde det vara svårt för den enskilde att med något större hopp om framgång hävda god tro, i vart fall om den enskilde motparten utgörs av ett större företag.[133] När det gäller en enskild individ måste kraven rimligtvis sättas lägre. Detsamma får anses gälla om lagstiftningen är oklar eller om gällande rätt till stor del dragits upp genom praxis, t.ex. vad gäller ramarna för den kommunala kompetensen. Det kan inte anses lika självklart att en enskild, som tidigare endast i begränsad omfattning ingått avtal med kommunen, skall känna till ledande rättsfall på området. Samtidigt kan förutsebarhetsskäl tala för att enskild borde kunna förlita sig på att den offentliga motparten känner till och följer de bestämmelser som reglerar dess verksamhet. Slutsatsen måste därför bli att en enskild juridisk person som huvudregel inte kan anses vara i god tro om materiella kompetensöverskridanden, medan huvudregeln vad avser enskilda fysiska personer får anses vara att de är i god tro även vid materiella kompetensöverskridanden. Ond tro kan dock föreligga om sådan enskild till följd av klar och entydig lagstiftning, tidigare anställning inom den offentliga sektorn eller genom tidigare avtalsingående *borde anses ha känt till* de regler som bestämmer utrymmet för den kommunala befogenheten att ingå avtal på det aktuella området.

6.5.2 Avtals rättsverkningar vid överskridande av den personella kompetensen – delegations- och fullmaktsfrågor

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

[133] Se t.ex. NJA 1992 s. 375.

enligt 2:1–2, 2:7–8 och 8:3 b KL.[134] Nästa steg blir att avgöra om fullmäktigebeslut erfordrats för att ingå avtalet eller om beslutanderätten tillkommit den som ingått detta, t.ex. genom delegering.[135]

Vad gäller kompetensen att sluta avtal på förvaltningsrättens område torde samma principer som när det rör sig om rena förvaltningsbeslut vara tillämpliga. Kompetensen att sluta ett avtal ligger därför hos den myndighet som i övrigt handhar förvaltningsuppgifter på det aktuella området.[136] Oavsett om ett löfte eller ett avtal materiellt sett är korrekt, måste det ges eller ingås av den som har myndighet att träffa det underliggande förvaltningsavgörandet. Skall det allmänna t.ex. bli bundet av ett avtal om att inte expropriera ett område, måste avtalet ingås av den myndighet som har rätt att ingå den typen av förpliktelser.[137]

Vem som har kompetens att ingå och underteckna avtal för kommuns eller nämnds räkning bör framgå av den kommunala delegationsordningen.[138] På samma sätt torde utgångspunkten vad gäller den *personella kompetensen* vara att det är den person eller den nämnd som har kompetens att fatta beslut i en fråga som också har rätt att ingå bindande avtal för kommunens räkning. I första hand är det en fråga för fullmäktige att organisera verksamheten och att genom delegering besluta vilka nämnder och i förlängningen vilka personer som skall ha beslutanderätt i olika frågor.[139] Förhandlingar som föregår avtalsslutandet kan emellertid utföras av annan än den som slutligen måste godkänna avtalet.[140] Om den som har kompetens att ingå avtal för kommunens räkning handlar i strid med de instruktioner och riktlinjer som är fastställda, så blir kommunen ur offentligrättslig synvinkel obunden av det avtal som ingåtts. I likhet med vad som gäller vid materiella kompetensöverskridanden kan dock godtrosbedömningar supplera offentlig rätt vid

---

[134] Se även bl.a. *RÅ 1922 ref. 65*, där ett arrendeavtal inte ansågs utgöra hinder mot prövning av besvär över beslutet om utarrenderingen.

[135] Se även Westman, *Om kommunala nämnders delegationsrätt*, 1953 s. 1–9. Tredje man i god tro kan även i fråga om person som erhållit ett verkställighetsuppdrag göra avtalet gällande. Viss undersökningsplikt anses dock föreligga. Se a.a. s. 9.

[136] Se Andersen 1965 s. 476 f.

[137] Se även Boe 1993 s. 818.

[138] Se även Hallgren m.fl. 1997 s. 192.

[139] Se även Kjellevold 1995 s. 295 f. Den nämnd som erhållit beslutanderätt anses dock inte ha någon oinskränkt rätt att ingå bindande avtal utöver gällande budgetår. Endast fullmäktige anses ha rätt att binda kommunen för längre tid. Förbehåll måste därför göras för fullmäktiges godkännande.

[140] Se Kjellevold 1993b s. 218 och Kjellevold 1995 s. 266 f.

bedömningen av de privaträttsliga rättsverkningarna.[141] Även om det skulle konstateras att något bindande avtalsförhållande inte föreligger så torde godtroende motpart kunna anses ha rätt till skadestånd.[142]

I äldre praxis har medkontrahentens uppfattning tillerkänts viss betydelse för frågan om i vilken utsträckning avtal binder trots konflikt med det offentligrättsliga regelverket.[143] I äldre doktrin har hävdats att man

---

[141] Se även rättsfallet *Rt 1992 s. 1642*. Ordföranden hade genom sitt undertecknande iklätt kommunen en borgensförbindelse till förmån för ett privat företag. Kommunen avvisade därefter betalningsanspråk med motiveringen att något slutligt beslut om lånegaranti inte fattats. Ordföranden hade med andra ord lämnat en garantiutfästelse utan att stöd i korrekt beslutsprocess. Skulle rätten finna att sådant beslut fattats yrkade kommunen att detta i första hand skulle vara ogiltigt på grund av ordförandens inhabilitet och i andra hand att "formannskapet" överskridit sin kompetens, eftersom det ankom på fullmäktige att fatta den typen av beslut. Rättten 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. Om detta förhållande rådde även enighet mellan parterna. 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 "nærmere 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*. Se även Eckhoff & Smith 1997 s. 226 och Kristiansen 1997 s. 190 ff. Jfr Rt 1995 s. 1688.

[142] Se även Woxholth 1997 s. 230 f.

[143] Se t.ex. *NJA 1930 s. 403 I–II*. Det första fallet gällde 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 det andra fallet 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 *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 erlägga ersättning för utsädet. Se även *RÅ 1929 S. 366*.

måste analysera de olika situationer som kan uppkomma, beakta styrkan av skälen för olika möjliga lösningar och därefter söka rimliga konstruktioner. En civilrättslig utgångspunkt kan mycket väl kunna tänkas motivera en viss lösning, men det finns enligt *Jägerskiöld* även starka skäl att ta hänsyn till förvaltningsrättsliga synpunkter såsom *tilltro* till myndighets utfästelse och *fastheten i förvaltningsavgöranden*. Det kan även vara skäligt att *i vissa fall* låta motpartens uppfattning inverka medan det i andra fall kan vara tillräckligt att *endast* fästa sig vid en författningsbestämmelses *lydelse*, oavsett hur denna uppfattas. Det kan därför tänkas vararimligt att en utfästelse från en tjänsteman, som saknat befogenhet att göra utfästelsen eller som försummat att iaktta viss föreskrift, infrias.[144]

Som anfördes i avsnitt 6.2.4 anses ett lagakraftvunnet beslut i praktiken vara bindande för kommunen även om beslutet överskrider kommunens kompetens. Man torde alltså kunna utgå från att ett av kommunen ingånget avtal som grundar sig på det ogiltiga beslutet binder denna gentemot en enskild avtalspart. Om ett offentligt förvaltningsorgan vid avtalsingående förfarit i strid mot ett lagstadgande och den enskilde *borde ha känt till detta*, kan den enskilde inte hävda att avtalet skall fullgöras om beslutet upphävs vid den kommunala laglighetsprövningen. I finsk doktrin har *Mäenpää* skrivit att det redan av kravet att förvaltningen måste rätta sig efter legalitetsprincipen kan anses följa att förvaltningsorganen inte får ingå ett avtal som binder den offentliga sammanslutningen om de saknar kompetens till detta. Förvaltningsorgan kan alltså inte utan ett ut-

[144] Se Jägerskiöld 1958 s. 42 f. Se dock *NJA 1899 s. 259*, där Ljungs kommun vid extra kommunalstämma 1892 beslutat att teckna aktier i ett järnvägsaktiebolag. Beslutet vann laga kraft. Något bolagsbildande skedde emellertid inte. Tre år senare hölls dock konstituerande stämma där kommunen inbjöds för att teckna tidigare utlovat aktiebelopp. En person bemyndigades vid kommunalstämma 1895 att teckna aktier å socknens vägnar under förutsättning att vissa villkor uppfylldes. Dessa villkor var mer långtgående än de som beslutats år 1892 och bolaget anhöll hos kommunen om att villkoren för aktieteckningen skulle gälla i enlighet med det år 1892 lagakraftvunna beslutet. Kommunen vägrade dock gå med på detta. När kommunen underlät att verkställa delbetalning av tecknat aktiebelopp väckte bolaget talan mot kommunen och yrkade att kommunen skulle förpliktas att betala in beloppet. Såväl underrätter som HD fann dock att det lagakraftvunna kommunalstämmobeslutet från 1892 *inte innefattat någon för kommunen bindande utfästelse till bolaget*, eftersom det inte stadfästs av KM i enlighet med en vid tidpunkten gällande förordning.

tryckligt fullmaktsgivande beslut på förhand binda en offentlig sammanslutning till utgifter på grund av avtalet. Ett avtal binder således inte det offentliga samfundet om den som slöt avtalet saknade befogenhet att göra detta. Det ankommer vidare på myndighetens motpart att reda ut kompetensen. Ett sådant krav har emellertid ansetts sätta myndigheten i en alltför stark maktposition och att motpart i god tro borde skyddas bättre. I allmänhet torde man kunna utgå från att myndigheten har kompetens att ingå avtal om man inte enligt lag eller förordning kan härleda att sådan befogenhet saknas. Å andra sidan torde det vara så att ju lägre tjänsteman som ingår avtalet och ju viktigare avtal det är fråga om, desto större anledning har motparten att anta att befogenhet saknas. Således är det vid bedömningen av om god tro kan anses föreligga naturligt att ta hänsyn till *avtalets karaktär* och *vem* som företrätt kommunen.[145] Kraven på god tro torde således kunna komma att ställas högre vid avtal där de intressen som tillvaratas typiskt sett utgör offentligrättsliga förehavanden med samhällets bästa för ögonen. I dessa fall kan offentligrättsliga hänsyn väga tyngre än hänsynen till en godtroende part. Det sagda kan dock inte anses utesluta att den enskilde kan erhålla ersättning för uppkommen skada.[146]

Som tidigare nämnts har bl.a. *Kleineman* framfört åsikten att det föreligger ett organisatoriskt *släktskap* mellan kommunala organ och civilrättsliga bolagsorgan. "Organföreträdare" kan i båda situationerna i två typfall göra sig skyldiga till kompetensöverskridande. För det första kan beslutet ha fattats av *fel myndighet* eller *organ*, för det andra kan beslutets innehåll medföra att organet eller myndigheten har överskridit befogenhetsgränserna.[147] Det kan således finnas goda sakskäl för att tillerkänna en myndighets medkontrahent ett visst godtrosskydd. Däremot anser han inte att skyddet bör utsträckas så långt som skett i ABL, där även ondtroende medkontrahent åtnjuter skydd. Om däremot 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 in-

[145] Se Mäenpää 1984 s. 41 f.

[146] Se Bernt & Krüger 1986 s. 99 f. Se även Bernt 1981 s. 19–24.

[147] *Kleineman* hänvisar här till Strömberg, *Under vilka förutsättningar bör enligt svensk förvaltningsrätt en förvaltningsakt anses som en nullitet?*, 1955 s. 117 ff.

te närmare reflekterade över hur kompetensfrågan skulle tolkas, torde ersättning kunna utgå.[148]

Kleineman hävdar att ultra vires-doktrinens 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.[149] 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-doktrinens upprätthållande försvagats.

> "Med det nu anförda betraktelsesättet blir införandet av dessa skadeståndsregler 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 godtrosskydd vid avtalsrättsligt kompetensöverskridande. Reglerna om betydelsen av den goda tron vid ogiltighetsbedömningen korresponderar med culpanormen vid skadeståndsbedömningen 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

---

[148] Enligt ABL finns i sådana fall regler om personligt skadeståndsansvar för organföreträdare. Sådana regler saknas för statliga ställföreträdares kompetensöverskridande. Det kunde därför anses 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 1994–95b s. 968 f. Se även Woxholth 1997 s. 230.

[149] Som jämförelse kan nämnas att ultra vires-doktrinen bl.a. tillämpas i engelsk kommunalrätt. Så har t.ex. alla former av kommunala s.k. räntebytesaffärer ansetts vara olagliga såsom stridande mot den engelska kommunallagen. Skillnaden mot den svenska kommunallagstiftningen är dock enligt *Paulsson m.fl.* för stor för att kunna läggas till grund för några slutsatser vad gäller svenska förhållanden. Enligt författarna är det avgörande om ett sådant förfarande är tillåtet eller inte för svenskt vidkommande om ett *spekulationssyfte* kan anses föreligga eller inte och om risknivån kan anses vara acceptabel. Se Paulsson m.fl. 1997 s. 278 f. JO har i ett uttalande – *1990-11-19, Dnr 2151-1990* – utan någon djupare analys ifrågasatt kompetensenligheten av räntebytesaffärer. Ultra vires-doktrinens betydelse på *offentligrättsliga bolag* inskränker sig för danskt vidkommande till offentligrättslig verksamhet som *inte* bedrivs i konkurrens med affärsdrivande företag. Se Werlauff 1995 s. 782 f.

grunderna för vårt statsskick sådana dessa kommit till uttryck i regeringsformen."[150]

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 avtalsingående. Ur ett offentligrättsligt perspektiv skulle möjligen kunna hävdas att ett sådant synsätt är för långtgående eftersom kommunens kostnader kan bli de samma som om beslutet att ingå ett avtal varit giltigt. Om ersättning utgår enligt det positiva kontraktsintresset skulle följden bli att kommunen måste prestera i enlighet med avtalet utan att den enskilde behöver uppfylla sina förpliktelser. Tanken att vid bedömningen av de externa rättsverkningarna använda ett avtalsrättsligt synsätt och kombinera detta med offentligrättsliga regler i gränslandet är dock tilltalande, i synnerhet när det gäller organ med demokratisk legitimitet, t.ex. kommuner. Här kan kanske även Boes ovan berörda glidskaleprincip i viss utsträckning komma till användning. Rättsverkningarna av ett överskridande av den personella kompetensen kan även tänkas variera beroende på vad frågan rör och till vilken del av den kommunala organisationen som beslutanderätten hör.

När det gäller frågan om befogenheten att företa en rättshandling å en kommuns vägnar bör man, i enlighet med Kleinemans resonemang, kunna uppställa krav på att en motpart måste överväga om ett beslut faller inom ramen för huvudprinciperna för den kommunala myndighetens beslutskompetens. Motparten måste anses ha en aktivitetsplikt när det gäller att undersöka det offentliga organets kompetens att ingå avtal på området. Skulle en lagregel vara oklar eller innebörden av ett delegationsbeslut vara vagt kan denna brist läggas till grund för en godtrosbedömning som leder till att det allmänna får stå risken för eventuella oklarheter om befogenheten. Ersättning skall därför utgå i dessa fall. Frågan är dock vilken undersökningsplikt som den enskilde har för att kunna anses vara i god tro. 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 gene-*

[150] Se Kleineman 1994–95b s. 970 f.

rellt 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.

För norskt vidkommande har *Kristiansen* analyserat personella kompetensöverskridanden.[151] Först berör hon frågan om en kommun är *bunden* av en garanti när beslutet fattats av t.ex. kommunstyrelse, nämnd, beredning eller nämndutskott *utan att beslut om delegation* av beslutanderätten fattats av den som beslutanderätten egentligen tillhör. Hon framhåller att det är två moment som måste vägas in i bedömningen om beslut av dessa instanser kan binda kommunen. Det första momentet är *anknytningen till fullmäktige*, såväl politiskt som organisatoriskt, eftersom sammansättningen bygger på, och speglar, de olika partiernas representation i kommunfullmäktige. Vidare är det ledamöter av fullmäktige eller deras partikollegor som sitter i styrelse och nämnder, vilket gör att det inte bereder några större problem att kontrollera vad som händer i dessa. Det andra momentet *anknyter till de regler* som gäller för *delegering* av beslutsmyndighet till styrelse och nämnder etc. I vissa fall är delegering 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 situa-

[151] Se Kristiansen 1997 s. 205–242. Vid analysen förutsätts att kommunens kompetens *att ingå* avtal på det aktuella området inte överskridits. För en allmän redogörelse för norsk förvaltningsrätt och bristande kompetens, se närmare Frihagen 1991 s. 206 f. och s. 236 f. samt Frihagen, *Forvaltningsrett. Bind III*, 1992 s. 235–241 och i dessa arbeten anförd litteratur och praxis. *Frihagen* manar till försiktighet när det gäller användandet av civilrättsliga fullmaktsresonemang på det offentligrättsliga området.

tioner.[152] Det är, i enlighet med hennes resonemang, därför 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. I enlighet med detta torde förmodligen 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. Kanske kan en motpart således anses ha varit i god tro om det finns *möjlighet till delegering* till det kommunala organet och att det *i vart fall inte är ovanligt* att det aktuella organet ingår en viss typ av avtal.

Det är vanligt förekommande att fullmäktiges ordförande eller ett kommunalråd skriver under avtal för kommunens räkning. *Kristiansen* hävdar att det inte är självklart att kommunen är bunden, även om ett avtal undertecknats av den som är kommunens representant utåt. Det viktiga är i stället vem som haft kompetens att fatta beslut i en viss fråga. Möjligen skulle 10 § 2 st. AvtL kunna anföras som grund för att kommunen på grund av ställningsfullmakt skulle kunna vara bunden av ordförandens avtalsingående. En förutsättning för stadgandets tillämpning är

---

[152] Se Kristiansen 1997 s. 207 f. och s. 221 f. *Rt 1995 s. 1688* rörde fråga mellan en kommun och ett landsting. Kommunen lät uppföra hälsocentral i förlitan på att landstingen skulle täcka delar av kostnaderna för projektet. Rätten konstaterade att det enligt kompetensreglerna endast var *fylkestinget* som genom avtal kunde binda landstinget att bidra till finansieringen av bygget och att beslutet att stödja kommunen hade fattats av *fylkesutvalget*. Vidare fann rätten att de handlingar som upprättats mellan parterna inte var formulerade på ett sådant sätt att det fanns grund för ett uttalande om ett avtal överhuvudtaget kommit till stånd. Beslutet kunde därför inte tolkas så att landstinget förpliktade sig utöver att utföra själva planeringsprocessen. Trots att något avtal alltså inte ingåtts valde rätten, i form av ett obiter dictum, att uttala att det inte kunde finnas utrymme för ett fullmaktsresonemang i de fall ett offentligt organ i förhållande till ett annat *klart* handlar utöver sin kompetens, såsom situationen skulle ha varit om det varit fylkesutvalgets mening att ingå avtal om delfinansiering av projektet. Det märkliga är dock att rätten dessutom framhåller vikten av att motparten utgjordes av kommun, som själv omfattades av motsvarande regler, och som därför skulle anses ha vetskap om kompetensreglerna. Menas härmed att bedömningen *kan* bli en annan om motparten utgörs av enskild? Uttalandet förefaller annars något överflödigt. Det blir emellertid på grund av oklarheten svårt att dra några slutsatser om rättsfallets räckvidd i förhållande till enskilda motparter. Se även Kristiansen 1997 s. 213 ff. Jfr *Rt 1995 s. 1333*, där rätten inte fann skäl att pröva kompetensfrågor eftersom såväl kommunen som den enskilde parten rättat sig efter avtalet i nära 30 år.

dock att avtalet faller inom vad ordföranden enligt *lag eller sedvänja* kan förplikta kommunen till. Situationen blir dock lite speciell eftersom det inte rör sig om ett traditionellt anställningsförhållande utan en position som ytterst uppstått till följd av kommunalval. Ordföranden anses *i vart fall* ha en rätt att binda kommunen vid mindre avtal; inköp av kontorsmateriel etc., men torde inte utan stöd av lag eller beslut av instans med befogenhet att fatta beslutet kunna binda kommunen i större frågor.[153] En avgörande skillnad mellan ordföranden och t.ex. kommunal nämnd är att den förstnämnde inte utgör någon heltäckande spegling av sammansättningen i fullmäktige.[154]

Kristiansens resonemang skulle därför kunna ligga till grund för tesen att företrädare för kommunen kan anses ha en organställning vid de beslut som fattas utifrån dennes lagstadgade position eller efter delegation, medan denne i frågor av mindre viktig karaktär, enligt reglerna om ställningsfullmakt, kan komma att binda kommunen genom att ingå avtal för dess räkning.

Bedömningen av den enskildes goda tro i olika frågor torde även variera beroende på vilken typ av situation som föreligger. Som exempel kan nämnas det norska rättsfallet *Rt 1971 s. 228*, den s.k. Råkollveidomen, där ett bytesavtal ingåtts mellan en kommun och en fastighetsägare. Senare beslutade kommunen att anta plan, enligt vilken en väg skulle dras över den mark fastighetsägaren bytt till sig. Förhållandena kom således kraftigt att ändras. Fastighetsägaren väckte talan och bestred kommunens möjlighet att genom planändring ändra förutsättningarna på sätt som skett och hänvisade till att ordföranden *under förhandlingarna lovat* att den planerade vägen skulle dras utanför fastigheten. Rätten tog dock ingen notis om vad som överenskommits under förhandlingarna och fann att kommunen inte kunde anses vara bunden av någon avtalsrättslig förpliktelse och att ordföranden hur som helst saknat möjlighet att binda kommunen. Det torde också vara tveksamt om den enskilde i en civilrättslig process med framgång

---

[153] Man torde dock kunna tänka sig att bundenhet, förutom enligt sedvänja, uppkommer på grund av "partsbruk" genom att kommunen upprepade gånger i efterhand godkänt avtal av visst slag genom att fullgöra dessa eller genom formella godkännanden.

[154] Se Kristiansen 1997 s. 225 ff. och s. 229. *Kristiansen* hänvisar även till *Rt 1933 s. 385*, där kommunen inte ansågs vara bunden av låneförbindelse som ordföranden ingått, men finner att fallets räckvidd är oklar på grund av talans utformning och att ordföranden i det här fallet använt de pengar avtalet avsåg för privat bruk. Se även *Rt 1937 s. 424.*

skulle kunna vinna gehör för sina krav i ett fall då viss fråga inte reglerats i ett avtal som sedan godkänts genom ett lagakraftvunnet beslut. Planbeslut är en kommunalt reglerad verksamhet där avtal endast indirekt, och utan att grunda några offentligrättsliga anspråk, kan påverka beslutet. Det måste krävas starka skäl för att den enskilde i en sådan situation skall kunna åberopa god tro. Rör det sig om överenskommelser av icke lagstadgad karaktär blir dock förhållandet ett annat, se det ovan redovisade Frövimålet, NJA 1973 s. 725.

Vad gäller beslut som fattats av den kommunala administrationen, eller med andra ord kanslipersonal eller kanslichef, anses att kanslichefens relation till kommunen basera sig på ett anställningsförhållande.[155] Det skulle därför vara näraliggande att tillämpa 10 § 2 st. AvtL, i de fall beslut fattade av sådan administrativ chef ligger inom ramen för vad som innefattas i kravet på "lag eller sedvänja". Samma invändning måste dock även göras här som så många gånger tidigare; kommunen är en offentligrättslig juridisk person som inte helt går att likna vid privaträttsliga relationer. Något stöd för administrativ personals rätt att ingå avtal finns inte i kommunallagstiftningen. *Kristiansen* anser dessutom att administrativa beslut har svag demokratisk förankring och av den anledningen inte binder kommunen samt att administrationen i de flesta kommuner är så oöverskådlig att det är omöjligt för de styrande organen att i samtliga fall ha uppsikt över vad som sker. Hennes slutsats blir därför att fullmaktsläran till viss del motsvarar möjligheterna att delegera beslutsrätt till olika instanser. I de instanser som enligt KL kan tilldelas beslutsmyndighet kan därför ett ci-

[155] Se även *AD 1997 nr 148*, där AD fann att en kanslichefs anställning hos Ovanåkers kommun omfattats av lagen (1982:80) om anställningsskydd, LAS. Eftersom kanslichefen befanns ha varit chef för endast *en liten del* av den kommunala förvaltningen i kommunen och utövat chefskap över endast ett *fåtal* personer kunde han *inte* anses ha haft sådana arbetsuppgifter att han innehaft en *företagsledande ställning*. Det väsentliga för bedömningen ansågs vara om kanslichefen kunde anses ha ansvarat för en *mer betydande del* av kommunens verksamhet. Sålunda skulle en kansli- eller avdelningschef som ansvarar för ett större förvaltningskontor eller avdelning kunna bedömas inneha en företagsledande funktion, med förmåner och andra anställningsvillkor som vanligtvis tillkommer sådana, och därmed inte omfattas av LAS.

vilrättsligt synsätt anläggas där godtrosresonemang tillmäts viss betydelse.[156]

Att administrationen är svåröverskådlig för de styrande förefaller dock vara ett relativt svagt argument för att inte tillämpa reglerna om ställningsfullmakt på t.ex. rutinmässiga avtal som är "normala" inom motsvarande administrativa enheter. En utgångspunkt torde enligt min mening vara att kanslichef etc. kan binda kommunen enligt reglerna om ställningsfullmakt utifrån den kompetens som följer av anställningsförhållandet, sedvänja eller enligt de principer som gäller för *s.k. toleransfullmakt* och *kombinationsfullmakt*, eftersom denne i sig inte kan anses utgöra nå-

[156] Se Kristiansen 1997 s. 229–239 och där anvisad praxis. I *RG 1973 s. 211*, hävdades att kommuningenjör skulle anses ha haft ställningsfullmakt att besluta om visst avgiftsbelopp, utan att kommunen senare skulle kunna höja beloppet, trots att det var fullmäktige som var rätt instans att fastställa avgiften. Rätten fann att kommuningenjörens uttalande inte kunde binda kommunen även om han i och för sig hänvisade till en äldre, tidigare gällande, taxa. Ett sådant uttalande kunde dock inte vara gällande i högre grad än själva taxan, eftersom sådan endast kunde fastställas av fullmäktige. Rätten konstaterade dock att ingenjören förvisso hade ett slags ställningsfullmakt enligt 10 § 2 st. AvtL vad gällde kommunens tekniska administration, men att detta inte kunde leda till att han hade behörighet att binda kommunen i fråga om lagreglerade avgifter. Kommuningenjörens uttalanden sågs därför som *information* om vad som för tillfället gällde, uppgifter som han också ansågs vara i sin fulla rätt att lämna. I *Rt 1975 s. 882*, fann rätten att man vid tolkningen av ett expropriationsavtal måste väga in den korrespondens som skett under förhandlingarna, trots att förhandlarna inte hade några befogenheter att binda kommunen. Jfr dock *Rt 1971 s. 228*, där rätten kom fram till motsatt resultat. Ordförandes uttalanden under förhandlingarna ansågs här inte medföra bundenhet för kommunen. Skillnaden mellan fallen kan bero på att det i det förstnämnda fallet rörde sig om tolkningen av ett avtal, medan det i det sistnämnda var fråga om uttalanden kunde statuera ett avtal. En tänkbar slutsats av fallen kan således bli att uttalande av obehöriga kan läggas *till grund för tolkningen av ett avtal*, men att de inte *i sig* kan *grunda ett avtalsförhållande*. *Kristiansen* ställer sig dock avvisande till en sådan slutsats eftersom det kan få lika långtgående följder att väga in uttalande vid en tolkning som att direkt lägga uttalanden till stöd för att ett avtal uppstått. Hon ser därför *Rt 1975 s. 882* som ett argument för att uttalanden som för längre än vad administrativ personal har befogenhet till i vissa fall *kan* läggas till grund för avtalsförpliktelser. Se Kristiansen 1997 s. 233. Se även *RG 1993 s. 519*, där staten, genom försvarsmakten, blev bunden *trots att motparten var medveten om att kompetens att ingå hyresavtal under uppförandetiden saknades*. Att kompetens att ingå avtal under uppförandetiden saknades ansågs av medkontrahenten endast ha uppfattats som ett formellt hinder och att försvaret förpliktat sig att ingå avtalet så snart byggnaden stod färdig. Eftersom rätten bedömde det vara svårt för motpart att ha översikt över kompetensförhållandena inom försvarsmakten befanns bindande hyresavtal föreligga från det att byggnaden färdigställts.

got kommunalt organ. Vid kombinationsfullmakt rör det sig om en behörighetsgrundande kombination av omständigheter som skapar ett intryck hos tredje man att en person intar en ställning inom huvudmannens organisationssfär som medför att ett fullmaktsförhållande föreligger.[157] Den kommunala organisationen kan förvisso vara svåröverskådlig, men om inte delegation av olika beslut skett, torde administrativ personals beslut att ingå avtal i många fall kunna angripas enligt nämnda avtalsrättsliga utgångspunkter.

6.5.3 Bundenhet och kompetensöverskridanden på socialrättens område

Till följd av de kommunala organens funktion saknar de kommunala nämnderna egen rättssubjektivitet och utgör därför rättsligt sett en del av kommunen. Vem som i en kommun har befogenhet att ingå ett visst avtal är till viss del beroende av hur den aktuella kommunen är organiserad och vem som ansvarar för olika verksamheter; antingen till följd av organisationen eller genom delegering.[158] Vissa uppgifter är enligt lag förbehållna kommunfullmäktige och den eller de nämnder som ansvarar för den kommunala verksamheten. Det ankommer t.ex. på fullmäktige att anta taxa enligt 35 § SoL och 2 a:10 SkolL. Även om den interna organisationen kan skilja mellan olika kommuner kan följande resonemang ses

---

[157] Se även Dotevall 1998 s. 106 f., s. 116 f. och s. 124 f. Eftersom kombinationsfullmakten utvecklats ur ställningsfullmakten omfattas den också av delvis samma begränsningar. Sålunda har anförts att kombinationsfullmakt knappast kan aktualiseras annat än i fråga om vardagliga och frekventa rättshandlingar. Se a.a. s. 314.

[158] Kommunens organisation kan dock endast ligga inom de ramar som KL anger. Om t.ex. en ledningsgrupp fått en beslutanderätt till sig och denna består av såväl politiker som tjänstemän strider delegationen mot KL. Kommunalrättsligt skulle ledningsgruppen på grund av *blandad delegering* således vara otillåten och därmed också sakna rätt att fatta beslut. Se Björkman & Riberdahl 1997 s. 56. Vilka civilrättsliga konsekvenser som kan uppkomma om något beslut som berör enskild ändå fattats beror i slutändan på om den enskilde kan anses ha varit i god tro. Finns beslut om att delegera viss beslutanderätt till ledningsgruppen, torde motparten också förlita sig på att den verkligen är beslutsför. Skulle dock motparten vara väl insatt i den kommunala organisationen och veta att ledningsgruppen var felaktigt sammansatt torde denne anses vara i ond tro. Det skulle då vara svårare att med någon större framgång kunna hävda rätt till kompensation för eventuell förlust till följd av att ledningsgruppen saknat rätt att fatta beslut. Någon möjlighet att förmå kommunen att fullgöra en prestation som fattats genom ett befogenhetsöverskridande beslut torde dock inte finnas om beslutet ogiltigförklarats vid en laglighetsprövning.

som en generell utgångspunkt på de social- och skollagstiftningsrättsliga områdena.

För uppgiftsöverföring inom socialtjänsten gäller att *obligatoriska uppgifter* som uttryckligen ålagts den av fullmäktige beslutade nämnden, i regel socialnämnd – t.ex. beslut om socialbidrag, vårdbehovsbedömningar, tilldelning av platser eller avgifter för kommunens sociala service – *inte kan överlåtas*. Kommunens huvudmannaansvar för *tillhandahållandet* av äldreomsorg och missbruksvård samt de HVB som kan behöva utnyttjas för särskilt utsatta grupper som barn, ungdom, missbrukare eller äldre, kan heller inte överlåtas. Även om det *yttersta ansvaret* för de lagreglerade uppgifterna inte kan överlåtas på annan har en kommun möjlighet att sluta avtal med annan om att utföra dessa, 4 § 3 st. SoL. Sålunda anses *driften* av t.ex. servicehus eller utförande av uppgifter inom hemtjänsten inte utgöra myndighetsutövning. Även om kommunen i egenskap av huvudman har kvar sitt ansvar för verksamheten ansvarar entreprenören för den dagliga ledningen av arbetet.

Vad gäller olika former av förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg är uppgiften obligatorisk i den omfattning SkolL anger. Barnomsorgen anses sedan tidigare utgöra en ren serviceverksamhet och några hinder mot att lägga ut verksamheten på entreprenad föreligger inte. Inte heller finns något hinder mot att förlägga vård enligt LVU till ett privat HVB. Tvärtom finns det i 11 § 4 st. LVU lagstöd för att lägga ut bestämmanderätten över den unges personliga förhållanden på en föreståndare för en enskild institution, alltså en rätt att bedriva vård som innefattar myndighetsutövning.[159]

Av lagtexten framgår dock ingenting om *vem* som har kompetens att överlämna uppgiften. I och med att socialnämnden ålagts ansvaret för äldreomsorg och missbruksvård är en utgångspunkt att det också är socialnämnden som har möjlighet att överlämna dessa uppgifter på enskild.[160] På vilken nivå måste då beslutet fattas, kan t.ex. en tjänsteman på eget bevåg lägga ut en verksamhet på entreprenad? Svaret måste otvetydigt bli nej. Beslutet måste fattas av det kommunala organ som ålagts an-

[159] Se prop. 1992/93:43 s. 21. Se även Norström & Thunved 1998 s. 37.

[160] I *RÅ 1989 ref. 89* ansågs det inte nödvändigt med ett fullmäktigebeslut när det gällde att sluta avtal med enskild om att fullgöra vissa servicefunktioner i en av kommunen hyrd lokal där det bl.a. bedrevs barnomsorg, äldreomsorg, skola och fritidsverksamhet. Avtalet ansågs heller inte strida mot lag eller annan författning. Socialnämnden hade därför inte överskridit vad den inom ramen för sin förvaltande och verkställande funktion ägt rätt att besluta om.

svaret för verksamheten, dvs. *socialnämnden*. Motsvarande gäller för förskoleverksamhet enligt SkolL. Det är den *för verksamheten ansvariga nämnden* som måste fatta beslut om överlämnande av verksamheten till enskild.[161] Eventuellt torde dock krävas att kommunalfullmäktige innan dess fattat ett principbeslut om att sådan verksamhet skall läggas ut på entreprenad.

Man kan därför tänka sig att det skulle kunna uppstå problem om nämndens ordförande ingått ett avtal utan att nämnden fattar beslut i frågan.[162] Av de insamlade avtalen framgår att avtal om barnomsorg på entreprenad ingåtts av socialnämnden och undertecknats av socialnämndens ordförande.[163] Detsamma gäller för samverkansavtal om alternativ barnomsorg.[164] Även avtalen om hemtjänst[165] och serviceboende på entreprenad[166] samt avtal som gäller HVB[167] har undertecknats för nämndens – och kommunens – räkning av social- eller omsorgsnämndens ordförande eller i vissa fall socialdirektör. I de insamlade avtalen anges i regel att de för sin giltighet förutsätter socialnämndens godkännande eller i vissa fall lagakraftvinnande.[168]

Om nämnden inte fattar beslut om att godkänna avtalet, eller om beslutet skulle upphävas ett överklagande, torde bedömningen av den enskilde motpartens goda tro kunna göras i enlighet med vad som framkom under avsnitt 6.5.1 och 6.5.2 samt regler som gäller vid offentlig upphandling. Generellt sett torde den enskilde inte kunna anses vara i god tro om att nämndens ordförande hade kompetens att ingå avtalet, eftersom befogenheten enligt lag tillkommer nämnden. Samtidigt borde den enskilde

---

[161] På socialrättens område gäller att vissa beslut, enligt t.ex. 47 § SoL, *inte får delegeras till enskilda tjänstemän*, utan bara till en särskild avdelning som består av ledamöter eller ersättare i socialnämnden. Det finns emellertid i t.ex. LVU och LVM bestämmelser som medger att *nämndens ordförande*, eller annan ledamot som nämnden förordnat, i vissa fall får fatta beslut i socialnämndens ställe.

[162] Eftersom entreprenadavtal på området skall upphandlas torde den kommunala organisationen vara uppbyggd på ett sådan sätt att det sällan eller aldrig uppstår några problem om vem som skall fatta beslut om att ingå avtal med en viss anbudsgivare.

[163] Se bilaga 1 in fine. Avtalen kan även i förekommande fall vara undertecknat av barn- och ungdomsnämndens ordförande eller av kommundelsnämndsordföranden.

[164] Se bilaga 2 in fine.

[165] Se bilaga 4 in fine. Avtalen är för social- eller omsorgsnämndens räkning undertecknade av socialdirektör, socialnämndens ordförande eller motsvarande.

[166] Se bilaga 5 in fine. Avtalen är i något fall undertecknade av enhetschef till vilken uppdrag delegerats. Ibland är avtalen undertecknade av såväl ordförande som socialchef.

[167] Se bilaga 6 in fine.

[168] Se bilaga 1 § 29, bilaga 2 § 28, bilaga 4 § 20 samt bilaga 5 § 23.

kunna anses vara i god tro om beslutet att ingå avtalet senare underkänns vid en laglighetsprövning och denne inte bort inse att något fel begåtts vid beslutet att ingå avtalet. Den enskilde bör då kunna erhålla ersättning enligt det negativa kontraktsintresset.

Man kan även tänka sig att det vanligtvis är nämndens ordförande som ingår den aktuella typen av avtal men att nämnden i ett visst fall inte fattar något beslut om att godkänna avtalsingåendet. Något bindande avtal har i detta fall inte ingåtts. Möjligen kan den enskilde anses ha rätt till ersättning om denne förmår visa att handläggningen alltid går till på det aktuella sättet och att det därför skulle ha utvecklats ett visst partsbruk eller en viss sedvänja. Man kan även tänka sig att nämndens ordförande gjort sådana utfästelser att ett culpa in contrahendo-ansvar kan anses föreligga. Möjligheterna till ersättning torde dock i dessa fall typiskt sett vara betydligt mindre än om ett beslut om att ingå avtal fattats.

6.5.4 Bundenhet och kompetensöverskridanden på plan- och bygglagstiftningens område

Vilken kommunal instans som ingår ett avtal om *parkeringsköp* är beroende av kommunens organisation. Det ankommer på varje kommun att besluta om vilken nämnd som skall ha ansvaret för det praktiska arbetet och beredningen av planärenden, 3:4 KL. Det är dock i allmänhet *byggnadsnämnden* eller motsvarande som ansvarar för detaljplaneringen och detaljplaneärenden. Det är dock endast när det gäller planer som *inte* är av *principiell beskaffenhet* eller i övrigt av *större vikt* som fullmäktige får delegera *själva antagandet* av planen till kommunstyrelse eller nämnd, 5:29 PBL.[169] Huvudregeln är att detaljplan i likhet med områdesbestämmelser antas av kommunfullmäktige.[170]

Som tidigare påpekats är dock inte avtal om parkeringsköp lagreglerade. Därför saknas också konkreta bestämmelser om vilket kommunalt organ som har befogenhet att ingå avtal. Avtalen anses i stället ingås av kommunen på civilrättsliga grunder. Det vanligaste torde vara att avtal om parkeringsköp ingås av kommunstyrelsen, teknisk nämnd, fastighetsnämnd eller motsvarande.[171] Av de insamlade avtalen framgår att de vanligtvis undertecknats av representant för kommunstyrelsen men i något

[169] Se även 3:9 KL.

[170] Se även prop. 1985/86:1 s. 624 och Plan- och bygglagen 1995 s. 5:146–149.

[171] Se Aulin 1993 s. 16. Träffas avtal vid tomträttsupplåtelse med enskild tomträttsinnehavare, eller vid anläggningsarrende med arrendator, är det denne som ingår avtalet, inte fastighetsägaren.

fall även av företrädare för fastighetsnämnd, kanslichef eller fastighetschef.[172] I avtalen föreskrivs ofta att de för sin giltighet förutsätter att kommunstyrelsen fattar ett lagakraftvinnande beslut om godkännande och att bygglov meddelas.[173]

Beslut om att ingå avtal om parkeringsköp torde i allmänhet inte vara av sådan principiell beskaffenhet eller omfatta sådana ekonomiska förpliktelser att beslutanderätten endast tillkommer fullmäktige. Om det i avtalet inte anges att avtalet för sitt godkännande kräver beslut av kommunstyrelsen eller annat kommunalt organ, torde en motpart utan närmare kännedom om den aktuella kommunens organisation kunna anses vara i god tro avseende befogenheten att ingå ett rättsligt bindande avtal.

Eftersom kravet på parkeringsköp uppkommer vid bygglovsärenden torde den enskilde inte se någon större skillnad mellan kommunens myndighetsutövande roll och kommunens ställning som privaträttslig avtalspart. Sambandet mellan att kommunen uppställer ett krav på erforderligt antal parkeringsplatser och *samtidigt* erbjuder sig att mot ett visst vederlag tillhandahålla dessa torde utifrån den enskildes perspektiv te sig som att kommunen har befogenhet att ingå avtalet, oavsett vilken organföreträdare som skriver under detta. God tro torde därför i allmänhet föreligga *även om* det i avtalet anges att det är beroende av ett kommunalt organs beslut om godkännande, då en enskild torde ha svårt att förstå att kommunen upphäver ett ingått avtal som byggnadsnämnden krävt som villkor för att godkänna ett bygglov. Sambandet mellan det förvaltningsrättsliga beslutet och avtalet torde vara för stort. Möjligen finns skäl att ställa högre godtroskrav då den enskilde avtalsparten utgörs av ett större företag.

Det finns heller ingen direkt lagreglering av de situationer när plan-

---

[172] Se bilaga 7 in fine. I något avtal anges kommunstyrelsens finansutskott, i ett fall fastighetsnämnden och i ett annat bara "kommunen" som avtalspart. I ett fall har kanslichefen undertecknat avtalet för kommunen.

[173] Se bilaga 7 § 12. Normalförslaget förutsätter att frågan om parkeringsutrymme har anknytning till ett bygglovsärende som vid avtalstillfället ännu inte slutbehandlats av byggnadsnämnden. Ett sådant samband anses dock inte vara nödvändigt, eftersom parkeringskravet enligt 3:16 1 st. PBL får tillämpas även på redan bebyggda tomter. Om inte något bygglovsärende föreligger i det aktuella fallet utgår klausulens andra att-sats. Bygglov kan ju även vägras av någon annan orsak än parkeringsfrågan. Dessutom behövs garantier för att den ny- eller ombyggnad som avses med bygglovet faktiskt kommer till stånd. Se Aulin 1993 s. 19 f. I bland förekommer klausul som stadgar att avtalets giltighet är beroende av att bygglov meddelats för den avsedda byggnationen och att avsedd nybyggnad kommer till stånd.

genomförandefrågor regleras i *genomförandeavtal* mellan kommunen och markexploatör. Förfarandet vilar därför endast indirekt på de allmänna utgångspunkter som ges genom plan- och bygglagstiftningen.[174] Genomförandeavtal rör ofta omfattande arbeten inom ett område som kan omfatta flera fastigheter. Ett sådant ingripande i detaljplanen innebär ofta sådant principiellt beslut eller är av sådan större vikt för kommunen att det endast är kommunfullmäktige som har kompetens att fatta beslutet. Det utredningsarbete som ligger till grund för avtalet arbetas fram genom förhandlingar mellan de som vanligtvis arbetar med planfrågor, t.ex. byggnadsnämnd, och den enskilde exploatören. Själva avtalsingåendet torde dock kunna delegeras till kommunalråd eller ledamot av kommunstyrelsen. De insamlade genomförandeavtalen har undertecknats av såväl kommunalråd och stadsingenjör som förvaltningsdirektör och kommunstyrelsens ordförande.[175] I avtalen anges att de för sin giltighet förutsätter kommunfullmäktiges lagakraftvunna beslut samt att antagen detaljplan vinner laga kraft.[176]

Från finskt håll har hävdats att avtal som utvecklats i praxis måste anses vara av rättslig betydelse och accepteras även på områden där ett visst förfarande förutsätts vara stadgat i lag. Bl.a. hänvisas särskilt till s.k. områdesbyggnadsavtal, genom vilka det godkänts en praxis som uppenbarligen inte följer lagstiftningen. I praktiken kan dessa avtal nämligen föranleda svåra tolkningsfrågor i de situationer då de inte förverkligas. Man bör i dessa fall därför utgå från principen om *avtals bindande kraft* och sträva mot lösningar som är förenliga med gängse praxis. Det konstateras emellertid att avtal som inskränker en myndighets lagstadgade beslutanderätt inte kan genomföras enligt sin lydelse, "men om någon har presterat något med stöd av ett sådant avtal *får detta inte leda till oberättigad förmån* för det offentliga samfundet".[177] Ersättning torde därför böra utgå vid motpartens god tro.

Följande exempel kan nämnas från norsk praxis. I samband med omvandling av fastighet till friluftsändamål avstod fastighetsägaren ett stycke mark till kommunen för tillskapande av parkeringsplats m.m. Under planprocessens gång förklarade fastighetsägaren att en *förutsättning* för att avstå marken var att en värdering gjordes av det område som skulle

---

[174] Se även prop. 1985/86:1 s. 226 och Plan- och bygglagen 1995 s. 6:1 f.

[175] Se bilaga 9 in fine. I ett fall är avtalet undertecknat av "fastighetschefen", i ett annan "genom kommunstyrelsen".

[176] Se bilaga 9 § 2.

[177] Se Nordiska juristmötet 1978 s. 371 f. Min kursivering.

användas till friluftsändamål så att kommunen kunde ersätta fastighetsägaren för begränsade möjligheter att nyttja, alternativt överta, området. Kommunen lämnade inget svar och när regleringen var genomförd förnekade kommunen att den skulle vara tvungen att företa någon värdering. Rätten ansåg i *RG 1994 s. 517* att plikten att begära värdering av ett område antingen måste följa av det avtal där fastighetsavståelsen regleras eller grunda sig på beslutet om att genomföra fastighetsregleringen. Rätten uttalade att *även om* ordföranden vid sitt undertecknande av avtalet varit införstådd med fastighetsägarens krav, *så leder inte detta till någon bundenhet för kommunen.* Skälet angavs vara att det *endast* är fullmäktige som har befogenhet att förplikta kommunen att utge ersättning vid rådighetsinskränkningar. Fastighetsägaren ansågs därför inte vara i god tro då han närmare borde ha undersökt om kommunen förpliktat sig att uppfylla hans förutsättningar.[178] Hänsyn förefaller här endast ha tagits till de kommunalrättsliga möjligheterna att binda kommunen. Resonemanget kan förefalla något snävt eftersom fastighetsägaren faktiskt förhandlade med ordföranden och torde ha visst fog för att förlita sig på att den som företrädde kommunen också hade mandat att infria de överenskommelser som gjorts. Samtidigt bör man ha i minnet att frågan inte kom att regleras i avtalet. Man borde i ett fall som detta kunna ställa krav på att den enskilde *aktivt* arbetar för att de avtalsvillkor som han vill ha reglerade faktiskt infogas i avtalet.[179]

När det i ett avtal anges att det för sin giltighet förutsätter ett lagakraftvunnet beslut leder detta till att en motpart görs medveten om att avtalet *kan* komma att ogiltigförklaras vid en laglighetsprövning. Detta utesluter dock inte att motparten mycket väl kan ha varit i god tro om att ärendet handlagts på ett korrekt sätt och att beslutet att ingå avtalet fattas i enlighet med gällande regler. Ett ogiltigförklarande kan därför komma

---

[178] Se även Kristiansen 1997 s. 192 f.

[179] Se även det ovan redovisade rättsfallet *Rt 1971 s. 228* där ett bytesavtal ingåtts mellan en kommun och en fastighetsägare. Rätten fann det irrelevant för tolkningen av det slutliga avtalet vad som föregått detta vid förhandlingarna med kommunens representanter, då det endast var kommunstyrelsen som senare hade kompetens att ingå avtalet och något definitiv ställningstagande heller inte gjorts. Detta står ju i kontrast till vad som gäller vid avtal mellan enskilda, där exempelvis ett företag som låter någon medarbetare föra förhandlingarna, får finna sig i att dennes uppträdande och utfästelser vid förhandlingarna kan bli av vikt vid avtalstolkningen. Det här blir fallet även om motparten är upplyst om att det t.ex. endast är firmatecknaren som är kompetent att ingå själva avtalet. För en ingående analys av domen, se Bernt 1981 s. 182, s. 198 ff., s. 314 och s. 328 f. Se även Madsen 1983 s. 135 f.

som en överraskning för kontrahenten. Dessutom kan en överklagandeprocess ta väldigt lång tid om frågan skall prövas i samtliga instanser. Vidare har avtalet vanligtvis under viss tid föregåtts av förhandlingar mellan företrädare för kommunen och exploatören. Under planeringsarbetet kan därmed stora kostnader ha uppkommit för parterna. Det är därför vid en prövning av de externa rättsverkningarna av ett ogiltigförklarat fullmäktigebeslut att ingå avtal, rimligt att anta att ersättning kan komma att utgå till godtroende motpart enligt det negativa kontraktsintresset.

Formellt kan konstateras att det allmännas kompetens att ingå avtal på plan- och bygglagstiftningens område inte sammanfaller med myndigheten att fastställa detaljplan. Avtalet hindrar alltså inte *i sig* att kommunen fastställer detaljplan i strid med ingått genomförandeavtal. Även om beslut fattas i enlighet med ett genomförandeavtal hindrar inte detta att kommunen sedan kan komma att ändra detaljplanen genom nytt beslut. I det senare fallet kan man tänka sig att ersättning skall utgå om ett genomförandeavtal *väsentligt åsidosätts* och parterna under viss tid inrättat sig efter detta.[180] Om motparten är i god tro, dvs. inte hade bort räkna med ett ändringsbeslut, förefaller det som om man med fog skulle kunna hävda att situationen liknar ett "ordinärt" avtalsbrott och att ersättning normalt sett skall utgå enligt det positiva kontraktsintresset. Att avtalet *inte kan inskränka* kommunens rätt att fatta nytt planbeslut är en annan sak.[181]

Eftersom det är byggnadsnämnden som utarbetar detaljplan, och som även har rätt att ta ut planavgift, är det närmast att anta att det är nämn-

---

[180] Det måste dock vara fråga om ingripande förändringar, se t.ex. de norska rättsfallen *Rt 1975 s. 246*, den s.k. Nordheimskogdomen, och *Rt 1975 s. 620*, den s.k. Eskemyrdomen, där rätt till ersättning på grund av ändrade förutsättningar inte ansågs föreligga. Se även Frihagen 1989b s. 328–331.

[181] Jämför situationen att en kommun säljer en tomt på ett stadsplanerat område för det ändamål planen förutsätter. Kommunen beslutar därefter att ändra detaljplanen så att tomten inte längre kan användas för detta ändamål. Det torde i den här situationen stå klart att kommunen är skadeståndsskyldig. Ett annat tänkbart fall är att kommunen säljer området för ett ändamål som inte motsvarar planen och även förbinder sig att ändra detaljplanen. Planändringen kan dock inte genomföras på grund av att kommunfullmäktige motsätter sig ett sådant beslut eller andra omständigheter gör att ändringen inte går att genomföra. I detta fall är det inte lika självklart att någon skadeståndsskyldighet föreligger eftersom 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*. Se Nordiska juristmötet 1978 s. 369 f. Se närmare kapitel 8.

den som ingår avtal när exploatör skall bära kostnaden för framtagandet eller ändring av detaljplan. De insamlade *plankostnadsavtalen* har också i regel undertecknats av byggnadschef eller motsvarande för byggnadsnämndens eller plankontorets räkning.[182] I de insamlade avtalen anges att de för sin giltighet förutsätter att de godkänts av fullmäktiges lagakraftvunna beslut.[183] Godtrosbedömningen vid plankostnadsavtal torde i stort motsvara bedömningen av genomförandeavtal.

6.6 Tidpunkten för parternas bundenhet till följd av ett avtalsingående

En fråga som kan uppstå till följd av att ett avtalsförhållande påverkas av såväl offentligrättsliga som avtalsrättsliga regler är vid vilken tidpunkt bundenheten inträder – vid parternas avtalsingående, 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.

När det gäller *lagakraftvinnandets betydelse* för ett kommunalt beslut måste man skilja mellan beslutets offentligrättsliga och civilrättsliga rättsverkningar. Ur offentligrättslig synvinkel blir ett lagakraftvunnet beslut bindande för kommunmedlemmarna *även om* det inte tillkommit i laga ordning eller om det överskrider den kommunala kompetensen.[184] Även för privaträttsliga förhållanden får ett lagakraftvunnet beslut återverkningar till följd av att ett beslut som huvudregel gäller om inget överklagande sker.[185] Man säger alltså att ett lagakraftvunnet beslut har en konvalescerande verkan.[186] Vad gäller möjligheten för enskild att undgå

---

[182] Se bilaga 8 in fine.

[183] Se bilaga 8 § 14.

[184] Av äldre praxis kan bl.a. nämnas *RÅ 1926 ref. 44*, lagakraftvunnet beslut om anställning av kommunalkamrer kunde senare inte överklagas när klaganden endast grundat sin talan på att beslutet vore lagstridigt, och *RÅ 1934 ref. 12*, vilket rörde lagakraftvunna beslut om utbetalning till olagliga ändamål. Sådana beslut gäller till dess att nya beslut fattas och ansågs inte kunna upphävas.

[185] I *NJA 1910 s. 670* fann domstolen att ett beslut som inte överklagats ledde till bundenhet för en kommun gentemot enskild, trots att kommunstämman genom beslutet överskridit sina befogenheter.

[186] Se Warnling-Nerep 1995 s. 311 och Paulsson m.fl. 1997 s. 343 f. Se även Kaijser & Riberdahl 1983 s. 630 ff.

ett avtals förpliktande rättsverkningar i situationer där ett beslut om ingå avtalet vunnit laga kraft, måste civil- och offentligrättsliga regler vägas samman. Således kan avtal som har sin grund i lagakraftvunna beslut frånkännas civilrättslig giltighet därför att de är kompetensvidriga såsom stridande mot offentligrättsliga principer, vilket t.ex. *NJA 1980 s. 1* är ett exempel på. Ogiltighet kan även inträda på grund av att civilrättsliga regler har överskridits.

När det gäller ett besluts *verkställbarhet* kompliceras situationen ofta av att en privaträttslig bundenhet i förhållande till en avtalspart kan ha uppstått. Parterna måste beakta risken av att ett beslut blir upphävt, liksom möjligheterna till återgång av ett redan verkställt beslut.[187] 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.[188]

Ett problem är även att bundenhet kan uppstå vid olika tidpunkter beroende på om man utgår från avtalsrättsliga eller kommunalrättsliga regler. De sistnämnda 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 själva avtalsslutandet eller vid t.ex. formbundet avtal om köp av fast egendom, från köpekontraktets undertecknande. Frågan torde vara av praktisk betydelse vid samtliga tillfällen då ett avtal som ingås av en kommun förut-

---

[187] Se prop. 1990/91:117 s. 137. Se även *RÅ 1967 K. 1200*, där en kommuns beställning av ritningar ansågs grunda betalningsskyldighet även om *beslutet* att uppföra den byggnad till vilken ritningarna hänförde sig befunnits vara befogenhetsöverskridande och därför upphävts. Något befogenhetsöverskridande ansågs därmed inte föreligga genom beslutet att betala.

[188] Se Paulsson m.fl. 1997 s. 346. Se även *JO 1993/94 s. 429*, där JO i fråga om återgång av kommunalt beslut om antagande av renhållningsentreprenör valde 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 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.

sätter fullmäktiges eller nämnds slutliga godkännande.[189] Även om kommunen i ärenden om köp eller försäljning av fast egendom anses uppträda som enskild, och även skall behandlas som sådan,[190] kan konflikter med offentligrättsliga regler uppstå. Några fastighetsrättsliga exempel visar på svårigheterna vad gäller att bedöma *när* bundenhet uppstått, då bestämmelserna i de privaträttsliga respektive kommunalrättsliga regelverken tillkommit för att tillgodose olika syften.

I *NJA 1977 s. 68* köptes del av en fastighet av säljarens bror och dennes hustru. Ansökan om avstyckning avslogs emellertid. Några år senare köpte kommunen hela fastigheten av samme säljare. Köpekontraktet undertecknades för kommunens räkning av ordföranden i kommunstyrelsen, ordföranden i kommunfullmäktige samt vice ordföranden i kommunstyrelsen. Enligt köpekontraktet gällde köpet bl.a. under förutsättning att fullmäktige godkände detsamma. Vid sammanträde *dagen efter* kontraktets undertecknande godkändes avtalet av kommunfullmäktige. Vid förhandlingarna med säljaren framkom inget om det första köpet och i kontraktet uppgavs det ifrågavarande paret hyra ett mindre bostadshus mot en årsavgift. Anledningen till arrendet uppgavs vara att avstyckning ej beviljats och att något köp därför inte kommit till stånd.

Efter att beslutet att godkänna avtalet – efter avslaget överklagande – vunnit laga kraft, köpebrev utfärdats och kommunen erhållit lagfart, väckte de första köparna talan mot Söderköpings kommun[191] om bättre rätt till området med motiveringen att den omständigheten att avstyckning inte beviljats inte medförde att förvärvet blivit ogiltigt. Paret ansåg att kommunen *inte* kunde ha ansetts vara *i god tro* om detta faktum eftersom den bort undersöka ägandeförhållandena. Kommunen bestred käromålet och anförde att de hade bättre rätt till fastigheten i och med att lagfart beviljats, 17:1 och 2 JB.

Vid hovrätten åberopade makarna ett yttrande av Jägerskiöld[192] som anför

---

[189] I en del av det förfrågningsmaterial som Svenska kommunförbundet tagit fram för kommunal upphandling har man försökt styra upp tidpunkten genom att ange att ett civilrättsligt bindande avtal slutits när beställningsskrivelse kommit motparten tillhanda. Beställningsskrivelsen ses som beställarens accept. Skulle beställningsskrivelsen avvika från anbudet, och därmed utgöra oren accept, kommer bindande avtal till stånd först när anbudsgivaren genom underskrift accepterat skrivelsen och denna inkommit till berörd myndighet. Skälet till att man låser tidpunkten för när bundenheten uppstår, är att man vill försöka förebygga tvister. Se t.ex. Eriksson & Hallgren 1995 s. 55 samt Hallgren m.fl. 1997 s. 190 f. och s. 304.

[190] Se även ovan kapitel 2 och t.ex. Wennergren 1996 s. 27.

[191] Stegeborgs kommun som ursprungligen ingick avtalet, införlivades genom kommunsammanslagningen 1974 med Söderköpings kommun.

[192] Se rättsfallet s. 72 ff.

att om kommunen uppdrar åt några personer att träffa avtal och detta villkoras av fullmäktiges godkännande eller lagakraftvunna godkännande, innebär detta – oavsett formulering – att beslutet i enlighet med förbehållet måste vinna laga kraft för att kunna bli giltigt. Hans slutsats blir därför att något förvärv inte föreligger förrän det kommunala beslutet vunnit laga kraft. När det gäller kravet på god tro krävs det sålunda att kommunen varit i god tro[193] rörande den första köparens rätt till fastigheten fram tills dess att fullmäktigebeslutet *vunnit laga kraft*, eventuellt ända till utfärdandet av köpebrevet. Hovrätten ogillade dock käromålet.

Makarna fullföljde talan hos HD och åberopade som stöd för sin talan ett yttrande av *Hillert* som hävdar att anledningen till att godtrosrekvisitet i 17:2 JB hänför sig till köpekontraktets undertecknande hänger samman med att man redan på fångeshandlingen kan söka vilande lagfart. Även vid svävarköp enligt 4:4 JB och krav på lantmäteriförrättning enligt 4:7 JB gäller köpekontraktets undertecknande i och med att köpet blir bindande för båda parter så snart formkraven enligt 4:1 JB är uppfyllda. Situationen blir dock en annan när en kommun är part. När kommunen förvärvar en fastighet måste två rekvisit vara uppfyllda för att köpet skall vara uppfyllt enligt 4:1 JB. Det måste 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 – såsom i det här aktuella fallet – köpekontraktet under utan att någon beslutsmakt giltigt delegerats till firmatecknaren "uppstår inget giltigt och enligt JB 4:1 formriktigt köp förrän åtminstone kommunfullmäktige fattat beslut om att godkänna inköpet. Godtrostidpunkten kommer då att senareläggas åtminstone fram till den tidpunkt då kommunfullmäktige fattar sitt beslut".[194]

Kommunen bestred käromålet och åberopade en promemoria av *Romson och Kaijser*, vilka anför 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

---

[193] Enligt Jägerskiölds utlåtande innebär kravet på god tro att sådan föreligger "såväl hos de personer, som kommunen befullmäktigat att föra förhandlingar med säljaren och träffa avtal med denne, som hos kommunstyrelsens alla ledamöter ävensom hos majoriteten av kommunfullmäktige. Vad en eller några enstaka fullmäktige vetat om utan att meddela andra detta skulle däremot ej kunna tillräknas kommunen som ond tro."

[194] Se rättsfallet s. 74 f.

att *beslutet upphävs* genom laglighetsprövning. Författarna framhåller också att om ett beslut föregår undertecknandet utgör firmatecknarens undertecknande enbart *verkställighet* av beslutet och inte någon på grund av *delegation av beslutanderätt* verkställd åtgärd. "I förevarande mål anfördes besvär över fullmäktiges beslut att i efterhand godkänna det för kommunen redan ingångna avtalet. Med den utgång besvärsärendet fick stod det kommunala beslutet fast *från dagen då det fattades*. Besvärsprocessen klargjorde med all önskvärd tydlighet att beslutet var rättsgiltigt från denna dag och köpekontraktet *från dagen för dess ömsesidiga undertecknande*. ... En konsekvens av detta är att dagen för efterhandsgodkännandet måste vara den dag då godtroskravet senast kunnat göras gällande."[195] Förvärvet ansågs av HD ha blivit bindande för kommunen *i och med fullmäktigebeslutet*,[196] eftersom sådant förbehåll upptagits i köpekontraktet.

Vid bedömningen av köpets giltighet enligt godtrosregeln i 17:2 JB var det viktigt att utreda om köpet skulle anses ha skett vid fullmäktigebeslutet eller först när beslutet vunnit laga kraft. Eftersom förvärvet ansågs ha skett *i samband med fullmäktigebeslutet* var godtrosrekvisitet uppfyllt, då kommunen först därefter blivit uppmärksam på att delar av fastigheten tidigare sålts.[197] Frågan om när tidpunkten för när bundenheten skall anses ha uppstått har nyligen aktualiserats i ett hovrättsfall.

Enligt ett köpekontrakt undertecknat den 28 december 1989 sålde Solna kommun ett område om ca 10 000 m^2 till en privatperson. Området utgjorde en del av en större fastighet. Avtalet undertecknades av ett kommunalråd och kanslichefen. I avtalet angavs att det endast skulle gälla mot kommunen under förutsättning av kommunfullmäktiges godkännande. Tillträde skulle enligt avtalet äga rum den första dagen i månaden efter det att kommunen antagit detaljplan för området. Köpeskillingen skulle erläggas på tillträdesdagen och bl.a. beräknas utifrån konsumentprisindex. Handpenning om 50 mil-

---

[195] Se rättsfallet s. 75–78. Min kursivering.

[196] 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.

[197] Ett justitieråd var skiljaktigt och ansåg att kommunen inte gjort vad den kunnat för att förvissa sig om att fastigheten inte sedan tidigare var såld. När det gäller frågan om *huvudmannens onda tro* jämställs kommunen således med privaträttsliga juridiska personer i och med att den ses som *en* rättslig enhet som företräds av olika organ. Viss kunskap hos *majoriteten* av enskilda ledamöter i kommunfullmäktige samt ledamöter av kommunstyrelse och olika nämnder får således betydelse för om kommunen skall anses vara i ond tro i fråga om något förhållande. Se Dotevall 1998 s. 265 f. och s. 321 f.

joner kronor erlades i samband med avtalets undertecknande. Privatpersonen överlät enligt en den 18 januari 1990 dagtecknad handling sina rättigheter och skyldigheter enligt köpekontraktet till ett företag.[198]

Kommunfullmäktige godkände försäljningen genom lagakraftvunnet beslut den 27 augusti 1990 och ansökte på dagen sex månader senare, den 27 februari 1991, om lantmäteriförrättning på grundval av köpekontraktet.

Av 4:7 JB framgår dock att vid försäljning av ett visst område av en fastighet skall ansökan om fastighetsbildning göras inom sex månader från det att *köpehandlingen upprättades*.[199] Företaget, som önskade komma från köpet, yrkade vid TR att denna måtte förplikta kommunen att återge handpenningen till företaget, och anförde bl.a. att tiden för ansökan om fastighetsbildning skulle räknas från *köpekontraktets undertecknande*[200] och att köpet därför skulle vara ogiltigt enligt 4:7 JB. Klausulen om kommunfullmäktiges godkännande skulle enligt företaget uppfattas som ett suspensivt villkor.

Kommunen bestred företagets talan och yrkade att detta skulle förpliktas att fullgöra avtalet och i köpeskilling utge 428 miljoner kronor samt ränta. 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 föreligger enligt kommunens mening först när fullmäktige godkänt detsamma. Klausul om krav på kommunfullmäktiges 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 föreligger inget giltigt köp. Någon bundenhet för parterna har 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.

---

[198] Enligt en lagakraftvunnen dom den 8 april 1994 förklarades företaget av Svea hovrätt ha rätt att göra gällande de rättigheter som, om överlåtelse inte skett, skulle ha tillkommit den ursprunglige köparen.

[199] Enligt 4:1 JB har avtal om köp av fast egendom slutits genom parternas undertecknande av köpehandlingen.

[200] Som skäl för yrkandet hänvisades bl.a. till *NJA 1987 s. 211*. Högsta domstolen fann här att fastighetsköp 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.

Tingsrätten fann kommunens ståndpunkt att köpehandling skall anses upprättad först i och med kommunfullmäktiges beslut ohållbar. Klausulen om kommunfullmäktiges godkännande anger enligt TR uttryckligen att avtalet gäller under förutsättning att avtalet godkänns. "Kommunfullmäktiges beslut innebär enligt vedertaget avtalsrättsligt synsätt att köpekontraktet ratihaberats med påföljd att detta får samma rättsverkningar som det skulle ha haft om kommunfullmäktiges beslut förelegat redan vid tiden för kontraktets undertecknande". TR fann därför att köpet var ogiltigt enligt 4:7 JB.[201]

Kommunen överklagade till hovrätten och yrkade att rätten skulle fastställa att sexmånadersfristen skulle räknas från den dag då kommunfullmäktiges beslut vann laga kraft eller i vart fall tidigast från dagen för beslutet. Företaget bestred ändring.

Hovrätten konstaterar att det är ostridigt att kommunalrådet och kanslichefen *saknade behörighet* att binda kommunen vid köpet, men att de heller *inte överskred sin behörighet* genom att underteckna köpekontraktet och att förfaringssättet därmed var kommunalrättsligt korrekt. I och med detta innebär parternas undertecknande enligt hovrättens mening att ett giltigt avtal enligt 4:1 JB slutits mellan parterna. Att köpet gjorts beroende av fullmäktiges godkännande ansågs inte påverka en sådan bedömning och HovR jämställde detta med den typ av villkorliga köp som regleras i 4:4 JB, och som i vissa fall kan göras beroende av t.ex. myndighets beslut. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.[202]

Av lagtexten framgår att ansökan om fastighetsbildning skall ske inom sex månader från det att köpehandlingen upprättades. Bortser man helt 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 äldre praxis och doktrin framgår att *en civilrättslig materiell eller formell brist* mellan kommunen och enskild torde få anses medföra att köpet är *ogiltigt*, även om kommunen på

[201] Det är värt att notera att TR i sina skäl enbart hänvisar till *civilrättslig* doktrin som stöd för bedömningen.

[202] Se Svea hovrätts dom 1996-08-20 (Mål nr T 584/95). Domen har överklagats av Solna kommun. HD har beviljat prövningstillstånd 1998-02-10 (Mål nr T 4119/96).

ett ur offentligrättslig synpunkt oklanderligt sätt givit uttryck för sin vilja att ingå avtalet.[203]

Ur ett civilrättsligt perspektiv är det naturligt att avtalet gäller från den dag en firmatecknare som har befogenhet till detta undertecknar ett avtal. Vid ratihabering 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, såvida beslutet inte är så grovt felaktigt att man kan tala om nullitetsverkan.[204] Klausul om att avtalet för sin giltighet förutsätter fullmäktiges godkän-

---

[203] Se Westman 1947 s. 16 f. Eftersom t.ex. anbud om försäljning av fast egendom inte är bindande anser han heller inte någon skadeståndsskyldighet kunna uppstå för kommunen i sådana fall. I *NJA 1887 s. 214* hade Ousby kommun fattat beslut om inköp av fast egendom vilken skulle användas till fattiggård. En person hade erbjudit sig att sälja fastighet i enlighet med vissa i det av honom undertecknade, men ej bevittnade, köpekontraktet upptagna villkor. Kommunen fattade därefter beslut om att anta anbudet. Något avtal ingicks dock aldrig eftersom kommunen senare fattade nytt beslut att inte ta fastigheten i besittning. De civilrättsliga förutsättningarna för bundenhet saknades och någon bundenhet hade inte inträtt enbart på grund av kommunens beslut att ingå avtalet. I notismålet *RÅ 1951 I. 236* undanröjde RegR ett kommunalt beslut på grund av att det stred mot *privaträttslig* lagstiftning rörande fastighetsköp. Även nyare praxis stödjer ett sådant synsätt. I *NJA 1978 s. 389* hade en skoldirektion enligt en såsom kontrakt betecknad handling upplåtit bespisningslokaler jämte inredning etc. i ett kommunalt vuxengymnasium till motparten för sex månader och därefter vid utebliven uppsägning, som kunde ske med tre månaders varsel, för ett år i sänder. Motparten skulle i lokalerna, åt elever och personal, tillhandahålla "god och vällagad" mat jämte drycker enligt priser som framgick av en till handlingen fogad prislista och som inte fick överstiga vad kommunen medgivit. Efter några år sade en tjänsteman, utan stöd av delegering, upp motparten, vilken inte frivilligt ville lämna lokalen. Skoldirektionen begärde då avhysning. HD såg förhållandet som ett hyresavtal där vederlaget för lokalens nyttjande utgjordes av åtagandet att tillhandahålla mat och drycker till överenskomna priser. Uppsägningen av avtalet ansågs därför ha skett utan iakttagande av 12:58 1 st. JB och ansågs därför vara utan verkan. Det spelade härvid ingen roll om den företrädare för skolförvaltningen som verkställt uppsägningen haft befogenhet att göra detta eller inte. Jfr *NJA 1976 s. 391*, där lotsverket tillagts dispositionsrätten över staten tillhörig mark år 1914. Det hade sedermera upplåtit byggnadsplatser åt vid lotsplatsen anställda lotsar. Vid upplåtelserna hade inte någon bestämd tid för nyttjanderätten avtalats. Staten ansågs därför ha rätt att säga upp avtalen, eftersom dessa gällt mer än de fem år som, för den ifrågavarande avtalstypen, föreskrevs i 72 § nyttjanderättslagen från 1968.

[204] Se Marcusson 1993 s. 59.

nande säger i sig ingenting om tidpunkten när bundenheten uppstår, utan tas i regel med i avtalet – i enlighet med utlåtandet av *Romson och Kaijser – endast* för att kommunen skall exculpera sig från civilrättsliga skadeståndsanspråk, om beslutet om att ingå avtalet skulle undanröjas vid en eventuell laglighetsprövning.

Regelverken är dock inte helt synkroniserade eftersom de olika stadganden som påverkar förhållandet har olika syften. Problemet elimineras emellertid om ett fullmäktigebeslut föregår själva avtalsundertecknandet då detta i sådana fall kommer att utgöra ren verkställighet. I allmänhet torde det vid kommunala fastighetsaffärer vara vanligt att avtalet undertecknas innan fullmäktige fattar sitt beslut, och det kan vara detta som ligger till grund för HovR:s något kryptiska skrivning om att "behörigheten" inte överskridits, trots att sådan enligt samma mening saknades. HovR har förmodligen gjort en åtskillnad mellan kompetensen att binda kommunen och befogenheten att ingå ett villkorat köp. Med en sådan innebörd har undertecknandet av köpehandlingen, med förbehåll om fullmäktiges godkännande, inte inneburit ett överskridande av befogenheten att ingå avtalet, samtidigt som kompetens att binda kommunen genom avtalsundertecknandet saknats.

Ur ett kommunalrättsligt perspektiv torde det te sig mera främmande att bundenheten uppstått vid avtalsundertecknandet eftersom det endast är fullmäktige som kan besluta i ärenden av ekonomiskt betydelsefull karaktär. Ur det perspektivet kan TR:s argumentation om *ratihabering* förefalla något långsökt, även om fallet visserligen rör ett privaträttsligt formbundet köp och att en rättshandling vid ratihabering i privaträttsliga förhållanden verkar *ex tunc*, dvs. från den tidpunkt då den företogs. Undertecknarnas bristande befogenhet att ingå avtalet gör att bundenhet för kommunen *tidigast* kan uppkomma genom att fullmäktige fattar sitt beslut, men medför trots detta att avtalet, som i det aktuella fallet, kan få civilrättsliga rättsverkningar från dagen för undertecknandet.

En följd av detta skulle också kunna bli att den privaträttsliga parten inte är bunden av köpeavtalet innan fullmäktige godkänt köpet, utan *först i och med godkännandet*, från dagen för det ömsesidiga undertecknandet, trots att – om det rört sig om en redan avstyckad fastighet – köparen kun-

nat ansöka om vilande lagfart.[205] För kommunalrättsligt vidkommande ter det sig dessutom dubiöst med ett sådant bindande i förgången tid, eftersom det närmast får karaktär av ett retroaktivt beslut. Om inte fullmäktige godkänt avtalet skulle någon bundenhet överhuvud inte uppstått enligt kommunalrättsliga regler.[206] I det ovan redovisade *NJA 1977 s. 68* fann HD att förvärvet blev bindande för kommunen *i och med fullmäktigebeslutet*. Ingenting sägs dock om när tiden för de civilrättsliga rättsverkningarna började löpa.[207] I RÅ *1969 K. 671* ansågs dock ett avtalsingående i och med fullmäktiges godkännande bli bindande från dagen

[205] Vissa paralleller kan dras till den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen, där godkännande från bolagsstämma 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.

[206] Ett praktiskt skäl som kan tala mot kommunen är att det dröjde så lång tid mellan avtalsundertecknandet och fullmäktigebeslutet, och mellan beslutet och ansökan om fastighetsbildning, att det därmed skulle kunna anses vara oskäligt att försätta motparten i osäkerhet under så lång tid. Samtidig skulle man kunna anföra skäl för att det kan vara orimligt att binda kommunen vid ett avtal som ligger så lång som ett halvår bakåt i tiden från dagen för undertecknandet. Det enda som med säkerhet kan sägas är att domen ur ett rent civilrättsligt perspektiv ter sig ganska rimlig.

[207] Frågan aktualiserades inte i fallet eftersom det i 1977 års fall endast gick en dag mellan avtalets undertecknande och fullmäktiges beslut om att godkänna detta, medan det i 1996 års fall gick ett halvår. Tidsskillnaden utgör dock inget argument för att olika regler skall tillämpas beroende på hur lång tid som löper mellan avtalets undertecknande och fullmäktiges beslut.

för undertecknandet.[208] Det torde därför inte heller ur ett offentligrättsligt perspektiv vara helt främmande att tillerkänna ett kommunalt beslut en ratihaberande verkan.[209]

En olycklig följd av att regelverken inte helt överensstämmer kan bli att det uppstår en "haltande" bundenhet. En sådan vore olycklig när det gäller fastighetsköp eftersom formalia uppställer ett krav om att parterna binds genom undertecknandet. Det torde därför vara en rimlig utgångspunkt att bundenheten uppstår samtidigt för båda parter. Det avgörande blir härvid att avgöra om den ömsesidiga bundenheten skall gälla från undertecknandet eller från fullmäktiges godkännande.

I en äldre kommentar till kommunallagen anförs att kommunmedlemmar blir bundna av kommunala beslut i och med att beslutet vinner laga kraft, men att *tidpunkten* vad gäller kommunal bundenhet i förhållande till avtalspart *i stor utsträckning blir beroende av privaträttsliga regler*. Som huvudregel anges dock att endast lagakraftvinnande säkerställer ömsesidig bundenhet. "Krävs emellertid 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

---

[208] I det aktuella målet fann RegR:s majoritet 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. Genom det kommunala beslutet ansågs avtalet från kommunens sida därmed ha blivit gällande från dagen för undertecknandet. Se även *Kammarrättens i Sundsvall beslut 1992-08-27 (Mål nr 4605-1992)*. Socialnämnds ordförande hade här undertecknat en överenskommelse mellan socialtjänsten och två enskilda individer om alternativt bedriven serviceverksamhet. När överenskommelsen behandlades av socialnämnden beslöts att frågan, om det var möjligt att bedriva äldreomsorg i den omfattning avtalet omfattade, skulle utredas innan fullmäktige fattade beslut i ärendet. Beslutet överklagades till KammR där klaganden yrkade att rätten skulle bedöma om socialnämndens ordförande överskridit sin befogenhet genom att ingå avtalet. KammR fann att avtalets undertecknande inte innebar något sådant av kommunalt organ fattat beslut som får överklagas enligt 10:2 KL och prövade därför inte frågan. Innan fullmäktiges beslut hade avtalet alltså inte sådan status att det kunde överklagas.

[209] Angående ratihabition, se närmare Adlercreutz 1993 s. 54 f.

under förutsättning av fullmäktiges godkännande underteckna handlingarna redan före beslutets fattande."[210]

En slutsats skulle därför – åtminstone ur ett mer civilrättsligt perspektiv – vara att bundenheten i och med fullmäktiges beslut räknas från dagen för avtalsingåendet. För att undvika haltande bundenhet torde dock ingen av parterna vara bundna av avtalet före fullmäktiges beslut. Bundenhet har därmed uppstått för båda parter vid fullmäktigebeslutet men kan ändå komma att upphöra till följd av att beslutet upphävs genom laglighetsprövning. Om ingen laglighetsprövning sker eller om beslutet vid en prövning inte befinns ha överskridit de kommunala reglerna, gäller avtalet – till följd av beslutet att godkänna detta – från dagen för undertecknandet.[211]

6.7 Sammanfattning och slutsatser avseende kommunens förpliktelser till följd av ingångna avtal

Hur långt kommunens bundenhet sträcker sig vid ett avtalsingående har i framförallt norsk och dansk doktrin ansetts vara beroende av en helhetsbedömning där avtalets innehåll i sig är av stor vikt. Men även de faktiska omständigheterna vid avtalets ingående samt om parterna inrättat sig efter avtalet utgör viktiga omständigheter. Det avgörande skulle vid bedömningen därvid vara graden av ett eventuellt kompetensöverskridande och vilka möjligheter motparten hade att inse felet. Ett sådant förfarande torde vara enklare i ett system där offentligrättsliga och civilrättsliga frå-

---

[210] Kaijser & Riberdahl 1983 s. 633 f. Se även där anförd praxis. Författarna anför vidare att "[ä]ven i andra avtalsförhållanden än de formfordrande torde kommun i regel icke bli bunden av lagakraftvinnande, om den i beslutet uttryckta viljeförklaringen icke förut genom översändande av protokollsutdrag eller annorstädes meddelats motparten. Kungörandet av protokollsjustering, varigenom utgångspunkten för besvärstiden fixeras, utgör nämligen i och för sig icke någon med lämnande av anbud eller accept jämförlig verkställighetsåtgärd ... ."

[211] Skulle beslutet upphävas i en laglighetsprövning är det ändå möjligt att avtalet grundar ersättningsskyldighet för kommunen om motparten vidtagit åtgärder som grundar sig på avtalet till följd av att avtalet godkänts av fullmäktige, om motparten haft fog för att tro att beslutet fattats med iakttagande av det kommunalrättsliga regelverket. Ett annat skäl är att det kan ta mycket lång tid innan RegR slutligen fastslagit att beslutet var laglighetsöverskridande och att det vore orimligt för den enskilde att eventuellt behöva vänta flera år innan denne kunde börja agera i enlighet med avtalet. Vid en återgång av avtalet skulle därmed ersättning kunna utgå till motparten.

gor kan avgöras i samma domstol. För svenskt vidkommande kan dock en prövning komma att ske i såväl förvaltningsdomstol som allmän domstol.

Det är alltså klart att man måste skilja mellan de kommunalrättsliga och de civilrättsliga rättsverkningarna av ett avtalsingående. Ett *beslut om att ingå* avtal kan t.ex. komma att prövas genom laglighetsprövning av kommunalt beslut. Kommunen måste ha haft rätt att ingå den aktuella typen av avtal och den som ingått avtalet måste ha haft rätt att göra det för kommunens räkning. Om beslutet upphävs får vid ett verkställighetsförbud inte avtalet genomföras – om inte beslutet endast var ogiltigt på någon formell grund och ett nytt korrekt beslut om att ingå avtalet fattas. Man kan även tänka sig situationen att ett beslut att ingå avtal överklagas enligt förvaltningslagens regler. Det måste i så fall röra sig om ett överklagande av den som beslutet gått emot, dvs. avtalsparten eller eventuellt annan som berörs av beslutet att ingå ett avtal.

Därefter får man analysera de civilrättsliga rättsverkningar som kan uppstå till följd av att ett beslut att ingå avtalet ogiltigförklarats. Om avtalet inte genomförs till följd av laglighetsprövning, eller på grund av att fullmäktige fattat nytt beslut i frågan, kan den enskilde motparten väcka ersättningstalan i allmän domstol. Först i den senare frågan blir en helhetsbedömning aktuell, där såväl offentligrättsliga som civilrättsliga regler vägs in i bedömningen av om den enskildes *goda tro* avseende kompetensöverskridandet ger medkontrahenten möjlighet att erhålla ekonomisk kompensation.

Utgångspunkten vid en godtrosbedömning måste vara vilken kunskap som kan krävas avseende det kommunalrättsliga regelverket eftersom den kommunala verksamheten i stor utsträckning regleras genom lag. Huvudregeln torde därmed vara att den enskilde inte kan anses ha varit i god tro om kommunen överskridit sin *lagstadgade kompetens* att ingå avtal eller om fel organ inom kommunen fattat beslut om att ingå avtalet, t.ex. nämnd i det fall att det endast är fullmäktige som enligt lag har möjlighet att fatta den aktuella typen av beslut. Det får härvid förutsättas att den enskilde känner till vad som föreskrivs enligt lag. Det är dock långt ifrån uteslutet att motparten kan anses vara i god tro med avseende på gällande rätt om t.ex. en lagregel är oklar.

Samtidigt kan förutsebarhetsskäl tala för att enskild borde kunna förlita sig på att den offentliga motparten känner till och följer de bestämmelser som reglerar dess verksamhet. 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*. Slutsatsen måste därför bli att ett större företag som huvudre-

gel aldrig kan anses vara i god tro om materiella kompetensöverskridanden. När det gäller enskilda fysiska personer får dessa anses vara i god tro även vid materiella kompetensöverskridanden, om inte en enskild till följd av klar och entydig lagstiftning, tidigare anställning inom den offentliga sektorn eller genom tidigare avtalsingående *borde anses ha känt till* befogenhetsöverskridandet.

Har beslutet att ingå avtalet vunnit laga kraft torde det på grund av lagakraftvinnandets konvalescerande verkan i första hand vara civilrättsliga bestämmelser som kan ligga till grund för ett upphävande av avtalet, eftersom allmän domstol förmodligen skulle tveka att ta ställning till den offentligrättsliga giltigheten genom en egen prövning av beslutet. Detsamma torde gälla om förvaltningsdomstol vid en laglighetsprövning funnit att beslutet att ingå avtalet vilar på laglig grund, NJA 1931 s. 345. I dessa fall torde det endast vara en civilrättslig brist i avtalet som gör att detta blir ogiltigt, NJA 1887 s. 214, NJA 1978 s. 389, NJA 1987 s. 211 och Svea hovrätts dom 1996-08-20 (Mål nr T 584/95).

När det gäller frågan om kommunen blivit bunden av ett avtal måste också göras en bedömning av den personella kompetensen, dvs. om den som ingått avtalet haft behörighet att göra detta. Av den kommunalrättsliga lagstiftningen och den speciallagstiftning som rör kommunernas verksamhet går i många fall att utläsa vilket kommunalt organ som kan binda kommunen. Har fel organ fattat beslut om att ingå avtal kan detta upphävas genom laglighetsprövning. När det gäller den civilrättsliga bedömningen kan man behöva bedöma den uppkomna situationen på så sätt att analogier görs från såväl de aktiebolagsrättsliga ställföreträdarreglerna och reglerna om firmatecknare som de avtalsrättsliga reglerna om ställningsfullmakt.

Den kommunala organisationen och den funktionsfördelning som gäller för kommunala organ påminner i viss utsträckning om organisationen i aktiebolag. Reglerna om firmateckning skulle därför kunna aktualiseras när det rör sig om avtalsingående av fullmäktiges eller styrelsens ordförande eller av ordföranden i någon kommunal nämnd. De olika organen utgör inte några självständiga rättssubjekt och deras handlande skulle därför kunna ses som kommunens eget, och inte – i enlighet med reglerna om ställningsfullmakt i 10 § 2 st. AvtL – som ett handlande för kommunens räkning. Firmateckningen ger en *verkställighetskompetens* men medför inte i sig någon *beslutskompetens*. Detsamma kan sägas gälla inom kommunal förvaltning där nämndordförandes rätt att underteckna nämndens handlingar inte alltid sammanfaller med rätten att för kom-

munens räkning fatta bindande beslut i ärendet. Beslutet måste ha fattats av behörigt organ och vara protokollfört. Det är endast om beslutanderätten delegerats till undertecknaren som bundenhet inträder i och med undertecknandet. Analogier från firmateckningsrätten kan i vissa fall vara näraliggande på det kommunalrättsliga området men bör göras med viss försiktighet, eftersom kommunerna utgör en rättsfigur *sui generis*.

Vilket kommunalt organ som är behörigt att företräda kommunen vid avtalsslutande regleras genom lag. Inom den kommunala verksamheten tillkommer beslutanderätten enligt 1:7–8 RF fullmäktige, medan de kommunala förvaltningsmyndigheterna ombesörjer förvaltningen genom att verkställa och bereda de beslut som fullmäktige fattar. Enligt 11:7 RF är de självständiga i de fall som rör deras myndighetsutövning, t.ex. enligt 4 § SoL, och har därmed rätt att agera och besluta självständigt, 3:13 KL. Detsamma gäller om beslutanderätten i viss fråga delegerats till nämnd, 3:10 KL. Fullmäktige måste dock ha haft möjlighet att delegera ärendet, RÅ 1994 ref. 72. I och med den kommunala sektorns expansion har beslutsfattandet till viss del förflyttats från politiker till anställda. Sålunda har nämnd, såvida inte annat föreskrivs i 6:34 KL, rätt att delegera beslutanderätt till utskott, enskild ledamot eller anställd att å nämndens vägnar besluta i visst ärende, 6:33 KL. Enligt 6:37 KL finns också viss möjlighet till vidaredelegation. En delegation av beslutanderätten utgör inte en fullmakt i egentlig mening eftersom en delegat anses inneha en organställning. För att till viss del eliminera problem som kan uppstå till följd av osäkerhet om vem som har kompetens att ingå och underteckna avtal för kommunens räkning, bör detta framgå av den kommunala delegationsordningen.

Å ena sidan finns inom kommunen olika lagreglerade organ, å andra sidan finns även traditionella ställningsfullmaktsförhållanden inom de olika delarna av den juridiska personens verksamhet som till följd av sedvänja eller lag grundar viss behörighet att rättshandla i förhållande till tredje man. Avtal som ingåtts av kommunala organföreträdare som till följd av lag eller delegation erhållit viss beslutanderätt eller ”firmateckningsrätt” borde därför kunna bedömas i skenet av den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen, medan avtal som ingåtts av befattningshavare som till följd av tjänst erhållit viss befattning torde kunna binda kommunen på grund av reglerna om ställningsfullmakt. Reglerna om ställningsfullmakt blir i första hand tillämpliga när det rör sig om ett anställningsförhållande, där anställd enligt 10 § 2 st. AvtL till följd av lag eller sedvänja är behörig att företa vissa rättshandlingar för kommunens räkning inom ra-

men för befattningen. Behörigheten att binda kommunen följer i det här fallet av själva anställningsförhållandet och eventuella befogenhetsinskränkningar kan endast åberopas om motparten varit i ond tro avseende fullmäktigens överskridande av dessa. Sålunda torde t.ex. personalchef ha ställningsfullmakt att anställa personal och inköpschef rätt att köpa in varor inom ramen för sin anställning. Bundenhet har även uppstått i ett fall där fyra kommunalråd ansetts ha ställningsfullmakt att ingå anställningsavtal, även om delegering saknades, *AD 1982 nr 83*. Ur ett kommunalrättsligt perspektiv har anställd personal setts som "biträden" till nämndorganen. Detsamma gäller förtroendevald, t.ex. nämndordförande som fattar beslut som saknar direkt lagstöd eller stöd av nämndbeslut, RÅ 1978 Bb 40. Beslutsfattande borde därför kunna aktualisera ett ställningsfullmaktsförhållande. Detsamma borde gälla beslut av klarare "verkställighetskaraktär", dvs. beslut som endast innefattar visst mått av självständigt ställningstagande och där intresset av en laglighetsprövning i regel saknas, t.ex. privaträttsliga frågor om inköp, fastighetsförvaltning och personaladministration.

Det avgörande kriteriet måste då vara om det enligt lag stadgas att beslutanderätten måste ligga hos visst kommunalt organ, eller om beslutet kan fattas av anställd tjänsteman. Mellan dessa fall 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 regler vad gäller bedömningen av avtalets rättsverkningar. Att i olika situationer välja mellan analogierna från ABL:s regler och reglerna om firmateckningsrätt eller AvtL:s fullmaktsregler kan leda till att rättsverkningarna i likartade fall bedöms olika.

Även om ABL:s fullmaktsregler i viss utsträckning på AvtL:s bestämmelser är det är främst i två fall som reglerna skiljer sig åt, nämligen dels hur behörigheten respektive befogenheten bestäms, dels den särskilda regleringen i 8:14 ABL för VD och styrelse som saknar motsvarighet i AvtL:s fullmaktsregler. När det gäller det första fallet, dvs. frågan om behörighet och befogenhet är detta kanske inget större problem. Möjligen kan det vara svårt att skilja på anställning och förtroendeuppdrag liksom det ibland kan vara svårt att avgöra om och i så fall vilken "befogenhet" som följer av sedvänja för en viss kommunal anställning. I det andra fallet, dvs. om man på kommunalråd respektive kommunstyrelse analogt kan eller bör tillämpa de regler som gäller för VD och styrelse i ett aktiebolag är väl däremot tveksamt.

Man måste därför använda sig av något friare regler – som vilar på liknande grund. Dvs. god tro i förhållande till kompetensen att ingå avtalet, men där man som det avgörande rekvisitet inte nödvändigtvis utgår från om överskridandet avser behörigheten eller befogenheten. I stället kan man låta godtrosbedömningen i förhållande till det kommunalrättsliga regelverket vara avgörande. 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*. 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. Motparten måste dock anses ha en viss 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 detta bedömas på samma sätt som den enskildes skyldighet att känna till klara och tydliga rättsregler. Det torde dock *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.

Vad gäller frågan om vem som är behörig att "teckna kommunens firma" torde det inte vara funktionellt att ålägga enskild part en alltför långtgående undersökningsplikt vad t.ex. gäller om beslutet att ingå avtal fattats i behörig lagakraftvunnen ordning. Det kan därför vara en lämplig utgångspunkt att t.ex. revers eller borgenshandling för kommunens räkning skall vara undertecknad av behörig firmatecknare och att prövningen skall avse just denna behörighet. Även om den enskilde bör vara medveten om de inskränkningar som kan finnas enligt de regler som bestämmer den kommunala kompetensen, skall dock inte denne behöva företa några egna efterforskningar så vida det inte föreligger några särskilda omständigheter som kan föranlåta detta. Om det i ett följebrev, av t.ex. kommunens ekonomichef, bekräftas att beslutet att ingå avtalet skett i vederbörlig ordning och att beslutet vunnit laga kraft skall motparten kunna förlita sig på det yttre förhållandet utan att behöva göra någon djupare undersökning för att kunna hävda god tro.

Tidpunkten för när bundenheten uppstår till följd av ett beslut om att ingå ett avtal blir i förhållande till avtalspart i stor utsträckning beroende av privaträttsliga regler. I vart fall anses detta vara fallet om det såsom vid t.ex. fastighetsköp föreskrivs särskild form. Utgångspunkten skulle där-

för vara att bundenheten uppstått för båda parter vid fullmäktigebeslutet och att ingen av parterna är bunden av avtalet innan dess. Avtalet torde genom godkännandebeslutet gälla från dagen för undertecknandet.

Del III

Avtals ogiltighet och kommunens möjligheter att ensidigt ändra förutsättningarna för ingångna avtal

"Låt oss alltså fastslå grundsatsen att när frågan gäller det allmänna bästa, detta allmänna bästa aldrig kan kräva att man bör beröva en enskild hans egendom, eller ens dra in den minsta del av den, genom en politisk lag eller förordning. I detta fall måste man hålla sig till den civila lagens bokstav; denna lag är äganderättens värn. ... Om den politiske ämbetsmannen vill uppföra någon offentlig byggnad eller bygga någon ny väg, måste han gottgöra dem som lider skada; det allmänna har i detta avseende samma ställning som en enskild som förhandlar med en annan enskild."[1]

Montesquieu, 1757.

---

[1] Se Montesquieu, *Om lagarnas anda*, Ratio, Stockholm 1990, s. 354.

Kapitel 7

Ogiltighet och tvång avseende kommunens avtalsvillkor

7.1 Ogiltighets- och jämkningsregler

När det gäller den offentliga rätten hänger ogiltigheten, som visats ovan, oftast samman med kompetensen att ingå avtal eller olika typer av befogenhetsöverskridanden vid avtalets ingående. Ogiltigheten kan bestå i överskridande av de offentligrättsliga principer som gäller, t.ex. självkostnadsprincipen, eller i avvikelser från de regler som gäller för det allmännas agerande inom ett viss område, dvs. lagstöd saknas. Reglerna tar vanligen sikte på myndighetsutövning, men är även tillämpliga på andra typer av offentligt agerande och är i första hand tänkta som en garanti för den enskildes rättssäkerhet. Inom avtalsrätten ingår begreppet ogiltighet först och främst i den konfliktlösning som aktualiseras mellan två avtalsparter och deras olika partsintressen i privaträttsliga relationer.[1] Även om en kommun har kompetens att ingå ett avtal enligt det offentligrättsliga regelverket kan förvaltningsrättsliga eller civilrättsliga regler ha överskridits på ett sätt som leder till att avtalet blir ogiltigt. Man kan tänka sig en mängd situationer där det faktum att det allmänna är avtalspart föranleder en mer nyanserad analys av avtalsförhållandet än om det rört sig om ett avtal mellan två enskilda parter.

---

[1] De civilrättsliga reglerna tillgodoser dock inte alltid i första hand en "svagare parts" intressen, se exempelvis 30, 32 och 33 §§ AvtL. Däremot finns t.ex. 36 § AvtL som ett skydd för part som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Se även Bernt & Krüger 1986 s. 90 f.

När det allmänna ingår avtal med en enskild, är det i vissa fall så att det allmänna i vilket fall som helst på ett eller annat sätt skulle ha påverkat den enskildes förehavanden genom någon förvaltningsakt. Valet för den enskilde står i dessa fall mellan att ingå ett avtal eller att underkasta sig ett (ensidigt) förvaltningsbeslut. Har det då någon betydelse att överenskommelsen iklätts avtalets form? Utgångspunkten måste vara att även om avtalslagen i första hand är tänkt att gälla på förmögenhetsrättens område så torde den även utanför detta område i viss utsträckning kunna tillämpas på avtal där det allmänna är part. För avtal gäller t.ex. att detta är bindande för kontrahenterna om ett anbud är accepterat inom utsatt frist. Detta gäller också avtal med kommunen även om det i flera fall måste göras förbehåll för fullmäktiges senare godkännande.[2] Tanken bakom ett avtal är att parterna själva skall skapa ett styrmedel eller normer som reglerar deras beteende och mellanhavanden och som avgör hur eventuella avtalskonflikter skall lösas.[3] Att man valt avtalsformen för att reglera ett mellanhavande torde därför kunna leda till delvis andra rättsverkningar än vid ett rent förvaltningsförfarande, t.ex. ersättningsskyldighet vid utebliven prestation.

Avtalslagens ogiltighetsregler kan sägas ha en motsvarighet i förvaltningsrättens ogiltighetsbestämmelser, t.ex. vad gäller illojal maktanvändning.[4] Detta kan medföra att de båda regelsystemen i vissa fall verkar parallellt. Även om ett överklagande av förvaltningsbeslut som regel gäller beslut som innefattar myndighetsutövning, och därmed inte rör själva avtalet, kan avtalets privaträttsliga rättsverkningar 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. Vid en laglighetsprövning görs bara en bedömning av om beslutet tillkommit på laglig väg enligt

---

[2] Se även Frihagen 1991 s. 343. Med syfte att utvidga en idrottsanläggning hade i *Rt 1975 s. 591* en kommun ingått ett avtal med fastighetsägare om att förvärva del av egendom. Efter att avtalet slutits ändrade kommunen planen avseende utvidgningen och egendomen behövdes inte tas i anspråk. Kommunen ansågs inte kunna dra sig ur avtalet eftersom den ensidigt var ansvarig för den uppkomna situationen i och med planändringen.

[3] Se även Ramberg & Hultmark 1996 s. 22 och Adlercreutz 1995 s. 13.

[4] RF:s likhets- och objektivitetsprinciper torde i viss utsträckning påverka oskälighetsbedömningen samt dra en gräns för illojal maktanvändning. För begreppets närmare innebörd se avsnitt 4.5.4 ovan.

det offentligrättsliga regelverket.[5] I allmän domstol prövas i första hand de civilrättsliga aspekterna på avtalsförhållandet, t.ex. rätten till ersättning om beslutet att ingå avtalet undanröjts genom kommunal laglighetsprövning. Skadestånd kan därför komma att utgå även om kommunen inte kan förpliktas att fullgöra avtalet.

Till följd av att bruket av avtalslösningar mellan enskilda och det allmänna ökat anfördes vid Nordiska juristmötet 1978 att de avtalsrättsliga

---

[5] I *RÅ 1957 ref. 23*, fann RegR att fråga om besvär över kommunalt beslut att utta avgifter enligt då gällande va-lagstiftning kunde prövas i kommunalrätttslig ordning, trots att frågan enligt lag kunde prövas i allmän domstol. Ledamoten *Hedfeldt* utvecklade sin mening och sade att om beslutet innefattar ett ställningstagande i tvist med enskild så är "[b]esvärsprövningens uppgift ... icke att slutgiltigt avdöma tvisten; detta tillkommer blott allmän domstol. Uppgiften kan sägas vara att pröva, vilken ståndpunkt som det för kommunen kan vara befogat att intaga i tvisten. Att intaga en klart oriktig ståndpunkt anses vara att kränka motpartens enskilda rätt. Är tvistefrågan mera omstridd och tvivelaktig, måste kommunen däremot ha rätt att taga ståndpunkt i en för sig förmånlig riktning och i sista hand vedervåga rättegång vid allmän domstol. ... Vid besvärsprövningen är alltså frågan, hur det är tillbörligt att en offentlig institution sådan som en kommun beter sig i en tvist med en enskild, och bedömningen är till sin natur offentligrättslig. Detta bör väl skiljas från det slutliga slitandet av tvisten. I systemet ligger alltså, att den ståndpunkt, som kommunen anses hava haft fog för att intaga och som därför stått sig i besvärsmålet, slutligen efter en mera ingående prövning vid allmän domstol kan komma att underkännas." Enligt den *s.k. Hedfeldts-doktrinen* gäller alltså att kommunen vid fattande av beslut får iaktta *partsståndpunkt* om tvist föreligger. Se även *RÅ 1953 ref. 15*, där fråga ansågs vara så tvistig att kommunal nämnd inte kunde ha ansetts sakna fog för sitt beslut och klaganden dessutom kunde väcka talan vid allmän domstol, *RÅ 1976 ref. 56*, där RegR fann att enskilds rätt inte kunde anses vara kränkt genom ändring av kommunalt beslut eftersom talan kunde anföras vid allmän domstol, *RÅ 1977 Ab 37*, av landsting fattat beslut att vägra återbetalning av vårdavgifter som uttagits enligt fastställd taxa ansågs utgöra partsbesked i tvist och befanns därför inte strida mot lag eller vila på orättvis grund, *RÅ 1977 Ab 126*, eftersom tvist om ekonomiska förhållanden förelåg mellan kommunen och frivillig brandkår till följd av ett uppsagt avtal ansågs det klandrade beslutet utgöra ett ställningstagande i tvisten och besvären lämnades därför utan bifall, och *RÅ 1979 Ab 59*, eftersom ersättningsanspråk av tvistig natur förelåg kunde inte kommunens beslut anses vara olagligt. Det förefaller alltså som om den kommunala kompetensen kan vidgas något när beslutet bygger på ett privaträttsligt förhållande av tvistig natur, eftersom den tvistiga frågan ändå kan komma att prövas i allmän domstol. Det bör dock påpekas att den princip som uttalades genom Hedfeldts-doktrinen huvudsakligen tog sikte på den upphävda besvärsgrunden "kränker klagandens enskilda rätt" i 7:1 ÄKL. Besvärsgrunden upphävdes huvudsakligen på grund av att klaganden hade möjlighet att få saken prövad hos allmän domstol. För en närmare redogörelse se bl.a. Sterzel, *Studier rörande den kommunala besvärsprocessen*, 1963 s. 72–82 och där anförd praxis samt SOU 1982:41 s. 164 f.

principer som gäller för rent privaträttsliga avtal fått ökad betydelse i fråga om de *offentligrättsliga avtalens* bindande verkan. Det skulle varken vara rättvist eller ändamålsenligt att under dessa förhållanden favorisera den allmänna avtalsparten. Dessutom torde det oftast vara så att den som ingår ett avtal med en myndighet eller en kommun *utgår* från att den han förhandlar med har befogenhet att binda denna. När det gäller den rättsliga bedömningen av det allmännas avtal bör man emellertid lämna ett brett spelrum för bedömningen i de enskilda fallen. Det avgörande blir härvid vad som kan anses *möjligt, rättvist* och *ändamålsenligt.* Vid den här typen av avtal kan det uppstå situationer, där uppfyllande ur den enskildes synvinkel kan te sig orättvist eller rentav oskäligt.[6] Det förefaller enligt *Bernitz* vara uppenbart att de avtalsrättsliga principerna om ersättning som påföljd vid avtalsbrott borde utgöra den viktigaste utgångspunkten i dessa situationer.[7]

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 det allmännas 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 nämner *Holopainen* 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 sådana situationer tänka sig att det finns grund för hävning av köpet.[8] 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* skall anses ha handlat

---

[6] Se Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 12. I dessa situationer torde man enligt *Holopainen* kunna tillgripa avtalslagens 31 och 33 §§ – reglerna om ocker samt om rättshandlingar vars genomförande skulle anses såsom stridande mot tro och heder.

[7] Se Nordiska juristmötet 1978 s. 382.

[8] Se Nordiska juristmötet 1978 s. 370.

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.

Vad gäller frågan om när ett avtal kan ersätta ett beslut hänvisas till *Mathiassen*, vilken analyserar olika omständigheter som kan vara avgörande för om ett avtal lagligen kan ersätta ett förvaltningsbeslut. I kapitel 8 redogör han sålunda för sin syn på när det allmänna kan använda sig av sin maktposition för att *tvinga fram* ett avtalsingående. Han påpekar att den rättsliga utvecklingen medfört att de enskilda blivit mer jämbördiga med det allmänna, eftersom förvaltningen har att rätta sig efter en mängd offentligrättsliga principer, t.ex. legalitetsprincipen. Slutsatsen blir enligt honom att utrymmet för ett mer eller mindre kamouflerat tvång från det allmännas sida är ganska litet vid avtal som innebär ett ömsesidigt utväxlande av likvärdiga prestationer.[9]

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 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. Rör det sig däremot om krav som saknar stöd av lag finns en risk för att det allmänna till följd av sin maktposition utnyttjar situationen på ett otillbörligt sätt. Risken för ett otillbörligt utnyttjade av maktpositionen torde vara störst i det fall lagstiftningen ålägger en myndighet en skyldighet att besluta i vissa typer av frågor, samtidigt som det inte närmare föreskrivs hur olika frågor närmare skall lösas, se t.ex. vad som nedan sägs om avtal om parkeringsköp och genomförandeavtal. En svårighet med Mathiassens resonemang blir därmed att oskälighet även kan föreligga vid den här typen av avtal, trots att de otvivelaktigt utgör "ömsesidigt förpliktande avtal".

Under kapitel 4 redovisades en rad offentligrättsliga begränsningar för det allmännas möjligheter att fatta beslut. I det närmast följande avsnittet redogörs för civilrättsliga ogiltighetsregler samt de närings- och marknadsrättsliga begränsningar som blir av betydelse för det allmännas

---

[9] *Bernts* huvudinvändning mot avhandlingen är att Mathiassen "i sine bestrebelser på å utvide synsvinkelen til å omfatte også det offentliges medvirkning i utpreget privatrettslige avtalesituasjoner, er kommet i skade for å «privatisere» forvaltningsretten i altfor stor utstrekning". *Bernt* menar också att Mathiassen alltför starkt tonat ned både traditionella rättssäkerhetshänsyn och mer allmänna offentligrättsliga intressen som kan tala mot ett användande av avtal inom den offentliga sektorn. Se Bernt 1976 s. 510.

avtalsingående. Under avsnitt 7.2 analyseras frågor som frivillighet och tvång samt vilka generella förutsättningar det allmänna har att villkora avtal utifrån såväl det offentligrättsliga som det civilrättsliga regelverket. Därefter analyseras i 7.3 och 7.4 ogiltighetsfrågor på de valda undersökningsområdena.

7.1.1 Avtalslagens ogiltighetsregler

Avtalslagens ogiltighetskapitel har stor räckvidd då det rör alla slags rätttshandlingar på förmögenhetsrättens område, dvs. alla handlingar som sker "i syfte att uppfylla någon den handlande åliggande förpliktelse".[10] Bestämmelserna, som reglerar verkningarna av vissa omständigheter, har till följd att en rättshandling inte blir gällande efter sitt innehåll. Dessa kan systematiseras i tre grupper; 28–31 §§ AvtL som avser obehörig påverkan eller utnyttjande av motpartens underläge i samband med avtalets ingående, 32 § AvtL som behandlar s.k. förklaringsmisstag[11] samt generalklausulerna i 33 och 36 §§ AvtL. Medan 33 § AvtL avser omständigheter vid avtalets ingående behandlar 36 § AvtL även sådant som inträffat efter det att avtalet ingicks.

---

[10] Se NJA II 1915 s. 233.

[11] Som ett exempel på tillämpningen av 32 § 1 st. AvtL kan nämnas *NJA 1986 s. 495* där Stockholms kommun önskade höja tomträttsavgälden och för ändamålet sände ut skriftliga avtalsförslag med ändrad avgäld för undertecknande. Ett berört par ansåg att höjningen var för stor – 20 gånger den tidigare avgälden. De vittade därför över det av kommunen inskrivna beloppet, 8 620 kr, och tog därefter en kopia av handlingen och skrev in halva beloppet, 4 310 kr, i det tomrum de åstadkommit. De skrev därefter inom parentes in orden "eget förslag". Handlingen undertecknades och skickades därefter in till kommunen, där den, utan närmare granskning, blev undertecknad för kommunens räkning. Fråga i målet var om kommunen var bunden av sitt undertecknande. HD tillämpade 32 § 1 st. AvtL och ansåg frågan vara om makarna kunde anses ha varit i god tro. Med hänsyn till att paret *bort inse* att kommunen inte utan vidare kunde gå med på en halvering av avgiften, vilken fastställts enligt av kommunfullmäktige beslutade principer, ansågs de inte ha bort förbise möjligheten att kommunen inte observerat deras ändring. Kommunen ansågs därför inte vara bunden av avtalet. I målet aktualiseras endast avtalsrättsliga bedömningar. Se även Adlercreutz 1995 s. 254.

Även om det är osäkert vad som gäller för andra avtalsrättsliga regler[12] torde den viktigaste bestämmelsen när det gäller det allmännas avtal vara generalklausulen i 36 § AvtL. Medan 33 § AvtL är en typisk ogiltighetsregel ger 36 § AvtL domstolarna en allmän möjlighet att såväl jämka som ogiltigförklara oskäliga avtalsvillkor. Det är vid åberopande av den sistnämnda inte lika viktigt att styrka de olika rekvisit som de hävdvunna ogiltighetsreglerna uppställer.[13] 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.[14] 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 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.[15]

---

[12] Se dock *NJA 1980 s. 1*, där fullmäktige i Askims kommun beslutade att godkänna ett exploateringsavtal med två fastighetsägare – ett aktiebolag och en fysisk person – angående dessas två separata fastigheter. Enligt det av de båda exploatörerna undertecknade avtalet skulle fastighetsägarna inom ett år efter det byggnadslov erhållits för första huset *solidariskt* bl.a. anlägga gata med tillhörande dagvattenledning och belysning samt ombesörja framdragande av vatten- och spillvattenledningar inom *bådas* exploateringsområden. HD tolkade exploateringsavtalet utifrån avtalslagens regler och fann att kommunen utövat rättsstridigt tvång enligt 29 § AvtL och därför inte ägde göra det solidariska ansvaret gällande mot bolaget. Själva tvånget utgjordes av det faktum att kommunen uppställde villkor för att bevilja byggnadslov utan att lagstöd för detta förelåg. Se även Staedler 1984 s. 117 f. Staedler frågar sig bl.a. vilka *offentligrättsliga följder* avtalsingåendet kunde fått, bl.a. på grund av att kommunfullmäktige genom beslutet överskridit sin befogenhet och vilken betydelse det kan tänkas ha att beslutet vunnit laga kraft.

[13] Se Adlercreutz 1993 s. 59.

[14] Se prop. 1975/76:81 s. 113 f. och SOU 1974:83 s. 124. Se även Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor*, 1987 s. 111 f., Bernitz 1991 s. 183, Wilhelmsson 1995b s. 112 f., Boe 1993 s. 819, Woxholth, *Forvaltningsloven*, 1993 s. 468 och Vodal, *Omgjøring av avtaler og vedtak*, 1995 s. 40 ff. samt det av *Wilhelmsson* anförda rättsfallet *FiHD 1986 II 78*, avseende skäligheten av villkor för att jaga på statens mark. Avtalsvillkor som ålade jakttillståndets innehavare samma ansvar som enligt lag åvilade jakträttsinnehavare ansågs inte vara oskäligt. Allmän domstol ansågs vara behörig då talan gällde överlåtelse av rätt som härrörde från äganderätt till jord.

[15] Se Adlercreutz 1995 s. 246 f.

Man skall vid tillämpningen av 36 § AvtL göra en helhetsbedömning av vad som föregått avtalet och omständigheterna kring detta.[16] Avsikten var emellertid inte att genom generalklausulen ge domstolarna någon utökad lagprövningsrätt. 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.[17]

Generalklausulen har dock den begränsningen att den inte anses kunna tillämpas på "bestämmelser som ingår i författningar utan att ha karaktär av avtal".[18] 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.[19]

I rättsfallet RH 42:85 hade en advokat med egen verksamhet uteslutits ur telefonkatalogen. Ostridigt var att televerket orsakat uteslutningen genom vårdslöshet. Advokaten krävde härför skadestånd på grund av inkomstbortfall. Televerket bestred betalningsskyldighet med hänvisning till en friskrivningsklausul i telefonreglementet. Advokaten hävdade då att klausulen var oskälig enligt 36 § AvtL. Domstolens majoritet fann emellertid att klausulen ingick *som ett led i en av staten företagen reglering* av villkoren för telefonrörel-

[16] Se prop. 1975/76:81 s. 106.

[17] Se även Grönfors 1987 s. 224 f.

[18] Se 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 lagregel. 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 huruvida en viss bestämmelse är av civilrättslig eller offentligrättslig karaktär.

[19] Se Bernitz 1987 s. 112.

sen och att den därmed var av *offentlig karaktär*. Generalklausulen kunde därför inte tillämpas. HD beviljade inte prövningstillstånd.[20]

Det är viktigt att ha i minnet att även om det allmänna valt ett avtal som styrinstrument så måste offentligrättsliga regler och beslut beaktas. Det blir därmed nödvändigt att noggrant nyansera innebörden av att det allmänna använt avtalsformen och de rättsverkningar som följer därav. Detta gäller såväl klausuler om att avtalet för sin giltighet förutsätter ett lagakraftvunnet beslut som de offentligrättsliga regler och principer som begränsar det allmännas möjligheter att ställa krav på motpartens presterande.

7.1.2 Jämkning av avtal

En tendens i modern avtalsrätt är att avtal i stor utsträckning jämkas i stället för att i sin helhet förklaras ogiltiga. En av 36 § AvtL:s viktigaste syften är således att, under vissa förutsättningar, ge part möjlighet att åstadkomma en bättre balans i avtalsvillkoren. Enligt bestämmelsen kan jämkning ske med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden eller med hänsyn till omständigheterna i övrigt. Vad gäller avtalets innehåll nämns som exempel i propositionen särskilt det fallet att den ena avtalsparten *förbehåller sig beslutanderätten* i någon för avtalsslutandet viktig fråga. Det kan t.ex. vara ett förbehåll som ger den ena parten möjlighet att ensidigt besluta om prishöjning eller en klausul som ger honom rätt att ensidigt avgöra om avtalets bestående eller hävande i ett avtal som löper under längre tid. Avtalsinnehållet kan även medföra jämkning om ett missförhållande mellan parternas prestationer skulle råda, t.ex. att avtalet skulle vara *kraftigt oförmånligt för den ena* parten.[21]

---

[20] Det bör uppmärksammas att rättsläget ändrats i och med privatiseringen av televerket och att det numer saknas bestämmelser om utformningen av abonnemangsvillkoren. Dessa torde därför kunna anses vara av civilrättslig karaktär och borde numer kunna prövas enligt 36 § AvtL eller avtalsvillkorslagarna. Se även Bernitz 1987 s. 112 not 16. Se även *NDs 1992 s. 692 IsH*, där fördelningen av rättigheter mellan två personer i ett avtal med kommunen ansågs kunna ändras genom 36 § AvtL.

[21] Se prop. 1975/76:81 s. 118 f., se även André, *Strukturer i 36 § avtalslagen*, 1986 s. 530.

36 § AvtL är *klausulinriktad*, dvs. i första hand inriktad på de särskilda avtalsvillkoren i avtalet, men även avtalet i sin helhet kan ogiltigförklaras eller jämkas. Vid skälighetsbedömningen bör alltså ses till avtalsinnehållet (t.ex. en avvägning mellan pris, prestation och risktagande), omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt (t.ex. om avtalet har något samband med andra avtal mellan parterna). Även om generalklausulen kan användas vid avtal mellan jämställda parter är ett huvudsyfte med 36 § AvtL att skydda *konsument* gentemot näringsidkare. Med konsument jämställs även andra avtalsparter som intar någon form av *underlägsen ställning*, t.ex. småföretagare gentemot företag som har en dominerande ställning. Det bör framhållas att det inte i första hand är t.ex. ett företags storlek vad gäller omsättning, antal anställda, finansiell styrka osv. som bör vara avgörande för en jämförelse mellan kontrahenterna och om någon av parterna kan anses inta en underlägsen ställning.[22] Det är snarare så att man får se till om ena parten på grund av sin ställning och sina resurser, t.ex. avseende teknisk, ekonomisk, administrativ och juridisk expertis, har överlägsna möjligheter att utforma avtalsvillkoren till sin fördel.[23]

---

[22] Se även *NJA 1979 s. 483*, Bergman & Beving. Säljare av elektroniska priskalkylatorer till bensinpumpar hade enligt klausul i standardavtal helt friskrivit sig från ansvar för indirekt skada till följd av fel. Friskrivningen godtogs då den ansågs ge uttryck för en av säljar- och köparintressen allmänt godtagen avtalsreglering, även om ett fel i apparaterna visade sig medföra att bensinen såldes för billigt och leverantören var ett börsnoterat aktiebolag och mottagaren utgjordes av ett litet familjeföretag. HD uttalade bl.a. att "[d]en omständigheten, att den ena parten såsom i förevarande fall är ett i jämförelse med den andra parten litet företag, utgör emellertid inte i och för sig något belägg för att parten intar en underlägsen ställning". Se rättsfallet s. 513.

[23] Se Ramberg & Hultmark 1996 s. 232. Se även Wilhelmsson 1995b s. 121 ff. För att bedöma om ett företag skall anses ha en dominerande ställning måste man först och främst bestämma *den relevanta marknaden*, vilken utgörs inte bara av produktmarknaden utan även av den geografiska marknaden. Sedan måste man se till *marknadsandelen*. Ligger denna högt (60–80 %) torde företaget alltid vara att anse som dominerande. Se Bernitz 1991 s. 62 f.

Ett exempel på företeelser som, på ett smidigare sätt än genom tolkning, kan träffas av 36 § AvtL är olika typer av friskrivningsklausuler.[24] 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.[25] Ju starkare en avtalspart är desto större skäl finns det även att anta att den starkare parten har en upplysningsplikt gentemot den svagare. Att endast den ena parten besitter kunskap om viss information av betydelse för avtalsingåendet är emellertid inte av någon självständig betydelse när det gäller att avgöra om upplysningsplikt föreligger.[26]

---

[24] 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 frånsagt sig allt ansvar för avvikelse 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". Eftersom 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 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. Se även André 1986 s. 538.

[25] Se Adlercreutz 1995 s. 292 och Lundmark 1996 s. 191–195. Som ett annat exempel kan nämnas *NJA 1977 s. 138*, vilket – i samband med tomträttsupplåtelse – avsåg kommuns försäljning "i befintligt skick" av en ny bostadsbyggnad för privat bruk. Byggnaden, som kommunen hade låtit uppföra, var emellertid behäftat 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. Se även Lundmark 1996 s. 183 och s. 188 f.

[26] Se Hultmark 1993 s. 68 ff. samt s. 28.

Det råder ingen tvekan om att enskild i vissa situationer skulle kunna inta en underlägsen ställning i förhållande till det allmänna till följd av parternas olika förutsättningar och styrkeförhållanden. Det kan lätt bli så att intellektuella och ekonomiska resurser spelar en stor roll under förhandlingarna mellan parterna. Beroende på hur situationen ser ut är det därför högst troligt att ett avtal jämkas till den del det är oskäligt eller att det i sin helhet kan förklaras ogiltigt. Frågan blir beroende av vilken styrka eller svaghet den enskilda parten besitter. Det kan därför vara en större fara för att resultatet kan leda till en social slagsida när det bygger på en överenskommelse än när det handlar om en ensidig förvaltningsåtgärd, då det i det senare fallet vanligtvis är föreskrivet vilka förvaltningsrättsliga principer som måste beaktas.[27]

Obalans kan därför 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 att avtalet blir oskäligt eftersom kommunen har en lagstadgad möjlighet att expropriera. Man kan dock tänka sig fall där expropriation tillsammans med andra omständigheter kan grundlägga en sådan obalans i partsförhållandet, t.ex. vid en påtagligt låg ersättning för den aktuella marken. Kommunen torde också ha större möjligheter att kräva olika typer av motförpliktelser av en enskild avtalspart än vad som är fallet vid avtal mellan enskilda. 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 bebyggts på föreskrivet sätt. Området skulle anses vara bebyggt först när byggnadsnämnden slutbesiktat de aktuella byggnaderna. Någon

[27] Det har förekommit att myndigheter använt sig av avtalskonstruktioner i de fall de funnit att lagstiftningen inte ger rättslig grund för uppnående av de resultat som myndigheten funnit önskvärda. *Lavin* har påpekat att avtalskonstruktioner i vissa fall använts på ett enligt hans mening diskutabelt sätt, när myndigheterna velat skaffa sig ett rättsligt underlag för att kräva tillbaka felaktigt utgivna ersättningar. I synnerhet har *Lavin* kritiserat konstruktioner av det slaget på arbetslöshetsförsäkringens område. Se Lavin, *Återbetalning av social ersättning*, 1986 s. 41 ff. samt Lavin, *Gäst hos försäkringsöverdomstolen*, 1991 s. 55 f., se även Sandgren 1993 s. 107.

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 oskälig med hänsyn till dess innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst liksom senare inträffade förhållanden och därför lämnas utan avseende eftersom kommunen missbrukat ett ojämlikt partsförhållande och ensidigt utformat klausulen.

Tingsrätten konstaterade, i enlighet med kommunens genmäle, att det i kontraktet 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.[28] HD beviljade inte prövningstillstånd.

Även företag eller organisationer kan hamna i underläge gentemot det allmänna – särskilt i situationer där det finns möjligheter att ingripa i verksamheten. Sådan obalans torde kunna föreligga t.ex. genom stränga villkor vid långivning och subventioner eller vid avtal som ingås inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. Som exempel kan nämnas att kommunen vid avtal om parkeringsköp förbehåller sig rätten att godkänna den enskildes uppsägning av avtalet, vid krav på att ett avtal med ett visst innehåll skall ha ingåtts för att ett bygglov skall beviljas eller vid genomförandeavtal där kommunen har laglig rätt att besluta om antagandet av ny detaljplan.[29]

Vid bedömningen av om ett krav är oskäligt är det även vid en prövning i allmän domstol rimligt att utgå från det offentligrättsliga regelverket. Om ett uppställt krav *inte* strider mot de konkreta regler eller de principer som finns uppställda för en viss typ av agerande torde villkoret vanligtvis inte vara att anse som oskäligt. Har däremot offentligrättsliga regler eller principer överskridits eller åsidosatts vid avtalsingåendet torde detta leda till en motsatt bedömning. Ett sådant oskäligt avtalsvillkor kan t.ex. bestå i ett krav som i princip innebär att ersättning skall utgå för beviljande av bygglov, se *NJA 1980 s. 1*. Har ett avtal ingåtts inom ramen för en myndighets fria skön rör det sig om agerande som i första hand är att bedöma utifrån traditionella civilrättsliga

[28] Se Göta hovrätts dom 1986-05-29 (Mål nr 286/85).

[29] Se även Frihagen 1991 s. 329.

regler, även om läran om illojal maktanvändning kan böra beaktas.

Kommunen kan dock knappast alltid anses vara den starkare avtalsparten. Om ett stort och dominerande företag förhandlar med en liten och förhållandevis svag kommun, där företaget har en eller ett flertal anläggningar, torde det i många fall vara det enskilda företaget som i praktiken utgör den starkare avtalsparten.

Att det allmänna till följd av det offentligrättsliga 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 offentligrättsliga principerna möjligheterna att avkräva den enskilde oskäliga avgifter vid olika typer av leveransavtal. Vad gäller skyddet för konsumenterna framhåller *Bengtsson*[30] att lagstiftaren inte varit lika benägen att tillgodose detta när det allmänna är part i rättsförhållandet. Offentligrättsliga hänsyn framträder dock i civilrättens periferi och konsumentskyddet anses inte sällan kräva såväl tvingande regler som allehanda ingrepp av olika myndigheter i avtalsrättsliga förhållanden. Han hävdar också att HD även utan stöd av lag visat en ökad tendens att tillvarata konsumenters intressen.[31] En förutsättning för en sådan bedömning torde dock vara att det offentliga organet kan anses ha handlat i egenskap av näringsidkare.

---

[30] Se Bengtsson 1991 s. 36.

[31] Se Bengtsson 1991 s. 42. Se även Adlercreutz 1996 s. 13 f. Bl.a. har HD i *NJA 1988 s. 503* funnit att den preskriptionstid som gäller vid konsumentfordringar, även gäller i offentligrättsliga sammanhang. Fallet rörde dels engångsavgift för utförande av va-anläggning enligt VAL (I), dels avgift enligt lagen (1978:478) om avgift för innehav av televisionsmottagare (II). En förutsättning är dock att det offentliga organet kan anses ha handlat i egenskap av näringsidkare. Skulle det vara fråga om fordringar som härrör från myndighetsutövning, anses inte reglerna om preskription vara tillämpliga. Utgångspunkten för bedömningen anses enligt HD vara hur konsumenten uppfattar rättsförhållandet, och inte i första hand om det föreligger något inslag av myndighetsutövning. Gränsen måste dras när förhållandet uppvisar så påtagliga moment av offentlig maktutövning att det på ett avgörande sätt skiljer sig från ett privaträttsligt mellanhavande. Vidare har HD i *NJA 1989 s. 224* ansett att principerna om condictio indebiti bör påverkas av konsumenthänsyn. Ett kommunalt bostadsföretag hade här sålt nybyggda småhus. Företaget ansågs inte vara berättigat till ersättning för indexhöjningar och befanns därför vara skyldigt att återbetala uppburna medel till köpare som erlagt sådan ersättning, även om krav på återbetalning framfördes först två och ett halvt år efter det att betalningen skett.

7.1.3 Närings- eller marknadsrättsliga ogiltighetsregler

Det är inte bara privaträttsliga ogiltighetsregler som aktualiseras när det allmänna uppträder som avtalspart. Även vissa närings- eller marknadsrättsliga begränsningar måste beaktas.

Oskäliga avtalsvillkor regleras i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, AVLK,[32] och lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, AVLN. Avtalsvillkorslagarna tar mera generellt sin utgångspunkt i avtalsvillkors *innehåll*. Syftet är att förbjuda *framtida användande* av oskäliga villkor i motsvarande sammanhang. Lagarna tar i första hand sikte på standardavtal men gäller även för individuella avtal. Avtalsvillkorslagarna brukar dock anses vara näringsrättsliga, till skillnad från de tidigare nämnda avtalsrättsliga metoderna att komma till rätta med oskäliga avtalsvillkor.[33]

Föredraganden anför i propositionen om avtalsvillkor mellan näringsidkare att lagen *inte* omfattar avtalsvillkor som används av statliga eller kommunala organ *i andra fall än där dessa bedriver näringsverksamhet*. Det innebär att lagen t.ex. inte omfattar offentlig upphandling. Föredraganden sade sig i och för sig ha förståelse för argumentet att lagen borde omfatta alla avtalsvillkor som används av offentliga organ, eftersom situationen ibland kan vara densamma som när upphandlingen utgör ett led i näringsverksamhet som bedrivs av offentliga organ, men att han inte var beredd att låta lagen omfatta sådana avtalsvillkor.[34]

Avtalsvillkor som lägger bestämmandet i viktiga hänseenden i den ena

---

[32] AVLK bygger på rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal. Oskälighetsbedömningen av avtalsvillkor får enligt artikel 4.2 i direktivet inte avse förhållandet mellan pris och prestationer i form av sålda varor och tjänster. Direktivet gäller dessutom endast villkor i konsumentförhållanden som inte varit föremål för individuella förhandlingar, artikel 1.1. Se även Ds 1994:29 s. 6 och s. 13 f.

[33] Se även Adlercreutz 1995 s. 295 samt Adlercreutz 1993 s. 95 och 100 f. Standardavtalen spelar, liksom lagstiftning och rättspraxis, en stor roll inom avtalsrätten. Standardavtalen fyller ut lagregler där sådana finns men är anpassade till avtalstypen i fråga. De fungerar även normbildande på situationer där det saknas lagregler. Se Hellner, *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, 1984 s. 762 och Bernitz 1996 s. 14 f. Eftersom avtalsvillkorslagarna bara verkar framåt insåg man snart att det kunde det bli en diskrepans vad gäller möjligheterna att åsidosätta ett oskäligt avtalsvillkor i det enskilda avtalet. Detta var en av anledningarna till att 36 § AvtL infördes. Se SOU 1974:83 s. 104 ff. samt Hellner 1984 s. 765. Med stöd av generalklausulen kan allmän domstol ogiltigförklara eller jämka det villkor som marknadsdomstolen vid vite kan förbjuda den starkare parten att fortsättningsvis använda sig av.

[34] Se prop. 1983/84:92 s. 11 f.

avtalspartens hand, såsom tiden för ett anbuds eventuella godkännande, obegränsad leveranstid, frihet att själv bedöma leveranstider etc. anses praktiskt taget alltid som förkastliga. Sådana villkor har av MD ansetts vara oskäliga. Andra klausultyper som ligger i riskzonen för att bedömas som oskäliga är t.ex. förfallo-, friskrivnings-, vites-, förverkande- och skiljeklausuler.[35]

> 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 abonnenterna, men detta medför inte att avtalsvillkoret blir godtagbart."[36] 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 oskälig mot berörda fastighetsägare."[37]

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.[38]

I 2 § AVLK definieras en konsument som "en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet" medan en näringsidkare definieras som "en fysisk eller juridisk person

---

[35] Se Adlercreutz 1995 s. 289 f. och Adlercreutz 1993 s. 97 f. Vid oskälighetsbedömningen brukar marknadsdomstolen använda sig av följande bedömningsstandard, vilken är hämtad ur motiven till 1971 års AVLK – lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. "Ett avtalsvillkor får typiskt sett anses som otillbörligt mot konsumenten, om det med avvikelse från gällande dispositiva rättsregler ger näringsidkaren en förmån eller berövar konsumenten en rättighet och därigenom åstadkommer en sådan snedbelastning i fråga om parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet, att en genomsnittligt sett rimlig balans mellan parterna inte längre är för handen." Se prop. 1971:15 s. 71. Uttalandet upprepades i prop. 1976/77:110 s. 38.

[36] Se MD 1985:16 s. 591 f. Min kursivering.

[37] Se MD 1985:16 s. 592.

[38] För det sistnämnda se närmare avsnitt 8.5.1.

som handlar för ändamål som har samband med hans näringsverksamhet, oavsett om den är offentlig eller privat".[39] I lagen skiljer man dessutom mellan marknadsrättsliga regler och civilrättsliga. I 10 § AVLK görs skillnad mellan standardklausuler och klausuler som varit föremål för förhandling mellan parterna. Vid otydliga standardvillkor innebär den *s.k. oklarhetsregeln* att man vid tvekan om innebörden av ett avtalsvillkor tolkar detta till förmån för konsumenten.[40] Skulle ett sådant villkor jämkas eller lämnas utan avseende har konsumenten möjlighet att enligt 11 § AVLK kräva att avtalet fortsätter att gälla utan andra ändringar.

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. Marknadsföringen skall ske i enlighet med vad som kan anses vara *god marknadsföringssed*, dvs. god affärssed eller andra vedertagna normer, 4 § 1 st. MFL. Lagen är tillämplig både när näringsidkare marknadsför och själva efterfrågar produkter *i sin näringsverksamhet*, 2 § 1 st. 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.[41]

En länsbostadsnämnds författningsenliga handläggning av ärenden om statliga bostadslån har i *MD 1994:21* konstaterats utgöra myndighetsutövning.

---

[39] I *MD 1976:15* prövades bl.a. frågan om rättsförhållandet mellan en skorstensfejarmästare och en konsument var att anse som offentligrättsligt eller privaträttsligt. MD konstaterar att avtalsvillkorslagens räckvidd är begränsad till fall där *ett avtal*, eller moment av sådant avtal, *föreligger*. På grundval av de detaljerade regler som gäller för sotning och kommunens fastställda taxa för den samma, men framförallt den norm som kravet grundade sig på, fann MD att förhållandet var att anse som offentligrättsligt, även om den "offentliga förvaltningen" utövades av enskild.

[40] För regelns närmare innebörd se bl.a. Bernitz 1996 s. 50 f. Se även Ds 1994:29 s. 6 f.

[41] För tidigare gällande lagstiftning och utländsk rätt men alltjämt gällande rättsprinciper, se André, *Marknadsföringsansvar*, 1984. *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.

Nämnden har dock beträffande sin långivningsverksamhet ansetts vara att betrakta som näringsidkare, eftersom den till stor del, framförallt ur låntagarens perspektiv, hade privaträttslig prägel. Staten vitsordade dessutom att det sedan lånet utbetalats, förelåg ett civilrättsligt förhållande mellan parterna.[42]

Nämnden hade i lånehandling återgett en författningsbestämmelse där det stadgades att låntagare var skyldig att underkasta sig av regeringen ändrade bestämmelser rörande ränta etc. Klausulen användes som en form av omprövningsklausul. Klausulen ansågs inte utgöra ett avtalsvillkor i avtalsvillkorslagarnas mening, eftersom den stödde sig på offentligrättslig reglering utanför långivarens eller låntagarens kontroll. Däremot har uttrycket *garanterad ränta* i en broschyr bedömts vara vilseledande och därmed otillbörligt enligt MFL. Syftet med formuleringen var att visa att räntan inte påverkades av förändringar i den allmänna räntenivån, utan bara genom ändring i författningsbestämmelse. Från låntagarens synpunkt kunde emellertid formuleringen uppfattas som en utfästelse att inte höja räntan.

Ärendet överklagades av bostadsrättsföreningen Fågelbärsträdet till HD med motiveringen att förbudet att använda klausulen stred mot lag i och med att 2 § MFL inte skulle vara tillämplig på den aktuella informationen från staten. HD avslog dock resningsansökan eftersom MD:s beslut inte ansågs innefatta rättstillämpning som uppenbarligen stred mot lag.[43]

Det avgörande blir alltså när en verksamhet av det aktuella slaget skall räknas som bidragsgivning och därmed kan anses utgöra myndighetsutövning, och när den skall anses vara privaträttslig låneverksamhet. Är lånen avsevärt förmånligare än vad som förekommer på marknaden och har till syfte att främja ett samhälleligt intresse, är det möjligt att relationen anses utgöra myndighetsutövning. Om skrivsättet lett till ekonomisk skada kan det i en sådan situation bli aktuellt med skadestånd för vilsele-

---

[42] Meddelanden som härrör från en statlig myndighet och inte uppenbart är av kommersiell natur förefaller leda till särskilda förväntningar. I *MD 1983:5* hade två konkurrerande mobiltelefonsystem jämförts genom ett antal frågor och svar i en annons för mobiltelefoner. MD uttalar bl.a. följande om dåvarande televerkets roll som näringsidkare. "Den omständigheten att annonsören är en statlig myndighet påverkar inte i och för sig bedömningsgrunderna. Av televerkets nu aktuella annons framgår dock inte helt tydligt att fråga är om en kommersiell framställning utan samband med verkets myndighetsutövning. Med hänsyn härtill och till formuleringarna i annonsens inledning delar marknadsdomstolen uppfattningen att det finns särskild anledning för läsaren att förvänta sig att annonsen innehåller en objektiv jämförelse." Se MD 1983:5 s. 429 f. Vissa jämförelser i annonsen ansågs av MD vara vilseledande och därmed otillbörliga enligt MFL.

[43] Se NJA 1995 s. 677.

dande information. Eventuellt hade även möjlighet till överprövning[44] förelegat vid avslag av bidragsansökan.[45]

Även när det allmänna erbjuder varor och tjänster måste konkurrensrättsliga regler beaktas. Konkurrenslagen (1993:20) kan därför komma att aktualiseras när en kommun producerar eller bedriver handel med varor, tjänster och nyttigheter. 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 § 1 st. 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 anses utgöra företag eller inte finns det skäl att skilja på kommuns 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 näringslivspolitiken och knappast i kommunens egenskap av näringsidkare.[46]

Ett ingripande enligt konkurrenslagen anses inte kunna ske mot konkurrensbegränsningar som är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning

---

[44] Se t.ex. förordningen (1991:1933) om statligt räntebidrag för ny och ombyggnad av bostäder.

[45] Se Marcusson 1996a s. 72 f. Den i målet aktuella bostadsrättsföreningen stämde efter HD:s avgörande staten inför allmän domstol för avtalsbrott vad gällde skyldigheten att fullgöra garantiutfästelsen avseende den "garanterade räntan" i fråga om statliga bostadslån, i första hand med utgångspunkt i att det förelåg ett civilrättsligt bindande avtal om bostadslån. I *Stockholms tingrätts dom 1998-03-20 (Mål nr T 10-756-95)* ogillades käromålet med motiveringen att "statens beslut vid långivningen att lämna räntebidrag utgör beslut om beviljande av förmån som uppfyller ... kriterierna för myndighetsutövning", även om statens långivning "innehåller vissa inslag av privaträttslig art i fråga om bostadslånen". Föreningen har överklagat domen. Se även avsnitt 8.4.

[46] Se Riberdahl 1994 s. 164, Eriksson & Hallgren 1995 s. 23 f. samt Paulsson m.fl. 1997 s. 35–38.

eller en ofrånkomlig följd av denna. Den anses 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 SkolL är det kommunen som inom ramen för likställighetsprincipen bestämmer bidragets storlek.[47]

Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, LIU, tar sikte på när statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar gör upphandling enligt LOU.[48] Syftet är att främja konkurrens på lika villkor när det allmänna eller offentligt ägda privaträttsliga subjekt anordnar anbudstävlingar. MD har efter ansökan från Konkurrensverket möjlighet att förbjuda ett visst beteende som är att anse som otillbörligt på grund av att något företag diskriminerats i förhållande till den upphandlande enheten eller något annat företag, eller som på något sätt snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen, 3 § LIU.[49]

En kommun har ansetts vara näringsidkare vid en upplåtelse av tomträtt.[50] Detta innebär enligt *Riberdahl* dock inte att kommunen är att anse som ett företag vid varje fastighetsupplåtelse eller försäljning av fast

---

[47] Se Eriksson & Hallgren 1995 s. 24.

[48] Se närmare prop. 1993/94:35, prop. 1993/94:222 och bet. 1993/94:FiU22.

[49] Vid upphandling av hemtjänst i anbudskonkurrens tillämpade kommunen ett beteende som av MD i *MD 1996:6* befanns påtagligt ha diskriminerat företag i förhållande till kommunens egenregiverksamhet. Linköpings kommun hade *efter det att anbudsupphandlingen påbörjats* infört bedömningskriterier vid valet av anbudsgivare som medförde att andelen privata företag begränsades i förhållande till kommunens egenregiverksamhet. Förfarandet ansågs innebära ett åsidosättande av bestämmelserna i 6:12 LOU och kommunen förbjöds enligt 3 § LIU vid vite att tilllämpa beteendet eller andra liknade beteenden.

[50] Se *MD 1979:4*. En friskrivningsklausul som löd: "Tomträttshavaren godtager 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 avtalsvillkorslagen, eftersom det aktuella villkoret gentemot konsumenten var i total "avsaknad av den balanserade ansvarsavvägning som bör råda mellan avtalsparter". Det påpekas att kommunen i egenskap av upplåtare av tomträtter till konsumenter är att betrakta som näringsidkare i avtalsvillkorslagens mening, men att den såsom offentligrättsligt organ pålagts långtgående uppgifter när det gäller planläggning och exploatering av mark inom sitt område.

egendom.[51] Om kommunen som ett led i plangenomförande säljer eller byter en fastighet kan kommunen knappast betecknas som ett företag i den verksamheten. Detsamma gäller enligt honom om kommunen säljer en enstaka fastighet. När det gäller tomträttsupplåtelser torde kommunen i princip endast kunna betraktas som företag när den *i större omfattning* upplåter eller säljer mark. Om kommunen utifrån offentligrättslig lagstiftning, t.ex. PBL, säljer en enstaka fastighet bör den enligt *Riberdahl* inte betraktas som ett företag. 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.[52]

7.2 Kommunens möjligheter att villkora avtal

7.2.1 Avtalsingåendets karaktär – frivillighet eller tvång?

Avtalsformen har tidigare hävdats vara otypisk för den offentliga rätten. Det typiska för relationen mellan det allmänna och enskilda har traditionellt varit överhöghet contra undersåte, ett förhållande där den ena parten haft alla fördelar på sin sida, och den andra parten setts som en svag enskild medborgare med en dålig förhandlingsposition. Genom att ett avtal ingås med det allmänna, vilket innebär att minst en av kontrahenterna är en offentlig myndighet, bevaras den för den offentliga rätten karakteristiska olikställigheten mellan sådan avtalspart och enskild dito.

---

[51] Se *MD 1997:19* där ett avtal om upplåtelse av lokaler mellan Malmö kommun och ett företag inte ansågs 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 konkurrensen på den aktuella marknaden, skulle avtalet bedömas mot bakgrund av vad som ansågs utgöra normal affärsmässighet.

[52] Se Riberdahl 1994 s. 165 f. Genom det under 5.2.1 och 6.2.3 nämnda avtalet hade en sjukvårdsdirektör ingått ett avtal med ett helt privatägt företag om samarbete i personalfrågor, där landstinget för det fall personal gick över till bolaget skulle betala lön och andra ersättningar under de sex första månaderna i den nya anställningen. Frågan om gratis arbetskraft mellan landstinget och det enskilda företaget väcker inte enbart kommunalrättsliga frågor. Även konkurrensrättsliga aspekter kan vara av betydelse. Strävanden att stimulera nyföretagande anses dock vara positivt från konkurrenssynpunkt och trots att samarbetet i personalfrågor kan leda till att bolaget erhåller en konkurrensfördel i förhållande till andra företag, kan nog stödet anses godtagbart eftersom det är av mindre omfattning och begränsat i tiden.

Genom denna den offentliga rättens typiska egenskap av "överhöghet" har sagts "att det lätt kommer något odiöst, något erinrande om utpressning, över en överenskommelse, där å ena sidan står en övermäktig myndighet med maktutövningsmöjligheten i bakgrunden och å den andra en enskild, som därigenom mer eller mindre tvingas att foga sig i avtalsförhållandet".[53]

Vad gäller de situationer när enskild skall förhandla med myndighet har *Adolphson* ganska kraftigt uttryckt att "[d]en enskilde kan sålunda förhandla med en myndighet, som möter med straff, vite eller andra maktmedel för att som ett yttersta medel säkra *sitt förslag* till en frivillig överenskommelse. Den enskilde vet, att dessa myndighetens maktmedel *kunna* komma att användas mot honom. Han befinner sig i en psykologisk tvångssituation: i ett läge av, om icke yttre så dock, inre tvång. Även då medborgaren ingår en dylik överenskommelse med ett offentligrättsligt organ ... kunna arten och graden av fri vilja hos medborgaren i förhållande till förvaltningsorganet icke mäta sig med kontrahenternas likställdhet och fria avtalsvilja i en sådan ömsesidig rättshandling inom privaträtten som köp, byte eller annat förmögenhetsrättsligt avtal."[54] På liknande sätt anför *Bramstång* att ett formellt avtalsslutande inte förtar *karaktären* av myndighetsutövning, om den enskilde befinner sig i någon form av beroendeförhållande.[55] Detta kan t.ex. ske vid "expropriationshot", då en enskild inte ser sig ha annat val än att genom ett avtal sälja fast egendom till den offentliga myndigheten.[56]

I Danmark ställde sig *Andersen* tidigt tvekande till det allmännas an-

---

[53] Se Sundberg 1955 s. 156 f. Jfr Staedler 1983 s. 51 och se även Frihagen 1989a s. 79.

[54] Se Adolphson 1961 s. 17. Han anser vidare att det vid s.k. förvaltningsrättsliga avtal sällan blir fråga om den bindande ömsesidighet, bestående i löften och prestationer, vilken utmärker ett civilrättsligt avtal, t.ex. köp eller byte. I stället är det enligt honom så att avtalsmekanismen bara är en annan möjlighet för förvaltningen att genom avtalets bindande verkan, på ett i och för sig lindrigt och föga ingripande sätt, ålägga den enskilde någon förpliktelse. Se a.a. s. 18. Han har även anfört "[a]tt i svensk offentlig rätt använda ordet, begreppet och konstruktionen avtal är direkt vilseledande för den part, som litar på en bindande och förblivande rättsverkan alldeles såsom i ett civilrättsligt avtal". Se Adolphson 1979 s. 92. Jfr Staedler 1983 s. 77 not 52.

[55] Se Bramstång 1988 s. 225.

[56] Se även Lynge Andersen m.fl. 1997 s. 131 f. samt Mathiassen 1974 s. 410 ff. och s. 422. I Norge förefaller man, åtminstone i äldre rätt, ha varit förhållandevis restriktiv vad gäller att välja avtalslösningar vid exproprieringssituationer, se Sandene, *Ekspropriasjon eller overdragelse og oppgjør etter avtale*, 1969 s. 123–131.

vändande av avtalslösningar, eftersom risken ansågs vara stor för att den enskilde skulle befinna sig i en tvångssituation vid en förhandling där resultaten blev beroende av om den enskilde "er mere eller mindre forskræmt".[57] Att märka är att betänkligheterna mot att ingå avtal riktar sig mot att den enskilde är underkastad det allmännas *ensidiga bestämmelser*, och inte i första hand mot de traditionella farhågorna om "överhöghet och undersåte". Ur rättssäkerhetssynpunkt ansåg han det därmed vara mindre lämpligt med avtalskonstruktioner mellan myndigheter och enskilda, eftersom den enskilde hade ett större skydd mot eventuella övergrepp genom förvaltningsrättsliga regler.[58]

Mathiassen behandlar i sin avhandling ingående frågan om frivillighet respektive tvång utifrån danskt och i viss mån tyskt perspektiv.[59] Han är förhållandevis positivt inställd till avtal inom förvaltningsområdet och lägger större vikt vid systemhänsyn än att endast se till rättssäkerhetsaspekten. Han hävdar bl.a. att förvaltningen kommer betydligt längre om de använder sig av avtal än vad de gör när de sätter hårt mot hårt och använder sig av myndighetsutövning.[60] Han menar inte att det allmännas kompetens att förplikta medborgarna vid ett avtalsingående utökas i förhållande till vad som gäller vid myndighetsutövning, utan att ett avtalsingående kan vara ett *smidigare* sätt för parterna att enas om en lösning än att fatta ensidiga beslut enligt de möjligheter som rätten att utöva myndighet omfattar på det aktuella området. Han framhåller dock att det står utom allt tvivel, att man vid vissa tillfällen kan behöva betrakta den enskilda "frivilligheten" med ett visst förbehåll. Detta gäller i synnerhet vid situationer där den enskilde redan från början befinner sig i en situation där han är lätt att påverka – t.ex. vid frivillig alkoholistvård. I dylika fall kan det alltså uppstå en tvångssituation.[61] Att prestationer utbyts mellan parterna kan endast ses som ett indicium på att den enskilde har träffat ett frivilligt avtal. Är emellertid prestationerna inte jämbördiga tycks det enligt honom i praxis föreligga en tendens till att förutsätta att en tvångssituation är för handen.[62]

---

[57] Se Andersen 1965 s. 464 f. Se även Mathiassen 1974 s. 315–321.

[58] Se även Andersen, *[Anmälan av Abitz, E. A.,] Om Vejenes Retsforhold*, 1951 s. 52 f. samt Revsbech 1992 s. 84.

[59] Se Mathiassen 1974 s. 315–378.

[60] Se Mathiassen 1974 s. 322 ff. Se även Revsbech 1992 s. 83–86.

[61] Se Mathiassen 1974 s. 351 f. Se även Eckhoff & Smith 1997 s. 327 f.

[62] Se Mathiassen 1974 s. 372 f.

Det har således i äldre doktrin förelegat en omfattande skepsis gentemot det allmänna som avtalspart. 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. Civilrättsligt sett kan emellertid förhållandet att en ojämlik eller ojämbördig position råder mellan parterna eventuellt få konsekvenser för avtalens giltighet. Vid frågan om man verkligen kan tala om avtalsfrihet när avtalen ingås under tvång från det allmännas sida eller har tvångsliknande inslag bör dock erinras om att även privaträttsliga avtal ofta ingås mellan parter med helt olika styrkepositioner.[63] Kommuns motpart kan dessutom som tidigare påpekats ofta utgöras av ett företag med stora resurser och som därmed besitter en stark förhandlingsposition.

Även om det allmänna ibland kan vara utsatt för påtryckningar vid förhandlingar om avtalsingående, t.ex. hot om handelsblockader eller liknande, så torde det oftast vara den enskilde som utsätts för olika typer av påtryckningar. Detta kan t.ex. gälla vid "hot" om expropriation eller byggförbud om den enskilde inte frivilligt väljer att ingå avtal med kommunen avseende 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.[64] 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. Avtalsingåendet innebär bara ett alternativt och snabbt sätt att reglera en situation där lagstiftningen dragit upp de rättsliga begränsningar som gäller för det allmännas rätt att expropriera i förhållande till medborgarna.[65]

När en kommun uppträder som avtalspart försöker den för att inte överskrida de anslag som beviljats för vissa offentliga ändamål – renhållning, sjukvård, skola och äldreomsorg etc. – bl.a. undvika att utsättas för okontrollerbara prishöjningar genom att i avtalet på olika sätt gardera

---

[63] Se även Frihagen 1989a s. 79. 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 intervenera på avtalsfriheten. Se även Marcusson 1993 s. 52 f.

[64] Se även Frihagen 1991 s. 343.

[65] Se ytterst det skydd för äganderätten som grundlagsskyddas enligt 2:18 RF.

sig. Det händer även att myndigheten utnyttjar sin styrkeposition till att skaffa sig fördelar genom att ålägga leverantören längre gående förpliktelser än vad som normalt gäller, t.ex. ensidig skyldighet att leverera på kort tid samt hårda påföljder vid avtalsbrott. Vid större och långvariga avtal kan målsättningen dock vara att nå samhällsnyttiga resultat och detta kan i stället leda till en "mjukare" avtalstillämpning än vad som normalt skulle ha följt genom en strikt tillämpning med risk för strandade projekt. Att kommunen i viss utsträckning har möjlighet att underlätta eller försvåra avtalsuppfyllelsen genom olika subventioner och bidrag, säkerhets- eller miljökrav etc., leder också till att vissa avtal hamnar i en särställning. Det offentligrättsliga 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 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 även tänkas att en kommun använder sig av ett avtal för att försöka få en starkare bindning av den enskilde än vad som är möjligt utifrån offentligrättsliga regler.[66] Om det allmänna vid ett sådant avtalsingående överskrider regelverket kan detta läggas till grund för en bedömning enligt de avtalsrättsliga ogiltighetsreglerna, se t.ex. *NJA 1980 s. 1.* Om ett avtal träffats har den enskilde samma skydd i förhållande till det allmänna som avtalslagens regler angående ogiltighet medger. Ensidigt tvång är en sådan situation där en avtalspart sedan länge anses ha ett långtgående skydd.[67]

I svensk doktrin har bl.a. *Sundberg-Weitman* berört *myndighetsutövning som påtryckningsmedel.* Hon konstaterar att om ett avtal mellan en enskild

---

[66] Se även Mathiassen 1974 s. 111, s. 119 f. och kap. 8, Frihagen 1977 s. 6 ff. samt Madsen 1983 s. 143.

[67] Se bl.a. Mathiassen 1974 s. 367 f. och Madsen 1983 s. 144 f. Se även *UfR 1965 s. 209 Ø*, ett område som enligt ett avtal skulle planteras för att inte användas som parkeringsplats belades i stället med asfalt. Kommunen beslöt då att expropriera området för att säkerställa att det inte användes i strid med ett servitut. Servitutet sade emellertid ingenting om någon plantering och då området var avspärrat ansågs expropriationen av marken vara olaglig. Kommunen hade i stället bort väcka talan med anledning av avtalsbrottet.

och ett offentligt organ innehåller att den enskilde skall prestera något i *utbyte* mot myndighetsutövning, kan avtalet mycket väl förklaras ogiltigt enligt avtalslagens regler.[68] Hon anför vidare att den enskildes underlägsna ställning i förhållande till myndigheter inte nämndes särskilt i förarbetena men att det är tydligt, "att medborgarna i sina kontakter med myndigheter typiskt sett befinner sig i en minst lika underlägsen ställning som när de i egenskap av konsumenter har kontakter med en näringsidkare".[69] Skulle en konsument vara missnöjd med en näringsidkare kan han eller hon, om näringsidkaren inte har en monopolställning, oftast undvika denne i fortsättningen. Enskild, som är beroende av myndighetsutövning, kan däremot inte på samma sätt välja mellan olika myndigheter.

Även om det allmänna i egenskap av lagstiftare eller "överhöghet" har stora befogenheter att ensidigt fatta beslut och utöva makt och inflytande gäller samtidigt att det allmänna inte genom avtal kan tillskansa sig något som ligger utanför dess befogenhet. Det civilrättsliga regelverket kompletterar därför i stor utsträckning de rättigheter som en enskild har gentemot det allmänna enligt offentligrättsliga regler.

Det allmänna kan därför inte anses ha någon vidare möjlighet än enskilda att agera på det förmögenhetsrättsliga området. Tvärtom kan det offentligrättsliga regelverket genom de begränsningar som gäller för handhavandet av offentliga medel begränsa möjligheterna till avtalsingående. Vad som utgör pudelns kärna är om kopplingen förmögenhetsrätt och "tillvaratagandet av allmänna hänsyn" ger det allmänna en utvidgad möjlighet till rättsliga dispositioner. Enligt *Mathiassen* finns dock i allmänhet inte något stöd för en sådan utgångspunkt, eftersom handlingsfriheten även när det föreligger lagstöd för ett agerande inskränks av de förvaltningsrättsliga reglerna.[70]

För samma slutsats talar det danska fallet *UfR 1963 s. 349 H*, den s.k. Hvidovredomen. En kommunstyrelse hade, efter försäljning av en industrifastighet,

---

[68] Se Sundberg-Weitman 1981 s. 288.

[69] Se Sundberg-Weitman 1981 s. 291. Hon nämner ett antal avgöranden där företrädare för det allmänna handlat tvivelaktigt, t.ex. JO *1968 s. 357*, vilket gällde ett testamente till förmån för socialnämnden som upprättats med hjälp av nämndens ordförande, och *JO 1973 s. 429*, där praxis med tiden ändrats så att tätbebyggelsebegreppet fått en innebörd som inte var helt förenlig med lagens ordalag och vad som avsågs vid lagens tillkomst. Frågan om denna utveckling av praxis borde läggas myndigheterna till last såsom fel besvarades av JO nekande.

[70] Se Mathiassen 1974 s. 568 f.

yrkat på ytterligare vederlag efter att den lättat på några av de servitut som varit förbehållna i köpeavtalet, något som enligt civilrättsliga regler en enskild säljare kunde göra.[71] Fyra av de sju ledamöterna i Højesteret avslog dock yrkandet och fann att det i det aktuella fallet inte förelåg någon sådan rätt för kommunen.

I domen fastslås att kommunen inte har rätt att kräva förhöjd köpeskilling vid frånträdande av vissa förbehållna servitut. Inte heller ansågs kommunen ha rätt att kräva ekonomisk motprestation vid tillståndsgivande till ytterligare bebyggelse på fastigheten. *Trolle*, vilken tillhörde majoriteten av domarna i det aktuella fallet, hävdar i en kommentar till domen att det inte kunde krävas av köparen att denne skulle ha insett att servitutsvillkoren i avtalet var av civilrättslig art med därtill tillhörande privaträttsliga rättsverkningar. Han anser vidare att kommunen, som med lätthet kunnat precisera villkoren, vid avfattandet blandat privat och offentlig rätt även måste ta konsekvenserna av detta.[72]

Tolkningen står visserligen i överensstämmelse med privaträttsliga regler, men räckvidden av dessa är oklar då majoriteten även anför att servituten dels blev inskrivna på grund av stadsplanemässiga hänsyn, dels att det var ändringar i stadsplanen som gjorde att bebyggelsegraden kunde utökas.[73] *Heide-Jørgensen* kritiserar utgången i målet eftersom han anser att det kommunala intresset inte kan styras av en läroboksmässig indelning i offentlig rätt och privaträtt. "Udviklingen siden Hvidovredomen har øget forståelsen for, at kommunerne disponerer forretningsmæssigt forstandigt over deres arealer af hensyn til ansvaret for den kommunale økonomi. Kommunalbestyrelsen kan når som helst skifte standpunkt med hensyn til arealanvendelse og med hensyn til, om den vil benytte grundsalg som budgetregulator."[74] Ekonomiska hänsyn kan dock inte anses sträcka sig längre än vad de offentligrättsliga principerna medger.

---

[71] Det finns en försvarlig mängd kommentarer till domen. Se bl.a. Andersen, *Kommunernes Raadighed over fast Ejendom*, 1964 s. 248 ff., Krarup, *Kommunernes saakalte „privatretlige" raaden*, 1965 s. 121–134, Mathiassen 1974 s. 147, s. 280 f., s. 580 och s. 588 ff., Madsen 1983 s. 146 ff. och Heide-Jørgensen 1993 s. 106–111, samt i dessa arbeten refererad litteratur och praxis.

[72] Se Trolle, *Kommunernes rådighed over fast ejendom*, 1965 s. 26 f.

[73] Se även Madsen 1983 s. 147 f.

[74] Se Heide-Jørgensen 1993 s. 110.

7.2.2 Samförstånd eller samtycke

Som utgångspunkt gäller att ett *avtal eller samtycke* från en enskild *aldrig kan ersätta ett lagstöd* och på så sätt medge att det allmänna vidtar en viss (lagstridig) åtgärd mot denne. Samtycke från den enskilde kan därmed inte bota bristande kompetens hos den myndighet som ingår avtalet. Att enskild väljer att acceptera ett avtal med det allmänna, om något som i och för sig inte enligt lag är förbjudet för det allmänna att avtala om, leder inte automatiskt till att detta blir bindande. Någon form av tvångssituation kan ju ha förelegat där den enskilde på grund av beroendeställning känt sig föranlåten att ingå avtalet. I likhet med vad som gäller för avtalssituationer mellan enskilda kan avtalsrättsliga ogiltighetsregler leda till att avtalet blir ogiltigt. Någon avgörande betydelse kan i dessa fall inte läggas vid själva samtycket.[75]

En företeelse som påminner om ett avtalsförhållande är den samtyckeskonstruktion som stundtals bl.a. används inom socialtjänsten. Vissa förutsättningar måste vara uppfyllda för att samtycke från en enskild skall anses ha rättslig giltighet. För det första skall det vara givet av egen fri vilja och utan påtryckningar eller vilseledande från det allmännas sida. Den enskilde skall även ha insikt om vad samtycket eller medgivandet innebär. Slutligen skall samtycket eller viljeförklaringen ha givits en så klar och otvetydig form att det inte skall anses kunna råda någon tvekan om existensen och innebörden av detsamma.[76] Samtyckeskonstruktionen är således av stor vikt vid tillämpningen av t.ex. 1 § 2 och 3 st. samt 9 § SoL. Om samtycke till behövlig vård inte lämnas kan 1 eller 2 §§ LVU bli tillämpliga i det enskilda fallet. Om man anlägger ett civilrättsligt perspektiv skulle samtycket kunna ses som en accept av ett anbud om vård. Samtycket skulle då innebära att ett ömsesidigt bindande avtal mellan det allmänna och den enskilde kommit till stånd. Avtalsformen är här ett lindrigare sätt än att genom tvång utbyta "prestationer" i form av vård. Det har anförts att det alltså skulle *kunna ses* som ett avtalsbrott om vården inte kommer till stånd på grund av ett återkallande av samtycket eller vården inte skulle motsvara den enskildes behov

[75] Se Bernt 1977 s. 75 f.

[76] Se Appelberg, *Om samtycke enligt LVU*, 1986 s. 187 och s. 193 samt Bramstång 1988 s. 216 ff.

och därför avbrytas. Detsamma kan vara fallet om kommunen inte uppfyller sitt åtagande på grund av att det saknas vårdplatser.[77]

Situationen uppvisar drag som påminner om det traditionella anbud-accept-förfarandet.[78] Särskilt på hälso- och sjukvårdsområdet gäller krav på information till den enskilde – man kan här tala om en det allmännas "upplysningsplikt". Den utvecklingstendens som framträder på detta område är alltså att allt större vikt läggs vid den enskildes – klientens, patientens osv. – medbestämmande. Både SoL och HSL ger starkt stöd för en sådan tanke.[79] Genom samtyckeskonstruktionen ges den enskilde stora möjligheter att påverka myndigheten, även om detta sker på ett indirekt sätt genom de rättsliga begränsningar reglerna om samtycke och medgivande sätter för myndigheternas fria agerande. I de fall det rör sig om myndighetsutövning kan det dock inte bli fråga om ett avtalsförhållande i vanlig civilrättslig mening.[80] Ämnet kommer emellertid inte att närmare beröras i framställningen.[81]

---

[77] Se Hollander 1993 s. 83 f. En intressant fråga vid ett sådant synsätt är vilka påföljder den här typen av "avtalsbrott", t.ex. i form av ett återkallande av samtycket, föranleder.

[78] Användandet av avtalsbegreppet har dock avvisats på dessa situationer, eftersom det endast ansetts böra användas på det förmögenhetsrättsliga området, med ett för båda parter tydligt prestationsutbyte. Se Adolphson 1979 s. 87–110. "På den principiella likställdhetens plan kunna myndigheter äga att nyttja privaträttens avtal och andra rättshandlingar för att lösa förvaltningsuppgifter och för att tillgodose förvaltningsändamål. Men därutöver – och vanligast – nyttjar förvaltningsrätten enligt författningar *särskilda konstruktioner med enskildas viljeförklaringar* för att binda enskilda till bestämda ändamål." Se Adolphson 1961 s. 10.

[79] Se även Sandgren 1993 s. 108. Ett samförståndskrav uppställs t.ex. inom hälso- och sjukvården, se 2 a § 2 st. HSL och 2 § lagen (1994:953) om åligganden för personal inom hälso- och sjukvården, åliggandelagen. För att ett sådant samförstånd skall föreligga krävs emellertid att den enskilde erhållit erforderlig information samt att han lämnat sitt samtycke till den planerade vården. Se Rynning 1994 bl.a. s. 173 ff. och s. 185. *NJA 1990 s. 442* bekräftar att det inom sjukvården föreligger en tämligen långtgående upplysningsplikt gentemot patienter liksom det föreligger en skyldighet att inhämta patientens samtycke till de tilltänkt åtgärd. En läkare skar under operation av en nervtråd utan att i förväg ha upplyst patienten om att en sådan åtgärd skulle kunna bli aktuell. Något samtycke till åtgärden enligt 2 a § 2 st. HSL hade därför inte lämnats från patientens sida. Någon skadeståndsskyldighet för landstinget ansågs dock inte föreligga, eftersom åtgärden ansågs vara medicinskt adekvat. Se även Rynning 1994 bl.a. s. 217 f.

[80] Se Appelberg 1986 s. 187.

[81] Se närmare Rynning 1994, där bl.a. förhållandet mellan läkare och patient och frågor rörande samtycke till vård m.m. behandlas utförligt.

7.2.3 Offentligrättsliga begränsningar av kommunens rätt att villkora avtal

Såväl avtalsrättsliga som offentligrättsliga ogiltighetsregler kan som framgått bli tillämpliga på avtal mellan enskilda och offentlig part på grund av omständigheterna vid avtalsslutet. En utgångspunkt torde vara att det allmänna inte i avtal kan uppställa villkor om krav på vederlag eller avgift utöver vad det enligt lag har rätt att uppställa, t.ex. betalning för att bevilja ett bygglov.[82] Ett ogiltigt krav på vederlag kan heller inte repareras genom den enskildes samtycke. Inte heller om den enskilde var medveten om att han genom ett avtal iklädde sig en utfästelse att betala ett icke lagstadgat vederlag i utbyte mot myndighetsutövning torde detta kunna bli giltigt.[83] En följd av ett olagligt villkor kan vara att det faller bort medan den förvaltningsrättsliga rättighet eller nyttighet som det utgjorde vederlag för kan komma att bestå.[84]

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 huvudansvaret för verksamheten. 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 det aktuella området, 3:19 KL. I det betänkande som ligger till grund för propositionen om konkurrensen inom den kommunala sektorn[85] 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.[86] I avtalet med den aktuelle 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

---

[82] Se NJA 1980 s. 1. Se även Eckhoff 1976 s. 138 och Eckhoff & Smith 1997 s. 329 f.

[83] Se Eckhoff 1976 s. 144, som dock säger sig vara osäker på om domstolarna är villiga att acceptera en sådan ståndpunkt.

[84] Se Eckhoff 1976 s. 146.

[85] Se prop. 1992/93:43.

[86] Se SOU 1991:104 s. 88 f.

viktigt att beakta likställighetsprincipen och att avgifterna är de samma som för en verksamhet som bedrivs i egen regi. Även kontrollmöjligheten bör tas med i entreprenadavtalet. När det gäller entreprenadföretag där kommunen är delägare föreligger rätt till insyn, 9:12 ABL.[87]

Som anfördes i avsnitt 4.5.4 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 skönsmässigt 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 i första hand aktualiseras vid myndighetsutövning, kan läran kanske i viss utsträckning 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 myndighetsutövning. Det torde också stå klart att det allmänna inte kan överskrida 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 byggnadstillstånd.

För norskt vidkommande har *Boe* berört frågan om vilka krav det allmänna kan uppställa för att meddela ett visst beslut i en fråga, och om möjligheterna vidgas när förvaltningen använder sig av ett avtal för att lösa denna. Han anser att svaret beror av vad medkontrahenten egentligen gått med på och att accepten är av relevans för bedömningen, eftersom det i alla avtalsförhållanden handlar om ett givande och tagande. Det allmännas påtryckningar för att få i genom sina avtalsvillkor kan dock överskrida tröskeln för det tillåtna. Läran om illojal maktanvändning kan i dessa fall komma den enskilde till undsättning, eftersom den blir tillämplig även om det allmänna haft möjlighet att använda avtalsformen i stället

[87] Entreprenören anses dock ha arbetsgivaransvar samt ett självständigt skadeståndsansvar för t.ex. person- och sakskador 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.

för lösa frågan genom myndighetsutövning. Man skulle därmed inte behöva gå till det avtalsrättsliga regelverket för att lösa en viss – i princip avtalsrättslig – fråga. Den illojala maktanvändningen skulle i detta sammanhang utmärkas av något av följande kriterier.

- Att det allmänna kräver motprestationer som saknar samband med det frågan egentligen rör.
- Att de motprestationer som efterfrågas framstår som oskäliga för den enskilde.
- Att begärda motprestationer på ett osakligt sätt skiljer den enskilde från andra medborgare i motsvarande situation.[88]

För svenskt vidkommande regleras dessa krav framförallt i RF:s bestämmelser om objektivitets- och likhetsprinciperna. Läran om illojal maktanvändning har därmed sitt främsta tillämpningsområde vid lämplighetsprövningen av ett beslut som överklagats till förvaltningsdomstol. Vid laglighetsprövningen av ett kommunalt beslut sätter i första hand legalitetsprincipen och de kommunala kompetensreglerna gränserna för vilka prestationer kommunen kan kräva vid ett avtalsingående.

Även om allmän domstol har möjlighet att se till offentligrättsliga principer vid sin bedömning så är det troligast att ett mer civilrättsligt synsätt anläggs – vilket också en rad rättsfall tyder på.[89] Förutom att det privaträttsliga regelverket tillgodoser den enskildes skyddsbehov kan läran om illojal maktanvändning därför indirekt komma att tillämpas genom att allmän domstol bedömer att rättsstridigt tvång föreligger enligt avtalsrättsliga regler till följd av överskridande av offentligrättsliga regler

[88] Se Boe 1993 s. 817.

[89] Se t.ex. de i avsnitt 7.4 redovisade underrättsdomarna. Se även Svea hovrätts dom 1996-08-20 (Mål nr T 828/96) och Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95).

eller principer.[90] Att ett visst beslut inte överklagats och att ogiltighetsfrågan därmed inte prövats av förvaltningsdomstol torde inte utgöra något hinder mot att allmän domstol gör en egen bedömning. Har ogiltighetsfrågan avgjorts av förvaltningsdomstol torde en allmän domstol vid sin bedömning av ett avtals civilrättsliga rättsverkningar i stor utsträckning utgå från förvaltningsdomstolens bedömning av de offentligrättsliga reglerna.

För avtalspart som önskar att avtalet jämkas därför att han anser det vara oskäligt i något avseende, eller om någon klausul i avtalet är tvistig, är endast en prövning i allmän domstol möjlig.[91] Förutsättningarna för en nyanserad bedömning torde dock vara relativt stora vid en tvistemålsprocess, eftersom såväl de offentligrättsliga förutsättningarna för avtalet som avtalsrättsliga ogiltighetsregler kan läggas till grund för bedömningen.

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

I *RÅ 1923 ref. 65* beslöt fullmäktige i Sollentuna kommun att ett visst bolag i fortsättningen inte skulle få någon elektrisk ström från kommunens elverk, såvida inte bolaget förband sig att avstå från ersättning för intrång som hänförde sig till verkets anordningar för sitt nät på och i bolagets mark. RegR undanröjde beslutet då bolaget ansågs berättigat att i likhet med andra abonnenter erhålla leverans av el och att fullmäktiges beslut innebar en avvikelse som bolaget inte på grund av överenskommelsen var pliktigt att tåla.

I *RÅ 1930 ref. 31* hade ett kommunalt elektricitetsverk fordringar mot äga-

[90] Se t.ex. NJA 1980 s. 1. I *NJA 1944 s. 653* hade KB som villkor vid beviljande av trafiktillstånd för linjetrafik med bussar uppställt att de ansökande bussbolagen skulle träffa avtal med stadens drätselkammare om platshyra för ändstationerna. Villkoret hade tillkommit efter stadens hemställan i yttrande över vissa ansökningar. Då det framkommit att staden enligt då gällande lagstiftning inte ägt utta hyran utan KM:s tillstånd förpliktades staden att återbära uppburen hyra. Se även Lehrberg 1989 s. 477 samt s. 343. Jfr även *NJA 1931 s. 686* och *NJA 1939 s. 209*. I det förstnämnda fallet besvarades frågan om staden ägde utta parkeringsavgift för parkering på salutorget av bussar i linjetrafik utan KM:s tillstånd nekande. I det sistnämnda fallet, som rörde condictio indebiti, prövades frågan om giltigheten av att drätselkammare förordnat att det för parkering av bussar på annan plats än vid spårvagnens ändstationer skulle utgå viss årlig avgift. Eftersom avgiften inte kunde införas utan KM:s tillstånd, och något sådant inte erhållits, fann HD att avgiften var olaglig. Stadens myndigheter ansågs förmodligen ha haft större möjligheter än de enskilda bussägarna att bedöma om avgifterna varit lagliga eller inte, och erlagda avgifter skulle därför återbetalas.

[91] Se även bl.a. Strömberg 1995b s. 86 f. och där anförd praxis.

ren till ett företag för levererad ström. Eftersom skulden inte betalades bröts leveransen. Ägaren sålde efter en tid bolaget till en annan person vilket dessutom var en av säljarens borgenärer. Kommunfullmäktige beslöt då att bara leverera ström om den nye ägaren betalade den gamle ägarens skulder. Länsstyrelsen fann att kommunen inte hade möjlighet att kräva detta och undanröjde därför kommunens beslut. RegR fann ej skäl att ändra avgörandet.

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 *JO 1960 s. 393* fann JO att ett villkor om skadestånd inte lagligen kunde uppställas, vare sig av en kommun eller polismyndighet, vid prövning av ansökan om tillstånd. Den civilrättsliga frågan om skadestånd ansågs falla utanför den offentligrättsliga prövningen. Ett sådant villkor skulle således sakna rättslig verkan i fråga om den sökandes skadeståndsskyldighet.

I ett norskt rättsfall, *RG 1969 s. 325*, den s.k. Hvasserdomen, önskade en fastighetsägare bygga ett motell nära havet. Strandskyddet enligt gällande lagstiftning innebar ett förbud mot att bygga närmare än 100 meter från havet. Kommunen beslöt dock att meddela dispens från detta *om* den i stället fick köpa den kvarvarande delen av fastigheten, vilken skulle bli allmän plats. Fastighetsägaren begärde 140 000 kr för tomten. Kommunen förklarade att den inte tänkte ge någon dispens om den inte fick ett betydligt lägre pris. Fastighetsägaren gick då med på att sälja marken för 100 000 kr, vilket han ansåg vara ett klart underpris. Kommunen vägrade dock meddela någon dispens från strandskyddet om den inte fick köpa marken för 80 000 kr. Lagmansrätten underkände beslutet om dispens, och därmed även avtalet om fastighetsköp, *eftersom kommunen missbrukat sin befogenhet att ge dispens som ett medel för att påverka priset på den aktuella strandfastigheten.* Att kommunen velat skaffa mark till ett så billigt pris som möjligt var i och för sig förståeligt, men irrelevant i sammanhanget. Avtalsingåendet stod i strid med läran om il-

lojal maktanvändning, eftersom kommunen vägt in hänsyn som låg utanför vad som då enligt lag gällde för strandskyddet.[92]

En slutsats som kan dras av det redovisade materialet är att det allmänna inte har någon större möjlighet att i avtal uppställa villkor som går längre än vad offentligrättslig lagstiftning medger.[93] *Frihagen* har hävdat att det allmänna har möjlighet att gå längre än vid myndighetsutövning när det gäller att ställa krav på medborgarna om det görs i form av avtal i de fall den enskilde genom olika former av byteshandel kan erhålla olika förmåner. Så länge det allmänna inte uppträder på ett oskäligt sätt menar han att det förmodligen går att ställa större krav på motparten än vid ett ensidigt beslut från det allmännas sida. Han menar också att den enskilde i sådana fall blir bunden av avtalets innehåll.[94] Det största problemet är dock *i vilken utsträckning* det är möjligt för det allmänna att ställa krav på de enskilda medkontrahenterna. Jag ställer mig tveksam till att det allmänna generellt sett skulle ha möjlighet att förplikta enskild utöver vad som medges i lag. Vissa undantag kan dock tänkas, t.ex. vad gäller plankostnadsavtal, där den summa som skall erläggas utgår från de faktiska kostnaderna vilka preciseras enligt ett avtal. En utgångspunkt kan vara att det vanligtvis är fullt acceptabelt för det allmänna att ta hänsyn till sin

---

[92] Domen överklagades inte. För ytterligare kommentarer, se även Bernt 1975 s. 6–12, Eckhoff 1976 s. 126, Frihagen 1991 s. 329, Boe 1993 s. 817, Eckhoff & Smith 1997 s. 331 ff. och Woxholth 1997 s. 205. *Frihagen* har hävdat att bedömningen kan bli en annan om det t.ex. rör sig om ett genomförandeavtal som har stora inslag av ett ömsesidigt byte av prestationer. Även här torde det dock finnas gränser för vilka krav kommunen kan ställa på motparten. Se Frihagen 1989b s. 335. I *Rt 1964 s. 209* slog rätten fast att det utan särskilt lagstöd måste gå att ställa villkor vid tillstånd enligt viss lag, dock bara i den utsträckning de sammanfaller med lagens sakområde och om de ligger inom ramen för lagens räckvidd. Det lades även vikt vid att parten vid tidigare förhandlingar förklarat sig villig till att gå med på villkoren.

[93] I rättsfallet *Rt 1979 s. 995* lade rätten liten eller ingen vikt vid att tillståndshavaren varken klagat eller protesterat mot villkoret samt att han under två års tid rättat sig efter detta. Även om rätten skriver att denne därmed inte accepterat villkoret så kan det tyda på en viss ovilja att lägga vikt vid ett samtycke som man i princip blivit påtvingat. Rätten anför att det ogiltiga villkoret var så ingripande och djupgående att det motiverar en efterprövning av domstolen. Någon rätt till ersättning förelåg dock inte eftersom tillståndshavaren själv ansågs ha bidragit till utformningen av villkoret. Slutsatsen måste därför bli att det i regel står myndigheterna ganska fritt att ställa villkor vid givande av koncessioner – i vart fall i Norge – så länge de inte står i direkt strid med gällande regler. Se även Frihagen, *Vilkår ved utvinningstillatelser m.v. etter forslag til petroleumslov*, 1979 s. 45 & s. 56 f.

[94] Se Nordiska juristmötet 1978 s. 374 f.

ekonomi, men inte heller här torde kommunen få ställa krav som går utöver de begränsande principerna som gäller för verksamheten. Utrymmet torde dock vara större vid avtalsingåenden på områden där lagstiftningen är dispositiv, lämnar en fråga öppen eller inte närmare detaljreglerar viss fråga.

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. När det gäller t.ex. miljöfarlig verksamhet uppställs i svensk rätt krav på tillstånd, *vilka ofta kan vara villkorade*, ibland i förening med obligatorisk försäkring och sanktionering i form av miljöskyddsavgifter till staten och skadestånd till enskilda enligt miljöskadelagen, samt till och med eventuella straffrättsliga påföljder m.m.[95] 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 instället 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. Detsamma gäller vid upplåtelse av tomträtt, där stat och kommun kan ställa krav på fastighetens begagnande.[96]

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 slutits, framstår det emellertid som ett rent civilrättsligt sådant, och är i princip underkastat vanliga avtalsrättsliga regler. Allmän domstol skulle därefter kunna pröva tvister om avtalets tillämpning.[97] Den här typen av avtal är dock inte helt bekymmersfria. En förutsättning är bl.a. att det allmännas kontrahent – t.ex. en förening eller branschorganisation – är representativ. Vidare krävs att motparten har mekanismer

[95] Se Sandgren 1993 s. 109.
[96] Se Hellner 1993 s. 41.
[97] Se Sandgren 1993 s. 110.

som säkrar avtalets efterlevnad och att sanktioner kan verkställas vid avtalsbrott.[98] En ytterligare komplikation för dessa avtal är hur man skall göra den civilrättsliga bedömningen av "tvångsmomentet", eller snarare det potentiella tvånget. Normalt sett är ju frivilligheten ett grundläggande kriterium hos avtalet. Det kan dock ifrågasättas om något sådant existerar vid dessa typer av avtal.

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 avtalsingående vara mer *begränsad* än den enskilda partens, i och med de offentligrättsliga regler som reglerar dess verksamhet och som kan begränsa möjligheterna att fritt välja avtalspart. *Mathiassen* tycker sig, utifrån i första hand domstolspraxis, märka en *tendens* till att väga in de traditionella offentligrättsliga begränsningarna på de avtal som det allmänna ingår.[99] Enligt min mening torde det inte råda något tvivel om att det offentligrättsliga regelverket begränsar möjligheterna till avtalsingående. En annan sak är dock att en kommun kan bli bunden av ett kompetensöverskridande lagakraftvunnet beslut om att ingå ett avtal.

7.2.4 Civilrättsliga begränsningar av kommunens rätt att upp-ställa avtalsvillkor

Det är inte bara de offentligrättsliga reglerna som det allmänna måste beakta vid avtalsingående, även civilrättsliga regler måste beaktas. I *NJA 1917 s. 632* yrkades att ett av Södertälje stad genom drätselkammare in-

---

[98] En tendens som kunnat skönjas under de senaste åren är en strävan att lägga ett ökat ansvar på företagen, såväl på miljöområdet (t.ex. olika typer av återvinning), se SOU 1991:76 s. 298–304, som på marknadsföringsområdet, se Bernitz 1991 s. 160. Det anses även finnas vissa organisatoriska vinster att göra om de olika branschorganisationerna blir mer säkerhetsmedvetna och själva söker tillsynen av verksamheten i viss utsträckning. Se *Att lyckas i offentlig förvaltning*, 1992 s. 105, se även s. 134.

[99] Se Mathiassen 1974 s. 558–564 och avsnitt 60–62. *Bernt* har skrivit att utgångspunkten för Mathiassens avhandling, dvs. i vilken utsträckning avtal kan ersätta ensidiga beslut, är olämplig. "Problemet er at avhandlingen viser at dette er en lite fruktbar problemstilling når den tas så bokstavelig som Mathiassen til dels gjør det. Den fører til at boken, sitt omfang og sin innholdsrikdom til tross, blir stående som litt av en torso fordi den ikke systematisk og i tilstrekkelig omfang gir en balansert avveining av forholdet til hensyn som tradisjonelt står i forgrunnen i forvaltningsretten, og som følgelig utgjør en vesentlig del av det generelle verdigrunnlag som fortolkningen av de enkelte lover og fastleggelsen av rekkevidden av de ulovfestede skranker for forvaltningens kompetanse må foretas på bakgrunn av." Se Bernt 1976 s. 511.

gått köpeavtal av tomt skulle förklaras ogiltigt eftersom det inte blivit styrkt av vittnen. Det befanns dock vara ostridigt att avtalet innehöll vad parterna överenskommit. Tomten hade även brukats av köparen i mer än 20 år och denne ansågs därigenom genom hävd ha erhållit rätt till fastigheten. I fallet prövades även frågan om verkan av att det i köpehandlingen intagits ett *villkor* att om köparen *inte inom en viss tid* skulle bebygga fastigheten, så skulle tomten *återgå till staden*. Rätten fann att staden *inte* ägt uppställa något sådant villkor enligt jordabalkens regler.

Följande exempel kan nämnas vad gäller de konflikter som kan uppstå mellan civilrättsliga avtal och allmänna nyttigheter. En kommunal stiftelse sålde två fastigheter som bl.a. omfattade strövområden och badstrand. Kommunen krävde att köparen skulle skriva på ett "servitutsavtal" som skulle tillförsäkra kommuninnevånarna möjlighet till friluftsliv på de överlåtna fastigheterna. Köparen ansåg att avtalet inte utgjorde servitut i lagens mening och skrev under avtalet efter det att förbehåll gjorts med innebörd att avtalet skulle vara ogiltigt om det skulle konstateras att upplåtelsen inte godtogs som servitut. HD fann i *NJA 1997 s. 307* att avtalet inte utgjorde servitut.[100] Enligt HD får ett servitut, enligt 14:1 2 st. JB, endast avse ändamål som är av stadigvarande betydelse för den härskande fastigheten som sådan. Efterhand har kravet enligt praxis tunnats ut, så till vida som det ersatts av ett krav på ett funktionellt samband mellan nyttigheten och den härskande fastigheten. Målet rörde emellertid fråga om en personorienterad nyttighet, nämligen att ge allmänheten tillgång till badplats och strövområden. HD ansåg att även om kommunens fastighet (den härskande) var en s.k. uppsamlingsfastighet som i viss utsträckning kunde anses ha till ändamål att bereda kommuninnevånarna möjlighet till friluftsliv, så saknades ett funktionellt samband i förhållande till köparens fastigheter (de tjänande). Upplåtelsen kunde därför inte godtas som servitut. Eftersom köparens förbehåll var ostridigt i målet, kunde avtalet enligt HD heller inte ges verkan av upplåtelse av någon annan rättighet.

Det torde sålunda kunna konstateras att stat och kommun generellt saknar möjlighet att genom avtal ålägga motpart mer långtgående förpliktelser än vad som är möjligt enligt indispositiv lagstiftning.[101] När det dä-

[100] TR och HovR kom till samma slutsats.

[101] 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 offentligrättsliga regler och principer i vissa fall kan tänkas inskränka möjligheterna till avtalsingående är en annan sak.

remot gäller de närmare villkoren torde det allmänna i viss utsträckning ha frihet att precisera de krav som skall gälla för verksamheten. Detta gäller t.ex. hur en viss uppgift skall utföras och andra kvalitetskrav. Det är därför rimligt att med hänsyn till brukarnas intressen kräva att en av enskild utförd uppgift skall uppfylla de krav som motsvarar t.ex. kommunens egen verksamhet. I fråga om den här typen av avtal – som ingås avseende offentlig verksamhet – är det svårt att tänka sig att enskild skulle kunna få gehör för att ogiltighet föreligger så länge uppställda krav grundas på offentligrättslig lagstiftning. Det 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 överlåts på ett inkorrekt sätt.

Ett avtal kan till följd av ett uppdrags offentligrättsliga karaktär innehålla villkor som i allmänhet inte förekommer mellan enskilda avtalsparter. Bedömningen av ett överskridande av sådana villkor kan dock vara rent civilrättslig utifrån de regler som reglerar avtalsbrott. Följande fall rörde ett landstings möjligheter att häva ett avtal till följd av brott mot ett av landstinget uppställt villkor.

Ett landsting och ett enskilt företag hade träffat avtal om att företaget skulle tillhandahålla ambulanssjukvård.[102] I avtalet hänvisades till det s.k. förfrågningsunderlaget där det framgick att de direktiv och riktlinjer som chefsöverläkaren utfärdade *skulle* följas. I handlingen fanns vidare bestämmelser om rätt till hävning vid upprepad pliktförsummelse. Företaget genomförde vid två tillfällen personalbyten under pågående akututryckning. Landstinget hade efter det första tillfället tydligt markerat att personalbyten under pågående uppdrag inte fick förekomma. När företaget trots detta gjorde ytterligare ett personalbyte sade landstinget upp avtalet. Landstinget gjorde gällande att företaget genom personalbytena under pågående utryckning gjort sig skyldigt till hävningsgrundande avtalsbrott, eftersom den avtalade förpliktelsen att tillhandahålla god vård därigenom väsentligen åsidosatts. Hovrätten fann det "självklart" att personalbyten under pågående akutuppdrag borde undvikas. Eftersom transporterna inte genomförts på ett sätt som var förenligt med kravet på god vård enligt avtalet, förelåg rätt för landstinget att häva avtalet. Avtalet gav också tydligt vid handen att landstinget avsett att hävning skulle få ske om motparten "i något väsentligt avseende" åsidosatte sina förpliktelser enligt avtalet och inte, trots påpekande därom, vidtog godtagbar rättelse.

[102] Att ambulansverksamhet ansetts möjlig att lägga ut på entreprenad konstateras i SOU 1991:26 s. 163.

> Vikt lades även vid att landstinget enligt lag har det övergripande ansvaret för kvaliteten på den vård som erbjuds.[103]

Landstinget ansågs ha rätt att uppställa den här typen av villkor vad gällde uppgiftens utförande och hade därför även rätt att häva avtalet. HovR fäste inget avseende vid att det rörde sig om ett litet företag vars verksamhet var helt beroende av uppdraget från landstinget och att företaget även haft mycket små möjligheter att påverka avtalsinnehållet. Parternas inbördes förhållanden var därför av underordnad betydelse i förhållande till skyldigheten att bedriva vården enligt landstingets intentioner. Underrättsavgörandet bekräftar att det inte kan anses vara oskäligt att ställa krav på motparten att verksamheten skall leva upp till en viss fastställd servicenivå.

7.3 Ogiltighet av avtal på det socialrättsliga området

Under avsnitt 5.6.2 redovisades det avtalsbara området på socialrättens och skollagstiftningens område. Där konstaterades att avtalsingåendet kan vara av skilda slag. De ogiltighetsfrågor som kan uppstå är dock i mångt och mycket de samma inom de av mig undersökta avtalsområdena, dvs. inom barnomsorgsverksamhet och äldreomsorg samt missbruksvård och HVB. Vad som anförs om barnomsorg och förskoleverksamhet på entreprenad under 7.3.1 gäller därför även i stor utsträckning på de undersökta socialrättsliga områdena.

Socialtjänstens verksamhet bygger oftast på olika typer av beslut, t.ex. biståndsbeslut enligt 6–6 h §§ SoL och annan myndighetsutövning, inte på avtalsingående. Individuella avtal måste också anses som mindre lämpliga vid tilldelning av sociala tjänster, då avtalslösningar skulle kunna medföra en godtycklig behandling av enskilda jämfört med myndig-

---

[103] Se Svea hovrätts dom 1997-02-17 (Mål nr T 828/96). Ansökan om prövningstillstånd beviljades 1998-02-03 (Mål nr T 1129/97:12). Se även *UfR 1994 s. 545 H* där kommuns uppsägning av avtal om familjevård ansågs oberättigad då den familjevårdsplacerade fortsatte att bo kvar hos familjen efter det att kommunen sagt upp avtalet. Bakgrunden var att kommunen vägrade låta familjevårdsföräldrarna ta med den placerade på en resa till Frankrike. När de ändå reste tillsammans med den placerade betraktade kommunen detta som ett avtalsbrott och sade därför upp avtalet. Rätten lade vikt vid att kommunen känt till den planerade resan redan innan avtalet ingåtts och att den inte vidtagit några åtgärder för att bereda den placerade någon alternativ plats efter det att avtalet sagts upp. Avtalet ansågs därför gälla tills dess att det sades upp av familjevårdsföräldrarna.

hetsutövning. Den bidragsbehövande befinner sig också i en utsatt position där utrymmet för en någorlunda jämbördig förhandlingssituation är litet. Ett avtal kan därför endast användas för att precisera en insatsmottagares skyldigheter enligt det socialrättsliga regelverket.[104]

Även om det inte är möjligt att reglera biståndsfrågor enligt avtal, föreligger inget hinder mot att avtala med enskild utförare om att ombesörja verksamhet som kommunen är skyldig att tillhandahålla.[105] Även vid upprättande av entreprenadavtal måste nämnden rätta sig efter de regler som bestämmer gränserna för vad som är rättsligt möjligt. Skulle nämnden vid ett avtalsingående uppställa alltför långtgående krav på motprestationer från den enskildes sida är detta kompetensöverskridande och därmed ogiltigt. Någon frihet att välja avtalspart finns heller inte då upphandling måste ske enligt reglerna i LOU. Socialtjänsten kan heller inte genom avtal frånsäga sig de skyldigheter eller tillhandahållandet av de tjänster den enligt lag ålagts i olika situationer.

7.3.1 Avtalsvillkor vid avtal om barnomsorg och förskoleverksamhet

Förhållandet mellan föräldrar och kommunen vid tilldelning av kommunal förskoleverksamhet innehåller såväl offentligrättsliga som avtalsrättsliga inslag. Att avgift erläggs för en plats som erhållits på grund av kommunens skyldighet att tillhandahålla sådan verksamhet, har inte ansetts utgöra ett avtalsförhållande i och med att den erlagda avgiften inte motsvarar den faktiska kostnaden för den subventionerade tjänsten.[106] Samtidigt har avgiftserläggandet ansetts grunda civilrättsliga förpliktelser. Fordran på barnomsorgsavgift har således ansetts utgöra konsumentfordran[107] och fråga om avstängning på grund av underlåtenhet att erlägga avgift enligt fastställd taxa har ansetts vara en avtalsrättslig relation.[108] Även om barnomsorgsplats tilldelas enligt offentligrättslig lagstiftning och avgift enligt fastställd taxa inte i sig kan bli föremål för avtal, har det i fråga om rätt att föra talan om återbetalning av barnomsorgsavgift an-

---

[104] För norskt vidkommande har *Kjellevold* analyserat möjligheterna att använda sig avtal på det socialrättsliga området. Se Kjellevold 1993b s. 212 samt Kjellevold 1995 s. 299 ff. och s. 305. Se även Stridbeck 1993–94 s. 155.

[105] Se avsnitt 5.3 ovan.

[106] Se ovan avsnitt 5.3.1. Se även NJA 1983 s. 680 och Svenska kommunförbundets cirkulär 1997:58 s. 6 f.

[107] Se RH 1995:6.

[108] Se RÅ 1982 2:62.

setts föreligga ett ömsesidigt förpliktande avtal mellan förälder och kommunen.[109] Ett skäl till detta är förmodligen att den kommunala laglighetsprövningen enligt 10 kap. KL utesluter möjligheten att föra talan om avgiftens storlek vid förvaltningsdomstol.

För danskt vidkommande har *Ketscher* analyserat förhållandet mellan tilldelning av barnomsorgsplats och vederlag. Hon konstaterar inledningsvis att ett barns rätt till barnomsorgsplats inte är beroende av att föräldrarna uppfyller betalningsförpliktelsen för platsen. Eftersom det endast är omständighet hos barnet som gör att rätten till barnomsorgsplats upphör, kan inte bristande betalning läggas detta till last. En lösning kan därför vara att ålägga föräldrarna en rimlig straffavgift vid utebliven betalning.[110] Om exempelvis en strejk leder till att en förskola håller stängt en tid anses kommunen ha rätt att återbetala del av det erlagda vederlaget på grund av att förutsättningarna för dettas erläggande tillfälligt upphört. Reduktionen sker med utgångspunkt i en avtalsrättslig konstruktion där vikten läggs vid parternas förutsättningar.[111]

Det är dock så att det vid barnomsorg rör sig om en avgift för tillhandahållen service, inte om ett avtalsrättsligt vederlag för densamma, där kommunen beslutar om avgiftsuttagen för erhållandet av sociala tjänster och förskoleverksamhet. När det gäller sådana avgifter skall dessa enligt 35 § SoL respektive 2 a:10 SkolL utgå enligt de grunder som fullmäktige beslutar. 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 *genom avtal* 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.

När det i en avtalsklausul hänvisas till en taxa får hänvisningen karaktär av ett vanligt avtalsvillkor. Villkoret får enligt sedvanliga avtalsrättsliga regler, genom att hänvisa till en offentligrättsligt fastställd taxa som ensidigt kan ändras, tolkas till utformarens, dvs. 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.[112] Villkoret som sådant kan i och för sig i förhållande till motpar-

[109] Se Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95).
[110] Se Ketscher 1990 s. 315 ff.
[111] Se Ketscher 1990 s. 318 f.
[112] Se även Bohlin 1984 bl.a. s. 216.

ten tänkas vara oskäligt enligt avtalsrättsliga regler, genom att taxan ensidigt kan ändras, men eftersom taxan skall bygga på likställighets- och självkostnadsprincipen kan knappast själva vederlaget anses vara oskäligt.[113]

När kommunala angelägenheter på det socialrättsliga området enligt 4 § 3 st. SoL respektive förskoleverksamhet enligt 2 a:5 2 st. SkolL överlämnats på entreprenad kvarstår kommunen som huvudman för verksamheten. Vid entreprenader gäller i stort vad som anförts ovan; LOU torde sätta gränsen för med *vem* avtal kan ingås och de offentligrättsliga reglerna och de principer som gäller enligt speciallagstiftningen bestämmer *vad* som kan avtalas. Klart är dock att kommunen i avtalet *kan* ställa krav på att specialreglerad verksamhet skall nå upp till en *servicenivå*, motsvarande den som upprätthålls inom kommunalt bedriven verksamhet.[114] Detta innebär att det inte torde möta några hinder att i avtalet foga in villkor som anknyter till den offentligrättsliga reglering som gäller för verksamheten, t.ex. likhets- och objektivitetsprinciperna, de kvantitativa och kvalitativa målen samt de riktlinjer som skall gälla för verksamheten. Likaså torde det inte heller utgöra något problem att infoga klausul som reglerar vilka förutsättningar som krävs för en hävning av avtalet samt vad gäller det allmännas tillsynsmöjlighet. Det har dock ansetts att entreprenörs inre angelägenheter bör lämnas utanför avtalsregleringen, delvis till följd av att det är osäkert om kommunen har kompetens att reglera sådana frågor.[115]

I de undersökta avtalen om barnomsorg på entreprenad har följande centrala avtalsvillkor infogats.[116] I § 2 föreskrivs att entreprenören ge-

---

[113] Se även MD 1985:16.

[114] Om det rör sig om ett överlämnande av frivillig verksamhet torde kommunen ha större frihet att avtala om vilka kvalitetskrav som skall gälla för verksamheten eftersom någon uttrycklig lagreglering saknas. Åtminstone gäller detta *lägre* kvalitetskrav än vid tidigare kommunalt bedriven verksamhet. För högt ställda krav kan eventuellt anses vara oskäliga.

[115] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 116 f.

[116] Se bilaga 1. Att notera är att avtalen samlades in medan barnomsorgen fortfarande låg under socialtjänstens ansvarsområde, men att förskoleverksamheten numer sorterar under grundskolan. Samverkansavtalet i bilaga 2 och avtalet om drift av fritidsgårdsverksamhet i bilaga 3 uppställer i mångt och mycket liknande krav. En skillnad är att det i samverkansavtalet tagits in en klausul om att kommunen övertar ansvaret för de barn som vistas vid den enskilt bedrivna barnomsorgen om den skulle upphöra – något som förmodligen anses vara för självklart för att regleras i entreprenadavtalen. Se bilaga 2 § 24.

nom avtalet åtar sig att för socialtjänstens räkning tillhandahålla barnomsorg i enlighet med beställningsskrivelse, förfrågningsunderlag och anbud i enlighet med den gjorda upphandlingen. Vidare stadgas att verksamheten skall bedrivas och service ges enligt gemensamt utformade riktlinjer i enlighet med lagstiftningens intentioner och anslutas till de mål och riktlinjer som kommunen ställt upp för barnomsorgsverksamheten. Vidare anges att entreprenören skall följa kommunens rutiner, bl.a. vad avser uppsägningar,[117] statistik, uppgiftslämnande m.m. Därutöver föreskrivs att verksamheten kan komma att beröras av organisatoriska förändringar under avtalsperioden och att omförhandling kan påkallas till följd av förändringens art.[118]

I § 4 klargörs att socialtjänsten i egenskap av beställare är huvudman för verksamheten och beslutar i alla frågor rörande myndighetsutövning. Vidare föreskrivs att socialtjänsten har rätt att genomföra tillsyn av verksamhet och lokaler och att journaler och andra handlingar vid dessa tillfällen skall hållas tillgängliga.[119]

I vissa fall bedrivs verksamheten i av entreprenören hyrda lokaler. Det är då viktigt att skriva in vilka villkor som gäller för kostnadsfördelningen mellan socialtjänsten och entreprenören.[120] Vidare torde det inte föreligga några hinder mot att i avtalet reglera de kompetenskrav som skall ställas på personalen.[121] Det är vanligt att avtalen löper över tre år och har en uppsägningstid på nio månader.[122]

Det är rimligt att som avtalsförutsättning ange krav på att de tillstånd

---

[117] Vad gäller uppsägningar torde dock entreprenören, i likhet med kommunen, i första hand behöva iaktta de arbetsrättsliga reglerna.

[118] Det sistnämnda torde vara av rent upplysande karaktär, eftersom det är rimligt att omförhandling sker om förutsättningarna för att bedriva verksamheten *kraftigt ändras*. Däremot borde inte interna organisationer inom socialtjänsten föranleda några *omedelbara* konsekvenser för entreprenören. Avtalet torde i första hand gälla avtalsperioden ut.

[119] Kommunen har enligt 69 c § 1 st. SoL rätt att inspektera *tillståndspliktig* verksamhet. Bestämmelsen motsvaras numer av 2 a:15 SkolL.

[120] Se bilaga 1 § 7. Skulle lokalerna tillhandahållas av kommunen är det viktigt att tänka på att ett separat hyresavtal tecknas och att de formföreskrifter som gäller för uppsägning etc. beaktas.

[121] Se bilaga 1 § 8.

[122] Se bilaga 1 § 10. Avtalstiden löper i de insamlade avtalen i allmänhet på tre år. Uppsägningstiden varierar från sex månader till nio månader. Enligt Eriksson & Hallgren 1995 s. 62 bör avtalstiden inte överskrida fem år. Om kortare period valts kan i avtalet ingå klausul om viss förlängningsperiod. Efter att sådan förlängningsperiod löpt ut bör ny upphandling ske. Se a.st.

som krävs för verksamhetens bedrivande erhållits. Om situation inträffat som gör att verksamheten inte längre motsvarar det givna tillståndet, skall nytt tillstånd inhämtas.[123] Det torde också vara rimligt att infoga krav om att entreprenören skall upprätta bokslut, verksamhetsberättelse och revisionsberättelse i enlighet med gällande lagstiftning.[124]

Eftersom sekretesslagens bestämmelser tidigare inte varit tillämpliga när det gäller enskild verksamhet har det i avtalen varit vanligt att ålägga entreprenören att avkräva personalen tystnadsplikt i enlighet med 71 § SoL. De anställda har därigenom blivit skyldiga att anmäla till socialtjänsten om de erhållit kunskap som kan innebära att socialtjänsten måste ingripa till underårigs skydd.[125] Enligt 2 a:18 och 2 b:11 SkolL gäller numer att den som är eller varit verksam inom yrkesmässigt bedriven enskild förskoleverksamhet, skolbarnomsorg eller verksamhet som motsvarar förskoleklass inte obehörigen får röja vad han eller hon i sin verksamhet fått veta om enskildas personliga förhållanden.[126] Inte heller torde det vara oskäligt att kräva att socialtjänsten underrättas om verksamheten under avtalstiden väsentligt förändrats.[127]

I § 25 föreskrivs att part får häva avtalet om motparten inte fullgör sina åligganden och rättelse inte sker utan dröjsmål efter erinran, under förutsättning att avtalsbrottet är av väsentlig betydelse. Enligt § 26 får part påkalla omförhandling av avtalsklausul om ändrade förhållanden gör att bestämmelsen motverkar parternas gemensamma målsättning. Förändringen skall dock vara av kvalificerad natur. I § 27 föreskrivs att avtalet inte får överlåtas på annan utan den andre partens skriftliga medgivande. Avtalet föreskriver att force majeure som förhindrar part att fullgöra sina

[123] Se bilaga 1 § 11. Det torde dock vara fråga om väsentliga förändringar, se även Eriksson & Hallgren 1995 s. 65.

[124] Se bilaga 1 § 13.

[125] Se bilaga 1 § 16. Även om entreprenören tidigare inte haft någon lagstadgad anmälningsskyldighet kan det inte anses vara oskäligt att infoga klausul om anmälningplikt i avtalet. Eftersom det rör sig om överlåten verksamhet är det rimligt att sådana åligganden följer med, eftersom de i första hand gäller skyddet för de barn som vistas vid daghemmet.

[126] Motsvarande sekretess gäller enligt 71 a § SoL för den som är eller varit verksam inom yrkesmässigt bedriven enskild verksamhet avseende insatser enligt SoL.

[127] Se bilaga 1 § 18.

avtalsenliga skyldigheter, befriar denne från fullgörelse av dessa.[128] Som en viktig avtalsförutsättning anges att avtalet för sin giltighet kräver socialnämndens godkännande.[129] Förhållandet ses uteslutande som privaträttsligt och det anges att eventuella tvister som inte kan lösas i samråd skall prövas av allmän domstol.[130]

Allmän domstol skulle sålunda kunna behöva ta ställning till om de offentligrättsliga regler som ligger till grund för avtalet överskridits vid avtalsingåendet samt skäligheten av de olika avtalsvillkoren. Det centrala är härvid att offentligrättsliga regler inte överskridits vid utformandet av avtalsvillkoren på ett sätt som ålägger den enskilde förpliktelser som inte kan krävas enligt det offentligrättsliga regelverket. Frågor om avtalsbrott eller uppsägning av avtal etc. bör i första hand avgöras utifrån en rent civilrättslig bedömning, där dock offentligrättsliga regler kan behöva beaktas vad gäller bedömningen av skäligheten av ett villkor som bygger på dessa, t.ex. om ett åsidosättande av avtalsvillkoret ligger till grund till hävningen.

7.3.2 Avtalsvillkor vid avtal om äldreomsorg och hem för vård och boende

När det gäller äldre- och handikappomsorgen är kommunen skyldig att inrätta särskilda boendeformer, t.ex. i form av servicehus. Servicetagaren hyr i dessa fall en lägenhet och tar efter i stor sett eget bestämmande olika serviceanbud i anspråk och erlägger vederlag för dessa enligt fastställda taxor. Även här torde såväl hyresfrågor som tvister om beställd service kunna angripas i allmän domstol under anförande av privaträttsliga regler. Till skillnad från vad som gäller inom förskoleverksamhet är det i

---

[128] Se bilaga 1 § 28 och bilaga 2 § 29. Enligt 2 a:7 SkolL, och tidigare enligt 14 b § SoL, är det så att kommunen ytterst har ansvaret gentemot föräldrarna om någon form av force majeure skulle inträffa eller om kooperativet av någon annan anledning inte skulle kunna klara av att driva verksamheten. Kommunen är därför tvungen att ta ansvar för att de berörda barnen utan oskäligt dröjsmål får fortsatt plats i förskoleverksamhet eller skolbarnsomsorg. Se även Eriksson & Hallgren 1995 s. 11.

[129] Se bilaga 1 § 29. I bilaga 2 § 28 uppställs krav på att godkännandet skall ha vunnit laga kraft. Att ta in en klausul om att avtalet för sin giltighet kräver *fullmäktiges* godkännande torde inte vara nödvändigt i de här aktuella avtalen. Enligt 3:9 KL är det för det första endast ärenden av principiell natur eller som annars är av större vikt som måste godkännas av fullmäktige. För det andra rör det sig om en specialreglerad verksamhet där vanligtvis socialnämnden ansvarar. Se ovan 6.6 vad som anförts om tidpunkten för när bundenheten uppstår.

[130] Se bilaga 1 § 30.

dessa fall ofta själva boendet, där servicetagarna till viss del kan sköta sig själva, som är det centrala. Sålunda har i *RH 1997:93* en obligatorisk serviceavgift för äldreboende i s.k. servicelägenheter ansetts utgöra hyra. Det hade härvid ingen betydelse att fullmäktige beslutat om avgiften.

De insamlade avtalen från äldreomsorgens område gäller hemtjänst på entreprenad och boende, service, omsorg och omvårdnad på entreprenad samt HVB. När det gäller HVB omfattar verksamheten utöver själva boendet även olika typer av vård. Entreprenadavtal om köp av hemtjänst och omsorgsverksamhet kan även helt eller delvis rikta sig mot service- eller gruppboende, dagvård för dementa och hemsjukvård etc. I vissa fall kan en särskild programförklaring eller en mål/kvalitetsbeskrivning medfölja avtalet, men oftast är det ovanligt att något sägs om SoL:s mål och intentioner. Detta har dock ingen betydelse för kommunens vidkommande, eftersom det enligt SoL åligger kommunen att se till att hjälptagaren får den hjälp som denne är berättigad till. Ur avtalspartens perspektiv kan det emellertid vara bra om detta skrivs in i avtalet eftersom denne annars kan få uppfattningen att kommunen genom att justera hjälpinsatserna i efterhand försöker ändra förutsättningarna för avtalet.

Beslut om hemtjänst utgör beslut om bistånd enligt 6 f § SoL. Själva utförandet av sådana tjänster kan dock läggas ut på entreprenad enligt 4 § 3 st SoL. Upphandling görs då enligt LOU.[131] Frågan om myndighetsutövning tas upp i så gott som samtliga av de insamlade avtalen om hemtjänst på entreprenad. Den är också en av de mest centrala frågorna vid överlämnande av den här typen av uppgifter, eftersom det är av stor vikt att peka ut vad som utgör myndighetsutövning och vad som därigenom inte kan överlämnas till enskild utan lagstöd.[132] Vidare föreskrivs att entreprenörens samlade insatser skall innehålla samma servicenivå som motsvarande kommunal verksamhet.[133] Avtalstiden löper i regel på två år

---

[131] När det i ett förfrågningsunderlag framgick att upphandlingen avsåg HVB och att vårdgivaren skulle ha erforderliga tillstånd, har detta ansetts innefatta det krav på tillstånd för att driva HVB som följer av 69 § SoL. Villkoren ansågs därmed ha funnits med redan från början, även om de inte framgick av annonsen. Se *Svea hovrätts dom 1997-09-23, DT 6 (Mål nr T 115/97)*. Domen har vunnit laga kraft.

[132] Se även bilaga 4 §§ 2 och 5. För att begreppet "god omsorg", som brukar användas i avtal mellan kommuner och privata utförare, skall få ett konkret innehåll krävs att kommunen gör en vårdplanering. Denna skall sedan ligga till underlag för det biståndsbeslut, som tillsammans med avtalet, ger en tydlig bild av vilken hjälp vederbörande skall få.

[133] Se bilaga 4 § 3. Med servicenivå avses de insatser som gör det möjligt för den enskilde att behålla och utveckla de egna resurserna och klara sin egen situation.

med rätt till förlängning med ett år om inte avtalet sägs upp inom nio månader.[134]

Även här uppställer kommunen krav på den kompetens och kunskapsnivå som personalen skall besitta.[135] Vidare stadgas att entreprenören ansvarar för att all personal inom verksamheten iakttar samma sekretess och tystnadsplikt som gäller inom socialtjänsten respektive sjukvården. Enligt 71 a § SoL gäller numer att den som är eller varit verksam inom yrkesmässigt bedriven enskild verksamhet avseende insatser enligt SoL inte obehörigen får röja vad han eller hon i sin verksamhet fått veta om enskildas personliga förhållanden. Brott mot tystnadsplikten kan innebära upphävande av avtalet.[136] Vidare anges att uppdragsgivaren äger rätt till insyn i verksamheten för att fullgöra de åligganden som gäller vid utövande av myndighet enligt SoL.[137] Entreprenören förbinder sig även att medverka till utvärderingar av verksamheten genom att tillhandahålla de uppgifter som erfordras för detta ändamål.[138]

I avtalet anges att parterna äger rätt att när som helst under avtalstiden påkalla förhandlingar, om villkoren förändras eller om någon oförutsedd händelse inträffar som väsentligen ändrar förutsättningarna för verksam-

[134] Se bilaga 4 § 4. Avtalstiden varierar i de insamlade avtalen från avtalsperioder på ett år till avtalsperioder på tre år. Avtalsperioden bör vara tidsbegränsad med möjlighet till omförhandling eller ny upphandling vid periodens slut eller på eventuell begäran från endera parten. I vissa fall uppges att förhandlingar om avtalets eventuella förlängning skall upptas direkt efter första avtalsårets utgång och att överenskommelse om eventuell förlängning skall ha träffats senast tolv månader före avtalstidens utgång.

[135] Se bilaga 4 § 7.

[136] Se bilaga 4 § 8.

[137] Se bilaga 4 § 13. Ibland anges bara att socialnämnden har rätt att följa och ha full insyn i det dagliga hemtjänstarbetet hos hjälptagarna. Bestämmelser om dokumentation och förvaring av handlingar saknas genomgående i avtalen, detsamma gäller frågor om hälso- och sjukvård samt läkemedelshantering. De nya regler om dokumentation som införts i SoL har även generellt gjorts tillämpliga på sådan enskilt bedriven verksamhet inom socialtjänsten som står under LSt:s tillsyn, 70 a–70 c §§ SoL, se prop. 1996/97:124 s. 149–154.

[138] Se bilaga 4 § 14.

hetens bedrivande.[139] Om någon av parterna inte skulle fullgöra sina åligganden har motparten rätt att med omedelbar verkan säga upp avtalet.[140] Om inte parterna kan enas om annat förfarande föreskrivs att tvist skall avgöras av allmän domstol.[141] Även här kan allmän domstol komma att få beakta offentligrättsliga regler och principer vid en avtalstvist. Man kan t.ex. tänka sig att sådana beaktas vid en skälighetsbedömning om kommunens krav på en viss servicenivå överstiger den nivå som de kommunalt bedriva verksamheterna uppfyller. Som en allmän förutsättning anges att social- eller omsorgsnämnd godkänner avtalet.

De insamlade avtalen angående boende, service, omsorg och omvårdnad på entreprenad påminner till stor del om de som ingås avseende hemhjälp och har en del likartade klausuler, bl.a. regleras vilka mål och krav som ställs på vårdens kvalitet och personalens kunskaper.[142] Vidare åligger det den sociala förvaltningen att göra behovsbedömningar och

---

[139] Se bilaga 4 § 15. Sådan förändring anges kunna bestå i ändring av gällande arbetstidsbestämmelser och villkor i övrigt för personalens sysselsättning eller ändrade skatter och avgifter av något slag eller beslut av myndighet som parterna inte själva kan påverka. Om pågående omprövning av hemtjänstärenden kopplat till ny hemtjänsttaxa medför förändring av beräknad volym hemtjänsttimmar är detta en förändrad förutsättning för överenskommen fastprisersättning varför omförhandling då kan påkallas av parterna. Uppnås inte ny överenskommelse gäller parternas överenskommelse enligt detta avtal under avtalstiden.

[140] Se bilaga 4 § 16. En vanlig variant är att föreskriva att avtalet kan sägas upp *inom två månader* om inte *skriftligt påtalat* avtalsbrott åtgärdats. Av avtalet måste även framgå vem som bär ansvar för sådana situationer som eventuellt kan förorsaka tvister. På så sätt är det t.ex. vanligt att kommunen ansvarar för det förebyggande arbetet. Detta anses enligt Socialstyrelsen gälla även för dem som redan erhåller hjälp av privat utförare. Det bör också regleras vad som händer vid ett eventuellt avtalsbrott från någon av parterna. Se SoS Allmänna råd 1993:4 s. 15.

[141] Se bilaga 4 § 19. I undantagsfall anges att tvisten skall avgöras enligt lag (1929:145) om skiljemän, om den inte kunnat lösas i samråd mellan parterna.

[142] Se bilaga 5 §§ 3, 4 och 8 samt bilaga 6 §§ 2 och 4. Av andra avtal framgår att kommunen ansvarar för hälso- och sjukvård (sjuksköterska, arbetsterapeut och sjukgymnast) vid servicehus för de boende som avtalet omfattar. Även vad som gäller för hanteringen av läkemedel brukar regleras i avtalen. Vidare anges att vårdtyngd och vårdinriktning skall motsvara vad som gäller i kommunens särskilda boende och att entreprenören skall bedriva verksamheten enligt de riktlinjer som följer av SoL och HSL samt kommunens allmänna mål för vård och omsorg och särskilda boendeformer som följer av anbudsinfordran. Entreprenören skall också ansvara för att verksamheten bedrivs i enlighet med de lagar, författningar och anvisningar som gäller för vård i enskild regi. Vissa avtal föreskriver att personalen så långt det är möjligt skall rekryteras bland hos kommunen anställd personal.

fatta beslut om vem som är berättigad att erhålla vård och omsorg enligt t.ex. 6 f § SoL och LSS, dvs. utöva myndighet. Kommunen anvisar sedan hyresgästerna plats vid den av entreprenören bedrivna verksamheten.[143]

I något avtal 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 offentligrättsliga bedömningsgrunderna 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.[144]

När det gäller privata behandlingshem föreskrivs att individuella behandlingsplaner skall upprättas i samråd med beställaren.[145] Avtalstiden löper i regel på tre år.[146] Det är vanligt att avtalen föreskriver att entreprenören förbinder sig att fortlöpande underrätta beställaren om förändringar i verksamheten.[147] Även här regleras frågor om sekretess och tyst-

[143] Se bilaga 5 § 5 och bilaga 6 § 7.

[144] Se prop. 1992/93:43 s. 22.

[145] Se bilaga 6 § 8.

[146] Avtalstiden varierar i de insamlade avtalen från avtalsperioder på tre år till avtalsperioder på sju år. Därefter förlängs avtalstiden med ett år i taget, såvida skriftlig uppsägning inte sker senast tolv månader före avtalstidens utgång. I andra fall uppges att förhandlingar om avtalets eventuella förlängning skall upptas direkt efter första avtalsårets utgång och att överenskommelse om eventuell förlängning skall ha träffats senast tolv månader före avtalstidens utgång. I andra fall förlängs avtalstiden med tre år i taget om inte skriftlig uppsägning äger rum minst 18 månader före avtalstidens utgång. När det gäller behandlingshem är det vanligt att avtalstiden löper över två år. Se bilaga 5 § 7 och bilaga 6 § 10.

[147] Se bilaga 6 § 15.

nadsplikt. Dessutom stadgas att brott mot tystnadsplikten kan innebära upphävande av avtalet.[148]

I avtalet föreskrivs vidare att uppdragsgivaren äger rätt till den insyn i verksamheten som krävs för fullgörandet av sin myndighetsutövning och kvalitetskontroll enligt SoL.[149] För att tillgodose kraven på sekretess stadgas att entreprenören skall överlämna samtliga handlingar som rör enskildas personliga förhållanden till socialtjänsten när avtalet upphör att gälla.[150] I avtalen regleras vidare frågor om hävning, överlåtande av avtal samt hur tvister skall lösas.[151] I synnerhet vad gäller de privata behandlingshemmen är det vanligt att kommunen förbehåller sig rätten att med omedelbar verkan säga upp ett avtal, om vården eller behandlingen inte sker enligt "beställarens krav och önskemål".[152] Även här föreskrivs att avtalet gäller under förutsättning att godkännande getts av social- eller

---

[148] Se bilaga 5 § 9. Vissa avtal hänvisar här till de bestämmelser om tystnadsplikt som följer av SoL och LSS. I andra avtal "erinras" om dessa bestämmelser. Vissa avtal föreskriver till och med att entreprenören vid brott mot sekretessen skall erlägga vite till kommunen med visst belopp per tillfälle. Den här typen av verksamhet omfattas numer av 71 a § SoL och behöver inte längre regleras i avtalet. Det kan dock ändå vara motiverat att nämna bestämmelser i avtalet som en påminnelse om entreprenörens och den anställda personalens skyldigheter.

[149] Se bilaga 5 § 14.

[150] Det är viktigt att i avtalet ta in bestämmelser om att handlingar rörande enskildas personliga förhållanden skall överlämnas till kommunen om verksamheten upphör, eftersom kommunen annars inte har någon rätt att få ut handlingarna från det bolag som drivit verksamheten. Detsamma gäller även vid vård- och omsorgstagares avflyttning eller frånfälle. Se SoS Allmänna råd 1993:4 s. 18.

[151] Se bilaga 5 §§ 18, 19 och 22 samt bilaga 6 §§ 17, 18 och 20. Vissa avtal föreskriver att *kommunen* har rätt att säga upp avtalet med omedelbar verkan om entreprenören i väsentligt avseende åsidosatt lagstiftning eller angivna riktlinjer för verksamheten och rättelse inte sker inom 60 dagar efter skriftlig erinran. Avtalet får i regel inte överlåtas utan kommunens medgivande och först efter förhandling med facklig organisation. Uppkommer fråga om underentreprenad för del av verksamheten skall detta bli föremål för förhandlingar mellan parterna. Tvist rörande tillämpning och tolkning av avtalet skall avgöras av domstol, om inte parterna enas om annat förfarande. I undantagsfall anges att tvisten skall avgöras enligt lag om skiljemän, om den inte kunnat lösas i samråd mellan parterna.

[152] Se bilaga 6 § 16. Ofta förbehåller sig kommunen att utan föregående uppsägning omedelbart avbryta placering om det föreligger allvarliga missförhållanden vid hemmet, och det finns en påtaglig risk för att vården och behandlingen inte kan genomföras, eller att vistelsen kan vara till skada för klienten. I sådant fall upphör avtalet genast att gälla.

omsorgsnämnd och att detta beslut vinner laga kraft.[153] Vidare stadgas att parterna har rätt till omförhandling av avtalet om väsentlig förändring inträffat avseende de förutsättningar som detta bygger på, t.ex. ändring av gällande arbetstidsbestämmelser och villkor i övrigt för personalens sysselsättning eller ändrade skatter och avgifter av något slag eller beslut av myndighet, som parterna inte själva kan påverka. Omförhandling kan därvid påkallas för ändring av ersättning till den del som avser de ändrade förutsättningarna.[154]

Det föreligger inte några större betänkligheter vid bedömningen av de entreprenadavtal som ingås på socialtjänstens område och inom ramen för skollagstiftningen. De villkor som uppställs bygger i regel på offentligrättslig lagstiftning och kan därmed generellt sett inte anses vara oskäliga. Det är högst rimligt att vid den här typen av verksamhet kräva att entreprenören uppfyller de krav som gäller för motsvarande verksamhet som kommunen själv bedriver. I den mån konflikter uppstår torde dessa

[153] Se bilaga 5 § 23.
[154] Se bilaga 6 § 21.

i första hand röra frågor om en upphandling strider mot reglerna i LOU eller LIU.[155]

Genom att de krav som ställs på verksamhetens bedrivande ofta framgår av förfrågningsunderlaget torde det även vara upp till entreprenören om denne vill lämna ett anbud eller inte. Den enskilde har således möjlighet att bedöma rimligheten av avtalsvillkoren innan anbud skall inlämnas och något avtal kommit till stånd. I den bemärkelsen har ju den en

[155] Se t.ex. det ovan berörda *MD 1996:6*, där Linköpings kommun befanns ha diskriminerat företag i förhållande till kommunens egenregiverksamhet genom att efter det att anbudsupphandlingen påbörjats ha infört nya bedömningskriterier vid valet av anbudsgivare. I *Svea hovrätts dom 1997-09-23, DT 6 (Mål nr T 115/97)* hade Botkyrka kommun upphandlat ramavtal avseende vårdplatser inom individ- och familjeomsorg. Även om kommunen genom att teckna avtal med en anbudsgivare som saknade HVB-tillstånd befanns ha brutit mot diskrimineringsförbudet vid valet av leverantör, skulle någon ersättning inte utgå eftersom ramavtalet inte innefattade någon garanti att placering skulle göras med anledning av avtalet. Domen har vunnit laga kraft. Vad gäller frågor om utvärdering av anbud se bl.a. *Svea hovrätts dom 1998-01-19, DT 3 (Mål nr T 1694/96)*, där förkastande av inlämnat anbud – på grund av tidigare bötesförelägganden till följd av anbudsgivarens försumlighet i sin yrkesutövning – inte ansågs skadeståndsgrundande trots att denne lämnat det lägsta anbudet. HD fann inte skäl att meddela prövningstillstånd. Se även *Lunds tingsrätts dom 1997-07-01 (Mål nr T 1795-96)*, där färdtjänst, till följd av att kommunen förfördelat anbudsgivare på oklara grunder, befanns ha upphandlats i strid med 1:4 och 22 LOU och därför ansågs skadeståndsgrundande. Domen har överklagats. Se närmare NOU info mars 1997 s. 10 f. respektive NOU info okt. 1997 s. 17 f. I *Stockholms tingsrätts dom 1997-12-08 (Mål nr T 7-622-97)* ansågs någon skadeståndsskyldighet inte föreligga när Stockholms läns landsting avbrutit påbörjad upphandling avseende budbilstransporter till förmån för egenregiverksamhet. Domen har överklagats. Motsatt utgång i *Lindesbergs tingsrätts dom 1996-03-22, DT 80 (Mål nr T 342/94)*. TR tillerkände en förfördelad leverantör skadestånd i ett mål avseende en upphandling av undervisning. Det framgick klart att den förfördelade hade lämnat det anbud med lägsta pris inom utsatt anbudstid. Lindesbergs kommun valde i stället att avbryta upphandlingen och att fortsättningsvis driva undervisningen i egen regi. Därutöver hade enheten åtminstone i ett fall prövat anbud som inkommit efter anbudstidens utgång. TR ansåg att den upphandlande enheten genom sitt agerande har handlat i strid med 1:4 LOU dels genom att inte anta det lägsta priset, dels genom att pröva anbud som inkommit för sent. TR konstaterade att eftersom utbildningsuppdraget gavs till egenregin hade något kontraktsförhållande inte uppstått och att det därmed inte heller förelåg någon upphandling enligt LOU. Rätten fann dock att det måste "anses som orimligt, för att inte säga stötande, att kommunen, med frångående av regeln om affärsmässighet vid prövningen av anbuden, påföljdsfritt kan ge egenregiverksamheten ..., som alltså deltagit i anbudsgivare, uppdraget att utföra arbetet". Domen har överklagats. Se närmare Sammanställning NOU info 1996 s. 67 f.

skilde frivilligt accepterat de krav som kommunen ställt upp.[156] Ett lagstridigt villkor blir dock inte bli giltigt bara för att den enskilde accepterat detta. Ett sådant villkor skulle därför kunna förklaras ogiltigt av allmän domstol.

7.4 Ogiltighet av avtal på plan- och bygglagens område

Vid avtalsingående på PBL:s område är kommunen ofta den part som upprättar och utformar avtalen. Detta kan ge kommunen en starkare position och bättre styrmöjligheter i förhållande till den enskilde. Vidare har ju kommunen en stark position i sin roll som myndighetsutövare, t.ex. vid upprättandet av detaljplaner, beviljande av bygglov och handläggning av fastighetsbildningsärenden. Detta tillsamman med ökade krav på kostnadstäckning gör att kommunen allt oftare ställer krav på någon motprestation eller ekonomisk ersättning för att exempelvis en detaljplan skall upprättas. Även bygglov är ofta förenade med diverse villkor. Nedan redovisas några områden där det utreds om ogiltighet till följd av oskäliga avtalsvillkor kan föreligga.

7.4.1 Avtal om parkeringsköp

När det gäller systemet med parkeringsköp har invändningar gjorts avseende den enskilde fastighetsägarens rättssäkerhetsskydd. Motiveringen till detta är att fastighetsägaren lätt skulle kunna hamna i en beroendeställning i förhållande till kommunen i och med att kommunen uppträder i två olika roller och byter skepnad under processen. Dels ställer kommunen *i sin myndighetsutövning* krav på att fastighetsägaren skall anordna parkeringsutrymme, dels uppträder den som *civilrättslig part* vid avtalsingåendet om parkeringsköp, då den "hjälper" fastighetsägaren att uppfylla sina förpliktelser.

Enligt den tidigare regleringen i 53 § 3 mom. byggnadsstadgan (1959:612), BS, ansågs inte fastighetsägare *mot sin vilja* kunna tvingas att gå med på ett avtal om parkeringsköp. Kommunen hade heller ingen rätt att kräva att parkeringsplatser skulle anordnas utanför den egna fastighe-

[156] Att enskild som sedan tidigare bedriver den verksamhet som skall upphandlas, till följd av att avtalsperioden löper ut, i praktiken inte har någon större valmöjlighet än att lägga ett anbud enligt förfrågningsunderlaget – på grund av att denne inte har någon annan tänkbar avtalspart och verksamheten annars skulle få läggas ned – medför inte i sig att relationen blir att betrakta som ofrivillig.

ten om sådana inte kunde skapas på denna.[157] Kommunen kunde inte vägra byggnadslov om tillräckligt antal platser inte på ett rimligt sätt kunde anordnas på själva fastigheten. Kommunen kunde därför inte heller kräva – som en motprestation för att bevilja byggnadslov – att fastighetsägaren skulle gå med på ett avtal om parkeringsköp om parkeringsplatser utanför fastigheten.

I förarbetena till PBL uttalade lagrådet att det rådde osäkerhet om i vilken utsträckning det var lagligt möjligt att kräva att fastighetsägare genom avtal om parkeringsköp kunde förpliktas att ekonomiskt bidra till en parkeringsanläggnings tillkomst och drift. Särskilt framhölls osäkerheten i fråga om möjligheten att fortlöpande framtvinga skyldighet att bidra till driften av en parkeringsanläggning och frågan om framtida ägares bundenhet av den byggandes åtaganden.[158]

I utredningen med förslag till ändringar i PBL konstaterades att parkeringsköp i vissa hänseenden utgör en säregen form för lösning av parkeringsfrågan och att det – i förhållande till andra lösningar – finns en större risk att preciseringen när det t.ex. gäller lokaliseringen och den tidsmässiga utbyggnaden blir alltför obestämd. Dessutom påpekades risken för att fastighetsägaren skulle utsättas för obehöriga påtryckningar.[159] För att minska fastighetsägarens beroendeställning föreslogs därför att denne genom förhandsbesked i ett så tidigt skede som möjligt skulle erhålla besked om de krav som kunde komma att ställas på parkeringsutrymmen. Ur ett civilrättsligt perspektiv torde frågor om oskälighet kunna uppstå till följd av kommunens möjligheter att ensidigt diktera villkoren. Om fastighetsägaren vid bygglovsprövningen inte har någon annan möjlighet att lösa parkeringsfrågan än att ingå avtal med kommunen, får kommunen en mycket stark ställning även som avtalsslutande part. Fastighetsägaren kan t.ex. ha små möjligheter att påverka priset.[160]

Eftersom avtal om parkeringsköp i allmänhet ingås i samband med prövningen av bygglovsansökan konstaterade utredningen att fastighetsägaren otvivelaktigt kommer att vara i beroendeställning i samband med avtalsförhandlingarna, om det inte finns något annat alternativ till att lösa parkeringsfrågan. Ansökan om bygglovet kommer ju att avslås om inte

---

[157] Se t.ex. *RÅ 1963 ref. 42*, vilket gällde tillbyggnad, *RÅ 1971 C. 345*, som gällde ombyggnad, *RÅ 1977 ref. 126*, vilket avsåg nybyggnad och slutligen *Kammarrättens i Göteborg dom 1979-04-05 (Mål nr 3891-1978)*, som gällde ändrat användningssätt.

[158] Se prop. 1985/86:1, bilaga 10 s. 248 f. Se även Plan- och bygglagen 1995 s. 3:35 f.

[159] Se Ds 1990:79 s. 32.

[160] Se Ds 1990:79 s. 37 f.

ett så stort parkeringsutrymme som byggnadsnämnden kräver kan komma till stånd genom avtalet.[161]

Även i motiven till ett förslag om ändring i PBL uppmärksammades problemet att fastighetsägare, i och med kommunens dubbla roller, lätt hamnar i beroendeställning i förhållande till kommunen vid avtal om parkeringsköp. Föredraganden konstaterade att problemet hade två sidor. Det första fallet uppstår om fastighetsägaren *först i samband med bygglovsansökan* blir medveten om de parkeringskrav som ställs på hans fastighet. I dessa fall ansåg föredraganden att fastighetsägaren *berövats* möjligheten att lösa frågan på annat sätt än genom parkeringsköp. Om fastighetsägarna redan i ett tidigt skede, t.ex. i samband med planläggningsarbetet eller genom ett förhandsbesked, ges möjlighet att få besked om kraven skulle den delen av problemet undanröjas. Den andra situationen uppstår *när* parterna skall ingå avtalet om parkeringsköp. Detta sker normalt i samband med bygglovsprövningen. Om det visar sig att fastighetsägaren inte kan lösa parkeringsfrågan på något annat sätt *får* kommunen enligt föredraganden en dominerande ställning, inte bara i egenskap av myndighetsutövare utan även i sin egenskap av avtalsslutande part. Det ojämlika förhållandet märks tydligast i fastighetsägarens begränsade möjligheter att påverka priset på de upplåtna parkeringsplatserna.[162]

De krav på anordnande av parkeringsutrymmen som kan ställas torde dock vara beroende av kostnaden för att anordna dem, eftersom kravet på parkeringsutrymme enligt 3:15 1 st. 6 p. PBL skall anordnas *i skälig utsträckning*. En följd av detta torde rimligtvis vara att man måste beakta de faktiska möjligheter som finns att uppfylla parkeringsbehovet till en rimlig kostnad. Skulle kommunens kostnad per bilplats bli oskäligt högt bör detta enligt utredningen återspeglas i byggnadsnämndens bedömning av *hur många* parkeringsplatser fastighetsägaren är skyldig att anordna för att bygglov skall erhållas. På så sätt anses att fastighetsägaren, förutom en prövning av avtalets oskälighet i allmän domstol, kan få till stånd en indirekt prövning av avtalet genom att överklaga nämndens beslut i bygglovsärendet.[163]

Möjligheten till överklagande är dock enligt föredraganden i praktiken begränsad eftersom fastighetsägaren ofta är i tidsnöd och inte har de

[161] Se Ds 1990:79 s. 43 f.
[162] Se prop. 1990/91:146 s. 34 f.
[163] Se Ds 1990:79 s. 44.

ekonomiska möjligheterna att avvakta utgången av en utdragen överklagandeprocess. Samtidigt är det så att det finns fler sätt att lösa parkeringsfrågan än att ingå ett avtal om parkeringsköp med kommunen. Marknadskrafterna torde därför till viss del begränsa möjligheterna till en oskälig prispolitik. Vad gäller användningen av parkeringsköp i samband med åläggande enligt 3:16 PBL, finns inte någon motsvarande tidsnöd för fastighetsägarna. Besvärsinstitutet måste enligt departementschefen därför i dessa fall utgöra ett fullgott skydd mot oskäliga avtal till följd av "sambandet mellan omfattningen av skyldigheten att anordna parkeringsutrymmen och kostnaden för detta".[164] Det kan dock tänkas föreligga en risk för att kommunen, i den mån en befintlig parkeringsanläggning inte utnyttjas fullt ut, genom påtryckningar försöker påverka den enskilde att välja det kommunala parkeringsalternativet. Det torde vara ett ganska effektivt påtryckningsmedel att antyda att en ansökan om bygglov kan få en mer positiv behandling om parkeringsplatsbehovet tillgodoses genom ett avtal om parkeringsköp vid kommunens parkeringsanläggning.

Såväl parkeringskommittén som utredningen anser att fastighetsägarens rättsskyddsbehov bör kunna tillgodoses i tillräcklig utsträckning om en kommun, innan avtal om parkeringsköp ingås, utrett de genomsnittliga kostnaderna för byggande av parkeringsanläggningar i inner- respektive ytterområden i kommunen. Kommunfullmäktige bör med ledning av en sådan utredning därefter fatta principbeslut om det maximibelopp per bilplats som får begäras vid kommande förhandlingar om parkeringsköp. Oskälighetsproblematiken torde bli aktuell främst i de fall där fastighetsägaren inte har några andra möjligheter att lösa parkeringsfrågan än genom att ingå avtal om parkeringsköp. Finns olika alternativ väljer denne förmodligen det förmånligaste. Monopolställning hos kommunen torde eventuellt kunna leda till en prisbildning som kan uppfattas som oskälig om inte en utredning av de genomsnittliga kostnaderna gjorts. Utredningen fann att problemet kring fastighetsägares eventuella beroendeställning torde kunna minska, om möjligheterna att lämna besked om skyldigheten att anordna parkeringsutrymmen, på ett så tidigt stadium som möjligt förbättrades.[165]

Föredraganden framhåller att parkeringsfrågorna är av sådan karaktär att de måste bedömas i ett större sammanhang för större områden. Han

[164] Se prop. 1990/91:146 s. 35 f.
[165] Se Ds 1990:79 s. 44 f.

konstaterar dock att detaljplaneområdena samtidigt synes minska i omfång. Kraven avseende anordnande av parkeringsplatser bör dock vid planläggning för bebyggelse preciseras i möjligaste mån. Kraven bör även preciseras i befintliga outbyggda detaljplaner på så sätt att områdesvisa bedömningar av parkeringskraven görs och att dessa förs in i planerna med bindande verkningar. En komplettering gjordes av 5:7 1 st. 8 p. PBL genom att det i planen får meddelas bestämmelser om skyldighet att anordna utrymme för parkering m.m. enligt 3:15 1 st. 6 p. PBL.[166]

De risker för en beroendeställning som kan uppkomma i och med att fastighetsägaren ofta kan få full klarhet om parkeringskraven först då hans ansökan om bygglov prövas, ansåg föredraganden kunna begränsas avsevärt genom att kommunerna redan i detaljplanerna preciserar parkeringskraven. Eftersom det under en övergångstid kommer att finnas många detaljplaner med knapphändiga upplysningar om parkeringskraven ansåg föredraganden, att en möjlighet till förhandsbesked skulle kunna vara värdefull för fastighetsägaren.[167]

En omständighet som kan öka osäkerheten vad gäller giltigheten avtal om parkeringsköp är att de möjligheter till förhandsbesked som tidigare anförts som sätt att minska fastighetsägares utsatta position helt försvunnit. Som nämndes i avsnitt 5.5.3 fann föredraganden i samband med ändring av PBL att bygglovsprövningen genom förslaget ändrat karaktär och att den i hög grad kommit att påminna om den prövning som görs vid ett förhandsbesked. Det ansågs därför inte finnas någon anledning att utvidga institutet till att omfatta också parkeringsfrågor. Behovet av förhandsbesked ansågs minska eftersom bygglov enligt det föreslagna systemet kan sökas på betydligt enklare handlingar än tidigare samt även på ett tidigare stadium i projekteringen. Något införande av reglerna om förhandsbesked vid parkeringsfrågor ansågs därför inte böra ske.[168]

Bygglov kan numer sökas på ett tidigare stadium i projekteringen än tidigare, och det öppnar givetvis möjligheterna att utforska alternativa parkeringsmöjligheter. Varken detta eller ett förhandsbesked kan dock i sig "skydda" fastighetsägaren mot de krav byggnadsnämnd ställer upp enligt fastställd och lagakraftvunnen byggnadsnorm. Skäligheten av det pris som överenskommits i ett avtal om parkeringsköp mellan kommunen och enskild, för att bygglov skall erhållas, kan prövas i allmän dom-

[166] Se prop. 1990/91:146 s. 37 f.
[167] Se prop. 1990/91:146 s. 39.
[168] Se prop. 1993/94:178 s. 45 och s. 91 f.

stol. Prejudikat på området är dock sällsynta och i den utsträckning civilrättsliga frågor om parkeringsköp prövats av underinstanser och skiljenämnder har dock situationen i regel inte ansetts vara oskälig.[169]

> Vid en bygglovsansökan om nybyggnad av hyresfastighet hade ett avtal om parkeringsköp ingåtts. Den enskilde parten yrkade att TR i första hand skulle fastställa att avtalet var ogiltigt med hänsyn till att det ingåtts under oriktiga förutsättningar, i andra hand att det med stöd av 29 § AvtL inte kunde göras gällande mot honom, och i sista hand att det med stöd av 36 § AvtL skulle lämnas utan avseende eller i vart fall jämkas på så sätt att det fastställdes att parkeringsplatserna skulle markeras och upplåtas till honom med rätt för denne att, med företräde för hyresgästerna på fastigheten, upplåta parkeringsplatserna i andra hand. Den enskilde anförde bl.a. att fastighetsägarens skyldighet att anordna parkeringsplatser enligt 53 § 3 mom. BS inskränkte sig till den egna fastigheten, om inte annat kunde anordnas till en rimlig kostnad. Författningsstöd skulle således ha saknats för att ingå avtalet. TR fann att förstahandsyrkandet inte kunde bifallas eftersom stadsarkitekten såsom byggnadsnämndens delegerade i bygglovsärenden bl.a. hade att pröva frågan om *parkeringsplatsbehov* och att denne efter diskussioner med fastighetsägaren *fastställt detta*. Något rättsstridigt tvång kunde heller inte anses föreligga eftersom fastighetsägaren, i stället för att riva ett gårdshus och således bereda plats för det erforderliga antalet parkeringsplatser, *frivilligt* valt att ingå avtal om parkeringsköp. Inte heller i något annat avseende fann TR att avtalet skulle vara oskäligt mot fastighetsägaren. Käromålet ogillades därför.[170]

Det kan dock enligt min mening ifrågasättas om ett fastställande till följd av "diskussioner" grundar rätt att kräva en viss prestation och om det är rimligt att hävda att frivillighet föreligger om alternativet är att riva ett befintligt hus. Det rättsstridiga tvånget torde i första hand avse om kommunen utifrån den offentligrättsliga lagstiftningen haft rätt att kräva att ett visst antal parkeringsplatser anordnades utanför den egna fastigheten eller inte. Något uttalat stöd för detta förelåg inte enligt då gällande lagstiftning.

---

[169] Underrättspraxis har dock endast ett begränsat rättskällevärde. De avgöranden som finns på området kan därför inte läggas till grund för några mera långtgående slutsatser rörande gällande rätt. Däremot är de illustrativa som exempel på vilka ställningstaganden domstolarna gjort vid den rättsliga bedömningen av avtal om parkeringsköp.

[170] Se Ljungby tingsrätts dom 1989-05-19, DT 63 (Mål nr 4/87). Fastighetsägaren överklagade till HovR, men återkallade sin talan och TR:s dom vann laga kraft.

Ett mål mellan Linköpings kommun och fastighetsägare gällde den sistnämndes skyldighet att teckna aktier i ett parkeringsbolag. Stadsarkitekten meddelade i samband med bygglovsansökan för nybyggnad av butiks- och kontorshus att fastighetsägare ålades att anordna 90 parkeringsplatser. Eftersom *ingen* av dessa platser kunde anordnas på fastigheten förband sig fastighetsägaren genom avtal om parkeringsköp att teckna 90 aktier för ett nominellt belopp av 5 000 kr per aktie i ett parkeringsbolag. Byggnadsnämnden beviljade därefter bygglov. När parkeringshuset stod färdigt och förbindelsen efter drygt tio år från undertecknandet förföll till fullgörande utan att ersättning erlagts, väckte kommunen talan mot fastighetsägaren. Fastighetsägaren bestred talan och yrkade att avtalet *avkrävts honom mot hans vilja* under *uttryckligt* eller *underförstått hot* om att bygglov annars inte skulle beviljas, att han tidigare *hävt avtalet*, att kommunens motprestation inte kunde godtas och att *omständigheterna vid avtalets tillkomst* skulle vara sådana att förbindelsen var helt ogiltig enligt 33 § AvtL eller helt eller delvis ogiltig enligt 36 § AvtL.

Tingsrätten fann att någon anmärkning inte kunde riktas mot kommunen för att den kopplat ihop frågan om bygglov med avtalet om parkeringsköp, då det inte kunde visas att fastighetsägaren under hot eller mot sin vilja undertecknat förbindelsen. TR fann vidare att fastighetsägarens förbindelse var att bedöma som en förpliktelse som inte ensidigt kunde återkallas. Någon hävning hade således inte skett. Inte heller enligt 36 § AvtL kunde avtalet anses vara ogiltigt. Hovrätten, som gjorde en helhetsbedömning av förbindelsen och senare inträffade omständigheter, fann att förbindelsen inte kunde anses vara ogiltig på grund av 36 § AvtL och biföll därför kommunens talan.[171]

Trots att någon skyldighet att anordna parkeringsplatser utanför den egna fastigheten *mot fastighetsägarens vilja* inte förelåg enligt äldre lagstiftning fann allmän domstol att det ingångna avtalet inte kunde anses vara oskäligt. Genom att ingå avtalet, i stället för att överklaga byggnadsnämndens beslut, och vänta i tio år utan att vidta åtgärder i enlighet med avtalet förefaller rätten ha ansett att ett frivilligt avtal ingåtts. I enlighet med utgången i *NJA 1980 s. 1* kan dock rättens bedömning i de båda redovisade fallen te sig tvivelaktig, eftersom kommunen enligt dåvarande lagstiftning och enligt förvaltningsrättslig praxis inte hade rätt att *kräva* att motparten skulle gå med på att anordna parkeringsplatser utanför den egna fastigheten för att bevilja bygglov. Utgången ligger dock i linje med vad som gäller enligt nuvarande reglering av fastighetsägares skyldighet att kunna tillhandahålla ett visst antal parkeringsplatser.

[171] Se Göta hovrätts dom 1982-04-02, DT 48 (Mål nr T 24/81). HD meddelade inte prövningstillstånd.

I en skiljedom behandlades bl.a. frågan om jämkning av ett avtal om parkeringsköp mellan bostadsrättsförening och ett kommunägt parkeringsbolag.[172] I beslut om bygglov avseende föreningens fastigheter ålade byggnadsnämnden föreningen att ombesörja parkeringsskyldigheten enligt 53 § 3 mom. 2 p. BS. Antalet parkeringsplatser fastställdes utifrån en 1969 för Uppsala kommun fastställd parkeringsnorm till 53 stycken. Föreningen träffade därför ett s.k. avlösningsavtal med det i målet aktuella parkeringsbolaget i april 1978, där bolaget åtog sig att upplåta de i bygglovsbeslutet fastställda 53 parkeringsplatserna. I september 1981 beslutade byggnadsnämnden att anta ny parkeringsnorm. Efter det att föreningen i april 1983 hos byggnadsnämnden ansökt om nedsättning reducerades parkeringsskyldigheten till 40 platser *under förutsättning att föreningen och bolaget kunde komma överens*. Föreningens framställan härom till bolaget avvisades emellertid av detta. Föreningen påkallade då skiljeförfarande och yrkade i första hand att skiljemannen skulle jämka avtalet så att detta skulle anses omfatta 40 parkeringsplatser, och i andra hand att skiljemannen antingen skulle jämka avtalet så att det kunde sägas upp eller fastställa att det kunde sägas upp.

När det gällde frågan om jämkning av avtalet ställdes först frågan om det förelåg ett särskilt behov av att skydda föreningen på grund av underlägsen ställning? Något sådant behov befanns dock inte föreligga. Sedan berördes frågan om sambandet mellan bolaget och kommunen samt det faktum att kommunen ändrat parkeringsnormen utgjorde skäl för jämkning. Genom den ändrade normen brast en av förutsättningarna för avtalet. För att en sådan ändring enligt förutsättningsläran skall tillmätas någon betydelse krävs dock att den skall ha varit synbar för motparten och att risken för att förutsättningen brister bör ligga på denne. Varje part bär dock i princip risken för att en väsentlig förutsättning kan komma att brista. Om inte motparten vid avtalsingåendet kände till att förutsättningen skulle komma att brista, måste det föreligga särskilda skäl för att motparten skall få bära risken. Ett sådant skäl kan vara att *parkeringsbolaget till fullo ägs av kommunen*. Föreningen hade dock *möjlighet* att lösa parkeringsfrågan på annat sätt och var *inte tvungen att ingå avtalet* med parkeringsbolaget. Varken ägarförhållandet eller den omständigheten att byggnadsnämndens ordförande satt i bolagets styrelse ansågs därför i sig utgöra skäl för jämkning. Inte heller föreningens påstående att bolaget rent praktiskt får antas ha lättare än föreningen att hyra ut de ifrågavarande 13 parkeringsplatserna utgör tillräcklig grund för jämkning. En utdragen projekterings- och byggtid utgör ytterligare skäl som skulle kunna utgöra grund för jämkning. I detta fall ledde emellertid tidsutdräkten till att föreningen under flera år inte behövde betala för de parkeringsplatser föreningen inte utnyttjade. Inte heller kunde argumentet att det är fråga om ett

[172] Se skiljedom meddelad i Uppsala den 7 januari 1985.

långvarigt avtal utgöra skäl för jämkning, eftersom föreningen hade rätt att säga upp detta enligt 12:4 JB. Det fanns alltså inte någon omständighet som *ensam* motiverade en jämkning av avtalet. Vid en helhetsbedömning av avtalet befanns att detta efter sänkningen av skyldigheten att anordna parkeringsplatser *inte blivit mer betungande än vad föreningen från början räknat med.* Föreningen hade heller *inte behövt betala* för de hyrda parkeringsplatserna innan anläggningen var färdigbyggd. Dessutom konstaterades att föreningen faktiskt hade *rätt att säga upp avtalet.* De omtvistade avtalsvillkoren kunde således inte heller vid helhetsbedömningen anses vara oskäliga.

En fråga som berördes endast marginellt i skiljedomen var det faktum att byggnadsnämnden, när den reducerade parkeringsskyldigheten till 40 platser, gjorde detta *under förutsättning* att *föreningen och bolaget kunde komma överens.* Eftersom parkeringsavtalet skall ses som fristående från byggnadsnämndens beslut kan nämnden enligt skiljemannen *eventuellt anses ha tagit otillbörliga hänsyn* genom att hänvisa till avtalet mellan föreningen och bolaget. Eftersom det rör sig om två privaträttsliga parter torde dessa kunna ändra avtalets innehåll utan ingripande från byggnadsnämnden, så länge kravet på antalet parkeringsplatser uppfylls i enlighet med byggnadsnämndens beslut. Det *kan* därför vara så att nämndens agerande i det här fallet utgjort illojal maktanvändning eftersom den saknat anledning att interferera i avtalsrelationen och hänvisa till avtalsförhållandet i sitt beslut om sänkning av antalet platser.

I april 1984 ingicks ett exploateringsavtal mellan ett fastighetskonsortium och Uddevalla kommun. Mellan kommunen och en av föreningarna i konsortiet ingicks även ett avtal om parkeringsköp. Enligt parkeringsnormen beräknades parkeringsplatsbehovet uppgå till 75 platser. Av dessa skulle 26 platser enligt parkeringsköpsavtalet och exploateringsavtalet tillhandahållas i ett kommunalt parkeringshus. Föreningens andel av anläggningskostnaderna för det år 1992 färdigställda parkeringshuset uppgick till sammanlagt 1 621 000 kr. De rörliga kostnaderna uppgick till 130 kr per månad och plats. Föreningen avvisade kommunens krav och meddelade att parkeringsfrågan skulle lösas på annat sätt. Föreningen begärde i första hand att antalet parkeringsplatser enligt parkeringsnormen skulle reduceras med 26 platser och i andra hand att byggnadsnämnden skulle godkänna att föreningen hyrde 26 platser i ett närliggande kvarter. Byggnadsnämnden beslöt att uttala att undantag från parkeringsnormen inte kunde meddelas och att den av föreningen föreslagna lösningen inte kunde godtas eftersom det åberopade hyresavtalet *endast avsåg en period av fem år* och att det område där dessa platser var belägna *enligt kommunens beräkning* planerades bli bebyggt med bostäder. Det av kommunen krävda beloppet nedsattes senare till 1 549 750 kr då föreningen

kunde anordna *en* parkeringsplats i den egna fastigheten. Byggnadsnämnden beslutade därefter i september 1994 att i princip godta att föreningen fullgjorde sin skyldighet att anordna fem av de enligt normen fordrade parkeringsplatserna genom avtal med annan bostadsrättsförening. En förutsättning för detta angavs dock vara att avtalet *kompletterades med vissa villkor*, bl.a. att uppsägning av avtalet *skulle godkännas av byggnadsnämnden*. Först då skulle kommunen nedsätta sitt krav med ett belopp motsvarande dessa platser.

Kommunen yrkade under åberopande av de båda avtalen att föreningen skulle åläggas att betala föreningens andel i kostnaderna för parkeringshuset, 1 549 750 kr plus ränta. Föreningen bestred talan och förklarade att inte något belopp kunde vitsordas som skäligt eftersom flera klausuler i såväl parkeringsköpsavtalet som exploateringsavtalet var oskäliga och borde jämkas enligt 36 § AvtL. I första hand yrkade föreningen att föreningens skyldighet att anordna parkeringsplatser enligt § 1 i parkeringsköpsavtalet skulle jämkas från 75 till 50 platser. I andra hand yrkades att § 4 i parkeringsköpsavtalet och § 13 i exploateringsavtalet skulle jämkas så att föreningen befriades från såväl skyldigheten att svara för finansieringen av kostnaderna för den permanenta parkeringsanläggningen som från skyldigheten att bidra till kostnaderna för anläggningens underhåll och drift. Då kommunen i april 1994 antagit ny parkeringsnorm som tillämpad på den av föreningen ägda fastigheten skulle medföra skyldighet att anordna 72 platser ansåg sig föreningen under alla omständigheter inte vara skyldig att anordna mer än 72 platser. Kommunen bestred att det förelåg någon grund för jämkning.

TR fann att föreningens förstahandsyrkande om jämkning inte kunde bifallas eftersom skyldigheten att anordna ett visst antal platser *fastslagits* i samband med att föreningen sökte bygglov. *Bygglovsbeslut* kan dock inte prövas av allmän domstol utan kan endast överklagas i *förvaltningsrättslig* ordning. TR fann inga skäl motivera en jämkning enligt det i andra hand framförda yrkandet då föreningen *inte* kunde anses vara en *svagare part*, något som gav stöd för *obehöriga påtryckningar inte framkommit*, föreningen haft goda förutsättningar att *bedöma de ekonomiska konsekvenserna* av avtalet och *kostnaden* per parkeringsplats *inte* kunde anses vara *oskälig*. Vidare anfördes att parkeringsbehovet utgår från ett långsiktigt perspektiv och att det saknar betydelse att de hyresgäster som bebor fastigheten vid ett visst tillfälle inte utnyttjar samtliga föreningen tillhörande parkeringsplatser. Inte heller kommunens nya parkeringsnorm kunde anses utgöra skäl för jämkning eftersom sådan fråga *måste prövas av kommunen* efter ansökan om ändring av bygglov. Slutligen konstaterar TR att föreningen enligt avtalet har möjlighet att frånträda detta

om föreningen kan lösa parkeringsfrågan på annat sätt. Några förutsättningar för att jämka avtalet enligt 36 § AvtL ansågs därmed inte föreligga.[173]

Föreningen överklagade till hovrätten och yrkade att rätten skulle ogilla den av kommunen vid tingsrätten förda talan. Kommunen bestred ändring, men nedsatte det yrkade beloppet till 1 193 000 kr jämte ränta enligt närmare precisering. Föreningen frånföll sitt i TR åberopade förstahandsyrkande, men gjorde, utöver vad som i övrigt anfördes vid TR, gällande att parkeringsköpsavtalet utgjorde ett *hyresavtal* och att beräkningsnormerna för ersättningen/hyran till följd därav skulle vara ogiltiga. Hovrätten fann att föreningens påstående att parkeringsköpsavtalet skulle vara ett hyresavtal utgjorde ny omständighet som föreningen inte ägde åberopa i HovR och gjorde samma bedömning som TR, med den skillnaden att beloppet sattes ned i enlighet med vad kommunen yrkat.[174]

Som rätten konstaterar är det svårt att se att otillbörliga påtryckningar förekommit när antalet parkeringsplatser beräknats utifrån en i kommunal ordning fastställd parkeringsnorm. Inte heller ansågs kostnaden vara oskälig. Avgörandet ligger i linje med de tidigare redovisade underrättsavgörandena och tyder på att åtminstone enskilda juridiska personer inte kan anses utgöra en svagare part i förhållande till kommunen. Att fastighetsägaren kan säga upp avtalet om denne hittat ett billigare alternativ förtar dock inte byggnadsnämndens rätt att godkänna det nya parkeringsalternativet. I denna sin myndighetsutövande position måste kommunen vanligtvis vara att anse som den starkare parten. Ett sådant beslut hänför sig dock inte direkt till det föreliggande avtalet och frågan om oskälighet måste i sådana fall prövas genom överklagande av förvaltningsbeslut. Vid prövningen måste bedömas om kommunen tagit ovidkommande hänsyn vid sitt beslut att vägra godkänna det nya parkeringsalternativet.

Det är enligt *Bramstång* kontroversiellt i vilken utsträckning ett bygglov lagligen får göras beroende av åtaganden från den enskildes sida. Det oklara ligger i att den enskilde, för att erhålla bygglov, förbinder sig att

---

[173] Även om rätten inte berörde frågan torde kommunens avtalsvillkor att förbehålla sig rätten att godkänna en ny avtalspart kunna anses vara oskäligt. Om det nya parkeringsalternativet, vad gäller antal parkeringsplatser och avtalstid, är likvärdigt med det avtal som ingåtts med kommunen, torde byggnadsnämnden utifrån kravet på erforderligt antal parkeringsplatser inte kunna motsätta sig en hävning av avtalet eller att vägra godkänna fastighetsägarens nya avtalspart.

[174] Se Hovrättens för Västra Sverige dom 1997-09-15 (Mål nr T 1085/94). HD fann inte skäl att meddela prövningstillstånd.

bidra till finansieringen av ett kommunalt parkeringsprojekt – där såväl närhets- som tidsaspekten i vissa fall lämnar underlag för dubier. Han anför att en alltför långtgående strävan att koppla samman verksamhet som innefattar myndighetsutövning med avtalsingående allmänt sett erbjuder stora svårigheter, och lätt leder till tvivelaktiga resultat vilka inte visar sig vara hållbara vid en mer ingående granskning. Han understryker att de föreslagna medlen att kompensera fastighetsägarens beroendeställning genom detaljplanebestämmelser och förhandsbesked, "knappast förmår att framkalla någon djupare övertygelse". Då den offentliga makten enligt 1:1 3 st. RF skall utövas under lagarna, får ett förvaltningsbeslut inte utan uttryckligt författningsstöd ålägga den enskilde en ekonomisk prestationsplikt till det allmänna. Han anser därför lagligheten av avtalen om parkeringsköp vara tvivelaktig.[175]

Bramstångs kritiska inställning förefaller till viss del vara befogad. Samtidigt är det så att byggnadsnämnden har rätt att uppställa vilka parkeringsnormer som skall gälla för ett visst område för att bygglov skall kunna meddelas. Hur den enskilde löser parkeringsfrågan – genom avtal med kommunen eller med någon annan fastighetsägare – torde härvid vara av mindre betydelse. Tveksamheten gör sig i första hand gällande i de fall nämnden i alltför långtgående utsträckning "tvingar" den enskilde att ingå avtal om parkeringsköp med kommunen under förevändning att bygglov annars inte kommer att medges. Det torde även vara tveksamt om nämnden har rätt att förbehålla sig rätten att godkänna en uppsägning av avtalet till förmån för något annat parkeringsalternativ. Även förbudet att ta betalt för myndighetsutövning skulle kunna överskridas om kommunen begär orimligt mycket i ersättning för de enligt avtalet upplåtna parkeringsplatserna.

I bilaga 7 återges ett exempel på hur avtal om parkeringsköp kan vara utformat. I avtalsexemplet ansvarar kommunen för att ägare av angiven fastighet senast visst datum tillhandahålls ett visst antal bilplatser i viss

[175] Se Bramstång 1993 s. 120 f. *Staedler* har anfört att avtal om parkeringsköp skulle kunna utgöra illojal maktanvändning, då det kan ses som ett ovidkommande villkor att bifalla ansökan om byggnadslov först om sökanden bidrar ekonomiskt till viss kommunal verksamhet. Illojal myndighetsutövning kan nämligen föreligga även om ett beslut står i överensstämmelse med författningarna men meddelats endast sedan visst ovidkommande villkor uppfyllts, exempelvis att en ansökan om byggnadslov bifalls först om den sökande förpliktat sig att bidra ekonomiskt till viss kommunal verksamhet. Se Staedler 1983 s. 105.

angiven parkeringsanläggning.[176] Då avtalet ofta är konstruerat som ett nyttjanderättsavtal, anges avtalstiden till 25 år.[177] Beroende på om det rör sig om ett friköpsavtal där fastighetsägaren betalar ett engångsbelopp eller om det är fråga om avlösen varierar de närmare villkoren angående fastighetsägarens skyldigheter.[178] I avtalsexemplet knyts de rättigheter och skyldigheter avtalet omfattar till fastigheten. Detta innebär att framtida ägare av fastigheten förpliktas i samma mån som den som var ägare när kravet på parkeringsplatser skulle tillgodoses. Avtalen innehåller i regel klausul om att kommunen förbehåller sig rätten att överflytta sina skyldigheter och rättigheter enligt avtalet till annan huvudman.[179] Avtalet stadgar dessutom en skyldighet för fastighetsägaren att vid en framtida försäljning av fastigheten i köpekontraktet inta en bestämmelse om att förvärvaren övertar överlåtarens skyldigheter enligt parkeringsköpsavtalet.[180]

Vad gäller fastighetsägarens uppsägningsrätt stadgas att denne äger rätt att säga upp avtalet under förutsättning att det erforderliga antalet parkeringsplatser kan tillgodoses på annat sätt. Ett krav är dock att byggnadsnämnden *godkänner alternativet* och att fastighetsägaren *i sitt ställe* kan sätta någon annan som byggnadsnämnden kan godta.[181] Enligt vad

---

[176] Se bilaga 7 §§ 2 och 3. Ofta förekommer bestämmelse om att kommunen förpliktar sig att anordna bilplatser inom ett visst angivet avstånd. Detta kan variera mellan 300–500 meter. I andra fall anges "inom kvarteret" eller "inom rimligt gångavstånd från fastigheten". Om anordnandet av parkeringsplatserna drar ut på tiden kan kommunen förplikta sig att anordna provisoriska parkeringsplatser på utrymme som fastighetsägaren godkänner. I vissa avtal föreskrivs för det fall att anläggningen inte hunnit färdigställas, att fastighetsägaren är berättigad till årlig ränta på inbetalt belopp. I andra fall anges att fastighetsägarens inbetalda belopp jämte ränta skall betalas tillbaka om kommunen inte påbörjat uppförandet av någon permanent parkeringsanläggning inom fem, tio eller 15 år från avtalets ingående. Kommunens skyldighet att tillhandahålla bilplatser kvarstår oaktat parkeringsköpsmedlen återbetalats.

[177] Se bilaga 7 § 4. Inom detaljplanerat område är ett nyttjanderättsavtal inte bindande mer än 25 år från det att avtalet slöts, 7:5 JB. Se Aulin 1993 s. 17. I vissa av de undersökta avtalen förekommer inte någon tidsangivelse för upplåtelsetiden.

[178] Se bilaga 7 § 5 alternativ A-C. I de insamlade avtalen är det vanligaste alternativet att de omfattar ett engångsbelopp, dvs. ett friköpsavtal.

[179] Se bilaga 7 § 7. I bland står även att fastighetsägaren i sådana fall är skyldig att, om kommunen så begär, tillsammans med annan lämplig delägare, anvisad av kommunen, ingå som delägare i bolaget (i vissa fall preciseras skyldigheten till att förvärva en aktie i bolaget). Fastighetsägaren är dock i regel fritagen från skyldigheten att bidra till kostnaderna för bildande av bolaget, aktieteckning, lån eller tillskott till bolaget.

[180] Se bilaga 7 § 8.

[181] Se bilaga 7 § 11.

som bl.a. framhölls i skiljedomen från 1985 anses fastighetsägaren ha rätt att säga upp avtalet. Det är därför tveksamt om kommunens stränga krav på rätten att godkänna fastighetsägarens nya motpart skulle stå sig vid en rättslig prövning, om fastighetsägarens alternativ t.ex. skulle vara avsevärt billigare än enligt avtalet med kommunen, men i övrigt skulle bedömas vara likvärdigt och tillgodose samma krav. Ett förbehåll om en ensidig rätt för den ena avtalsparten att som i det här fallet godkänna ett nytt parkeringsalternativ påminner om sådana avtalsvillkor som lägger beslutanderätten i motpartens händer, t.ex. vad som utgör fel i vara, dröjsmål osv. Som tidigare anförts är sådana villkor ofta att anse som oskäliga.[182] Att det är byggnadsnämnden som i egenskap av myndighet har att godkänna uppsägningen kan inte förta det faktum att kommunen utgör *en och samma juridiska person* och att rätten att ensidigt förbehålla sig rätten att godkänna en uppsägning av avtalet på så sätt är förbehållet den ena avtalsparten. Allmän domstol torde kunna göra en sådan bedömning av avtalsvillkoret utan att riskera, såsom fallet var i det ovan refererade målet rörande Uddevalla kommun, att fatta beslut i en fråga som endast kan överklagas i förvaltningsrättslig ordning. Eftersom avtalet om parkeringsköp är civilrättsligt föreligger inte några hinder mot att pröva de olika avtalsvillkoren i allmän domstol. Skulle nämnden ha fattat ett beslut om att inte godkänna en ny avtalspart – och därmed indirekt uppsägningen – och omständigheterna är de ovan anförda, torde ett överklagande av förvaltningsbeslutet medföra bedömningen att nämnden vid sitt beslut tagit ovidkommande hänsyn för att gynna sina egna ekonomiska intressen.

Även avtal om parkeringsköp förutsätter för sin giltighet att "vederbörande beslutande organ" i kommunen godkänner detta. Dessutom krävs att bygglov faktiskt meddelas fastighetsägaren och att den avsedda ny- eller ombyggnaden faktiskt kommer till stånd. I annat fall brister förutsättningarna för avtalet.[183]

I avtalsexemplet stadgas att eventuella tvister skall avgöras av allmän domstol.[184] Det är dock även när tvister om parkeringsköp uppkommer

---

[182] Se prop. 1975/76:81 s. 118 f.

[183] Se bilaga 7 § 12.

[184] Se bilaga 7 § 13. Normalförslaget innehåller inte någon föreskrift om var en eventuell tvist skall prövas, men i kommentarerna till avtalet föreslås att det är lämpligast med ett avgörande i allmän domstol, eftersom ett skiljeförfarande kan bli ganska dyrbart. Se Aulin 1993 s. 20. Det vanligaste är att avtalen innehåller bestämmelse som hänskjuter tvister till allmän domstol, även om det ibland anges att tvister skall avgöras av skiljenämnd enligt lagen om skiljemän.

vanligt att parterna förlikas. Inte heller här finns det rättspraxis som ger stöd för några säkra slutsatser.[185]

7.4.2 Ogiltighet vid förhandlingsplanering och upprättande av avtal vid exploatering

Syftet med förhandlingsplanering är att kontrahenterna, kommunen och den enskilde, ömsesidigt skall planera utformningen och exploateringen av ett markområde. Förhandlingarna mellan parterna utmynnar i ett skriftligt avtal, vilket slutligen träder ikraft i och med att detaljplan i enlighet med avtalet antas.[186]

I äldre doktrin har hävdats att den enskilde vid den här typen av situationer befinner sig i en underlägsen ställning, där han inte har så stort val om han vill gå med på avtalet eller inte, eftersom kommunen alltid kan expropriera.[187] Vidare har framhållits att kommunens planmonopol torde kunna utgöra ett effektivt påtryckningsmedel, mot vilket markägaren står reellt och i det närmaste även formellt värnlös, eftersom kommunen i praktiken råder över såväl planläggningen som bygglovgivningen. Kommunen skulle därför kunna utnyttja att en markägare har ett råmarksområde som han vill exploatera. Kommunens förhandlingsläge torde därför vara starkt vid ingående av den här typen av avtal. Vidare har anförts att bekostandet av gator och avlopp regelmässigt torde belasta markägaren och att kommunerna praktiskt taget aldrig medger någon eftergift i detta avseende. Frågan blir därför om inte avtalen ger uttryck för ett ojämbördigt förhandlingsläge, vilket grundar sig på den offentligrättsliga lagstiftningen. Kostnaderna anses därmed i sista hand drabba tomtägarna, varvid skyddet för konsumentintressena åsidosätts.[188] Möjligen har såväl expropriationshotet som betydelsen av planmonopolet

---

[185] Ovan redovisad underrättspraxis kan dock ge en antydan om bedömningen. Vad gäller parkeringsköp hade kanske det bästa varit att införa uttryckligt lagstöd.

[186] Se Gustafsson & Riberdahl 1991 s. 208–212. Detta visar på de märkligheter som kan uppstå när ett offentligt organ är part, då avtalet blir gällande först när den plan där det ingår blir antagen. Se även den redogörelse som gjordes i avsnitt 5.4.3 ovan.

[187] Se Adolphson 1961 s. 20 ff. Se även Grönvall, *Förhållandet mellan stadsplanesamhälle och markägare*, 1944 s. 283–295 samt Hernmarck 1953 s. 319.

[188] Se Hernmarck 1953 s. 330. I *NJA 1965 s. 420* hade en köping efter medgivande från en tomtägare använt ett område – vilket enligt ett fastställt förslag till stadsplan skulle ingå i gata – till gata utan att först lösa området. En ny ägare till marken krävde att kommunen antingen skulle lösa marken eller avträda och återställa den i ursprungligt skick. Trots att skyldighet förelåg för köpingen att lösa området kunde det *inte* anses att denna, genom sin underlåtenhet att följa markägarens tillsägelse, genom ianspråktagandet *tagit sig själv rätt* genom att tillträda området.

tillmätts onödigt stor betydelse såsom bestämmande faktum för avtalen.[189] Synsättet daterar sig från en tid då kommunerna hade gott om pengar, och expropriationer är numer i de flesta fall knappast ett realistiskt alternativ till förhandlingsplanering. Vid förhandlingsplanering är syftet i stället att finna en *medfinansiär* till en kommunal anläggning, t.ex. en simhall, mot att ett visst företag får bygga något som detta behöver, dvs. i realiteten tillgodoseende av ömsesidiga intressen och inte primärt någon hotsituation.[190] Även om kommunerna för närvarande inte har samma ekonomiska förutsättningar är de synpunkter som framförts principiellt – och i enstaka fall kanske reellt – relevanta.

Avtal som det allmänna träffar på plan- och bygglagstiftningens område är i regel kopplade till offentliga maktbefogenheter, vilket borde leda till att både avtalens giltighet och tolkning kommer i en särskild dager. Ett exempel på detta visas av utgången i *NJA 1980 s. 1.*

> Askims kommun hade vid ingående av ett genomförandeavtal 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 genomförandeavtalet 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 före-

[189] Enligt Frihagen 1989a s. 103, kommer omständigheten att ett avtal ingåtts under ett överhängande hot om expropriation inte i sig själv att göra att avtalet är ogiltigt. "Tvert om kan en si at det gjerne nettopp er i samsvar med plan- og bygningslovens system at en i slike tilfelle søker å oppnå en minnelig ordning. Kommunens ekspropriasjonsrett vil her være en dominerende realitet." Se a.st.

[190] Motsvarande företeelser har växt fram utomlands, men under delvis andra former – t.ex. public-private partnership i England och USA, men framförallt i Tyskland.

skriva, 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 sin oskälighetsbedömning av ett avtal kan beakta det offentligrättsliga regelverket och göra en egen bedömning av om detta överskridits. Ett överskridande av offentligrättsliga regler kan således leda till att ett avtal blir oskäligt enligt avtalsrättsliga regler. 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. Frågan om *genomförandeavtalet som sådant* var ogiltigt prövades emellertid inte. I enlighet med yrkandena prövade HD bara om det solidariska ansvaret hade avpressats den enskilde med tvång. HD uttalade att "i vart fall" kravet på solidariskt ansvar måste anses strida mot lagstiftningen,

vilket *möjligen kan* ses som ett obiter dictum och tolkas som att avtalstypen som sådan skulle vara ogiltig.[191]

I ett delbetänkande av Plan- och byggutredningen berörs frågan vilka begränsningar i avtalsfriheten som gäller för *förhandlingsplanering*. Utredningen konstaterar med hänsyn till kommunens planmonopol att avtalen inte alltid är överenskommelser mellan jämbördiga parter, då kommunen genom detta har ett effektivt påtryckningsmedel. Kommunen får inte belasta exploatören med oskäliga kostnader eller i övrigt tillskansa sig otillbörliga förmåner. Möjligheterna till ett sådant missbruk anses emellertid vara begränsade av olika former av lagstiftning och då främst avtalslagen.[192]

Kommunens rätt att ta ut ersättning för exploateringskostnader regleras i stor utsträckning genom lag. De kostnader som uppstår vid en exploatering består t.ex. av markanskaffning, trafikanläggningar, lekplatser, parker, grönområden, va-anläggningar, fjärrvärme och elektricitet. Avgifter kan också utkrävas för planläggning och bygglov etc. I speciallagar är kommunens ansvar för dessa frågor ganska utförligt reglerade. Lagen medger också att markägaren till viss del kan tvingas att bära hela eller delar av exploateringskostnaden. Kommunen har dock inga möjligheter att ställa högre krav än lagen medger. Den måste därför ha lagstöd för att kunna *tvinga* en byggherre att uppföra och bekosta anläggningar. Kommunen får vidare inte ta ut avgifter av byggherren för att finansiera nyttigheter som den i vilket fall som helst är skyldig att tillhandahålla. Som visades i kapitel 5 begränsar även de kommunalrättsliga principerna kommunens möjligheter att ta ut avgifter. Om exploateringsområdet ägs av kommunen, händer det även att byggherren i ett "föravtal" ges företräde till marken. Enligt 4:1 JB är emellertid ett *löfte* om försäljning av fast egendom inte bindande. Avtalets efterlevnad blir därför beroende av

---

[191] Enligt *Sundberg-Weitmans* mening torde det förhålla sig på det sättet. Att *viss praxis utvecklats* hos kommunerna kan enligt henne omöjligen begränsa tillämpningsområdet vare sig för straffansvaret för myndighetsmissbruk eller avtalslagens regler om ogiltiga rättshandlingar. Se Sundberg-Weitman 1981 s. 312. Jfr *NJA 1974 s. 430*, där en kommun upplåtit tomträtter. I tomträttsavtalet hade intagits en klausul enligt vilken tomträttshavaren förband sig att ingå i en ekonomisk förening samt fullgöra de förpliktelser som följde av medlemskapet. Förenings syfte var att anordna och underhålla diverse anläggningar som nyttjades gemensamt av tomträttshavarna inom området. En av tomträttsinnehavarna väckte talan mot kommunen och anförde bl.a. att avtalsklausulen stred mot lag och att den följaktligen var ogiltig. HD fann att klausulen inte kunde anses strida mot lag och därmed vara ogiltig.

[192] Se SOU 1994:36 s. 312. Se även Lindquist 1993 s. 139 f. och Miller 1993 s. 19 f.

om kommunen känner sig moraliskt förpliktad att uppfylla detta.[193]

Huvudsyftet med föravtal anges ofta vara att en byggrätt skall ställas i sikte. Det finns dock ingen möjlighet att i förväg binda sin myndighetsutövning genom att avtala om innehållet i en plan.[194] Det är därför vanligt att kommunen tar in förbehåll av olika slag i avtalen. Ett sådant förbehåll kan vara att parterna gemensamt "skall verka för" ett antagande av en plan. Genom att sådan utfästelse inte kan ges av kommunen, och denna på grund av detta inte är bunden av ett sådant avtalsvillkor, torde enligt utredningen heller inte avtalskontrahenten vara bunden innan planen antagits och vunnit laga kraft.[195] Det måste därför enligt utredningen förutsättas att en avtalskontrahent är medveten om att kommunen inte på förhand kan binda sin beslutanderätt i sådana frågor.[196] Möjligheterna till ersättning om kommunen inte skulle uppfylla ett avtalsvillkor om byggrätt torde därför vara begränsade. Motparten bör dock ha rätt till ersättning för nedlagda kostnader om denne kan anses ha haft *goda skäl* att förlita sig på att kommunen skulle besluta i enlighet med avtalet.

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 exploatören. *Hornsved* framhåller att det i verkligheten utvecklats en gråzon där det anses möjligt att exploatören 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

---

[193] Se SOU 1994:36 s. 312 f.

[194] I *RÅ 1967 ref. 25* förklarades efter kommunalbesvär sålunda ett kommunalt beslut olagligt på grund av att ett ingånget avtal bl.a. ansågs innehålla en utfästelse från fullmäktiges sida rörande dess ställningstagande till uppkommande planfrågor. Se även RÅ 1991 ref 59.

[195] Se även vad som anfördes ovan under avsnitt 6.6.

[196] Se SOU 1994:36 s. 314. Se även Miller 1993 s. 48 f.

därför att det inte är "möjligt att med full säkerhet ange var gränsen för det tillåtna går i verkligheten".[197]

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 kan emellertid i första hand uppstå vad gäller efterlevnaden av lagen och möjligheterna att kontrollera denna, eftersom det inte är särskilt troligt att motparten väcker talan.[198] I och med att exploatören oftast själv har ett intresse av att exploateringen genomförs, kan han 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. På så sätt har det i praktiken uppstått en praxis som i vissa fall kan tänkas strida mot gällande lagstiftning och mot offentligrättsliga principer.

Enligt Plan- och byggutredningen är det allvarligaste problemet med förhandlingsplanering risken för tidiga bindningar och att medborgarnas rätt till insyn och därmed påverkan begränsas. Risken finns också att kommunen anser sig ha bundit sina möjligheter att utöva myndighet om den i avtal "förpliktat sig" att anta en detaljplan med visst innehåll. Utredaren föreslog därför att detaljplaneringen skall ske i ett tidigare skede och därmed ligga ett steg före avtalsprocessen. Genom att översiktsplaneringen förstärks anses möjligheterna till medborgarinflytande förbättras. Vidare föreslogs ändringar i reglerna om regionplanering på så sätt att förhandlingsöverenskommelser skall kunna underkastas regionplaneringens förfaranderegler enligt PBL. Därmed skulle det skapas garantier för medborgarinflytande och minskade risker för bristande miljöhänsyn genom överexploatering. Några direkta

[197] Se Hornsved 1991 s. 16. Se även SOU 1996:168 s. 335.

[198] Se även Miller 1993 s. 32, s. 36 och s. 44.

lagstiftningsåtgärder för att framtvinga en sådan ordning ansågs dock inte erfordras.[199]

I de genomförandeavtal som samlats in anges som en allmän förutsättning för att avtalet skall gälla att kommunfullmäktige genom beslut som vinner laga kraft dels godkänner avtalet, dels att detaljplanen antas genom lagakraftvunnet beslut. Skulle dessa förutsättningar inte uppfyllas anges att avtalet till alla delar är förfallet, utan krav på ersättning från någondera parten.[200]

Genomförandeavtalen innehåller ofta klausuler om att viss gemensam mark skall överlåtas till kommunen eller till en anläggningssamfällighet. En *utfästelse* om att överlåta fast egendom är emellertid inte lagligen bindande. Trots ett ingånget avtal kan man alltså inte tvingas att överlåta den aktuella marken och någon skadeståndsskyldighet uppstår vanligtvis inte. Om ett särskilt åtagande att betala skadestånd gjorts utgår ersätt-

---

[199] Se SOU 1994:36 s. 315 f. Utredningen konstaterar att avtal om exploateringsföreträde även har konkurrensaspekter, men LOU inte är tillämplig när kommunen säljer mark. Den torde därför inte heller omfatta exploateringsavtal, såvida detta inte till sin natur egentligen skulle vara att betrakta som ett rent entreprenadavtal. När kommunen överlåter mark till exploatören i samband med genomförandeavtal har förhandlingsplaneringen ofta föregåtts av någon form av konkurrensupphandling, med anbudstävlingar eller liknande. Risken för eventuella konkurrensbegränsande förfaranden anser utredaren dock minska, om projekten offentliggörs innan några avtal sluts. Om förhandlingsplaneringen rör mark som sedan tidigare ägs av exploatören, uppstår naturligtvis inte någon konkurrenssituation. Se a.a. s. 313 och s. 316 f. Jfr Miller 1993 s. 50 f. I *RÅ 1974 A 1696* hade kommunfullmäktige godkänt ett exploateringsavtal med en exploatör för bostadsbebyggelse utan att infordra anbud från flera anbudsgivare. RegR ansåg inte att det då gällande upphandlingsreglementet omfattade förevarande typ av avtal. Upphandlingsreglerna torde normalt vara tillämpliga på exploateringsavtal bara i fall där exploateringsavtalet egentligen är ett entreprenadavtal eller där entreprenadinslaget står för en övervägande del av avtalet. Det hör dock till sällsyntheterna att en kommun upphandlar en exploatering eller del därav och dessutom betalar för densamma. Enligt 6:19 PBL kan LSt på ansökan av kommunen förordna att mark som enligt förslag till detaljplan behövs för allmänna platser utan ersättning skall överlåtas till den som är huvudman för allmänna platser. Beslutet måste sedan meddelas innan detaljplanen antas. Om det skälighetskrav som LSt har att pröva är uppfyllt, finns möjlighet för kommunen att med stöd av förordnandet uppnå en viss garanti för att exploatören fullföljer sitt åtagande att överlåta eller upplåta mark för allmänna platser. Se Hornsved 1991 s. 20.

[200] Se bilaga 9 § 2. I enlighet med vad som anfördes ovan kan man dock tänka sig fall där ersättning skall utgå enligt det negativa kontraktsintresset, om kommunen givit motparten någon särskild anledning att förlita sig på att ett beslut skall fattas i enlighet med det ingångna avtalet.

ning för det negativa kontraktsintresset. Av vikt är alltså att överlåtelsen – antingen direkt i genomförandeavtalet eller i en separat överlåtelsehandling – uppfyller JB:s regler för överlåtelse av fast egendom. Vad gäller överlåtelse till en anläggningssamfällighet föreligger den prekära situationen att den vid avtalstillfället ännu inte bildats och att den heller inte är avtalspart. Om sådan skall bildas för att omhänderha vägmark och annan gemensam mark inom området finns dock särskilda regler för rättten att nyttja marken i anläggningslagen. Avtalet kan därför innehålla en bestämmelse om att exploatören – även utan ersättning – upplåter marken till samfälligheten.[201]

Vad gäller de närmare villkoren för genomförande av det aktuella avtalet regleras dessa relativt ingående. Vad gäller marköverlåtelser friskriver sig kommunen från *alla* anspråk som kan komma att riktas mot kommunen *till följd av egendomens skick*. Det påpekas särskilt att kommunen fritar sig ansvaret för områdets geotekniska beskaffenhet, men att vad som i övrigt stadgas i jordabalkens regler om köp av fast egendom skall gälla.[202] Man kan tänka sig att den här typen av avtalsvillkor skulle kunna vara oskäligt mot medkontrahenten om det rör sig om en generell friskrivning och kommunen känt till omständighet avseende marken som var dold för köpare och som den borde ha *upplyst* denne om, t.ex. att risk finns för att den till följd av tidigare verksamhet på området kan komma att behöva saneras. En friskrivning kan visserligen ge köparen anledning att företa ytterligare undersökningar, men friskrivningar av typen "befintligt skick" är som regel alltför intetsägande för att friskrivningen skall medges rättsverkan. En sådan klausul medför därför inte någon nämnvärd förändring av utgångsläget.[203]

Vidare uppställer kommunen mer eller mindre detaljerade krav avseende gatu- och va-avgifter, exploateringsavgifter, gemensamhetsanläggningar, servitut, fastighetsbildning, tids- och etableringsplan m.m.[204]

---

[201] Se Hornsved 1991 s. 118 f.

[202] Se bilaga 9 § 3.

[203] I vissa avtal anges att kommunen saknar detaljerade kunskaper om grundläggningsförhållandena inom exploateringsområdet och därför *uppmanar* exploatören att på egen bekostnad låta sakkunnig utföra en detaljerad grundundersökning för att utvisa behov av pålning, sprängning eller andra grundförstärkningsåtgärder. Exploatören skall själv till fullo svara för sådana grundläggnings- och grundförstärkningskostnader. I något fall framgår av avtalet att exploatören skall vara medveten om att radonundersökning inom exploateringsområdet visat att marken är lågradonmark. Se bilaga 9 § 16.

[204] Se bilaga 9 bl.a. §§ 4–5, 8–11, 14, 17 och 19.

Kommunen förklarar sig även avstå från sin förköpsrätt enligt förköpslagen i samband med exploatörens försäljningar av fastigheter inom exploateringsområdet.[205] Som nämndes i avsnitt 5.5.1 kan en kommun enligt 4 § förköpslagen förklara sig *avstå* från att utöva sin förköpsrätt i fråga om en eventuell försäljning av en fastighet och på så sätt till viss del sägas binda sin framtida myndighetsutövning. Att *bara* genom en avtalsklausul förplikta sig att inte utnyttja sin förköpsrätt torde inte ha någon egentlig inverkan på kommunens rätt att faktiskt utnyttja sina möjligheter till förköp. Bundenheten föreligger i detta fall således inte till följd av avtalet utan gränserna för denna dras enligt vad som stadgas enligt förköpslagen. Ett sådant avtalsvillkor kan dock grunda ersättningsskyldighet för kommunen.

Genomförandeavtal innehåller ofta en klausul om att byggherren inte utan kommunens skriftliga medgivande får överlåta avtalet på annan.[206] Ett sådant stadgande innebär dock inte förbud för exploatör som samtidigt är markägare att sälja marken innan exploateringen är färdigställd. Ett sådant överlåtelseförbud torde inte kunna avtalas med bindande verkan i samband med att exploateringsavtal ingås. Om en överlåtelse av marken skulle ske innan kommunen antagit detaljplan för området, har kommunen möjlighet att kräva ett nytt genomförandeavtal ingås med den nye ägaren innan planförslaget antas. Om exploatören säljer marken när planen redan antagits har han inte avhänt sig de skyldigheter mot kommunen som följer av avtalet, men genom marköverlåtelsen kan han i praktiken ha förlorat möjligheten att uppfylla sina förpliktelser. Kommunen är i sådana fall berättigad till skadestånd för avtalsbrottet, men saknar samtidigt möjligheter att med stöd av avtalet tvinga den nye fastighetsägaren att fullfölja det avtal som fanns med den tidigare ägaren. Kommunen kan därför i avtalet infoga en vitesklausul, eller kräva att exploatören ställer någon säkerhet för sitt åtagande, för att försöka minimera risken för överlåtelse.[207] Avtalen föreskriver därmed ofta att exploatören som en garanti för att han skall fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet, efter fullmäktiges godkännande av detta, skall ställa godtagbar säkerhet till kommunen till dess att hela området är bebyggt, godkänt och

[205] Se bilaga 9 § 20.
[206] Se bilaga 9 § 23.
[207] Se även Hornsved 1991 s. 21 f.

slutbesiktigat.[208] Det är också vanligt att avtalet föreskriver att exploatören vid avvikelser från avtalet skall erlägga vite till kommunen.[209] Kommunen brukar dessutom friskriva sig från alla ersättningsanspråk från grannfastigheter för eventuella rättsprocesser som kan uppstå till följd av den genomförda exploateringen.[210] En sådan klausul kan te sig som hård mot exploatören eftersom områdets användningsområde trots allt fastställts i detaljplanen. Kommunen torde i sådana fall i stor utsträckning vara ansvarig för att planen erhållit en mer eller mindre olycklig utformning. Skulle ersättningsanspråken hänföra sig till brister i av exploatören bedriven verksamhet blir situationen en annan.

Tvist rörande tolkning av genomförandeavtalet skall avgöras av allmän domstol. I vissa fall föreskrivs att tvist om den *fastställda* detaljplanens huvudsakliga överensstämmelse med förslaget skall avgöras av skiljemän.[211]

7.4.3 Avtalsvillkor i plankostnadsavtal

Som nämndes i avsnitt 5.4.3 kan som ett alternativ till avgiftsuttag enligt PBL ett *plankostnadsavtal* komma att ingås. Generellt gäller att en kommun inte får fastställa taxenormer eller ta ut avgifter utan lagstöd. Av motiven till PBL framgår emellertid att plankostnad kan uttas genom ett särskilt exploateringsavtal. Exploatören ses i dessa fall som en utomstående uppdragsgivare som skall ersätta de faktiska kostnaderna för den detaljplan som kommunen arbetar fram.[212]

I bilaga 8 återges ett exempel på hur ett sådant avtal om täckande av plankostnad kan vara utformat. Som en avtalsförutsättning anges att parterna förutsätter att planarbetet startas och bedrivs med syfte att kommunen före visst angivet datum skall kunna anta den ändrade detaljpla-

---

[208] Se bilaga 9 § 12. I andra fall anges att för rätta fullgörandet av sina skyldigheter enligt avtalet, skall exploatören senast en månad före arbetenas påbörjande inom exploateringsområdet ställa en bankgaranti som säkerhet till ett värde av ... kronor; denna garanti skall på exploatörens begäran successivt nedsättas allt eftersom anläggningarna och byggnaderna färdigställts och slutbesiktigats.

[209] Se bilaga 9 § 13. Vitet kan vara preciserat på olika sätt, t.ex. kan det föreskrivas att för varje påbörjad månad som angiven säkerhet inte ställts skall vite utgå med visst belopp.

[210] Se bilaga 9 § 18.

[211] Se bilaga 9 § 24.

[212] Se prop. 1985/86:1 s. 797.

nen.[213] Avtalet reglerar sedan fördelningen av den kostnad som uppstår mellan parterna i samband med deras åligganden vid upprättandet av detaljplan över visst område. Som framgår av avtalet innebär detta att exploatören står för *alla kostnader* i samband med detaljplaneprövningen och framtagandet av detaljplanen.[214] Gränserna för vad som är tillåtet måste dock bedömas utifrån de förutsättningar som anges enligt de lagar som styr kommunernas avgiftsuttag på området. En alltför långtgående betalningsskyldighet torde därför kunna strida mot såväl kommunalrättsliga principer, t.ex. självkostnadsprincipen, som mot avtalslagen. Lagligheten av sådana avtal måste även bedömas utifrån relevanta regler i PBL och FL. Vidare kan eventuella konkurrensaspekter inverka på grund av kommunens planmonopol.

Oftast finns någon form redogörelse för hur kostnaderna skall fördelas om planarbetet i något skede avbryts. Går processen så långt som till att avtalet stupar på att detaljplanen inte vinner laga kraft, är exploatören i de allra flesta fall enligt avtalet förpliktad att ersätta kommunens samtliga nedlagda kostnader.[215] Huruvida ett sådant villkor är oskäligt måste i det enskilda fallet vara beroende av i vilken omfattning den enskilde förlitat sig på att kommunen handlagt ärendet på ett korrekt sätt.

7.5 Sammanfattning och slutsatser vad gäller ogiltighetsregler av betydelse för kommunens avtalsvillkor

Avtals ogiltighet kan grundas på såväl offentligrättsliga som avtalsrättsliga regler och principer. Den offentligrättsliga ogiltigheten hänger ofta samman med olika kompetensfrågor vid avtalsingåendet eller olika typer av överskridande av offentligrättsliga principer. Reglerna är i

---

[213] Se bilaga 8 § 2. Vidare anges att avtalet gäller under villkor att det godkänts dels av exploatören, dels av kommunfullmäktige genom beslut som vinner laga kraft. Se bilaga 8 § 14.

[214] Se bilaga 8 §§ 3–6. Oftast åligger det exploatören att på egen bekostnad tillhandahålla utredningsarbete eller planprojekteringsunderlag i syfte att klargöra markanvändningen genom illustrationer över tänkt bebyggelse och andra upplysningar eller fakta som är av betydelse för planens upprättande. Se § 4. Ibland upptas kostnadsspecifikationen direkt i avtalet. Rör det sig om en enkel detaljplan anges ofta en bestämd beräknad summa. Rör det sig om en s.k. liten plan, eller mer avancerade detaljplaner, specificeras oftast de olika kostnaderna för att arbeta fram planen. Se § 6.

[215] Se bilaga 8 § 7.

första hand tänkta som en garanti för den enskildes rättssäkerhet. Inom avtalsrätten ingår begreppet ogiltighet först och främst i den konfliktlösning som kan aktualiseras mellan två avtalsparter, till följd av någon felaktighet vid avtalsingåendet. Därutöver kan olika närings- eller konkurrensrättsliga regler komma att inverka på avtalsförhållandet.

Som anfördes ovan kan ett avtal eller samtycke från en enskild *inte ersätta ett uttryckligt lagstöd* som reglerar vad det allmänna får eller inte får göra. Således kan ett samtycke från enskild heller *aldrig* bota bristande kompetens hos den myndighet som ingår avtalet. Sådant avtal kan förmodligen i de flesta fall förklaras ogiltigt av såväl förvaltningsdomstol som allmän domstol. Detsamma gäller om det allmänna grundat ett beslut på ovidkommande hänsyn eller om någon form av tvångssituation förelegat med följd att den enskilde på grund av beroendeställning känt sig föranlåten att ingå avtalet. Någon avgörande betydelse kan i dessa fall inte läggas vid själva samtycket.

Som en följd av detta är utgångspunkten att det allmänna i avtal inte kan uppställa villkor om krav på prestation, vederlag eller avgift utöver vad det enligt lag har rätt uppställa, t.ex. betalning för att bevilja ett bygglov. I förvaltningsrättslig praxis föreligger flera exempel på att det allmänna ställt oacceptabla krav på enskild motpart, se t.ex. RÅ 1923 ref. 65, RÅ 1930 ref. 31, RÅ 1968 ref. 8 och JO 1960 s. 393. I dessa fall grundade sig ogiltigheten på att det allmänna saknade lagligt stöd för att ålägga motparten de i målen aktuella förpliktelserna. I *RG 1969 s. 325* hade dock kommunen tagit ovidkommande hänsyn när den missbrukat sin befogenhet att ge dispens som ett medel för att påverka priset på en fastighet som den ville förvärva till ett så lågt pris som möjligt.

Utöver de uttryckliga offentligrättsliga principer som gäller vid myndighetsutövning kan läran om illojal maktanvändning även komma till användning när det allmänna med stöd av sin fria beslutanderätt agerat på ett otillbörligt sätt. Även om lagligheten av ett uppställt villkor inte prövats genom överklagande av förvaltningsbeslut kan ett överskridande av offentligrättsliga regler vid en prövning i allmän domstol leda till att ett avtalsvillkor bedöms vara ogiltigt, enligt de rättsprinciper som slagits fast i NJA 1980 s. 1. Ogiltighet skulle således kunna föreligga om kommunen genom att ingå ett avtal kräver motprestationer som saknar samband med det frågan egentligen rör, dvs. genom olika avtalsvillkor lägger vikt vid ovidkommande hänsyn som krav för att fatta ett viss beslut. Vidare torde det vara oskäligt att kräva motprestationer som framstår som *grovt oskäliga* för den enskilde, t.ex. att kommunen utnyttjar sin mono-

polställning genom att kräva ett osedvanligt stort vederlag för något som kommunen tillhandahåller. Eftersom kommunen inte utan lagstöd kan kräva avgifter kan man tänka sig att kommunen vid ett avtalsingående *utnyttjar* sina maktbefogenheter till att genom en hög köpeskilling ta ut ett visst överuttag. Även om det förvisso är exploatörens sak, genom att själv beräkna sina vinstutsikter, att bedöma den begärda köpeskillingen torde det, om kringgåendet av lagreglerna är alltför uppenbart, finnas utrymme för att villkoret skall bedömas som ogiltigt. Det kan därför ur rättslig synpunkt bli olika bedömningar av rättsläget beroende på hur ett eventuellt överuttag redovisas i avtalet. Ett avtal torde också kunna bedömas vara oskäligt om kommunen begär en motprestation som på ett *osakligt sätt* skiljer den enskilde från andra medborgare i motsvarande situation.

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 – vilket också en rad rättsfall tyder på. Visst hänsyn måste förvisso tas till att det rör sig om ett avtalsförhållande, där en bedömning måste göras av vilka förpliktelser medkontrahenten egentligen accepterat och vad han erhåller i utbyte, men det är av stor vikt att även de offentligrättsliga regler som är avsedda att tillgodose den enskildes skyddsbehov beaktas av rätten vid den civilrättsliga prövningen. Eftersom en laglighetsprövning endast tar sikte på om något kompetensöverskridande förelegat vid beslutet att ingå avtalet är allmänna domstolar ofta den enda instans som kan pröva vad som regleras i avtalet. Inte heller vid ett överklagande av ett vanligt förvaltningsbeslut görs någon prövning av om ersättning skall utgå till följd av att beslutet att ingå avtalet upphävts.

Vad gäller allmän domstols kompetens att pröva offentligrättsliga frågor kan balansgången ofta vara svår och i vissa fall kan gränsen mot vad som skall prövas genom överklagande till förvaltningsdomstol vara svår att urskilja. Även om någon prövning av *beslutet* att ingå avtalet inte görs av allmän domstol kan en bedömning av de regler som kommunen har att ta hänsyn till vid sitt beslutsfattande och avtalsingående göras. Detta kan vara särskilt viktigt i de fall någon förvaltningsrättslig prövning av ogiltighetsfrågan inte gjorts till följd av att beslutet inte överklagats till förvaltningsdomstol. Domstolen behöver dock inte direkt åberopa offentligrättsliga regler för att motivera att ett avtal eller ett avtalsvillkor är oskäligt. I enlighet med utgången av NJA 1980 s. 1 innebär ett överskridande av offentligrättsliga regler till att ett avtalsvillkor är oskäligt enligt

de avtalsrättsliga ogiltighetsreglerna eller att det eventuellt kan jämkas enligt 36 § AvtL.

När det gäller avtal som ingås avseende offentlig verksamhet, t.ex. i form av entreprenad på socialrättens område, är det svårt att tänka sig att enskild skulle kunna få gehör för att ogiltighet föreligger så länge de krav som uppställs i offentligrättslig lagstiftning är uppfyllda. Det skulle i så fall vara om något krav som uppställts i civilrättslig lagstiftning – t.ex. olika typer av formkrav vad gäller fastighetslagstiftning, uppsägning enligt hyreslagstiftning eller anställningsförhållanden enligt arbetsrättsliga regler – inte efterlevs.

När det å andra sidan rör sig om de avtal som undersökts på plan- och bygglagstiftningens område blir situationen mer komplicerad. Vad gäller den avgift som fastighetsägaren vid ett avtal om parkeringsköp har att erlägga för de tillhandahållna parkeringsplatserna torde självkostnadsprincipen vara en rimlig utgångspunkt vid beräkningen av ersättning till kommunen för andel i uppförd parkeringsanläggning.

De avtal om parkeringsköp som brukar benämnas avlösen anses utgöra en form av nyttjanderättsavtal. När det preciserats vilka platser i en parkeringsanläggning som avtalet gäller bör detta därför bedömas utifrån de regler om lokalhyra som finns i 12 kap. JB. Inom detaljplanerat område får sådant avtal gälla högst 25 år, 7:5 1 st. JB. Om inte annat avtalats är hyresavtal som avser bestämd tid bindande för den tid avtalet avser, t.ex. 25 år. Har inte någon bestämd tid avtalats gäller nio månaders uppsägningstid, 12:4 1 st. 2 p. JB. Vanligtvis regleras dock frågan om såväl avtals- som uppsägningstid i avtalet. Komplikationer kan dock uppstå om det i avtalet anges att avtalet endast får ändras eller sägas upp efter godkännande av byggnadsnämnden. Om risk föreligger för att den kommunala parkeringsanläggningen vid en sådan uppsägning i stor utsträckning kommer att stå outnyttjad, kan man tänka sig en situation där byggnadsnämnden inte gärna accepterar att fastighetsägare häver avtalet till förmån för ett annat alternativ. Byggnadsnämnden torde i sådana fall anses ta ovidkommande hänsyn vid sitt beslutsfattande om den värnar om "sitt" avtal om parkeringsköp med motparten och, under förevändning att det antal platser som fastställts enligt parkeringsnormen inte skulle tillgodoses, vägrar godkänna ett likvärdigt alternativ och det visar sig att kommunens skäl för detta är rent ekonomiska. Sådana frågor kan i första hand prövas av förvaltningsdomstol. Sådana inslag i avtalen om parkeringsköp – åtminstone i fall där ett "latent tvång" föreligger i den aktuella avtalssituationen – skulle kunna ifrågasättas även på civilrättslig grunder. I detta

fall skulle lagligheten av själva villkoret, att förbehålla sig rätten att godkänna en uppsägning av ett avtal genom att kräva att den ursprunglige avtalsparten skall skaffa en annan köpare av de aktuella parkeringsplatserna, kunna prövas, se bilaga 7 § 11.

Även vid genomförandeavtal kan lagligheten av vissa avtalsvillkor ifrågasättas. Sålunda kan inte kommunen med bindande verkan i avtalet infoga klausul om att den förbinder sig att fatta planbeslut i enlighet med avtalet, se RÅ 1967 ref. 25 och RÅ 1991 ref. 59. Inte heller kan klausul om fastighetsköp på grund av de speciella formkrav som gäller för fastighetsförvärv ses som annat än ett föravtal. På samma sätt torde kommunen sakna möjlighet att förplikta exploatör i större omfattning än vad såväl offentligrättslig som civilrättslig tvingande lagstiftning medger, t.ex. ifråga om erläggandet av olika avgifter, överlåtelseförbud och vem som skall bekosta uppförandet av olika samfällighetsanläggningar, se t.ex. NJA 1980 s. 1.

Problemet är dock att exploatören kan ha ett så stort intresse av att den aktuella exploateringen av marken genomförs att denne, i strid med vad som ovan anförts, förpliktar sig att prestera utöver vad som kan krävas enligt den offentligrättsliga lagstiftningen. I det avseendet kan således en kommun sägas vara en så stark avtalspart att den genom att erbjuda ett nog stort "byte", kan binda enskild utöver vad gällande rätt tillåter.

Kapitel 8

Kommunens möjlighet att ensidigt ändra förutsättningarna för avtal

Det måste först konstateras att det är principiellt viktigt att det allmänna kan binda sig genom ett avtalsingående. Så har t.ex. staten möjlighet att inom lagliga ramar välja det alternativ som framstår som lämpligast när det gäller att reglera en situation, eftersom avtalet även för staten är ett oundvikligt hjälpmedel i dagens samhälle. Det allmänna använder sig av avtal när det skall låna pengar, vid byggande av vägar, sjukhus och flygplatser eller när det köper in utrustning till försvaret. Frågan hur eventuella konflikter skall lösas blir därmed också beroende av det instrument som valts för att reglera mellanhavandet.[1] De enskilda parterna åtar sig i dessa situationer större eller mindre förpliktelser och utgår vanligtvis från att det allmänna skall stå vid sin del av avtalet och respektera detta som om det ingåtts av två enskilda subjekt. Systemet skulle inte fungera om det allmänna ensidigt skulle kunna frångå de avtal som ingåtts.[2]

En central avtalsrättslig fråga blir följaktligen det allmännas möjligheter att direkt eller indirekt ändra ingångna avtal eller förutsättningarna för dem. Det måste t.ex. anses stå riksdagen fritt att ändra skattelagstiftningen, miljö- och säkerhetsföreskrifter samt även andra regler för verksamhet där avtal med staten föreligger.[3] Även kommunfullmäktige har möjlighet att förändra förutsättningarna för ingångna avtal genom att

---

1 Se även Herlitz 1963 s. 649.

2 Se även Brækhus 1975 s. 18 f.

3 Se t.ex. *Rt 1955 s. 1155*, där avgift enligt koncessionsvillkor inte ansågs hindra att bolag påfördes skatt enligt senare tillkommen lagstiftning, och *Rt 1961 s. 1372*, där ett bolag, trots koncessionsvillkor, inte ansågs böra behandlas på annat sätt än koncessionsfri verksamhet i förhållande till senare lagstiftning. Däremot ansågs staten, utan att rätten tog ställning till om ett utvinningstillstånd till viss del skulle ses som ett avtal eller i sin helhet skulle bedömas enligt förvaltningsrättsliga regler, i *Rt 1985 s. 1355* inte ensidigt ha rätt att ändra betalningsperioderna för produktionsavgift för oljeutvinning.

ändra budgetramarna för bidragsfinansierad verksamhet, t.ex. alternativ förskoleverksamhet med privat huvudman. Kommunen tar även ut olika typer av avgifter. Dessa beslut är emellertid 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 ensidigt ändra *beslut* och *förutsättningar* för ingångna avtal respektive civilrättsliga möjligheter att *ändra avtal.*

8.1 Normgivning och partsautonomi

Den offentliga makten utövas under lagarna och i likhet med enskilda måste därför även det allmänna rätta sig efter de rättsregler som gäller på det aktuella området när det ingår avtal. En grundläggande princip vid avtalsingående anses sedan länge vara partsautonomin. Avtalsfriheten i det marknadsekonomiska systemet ger parterna rätt att själva bestämma avtalsvillkoren och de enskilda parterna anses vara fria att utan intrång utifrån reglera sina mellanhavanden. För att det allmänna skall anses ha behörighet att gripa in i ett avtalsförhållande mellan två parter måste grunden härför finnas i lag.[4]

Som en motpol till det allmännas intresse att *främja* fri konkurrens inom näringslivet finns i olika situationer behov av att *reglera* ekonomisk verksamhet. Syftet kan t.ex. vara att stävja inflation, trygga sysselsättning, skapa en tillfredsställande handels- och betalningsbalans eller att tillgodose andra samhällsekonomiska intressen. I sådana fall kan det vara motiverat att det allmänna reglerande griper in i enskilda avtalsförhållanden. Detta kan t.ex. ske genom förbud mot indexklausuler, krav på prisfastställelse eller genom att bara tillåta de som meddelats koncession att bedriva viss verksamhet. Även *socialpolitiska syften* kan ställa krav på avtalsparter som utövar ekonomisk verksamhet. Det kan t.ex. anses nödvändigt att till avtal koppla förmåner utöver de överenskomna – pensioner, er-

[4] Se t.ex. det konsumentskydd som finns i ett flertal lagar.

sättning under sjukdomstid, olycksfallsförsäkring etc. För motparten kan då, åtminstone delvis, uppkomma motsvarande förpliktelser, bl.a. i form av kontraheringsplikt med försäkringsgivare. För att skapa erforderlig grundtrygghet har det även ansetts motiverat att samhället griper in genom särskilda regleringar vid t.ex. hyresförhållanden.[5]

Det är främst olika rättspolitiska intresseavvägningar som bestämmer i vilken utsträckning och på vilka sätt det anses motiverat att genom lag gripa in i avtalsförhållanden. Generellt kan sägas att lagstiftaren funnit skäl att ingripa när ingående av avtal, innehållet i avtal eller avtals fullgörande ansetts hota eller åsidosätta avtalsparts eller tredjemans skyddsvärda intressen. Sådant intresseskydd utgör det primära motivet för intervenerande lagstiftning på det avtalsrättsliga området. Därtill ankommer det på lagstiftaren, enligt dess allmänna uppgift att främja ordning och stadga i ekonomisk verksamhet, att reglera avtal genom dispositiva stadganden, för att på så sätt ge avtalsparterna vissa normer att ha som utgångspunkt och framförallt att öka säkerheten i transaktioner som sker genom avtal. Dessa binder avtalsparterna, om de inte avtalsvägen avvikit från dessa.[6]

Samhällsutvecklingen och ändrade förhållanden inom den privata sektorn kan dock motivera att samhället, organisationer och enskilda avtalsparter skapar eller godtar nya normtyper. Avtalsrättens normsystem är relativt öppet och rättsnormernas styrka kan växla från dispositiva eller indispositiva regler till normer som närmast har karaktär av riktlinjer eller rekommendationer, som allmänna rättsskyddsprinciper etc.[7] Det kan därför uppstå frågetecken kring hur å ena sidan *avtalade föreskrifter och villkor* och å andra sidan *lagnormer* skall anpassas till varandra. Avtalsnormerna kan därför behöva *kompletteras* med andra, subsidiära, normer i form av kutymer, prejudikat etc. Vidare kan dispositiv lag träda in i ett avtalsförhållande när parterna själva låtit bli att utforma regler om den företeelse som den aktuella lagen normerar. Dispositiv lag är i den meningen ovillkorligt bindande. Strider däremot ett avtal mot tvingande lag föreligger en reell normkollision där den tvingande lagen har prioritet.

---

[5] Se Taxell 1987 s. 21 f.

[6] Se Taxell 1987 s. 22 f.

[7] Se Taxell 1987 s. 64. Han framhåller vidare att "[s]tyrkegraderingen är en konsekvens av två i motsatt riktning verkande krafter: å ena sidan behovet av en fast reglering och av skydd för olika intressen, å andra sidan parternas handlingsmöjligheter enligt avtalsfriheten. Avtalsrätten behärskas av bägge dessa krafter. Normstyrkan bestäms främst av de syften som rättsnormerna skall tillgodose." Se a.st.

En sådan reglering sätter därmed de yttre gränserna för parternas i princip fria regleringskompetens.[8]

Frågan om hur skyddad en avtalspart är mot framtida lagstiftning är gemensam för alla slags avtal. Detta gäller också självfallet vid avtal där det allmänna är part. Även om man *utgår* från att ett avtal är bindande så är det inte självklart att det måste respekteras oavsett vad som händer.[9]

Genom att normgivningskompetensen tillkommer det allmänna blir en viktig fråga i vad mån det har möjlighet att ändra normer och förutsättningar av betydelse för ett ingånget avtal eller att ensidigt frånträda ett avtal.[10] 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 taxe- 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 frigöra sig från ett avtal.

Nedan skall först redogöras för de privaträttsliga förutsättningarna att ändra ett avtal och ändringar till följd av ändrade förutsättningar. Sedan redovisas de offentligrättsliga möjligheterna till ensidig ändring av beslut etc. Därefter analyseras det allmännas möjligheter att ensidigt ändra avtalsvillkor samt möjligheterna att genom lagstiftning ändra förutsättningarna för ingångna avtal.

8.2 Avtalsrättsliga principer om avtalsbundenhet

8.2.1 Pacta sunt servanda

Avtalsrätten vilar på principen att avtal skall hållas. Principen om *pacta sunt servanda* tillhör den oskrivna lag som är tänkt att framförallt gälla mellan handelsmän världen över, den *s.k. lex mercatoria*, och har länge setts som en hörnsten i marknadsekonomiska samhällssystem, men även i ett plan-

---

[8] Se Taxell 1987 s. 64 ff.

[9] Ett sätt som man i praktiken valt för att slippa undan att ta ställning till problemen är att ha korta avtalstider, kanske ned mot ett år. När avtal löper över längre tid ökar ju risken för att förutsättningarna för detta på något sätt kan förändras. Enligt vad som anfördes under avsnitt 4.6 torde numer LOU i stor utsträckning sätta gränserna för vilka avtalstider som är möjliga att avtala om.

[10] Se även Andersen 1965 s. 479.

ekonomiskt system ses avtalet som ett viktigt instrument.[11] Rättsordningen står också till förfogande för att effektivt hjälpa till att framtvinga de avtalade förpliktelserna. Sentensen är emellertid inte något annat än en utgångspunkt och principen gäller inte utan undantag.[12] Intresset måste därför koncentreras på de undantag som kan göras.[13]

Den klassiska konflikten inom avtalsrätten står mellan principen att avtal skall hållas och principen att alla avtal vilar på ett tyst förbehåll att förhållandena inte väsentligen ändras – den från glossatorerna hämtade läran om *clausula rebus sic stantibus*.[14] För att säkerställa att den principiella avtalsbundenheten skall stå fast och vara förutsebar, framförallt gentemot godtroende kontrahent, har man i rättsordningen eftersträvat en stark begränsning av möjligheten att jämka avtalsförpliktelser beroende på ändrade förhållanden. Man har inte velat ge de rättstillämpande myndigheterna "fria händer" att, efter allmänna principer om "tro och heder" eller oskälighet, jämka avtalsförpliktelserna. Motiveringen för ett ingrepp i avtalet är vanligen att förändringen skall ha varit av sådan typ och omfattning att den överhuvudtaget inte kan anses innefattad i avtalsunderlaget och därmed i den riskfördelning som, med hänsyn till avtalstypen och individuella moment, kan anses ligga i avtalet. Syftet med ett avtal är ju att båda parter skall "tjäna" på det, eller i vart fall att vardera parten skall få en tillfredsställande motprestation som ersättning för sin egen

---

[11] Se ovan del I, samt Adlercreutz 1995 s. 21 och Häyhä 1998 s. 100. I äldre tysk rätt har till och med hävdats att principen inte enbart gäller för avtalsrätten, utan är giltig för hela rättsområdet – således även på det offentligrättsliga området. Se Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1920 s. 47 f., som hävdade att satsen pacta sunt servanda var levande även inom förvaltningsrätten. *Adolphson* ansåg dock att satsen långtifrån var självklar inom *svensk* förvaltningsrätt. Se Adolphson 1961 s. 209 ff.

[12] Se t.ex. Hellner, *Pacta sunt servanda*, 1986 s. 335–349, där han beskriver begreppets många undantag i lagstiftningen. Han finner dock att det trots allt kan ha sitt viktigaste värde som utgångspunkt i samhället. Tilliten till att människor uppfyller sina åtaganden är en viktig grund för rättsreglernas efterlevnad. Skulle däremot avtalet inte motsvara parts förväntningar har man ju alltid 36 § AvtL som säkerhetsventil. Se även Portin, *Om jämkning av oskäliga avtal*, 1974 s. 323.

[13] Det kan dock vara skäl att påminna om att som en allmän princip gäller att parterna själva disponerar över avtalet. Detta innebär att de *tillsammans* helt eller delvis kan ändra eller upphäva det gamla avtalet, även om detta skulle strida mot innehållet i det gamla avtalet. Se även Adlercreutz 1995 s. 131. Angående avtalsfrihetens princip, se även Lundmark 1996 s. 78–82.

[14] Se t.ex. Portin 1974 s. 326 och Adlercreutz 1996 s. 137. De ändrade förhållandena har i dessa fall inträffat *efter* det att avtalet slöts och förelåg således inte vid tiden för avtalsingåendet.

prestation. Förutsättningarna för avtalet skall alltså 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 krävs att den drabbade parten *varken kunnat* eller *bort inse* händelseutvecklingen.[15]

Ett sådant undantag från avtalsbundenheten kan bero på en *avtalskonflikt*, dvs. en situation när avtalet inte längre efterlevs till följd av att det uppstått någon form av störning som orsakat en intressemotsättning. Det kan t.ex. ha inträffat någon omständighet som helt eller delvis upplöser avtalets bindande verkan. En sådan *ursprunglig rubbning* föreligger när part som grund för befrielse från bundenhet åberopar omständighet som var för handen före eller vid avtalets ingående, t.ex. en ogiltighetsgrund. En *efterföljande avtalsrubbning* innebär att ett giltigt avtal uppkommit men att dess bindande verkan sedermera, helt eller delvis, anses ha upphört, t.ex. som en följd av ändrade förhållanden.

De vanligaste konfliktsituationerna består dock av *avtalsbrott*. Avtalet har inte behörigen fullgjorts då en för avtalet gällande handlingsnorm åsidosatts. På grund av mångfalden av handlingsnormer som gäller i avtalsförhållanden finns det en mängd olika typer av avtalsbrott.[16] Ett avtalsbrott föranleds vanligen av en part, men även en omständighet utanför parternas krets kan leda till att ett avtal upphör, s.k. force majeure.[17] Det rör sig i de här fallen om en onormal händelse, vilken ligger helt utanför vad parterna själva kunnat råda över. Ett kriterium är vanligen att händelsen varken kunnat förutses vid tiden för avtalsingåendet eller att dess verkningar skäligen kunnat undvikas eller förekommas.[18]

Den viktigaste möjligheten att ändra i befintliga avtal ges i 36 § AvtL.[19] I lagrummet sägs att avtalsvillkor får jämkas eller till och med lämnas utan avseende om detta skulle vara att anse som oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheter vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden eller övriga omständigheter. 36 § AvtL uppställer inte heller något ondtroskrav hos rättshandlingens mottagare. Som exempel kan nämnas att part skulle begagna sin överlägsna ställning till att

---

[15] Se även Ramberg & Hultmark 1996 s. 243 f.

[16] Se Taxell 1987 s. 89 f.

[17] Andra använda namn på fenomenet är *Act of God*, *Höhere Gewalt* samt *vis major*.

[18] Som exempel på händelser vilka kan leda till att ett avtal upphör att gälla brukar nämnas naturkatastrofer, krig, *ny lagstiftning* och *statliga ingripanden* m.m. Se även Ramberg & Hultmark 1996 s. 245 ff. och Hellner, *Speciell avtalsrätt II*, 1996 s. 68–72.

[19] Se även Hellner, *Förutsättningsläran rediviva*, 1987 s. 141 och s. 144.

föreskriva villkor, vilkas innebörd motparten inte förstått eller svävar i okunnighet om.[20] Grundläggande för lagrummet är dess breda tillämpningsområde och att det framförallt är till för att skydda den svagare parten i mellanhavandet. Bestämmelsen kan även med fördel användas vid avtal mellan offentliga myndigheter och enskilda.[21]

Kan man till följd av möjligheterna att jämka eller upphäva ett avtal dra slutsatsen att principen om pacta sunt servanda är skakad i sina grundvalar och att termen, genom samhällets intervention i den fria avtalsrätten, skulle vara dubiös? I enlighet med vad *Sandgren* anfört är det så att förmögenhetsrätten fortfarande vilar på principen att givna löften skall hållas, då de flesta avtal som ingås i samhället betraktas som bindande av parterna och de förpliktelser de innebär uppfylls till punkt och pricka. Mot bakgrund av det verkliga livet där grundprincipen om pacta sunt servanda är djupt rotad, väger jämförelsevis undantagsvisa stadganden om motsatsen ganska lätt.[22] Fortfarande förefaller det alltså vara så att satsen pacta sunt servanda utgör utgångspunkten såväl vid lagstiftning som enligt praxis.[23]

Avtalet skiljer sig som rättsakt från ett förvaltningsbeslut genom att det sistnämnda är ett ensidigt beslut medan ett avtal i regel är ömsesidigt

---

[20] Se även Adlercreutz 1995 s. 247 och Hellner 1996 s. 66.

[21] Se prop. 1975/76:81 s. 113 f. och SOU 1974:83 s. 124.

[22] Se Sandgren 1992–93 s. 474. Han menar att anledningen till att inriktningen av argumenteringen bygger på ett antal stadganden avseende undantag från huvudregeln om pacta sunt servanda, är juristernas "oreflekterade vana att fästa vikt vid de tvistiga fallen snarare än vid rättslivets praktik". Se a.st. not 92. Se även a.a. s. 650.

[23] Se även Godenhielm, *Bristande förutsättningar i rättspraxis*, 1989 s. 45. Se även *Grönfors* som anser det vara tydligt att *avtalsförändringar*, i stället för att försvaga avtalsbundenheten, tvärtom *förstärker* den eftersom det viktiga är att *avtalets ändamål* uppfylls. Det föreligger därför ingen motsättning mellan satsen pacta sunt servanda och jämkning och omskrivning av avtal. Se Grönfors, *Avtal och omförhandling*, 1995b s. 33. En förutsättning för att kunna omförhandla ett avtal är dock, om inget annat framgår av avtalsvillkoren, att parterna är överens om att så skall ske. Den ena avtalsparten kan i princip inte *ensidigt* tvinga motparten till omförhandling. Se även Grönfors 1995b s. 61. Jfr i äldre doktrin t.ex. Guldberg, *Om bristande förutsättningar vid avtal*, 1953 s. 13.

förpliktande.[24] Utgångspunkten måste vara att det allmännas avtal omfattas av det avtalsrättsliga regelverket, men att vissa modifieringar måste göras på grund av offentligrättsliga krav. Det är karakteristiskt att de avtal som det allmänna ingår och som inte är av rent privaträttslig karaktär, är underkastade betydligt mer nyanserade regler,[25] eftersom ett avtal får större eller mindre offentligrättsliga inslag när det allmänna använder sig av avtalskonstruktioner i sin verksamhet. Bedömningen måste då i stor utsträckning bygga på generella och skönsmässiga inslag på så sätt att en helhetsbedömning görs, där man tar hänsyn till hur starka inslagen av myndighetsutövning är. Det blir i det konkreta fallet även anledning att se på i vilken utsträckning det är fråga om ömsesidiga prestationer. Den yttre formen kan också visa om parterna haft för avsikt att det allmänna skall anses ha varit avtalsrättsligt bundet. En enskild anses dessutom normalt ha större anledning att förlita sig på att en situation skall vara bindande om den utformats som ett avtalsvillkor. Om det allmänna över huvud skall kunna använda sig av avtal inom det offentligrättsliga området, måste även principen om pacta sunt servanda gälla mellan parterna.[26]

---

[24] *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. I hvert fald er der adskillige eksempler på, at forfatterne kredser om gensidighedstanken ...". Se Mathiassen 1974 s. 198. Se även a.a. s. 95–103 och s. 163 f.

[25] Se Revsbech 1989 s. 118–121. För den skull förutsättningarna skulle ändras hävdar han på tyskt maner att dessa avtal troligen är enklare att upphäva och ändra. Jfr emellertid rättsfallet *UfR 1976 s. 359 H*, mellan en kommun och ett landsting, vilket talar mot Revsbechs resonemang, även om rätten var oenig och hela sex av de totalt 13 ledamöterna var av skiljaktig mening. Se även Andersen 1965 s. 479 f.

[26] Se Frihagen 1991 s. 339. Rent principiellt torde därför det allmännas motpart omfattas av principen om pacta sunt servanda i samma utsträckning som det allmänna. Den fråga som kan bli viktig från den enskildes synpunkt är väl närmast om den enskilde kan *befrias från sina förpliktelser* på grund av att det allmänna ensidigt ändrat förutsättningarna för avtalet.

8.2.2 Ändrade förutsättningar och den s.k. förutsättningsläran

Som anfördes i ovanstående avsnitt kan inte en avtalspart enligt avtalslagen ensidigt ändra ett ingånget avtal.[27] 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. Den grundläggande regeln får dock fortfarande anses vara att ingånget avtal skall hållas.

Christensen har skrivit att den vedertagna principen att avtal skall hållas leder till att en löftesgivare[28] måste tänka igenom och se till att olika faktorer som är av betydelse för hans prestationsskyldighet regleras i avtalet. I vissa situationer kan emellertid andra ändamålsskäl väga tyngre än ett absolut krav på att avtal skall fullföljas oavsett vad som händer. Skulle en löftesgivare på grund av helt oförutsedda omständigheter hamna i en betungande situation, och om riskfördelning enligt den

---

[27] I den i svensk rätt numer införlivade EG-rätten begränsar rådets direktiv 93/13/EEG 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 därom inom skälig tid och konsumenten har rätt att häva avtalet omedelbart. För en utförlig redogörelse för möjligheterna att ändra entreprenadavtal till följd av ändrade förhållanden, se Barbo, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, 1997.

[28] Den som företagit en rättshandling under felaktiga förutsättningar kallas nedan, i förekommande fall, löftesgivare medan den gentemot vilken rättshandlingen företogs kallas löftesmottagare.

avtalsrättsliga regeln framstår som olämplig, finns det skäl att frångå den.[29]

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.[30] Den är emellertid inte lagfäst i svensk rätt och har därför till viss del en osäker och omstridd status.[31]

I korthet kan sägas att förutsättningsläran innebär att ett avtal kan förklaras upphöra att gälla eller jämkas[32] 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 bör risken för de felaktiga förutsättningarna, vid en objektiv bedömning, ligga hos motparten. Med andra ord kan man säga att förutsättningen skall ha varit synbar för motparten.[33] För att se om förutsättningen varit väsentlig uppställs ett hypotetiskt prov; skulle parten ha ingått avtalet med det innehåll det fick, om han känt till att förutsättningen var felaktig?[34] 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. Vidare skall förutsättningen vara *oriktig*, dvs. felaktig redan vid avtalsingåendet, eller *bristande*, dvs. senare inträffade händelser

---

[29] Se Christensen, A., *Förutsättningar och misstag*, 1973 s. 335 f. I *NJA 1914 s. 475* hade Järnvägsstyrelsen genom ett avtal med enskild upplåtit ett område vid en järnvägsstation under förutsättning att denne skulle uppföra en restaurang i vilken resande skulle tillhandahållas mat, vin och maltdrycker. Utan den enskildes förvållande upphörde på grund av lagändring utskänkningstillståndet vad gäller de nämnda dryckerna. I avtalet fanns en klausul som stadgade att Järnvägsstyrelsen hade rätt att lösa in de aktuella byggnaderna vid en eventuell uppsägning av avtalet. Fråga uppkom nu om utskänkningstillståndet var en så viktig förutsättning för avtalets tillkomst att styrelsen var skyldig att lösa in de uppförda byggnaderna. HD besvarade frågan jakande.

[30] Se Holmbäck, *Studier i förutsättningslärans terminologi*, 1970 s. 8.

[31] Frågor rörande förutsättningsläran ansågs enligt avtalslagens motiv inte vara lämpliga att reglera i avtalslagen, varför det lämnades till domstolarna att bedöma dess tillämplighet. Se NJA II 1915 s. 234 och s. 262 ff. Se även Almén 1916 s. 201.

[32] Avtalet kan dock inte jämkas i skärpande riktning.

[33] Se Lehrberg 1989 s. 21 och Lehrberg, *Förutsättningsläran – en rättsregel i modern svensk rätt*, 1990 s. 189. Se även Holmbäck 1970 s. 10 f.

[34] Se Adlercreutz 1995 s. 272. Se även Adlercreutz 1993 s. 83 ff. och Holmbäck 1970 s. 13 f.

har gjort att förutsättningen blev fel. Förutsättningsläran kan alltså aktualiseras först när det förelegat eller inträffat en omständighet som löftesgivaren inte bort räkna med.[35] Vid prövningen måste man göra en objektiv bedömning där hänsyn tas till båda parter. 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 ganska stor om en bedömning görs enligt denna.[36]

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

---

[35] Se Holmbäck 1970 s. 63 ff. och Christensen, A., *[Anmälan av Holmbäck, U.,] Studier i förutsättningslärans terminologi*, 1972 s. 45, och Christensen, A., 1973 s. 320 f. Hon skiljer dock på förutsättningsläran och satsen att vetskap prekluderar, och hävdar att de är två från varandra fristående rättsgrundsatser. Se även Adlercreutz 1995 s. 284, Guldberg 1953 s. 1–13, Hellner 1987 s. 133–155, Hellner 1996 s. 62 f. och Holmbäck 1970 s. 7 ff., men framförallt Lehrbergs avhandling från 1989, särskilt s. 79 f. samt s. 105 och Lehrberg 1990 s. 188.

[36] *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 avtalsingåendet. Hellner 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, t.ex. "vid avtalstolkning och tillämpning av sådana etablerade och preciserade regler i lagstiftning och rättspraxis som ger en parts befogade förutsättningar rättslig relevans". De anför vidare att det inte är särskilt troligt att förutsättningsläran kommer att "återta sin funktion som en generell metod att befria avtalsparter från avtalsförpliktelser som på grund av oriktiga eller bristande förutsättningar blivit oskäligt betungande". Se Ramberg & Hultmark 1996 s. 215.

användbar motpol till det för löftesgivaren oförmånliga läge som blivit den egentliga följden.[37]

Med begreppet *felaktiga förutsättningar* avses fall där den som företagit en rättshandling handlat utifrån en premiss som inte överensstämde med verkliga förhållanden, sådana de då faktiskt var eller senare skulle komma att gestalta sig. Detta kan ha skett medvetet eller omedvetet. Vederbörande får alltså först i efterhand insikt om att det vid rättshandlingen förelegat eller kanske därefter inträffat omständighet, vilken fått till följd att rättshandlingen inte givit honom de fördelar han förväntat sig eller att den kommit att medföra opåräknade bördor. Vid sådana situationer ångrar vederbörande ofta att han avgivit rättshandlingen, och vill därför komma ifrån den. Ett sätt är då att i domstol försöka få den ogiltigförklarad.[38]

Rättsfallet *NJA 1981 s. 269*,[39] 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 av markägaren, en kommun, sagts upp från sitt arrende avseende 16 hektar åkermark. 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

---

[37] Se Lehrberg 1989 s. 105 samt s. 572. Se även Adlercreutz 1995 s. 269 ff. och Adlercreutz 1993 s. 83. 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 utfå skadestånd.

[38] Se Lehrberg 1989 s. 19.

[39] För utförliga kommentarer till rättsfallet, se även Lehrberg, *36 § avtalslagen och förutsättningsläran*, 1986 s. 254 f., Lehrberg 1989, särskilt s. 20 f., s. 78, s. 82, s. 162, s. 321, s. 365 f., samt s. 539 och Lehrberg 1990 s. 187 ff.

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 oaktsamhet 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 ursprunglige arrendatorn blev bestående i oförändrad omfattning.[40] 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 vä-

[40] Se även *NJA 1980 s. 352*. I fallet 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 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.

> sentlig 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."[41]

En skillnad gentemot tidigare berörda NJA 1980 s. 1, är att majoriteten i NJA 1981 s. 269 helt förefaller ha bortsett från offentligrättsliga synpunkter. Den konfrontation mellan civilrättsliga och offentligrättsliga synpunkter som uppstår i fallet belyses till viss del i dissidentens votum. Han påpekar att i rättsfallet aktualiseras frågan, om en avtalspart skulle kunna åberopa ogiltighet hos rättsligt förfogande över mark på grund av att den offentligrättsliga bebyggelsereglering som gällde vid avtalsingåendet beträffande marken i fråga, senare fått en annan innebörd. Han konstaterar att det ligger i den offentligrättsliga bebyggelseregleringens natur att den ständigt förändras både på grund av den faktiska utvecklingen på orten och till följd av nya värderingar inom bebyggelsepolitiken. Den samhälleliga bebyggelseregleringen kan därför *aldrig vara slutgiltig*, men även när det gäller korta tidsperioder måste en avtalspart när det gäller förfogande över mark räkna med att den vid avtalstidpunkten rådande bebyggelseregleringen *kan ändras*. Det skulle därför vara *fel* att betrakta bebyggelseregleringen som en bristande förutsättning som grundar rätt för avtalspart att få avtalet ogiltigförklarat. Det kan därför inte spela någon roll att den ena avtalsparten är kommun. Han anser inte att en kommun i syfte att upprätthålla viss förutsättning för ett avtal, vilket den i sitt privaträttsliga agerande träffat, rimligen kan vara uppfordrad att i sin myndighetsutövning *förhindra* en i sig lämplig förändring av bebyg-

---

[41] Se rättsfallet s. 271. Min kursivering. En löftesgivare får alltså oftast själv stå risken för sina förutsättningar. Se Lehrberg 1989 s. 21, se även a.a. s. 99 f. och Lehrberg 1990 s. 188. Ett löfte anses därför i regel bindande oberoende av vad man haft för ögonen då avtalet ingicks, med undantag för de grunder som anges i avtalslagens ogiltighetsregler och de principer som kan härledas ur förutsättningsläran. Det råder enligt *Hellner* ingen tvekan om att förutsättningsläran i teknisk mening har tillämpats i fallet. Det är här inte frågan om någon tolkningshjälp, utan tvistefrågan har i stället varit vem som burit ansvaret för att en förutsättning brustit. Han anser att man angående fallet naturligtvis kan hävda att det inte finns något behov av att åberopa förutsättningsläran. Det väsentliga är dock att part ingått avtal i förlitan på uppgifter från medkontrahent. Det är därför rimligt att denne bär ansvaret för att uppgifterna senare visat sig vara felaktiga, även om han vid avtalsingåendet själv trodde att de var riktiga. Han hänvisar därför till den starka anknytning som finns till de motivuttalanden som gjordes vid avtalslagens tillkomst. Se Hellner 1987 s. 154.

gelseregleringen. Kommunen saknar dessutom makt att åstadkomma någon sådan spärr mot förändringar. Även dissidenten gick in på en bedömning av vem som borde bära risken för den felaktiga förutsättningen.[42]

I ett rättsfall från Norge, *Rt 1975 s. 591*, fann rätten att en kommun var bunden av ett avtal som ingåtts under expropriationshot, även om kommunen senare inte längre hade behov för fastigheten. Förhållandena hade utvecklat sig annorlunda än vad parterna kunnat förutse, men kommunen ansågs ha större möjligheter att på förhand förutse utvecklingen.[43] Det finska rättsfallet *FiHD 1974 II 80* rörde hävning av köp. En kommun och ett bolag hade samma dag ingått och undertecknat två avtal. Det första gällde ett fastighetsköp och det andra ett uppförande av en industribyggnad på det område som kommunen sålt till bolaget. Efter att bolaget underlåtit att uppfylla den byggnadsförpliktelse som ingick i det andra avtalet, förklarades på yrkande av kommunen avtalet hävt i ett skiljemannaförfarande. Även avtalet om fastighetsköp förklarades på talan av kommunen upphävt eftersom det på grund av samhörigheten mellan avtalen sålunda inte heller förelåg några förutsättningar för upprätthållande av fastighetsköpet.[44]

Generellt sett bör det finnas utrymme för att tillämpa förutsättningsläran på avtal där det allmänna är part. Utgångspunkten torde vara att förutsättningsläran kan tillämpas oavsett om avtalet har större eller mindre offentligrättsliga inslag.[45] 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

---

[42] Se även Hellner 1987 s. 152 f. och Staedler 1984 s. 118 ff. Jfr *Andersen* som ansåg att det allmänna i förhållande till läran om bristande förutsättningar, har en utvidgad möjlighet att frånträda ett avtal på grund av ändrade förhållanden. Detta är en följd av att en avtalsrättslig reglering av offentligrättsliga plikter, och dito intressen, inte kan vara så förbindande som rent privaträttsliga avtal. Se Andersen 1965 s. 480. I *KFU, Kendelse af 7. juni 1996*, har dock inte kommun, i strid med inköpsdirektiv, ansetts ha rätt att förkorta en avtalsperiod från tre till två år.

[43] Se även Frihagen 1991 s. 346. Se även *RG 1972 s. 157*, där avtalsklausul i avtal om fastighetsköp om att någon expropriering av fastighet inte skulle göras så länge fastighetsägarna levde, ansågs vara bindande.

[44] *Godenhielm* har anfört att förhållandena i fallet var rätt exceptionella och att det var fråga om en tillämpning av en rent objektiv förutsättningslära, där väsentligen ändrade förhållanden ledde till att *bristande* förutsättningar kunde ges relevans. Se Godenhielm 1989 s. 45.

[45] Se även Frihagen 1991 s. 346.

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 fråntas 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.*[46] 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.

När det gäller de civilrättsliga rättsverkningarna till följd av att avtalet inte kommer fullföljas, dvs. 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.[47] Norrmannen *Hov* har skrivit att det är möjligt att den enskilda parten bör ha större möjligheter att dra sig ur ett avtal som rör offentligrättsliga förhållanden på grund av senare uppkomna omständigheter än vad som följer enligt avtalslagen. Dessutom kommer reella hänsyn att göra att man måste använda sig av andra lösningar än rent privaträttsliga. Även om det reses en del frågor som har anknytning till avtalsrätten, så kom-

---

[46] 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 täkten 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 brukningsrätt till va-anläggningen och att kommunen fullföljt sina skyldigheter enligt avtalet då vattenleveranserna upphört i och med nedläggningen av vattentäkten. Fastighetsägaren hade således ingen rätt till skadestånd. För norskt vidkommande se t.ex. Rt 1975 s. 246 och Rt 1975 s. 620. Se även Bernt 1981 s. 232 ff. och s. 315 samt Eckhoff & Smith 1997 s. 324 och s. 330.

[47] Se även *Wilhelmsen* som ur ett *rättsekonomiskt perspektiv* hävdar att rätten bör eftersträva en så effektiv fördelning av risken mellan parterna som möjligt. En rimlig utgångspunkt är därför att den som har bäst förutsättningar att förutse sannolikheten av att omständigheterna kan komma att ändras, och därmed t.ex. har möjlighet att till lägsta kostnad teckna försäkring, bör bära risken. Rättsapparaten bör därför lägga risken för ändrade omständigheter hos den av parterna som, till lägst kostnad, har de största förutsättningarna att eliminera eller reducera den negativa effekt som kan uppstå till följd av ändrade omständigheter som inte regleras i avtalet. Se Wilhelmsen, *Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet*, 1995 s. 144 ff.

mer problemen enligt honom ändå i första hand att hänga samman med det offentligrättsliga regelverket.[48]

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 avtalsingåendet 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 förändringar som kan komma att ske och när dessa kommer att genomföras, vilket bör kunna påverka bedömningen av vem som bör bära risken. I vissa uppenbara fall, då ändring företas kort efter avtalet, och det allmänna känt till eller måste anses ha känt till den redan vid avtalsslutet, kan man kanske rentav tänka sig att förhållandet jämställs med avtalsbrott, med hävning och skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset som påföljd.

Den enskilde bör således 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 förutsättningsläran inte tillämpas.

8.2.3 Avtalslagen och förutsättningsläran

Något skall kort sägas om den gränsdragning som kan tänkas bli aktuell om man väljer att tillämpa avtalslagens ogiltighets- eller jämkningsregler jämfört med om man väljer att tillämpa förutsättningsläran. Även om 36 § AvtL ibland ersätter förutsättningsläran, ansågs denna enligt förarbetena fortfarande ha en viss funktion att fylla.[49] Till skillnad från ett avtalsvillkor kan en felaktig förutsättning föreligga så snart löftesgivaren

[48] Se Hov 1993 s. 48 ff.

[49] Se prop. 1975/76:81 s. 128 samt Adlercreutz 1995 s. 287 ff. och Adlercreutz 1993 s. 97. Se även Barbo 1997 s. 319–326.

slutgiltigt tagit ställning till ett löftes innehåll, utan att därvid ha bestämt någonting för det fallet att förutsättningen skulle vara felaktig.[50] *Lehrberg* anför att gränsdragningen mellan förutsättningar och avtalsvillkor sammanfaller med den gräns som går mellan tolkning och utfyllning.[51] En förutsättning uppfattas som ett slags (psykologiskt) förstadium till ett avtalsvillkor, medan ett *avtalsvillkor* endast föreligger om löftesgivaren vid avtalsslutet uppfattat ett löfte som villkorat av förutsättningens riktighet, och löftesmottagaren bort inse detta. Det avgörande är alltså om löftesgivaren haft en föreställning om avtalsinnehållet. *Lehrberg* anser att förutsättningsläran kan fungera som ett komplement till *avtalslagens ogiltighetsregler*, och att den även kan användas inom ogiltighetsreglernas tillämpningsområden.[52]

Vidare finns en skillnad mellan att använda förutsättningsläran och att tillämpa 36 § AvtL. En jämkning förutsätter nämligen inte några subjektiva omständigheter i form av felaktiga förutsättningar hos den part som

---

[50] Se Lehrberg 1989 s. 102 ff.

[51] Skillnaden mellan avtalstolkning och utfyllning kan enkelt uttryckt sägas vara att man vid *tolkning* försöker fastställa ett oklart avtalsinnehåll utifrån det material som föreligger i den specifika avtalssituationen, medan man vid *utfyllning* kompletterar (eller fyller ut) ett ofullständigt avtal med rättsregler eller sedvänjor som är knutna till en viss typ av avtal. Såväl frågor om avtalstolkning och utfyllning som bevisfrågor är dock ofta sammanvävda med varandra och kan därför vara svåra att särskilja från varandra. Se även Adlercreutz 1996 s. 10 ff. och s. 26. För att man skall kunna tala om ett avtalsvillkor måste en löftesgivare ha haft en föreställning om att det var *en del* av själva avtalet, och inte bara en föreställning om något som legat utanför avtalet. *Lehrberg* anser vidare att det är formellt mest korrekt att tala om utfyllning när förutsättningsläran tillämpas. Eftersom det enligt honom inte finns någon klar gräns mellan utfyllning och ogiltighet, bör förutsättningsläran därför kunna behandlas såväl inom ogiltighetsläran som inom tolkningsläran. Se Lehrberg 1989 s. 176.

[52] Se Lehrberg 1990 s. 200 f. Han anser vidare att förutsättningsläran i princip endast kan tillämpas på frågor som inte är reglerade genom villkor i avtalet, eller som kan lösas genom någon rättsregel som har företräde framför förutsättningsläran och därmed utesluter dess användning. I *NJA 1899 s. 313* hade Järnvägsstyrelsen i samband med anläggandet av järnvägsbana år 1864, utfäst sig att mot vissa avgifter ombesörja trafiken på järnvägen, vilket erfordrade att den byggdes bredspårig. 1894 uppsade KM kontraktet och i och med detta väckte Järnvägsstyrelsen talan mot järnvägsbolaget om att kontraktet måtte förklaras oförbindande för staten. RR fann emellertid att såväl avtalets ordalydelse som omständigheterna i övrigt, talade för att avtalet mellan staten och bolagsstyrelsen slutits under förutsättning att de för bolaget angivna förmånerna, skulle gälla så länge bolaget fullgjorde *sina* förpliktelser enligt avtalet. HovR fann ej skäl till ändring. HD fastställde HovR:s dom. – *Förutsättningen* avsåg enligt *Lehrberg* här uppenbarligen avtalsinnehållet. Se Lehrberg 1989 s. 132.

yrkar ändring, även om sådana kan inverka, men däremot att tillämpning av villkoret skulle vara *oskälig*. En annan och viktigare olikhet är att rättsföljden enligt förutsättningsläran leder till att avtalet blir *overksamt*, medan rättsföljden enligt 36 § AvtL är att avtalet består men avtalsvillkoret *jämkas* eller *lämnas utan avseende*. Endast i undantagsfall kan det förekomma att avtalet i sin helhet lämnas utan avseende. Den väsentligaste skillnaden mellan 36 § AvtL och förutsättningsläran är att den sistnämnda i regel kan åberopas om man vill upphäva hela avtalet, medan 36 § AvtL företrädesvis används för jämkning eller upphävande av ett specifikt villkor. Den som vill göra gällande att ett avtal som helhet skall vara overksamt kan därför i första hand väntas åberopa förutsättningsläran, medan den som blott önskar jämkning av ett särskilt villkor väljer 36 § AvtL.[53] *Lehrberg* hävdar även att domstolarna i princip bör ha rätt att välja mellan att tillämpa förutsättningsläran och 36 § AvtL, beroende på vilken regel som ger säkrast besked om ingripande kan ske i avtalsförhållandet.[54] Domstolarna har bl.a. i följande privaträttsliga fall haft att ta ställning till förutsättningsläran när en kommun varit avtalspart.

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 kommunen nu utkrävde. I hovrätten åberopades i första hand att avtalet framstod som otillbörligt på grund av bristande förutsättningar beroende på indexseriernas oförutsebart olika utveckling. I andra hand åberopades att avtalet var otillbörligt, på grund av indexseriernas oförutsebart olika utveckling. HovR valde dock att jämka ersättningen med tillämpning av 36 § AvtL.

I *AD 1979 nr 143* hade en kommun anställt en person att vikariera som socialassistent med ansvarsfulla uppgifter. När kommunen erhöll kännedom om att den anställde dömts till villkorlig dom för medhjälp till grovt narkotikabrott samt, innan prövotiden löpt ut, åter häktats för samma brott, upphävdes anställningsbeslutet. Vikarien varslades om uppsägning och befriades

[53] Till skillnad från de övriga ogiltighetsreglerna i avtalslagen är 36 § AvtL speciell så till vida att den medger ingripande när ett avtalsvillkor blivit oskäligt på grund av omständigheter som inträffat *efter* avtalsslutet. I förarbetena framhölls dock att möjligheten att tillämpa generalklausulen vid dessa situationer inte borde ges innebörden att denna skulle ersätta förutsättningsläran vid bristande förutsättningar. Se även SOU 1974:83 s. 157, prop. 1975/76:81 s. 128, Lehrberg 1989 s. 81 och 154 f., Hellner 1996 s. 66 och Barbo 1997 s. 325–328.

[54] Se Lehrberg 1989 s. 160.

från tjänstgöringsskyldighet. AD fann att kommunen ägt rätt att skilja vikarien från anställningen, eftersom vikarien skulle ha arbetsuppgifter som anknöt till hennes kriminella bakgrund och kommunen varit okunnig om brotten, men konstaterade även att rätt till förtida hävning förelåg enligt förutsättningsläran. AD framhöll att brotten var ägnade att allvarligt skada förhållandet till arbetsgivaren. Bedömningen hade förmodligen blivit en annan om kommunen haft vetskap om dessa. Särskilt beaktades att arbetet, bl.a. med hänsyn till kommunens storlek och arbetsuppgifternas art, både var ansvarsfullt och självständigt. Att arbetstagaren var en person som kommunen och dess innevånare kunde väntas hysa förtroende för hade varit en väsentlig förutsättning för kommunen. Detta måste socialassistenten ha insett, särskilt mot bakgrund av hennes socionomutbildning och det tidigare arbete hon innehaft som socialassistent.

Det finns skäl att anta att hänsyn till förutsättningens betydelse för kommunen beaktas även vid relevansbedömningen enligt förutsättningsläran. Det kan därför inte generellt antas att ogiltighet inträder bara därför att en löftesmottagare inser, eller bör inse, att avtalsparten inte skulle ha ingått avtalet om han känt till löftesmottagarens tidigare brottslighet. Avtalets karaktär måste nog i det här fallet anses vara sådan att den anställdes oförvitlighet är av särskild betydelse för löftesgivaren. Så torde bl.a. vara fallet när avtalet går ut på att löftesmottagaren skall fullgöra ett uppdrag i ett *förtroendeförhållande* där hans oförvitlighet är av särskild vikt. Men även fall där löftesmottagaren skall företräda löftesgivaren, och kunskapen om löftesmottagarens brottslighet i beaktansvärd mån kan skada löftesgivarens anseende, torde kunna ändras då de bygger på felaktiga förutsättningar.[55] AD förefaller inte ha tagit särskilda hänsyn till att den ena avtalsparten utgjordes av en kommun.

Som anfördes ovan torde det inte möta några hinder mot att tillämpa

[55] Vad gäller själva ondtrosbedömningen bör noteras att AD i *AD 1979 nr 143* dels uttalade att socialassistenten "måste antas ha insett" förutsättningens förhandenvaro och väsentlighet, dels att hänsyn togs till att vikarien med hänsyn till sin utbildning och tidigare arbetsuppgifter borde ha förstått att hon genom att förtiga omständigheterna vilselett kommunen. Att utbildning och tidigare arbetserfarenhet tillmättes betydelse kan sammanhänga med att dessa hade en direkt betydelse för hennes roll i avtalsförhållandet. Man torde alltså inte utan vidare kunna dra slutsatsen att särskilda kunskaps- och erfarenhetsmässiga kvalifikationer alltid medför en skärpt culpabedömning. Sådana omständigheter kan visserligen utgöra bevisfakta i fråga om vad en avtalspart "(måste antas ha) insett, men det är tveksamt om man kan kräva att en yrkesman, när han uppträder som konsument eller eljest i en roll som inte har med hans yrke att göra, utnyttjar sina yrkeskvalifikationer för att företa särskilda undersökningar etc utöver vad som åligger en ordinär avtalspart". Se Lehrberg 1989 s. 502 f. samt s. 161 f.

förutsättningsläran på avtalsförhållanden mellan det allmänna och enskilda. Att märka är dock att den traditionella förutsättningsläran i regel åberopas för att avtalspart *skall kunna komma från ett avtal.* I vissa fall där det är kommunen som genom beslut omkullkastat förutsättningarna för ett avtal, skulle det därför eventuellt kunna tänkas vara kommunen som har det största intresset av att åberopa förutsättningsläran. Genom att kommunen ändrar detaljplan brister förutsättningarna för avtalet och det blir i regel en naturlig följd att detta upphör. I de flesta fall torde det därför vara bättre med en helhetsbedömning av förhållandet, eftersom såväl omständigheter vid som efter avtalsingåendet bör beaktas, och eftersom domstolen i så fall på ett *friare* sätt än vid en direkt tillämpning av förutsättningsläran har möjlighet att väga in de fakta som den anser vara relevanta i målet.

Nedan utvecklas frågan om det allmännas möjligheter att ändra beslut och ensidigt fatta beslut som ändrar förutsättningarna för ingångna avtal.

8.3 Möjligheten till ensidiga ändringar från kommunens sida

8.3.1 Ändring av förvaltningsbeslut

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 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 förvaltningsrättens regler om ändring eller återkallelse av beslut. 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.[56]

Som framgår av 27 § FL kan däremot individuella gynnande beslut i princip bara kan ändras till fördel för den enskilde. Huvudregeln är nämligen att dessa inte kan återkallas.[57] På samma sätt anses att beslut i flerpartsmål i princip är orubbliga. Det avgörande är hänsynen till den enskildes trygghet. Återkallelse anses endast vara möjlig om den påkallas av tvingande säkerhetsskäl – t.ex. av hänsyn till trafik-, hälso- eller brandfara.[58] Vidare kan återkallelse ske om den enskilde har utverkat det gynnande beslutet genom att ge myndigheten vilseledande uppgifter.[59] Återkallelse kan slutligen ske om ett förbehåll om detta finns i själva beslutet, eller i författning som beslutet grundar sig på.[60]

Det sagda benämns negativ rättskraft och betraktas inom förvaltningsrätten ur en materiell synvinkel.[61] Frågan gäller alltså om ett tidigare fattat besluts innehåll är orubbligt eller inte. En fråga med nära anknytning till den negativa rättskraften är om ett redan fattat beslut binder myndigheten själv, eller om denna kan ändra eller återkalla beslutet. Vissa typer av förvaltningsbeslut – som beskattningsbeslut och mantalsskrivningsbeslut – kan inte ändras eller återkallas utan författningsstöd. Ett beslut vinner negativ rättskraft när det *expedierats* till part eller på något annat sätt

---

[56] Även sådant förbud att ta emot barn i familjehem i enlighet med bestämmelserna i 27 eller 70 §§ SoL får ändras såväl i skärpande som mildrande riktning. Se Clevesköld m.fl. 1997 s. 175 f.

[57] Se även prop. 1985/86:80 s. 78. I *JO 1994/95 s. 367* hade nämnd beviljat bistånd och även underrättat den enskilda parten samt justerat protokollet. Nämnden ansågs inte ha rätt att senare meddela ett nytt beslut på nya premisser. JO ansåg att det hade ålegat nämnden att ta upp saken till omprövning för att utröna om det fanns rättsliga förutsättningar för omgörelse av beslutet. Se även *RÅ 1972 ref. 2*, där beslut inte ansågs kunna återkallas efter det att justerat beslut hade offentliggjorts. Se även Clevesköld m.fl. 1997 s. 177–184.

[58] Se t.ex. *JO 1987/88 s. 258*, LSt som av misstag tillställt jägare beslut om längre jakttid än vad som avsetts, ansågs med hänsyn till tvingande säkerhetsskäl få meddela nytt beslut där jakttiden förkortades med en vecka.

[59] Se närmare Westerberg 1951 s. 289–293. Se även *RÅ 1968 ref. 78 I*, där havandeskap i visst fall inte kunde grunda rätt att återkalla beslut.

[60] Se även Warnling-Nerep, *Om rättelse av förvaltningsbeslut, särskilt högskolebetyg*, 1993 s. 233 f., Strömberg 1997a s. 73 f. och Warnling-Nerep 1998 s. 54 ff. Exempel på den sistnämnda situationen finns i 16 § körkortslagen (1977:477), återkallelse av körkort, samt i 2:9–13 utlänningslagen (1989:529), återkallelse av arbetstillstånd.

[61] Till skillnad från processrätten där begreppet ses ur ett processuellt perspektiv.

offentliggjorts. Innan beslutet expedierats kan det alltså ändras, medan möjligheten att ändra eller att återkalla ett beslut definitivt upphör om beslutet överklagats i förvaltningsrättslig ordning; överklagandet sägs här medföra *litispendensverkan*. Vid förelägganden *och* förbud saknas normalt negativ rättskraft, vilket även är fallet vid avslagsbeslut.[62]

Ragnemalm har vägt olika argument som talar för respektive mot negativ rättskraft, och därmed beslutens orubblighet, mot varandra. Han anser trygghetsskäl vara det viktigaste argumentet *för* orubblighet, då beviljade förmåner, t.ex. bidrag och tillstånd, ofta kräver hänsyn till den enskildes trygghet. Det vore därför olämpligt att beslutet skönsmässigt skulle kunna ändras av den beslutande myndigheten, eftersom den enskilde kan ha vidtagit olika åtgärder med utgångspunkt från beslutet. Finns det dessutom flera parter med motstående intressen vore det extra olyckligt att tillåta ändring av ett fattat beslut. Någon part skulle i dessa fall alltid bli lidande. En alltför omfattande självrättelsemöjlighet skulle dessutom kunna medföra minskad noggrannhet vid handläggningen av ett ärende. Som skäl *mot* orubblighet av beslut anför han framförallt att det är föga tilltalande om beslut som visat sig vara klart olämpliga eller till och med olagliga, inte skulle gå att ändra eller återkalla. Detsamma gäller om förutsättningarna för beslutet ändrats genom att nya omständigheter upptäckts. Det sistnämnda är särskilt viktigt vid beslut som rör allmän ordning och säkerhet eller hot mot liv, hälsa eller egendom.[63]

I *JO 1972 s. 389* uppkom fråga om kommuns rätt att ändra beslut. Sedan två personer sökt förskollärarbefattning 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 förskolläraren 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

[62] Se även Ragnemalm 1992 s. 85 och Strömberg 1997a s. 72 ff.

[63] Se Ragnemalm 1992 s. 85 ff. För norskt vidkommande, se bl.a. Woxholth 1993 s. 482–490 och Vodal 1995 s. 19–39.

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 viss tid hade nämnden heller inte rätt att säga upp den person som först anställdes.

Möjligheten att ändra ett kommunalt beslut beror på beslutets och 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 RÅ 1928 ref. 47,[64] RÅ 1960 ref. 32,[65] RRK 75 2:41 och RÅ 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. Omgörelsen befanns där-

[64] Efter att ett skolråd upprättat förslag till folkskollärarbefattning, beslutade kyrkostämma att återremittera förslaget till skolrådet för upprättande av nytt förslag. Skolrådet återkallade då det första förslaget och upprättade ett nytt. Kyrkorådet företog då val mellan sökandena enligt det nya förslaget. RegR fann att kyrkostämman överskridit sin befogenhet och att det på det sista förslaget grundade valet därför inte tillkommit i laga ordning. Ändring av det första förslaget hade endast kunnat ske genom besvärsanförande.

[65] 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.

med vara omöjlig.[66] Civilrättsliga frågor som kan uppstå till följd av att fullmäktigebeslut upphävts efter laglighetsprövning har berörts ovan i kapitel 6.

8.3.2 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 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.

Åsikterna om det allmännas möjligheter att ensidigt dra sig ur ett avtalsrättsligt förhållande har varierat i doktrinen. *Andersen*, som var av restriktiv åsikt vad gällde användningen av avtal inom det offentligrättsliga området, ansåg att tillgodoseendet av offentligrättsliga intressen måste leda till att det allmänna, i förhållande till förutsättningsläran, har en utvidgad möjlighet att ensidigt dra sig ur ett avtal på grund av ändrade förhållanden, om dessa intressen skulle kräva en nyordning.[67] *Sundberg* var dock av en annan uppfattning och ansåg att "[d]e förvaltningsakter, vilka såsom anbud eller accept utgöra led i ett förvaltningsrättsligt avtal, kunna ävenledes sägas vinna materiell rättskraft. I dylikt fall är nämligen en ändring av förvaltningsakten utesluten på grund av analogien med AvtL och kontrahenternas därav följande ömsesidiga bundenhet. Denna medför, att rättsförhållandet ej kan ensidigt ändras under avtalets bestånd. Omgörelse fordrar sålunda här medkontrahentens medverkan."[68]

Herlitz påpekade vikten av att avtal – i likhet med erkännanden, tillstånd, monopolrättigheter och koncessioner m.m. – ofta skapar positioner som inte kan ändras, såvida annat inte stadgas i särskild bestämd ordning.

---

[66] Se även Paulsson m.fl. 1997 s. 250. För norskt vidkommande har *Eckhoff* skrivit att det allmänna har rätt att ändra eller upphäva ett beslut som är behäftat med sådana felaktigheter att det skulle förklaras ogiltigt i domstol. I dessa fall kan ändringen göras även till nackdel för den enskilde. Sådan ändring bör inte heller medföra ersättningsansvar för det allmänna. Däremot kan ersättningsansvar uppkomma på grund av att det första beslutet var ogiltigt. Se Eckhoff, *Omgjøring av forvaltningsvedtak*, 1969 s. 248–252.

[67] Se Andersen 1965 s. 480.

[68] Se Sundberg 1955 s. 203.

Han betonade även att sådana rättigheter oftast skyddas genom möjligheten att föra talan inför allmän domstol.[69] *Mathiassen* hävdade att frågan om träffade överenskommelser kan återkallas, endast kan besvaras med hänsyn till om det rör sig om ett ensidigt fattat beslut eller om det gäller ett ömsesidigt utväxlade av prestationer. Han ansåg sig finna stöd hos såväl lagstiftare som rättspraxis för att avtal inte ensidigt kan ändras från det allmännas sida.[70] *Staedler* ansåg att det var av betydelse för återkallelsemöjligheten om medkontrahenten fullgjort sina åtaganden enligt avtalet och om prestationen därför inte kunde återgå. Han fann det dock vara klart att det allmänna inte godtyckligt kan frigöra sig från ett avtal.[71] Enligt honom råder i själva verket "enighet om att ett offentligrättsligt avtal inte får ensidigt frångås eller ändras och att fullgörelsen av ett avtal rättsligt sett inte är samma sak som vidtagandet av en ensidig förvaltningsakt samt att 'materiella' påtryckningsmedel finns legalt tillgängliga vilka utövar indirekt tvång".[72]

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. Möjligheterna att ändra ett fattat beslut om att ingå ett avtal begränsas således genom det skydd som finns för ändring till nackdel för den som beslutet angår. Det anses även stå klart att avtalsförhållandet på ett eller annat vis sätter gränser för vad det allmänna ansvarsfritt kan göra med avtalsunderlaget.[73] Som anförts tidigare måste man skilja mellan be-

---

[69] Se Herlitz 1963 s. 657.

[70] Se Mathiassen 1974 s. 197.

[71] Se Staedler 1983 s. 61.

[72] Se Staedler 1983 s. 140 f. Han hävdar även att avtalet dessutom kan "medföra en möjlighet för medkontrahenten att åberopa det i mån av besvärsrätt såsom invändning mot ett beslut av den kontraherande myndigheten, om det är avtalsstridigt. Helt uteslutet är väl inte heller att invändningen kan göras mot ett beslut av en annan myndighet ..." Se a.a. s. 63. Beslut som fattas av ett annat organ inom kommunen, än det som ingått avtalet, torde således kunna grunda civilrättsliga anspråk om beslutet leder till att avtalets förutsättningar ändras.

[73] Se även Trolle 1965 s. 27, där han angående *UfR 1963 s. 349 H*, den s.k. Hvidovredomen, anför att det allmänna knappast kan vara betjänt av att den enskilde tappar tilliten till det allmänna genom att inte kunna veta "hvilke overraskelser, der i fremtiden kan dukke frem fra den offentlige rets vildnis". Se a.st. Se även Madsen 1983 s. 144. JO konstaterade i *JO 1967 s. 373* att 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.

slutet att ingå avtal och själva avtalet. Vad gäller beslut att återkalla eller ändra tidigare beslut att ingå avtal finns enligt FL endast begränsade möjligheter, medan kommunala beslutande organ har något större möjligheter till detta.

I norsk doktrin har *Frihagen* anfört att det måste framstå som klart att om det allmänna använt sig av avtalsformen, så måste det i detta underförstått ligga att det delvis frånskrivit sig möjligheten att uteslutande använda sig av de offentligrättsliga bestämmelser myndigheterna vanligtvis använder för att för att upphäva eller ändra sina avgöranden. Detsamma torde gälla om ett beslut ingår som ett led i en större och ömsesidigt förpliktande avtalssituation, och inte enbart utgör myndighetsutövning.[74] Å andra sidan anser *Bernt* att om det allmänna ingått ett avtal som kan få betydelse för framtida myndighetsutövning på t.ex. bygglagstiftningens område, så kan – på grund av samhällsutvecklingen och reella hänsyn – förutsättningarna för detta i princip alltid revideras. I den mån det allmänna har möjligheter att i någon utsträckning göra utfästelser avseende framtida myndighetsutövning, behöver detta således inte betyda att bundenheten blir lika stark som vid ett privaträttsligt förhållande.[75]

---

[74] Se Frihagen 1991 s. 346. Han finner dock att "[s]taten vil ikke i kraft av slike avtaler uten videre være avskåret fra å foreta endringer i lovgivningen eller skattesatsene som fører til at den private part ikke får den stilling han etter avtalen var forutsatt å ha. Det kan likevel ikke være tvil om at Regjeringen med Stortingets samtykke kan inngå avtaler med en industribedrift som fører til at den har krav på erstatning for avtalebrudd dersom det ved lovendring eller plenarvedtak senere gis bestemmelser i strid med avtalen." Se a.st.

[75] Se Bernt 1975 s. 30 och Bernt 1981 s. 229 f. Jfr *Smith* som skrivit att i den mån förvaltningen kan binda sin framtida myndighetsutövning måste det vara det *föreliggande avtalet* som är avgörande för möjligheten för ändringar och avvikelser. Se Smith 1978 s. 316 f. I ett rättsfall från Danmark, *UfR 1980 s. 343 H*, hade en kommun ingått avtal med ett antal markägare om anläggningen av en offentlig kustväg samt i avtalet utfäst sig att aldrig göra någon massafyllning vid vägen eller att anlägga någon båthamn vid denna. När kommunen senare ville bredda vägen, och på grund av detta skulle bli tvungna att göra viss utfyllnad vid vägkanten, protesterade några av de enskilda kontrahenterna mot detta med hänvisning till avtalet. Kommunen hävdade å sin sida att det skulle föra till ett orimligt resultat om avtalet skulle tolkas så att det oavsett ändamålet inte kunde ske någon uppfyllning utan att expropriation skulle behöva göras. Rätten fann att avtalet måste tolkas så att föremålet för kommunens utfästelse endast måste anses vara att säkra vägens karaktär av kust- och strandväg. Domen kan i och för sig ses utifrån vanliga avtalsrättsliga tolkningsregler, men är enligt *Madsen* troligen ändå påverkad av de offentligrättsliga reglerna med en därmed följande restriktivitet mot att binda framtida myndighetsutövning. Se Madsen 1983 s. 139 f.

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 offentligrättsliga 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 offentligrättsliga regler eller principer som måste vägas in och beaktas.[76] När det därför gäller själva avtalet anses det allmänna i de flesta fall *uppträda* som enskild och en bedömning i allmän domstol leder troligen i de flesta fall till en civilrättslig bedömning av förhållandet. Genom att parterna använt sig av avtalsformen kan en offentligrättslig prövning av förhållandet vara utesluten, men allmän domstol kan i sin bedömning beakta även de offentligrättsliga regler och principer som aktualiseras. Den borde också kunna beakta syftet med de rättsskyddsregler som finns på det offentligrättsliga området och väga in dessa i den civilrättsliga bedömningen av avtalet.

Boe hävdar att det allmänna i viss utsträckning har möjlighet att ändra förutsättningarna för ingångna avtal, men att det råder delade meningar om hur långt rätten att ändra fattade beslut sträcker sig utan stöd av lag. Sådana regler förutsätter en kvalificerad "intresseövervikt" för att kunna tillämpas. Som exempel nämner han situationen att det allmänna genom avtal överlåter till enskild att driva ett privat sjukhus och att det efteråt upptäcks att detta "tömmer" den allmänna hälso- och sjukvården på personal. Man skulle i det här fallet eventuellt kunna tänka sig att det privata sjukhusets tillstånd kunde återkallas på grund av att väsentliga förutsättningar för avtalet som stod klara för båda parter brister eller att villkoren visar sig vara oskäliga enligt 36 § AvtL. Alla rättssubjekt, privata som offentliga, kan använda såväl förutsättningsläran som 36 § AvtL som grund för att komma från ett avtal. Frågan är dock om det allmännas möjlighe-

[76] Möjligheten till ett upphävande är vanligtvis utförligt behandlad i avtalen. När sådana klausuler finns kan avtalsvillkoret som sådant förväntas bli av avgörande betydelse vid ett judiciellt ställningstagande till konsekvenserna av ett upphävande. Skulle avtalet ha ingåtts som ett *alternativ* till en reglering, som är nödvändig utifrån tungt vägande hänsyn till allmänna intressen, torde det allmänna enligt *Basse* ha möjlighet att genom generella regler, som står i strid med det avtalade, upphäva avtalen. En sådan reglering i strid mot avtalen kan bl.a. bli nödvändig om det genomförs EG-direktiv som förpliktar staten att införa materiella eller processuella krav genom ny lagstiftning. Även förordningar "der er umiddelbart anvendelige i medlemsstaterne – vil naturligvis gælde uafhængigt af en indgået aftale". Se Basse 1996 s. 186.

ter till ändring sträcker sig längre, när det gäller verksamhet som har större likheter med utövning av förvaltningsuppgifter och myndighetsutövning än med kommersiell verksamhet. Den säkerhetsventil som kan tänkas ligga i "tungt vägande samhälleliga skäl" ger dock ingen vid bakdörr eftersom det krävs mycket för att en part skall kunna frigöra sig från ett förhållande även på den här aktuella grunden. Säkerhetsventilen anses därför inte skapa någon otrygghet i avtalsförhållanden. Å andra sidan torde det allmänna kunna "köpa sig fri" från en förpliktelse genom att täcka de utgifter som enskild pådragit sig genom att förlita sig på avtalet. Det spelar enligt *Boe* ingen större roll vilken grund för ändringen som åberopas, eftersom reglerna om bristande förutsättningar och oskäliga avtalsvillkor i vilket fall som helst färgas av det offentligrättsliga regelverket i de fall avtalet inte uteslutande handlar om sådant som är föremål för omsättning vid vanliga privaträttsliga relationer.[77]

På liknande sätt hävdar *Holopainen* att utgångspunkten i dessa fall bör "vara den, att man bör förhålla sig på samma sätt till förändrade förhållanden och ändrad lagstiftning som vid privaträttsliga avtal".[78] Även om det allmänna kan fatta beslut som skulle gripa in i ett privaträttsligt avtalsförhållande i vilket det allmänna är part, anses en privaträttslig grund för ett anspråk typiskt sett ge större trygghet för den enskilde kontrahenten än en grund som är bestämd i vanlig förvaltningsrättslig ordning.[79] Mot den bakgrunden kan man t.ex. se rättsfallet NJA 1983 s. 680, där ett barn i allmän domstol framställde yrkade om att domstolen skulle förbjuda kommunen att avstänga henne från barnomsorgsplats.[80]

---

[77] Se Boe 1993 s. 819.

[78] Se Nordiska juristmötet 1978, bilaga 11 s. 12.

[79] Se Sandgren 1993 s. 106. Se även Vodal 1995 s. 49.

[80] Barnets företrädare gjorde gällande att det förelåg ett avtal mellan henne och kommunen av innebörd att kommunen mot avgift skulle bereda henne plats på daghem och att kommunen på grund av avtalet därför inte ägde säga upp barnets plats. HD anförde att den kommunala barnomsorgen reglerades av bestämmelser i SoL och KL. En begäran om plats eller förtur till förskola etc. skulle i allmänhet handläggas som ett ärende om bistånd enligt 6 § SoL. Ett sådant beslut om bistånd överklagas därför hos länsrätt. HD fann därför att barnets fastställelsetalan inte kunde prövas av allmän domstol och avvisade därför talan. *Lavin* poängterar i en kommentar till rättsfallet att barnets talan inte analyserats eller karakteriserats eftersom domstolen löste frågan utifrån de formella kompetensreglerna i stället för att pröva om det rörde sig om ett avtalsförhållande. Orsaken är enligt *Lavin*, bl.a. att käranden inte åberopat någon självständig rättsgrund utanför socialtjänstens område. Talans utformning blev därför mycket viktig, liksom de påståenden som gjorts och de uttryck som använts. Käranden borde därför ha åberopat civilrättsliga regler, t.ex. skadeståndsregler. Se Lavin 1984 s. 79 f.

Inom arbetsrätten finns exempel på olika civilrättsliga situationer där en ensidig ändring av anställningsavtalet varit för handen.[81] Arbetsrätten har emellertid särskilda förutsättningar emedan de särskilda bestämmelser som finns i bl.a. LAS måste beaktas vad gäller parternas inbördes rättigheter och skyldigheter. I rättsfallet *AD 1984 nr 28* hade ett landsting, som ett led i försöksverksamhet, ändrat arbetstiderna för viss personal till 93 % av heltidstjänstgöring och även sänkt lönerna i motsvarande utsträckning. De anställdas fackförbund gjorde bl.a. gällande att personalen blivit skild från sina heltidsanställningar och blivit förordnade på deltidstjänster utan att ha samtyckt till åtgärden. AD uttalade bl.a. att det inte kunde anses styrkt att landstinget överenskommit med de anställda om en ändring av anställningstiden. Landstingets åtgärd hade alltså genomförts *ensidigt* och åtgärden fick därför ses som ett *obehörigt skiljande* från arbetstagarnas heltidstjänstgöringar. Arbetsgivaren ålades därför att betala skadestånd till arbetstagarna och förbundet. 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 i de aktuella fallen. På det arbetsrättsliga området jämställs dock kommunen i stor utsträckning med privata arbetsgivare.

I det norska fallet *Rt 1964 s. 534*, den s.k. kornmonopoldomen, hade en grossist i många år köpt korn från staten. I samband med en rationalisering uppställdes kravet att kunderna var tvungna att ha en minimiomsättning och en viss lagerstorlek för att få köpa korn. Eftersom grossisten inte uppfyllde kraven, tilläts han heller inte att köpa korn. Till följd av statens omsättningsmonopol på området miste han därför sitt "levebröd". Høyesteretten fann att avtalsvillkoren var olagliga, då de var för ingripande gentemot någon som varit kund under så lång tid. Sådan ensidig villkorsändring ansågs därför kräva lag

[81] Se även *Malmberg* som behandlar olika exempel angående rätten att ensidigt ändra anställningsavtal. Se Malmberg 1997 framförallt s. 324–330 och s. 337.

stöd för att kunna accepteras.[82]

I *UfR 1984 s. 735 H* hade en kommun inför "landvæsenskommissionen" accepterat att en fastighetsägarförening lät utföra en va-anläggning enligt de regler som gällde för privata anläggningar, även om anläggningen när den var färdig var avsedd att lämnas över till kommunen. Även om "landvæsenskommissionen" *inte ingått avtalet med markägarna* ansågs inte kommunen ha rätt att *ensidigt bestämma* att utförandet i stället skulle omfattas av de regler som gällde för offentliga anläggningar.[83]

---

[82] *Boe* tycker sig kunna dra vissa paralleller med legalitetsprincipen och hävdar därför att privata monopol i mångt och mycket står i samma ställning som offentliga monopol. I synnerhet om man accepterar att vissa offentligrättsliga principer kan bli av betydelse för privata storföretag som innehar en monopolställning. Till skillnad från privata monopol finns en del rättsskyddsgarantier vid kommunala monopol (renhållning och sotning) t.ex. i form av laglighetsprövning av taxefrågor. I det nyss redovisade rättsfallet användes legalitetsprincipen på en så pass avtalsrätttslig fråga som val av avtalspart, trots att rationaliseringen inte i första hand gjordes med samhällets bästa för ögonen, utan för den statliga verksamhetens egen del. Som exempel nämner *Boe* även fallet att Posten skulle neka en viss kioskkedja att sälja frimärken på grund av att dessa säljer könsdiskriminerande och pornografiska tidskrifter. Posten säger alltså inte upp avtalet av affärsmässiga grunder, utan därför att kioskkedjan i deras ögon uppträder på ett olämpligt sätt. Han menar att det allmänna inte kan kringgå rättssäkerheten i sin privaträttsliga verksamhet. Detta innebär inte att Posten är *förhindrad* att se till samhälleliga intressen, men att de är skyldiga att följa vissa rättssäkerhetsgarantier, såsom att iaktta saklighet vid handläggningen. Vidare anser han att det vid särskilt tyngande situationer krävs lagstöd för att kunna göra särskilt tunga ingrepp. Se Boe 1993 s. 810. Har det allmänna någon form av monopolställning vid verksamheter av privaträttslig karaktär förefaller det för norskt vidkommande i viss utsträckning krävas författningsstöd för att det allmänna ensidigt skall kunna ändra förutsättningarna till en enskilds nackdel. Det torde dock i stor utsträckning vara möjligt att fatta generella beslut.

[83] I *Rt 1970 s. 637*, den s.k. White Ladydomen, hade en mindre redare lämnat ett förslag på ett flerårigt avtal om skolskjutsar till en kommun. Kommunen godtog i huvudsak förslaget vilket meddelades till redaren, men fattade inte något *beslut* i frågan. Samtidigt som redaren utförde tjänsten förhandlade kommunen med det bolag som hade koncession på linjetransporter inom området om att detta skulle administrera samordningen av verksamheten tillsammans med redaren i fråga. Bolaget var emellertid inte intresserat av att binda sig för längre tid än ett år i taget. Redaren som därför inte fick något långvarigt avtal till stånd var senare tvungen att inställa trafiken. Han krävde härför ersättning av kommunen; dels för förlust av intäkter, eftersom han inte ansåg sig fått bedriva verksamheten på sätt som förutsatts, dels ersättning för det negativa kontraktsintresset, då han ansåg att kommunen vilselett honom. Høyesteretten fäste inget avseende vid något av kraven. Något avtal om transporter för en viss tidsrymd ansågs inte ha kommit till stånd och rätten ansåg heller inte att kommunen vilselett rederiet. En minoritet ville dock ge redaren ersättning för de omkostnader han haft då de ansåg att kommunen hade en väsentligt del i skulden för den oklarhet som uppstått. Se även Krüger 1989 s. 28 f. och s. 39.

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 det allmänna fritt 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.[84] I detta avseende föreligger ingen skillnad mellan offentligrättsliga och privaträttsliga parter.

Inte heller när det gäller beslut att ingå avtal är det säkert att det allmänna kan upphäva eller ändra detta. Gynnande beslut kan ju som huvudregel inte ändras och detsamma anses gälla i flerpartsmål. Det allmänna har därför inte så stora möjligheter att ensidigt ändra vare sig ett beslut till nackdel för enskild eller ett avtal som ingåtts med denne. Det förefaller endast vara vid förelägganden, förbud och andra generella beslut som det allmänna har möjlighet att ensidigt företa ändringar till nackdel för den beslutet rör. Även om ett avtal skulle ha offentligrättsliga inslag, och man vid den civilrättsliga prövningen därför måste göra en helhetsbedömning, så är det enligt min mening mycket som talar för att det allmänna inte har någon större möjlighet att ensidigt göra någon *direkt* ändring av förhållandet. Åtminstone torde skadeståndsskyldighet uppkomma om det allmänna ensidigt försöker dra sig ur ett avtalsförhållande.

Att en kommun inte ensidigt kan undkomma ett avtals förpliktande effekter torde också vara utgångspunkten i *RÅ 1961 I. 72*. Här avsåg kommunen enligt uppgift[85] att genom upphävandet av ett beslut om godkännande av ett ingånget avtal kringgå den "förintelseeffekt", i såväl offentligrättsligt som civilrättsligt hänseende, som skulle bli följden om besvärsmyndighet upphävde 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

---

[84] Se även Atiyah 1979 bl.a. s. 722, där den enskildes tillit starkt betonas. Se även Sandgrens slutsatser om den enskildes makt, Sandgren 1993 s. 116 f.

[85] Se Kaijser & Riberdahl 1983 s. 617.

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, dvs. inte endast ta sikte på en enskild situation i ett specifikt avtalsförhållande. Som kommer att beröras i nästa avsnitt har dock inte det allmänna någon möjlighet att lagstifta i ett konkret fall. Då lag, som har högre dignitet än förordning eller ett vanligt beslut, inte kan reglera ett enskilt fall torde man kunna våga sig på slutsatsen att detta förhållande ytterligare talar mot att det allmänna ensidigt skulle kunna frigöra sig från ett avtal eller ensidigt kunna ändra avtalsvillkor.[86]

Skulle det allmänna försöka frigöra sig ifrån avtalet genom att underlåta fullgörelse 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, eftersom möjligheterna till fullgörelse i sådana fall oftast torde vara utesluten om det kommunala beslutet vinner laga kraft.

8.4 Norm- och författningsändringar som indirekt påverkar avtalsförhållanden

8.4.1 Lagstiftarens möjlighet att generellt ändra förutsättningarna för avtal

Förutsättningarna för ett avtal kan komma att påverkas av senare tillkommen lagstiftning eller myndighetsbeslut. I princip gäller att avtalsförhållanden *allmänt sett* inte påverkas av en efter avtalets ingående tillkommen *dispositiv lagstiftning*. Det som parterna avtalat bör därför ses i relation till de lagnormer som gällde när avtalet slöts. Tillämpningen av en ny lag

[86] Detta lär dock i praktiken betyda att det något enklare att genom lagstiftning ändra offentligrättsligt präglade avtal än civilrättsliga dito som ingås av det allmänna, då dessa inte i lika stor omfattning behöver avse ekonomiska förpliktelser.

skulle kunna påverka avtalsförhållanden på ett sätt som parterna inte velat godta eller åtminstone inte haft anledning att räkna med när avtalet ingicks. Dispositiv lag kan förvisso verka retroaktivt, men sätter såsom dispositiv inte ingångna avtal åt sidan. Detta bör gälla även när en ny lag inte ersätter annan lag utan fyller ut ett i lag oreglerat läge, om inte parterna enas om att tillämpa den nya lagen.

Vad gäller *tvingande lagstiftning* anses dock läget vara ett annat. Här saknas i allmänhet något särskilt skydd mot ny lagstiftning om syftet med lagstiftningen är att tillgodose allmänna intressen eller att skydda tredje man eller enskilda parter. För att tillgodose sådana syften *bör* tvingande lag med retroaktiv verkan enligt *Taxell* vara möjlig när *starka skäl* föreligger. Det är också ganska vanligt att lagregler ändras och att förutsättningarna för de avtal som grundar sig på äldre lagstiftning därmed ändras. Problemen blir mest framträdande vad gäller avtal som löper över lång tid och det finns all anledning att vara försiktig.[87] I förarbetena till 36 § AvtL framhåller föredraganden att

> "generalklausulen i viss utsträckning bör kunna komma till användning för att anpassa avtalsvillkor till ny lagstiftning som har trätt i kraft efter avtalets ingående. Det gäller naturligtvis särskilt i fall när ett avtal slutits för exceptionellt lång tid. Jag vill emellertid i likhet med utredaren understryka vikten av att en sådan tillämpning av generalklausulen sker med försiktighet, framförallt med hänsyn till att ny lagstiftnings inverkan på äldre rättsförhållanden regelmässigt regleras i särskilda övergångsbestämmelser. Större anledning att tillämpa generalklausulen för att komma till rätta med föråldrade avtalsvillkor föreligger när äldre avtalsformulär kommer till användning efter det ny lagstiftning har trätt i kraft eller när avtal förlängs utan att anpassas till innehållet i nya lagbestämmelser."[88]

Att förutsättningarna kan ändras genom ny lagstiftning är gemensamt för alla typer av avtal men problemet blir särskilt påtagligt om regleringen rör en situation där det allmänna självt är avtalspart. Rätten att ändra lagstiftningen, eller med andra ord den offentligrättsliga kompetensen att ändra lagarna, kan ses som utslag av statens myndighet eller dess rätt att bestämma över sina undersåtar. Det allmänna står i det här avseendet

---

[87] Se Taxell 1987 s. 67 f. Som exempel kan nämnas att 36 § AvtL gjordes tillämplig på avtal som ingåtts före lagens ikraftträdande och att den framträder som en klar och angelägen skyddsnorm. Det bör i det här fallet dock beaktas att vissa jämkningsmöjligheter fanns redan dessförinnan.

[88] Se prop. 1975/76:81 s. 128. Se även SOU 1974:83 s. 157 f.

alltså i ett överordnat förhållande i relation till den privata autonomin. Dessutom är den offentligrättsliga kompetensen inte bara ett uttryck för en rätt att handla – den är även i viss utsträckning ett uttryck för en plikt att handla.[89] En rättsregel skall dock ha en generell form och en lag eller förordning måste därför ha ett allmängiltigt innehåll. Kravet uppfylls om en lag 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. Man får dock inte lagstifta om ett konkret fall, 11:8 RF. Lagstiftaren kan således inte genom införandet av en lag försöka komma ifrån ett specifikt avtalsförhållande.[90] Det torde därför vara uteslutet att genom lag eller förordning försöka komma ifrån ett visst avtal. Detta utesluter dock inte generell lagstiftning som riktar sig mot samtliga avtal av den aktuella typen. Att staten uppträder som privat kontrahent i ett avtalsförhållande hindrar i sig inte staten från att anta nya generella regler för avtalstypen ifråga. Bl.a. anger *Brækhus* socialpolitiska eller näringspolitiska regler som exempel på när staten antagligen skulle ha möjlighet att genom lag ändra förutsättningarna för ett avtal där den själv är part.[91]

8.4.2 Retroaktiv lagstiftning

Det finns i svensk rätt inget generellt grundlagsskydd mot retroaktiv lagstiftning. I 2:10 RF stadgas förbud mot retroaktiv strafflag och retroaktiv lag om skatt eller statlig avgift.[92] Förbudet korresponderar med förpliktelser enligt Europarådets och FN:s rättighetskonventioner. Förbudet anses även vara tillämpligt på straffliknande administrativa påföljder så-

---

[89] Se även Basse 1990 s. 104 f.

[90] Se även Strömberg 1997b s. 89.

[91] Se Brækhus 1975 s. 16. I plenimålet *Rt 1962 s. 369*, den s.k. Gullklausuldomen, ansågs t.ex. staten ha rätt att ändra förutsättningarna – genom att avskaffa guldvärdesklausuler i en rad obligationslån som i huvudsak ingåtts under slutet av 1800-talet – då ett upprätthållande av dessa skulle få skadeverkningar för penningväsendet och samhällets ekonomi. I det här fallet var det alltså fråga om en generell lagändring som berörde många som genom obligationer lånat ut pengar till den norska staten. Hade det i stället rört sig om en lagändring som berört en ensam långivare hade lagändringen troligen stridit mot den norska grundlagen.

[92] Grundlagsskyddet omfattar enligt 2:10 1 st. RF skydd mot retroaktivt införande av straff eller annan brottspåföljd, och enligt 2 st. skydd mot att skatt eller annan statlig avgift uttas i vidare mån än vad som gällde när den aktuella omständigheten inträffade.

som skattetillägg, restavgifter och förseningsavgifter enligt olika skatteförfattningar etc.[93] Som huvudregel gäller att skatt eller statlig avgift inte får tas ut i vidare mån än som följer av föreskrift som gällde när den omständighet inträffade som utlöste skatt- eller avgiftsskyldigheten.[94] Den begränsning som kan bli aktuell vid införande av nya skatteregler är givetvis att den skattskyldighet som införs inte får strida mot 2:10 2 st. RF, jfr även 11:14 RF. Grundlagsregeln tar dock endast sikte på vad som gällde *före* den nya lagstiftningens införande, och skyddar inte för all framtid mot skattskyldighet.[95]

Ett mera allmänt förbud mot retroaktiv lagstiftning har vid vissa tillfällen föreslagits. Statsmakterna har dock tagit avstånd från ett sådant allmänt förbud då de ansett att det dels är omöjligt att i grundlag ange förutsättningarna för de avsteg från förbudet som skulle bli nödvändiga, dels att det ofta är svårt att avgöra vad som faktiskt menas med retroaktivitet. I betänkandet av 1973 års fri- och rättighetsutredning framhålls att retroaktivitet som regel ansetts böra undvikas på framförallt förmögenhets- och skatterättens områden. Anledningen är att medborgarna anses ha ett berättigat anspråk på att kunna planera sina förhållanden utifrån gällande rätt. Utredningen övervägde därför att införa förbud mot retroaktiv skattelag och mot annan retroaktiv lagstiftning enligt 8:3 RF, dvs. sådana föreskrifter som rör förhållandet mellan enskilda och det allmänna, och som avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden. Emellertid ansågs tungt vägande skäl på dessa områden kunna medge avsteg från huvudregeln att retroaktivitet bör undvikas. På grund av de svårigheter som skulle föreligga att i lagtext, med någon grad av precision, ange förutsättningarna för när sådana avsteg får medges, fann utredningen det inte möjligt att införa bestämmelser på området.[96]

Föredraganden konstaterade, i likhet med majoriteten av remissin-

---

[93] Se prop. 1975/76:209 s. 125, jfr även a.a. s. 258. Se även Petrén & Ragnemalm 1980 s. 64 ff.

[94] Se Holmberg & Stjernquist 1995 s. 56 f. Se även prop. 1978/79:195 s. 55 f.

[95] För det sistnämnda se t.ex. *RÅ 1992 ref. 10*, där den då gällande lagen (1986:1225) om tillfällig förmögenhetsskatt för livförsäkringsbolag, understödsföreningar och pensionsstiftelser inte ansågs strida mot retroaktivitetsförbudet.

[96] Se SOU 1975:75 s. 158 f. och s. 436. Se även prop. 1975/76:209 s. 125 f. och s. 259 ff.

stanserna,[97] att det allmänt understrukits "att retroaktiv lagstiftning måste ha karaktär av ren undantagsföreteelse", men delade utredningens uppfattning att det inte var lämpligt att införa något mera generellt undantag i RF.[98] Om man bortser från de straffrättsliga och skatterättsliga områdena förekommer således inga grundlagsrättsliga begränsningar mot retroaktiv lagstiftning i svensk rätt.

På det civilrättsliga området är dock situationen vad gäller införande av tillbakaverkande lagstiftning till viss del splittrad.[99] När ingripande reformer genomförts har det varit vanligt att övergångsbestämmelser på ett detaljerat sätt löst frågor om äldre och nyare lagstiftnings tillämplighet.[100] Det är självklart så att behovet av att ta hänsyn till äldre reglers fortvarande giltighet varierar mellan olika områden. Det är av stor vikt för förutsebarheten att lagstiftningen – t.ex. vad gäller avtalsformer, pris, villkor i övrigt – inte under den löpande avtalstiden ändras på ett sätt som gör att den avtalsvis vunna balansen mellan parterna rubbas i väsentlig mån. Vid olika typer av kommersiella avtal är det dock ofta karakteristiskt, att det rör sig om "snabba" förbindelser eller engångsavtal, där parterna tämligen snabbt ingår och avvecklar sina förbindelser. Vid den typen av avtal blir det därför sällan fråga om att avtal som etablerats mot bakgrund av äldre lagstiftning under någon längre tid verkar parallellt med rättsförhållanden som ingåtts enligt den nyare lagbestämmelsen.

När det gäller frågan om olika typer av rättsförhållandens påverkan av

---

[97] Se prop. 1975/76:209 s. 259 ff. Många var dock positivt inställda till ett allmänt förbud mot retroaktiv lagstiftning. Internationella Juristkommissionens svenska avdelning ansåg t.ex. "retroaktivitet över huvud icke vara tillåtlig beträffande dispositioner som människor redan träffat och vilka då varit klart godtagna av samhället. ... Endast i undantagsfall till undvikande av stötande konsekvenser kan retroaktiva ingrepp från det allmännas sida försvaras. Här föreligger ett påtagligt skyddsbehov som grundlagsförslaget icke tillgodoser." Se a.a. s. 261.

[98] Se prop. 1975/76:209 s. 126.

[99] Se även Hellner 1990 t.ex. s. 164 ff. och s. 248–251.

[100] För en allmän kritik av användandet av övergångsbestämmelser, se bl.a. Hellner 1990 s. 219 f. *Strömberg* hävdar vad gäller lagstiftning i förhållande till kommunala stadgor, att om ny lagstiftning införs som i stort sett bibehåller den gamla lagens bemyndiganden vad gäller den kommunala normgivningsmakten och inte några övergångsbestämmelser reglerar vad som skall gälla, torde giltigheten av tidigare utfärdade föreskrifter inte rubbas. Skulle det nya lagstadgandet ha en mer begränsad innebörd, finner han att de kommunala föreskrifterna endast torde gälla i den mån de täcks av den nya lagstiftningen. På samma sätt torde ny lagstiftning kunna leda till att tidigare utfärdade kommunala förordningar helt upphör att gälla. Se Strömberg, *Den lokala förordningsmakten*, 1954 s. 277 f.

senare lagstiftning kan vissa *generella linjer* skönjas. På familjerättens område har det t.ex. varit vanligt att nya bestämmelser getts tillämplighet även på tidigare etablerade förhållanden, medan man vid avtal och andra ekonomiska mellanhavanden inom förmögenhetsrätten vanligtvis låtit äldre rätt även fortsättningsvis reglera tidigare ingångna förbindelser och tidigare uppnådda rättspositioner. Som exempel kan nämnas fastighetsrättens område där det finns gott om långvariga, ekonomiskt betydelsefulla rättsförhållanden, som under en mycket lång tidsperiod regleras av äldre lagstiftning. Orsaken till detta är att det vid fastighetsrättsliga förhållanden, i likhet med flera andre avtalsrättsliga förhållanden, är vanligt att föreställningar om hävd och andra sedan länge "välförvärvade rättigheter", tillmäts betydande tyngd. Kraftiga ingrepp i rättsförhållandena kan på dessa områden dessutom innebära mycket stora realekonomiska konsekvenser. Det är därför en svår balansgång när lagstiftaren skall ta ställning till vilka positioner som skall bestå eller inte vid ny lagstiftning. Några entydiga principer är svåra att presentera, men allmänt menar *Strömholm* att statsmakternas inställning i frågan utvecklats i riktning mot ett minskat hänsynstagande till etablerade intressen och rättspositioner.[101]

För svensk rätts vidkommande torde slutsatsen bli att det allmänna har stora möjligheter att generellt ändra de förutsättningar som gällt enligt tidigare lagstiftning när detta sker med det allmännas bästa för ögonen,

---

[101] Se Strömholm 1996 s. 349 ff. Som ett exempel på det anförda kan nämnas reglerna om statliga bostadslån. I prop. 1994/95:219 föreslogs att reglerna skulle bli enhetliga på ett sådant sätt att ränteskillnadsersättning blev obligatorisk för alla statliga bostadslån. Enligt övergångsreglerna skulle låntagare som ville lösa sitt lån före 1995 års utgång kunna göra detta utan att behöva betala ränteskillnadsersättning. Efter reglernas ikraftträdande skulle *alla avtal skrivas om*, där framtida räntenivå, tidsbindning och betalningsregler skulle bestämmas. Om långivaren inte kunde komma i kontakt med låntagaren för att skriva om avtalet föreslogs att de *nya villkoren ensidigt skulle bestämmas av långivaren.* Förslaget innebar i viss utsträckning att föreskrifter i lag ersatte civilrättsliga avtalsbestämmelser. Skälen angavs vara organisatoriska och finansiella, även om det inte ansågs uteslutet att enskilda låntagare skulle få en något försämrad situation. Lagrådet fann att situationen visserligen var av sådan karaktär som avses i 8:2 RF, men att avsteg från retroaktivitetsförbudet i det här fallet lät sig göras. Skälet angavs vara det samhälleliga intresset av enhetliga regler för de statliga bostadslånen samt att regeringen redan hade rätt att bestämma räntan för ett år i taget i enlighet med de riktlinjer riksdagen bestämde, även till nackdel för låntagare. Förslaget ansågs därmed inte stå i strid med principen att ny lagstiftning inte får rubba redan uppkomna avtalsförhållanden. Se prop. 1994/95:219 s. 25 och s. 40–45.

2:18 RF.[102] Däremot kan det allmänna bli tvunget att utge ersättning till enskild som, till följd av att ett avtal med det allmänna förlorar sin betydelse eller att äganderätten i annat fall inskränks, drabbas ekonomiskt till följd av lagändringen.

När det gäller privaträttsliga typer av avtal som det allmänna ingår – och som har motsvarigheter i avtal mellan enskilda – förefaller det vara logiskt att inte göra någon skillnad på det allmänna som avtalspart gentemot enskilda kontrahenter i samma situation. Det allmänna har här möjlighet att reglera en viss företeelse eller ändra förutsättningarna för denna. En generell lagändring är med andra ord helt i sin ordning.[103] Situationen kan dock te sig annorlunda om det rör sig om lagstiftning som berör ett avtal eller avtalsvillkor som bara kan förekomma när det allmänna är part, eller där det allmänna ingår avtal enligt särskilt stöd i lag.

---

[102] Under det nordiska juristmötet 1978 anförde *Frihagen* att det även för lagstiftaren borde finnas vissa begränsningar vad gäller möjligheterna att ändra förutsättningarna för ett ingånget avtal, även om det lättare bör kunna ske genom en lagändring än genom ett administrativt beslut. Det är vidare lättare att generellt ändra förutsättningarna för ett avtal än att gå in och göra ändringar i det enskilda avtalet. Se Nordiska juristmötet 1978 s. 375 f.

[103] För staten kan ytterst en strikt hållen linje att staten inte har möjlighet att frångå ingångna avtal enligt *Jägerskiöld* föra till så "ödesdigra" resultat att en myndighet förklaras aldrig kunna binda statens framtida avgöranden i livsviktiga ämnen. Se Jägerskiöld 1958 s. 41, vilken bl.a. hänvisar till det engelska rättsfallet *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King [1921] 3 K.B. 500*. Fallet rörde ett svenskt bolag som vid tiden för första världskriget per skepp fraktade gods till Storbritannien. Bolaget hade genom brevväxling fått löfte om att skeppet skulle få lämna brittisk hamn trots de restriktioner som gällde till följd av kriget. Efter ankomsten till Storbritannien vägrades dock tillstånd att lämna hamnen på grund av att bolaget tidigare idkat viss handel med Tyskland. Domstolen, genom domaren Rowlatt J., fann att staten i fallet inte kunde anses ha ingått ett kommersiellt avtal och att någon bundenhet inte uppstått, eftersom brevet inte uttryckte mer än en *intention* att handla på ett viss sätt. Staten ansågs inte genom avtal kunna "hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the State". Skulle det ha rört sig om ett kommersiellt avtal ansågs att staten skulle ha varit bunden "like anybody else". Fallet har kritiserats då det ansetts *underminera* det avtalsrättsliga skyddet i stor utsträckning, men anses ändå vara *principiellt viktigt* eftersom företrädare för det allmänna *aldrig* anses kunna binda framtida myndighetsutövning. Se Turpin, *Government procurement and contracts*, 1989 s. 85–90, Turpin, *Government contracts*, 1972 s. 19–25 och Turpin, *Public Contracts*, 1982 s. 32 not 251, vilken i det sistnämnda arbetet med hänvisning till fallet framhåller att "[i]n the UNITED KINGDOM the contractual capacity of the Crown is limited by the somewhat obscure but at all events narrow principle in the case ...". Ett avtal anses alltså vara rättsligt bindande för det allmänna så länge det inte krockar med *allmänna intressen* eller det allmännas *lagstadgade möjlighet och skyldighet att utöva myndighet.*

Svårigheter när det gäller att bedöma om det allmänna genom författning kan ändra förutsättningar, kan även uppstå till följd av osäkerhet om det rör sig om ett avtalsförhållande eller om det är fråga om offentligrättslig bidragsgivning. Det ovan berörda fallet med bostadsrättsföreningen Fågelbärsträdet kan belysa det ovan sagda.[104]

I första hand yrkades att staten skulle fullgöra garantiutfästelsen avseende den *garanterade räntan* i fråga om statliga bostadslån, eftersom staten genom utfärdande av författning inte kunde "undandra sig betalningsskyldighet för utställda förbindelser". Staten hävdade å sin sida att uttrycket "garanterad ränta" endast utgjorde en beräkningsfaktor som användes vid fastställande av räntebidrag och att staten inte ingått något *avtal om räntebidrag*, eftersom sådant bidragslämnande utgör myndighetsutövning. TR ogillade förstahandsyrkandet då den fann att lämnande av räntebidrag vid långivning innebar beslut om beviljande av subvention som utgjorde myndighetsutövning, även om det ansågs vara svårt att bortse från att statens långivning innehöll "vissa inslag av privaträttslig art". Eftersom räntebidragen ansågs utgöra myndighetsutövning, och därmed falla utanför den avtalsbara sektorn, kunde någon civilrättslig bundenhet för staten inte ha uppstått i fråga om villkoren för lämnande av räntebidrag.[105]

I andra hand yrkade föreningen bl.a. att staten inte kunde rubba ingångna betalningsåtaganden genom att utfärda författning om *betalningsbefrielse från gällande avtal*, då det skulle strida såväl mot hävdvunnet konstitutionell praxis som mot legalitets- och rättsstatsprincipen i Maastrichtfördraget om staten skulle vara berättigad att i förordnandeform frångå ingångna avtalsförbindelser. Staten vitsordade vad gällde andrahandsyrkandet att det i och för sig inte är möjligt att genom en förordning frångå en civilrättslig förpliktelse, men att garantiutfästelsen kunde härledas ur en författningsreglering och att avtalet fått sitt innehåll *enbart* genom hänvisning till författningsreglering. Avtalsvillkoren skulle därför vid en tolkning motsvara det från tid till annan gällande författningsinnehållet. TR fann därmed, i enlighet med statens invändning, att föreningens andrahandsyrkande vilade på felaktig förutsättning eftersom garantiutfästelsen grundades på lag.

---

[104] Se *Stockholms tingrätts dom 1998-03-20 (Mål nr T 10-756-95)*. Föreningen har överklagat domen.

[105] TR tillade att även *om* statens långivning skulle anses ha inneburit att parterna ingått ett avtal, så skulle det faktum kvarstå att föreningen på grund av ett i avtalet intaget villkor, vid avtalsslutet förbundit sig att underkasta sig de ändringar avseende räntebidrag som regeringen med stöd av lag bestämmer. Avtalsvillkoret kunde enligt TR inte tolkas på annat sätt än att av regeringen beslutade ändringar skulle få effekt på låneavtalen från den dag ändringarna trädde i kraft.

För det fall det befunnits vara fråga om ett avtalsförhållande vitsordade staten att den inte genom lagstiftning ansetts kunna ändra förutsättningarna för ingångna avtal. Skälet till detta torde vara att om det skulle röra sig om ett avtal som *endast* staten har möjlighet att ingå, vore det i ett sådant fall orimligt att genom införande av författning kunna frånsäga sig allt ansvar enligt avtalet. Rör det sig å andra sidan om en typ av avtal som ingås mellan såväl det allmänna och enskild som mellan enskilda torde det inte föreligga något formellt hinder mot att införa generell lagstiftning som ändrar förutsättningarna på området. I det aktuella fallet grundades dock garantiutfästelsen på lag. Det var således inte avtalen i sig som låg till grund för relationen mellan staten om föreningen. Även om själva låneförbindelsen måste anses utgöra ett avtal, utgör eventuella räntesubventioner en form av bidragsgivning. Beviljande av räntebidrag måste därför anses utgöra myndighetsutövning och generellt sett inte kunna bli föremål för avtal. Genom lagändring kan storleken av de bidrag som beviljats komma att förändras.[106]

8.5 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, vilket också kan sägas utgöra en form av normgivning.[107] Som tidigare nämnts följer

[106] En helt annan fråga är det lämpliga i att ändra förhållanden som gör att de ekonomiska förutsättningarna i stor utsträckning kommer att ändras. Samtidigt torde det kunna krävas att medborgarna är medvetna om att förutsättningarna för offentliga bidrag kan komma att ändras beroende på vilka grupper som anses vara skyddsvärda samt de ekonomiska konjunktursvängningarna. Uttryck som "garanterad ränta" måste dock anses vara klart olämpliga, eftersom sådana kan skapa förväntningar som det allmänna inte kan utfästa sig att infria.

[107] 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. Se även Staedler 1984 s. 116, vilken bl.a. hänvisar till *NJA 1976 s. 139*, där fastighetsindelning för överföring i enlighet med stadsplan och tomtindelning av del av tomt till gatumark inte ansågs kunna tillåtas, eftersom bl.a. avsevärda bullerstörningar kunde väntas uppstå till följd av den överförda delens användning, *NJA 1976 s. 644*, där hinder mot avstyckning ansågs föreligga innan sådant bedömningsunderlag förelåg som innefattas i en verkställd planutredning, och *NJA 1977 s. 235*, där hinder befanns föreligga mot avstyckning för fritidsändamål inom område med avstyckningsplan och tätbebyggelseförbud innan ny planläggning kommit till stånd.

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 a KL och enligt vissa specialförfattningar, t.ex. SoL och PBL. Sådana normer är bindande för kommunmedlemmarna och utgörs bl.a. av lokala ordningsstadgor, föreskrifter för att trygga miljö och hälsa samt renhållningsordningar.[108] Kommunen får dock inte fatta beslut med tillbakaverkande kraft, 2:3 KL.[109] Den kommunala normgivningsmakten var tidigare i stor utsträckning underkastad statlig kontroll i form av LSt:s fastställelse.[110] Detta förfarande har numer till stor del försvunnit och utrymmet för den kommunala normgivningsmakten kan i den bemärkelsen därför sägas ha ökat.[111]

Man måste vid bedömningen av den kommunala normgivningskompetensen troligen göra skillnad mellan vad kommunen är skyldig att göra enligt speciallagstiftning och vad 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 beslut om taxor på det socialrättsliga området eller vad gäller förskoleverksamhet och beslut om planläggningar enligt PBL. Oavsett om det rör sig om "frivillig" normgivning eller normgivning som kommunen är skyldig att utföra, är det dock gemensamt för lagstiftningen att den drar upp mer eller mindre preciserade riktlinjer för kommunens normgivningskompetens.[112]

Den kommunala normgivningen får inte strida mot grundlag, lag eller andra rättsprinciper. Som sådana regler och principer kan t.ex. nämnas ingrepp i den enskildes personliga integritet och det privaträttsliga egendomsskyddet.[113] Den kommunala normgivningen kan heller inte åsidosätta lagstadgade föreskrifter, t.ex. civilrättsliga regler om nyttjanderätt

---

[108] Se även Lindquist & Losman 1998 s. 23 f.

[109] Se Strömberg 1995b s. 35 och Paulsson m.fl. 1997 s. 62. Även innan den nya kommunallagens ikraftträdande fanns enligt praxis ett förbud mot beslut med retroaktiv verkan på det kommunala området.

[110] För en närmare redogörelse av äldre rätt, se Strömberg 1954 bl.a. s. 141–146 och s. 150 ff.

[111] Enligt OL beslutar t.ex. kommunfullmäktige 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.

[112] Se även Strömberg 1954 s. 173 f. och s. 236 f.

[113] Se även Strömberg 1954 s. 183 ff.

och servitut.[114] Även om kommunal normgivning i form av ordningsstadga eller annan föreskrift inte direkt griper in i enskilds integritet, kan den dock innebära inskränkningar i enskilds intressen, t.ex. i form av förbud eller avgifter.[115]

8.5.1 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 komma att ändras genom att grunden för den avgift som föreskrivs i detta 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.[116] Detta är även fallet när det rör sig om s.k. frivilliga offentligrättsliga avgifter, dvs. 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.[117] 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 i avsnitt 5.5.1 är utgångspunkten att det allmänna utan författningsstöd inte kan binda sin framtida

---

[114] Se Strömberg 1954 s. 188 och där anvisad praxis.

[115] Se Strömberg 1954 s. 194.

[116] Se Hallgren m.fl. 1997 s. 107. Jfr även Stockholms tingrätts dom 1998-03-20 (Mål nr T 10-756-95) angående bostadsrättsföreningen Fågelbärsträdet, vilket dock rörde förhållande mellan stat och enskild.

[117] Se även Bohlin 1984 s. 44 f. och s. 88 samt Bohlin 1998 s. 158 ff.

myndighetsutövning.[118] Det är ganska vanligt att olika typer av *abonnemangsavtal*, t.ex. om el-leveranser, 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 offentligrättslig handling, men en hänvisning till den i avtalet anses i regel vara en *nödvändighet* för att taxeändringar skall få någon betydelse för konsumenten och avgiften utgör ett avtalsvillkor först i och med att det *i avtalet* tas in en bestämmelse om att avgiftens storlek bestäms av den vid varje tidpunkt gällande taxan.[119]

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. Det kan även tänkas att fullmäktige genom ett *individuellt beslut* om en avgifts storlek kan skapa sådan bundenhet för kommunen att den senare inte har rätt att ändra eller frångå detta, om inte någon uttrycklig rätt att göra detta förbehållits vid beslutet. Även om situationen närmast är hypotetisk och knappast vanligt förekommande, eftersom den i de flesta fall torde strida mot likställighetsprincipen, kan man tänka sig att avgiftsskyldig som omfattas av ett sådant beslut kommer i bättre ställning än abonnenter som förbundit sig att betala avgift i enlighet med gällande taxa.[120]

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 som regelmässigt är

---

[118] Jfr t.ex. Bernt 1981 som visar att det i Norge råder en stark förvaltningsrättslig tradition för att ett bindande av offentlig myndighet måste vila på offentligrättsliga grunder och inte kan härledas ur civilrättsliga kompetensregler. Se även Graver 1996 s. 110 ff. Vad gäller det allmännas kompetens att på förhand meddela hur den önskar använda sin myndighet skiljer *Graver* mellan forhåndsuttalelser, forhåndstilsagn och avtaler om myndighetsutøvelse. Det första ingår som ett led i det allmännas rådgivande verksamhet. Det andra fallet rör förhandsbesked om vilken bedömning som kan komma att göras i en viss situation och kräver lagstöd eller sedvanerättslig kompetens.

[119] Se Bohlin 1984 s. 86 f.

[120] Se Bohlin 1984 s. 216 ff.

subventionerad.[121] Beslut att anta taxa är att anse som normgivning och i dessa fall saknas utrymme för avtal. I det ovan refererade hovrättsfallet om återbetalning av barnomsorgsavgifter[122] konstaterar HovR att det i målet är ostridigt att frågan om rätten att i egenskap av kommunmedlem tilldelas barnomsorgsplats samt att "frågan om taxan för kommunens barnomsorg faller inom området för offentlig förvaltning med karaktär av myndighetsutövning". Dessa delar av rättsförhållandet kan därför aldrig bli föremål för avtal. Däremot ansågs *ianspråktagandet* av daghemsplatserna leda till ett förpliktande att erlägga barnomsorgsavgift. Rättsförhållandet ansågs i dessa delar ha privaträttsliga inslag där kommunens motprestationer ansågs ligga utanför kommunens myndighetsutövning.

I ett i fallet avgivet rättsutlåtande konstaterar *Riberdahl* att barnomsorgsavgifter är underkastade dels de i 35 § SoL[123] angivna begränsningarna, 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 civilrättslig synvinkel torde det dock te sig långsökt att en avgift inte skulle kunna jämkas om den prestation för vilken avgiften utgår inte utnyttjas fullt ut. Man torde därför kunna skilja på fastställandet av taxan och beslutet att utkräva viss avgift som grundar sig på taxan, vilket utgör myndighetsutövning, och eventuella återkrav av det erlagda avgiftsbeloppet till följd av att den avgiftsbelagda tjänsten inte utnyttjats fullt ut. Avgörande för bedömningen måste därför bli hur stor del av den faktiska kostnaden för den ianspråktagna tjänsten som avgiften utgör. Rör det sig om en starkt subventionerad verksamhet kan man kanske tänka sig att utrymmet för en jämkning minskar eftersom den avgift som erläggs faktiskt inte är oskälig i förhållande till kostnaden för den motprestation som kommunen faktiskt tillhandahåller. Samtidigt kan man fråga sig om det ens enligt likställighetsprincipen är skäligt att nyttjare som endast i begränsad omfattning utnyttjar en viss service skall erlägga lika mycket i avgift som den som utnyttjar en tjänst fullt ut. Som redovisats ovan har bl.a. i norsk rättspraxis så ansetts vara fallet när det gäller barnomsorgsavgifter, vilket även ger stöd åt Riberdahls slutsatser.[124]

---

[121] Se även Ketscher 1990 s. 252 och s. 271 ff.

[122] Se Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95).

[123] Bestämmelsen motsvaras numer vad gäller förskoleverksamhet av 2 a:10 SkolL.

[124] Se t.ex. Rt 1991 s. 858 och Rt 1994 s. 400.

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 reducering av anslutningsavgiften med det belopp som betalts 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 nackdel, dvs. kommunens, 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.[125] Villkoret som sådant kan i förhållande till motparten i och för sig komma att anses vara oskäligt enligt avtalsrättsliga regler genom att taxan ensidigt kan ändras, men eftersom taxan skall bygga på likställighets- och självkostnadsprincipen kan knappast själva vederlaget anses vara oskäligt. I *MD 1985:16* förbjöd MD en kommun 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 kommunalrättsliga regler och principer visserligen kan utgöra ett skydd för abonnenterna, men att detta inte medför att avtalsvillkoret blir godtagbart. Det ansågs vara principiellt felaktigt att en starkare part i ett avtalsförhållande skulle kunna förbehålla sig en omfattande rätt att ensidigt ändra avtalets innehåll. I förbehållet om ensidiga ändringar ingick även ett förbehåll om att höja taxan. Ett sådant förbehåll ansågs dock inte vara oskälig mot de berörda fastighetsägarna i och med kommunens skyldighet att iaktta självkostnadsprincipen.

I *NJA 1994 s. 359* hade en kommun år 1954 med ett bolag träffat ett s.k. tredjemansavtal vilket innehöll bestämmelse om befrielse för all framtid från

[125] Se även Bohlin 1984 bl.a. s. 216.

brukningsavgift för spillvattenavlopp för vissa uppräknade fastigheter.[126]

Borås kommun[127] yrkade över 30 år senare vid statens va-nämnd att dessa fastighetsägare utan hinder av avtalet skulle vara skyldiga att betala brukningsavgifter 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 "evighetsavtal" i sig vara oskäliga. Bestämmelser om avgifter som avses gälla för all framtid ansågs inte utgöra något ensamt skäl för jämkning.

När det gällde bedömningen av jämkningsfrågan skulle emellertid enligt HD 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 skall det beaktas att skillnaden mellan avgiftsfrihet och den avgift som föreligger enligt den fastställda taxan med tiden blivit allt större. Ju längre tid som förflyter desto större blir skäl av det ovannämnda slaget för att en jämkning skall ske.

Bestämmelsen om att avgiftsbefrielsen skall gälla för all framtid ansågs därför *på grund av den allmänna pris- och kostnadsutvecklingen* vara oskälig enligt

---

[126] Se även Hellner, *Jämkning av långvarigt avtal*, 1994–95 s. 137–141 och Ramberg & Hultmark 1996 s. 250. För äldre praxis jfr *NJA 1946 s. 679*, där Järnvägs-AB Stockholm–Saltsjön vid försäljning av tomter vid seklets början förbundit sig att gentemot tomtköpare och deras familjer behålla vissa bestämda biljettpriser. HD fann med röstsiffrorna tre mot två att bolaget, trots förändring av penningvärdet, inte kunnat visa något förhållande som kunde befria detta från dess skyldighet.

[127] Avtalet ingick ursprungligen av Toarps kommun som sedermera uppgick i Dalsjöfors kommun, vilken i sin tur uppgick i Borås kommun vid kommunsammanslagningen 1974.

36 § AvtL. HD:s majoritet jämkade därför avgiftsbefrielsen till att gälla så länge den i målet aktuelle fastighetsägaren bebodde fastigheten, vilket för övrigt överensstämde med dennes revisionsyrkande. Skälet till detta anfördes vara att utredningen inte gav tillräckligt stöd för att prisutvecklingen hittills vuxit i sådan utsträckning att avtalsbestämmelsen redan nu framstod som oskälig. Två dissidenter var av uppfattningen att avgiftsbefrielsen varat i fyrtio år och att det borde anses vara oskäligt om den skulle fortsätta gälla ytterligare tid därefter.

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 (tvingande) offentligrättslig reglering *bör kunna jämkas* med hänsyn till de allmänna principer som ligger till grund för regleringen. Här spelar även tidsfaktorn in.[128] Det är dock tveksamt vilket prejudikatvärde rättsfallet kan anses ha. Mycket förefaller tyda på att domstolen funnit det skäligt att avtalet i det här fallet jämkades till att gälla så länge som den fastighetsägare som under väldigt lång tid bebott fastigheten faktiskt förblev boende där. Skillnaden mellan dissidenternas tidsbegränsning till

[128] I *Rt 1995 s. 1333* hade kommun, som hyresgäst, ingått ett hyresavtal som var ouppsägbart från hyresgästens sida. Uthyraren hade dock möjlighet att säga upp avtalet efter 40 år. Kommunen sade efter nära trettio år upp hyresavtalet med stöd av hyreslagen. Rätten fann inte anledning att pröva yrkande om att avtalet ingåtts utan att saken behandlats i enlighet med den norska kommunestyrelseloven, eftersom parterna under lång tid ansett sig vara bundna och under lång tid i god tro inrättat sig efter avtalet. Varken enligt efter avtalet, till hyresgästens fördel, tillkommen hyreslagstiftning eller enligt 36 § AvtL ansågs ouppsägbara klausuler vara ogiltiga. Kommunen hade därför inte rätt att säga upp avtalet.

fyrtio år och den faktiska avtalstiden kanske i verkligheten blev högst marginell.[129]

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."[130] Genom uttalandet slås fast att regleringar i va-fråga utöver vad gällande taxa stadgar 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 reg-

[129] I *RG 1985 s. 507* hade ett avtal om vattenleveranser ingåtts år 1940. Avgiften var inte knuten till de faktiska kostnaderna. Kommunen hade enligt avtalet ingen rätt att säga upp detsamma. Genom senare införd lagstiftning slogs fast att nyttjare av kommunalt vatten skulle betala samtliga kostnader i fråga om vatten och avlopp. Rätten fann utifrån förutsättningsläran och 36 § AvtL att avtalsförhållandet ändrats i en sådan utsträckning att ingen av parterna kunde ha förutsett detta vid avtalets ingående. Det skulle således vara orimligt att låta avtalet bestå eftersom priset för vattenleveranserna år 1984 hade stigit med 1 320 % i förhållande till vad som avtalades 1940. Avtalet förefaller dock inte vara oskäligt till följd av den införda lagstiftningen. *Wilhelmsen* har kritiserat domen då den inte överensstämmer med rättsekonomiska argument. Hon menar att kommunen borde ha störst förutsättningar att bära risken av att förhållandena ändrats då den dels hade större förutsättningar att bedöma sannolikheten för ny lagstiftning, dels hade möjlighet att utjämna kostnaderna över samtliga leveransavtal. Avtalet hade därför bort förbli gällande. Se Wilhelmsen 1995 s. 197 f., s. 211 ff. och s. 224.

[130] Se 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."

leringen inte aktualiseras i det enskilda fallet. Det avgörande blir bl.a. avtalets utformning och omständigheterna vid dess tillkomst.[131]

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 beslutar 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.[132] På samma sätt torde kommunen ha rätt att fastställa nya offentligrättsliga 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 torde därför inte föreligga något hinder för kommunen att ändra taxor som ligger till grund för avgiftsdebitering inom förskoleverksamhet och äldreomsorg samt avgiftsbelagd vård vid behandlingshem.

Det avgörande blir alltså om ett avtalsvillkor om visst avgiftsuttag bara tjänar funktionen av en hänvisning till gällande taxa, som fallet är vid offentligrättsliga 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 offentligrättsliga avgifter kan inte avtal om att viss avgift skall avvika från av kommunfullmäktige fastställd taxa ingås utan författningsstöd.

---

[131] 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. Se även RÅ 1962 I. 45. 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 upphör, bara att fullgörelsen inte kan återkrävas. Anslutningen ansågs därför utgöra ett fullgörande av kommunens förpliktelse enligt avtalet och någon ny betalning, motsvarande grundavgiften i kommunens taxa, ansågs därför inte kunna krävas.

[132] Se även Sandgren 1993 s. 106.

8.5.2 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 offentligrättsligt avgiftsförfarande, genom föreskrift i särskild ordningsstadga eller med stöd i lagstiftning.[133] Utrymmet för avtalsingående på dessa områden är därför många gånger minimalt eftersom förhållandet i dessa fall närmast blir att betrakta som en ensidig offentligrättslig handling om vilken civilrättsliga avtal inte kan träffas – se t.ex. vad som ovan anförts i avsnitt 5.1.2 angående torgplatsupplåtelser – och i den mån avtal ingåtts torde de i de flesta fall vara reglerade sedan åtskilliga år tillbaka.[134]

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,[135] rörande förseelse mot ordningsstadgan för Nynäshamns 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 gångbanan ren utmed sin fastighet. Tidigare överenskommelser 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

[133] Se även Strömberg 1954 s. 192 ff.

[134] 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.

[135] Se Svea hovrätts dom 1955-10-20 (Mål nr B 305/1955).

> 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 bundna 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.[136] Åtalet ogillades och överklagades inte.[137]

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, men i en annan situation skulle kanske situationen te sig annorlunda. Fastighetsägarnas ombud *Hernmarck* uppfattade i alla fall HovR:s uttalande som att en prestations fullgörande i vissa fall skulle uppbäras av ett så starkt allmänintresse att ett avtal med motsatt innebörd får ge vika. Det kunde enligt honom emellertid ifrågasättas om det inom ramen för den kommunala förordningsmakten *överhuvud* förekommer

[136] HovR gjorde dock reservation för de fall, att *tvingande skäl* kunde föreligga som medförde att ordningsstadgas bestämmelse skulle vara rättsstridig ur privaträttslig synpunkt och bindande ur offentligrättslig, vilket in casu inte ansågs vara fallet.

[137] 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. Se även Jägerskiöld 1958 s. 35 f. och Adolphson 1961 s. 64 f., vilka emellertid enbart hänvisar till de förstnämnda författarna, utan att själva närmare analysera fallet.

sådana tvingande situationer, att kommunen under åberopande av allmänna intressen kan frångå ingångna avtal.[138]

En annan fråga som uppkommer i och med det nu redovisade rättsfallet – då någon *ny* förpliktelse för fastighetsägaren egentligen inte uppkom i och med ordningsstadgan, eftersom fastighetsägare redan sen tidigare var skyldig att renhålla gata – är om en kommun genom avtal kan befria enskild från honom åvilande förpliktelser. Enligt *Hernmarck* föreligger knappast något sådant hinder inom ramen för den kommunala förordningsmakten.[139] I och för sig faller väl detta utanför vad allmän domstol har att beakta, men domstolen förefaller inta ha haft något att invända mot att kommunen godkände ett avtal som frångick vad som gällde enligt ordningsstadgan.

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

[138] Se Hernmarck 1955 s. 352. Domaren *Dillén* har i en artikel gått i svaromål för att klargöra för vad han anser att HovR egentligen menat med uttrycket *tvingande skäl.* Han anser att hovrätten med uttalandet inte alls velat yttra sig om den fråga som Hernmarck berör. Tanken var i stället den, att en utgångspunkt måste vara att olika delar av rättsordningen inte står i strid med varandra, men att detta kan förekomma i vissa fall. Som ett exempel anför han situationen, att en lag som utfärdas strider mot ett folkrättsligt bindande traktat. Man torde enligt honom dock i det längsta försöka undvika, att en lagbestämmelse tolkas på ett sätt som strider mot med en annan lagbestämmelse. För att acceptera en tolkning som innebär att olika delar av rättsordningen strider mot varandra, måste det föreligga något särskilt starkt tvingande skäl. I det redovisade rättsfallet fanns det enligt *Dillén* inte något som nödvändiggjorde ståndpunkten att ordningsstadgans bestämmelse vore bindande offentligrättsligt sett, medan den inte skulle vara det enligt ett civilrättsligt synsätt. Se Dillén 1957 s. 156.

[139] Se Hernmarck 1955 s. 352.

förpliktelser enligt ett ingånget avtal.[140] 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.

8.5.3 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.[141]

När det gäller frågor om parkeringsköpsavtal fastställs i regel det erforderliga antalet parkeringsplatser som krävs vid bygglov för fastighet enligt en fastslagen parkeringsnorm. En sådan parkeringsnorm kan dock under avtalstiden komma att ändras. Avtalet om parkeringsköp torde då eventuellt komma att jämkas i enlighet med den nya normen om den är

---

[140] I *RG 1992 s. 1296* hade en kommun 1970 överlåtit mark för att ett företag skulle etablera verksamhet i form av kajanläggning. Avtalet innehöll en klausul om att kajen skulle vara befriad från alla kommunala hamnavgifter. Till följd av lagstiftning 1984 fastställde kommunen nya hamngränser, vilket bl.a. innebar att den av företaget uppförda kajanläggningen kom att hamna inom det område som kommunen kunde kräva avgift för. Kommunen hävdade därför att avtalet skulle förklaras vara oskäligt. Rätten ansåg dock, med hänvisning till Rt 1956 s. 1180, att det förelåg ett tidsobegränsat ömsesidigt förpliktande avtal som ingåtts inom ramen för kommunens kompetens. Rätten fann därför att kommunen hade haft ett avgörande inflytande över att det nya hamndistrikten kom att innefatta den aktuella verksamheten och att de ekonomiska fördelar kommunen uppnådde till följd av företagets etablering klart översteg eventuella hamnavgifter och gav inte kommunen medhåll. Vikt lades alltså vid att kommunen hade haft ett avgörande inflytande för att förhållandena skulle ändras. Se även Wilhelmsen 1995 s. 156 f., som finner att domen ligger i linje med kriterierna för ekonomisk effektivitet, genom att en *objektiv risk* för lagändring kombinerades med en *subjektiv risk* i form av kommunens tillämpning av lagen.

[141] Se även Strömberg 1954 s. 157–160 och Lindquist 1993 s. 134–141.

till fastighetsägarens fördel, dvs. medför lägre kostnad för honom.[142] Gäller motsvarande även för den motsatta situationen, dvs. att fastighetsägaren är skyldig att rätta sig efter att kraven skärps under avtalsperioden?

Eftersom detaljplaner är generella och riktar sig mot alla fastighetsägare inom ett visst område torde så kunna vara fallet även när det gäller det antal parkeringsplatser som skall anses vara erforderligt inom området. Nu är det emellertid så att när det gäller parkeringsköp så erläggs ofta ett engångsbelopp för det aktuella antal platser som avtalet omfattar. I ett sådant fall torde det enligt avtalsrättsliga regler vara omöjligt för kommunen att ensidigt besluta om högre vederlag under avtalets giltighetstid. Möjligen skulle allmän domstol kunna tänkas jämka avtalet till kommunens fördel om differensen skulle vara så omfattande att avtalet skulle anses vara oskäligt mot kommunen enligt 36 § AvtL. Så snart frågan om ombyggnad eller nybyggnad aktualiseras för en fastighet har dock kommunen möjlighet att på nytt fastställa det antal parkeringsplatser som krävs för att bygglov skall meddelas.

Ett annat tydligt exempel på kommunens normgivningsmakt föreligger till följd av planmonopolet vid kommunens detaljplanering och utformningen av byggplaner etc.[143] 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 avtal binda sig för att fatta beslut med ett visst innehåll i en kommande bebyggelseplan.

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 kommunen 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 byggnadspla-

[142] Se dock vad som anfördes vid Hovrättens för Västra Sverige dom 1997-09-15 (Mål nr T 1085/94), där TR fann att yrkande om jämkning inte kunde prövas eftersom skyldigheten att anordna ett visst antal platser genom förvaltningsbeslut *fastslagits* i samband med ansökan om bygglov. *Bygglovsbeslut* kan dock inte prövas av allmän domstol utan kan endast överklagas i *förvaltningsrättslig* ordning.

[143] Se t.ex. RÅ 1967 ref. 25, RÅ 1991 ref. 59 och Lindquist 1993 s. 140.

nen 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, frånskrivit 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 frånsäga 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*.

Inom den norska offentliga rätten verkar det, enligt det här rättsfallet, vara så att *uttalanden* från det allmänna generellt endast är av upplysande karaktär och inte är att anse som rättsligt bindande. Det motsatta gäller dock inom privaträtten där det synes vara så att uttalanden och upplysningar i stor utsträckning inverkar på tolkningen vid en tvist.[144]

Det skulle enligt rättens bedömning mer till än bara ordlydelsen i en annons och utformningen av en områdesplan med tillhörande regleringsbestämmelser vid tidpunkten för köpet, för att kommunen kunde anses ha bundit sin framtida myndighetsutövning. För att köpeavtalen skulle ha inneburit att områdesplanen inte fick ändras, åtminstone inte utan ersättning, måste det vid varje enskilt fall ha getts ett klart uttryck

[144] Se även bl.a. Madsen 1983 s. 137 f. och Eckhoff & Smith 1997 s. 320 f. 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. Jämför även bl.a. *Rt 1969 s. 1*, som rörde tolkning av förlikning mellan fastighetsägare och en kommun om täckning av avloppsdike, *Rt 1981 s. 462*, i fråga om ersättningsansvar för utfästelse av kommunen i samband med framtagande av områdesplan fann majoriteten att sådan inte skulle utgå eftersom något formellt avtal inte ingåtts, då ett sådant för sin giltighet förutsatte beslut av kommunestyret, samt *UfR 1971 s. 351 Ø*, utfästelse att anlägga väg och va-anläggning samt dra elkabel till ett företag ansågs inte medföra att kommunen förpliktat sig att svara för finansiering av utbyggnad av elnätet när företagets behov efter ett par år ökat.

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. Rätten konstaterade vidare, att det är en särskild fråga om en kommun genom ett privaträttsligt avtal med kommuninnevånarna överhuvud har möjlighet att begränsa sin rätt och plikt att enligt plan- och bygglagstiftningen ändra områdesplaneringen med hänsyn till tidens skiftande krav och hänsyn. Rätten ansåg sig dock inte behöva ta ställning till den frågan.

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 enligt det negativa kontraktsintresset, 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.

Som anfördes under avsnitt 8.2.1 torde kommunens möjligheter att förutse framtida planändringar kunna grunda ersättningsanspråk. 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 jämställs 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. Som anfördes ovan står det kommunen fritt att fatta beslut som strider mot ett ingått genomförandeavtal. Kommunens möjlighet att ändra förutsättningarna för ett ingått avtal är därför, åtminstone teoretiskt, i det närmaste oinskränkt inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. 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 ak-

tuella området i sådana fall troligen inte skulle komma till stånd. I ett läge med dagens ansträngda ekonomi är i regel inte en expropriation av området ett tänkbart alternativ till att låta enskild exploatör genomföra exploateringen. De ekonomiska realiteterna kan alltså tvinga kommunen till att i princip behöva fatta beslut i enlighet med ett ingånget avtal. I praktiken kan man alltså säga att kommunen genom genomförandeavtal i viss utsträckning bundit sin normgivningsmakt.

8.6 Sammanfattning och slutsatser

Avtalsrätten vilar på principen att avtal skall hållas, *pacta sunt servanda*, och rättsordningen är en garant för att de avtalade förpliktelserna fullgörs. För att part skall ha rätt att häva avtalet skall förutsättningarna för detta ha ändrats i så stor utsträckning att det vore orimligt att låta detta bestå. En sådan rubbning kan antingen bestå i att de förutsättningar som avtalet bygger på har ändrats eller att någon av parterna brutit mot avtalet. Det centrala när det gäller ett avtalsförhållande är således att de ändamål som ligger till grund för detta tillgodoses. Det står därför parterna fritt att under avtalets gång anpassa detta till de eventuella nya omständigheter som kan uppstå. En förutsättning är dock, om inget annat framgår av avtalsvillkoren, att parterna är överens om att en anpassning av avtalet skall göras, eftersom den ena avtalsparten i regel *inte ensidigt* kan tvinga motparten till omförhandling.

Förutsättningarna för avtalet kan även ha ändrats i en sådan omfattning att det, trots den ena partens ovilja att frångå avtalet, vore *oskäligt* om det inte upphörde att gälla. I svensk rätt utgör 36 § AvtL den viktigaste möjligheten att få oskäliga avtal att upphöra att gälla, även om den s.k. förutsättningsläran kan användas för att få ett avtal att upphöra på grund av ändrade förhållanden.

När det gäller de offentligrättsliga möjligheterna att återkalla ett beslut anses möjligheterna för det allmänna att ändra ett fattat beslut generellt sett vara större än vad som inom avtalsrätten gäller för part som önskar att ändra eller frigöra sig från ett avtal. Sålunda är den offentligrättsliga utgångspunkten i stort sett, att det allmänna har möjlighet att ändra sina *generella beslut* i negativ riktning för de berörda. Som framgår av 27 § FL medför dock den negativa rättskraften att *individuella gynnande beslut* i princip bara kan ändras till fördel för den enskilde och huvudregeln är med hänsyn till den enskildes trygghet att sådana inte kan återkallas. Återkallelse anses endast vara möjlig om den påkallas av *tvingande säker-*

hetsskäl, om den enskilde har utverkat det gynnande beslutet genom att ge myndigheten vilseledande uppgifter eller om ett förbehåll om detta finns i själva beslutet eller i författning, som beslutet grundar sig på.

Vid avtal mellan det allmänna och enskilda har det allmänna i vissa fall möjlighet att självt ändra förutsättningarna för ett ingånget avtal. Avtalet skiljer sig som rättsakt från ett förvaltningsbeslut genom att det sistnämnda är ett ensidigt beslut medan ett avtal i regel är ömsesidigt förpliktande och det är karakteristiskt att de avtal som det allmänna ingår är underkastade betydligt mer nyanserade regler än avtal av rent privaträttslig karaktär. När det gäller det allmännas möjligheter att ändra *avtalsvillkor* måste dock utgångspunkten anses vara att avtal inte ensidigt kan ändras från det allmännas sida. De möjligheter till en ensidig ändring som skulle kunna tänkas bli följden av att det allmänna gentemot den enskilde kan uppträda både som motpart och som offentlig myndighet, begränsas av att man måste skilja mellan beslutet att ingå avtal och själva avtalet. Vid såväl offentlig verksamhet som vid privaträttsliga relationer finns dock olika rättsskyddsgarantier som verkar till skydd för den enskilde eller till förmån för den svagare avtalsparten. Vad gäller beslut att återkalla eller ändra tidigare beslut att ingå avtal finns enligt FL endast begränsade möjligheter, medan kommunala beslutande organ har något större möjligheter till detta.

Skulle det allmänna önska frigöra sig från ett avtal 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, eftersom möjligheterna till fullgörelse i sådana fall oftast torde vara uteslutna om det kommunala beslutet vinner laga kraft. Det allmänna kan således inte sägas ha någon exklusiv rätt att ändra eller upphäva ett avtal ingånget med en enskild part utan att ersättning för den enskildes förlust skall utgå.

Det allmänna får dock i allmänhet 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. Det allmänna har dock ingen möjlighet att lagstifta i ett konkret fall. Även om den viktigaste formen av normgivning sker genom lagstiftning, kan även kommunal normgivning i form av taxeändringar, medde-

landen av kommunala stadgor och plan- och byggbeslut påverka privaträttsliga förhållanden.

Vad gäller kommunala taxor måste en skillnad göras med avseende på om den avgift i avtal som anknyter till viss taxa rör en offentligrättsligt reglerad tjänst eller om det rör sig om privaträttsliga avgifter, dvs. avgift för kommunens rent frivilliga tjänster som blir gällande för den enskilde på avtalsmässiga grunder. Även om antagandet av taxan är en offentligrättslig handling, anses en hänvisning till den i avtalet i regel vara en *nödvändighet* för att taxeändringar skall få någon betydelse för konsumenten och avgiften utgör ett avtalsvillkor först i och med att det i avtalet tas in en bestämmelse om att avgiftens storlek bestäms av den vid varje tidpunkt gällande taxan. Om 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.

Kommunen torde i allmänhet anses ha rätt att fastställa nya offentligrättsliga taxor i enlighet med självkostnadsprincipen, utan att man kan tala om ett ensidigt ändrande i den mån det individuella avtalet hänvisar till fastställd avgift enligt gällande taxa. Det torde därför inte föreligga något hinder för kommunen att ändra taxor som ligger till grund för avgiftsdebitering inom mera offentligrättsligt reglerade områden, som förskoleverksamhet och äldreomsorg samt avgiftsbelagd vård vid behandlingshem.

Det avgörande blir alltså om ett avtalsvillkor om visst avgiftsuttag bara tjänar funktionen av en hänvisning till gällande taxa, som fallet är vid offentligrättsliga 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 offentligrättsliga avgifter kan inte avtal om att viss avgift skall avvika från av kommunfullmäktige fastställd taxa ingås.

När det gäller utfärdandet av kommunala ordningsstadgor eller andra föreskrifter torde det principiellt kunna hävdas att kommunen genom ett sådant utfärdande inte kan komma i från sina förpliktelser enligt ett ingånget avtal. 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.

Kommunerna ansvarar för normgivningen på plan- och bygglagstiftningens område och 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 och kommunen kan inte genom ett avtal binda sig för att fatta ett beslut av ett visst innehåll i en kommande bebyggelseplan. Planmonopolet ger därför, genom rätten att besluta om ändringar i t.ex. detalj- och områdesplaneringen, kommunen en särskild ställning i förhållande till enskild avtalspart. Det står således kommunen fritt att fatta beslut som strider mot ett ingått genomförandeavtal. Det torde därför kunna förekomma att förutsättningarna för ett med kommunen ingånget avtal kan komma att ändras genom att kommunen fastställer annan detaljplan än vad som gällde vid avtalets ingående. Ett sådant beslut kan dock t.ex. få till följd att någon exploatering inte sker om inte den tilltänkte exploatören genom nytt genomförandeavtal kan acceptera vad kommunen beslutat. Kommunens möjlighet att ändra förutsättningarna för ett ingått avtal är därför, åtminstone teoretiskt, i det närmaste oinskränkt inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. Däremot är det i praktiken 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.

Det kan till följd av planmonopolet anföras argument för att enskild avtalspart måste *räkna med* att den vid avtalstidpunkten rådande detaljplaneringen kan komma att ändras. Med ett sådant synsätt fråntas kommunen 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*. En enskild löftesgivare kan därför i vissa fall, t.ex. vad gäller detaljplanebeslut, behöva räkna med att förutsättningarna för ett avtal kan komma att ändras. Vid den civilrättsliga bedömningen av ett sådant förhållande måste man beakta vem av parterna som i den aktuella situationen hade bäst förutsättningar att förutse att detaljplanen skulle komma att ändras. Ligger planändringen nära i tiden från avtalsslutet torde den enskilde kunna anses ha rätt till ersättning till följd av kommunens agerande.

Det står helt klart att kommunen har rätt att ändra förutsättningarna för vissa typer av avtal, t.ex. genom detaljplaneändring. Det faktum att ett avtal ingåtts torde dock föranleda att den enskilde har rätt till ersättning till följd av att avtalet inte kommer att fullgöras enligt sin lydelse. Vanligtvis torde det i sådana fall röra sig om ersättning enligt det negativa kontraktsintresset. Skulle dock kommunen vid t.ex. en fastighetsför-

säljning befinnas ha varit i ond tro om att den inom en snar framtid skulle komma att ändra användningssättet för fastigheten eller fatta beslut av stor betydelse för fastigheten, torde motparten 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.

De analyserade avtalen innehåller i princip inga klausuler som medger att en kommun skulle ha rätt att ensidigt ändra förutsättningar eller avtalsvillkor. Som exempel kan dock nämnas samverkansavtalet om alternativ barnomsorg, där det föreskrivs att kommunla bidrag utgår i enlighet med av fullmäktige fastställda normer, vilket innebär att bidraget kan variera från år till år. Man skall dock ha i minnet att kommunen inte har någon skyldighet att utge sådana bidrag och att det därför heller inte är möjligt att avtala om att sådana bidrag skall utgå, bilaga 2 § 22. I avtalet om fritidsgårdsverkamhet stadgas att ersättning skall utgå med ett fastställt pris som följer av den indexuppräkning som nämnden årligen tilldelas av fullmäktige, bilaga 3 § 16. I exemplet på ramavtal om behandlingsplatser förbehåller sig kommunen rätten att anlita även andra behandlingshem än de som omfattas av ramavtalet, bilaga 6 § 16. De flesta avtalen anges också gälla under förutsättning av eforderligt beslut om att ingå avtalet fattas av behörig instans, bilaga 1 § 29, bilaga 2 § 28, bilaga 4 § 20, bilaga 5 § 23, bilaga 7 § 12, bilaga 8 § 14 och bilaga 9 § 2. Det sägs dock ingenting om möjligheterna att under den löpande avtalstiden fatta beslut som upphäver avtalet, annat än om motparten åsidosatt avtalsinnehållet.

Del IV

Avslutande synpunkter

"När människor råkat i tvist, tar de därför sin tillflykt till domaren, men att gå till domaren är att gå till det rätta, ty domarens uppgift är att vara det rätta i människogestalt; och man uppsöker domaren såsom företrädare för medelvägen, och somliga kallar honom också medlare, som om de skulle vinna det rätta om de erhåller en medelvägslösning."[1]

Aristoteles, ca 325 f. Kr.

---

[1] Aristoteles, *Nikomachiska etiken*, kap. IV, avd. 7, 7 st. Översättningen hämtad ur: Rättsteoretiska Klassiker. En antologi utgiven av Stig Strömholm och Åke Frändberg. Thales, Stockholm 1988 s. 37.

Kapitel 9

Sammanfattande analys

9.1 Sammanfattning och allmänna principer vid det allmännas avtal

I *kapitel 2* behandlas uppdelningen i privaträtt och offentlig rätt. En utvecklingstendens som kunnat skönjas under ganska lång tid är att den offentliga rätten och samhällsekonomiska teorier om välfärdsstaten intervenerat på det privaträttsliga området i form av skydd för svagare part, konsumentskydd etc. Samtidigt har avtalsrätten växt in i det offentligrättsligt reglerade området. Tidigare offentligrättsligt tillhandahållna 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. Undersökningen behandlar det allmänna – särskilt kommunen – som avtalspart och kan sålunda sägas befinna sig mellan de områden som traditionellt brukar hänföras till de båda disciplinerna.

I *kapitel 3* analyseras vad som kännetecknar den traditionella avtalsrätten och vilka avtalsrättsliga regler och principer som är av betydelse för bedömningen av de avtal som ingås med det allmänna. Den traditionella avtalsrätten utgör genom privatautonomin 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.

Genom att precisera förutsättningarna för ett avtals uppkomst, och genom att bedöma dess effekter, kan man fastslå att om ett avtal ingåtts så har bundenhet uppstått mellan parterna. Enligt den här partsbindningsfunktionen är ett avtal bindande för parterna utan att detta behöver särskilt uttryckas i avtalet. 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 kommunala myndigheter 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 när det gäller det allmännas avtal måste *huvudregeln* anses vara att bundenhet uppstått mellan parterna. Till följd av kommunmedlemmarnas överklagandemöjligheter kan dock ett beslut om att ingå ett avtal komma att upphävas vid en laglighetsprövning.

Under efterkrigstiden har ett socialt skyddstänkande allt mer kommit att prägla samhället. Relationen mellan det allmänna och enskilda utmärks inte enbart av ett maktförhållande utan utgörs även till stor del av ett socialt skyddsförhållande, där den enskilde garanteras vissa minimirättigheter. Detta sociala inslag återspeglas även inom den privata sektorn, där avtalsfriheten inskränkts genom skyddet av svagare part. Genom välfärdsstatens framväxt har det i avtalslagen och konsumenträttslig lagstiftning införts regler byggda på sociala ställningstaganden, för att skydda en svagare avtalspart mot oskäliga avtalsklausuler. Inskränkningarna begränsar avtalsfrihetens område genom att förbjuda eller begränsa verkningarna av vissa avtal eller avtalsvillkor. Under det senaste decen-

niet har vidare nedskärningar gjorts i flera välfärdsstatliga arrangemang, och tidigare offentligt tillhandahållen service har i viss utsträckning kommit att privatiseras. Mot bakgrund av denna utveckling har argument framförts till förmån för läran om en social civilrätt, där välfärdsstatens ideologi ansetts böra föras över på det civilrättsliga området. Teorin får dock ses som ett de lege ferenda-argument för att utveckla välfärdssamhället, där välfärdsideologin är av avgörande betydelse för synen på samhällets och därmed rättens utveckling.

I kapitlet analyseras även hur tolkningen av avtal mellan det allmänna och enskilda bör ske och vilka tolkningsprinciper som torde gälla. Vissa speciella tolkningsfrågor kan uppkomma till följd av att de avtal som ingås måste tolkas mot bakgrund av de offentligrättsliga regler som ligger till grund för det aktuella avtalet. I de fall där en offentligrättslig regel ligger till grund för ett avtal sätter den t.ex. gränsen eller utrymmet för vad som kan avtalas. Möjligheterna att ta hänsyn till olika offentligrättsliga regler torde vara störst vid en utfyllning av avtalet eftersom en avtalstolkning huvudsakligen utgör ett instrument som syftar till att utifrån avtalet i partsautonomins tjänst fastställa ett visst avtalsinnehåll.

Ett sådant synsätt ter sig rimligt eftersom utfyllande regler i form av offentligrättsliga principer eller handelsbruk, vid bedömningen av de rättsverkningar som följer av de avtal som det allmänna ingår, ofta kan komma att ha företräde framför en tolkning av avtalsinnehållet. Har ett beslut om att ingå avtal upphävts vid en laglighetsprövning blir de förpliktelser som följer av själva avtalsinnehållet av mindre betydelse, eftersom avtalet ändå inte kommer att fullgöras enligt sin lydelse. En utfyllning av avtalet kan då besvara frågan om den enskilde skall anses ha varit i god tro och därmed ha rätt till ersättning. Avtalsinnehållet kan dock bli av betydelse när det gäller att beräkna storleken av den ersättning som skall utgå till den enskilde till följd av att kommunen inte kommer att prestera i enlighet med avtalet.

I *kapitel 4* analyseras vad som är utmärkande för offentlig förvaltning och det allmännas maktbefogenheter. Kärnområdet utgörs av myndighetsutövning, normgivningsmakt, avgifts- och beskattningsrätt samt de offentligrättsliga regler som på olika sätt skall skydda den enskildes intressen.

Det utmärkande för det allmännas relation till medborgarna kan till stor del sägas vara rätten att ensidigt fatta beslut som påverkar den enskilde, oavsett om det gäller myndighetsutövning eller rätten att införa generella bestämmelser som påverkar medborgarna. Dessa offentligrättsli-

ga befogenheter inskränks dock i viss utsträckning av de rättsskyddsprinciper som finns till förmån för den enskilde. Sålunda får enligt legalitetsprincipen, 1:1 3 st. RF, inga offentliga organ vid sitt beslutsfattande handla i strid med de lagar som utgör grunden för deras agerande. För att förhindra maktmissbruk och godtycke stadgar 1:9 RF, genom objektivitets- och likhetsprinciperna, att myndigheterna vid sitt beslutsfattande inte får ta hänsyn till ovidkommande omständigheter och att de heller inte får särbehandla vissa personer. Om myndigheten är utrustad med fri prövningsrätt i någon fråga garanterar likhetsprincipen dessutom ett krav på konsekvens i beslutsfattandet.

Det anses således som otillbörligt att ett offentligt organ utan författningsstöd begär en förmån i utbyte mot myndighetsutövning. Det spelar ingen roll om det krävda gäller till förmån för det allmänna eller för någon enskild. 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 genomförandeavtal, förpliktat sig att ekonomiskt bidra till någon kommunal verksamhet. Ett sådant åsidosättande av offentligrättsliga regler kan utgöra en ogiltighetsgrund och därmed leda till att avtalet betraktas som ogiltigt. Läran om illojal maktanvändning erbjuder även ett visst skydd mot det allmännas obegränsade frihet att inom ramen för sitt fria skön fatta beslut som kränker den enskildes rättssäkerhet. Läran blir i viss utsträckning av betydelse när det allmänna disponerar över sin egendom, ingår avtal eller delar ut bidrag.

I *kapitel 5* analyseras den kommunala kompetensen att ingå avtal, särskilt kompetensen att ingå avtal på de valda undersökningsområdena. I kapitlet analyseras huvudsakligen de interna effekter ett kompetensöverskridande får, dvs. vilka följder överskridandet får enligt det offentligrättsliga regelverket. Analysen görs för att närmare försöka precisera det s.k. avtalsbara området, vilket bestämmer utrymmet för det allmänna att ingå avtal och därmed också inverkar på avtalens rättsverkningar. Det offentligrättsliga regelverket bestämmer gränserna för kompetensen att ingå avtal, genom att ett avtal inte får ingås i strid med de lagar som styr kommunal verksamhet. En analys av ett rättsförhållande måste därför ta sin utgångspunkt i de offentligrättsliga författningarna när det gäller att fastställa vad kommunen kan avtala om, vem som har befogenhet att ingå avtalet och vilka civila rättsverkningar som kan följa av eventuella kompetensöverskridanden.

Vid en bedömning av kommunens möjligheter att ingå avtal måste hänsyn tas till om det handlar om ett avtal som kan ingås med stöd av den kommunala kompetensen eller om avtalet avser en företeelse som regleras enligt speciallagstiftningen. Grundläggande är att kommunen i egenskap av huvudman inte kan frånsäga sig ansvaret för såväl drift som finansiering av verksamhet som den enligt speciallagstiftningen är skyldig att tillhandahålla. Vid avtal om överlämnande av kommunal angelägenhet till enskild framgår av bl.a. 3:16 KL, 4 § 3 st. SoL och 17 § 1 st. LSS, genom hänvisning till 11:6 3 st. RF, att sådant överlämnande får göras utan särskilt lagstöd så länge uppgiften inte innefattar myndighetsutövning. Detta får till följd att kommunen heller inte utan lagstöd har några möjligheter att överlämna uppgift som gäller kommunen ålagd myndighetsutövning. De fall där kommunen har ett obligatoriskt huvudmannaskap, s.k. ålagt ansvar, påminner starkt om vad som gäller för överlämnande av uppgift som innefattar myndighetsutövning. Lagstöd krävs därför även i dessa situationer. Enligt KL åligger det även kommuns egna organ att vara huvudman för de uppgifter som skall utföras inom ramen för den kommunala förvaltningen.

Även om en kommun enligt lag är skyldig att ansvara för tillhandahållandet av viss verksamhet kan dock sådana uppgifter i stor utsträckning utföras av enskilda. Så är fallet på det s.k. förväntade ansvarsområdet. Även om kommunala beslut om t.ex. tilldelning av plats i förskola och uttagandet av avgifter för detta utgör myndighetsutövning, kan själva genomförandet av verksamheten genom entreprenadavtal överlåtas på enskild. Kommunen har även möjlighet att lämna bidrag till enskild förskoleverksamhet med privat huvudman, eftersom någon särskild form för detta inte föreskrivits.

De skyldigheter som föreligger inom det kommunala kärnområdet sätter således en naturlig gräns för det avtalsbara området; en kommun har inte möjlighet att genom avtal frånsäga sig huvudmannaskapet för utförandet av ålagda uppgifter och saknar utan lagstöd också möjlighet att överlämna uppgift som innefattar myndighetsutövning.

På det kommunalrättsliga området förekommer myndighetsutövning främst inom de specialreglerade områdena. Den utgör ofta beslut om uttagande av avgifter, meddelande av tillstånd, tilldelning av olika typer av bistånd eller beslut om i vilken utsträckning en viss hjälpinsats skall utgå. Verksamhet som utövas med stöd av den kommunala kompetensen i 2:1 KL anses mera sällan utgöra myndighetsutövning. Utrymmet torde därför vara stort för kommunerna att ingå avtal inom ramen för sin allmänna

kompetens, eftersom sådan frivillig verksamhet anses fritt kunna överlämnas till enskilda.

Kompetensen begränsas av de regler som framgår av KL, främst intresseprincipen, lokaliseringsprincipen, förbudet mot att driva näringsverksamhet i vinstsyfte, förbudet att utan lagstöd lämna understöd till enskilda individer och förbudet att stödja enskilda näringsidkare. Även om avtalsingåendet inte strider mot dessa primära förutsättningar finns ett flertal principer som ytterligare inskränker den kommunala kompetensen att ingå avtal. Dessa är framförallt likställighets- och självkostnadsprinciperna samt förbudet mot retroaktiva avgifter. Vidare sätter LOU vissa begränsningar för vilken motpart kommunerna kan välja vid sitt avtalsingående.

Om inget särskilt är föreskrivet för hur en situation skall regleras, eller om myndigheten getts en uttrycklig möjlighet att välja mellan att fatta beslut och att ingå avtal, föreligger inget hinder mot att ersätta ett beslut med ett avtal. Som exempel kan nämnas en expropriationssituation, där det sedan länge ansetts möjligt att ingå ett avtal om fastighetsköp i stället för att utnyttja de möjligheter till expropriation som finns enligt lag. I de fall ett avtal ersätter ett beslut eller en förvaltningsakt i en viss situation, är det klart att hänsyn måste tas till offentligrättsliga regler och principer vid en bedömning av avtalen. Det avgörande för giltigheten av dessa avtal är att de ligger inom ramen för den kommunala kompetensen eller den speciallagstiftning som reglerar verksamheten.

Kommunen har heller inte någon möjlighet att genom avtal fritt reglera sådant som den enligt lag skall utkräva avgift för enligt gällande taxa. Som exempel kan nämnas upplåtelse av torghandelsplatser på allmän plats. Uttagande av avgift förutsätter att vederlagets storlek regleras genom av fullmäktige antagen taxa eller fullmäktigebeslut om individuell avgift. Det sistnämnda begränsas dock av likställighetsprincipen och torde endast komma ifråga om en användare i något avseende skiljer sig från övriga användare och att en särbehandling därför kan anses vara motiverad, t.ex. inom va-området. Rör det sig om vederlag för prestation som utförs inom ramen för den rent frivilliga verksamheten torde det dock vara möjligt att reglera vederlaget genom avtal, eftersom verksamheten i brist på offentligrättsliga regler i stor utsträckning blir att anse såsom varande privat. Storleken av vederlaget begränsas dock av självkostnadsprincipen och det tak som fastställd taxa om uttagande av avgift för prestationen sätter. Saknas möjligheter att utkräva avgift saknas även möjlighet till avgiftsuttag till följd av avtal. Avgift enligt avtal kan inte utkrävas

om det framgår att prestationen skall finansieras genom skatteuttag.

Inom den specialreglerade verksamheten sätter de olika lagarna de närmare gränserna för vad som är möjligt att avtala om. Inom ramen för det förväntade ansvarsområdet ansvarar kommunen enligt SkolL bl.a. för att förskoleverksamhet och skolbarnomsorg tillhandahålls kommunmedlemmarna. Något hinder mot att överlåta ombesörjandet av driften av förskoleverksamhet till enskild på entreprenad finns dock inte. Vid ett sådant entreprenadförhållande kvarstår kommunen som huvudman för verksamheten och ansvarar för denna i samma utsträckning som om den bedrivits i egen regi. Upphandling skall göras enligt LOU. Det är också kommunen som beslutar om avgiftsuttagen för prestationen, 2 a:10 SkolL.

Förskoleverksamhet kan även bedrivas helt i privat regi med enskild huvudman, förutsatt att denne erhållit de tillstånd för verksamhetens bedrivande som krävs. I dessa fall har kommunen möjlighet att utge bidrag till verksamheten enligt de förutsättningar som stadgas i ett samverkansavtal, även om någon skyldighet till detta inte föreligger, 2 a:17 SkolL. Avgörande för om verksamheten skall klassificeras som en entreprenad med bibehållet kommunalt huvudmannaskap eller om verksamheten skall ses som en bidragsfinansierad enskild verksamhet är att någon form av uppdragsförhållande kan anses föreligga mellan kommunen och den enskilde.

För att tillgodose de behov som föreligger inom äldre- och handikappomsorgen är kommunen skyldig att inrätta särskilda boendeformer, t.ex. i form av servicehus. Även vad gäller äldre- och handikappomsorg ges möjlighet för kommunen att överlämna ombesörjandet av uppgifter inom området till enskilda, 4 § 3 st. SoL och 17 § 1 st. LSS. Här gäller samma principer som för överlämnande av förvaltningsuppgift i allmänhet. Kommunen kvarstår i dessa fall som huvudman för verksamheten, men ges enligt stadgandena rätt att genom avtal överlåta utförandet av uppgifterna på enskild eller i viss utsträckning på annan kommun. Det åligger därför kommunen att ansvara för att en viss tjänst tillhandahålls. Vidare åligger det kommunen att genom tillsyn över verksamheten förvissa sig om att den utförs på ett acceptabelt sätt. Vad gäller såväl entreprenadverksamhet som tillståndspliktig privat verksamhet har även LSt rätt att utöva tillsyn över verksamheten.

Den kommunala normgivningsmakten består främst i utfärdande av kommunala regelverk men innefattar även beslut om reglementen och arbetsordningar för de egna organen. Stöd för att fastställa taxor förelig-

ger oftast enligt speciallagstiftningen, och kan därför karakteriseras som offentligrättsligt när det gäller nyttighet 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. el-leveransavtal.

De avtal som ingås på plan- och bygglagstiftningens område är av mångskiftande karaktär. Då ett direkt lagstöd för ett avtalsingående många gånger saknas, härleds rätten att ingå avtal indirekt ur den allmänna kompetensen eller ur kommunernas planmonopol. Avtalsingåendet måste därför hålla sig inom de ramar som generellt sätts för kommunernas verksamhet och som följer av uppdragna principer. Avgifter etc. får sålunda inte tas ut utöver vad som medges enligt författning, se RÅ 1968 ref. 8 och RÅ 1978 2:36.

Avtal om parkeringsköp saknar direkt lagstöd. De har dock använts under lång tid och anses vara giltiga enligt förarbeten, praxis och doktrin. De ingås mot bakgrund av det krav på anordnande av parkeringsutrymme som uppställs i 3:15 1 st. 6 p. och 3:16 1 st. PBL. Om det inte finns någon annan möjlighet att anordna parkeringsplatser måste fastighetsägare, för att bygglov skall meddelas, ingå avtal med kommunen om att köpa erforderligt antal platser i av kommunen ägd parkeringsanläggning, alternativt förplikta sig att bidra till finansieringen av sådan anläggning. Det kan i dessa fall finnas viss risk för att otillbörliga hänsyn tas och för en sammanblandning av kommunens offentligrättsliga ställningstaganden och dess möjlighet att ingå avtal, eftersom beviljandet av bygglov utgör myndighetsutövning medan själva avtalsingåendet är en civilrättslig handling.

Genom kommunens planmonopol är byggnadsnämnd eller liknande huvudman för detaljplaneringen. Eftersom det är såväl tidskrävande som dyrt att arbeta fram detaljplaner, och den ersättningsnivå som medges enligt 11:5 PBL är ganska låg, ingås ofta plankostnadsavtal. När avtalen upprättas görs en bedömning av vilken tid som åtgår för upprättande av plan och drivande av denna till fastställelse samt den intäkt som kan förväntas genom PBL:s planavgift. Kommunerna får därigenom en överblick över sina faktiska kostnader och intäkter. Lagligheten av plankostnadsavtal måste bedömas utifrån såväl PBL, KL, FL och AvtL som eventuella konkurrensaspekter. Generellt gäller även att en kommun inte får fastställa taxenormer eller ta ut avgifter utan lagstöd. Plankostnad har dock i förarbetena ansetts kunna regleras genom exploateringsavtal. Kommunens motpart ses i dessa fall i regel som en utomstående upp-

dragsgivare som skall ersätta faktiska kostnader för den detaljplan som kommunen arbetar fram. Om inget separat avtal tecknas faller planavgiften ut när bygglov beviljats. Planavgiften beräknas då utifrån av fullmäktige beslutade taxenormer. Där exploatören till följd av avtal bekostar planarbetet får ingen planavgift tas ut.

Inte heller genomförandeavtal regleras direkt i någon författning utan vilar indirekt på det kommunala planmonopolet. Vanligen ingås avtal i de fall fastighetsägare äger den aktuella marken, s.k. exploateringsavtal. Avtal ingås även i de fall kommunen äger marken; det kallas då markupplåtelseavtal. Det sistnämnda fallet ses i regel som ett slags entreprenadförhållande som i huvudsak är underkastat civilrättsliga regler. Vid genomförandeavtal begränsas kommunens handlingsfrihet bl.a. av PBL och AvtL.

På plan- och bygglagstiftningens område kan även frågor om bindande av framtida myndighetsutövning aktualiseras. En fråga blir nämligen om ett genomförandeavtal i visst fall kan innebära att kommunen bundit sin framtida myndighetsutövning, eftersom ett villkor som i allmänhet uppställs är att avtalet görs beroende av att detaljplan vinner laga kraft. Även om det inte finns någon sådan formell skyldighet för kommunen att fatta beslut om detaljplaneändring i enlighet med genomförandeavtalet, kan det i praktiken vara så att beslut måste fattas i enlighet med avtalet. Alternativet skulle ju vara att hela ärendet förfaller, då kommunen i de flesta fall inte har någon ekonomisk möjlighet att själv utföra exploateringen. Kommunen har dock ingen möjlighet att i avtalet förplikta sig att fatta en viss typ av beslut, eller att särbehandla avtalsparten genom att förplikta sig att inte bevilja olika typer av tillstånd för andra än avtalsparten inom det aktuella området. Frågor om planläggning etc. utgör ett s.k. obligatoriskt huvudmannaskap för kommunen och i olika stadganden i PBL finns ett antal mer eller mindre preciserade åligganden. PBL innehåller såväl stadganden för hur långt detaljregleringen får gå vid planläggning som regler för samråd, utställning m.m. av detaljplan. Dessa har kommit till för att garantera medborgarinsyn och en möjlighet att påverka utformningen av planerna. Det anses inte vara förenligt med lagstiftningens syfte att en kommun genom en avtalsrättslig bindning av sin framtida myndighetsutövning skulle ha möjlighet att disponera över sina offentligrättsliga befogenheter, se RÅ 1967 ref. 25 och RÅ 1991 ref. 59.

Kapitel 6 behandlar vem som har befogenhet att ingå avtal å det allmännas vägnar och vid vilken tidpunkt bundenheten uppstår. I kapitlet analyseras utöver de interna effekterna av beslut om avtalsingående även de externa effekterna av ett kompetensöverskridande, dvs. avtalets civilrättsliga rättsverkningar.

Hur långt kommunens bundenhet sträcker sig vid ett avtalsingående har i framförallt norsk och dansk doktrin ansetts vara beroende av en helhetsbedömning där avtalets innehåll i sig är av stor vikt. Men även de faktiska omständigheterna vid avtalets ingående samt om parterna inrättat sig efter avtalet anses utgöra viktiga omständigheter. Det avgörande skulle vid bedömningen därvid vara graden av kompetensöverskridande och vilka möjligheter motparten hade att inse felet. Ett sådant förfarande torde vara enklare i ett system där offentligrättsliga och civilrättsliga frågor kan avgöras i samma domstol. För svenskt vidkommande kan dock en prövning komma att ske av såväl förvaltningsdomstol som allmän domstol. Man måste i dessa fall skilja mellan de kommunalrättsliga och de civilrättsliga rättsverkningarna av ett avtalsingående. Även om det allmänna i princip inte kan överskrida de förvaltningsrättsliga begränsningarna genom att använda sig av avtal, måste dock viss hänsyn tas till att det rör sig om ett avtalsförhållande. För att kunna bedöma de civilrättsliga rättsverkningarna måste de förpliktelser medkontrahenten egentligen accepterat, och vad han enligt avtalet erhåller i utbyte, beaktas.

Ett beslut om att ingå avtal kan komma att prövas genom laglighetsprövning av kommunalt beslut. Kommunen måste ha haft rätt att ingå den aktuella typen av avtal och den som ingått avtalet måste ha haft rätt att göra det för kommunens räkning. Om beslutet upphävs får inte avtalet genomföras – om inte beslutet endast var ogiltigt på någon formell grund och ett nytt korrekt beslut om att ingå avtalet fattas.[1] Ett beslut om att ingå avtal som upphävts vid en laglighetsprövning får således inte verkställas och det allmänna kan därmed heller inte förpliktas att prestera i enlighet med avtalet.

Därefter får man analysera de civilrättsliga rättsverkningar som kan uppstå till följd av att ett beslut att ingå avtal ogiltigförklarats. Om avtalet inte genomförs till följd av laglighetsprövningen eller på grund av att

[1] Man kan även tänka sig situationen att ett avtal indirekt prövas till följd av att ett beslut överklagas enligt förvaltningslagens regler. Det måste i det sistnämnda fallet röra sig om ett överklagande av den som beslutet gått emot, dvs. avtalsparten eller eventuellt annan som berörs av beslutet. Beslutet kan då anses vara ogiltigt till följd av att myndigheten i avtalet uppställt villkor som dikteras av ovidkommande hänsyn.

fullmäktige fattat nytt beslut i frågan, kan den enskilde motparten väcka ersättningstalan i allmän domstol. Först i den senare frågan blir en helhetsbedömning aktuell, där såväl offentligrättsliga som civilrättsliga regler vägs in i bedömningen av om den enskildes goda tro avseende kompetensöverskridandet ger medkontrahenten möjlighet att erhålla ekonomisk kompensation. Vid en sådan bedömning måste kommunens överskridande av den offenligrättsliga lagstiftningens beaktas.

Har beslutet att ingå avtalet vunnit laga kraft torde det på grund av lagakraftvinnandets konvalescerande verkan i första hand vara civilrättsliga bestämmelser som kan ligga till grund för ett upphävande av avtalet, eftersom allmän domstol förmodligen skulle tveka att ta ställning till den offentligrättsliga giltigheten genom en egen prövning av beslutet. Detsamma torde gälla om förvaltningsdomstol vid en laglighetsprövning funnit att beslutet att ingå avtalet vilar på laglig grund, se NJA 1931 s. 345. I dessa fall torde det endast vara någon civilrättslig brist i avtalet som gör att detta blir ogiltigt, se NJA 1887 s. 214, NJA 1978 s. 389 och NJA 1987 s. 211.

När det gäller frågan om kommunen blivit bunden av ett avtal måste också den personella kompetensen bedömas, dvs. om den kommunale företrädare eller det kommunala organ som ingått avtalet haft befogenhet att göra detta. Av den kommunalrättsliga lagstiftningen och den speciallagstiftning som rör kommunernas verksamhet går i många fall att utläsa vilket kommunalt organ som kan binda kommunen. Har "fel" organ fattat beslut om att ingå ett avtal kan detta vid ett överklagande upphävas genom laglighetsprövning. Vid godtrosbedömningen blir de offentligrättsliga reglerna av avgörande betydelse när det gäller att bedöma vem eller vilket organ inom en myndighet som har kompetens att sluta avtal. När det gäller den civilrättsliga bedömningen kan man behöva använda analogier från såväl de aktiebolagsrättsliga ställföreträdarreglerna och reglerna om firmatecknare, som de avtalsrättsliga reglerna om ställningsfullmakt.

Den kommunala organisationen och den funktionsfördelning som gäller för kommunala organ påminner i viss utsträckning om organisationen i aktiebolag. Reglerna om firmateckning skulle därför kunna aktualiseras när det rör sig om avtalsingående av fullmäktiges eller styrelsens ordförande eller av ordföranden i någon kommunal nämnd. Firmateckningen ger en verkställighetskompetens men medför inte i sig 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 behörigt organ och vara protokollfört. Det är endast om beslutanderätten delegerats till undertecknaren som bundenhet inträder i och med undertecknandet. Analogier bör dock göras med viss försiktighet, eftersom kommunerna utgör en rättsfigur sui generis.

Vilket kommunalt organ som är behörigt att företräda kommunen vid avtalsslutande regleras genom lag. Inom den kommunala verksamheten tillkommer beslutanderätten enligt 1:7–8 RF fullmäktige, medan de kommunala förvaltningsmyndigheterna ombesörjer förvaltningen genom att verkställa och bereda de beslut som fullmäktige fattar. Enligt 11:7 RF är de självständiga i de fall som rör deras myndighetsutövning, t.ex. enligt 4 § 1 st. SoL, och har därmed rätt att agera och besluta självständigt, 3:13 KL. Samma gäller om beslutanderätten i viss fråga delegerats till nämnd, 3:10 KL.[2] I och med den kommunala sektorns expansion har beslutsfattandet till viss del förflyttats från politiker till anställda. Sålunda har nämnd, såvida inte annat föreskrivs i 6:34 KL, rätt att delegera beslutanderätt till utskott, enskild ledamot eller anställd att på nämndens vägnar besluta i visst ärende, 6:33 KL. Enligt 6:37 KL finns också viss möjlighet till vidaredelegation. En delegation av beslutanderätten utgör inte en fullmakt i egentlig mening eftersom en delegat anses inneha en organställning. För att till viss del eliminera problem som kan uppstå till följd av osäkerhet om vem som har kompetens att ingå och underteckna avtal för kommunens räkning, bör detta regleras i den kommunala delegationsordningen.

Utöver kommunens olika lagreglerade organ finns även ställningsfullmaktsförhållanden som till följd av sedvänja eller lag grundar viss behörighet att, inom den juridiska personens verksamhet, rättshandla i förhållande till tredje man. Reglerna om ställningsfullmakt blir i första hand tillämpliga när det rör sig om ett anställningsförhållande, där anställd enligt 10 § 2 st. AvtL till följd av lag eller sedvänja är behörig att företa vissa rättshandlingar för kommunens räkning inom ramen för befattningen. Behörigheten att binda kommunen följer i det här fallet av själva anställningsförhållandet och eventuella befogenhetsinskränkningar kan endast åberopas om motparten varit i ond tro avseende fullmäktigens överskri-

[2] Fullmäktige måste dock ha haft möjlighet att delegera ärendet, se RÅ 1994 ref. 72. Delegering får heller inte göras till enskilda nämndledamöter eller till anställda. Nämnderna saknar också rätt till vidaredelegation i dessa fall.

dande av dessa. Sålunda torde t.ex. personalchef ha ställningsfullmakt att anställa personal och inköpschef rätt att köpa in varor inom ramen för sin anställning. Bundenhet har även uppstått i ett fall där fyra kommunalråd ansetts ha ställningsfullmakt att ingå anställningsavtal, även om delegering saknades, *AD 1982 nr 83*.

Ur ett kommunalrättsligt perspektiv har anställd personal setts som "biträden" till nämndorganen. Detsamma gäller förtroendevald, t.ex. nämndordförande som i sin befattning fattar beslut som saknar direkt lagstöd eller stöd av nämndbeslut. Beslutsfattande i en oreglerad verksamhet borde därför kunna aktualisera ett ställningsfullmaktsförhållande. Detsamma borde gälla beslut av klarare "verkställighetskaraktär", dvs. beslut som endast innefattar visst mått av självständigt ställningstagande och där intresset av en laglighetsprövning i regel saknas, t.ex. privaträttsliga frågor om inköp, fastighetsförvaltning och personaladministration.

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 rena ställningsfullmaktsförhållanden 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, eftersom rättsverkningarna skulle kunna bli olika beroende på om bedömningen i vissa fall endast gjordes enligt analogier från ABL:s regler och reglerna om firmateckningsrätt, medan den i andra fall gjordes enligt AvtL:s fullmaktsregler. Ibland kan det möjligen finnas sakskäl att låta en sådan skillnad i rättsföljder inträda, men långt ifrån alltid. Eftersom ABL:s regler i detta fall bygger på AvtL:s fullmaktsregler överensstämmer ju för övrigt de båda regelsystemen på många punkter.

Det är främst i två fall som reglerna skiljer sig åt, nämligen dels hur behörigheten respektive befogenheten bestäms, dels den särskilda regleringen i 8:14 ABL för VD och styrelse som saknar motsvarighet i AvtL:s fullmaktsregler. När det gäller det första fallet, dvs. frågan om behörighet och befogenhet, är detta kanske inget större problem. Möjligen kan det vara svårt att skilja på anställning och förtroendeuppdrag liksom det ibland kan vara svårt att avgöra om och i så fall vilken "befogenhet" som följer av sedvänja för en viss kommunal anställning. I det andra fallet är det dock mera tveksamt om man på kommunalråd respektive kommun-

styrelse analogt kan eller bör tillämpa de regler som gäller för VD och styrelse i ett aktiebolag.

Man måste därför använda sig av något friare regler – men som vilar på liknande grund – dvs. god tro i förhållande till kompetensen att ingå avtalet, men där man som det avgörande rekvisitet inte nödvändigtvis utgår från om överskridandet avser behörigheten eller befogenheten. I stället kan man låta godtrosbedömningen i förhållande till det kommunalrättsliga regelverket vara avgörande. 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. 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. 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 klara och tydliga rättsregler.

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 känna till kommunens olika interna beslut och delegationsordningar, de anslag som beviljats för verksamheten eller de föreskrifter som finns angående medlens användande. Det har heller inte ansetts vara funktionellt att ålägga enskild part en alltför långtgående undersökningsplikt vad t.ex. gäller om beslutet att ingå avtal fattats i behörig lagakraftvunnen ordning. För kommunala krediter och borgensåtaganden har det, i enlighet med vad som anfördes ovan, ansetts vara en lämplig utgångspunkt att revers eller borgenshandling för kommunens räkning skall vara undertecknad av behörig firmatecknare och att prövningen skall avse just denna behörighet. Även om den enskilde bör vara medveten om de inskränkningar som kan finnas enligt den kommunala kompetensen, skall dock inte denne behöva företa några egna efterforskningar såvida det inte föreligger några särskilda omständigheter som kan föranleda detta. I stället bör t.ex. kommunens ekonomichef i ett följebrev bekräfta att beslutet att ingå avtalet skett i vederbörlig ordning genom ett lagakraftvunnet beslut. Genom ett sådant förfarande skulle en långivare kunna hävda god tro med hänvisning till det yttre förhållandet.

Utgångspunkten torde därmed vara att den enskilde inte kan anses ha varit i god tro om kommunen överskridit sin lagstadgade kompetens att

ingå avtal eller om fel organ inom kommunen fattat beslut om att ingå avtalet, t.ex. nämnd i det fall att det endast är fullmäktige som enligt lag har möjlighet att fatta den aktuella typen av beslut. Motparten kan i dessa fall ha svårt att hävda god tro avseende gällande rätt. Det är dock långt ifrån uteslutet att motparten kan anses vara i god tro med avseende på gällande rätt om t.ex. en lagregel är oklar. Frågan om den materiella kompetensen att ingå avtal torde ställa högre krav på motparten än frågor om den personella kompetensen, vilken kan variera beroende på till vem ett uppdrag delegerats, se NJA 1930 s. 403 I, NJA 1973 s. 725, NJA 1992 s. 375.

Samtidigt torde förutsebarhetsskäl tala för att den enskilde bör kunna förlita sig på att den offentliga motparten känner till och följer de bestämmelser som reglerar dess verksamhet. Vidare torde graden av kompetensöverskridandet vara av betydelse i likhet med frågan om vilket privaträttsligt rättssubjekt som slutit avtalet. Ett större företag får förutsättas ha bättre förutsättningar att känna till de lagar som styr den kommunala verksamheten än vad som i allmänhet kan krävas av en fysisk person. Slutsatsen måste därför bli att ett större företag som huvudregel aldrig kan anses vara i god tro om materiella kompetensöverskridanden. När det gäller fysiska personer eller mindre företag måste godtroskraven sättas lägre. Åtminstone fysiska personer får därför anses vara i god tro även vid materiella kompetensöverskridanden, om inte enskild till följd av klar och entydig lagstiftning, tidigare anställning inom den offentliga sektorn eller genom tidigare avtalsingående borde anses ha känt till kompetensöverskridandet.

Till följd av den offentliga rättens och privaträttens olika syften, kan frågor även uppkomma avseende tidpunkten för när ett avtal blir bindande för parterna. Medan det kommunalrättsliga regelverket stadgar att det, vid ett avtalsingående som innebär viktigare ekonomiska angelägenheter, endast är genom beslut av kommunfullmäktige som kommunen blir bunden, stadgar t.ex. JB att ett avtal om fastighetsköp blir bindande för parterna i och med deras gemensamma undertecknande. Intressekonflikter kan då uppstå om ett avtal ingåtts innan fullmäktige fattat sitt beslut. Även om det rör sig om en fråga där det endast är fullmäktige som har kompetens att binda kommunen blir tidpunkten för när bundenheten uppstår i stor utsträckning beroende av privaträttsliga regler. I vart fall anses detta vara fallet om det såsom vid t.ex. fastighetsköp föreskrivs särskild form. Utgångspunkten skulle därför vara att bundenheten för båda parter inträder vid fullmäktigebeslutet och att ingen av parterna är bun-

den av avtalet innan dess. Avtalet torde dock genom lagakraftvunnet godkännandebeslut gälla från dagen för undertecknandet.

I *kapitel* 7 behandlas frågor om frivillighet och tvång samt vilka möjligheter det allmänna har att uppställa villkor i förhållande till enskild motpart vid avtalsingåendet. I kapitlet analyseras vad som leder till ogiltighet enligt privat- respektive offentligrättsliga regler. Den offentligrättsliga ogiltigheten hänger ofta samman med olika kompetensfrågor vid avtalsingåendet eller olika typer av överskridande av offentligrättsliga principer. Reglerna är i första hand tänkta som en garanti för den enskildes rättssäkerhet. Inom avtalsrätten ingår begreppet ogiltighet först och främst i den konfliktlösning som aktualiseras mellan två avtalsparter. Därutöver kan olika närings- eller konkurrensrättsliga regler komma att inverka på avtalsförhållandet.

Utgångspunkten är att ett avtal eller samtycke från en enskild inte kan ersätta ett uttryckligt lagstöd som reglerar vad det allmänna får eller inte får göra. Således kan ett samtycke från enskild heller aldrig bota bristande kompetens hos den myndighet som ingår avtalet.[3] Sådant avtal kan i de flesta fall förklaras ogiltigt av såväl förvaltningsdomstol som allmän domstol. Detsamma gäller om det allmänna grundat ett beslut på ovidkommande hänsyn, eller om någon form av tvångssituation förelegat med följd att den enskilde på grund av beroendeställning känt sig föranlåten att ingå avtalet.

Som en följd av detta är utgångspunkten att det allmänna i avtal inte kan uppställa villkor om krav på prestation, vederlag eller avgift utöver vad det enligt lag har rätt uppställa, t.ex. betalning för att bevilja ett bygglov. Från förvaltningsrättslig praxis föreligger flera exempel på att det allmänna ställt oacceptabla krav på enskild motpart, se t.ex. RÅ 1923 ref. 65, RÅ 1930 ref. 31, RÅ 1968 ref. 8 och JO 1960 s. 393. I dessa fall grundade sig ogiltigheten på att det allmänna saknade lagligt stöd för att ålägga motparten de i målen aktuella förpliktelserna. I ett norskt rättsfall, RG 1969 s. 325, hade kommunen tagit ovidkommande hänsyn genom att använda en dispensmöjlighet som ett medel för att påverka priset på en fastighet som den ville förvärva till ett så lågt pris som möjligt. Slutsatsen blir ur förvaltningsrättslig synvinkel att det allmänna inte har någon större möjlighet att i avtal uppställa villkor som går längre än vad offentligrätts-

[3] Att ett beslut som fattats av ett kommunalt beslutande organ anses få en konvalescerande verkan när det vunnit laga kraft hindrar inte att beslutet senare kan anses utgöra en nullitet om den enskilde i ett avtal "avtvingats" alltför långtgående och lagstridiga förpliktelser.

lig lagstiftning medger.

Även om lagligheten av ett uppställt villkor inte prövats genom överklagande av förvaltningsbeslut kan ett överskridande av offentligrättsliga regler vid en prövning i allmän domstol leda till att ett avtalsvillkor bedöms vara ogiltigt enligt avtalslagens ogiltighetsregler, se NJA 1980 s. 1. Ogiltighet skulle således kunna föreligga om kommunen genom att ingå ett avtal kräver motprestationer som saknar samband med det frågan egentligen rör, dvs. genom olika avtalsvillkor lägger vikt vid ovidkommande hänsyn som krav för att fatta ett visst beslut. Ett avtal torde också kunna bedömas vara oskäligt om kommunen begär en motprestation som på ett osakligt sätt skiljer den enskilde från andra medborgare i motsvarande situation.

Vidare torde det vara oskäligt att kräva motprestationer som framstår som grovt oskäliga för den enskilde, t.ex. att kommunen utnyttjar sin monopolställning genom att kräva ett osedvanligt stort vederlag för något som kommunen tillhandahåller. Eftersom kommunen inte utan lagstöd kan kräva avgifter kan man tänka sig att kommunen vid ett avtalsingående utnyttjar sina maktbefogenheter till att genom en hög köpeskilling ta ut ett visst överuttag. Även om det förvisso är exploatörens sak, genom att beräkna sina vinstutsikter, att bedöma den begärda köpeskillingen torde det, om kringgåendet av lagreglerna är alltför uppenbart, finnas utrymme för att villkoret skall bedömas som ogiltigt.

Det är dock av stor vikt att rätten vid den civilrättsliga prövningen även beaktar de offentligrättsliga regler som är avsedda att tillgodose den enskildes skyddsbehov. När ett avtal ingåtts mellan en kommun och en enskild är allmänna domstolar ofta den enda instans som kan pröva själva avtalsinnehållet och avtalets rättsverkningar. Den kommunalrättsliga laglighetsprövningen tar endast sikte på om något kompetensöverskridande förelegat vid beslutet att ingå avtalet, medan avtalets externa rättsverkningar inte berörs. Inte heller vid ett överklagande av ett vanligt förvaltningsbeslut görs någon prövning av om ersättning skall utgå till följd av att beslutet att ingå avtalet upphävts. Förutsättningarna för en nyanserad bedömning torde därmed vara större vid en tvistemålsprocess, där såväl de offentligrättsliga förutsättningarna för avtalet som avtalsrättsliga ogiltighetsregler kan läggas till grund för bedömningen.[4]

---

[4] Även om allmän domstol har möjlighet att se till offentligrättsliga principer vid sin bedömning så är det vanligt att ett i huvudsak civilrättsligt synsätt anläggs. Se t.ex. Svea hovrätts dom 1996-08-20 (Mål nr T 584/95) och Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95).

Vad gäller allmän domstols kompetens att pröva offentligrättsliga frågor kan balansgången ofta vara svår och i vissa fall kan gränsen mot vad som skall prövas genom överklagande till förvaltningsdomstol vara svår att urskilja. Detta får dock inte anses utgöra något hinder mot att beakta de offentligrättsliga regler som kommunen har att ta hänsyn till vid sitt beslutsfattande och avtalsingående, även om någon prövning av beslutet att ingå avtalet inte kan göras av allmän domstol. Detta kan vara särskilt viktigt i de fall någon förvaltningsrättslig prövning av ogiltighetsfrågan inte gjorts till följd av att beslutet inte överklagats.

När det gäller avtal som ingås avseende offentlig verksamhet, t.ex. i form av entreprenad på socialrättens område, 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 föräldraavgifter – torde därför inte kunna anses vara oskäliga 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 anställningsförhållanden utifrån arbetsrättsliga regler – inte efterlevs. Det torde vid entreprenadavtal vara vanligast att frågor uppkommer om upphandlingen ombesörjts på ett föreskrivet sätt.

När det å andra sidan rör sig om de avtal som undersökts på plan- och bygglagstiftningens område blir situationen mer komplicerad. En kommun kan sålunda till följd av utnyttjande av sin myndighetsutövande roll komma att ställa ovidkommande krav på en avtalspart. Som exempel kan nämnas olika typer av villkor vid avtal om parkeringsköp.

Ett avtal om parkeringsköp anses, åtminstone när det är fråga om avlösen, utgöra ett nyttjanderättsavtal när det preciseras vilka platser i en parkeringsanläggning som avtalet gäller. Ett sådant avtal bör därför bedömas utifrån de regler om lokalhyra som finns i 12 kap. JB. Inom detaljplanerat område får sådant avtal gälla högst 25 år, 7:5 JB. Om inte annat avtalats är hyresavtal som avser bestämd tid bindande för den tid avtalet avser, t.ex. 25 år. Har inte någon bestämd tid avtalats gäller nio månaders uppsägningstid, 12:4 JB. Komplikationer kan dock uppstå om det i avtalet anges att detta endast får ändras eller sägas upp efter godkännande av byggnadsnämnden. Om risk föreligger för att den kommunala parkeringsanläggningen vid en sådan uppsägning i stor utsträckning kommer att stå outnyttjad, kan man tänka sig en situation där byggnadsnämnden

inte gärna accepterar att fastighetsägare häver avtalet till förmån för ett annat alternativ. Så kan t.ex. vara fallet om kommunen värnar om "sitt" avtal om parkeringsköp med motparten och vägrar godkänna ett likvärdigt alternativ, till vars förmån motparten sagt upp avtalet med kommunen, under förevändning att det antal platser som fastställts enligt parkeringsnormen inte skulle tillgodoses enligt det nya alternativet, och det visar sig att kommunens skäl för detta är rent ekonomiska.

Sådana frågor skall i första hand prövas genom överklagande av beslutet att inte godkänna det alternativa parkeringsalternativet, men giltigheten av ett sådant "latent tvång" skulle kunna ifrågasättas även på civilrättsliga grunder. I detta fall skulle lagligheten av villkoret, att förbehålla sig rätten att godkänna en uppsägning av ett avtal genom att kräva att den ursprunglige avtalsparten skall skaffa en annan köpare av de aktuella parkeringsplatserna, kunna prövas.

Situationen behöver dock inte i sig innebära att någon tvångssituation föreligger, även om den faktiska avtalsfriheten i praktiken kan vara begränsad om det inte finns någon annan möjlighet att lösa avtalsfrågan än att ingå ett avtal om parkeringsköp med kommunen, där kommunen i princip ensidigt bestämmer avtalsvillkoren. Vad gäller den avgift som fastighetsägaren har att erlägga för de tillhandahållna parkeringsplatserna torde självkostnadsprincipen vara en rimlig utgångspunkt vad gäller skäligheten av den ersättning kommunen krävt för andel i uppförd parkeringsanläggning.

Även vid genomförandeavtal kan lagligheten av vissa avtalsvillkor ifrågasättas. Sålunda kan inte klausul om fastighetsköp ses som annat än ett föravtal på grund av de speciella formkrav som gäller för fastighetsförvärv. På samma sätt torde kommunen sakna möjlighet att förplikta exploatör i större omfattning än vad såväl offentligrättslig som civilrättslig tvingande lagstiftning medger, t.ex. ifråga om erläggandet av olika avgifter enligt fastställd taxa, överlåtelseförbud och vem som skall bekosta uppförandet av olika samfällighetsanläggningar, se NJA 1980 s. 1.[5] Avtal om ett högre avgiftsuttag än vad som föreligger enligt lag är ogiltiga utifrån det offentligrättsliga regelverket och medför därför ingen bundenhet för kommunens motpart, se RÅ 1968 ref. 8, RÅ 1975 Ab 487 och RÅ 1978 2:36. Ett sådant ogiltigt avgiftsuttag torde medföra att avtalet blir

[5] JB:s regler är dock, t.ex. vad gäller olika typer av friskrivningar för fel till följd av markens beskaffenhet, i stor utsträckning dispositiva bortsett från de fall som rör konsumentköp.

olagligt även enligt avtalsrättsliga regler. Inte heller har fastighetsägare ansetts behöva gå med på att erlägga ersättning för exploateringskostnad långt innan någon sådan betalningsskyldighet inträtt enligt lag, se JO 1982/83 s. 385.

Ett problem är dock att sådana frågor sällan blir prövade, då det oftast ligger i exploatörens eget intresse att avtalet genomförs. Exploatören kan ha ett så stort intresse av att den aktuella exploateringen av marken genomförs att denne, i strid med vad som ovan anförts, förpliktar sig att prestera utöver vad som kan krävas enligt lagstiftningen. 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 förfaringssätt som valts. Om kommunen väljer att "precisera" del av ersättningen som avgift och denna överstiger vad som är tillåtet enligt lag, är den ogiltig. Om däremot den s.k. oskäliga avgiften bakas in i köpeskillingen, utan att närmare preciseras, är avtalet fullt giltigt. Det kan därför ur rättslig synpunkt bli olika bedömningar av rättsläget beroende på hur det s.k. överuttaget redovisas i avtalet.

I *kapitel 8* analyseras en avtalsparts rätt att ensidigt frånträda ett avtal och vilka möjligheter det allmänna har att ensidigt fatta beslut och att i enlighet med normgivningskompetensen ensidigt ändra förutsättningarna för ett ingånget avtal. Olika typer av intressekonflikter mellan offentlig rätt och privaträtt kan därmed uppstå vid det allmännas avtalsingående. Dessa avtals rättsverkningar är således underkastade betydligt mer nyanserade regler än avtal av rent privaträttslig karaktär till följd av det allmännas möjligheter att genom sin normgivningsrätt ensidigt ändra förutsättningarna för avtalen.

Avtalsrätten vilar på principen att avtal skall hållas, pacta sunt servanda, och rättsordningen är en garant för att de avtalade förpliktelserna fullgörs. Avtalet skiljer sig som rättsakt från ett förvaltningsbeslut genom att det sistnämnda är ett ensidigt beslut medan ett avtal i regel är ömsesidigt förpliktande. De offentligrättsliga möjligheterna att ändra ett fattat beslut anses generellt sett vara större än vad som gäller inom avtalsrätten för part som önskar att ändra eller frigöra sig från ett avtal. Sålunda är den offentligrättsliga utgångspunkten i stort sett att det allmänna har möjlighet att ändra sina generella beslut i negativ riktning för de berörda. Som framgår av 27 § FL medför dock den negativa rättskraften att individuella gynnande beslut i princip bara kan ändras till fördel för den en-

skilde och huvudregeln är med hänsyn till den enskildes trygghet att sådana inte kan återkallas. Återkallelse anses endast vara möjlig om den påkallas av tvingande säkerhetsskäl, om den enskilde har utverkat det gynnande beslutet genom att ge myndigheten vilseledande uppgifter eller om ett förbehåll om detta finns i själva beslutet eller i författning, som beslutet grundar sig på.

När det gäller det allmännas möjligheter att ändra avtalsvillkor till följd av sin dominerande ställning måste utgångspunkten anses vara att avtal inte ensidigt kan ändras från det allmännas sida. De möjligheter till en ensidig ändring som skulle kunna tänkas bli följden av att det allmänna gentemot den enskilde kan uppträda både som motpart och som offentlig myndighet begränsas av man måste skilja mellan beslutet att ingå avtal och själva avtalet. Vad gäller beslut att återkalla eller ändra tidigare beslut att ingå avtal finns enligt FL endast begränsade möjligheter medan kommunala beslutande organ har något större möjligheter till detta. Om det allmänna genom beslut upphäver eller ändrar beslut som ligger till grund för avtalet måste man vid en bedömning av rättsverkningarna av avtalets ändrade förutsättningar väga in de offentligrättsliga regler och de offentligrättsliga skyddsprinciper som är av betydelse för rättsförhållandet. Vid såväl offentlig verksamhet som vid privaträttsliga relationer finns dessutom normalt olika rättsskyddsgarantier som verkar till skydd för den enskilde eller till förmån för den svagare avtalsparten inbyggda i systemet. Det allmänna kan alltså inte sägas ha någon exklusiv rätt att ändra eller upphäva ett avtal ingånget med en enskild part utan att ersättning för den enskildes förlust skall utgå.

Skulle det allmänna försöka komma ifrån ett avtal 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, eftersom möjligheterna till fullgörelse i enlighet med avtalet i sådana fall oftast torde vara utesluten om det kommunala beslutet vinner laga kraft.

Genom normgivningsmakten har det allmänna vissa möjligheter att ändra förutsättningarna för avtal som ingåtts. Rent konkret innebär detta att det allmänna genom lagändring kan upphäva grunderna för ett avtal, eller genom ändring av taxa ändra ett avtalat vederlag, på ett sätt som inte

är möjligt för enskilda avtalsparter. Detta innebär att den bundenhet som normalt följer av ett avtal inte alltid framträder lika starkt vid det allmännas avtalsingående. Frågan blir därför vilka möjligheter det allmänna har att ensidigt ändra eller frångå ingångna avtal. Vidare kan frågor om bristande förutsättningar uppkomma till följd av att det allmänna använt sin normgivningsmakt på ett sätt som gjort att förutsättningarna för ett avtal brustit i något avseende.

Vad gäller möjligheten att ensidigt ändra kommunala taxor måste en skillnad göras mellan avgift i avtal som anknyter till en viss taxa och som rör en offentligrättsligt reglerad tjänst och privaträttsliga avgifter, dvs. avgift för kommunens rent frivilliga tjänster, vilka blir gällande för den enskilde på avtalsmässiga grunder. Även om antagandet av taxan är en offentligrättslig handling anses en hänvisning till den i avtalet i regel vara en nödvändighet för att taxeändringar skall få någon betydelse för konsumenten, och avgiften utgör ett avtalsvillkor först i och med att det i avtalet tas in en bestämmelse om att avgiftens storlek bestäms av den vid varje tidpunkt gällande taxan. Om 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.

Vad gäller fastställda avgifter behöver det heller inte alltid vara nödvändigt att göra 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 som regelmässigt är subventionerad. Det torde därför inte föreligga något hinder för kommunen att ändra taxor som ligger till grund för avgiftsdebitering inom mera offentligrättsligt reglerade områden som förskoleverksamhet och äldreomsorg samt avgiftsbelagd vård vid behandlingshem.

Kommunen torde i allmänhet anses ha rätt att fastställa nya offentligrättsliga taxor i enlighet med självkostnadsprincipen utan att detta rubbar avtalsinnehållet i den mån det individuella avtalet hänvisar till avgift enligt gällande taxa. Det avgörande blir om ett avtalsvillkor om visst avgiftsuttag bara tjänar funktionen av en hänvisning till gällande taxa, som fallet är vid offentligrättsliga 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 offentligrättsliga avgifter kan inte avtal om att viss

avgift skall avvika från av kommunfullmäktige fastställd taxa ingås, om inte författningsstöd för detta föreligger.

När det gäller utfärdandet av kommunala ordningsstadgor eller andra föreskrifter torde det principiellt kunna hävdas att kommunen genom ett sådant utfärdande inte kan komma i från sina förpliktelser enligt ett ingånget avtal. 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.

Även vid detaljplanering framträder kommunens normgivningsmakt tydligt. 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. Det torde därför kunna förekomma att förutsättningarna för ett med kommunen ingånget avtal ändras genom att kommunen fastställer annan detaljplan än vad som gällde vid avtalets ingående. Kommunen saknar möjlighet att med bindande verkan i avtalet infoga klausul om att den i en kommande bebyggelseplan förbinder sig att fatta planbeslut i enlighet med avtalet, se RÅ 1967 ref. 25 och RÅ 1991 ref. 59. Det står ur ett offentligrättsligt perspektiv således 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. Kommunens möjlighet att ändra förutsättningarna för ett ingånget avtal är därför, åtminstone teoretiskt, i det närmaste oinskränkt inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. Däremot är det i praktiken högst tveksamt om kommunen skulle gå emot ett ingånget genomförandeavtal, eftersom någon exploatering av det aktuella området i många fall därmed inte skulle genomföras.

I *NJA 1981 s. 269* pekar dissidenten på den konfrontation mellan civilrättsliga och offentligrättsliga synpunkter som kan uppstå, om en avtalspart skulle kunna åberopa ogiltighet hos rättsligt förfogande över mark på grund av att den offentligrättsliga bebyggelsereglering som gällde vid avtalsingåendet beträffande marken i fråga senare fått en annan innebörd. Planmonopolet ger, genom den exklusiva rätten att besluta om ändringar i t.ex. detalj- och områdesplaneringen, kommunen en särskild ställning i förhållande till enskild avtalspart. Det kan därför anföras argu-

ment 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 rätt till ersättning. Med ett sådant synsätt fråntas kommunen 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 ingånget genomförandeavtal. Det faktum att ett avtal ingåtts torde dock föranleda att den enskilde har rätt till ersättning till följd av att avtalet inte kommer att fullgöras. Vanligtvis torde det i sådana fall röra sig om ersättning enligt det negativa kontraktsintresset. 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 avtalsingåendet 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 förändringar som kan komma att ske och när, vilket i vissa fall bör kunna påverka bedömningen av vem som bör bära risken.

I vissa uppenbara fall, t.ex. om en ändring företas kort efter avtalsslutet och det allmänna redan vid detta känt till eller måste anses ha känt till att ändringen skulle komma att göras, kunde man kanske tänka sig att förhållandet jämställs med avtalsbrott – med hävning och skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset som påföljd. I synnerhet torde detta vara fallet om detaljplan som antagits i enlighet med ett genomförandeavtal efter en kort tid ersätts av en ny plan. Motsvarande situation kan tänkas uppkomma om en kommun säljer en fastighet inom ett detaljplanerat område för det ändamål planen förutsätter och kommunen därefter beslutar att ändra detaljplanen så att fastigheten inte längre kan användas för detta ändamål. Det torde i dessa situationer stå klart att kommunen är skadeståndsskyldig. Skulle kommunen befinnas ha varit ond i 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 träffats 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, dvs. inte hade bort räkna med ett ändringsbeslut, förefaller det som om man med fog skulle kunna hävda att situationen liknar ett "ordinärt" avtalsbrott och att ersättning normalt sett skall utgå enligt det positiva kontraktsintresset.

Ett annat tänkbart fall är att kommunen säljer ett visst område för ett ändamål som inte motsvarar detaljplanen och även förbinder sig att ändra denna i enlighet med vad som utfästs. Om planändringen inte kommer att genomföras till följd av att kommunfullmäktige motsätter sig ett sådant beslut eller andra omständigheter gör att ändringen inte går att genomföra är det inte lika självklart att någon skadeståndsskyldighet föreligger. 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.

9.2 Avslutande kommentarer

Utvecklingen har under lång tid varit att den offentliga rätten och privaträtten växt samman. Detta beror på två omständigheter; dels har välfärdsideologiska värderingar gjort insteg i avtalsrätten, dels har avtalsrätten kommit att påverka den offentliga rätten främst till följd av privatisering, konkurrensutsättning och marknadstänkande inom den offentliga förvaltningen. Att verksamheter, som tidigare uteslutande tillhandahållits av kommunen, lagts ut på entreprenad har i viss utsträckning minskat dess kostnader.[6] En sådan resursallokering präglas i stor utsträckning av ett ekonomiskt synsätt och ett privaträttsligt tänkande varvid avtalet mellan det allmänna och den enskilde varit det instrument som reglerat förhållandet mellan parterna.

I takt med att entreprenadlösningar under det senaste decenniet blivit vanligare och att kommunerna därmed haft möjlighet att utvärdera den

[6] Konkurrensutsättning inom t.ex. äldreomsorg anges även ha minskat kostnaderna och höjt kvaliteten inom icke konkurrensutsatta verksamheter då dessa tvingats effektivisera sin verksamhet. Se t.ex. Högberg, *Kostnadseffekter av konkurrensutsättning*, 1996 s. 10 f. och s. 13 f., SOU 1996:169 s. 35 f. och s. 82 samt Ds 1998:15 s. 97 f.

verksamhet som lagts ut på enskild har också "privatiseringsiverns barnsjukdomar" börjat avta. De insamlade avtalen visar tydligt att utformningen av avtalsinnehållet vid entreprenader på socialrättens område med åren blivit allt bättre och att de avtal som ingås numer ofta är utförliga och välformulerade. Kommunerna använder sig dessutom i stor utsträckning av olika standardavtal från Kommunförbundet eller av de mallar som presenteras i olika typer av handböcker. Vidare har de regler som gäller för offentlig upphandling bidragit till att utformningen av förfrågningsunderlag och avtalsförutsättningar blivit tydligare.[7]

I avtalen har i allt större utsträckning kommit att införas hänvisningar till det offentligrättsliga regelverket. Vidare har lagstiftaren i vissa fall infört samma regler för enskilt bedriven verksamhet som tidigare endast gällt offentlig verksamhet, t.ex. sekretessbestämmelser.[8] Utvecklingen har lett till att de olika regelverken när det gäller entreprenader ytterligare kommit att gå in i varandra och att offentligrättsliga regler och principer kommit att gälla på privaträttens område. Den enskilt bedrivna verksamheten på socialrättens område skiljer sig därför från den som bedrivs i kommunens egen regi främst genom att själva verksamheten drivs av en enskild. Åtminstone teoretiskt torde det därför inte vara någon skillnad för den som nyttjar en viss service eller verksamhet om den tillhandahålls av ett kommunalt eller enskilt alternativ; kravet på att servicen motsvarar en viss nivå skall vara detsamma i likhet med den avgift som kommunen tar ut av den som nyttjar servicen. För allmänheten råder i stor utsträckning samma möjligheter till insyn som vid kommunalt tillhandahållen verksamhet.

---

[7] Det är enligt enkätundersökningen ovanligt att tvister uppkommer på socialrättens område. Orsaken till detta kan vara att möjligheterna till upphandling på området är av betydligt nyare datum, men även att den typen av entreprenadavtal inte är lika "besvärliga", eftersom de oftast rör sig om att under viss tid ombesörja viss preciserad verksamhet. En annan orsak kan vara att socialnämnderna inte i samma utsträckning som byggnadsnämnder etc. svarat på enkäten.

[8] Vad gäller kommunala bolag har dessutom demokratiaspekter lett till att lagstiftaren infört bestämmelser om insyn etc. i bolag där kommunen är huvudägare, se 3:16 3 st. KL och 1:9 SekrL. De kommunala bolagen är i det avseendet jämställda med verksamhet som bedrivs i nämndform. Se även bet. 1995/96:KU9 s. 25 ff. och bet. 1997/98:KU13 s. 9. Även om i fråga om sådana juridiska personer som handhar vården av kommunal angelägenhet, men som inte omfattas av sekretesslagens bestämmelser föreskrivs att fullmäktige skall verka för att allmänhetens rätt att ta del av handlingar tillgodoses, se 3:18 3 st. KL. Ett närmande har därför gjorts till verksamhet som bedrivs inom ramen för den kommunala förvaltningen. Jfr SOU 1996:169 s. 85.

Det är på det socialrättsliga området sålunda inte avtalen i sig som är bristfälliga. Även de regler som påverkar avtalsförhållandet är relativt tydliga. Det stora problemet vad gäller att tillgodose de socialpolitiska målsättningarna när sociala uppgifter lagts över på den privata sektorn bottnar i första hand i konflikten mellan den enskilde utövarens vinstintresse och kommunernas bristande resurser att kontrollera att den överlåtna verksamheten sköts på ett fullgott sätt.[9] I flera i massmedia uppmärksammade fall av vanvård hos enskilt bedrivna vårdhem har det allmänna brustit i kontrollen och uppföljningen av verksamheten, samtidigt som den enskilde underlåtit att rapportera hur verksamheten utförs, även om otvetydiga klausuler som reglerar kontroll och rapporteringsskyldighet finns med i de avtal som reglerar verksamheten. När den enskilde brustit i sin uppgiftslämning har detta i vissa fall lett till att kommunen hävt avtalet och själv övertagit verksamheten.[10] Det har även hänt att de som nyttjat en privat bedriven verksamhets tjänster lämnat denna

---

[9] I vissa fall kan även de avtalsupprättande tjänstemännens okunskap om upphandling, avtalsrätt och kommunalrätt och de särskilda problem som kan uppstå i kombinationen av dessa regelverk leda till att entreprenaden förfelas. Vidare måste kommunen vara beredd på att den kan få överta driften av en verksamhet som den är skyldig att tillhandahålla om en entreprenör går i konkurs. Som ett exempel kan nämnas bolaget Ansa Vårdtjänst som bedrev social hemtjänst på entreprenad i Malmö kommun och som under avtalsperioden gick i konkurs. Det krävs därför att den upphandlande enheten besitter kunskap att göra en bedömning av den ekonomiska stabiliteten av en anbudsgivare innan man väljer att anta ell lågt anbud.

[10] Se t.ex. det i massmedia flitigt uppmärksammade fallet i Solna kommun med Polhemsgården hösten 1997. Genom införandet av en ny 71 a § SoL, den s.k. lex Sarah, stadgas att var och en som är verksam inom omsorger om äldre eller funktionshindrade skall ha anmälningsskyldighet när de upptäcker eller får kännedom om ett allvarligt missförhållande i omsorgerna om någon enskild. Bestämmelsen skall även gälla yrkesmässigt bedriven enskild verksamhet för vilken det krävs tillstånd enligt 69 § SoL. För personal inom hälso- och sjukvården föreligger redan motsvarande anmälningsskyldighet enligt 7 a § åliggandelagen, den s.k. lex Maria. De nuvarande 71 a och 71 b §§ skall betecknas 71 b respektive 71 c §§ SoL. Ändringen föreslås träda i kraft den 1 januari 1999. Se prop. 1997/98:113 avsnitt 7.5.2 och bet. 1997/98:SoU24.

till förmån för kommunalt bedriven verksamhet när missförhållanden upptäckts.[11]

Det är dock inte enbart vid enskilt bedriven verksamhet som utförandet av vården inte uppfyller de krav som rimligen kan uppställas enligt de socialpolitiska målsättningarna. Även vid kommunalt tillhandahållen service kan sparkrav och personalminskningar leda till att vårdkvalitén sjunker.[12] Man skulle därför kunna tänka sig att kommunal service som tillhandahålls via enskild entreprenör vid en effektivare kontroll från kommunernas sida skulle kunna hålla minst lika hög standard som den som tillhandahålls genom kommunalt bedriven verksamhet.[13] Kanske skulle

---

[11] T.ex. det i massmedia uppmärksammade fallet med en pedofilmisstänkt manlig barnskötare vid privatdaghemmet Glädjen i Karlstad hösten 1997. Kommunen anordnade nya platser för de barn vars föräldrar ansökte om ny barnomsorgsplats och huvuddelen av privatdaghemmets personal erhöll visstidsanställningar hos kommunen. Daghemmet stängdes efter det att samtliga föräldrar sade upp sina daghemsplatser. Bolaget hävdade att kommunen brutit avtalet med bolaget och krävde därför skadestånd. Bolaget krävde därvid att kommunen skulle köpa daghemsfastigheten samt utge ett visst belopp för att täcka avvecklingskostnaderna. En överenskommelse ingicks mellan parterna som innebar att det privata daghemmet avvecklades, att avtalet upphörde att gälla och att Glädjen AB skulle erhålla en engångssumma. En enig barn- och ungdomsnämnd beslöt att godkänna avtalet. För att stärka barns och ungdomars skydd mot sexuella övergrepp föreslås i SOU 1998:69 vissa lagändringar i bl.a. 2 a kap. och 2 b kap. SkolL, vad gäller möjligheterna att genom registerkontroller pröva lämpligheten hos arbetssökande eller redan anställda inom förskoleverksamhet, skola eller skolbarnomsorg. Någon skillnad görs inte mellan verksamheter som drivs i offentlig regi och sådana som drivs av enskilda. Kontroller föreslås böra äga rum av såväl arbetssökande som fysiska personer, eller företrädare för juridiska personer, som söker tillstånd att bedriva sådan verksamhet. Även innan en kommun ingår ett entreprenadavtal föreslås att en sådan kontroll äger rum. Se a.a. s. 14–19, s. 57–60, s. 127 ff. och s. 157 ff.

[12] Även vid kommunalt drivna sjukhem har flera fall av vanvård uppmärksammats i massmedia det senaste året, så t.ex. i Nordmalings kommun. Även andra typer av missförhållanden kan föreligga till följd av dåliga kontrollrutiner vid kommunalt tillhandahållen sjukhemsvård. Som exempel kan nämnas förhållandena vid vårdhemmet Älvkullen i Lilla Edet, där tre undersköterskor sommaren 1998 avstängdes från sina arbeten till följd av sina attityder gentemot de boende vid hemmet.

[13] Jämförelser mellan kommunal barnomsorg och barnomsorg som drivits utifrån vinstmotiv har i vissa fall visat att de senare varit mer resurseffektiva utan att kvaliteten samtidigt försämrats. Se Ds 1998:15 s. 97 f.

en kommun rentav kunna komma att ställa högre krav på entreprenaddriven verksamhet än på den service den själv tillhandahåller.[14]

På plan- och bygglagstiftningens område är problemen av en annan karaktär. När det gäller de närmare villkoren för de undersökta avtalen saknas uttryckliga lagregler. De problem som kan uppstå till följd av det allmännas avtalsingående kan förvisso lösas inom ramen för gällande rätt, men eftersom det inte finns några fasta och enhetliga regler föreligger en risk för att likartade frågor kan komma att bedömas olika beroende på i vilken rättslig instans frågan prövas.[15]

För närvarande kan allmänna domstolar ha svårt att inom ramen för sin behörighet pröva vissa frågor med anknytning till ett avtal, t.ex. om byggnadsnämnd i sin myndighetsutövande verksamhet vägrar att godkänna en uppsägning av ett avtal om parkeringsköp med motiveringen att ett förvisso likvärdigt alternativ inte uppfyller de parkeringskrav som gäller för fastigheten. Har nämnden fattat ett sådant beslut återstår endast en förvaltningsrättslig prövning. Det finns då en viss risk för att förvaltningsdomstolen inte anser sig behörig att pröva nämndens vägran att godkänna en uppsägning av avtalet eftersom en sådan regleras av de civilrättsliga reglerna om uppsägning av hyresavtal i JB. Om det vill sig illa finns därför en risk för att den enskilde inte kan få sakfrågan prövad. Det kan i dessa fall vara svårt att utkräva något ansvar av kommunen. Det skulle därför vara en fördel om vissa frågor uttryckligen lagreglerades, bl.a. vad gäller vilka krav som får ställas för de olika typer av avtal som ingås och vilken rättslig instans som lämpligen bör pröva avtal som innefattar olika inslag med karaktär av myndighetsutövning. Det skulle därför vara en fördel om allmän domstols behörighet att pröva den här typen av frågor preciserades.

Vid t.ex. genomförandeavtal finns alltid en risk för att enskild bedömer att ett avtal innehåller så stora fördelar att denne förpliktar sig i högre utsträckning än vad kommunen har laglig rätt att kräva. Om den en-

---

[14] Ett sådant förfarande torde dock anses strida mot kravet på affärsmässighet i 1:4 LOU om kommunen på så sätt skulle gynna egenregiverksamheten. Samtidigt kunde servicenivån vara ett konkurrensmedel som, i förhållande till andra ekonomiskt likvärdiga anbud, gör att ett anbud anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt 1:22 LOU.

[15] Även om tvister uppges vara ovanliga framgår av enkätundersökningen att de vanligaste tvisterna uppstår till följd av avtal inom plan- och byggområdet. De uppkomna tvisterna gäller vanligtvis frågor om tolkning av avtalen eller att ändrade förhållanden lett till att avtalsinnehållet blivit oförmånligt för endera parten.

skilde inte har något intresse av att överklaga ett beslut att godkänna de villkor som regleras i avtalet eller att väcka talan i allmän domstol till följd av detta spelar det ingen större roll vilka regler som lagstiftaren inför.

Summary

This thesis deals with local government bodies, especially municipalities, as parties to contracts. *Chapter 1* discusses the purpose of the thesis, and describes the method used. The primary focus is on the identification and analysis of general problems relating to the authority of a municipality to enter into contracts and the subsequent legal effects, in light of the principles and rules of public and private law.

Chapter 2 deals with the delineation between Swedish private and public law. The topic of this thesis can generally be characterised as falling within the areas which traditionally may be claimed by both these disciplines. The purpose of the chapter is to clarify the position of the area studied in the legal system and provide a theoretical background for the continued analysis.

Traditionally the idea of the welfare state has been important in Sweden. The relationship between the public sector and the individual is no longer characterised solely by the exercise of power, but also includes a *socially protective relationship* in which the public sector guarantees the individual certain rights. This orientation component is also evident in the marketplace, where the freedom of contract has been limited by measures designed to protect the weaker party and by consumer legislation.

At the same time the past decade has witnessed cutbacks in various aspects of the welfare state. The resulting appearance of alternatives, e.g. in the form of privatisation of services formerly supplied by the public sector, make it difficult to draw a clear boundary between public and private law. Due to the structure of the Swedish court system, matters relating to a contract between a municipality and an individual may be heard in a court of general jurisdiction or in an administrative court. A court of general jurisdiction considering the case as one of private law may have to take public law rules into account.

Chapter 3 discusses the rules and principles which characterise *traditional contract law* and pays special attention to principles of contract law which are of *importance* in the analysis of contracts entered into with pu-

blic sector bodies. Traditional contract law, with its emphasis on individual autonomy, is fundamental to free enterprise. The general principle of Swedish contract law is that the parties may freely define and regulate their rights and duties within the context of each contractual relationship. The *function* of contracts is to facilitate business transactions and efficient allocation of resources, and it is within this context contracts primarily are used. In other words, contracts assume an *economic function* in the marketplace. When municipal authorities form contracts, either with private persons or other municipalities, other motives than business considerations may underpin the contractual relationship. We are then outside of the traditional boundaries of contract law.

Conventional contracts differ from the unilateral decisions and the exercise of governmental authority found in public law, firstly, because of *consent*, (i.e. the legal enforceability of the contract and its performance are based on the consent of the parties), and secondly, because they regulate areas normally not subject to government authority. Parties who form a binding contract must be able to rely on the continued validity of that contract, and on the principle that none of the parties may unilaterally change the terms of the contract or withdraw from the contractual relationship without compensation to the other party. Reasonably, even where public sector parties enter into a contract, the *primary rule* must be that the parties are bound. According to Swedish law the legal right of a resident of a municipality to appeal municipal actions on grounds of illegality may result in the cancellation of a decision to enter into a contract. In addition, municipalities have certain rights to unilaterally change the conditions of an already existing contract by changing municipal fees and rates. This means that the binding force which normally results from a contract may be diluted when there is a public sector body involved. Thus, when analysing a contract to which a governmental body is a party, it is *necessary* to consider the possible public law limitations which can lead to legal ramifications that differ from those resulting from purely private law rules.

The chapter also discusses the interpretation of contract relationships between governmental and public parties. Certain special issues of interpretation may arise since traditional contractual rules cannot always be applied where a public body is a party to a contract.

Each contract must be interpreted in light of the rules on which that contract is based. In cases where a public law rule constitutes the basis for a contract, that rule sets the limit or the scope of the subject of that cont-

ract. Public law rules are especially relevant in *supplementing* a contract, while *contractual interpretation* serves to the autonomy of the parties by basing a determination as to the content of a contract on the contract itself. Unless there are strong reasons to use contractual interpretation, one can chose the solution which appears to be *most appropriate and reasonable.* In general, an analysis of contracts involving a public sector party must be based on a totality of the circumstances, with supplemental norms in the form of public law principles and business custom and usage often assuming priority over the interpretation of the text of the contract itself. The public law rules which regulate the relevant issues of authority should naturally be considered in a legal analysis of good faith by a court of general jurisdiction.

Chapter 4 analyses the features which characterise public administration, governmental unilateral powers (exercise of governmental authority, rule-making powers, taxation, and imposition of fees), and legal rules enacted to protect the interests of individuals in various ways.

The primary feature of the relationship of the public sector to its citizens is the right of public sector bodies to *issue unilateral decisions* which affect the individual whether through the determination of an individual case or through the adoption of general rules. To a certain degree, these powers are limited by principles of due process designed to protect the individual. Thus, according to the Legality Principle which follows from Swedish constitutional law, no public body may act in a way which would violate the laws on which its actions are based. In order to prevent the abuse of power and arbitrariness in public decision-making, the Objectivity and Equality Principles in Swedish law also prohibit public bodies from considering extraneous circumstances or accord certain persons special treatment. Where a public body has discretionary power, the Equality Principle also requires that there be consistency in its decisions.

Consequently, a public body is deemed to have acted inappropriately if it has requested a benefit in return for its exercise of governmental authority without having legal authorisation to do so. Because of this, a decision which in itself accords with the relevant statute or regulation can still be deemed a criminal abuse of power if it has been issued only after extraneous conditions have been satisfied. An example of such a situation is an application for a building permit which is not approved until the applicant promises to contribute financial support to some municipal activity. The prohibition of *abuse of power* (détournement de pouvoir) also provides a certain protection against discretional decisions that offend

the rights of the individual and that public sector bodies may make in areas where public law does not stipulate explicit rules. In this sense, the prohibition of abuse of power is of relevance when public sector bodies dispose over their assets or enter into contracts. Such a violation of the principles of public law can constitute grounds to annul the decision and can also lead to the voiding of a contract pursuant to private law principles.

Chapter 5 analyses the authority of municipalities to enter into contracts. Primarily, this examination focuses on the *internal effects* of exceeding this authority, i.e. the public law repercussions when this authority is exceeded. The purpose of this analysis is to attempt a definition of the "contractible areas" which affects the subject matter of a contract, as well as its legal effects. The authority of municipalities to enter into a contract is limited both by the provisions of the Municipal Law and the special laws and rules which regulate municipal activities. Other laws and regulations, for example the Government Procurement Act, can also limit the right of a municipality to form contracts. The body of municipal law sets the limits of what may legally be regulated by contract. If a municipality, in deciding to form a contract, proves to have exceeded its authority, the contract may be invalidated as a result of a determination by an administrative court as to the legality of the decision to conclude the contract.

During the past decade, the trend to privatisation has led to an increased reliance on private contractors to perform municipal activities. A basic limitation, however, is the principle in Swedish law that, except in the case for typical support functions, the municipality, in its capacity of government body *responsible for an activity*, cannot waive its responsibility for the operations and financing of an activity which special law makes it responsible to provide. A contract transferring a municipal activity to a private party may be made without specific enabling law, as long as the activity *does not include* the exercise of governmental authority. Even if a municipality is obligated by law to *provide* a given service, the *operation* of the activity, itself, may be conducted to a large extent by a private party. For example, even though a municipal decision regarding the allocation of pre-school spaces and fees to be charged constitutes the exercise of government authority, the management of that activity can be contracted to a private party. The duties existing within the primary municipal area of responsibility thus set a natural limit to the "contractible area". The transfer of municipal matters in the field of social service is regulated by the Social Service Act, Article 4, Paragraph 3. In such a case, the muni-

cipality remains responsible for the activity, but may transfer the performance of duties to a private party or to another municipality, as permitted by law.

Where there are no provisions governing a particular situation, or where the government body has an explicit right to choose between making its own decisions or outsourcing this task, there is no legal obstacle preventing the municipality from choosing the latter. An example of such a situation is the matter of expropriation. Here, it has long been deemed possible to enter into a contract for the purchase of real property, instead of using the legal expropriation procedures. In cases where a contract replaces a decision or an administrative determination, it is evident that the rules and principles of public law must be considered in any decision regarding that contract. The validity of these contracts is determined by whether or not they are within the limits of municipal authority or within the purview of the special law or regulations which regulate that particular activity.

In addition, a municipality may not contract regarding matters for which the law mandates a fee according to a fixed fee schedule, such as renting space for a stall in a outdoor market held on a town square. Nevertheless, in activities which the municipality voluntarily chooses to operate, charges for services performed may be regulated by contract since, in the absence of regulatory provisions, such activities are close to possessing a non-governmental nature. However, the amount of the charge is limited by the at-cost principle and the ceiling, if any, set for charges for services.

The question of authority is also relevant for the variety of contracts made in the areas of planning and building law. Often the right to form such contracts is indirectly inferred from general powers or the municipal planning monopoly. Contracts must therefore not exceed the confines generally set for municipal activities and must abide by the stated principles. For example, Swedish municipal law requires owners of land of which commercial establishments are built to provide the public with parking spaces within areas regulated by local plans. Although there is no legal basis for purchase of such parking spaces from the municipality, for many years such contracts have constituted a simple method of regulating this obligation. If there is no other possibility of arranging parking, a land developer, in order to obtain a building permit, may have to enter into a contract with the municipality either to buy the requisite number of spaces in a municipal parking facility or to contribute to the financing

of such a facility. In these cases, there is a risk that circumstances are improperly considered, and that the boundary between the municipality's role as a government entity exercising governmental authority by granting a building permit and its status as a party to a private law contract becomes blurred. Consequently, it is crucial that the municipality at an early stage determines the required number of parking spaces by establishing the norms for a certain area. This makes it easy to determine the number of parking spaces required in any given case for the granting of a building permit, thus reducing the risk of unequal treatment of different property owners.

Due to the municipal planning monopoly, the Building and Planning Board or another similar body is responsible for local planning. It has long been common for municipalities and private developers to make implementation agreements when a local plan is to be made for an area. Since there is no specific legal support for this, the power to form such a contract is derived indirectly from the municipal planning monopoly. Implementation agreements are usually made for areas where the land in question is privately owned, but this type of contract is also used in cases where the municipality is the landowner. Also in the case of implementation agreements, the municipality is not empowered to depart from mandatory legal rules,[1] such as the fees charged according to an established schedule. The matter is seldom brought to a head, however, since it is often in the developer's own interest to implement the agreement. In this and similar cases, the determination of the validity of a contract often depends of the procedure followed. Thus, if a municipality chooses to characterise part of the compensation as a fee, and this fee exceeds the legally permissible amount, the contract is invalid. On the other hand, if the "unreasonable fee" is included as part of the purchase price, the contract is valid.

Chapter 6 deals with the issues of *who* has the authority to form a binding contract on behalf of a public body, and *the point of time* at which that body becomes contractually bound. From an *internal perspective*, the legality of a municipal *decision to enter into a contract* can be challenged on grounds of legality. The municipality must have been legally entitled to form the given type of contract, and the person signing the contract must

[1] In Swedish law one uses the terms facultative and mandatory legal rules. Rules in a statute that can pe replaced by another norm decided by the parties to a contract are called facultative. Those rules in a statute that cannot be replaced are called mandatory.

have been empowered to do so on behalf of the municipality. If the decision is challenged and invalidated, the contract may not be performed (unless the decision was declared invalid merely on formal grounds, and a new, correct decision to enter into the contract was then made). A contract may be invalidated by an administrative court if the decision to form it conflicts with municipal law or special law. In addition, the decision can be invalidated if the person or body who made the decision to form the contract *lacked the authority* to do so, or if the municipality, in the case in question, had a right to rescind the contract, e.g. by making a new decision which removes the basis for the contract.

In addition, chapter 6 discusses the *external effects* of decisions to enter into contracts which conflict with municipal law or special law. The question is whether a municipality's forming of a contract, even though in violation of public law, nevertheless can create a legally cognizable claim for compensation. Here, the primary emphasis is on *the principles of agency and authority* in contract law and *good faith considerations* as viewed in relation to the public law principles of authority. If the contract was not performed due to a ruling of non-legality or because the municipal council made a new decision in the matter, the private party can commence an action in the courts of general jurisdiction.

The main rule appears to be that the private party is not deemed to have been in good faith if the municipality exceeded its *legal powers* to form the contract or if the decision to contract was made by *the wrong municipal body*, e.g. a board, in cases where only the municipal council is empowered *by law* to make such a decision. At the same time, predictability considerations indicate that a private party should be able to rely on a public party knowing and following the rules governing its activities. In determining good faith, it is only reasonable that this concept varies depending on the identity of the municipality's counterpart. The general rule is that an artificial person is never deemed to be in good faith regarding a material breach of the bounds of authority. Natural persons, in general, are deemed to be in good faith, even regarding a material breach of the bounds of authority, unless they *ought to have known* of the breach, because of clear and unambiguous law, prior employment in the public sector, or prior experience of contracting.

Once the time to appeal the decision to enter into the contract has expired, many defects are deemed cured, and consequently, attempts to cancel the contract must primarily be based on private law issues. This also applies where an administrative court hearing a legality challenge

has found that the decision to enter into the contract was made legally. Also in these cases, it would appear that only a contract containing some private law defect may be invalidated.

Another issue to be considered in determining whether a municipality is contractually bound is personal authority (whether the person or persons representing the municipality were properly empowered to do so). The body of municipal law and the special laws regulating municipal activities in many cases identify the municipal organ empowered to bind the municipality. If the wrong organ made the decision to enter into the contract, the contract may be invalidated on grounds of illegality. Within a municipality there are various legally regulated organs, as well as positions, which under traditional agency principles have apparent authority, due to law or custom, to undertake legal acts *vis à vis* third parties. Contracts signed by representatives of municipal organs, which law or delegation have accorded a certain decision-making power, or posses the status of "signatories", may be analysed analogously with the help of corporate law, while certain officeholders, due to the nature of their positions, can bind the municipality under the agency law principles of apparent authority. In such a case, the authority to bind the municipality is based on the position or office held, and limitations of that authority cannot be asserted unless the other private party was in bad faith regarding the fact that these were breached. A director of personnel, for example, would have the apparent authority to hire people, and a procurement manager would have the apparent authority to purchase goods related to the sector in which he is employed.

From the perspective of municipal law, employees are viewed as "assistants" to the municipal boards. The same applies to politically appointed persons, e.g. the chairman of a municipal board who makes decisions without direct statutory and regulatory authority or a decision of that board. The concept of apparent authority should therefore apply to decision-makers in activities not regulated by law or regulations. The same pertains to decisions of a more "managerial" nature which involve only a limited amount of discretion and for which there would be little interest in a determination of legality, e.g. purchases, real estate management, and personnel administration, and are largely subject to private, rather than public law.

In addition to these clear cases, there are many situations in which there is uncertainty regarding the person or organ empowered to decide a given issue. Because of this *the determination of good faith* in relation to

municipal regulations is central. In this context, it seems reasonable to impose higher or lower good faith requirements for the other party, depending on the *identity* of that party and the *extent to which the authority was exceeded.* It is important to take into account the rules of municipal law in determining good faith.

In some cases (e.g. a private party who is well acquainted with the organisation of the municipality), the good faith of that private party should be considered in the light of the decision to delegate. This party must also be considered to have an active duty to investigate the authority of the governmental body to contract in the given area. If the party has not only a reasonable degree of knowledge of the decision, but has also been accorded the opportunity to read or, in other ways, should have known the contents of the special rules governing the delegation, the situation then becomes analogous to the duty of the private party to be aware of clear and unambiguous legal rules. Reasonably, however, the individual cannot be required to posses knowledge of the various internal municipal decisions and delegations, the appropriations which have been made for a given activity, or for the rules governing the use of the resources appropriated.

The question of at which point the parties become contractually bound, once a decision to contract is made, is largely determined by the principles of private law. In any event, this applies in cases such as a purchase of real property where there are special requirements as to form. The basic principle is that both parties become contractually bound at the time of the municipal council decision, and neither of the parties are bound prior to that point. It appears that the decision to approve the contract validates the contract from the date it was signed.

Chapter 7 discusses the issues relating to *voluntariness* and *coercion*, as well as the possibilities the public body has to stipulate *conditions vis à vis* the private party when entering into the contract. This chapter primarily discusses the circumstances leading to invalidation according to the principles of private and public law. A basic principle is that a contract can never *disregard an explicit provision of law* regulating what a municipality can or cannot do. Consequently, a private party's consent can *never* cure a governmental organ's lack of authority to enter into a contract. This principle also applies to municipality decisions based on extraneous factors or to cases of coercion (where the private party, due to its state of dependence, feels compelled to enter into the contract).

In addition to the principles of public law which apply to the exercise of governmental authority, the concept of abuse of power (détournement de pouvoir) can be used when a public body has improperly exercised its discretion. This concept is used where a public body requests a benefit, quid pro quo, that is not relevant to the issue at hand, if the benefit requested is grossly unreasonable for the private party, or if the public body requests benefits which unwarrantedly treat the private party differently from other similarly situated citizens. Thus, the general principle is that a government body may not use the fact that a contract has been concluded to require performance, compensation or fee whenever the contract is clearly beyond the competence of that government body. Both administrative courts and courts of general jurisdiction would generally invalidate contracts imposing such a condition.

It is doubtful whether a private party's attempt to invalidate contracts involving the operation of public activities, e.g. outsourcing social welfare and educational activities, would meet with success, provided that the public body has satisfied the requirements established by law. The only chance of that happening appears to be in cases where some requirement of private law, e.g. the formal requirements in real property law, notice requirements in landlord-tenant law, or conditions of employment in labour law, is not satisfied. One example of a situation which may violate public law rules, is a contract through which officials of private corporate entities are also employed within government social service and in that position, through delegation, make eligibility decisions which, in essence, include the exercise of governmental authority.

In the case of contracts within the purview of planning and building law, the situation becomes more complicated. Contracts for the purchase of parking spaces may include provisions in which the municipality imposes irrelevant requirements which can be challenged on private law grounds, at least in cases where there is significant "latent coercion". An example of such a provision may be a demand that the private party pay for an excessive number of parking spaces as a condition for obtaining a building permit. Given the difficulty of determining a general level for the fee to be paid by the landowner for the parking spaces, a reasonable assessment must be made. The amount to be paid to the municipality for a share in the parking facilities should reasonably be based on the at-cost principle.

Another such provision involves conditioning the release of a party to a contract on that party's finding another purchaser for the parking spa-

ces in question. A parking purchase contract is more or less a lease. Within an area with a local plan, the term of such a contract may not exceed 25 years. A notice requirement of nine months will be assumed unless a specific period is mentioned in conjunction with a notice of termination. Complications may arise, however, if the contract specifies that it may *only* be changed or terminated with the approval of the Building and Planning Board. If, in the event the contract is terminated, there is a risk that municipal parking facilities will generally remain unused, it is quite possible that the Building and Planning Board may not allow the owner to cancel the contract, in favour of a different alternative. The rules of private law and the granting of a building permit according to public law may both be involved. In reality, the freedom of contract can be limited where there is no solution for an issue other than entering into a contract with the municipality to purchase parking spaces, in which case the municipality, in practice, *unilaterally* determines the terms of that contract.

Implementation agreements, too, may contain certain provisions susceptible to a challenge on the grounds of illegality. Thus, a municipality cannot bind itself contractually to issue planning decisions in accordance with a contract. Similarly, a provision regarding the purchase of real property cannot be deemed anything more than a preliminary agreement, in light of the special formal requirements which apply to the acquisition of real property. Analogously, the municipality should not be able to obligate a developer to a greater extent than obligatory public and private law rules allow, e.g. regarding the payment of various fees, the prohibition of an assignment, or the obligation to finance the construction of common infrastructure facilities. The problem, however, is that the developer may have such a great interest in having the real estate development project implemented that, despite the above, it agrees to perform duties in excess of what is legally allowable. In this situation, the municipality may thus be viewed as a powerful contracting party which, by displaying a large enough "prize", can compel the private party to obligate itself beyond what is permissible under law.

Chapter 8 analyses the circumstances where a party is entitled to unilaterally withdraw from a contract, and the opportunities the public body has to unilaterally make decisions and to use its legislative and regulatory powers to unilaterally change the underlying conditions of an already existing contract. In addition, the resulting legal effects are examined.

The basis of contract law is the principle that contractual obligations should be honoured, i.e. *pacta sunt servanda*, and that the legal system should be available to compel the performance of contractual obligations. The central concern in a contractual relationship is that the purposes of the contract should be fulfilled. Consequently, during the term of a contract, the parties are free to adapt the terms of that contract to new circumstances which may arise. Unless otherwise specified by the terms of the contract, one condition for this, however, is that the parties agree to modify the contract, since one party, as a rule, *may not unilaterally* force the other party to accept modifications.

In order for a contract to cease to apply, the underlying assumptions regarding that contract must have changed so greatly, so that it would be unreasonable to permit the contract to remain in force. Such a change consists either of radically altered conditions or a breach of the contract by one of the parties. In Swedish law, Article 36 of the 1915 Contract Law, as amended in 1976, is the most important means of terminating unreasonable contracts. The Doctrine of Assumptions can also be used to terminate a contract due to a change in circumstances, although this doctrine is now somewhat uncertain and open to dispute.

As to a municipality's ability to change contractual terms due to its strong position, the basic premise is that contracts *cannot be changed unilaterally*. The opportunities the municipality has for unilateral change due to its dual role as party and government authority are limited by the distinction between the decision to enter into a contract and the contract itself. In certain cases, the municipality is capable of making new decisions which indirectly can change the underlying assumptions of already existing contracts. When analysing the private law effects of a change of the underlying assumptions, one must consider the rules and principles of public law which are the basis of the municipality's power to make the new decision. However, it is reasonable to allow compensation for the losses of the private party, since the municipality generally does not have a unilateral right to modify or cancel a contract.

If the public body attempts to withdraw from a contract by failing to perform its obligations thereunder, the individual can commence an action for specific performance in a court of general jurisdiction. Absent a decision cancelling the decision to enter into the contract, it appears that the public body can be compelled to perform its contractual obligations. Where there is a decision of the municipal council, and the municipality wishes to avoid its obligations, a decision can be made not to perform the

contract. In such a case, monetary compensation must be paid to the other party, since generally there is no way to force specific performance once the time to appeal the decision has expired.

In general, the public sector is considered to have a sovereign right to change the content of present *laws* and *general decisions* without granting private persons who relied on a given set of circumstances an unlimited right to compensation. Municipal rule-making in the form of fee revisions and planning and building decisions thus have both financial consequences and administrative and private law repercussions.

In the case of municipal fees, a distinction must be made between charges in a contract relating to fees for a legally regulated service and those relating to fees more governed by private law, e.g. charges for municipal services not mandated or regulated by law. The latter are charged to an individual on contractual grounds. The adoption of a fee structure is a public law act. However, a reference to this in the contract is generally *necessary* if the change in fees is to have any significance for the user of the service. The fee is not considered as a contractual condition unless there is a *provision in the contract* stating that the amount of the charge is to be determined by the fee structure in effect at any given time. If a certain *charge is stated* in the contract without being linked to a *certain fee*, the contract should be terminated or renegotiated (depending on its provisions and the applicable rules) in order for the charge to be changed. These types of charges can be called *consensual*, rather than the usual type of established charges based on fees.

In the case of established charges, a reference in the contract to the fee is not always necessary for changes in fees to apply and affect the charge. This applies in cases of public law-based fees, which are not subject to negotiation, e.g. pre-school fees which are generally subsidised.

A municipality generally has the right to adopt new public law-based fees according to the at-cost principle without such an act being deemed a unilateral modification, provided the individual contract refers to charges according to the fee schedule in effect at the given time. Consequently, nothing should prevent a municipality from changing the fees on which a charge is based within more public law-regulated areas, such as pre-school, care of the elderly, and care at nursing homes or treatment centres.

Thus, the determining issue is whether a contractual provision regarding a certain charge is included merely to refer to current fees (as is the case public law-based fees) or whether the charge has more of a private

law nature. It is more difficult for a municipality to raise the latter type of charge without affording the other party the opportunity to terminate the contract. In the case of public law-based charges, no contract stating that a certain charge shall differ from the fees established by the municipal council may be made.

The area of local planning is also characterised by extensive authority for the municipal to create rules, e.g. in the fields of planning and building law. The "planning monopoly" provides municipalities with the right to decide on the structure and appearance of buildings in a given area and to plan various areas. The decision-making power is vested in the municipal council or in the Building and Planning Board. It is possible that the underlying conditions for a contract with a municipality may change when the municipality adopts a local plan which differs from the one in effect at the time the contract was made. A municipality may not contractually promise to make a given decision in a future building plan or promise not to make a decision which violates an already existing implementation agreement. Thus, a municipality has virtually boundless opportunities (at least theoretically) to change the underlying conditions of an already existing contract in the area of planning and building law. In practice, however, it is extremely doubtful whether a municipality would violate an existing implementation agreement, since the development of the area in question would then most likely cease. Consequently, it can be argued that a private party to a contract must *be aware of the possibility* that the local plan can be changed. This view completely frees the municipality of responsibility for a change in the underlying assumptions of the contract, even if it is *the municipality itself*, by its decision to adopt a new local plan, that created the changed conditions.

Thus, the power of a municipality to decide to enter into a contract in the area of planning and building law should be seen separately from its authority to establish a local plan. The contract, in itself, can neither prevent the municipality from adopting a local plan *in violation of* an existing implementation agreement nor limit the right of the municipality to later modify the local plan by means of a new decision. In the latter case, it is possible that compensation will be paid in the event there has been *a material departure from* that implementation contract on which the parties have relied for some time. In the event the private party was in good faith, i.e. did not have reason to expect a decision bringing about a change, the situation is reminiscent of an "ordinary" breach of contract, for which full contractual damages (based on the benefit of the bargain)

should normally be paid. An example of such a situation is a sale by a municipality of a real property parcel in an area zoned for a given purpose, which is then followed by a municipal decision to change the local plan so that the parcel can no longer be used for the stated purpose. Here, the municipality is apparently liable for damages. In the case of an expected decision, however, the liability of damages is far less certain, since the private party *should have reasonably been aware* that the implementation of the contract was dependent on *a separate administrative* decision, and that the freedom of the decision-maker *cannot be limited by contract.* However, since the private party has probably incurred expenses in its planning, it is reasonable to compensate that party, provided there was good reason for it to believe that a decision would be made in accordance with the contract it entered into.

Bilagor

De avtalsexempel som finns i dessa bilagor *bygger på ett antal* insamlade avtal. De är konstruerade och utgör, om inte annat sägs, en *sammanslagning av flera förekommande avtal.* Detta har gjorts i syfte att fånga in olika, i vissa fall mindre lyckade, klausuler. I övrigt överensstämmer de insamlade avtalen i stor utsträckning med de olika "avtalsmallar" som upprättats av Svenska kommunförbundet.

Bilaga 1 Exempel på entreprenadavtal om barnomsorgsverksamhet[1]

Mål och omfattning

§ 1 Parter
Mellan kommunen, genom socialnämnden, (beställaren) och personalkooperativet (utföraren) träffas följande avtal om barnomsorgsverksamhet.[2]

§ 2 Mål och inriktning
Till socialtjänstens uppgifter hör att bedriva barnomsorg för barn upp till och med fem års ålder. Verksamheten bedrivs bland annat i daghem.[3]

Genom detta avtal åtar sig kooperativet att för beställarens räkning bedriva daghemsverksamhet i kooperativets daghem i enlighet med detta

---

[1] De insamlade entreprenadavtalen om barnomsorgsverksamhet härrör från perioden 1993–1996. Utseendet på de insamlade avtalen varierar från relativt enkla avtal till det här angivna exemplet. För utförliga kommentarer angående vad som bör finnas med i ett avtal och hur upphandlingsförfarandet bör gå till, se t.ex. Eriksson & Hallgren 1995 s. 42–73.

[2] I exemplet utgörs den enskilde avtalsparten av ett personalkooperativ, t.ex. en ideell eller ekonomisk förening. Upphandling sker enligt bestämmelserna om förenklad upphandling i 6 kap. LOU.

[3] Verksamheten regleras numer i SkolL och barnomsorgen skall fortsättningsvis benämnas förskoleverksamhet. Någon större skillnad föreligger dock inte i sak förutom att läroplan skall införas för förskolan. Se prop. 1997/98:93 s. 12.

avtal samt beställningsskrivelse, förfrågningsunderlag och anbud i enlighet med den gjorda upphandlingen.

Socialtjänsten skall utge ersättning för beställda och utförda tjänster enligt detta avtal.

Verksamheten skall bedrivas och service ges enligt av avtalsparterna gemensamt utformade riktlinjer i enlighet med socialtjänstlagens intentioner och anslutas till socialnämndens mål och riktlinjer för barnomsorgsverksamhet. Kooperativet skall vidare följa socialtjänstens rutiner, bland annat vad avser uppsägningar, statistik, uppgiftslämnande m.m.

Verksamheten kan komma att beröras av organisatoriska förändringar under avtalsperioden. Beroende på förändringens art kan omförhandling påkallas.

§ 3 Omfattning

Kooperativet skall bedriva barnomsorg motsvarande ca 20 heltidsplatser. Kooperativet åtar sig att hålla daghemsplatser till förfogande under minst 50 timmar per helgfri vecka måndag–fredag. Undantag från detta medges för en avdelning som skall hållas öppen minst 40 timmar per vecka. Inga hinder föreligger att dessutom bedriva verksamhet under helger (lördag och söndag).[4]

Kooperativet är helårsöppet men äger rätt att samverka kring öppethållandet under semestermånaden juli med andra daghem. Behovet av barnomsorg skall i genomsnitt för samtliga placerade barn uppgå till minst 30 timmar per helgfri vecka måndag–fredag.

Socialnämnden skall enligt 16 § SoL[5] besluta om rätt till förtur för barn med behov av särskilt stöd. Även kooperativet omfattas av denna förtursregel. Förhandling med kooperativet (bland annat om särskild ersättning) skall i så fall föregå placeringsbeslutet.

§ 4 Huvudmannaskap/tillsyn

Socialtjänsten är i egenskap av beställare huvudman för de tjänster som omfattas av detta avtal och beslutar i alla frågor som innefattar myndighetsutövning.

Socialtjänsten har rätt att genomföra tillsyn av verksamhet och loka-

---

[4] Det förekommer också mer detaljerade klausuler, t.ex. att verksamheten skall vara öppen vardagar året runt mellan 06.00 och 18.30, såvida inte föräldrarnas omsorgsbehov är mindre.

[5] Bestämmelsen motsvaras numer av 2 a:9 SkolL.

ler. Vid sådant tillfälle skall parternas kontaktpersoner kallas att närvara. Journaler och andra handlingar skall hållas tillgängliga.

§ 5 Placering av barn på kooperativet
Kommunen placerar barn i verksamheten enligt socialnämndens vid varje tillfälle gällande placeringsregler.

§ 6 Kooperativets arbetsgivaransvar
Kooperativet är i egenskap av entreprenör och arbetsgivare ansvarig för:

- att verksamheten fortlöpande bedrivs i enlighet med detta avtal,
- att anställa, avlöna och säga upp personal,
- att skatter och sociala avgifter erläggs,
- att erforderliga tillstånd för verksamheten finns samt
- att förebygga skador som kan drabba barn, föräldrar, personal och utomstående.

§ 7 Lokaler
Kooperativet tecknar hyreskontrakt och håller angiven lokal för verksamheten. Hyreskostnaderna bekostas av socialnämnden. Träffar kooperativet avtal med hyresvärden som exkluderar fastighetsskötsel, snöröjning, sophämtning eller andra driftskostnader som eljest skulle ha inkluderats i hyran äger kooperativet rätt att förhandla med socialtjänsten om mellanskillnaden. Föreningen ansvarar för att lokalen är sund, säker och ändamålsenlig samt uppfyller de krav som ställs av berörda myndigheter. Vidare skall lokalen innehålla den lekutrustning och de tillbehör som krävs för att kunna bedriva en god pedagogisk verksamhet.

§ 8 Personal
I verksamheten skall finnas personal med sådan utbildning och erfarenhet att den kan tillgodose barnens behov av en god och väl fungerande omsorg och god pedagogisk verksamhet. Minst en av de anställda skall ha utbildning med förskolepedagogisk inriktning och en för ändamålet praktisk erfarenhet. Personalen skall genom sitt handlande utgöra goda förebilder för barnen.

§ 9 Kontaktpersoner
Parterna utser vardera en kontaktperson.

§ 10 Avtalstid
Detta avtal gäller tre år. Om avtalet inte sägs upp av endera parten senast nio månader före avtalstidens utgång förlängs avtalet med ett år i sänder med samma uppsägningstid.

§ 11 Tillstånd
Avtalet förutsätter att de tillstånd som krävs för verksamhetens bedrivande erhållits. Om situation inträffat som gör att verksamheten inte längre motsvarar det givna tillståndet, skall nytt tillstånd inhämtas.

Kooperativets rättigheter och skyldigheter

§ 12 Barnomsorgs- och servicetjänster
Kooperativet åtar sig att utföra de tjänster som behövs för att tillgodose de omsorgsbehov som socialtjänsten beslutat.

Kooperativet svarar för de kostnader som eventuellt kan uppstå i samband med hembesök, kontakt med föräldrar/anhöriga, besök på landstingets vårdinrättningar, introduktion i samband med nyplacering etc.

§ 13 Planer/bokslut
Kooperativet åtar sig att inför varje verksamhetsår (augusti–juli) upprätta en verksamhetsplan. Verksamhetsplanen skall innehålla en beskrivning av pedagogisk målsättning och arbetssätt samt redogöra för planeringen av verksamhetens innehåll under det kommande året. Planen skall vara socialtjänsten tillhanda under augusti månad.

Kooperativet åtar sig vidare att upprätta bokslut, verksamhetsberättelse och revisionsberättelse. Av föreningen godkända handlingar skall vara socialtjänsten tillhanda senast den 30 april året efter räkenskapsåret (kalenderåret).

§ 14 Annan kommunal verksamhet för avtalets målgrupp
Kooperativet äger rätt att på samma villkor som för daghem i kommunal regi delta i andra kompletterande verksamheter för avtalets målgrupp.

§ 15 Kosthåll
Kooperativet ansvarar för att matstandarden är kvalitativt jämförbar med den kost som serveras vid kommunens daghemsverksamhet. I avtalets á-pris per barn inkluderas ersättning för detta. Kooperativet äger inte rätt att utta avgift för kost enligt detta avtal. Träffas överenskommelse med föräldrar om annat, kan omförhandling påkallas skriftligt.

§ 16 Tystnadsplikt och anmälningsplikt
Kooperativet skall ålägga all personal sekretess och tystnadsplikt enligt 71 § socialtjänstlagen. All personal skall underteckna skriftlig förbindelse om detta. Sekretessen/tystnadsplikten gäller även efter det att anställningen upphört.

I kooperativet verksamma är skyldiga att genast till socialnämnden anmäla om de i sin verksamhet får kännedom om något som kan innebära att socialtjänsten behöver ingripa till en underårigs skydd.

§ 17 Journal
Ifall kooperativet för anteckningar om barn placerade på daghemmet skall de föras enligt sekretesslagens bestämmelser.

§ 18 Informationsskyldighet
Om verksamheten väsentligt förändras under avtalstiden skall socialtjänsten omedelbart underrättas. Såsom väsentliga förändringar räknas bl.a. stadgeändringar, byte av ledande personer för kooperativet eller likviditetsproblem.

Kooperativet skall även lämna de uppgifter som kommunen kan behöva för att fullgöra sin rapporteringsskyldighet till andra myndigheter samt för att kunna följa upp och utvärdera verksamheten.

§ 19 Försäkringar
Kommunens kollektiva olycksfallsförsäkring innefattar barn placerade hos kooperativet under vistelsetiden. Föreningen tecknar själv övriga erforderliga försäkringar så att ersättningskrav inte kan riktas mot kommunen.

§ 20 Kollektivavtal
Kooperativet är skyldigt att inte vidta sådan åtgärd som kan antas medföra åsidosättande av lag eller av kollektivavtal eller annars strida mot vad som är allmänt godtaget inom kooperativets kollektivavtalsområde.

§ 21 Uppföljning/utvärdering
Kooperativet är skyldigt att medverka i socialtjänstens uppföljning och utvärdering av verksamheten. Årligen återkommande SCB-statistik skall avlämnas utan särskild anmodan.

Socialtjänstens rättigheter och skyldigheter

§ 22 Ekonomisk ersättning
Kommunen utger ersättning till kooperativet för heltidsinskrivna barn med ... kr och för deltidsinskrivna barn med ... kr. För placerade barn med särskilda behov utgår ersättning för faktiska kostnader.[6]

§ 23 Utbildning/fortbildning
Socialtjänsten skall erbjuda kooperativets personal att delta i kommunens fortbildning på samma villkor som vid kommunens daghem.

§ 24 Stödresurser
Socialtjänsten erbjuder tillgång till generella stödresurser med huvudsaklig inriktning mot barnomsorg inom socialtjänstens avdelning för specialfunktioner. Kooperativet skall i detta fall jämställas med övrig kommunal barnomsorg. Kooperativet kan mot självkostnad få tillgång till kommunens övriga stödresurser, framförallt inom socialtjänsten.

Allmänna bestämmelser

§ 25 Hävningsrätt
Part får häva avtalet om motparten inte fullgör sina åligganden och rättelse inte sker utan dröjsmål efter erinran, under förutsättning att avtalsbrottet är av väsentlig betydelse. Avtalet upphör med omedelbar verkan om kooperativet skulle upplösas.

§ 26 Omförhandling
Part får påkalla omförhandling av bestämmelse i detta avtal om ändrade förhållanden gör att bestämmelsen motverkar parternas gemensamma målsättning. Förändringen skall dock vara av kvalificerad natur. Anmälan om omförhandling skall ske så snart det åberopade förhållandet blivit känt för den part som påtalar omförhandlingsrätten. Part har dock skyldighet att fullgöra berörd avtalsförpliktelse till dess omförhandling avslutats.

§ 27 Överlåtelse av avtal
Parts rättigheter eller skyldigheter enligt detta avtal får inte överlåtas på annan eller pantsättas utan den andre partens skriftliga medgivande.

---

[6] I andra avtal preciseras ersättningen mera ingående. Ersättningsbeloppet, som i regel är indexreglerat, inkluderar i allmänhet personal, drift och service, kosthåll, extern utbildning samt städning och utgår från beläggningsnivån samt barnens ålder.

§ 28 Force majeure
Force majeure, såsom krig, omfattande arbetskonflikt, blockad, eldsvåda, miljökatastrof, allvarlig smittspridning eller annan omständighet som parterna inte råder över och som förhindrar part att fullgöra sina avtalsenliga skyldigheter, befriar sådan part från fullgörelse av dessa skyldigheter.

Arbetskonflikt som har sin grund i parts brott mot kollektivavtal får inte åberopas som befrielsegrund.

Motparten skall omedelbart underrättas om det föreligger omständigheter som kan föranleda tillämpning av denna bestämmelse.

§ 29 Avtalsförutsättning
Detta avtal förutsätter för sin giltighet att det godkänns av socialnämnden.

§ 30 Tvister
Eventuella tvister skall så långt möjligt lösas i samråd. I annat fall löses tvisten av allmän domstol.

§ 31 Utväxling av avtal
Detta avtal är upprättat i två likalydande exemplar varav parterna tagit var sitt.

Avtalet undertecknat av socialnämndens ordförande samt ordföranden i kooperativet.

Bilaga 2 Exempel på samverkansavtal om alternativ barnomsorgsverksamhet med enskild huvudman[7]

Mål och omfattning

§ 1 Parter
Mellan kommunen, genom socialnämnden, och föreningen träffas följande avtal om barnomsorgsverksamhet.[8]

---

[7] De insamlade samverkansavtalen har ingåtts mellan 1993 och 1995. För utförligt exempel på samverkansavtal och kommentarer till detta se bl.a. Eriksson & Hallgren 1995 s. 76–86

[8] Den i exemplet angivna privata parten utgörs t.ex. av en ideell eller ekonomisk förening.

§ 2 Avtalets huvudsakliga innehåll
Parterna skall i enlighet med detta avtal samverka för en god fungerande alternativ barnomsorgsverksamhet genom att kommunen ställer resurser till förfogande och att föreningen anordnar och bedriver nedan angivna barnomsorgsverksamhet.

§ 3 Mål och inriktning
Verksamheten skall bedrivas och service ges enligt av avtalsparterna gemensamt utformade riktlinjer i enlighet med socialtjänstlagens intentioner och anslutas till socialnämndens mål och riktlinjer för barnomsorgsverksamhet.

§ 4 Huvudmannaskap och arbetsgivaransvar
Föreningen är huvudman för verksamheten och skall därmed bära ansvaret för:

- att verksamhetens mål och inriktning överensstämmer med § 2,
- att anställa, avlöna och säga upp personal,
- att skatter och sociala avgifter inlevereras och
- att förebygga skador som kan drabba personal, barn och föräldrar samt utomstående.

§ 5 Inskrivning av barn vid föreningen
Samtliga barn som är placerade på privatdaghemmet skall vara inskrivna genom en särskild skriftlig överenskommelse mellan huvudmannen och föräldrarna. Av överenskommelsen skall barnets vistelsetid framgå.

§ 6 Lokaler
Föreningen håller angiven lokal för verksamheten. Kooperativet ansvarar för att lokalen är sund, säker och ändamålsenlig samt uppfyller de föreskrifter som utfärdats av boverket, arbetarskyddsstyrelsen och livsmedelsverket.

Lokalerna skall vara godkända av yrkesinspektionen och miljö- och hälsoskyddsnämnden. Om bygglov erfordras på grund av ny-, till- eller ombyggnad eller ändrad användning skall huvudmannen ansöka om detta hos byggnadsnämnden. Byggnadsnämnden inhämtar yttrande från räddningsnämnden och yrkesinspektionen. Huvudmannen skall även ansöka om godkännande från miljö- och hälsoskyddsnämnden.

Verksamheten får inte påbörjas förrän lokalerna med inredning färdigställts och godkänts för sitt ändamål.

§ 7 Inventarier och lekutrustning m.m.
Lokalen skall innehålla de verksamhetstillbehör och den lekutrustning som krävs för att kunna bedriva en god pedagogisk verksamhet. Eventuella verksamhetstillbehör som tillhör kommunen skall finnas angivna i särskild inventarieförteckning.

§ 8 Personal
I verksamheten skall finnas personal med sådan utbildning och erfarenhet att den kan tillgodose barnens behov av en god och väl fungerande omsorg och god pedagogisk verksamhet. Minst två av de anställda skall vara förskollärare med förskollärarutbildning varav en skall ha pedagogiskt ansvar.

§ 9 Kontaktpersoner
Parterna utser vardera en kontaktperson. I frågor av större vikt skall socialnämnden och föreningens styrelse besluta.

§ 10 Avtalstid/uppsägningstid
Detta avtal gäller tre år från och med ... till och med ... Avtalet förlängs därefter med tre år i sänder om inte uppsägning från endera parten sker senast tolv månader före avtalstidens utgång. Uppsägningen skall vara skriftlig.

§ 11 Tillstånd
Huvudmannen skall ha länsstyrelsens tillstånd för inrättande av hem för vård eller boende. Avtalet förutsätter att de tillstånd som krävs för verksamhetens bedrivande erhållits. Om situation inträffat som gör att verksamheten inte längre motsvarar det givna tillståndet, skall nytt tillstånd inhämtas.

Föreningens rättigheter och skyldigheter

§ 12 Omfattning
Föreningen skall bedriva barnomsorg motsvarande ca 25 heltidsplatser. Huvudmannen åtar sig att hålla daghemsplatser till förfogande under minst 50 timmar per helgfri vecka måndag–fredag. Inga hinder föreligger att dessutom bedriva verksamhet under helger (lördag och söndag).[9]

[9] Det förekommer också mer detaljerade klausuler, t.ex. att verksamheten skall vara öppen vardagar året runt mellan 06.00 och 18.30, såvida inte föräldrarnas omsorgsbehov är mindre.

§ 13 Föräldraavgifter och debitering
Föreningen har rätt att utta barnomsorgsavgift för varje inskrivet barn. Avgiften bestäms enligt de grunder som föreningen fastställer. Avgiftsnivån bör dock ansluta sig till den vid varje tillfälle av kommunen fastställda kommunala taxan för barnomsorg och får inte oskäligt överstiga denna.

Det åligger bolaget att debitera föräldraavgifter, vidta inkassoåtgärder samt vid behov tillgripa sanktioner (t.ex. avstängning) vid bristande betalning.

§ 14 Arbetsgemenskap
Föreningen har rätt att föreskriva arbetsgemenskap för föräldrar som förutsättning för inskrivning av barn på förskolan. Omfattning och villkor för arbete som utförs av föräldrar ankommer helt och hållet på föreningen.

§ 15 Placering av barn
Huvudmannen bestämmer vilka barn som skall beredas plats på daghemmet. Minst tio procent av inskrivna barn skall dock komma från kommunens kö. Barn med behov av särskilt stöd i sin utveckling skall kunna beredas plats efter särskild överenskommelse med kommunen.

§ 16 Tystnadsplikt
Huvudmannen skall erinra personal om sekretess och tystnadsplikt enligt 71 § socialtjänstlagen. All personal skall underteckna skriftlig förbindelse om detta. Sekretessen/tystnadsplikten gäller även efter det att anställningen upphört.

§ 17 Journal
Föreningen skall föra erforderlig dokumentation över varje inskrivet barn placerade på daghemmet. Socialnämnden har rätt att i sin tillsyns- och inspektionsverksamhet ta del av dessa anteckningar och i övrigt inhämta erforderliga upplysningar.

§ 18 Försäkringar
Föreningen skall se till att inskrivna barn omfattas av motsvarande försäkringsskydd som gäller för barn i den kommunala barnomsorgen.

§ 19 Kollektivavtal
Föreningen får inte vidta åtgärd som kan antas medföra åsidosättande av lag eller av kollektivavtal eller annars strida mot vad som är allmänt godtaget inom kooperativets kollektivavtalsområde.

Om huvudmannen anlitar annan självständig företagare skall denne avkrävas motsvarande utfästelse.

Kommunens rättigheter och skyldigheter

§ 20 Kommunens tillsynsansvar och inspektionsrätt
Kommunen har rätt att inom ramen för sitt tillsynsansvar företa inspektion av lokaler och verksamhet. Vid inspektionen skall parternas kontaktpersoner kallas att närvara. Journaler och andra handlingar skall finnas tillgängliga.

§ 21 Informationsskyldighet
Föreningen är skyldig att varje år informera kommunen om sin verksamhet. Verksamhetsberättelse inlämnas årligen tillsammans med bokslut. Om verksamheten väsentligt förändras under avtalstiden skall socialtjänstens kontaktperson omedelbart underrättas. Såsom väsentliga förändringar räknas bl.a. stadgeändringar, byte av ledande personer inom föreningen eller likviditetsproblem.

Föreningen är skyldig att medverka i socialtjänstens uppföljning och utvärdering av verksamheten och skall även lämna de uppgifter som kommunen kan behöva för att fullgöra sin rapporteringsskyldighet till andra myndigheter. Årligen återkommande SCB-statistik skall avlämnas utan särskild anmodan.

§ 22 Kommunala bidrag
Kommunala bidrag utgår i enlighet med av kommunfullmäktige fastställda normer.

§ 23 Tillgång till psykolog och andra stödresurser
Kommunen skall erbjuda föreningen att mot självkostnad få tillgång till kommunens psykolog och till kommunens övriga stödresurser, framförallt inom socialtjänsten.

§ 24 Kommunens ansvar för barn om verksamheten upphör
Om verksamheten upphör skall kommunen iaktta följande turordningsregler om inte behovet kan tillgodoses på annat sätt. Barn med behov av

särskilt stöd i sin utveckling skall ges förtur i kommunal eller alternativ barnomsorg. För övriga barn gäller att kommunen utan oskäligt dröjsmål skall erbjuda plats i annan barnomsorg enligt vad som föreskrivs i 14 a § och 14 b § socialtjänstlagen.[10]

Allmänna bestämmelser

§ 25 Hävningsrätt

Part får häva avtalet om motparten inte fullgör sina åligganden och rättelse inte sker utan dröjsmål efter erinran, under förutsättning att avtalsbrottet är av väsentlig betydelse. Avtalet upphör med omedelbar verkan om föreningen skulle upplösas.

Kommunala och statliga bidrag som utgått till kooperativet skall återbetalas om det inte kan visas att bidragen använts för avsett ändamål.

§ 26 Omförhandling

Part får påkalla omförhandling av bestämmelse i detta avtal om ändrade förhållanden gör att bestämmelsen motverkar parternas gemensamma målsättning. Förändringen skall dock vara av kvalificerad natur. Anmälan om omförhandling skall ske så snart det åberopade förhållandet blivit känt för den part som påtalar omförhandlingsrätten. Part har dock skyldighet att fullgöra berörd avtalsförpliktelse till dess omförhandling avslutats.

§ 27 Överlåtelse av avtal

Parts rättigheter eller skyldigheter enligt detta avtal får inte överlåtas på annan eller pantsättas utan den andre partens skriftliga medgivande.

§ 28 Verkställighet och avtalsförutsättning

Socialnämndens beslut om att teckna avtal skall vinna laga kraft innan beslutet verkställs. Avtal förutsätter för sin giltighet vidare att huvudmannen lämnat erforderliga och giltiga handlingar innan avtalets tecknande såsom föreningens stadgar, registreringsbevis och styrelseförteckning.

§ 29 Force majeure

Force majeure, såsom krig, omfattande arbetskonflikt, blockad, eldsvåda, miljökatastrof, allvarlig smittspridning eller annan omständighet som parterna inte råder över och som förhindrar part att fullgöra sina avtalsenliga

[10] Bestämmelserna motsvaras numer av 2 a:6 och 2 a:7 SkolL.

skyldigheter, befriar sådan part från fullgörelse av dessa skyldigheter.

Arbetskonflikt som har sin grund i parts brott mot kollektivavtal får inte åberopas som befrielsegrund.

Motparten skall omedelbart underrättas om det föreligger omständigheter som kan föranleda tillämpning av denna bestämmelse.

§ 30 Tvister

Eventuella tvister skall så långt möjligt lösas i samråd. I annat fall löses tvisten av allmän domstol.

§ 31 Utväxling av avtal

Detta avtal är upprättat i två likalydande exemplar varav parterna tagit var sitt.

Avtalet undertecknat av socialnämndens ordförande samt ordföranden i föreningen.

Bilaga 3 Exempel på avtal för drift av fritidsgårdsverksamhet[11]

§ 1 Parter/uppdrag

Detta avtal reglerar ansvaret mellan barn- och ungdomsnämnden och utföraren, en ekonomisk förening.

Utföraren skall bedriva fritidsgårdsverksamhet på angiven fritidsgård inom ramen för detta avtal och erhållen ersättning.

§ 2 Mål och inriktning

Verksamheten skall bedrivas enligt de mål och riktlinjer som kommunfullmäktige respektive barn- och ungdomsnämnden fastställt. Beträffande effektmålen sker separat förhandling.

§ 3 Omfattning

Öppen fritidsgårdsverksamhet skall bedrivas inom upptagningsområdet för i första hand barn och ungdomar i åldrarna 10–15 år. Fritidsgården skall i sitt upptagningsområde bedriva uppsökande verksamhet. Verksamheten skall bedrivas under terminstid och sammanlagt minst 15 dagar under höst-, jul-, sport- och påsklov. Fritidsgården skall vara öppen dagtid minst en vecka in på sommarlovet och minst en vecka före skolstarten. Gällande lagar, avtal och föreskrifter skall tillämpas.

[11] De avtal som inkommit vid insamlandet är något ålderstigna, då de ingåtts under åren 1992 och 1993.

§ 4 Gemensamma arrangemang
Utföraren skall tillsammans med övriga fritidsgårdar i kommunen planera och genomföra minst fem gemensamma arrangemang per verksamhetsår typ skolavslutning och Luciavaka.

§ 5 Servering
Fritidsgården skall ha en servering. Tobaksvaror får inte försäljas och cafépriserna får inte överstiga självkostnaden (gäller när gården används för öppen fritidsgårdsverksamhet).

§ 6 Lokaler m.m.
Nämnden tillhandahåller lokaler, möbler och köksutrustning samt står för hyreskostnaden inklusive el, vatten och värme. Övriga lokalkostnader såsom verksamhetsservice, städning och liknande ansvarar utföraren för.

§ 7 Försäkringar
Utföraren tecknar försäkring för lös egendom. Nämnden svarar för självrisk vid inträffad skada. Utföraren är skyldig att på egen hand teckna ansvarsförsäkring för personalen.

§ 8 Utrustning m.m.
I verksamheten skall finnas sådana verksamhetstillbehör, lekutrustning m.m. som erfordras för verksamheten. Föreningen svarar för inköp, reparation och löpande underhåll av tillbehör, lekutrustning m.m. De verksamhetstillbehör som tillhör nämnden vid avtalets ingång skall förtecknas på inventarielista. Utföraren äger rätt att använda nämndens verksamhetstillbehör m.m. Dessa skall återlämnas i samma skick eller vara ersatt med motsvarande material när avtalet upphör.

§ 9 Personal
I verksamheten skall finnas personal med sådan utbildning och erfarenhet att den kan tillgodose barn och ungdomars behov av tillsyn och pedagogisk verksamhet. Utföraren är skyldig att överta tillsvidareanställd personal. Utföraren skall garantera personalen utbildning och fortbildning genom utbildningsavtal med kommunen eller annan utbildningsordnare. Utföraren skall tillhandahålla personalen företagshälsovård.

§ 10 Samverkan
Personalen skall samverka med föräldrar, socialtjänst och andra myndigheter samt föreningar och organisationer.

§ 11 Delaktighet
Fritidsgården skall ha ett gårdsråd sammansatt av föräldrar, ungdomar och personal med uppgift att delta i planeringen av verksamheten. Föräldrar och ungdomar ges därmed möjlighet att påverka och aktivt vara delaktiga i verksamhetens innehåll och utformning.

§ 12 Avgifter och intäkter m.m.
Utföraren äger rätt att ta ut gårdskortsavgift. Nämnden fastställer avgiftens storlek. Alla äger rätt att köpa gårdskort oavsett ålder. Entréavgifter och avgifter för gruppaktiviteter och liknande får inte överstiga självkostnaden. Samtliga intäkter tillfaller föreningen, dvs. gårdskortsavgifter, serveringsintäkter, hyror, entréavgifter vid arrangemang och eventuella intäkter vid gruppaktiviteter och liknande.

§ 13 Spel
Lokalerna får inte upplåtas för spelautomater.

§ 14 Uppföljning och utvärdering
Utföraren har ett ansvar att regelbundet själv aktivt följa upp verksamheten gentemot föräldrar, barn och ungdomar. Uppföljning kommer också att ske på annat sätt genom t.ex. att förtroendevalda i nämnden och tjänstemän från nämndkontoret gör besök ute i verksamheten, brukarförfrågningar m.m. Verksamhetsberättelse och bokslut skall lämnas in till kommunen en gång per år. Verksamhetsberättelsen skall även innehålla uppgift om antal besökare, antal aktiviteter, antal arrangemang, öppethållande, personalbemanning samt antal uthyrda lokaltimmar.

§ 15 Avtalstid
Uppdraget gäller tre år. Uppsägning av detta avtal skall skriftligen ske minst sex månader före avtalad tids i annat fall förlängs avtalet med ett år.

§ 16 Ersättning
Ersättning för uppdraget utgår med ett fastställt pris som följer den indexuppräkning nämnden årligen tilldelas av kommunfullmäktige.

§ 17 Omförhandling m.m.
Bägge parter äger rätt att påkalla omförhandling om förutsättningarna för verksamheten förändras under avtalstiden. Uppsägningstiden är därvid sex månader.

§ 18 Hävning
Part får häva avtalet om motparten inte fullgör sina åligganden och rättelse inte sker utan dröjsmål efter erinran under förutsättning att avtalsbrottet är av väsentlig betydelse.

§ 19 Kommunens ansvar vid konkurs
Kommunen har inget ansvar för utförarens kostnader för drift och investeringar i verksamheten. Om avtalet upphör eller bryts i förtid övertar kommunen verksamheten och den personal som utföraren övertog av kommunen vid tillträdet.

§ 20 Tvist
Tvist på grund av detta avtal skall avgöras av allmän domstol.

§ 21 Överlåtelse
Detta avtal får inte överlåtas på annan utan nämndens skriftliga medgivande.

§ 22 Avtalsexemplar
Detta avtal har upprättats i två exemplar varav parterna erhållit var sitt.
Befattning går ej att utläsa av de underskrifter som gjorts.

Bilaga 4 Exempel på entreprenadavtal angående social hemtjänst[12]

§ 1 Parter
Kommunen, genom socialnämnden, och den private entreprenören, i regel ett aktiebolag men i något fall en ekonomisk förening.

§ 2 Inledning
Med stöd av 6 § SoL lämnar socialtjänsten bistånd i form av social hemtjänst åt enskilda för att underlätta för dem att bo kvar hemma. Social

[12] Så när som på något enstaka undantag har de insamlade avtalen ingåtts under 1993 eller senare.

hemtjänst lämnas genom anställda vårdbiträden till de personer i kommunen som enligt gällande regler av socialförvaltningen bedömts berättigade till sådan service. Socialnämnden uppdrar åt bolaget att lämna social hemtjänst eller service och omvårdnad inom *visst område* med omfattning och villkor enligt detta avtal.

§ 3 Uppdragets omfattning
Den 199x-01-01 erhåller 66 vårdtagare service- och omsorg. Dessa fördelas per månad i 5 st. service och omsorgsnivåer enligt följande:[13]

Nivå 1 = 30 st.
Nivå 2 = 20 st.
Nivå 3 = 10 st.
Nivå 4 = 5 st.
Nivå 5 = 1 st.

Denna omfattning skall utgöra utgångsläge och ligger till grund för arvodesberäkningen. De behovsbedömda insatserna för enskilda fall liksom antalet vårdtagare kan senare komma att ändras.

Bolagets samlade insatser skall innehålla minst samma servicenivå som den kommunala hemtjänstens. Med servicenivå avses de insatser som gör det möjligt för den enskilde att behålla och utveckla de egna resurserna och klara sin egen situation. Utifrån behovsbedömningen skall bolaget självständigt planera och utföra allt förekommande arbete.

§ 4 Avtalstiden
Avtalet gäller två år från och med den 199x-01-01 till och med den 199x-12-31. Därefter förlängs avtalstiden med ett år i taget, såvida skriftlig uppsägning inte sker senast nio månader före avtalstidens utgång.

§ 5 Behovsbedömning m.m.
Socialnämnden, genom hemtjänstinspektör, avgör, på samma sätt som för kommunen i övrigt, vem som är berättigad att erhålla social hemtjänst. Behovsbedömning och beslut om insats skall ske i samråd med

[13] Alternativt kan uppdragets utformning i vissa fall vara mer oprecist utformat, t.ex. så att den totala arbetsvolymen bolaget skall utföra motsvarar cirka 300 timmar effektiv vårdmottagartid per vecka, beräknat enligt kommunens normala beräkningssätt för erhållande av social hemtjänst. Bolaget äger därvid rätt att inom ramen för de anslagna hjälpinsatserna (antal effektiva vårdtimmar) utföra hemtjänstuppgifterna enligt bolagets arbetsnormer.

hjälptagaren och den av bolaget utsedda arbetsledaren. Ärendeblad upprättas av hemtjänstinspektören. Skriftligt meddelande över personer som erhållit bifall till ansökan om social hemtjänst och beslutets innehåll sänds av hemtjänstinspektören till bolagets arbetsledare. Bolaget åtar sig att snarast möjligt efter mottaget meddelande lämna social hemtjänst till berörda hushåll. Vid behov av förändring av insatserna i ett enskilt ärende, som inte är av tillfällig natur, skall bolaget omedelbart kontakta socialnämnden (hemtjänstinspektören) för ny behovsbedömning.

§ 6 Hemtjänsttaxa
Hjälptagaren erlägger avgift enligt kommunens hemtjänsttaxa. Socialnämnden svarar för härmed sammanhängande arbetsuppgifter samt avgiftsdebitering.

§ 7 Personal
Bolaget anställer och ansvarar för den personal som arbetar i dess regi. Personalen skall ha utbildning från social servicelinje eller annan utbildning som bedöms adekvat för arbetet. Vid behov ges distriktssköterska och kommunens arbetsterapeut möjlighet att handleda bolagets personal. När hemtjänstinspektören så bedömer ges bolagets arbetsledning möjlighet att delta i vårdplaneringsgruppens sammanträden.

§ 8 Sekretess- och tystnadsplikt
Bolaget ansvar för att all personal inom verksamheten iakttar samma sekretess och tystnadsplikt som gäller inom socialtjänsten respektive sjukvården. För anställd personal regleras tystnadsplikten i anställningsavtalet. Brott mot tystnadsplikten kan innebära upphävande av avtalet.

§ 9 Kollektivavtal
Bolaget skall utföra sina åtaganden med personal vars anställnings- och lönevillkor reglerats i kollektivavtal som bolaget tecknat med facklig organisation.

§ 10 Ansvarsförsäkring
Bolaget skall teckna och under avtalstiden vidmakthålla ansvarsförsäkring och garantiförsäkring som håller kommunen skadeslös, vid fel eller försummelse i tjänsten hos personal anställd i bolaget.

§ 11 Hemtjänstlokal
Socialnämnden upplåter befintlig hemtjänstlokal till bolagets personal enligt särskilt upplåtelseavtal.[14] Bolaget ansvarar för eventuella ändringar i lokalerna. Lokalerna skall, om socialnämnden så begär, återställas i godtagbart skick utan att extra kostnad uppkommer för socialnämnden.

§ 12 Kvalitetsuppföljning
Kvalitetsuppföljning skall under avtalets löptid ske genom att en gemensam utvärderingsgrupp tillsätts med uppgift att två gånger per år utvärdera det kvalitativa innehållet i verksamheten.

§ 13 Insyn
Uppdragsgivaren äger rätt till den insyn i verksamheten som krävs för fullföljandet av sin myndighetsutövning enligt socialtjänstlagen.

§ 14 Utvärdering
Bolaget förbinder sig att medverka till en utvärdering av verksamheten genom att tillhandahålla de uppgifter som krävs. Utvärderingen skall utformas i samverkan mellan socialnämnden och bolaget. Det slutliga förslaget till utvärdering skall godkännas av socialnämnden.

§ 15 Förutsättningar för omförhandling
Parterna äger rätt att när som helst under avtalstiden påkalla förhandlingar, om villkoren förändras eller om oförutsedd händelse inträffar, som väsentligen ändrar förutsättningarna för verksamhetens bedrivande. Sådan förändring kan bestå i ändring av gällande arbetstidsbestämmelser och villkor i övrigt för personalens sysselsättning eller ändrade skatter och avgifter av något slag eller beslut av myndighet, som parterna inte själva kan påverka. Om pågående omprövning av hemtjänstärenden kopplat till ny hemtjänsttaxa medför förändring av beräknad volym hemtjänsttimmar är detta en förändrad förutsättning för överenskommen fastprisersättning varför omförhandling då kan påkallas av parterna. Uppnås inte ny överenskommelse gäller parternas överenskommelse enligt detta avtal under avtalstiden.

[14] I vissa fall upplåts lokalerna kostnadsfritt. Entreprenören ansvarar i dessa fall vanligtvis för driftskostnader samt åverkan och onormalt slitage.

§ 16 Hävande av avtal
Skulle någon av parterna inte fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet kan part säga upp avtalet med omedelbar verkan.

§ 17 Ekonomisk överenskommelse
Ersättning utgår med ett fast månadsarvode för varje vårdtagare och månad inom respektive service/omsorgsnivå 1–4. För omsorgsnivå 5 utgår ett fast timpris.[15]

Service/omsorgsnivå 1 (1–4 timmar) ... kr.
Service/omsorgsnivå 2 (5–14 timmar) ... kr.
Service/omsorgsnivå 3 (15–34 timmar) ... kr.
Service/omsorgsnivå 4 (35–99 timmar) ... kr.
Service/omsorgsnivå 5 (100- timmar) ... kr/timme.

Arvodet erläggs månadsvis i förskott baserat på aktuellt avtal vårdtagare inom respektive vårdnivå vid den 15:e kalenderdagen i månaden före aktuell faktureringsmånad och beträffande vårdnivå 5 antal utförda timmar vid motsvarande tidpunkt. Parterna skall inför varje kalenderår fastställa nya månadsarvoden inom respektive service/omsorgsnivå. Bolaget skall på begäran av uppdragsgivaren lämna underlag för ansökan om stats- och landstingsbidrag.

§ 18 Force majeure
Entreprenören är fri från ansvar för sitt åtagande enligt detta avtal och fri från sin skyldighet att erlägga skadestånd i den mån dess fullgörande hindras på grund av naturkatastrof, krig eller upplopp, omfattande arbetskonflikt, blockad, allvarlig smittspridning, eldsvåda, eller av myndighet utfärdade bestämmelser.

§ 19 Tvist
Tvist rörande tillämpning och tolkning av detta avtal skall avgöras av domstol, om inte parterna enas om annat förfarande.

---

[15] Om endast antalet vårdtimmar angetts kan ersättningen till bolaget baseras på den behovsbedömning och insats som överenskommits och beräknas utifrån antal insatstimmar multiplicerat med bolagets timarvode. Fakturering sker då ofta månadsvis i förskott, varefter justering sker i efterhand, med hänsyn till det faktiskt beviljade timantalet för månaden. Med utgångspunkt från det offererade priset skall prisjusteringar baseras på faktiska omkostnadsökningar till följd av lagar, skatter, avgifter och avtal, samt på grund av ökade kostnader för materiel och råvaror.

§ 20 Förutsättning för avtalets giltighet
Detta avtal gäller under förutsättning att social- eller omsorgsnämnd godkänner avtalet.

§ 21 Utväxling av avtal
Avtalet har upprättats i två likalydande exemplar, varav parterna tagit var sitt.

Underskrifter och namnförtydliganden.

Bilaga 5 Exempel på entreprenadavtal angående boende, service, omsorg och omvårdnad[16]

§ 1 Parter
Kommunen, genom socialnämnden, och den private entreprenören, i regel ett bolag eller en förening.

§ 2 Avtalets huvudsakliga innehåll
Till kommunens uppgifter hör att ge äldre och handikappade stöd och hjälp i hemmet och annan lättåtkomlig service samt att vid behov erbjuda särskilda boendeformer. Kommunen har behov av boende av ålderdomshemskaraktär, sjukhemskaraktär och gruppboende för åldersdementa.[17] Stöd och service lämnas till de personer i kommunen som enligt gällande regler av socialförvaltningen bedömts berättigade till sådan service.

§ 3 Verksamhetens omfattning
Bolaget skall för kommunens räkning tillhandahålla boende, service, omsorg och omvårdnad i den omfattning brukaren behöver för att kunna klara sin tillvaro. Insatserna skall kunna ges dygnet runt samtliga veckans dagar. Vård av legitimerad sjukvårdspersonal skall också innefattas i entreprenaden. Vårdtyngd och vårdinriktning skall motsvara vad som gäller i kommunens särskilda boende.

§ 4 Verksamhetens mål och inriktning
Bolaget skall bedriva verksamheten enligt de riktlinjer som följer av SoL och HSL samt kommunens allmänna mål för vård och omsorg och särskilda boendeformer som följer av anbudsinfordran. Bolaget skall särskilt

[16] De insamlade avtalen har med något undantag ingåtts under 1993 eller senare.

[17] Även här kan en särskild programförklaring eller en mål/kvalitetsbeskrivning medfölja avtalet.

beakta att verksamheten skall bygga på respekt för individens självbestämmande och integritet. Verksamheten skall bedrivas så att den enskildes behov av trygghet blir tillgodosett. Den enskildes kvarboende är ett viktigt mål att tillgodose som en trygghetsfaktor. Bolaget ansvarar för att verksamheten bedrivs i enlighet med de lagar, författningar och anvisningar som gäller för vård i enskild regi.

§ 5 Myndighetsutövning och beställning – behovsbedömning och omvårdnadskontrakt
Kommunen är beställare av de tjänster som omfattas av detta avtal och beslutar i alla frågor som innefattar myndighetsutövning. Kommunens beställning skall vara skriftlig. Sociala förvaltningen gör behovsbedömning och fattar beslut om vem som är berättigad att erhålla vård och omsorg enligt 6 § SoL och LSS. Beslut om insats skall ske i samråd med hjälptagaren samt dennes anhöriga, och den som är ansvarig för verksamheten. Kommunen anvisar sedan hyresgästerna plats vid den av entreprenören bedrivna verksamheten.

§ 6 Flyttning och kontakt med anhöriga
Kommunen ansvarar för de praktiska frågor som är förknippade med inflyttningen, t.ex. kontakt med de anhöriga och introduktionen av den nya bostaden.

§ 7 Avtalstiden
Avtalet gäller tre år från och med den 1992-01-01 till och med den 1994-12-31. Därefter förlängs avtalstiden med ett år i taget, såvida skriftlig uppsägning inte sker senast tolv månader före avtalstidens utgång.

§ 8 Personal och kompetens
Bolaget anställer och har det fulla arbetsgivaransvaret för den personal som arbetar i dess regi. Vid behov ges distriktssköterska och kommunens arbetsterapeut möjlighet att handleda bolagets personal. Entreprenören ansvarar för att personalen har den utbildning och kompetens som krävs för arbetsuppgifternas utförande och att rutiner utarbetas som garanterar de boendes säkerhet och trygghet. Kommunen erbjuder personalen att mot självkostnadspris delta i kommunens fortbildning.

§ 9 Sekretess- och tystnadsplikt
Bolaget ansvar för att all personal inom verksamheten iakttar samma sekretess och tystnadsplikt som gäller inom socialtjänsten respektive sjukvården. För anställd personal regleras tystnadsplikten i anställningsavtalet. Brott mot tystnadsplikten kan innebära upphävande av avtalet.

§ 10 Ansvarsförsäkring
Bolaget skall under avtalstiden ombesörja erforderligt försäkringsskydd för verksamheten.

§ 11 Planer och bokslut
Entreprenören åtar sig att inför varje verksamhetsår upprätta en verksamhetsplan. Verksamhetsplanen skall innehålla en beskrivning av målsättning och arbetssätt samt redogöra för planeringen av verksamhetens innehåll under det kommande året. Planen skall vara socialtjänsten tillhanda senast en vecka innan verksamhetsåret startar. Inför verksamhetsårets start skall planen presenteras senast två månader före starten. Entreprenören åtar sig vidare att upprätta bokslut och verksamhetsberättelse.

§ 12 Lokaler[18]

§ 13 Kvalitetsuppföljning och utvärdering
Parterna skall tillsammans göra gemensam uppföljning och utvärdering utifrån överenskomna prestationer och måluppfyllelse enligt kravspecifikation. Kvalitetsuppföljning skall under avtalets löptid ske efter överenskommelse, dock minst en gång per kvartal. Bolaget förbinder sig att medverka till en utvärdering av verksamheten genom att tillhandahålla de uppgifter som krävs. Utvärderingen skall utformas i samverkan mellan socialnämnden och bolaget. Det slutliga förslaget till utvärdering skall godkännas av socialnämnden.

---

[18] I vissa fall upplåter socialnämnden kostnadsfritt befintlig lokal till bolaget. Entreprenören ansvarar i dessa fall vanligtvis för driftskostnader samt åverkan och onormalt slitage. I de fall där entreprenören tillhandahåller lokaler för t.ex. gruppboende garanterar ibland kommunen hyresintäkterna för *samtliga bostäder* inom gruppboendet eller bidrar till inventarieinköp till gemensamma utrymmen. Den enskilde vård- och omsorgstagaren betalar själv hyra, telefon- och larmavgifter, hushållsel samt kost och service utöver hemtjänst. Hemtjänstavgifter erläggs till kommunen.

§ 14 Insyn och tillsyn
Uppdragsgivaren äger rätt till den insyn i verksamheten som krävs för fullgörandet av sin myndighetsutövning och kvalitetskontroll enligt socialtjänstlagen. Kommunen skall utöva tillsyn och kontroll över den av bolaget bedrivna verksamheten, varvid kommunen för detta skall få tillgång till erforderliga uppgifter om verksamheten. Om verksamheten väsentligen förändras under avtalstiden skall kommunen genast underrättas.

§ 15 Överlämnande av handlingar
När detta avtal upphör skall bolaget till nämnden överlämna samtliga handlingar som rör enskildas personliga förhållanden.

§ 16 Avgifter
Enskildas avgifter beslutas, uttas och administreras av kommunen. De boende har egna hyreskontrakt och betalar sin hyra till fastighetsägaren.

§ 17 Förutsättningar för omförhandling
Parterna äger rätt att när som helst under avtalstiden påkalla förhandlingar, om villkoren förändras eller om oförutsedd händelse inträffar, som väsentligen ändrar förutsättningarna för verksamhetens bedrivande. Sådan förändring kan bestå i ändring av gällande arbetstidsbestämmelser och villkor i övrigt för personalens sysselsättning eller ändrade skatter och avgifter av något slag eller beslut av myndighet, som parterna inte själva kan påverka. Uppnås inte ny överenskommelse gäller parternas överenskommelse enligt detta avtal under avtalstiden.

§ 18 Hävande av avtal
Skulle någon av parterna inte fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet kan part säga upp avtalet om inte skriftligt påtalat avtalsbrott åtgärdats.

§ 19 Överlåtelse av avtal
Avtalet får ej överlåtas utan kommunens medgivande och först efter förhandling med facklig organisation. Uppkommer fråga om underentreprenad för del av verksamheten skall detta bli föremål för förhandlingar mellan parterna.

§ 20 Ersättning – ekonomisk överenskommelse
Entreprenörens vårddygnspris skall täcka samtliga kostnader för driften såsom personal, hyra för personalutrymmen, kost, förbrukningsmaterial och övriga utgifter.[19]

Kommunen ersätter bolaget med
x kr/vårddygn i boende av ålderdomshemskaraktär.
x kr/vårddygn i boende av sjukhemskaraktär.
x kr/vårddygn i gruppboende för åldersdementa etc.

Skulle platser ej vara belagda reduceras ersättningen med ... kr/dygn.

Beloppen skall årligen indexregleras efter förändring i konsumentprisindex.

§ 21 Force majeure
Entreprenören är fri från ansvar för sitt åtagande enligt detta avtal och fri från sin skyldighet att erlägga skadestånd i den mån dess fullgörande hindras på grund av naturkatastrof, krig eller upplopp, omfattande arbetskonflikt, blockad, allvarlig smittspridning, eldsvåda, eller av myndighet utfärdade bestämmelser.

§ 22 Tvist
Tvist rörande tillämpning och tolkning av detta avtal skall avgöras av domstol, om inte parterna enas om annat förfarande.

§ 23 Förutsättning för avtalets giltighet
Detta avtal gäller under förutsättning att social- eller omsorgsnämnd godkänner avtalet och att beslutet vinner laga kraft.

§ 24 Utväxling av avtal
Avtalet har upprättats i två likalydande exemplar, varav parterna tagit var sitt.

Underskrifter och namnförtydliganden.

[19] För de fall vårdtagaren själv betalar kost och logi kan ersättning utgå utifrån det vårdbehov vårdtagaren behöver. Beräkningen kan då bygga på antal hemtjänsttimmar per vecka och person.

Bilaga 6 Exempel på ramavtal om behandlingsplatser vid privat HVB[20]

§ 1 Parter m.m.
Kommunen genom socialnämnden och det privata bolaget, föreningen eller stiftelsen. Kommunen företräds av socialnämnden i alla frågor som rör detta avtal och som inte rör en enskild placering av en missbrukare. Nämnden, eller behörig företrädare för denna, äger också rätt att med för kommunen bindande verkan besluta i frågor med anledning av detta avtal.

§ 2 Mål
För verksamheten gäller de i socialtjänstlagen beskrivna målen samt, att utifrån individuella behandlingsplaner arbeta med stöd och behandlingsinsatser som syftar till att klienten avbryter sitt missbruk, samt att genom behandlingen skapa goda relationer mellan klienten och dennes nätverk, samt ge klienten förutsättningar att leva ett socialt fungerande liv.

§ 3 Allmänt om verksamheten
Avsikten med ramavtalet är att beställa vårdtjänster hos de behandlingshem med vilka de fördelaktigaste avtalen träffats. Behandlingshemmet åtar sig därefter att på uppdrag av nämnden och efter överenskommelse i varje särskilt fall av placering erbjuda vård och behandling i enlighet med den behandlingsmodell, målgruppsorientering och verksamhetsform samt med den personalsammansättning och övriga resurser som framgår av det enskilda avtalet.

§ 4 Beskrivning
Behandlingshemmets verksamhet skall bedrivas enligt gällande lagstiftning, i enlighet med intentioner och föreskrifter i SoL och LVM samt de föreskrifter och allmänna råd som socialstyrelsen utfärdar för vård och behandling av missbrukare.

§ 5 Tillstånd
Behandlingshemmet svarar för att alla erforderliga tillstånd för verksamheten föreligger.

---

[20] Med undantag av några avtal som ingåtts under 1993 har de insamlade avtalen ingåtts under 1994.

§ 6 Sekretess
För avtalspunkten sekretess anges i vissa fall endast "enligt gällande lagstiftning".[21]

§ 7 Avtal om placering
Behörig enhetschef på sociala förvaltningen ansvarar för att varje behandling föregås av ett beslut om bistånd enligt 6 § SoL eller beslut om vård enligt LVM. Beslutet skall framgå av den arbetsplan som upprättats av sociala förvaltningen i samverkan med handläggande tjänsteman vid nämnden och berörd klient.

Varje enskild placering skall ske genom ett separat, skriftligt placeringsavtal som ingås mellan HVB och nämnden. Placering skall vara tidsbestämd och framgå av placeringsavtalet. Placeringsavtalet upphör att gälla vid placeringstidens slut utan föregående uppsägning. Avtalet kan dock förlängas om parterna skriftligen träffar överenskommelse därom. Placeringsavtalet kan av parterna sägas upp i förtid. Efter en sådan uppsägning upphör avtalet att gälla tio dagar efter uppsägningen.

§ 8 Behandlingsplan
En individuell behandlingsplan skall, tillsammans med beställaren, upprättas vid varje placering. Den skall innehålla målet med vården och behandlingen samt en redogörelse för hur vården och behandlingen skall genomföras. Av planen bör också framgå hur ansvaret för olika insatser skall fördelas mellan den placerande nämnden och behandlingshemmet. I planen skall ingå de insatser som planeras efter tiden på behandlingshemmet.

§ 9 Vården och behandlingen
Behandlingshemmet förbinder sig,

att i alla frågor som rör vården och behandlingen samarbeta med den placerande nämnden, och därvid fortlöpande hålla beställaren informerad om hur vården och behandlingen fortskrider,

att delta i uppföljningen av behandlingsplanen och därvid, i den mån så erfordras, tillsamman med beställaren, medverka till att genomföra de

[21] Avtalen hänvisar i regel till den upphävda bestämmelsen i 69 § 3 st. SoL, om att den som är eller varit verksam i ett hem för vård eller boende inte obehörigen får röja vad de därvid erfarit om enskildas personliga förhållanden.

anpassningar i planen som behövs med hänsyn till klientens förhållanden, och

att informera beställaren om alla viktiga händelser som rör vården och behandlingen samt omedelbart underrätta beställaren om den placerade avviker från behandlingshemmet eller på annat sätt avbryter vården eller behandlingen.

Nämnden förbinder sig, att aktivt samverka med och vid behov besöka behandlingshemmet.

§ 10 Avtalsperiod
Avtalsperioden löper på två år med rätt till förlängning om parterna kommer överens om villkoren.[22]

§ 11 Ansvar och försäkringar
Behandlingshemmet ansvarar för erforderliga försäkringar för att täcka skador i samband med behandlingen av vårdtagare och anhöriga som deltar i vård. Kommunen svarar inte för skada som drabbar klienten och inte heller för skada på eller förlust av klientens personliga tillhörigheter.

§ 12 Priser och övriga villkor
Vanligtvis vårddygnspris enligt speciell bilaga. I ersättningen ingår i allmänhet de kostnader som har direkt samband med vården/behandlingen och med vistelsen vid behandlingshemmet.

§ 13 Egenavgift
Den egenavgift som kommunen äger rätt att uppbära tillfaller kommunen och administreras helt av sociala förvaltningen.

§ 14 Uppföljning och utvärdering
Kommunen kommer att på olika sätt följa upp resultatet av de vårdtjänster som köps. Behandlingshemmet åtar sig att medverka i den utvärdering av bedriven vård som kommunen genomför rörande de personer som placerats av kommunen på behandlingshemmet.

§ 15 Samverkan och information
Behandlingshemmet förbinder sig att fortlöpande hålla kommunen underrättad om förändringar i verksamheten som i inte obetydlig utsträck-

[22] I andra fall stadgas att avtalet förlängs med sex eller tolv månader i sänder om inte skriftlig uppsägning sker senast sex månader före avtalstidens utgång.

ning påverkar klientarbetet, eller som i väsentlig mån avviker från vad som anges i det enskilda avtalet angående behandlingsmodell, målgruppsinriktning och verksamhetsform samt personalsammansättning och resurser i övrigt.

§ 16 Förbehåll
Kommunen förbehåller sig rätten att säga upp avtalen med omedelbar verkan, om vården eller behandlingen inte sker enligt beställarens krav och önskemål. Kommunen förbehåller sig även rätten att anlita andra behandlingshem än de som kommunen har avtal med.

§ 17 Överlåtelse av avtal
Detta avtal får inte överlåtas på annan utan nämndens skriftliga medgivande. Sker överlåtelse utan sådant medgivande har nämnden rätt att utan föregående uppsägning omedelbart avbryta placeringen.

§ 18 Hävningsrätt
Vardera part har rätt att med omedelbar verkan häva detta avtal om motparten inte fullgör sina åligganden enligt avtalet, och rättelse inte sker efter erinran, under förutsättning att avtalsbrottet är av väsentlig betydelse för parten.

§ 19 Force majeure
Krig, omfattande arbetskonflikt, blockad, eldsvåda, miljökatastrof, allvarlig smittspridning eller annan omständighet som parterna inte råder över och som förhindrar part att fullgöra sina avtalsenliga skyldigheter, befriar sådan part från fullgörelse av dessa skyldigheter.

§ 20 Tvister
Eventuella tvister till följd av avtalet skall så långt möjligt lösas i samråd. I annat fall löses tvisten i domstol.

§ 21 Omförhandlingsrätt
Parterna äger rätt till omförhandling av detta avtal om väsentlig förändring inträffat avseende de förutsättningar som detta avtal bygger på t.ex. ändring av gällande arbetstidsbestämmelser och villkor i övrigt för personalens sysselsättning eller ändrade skatter och avgifter av något slag eller beslut av myndighet, som parterna inte själva kan påverka. Omförhandling kan därvid påkallas för ändring av ersättning till den del som avser de ändrade förutsättningarna.

§ 22 Utväxling av avtal
Avtalet har upprättats i två likalydande exemplar varav parterna har tagit var sitt.

Avtalen undertecknade av socialnämndens ordförande och företrädare för HVB.

Bilaga 7 Exempel på avtal om parkeringsköp[23]

§ 1 Parter
Mellan kommunen genom dess kommunstyrelse och fastighetsägaren träffas följande avtal.

§ 2 Allmänna bestämmelser
Genom detta avtal regleras parternas rättigheter och skyldigheter avseende ... bilplatser för att tillgodose behovet av parkeringsutrymme för fastigheten. Av dessa skall ... platser kunna samnyttjas med andra fastighetsägare som träffat avtal om parkeringsköp med kommunen och anvisats bilplatser inom parkeringsanläggningen.

§ 3 Kommunens förpliktelser
Kommunen ansvarar för att fastighetsägaren senast visst datum tillhandahålls det i 1 § angivna antalet bilplatser. Dessa skall upplåtas i viss angiven parkeringsanläggning. Hinner denna parkeringsanläggning inte färdigställas inom utfäst tid, skall genom kommunens försorg provisoriskt på viss angiven plats tillhandahållas parkeringsutrymme, som skäligen kan godtas av fastighetsägaren. Särskild överenskommelse om villkoren för denna upplåtelse skall i så fall träffas mellan parterna. Avtalet befriar inte fastighetsägare eller dennes hyresgäster från skyldighet att betala parkeringsavgift för faktiskt utnyttjade parkeringsplatser.

---

[23] De insamlade avtalen har, med undantag av ett avtal från 1978 och ett från 1989, ingåtts mellan 1992 och 1994. Avtalen uppvisar mycket stora likheter. Detta beror troligen på att avtal om parkeringsköp ingåtts under en mycket lång tid – i vissa kommuner sedan 50-talet – och att en betydande samstämmighet, bl.a. genom upprättande av normalförslag till avtal, därmed hunnit utvecklas på området. En del avtal om parkeringsköp är dock mycket kortfattade och standardiserade och tar bara upp några av punkterna i normalavtalet. *Aulin* har upprättat ett kommenterat normalförslag till avtal om parkeringsköp. Se Aulin 1993 s. 12 ff. Det återgivna parkeringsköpsavtalet bygger i stor utsträckning på det av Aulin upprättade normalavtalet, men kompletteras och kommenteras utifrån de avtal om parkeringsköp som samlats in.

§ 4 Avtalstid
Upplåtelsetiden skall vara 25 år. I den mån fastighetens behov av bilplatserna kvarstår efter upplåtelsetidens utgång, skall detta genom kommunens försorg tillgodoses antingen genom fortsatt upplåtelse av platserna i parkeringsanläggningen på oförändrade villkor eller på annat sätt, varom överenskommelse kan träffas med fastighetsägaren.

§ 5 Fastighetsägarens skyldigheter (Alternativ A, "friköpsavtal")
Fastighetsägaren skall för finansiering av anläggningskostnaden erlägga ett engångsbelopp av ... kr/plats eller tillsammans ... kr. Beloppet skall betalas senast ... Om parkeringsanläggningen färdigställs först vid en senare tidpunkt skall beloppet uppräknas med konsumentprisindex och betalas senast en månad efter färdigställandet.

Sedan parkeringsanläggningen färdigställts upplåts till fastighetsägaren angivet antal bilplatser mot en avgift motsvarande marknadshyran, dock lägst motsvarande anläggningens kapital-, drift- och underhållskostnader. Erlagt engångsbelopp skall härvid beaktas. Avgiften skall motsvara den andel av kostnaderna som proportionellt kan beräknas falla på fastighetsägarens bilplatser.

§ 5 Fastighetsägarens skyldigheter (Alternativ B, "avlösen")
Fastighetsägaren skall årligen bidra med ett belopp motsvarande marknadshyran, dock lägst summa som motsvarar anläggningens kapital-, drift- och underhållskostnader. Bidraget skall avse den andel som proportionellt kan beräknas falla på fastighetsägarens bilplatser. Part äger rätt att under avtalstiden påkalla förhandling om omprövning av den årliga avgiften.

§ 5 Fastighetsägarens skyldigheter (Alternativ C)
Fastighetsägaren skall för finansiering av avläggningskostnaden erlägga ett engångsbelopp av ... kr/plats eller tillsammans ... kr. Beloppet skall betalas senast ... Om parkeringsanläggningen färdigställs först vid en senare tidpunkt skall beloppet uppräknas med konsumentprisindex och betalas senast en månad efter färdigställandet. Sedan parkeringsanläggningen färdigställts tillhandahålls fastighetsägaren angivet antal bilplatser mot avgift.[24]

[24] I det här alternativet betalar fastighetsägaren en engångsavgift till kommunen. Kommunen kan sedan överlåta avtalet och erhållna avgifter till ett kommunalt bolag, som fortsättningsvis upplåter bilplatserna till fastighetsägaren mot avgift. Se Aulin 1993 s. 18.

§ 6 Upplåtelse i andra hand
Fastighetsägaren äger rätt att, med företräde för hyresgästerna i fastigheten, upplåta bilplatserna i andra hand. Fastighetsägaren svarar dock alltid gentemot kommunen för förpliktelserna enligt detta avtal.

§ 7 Huvudmannaskapet för parkeringsanläggningen (Alternativ B och C)
Kommunen förbehåller sig rätt att överflytta sina skyldigheter och rättigheter enligt detta avtal till annan huvudman.

§ 8 Avtalets anknytning till fastigheten
Fastighetsägarens rättigheter och skyldigheter enligt detta avtal skall följa äganderätten till fastigheten och gälla såväl nuvarande som varje framtida ägare av densamma. Varje fastighetsägare är skyldig att vid överlåtelse av fastigheten inta bestämmelse i överlåtelseavtalet om att förvärvaren övertar överlåtarens samtliga rättigheter och skyldigheter enligt detta avtal. Fastighetsägare som underlåter att ta in sådan bestämmelse skall utge vite till kommunen med ... kr.[25]

§ 9 Säkerheter (Alternativ A och B)
För rätta fullgörandet av fastighetsägarens skyldigheter enligt avtalet skall fastighetsägaren vid detta avtals undertecknande ställa säkerhet – uppgående till ... kr – som kommunen finner godtagbar.[26]

§ 9 Säkerheter (Alternativ C)
För parts fullgörande av sina skyldigheter enligt avtalet skall vid detta avtals undertecknande ställas säkerhet – uppgående till ... kr – som den andra parten finner godtagbar.[27]

---

[25] Vitet varierar mellan 100 000 och 150 000 kr.

[26] När det gäller alternativen A och B har det ansetts vara motiverat att huvudmannen för parkeringsanläggningen ges säkerhet för såväl driftsbidraget som vitesutfästelsen. Eftersom det är rimligt att en sådan säkerhet har en sakrättslig anknytning till fastigheten utgör en inteckning i denna en lämplig lösning. Se Aulin 1993 s. 19. Krav på säkerhet finns i allmänhet i de insamlade avtalen. Där sådan klausul förekommer stadgas det i regel att säkerheten skall återlämnas till fastighetsägaren sedan denne till fullo erlagt anläggningsavgiften. I något fall preciseras säkerheten till att avse bankgaranti.

[27] Eftersom det i alternativ C förutsätts att avtalet överlåts på ett kommunalt bolag kan det vara motiverat att även fastighetsägaren har tillgång till säkerhet för engångsbeloppet. Se Aulin 1993 s. 19.

§ 10 Parkeringsplatsernas disposition
Parkeringsplatserna skall i första hand tillgodose fastighetens behov. Regler om dispositionen av parkeringsplatserna regleras i särskilt avtal mellan parterna.[28]

§ 11 Fastighetsägarens uppsägningsrätt
Fastighetsägaren äger rätt att säga upp detta avtal under förutsättning, att fastighetsägaren kan fullgöra sin skyldighet att lösa fastighetens parkeringsbehov på annat sätt, som byggnadsnämnden kan godkänna, samt att fastighetsägaren kan sätta annan i sitt ställe som anläggningens huvudman kan godta. Uppsägning skall ske minst ett år före den tidpunkt då fastighetsägaren önskar att avtalet skall upphöra.

§ 12 Villkor för avtalets giltighet
Detta avtal är för sin giltighet beroende av, att vederbörande beslutande organ i kommunen godkänner avtalet samt att bygglov meddelas fastighetsägaren och att avsedd nybyggnad (ombyggnad) av fastigheten ... kommer till stånd.[29]

§ 13 Särskilda bestämmelser angående tvister
Eventuella tvister angående tolkning eller tillämpning av detta avtal skall avgöras av allmän domstol.

§ 14 Avtalets utväxling
Detta avtal har upprättats i två exemplar av vilka parterna tagit var sitt.

Bilaga 8 Avtal om upprättande av detalj- eller fastighetsplan[30]

§ 1 Parterna
Mellan kommunen, genom dess byggnadsnämnd, och exploatören/byggherren träffas följande avtal om ändring av detaljplan och exploatering av område för industriändamål.

---

[28] Det kan ofta vara angeläget för fastighetsägaren att dennes parkeringsplatser utnyttjas så effektivt som möjligt. Parkeringsplatserna kan därför tillfälligtvis användas även för att tillgodose andra parkeringsbehov än sådana som härrör från hans egen fastighet. Det är dock viktigt att den här typen av upplåtelser är så avgränsade att de inte rubbar avsikterna med parkeringsköpet. Anläggningens huvudman bör därför ange de villkor under vilka sådan andrahandsupplåtelse får ske, först och främst vad gäller upplåtelsetid och uppsägningsrätt. Se Aulin 1993 s. 19.

[29] Utgår vid föreläggande enligt 3:16 PBL.

§ 2 Förutsättningar
Parterna förutsätter att planarbetet startas och bedrivs med syfte att kommunen före ... skall kunna anta den ändrade detaljplanen. Tidsutdräkt som beror på planarbetet kan dock accepteras av parterna.

§ 3 Avtalets omfattning
Avtalet syftar till att fastställa fördelningen av ansvar för arbete och kostnader mellan parterna i samband med upprättandet av detaljplan över område enligt kartbilaga. Planarbetet sker med normalt planförfarande.

§ 4 Plankontorets/stadsbyggnadskontoret åtaganden
Plankontoret (eller motsvarande) tar fram grundkarta, fastighetsförteckning och vid behov en modell. Plankontoret låter efter samråd med byggherren utföra erforderliga utredningar som underlag för detaljplanen, planförslag och handlingar för samrådsremisser. Plankontoret upprättar detaljplan med erforderliga planhandlingar samt svarar för planens formella handläggning, bl.a. utställning och utlåtande över utställning samt övriga administrativa arbetsuppgifter som erfordras.

§ 5 Miljökonsekvensbeskrivning
Miljöchefen beslutar om miljökonsekvensbeskrivning skall upprättas i samband med detaljplaneprocessen. Det åligger markägaren att upprätta och bekosta en sådan. Miljö- och hälsoskyddsenheten skall godkänna utförare av miljökonsekvensbeskrivningen innan arbetet påbörjas.

§ 6 Ersättning/Kostnader
Exploatören står för alla kostnader i samband med detaljplaneprövningen; kostnader för grundkarta, fastighetsförteckning, upprättande och handläggning av detaljplaneförslaget samt de utredningar som kan erfordras för exploateringens genomförande bekostas helt av exploatören och betalas enligt bifogad betalningsplan.

---

[30] De undersökta avtalen har ingåtts mellan 1991 och 1996. Variationsrikedomen är mycket stor; en del avtal är relativt utförliga medan andra är kortfattade och har en mycket generell utformning. I vissa fall ingår utfästelser att ändra detaljplan som en del i avtal om köp av fast egendom eller i någon form av ramavtal. Av avtalsklausul kan då t.ex. framgå att kommunen på sin bekostnad omgående skall påbörja ändring av gällande detaljplan och att kommunen skall medverka till att tillfälligt bygglov erhålls för verksamheten till dess att planändring skett.

Om byggherren fullgör sina skyldigheter enligt detta avtal uttas ingen planavgift i samband med bygglov för den bebyggelse som kan komma att ske på fastigheten enligt den detaljplan avtalet avser.

§ 7 Betalningsansvar
I det fall detaljplanen inte antas eller vinner laga kraft skall exploatören trots detta stå för kommunens nedlagda kostnader för detaljplaneprövningen, administration och utredningar och kommunens sammanlagda skadeståndsskyldighet begränsas till noll kronor.

§ 8 Marköverlåtelser
Exploatören överlåter till kommunen del av fastighet som erfordras för utbyggnad av gata och anordnande av parkmark.

§ 9 Servitut
Exploatören upplåter åt kommunen till förmån för den fastighet som kommunen bestämmer servitut avseende rätt att utan ersättning nedlägga och för all framtid bibehålla ledningar för vatten och avlopp, liksom tillträde för erforderliga inspektioner och reparations- eller ombyggnadsarbeten å desamma. Omfattningen av eventuella servitut utreds i detaljplanearbetet.

För skada som kan vållas fastighet vid anläggningsarbetenas utförande samt vid tillsyn och framtida reparation eller omläggning skall kommunen lämna skälig ersättning.

§ 10 Fastighetsbildning
Kommunen ombesörjer och bekostar erforderlig fastighetsbildning som erfordras för att genomföra detta avtal.

§ 11 Fastighetsreglering och markersättning
Frågor om fastighetsregleringar och markersättningar som aktualiseras på grund av planläggningen hanteras i särskild ordning.

§ 12 Exploatering
Exploatören skall vara medveten om att exploateringsavtal skall tecknas med kommunen innan detaljplanen antas. Exploateringsavtalet reglerar exploatörens betalningsansvar, rättigheter och skyldigheter vad gäller genomförandet av detaljplanen, dvs. utbyggnad av gator, vägar, vatten

och avlopp, belysning, fastighetsrättsliga åtgärder m.m. liksom kommunens administrationskostnader.

§ 13 Överlåtelse av avtal
Detta avtal får inte av exploatören, utan kommunens medgivande, överlåtas på annan.

§ 14 Avtalets giltighet
Detta avtal gäller under villkor att det godkänts dels av exploatören, dels av kommunfullmäktige genom beslut som vinner laga kraft.

§ 15 Tvist
Tvist rörande tolkning eller tillämpning av detta avtal skall avgöras enligt allmän domstol.[31]

§ 16 Avtalets utväxling
Avtalet är upprättat i två likalydande exemplar, varav parterna tagit var sitt.

Avtalet är undertecknat av byggnadschefen för kommunens, kommunstyrelsens, byggnadskontorets eller plankontorets räkning.

Bilaga 9 Exempel på genomförande- eller exploateringsavtal[32]

§ 1 Parter
Mellan kommunen[33] och byggherren/exploatören, har denna dag följande avtal träffats rörande disposition, upplåtelse och bebyggande av mark inom angivet detaljplaneområde, nedan kallat exploateringsområdet.

§ 2 Allmänna förutsättningar
Detta avtal gäller mellan kommunen och exploatören under villkor

att kommunfullmäktige genom beslut som vinner laga kraft godkänner detta avtal och

att detaljplanen antas av kommunfullmäktige genom beslut som vinner laga kraft.

---

[31] Endast ett avtal behandlar frågan om var en eventuell tvist skall avgöras.

[32] De insamlade avtalen har, med ett undantag från 1988, ingåtts mellan 1991 och 1994. De uppvisar stor variationsrikedom beroende vilken typ av situation som regleras.

[33] Ibland anges "genom dess kommunstyrelse".

Om ovannämnda förutsättningar inte uppfylls eller om exploatören bryter mot vad nedan stadgas om avtalsöverlåtelse är detta avtal till alla delar förfallet, utan krav på ersättning från någondera parten.

§ 3 Mark

Moment *A*

Inom angivet område överlåter och säljer kommunen det med röd kantfärg å bifogad karta angivna markområdet. Den fasta egendomen överlåts i befintligt skick. Exploatören har haft tillfälle att utföra de besiktningar och undersökningar därav som han funnit lämpliga, och avstår från alla anspråk mot kommunen på grund av egendomens skick. Kommunen fritar sig särskilt från ansvar för områdets geotekniska beskaffenhet.

Om befintliga anläggningar inom förvärvsegendomen behöver ändras eller flyttas skall exploatören bekosta detta. I övrigt skall för överlåtaren gälla vad i jordabalken stadgas om köp av fast egendom.

Moment *B*

Exploatören skall till kommunen avstå ett ej planlagt område av fastighet som markerats med gul färg i bilaga.

Moment *C*

Exploatören skall till kommunen avstå de markområden som enligt detaljplanen utgör allmän platsmark, såsom t.ex. gata och natur samt kvartersmark för tekniska anläggningar.

§ 4 Exploateringsavgift, ersättningar och betalningsföreskrifter

Byggherren förbinder sig att till kommunen erlägga exploateringsavgift med ... kronor, varav kostnad för mark utgör ... kronor. Avgiften innefattar ersättning för tomtmark, va-anslutning, gatukostnad och kommunens plankostnad. Exploateringsavgiften skall mot särskild fakturering erläggas i sin helhet så snart beslut om statligt bostadslån föreligger och byggnadskreditiv upplagts. Exploateringsavgiften skall därvid utgöra första utanordning på lånet och meddelas kreditgivande bank genom översändelse av fakturakopia samtidigt som borgensförbindelse översändes till banken.[34]

[34] Frågor om ersättningar och betalningsföreskrifter kan givetvis vara betydligt mer omfattade och detaljerade beroende på hur omfattande avtalet är. Ofta medföljer en bilaga som utgör underlag för exploateringsavgift.

§ 5 Fastighetsbildning
Kommunen ombesörjer och exploatören bekostar de fastighetsbildningsåtgärder och eventuella gemensamhetsanläggningar som exploateringen erfordrar. Det ankommer på exploatören att föranstalta om och bekosta den ytterligare fastighetsbildning som erfordras för exploateringens genomförande.

§ 6 Tillträde
Tillträde till upplåten byggmark skall ske den ... under förutsättning att detaljplanen vunnit laga kraft.

§ 7 Genomförande av aktuell byggplan
Byggnationen skall genomföras i överensstämmelse med gällande detaljplan och kommande ändring av densamma och i enlighet med meddelat byggnadslov.

§ 8 Gemensamhetsanläggningar m.m.
Byggherren är skyldig att med fastigheten/fastigheterna ingå i delägare- eller föreningsförvaltning enligt lag om förvaltning av samfälligheter avseende gemensamhetsanläggning enligt anläggningslagen som förutsätts bildas för vissa inom upplåten mark redovisade gemensamma områden och blivande anläggningar. De anläggningar som avses vara gemensamma för fastigheterna inom kvartersmark är va-anläggning, gator, gång- och cykelvägar, gatubelysning, kvarterslekplatser, naturmark samt eventuellt anläggning för kabel-TV. I sådan gemensamhetsanläggning skall ingå anläggning, drift och underhåll av interngator, gemensamma grönområden, ledningar, befintlig pumpstation och transformatorstation m.m. Kostnaden för anläggningsförrättningen skall bestridas av byggherren/exploatören.

§ 9 Ledningsrätt och servitut
Exploatören upplåter åt kommunen, energiverk och Telia m.fl. såsom ledningshavare utan ersättning ledningsrätt för va-ledningar, elledningar och teleledningar med tillhörande anordningar m.m. i den omfattning ledningshavarna önskar. Det åligger exploatören att innan bygglov första gången beviljats ansöka om och bekosta förrättning enligt ledningsrättslagen och därvid medge att ledningsrätten får den omfattning och utformning som respektive ledningshavare påfordrar.

Kommunen har ett omedelbart behov av servitutsrätter för att möjliggöra avvattning av industrigatan. Exploatören förbinder sig därför att teckna de av stadsingenjörskontoret upprättade servitutsavtalen för de ledningar som anges i bilaga.

§ 10 Fornminnen
Exploatören skall, om fornminnen påträffas på mark som avses bebyggas, ansöka om erforderliga tillstånd för markarbeten inom exploateringsområdet samt ombesörja och bekosta utgrävningarna.

§ 11 Kompletterande fastighetsbildning
All erforderlig kompletterande fastighetsbildning inom området skall bekostas av byggherren/exploatören.

§ 12 Säkerhet
För rätta fullgörandet av sina skyldigheter enligt detta avtal skall exploatören inom en månad efter kommunfullmäktiges godkännande av detta avtal ställa godtagbar säkerhet till ett värde av ... kronor; denna garanti skall efter fyra år räknat från inlämningsdatum nedsättas till ... kronor och resterande del av säkerheten återlämnas i samband med att hela området är bebyggt, godkänt och slutbesiktigat.

§ 13 Vite
Därest exploatören brister i utförande av i detta avtal angivna skyldigheter, skall denne till kommunen erlägga vite, som förfaller till betalning en månad efter anfordran.

§ 14 Gatu- och va-kostnader
Har exploatören till alla delar fullgjort sina förpliktelser enligt detta avtal skall nuvarande och blivande ägare till fastighet inom exploateringsområdet anses ha erlagt enligt nuvarande lagstiftning utgående på fastigheten belöpande gatukostnadsersättning enligt angiven detaljplan. Under

samma förutsättning skall även anläggningsavgift för va anses ha blivit erlagd för fastighet inom exploateringsområdet.

§ 15 Miljöfarlig verksamhet
Exploatören ansvarar för att miljöfarlig verksamhet inte bedrivs inom exploateringsområdet. Exploatören svarar för eventuella kostnader som kan föranledas av åtgärder, påfordrade enligt gällande miljö- och hälsoskyddslagstiftning eller som erfordras till skydd för kommunens avloppsreningsverk mot ogynnsam inverkan av den verksamhet, som kommer att bedrivas inom exploateringsområdet.

§ 16 Grundläggningsförhållanden
Kommunen saknar detaljerade kunskaper om grundläggningsförhållandena inom exploateringsområdet och uppmanar därför exploatören att på egen bekostnad låta sakkunnig utföra en detaljerad grundundersökning för att utvisa behov av pålning, sprängning eller andra grundförstärkningsåtgärder. Exploatören svarar själv till fullo för grundläggnings- och grundförstärkningskostnader.

§ 17 Etableringsplan
Innan några som helst röjnings- eller markarbeten igångsätts skall exploatören upprätta etableringsplan, som skall godkännas av kommunen och underställas gatukontoret för godkännande vad gäller eventuellt nyttjande av park- eller gatumark till upplag, för uppställning av arbetsbodar eller för annat ändamål.

§ 18 Ersättningsanspråk
Kommunen fritar sig ansvaret för alla eventuella framtida ersättningsanspråk från grannfastigheter. Exploatören skall därför svara för alla framtida ersättningsanspråk och eventuella rättsprocesser.

§ 19 Tidsplan
Exploatören skall bebygga exploateringsområdet inom fem år räknat från det datum detaljplanen vunnit laga kraft.

§ 20 Förköp
Genom detta avtal avstår kommunen från sin rätt enligt förköpslagen i samband med exploatörens försäljningar av fastigheter inom exploateringsområdet.

§ 21 Övriga åtaganden

Vid kommunens förvärv av exploateringsfastigheten i fråga, förband sig kommunen att i samband med exploatering av området bygga ersättningsväg för den del av nuvarande utfartsväg som å bifogad karta redovisas med brun färg. Den nya utfartsvägen skall förläggas utefter exploateringsområdets sydöstra gräns och utföras i godtagbar standard med avgrusad yta och i samråd med fastighetsägarna som nyttjar vägen. Denna skyldighet övertas av byggherren/exploatören, som står för utförandet och kostnaden härför. Tidsmässigt skall omläggningen av vägen ske så att berörda fastighetsägares utfartsmöjligheter inte förhindras eller försvåras, dock senast ...

Byggherren/exploatören övertar skötsel och underhåll (ägandet) av i områdets södra del befintlig utbyggd gata i nu befintligt skick (ej belagd) inklusive till gatudelen hörande gatubelysning.

Likaledes övertar byggherren/exploatören skötseln och underhållet (ägandet) av inom det upplåtna området befintliga va-ledningar i enlighet med upprättade förbindelsepunkter, vilka meddelats i bygglovet.

Befintligt och tillkommande gatubelysningsnät inom det upplåtna området ansluts till det kommunala nätet. Bostadsrättsföreningen/byggherren skall som ersättning för service, elförbrukning, energiskatt och moms till kommunen erlägga ett årligt belopp av ... kronor per ljuspunkt. Beloppet faktureras bostadsrättsföreningen enligt gällande debiteringsrutiner och skall följa förändringarna i kommunens taxa gentemot el-leverantörer.

§ 22 Slutlig överlåtelsehandling

Fångeshandling i form av köpebrev å det upplåtna området överlämnas till byggherren när nedan angivna tre villkor är uppfyllda:

a) byggnation är påbörjad,

b) fastighetsbildning och registrering är klar och

c) full exploateringsavgift är erlagd.

Överlämnat köpebrev utgör samtidigt bevis för att samtliga villkor i exploateringsavtalet är uppfyllda.

§ 23 Överlåtelse av avtalet

Detta avtal får inte av byggherren utan kommunens skriftliga medgivande överlåtas på annan.

§ 24 Tvist
Tvist rörande tolkning av detta avtal skall avgöras av allmän domstol. Tvist om den fastställda detaljplanens huvudsakliga överensstämmelse med förslaget skall dock avgöras av skiljemän enligt lagen om skiljemän.

§ 25 Utväxling av avtal
Detta avtal har upprättats i två exemplar, varav kommunen och byggherren tagit var sitt.

Avtalen är som regel underskrivna av kommunalråd och stadsingenjör eller kommunstyrelsens ordförande och förvaltningsdirektör samt företrädare för exploatören.

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. 1971:15 med förslag till lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor, 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. 1973:136 om förskoleverksamhetens utbyggnad och organisation.
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. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen.
Prop. 1976/77:110 om ändring i lagen (1972:112) om förbud mot oskäliga avtalsvillkor, m.m.
Prop. 1978/79:195 om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.
Prop. 1978/79:214 om ändring i förköpslagen (1967:868), m.m.
Prop. 1979/80:2 med förslag till sekretesslag m.m.
Prop. 1981/82:8 om lag om vård av missbrukare i vissa fall, m.m.
Prop. 1983/84:92 om avtalsvillkor mellan näringsidkare.
Prop. 1985/86:1 med förslag till ny plan- och bygglag.
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. 1990/91:146 om ändring i plan- och bygglagen (1987:10), m.m.
Prop. 1991/92:150 med förslag om slutlig reglering av statsbudgeten för budgetåret 1992/93, m.m. (kompletteringsproposition), del II.
Prop. 1992/93:43 Ökad konkurrens i kommunal verksamhet.
Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling.
Prop. 1992/93:159 om stöd och service till vissa funktionshindrade.
Prop. 1992/93:210 om ny ordningslag m.m.
Prop. 1992/93:230 Valfrihet i skolan.
Prop. 1993/94:11 Utvidgad lagreglering på barnomsorgsområdet, m.m.
Prop. 1993/94:35 med förslag till lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
Prop. 1993/94:48 Handlingsoffentlighet hos kommunala företag.
Prop. 1993/94:178 Ändringar i plan- och bygglagen, m.m.
Prop. 1993/94:188 Lokal demokrati.
Prop. 1993/94:196 Ändringar i aktiebolagslagen (1975:1385).
Prop. 1993/94:222 Förnyat förslag till lagändring om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
Prop. 1994/95:17 Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden.
Prop. 1994/95:61 Vårdnadsbidraget. Garantilagarna. Enskild barnomsorg.
Prop. 1994/95:219 Enhetlig räntesättning och finansiering av statliga bostadslån m.m.
Prop. 1995/96:61 Former för verksamhet som är beroende av statligt stöd m.m.
Prop. 1995/96:80 Ändrade relationer mellan staten och svenska kyrkan.
Prop. 1996/97:3 Kulturpolitik.
Prop. 1996/97:124 Ändring i socialtjänstlagen.
Prop. 1996/97:153 Ändringar i lagen om offentlig upphandling.
Prop. 1997/98:6 Förskoleklass och andra skollagsfrågor.
Prop. 1997/98:49 Staten och trossamfunden – grundlagsfrågor.
Prop. 1997/98:93 Läroplan för förskolan.
Prop. 1997/98:94 Läroplan för det obligatoriska skolväsendet, förskoleklassen och fritidshemmet m.m.
Prop. 1997/98:105 Det allmännas skadeståndsansvar.
Prop. 1997/98:113 Nationell handlingsplan för äldreomsorgen.

Prop. 1997/98:116 Staten och trossamfunden – bestämmelser om Svenska kyrkan och andra trossamfund.

1.2 Utskottsbetänkanden

Bet. BoU 1986/87:1 Om en ny plan- och bygglag m.m. (prop. 1985/86:1 och prop. 1984/85:207).
Bet. 1990/91:BoU17 Ändring i plan- och bygglagen.
Bet. 1990/91:KU38 Ny kommunallag.
Bet. 1992/93:SoU9 Ökad konkurrens inom kommunal verksamhet.
Bet. 1993/94:FiU22 Förnyat förslag till lagändring om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (prop. 1993/94:222).
Bet. 1993/94:JuU1 Ordningslag m.m.
Bet. 1993/94:SoU11 Utvidgad lagreglering på barnomsorgsområdet, m.m.
Bet. 1994/95:SoU8 Vårdnadsbidraget. Garantilagarna. Enskild barnomsorg.
Bet. 1995/96:KU9 Kommunala frågor.
Bet. 1996/97:KrU1 Kulturpolitik, m.m. (Prop. 1996/97:3 och prop. 1996/97:1 utgiftsområde 17).
Bet. 1997/98:KU13 Kommunala kompetensfrågor m.m.
Bet. 1997/98:KU20 Staten och trossamfunden – grundlagsfrågor m.m.
Bet. 1997/98:SoU24 Nationell handlingsplan för äldreomsorgen.
Bet. 1997/98:UbU5 Förskoleklass, grundskolans timplan, mobbning m.m.
Bet. 1997/98:UbU16 Läroplan för förskolan.
Bet. 1997/98:UbU18 Läroplan för det obligatoriska skolväsendet, förskoleklassen och fritidshemmet, m.m.

1.3 Statens offentliga utredningar

SOU 1968:18 Parkering. Betänkande avgivet av parkeringskommittén.
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. (Jan Hellner).
SOU 1974:99 Enhetlig kommunallag. Betänkande av kommunallagsutredningen.
SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen. Betänkande av 1973 års fri- och rättighetsutredning.
SOU 1979:66 Ny plan- och bygglag. Del 2. Betänkande av PBL-utredningen.
SOU 1982:13 Kommunalföretaget. Betänkande av kommunalföretagskommittén.
SOU 1982:41 Överklagande av kommunala beslut. Betänkande av Kommunalbesvärskommittén.
SOU 1983:61 Handlingsoffentlighet utanför myndighetsområdet. Slutbetänkande av kommunalföretagskommittén.
SOU 1987:35 Ju mer vi är tillsammans. Del 3: Underlag för reformer samt förslag. Betänkande av 1986 års folkrörelseutredning.
SOU 1989:23 Parkeringsköp. Betänkande av utredningen om översyn av parkeringsköp.
SOU 1990:107 Den kommunala självkostnadsprincipens gränser. Delbetänkande av stat-kommunberedningen.
SOU 1991:26 Kommunala entreprenader – vad är möjligt? En analys av rättsläget och det statliga regelverkets roll. Rapport till konkurrenskommittén.
SOU 1991:76 Miljön och förpackningarna. Slutbetänkande av förpackningsutredningen.
SOU 1991:81 Fastighetsleasing. Sale and lease back. Delbetänkande av leasingutredningen.
SOU 1991:104 Konkurrens inom den kommunala sektorn. Delbetänkande av konkurrenskommittén.
SOU 1992:47 Avreglerad bostadsmarknad. Del II. Slutbetänkande av utredningen om statens stöd för bostadsfinansieringen.
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 1994:36 Miljö och fysisk planering. Delbetänkande av Plan- och byggutredningen.
SOU 1994:136 Statliga myndigheters avtal. Betänkande av Utredningen om statliga myndigheters avtal.

SOU 1994:139 Ny socialtjänstlag. Huvudbetänkande av socialtjänstkommittén.
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.
SOU 1997:157 Att erövra omvärlden. Förslag till läroplan för förskolan. Slutbetänkande av Barnomsorg och skolakommittén (BOSK).
SOU 1998:69 Lämplighetsprövning av personal inom förskoleverksamhet, skola och skolbarnomsorg. Slutbetänkande av Lämplighetsprövningsutredningen.

1.4 Departementsserien

Ds 1988:52 Ny lag om kommuner och landsting. Slutbetänkande av kommunallagsgruppen. Civildepartementet.
Ds 1990:79 Förslag till ändringar i plan- och bygglagen (1987:10), ändring av detaljplaner, parkeringsköp, hushållning med vatten och energi m.m. Bostadsdepartementet.
Ds 1992:7 Marknadsorientering av kommunal verksamhet. Konsekvenser och möjligheter. Civildepartementet.
Ds 1992:108 Alternativa verksamhetsformer inom vård och omsorg. Rapport från en arbetsgrupp i Socialdepartementet / Statskontoret.
Ds 1992:121 Anbudskonkurrens vid offentlig produktion – ett lagförslag. Näringsdepartementet.
Ds 1993:16 Avgifter inom kommunal verksamhet – förslag till modifierad självkostnadsprincip. Civildepartementet.
Ds 1994:29 Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivandet med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga villkor i konsumentavtal. Justitiedepartementet.
Ds 1994:50 Valfrihetsrevolution i praktiken. Socialdepartementet.
Ds 1995:25 Vad blev det av de enskilda alternativen? – En kartläggning av verksamheten inom skolan, vården och omsorgen. Finansdepartementet.
Ds 1997:10 Samverkan för utveckling – Om förskolan, skolan och skolbarnsomsorgen. Utbildningsdepartementet.
Ds 1998:15 Kommuner Kan! Kanske! – om kommunal välfärd i framtiden. Rapport till expertgruppen för studier i offentlig ekonomi. Finansdepartementet.

1.5 Allmänna råd och rapporter etc.

Boverket, Boken om detaljplan och områdesbestämmelser – 1996 års revidering. Allmänna råd 1996:1.

Nämnden för offentlig upphandling, Sammanställning NOU info 93–95.

Nämnden för offentlig upphandling, Sammanställning NOU info 1996.

Nämnden för offentlig upphandling, NOU info mars 1997.

Nämnden för offentlig upphandling, NOU info okt. 1997.

Socialstyrelsen, Vård utom hemmet. SoS-rapport 1990:4.

Socialstyrelsen, Privat och offentligt i vården – en analys av utvecklingen under 1980-talet inom barn-, ungdoms- och missbrukarvård. SoS-rapport 1991:27.

Socialstyrelsen, Privat omsorg för äldre och handikappade. SoS Allmänna råd 1993:4.

Socialstyrelsen, Alternativa styr- och driftsformer i äldreomsorgen. En kartläggning. SoS-rapport 1994:24.

Socialstyrelsen, Barnomsorgen i socialtjänstlagen. SoS Allmänna råd 1995:2.

Socialstyrelsen, Alternativa styr- och driftsformer i äldreomsorgen. Valfrihet. SoS-rapport 1995:11.

Socialstyrelsen, Alternativa styr- och driftsformer i äldreomsorgen. Uppföljning, utvärdering och avtal. SoS-rapport 1995:17.

Socialstyrelsen, Kursändring i missbrukarvården – mot öppna former. Socialstyrelsen följer upp och utvärderar 1996:3.

Socialstyrelsen, Alternativa styr- och driftsformer i äldreomsorgen. Äldreomsorg på entreprenad. SoS-rapport 1996:8.

1.6 Övrigt

Erhvervsministeriet/Konkurrence Sekretariatet, Princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, herunder reglerne om teknisk dialog (10 cases om EU-udbudsreglerne og IT-branchen). København, December 1996.

NJA II 1915 nr 5. Lagstiftning om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, s. 157–290.

NOU 1995:17, Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet.

Statskontoret, Att lyckas i offentlig förvaltning. Lärdomar av väl fungerande myndigheter. Slutrapport från kommittén "Kronorna bland Verken" 1991, Stockholm 1992. (Cit. Att lyckas i offentlig förvaltning).

Svenska kommunförbundets cirkulär 1997:58, Avgifter för äldre- och handikappomsorg – vissa rättsliga frågor.

2 Litteratur

Citering sker med användande av efternamn och i förekommande fall förnamnsinitial. För att specificera visst arbete används utgivningsåret.

Achterberg, N., Allgemeines Verwaltungsrecht. C.F. Müller, Juristischer Verlag, Heidelberg 1982.

Adlercreutz, A., Avtal. Lärobok i allmän avtalsrätt. Norstedts, 9 uppl., Lund 1993.

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.

Adolphson, Y., Förvaltningsrättsliga avtal. – Frågor om likställdhet eller allmänintresse, om bindning eller återkallelse. FT 1979 s. 87–110.

Almén, T., Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915 samt därav föranledda författningar. Norstedts, Stockholm 1916.

Almén, T., & Eklund, R., Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Norstedts, 9 uppl. ombesörjd av Torkel Nordström, Stockholm 1968. (Norstedts gula bibliotek).

Andenæs, J., Er staten som lovgiver bundet av sine egne kontrakter? Lov og rett 1977 s. 435–452.

Andenæs, K., Rettsvitenskap og empiri. Om empiriske undersøkelser av rettskildebruken. I: Regulering og styring III – et bidrag til den juridiske forskeruddannelse. Red. E. M. Basse & V. Jensen, G.E.C. Gad, København 1992 s. 107–122.

Andersen, P., [Anmälan av Abitz, E. A.,] Om Vejenes Retsforhold. UfR 1951 B s. 47–56.

Andersen, P., Kommunernes Raadighed over fast Ejendom. UfR 1964 B s. 245–250.

Andersen, P., Dansk forvaltningsret. Almindelige Emner. Gyldendal, 5 udg., København 1965.

Andersson, A., Anställningen i statlig verksamhet. I: Andersson, A., Edström, Ö., & Zanderin, L., Arbetsrätten i staten. Studentlitteratur, Lund 1996 s. 69–265.

André, M., Marknadsföringsansvar. Om förutsättningarna för marknadsrättsligt och civilrättsligt ansvar för marknadsföringen. Norstedts, Stockholm 1984. Ak. avh.

André, M., Strukturer i 36 § avtalslagen. SvJT 1986 s. 526–548.

Anell, A., Sjukhusens kontrakt – från anslag till intäkter. SNS Förlag, Stockholm 1994.

Apelt, W., Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtwirksamen Handlung im öffentlichen Recht. Meiner, Leipzig 1920. Neudruck Scientia Verlag, Aalen 1964.

Appelberg, G., Om samtycke enligt LVU. FT 1986 s. 186–193.

Atiyah, P. S., The Rise and Fall of Freedom of Contract. Clarendon Press, Oxford 1979.

Atiyah, P. S., Freedom of Contract and the New Right. JT 1989–90 s. 601–625.

Aulin, T., Parkeringsköp. Normalförslag till avtal med kommentarer. Svenska Kommunförbundet, Stockholm 1993.

Backer, I. L., En utvikling i delegasjonslæren? I: Samfunn Rett Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Tano A/S, Oslo 1986 s. 55–67.

Bangert, K., Sondringen mellem offentlig ret og privat ret. Hovedtræk af den retshistoriske udvikling. Retfærd 47, 1989 s. 26–42.

Barbo, J. E., Kontraktsomlegging i entrepriseforhold. Om håndtering av endringer og endrede forhold i kontraktspraksis. Universitetsforlaget, Oslo 1997. Ak. avh.

Barnett, R. E., Foreword: Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction. Harvard Journal of Law and Public Policy, 1986 s. 267–276.

Basse, E. M., Aftalekonstruktioner i miljøretten – Nogle retsteoretiske problemer. I: Deregulering. Ret uden regler? Red. L. Frost, Århus 1990 s. 97–114.

Basse, E. M., Aftaler som nyt virkemiddel i miljøretten. UfR 1991 B s. 217–226.

Basse, E. M., Miljøaftaler – et samspil mellem offentlig ret og privatret. I: To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig ret og privatret. Red. E. M. Basse & H. Zahle, Gadjura, København 1996 s. 177–222.

Beatson, J., "Public" and "private" in English administrative law. The Law Quarterly Review, London 1987 s. 34–65.

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., Skadestånd vid myndighetsutövning I. Norstedts, Stockholm 1976. (Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning LXXXIII).

Bengtsson, B., [Anmälan av Marcusson, L.,] Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet. JT 1990–91 s. 337–342.

Bengtsson, B., Om civilrättens splittring. I: Festskrift till Kurt Grönfors, Norstedts, Stockholm 1991 s. 29–46.

Bengtsson, B., Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen. Norstedts, 2 uppl., Stockholm 1996. (Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning CXXXIX).

Berggren, G. R., Hallerby, P. A., & Ridderstrand-Linderoth, I., Kommunala företag – hot mot demokrati och fri konkurrens. Stiftelsen Medborgarnas Offentliga Utredningar, MOU 1996:2, 1997. (Cit. Berggren m.fl.).

Bergström, C., & Samuelsson, P., Aktiebolagets grundproblem. En rättsekonomisk analys. Nerenius & Santérus förlag AB, Stockholm 1997. (N & S Biblioteket 8).

Bernitz, U., Småföretagarskydd mot oskäliga 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.

Bernitz, U., Standardavtalsrätt med supplement. Juristförlaget, 6 uppl., Stockholm 1996.

Bernt, J. F., Forvaltningsavtaler. En introduksjon. Institutt for offentlig retts skriftserie 1975:1, Bergen 1975.

Bernt, J. F., [Anmälan av Mathiassen, J.,] Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private. TfR 1976 s. 501–512.

Bernt, J. F., Forbehold ved forvaltningsvedtak. Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkningsmiddel. Institutt for offentlig retts skriftserie 1977:7, Bergen 1977.

Bernt, J. F., Avtale og offentlig myndighetsutøving. Avtalemessig tilsagn om fremtidig utøving av diskresjonær forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter – kompetansespørsmål og

rettsvirkninger. Manuskript, Universitetet i Bergen 1978. Ak. avh.

Bernt, J. F., Avtaler med stat og kommune. Forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter. Kompetansespørsmål og rettsvirkninger. Universitetsforlaget, Bergen 1981.

Bernt, J. F., & Krüger, K., Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten. I: Samfunn Rett Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Tano A/S, Oslo 1986 s. 86–130.

Björkman, U., & Riberdahl, C., Det kommunala förtroendeuppdraget. Rättsliga villkor och förutsättningar. Norstedts/Publica, Stockholm 1997.

Boe, E., Medie- og telematikksektoren – et forvaltningsrettslig grenseland. I: Samfunn Rett Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Tano A/S, Oslo 1986 s. 171–183.

Boe, E., Innføring i juss. Bind 2, Statsrett og forvaltningsrett. Tano, Oslo 1993.

Bohlin, A., Kommunala avgifter. Juridiska föreningen i Lund, Lund 1984. (Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund Nr 67). Ak. avh.

Bohlin, A., Kommunalrättens grunder. Norstedts, 2 uppl., Stockholm 1998.

Bohlin, A., & Vogel, H.-H., Den kommunala självkostnadsprincipen. Några synpunkter på Stat-kommunberedningens betänkande "Självkostnadsprincipens gränser" (SOU 1990:107). FT 1991 s. 1–6.

Boman, C., & Sellström, O., Åremodellen – uppför eller utför? Utvärderingen av Åre – entreprenaderna. Beställare – utförare. Offenliga driftentreprenader. Förvaltningsutveckling AB, Åkersberga 1992.

Bramstång, G., Kommunerna, de privat- och fritidspraktiserande läkarna samt det s.k. Dagmarbeslutet. Kommunalvetenskaplig tidskrift/Kunnallistieteen yhdistys 1986:1 s. 54–66. (Cit. 1986a).

Bramstång, G., Offentligrättsliga reglers användning vid organisationers utåtriktade verksamhet. Några preliminära anteckningar med anledning av ett nordiskt symposium. I: Offentligrättsliga perspektiv på organisationernas verksamhet. Red. G. Bramstång, Iustus, Uppsala 1986 s. 21–30. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 8). (Cit. 1986b).

Bramstång, G., Överlåtelse av uppgifter inom socialtjänsten till privaträttsliga organ. Några synpunkter. FT 1988 s. 214–229.

Bramstång, G., Upplåtelse av allmän plats. Offentligrättsligt beslutsfattande eller privaträttsligt kontraherande? FT 1992 s. 402–412.

Bramstång, G., Förvaltningsrättens begreppsbildning och grundläggande

principer i konkret belysning. Juristförlaget i Lund, Lund 1993.

Bramstång, G., En lagfäst, modifierad självkostnadsprincip inom kommunalrätten? Några anteckningar på grundval av ett betänkande. FT 1994 s. 61–82. (Cit. 1994a).

Bramstång, G., Vård i överensstämmelse med den enskildes önskemål eller "likvärdig" sådan enligt socialnämnds "ramavtal" med annan vårdgivare? Några principiella spörsmål vid tillämpningen av 6 § socialtjänstlagen. FT 1994 s. 255–262. (Cit. 1994b.)

Bruun, N., Beställningsforskning i högskola. En avtalsrättslig studie. Forskningsrapport från svenska handelshögskolan nr 14. Helsingfors 1985.

Bryde Andersen, M., Praktisk Aftaleret. Christian Ejlers' Forlag, København 1995.

Brækhus, Sj., Rettslig vurdering av hittil meddelte Tillatelser til utvinning av petroleum på den norske del av kontinentalsokkelen. Særlig om den norske stats adgang til å foreta en tilbakevirkende regulering av vilkårene for tillatelsen. Betenkning avgitt på oppdrag av North Sea Operators Committee – Norway, Oslo 1975.

Cane, P., Public Law and Private Law: A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept. I: Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series. Ed. J. Eekelar & J. Bell, Clarendon press, Oxford 1987 s. 57–78.

Christensen, A., [Anmälan av Holmbäck, U.,] Studier i förutsättningsläran terminologi. SvJT 1972 s. 43–47.

Christensen, A., Förutsättningar och misstag. TfR 1973 s. 311–340.

Christensen, A., Avstängning från arbetslöshetsersättning. Norstedts, Stockholm 1980. Ak. avh.

Christensen, B., [Anmälan av Mathiassen, J.,] Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private. UfR 1975 B s. 36–41.

Clevesköld, L., Lundgren, L., & Thunved, A., Handläggning inom socialtjänsten. Publica, 3 uppl., Stockholm 1997. (Cit. Clevesköld m.fl.).

The Commission on European Contract Law, The Principles Of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies. Ed. O. Lando & H. G. Beale, Martinus Nijhoff Publicers, Dordrecht 1995.

Corpus Iuris Civilis I. Red. P. Krueger & Th. Mommsen, Apud Weidmannos, Berolini 1920.

Dalberg-Larsen, J., Four Phases in the Development of Modern Legal Science. I: Five Essays on Legal Science. On the Development and

Functions of Legal Science and on the Need for Integration between Legal Research and Social Science, Aarhus Universitet, Aarhus 1984 s. 33–67.

Dalberg-Larsen, J., Hvorfor interessere sig for andre samfundsvidenskaber? Om kvalitetskrav ved inddragelse af andre samfundsvidenskaber. I: Regulering og styring III – et bidrag til den juridiske forskeruddannelse. Red. E. M. Basse & V. Jensen, G.E.C. Gad, København 1992 s. 57–73.

Dillén, N., Skyldighet att rengöra gata – en replik. FT 1957 s. 155–156.

Donahue, J. D., Den svåra konsten att privatisera. SNS Förlag, Stockholm 1992.

Dotevall, R., Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet. Norstedts, Stockholm 1998.

Eckhoff, T., Legalitetsprinsippet. Jussens venner 1962 s. 98–131. (Även i TfR 1963 s. 225 ff. och i: Rettferdighet og rettssikkerhet. Oslo 1966 s. 253 ff).

Eckhoff, T., Omgjøring av forvaltningsvedtak. Forelesningsreferat ved stud. jur. Bjørn Eidem og stud. jur. Asbjørn Kjønstad. Jussens venner 1969 s. 241–259.

Eckhoff, T., Uttalelser, tilsagn, avtaler og vilkår i forvaltningsretten. I: Retten og samfunnet. Tanum - Norli, Oslo 1976 s. 94–146. (Tidigare publicerad i Jussens venner 1975 s. 133 ff.).

Eckhoff, T., & Smith, E., Forvaltningsrett. Tano Aschehoug, 6 utg., Oslo 1997.

Ehlers, D., Verwaltung in Privatrechtsform. Duncker & Humblot, Berlin 1984.

Eide, E., Rettsøkonomi for offentlig rett. 2 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.

Fahlbeck, E., Offentlig förvaltning genom enskilda. Statsvetenskaplig tidskrift 1940 s. 1–45. (Även i Förvaltningsrättsliga studier II. Ivar Haeggström, Stockholm 1941).

Fernemo, I., Avknoppning – att överföra offentlig verksamhet till de anställda. Svenska arbetsgivareföreningen, Stockholm 1991.

Fernemo, I., Äldreomsorg på entreprenad – att låta personalen överta verksamheten inom äldreomsorgen. Svenska arbetsgivareföreningen, Stockholm 1992.

Fohlin, P., Avtalstolkning. Iustus, Uppsala 1989.

Friedner, L., Några synpunkter på offentligrättsliga avtal. Advokaten 1987 s. 141–144.

Frihagen, A., Avtaler med forvaltningsmyndighetene. Universitetsforlaget, Oslo 1977. (Även publicerad i Jussens venner 1977 s. 1 ff.).

Frihagen, A., Vilkår ved utvinningstillatelser m.v. etter forslag til petroleumslov. Universitetsforlaget, Bergen 1979.

Frihagen, A., Plan- og bygningsloven. Bind III: Lovens kapitel VII. Reguleringsplan. Forlaget A. Frihagen A/S, Oslo 1989. (Cit. 1989a).

Frihagen, A., Avtaler og forhåndstilsagn om regulering. Jussens venner 1989 s. 313–345. (Cit. 1989b).

Frihagen, A., Forvaltningsrett. Bind I. Forvaltning og kompetanse. Forlaget A. Frihagen A/S, 3 utg., Oslo 1991.

Frihagen, A., Forvaltningsrett. Bind III. Omgjøring, kontroll og ugyldighet. Forlaget A. Frihagen A/S, 4 utg., Oslo 1992.

Gammeltoft-Hansen, H., Forvaltningsretten på vej mod år 2000. I: Suum cuique – Retsvidenskabelige afhandlinger Københavns Universitet 1991. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1991 s. 257–262.

Godenhielm, B., Bristande förutsättningar i rättspraxis. I: Juhlajukaisu – Festskrift Curt Olsson 1919 · 28/9 · 1989, Juristförbundets Förlag, Helsingfors 1989.

Graver, H. P., Sosiale rettigheter i gjeldsforhold. Håndbok i gjeldsrådgivning. Tano, Oslo 1990.

Graver, H. P., Materiell forvaltningsrett med særlig vekt på grunnprinsippene. Universitetsforlaget, Oslo 1996.

Grönfors, K., Begränsningar hos avtalet som styrmedel. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987. Norstedts, Stockholm 1987 s. 217–227.

Grönfors, K., Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler. FJFT 1988 s. 317–327.

Grönfors, K., Tolkning av fraktavtal. Sjörättsföreningen i Göteborg skrifter 67, Göteborg 1989.

Grönfors, K., Avtalsgrundande rättsfakta. Nerenius & Santérus förlag AB, Stockholm 1993. (N & S Biblioteket 1).

Grönfors, K., Avtalslagen. Fritzes, 3 uppl., under medverkan av Dotevall, R., Stockholm 1995. (Norstedts Gula Bibliotek). (Cit. 1995a).

Grönfors, K., Avtal och omförhandling. Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1995. (N & S Biblioteket 2). (Cit. 1995b).

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.

Grönvall, S., Förhållandet mellan stadsplanesamhälle och markägare. FT 1944 s. 283–295.

Grönwall, L., Holgersson, L., & Nasenius, J., Socialtjänstens mål och medel. Handboken om socialtjänsten. Förlagshuset Gothia, 3 uppl., Stockholm 1991. (Cit. Grönwall m.fl.).

Guldberg, H., Om bristande förutsättningar vid avtal. SvJT 1953 s. 1–13.

Gundersen, F. F., Hovedlinjer i avtaleretten. Fr. Fr. Gundersen, Oslo 1977.

Gunnarsson, Ch., Staten och institutionerna. I: Den offentliga sektorn. En introduktion till den offentliga sektorns ekonomi. Red. B. Södersten, SNS Förlag, Stockholm 1992 s. 25–87.

Gustafsson, A., & Riberdahl, C., Är förhandlingsplanering laglig? PLAN 1991 s. 208–212.

Göransson, H., Betydelsen av begreppet myndighetsutövning inom arbetsrätten. JT 1991–92 s. 601–625.

Hagman, U., Introduktion till den nya lagen om offentlig upphandling. Kommentus, Stockholm 1994.

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.).

Hammarsköld, C.-G., FINSAM. Förändring av en välfärdsorganisation genom försöksverksamhet. Bokbox Förlag, Sociologiska institutionen, Lunds Universitet, Lund 1997. Ak. avh.

Harlow, C., "Public" and "Private" Law: Definition without Distinction. The Modern Law Review, 1980 s. 241–265.

Heide-Jørgensen, M., Den kommunale interesse. Studier over kommunalrettens udvikling. G.E.C. Gads Forlag, København 1993. Ak. avh.

Hellner, J., Avtals- och köprätt under 1900-talet. SvJT 1984 s. 755–771.

Hellner, J., Pacta sunt servanda. I: Samfunn Rett Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Tano A/S, Oslo 1986 s. 335–349.

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., Allmän avtalsrätt. JT 1989–90 s. 423–434.

Hellner, J., Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Praktik, teori och teknik. Juristförlaget, Stockholm 1990.

Hellner, J., Kommersiell avtalsrätt. Juristförlaget, 4 uppl., Stockholm 1993.

Hellner, J., Jämkning av långvarigt avtal m m. JT 1994–95 s. 137–141.

Hellner, J., Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen. Juristförlaget, 3 uppl., Stockholm 1996.

Hellners, T., & Malmqvist, B., Nya förvaltningslagen med kommentarer. Fritzes/Publica, 4 uppl., Stockholm 1995.

Herlitz, N., Föreläsningar i förvaltningsrätt I. Inledning till förvaltningsrättens studium. Norstedts, Stockholm 1937.

Herlitz, N., Allmän domstol och administrativ myndighet. I: Förvaltningsrättsliga grunddrag. Norstedts, Stockholm 1943 s. 93–115.

Herlitz, N., Föreläsningar i förvaltningsrätt III. Förvaltningsrättsliga plikter. Norstedts, Stockholm 1949.

Herlitz, N., Nordisk offentlig rätt III. Regeringsmakt och förvaltningsorganisation. Norstedts, Stockholm 1963.

Hernmarck, M., Byggnadslagen och stadsplaneavtalen. FT 1953 s. 319–330.

Hernmarck, M., En fråga rörande skyldighet att renhålla gata. FT 1955 s. 349–352.

Hollander, A., Omhändertagande av barn. En studie av barnavårdsmål vid förvaltningsdomstolarna åren 1974, 1977 och 1982. Aktuell juridik förlag, Stockholm 1985. Ak. avh.

Hollander, A., Civil socialrätt och social civilrätt. I: Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Red. C. Sandgren, Norstedts, Stockholm 1993 s. 73–88.

Holmberg, C., Leijonhufvud, M., & Wennberg, S., Brottsbalken. En kommentar. Del II (13–24 kap.). Brotten mot allmänheten och staten m.m. Norstedts, 7 uppl., Stockholm 1998. (Norstedts Blå Bibliotek). (Cit. Holmberg m.fl.).

Holmberg, E., & Stjernquist, N., Grundlagarna med tillhörande författningar. Norstedts, Stockholm 1980.

Holmberg, E., & Stjernquist, N., Vår författning. Fritzes, 10 uppl., Stockholm 1995.

Holmberg, S., Myndighetsutövning i sociala ärenden. Handläggning av frågor om rätten till socialt bistånd m.m. Studentlitteratur, 2 uppl., Lund 1995.

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.

Hultman, B., Att sälja tjänster till kommuner och landsting. Praktiska tips till företagare och politiker. Publica, Stockholm 1993.

Hultmark, Ch., Upplysningsplikt vid ingående av avtal. Juristförlaget, Stockholm 1993.

Hultmark, Ch., Unidroit Principles of International Commercial Contracts som alternativ till lagvalsklausul. I: Festskrift till Jan Sandström. Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1997 s. 253–262.

Huser, K., Avtaletolking. En innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del. Universitetsforlaget, Oslo 1983.

Häyhä, J., Privaträtten, traditioner och den nordiska identiteten. I: Nordisk identitet – Nordisk rätt i europeisk gemenskap. Red. P. Letto-Vanamo, Katti, Helsingfors 1998 s. 79–107. (Publikationer utgivna av Institutet för internationell ekonomisk rätt vid Helsingfors universitet 30).

Högberg, O., Kostnadseffekter av konkurrensutsättning – en studie av Stockholms stads äldreomsorg. Stockholms universitet, Företagsekonomiska institutionen, Stockholm 1996. (Institutet för kommunal ekonomi, IKE 1996:59).

Jägerskiöld, S., Staten, kronan och myndigheterna. Några anteckningar. FT 1954 s. 299–342.

Jägerskiöld, S., Svensk tjänstemannarätt. Del 1. Almqvist & Wiksell, Uppsala 1956.

Jägerskiöld, S., Om allmän förvaltningsrätt. Anteckningar om metodik och rättsåskådning. Almqvist & Wiksell, Uppsala 1958.

Kaijser, F., Om "kommunal förvaltning genom avtal". FT 1972 s. 51–92.

Kaijser, F., Frövimålet i kommunalrättsligt perspektiv. KT 1974 s. 887–892.

Kaijser, F., & Riberdahl, C., Kommunallagarna II. Kommunallagen m m. Kommunförbundets Förlag, 6 uppl., Älvsjö 1983.

Kairinen, M., Socialrätten och rättssystemet. Retfærd 47, 1989 s. 65–75.

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).

Kelsen, H., General Theory of Law and State. 20th Century Legal Philo-

sophy Series vol. I, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1945.

Ketscher, K., Offentlig børnepasning i retlig belysning. Jurist- og Økonomforbudets Forlag, København 1990. Ak. avh.

Kjellevold, A., Bruk av vilkår ved tildeling av sosiale ytelser. I: Sosial trygghet og rettssikkerhet under sosialtjenesteloven og barneverntjenesteloven. Kjønstad, A., Bernt, J. F., Kjellevold, A., & Hove, H., Alma Mater Forlag AS, Bergen 1993 s. 113–158. (Cit. 1993a).

Kjellevold, A., Bruk av avtaler i sosialtjenesten. I: Sosial trygghet og rettssikkerhet under sosialtjenesteloven og barneverntjenesteloven. Kjønstad, A., Bernt, J. F., Kjellevold, A., & Hove, H., Alma Mater Forlag AS, Bergen 1993 s. 211–231. (Cit. 1993b).

Kjellevold, A., Sosialhjelp på vilkår. Om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser. Juridisk forlag, 1995. Ak. avh.

Kleineman, J., Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, JT 1994–95 s. 621–646. (Cit. 1994–95a).

Kleineman, J., De offentligrättsliga rättssubjektens avtalskompetens – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod. JT 1994–95 s. 936–971. (Cit. 1994–95b).

Kommunal service i nya former. Balmér, P., Gabrielii, B., Kertész, T., Meuller, A., & Ögren, R., Almqvist & Wiksell, Malmö 1992. (Cit. Kommunal service i nya former).

Krarup, O., Kommunernes saakalte „privatretlige" raaden. UfR 1965 B s. 121–134.

Kristensen, O. P., Privatisering: Modernisering af den offentlige sektor eller ideologisk korstog? NAT 1984 s. 96–117.

Kristiansen, T., Kommunale garantier – en rettslig studie. Manuskript, Universitetet i Oslo 1997. Ak. avh.

Krüger, K., Norsk kontraktsrett. Alma Mater forlag AS, Bergen 1989.

Langby, E., Vinter i välfärdslandet, Brombergs, Stockholm 1993.

Latrup-Pedersen, T., [Anmälan av Staedler, B.,] Offentligrättsliga avtal. TfR 1985 s. 308–314.

Lavin, R., Kompetensfördelningsproblemet i nyare rättspraxis. I: Skrifter tillägnade Gustav Petrén. Rättsfonden & Institutet för offentlig och internationell rätt, Allmänna förlaget, Stockholm 1984 s. 61–80.

Lavin, R., Återbetalning av social ersättning. Norstedts, Stockholm 1986.

Lavin, R., Gäst hos försäkringsöverdomstolen. Norstedts, Stockholm 1991.

Lavin, R., Domstols kompetens enligt artikel 6 i Europakonventionen.

JT 1994–95 s. 731–737.

Lehrberg, B., 36 § avtalslagen och förutsättningsläran. SvJT 1986 s. 249–261.

Lehrberg, B., Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter. Iustus, Uppsala 1989. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 23). Ak. avh.

Lehrberg, B., Förutsättningsläran – en rättsregel i modern svensk rätt. SvJT 1990 s. 187–215.

Lehrberg, B., Avtalstolkning. Tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Norstedts/Fritzes, Stockholm 1994. (Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning CLV).

Lindberg, C.-O., Om besvärsprövningen av planbeslut. FT 1992 s. 465–493.

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.

Lundmark, T., Friskrivningsklausuler. Giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom. Iustus, Uppsala 1996. Ak. avh.

Lynge Andersen, L., Madsen, P. B., & Nørgaard, J., Aftaler og mellemmænd. GadJura, 3 udg., København 1997. (Cit. Lynge Andersen m.fl.).

Löfving, C., & Setterlid, R., Kommunal upphandling och näringsverksamhet inom kommuner och landsting. Norstedts, 4 uppl., Stockholm 1998.

Madell, K., Social civilrätt. Ett framtida begrepp i välfärdssverige? D-uppsats i socialt arbete, Mitthögskolan, Östersund 1996.

Madsen, P. B., Aftalefunktioner – Om aftalers indgåelse, retsvirkninger og bindende virkning. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København 1983.

Malmberg, J., Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering. Iustus, Uppsala 1997. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 54). Ak. avh.

Marcusson, L., Organisationernas roll i det offentliga styrningssystemet

enligt svensk rätt. I: Offentligrättsliga perspektiv på organisationernas verksamhet. Red. G. Bramstång, Iustus, Uppsala 1986 s. 7–20. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 8).

Marcusson, L., Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet. Iustus, Uppsala 1989. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 26). Ak. avh.

Marcusson, L., Mot en ny kommunalrätt. Om den rättsliga regleringen av kommunal verksamhet. Iustus, Uppsala 1992. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 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 sondringen mellem offentlig ret og privatret. Red. E. M. Basse & H. Zahle, Gadjura, København 1996 s. 57–79. (Cit. 1996a).

Marcusson, L., Statstjänstemannen – en art i utdöende? I: De lege, årgång 6. Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström av professorskolleger i Uppsala. Iustus, Uppsala 1996 s. 195–207. (Cit. 1996b).

Mathiassen, J., Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private. Juristforbundets forlag, København 1974. (Skrifter fra det retsvidenskabelige institut ved Københavns universitet 14). Ak. avh.

Mikkola, M., Teser om rättsvetenskaplig forskning. TfR 1981 s. 273–313.

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.

Myhrman, J., Petrén, G., & Strömholm, S., Marknadsekonomins rättsliga grundvalar. Timbro, 1987. (Cit. Myhrman m.fl.).

Mäenpää, O., Sopiva hallinto. I: Juhlajulkaisu Olavi Rytkölä 1914 – 4/2 – 1984. Turun Yliopisto, Turku 1984 s. 37–49.

Mäenpää, O., Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1989.

Nerep, E., Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet. Ju-

ristförlaget, Stockholm 1994. (Handelshögskolan i Stockholm, Rättsvetenskapliga institutionen, Skrifter nr 13).

Nerep, E., Den nya aktiebolagslagen. I: Nerep, E., & Swenson, T., Bolagsregler. Ernst & Young, Malmö 1995 s. 1–14. (EU-biblioteket nr 4/1995).

Nial, H., Från individualism till kollektivism – En utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel. I: Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957. Norstedts, Stockholm 1957 s. 190–202.

Nilsson, A., Så kallat parkeringsköp. En granskning med hänsyn till byggnadslagstiftningen. Uppsats inom ämnet offentlig rätt, Juridiska institutionen vid Lunds universitet 1989.

Norström, C., & Thunved, A., Nya sociallagarna med kommentarer, lagar och författningar som de lyder den 1 januari 1998. Norstedts, 11 uppl., Stockholm 1998.

Nybergh, F., Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner. Nordiska ministerrådet, København 1997. Nord 1997:10. Lic. avh.

Nybergh, F., Nordisk avtalsrätt. I: Nordisk identitet – Nordisk rätt i europeisk gemenskap. Red. P. Letto-Vanamo, Katti, Helsingfors 1998 s. 109–127. (Publikationer utgivna av Institutet för internationell ekonomisk rätt vid Helsingfors universitet 30).

Offentlige forvaltningsorganer som aftalepartnere. Ref. Holopainen, T., Det 28. Nordiske juristmøde, København 1978 s. 369–394 samt bilaga 11. (Cit. Nordiska juristmötet 1978).

Pagh, P., Offentlige kontrakter og EF-retten. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1992.

Papaefthymiou, S., Om forskjellen mellom offentlig rett og privatrett. Retfærd 47, 1989 s. 43–47.

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.).

Pehrson, L., Kontraheringsplikt. Liber, Skrifter utgivna av IFIM nr 1, Stockholm 1976.

Petrén, G., & Ragnemalm, H., Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar. Liber, 12 uppl. av Robert Malmgrens Sveriges grundlagar, Stockholm 1980. (Institutet för offentlig och internationell rätt.)

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).

Portin, G., Om jämkning av oskäliga avtal. FJFT 1974 s. 323–335.

Ragnemalm, H., Regeringsformen 11:6 – Överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt. FT 1976 s. 105–145. (Även i: Den enskilde och det allmänna. Studier i stats- och förvaltningsrätt. Juristförlaget, Stockholm 1987 s. 79–121). (Cit. 1976a).

Ragnemalm, H., En diskret grundlagsändring. FT 1976 s. 294–299. (Även i: Den enskilde och det allmänna. Studier i stats- och förvaltningsrätt. Juristförlaget, Stockholm 1987 s. 123–130). (Cit. 1976b).

Ragnemalm, H., Allmän plats. Om samspelet mellan politirätt, privaträtt och socialrätt. Juridiska Föreningen i Lund, Lund 1978. (Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund Nr 23).

Ragnemalm, H., Förvaltningsprocessrättens grunder. Juristförlaget, 7 uppl., Stockholm 1992.

Ramberg, J., Avtalsautonomi och den dispositiva rätten. I: Festskrift till Anders Agell, Iustus, Uppsala 1994 s. 501–512.

Ramberg, J., & Hultmark, Ch., Allmän avtalsrätt. Juristförlaget, 4 uppl., Stockholm 1996.

Rehnberg, C., & Garpenby, P., Privata aktörer i svensk sjukvård. SNS Förlag, Stockholm 1995.

Reuterskiöld, C. A., Föreläsningar i svensk stats- och förvaltningsrätt I. Statsregementet. Almqvist & Wiksell, Uppsala 1914.

Revsbech, K., Forvaltningens virksomhed. I: Forvaltningsret – Almindelige emner. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2 udg., København 1989.

Revsbech, K., Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn eller retssikkerhed. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1992.

Revsbech, K., [Anmälan av Heide-Jørgensen, M.,] Den kommunale interesse – studier over kommunalrettens udvikling. Juristen 1994 s. 417–434.

Riberdahl, C., Den kommunala barnomsorgen. FT 1978 s. 245–259.

Riberdahl, C., Om kommunal taxedifferentiering – en replik. SvJT 1983 s. 492–498.

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.

Roos, T., Beställar-utförarmodeller i rättsligt perspektiv. Svenska Kommunförbundet, Stockholm 1992.

Rosas, A., Hur går det för staten? I: Samfunn Rett Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Tano A/S, Oslo 1986 s. 529–539.

Ross, A., Sondringen mellem privat og offentlig ret. En forelæsning. TfR 1936 s. 109–125.

Ross, A., Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 2 opl., København 1966.

Rynning, E., Samtycke till medicinsk vård och behandling. En rättsvetenskaplig studie. Iustus, Uppsala 1994. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 44). Ak. avh.

Rytkölä, O., Julkisoikeudellinen sopimus. Käsite, esiintymismuodot ja oikeusvaikutukset. (Der öffentlichrechtliche Vertrag. Begriff, Erscheinungsformen und Rechtswirkungen). Suomalainen lakimiesyhdistys, Jakaja akateeminen Kirjukauppa, Vammala 1950. Ak. avh.

Rønne, A., Re-regulering af energiforsyningen. I: Suum cuique – Retsvidenskabelige afhandlinger Københavns Universitet 1991. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1991 s. 308–316.

Rønsholdt, S., Om kommunalfuldmagten og den kommunale interesse. En kommentar. I: Liv, Arbejde og Forvaltning. Til Ole Krarup på 60-årsdagen 17. marts 1995. Gad-Jura, København 1995 s. 239–264.

Sahlin, J., "Privatisering" av primärvård – några rättsfrågor. FT 1988 s. 63–71.

Sahlin, J., Något om myndighetsutövning inom hälso- och sjukvården. FT 1991 s. 308–329.

Samuelsson, P., Om rättsekonomins uppkomst och inverkan på den aktiebolagsrättsliga forskningen. SvJT 1997 s. 528–546.

Sandene, E., Ekspropriasjon eller overdragelse og oppgjør etter avtale. I: Heiderskrift til Knut Robberstad, Med lov skal land byggjast. Oslo 1969 s. 123–131.

Sandgren, C., En social avtalsrätt? JT 1992–93 s. 456–486 och s. 641–663.

Sandgren, C., Utvecklingstendenser inom avtalsrätten. I: Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Red. C. Sandgren, Norstedts, Stockholm 1993 s. 89–136.

Sandgren, C., En social avtalsrätt – än en gång. JT 1993–94 s. 929–933.

Sandgren, C., A Social Law of Contract. 37 Scandinavian Studies in Law 1995 s. 159–192.

Sandgren, C., Om empiri och rättsvetenskap. JT 1995–96 s. 726–748 och s. 1035–1059.

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.

Sigeman, T., Tjänstetillsättning vid universitet och högskolor. Rättsfrågor i överklagandenämndens praxis. Iustus, Uppsala 1997. (Tidigare publicerad i: Festskrift till Stig Strömholm, Iustus, Uppsala 1997 s. 769–794.).

Simonsen, L., Prekontraktuelt ansvar. Det alminnelige prekontraktuelle ansvar. Ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser. Universitetsforlaget, Oslo 1997. Ak. avh.

Sisula-Tulokas, L., Går vi mot en splittrad avtalsrätt? FJFT 1991 s. 196–206.

Sköldborg, T., Systemprovokationer eller rationella lösningar – om olika aktörers syn på privatisering i den kommunala miljön. I: Offentlig eller privat? Om privatisering og grensen for offentlig ansvar. Red. H. Bogen & O. Langeland, Fagbevegelsens senter for forskning, utredning og dokumentasjon rapport nr 78, Oslo 1988 s. 275–289.

Smith, E., Avtaler som forvaltningsvedtak. Lov og rett 1978 s. 304–325.

Spencer, K., Assessing Alternative Forms of Service Provision. Local Governmental Studies, No. 2, 1984.

Staedler, B., Offentligrättsliga avtal. Myndigheters och andra offentliga organs avtal med varandra och med enskilda. Norstedts, Stockholm 1983.

Staedler, B., Förvaltningsrätt i Högsta domstolens praxis 1976–1981. FT 1984 s. 105–143.

Sterzel, F., Studier rörande den kommunala besvärsprocessen. Norstedts, Stockholm 1963.

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.

Stone, Ch. D., Corporate Vices and Corporate Virtues: Do Public/Private Distinctions matter? University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia 1982 s. 1441–1509.

Stridbeck, U., Från kontrakt till social rättighet. En analys av förhållandet

mellan eldistributör och abonnent. Lund University Press, Studentlitteratur, Lund 1992. (Lund studies in law and society 2). Ak. avh.

Stridbeck, U., Från status till kontrakt och tillbaka igen? JT 1993–94 s. 149–168.

Strömberg, H., Om rättsförhållandet mellan offentliga anstalter och deras nyttjare. C.W.K. Gleerup, Lund 1949. (Skrifter utgivna av juridiska fakulteten i Lund X). Ak. avh.

Strömberg, H., Den lokala förordningsmakten. C.W.K. Gleerup, Lund 1954. (Skrifter utgivna av juridiska fakulteten i Lund XVII).

Strömberg, H., Under vilka förutsättningar bör enligt svensk förvaltningsrätt en förvaltningsakt anses som en nullitet? FT 1955 s. 112–125.

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. Juridiska föreningen i Lund, 2 uppl., Lund 1989. (Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund Nr 51).

Strömberg, H., Speciell förvaltningsrätt. Liber-Hermods, 13 uppl., Malmö 1995. (Cit. 1995a).

Strömberg, H., Kommunalrätt. Liber-Hermods, 15 uppl., Malmö 1995. (Cit. 1995b).

Strömberg, H., Allmän förvaltningsrätt. Liber-Hermods, 18 uppl., Malmö 1997. (Cit. 1997a).

Strömberg, H., Sveriges författning. Studentlitteratur, 15 uppl., Lund 1997. (Cit. 1997b).

Strömholm, S., Avtalsfrihetens komponenter – ett analysförsök. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987. Norstedts, Stockholm 1987 s. 531–549.

Strömholm, S., Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. Norstedts, 5 uppl., Stockholm 1996. (Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning CIX).

Stuevold Lassen, B., Kontraktsrettslig representasjon. En lærebok med et avsnitt om kommisjon. Universitetsforlaget, 2 utg., Oslo 1992.

Ståhlberg, K. J., Finlands förvaltningsrätt. Allmänna delen. Norstedts, 2 uppl., Stockholm 1940.

Sundberg, H. G. F., Grunddragen av Allmän förvaltningsrätt. Norstedts, Stockholm 1943.

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.
Sylvan, Ch., Riktlinjer för tillämpning av parkeringsköp i Eskilstuna kommun. 1993-06-23.
Söderlind, D., & Petersson, O., Svensk förvaltningspolitik. Diskurs Förlag, 2 uppl., Uppsala 1988.
Taxell, L. E., Avtalsrättens normer. Några riktlinjer. Åbo akademis förlag, Åbo 1987.
Taxell, L. E., Sociala drag i avtalsrätten. I: Lov, dom og bok, Festskrift til Sjur Brækhus 19. juni 1988. Universitetsforlaget, Oslo 1988 s. 525–534.
Taxell, L. E., Avtalsrätt. Bakgrund – sammanfattning – utblick. Juristförlaget, Stockholm 1997.
Thunved, A., Privatisering av socialtjänsten. Om rättssäkerheten för den enskilde. Publica, Stockholm 1993.
Tolonen, H., Det privata och det offentliga rättsområdet, I: Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Red. C. Sandgren, Norstedts, Stockholm 1993 s. 65–72.
Trolle, J., Kommunernes rådighed over fast ejendom. UfR 1965 B s. 25–27.
Tuori, K., Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin? I: Rättsdogmatikens alternativ. Red. K. Tuori, Juridica, Tammerfors 1988.
Turpin, C. C., Government contracts. Penguin Books Ltd, Harmondsworth, Middlesex 1972.
Turpin, C. C., Public Contracts. I: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII Contracts in general, chapter 4. 1982 s. 1–48.
Turpin, C. C., Government procurement and contracts. Longman, Harlow, Essex 1989.
Unger, S., Får myndighet i avtal åtaga sig att iakttaga sekretess? I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987. Norstedts, Stockholm 1987 s. 569–580.
Ussing, H., Aftaler paa Formuerettens Omraade. G.E.C. Gads forlag, 3 uppl., København 1950.
Vodal, R., Omgjøring av avtaler og vedtak – Er det forskjeller i omgjøringsadgangen om man anser en avgjørelse som en avtale om utø-

velse av forvaltningsmyndighet eller som et begunstigende forvaltningsvedtak? Spesialfagsavhandling innleveret våren 1995 ved det Juridiske fakultet, Universitetet i Oslo 1995.

Vogter, J., Forvaltningsloven med kommentarer. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2 udg., København 1992.

Wahlgren, I., Vem tröstar Ruth? En studie av alternativa driftsformer i hemtjänsten. Företagsekonomiska institutionen, Stockholms universitet, Stockholm 1996. Ak. avh.

Warnling-Nerep, W., Har det kommunalrättsliga pantsättningsförbudet något berättigande i 1991 års kommunallag? FT 1992 s. 279–298.

Warnling-Nerep, W., Om rättelse av förvaltningsbeslut, särskilt högskolebetyg. FT 1993 s. 227–269.

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.

Wennergren, B., Offentlig förvaltning. Norm – beslut – delegation – tillsyn. FT 1994 s. 123–151.

Wennergren, B., Handläggning. Hur förvaltningsärenden behandlas i stat och kommun. Fritzes, 19 uppl., Stockholm 1996.

Werlauff, E., Ultra vires doktrinen og publicitetsdirektivet. TfR 1995 s. 780–811.

Westerberg, O., Om rättskraft i förvaltningsrätten. AB Nordiska bokhandeln, Stockholm 1951.

Westerberg, O., Allmän förvaltningsrätt. AB Nordiska bokhandeln, 3 uppl., Stockholm 1978.

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.

Westman, E. G., Om kommunala nämnders delegationsrätt. FT 1953 s. 1–9.

Westman, E. G., Kommunal förvaltning genom avtal. Norstedts, Stockholm 1971. (Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning LVIII).

Wilhelmsen, T.-L., Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet. TfR 1995 s. 1–246.

Wilhelmsson, T., Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna. Retfærd 33, 1986 s. 31–40.

Wilhelmsson, T., Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Juristförbundets förlag, Helsinki 1987.

Wilhelmsson, T., Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation. I: Perspectives of Critical Contract Law. Ed. T. Wilhelmsson, Dartmouth, Aldershot 1993 s. 9–52.

Wilhelmsson, T., En social avtalsrätt? – Några kommentarer. JT 1993–94 s. 499–508.

Wilhelmsson, T., Social Contract Law and European Integration. Dartmouth, Aldershot 1995. (Cit. 1995a).

Wilhelmsson, T., Standardavtal. Om avtalsbundenhet och oskäliga avtalsvillkor. Juristförbundets förlag, Helsingfors 1995. (Cit. 1995b).

Wilhelmsson, T., Avtal och jämlikhet. SvJT 1997 s. 505–527.

Wittrock, M., Föreskriftsmakten. Statsrättsliga undersökningar på grundval av regeringsformen, konstitutionell praxis och doktrin. Iustus, Uppsala 1986. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 10). Ak. Avh.

Woxholth, G., Forvaltningsloven med kommentarer. Juridisk Forlag, 2 utg., Oslo 1993.

Woxholth, G., Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning. Ad Notam Gyldendal, 2 utg., Oslo 1997.

Zahle, H., Dansk forfatningsret I. Institutioner og regulering. Christian Ejlers' Forlag, København 1989.

Åhman, O., Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten. Om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt. Iustus, Uppsala 1997. (Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 57). Ak. avh.

Åström, K., Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning. En studie av parallella normbildningsprocesser. Lund University Press, Studentlitteratur, Lund 1988. (Lund studies in law and society 1). Ak. avh.

3 Rättspraxis och övriga avgöranden

3.1 Avgöranden i högsta domstolen

NJA 1874 s. 531 326
NJA 1887 s. 214 207, 382, 388, 551
NJA 1899 s. 259 358
NJA 1899 s. 313 494
NJA 1910 s. 670 207, 326, 375
NJA 1912 s. 189 191
NJA 1914 s. 475 486
NJA 1917 s. 133 156
NJA 1917 s. 632 431 f.
NJA 1924 s. 458 310, 333
NJA 1930 s. 382 315, 333
NJA 1930 s. 386 310, 333
NJA 1930 s. 391 315, 333
NJA 1930 s. 403 315, 350, 357, 555
NJA 1930 s. 615 333, 337
NJA 1931 s. 345 207, 326, 327, 333, 388, 551
NJA 1931 s. 686 427
NJA 1934 s. 663 171
NJA 1938 s. 165 171, 327
NJA 1938 s. 617 109
NJA 1939 s. 209 427
NJA 1939 s. 658 171
NJA 1941 s. 563 108
NJA 1942 s. 251 350
NJA 1943 s. 66 84
NJA 1944 s. 653 327, 427
NJA 1946 s. 122 334
NJA 1946 s. 679 523
NJA 1949 s. 305 173
NJA 1951 s. 297 137, 171, 173
NJA 1952 s. 47 176, 327
NJA 1955 s. 476 140, 327
NJA 1956 s. 217 357
NJA 1959 s. 238 66
NJA 1960 s. 586 109
NJA 1961 s. 658 334, 336
NJA 1963 s. 84 140, 176, 327

NJA 1964 s. 454 109
NJA 1965 s. 420 462
NJA 1966 A 16 314
NJA 1967 s. 497 140, 186
NJA 1970 s. 72 488
NJA 1973 s. 725 323, 325, 365, 555
NJA 1974 s. 430 465
NJA 1974 s. 590 138, 209, 526
NJA 1976 s. 139 517
NJA 1976 s. 391 382
NJA 1976 s. 644 517
NJA 1977 s. 25 310, 334, 335, 336
NJA 1977 s. 68 377 ff., 384
NJA 1977 s. 138 405
NJA 1977 s. 235 517
NJA 1977 s. 247 174
NJA 1978 s. 389 207, 313, 382, 388, 551
NJA 1979 s. 483 404
NJA 1980 s. 1 105, 148, 276, 298, 376, 401, 407, 419, 427, 454, 463 f., 473, 474 f., 476, 490, 557, 559
NJA 1980 s. 352 489
NJA 1981 s. 269 316, 488 ff., 491 f., 563
NJA 1981 s. 640 186
NJA 1981 s. 837 174
NJA 1983 s. 680 97, 226 f., 294, 435, 505
NJA 1983 s. 865 405
NJA 1985 s. 717 332, 336
NJA 1986 s. 495 400
NJA 1987 s. 211 380, 388, 551
NJA 1987 s. 710 348
NJA 1988 s. 26 73, 131, 189
NJA 1988 s. 457 190
NJA 1988 s. 503 408
NJA 1989 s. 191 127
NJA 1989 s. 224 408
NJA 1990 s. 442 423
NJA 1992 s. 375 310, 325, 327 f., 351, 355, 379, 555
NJA 1993 s. 700 186
NJA 1994 s. 10 190

NJA 1994 s. 204 210
NJA 1994 s. 359 522 ff., 525, 527
NJA 1994 s. 442 140
NJA 1994 s. 657 62
NJA 1995 s. 437 342
NJA 1995 s. 677 412
NJA 1997 s. 307 432
NJA 1998 s. 37 492
Högsta domstolens beslut 1997-07-11 (Mål nr Ö 5486/96) 326

3.2 Arbetsdomstolens domar

AD 1979 nr 143 495 f.
AD 1982 nr 83 322, 334, 336, 390, 553
AD 1982 nr 105 244
AD 1982 nr 123 240
AD 1984 nr 28 506
AD 1985 nr 57 240, 506
AD 1985 nr 129 87, 126
AD 1990 nr 58 322, 341
AD 1996 nr 66 87
AD 1997 nr 148 365

3.3 Rättsfall från regeringsrätten

RÅ 1922 ref. 65 356
RÅ 1923 ref. 65 427, 473, 556
RÅ 1926 ref. 44 375
RÅ 1928 ref. 47 500
RÅ 1928 ref. 65 191
RÅ 1929 S. 366 357
RÅ 1930 ref. 31 427 f., 473, 556
RÅ 1934 ref. 12 375
RÅ 1944 ref. 16 66, 129
RÅ 1944 S. 407 147
RÅ 1944 S. 408 147
RÅ 1948 ref. 19 319
RÅ 1949 ref. 10 327
RÅ 1951 I. 236 382
RÅ 1953 ref. 15 397
RÅ 1957 ref. 23 397

RÅ 1957 ref. 28 176
RÅ 1957 ref. 47 176
RÅ 1958 ref. 7 140
RÅ 1958 ref. 24 100, 140, 147
RÅ 1958 E. 76 147
RÅ 1960 ref. 32 500
RÅ 1961 I. 3 313
RÅ 1961 I. 72 508 f.
RÅ 1962 I. 45 526
RÅ 1963 ref. 42 257, 449
RÅ 1965 ref. 38 317
RÅ 1967 ref. 25 255, 299, 466, 476, 531, 549, 563
RÅ 1967 K. 1200 376
RÅ 1968 ref. 8 66, 173, 269, 275, 297, 298, 428, 473, 548, 556, 559
RÅ 1968 ref. 78 498
RÅ 1968 K. 441 522
RÅ 1969 K. 671 382
RÅ 1970 C. 288 187
RÅ 1971 ref. 12 318
RÅ 1971 C. 345 257, 449
RÅ 1972 ref. 2 498
RÅ 1973 C. 77 195
RÅ 1973 S. 31 227
RÅ 1974 A 1635 191
RÅ 1974 A 1696 468
RÅ 1974 A 2081 192
RÅ 1975 ref. 23 187
RÅ 1975 ref. 73 317
RÅ 1975 Ab 487 275, 298, 559
RÅ 1976 ref. 49 191
RÅ 1976 ref. 51 219
RÅ 1976 ref. 56 397
RÅ 1976 ref. 88 345
RÅ 1977 ref. 15 207
RÅ 1977 ref. 38 220, 224 f.
RÅ 1977 ref. 53 138
RÅ 1977 ref. 55 172, 282 f.
RÅ 1977 ref. 126 449
RÅ 1977 Ab 37 397

RÅ 1977 Ab 126 397
RÅ 1977 Ab 203 208
RÅ 1977 Ab 463 172
RÅ 1978 2:14 236
RÅ 1978 2:36 269, 275, 297, 298, 548, 559
RÅ 1978 Bb 40 313, 390
RÅ 1979 2:24 236
RÅ 1979 2:32 225
RÅ 1979 Ab 15 313
RÅ 1979 Ab 51 313
RÅ 1979 Ab 59 397
RÅ 1979 Ab 132 313
RÅ 1980 2:12 203
RÅ 1980 2:22 229
RÅ 1980 2:54 188
RÅ 1980 Ab 48 182
RÅ 1980 Ab 53 202
RÅ 1980 Ab 56 188
RÅ 1980 Ab 425 255
RÅ 1980 Bb 181 188
RÅ 1980 Bb 237 138
RÅ 1981 2:55 191, 229
RÅ 1981 Ab 60 188
RÅ 1981 Ab 217 188
RÅ 1981 Ab 381 312
RÅ 1981 Ab 393 188
RÅ 1982 2:62 227, 228, 295, 435
RÅ 1982 Ab 313 204
RÅ 1984 2:22 500
RÅ 1984 2:25 202
RÅ 1985 2:19 191
RÅ 1986 ref. 176 167
RÅ 1987 ref. 17 186
RÅ 1989 ref. 89 200, 368
RÅ 1991 ref. 19 182
RÅ 1991 ref. 59 255, 299, 466, 476, 531, 549, 563
RÅ 1991 ref. 60 317
RÅ 1991 ref. 85 317, 318
RÅ 1992 ref. 10 512

RÅ 1992 ref. 31 228
RÅ 1992 ref. 71 182
RÅ 1992 ref. 78 192
RÅ 1992 ref. 87 176
RÅ 1993 ref. 47 318
RÅ 1993 ref. 98 188
RÅ 1994 ref. 72 312, 389
RÅ 1995 ref. 7 186
RÅ 1995 ref. 24 185
RÅ 1995 ref. 58 62
RÅ 1995 ref. 89 188
RÅ 1995 ref. 90 278
RÅ 1996 ref. 50 155
RÅ 1996 ref. 100 154
RÅ 1996 not. 258 155
RÅ 1997 ref. 45 185
RÅ 1997 ref. 47 182 f.
RÅ 1997 ref. 65 62
RÅ 1997 ref. 66 267 f.
RÅ 1997 not. 138 280
RÅ 1998 ref. 11 198
RRK 75 2:41 207, 321, 500
Regeringsrättens dom 1997-06-03 (Mål nr 3871-1995) 182 f.
Regeringsrättens dom 1997-06-03 (Mål nr 5907-1995) 182 f.

3.4 Rättsfall från marknadsdomstolen

MD 1975:16 411
MD 1976:15 411
MD 1979:4 414
MD 1983:5 412
MD 1985:16 410, 437, 522
MD 1994:21 411 f.
MD 1996:6 414, 447
MD 1997:19 415

3.5 Publicerade hovrättsavgöranden

SvJT 1953 rf s. 2 80
SvJT 1973 rf s. 83 314
RH 14:80 495

RH 15:84 201
RH 42:85 402 f.
RH 1986:138 209
RH 1994:121 526, 527
RH 1995:6 227, 295. 435
RH 1996:159 334 f., 336
RH 1997:56 74
RH 1997:93 296, 441

3.6 Opublicerade hovrättsavgöranden

Svea hovrätts dom 1955-10-20 (Mål nr B 305/1955) 527 ff,
Svea hovrätts dom 1981-09-23, DT 6 (Mål nr T 743/80) 489
Göta hovrätts dom 1982-04-02, DT 48 (Mål nr T 24/81) 454
Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 1985-11-12
(Mål nr Ö 673/85) 314 f.
Göta hovrätts dom 1986-05-29, DT 100 (Mål nr 286/85) 406 f.
Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 1988-06-21, DT 5133
(Mål nr T 130/88) 110 f.
Hovrättens för Västra Sverige dom 1990-04-24, DT 19
(Mål nr T 436/87) 234–238
Hovrättens för Västra Sverige beslut 1994-04-22
(Mål nr T 550/90) 30, 263
Hovrättens för Västra Sverige dom 1996-01-10, DT 1
(Mål nr T 698/94) 336 f.
Svea hovrätts dom 1996-08-20 (Mål nr T 584/95)
340, 379 ff., 388, 426, 557
Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 1996-12-12
(Mål nr T 283-96) 323
Svea hovrätts dom 1997-02-17 (Mål nr T 828/96) 433 f.
Svea hovrätts dom 1997-06-05 (Mål nr T 1178/95) 63, 97, 227 f., 295,
426, 436, 521, 557
Hovrättens för Västra Sverige dom 1997-09-15
(Mål nr T 1085/94) 456 ff., 531
Svea hovrätts dom 1997-09-23, DT 6 (Mål nr T 115/97) 441, 447
Svea hovrätts dom 1998-01-19, DT 3 (Mål nr T 1694/96) 447

3.7 Avgöranden från kammarrätterna

Kammarrättens i Göteborg beslut 1979-04-05 (Mål nr 3891-1978) 449
Kammarrättens i Sundsvall dom 1985-12-20 (Mål nr 3047-1985) 209

Kammarrättens i Sundsvall dom 1986-06-26 (Mål nr 5238-1985) 209
Kammarrättens i Sundsvall dom 1988-06-14 (Mål nr 2759-1987) 209 f.
Kammarrättens i Stockholm dom 1989-04-18 (Mål nr 6305-1988) 213
Kammarrättens i Sundsvall beslut 1992-08-27 (Mål nr 4605-1992) 385
Kammarrättens i Sundsvall dom 1992-09-30 (Mål nr 1099-1992) 175
Kammarrättens i Jönköping dom 1992-12-18
(Mål nr 1187-1992) 260 f.
Kammarrättens i Göteborg dom 1994-07-01 (Mål nr 8034-1992) 143
Kammarrättens i Jönköping dom 1996-03-25 (Mål nr 5779-1994) 261
Kammarrättens i Jönköping beslut 1996-09-17 (Mål nr 3487-1996) 62
Kammarrättens i Stockholm dom 1997-02-28 (Mål nr 5125-1996) 241
Kammarrättens i Stockholm dom 1997-04-23 (Mål nr 7986-1996) 212
Kammarrättens i Stockholm dom 1997-07-11 (Mål nr 2300-1997) 183
Kammarrättens i Stockholm dom 1998-06-05 (Mål nr 233-1997) 184

3.8 Tingsrättsavgöranden

Ljungby tingsrätts dom 1989-05-19, DT 63 (Mål nr T 4/87) 453
Halmstads tingsrätts dom 1990-10-19, DT 446 (Mål nr T 597/89) 263
Östersunds tingsrätts beslut 1995-09-08 (Mål nr T 538/94) 264
Lindesbergs tingsrätts dom 1996-03-22, DT 80 (Mål nr T 342/94) 427
Lunds tingsrätts dom 1997-07-01 (Mål nr T 1795-96) 427
Stockholms tingsrätts dom 1997-12-08 (Mål nr T 7-622-97) 427
Stockholms tingsrätt dom 1998-03-20 (Mål nr T 10-756-95)
413, 516 f., 519

3.9 Länsrättsavgöranden

Länsrättens i Kronobergs län dom 1996-03-13 (Mål nr 1641-95) 184

3.10 JK-beslut

JK 1985 s. 171 189
JK 1994 s. 44 192

3.11 JO:s ämbetsberättelse

JO 1957 s. 233 317
JO 1960 s. 393 428, 473, 556
JO 1962 s. 438 177
JO 1967 s. 373 502
JO 1968 s. 357 420
JO 1972 s. 389 499 f.
JO 1972 s. 486 100

JO 1973 s. 429 420
JO 1974 s. 317 321
JO 1974 s. 519 128
JO 1977/78 s. 371 277
JO 1977/78 s. 410 128
JO 1979/80 s. 334 130
JO 1979/80 s. 514 130
JO 1980/81 s. 308 228
JO 1982/83 s. 385 277, 298, 560
JO 1985/86 s. 402 178
JO 1986/87 s. 297 189
JO 1987/88 s. 258 498
JO 1988/89 s. 400 73, 131, 132
JO 1989/90 s. 415 132
JO 1990/91 s. 347 143
JO 1992/93 s. 286 227
JO 1992/93 s. 539 143
JO 1993/94 s. 429 376
JO 1994/95 s. 367 498
JO 1994/95 s. 466 179
JO 1995/96 s. 412 319

3.12 Opublicerade JO-beslut

JO-beslut 1975-04-04, Dnr 917/73 177
JO-beslut 1990-11-19, Dnr 2151-1990 360
JO-beslut 1991-05-15, Dnr 1021-1991 275
JO-beslut 1996-05-08, Dnr 1643-1996 184

3.13 Nordisk Domssamling (NDs)

NDs 1992 s. 692 IsH 403
NDs 1996 s. 353 FiH 315 f.

3.14 Dansk praxis; Ugeskrift for retsvæsen (UfR)

UfR 1938 s. 280 H 279
UfR 1956 s. 289 H 279
UfR 1963 s. 349 H 279, 420 f., 502
UfR 1964 s. 477 Ø 278 f.
UfR 1965 s. 209 Ø 419
UfR 1971 s. 351 Ø 532

UfR 1976 s. 359 H 484
UfR 1980 s. 343 H 503
UfR 1982 s. 256 Ø 230
UfR 1984 s. 735 H 507
UfR 1991 s. 454 Ø 335
UfR 1992 s. 793 Ø 264
UfR 1994 s. 344 H 156
UfR 1994 s. 545 H 434

3.15 Redogörelser och meddelanden från Finlands Högsta Domstol (FiHD) samt Finska Högsta Förvaltningsdomstolens årsbok (HFD)

FiHD 28.9.1960 t. 2070 287
FiHD 1974 II 80 491
FiHD 1986 II 78 401
HFD 1969-II-119 60 f.
HFD 1993 A 10 (HFD 11.8.1993 t. 2752) 61, 63

3.16 Norsk praxis; Norskt retstidene (Rt) och Rettens gang (RG)

Rt 1932 s. 733 325
Rt 1933 s. 385 315, 364
Rt 1937 s. 424 364
Rt 1939 s. 728 353
Rt 1955 s. 1155 477
Rt 1956 s. 1180 333, 530
Rt 1957 s. 522 114
Rt 1961 s. 1372 477
Rt 1962 s. 369 511
Rt 1964 s. 209 429
Rt 1964 s. 534 506 f.
Rt 1969 s. 1 532
Rt 1970 s. 637 507
Rt 1971 s. 228 305, 364, 366, 373
Rt 1973 s. 107 287, 330
Rt 1975 s. 246 374, 492, 532
Rt 1975 s. 591 396, 491
Rt 1975 s. 620 287, 374, 492, 531 ff.
Rt 1975 s. 882 114, 366
Rt 1979 s. 995 429

Rt 1981 s. 462 305, 532
Rt 1985 s. 1355 477
Rt 1991 s. 858 230, 307, 521
Rt 1992 s. 1235 330
Rt 1992 s. 1642 307, 315, 357
Rt 1994 s. 400 230, 307, 521
Rt 1995 s. 1333 363, 524
Rt 1995 s. 1688 307, 330, 363
RG 1950 s. 731 320, 332
RG 1969 s. 325 428 f., 473, 556
RG 1972 s. 157 491
RG 1973 s. 211 305, 366
RG 1985 s. 507 525
RG 1992 s. 1296 530
RG 1993 s. 519 366
RG 1994 s. 517 307, 372 f.

3.17 Rättsfall från EG-domstolen

C-14/83 von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, (1984) REG s. 1891 27

3.18 Avgöranden från klagenævnet for Udbud

KFU, Kendelse af 3. november 1994, Vognmann Kenn Sonne mod Bornholms Fælleskommunale Affaldsbortskaffelse 157
KFU, Kendelse af 7. juni 1996, Det Danske Handelskammer mod Horsens Kommune 491
KFU, Kendelse af 11. oktober 1996, Ansatte i Odense Kommune mod Odense Kommune 153

3.19 Övriga avgöranden

Hyresnämnden/Arrendenämndens i Jönköping beslut 1993-11-15 (Mål nr A 364/93) 30
Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King [1921] 3 K.B. 500–504 515
Skiljedom meddelad i Uppsala den 7 januari 1985 (Håstad) 261 f., 265, 455 f., 460 f.
Skiljedom meddelad i Malmö den 2 juli 1996 (Landahl, Engstrand & Losman) 207, 311

Sakregister

affärsverksamhet 73, 121, 130, 132, 190 f., 196 f.
allmän plats 175–179, 273, 275, 327, 428, 546
allmänt intresse, se intresseprincipen
anställningsförhållanden 87, 126, 142 f., 154, 183, 244, 246, 249, 251, 300, 336, 364 ff., 495 f., 506, 552 f.

barnomsorgspeng 186, 248
behörighetsöverskridande 302 f., 326, 334, 341 f., 357
beslut av rent förberedande art 143, 150, 316, 319
beslut av rent verkställande art 150, 316, 319, 320, 376
beställar-utförarnämnder 23, 153 f., 232, 313
bolagsordning 342, 351
bygglov 131, 139, 148, 254 f., 266 f., 276 f., 290 f., 371, 448 ff., 462 ff., 530 f., 544, 548 f., 556

culpa
– bedömning 360, 496
– in contrahendo 352, 370

détournement de pouvoir, se illojal maktanvändning
differentiering av avgifter 139, 176, 186, 234
dispositiv lagstiftning 98 f., 107, 430, 432, 479, 509 f., 559

enskild rätt kränkt 397

fast egendom 74, 114, 129, 255, 268, 278 f., 310, 317, 414 f., 416
fastighetsköp 74, 78, 108, 207, 323, 327, 376 f., 380 ff., 385, 406, 418, 465 f., 468 f., 546, 559
force majeure 439 f., 482
formkrav 82, 83, 108, 207, 342, 380 ff., 385, 555, 559
friskrivning 402, 404, 405, 414, 469, 559
frivillig verksamhet 170 f., 203, 437, 545 f.
fullgörelse 83, 313, 439, 502, 509, 526, 561
förordningsmakt, kommunal 513, 517 ff., 528 f.
förtroendevalda 312 f., 316, 321

gatukostnad 208, 269, 273, 277 f.

handelsbruk 107, 109, 116, 543
Hedfeldts-doktrinen 397
hälso- och sjukvård 88, 97, 167, 197, 234–238, 249, 423, 442 f., 504
hävning av avtal 80, 82, 104, 178, 199, 233 f., 242, 250, 252, 289, 398, 403, 433 f., 437, 439, 442, 445, 454, 458, 481, 483 f., 485, 493, 495 f., 497, 504, 509, 525, 551, 561, 564

illojal maktanvändning 117, 142,

147 ff., 396, 425 f., 428 f., 456, 459, 544
intresseprincipen 181, 187, 222, 546
in dubio contra stipulatorem, se oklarhetsregeln
indexklausul 158, 478, 495
indispositiv lagstiftning, se tvingande lagstiftning

JO:s tillsyn 23, 55, 128, 146, 184, 198, 205
jäv 130, 142 f., 198, 213, 251, 342, 444

kombinationsfullmakt 366 f.
kommunala företag 23, 132, 138, 153, 187, 191, 194–198, 202, 204, 210, 225, 566
kommunalråd 318, 321, 322, 334, 336, 338, 363, 379, 553 f.
kommunfullmäktige
– beslut 41, 134, 143, 149 f., 165, 175, 182 f., 200, 207, 255, 275, 310 f., 333, 351, 372, 451, 468, 497, 518, 555, 563
– delegationsrätt 316–321, 362 ff.
kommunmedlem 55, 135, 149 f., 167, 171, 185, 206 f., 228, 235, 282, 347, 519
kommunstyrelse 131, 149, 210, 255, 310 f., 314, 316, 345, 370 ff.
konsument
– köp 76, 79, 140, 559
– fordran 227, 408, 435
– skydd 27, 55, 57, 89, 91 f., 99 f., 109, 111, 325, 404, 408, 409–415, 462, 485, 542
kontrakterade familjehem 205

laga kraft 189, 191, 207, 210, 247, 252, 255, 257, 269, 280, 325–329, 349, 358, 375 f., 382, 466, 468, 472, 549, 551, 554, 561
likställighetsprincipen 74, 99 ff., 138 ff., 172, 174 f., 182 f., 185 ff., 222, 267 f., 272 f., 282 f., 318, 414, 424 f., 520, 522 f., 546
lokaliseringsprincipen 181, 190 f., 213, 546

marknadsdomstolen 156, 409–415, 522

nullitet 150, 207, 234, 321, 326 f., 330, 334, 499 f., 556
näringsidkare 92, 98 ff., 111, 178, 227, 408, 409–415, 485, 493

obligatorisk verksamhet 167 f., 204, 212, 227
offentlighet 42, 55, 128, 145 f., 198, 204 ff.
oklarhetsregeln 110 f., 411
organställning 312, 321, 339, 364, 552

pantsättning 74
partsbruk, se handelsbruk
preskription 227, 408, 526
proportionalitetsprincipen 181

renhållningsavgifter 138, 548
resultatenheter 21
retroaktivitetsförbudet 191 f., 511–517, 546
rättskraft
– negativ 65, 284, 498 ff., 501, 560
rättsprövning 280, 317

sale and lease back-affärer 74
sedvänja, se även handelsbruk 107, 331 f., 335, 343, 347, 364 ff., 370, 552 f.
sekretess 145 f., 198, 205, 213, 244, 246, 249, 251, 439, 442, 444 f., 566

självkostnadsprincipen 136, 138 ff., 172, 175, 187, 189 ff., 226 f., 267, 410, 519, 522, 526, 546, 559, 562
skadeståndsansvar
– i avtalsförhållanden 84, 101, 276, 282, 287, 302 f., 308, 327 f., 330, 354, 374, 382, 470, 493, 508, 528, 533, 564 f.
– vid myndighetsutövning 101, 124, 127 f., 307, 309, 323, 399
sotningsavgifter 134, 137, 139, 548
spekulativ företagsverksamhet 21, 181, 189, 546
standardvillkor 84 f., 110, 156, 411
statsbidrag 54, 168, 225
straffansvar vid myndighetsutövning 42, 127 f., 132, 142, 148, 189, 205, 309, 399, 465, 544
synbarhetsrekvisit 333, 486, 493, 564

tandvård
– entreprenaddriven 195
– taxor 136
tjänstefel, se straffansvar vid myndighetsutövning
toleransfullmakt 366
tvingande lagstiftning 66, 107, 142, 273, 337, 342, 343, 432, 479, 510, 559
ultra vires 304, 360
underlägsen ställning 104, 263, 395, 401, 404, 406, 420, 462
underastöd åt enskilda 181 f., 546
understöd åt enskildt företag 184, 187 ff., 207, 315, 413, 546
uppdragstagare 205 f.

vatten- och avloppsavgifter 73, 99, 137 f., 172, 174 f., 186, 208 f., 270, 397, 522–526, 548
vinstdrivande näringsverksamhet, se spekulativ företagsverksamhet
väsentlighetsrekvisit 84, 244, 246, 251, 254, 433, 439, 442 f., 445 f., 486, 488 f., 491, 493, 496, 497, 504, 513, 564

återgång av beslut 325, 376

ändrade förhållanden 83, 106, 117, 439, 481 f., 485, 491, 501, 505, 524, 569
ändring av beslut 192, 284, 498 ff.

TOM-ERIK MADELL

Det allmänna som avtalspart

– särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar

Bokens tema är det allmänna som avtalspart och de särskilda problem som uppstår när stat och kommun ingår avtal.

Framställningen tar i första hand sikte på avtal som ingås inom den kommunala sektorn; främst inom det social- och skolrättsliga området samt inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. Bl.a. analyseras frågor om

- uppdelning i offentlig rätt och privaträtt,
- kommunens kompetens att ingå avtal utifrån kommunallagen och speciallagstiftning,
- befogenhet att ingå avtal för kommunens räkning,
- tidpunkt för parternas bundenhet,
- de interna effekterna av att ett beslut om att ingå ett avtal upphävs,
- de externa effekterna, dvs. de civilrättsliga konsekvenserna, av att ett beslut om att ingå avtal upphävts i förvaltningsrättslig ordning,
- kommunens möjligheter att ställa krav på motpart vid avtalsingående,
- det allmännas möjligheter att ensidigt ändra förutsättningarna för ingångna avtal samt,
- de faktorer som påverkar tolkningen av avtal som kommunen ingått.

Vidare redovisas en mängd rättspraxis samt svensk och nordisk doktrin. Boken innehåller även en rad avtalsexempel, t.ex. entreprenadavtal inom barn- och äldreomsorg, ramavtal med behandlingshem, avtal om parkeringsköp, plankostnadsavtal och genomförandeavtal.

Tom-Erik Madell är verksam vid Rättsvetenskapliga institutionen, Umeå universitet.

ISBN 91-39-00311-6

NORSTEDTS JURIDIK AB NJ

BESTÄLLNINGAR: NORSTEDTS JURIDIK AB · KUNDTJÄNST · BOX 6454 · 113 82 STOCKHOLM
FAX 08-690 90 30 · TEL 08-690 96 96 · VÄXEL 08-690 91 00

TOM-ERIK MADELL

Det allmänna som avtalspart

– särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar

Bokens tema är det allmänna som avtalspart och de särskilda problem som uppstår när stat och kommun ingår avtal.

Framställningen tar i första hand sikte på avtal som ingås inom den kommunala sektorn; främst inom det social- och skolrättsliga området samt inom ramen för plan- och bygglagstiftningen. Bl.a. analyseras frågor om

- uppdelning i offentlig rätt och privaträtt,
- kommunens kompetens att ingå avtal utifrån kommunallagen och speciallagstiftning,
- befogenhet att ingå avtal för kommunens räkning,
- tidpunkt för parternas bundenhet,
- de interna effekterna av att ett beslut om att ingå ett avtal upphävs,
- de externa effekterna, dvs. de civilrättsliga konsekvenserna, av att ett beslut om att ingå avtal upphävts i förvaltningsrättslig ordning,
- kommunens möjligheter att ställa krav på motpart vid avtalsingående,
- det allmännas möjligheter att ensidigt ändra förutsättningarna för ingångna avtal samt,
- de faktorer som påverkar tolkningen av avtal som kommunen ingått.

Vidare redovisas en mängd rättspraxis samt svensk och nordisk doktrin. Boken innehåller även en rad avtalsexempel, t.ex. entreprenadavtal inom barn- och äldreomsorg, ramavtal med behandlingshem, avtal om parkeringsköp, plankostnadsavtal och genomförandeavtal.

Tom-Erik Madell är verksam vid Rättsvetenskapliga institutionen, Umeå universitet.

ISBN 91-39-00311-6

NORSTEDTS JURIDIK AB

BESTÄLLNINGAR: NORSTEDTS JURIDIK AB · KUNDTJÄNST · BOX 6454 · 113 82 STOCKHOLM
FAX 08-690 90 30 · TEL 08-690 96 96 · VÄXEL 08-690 91 00