Civilrättsliga avtal vid offentligrättsliga tjänster

Reflektioner utifrån ett aktuellt rättsfall

Civil law agreements in public law services

Reflections based on a current legal case

Författare: Filip Lindell
Handledare: Professor Joel Samuelsson
### Förkortningar

<table>
<thead>
<tr>
<th>Förkortning</th>
<th>Begripligt värde</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>AvtL eller Avtalslagen</td>
<td>Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område</td>
</tr>
<tr>
<td>Ds</td>
<td>Departementsserien</td>
</tr>
<tr>
<td>FT</td>
<td>Förvaltningsrättslig tidskrift</td>
</tr>
<tr>
<td>HD</td>
<td>Högsta domstolen</td>
</tr>
<tr>
<td>HL</td>
<td>Högskolelag (1992:1343)</td>
</tr>
<tr>
<td>HovR</td>
<td>Hovrätten</td>
</tr>
<tr>
<td>JB</td>
<td>Jordabalken (1970:994)</td>
</tr>
<tr>
<td>KtjL</td>
<td>Konsumenttjänstlag (1985:716)</td>
</tr>
<tr>
<td>LKB</td>
<td>Lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter</td>
</tr>
<tr>
<td>LSS</td>
<td>Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade</td>
</tr>
<tr>
<td>MB</td>
<td>Miljöbalken (1998:808)</td>
</tr>
<tr>
<td>PreskrL</td>
<td>Preskriptionslagen (1981:130)</td>
</tr>
<tr>
<td>Prop.</td>
<td>Proposition</td>
</tr>
<tr>
<td>RBD</td>
<td>Rättsfall från bostadsdomstolen</td>
</tr>
<tr>
<td>RF eller Regeringsformen</td>
<td>Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform</td>
</tr>
<tr>
<td>RegR</td>
<td>Regeringsrätten</td>
</tr>
<tr>
<td>RänTeL</td>
<td>Räntelagen (1975:635)</td>
</tr>
<tr>
<td>SoL</td>
<td>Socialtjänstlagen (2001:453)</td>
</tr>
<tr>
<td>SOU</td>
<td>Statens offentliga utredningar</td>
</tr>
<tr>
<td>SvJT</td>
<td>Svensk juristtidning</td>
</tr>
<tr>
<td>Studieavgiftsförordningen</td>
<td>Förordning (2010:543) om anmälningsavgift och studieavgift vid universitet och högskolor</td>
</tr>
<tr>
<td>TR</td>
<td>Tingsrätten</td>
</tr>
</tbody>
</table>
# Innehållsförteckning

Förkortningar .................................................................................................................. 1

1 Inledande ord ................................................................................................................. 3
   1.1 Frågeställning ......................................................................................................... 4
   1.2 Metod och material ............................................................................................... 5
   1.3 Disposition ............................................................................................................. 5

2 Inledande redogörelser ............................................................................................... 6
   2.1 Behovet av inledande redogörelser ..................................................................... 6
   2.2 Metodologiska överväganden .............................................................................. 6
   2.3 Begreppet tjänst .................................................................................................... 10
   2.4 Myndighetsutövning och faktiskt handlande ....................................................... 11
   2.5 Bunadenhet genom avtal och författning ........................................................... 12

3 Det aktuella rättsfallet – Mälardalens högskola .................................................. 15
   3.1 Bakgrund och omständigheter ............................................................................ 15
   3.2 Tingsrättens och hovrättens domskäl ................................................................. 15
   3.3 Bakomliggande regelverk .................................................................................... 16
   3.4 Sammanfattande reflektion ............................................................................... 20

4 Tidigare praxis .............................................................................................................. 22
   4.1 Barnomsorg – NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642. ................................. 22
      4.1.1 NJA 1998 s. 656 (I)...................................................................................... 22
      4.1.2 NJA 2008 s. 642........................................................................................ 24
   4.2 Preskription och ränta ....................................................................................... 27
   4.3 Hyra och tjänst inom socialrätten .................................................................... 29

5 Kriterier från praxis och vidare analys .................................................................... 33
   5.1 Om vederlaget ..................................................................................................... 34
   5.2 Angående frivillighet ............................................................................................ 35
   5.3 Betydelsen av det offentliga regelverkets omfattning och påföljder ................. 36
   5.4 Myndighetsutövning och faktiskt handlande .................................................... 40

6 Schlutsats och sammanfattning .............................................................................. 42
   6.1 Kriterier för bedömningen ............................................................................... 42
   6.2 Bedömningsmetod .............................................................................................. 43

7 Avslutande ord ............................................................................................................ 45

Käll- och litteraturförteckning ................................................................................. 47
1 Inledande ord


¹ Se bl.a. Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 140 – 142, Madell, Det allmänna som avtalspart s. 45 - 53 och Marcussen, Offentlig förvaltnings utanför myndighetsområdet s. 49 - 54.
² Teubner, From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law s. 52 f.

1.1 Frågeställning


Föremålet för denna undersökning är alltså bedömningen av när rättsförhållandet mellan det allmänna och den enskilda rörande offentligrättsligt reglerade tjänster övergår från att vara offentligrättslig till att bli avtalsrättslig. Den frågeställning som kommer besvaras är vilka kriterier som är av vikt för att göra den bedömningen.

Avstamp tas i det aktuella rättsfallet Mälardalens högskola då omständigheterna och resonemangen aktualiserar flera frågor i ämnet.
1.2 Metod och material

1.3 Disposition
Inledande redogörelser kring metod och begrepp av vikt för den fortsatta undersökningen görs i avsnitt 2. Det följs av avsnitt 3 där det aktuella fallet Mälardalens...
högskola presenteras och analyseras. De bakomliggande omständigheterna för fallet ger avstamp åt vidare reflektion i ämnet som fortsätter in till tidigare praxis. I avsnitt 4 analyseras tidigare praxis som anknyter direkt till det aktuella fallet men även praxis i andra rättsfrågor som också innebär bedömningar i gränslandet mellan offentlig rätt och civilrätt. Ur tidigare praxis extraheras kriterier för vidare analys i avsnitt 5. Kriterierna sammanställs i avsnitt 6 tillsammans med den bedömningsmetod som förankrats i praxis. I Avsnitt 7 följer avslutande reflektioner.

2 Inledande redogörelser

2.1 Behovet av inledande redogörelser


2.2 Metodologiska överväganden

Så viktigt som detta gränsområde kan tyckas vara så är det sparsamt behandlat i litteraturen. Det är också naturligt att den som väljer att fördjupa sig inom exempelvis kommunala avgifter anlägger ett kommunalrättsligt perspektiv, eftersom det är i den begreppsvärlden som lagverken är stöpta och som doktrinen kretsar kring. Repetition är kunskapens moder och inom den dogmatiska vetenskap som juridik traditionellt sett är så är det även i viss mån repetition som ger legitimitet till resonemangen – vilket hör samman med att de visar på en koherens med resten av systemet. Rättsdogmatikerns verksamhet kräver ständig införlivning av nya fenomen i äldre strukturer, som visserligen ständigt omvärderas men, vilka också utgör grunden för reflektionen kring det nya


---

4 Begreppsjurisprudens, att finna lösningen på frågan i definitionen av ett begrepp, är att undvika. Se Kleineman, Juridisk metod s. 42.
5 Kleineman, Juridisk metod s. 21.
6 Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 43.
7 Kleineman, Juridisk metod s. 30 f.
8 Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 40.


---

9 Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 83 f.
10 Rättsystemet är en helhet och av det följer att inga områden är isolerade från varandra, se Warnling-Nerep, Finna rätt s. 37.
11 Madell, FT nr 3-4 2002 s. 222.

Jareborg, SvJT 2004 s. 4 f.
2.3 Begreppet tjänst


Angående offentligrättsliga tjänster så är dess särart närheten till myndighetsutövning och enligt Johansson är detta svårt att förena med det civilrättsliga tjänsteavtalet.15 Offentligrättsliga tjänster omfattas inte av KtjL men anledningen till det är inte att

13 SOU 1979:36 s. 107 f.
14 Johansson, Konsumenttjänstlagen: en kommentar s. 35.
15 Johansson, Konsumenttjänstlagen: en kommentar s. 82.
begreppet tjänst utesluter myndighetsutövning utan istället att offentligrättsliga organ som utför tjänster i ett led av myndighetsutövning faller utanför begreppet näringsidkare.\textsuperscript{16} Även fast konsumenttjänstutredningen inte gav någon tydlig definition av begreppet tjänst så utesluter den alltså inte att offentligrättsliga tjänster, med sin närhet till myndighetsutövning, kan omfattas av det civilrättsliga tjänsteavtalet. Bengtsson anför vidare att begreppet tjänst som sådant i flera avseenden intränger på myndighetsutövningens område och att det inte konsekvent kan göras skillnad på service som motsvarar näringsverksamhet och sådant som sker vid myndighetsutövning.\textsuperscript{17} I min mening framstår utövandet av offentlig makt inte heller förändra grunderna i begreppet tjänst. Även om en tjänst tillhandahålls tvångsmässigt så utförs fortfarande en viss arbetsprestation åt någon annan under frånvaron av ett anställningsförhållande. Samtidigt utförs viss verksamhet i samband med myndighetsutövning som är så intimit förknippat med utövande av offentlig makt att det medför intuitiva motsättningar att tala om det som en arbetsprestation. Exempelvis förvaring av egendom som tagits i beslag enligt 27 kap. 1 § rättegångsbalken. Oavsett vilka rättliga följder man erkänner en sådan tjänst så bör det dock rent begreppsmässigt vara motiverat att tala om det som en tjänst.

Mot bakgrund av presentationen i detta avsnitt kan begreppet tjänst inom den svenska rättens ramar i allmänna termer förklaras på följande vis. En tjänst föreligger när en viss arbetsprestation, både materiell och immateriell, ska utföras av uppdragstagare med viss grad av självständighet. Vid en gränsdragning om köp föreligger bör det särskilt tala för att en tjänst är aktuell om arbetsprestationen kräver särskild fackkunskap, skicklighet eller utrustning. Det som är av särskilt vikt för den fortsatta framställning är att tjänst är ett funktionellt begrepp och att det inte avgränsas från situationer där utövandet av offentlig makt förekommer.

2.4 Myndighetsutövning och faktiskt handlande

Myndighetsutövning är uttrycket för den offentliga makten över medborgarna och ett centrale begrepp inom den offentliga rätten. Begreppet är inte längre reglerat i lag men innebörden motsvarar den definition som gavs i den äldre förvaltningslagen (1971:290),

\textsuperscript{16} SOU 1979:36 s. 132.
\textsuperscript{17} Bengtsson, Offentliga tjänster i ett civilrättsligt perspektiv s. 24.
att det gällde ”utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinpföljd, avskedande eller annat jämförbart förhållande”.\(^{18}\) Beslutet ska vidare vara bindande och det omfattar både gynnande och betungande beslut.\(^{19}\) Den verksamhet som avslutas med ett beslut eller liknande akt som utgör myndighetsutövning kallas ärendehandläggning. Distinktionen mellan den och den allmänna verksamhet som inte innebär myndighetsutövning, s.k. faktiskt handlande, kan vara av nytta för att se vilka delar av det offentligas verksamhet som verkliga innebär maktutövning och vilka som inte gör det. Det allmänna verksamhet består nämligen inte bara av myndighetsutövning utan utgörs till stor del av verksamhet som inte en del av ett ärende. I Prop. 1971:30 exemplifieras faktiskt handlande som polismans trafikdirigering, en operation på sjukhus eller undervisning.\(^{20}\) Det utgörs också av bland annat vägbyggnationer, annat utförande av sjukvård och hemtjänst.\(^{21}\) Det är svårt att dra en skarp gräns mellan myndighetsutövning och faktiskt handlad i positiva definitioner. I regel kan det definieras negativt som att faktiskt handlande är den verksamhet som faller utanför ärendehandläggningen.\(^{22}\) Följande exempel kan visa på samspelet däremellan.\(^{23}\) En lärares föreläsning är faktiskt handlande medan han handlägger ett ärende under en examination fram tills dess beslut om betyg har fattats. En läkare som utför en behandling, faktisk handlande, vilket följs av att beslut om skyldighet att betala avgift fattas. Likaså när en tillsynsmyndighet ser över en verksamhet är det, tills brister upptäckts och ett ärende därav inleds, oftast fråga om faktiskt handlande.

2.5 Bundnhet genom avtal och författning

En grundsten i rättsstaten är att utövande av offentlig makt kräver stöd i författning.\(^ {24}\) Enligt den grundläggande legalitetsprincipen utövas all offentlig makt under lagarna, vilket också stadgas i 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen (RF). Detta omfattar all nivåer av det allmänna och kan annorlunda uttryckt även sägas bestå i att myndigheter ska iakta

\(^{18}\) Strömberg, Allmän förvaltningsrätt s. 19, Hellners, Förvaltningslagen med kommentar, s. 25 f., Marcusson, Offentlig förvaltnings utanför myndighetsområdet, s. 172.

\(^{19}\) Bohlin, Förvaltningsrättens grunder s. 64 f.

\(^{20}\) Prop. 1971:30 s. 315.

\(^{21}\) Bohlin, Förvaltningsrättens grunder s. 13, Strömberg, Allmän förvaltningsrätt s. 17.

\(^{22}\) Warnling-Nerep, En introduktion till förvaltningsrätten s. 30, jfr Strömberg, Allmän förvaltningsrätt s. 20.

\(^{23}\) Bohlin, Förvaltningsrättens grunder s. 61 f.

\(^{24}\) Bohlin, Förvaltningsrättens grunder s. 14.
normmässighet i sitt handlande.25 Genom den mängd av skyldigheter och restriktioner som det allmänna åläggs genom offentligrättsliga regelverk framträder en verksamhet som till sin form är givet normbunden och beskuren handlingsfrihet.26 Det allmännas verksamhet genomsyras av detta och det allmänna förväntas traditionellt sett även när det agerar i sin privaträttsliga kapacitet agera i enlighet med rättsstatliga principer och med hänsyn till allmänheten.27

En grundläggande princip inom avtalsrätten är avtalsfrihet. Avtalsfrihet innebär friheten att sluta avtal med vem som helst, med vilket innehåll som helst och även att avstå från att sluta avtal.28 Jämt avtalsfriheten figurerar principen om avtalsbundenhet, *pacta sunt servanda*, som dikerar att ingångna avtal ska hållas.29 Bundenheten grundas på parternas överensstämmande viljeförklaringar och samtycket till bindning, vilket i sig är grund för bundenhet och avtalets innehåll.30 Rättsväsendets sanktion av avtalet behöver alltså inte anges särskilt utan följer av att en överenskommelse föreligger.31 Viljan att binda sig är alltså avgörande men med detta avses inte alltid faktisk vilja. En part som genom sitt handlande eller annars avgör viljeförklaringar som väcker fog hos motparten att den andra parten vill binda sig kan bli bunden av avtal, men det förutsätter att motparten inte har annan information som väcker ond tro kring den andra partens vilja att binda sig.

Avtalsfriheten kommer i många konkreta fall i konflikt med det allmännas normbundenhet. Det allmänna måste hålla sig till de former som är föreskrivna för utövande av sina befogenheter och tillåts inte ingå avtal om frågor som ska avgöras via beslut.32 När det allmänna har en skyldighet att tillhandahålla en tjänst till enskilda så har de inte rätt att avstå från att tillhandahålla tjänsten överhuvudtaget. Författningen som omfattar tjänsten i fråga reglerar även urvalet av de som ska motta tjänsten och vanligen

25 Holmberg, Vår författning s. 50.
26 Strömberg, Allmän förvaltningsrätt s. 17 f., Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda s. 17.
27 Bengtsson, Offentliga tjänster i ett civilrättsligt perspektiv s. 29. Se JO 1990/91 s. 347 ff i fråga om grundläggande principer där en kommun utan saklig grund nekat en sökande till en försäljningsplats vid marknad vilket ansågs stå i strid med RF:s krav på saklighet.
28 Dotevall, Avtal s. 37, Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 67 – 69, Taxell, Avtalsrättens normer s. 32 ff., Nybergh, Avtalsrätt – rätt till avtal s. 74.
29 Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 29 f.
30 Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda, s. 18 och Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 163.
31 Dotevall, Avtal s. 38 och 133.
32 Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda s. 11. Vad detta vidare innebär kan dock diskuteras, se avsnitt 5.3.

Det är mot denna bakgrund som den underliggande konflikten som denna framställning bygger på framtråder. Det allmänna bundenhet att agera utifrån författning och där utöver genomsyrar sin verksamhet med grundläggande offentligrättsliga principer samtidigt som avtalsrättlig bundenhet kan uppkomma på basis av det enskildas fog när det allmänna agerar. Rättsvetare så som Madell anför att deenna normbundenhet måste innebära att den offentligrättsliga bakgrunden med sina sociala och politiska utgångspunkter vägs mot den enskildes anspråk och att myndighetsutövningen i grunden innebär en offentligrättslig relation.34 Mot denna ståndpunkt finner man b.l.a. Bengtsson och Kleineman varav den förra menar att möjligheten att analogisera civilrättsliga regler som ett yttre rättskydd utöver de offentligrättsliga reglerna inte behöver möta så stort motstånd som det gör.35 Kleineman anser vidare att möjligheten att hålla det allmänna bundna vid sina avtal innebär en

33 Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 81 ff.
34 Madell, SvJT 2006 s. 505 f.
35 Bengtsson, SvJT 2012 s. 431.
rättssäkerhet som är i linje med statsrättsliga intressen.\textsuperscript{36} Hur norm- och avtalsbundenheten ska samexistera är ännu en debattfråga inom litteraturen och utgör grunden för det problem som denna framställning kretsar kring.

3 Det aktuella rättsfallet – Mälardalens högskola

3.1 Bakgrund och omständigheter


3.2 Tingsrättens och hovrättens domskäl

Tingsrätten ansåg att det visserligen fanns tydliga offentligrättsliga inslag i relationen mellan en student och en högskola vid högskoleutbildning, men att det går att särskilja dessa från den faktiska utbildning som äger rum. De menade vidare att den faktiska utbildningen är en tjänst eftersom den arbetsprestationen som undervisning innebär kräver särskild kunskap och att det inte finns någon saklig skillnad på den undervisning

\textsuperscript{36} Kleineman, JT 1994-95 s. 971.


3.3 Bakomliggande regelverk
År 2010 infördes i HL en bestämmelse som reglerar vilken krets av studenter som får en fortsatt avgiftsfri högskoleutbildning i Sverige. Enligt 4 kap 4 § 1 st. HL är utbildningen för studenter som är medborgare i stat inom EES eller i Schweiz avgiftsfri. Studenter som inte är medborgare i de staterna är skyldiga att betala studieavgift enligt föreskrift (4 kap. 4 § 3 st.). Förhållandet regleras närmare i studieavgiftsförordningen. Enligt förordningen ska studenten vid ansökning betala en anmälningsavgift för att få sin ansökan prövad (2, 3 §§) varefter urval och villkorad antagnings sker.37 Antagningen är villkorad av att studenten betalar sin studieavgift vid den tidpunkten som högskolan bestämmer (7 §). Det är alltså först efter att studenten har betalat sin avgift som denne

anses antagen till utbildningen och kan börja tillgodogöra sig den (8 § 1 st.)\textsuperscript{38} Vid utbildningar som omfattar mer än 30 högskolepoäng (en terminds studier under heltid) kan avgiften delbetalas allt eftersom utbildningen fortgår (8 § 2 st., 9 §) och högskolan åläggs att stånga av studenter som slutar betala sin studieavgift (10, 11 §§).\textsuperscript{39} Studieavgiften ska innebära full kostnadstäckning för högskolan (6 §).\textsuperscript{40} Studenten har alltså att betala två olika avgifter: en anmälningsavgift och en studieavgift.


\textsuperscript{38} Även reglerat i 4 kap. 4 a § HL.
\textsuperscript{39} Även reglerat i 4 kap. 4 b § HL.
\textsuperscript{40} Prop. 2009/10:65 s. 20.
att utföra en ”offentligrättlig” prestation.\footnote{Warnling-Nerep, Kommuners lag- och domstolstrots s. 303 f.} Ett motsvarande avtal skulle inte heller kunna anföras som grund när beslut som går i strid med avtalet överklagas i en förvaltningsrättlig process av den anledning att fatta det överklagade beslutet – det allmänna kan inte på samma sätt som en enskild disponera över sina befogenheter.\footnote{Se utöver RÅ 1967 ref. 25 och RÅ 1991 ref. 59 också Madell, det allmänna som avtalspart, s. 281 ff. och s. 299. I en viss mening kan det allmänna binda framtida myndighetsutövning, genom förhandsbesked inom skatterätten och enligt plan och bygglagen. Bindning av detta slag är emellertid reglerad i lag.} Exempel som visar att det allmänna inte kan disponera över sin framtida myndighetsutövning är RÅ 1967 ref. 25, där kommun i avtal med markägare utfäst sig att i framtida planärenden inte tillåta konkurrerande verksamhet att etablera sig, och RÅ 1991 ref. 59, där kommun i avtal med markägare förbundit sig att inte ändra eller upphäva gällande detaljplan inom 10 år från det att den trädde ikraft. Även fast det allmänna inte kan binda sin myndighetsutövning genom avtal så innebär det inte att deras ageranden och uttalanden är helt utan avtalsrättliga konsekvenser. I NJA 1981 s. 269 hade en kommun vid en förlikningsförhandling med enskild om tvist rörande en fastighet anfört att planläggningen av fastigheten skulle ändras, vilket skulle innebära förändrande möjligheter till fastighetens nyttjande. Kommunen ändrade sedan inte planläggningen som de gett uppgifter om, vilket den enskilda ansåg var en väsentlig förutsättning för ingåendet av förlikningsavtalet. Den enskilda menade därför att avtalet med grund i förutsättningsläran skulle anses ogiltig. HD anförde att planläggning är en kommunal fråga som också kommunen har störst insikt i och att uppgiften om framtida planläggning i fallet också påverkade den enskilda. HD fann att kommunen därmed fick bära risken för att den enskildas förutsättning för avtalet brast. Med andra ord fick kommunen fick bära risken för att den inte agerat i planfrågan som den lämnat uppgift om.

Det allmänna är alltså inte bundna av avtalet i den mening att de kan tvingas till fullgörelse och ur det perspektivet kan man tala om att något avtalsförhållande inte existerar, eftersom det allmänna inte hade kompetensen att ingå avtalet. Ett avtalsförhållande bör dock alltjämt kunna föreligga om det allmänna agerat på så sätt att det enskilda har fått fog för att det allmänna vill ingå avtal och den enskilda var i god tro
att det allmänna inte överskrider sin kompetens. Eftersom det allmäntas kompetens är reglerat i lag måste utgångspunkten vara att den enskilde inte är i god tro, men om lagregeln är särskilt oklar bör avsteg från utgångspunkten kunna ske.\footnote{Madell, Det allmänna som avtalspart s. 386 ff.} Även om ett avtalsförhållande därmed skulle konstateras så kan avtalsbrottet som sagt inte följas av något krav på fullgörelse. Däremot bör den enskilde kunna göra gällande skadestånd.\footnote{Madell, Det allmänna som avtalspart s. 287.}

Det allmänta är lika ansvargivande de viljeförklaringar de yttrar som var annan och om mottagaren är i god tro kan de hållas ersättningsansvariga – men det ska poängteras att detta gäller alla rättssubjekt och är därför inte något särdrag. Ett avtalsförhållande mellan student och högskola, med rättigheter och skyldigheter som är möjliga att kräva fullgörelse av, tycks därmed snarare följa av när betalningen av studieavgift uppfyller villkoren i beslutet om antagning och utbildningen börjar tillhandahållas. Högskolan inleder då sitt faktiska handlande, efter att ärendehandläggningen tidigare avslutades med det villkorade beslutet om antagning.

Rättsförhållandet diskuteras mer ingående i Prop. 2009/10:65 som föreslog ändringen i HL. Det tydliggörs att förhållandet mellan student och högskola till dess varit offentligrättsligt reglerat och att de föreslagna ändringarna kring studieavgifter också är offentligrättsliga. Förslagen är alltså inte menade att vara civilrättsliga som så, tvärtom menas att relationen mellan avgiftsskyldig student och högskola visar på flera skillnader mot det ”civilrättsliga normalförhållandet”.\footnote{Prop. 2009/10:65 s. 19 f. Ett uttalande som visar på något som liknar sådant begreppsjurisprudens som beskrevs i anslutning till not 4.} Denna skillnad exemplifieras i att betalning i sig inte ger rätt till utbildningen eftersom att vissa meriter krävs för urvalet. Vad gäller det s.k. ”civilrättsliga normalförhållandet” så ger betalning i sig sällan någon rätt till motprestation annars heller utan det krävs att ett avtalsförhållande etablerats. I fall där betalning utgör en viljeyttring, exempelvis som en accept på ett avtalsförslag, eller annars kan konstituera konkluderat handlande är det visserligen så. Det civilrättsliga normalförhållandet torde dock vara att det först är när parterna kan anses vara i ett avtalsförhållande som erläggandet av vederlag kan sägas innebära rätt till den andras prestation. Med det sagt menar jag att det är ett dåligt argument mot att relationen mellan högskola och studieavgiftsstudenter skiljer sig från det civilrättsliga normalförhållandet,
eftersom de båda delar det faktum att betalning i sig inte innebär rätt till motpartens prestation när ett civilrättsligt avtal inte föreligger. I vilket fall så framstår det tydligt att betalningen av anmälningsavgiften inte innebär att ett avtal, i annan mening än vid var myndighetsansökan, uppkommer eftersom det i så fall skulle binda högskolans myndighetsutövning vid urvalet. När betalningen av studieavgiften uppfyller den villkorade antagningen föreligger däremot ingen myndighetsutövning eftersom urvalet redan är gjort. I vilket fall så framstår det inte som att regeringen anser att det beslut som innebär skyldighet att betala studieavgiften är av så stor betydelse att det motiverar en överklagandemöjlighet.46 Mot denna samlade bakgrund så framstår propositionens utgångspunkt som att den tidigare myndighetsutövningen vid urvalet och det villkorade beslutet om antagning ”smitter av sig” på hela relationen. Samtidigt reflekteras det i propositionen kring NJA 1998 s. 656 (I) samt NJA 2008 s. 642 och att det allmänna bristande prestation där resulterat i att kontraktsrättsliga principer tillämpats. Inför denna konflikt gör regeringen ingen ansats till ett principiellt uttalande utan slår istället fast att frågan ”om betalning av studieavgift skulle kunna innebära att studenter får rättigheter liknande dem i ett civilrättsligt avtal är en fråga som tillsvidare får lösas i rättsstillämpningen.”.47 Detta uttalande tar HovR fasta på i Mälardalens högskola.

3.4 Sammanfattande reflektion

Jag ser anledning till att reflekttera över lagstiftarens uttalande kring studieavgiftsbetalande studenters rättigheter och vad lagstiftarens motiv bakom det uttalande sannolikt var. Å ena sidan yttrar lagstiftaren här för första gången en acceptans för att ett offentligrätsligt förhållande kan övergå till ett civilrättsligt avtalsförhållande, vilket är ett resonemang som (mig veterligen) tidigare bara framförts i praxis och litteraturen. Att lagstiftaren i detta sammanhang är öppen för att situationen kan innebära civilrättsliga verkningar lyfter frågan när lagstiftaren i andra sammanhang också skulle kunna anse det. Om det som kännetecknar detta sammanhang också karakteriseras andra förhållanden mellan det allmänna och enskilda så bör det tyda på att det även i det förhållandet är motiverat med avtalsrättsliga verkningar – och att rättsstillämparen även

---

46 Prop. 2009/10:65 s. 22.

48 Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv, s. 14.
50 Prop. 2011/12:28 s. 20.
51 Ds 2009:13 s. 241 - 243.
lagstiftarens öppenhet för civilrättsliga avtal till liknande offentliga tjänster samt överlämnandet till rättstillämparen att avgöra frågan. I vilken omfattning förminskeningen sker är svårbedömt. Det är tydligt att reformarbetet har gått ner i en svacka och att det speciallagstiftningsarbete som lagstiftaren tar upp inte nämnvärt har påbörjats.52 Vad lagstiftaren har för planer kring hur lagstiftningsarbete ska fortskrida är en sak men innebörden av tydliga förarbetsuttalanden bör bestå. Utrymmet för analogier bör därför i min mening inte påverkas nämnvärt. Särskilt efter hur lagstiftaren ändå uttrycker sig positivt kring det civilrättsliga perspektivet på offentligrättsliga tjänster i allmänhet, med hänvisning till NJA 1998 s. 656 och NJA 2008 s. 642.53 Det för oss vidare in på tidigare praxis.

4 Tidigare praxis

4.1 Barnomsorg – NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642.

Avgörandet i Mälardalens högskola lutar sig till stor del emot två tidigare prejudikat från Högsta domstolen angående avgifter för kommunal barnomsorg, där HD resonerat kring gränsdragningen mellan civilrättsliga och offentligrättsliga förhållanden samt i båda fall tydligt funnit att kommun och enskild är bunden av ett ömsesidigt förpliktandet avtal efter att den erbjudna barnomsorgen tagits i anspråk av den enskilde.

4.1.1 NJA 1998 s. 656 (I)

I NJA 1998 s. 656 (I) väckte en vårdnadshavare talan om att få barnomsorgsavgift återbetald för en viss period på grund av lokalen som kommunen brukade för barnomsorg var hälsoskadlig. Hon menade att kommunen därigenom åsidosatt sina skyldigheter enligt avtalet. Kommunen invände att något avtalsförhållande inte förelåg eftersom att tjänsten var offentligrättsligt reglerad. Parterna var överens om att vårdnadshavarens rätt till barnomsorg för sina barn samt frågan om den kommunala

52 Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 187.
53 Prop. 2011/12:28 s. 17 där det i redogörelse av nuvarande rättsläge ange att ”utöver den offentligrättsliga lagstiftningen är allmänna civilrättsliga principer i viss utsträckning tillämpliga även på tjänster som innefattar olika grader av myndighetsutövning” med hänvisning till NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642.
taxan inte omfattas av något avtal eftersom att de frågorna har karaktär av myndighetsutövning.\textsuperscript{54} Frågan som HD ska pröva får därigenom en naturlig avgränsning i att det tydligt anges att en del av rättsförhållandet mellan parterna står utanför avtalet. Frågan blev därmed om det i rättsförhållandet finns andra delar som innehåller sådana civilrättsliga inslag att ett ömsesidigt förpliktande avtal kan ha uppkommit. För att avgöra frågan blickade HD först mot hur situationen skulle bli om ingen betalning skett från första början. Vid accepterandet av tjänsten så ikläer sig vårdnadshavaren betalningsansvar för tjänsten och om betalning inte sker kommer kommunen bli tvungen att vända sig till allmän domstol för att för att driva in betalning. HD menar då att när frågan om betalningsskyldighet prövas bör vårdnadshavaren kunna invända både att betalning har skett men även att tjänsten inte har levererats. Med detta sagt, och med tanke på den naturliga avgränsning som nämndes ovan, får det sägas vara tydligt att barnomsorg av HD ses som en civilrättslig tjänst efter hur en process skulle fortlöpa. Avsaknaden av någon särreglering för dessa avgifter talar kan invända mot betalningsskyldigheten med att tjänsten inte utförts korrekt. Trots att tjänsten som sådan utförs enligt offentliga regelverk. HD tar även upp det faktum att kommunens möjlighet att stänga av barn som inte betalar i tidigare praxis, RÅ 1982 2:62, har ansetts vara en ”civilrättslig åtgärd”. Av dessa två omständigheter anser HD att det följer att de civilrättsliga inslagen är så starka att ett avtalsförhållande föreligger. Det av kommunen anförda resonemanget att de är under statlig tillsyn, och att den enskilda därigenom får ett tillräckligt rättsskydd för verksamhetens brister, ges ingen vidare relevans av HD.

Madell menar att RegR i RÅ 1982 2:62 hade en ”förvaltningsrättslig syn” på vad begreppet civilrättslig åtgärd innebar och att RegR inte syftade till att det skulle innebära ett avtalsförhållande utan att det istället hade med frågan om föräldernas betalningsansvar hade offentligrättslig eller civilrättslig grund.\textsuperscript{55} Enligt 3 kap 1 § 6 p utsökningsbalken kan nämligen myndighetsbeslut innebära exekutionstitel om det föreskrivs särskilt i författning. Ifall särskild föreskrift inte finns så får exekutionstitel inskaffas på vanligt vis.\textsuperscript{56} Om det allmänna beslut i sig innebär en exekutionstitel så är frågan om

\textsuperscript{54} Se HD:s domskäl NJA 1998 s. 656 (I).
\textsuperscript{55} Madell, SvJT 2006 s. 492 f.
\textsuperscript{56} Prop. 1980/81:8 s. 290.
betalningsskyldighet avgjord redan i och med det. En allmän domstol har ingen behörighet att pröva frågan ifall det finns särskild föreskrift om att beslutet kan verkställas direkt.\textsuperscript{57} När RegR konstaterar att sådan exekutionstitel inte föreligger så faller de alltså tillbaka mot civilrätten utan närmare eftertanke på hur relationen ska klassificeras civilrättsligt – om det är ett avtal eller inte. Detta ska enligt Madell alltså tas för intäkt att avstängning som ”civilrättslig åtgärd” inte innebär att ett avtalsförhållande föreligger.


4.1.2 NJA 2008 s. 642

I NJA 2008 s. 642 lyfts nya argument som utvecklar förståelsen för det avtalsförhållande som barnomsorg innebär. I detta fall är det en kommun som väcker talan mot en vårdnadshavare som inte har betalat sina avgifter. Vårdnadshavaren håller inne ett belopp motsvarande 11 dagars barnomsorgsavgift för den tid då barnvårdsarbetarna gick ut i strejk och tjänsten därför inte tillhandahölls. Kommunen anför att

\textsuperscript{57} Ett exempel är RH 2010:56 där allmän domstol inte var behörig att pröva frågan om betalningsskyldighet vid beslut som var direkt utmärningsbart enligt författning.
barnomsorgsavgiften är offentligrättslig i det att den aktuella taxan mynnar ut ur kommunens normgivningskompetens och att det därför inte finns något utrymme att jämka den för enskilda betalningsskyldiga. De menar att det i så fall ankommer kommunfullmäktige att sätta ned 11 dagars avgift för alla mottagare av barnomsorg. Dessutom menar kommunen att då avgiften inte motsvarar den kostnad som kommunen har för barnomsorgen särskiljer det relationen från ”normala avtalsförhållanden”. Skyldigheten att tillhandahålla, och innehållet av, barnomsorg var vid denna tidpunkt också mer reglerad i lag än vid tidpunkten för NJA 1998 s. 656 (I).


1) Avgiftens storlek beslutas av kommunfullmäktige genom en taxa vilket innebär att avgiftsbeloppet endast kan ändras genom ändring av taxan och den kompetensen har bara kommunfullmäktige.

2) Avgiften motsvarar inte den kostnad som tjänsten innebär och det vore därför inte rimligt att sätta ner avgiften.

58 Sedan den så kallade maxtaxereformen år 2001 finansieras vanligen barnomsorgsverksamhet med hjälp av statsbidrag enligt förordning (2001:160) om statsbidrag till kommuner som tillämpar maxtaxa inom förskolan och fritidshemmet. Haninge kommun, som var kärrande i NJA 2008 s. 642, var en av de kommuner som mottog sådant bidrag. De anför att avgiften motsvarar 15 % av deras kostnader för omsorgen, se utvecklingen i tingsrättens avgörande.

59 Konsekvensen av detta blev tydligt i den materiella prövning som efterförde NJA 1998 s. 656 (I). Hovrätten menade visserligen att kommunen, i brist på lagregler om kvalité, hade en allmän omsorgsplikt och att denna brutits genom att hälsovårdliga lokaler använts för verksamheten men då vårdnadshavaren inte gjort sina förväntningar tillräckligt tydliga utan istället agerat som om hon accepterade bristerna ansåg dock hovrätten att kommunen inte åsidosatt sina skyldigheter. Se Svea Hovrätts dom 2001-11-20 mål nr T 437-00. Tydliga kvalitetsnormer och återkommande tillsyn hade sannolikt varit till vårdnadshavarens fördel.

60 Se Svea hovrätts dom 1999-03-26 mål T 553–98.
3) Det offentligrättsliga regelverket kring tjänsten är mer omfattande än vid tidpunkten för NJA 1998 s. 656 (I). 

4) Fullt avgiftsuttag för annan kommunal tjänst, renhållning, vid strejk har i praxis ansetts motiverad om kommunen vidtagit åtgärder för att minska strejkens verknings.


Angående liknelsen med renhållningsavgifter tydliggör HD att skillnaden mellan de avgifterna och barnomsorgsavgifter är att de senare är frivilliga offentliga avgifter. Till skillnad från renhållning så är en förutsättning för barnomsorg – och därigenom uttag av avgift – att den enskilde begär att få ta del av tjänsten. Renhållning tillhandahålls på
basis av kommunens renhållningsskyldighet i 15 kap 20 § 1 st. miljöbalken (1998:808), MB. Den utförs regelmässigt oavsett den enskildes önskemål enligt nämnda paragraf 2 st. 1 p. Att omständigheterna vid renhållning skiljer sig avsevärt från de vid barnomsorg är tydligt då det i praxis har fastsagits att någon prestation inte ens behöver ske från det allmänna sida för att den enskilde ska vara betalningsskyldig. Denna tvångsmässiga tjänst som kommunen framhåller är alltså inte ett bra jämförelseobjekt till barnomsorg.

Resonemangen i Mälardalens högskola förstås i ljuset av dessa tankegångar kring barnomsorg. Det märks särskilt på väken som i Mälardalens högskola läggs på att studieavgiften ger högskolan full kostnadstäckning, eftersom det står i motsats till subventionerade avgifter som HD i 2008 års fall menar är ett offentlig-rättsligt inslag. Kommunen har som nämnt tydliga skyldigheter enligt lag att tillhandahålla barnomsorg. Detta skiljer sig från högskolorna som själva bestämmer om de vill öppna sina utbildningar för studieavgiftsskyldiga studenter eller inte – vilket enligt domstolarna i Mälardalens högskola tyder på en ”starkare prägel av ömsesidighet” i rättsförhållande än det som barnomsorgen innebär.

4.2 Preskription och ränta


---


62 Utöver den tvångsmässiga renhållning som kommunen resonerar kring så kan kommunen även utföra renhållning på begäran av enskild, med stöd av 15 kap. 20 § 2 st. 2 p MB. Det sker inte under tvångsmässiga former och i de fallen föregår inga tydliga hinder mot att ett avtal kan anses ha uppkommit, se Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 172.

63 Se HovR:s domskäl i Mälardalens högskola. TR använder sig av uttrycket ”en högre grad av privaträttslig karaktär” i sina domskäl.


64 Se NJA 1988 s. 503 (I) HD:s domskäl.
liknande vis gäller att frågan om RänteL:s tillämplighet avgörs just med frågan om fordran är förmögenhetsrättslig eller inte. Att RänteL är tillämplig kan inte tas till intakt för att ett avtalsförhållande har uppkommit.

4.3 Hyra och tjänst inom socialrätten

Inom socialrätten kan det bli aktuellt med tjänster som har motsvarigheter på den privata marknaden, exempelvis hemtjänst och liknande service enligt 3 kap. 4, 6 §§ socialtjänstlagen (2001:453), SoL. Kommunen är även, i varierande omfattning, ålagd att verka för eller tillhandahålla boenden för människor med olika behov. För dessa boenden utgår i regel en avgift från den enskilda. De delar också funktionella likheter med det som tillhandahålls på den privata marknaden då förfogandet över ett utrymme för boende är en särpräglad civilrättslig fråga. Ett rättsförhållande som innebär moment av både boende och omsorg har föranlett behovet av en gränssdragning mellan det hyresrättsliga och det socialrättsliga. Denna bedömningsmetod har avhandlats i praxis och därmed är av intresse för att vidare förankra en bedömningsmetod i gränslandet mellan offentlig rätt och civilrätt.

Graden av kommunens skyldigheter enligt SoL är varierande och den enskilde har inte möjlighet att kräva en bostad utan det åligger kommunen att, exempelvis, inrätta särskilda boendeformer för service och omvårdnad för äldre människor (5 kap. 5 § 2 st. SoL), inrätta bostäder med särskild service för personer med funktionshinder (5 kap 7 § 3 st. SoL) och ansvara för att det finns tillgång till familjehem, hem för vård eller boende och stödboenden (7 kap 2 § SoL). Tillhandahållandet av bostäderna kan sedan ske i vilken form kommunen önskar, både genom vanliga hyresavtal men också genom beslut om bistånd enligt 4 kap. SoL. Avgifter för tjänster och boende enligt SoL varierar (8 kap.). Avgifterna ska generellt sett vara skäliga och inte överstiga kommunens självkostnader, vilket gäller vid boenden för äldre och funktionshindrade (8 kap. 2 § 1 st.), men kan också beräknas utifrån den enskildes inkomster, vilket gäller hemtjänst, hem för vård och boende samt stödboenden (8 kap. 2 § 2 st., 3 – 9 §§). Uttagandet av avgift avgränsas genom 8 kap. 2 § SoL till de boenden som inte omfattas av 12 kap.

65 Lundgren, Nya sociallagarna s. 80.
jordabalken (1970:994), JB. En bedömning behöver därmed göras huruvida tillhandahållandet av boendet är att se som hyra enligt 12 kap 1 § JB eller en tjänst enligt SoL.


Hur ett hyresavtal ingås skiljer sig egentligen inte från vad som gäller enligt avtalsrättliga regler.67 Utmärkande för ett hyresavtal enligt rekvisiten i 12 kap. 1 § är dock b.l.a. att avtalet avser ett bestämt utrymme eller en bestämd area i ett utrymme som hyresgästen disponerar ensam.68 Den ensamma dispositionsräten får dessutom betydelse för rekvisiten upplåtelse eftersom det tyder på att upplåtelsen blir ett underordnat moment i förhållandet.69 På ett allmänt avtalsrättligt plan är inte rättigheten att nyttja, respektive skyldigheten att tillhandahålla, ett utrymme som också nyttjas av

---

66 I exempelvis RH 2012:76 ansågs en allmän nytjanderätt föreligga då åtagandet att hålla en fastighet i ordnat skick inte var tillräckligt preciserad för att utgöra ersättning enligt 12 kap. 1 §.
67 Holmqvist, Hyreslagen: en kommentar s. 26 f och 47.
68 Holmqvist, Hyreslagen: en kommentar s. 30, Larsson, Jordabalken: en kommentar till JB och anslutande författningar, s. 280, Skorup, Hyreslagarna s. 13 f.
69 Holmqvist, Hyreslagen: en kommentar s. 31 och 34.
andra annorlunda från en rättighet och skyldighet än de som omfattar ett utrymme som inte nyttjades av någon annan. Båda paren av rättigheter respektive skyldigheter kan i lika stor omfattning utgöra ett avtalsförhållande. Den vikt som inom hyresrätten ges den ensamma dispositionsrätten av bostaden – och hur detta skiljer sig från avtalsrätten i allmänhet – visar på kontextens betydelse på vilka inslag som blir avgörande i bedömningarna.


Av ovan refererad litteratur och rättsfall framstår den ensamma dispositionsrätten som det hyresrättsligt inslag som avgör bedömningen. RÅ 2009 ref. 1 visar däremot att det fortfarande är fråga om en vägande av inslag. I RÅ 2009 ref. 1 tillhandahölls boende och vård två makar vid ett gruppboende genom ett beslut om bistånd. Makarna tilldelades sin plats på boendet utifrån deras vårdbehov. Boendet var inrättat för personer med mycket omfattande behov av vård och makarna var i behov av tillgång till vårdpersonal dygnet runt. Detta starka vårdinslag innebar enligt RegR att boendet, trots att makarna hade ensam disposisionsrätt, var underordnat den omfattande vård som bedrevs.

Sammanfattningsvis framträder av dessa rättsfall en bedömningsmetod som likt tidigare praxis analyserar rättsförhållandets olika inslag. Rättsfallen visar också betydelsen
av den rättsliga kontexten för att kvalificera de civilrättsliga och offentligrättsliga inslag som görs gällande.


---

⁷⁰ Erman, LSS: en vägledning s 116 f. Se även Björkdahl, JT 2004-05 s. 249 ff., som anför att 12 kap. JB är väl tillämpbart på boenden enligt LSS.
⁷¹ Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 135 – 139 jfr SOU 2004:118 s. 209 och Prop. 2001/02:122 s. 20 ff.
⁷² SOU 2004:118 s. 209, 212 f.
⁷³ Prop. 2001/02:122 s. 14.
stöd av lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter 2 kap. 10 §, LKB. Kompensationen kan enligt nämnda lagrum omfatta såväl uteblivna tjänster som brister.74

Vissa tjänster enligt SoL och LSS har alltså till synes liknande förutsättningar som barnomsorg att betecknas som ett avtalsförhållande: avgifterna ska vara skäliga (vilket bör innebära nivåer långt över de 15 % som görs gällande i NJA 2008 s. 642), det föreligger inget tvång utan tjänsten mottas frivilligt och det finns motsvarande tjänster på den privata marknaden. Frånvaron av möjligheten att hävda sina rättigheter enligt avtalet gör det däremot väldigt praktiskt ointressant, men förekomsten av avtalsrättsliga rättigheter och skyldigheter förutsätter inte att det finns påföljder att tillgå ifall de inte hedras. För att en tjänst ska komma på fråga enligt SoL och LSS krävs att den enskilda har ett visst behov. Kommunen får också tillhandahålla servicetjänster åt äldre utan någon behovsprövning enligt 2 kap. 7 § LKB. Samma förutsättningar för ett avtalsförhållande som nämns angående tjänster enligt SoL gör sig gällande här med, med avvikelsen att lagstiftaren inte har intagit någon hållning i frågan om påföljder. Tjänster som tillhandahålls äldre enligt denna lag bör därmed vara möjliga att hävda i domstol så som avtal för att kräva fullgörelse eller dylikt.


5 Kriterier från praxis och vidare analys

Från RÅ 1982 2:62, NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642 kan särskilda kriterier som betonar avtalsförhållandets civilrättsliga inslag extraheras för vidare analys för att

74 Lundgren, Nya sociallagarna s. 85.
tydliggöra vad som anses viktigt i praxis. Dessutom skulle dessa kunna fungera som referensobjekt till rättsförhållanden där praxis inte finns. Om det förhållandet delar karaktärsdrag med de som avhandlas i tidigare praxis så kan det motivera att den relationen bedöms liknande och möjligens anses som ett avtalsförhållande.

5.1 Om vederlaget

Eftersom att det krävs att den enskilde betalar ett vederlag för att kunna göra gällande de invändningar som HD i 1998 års fall lägger stor vikt vid så bör erläggandet av vederlag eller annars åtagandet av en betalningsskyldighet vara ett grundläggande moment. Att betalningsskyldigheten uppstår vid anspäsktagandet av erbjuden tjänst, där skyldigheten att presterä inträder för det allmänna, utgör en grundläggande ömsesidighet i förhållandet. Av 2008 års avgörande framgår samtidigt att värdet av parternas prestation inte behöver överensstämma för att relationen ska anses avtalsrättsligt. Det är dock tydligt att prestationernas överensstämmande har viss betydelse. Att barnomsorgsavgiften i 2008 års fall bara omfattade 15 % av kommunens kostnader stärkte det offentligrätsliga inslaget i relationen även om det inte var nog att rubba rättsförhållandets principiella karaktär. Åt motsatt håll torde därmed en avgift som innebär full kostnadstäckning innebära ett starkare civilrätsligt inslag, eftersom värdet av prestationerna vid avtalsrätsliga ”normalförhållanden” på den öppna och konkurrensutsatta marknaden i allmänhet borde överensstämma någorlunda. När den enskilde inte är skyldig att erlägga något vederlag för tjänsten är det svårt att vid första anblick anta att ett avtalsförhållande föreligger mellan parterna och om det anses föreligga så begränsas naturligt de civilrätsliga verkningar som bygger på att en mätbar prestation har skett. En vederlagsfri tjänst är dock inte ett definitivt hinder mot ett avtalsförhållande vilket HD påvisar i NJA 1987 s. 710. I fallet upplät en kommun en lokal åt ett ungdomsband att öva i utan avgift. Kommunen hade upplyst om att lokalen var larmad trots att upplätelsen skett...

5.2 Angående frivillighet

Angående frivillighet kan två perspektiv anläggas. Dels ses till valfriheten från den enskildes sida att begära eller välja att avstå från tjänsten och dels till valfriheten hos det allmänna att tillhandahålla tjänsten, det vill säga om det allmänna enligt lag är skyldiga att göra det eller inte. Att den enskilde kan bli betalningsskyldig för utförandet av vissa tjänster även fast den enskilda inte har begärt tjänsten av det allmänheten och även om
de inte heller har utförts klargjordes ovan angående renhållningstjänster. I 2008 års fall
särskildes tydligt barnomsorgsavgiften som en frivillig offentligt avgift i motsats
till renhållningstjänstens tvångsmässighet. Att en relation bygger på tvångsmässighet bör
starkt tala emot att det rör sig om ett civilrättsligt avtalsförhållande. Detta följer av att
avtals frihet, som huvudregel, är det som grundar och legitimerar avtalsbundenhet.
Någon gemensam partsvilja föreligger i regel inte när en tjänst tillhandahålls
tvångsmässigt. Det skulle visserligen vara möjligt att dela upp relationen enligt den metod
som framkommit ur praxis och mena på att tjänsten renhållning i sig inte är tvångsmässig
utan att utförandet motsvarar vad som tillhandahålls på den fria marknaden. Tjänsten
som så innebär visserligen inget tvång utan det tvångsmässiga består snarare av att
betalningsskyldigheten åläggs den enskilde även om denne inte vill ha tjänsten utförd,
ever om den ens utförs.

Om det allmänna erbjuder tjänster som de enligt lag inte är skyldiga att erbjuda bör
detta motsatsvis påverka relationen och stärka de civilrättsliga inslagena. När ett offentligt
organ tillhandahåller en tjänst efter eget ställningstagande, istället för att de ondvikligt
åläggs det enligt lag, så framstår det som att det offentliga organet i fråga agerar med en
tydligare vilja än när de åläggs en skyldighet via lag. Skyldigheten att tillhandahålla
tjänsten åtas på basis av egna överväganden, vilket finner sin likhet i ageranden som
innebär avtalsbundenhet. Samtidigt så minskar egentligen inte det allmänna
normbundenhet med detta närmande mot det avtalsmässiga – deras valmöjlighet samt
grunderna för tjänstens utövande följer alltjämt av författning. Det leder oss in på frågan
om hur stor betydelse det offentlig rättsliga regelverket som omgärdar tjänsten har, vilket
utreds i nedan i nästa avsnitt.

5.3 Betydelsen av det offentlig regelverkets omfattning och påföljder
I 1998 års fall tas den tillsynsverksamhet som ska övervaka kvalitetsnivån upp som ett
offentlig rättsligt inslag men det gavs inte särskild tyngd. Från det allmänna perspektiv
kan det troligen uppfattas som onödigt betungande att de både ska vara föremål för
allmän tillsyn med tillhörande sanktioner om kvalitén är bristande och samtidigt kunna
vara föremål för civilrättsliga åtgärder från den enskilde för samma bristfällighet. Det
måste dock hållas i åtanke att även om den bristande kvalitén i båda fallen utgör samma
grund så är det inte samma part som gör åtgärder gällande – det är fråga om olika rättsförhållande. Att den aktuella myndigheten har förpliktelser gentemot en tillsynsmyndighet bör inte påverka rättsförhållandet mellan den aktuella myndigheten och den enskilda.


En utgångspunkt inom dansk förvaltningsrätt är, som Andersen förklarar den, att det inte finns något utrymme för avtal kring det som enligt författning ska hanteras genom beslut eller annan förvaltningsakt.\(^77\) Madell menar att denna ”traditionella uppfattning” inom nordisk rätt innebär att ifall en offentligrättslig regel ligger till grund för ett avtal så sätter den också gränserna för vad som är möjligt avtala.\(^78\) Avtal i strid med offentligrättsliga regler, exempelvis kompetensregler, är alltså enligt den uppfattningen inte möjliga. Madell har vidare anfört NJA 1980 s. 1 som stöd för att kompetensstridiga handlingar, så som att det allmänna i avtal skulle kringgå eller avvika från offentligrättsliga regler, föranleder civilrättslig ogiltighet.\(^79\) I fallet hade en kommun ingått ett exploateringsavtal med två enskilda och hade, med hot om att bygglov annars inte skulle beviljas, verkat för att den ena av de två enskilda skulle ålägga ett kostnadsansvar som inte var förenligt med gällande byggnadslagstiftning.\(^80\) HD fann

\(^{77}\) Andersen, Dansk förvaltningsret s. 471.

\(^{78}\) Madell, Det allmänna som avtalspart s. 116.

\(^{79}\) Madell, Det allmänna som avtalspart s. 277, 298 och 376.

\(^{80}\) Se närmare Statens planverks yttrande i HD, NJA 1980 s. 1.
avtalet ogiltigt på grund av rättsstridigt tvång enligt 29 § AvtL. Vid närmare anblick så är det dock tydligt att avgörandet inte kan utsträckas till att rättsstridiga avtal överlag är civilrättsligt ogiltiga. Ogiltighet enligt 29 § AvtL kräver utöver rättsstridighet även att tvång föreligger. Avtal i strid med lag är generellt sett inte avtalsrättsligt ogiltiga enligt svensk rätt. Förarbetet till avtalslagen anger att så kan vara fallet men att det inte kan sägas allmänt att lagstridiga, ens straffbara, rättshandlingar är civilrättsligt ogiltiga. 


Det offentligrättsliga regelverket drar därmed ingen skarp yttre gräns i fråga om avtals giltighet. När det däremot gäller påföljder så utsluter lagreglerade påföljder att parterna gör gällande påföljder på allmänna civilrättsliga grunder för samma avtalsbrott. En vidare fråga blir möjligheten att göra gällande civilrättsliga påföljder när det allmänna har åsidosatt skyldigheter som är reglerade i lag och någon påföljd inte är lagreglerad.

HD:s resonemang i NJA 1998 s. 656 (I) lutar sig som nämnt ovan på två huvudsakliga argument, varav ett grundar sig på det tidigare avgörandet RÅ 1982 2:62 där kommunens avstämnings område av en elev ansågs vara en ”civilrättslig åtgärd”. HD förklarar inte närmare

81 Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 319 ff., Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 218 ff., Dotevall, Avtal s. 210 - 213.
82 Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område s. 120.
83 Ds 2009:13 s. 212 f & 215.


84 Barnet omfattades av 8 § lagen (1976:381) om barnomsorg, som föreskrev kommunen en skyldighet att, under vissa omständigheter, sörja för barnets omvårdnad om behovet inte kan tillgodoses på annat sätt. Skiljaktigt i RegR tar fasta vid att det är en offentligrättslig skyldighet att leverera barnomsorg och menar att denna inte kan åsidosättas utan föreskrift i lag då behovet alltjämt föreläg även om betalning inte skett.

85 Se Ds 2008:55 s. 112 f. som menar att det inte tode finnas något hinder mot en sådan ordning.
Sammanfattningsvis drar inte det offentligrättsliga regelverket något yttre gräns för vad som är möjligt att avtala. I bedömningen av rättsförhållandet så är offentligrättslig reglering ett offentligrättsligt inslag men skärskådar man hur de ”offentligrättsliga” och ”civilrättsliga” skyldigheterna behandlas i praxis så framstår det snarare som att de flyter samman. Detta visar på att gränsen mellan rättsområdena vid konkreta frågor inte är så tydlig.

5.4 Myndighetsutövning och faktiskt handlande


Sammanfattningsvis ser vi hur begreppen ärendehandläggning och faktiskt handlande kan användas för att undersöka huruvida myndighetsutövning är ett krav för tjänstens utförande och om det därigenom kan särskiljas från rättsförhållandets offentligrättsliga inslag. Som konstaterats i avsnitt 5.3 så är förekomsten av tvång något som starkt tyder på att ett avtalsförhållande inte föreligger, eftersom någon avtalsfrihet inte finns. Utövande av offentlig makt innebär ofta tvång, vilket gör bedömningen i detta avsnitt relevant för bedömningen av de kriterier som diskuteras i avsnitt 5.3.

\textsuperscript{86} Björkdahl gestaltar en liknande fråga med dessa begrepp i JT 2004-05 s 249 ff.
6 Slutsats och sammanfattning

6.1 Kriterier för bedömningen

Utifrån rättsfallen och de reflektioner de lett till så kan följande kriterier anges som viktiga i bedömningen av vad som gör att ett offentligrättsligt rättsförhållande övergår till ett avtalsrättsligt.

offentligrättsliga inslag och en bedömning bör därmed ske om tjänsten faller inom detta område. Det kan göras genom att se om tjänstens faktiska utförande kan skiljas från den offentligrättsliga kontext som omgärder den. Tillhandahålls tjänsten fritt på den öppna marknaden talar det för att myndighetsutövning inte är en nödvändig del av tjänsten. Är tjänstens utförande inte en del av beredningen av ett ärende som kommer att utmynna i ett beslut så talar det också för att myndighetsutövning inte är en del av tjänstens utförande. Om det inte kan bli aktuellt med några ytterligare beslut efter att tjänsten tagits i anspråk talar det också för att tjänstens utförande inte har något med myndighetsutövning att göra.

6.2 Bedömningsmetod

Av den praxis som avhandlats framträder en tydlig metod för de fall som rör bedömningen av rättsförhållanden som har både offentligrättsliga och civilrättsliga inslag.

Den praxis från högsta instans som visar prov på bedömningsmetoden är NJA 2016 s. 1035, i fråga om förhållandet mellan ett offentligt biträde och en myndighet, NJA 2013 s. 700, i fråga om förhållandet mellan en arbetslöshetskassa och en medlem, NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642, i fråga om förhållandet mellan vårdnadshavare och kommun vid barnomsorg, samt RÅ 2009 ref. 1 i fråga om förhållandet mellan kommun och enskild vid boende och service enligt SoL.

Bedömningsmetoden går ut på att rättsförhållandet hanteras som en stor samling av rättsliga inslag. De skyldigheter och rättigheter som konstituerar rättsförhållandet undersöks var för sig för att identifiera de civilrättsliga och offentligrättsliga inslag som gör sig gällande i den del av avtalet som är föremål för tvisten. Innebörden av detta gestaltas nog tydligast som motsatsen till den metod som det allmänna företrädare i NJA 2008 s. 642 anförde. Kommunen menade att den normgivning som beslutet om avgiftstaxan, som kommunfullmäktige fattade innan rättsförhållandet mellan kommunen och den enskilda uppstod, innebar medförde att det betalningsansvar som den enskilda sedermera tagit på sig i rättsförhållandet inte kunde begränsas. Det resonemangen ger de olika inslagen väldigt vid omfattning. I och med att bedömningen rör sig i ett gränsområde där många starka offentligrättsliga inslag finns i bakgrunden så skulle en
ordning som ger de olika inslagen allt för vid omfattning löpa risken för att omotiverat få avtalsförhållanden skulle anses föreligga. De inslag av myndighetsutövning som finns avgränsas till just maktutövandet och hålls isär från den faktiska verksamhet som avlöser eller föregår den. När man endast bedömer just de inslag som är avser de delar av rättsförhållandet som är av intresse för tvistefrågan så blir bedömning, i min mening, även bättre lämpad att tillhandahålla rättvisande svar.


Avslutningsvis kan det fastslås att den metod som HD använder sig av i NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642 framträde i fler avgöranden av de högsta instanserna. Den bedömningsmetod som presenterats för när rättsförhållanden mellan det allmänna och
den enskilda rörande offentligrättsligt reglerade tjänster övergår från att vara offentligrättslig till att bli avtalsrättslig bör därmed anses ligga i linje med annan praxis som behandlar frågor i gränslandet mellan offentlig rätt och civilrätt.

Allt som allt framträder det i denna bedömning inte något behov att klassificera hela rättsförhållandet som det ena eller andra utan delar av det bredare rättsförhållandet kan lämnas därför och fokus läggas främst på de omständigheter som figurerar i direkt anslutning till tjänstens utförande.

7 Avslutande ord


Rättsläget är dock fortsatt oklart då området är sparsamt behandlat i jämförelse med den mängd av olika offentligrättsliga tjänster som dagligen tillhandahålls av det allmänna.
Käll- och litteraturförteckning

**Offentligt tryck**

 Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m., Stockholm, 1914
Prop. 1971:30 med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar m.m.
Prop. 1980/81:8 med förslag till utsökningsbalk
Prop. 2001/02:122 Åtgärder mot kommunalt domstolstrots
Prop. 2009/10:65 Konkurera med kvalitet - studieavgifter för utländska studenter
Prop. 2011/12:28 Enklare avbetalningsköp m.m.
SOU 1979:36. Konsumenttjänstlag
SOU 2004:118. Beviljats med inte fått
Ds 2009:13. Konsumenttjänster m.m.

**Litteratur**


Rättsfall

Högsta domstolen
NJA 1980 s. 1
NJA 1981 s. 269
NJA 1983 s. 680
NJA 1987 s. 710
NJA 1988 s. 503 (I)
NJA 1997 s. 93
NJA 1998 s. 656 (I)
NJA 2001 s. 138
NJA 2008 s. 642
NJA 2013 s. 700
NJA 2016 s. 1035
Högsta domstolens beslut den 28 augusti 2017 mål nr T 2196-17

**Hovrättsdomar**

RH 1986:93
RH 1995:6
RH 1999:10
RH 2010:56
RH 2012:76
Svea hovrätts dom 1999-03-26 mål T 553–98
Svea hovrätts dom 2001-11-20 mål nr T 437-00
Svea hovrätts dom 2017-04-06 mål nr T 6401-16
Hovrätten för västra Sverige dom 2017-05-11 Mål nr FT 2603–16

**Regeringsrätten**

RÅ 1967 ref. 25
RÅ 1982 2:62
RÅ 1991 ref. 59
RÅ 2009 ref. 1

**Rättsfall från bostadsdomstolen**

RBD 8:94

**Justitieombudsmannen**

JO 1990/91 s. 347 ff.