



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marita Kutchava Broman

Oskäligt i förhållande till vem?

Särskilt om beaktandet av externt intresse inom skälighetsbedömning av avtalsklausuler i offentliga kontrakt på socialrättens område

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Ellika Sevelin

Termin: HT22

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRORD..... | 3 |
| FÖRKORTNINGAR..... | 4 |
| 1 INLEDNING | 5 |
| 1.1 Bakgrund..... | 5 |
| 1.2 Problemformulering och syfte..... | 6 |
| 1.3 Avgränsningar | 7 |
| 1.4 Metod och material..... | 7 |
| 1.4.1 Rätten som möjlighet..... | 7 |
| 1.5 Forskningsläget..... | 9 |
| 1.6 Disposition | 9 |
| 2 SOCIALRÄTT | 11 |
| 2.1 Allmänt | 11 |
| 2.2 Avtal inom socialrättens område | 11 |
| 2.2.1 Avtalets innehåll | 12 |
| 2.2.2 Lagstadgat kvalitetskrav | 12 |
| 2.2.3 Avtalets betydelse till tredjeman | 13 |
| 3 AVTALS RÄTT | 14 |
| 3.1 Allmänt | 14 |
| 3.2 Avtalets räckvidd..... | 15 |
| 3.2.1 Direktkravs rätt – den senare utvecklingen..... | 15 |
| 3.2.2 Avtals rätt och allmänintresset | 16 |
| 4 36 § AVTALSLAGEN..... | 18 |
| 4.1 Oskälighetsbedömningen..... | 18 |
| 4.1.1 Omständigheter som kan beaktas | 18 |
| 4.2 Tredjemansintressen | 19 |
| 4.2.1 Ordalydelse | 20 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4.2.2 | Förarbeten | 20 |
| 4.2.3 | Rättspraxis..... | 21 |
| 4.2.4 | Doktrin | 23 |
| 5 | SLUTSATSER | 26 |
| 5.1 | Rättslig möjlighet eller omöjlighet, det är frågan | 26 |
| 5.2 | Socialrättsliga avtalets särdrag..... | 26 |
| 5.3 | Principen om avtalets räckvidd och skyddsvärdet av tredjemansintresse..... | 27 |
| 5.4 | Oskäligt i förhållandet till tredjeman..... | 28 |
| | KÄLLFÖRTECKNING | 31 |

Summary

In Sweden, municipalities have ultimate responsibility for ensuring that the individual receives the social support they need. Municipal authorities are therefore obliged by law to provide a range of different types of public service. As a result of last decades political reforms, welfare politics has been largely influenced by market policy models and private solutions. Municipalities within the framework of public procurement system, are increasingly hiring private law subjects to carry out their tasks. However, public law of procurement regulates only the process of selecting individual caregiver. The contract which municipality subsequently enters with chosen provider of a welfare service is governed by private law rules and principles. It also means that contract adjustments that can become relevant because of changes in social legislation, which stipulate quality requirements for social care, must be permitted by general contract law. A fundamental principle in contract law is that agreements must be kept. 36§ of Swedish Contracts Law, however, offers the parties possibility to adjust the contract clauses if they appear to be unfair due to the *changed circumstances*. Municipalities can therefore put forward an argument that changes in social legislation constitutes such circumstances. 36§ Swedish Contract Law to be applicable, it is required that party who wishes contract adjustment constructs unfairness argument. Thesis aims therefore to highlight the limits of argument which primarily focuses on unfair consequences that municipalities continuous contractual obligation towards the private welfare provider despite law changes, entails for third party, namely, the recipient of municipal welfare service.

To answer this question, I highlight the special features of municipality contracts entered with private welfare provider. Next, I examine the question through a legal dogmatic method based on the 36§ wording, preparatory work, case-law and doctrine. Recent development trends in civil law regarding the principle of the scope of the agreement and interpretation of public contracts are also considered.

Thesis concludes that the unfairness assessment according to § 36 Swedish Contract Law, primarily considers unfairness that affects the contract parties. However, this does not prevent that in certain specific situations it would be legally possible to take third-party interests into account and, with support of § 36 Swedish Contract law, put forward an argument to adjust a contract clause which has become unfair due to changed circumstances.

Sammanfattning

I Sverige är det kommuner som har ett yttersta ansvar för att den enskilde får det socialrättsligt stöd hen behöver. Kommunala myndigheter är därför enligt lag skyldiga att tillhandahålla en rad olika typer av offentlig service. Till följd av senaste decenniernas politiska reformer har välfärdspolitiken i hög grad påverkats av marknadspolitiska modeller och privata lösningar. Kommunerna anlitar allt oftare privaträttsliga subjekt för att utföra sitt uppdrag, vilket i regel sker genom offentlig upphandling. Offentligrättsligt upphandlingsregelverk reglerar dock själva processen av att välja ut enskilda företag. När en kommun därefter ingår ett avtal med en utförare av en välfärdstjänst, uppstår ett civilrättsligt förhållande mellan dem, ett förhållande som bedöms utifrån allmänna avtalsrättsliga regler. Det innebär också att avtalsjusteringar som kan aktualiseras på grund av ändringar i socialrättslig lagstiftning, som stipulerar vilka kvalitetskrav kommunernas insatser inom socialrättens uppgiftsområde måste uppfylla, ska göras enligt de allmänna avtalsrättsliga reglerna.

En grundläggande princip inom avtalsrätten är att avtal ska hållas. En avtalsrättslig bestämmelse, generalklausulen - 36 § AvtL erbjuder dock möjlighet att korrigera avtalets innehåll om det framstår som *oskäligt* bland annat på grund av ”senare inträffade förhållanden”. Kommuner kan därför argumentera att förändringar i socialrättslig lagstiftning utgör en sådan förhållande. Kommunen måste också konstruera ett oskälighetsargument för att 36 § AvtL ska vara tillämplig.

Med grund i *Wilhelmsons* syn om ”gällande rätt” som ett spektrum av *olika rättsliga möjligheter*, ämnar uppsatsen belysa gränserna för oskälighetsargument som främst fokuserar på de konsekvenser som den allmänna kontrahentens avtalsbundenhet, trots lagändringar, innebär för *tredjeman* - mottagare av den avtalade välfärdstjänsten. Att beakta ett externt intresse inom skälighetsbedömning är ingalunda självklart. Detta med tanke på att avtalets uppgift är att skydda med avtalet förenade intressen vilket, i regel, är endast parternas.

För att besvara uppsatsens frågeställning lyfter jag fram socialrättsliga avtalens särdrag. Därefter undersöker jag frågan genom rättsdogmatisk metod med avstamp i generalklausulens ordalydelse, förarbeten, praxis och doktrin. Utvecklingstendenser inom civilrätten vad gäller principen om avtalets räckvidd samt tolkning av offentliga kontrakt också beaktas.

Undersökningen har visat att skälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL, i första hand, tar sikte på *oskälighet* som drabbar parterna. Det hindrar dock inte att det i vissa specifika situationer skulle vara *rättsligt möjligt* att beakta tredjemansintresse och med stöd av 36 § AvtL korrigera *ett imperfekt avtalsresultat* utifrån samhällsociala utgångspunkter.

Förord

När jag, för 10 veckor sedan, satte i gång med detta arbete hade jag blandade känslor. Även om jag tyckte att ämnet var mycket spännande, var jag osäker på om det fanns något mer att säga om saken. Att avtalet endast skyddar parternas intressen, är något som vi, juriststudenter, många gånger har fått höra under programmets gång. Nu, när den här uppsatsen är klar, har det visat sig att det ändå fanns en hel del att säga. Så mycket att det inte fullständigt ryms inom formatet.

Med den här uppsatsen lider även studierna på juristprogrammet i Lund mot sitt slut. Studierna som blev möjliga på grund av din uppmuntran och ditt stöd under hela utbildningens gång, min älskade Erik. Denna är tillägnad dig!

Jag vill även tacka resten av min familj i Georgien och Sverige för att ni alltid peppar mig. Tack Inger för korrekturläsning av alla mina texter på programmet, inklusive denna.

Avslutningsvis vill jag rikta ett särskilt tack till min handledare, Ellika Sevelin. Tack för ditt utmärkta och engagerade handledarskap! Ditt stöd var ovärderligt i den utmanande och spännande - uppgiften att skriva denna uppsats.

Lund i januari 2022
Marita Kutchava Broman

Förkortningar

| | |
|-------|--|
| AvtL | Avtalslagen |
| JT | Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet |
| TfR | Tidsskrift for Rettsvidenskap |
| SoL | Socialtjänstlagen (2001:453) |
| LSS | Lag (1993: 387) om stöd och service till vissa funktionshindrade |
| HSL | Hälsa-och sjukvårdslag (2017:30) |
| HD | Högsta domstolen |
| NJA | Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| Prop. | Regeringens propositioner |
| UfR | Ugeskrift for Retsvæsen |
| NDS | Nordiske domme i sjøfartsanliggender |
| SvJT | Svensk Juristtidning |
| LOU | Lag (2016: 1145) om offentlig upphandling |
| BNP | Bruttonationalprodukt |

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I det moderna välfärdssamhället har det offentliga uppgifter av varierande natur. Förutom att det allmänna ansvarar för försvar, rättsväsendet och skatteförvaltning utgör värdefördelning av sociala, ekonomiska och kulturella nytigheter en viktig del av förvaltningen.¹

För att ordna offentliga förvaltningsuppgifter har det allmänna möjlighet att välja såväl offentlighetsrättsliga (lag och myndighetsbeslut) som privaträttsliga (avtal) rättsakter som styrinstrument, förutsatt att offentlighetsrättsliga regelverk inte innehåller några begränsningar.² Anskaffandet av personliga och sakliga resurser sker, i regel, genom civilrättsliga handlingar.³ Till följd av senaste decenniernas politiska reformer har en ökande andel av tillhandahållna tjänster från det offentliga kommit att organiseras i privat regi med offentlig finansiering. Detta har i hög grad inneburit övergång från lagstiftning till avtal som styrande instrument inom en mängd olika områden, inte minst inom sfären socialrätt och sjukvård.⁴

De avtal som satts i fokus i detta arbete tillkommer generellt sett genom ett upphandlingsförfarande. Upphandlingsregelverket, som har sin grund i EU-lagstiftning,⁵ reglerar själva processen av kontraktering och är i princip avgränsat till avtalsslut.⁶ När ett avtal är för handen reglerar de avtalsrättsliga bestämmelserna parternas mellanhavanden.⁷ Det innebär att bedömningen av rättsförhållandet, bland annat om avtalets uppfyllelse, ändring eller tolkning, också kommer att göras enligt en civilrättslig metod.⁸ Högsta domstolen har tidigare gjort en tydlig distinktion mellan offentlig upphandling och allmän avtalsrätt.⁹ Domstolen menade att det inte finns ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentlighetsrättsliga subjekt, utan sedvanliga civilrättsliga avtalsregler gällde även för de avtal som har ingått till följd av offentlig upphandling.¹⁰ HD:s uttalande kom 2001. I en dom, 20 år senare, som bland annat handlade om tolkning av offentligt kontrakt, tillmäter HD:s majoritet viss betydelse för tolkningsparametrarna

¹ Marcusson, s. 17.

² Madell (1998), s. 116.

³ Staedler, s. 7.

⁴ Madell (1998) s. 97, hänvisar till Hollander 1993 s. 77–86.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet).

⁶ SOU 2014:51 s. 446.

⁷ Madell (2000), s.12.

⁸ Kleineman, s. 936.

⁹ NJA 2001 s. 3.

¹⁰ *Ibid.*

till den omständighet att offentliga avtal tillkommer genom den speciella avtalsrättsliga miljön - upphandlingsförfarandet.¹¹ Vid tolkning av sådana avtal, måste en helhetsbedömning göras där avtalets syfte sätts i sitt upphandlingsrättsliga sammanhang.¹² Enligt domstolen är det inte heller relevant att fastställa den gemensamma partsviljan, något som annars intar en central plats inom den civilrättsliga tolkningsläran.¹³

I domens kölvatten har flera frågor kopplade till offentligt upphandlat kontrakt aktualiserats. En fråga handlar om förhållandet mellan civilrättsliga regler och offentligrättsliga upphandlingsavtal.¹⁴ Finns det anledning att behandla offentligrättsligt upphandlade civilrättsliga avtal annorlunda än avtal som tillkommer utanför upphandlingsförfarandet? Är det rättsligt möjligt för den allmänna domstolen att, i en civilrättslig prövning, beakta offentliga kontrakts särskiljande karaktär? I så fall, i vilket sammanhang?

1.2 Problemformulering och syfte

Offentliga kontrakt brukar ofta löpa över längre tid, vilket betyder att omfattande rättsliga, faktiska eller politiska förändringar kan äga rum under avtalets löptid.¹⁵ Ändringar inom socialrättslig lagstiftning, som stipulerar sociala insatsers kvalitetskrav, kan dessutom direkt påverka förutsättningar för det allmännas avtal inom socialrättens område och kan ofta aktualisera behov av avtalsjustering.¹⁶ Alternativet innebär att den allmänna kontrahenten riskerar att inte uppfylla sin lagstadgade plikt, vilket även kommer drabba tredjeman, dvs, mottagare av den avtalade välfärdstjänsten.

I svensk rätt saknas, generellt sett, möjlighet till uppsägning av avtal på grund av ändrade förhållanden.¹⁷ Därutöver, kan upphandlat avtal ge leverantören ensamrätt att leverera de tjänster som avtalet omfattar,¹⁸ vilket skulle försvåra den allmänna kontrahentens möjlighet att anlita ny leverantör, även om det skulle ha varit förenat med betydligt högre kostnader. Omförhandling av upphandlande avtal kan även begränsas av upphandlingsrättsligt regelverk.¹⁹ Vilka möjligheter står den allmänna kontrahenten till buds för att i ovan beskriven situation anpassa avtalet till förändrade omständigheter?

¹¹ NJA 2021 s. 643.

¹² Ny HD-dom väcker frågor kring exklusiv rätt för ramavtalsleverantörer, september 2021, nj.se.

¹³ Adlercreuts, Avtalsrätt II s. 58.

¹⁴ Gorton, Lindel-Frantz, Moldén (2021), s. 604; Olsson, s. 515 ff.

¹⁵ Naundrup Olesen (2004), ss. 280, 292.

¹⁶ Se Avsnitt 2.2.2.

¹⁷ Post, s. 161.

¹⁸ Se NJA 2021 s. 643: HD tolkade ramavtalet så att leverantören hade ensamrätt.

¹⁹ Morawetz, s. 103.

En avtalsrättslig bestämmelse som erbjuder möjlighet att korrigera avtalets innehåll om det framstår som *oskäligt* på grund av ”senare inträffade förhållanden” är avtalslagens (1915:218) generalklausulen - 36 § AvtL.²⁰ Paragrafen har ansetts utgöra det mest lämpliga medlet för att korrigera långvariga avtal.²¹ Därför finns starka skäl för den offentliga kontrahenten att använda bestämmelsen för att få till stånd en önskad förändring.²² Eftersom oskälighetsrekvisitet kvalificerar tillämpningen av 36 § AvtL, krävs att den allmänna kontrahenten konstruerar ett oskälighetsargument till grund för jämkning. Ett sådant argument kan lyda att det i ljuset av lagändringar, inte längre är skäligt att avtalet ska gälla i oförändrat innehåll, särskilt med tanke på de olägenheter som kan drabba tredjeman. Argumentet aktualiserar en för uppsatsen central fråga, nämligen:

Vilken *möjlighet* erbjuder *gällande rätt* att, inom ramen för skälighetsbedömning, beakta konsekvenser som den allmänna kontrahentens bundenhet till avtalet innebär för tredjeman?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen avgränsas genom val av avtalstyp, skäl till förändrade omständigheter samt avtalsparten som önskar jämkning. Fokuset ligger på kommunala avtal ingångna med privata leverantörer i syfte att erbjuda kommuninvånare lagstadgade hjälpinsatser inom socialrättens område. Det är därutöver den allmänna kontrahentens intresse för jämkning som formar grundperspektivet i denna framställning, även om ändrade lagstiftningskrav förändrar förutsättningar för båda avtalsparter.

Uppsatsen har ett avtalsrättsligt perspektiv. Socialrättslig lagstiftning beaktas i den mån det anses vara nödvändigt för att skapa förståelse kring syftet bakom socialrättsliga avtal och dess betydelse för tredjeman. Upphandlingsrättsligt regelverk bedöms ligga utanför uppsatsens frågeställning och behandlas inte.

1.4 Metod och material

1.4.1 Rätten som möjlighet

Inom rättsvetenskap finns i fråga om argumentationskaraktär en distinktion mellan argumentation *de lege lata* respektive *de lege ferenda*.²³ Argumentet *de lege lata* bygger sitt resonemang på en viss tidpunkt ”*gällande rätt*”, vars

²⁰ Dotevall (1999), s. 442. Post, s.162.

²¹ *Ibid.*

²² Post, s. 162.

²³ Sandgren (2006), s. 534.

existens med stöd av rättsdogmatisk metod kan bevisas genom undersökning av lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Argumentet *de lege ferenda* vilar ofta på rättspolitisk grund och förespråkar i stället hur gällande rätt *bör* utformas.

En som har försökt frigöra sig från tankesättet *antingen eller* är en finsk rättsvetenskapsman *Thomas Wilhelmsson*. I sitt verk *Social civilrätt* utvecklar han ett argument som han kallar det ”*rättsligt möjliga*”.²⁴ Enligt honom uppfattar traditionell dogmatik rätten som ”*verklig*” i motsats till ”*möjlig*”.²⁵ ”*Gällande rätt*” med hans synsätt blir däremot inte något som kan fångas i en viss tidpunkt, utan ett spektrum av olika rättsliga möjligheter. Belysning av gränserna för det rättsligt möjliga bidrar till ett förverkligande av annars förbisedda möjligheter och förändrar på så sätt även perspektivet.

Rättsvetenskapen försöker uppmärksamma nya möjligheter i en värld i konstant rörelse. Genom att lyfta material som ger uttryck för nya tankegångar, som ifrågasätter traditionen, utvidgar man kännedomen om vad som är rättsligt möjligt, om dock ännu ej (ur allmän synvinkel) verkligt.²⁶

Argument för att jämka ett avtalsvillkor för att säkerställa ett externt intresse har i princip inte förekommit i svensk rättspraxis och doktrin. Kan det ändå vara ”*rättsligt möjligt*” med tanke på de förändringar som civilrätten har undergått under senare decennier om dock ännu ej ”*verklig*”? Arbetet söker därför att dra gränser mellan vad som är *rättsligt möjligt* och går längre än att beskriva ”*gällande rätt*”. Ambitionen är däremot inte att föreslå vad gällande rätt *bör* vara.

Framställningen håller sig huvudsakligen till svensk rätt men doktrin från Norden utgör en viktig källa för analysen. Dels för att det är genom doktrin som principerna kring jämkning till stor del har utvecklats.²⁷ Dels för att svensk doktrin som behandlar uppsatsens frågeställning i stort sett saknas. Utländska rättskällor har dock ett lågt rättskällevärde, vad gäller bedömning av svensk gällande rätt. Materialet används således som ett hjälpmedel för analys och har rent ”tjänande funktion”.²⁸ Enligt *Norlén* kan en välmotiverad ståndpunkt framförd av en rättsvetenskapsman från ett annat land, anknytas till och harmoniera med den svenska avtalsrätten, förutsatt att denna doktrin inte strider mot värdegrunden för den svenska avtalsrätten.²⁹ De nordiska avtalslagarna uppkom som produkt av nordiskt lagstiftningssamarbete i början av 1900-talet.³⁰ Såväl Norge som Danmark har en motsvarighet till den 36§,

²⁴ Wilhelmsson (1987), s. 31ff.

²⁵ Wilhelmsson (1994), ss. 501–503.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ramberg & Ramberg (2016), s. 21 ff.

²⁸ Strömholm, s. 259.

²⁹ Norlén (2004), s. 22.

³⁰ Modéer, s. 196.

något som gör Norden till ett område med betydande rättslikhet på den allmänna avtalsrättens område.³¹

1.5 Forskningsläget

Särarten av kontrakt där det offentliga utgör en avtalspart har varit föremål för rättsvetenskaplig undersökning i Sverige och i grannländer.³² Frågan om generalklausulens tillämplighet på offentliga kontrakt har berörts av *Madell* i sin avhandling *Det allmänna som avtalspart*. Han menar att det inte finns något hinder för en domstol att beakta 36§ inom en avtalsrättslig bedömning av offentligt kontrakt. Detta trots att upphandlande myndighet intar en särställning som avtalspart.³³ Uttalanden i förarbeten ger också stöd för uppfattningen att generalklausulen kan tillämpas i avtalsrättsliga förhållanden mellan enskilda och offentliga myndigheter.³⁴

Som tidigare nämnts kan upphandlingsrättsligt regelverk inskränka parternas handlingsfrihet i vissa avtalssituationer. En annan fråga i uppsatsens periferi är om det överhuvudtaget är möjligt att tillämpa generalklausulen för att korrigera innehållet i offentliga kontrakt, med tanke på upphandlingsrättsligt förbud mot väsentliga ändringar av offentliga kontrakt. *Morawetz* har i sin artikel '36 § avtalslagen och förbudet mot väsentliga förändringar av villkoren i offentliga kontrakt' behandlat frågan. Han hävdar att upphandlingsrättsligt regelverk inte regelmässigt kommer i konflikt med allmän domstols tillämpning av generalklausulen.³⁵

Därutöver har offentlighetsrättsliga principers påverkan på avtalsrätten varit föremål för en studentframställning. Författaren ifrågasätter om det avtalsrättsliga ramverket är särskilt lämpat för att hantera relationen mellan det allmänna och enskilda utförare av välfärdstjänster, vad gäller det allmännas möjlighet att frånträda ett avtal där syftet med det upphandlande kontraktet inte uppnås.³⁶

1.6 Disposition

Framställningen framöver kommer att ha följande disposition. I *kapitel två* beskrivs några utmärkande drag för socialrättsliga avtal. Vidare kommer värdena som ligger bakom den socialrättsliga lagstiftningen att kort beröras. I *kapitel tre* redogörs för avtalsrättens grundläggande principer som jag anser

³¹ Norlén (2004), s. 23.

³² Naundrup Olesen (2004); Staedler (1983); Bernt (1981); Mathiassen (2000); Moravetz (2014).

³³ Madell, (1998), s. 419.

³⁴ prop. 1975/76:81, 113 ff.

³⁵ Morawetz, s. 103.

³⁶ Bruno, s. 56.

ha direkt anknytning till uppsatsens frågeställning. I *kapitel fyra* dras gränserna för oskälighetsbedömningen med avstamp i lagtexten, förarbeten, praxis och doktrin. I *kapitel fem* reflekterar jag över de slutsatser som nåtts i uppsatsen och besvarar uppsatsens frågeställning.

2 Socialrätt

2.1 Allmänt

Redan i den romerska rätten delades rättssystemet i civilrätt respektive offentlig rätt.³⁷ Den offentliga rätten rör förhållandet mellan det allmänna och enskilda, medan civilrätten omfattar frågor som typiskt sett gäller rättsförhållanden mellan enskilda.³⁸ Socialrätten brukar definieras som en del av den offentliga rätten³⁹ och har sedan 1900-talet använts för att beteckna regler som styr samhällets hjälpsatser på det socialpolitiska området.⁴⁰ Socialrätten syftar till att på ett eller annat sätt realisera välfärdsrättigheter som det offentliga vill tillförsäkra medborgarna.⁴¹ Socialrätten betraktar vissa grupper av medborgare som generellt sett svagare och således i behov av stöd för att tillvarata sina intressen.⁴² Ett stort antal socialrättsliga regler är därför målrationella i den bemärkelsen att behovstillfredställandet,⁴³ som kollektivt mål, utgör regelns kärna.⁴⁴ Socialrättslig lagstiftning sägs vila på tanken om distributiv (fördelande) rättvisa.⁴⁵ Mål att omfördela välfärden mellan olika medborgargrupper anses därför vara särskilt framträdande inom socialrättens uppgiftsområde.⁴⁶

2.2 Avtal inom socialrättens område

Inom socialrättens område är det kommunen som enligt 2 kap. 1 § Sol, har ett yttersta ansvar för att den enskilde får det stöd och hjälp hen behöver. Kommunala myndigheter är därför enligt lag skyldiga att tillhandahålla en rad olika typer av offentlig service.⁴⁷ Att en kommun är skyldig att tillhandahålla viss verksamhet utgör inget hinder för att enskilda efter offentlig upphandling bedriver verksamheten för kommunens räkning.⁴⁸ Kommunerna anses enligt den allmänna kompetensregeln ha rätt att använda sig av privaträttsliga subjekt för att utföra sitt uppdrag.⁴⁹ Uttryckliga möjligheter att överlämna driften av offentlig verksamhet föreligger också enligt Sol, HSL och LSS. Kraven

³⁷ Bangert, s. 26 ff.

³⁸ Flodgren (2016), s. 24.

³⁹ Hollander, s. 73.

⁴⁰ Westerhäll, ss. 8, 10.

⁴¹ Wennström, s. 122.

⁴² Hollander, s. 73.

⁴³ Det kan vara ekonomiskt, omsorgs eller medicinskt vårdbehov. Westerhäll, s. 10.

⁴⁴ Westerhäll, ss. 8, 10.

⁴⁵ Wilhelmsson (1987), s. 46.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Madell (2004), s. 14.

⁴⁸ *Ibid.*; 2 kap. 5 Sol.

⁴⁹ Madell (2000), s. 54.

på effektivare offentlig serviceproduktion har lett till att privaträttsliga subjekt allt oftare tar över tidigare helt offentligt organiserad vård och service.⁵⁰ Det är här som avtalsrättsliga konstruktioner kommer till användning.

2.2.1 Avtalets innehåll

När sjukvårdande eller socialvårdande uppgifter läggs på det enskilda rättssubjektet uppkommer frågor om beskrivning av den privata leverantörens prestation. Det samhällseliga intresset som är knutet till offentliga kontrakt kan endast med svårighet beskrivas i avtalsmässiga termer.⁵¹ Däremot är ett upphandlat kontrakt ömsesidigt förpliktande, precis som andra avtal. Leverantören ska leverera tjänster eller varor och den upphandlande myndigheten ska betala för det som levereras.⁵² Inom socialrättens område är ofta avtalsobjektet – den viktigaste delen av avtalsinnehållet – uppfyllelse av det samhällseliga mål som det offentliga vill tillförsäkra sina medborgare.⁵³ Det kan vara fråga om att upphandla hemtjänst för att tillgodose de äldres rätt till bistånd enligt 4 kap. 1 SoL eller daglig verksamhet enligt 9 § LSS för personer i yrkesverksam ålder som saknar förvärvsarbete och som inte utbildar sig. Sambandet mellan avtalad verklig prestation och den lagstadgade plikten påverkar inte enbart beskrivning av avtalsobjektet utan får även betydelse för avtalstolkning samt bedömningen om det föreligger avtalsbrott.⁵⁴

2.2.2 Lagstadgat kvalitetskrav

Ett annat utmärkande drag gällande socialrättsliga avtal är det faktum att själva den avtalade prestationen oftast är föremål för offentlighetsreglering. Socialrättslig lagstiftning anger ett abstrakt mål, omsatt i konkret juridiska begrepp såsom ”skälig levnadsnivå” eller ”god hälsa”.⁵⁵ Kvaliteten på de hjälpsinsatser som det allmänna är skyldig att tillhandahålla bestäms inte till följd av avtalsparternas förhandling utan av lagstiftningen. Detta lagstadgade kvalitetskrav är särskilt starkt på socialtjänstens område.⁵⁶ Enligt 3 kap. 3 § SoL ska socialtjänstens insatser vara av god kvalitet. Detta krav gäller all verksamhet inom socialtjänsten, både offentlig och privat.⁵⁷ Ett exempel på ett sådant krav är att det ska finnas personal med lämplig utbildning och erfarenhet.

⁵⁰ Hollander, s. 76.

⁵¹ Hansen, s. 15.

⁵² Lindahl Toftgaard, s.162.

⁵³ Naundrup Olesen (2011) s. 66.

⁵⁴ *Ibid*, s. 67.

⁵⁵ Wennström, s. 122.

⁵⁶ Madell (2004), s. 18.

⁵⁷ Prop. 1996/97:124 s. 51, bet. 1996/97:SoU18.

2.2.3 Avtalets betydelse till tredjeman

Den traditionella avtalstypen reglerar ett tvåpartsförhållande. Kännetecknande för offentliga kontrakt inom socialrättens område är att avtalets uppfyllelse har stor betydelse för en part som står utanför avtalsförhållandet. Mottagare av tjänst har stark anknytning till den offentliga kontrahenten som har lagstadgad skyldighet att lösa en uppgift till förmån för tredjeman.⁵⁸ Medborgare som är berättigad till stöd enligt socialrättslig lagstiftning har ett stort intresse i att den avtalade prestationen genomförs. Även om produktionen av service och omvårdnad genom avtal lämnats till enskilda, bibehåller kommunen i egenskap av huvudman sitt ansvar.⁵⁹ I sammanhanget är denna koppling starkare i offentliga kontrakt än det är traditionellt mellan avtalspart och tredjeman.⁶⁰

⁵⁸ Naundrup Olesen (2004), s. 295.

⁵⁹ Madell (1998), s. 233. Se även 17 § 1 st. LSS.

⁶⁰ Naundrup Olesen (2004), s. 296.

3 Avtalsrätt

3.1 Allmänt

Avtalsrätten omfattar i huvudsak frågor angående avtalsslut, avtals ogiltighet och avtalstolkning och utgör en central del av civilrätten. Utgångspunkten bakom avtalsrättslig reglering är att de enskilda parterna är, i princip, fria, självständiga och jämbördiga. Parterna har lika förutsättningar men legitima särintressen som de själva kan tillvarata.⁶¹ Lagreglerna anger en rimlig intresse-riskavvägning men parterna är fria att avtala om en annan avvägning så länge det inte är oskälig eller olagligt. Avtalsrättens uppgift med denna förutsättning blir att försäkra att parterna haft möjlighet att uttrycka sin fria vilja utan påtryckningar, utnyttjandet av trångmål, svek eller andra omständigheter som kunnat förhindra detta.⁶² Domstolarna har möjlighet att komma till rätta med oskäliga avtalsvillkor i ett enskilt fall antingen genom tolkning och utfyllning av ett avtal,⁶³ eller genom tillämpning av en uttrycklig lagbestämmelse, främst 36 § AvtL.⁶⁴

En av principerna som genomsyrar hela avtalsrätten och den liberala marknadsekonomin är principen om avtalsbundenhet. Det innebär att avtalspart har skyldighet att fullgöra de plikter han eller hon åtagit sig.⁶⁵ Rättssystemen accepterar två slags begränsningar på den fria avtalsrätten: tvingade reglering och jämkning.⁶⁶ Skyddsintressen som motiverar sådan begränsning är också av två slags, nämligen partsintresse och externt intresse. Ett externt intresse kan vara enskilt eller allmänt.⁶⁷

Vad gäller reglernas funktion så bestäms den ytterst av ”omsättningens intresse” som ofta jämföras med ekonomisk effektivitet.⁶⁸ Till skillnad från offentlig rätt, ses strävan efter kommutativ rättsvissa som grundläggande värden bakom avtalsrätten och 36§ AvtL.⁶⁹ Vad som är rättvist i kommutativ mening bestäms med utgångspunkt i om det råder en balans mellan parternas rättigheter och förpliktelser.⁷⁰

⁶¹ Hollander, s. 73f.

⁶² Dotevall (2002), s. 441.

⁶³ Förfarandet ofta benämns som dold kontroll av avtalsvillkor. *Se prop. 1975/76:81 s. 103.*

⁶⁴ Förfarandet när domstolen använder sig av en uttrycklig lagbestämmelsen för att motverka oskäliga avtalsvillkor kallas öppen kontroll, *se prop. 1975/76:81 s. 103.*

⁶⁵ Dotevall (2017), s.38.

⁶⁶ Lindskog (2015), s. 314.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Flodgren (2016), s. 24.

⁶⁹ Votinius (2005), s. 338.

⁷⁰ Votinius (2004), s. 66.

3.2 Avtalets räckvidd

Det brukar sägas att avtalet i första hand berör parterna. Det är parterna som genom avtalet blir berättigade och förpliktade i enlighet med avtalets innehåll.⁷¹ Avsteg från detta synsätt är tredjemansavtal som föreligger när en avtalspart ska prestera till sin medkontrahent till förmån för tredje man. Kännetecknande för tredjemansavtal är att det skapar självständiga rättigheter för tredjeman. Denne har rätt att återkalla eller kräva att ett avtal fullgörs för att främja sina intressen.⁷² Tredjemansavtal utgör även undantag till den förmögenhetsrättslig utgångspunkten att avtalets rättsverkningar är begränsade till förhållandet mellan parterna.⁷³ Inom obligationsrätten har denna princip kallats principen om avtalsverkningarnas subjektiva begränsning.⁷⁴ Under senare tid har dock begreppet ”avtalets räckvidd” använts som möjligen signalerar en ”viss retoriskt förskjutning till tredjemans förmån”.⁷⁵ Det tycks finnas en ökad förståelse att i en del situationer kan en tredjeman anses vara särskilt skyddsvärd, vilket kan påverka avvägningen av de inblandade intressena.⁷⁶ Ett sådant exempel är ett direktkravs rätt som har tillskapats i svensk praxis.

3.2.1 Direktkravs rätt – den senare utvecklingen

Principen om avtalsverkningarnas subjektiva begränsning fungerat som en spärr mot ”direktkrav”, dvs, rätt att rikta anspråk mot tredjeman, exempelvis ”gäldenärens gäldenär”.⁷⁷ Huvudregel ansågs alltså vara att tredjeman inte kan framställa krav grundande på avtal vari de inte är delaktiga.⁷⁸ Trots detta, har lagstiftaren i Sverige erbjudit främst konsumenter lagstadgad rätt att rikta krav direkt mot medkontrahentens medkontrahent för att skydda deras intresse.⁷⁹ I slutet av 90-talet fanns författare båda i Sverige och Danmark som såg möjligheten att utvidga den lagstadgade direktkravs rätt.

Redan 1999 publicerade *Zackariasson* sin avhandling *Direktkrav. Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär* där hon förespråkade användning av direktkravs rätt i vissa specifika situationer. För dansk rätts vidkommande har *Ulfbeck* i sin avhandling *Kontraktens relativitet*, påstått att uppfattningen

⁷¹ Mossberg, s. 40.

⁷² Adlercreutz (2011), s. 152ff.

⁷³ Mossberg, s. 40, 255.

⁷⁴ Grönfors och Dotevall (2010), s.54.

⁷⁵ Mossberg, s. 41.

⁷⁶ Mossberg, s. 694.

⁷⁷ Mossberg, s. 835.

⁷⁸ Taxell (1987), s. 20.

⁷⁹ Det finns direktkravsregler i produktansvarslagens (1992:18), i försäkringsavtalslagen (2005:104), konsumenttjänstlagen samt konsumentköplagen (1990:932).

att avtalet endast har verkan för parterna inte längre är hållbar till följd av moderna samhällsförhållanden.⁸⁰

År 2000 bekräftade svenska HD advokatens rätt att vända sig direkt mot den insolvente klientens försäkringsbolag för att få betald ur dennes rättsskyddsförsäkring.⁸¹ I *NJA 1996 s. 400* bedömde HD att rättsskyddsförsäkringen var tagen i ombudets intresse, trots att försäkringstagarens syfte är att försäkra sig själva mot advokatens räkningar.⁸² I målet argumenterade försäkringsbolaget att ombudet inte hade någon självständig rätt mot försäkringsbolaget. Till slutsatsen kom HD genom tolkning och utfyllning betrakta i branschen gällande utbetalningspraxis som en del avtalsinnehållet. Till följd härav fick advokaten rätt att vända sitt krav mot den insolvente klientens försäkringsbolag för att få betald ur dennes rättsskyddsförsäkring. Försäkringstagarens ombud ansågs alltså vara den ”rätta” tredjemanrättsfiguren för det aktuella rättsförhållandet.⁸³ Att avtal mellan försäkringstagaren och försäkringsbolag utgjorde avtal till förmån till tredjeman bekräftades i *NJA 2000 s. 48* samt *NJA 2013 s. 253*.

3.2.2 Avtalsrätt och allmänintresset

Avtalets uppgift sägs vara att skydda med avtal förenade intressen.⁸⁴ Tredje mans- och allmänintresset, som *Taxell* jämför med större medborgargrupper intressen, anses i första hand ligga på lagstiftaren att beakta via rättspolitiska bedömningar.⁸⁵ Det betyder dock inte att sådan hänsyn är frånvarande i en avtalsrättslig argumentation. Enligt *Bryde Andersen* är hänsyn till det allmännas intresse vid sidan om partrelaterade omständigheter, relevant att lyfta upp i en avtalsrättslig argumentation.⁸⁶ Det är, till exempel möjligt, att argumentera för jämkning av avtalsvillkor som har som ändamål att motverka ett allmänintresse genom att vilseleda skattemyndigheter.⁸⁷ Redan på 90-talet spanade *Lehrberg* att det fanns en tvingad acceptans att avtalsrättsliga regler skulle användas för att tillgodose inte endast rena partsintressen utan även samhällseliga intressen.⁸⁸ Ungefär samtidigt såg *Taxell* i Finland möjligheten att genom avtalsrättsliga rättsnormer tillgodose utomstående intressen, om än i speciella fall.⁸⁹ Han menade till exempel att socialpolitiken var ett område som ställde krav på avtalsparter.⁹⁰ Det var därför inte uteslutet att socialrättens värderingar skulle tränga in i på den privata sektorn och färga avtalsrättsliga

⁸⁰ Ulfbeck, s. 67ff och s. 411ff.

⁸¹ *NJA 2000 s. 48*.

⁸² Håstads tillägg till *NJA 2000 s. 400*.

⁸³ Mossberg, s. 274.

⁸⁴ *Taxell (1987)*, s. 18.

⁸⁵ *Ibid*, s. 22f.

⁸⁶ *Bryde Andersen (2021)*, s.450.

⁸⁷ Prop 1975/76:81, s.111. *NJA 1992 s. 299*.

⁸⁸ *Lehrberg (1993)*, s. 41ff.

⁸⁹ *Taxell (1987)*, s. 20.

⁹⁰ *Taxell (1987)*, s. 20.

bedömningar.⁹¹ ”Även när det inte ligger i samhällets intresse att direkt gripa in i den privata avtalsfären kvarstår statens uppgift att erbjuda medborgarna bästa möjliga service”.⁹² Av vikt är därför att skydda en tredjeman som har en rätt till ”objekt som är föremål för ett avtal”, menade *Taxell*.⁹³

Sandgren var däremot skeptisk vad gäller effektiviteten i att använda avtalsregler som medel att ta tillvarata ett allmänintresse.⁹⁴ Det var också *Hellner*. Han ifrågasatte lämpligheten av att jämka avtalsvillkor som har till syfte att motverka allmänintresset, då generalklausulen var en regel som skyddade den ene av två avtalsparter.⁹⁵

Vad gäller samtida utveckling inom den privaträttsliga regleringen, har den i stor utsträckning präglats av social och samhällelig hänsyn i vid bemärkelse, menar de danske rättsvetenskapsmännen *Lynge Andersenn och Bo Madsen*.⁹⁶ De tycks även se utvecklingen i nordisk avtalsrätt mot att acceptera en utökad möjlighet för det allmänna att begära justering eller frånträ-dande från ett kontrakt när det allmännas rättsliga grunder för åtgärder ändras, eller när det allmännas intressen, kräver en ny bedömning.⁹⁷ Den allmänna kontrahentens avtalspart måste därför i större utsträckning än vad som är fallet i andra kommersiella avtalsförhållanden, tolerera avtalsändringar.⁹⁸ Den offentliga kontrahentens rätt att kräva avtalsjusteringar med hänvisning till förändringar i regleringen av den offentliga verksamheten får dock inte överstiga den privata avtalspartens rimliga förväntningar eller helt förändra avtalsbalansen.⁹⁹ Enligt *Hansen* illustrerar danska högsta domstolens resonemanget i *UfR 2003.646 H* denna försiktig acceptans. I målet ansåg domstolen att kommunen som behövde resursspara, hade rätt att ändra driftsavtal som ingåtts med fristående förskola.

⁹¹ *Taxell* (1988), s. 526.

⁹² *Taxell* (1987), s. 22.

⁹³ *Taxell* (1987), s. 20.

⁹⁴ *Sandgren* (1993), s. 97.

⁹⁵ *Hellner*, s. 212.

⁹⁶ *Lynge Andersenn och Bo Madsen*, s.255.

⁹⁷ *Ibid*, s 264.

⁹⁸ *Hansen*, s. 10.

⁹⁹ *Ibid*.

4 36 § Avtalslagen

4.1 Oskälighetsbedömningen

Oskälighetsrekvisitet som intar central plats i 36§ AvtL, preciseras i lagtexten, förarbeten och praxis, varför det i vissa situationer är uppenbart att oskälighet enligt bestämmelsens mening föreligger. För att ta ställning till om andra situationer är jämningsgrundande, krävs diskussion om vilka värdeståndpunkter oskälighetsbegreppet vilar på samt vilka omständigheter som ska tillmätas betydelse vid bedömningen.¹⁰⁰

Inom doktrinen har det hävdats att bakom *oskälighet* ligger metaprinciper, dvs, principer som förklarar regelns syfte,¹⁰¹ nämligen *lojalitet*, *ekvivalens* och *vigilans*.¹⁰² Principerna som bör beaktas i juridisk argumentation rörande avtalsförändring.¹⁰³ *Vigilansprincipens* krav på att parten så långt som möjligt själv tillvaratar sina intressen balanseras, bland annat, av *ekvivalensprincipen* som bygger på en tanke om ”likvärdigt utbyte av prestationer”. *Ekvivalensprincipen* kan åberopas som stöd för jämkning när ett frivilligt ingånget avtal får till följd att den ena parten missgynnas oskäligt.¹⁰⁴ *Vigilansprincipens* omfattning begränsas även av lojalitetsprincipen.¹⁰⁵ *Lojalitetskravet* innebär bland annat skyldighet att verka för att i vart fall medkontrahentens allmänna syfte med avtalet förverkligas.¹⁰⁶

4.1.1 Omständigheter som kan beaktas

Det har i doktrinen förekommit en diskussion huruvida bristande *avtalsprocess* eller *avtalsresultat* bör föranleda oskälighet i en konkret situation. *Lindskog* ger uttryck för marknadsideologiskt perspektiv och menar att ett jämningsargument alltid måste relatera till *brister i avtalsprocessen*. Parten som önskar jämkning ska åberopa åsidosättandet av regler eller principer som syftar till att försäkra att parterna haft möjlighet att uttrycka sin fria vilja.¹⁰⁷ Jämningsregler bör därför i första hand användas för att främja *marknadens funktionalitet*.¹⁰⁸ Däremot medger han att även den *perfekta* avtalsprocessen ur marknadsekonomiska synsätt kan leda till ett avtalsresultat som blir *imperfekt* från samhällssociala utgångspunkter.¹⁰⁹ I detta fall skulle det vara tillåtet att

¹⁰⁰ Norlén (2004), s. 11.

¹⁰¹ NJA 2019 s. 23.

¹⁰² Norlén & Ramberg (2021), s. 377; Lindskog (2015), s. 314.

¹⁰³ Norlén (2004), s. 396.

¹⁰⁴ Norlén & Ramberg (2021), s. 377.

¹⁰⁵ *Ibid*; För djupare diskussion om principens innebörd i kontrakträtligt sammanhang se Munukka (2007).

¹⁰⁶ Norlén (2004), s. 365.

¹⁰⁷ Lindskog (2018), s. 79.

¹⁰⁸ *Ibid*.

¹⁰⁹ *Ibid*, footnote 10.

jämka avtalet i *marknadskorrigerande riktning*.¹¹⁰ Norlén utgår däremot från att oskälighetsbegreppet i 36§ AvtL tar sikte på främst *avtalsresultatet*, medan den process som leder till avtalet har en underordnad betydelse.¹¹¹

Tittar man på lagtexten, framgår det att faktorer som medför oskälighet är kopplade till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Där anges vidare att om villkoret har sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen kan krävas att detta i övrigt ska gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende. Denna omständighetslista är inte uttömmande, utan helhetsbedömning av avtal ska utföras.¹¹² Prövningen är dock klausulinriktad, vilket betyder att avtalsklausulen och inte avtalet som helhet jämkas.¹¹³

I den konkreta skälighetsbedömningen är det de enskilda sakomständigheterna som får särskild betydelse för utgången i målet. Omständigheter som, till exempel, *balansen* mellan värdet av parternas prestation, *när* avtalet ingicks, *syftet* bakom parternas agerande samt *systematiska förhållanden*.¹¹⁴ Enligt Norlén, täcker omständigheten *systematiska förhållanden* bland annat relation mellan 36 § AvtL och annan lagstiftning och kan genom den bli relevant att beakta värdegrunder som ligger till grund för annan lagstiftning än 36§ avtalslagen.¹¹⁵ Att domstolarna kan hämta ledning från värderingar och principer bakom tvingande lagstiftning är något som även propositionen medger.¹¹⁶ Hauge i Norge diskuterar på ett bredare plan betydelsen av offentlighetsrättsliga normer för oskälighetsbedömningen. Offentlighetsrättslig reglering kan med tiden påverka vilka krav som ställs på en avtalspart och utgör därför en del av den helhetsbedömning som bör göras enligt generalklausulen.¹¹⁷

4.2 Tredjemansintressen

Den fortsatta undersökningen, som nu har kommit till framställningens huvudfrågeställning, kommer att ta avstamp i lagtexten, förarbeten, praxis och doktrin för att besvara frågan om det inom skälighetsbedömningen finns utrymme att beakta oskälighet som drabbar tredjeman.

¹¹⁰ *Ibid.*, s. 80.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Willhelmsson (2008), s. 118.

¹¹³ NJA 1989 s. 614.

¹¹⁴ Norlén (2004), s. 396.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Prop. 1975/76:81, s. 121.

¹¹⁷ Hauge, s. 148.

4.2.1 Ordalydelse

Med lagtexten i blickfånget kan det snabbt konstateras att generalklausulens ordalydelse varken tillåter eller förbjuder hänsynstagande till tredjemansintresse. Lagtexten säger inget om oskälighet i förhållandet till vem eller om det är avgörande att fullgörandet av avtalet framstår som oskäligt i förhållande till en part. Förarbetena ger dock tydligare vägledning och utgör därför ett självklart nästa steg för denna undersökning.

4.2.2 Förarbeten

Enligt uttalanden i både SOU och regeringens proposition bör inte avtalsverklningar i förhållande till tredjeman inverka på tillämpningen av generalklausulen. Man kan räkna med att part som civilrättsligt gör gällande att villkor ska jämkas eller åsidosättas i första hand endast tar hänsyn till sitt eget intresse. Det skulle kunna leda till godtyckliga och föga lämpliga resultat om även tredjemans intressen skulle beaktas.¹¹⁸ Enligt förarbeten skulle tredjemans intresse åberopas endast i de fall där det också överensstämmer med parts eget intresse. I den mån tredje mans intressen förtjänar beaktande bör det ske på annat sätt än genom tillämpning av generalklausulen.¹¹⁹

4.2.2.1 Generalklausulens förarbeten som rättskälla

Av historiska skäl har lagförarbeten i Sverige kommit att betraktas som en rättskälla.¹²⁰ Generalklausulens förarbeten har dessutom erhållit sådan auktoritet i rättsväsendet att det torde krävas tungt vägande skäl för att gå emot uttalanden i dessa källor.¹²¹ Det har dock förflutit 48 år sedan 36§ AvtL trädde i kraft, vilket aktualiserar en rad principiella frågor. Hur ska lagen som uppkommit under andra samhällsförhållande ska tolkas och tillämpas idag? Vilken roll bör uttalandena i förarbeten angående oskälighetsrekvisitet tillmätas om de värderande ställningstagande som fanns när lagen bereddes inte längre motsvarar värderingarna i dagens samhälle?

I sitt försök att besvara just denna fråga skiljer *Norlén* på spørsmålet angående principer och omständigheter som bör beaktas inom oskälighetsbedömningen och spørsmålet angående hur avvägningen mellan dessa principer bör genomföras i enskilda fall. Avvägningsfrågan är mer ”konjunkturkänslig”, medan det avtalsrättsliga konfliktfältet mellan avtals-

¹¹⁸ SOU 1974:3, s.161; prop 1975/76:81, s. 130.

¹¹⁹ prop 1975/76:81, s 130.

¹²⁰ Sundberg, s.232 ff.

¹²¹ Norlén (2004), s.428.

bundenhet och möjlighet att undgå avtalsförpliktelser har samma grundstruktur idag som det hade på den romerska rättens tid.¹²² *Grönfors* menar vidare att AvtL är starkt tidsbunden till det samhälle som fanns vid lagens tillkomst. Förarbetena är också präglade av dåtida förhållanden och de juridiska konstruktioner och läror som var relevanta när lagen bereddes.¹²³ I fråga om de ursprungliga förarbetena kan det därför vara rimligt att ”tona ned tankar och uttalanden som inte verkar övertygande på nutidens jurister.”¹²⁴ Även Lagrådet anför i sitt yttrande över generalklausulens proposition att i och med att förhållanden och värderingar ständigt utvecklas i samhället kommer förarbetenas uttalanden sannolikt att efterhand förlora en del av sin betydelse.¹²⁵ Enligt *Von post* bör betänkanden som behandlat många frågeställningar ses som tidlösa, medan vad som är oskäligt kommer att förändras över tiden.¹²⁶

På 1970-talet, när 36 § AvtL infördes, var konceptet om den ”sociala staten” starkt framträdande.¹²⁷ En välutvecklad förvaltningsbyråkrati ledde till en expansiv korporativ offentlig rätt på bekostnad av den traditionella privaträtten.¹²⁸ Dessutom var skepsisen mot avtalsfriheten och den fria marknaden stor i Sverige och i många andra länder.¹²⁹ Uppfattningen att den enskilda hade stort behov av skydd gentemot starkare avtalsparter i form av det allmänna, större företag och organisationer hade brett stöd.¹³⁰ Omsvängning i synen på den fria marknaden, menar många, skedde under 1980-talet.¹³¹ Under 1990-talet aktualiserades nedskärningar i välfärdsstatliga arrangemang på grund av konjunktursvängningarna i världsekonomin. Detta har lett till att alternativ i form av privatiseringar och överlämnanden av tidigare offentligt tillhandahållna service till det enskilda uppkommit.¹³²

4.2.3 Rättspraxis

I Sverige finns inte något rättsfall som direkt hänvisar till *tredjemansintresse* som grund för att jämka avtalsvillkor. En norsk skiljenämnds skälighetsbedömning i mål där hänsyn till olägenheten för tredje man togs som en faktor inom skälighetsbedömning enligt 36 § AvtL är dock intressant att redovisa utifrån uppsatsens frågeställning.

I målet hade två rederier ingått ett avtal enligt vilket det ena rederiet var tvunget att ställa fartyg till förfogande till det andra. Avtalet innehöll även

¹²² *Ibid.*

¹²³ Taxell (1985), s. 390.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Prop 1975/76:81.

¹²⁶ Von post, s. 40.

¹²⁷ Madell (1998), s. 88.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Norlén (2004), s.429.

¹³⁰ Madell (1998), s 89; Norlén,(2004) s.429.

¹³¹ Norlén (2004) hänvisar till Atiyah, Freedom of Contract and the New Right, s 602.

¹³² Madell (1998) s. 97.

några komplicerade bestämmelser om inkomst-och vinstfördelning i samband med verksamheten.¹³³ Syftet med dessa bestämmelser var att ge båda rederierna lika möjlighet att täcka sina utgifter. Det visade sig att bestämmelserna inte var lämpliga att uppfylla detta syfte under alla omständigheter, varför det ena rederiet ville ha bestämmelserna ändrade med hänvisning till 36 § avtalslagen. Skiljenämnden konstaterade att avtalet reglerade fördelningen av inkomsten mellan två parter och hade främst betydelse för parterna. Däremot skulle den obalans som uppstod mellan parterna till följd av avtalets bestämmelse om inkomstfördelning kunna innebära att en part inte längre skulle kunna uppfylla sin del av kontraktet vilket gör att både motpartens och tredjemans intressen bli påverkade. Skiljenämnden tillmätte även betydelse till avtalets långvariga karaktär. Att båda parter fått en rimlig ekonomisk fördel ansågs vara en nödvändig förutsättning för långvariga samarbeten. Mot denna bakgrund korrigerades avtalets innehåll med stöd av 36§ AvtL.

Ett rättsfall från Sverige som aktualiserar betydelsen av tillkommande offentlighetslagstiftning är *NJA 1994 s. 359*. I målet ville kommunen, som i köpeavtalet 1954 utfäste sig att befria fastighetsägaren från brukningsavgift för spillvattenavlopp, senare jämka avtalsvillkor. Kommunen hävdade bland annat att avgiftsbefrielsen var oskäligen enligt 36 § avtalslagen med tanke på omfattande investeringar i vatten- och avloppssystemet som kommunen hade gjort under årens lopp. Det var dessutom orättvist gentemot övriga brukare att låta de aktuella fastighetsägarna dra nytta av gjorda investeringar utan att betala någon ersättning för det.¹³⁴ HD tog hänsyn till kommunens argument avseende den offentlighetslagstiftningen av avgiftsuttag och dess syfte att rättvis fördela kostnaderna, även om avtalet jämkades framför allt med hänvisning till ekvivalensprincipen. Att ”HD vill slå vakt om den (distributiva) rättvisan” som den offentlighetslagstiftning präglas av” är en rimlig tolkning av domen, enligt *Norlén*.¹³⁵

Avslutningsvis kommer ett rättsfall som lyfter upp betydelse av avtalets särdrag inom skälighetsbedömning kommer att redovisas kort. Prejudikatfrågan i *NJA 2020 s. 624* utgjorde huruvida bedömningen vid analog tillämplighet av avtalslagens ogiltighets- och jämningsbestämmelser på familjerättsligt bodelningsavtal ska göras med delvis andra utgångspunkter än när bestämmelserna tillämpas direkt på förmögenhetsrättsliga avtal. Både tingsrätt och HD tog fasta på bodelningsavtalets särdrag jämfört med andra förmögenhetsrättsliga avtal. HD konstaterade att ”förutsättningarna vid familjerättsliga avtal i vissa avseenden avviker från det som i regel gäller vid förmögenhetsrättsliga avtal”.¹³⁶ Parterna har långtgående upplysningsplikt om sina

¹³³ NDS 1985–234.

¹³⁴ Norlén (2004), s. 394.

¹³⁵ Norlén (2004), s.395.

¹³⁶ NJA 2020 s. 624, par. 23.

ekonomiska förhållanden. Omsättningsintresset gör inte heller sig gällande på samma sätt som på förmögenhetsrättens område. HD kom därför till slutsatsen att när grunderna för avtalslagens bestämmelser om ogiltighet och jämkning tillämpas på familjerättsliga avtal finns det anledning att ta hänsyn till de särdrag som utmärker olika slags avtal på detta område.¹³⁷

4.2.4 Doktrin

Frågan om det finns utrymme för att jämka ett avtalsvillkor i offentligt kontrakt med beaktande av tredjemansintresse har i princip inte behandlats i svensk doktrin. En fast utgångspunkt vid tillämpningen av generalklausulen verkar däremot vara att bestämmelsen har att göra med avvägningen mellan parternas intressen i ett avtalsförhållande.¹³⁸ *Norlén* menar att för att generalklausulen ska vara tillämplig krävs att något villkor i avtalet är oskäligt ”i förhållande till den part som kräver ändring- inte oskäligt gentemot samhället eller staten eller någon utomstående”.¹³⁹ Partsexterna rättsekonomiska argument, till exempel, har enligt honom begränsad eller ingen relevans.

Lindskog, som agerade *Norléns* fakultetsopponent vid avhandlingens disputation var kritisk till hans avfärdande av argument som är fotade i ekonomisk effektivitet.¹⁴⁰ *Lindskog* tycks vara öppen för diskussion i vad mån det finns utrymme att jämka ett avtalsvillkor för att säkerställa ett externt intresse.¹⁴¹ Enligt *Lindskog* är jämningsregel uttryck för ett slags metaprincip som tillåter att utveckla mer konkretiserande normer. När sådana preciserade normer etableras med stöd av jämningsregel, torde det finnas möjlighet att väga in samhällsintrestresse. Vid konkret avvägningen i den enskilda tvisten bör dock motsatsen förmodligen gälla.¹⁴²

Att parterna inte har möjlighet att förutse vilka effekter deras kontrakt kommer att ha i förhållande till utomstående, har i dansk rätt anförts som ett argument mot att använda 36 § AvtL, när avtalet är oskäligt i förhållande till tredjeman.¹⁴³

Det finns dock några författare som förespråkar sådan tillämplighet av 36§ AvtL. En av dem är en norsk rättsvetenskapsman *Huser* som menar att en part skulle kunna åberopa 36§ AvtL och argumentera för en klausul i dennes avtal är oskäligt i förhållande till tredjeman.¹⁴⁴ Hans resonemang är baserat på språklig analys av den norska 36§ AvtL som använder ordet ”urimelig” i stället för ”oskälig”. Det är därför möjligt att ”urimelig” inte på samma sätt som

¹³⁷ *Ibid*, par. 25.

¹³⁸ Lehrberg (2020) s. 253. Von Post: s. 176f.

¹³⁹ Norlén (2004), s.257.

¹⁴⁰ Lindskogs (2018), s. 75.

¹⁴¹ Lindskog (2015), 314.

¹⁴² Lindskog (2015), s. 314, footnote 18.

¹⁴³ Gomard, s. 136.

¹⁴⁴ Huser, s. 28.

”oskäligt” fokuserar på enskilda parter utan kan användas i vidare mening.¹⁴⁵ Samtidigt förefaller det stor enighet om att 36§ har samma innebörd i alla nordiska länder, trots olikheter i formuleringarna.¹⁴⁶

Till skillnad från *Huser* har en annan norsk författare, *Wilhelmsen*, beaktat svensk rätt tillsammans med norsk och dansk rätt i sin rättsekonomiska studie av 36 § AvtL. Studien behandlar frågan i vilken utsträckning generalklausulen ger utrymme för ett hänsynstagande till ekonomisk effektivitet.¹⁴⁷ Enligt *Lindskog* skulle sådant hänsynstagande förutsätta att samhällseliga intressen skulle få beaktas vid skälighetsbedömningen.¹⁴⁸ *Wilhelmsen* fann inga domar som direkt hänvisade till ekonomisk effektivitet som en grund för jämkning.¹⁴⁹ Hon kom dock fram till att den mycket öppna formuleringen av bestämmelsen tillät domstolarna att även beakta argument rörande ekonomisk effektivitet.¹⁵⁰

För dansk rätts vidkommande, lyfter *Bryde Andersen och Joseph Lookofsky* fram 36§ AvtL i diskussionen om begränsningsklausuler angående produktansvar, som har utvecklats i dansk rättspraxis och omfattas därför av allmänna avtalsrättsliga regler, inklusive 36 § AvtL. Författarna menar att rättsverkningar av sådana klausuler är begränsad till tillverkaren och dennes medkontrahent. En tillverkare kommer alltså kunna åberopa klausulen mot sin medkontrahent, men inte mot en konsument som inte står i ett avtalsförhållande med tillverkaren. De ser dock möjlighet för domstolen att jämka friskrivningsklausulen mellan två kommersiella parter som begränsar ansvar för konsumentegendomsskador. Detta på grund av oskälighet som klausulen kan orsaka till tredjeman - konsumenten.¹⁵¹

Avslutningsvis, bör den dansk författarens *Naundrup Olesens* arbete angående offentliga kontrakt lyftas fram. Hon menar att som utgångspunkt torde inte 36§ AvtL användas till fördel för tredje man. Däremot finns skäl att göra undantag med tanke på offentliga avtals särdrag.¹⁵² Hon beaktade den tillåtande rättsliga utvecklingen i Danmark angående direktkravs rätt och ser tillräckliga likheter med frågan att beakta tredjemans intresse inom skälighetsbedömning för att argumentera för liknande möjlighet även vid tillämpningen av 36§ AvtL.¹⁵³ Konsekvensen av att den avtalade prestationen inte uppfyller lagstadgade kvalitetskrav är att de medborgare som får sin socialrättsliga rättighet tillgodosedd genom avtalet kommer att få en insats som är undermålig.

¹⁴⁵ Norlén (2004), s. 116.

¹⁴⁶ Taxell (1988), s. 528.

¹⁴⁷ Wilhelmsen, s. 1ff.

¹⁴⁸ Lindskog (2015), s. 314, footnote 18.

¹⁴⁹ Wilhelmsen, s. 25.

¹⁵⁰ Wilhelmsen, ss. 26 och 28.

¹⁵¹ Bryde Andersen og Lookofsky, s. 486.

¹⁵² Naundrup Olesen (2004), s. 295.

¹⁵³ *Ibid*, s. 294 ff.

Samtidigt får andra medborgare högre standard, som följer lagstadgade krav.¹⁵⁴

¹⁵⁴ *Ibid*, s. 297.

5 Slutsatser

5.1 Rättslig möjlighet eller omöjlighet, det är frågan

Att jämka avtalsvillkor med hänvisning till att villkoret medför oskäligen konsekvenser för tredjeman innebär begränsning av den fria avtalsrätten för att säkerställa ett externt, i viss mån, samhällligt intresse. Det skulle även förutsätta att 36 § AvtL ger utrymme för visst hänsynstagande som inte direkt är att hänföra till partsförhållanden. Något som ingalunda är självklart.¹⁵⁵ Socialrättsligt avtal mellan en kommun och en privat leverantör endast binder parterna. Avtalet utgör inte tredjemansavtal per avtalsrättslig definition. De medborgare som skulle få insats av sämre kvalitet om avtalet inte gick att anpassa till lagförändringar har inte självständig rätt att kräva att avtalet ändras.¹⁵⁶ Kommunala avtal på socialrättens område har dock vissa utmärkande drag, vilket aktualiserar frågan om skälighetsbedömningen kopplad till sådana avtal kan göras med delvis andra utgångspunkter jämfört med andra avtal på förmögenhetsrättens område.

5.2 Socialrättsliga avtalets särdrag

Undersökningen har visat att socialrättsliga avtal ingås i syfte att realisera välfärdsmålsområden som det allmänna vill tillförsäkra sina medborgare. Vilken kvalitet som socialrättsliga insatser ska ha för att uppnå dessa mål bestäms i hög grad av lagstiftare och inte av avtalsparterna. En kommun, som i Sverige har det yttersta ansvaret att tillhandahålla socialrättsliga hjälpinsatser för sina invånare, har skyldighet att uppfylla lagens krav, oavsett om insatser erbjuds i egen eller i privat regi.¹⁵⁷

Offentliga kontraktss särdrag uttryckt i nära koppling till upphandlingsregelverket, har också nyligen beaktats av HD inom tolkningsparametrarna, vilket resulterade till synes annorlunda tolkningsförfarande av upphandlande avtal jämfört med andra förmögenhetsrättsliga kontrakt.¹⁵⁸ Det ska dock poängteras att även om det finns beröringspunkter mellan tolkning och jämkning, är tolkning av ett avtal en sak, jämkning - en annan. Det går inte heller att dra några definitiva slutsatser av HD resonemang i *NJA 2021 s. 643* angående tolkning av offentliga kontrakt som skulle kunna ge vägledning vad gäller jämningsfrågan. Däremot i *NJA 2020 s. 624* gav domstolen ett tydligare besked om betydelse av avtalets särdrag inom skälighetsbedömningen. HD:s resonemang byggde till stor del på antagandet att vid familjerättsliga avtal

¹⁵⁵ Se avsnitt 3.2.

¹⁵⁶ Se avsnitt 3.2.

¹⁵⁷ Se avsnitt 2.2.

¹⁵⁸ Se Avsnitt 1.1.

görs inte omsättningsintresset gällande på samma sätt som vid övriga civilrättsliga avtal.

Klart är att socialrättslig och civilrättslig lagstiftning har skilda utgångspunkter som skapar en viss nivå av komplexitet i en civilrättslig prövning av offentliga kontrakt.¹⁵⁹ Därutöver är inte främjandet av omsättningsintresset till skillnad från civilrätten i sig ändamål för offentlig rätt. Upphandlingar som årligen omsätter 800 miljarder kronor som motsvarar närmare en femtedel av Sveriges BNP,¹⁶⁰ ses dock som affärer. Vid civilrättslig prövning av upphandlande avtal torde inte omsättningsintresset vara helt frånvarande, vilket innebär att underlag för eventuellt argument för helt skild avtalsrättslig prövning av offentliga kontrakt, baserad på HD:s resonemang i två domar, skulle stå på ett tunt underlag. Dock kan en sak med säkerhet sägas: hänsyn till det allmännas mål och avsikter med socialrättsliga avtal tillför en ny dimension vad gäller civilrättslig prövning av de kontrakten.

5.3 Principen om avtalets räckvidd och skyddsvärdet av tredjemansintresse

Argument som förespråkar hänsynstagande till oskälighet som drabbar tredjeman i ett i uppsatsen beskrivet sammanhang, kan också hämmas av principen om avtalets räckvidd. Undersökningen har visat dock att principen är endast huvudregel. Den lagstadgade och i praxis utvecklad direktravs rätt utgör ett undantag från principen, just på grund av skyddsvärdet för tredjemansintresse.¹⁶¹ HD har i sina domar angående direktravs rätt utvecklat resonemang om att rättsskyddsförsäkringen var tagen i ombudets intresse. Därför ansågs avtalet mellan försäkringstagaren och försäkringsbolaget vara avtalet till förmån för tredjeman. De socialrättsliga avtal som utgör fokus för detta arbete ingås mellan två parter men dess uppfyllelse har stor betydelse för en tredje man.¹⁶² Det finns därför starkare samband mellan den tredjeman och den offentliga kontrahenten jämfört med andra civilrättsliga avtal. Något som i kombination med senare utveckling i civilrätten angående avtalets räckvidd, kan tala för att den allmänna kontrahentens jämningsargument inte skulle vara uteslutet, åtminstone, på grund av allmänna avtalsrättsliga principer. En annan central fråga är om det finns rättslig möjlighet att beakta avtalsvillkorens tredjemansverkningar, specifikt inom skälighetsbedömningen.

¹⁵⁹ Se Avsnitt 2.1 och 3.1.

¹⁶⁰ Upphandlingsmyndigheten, 'Om offentlig upphandling'.

¹⁶¹ Se avsnitt 3.2.1.

¹⁶² Se avsnitt 2.2.3.

5.4 Oskäligt i förhållandet till tredjeman

Eftersom lagtexten varken har tillåtit eller förbjudit argumentering som tar sikte på externa omständigheter, hämtades vägledning från förarbeten. Utta-landet i generalklausulens förarbeten som besvarar frågan nekande om tredjemansintresse, generellt, kan påverka skälighetsbedömningen, skapar en uppförsbacke för *hållbarhet* och *rationalitet* av sådant jämningsargument. Förarbeten har åtnjutit stark auktoritet.¹⁶³ De utgår dock från det värderande ställningsantagandet som fanns när generalklausulen bereddes för 48 år sedan då problematiken som denna uppsats behandlar skulle inte överhuvudtaget ha aktualiserats. Likaså var det inte aktuellt att se den offentliga kontrahentens behov att justera avtalen när avtalets rättsliga grunder ändras eller när beaktandet av ett allmänintresse kräver en ny bedömning.¹⁶⁴

Framför allt är det viktigt att påpeka att förarbeten medger hänsynstagande till tredjemansintresse i undantagsfall: när tredjemansintresse sammanfaller med avtalspartensintresse. Detta bör vara fallet vid i uppsatsen aktualiserade exempel. Att medborgare får socialrättsligt stöd som uppfyller lagens krav måste anses ligga i den offentliga kontrahentens intresse.

Ett jämningsargument måste däremot vara förenligt med generalklausu- lens värden för att accepteras. I doktrinen tycks enighet om att metaprinci- perna, *ekvivalens*, *vigilans* samt *lojalitet* som ligger bakom begreppet oskä- lighet, bör beaktas i juridisk argumentation rörande avtalsförändring.¹⁶⁵ Ek- vivalensprincipen kan åberopas till stöd för jämkning när ena parten missgyn- nas oskäligt,¹⁶⁶ medan en viss obalans kan tillåtas med hänvisning till vigi- lansprincipens krav att parterna ska tillvarata sina egna intressen så långt som möjligt.¹⁶⁷ Dessutom kan det allmännas medkontrahents lojalitetsplikt verka för att det allmännas syfte med avtalet förverkligas, vilket kan tala för jämk- ning.¹⁶⁸ Som jag ser det, får principerna sin framträdande roll när det åbero- pas att avtalsvillkor är oskäligt i förhållande till den part som kräver ändring. De kan knappast ge ledning för att besvara frågan om det inom skälighetsbe- dömningen finns utrymme att beakta utomstående intressen.

I avsaknad av svensk rättspraxis som direkt hänvisar till *tredjemansin- tresse* som grund för jämkning¹⁶⁹ får uppfattningar i doktrinen stor betydelse. En fast utgångspunkt vid generell tillämpning av generalklausulen verkar

¹⁶³ Se avsnitt 5.1.2.1.

¹⁶⁴ Se avsnitt 4.2.2.1.

¹⁶⁵ Se avsnitt 4.2.

¹⁶⁶ Norlén & Ramberg (2021), s. 377

¹⁶⁷ Ramberg & Ramberg (2016), s. 190.

¹⁶⁸ Se avsnitt 4.2.

¹⁶⁹ Se dock avsnitt 5.1.1. för redogörelse av norsk skiljedomen.

vara att bestämmelsen har att göra med avvägningen mellan parternas intressen i ett avtalsförhållande.¹⁷⁰ Detta är något som tycks hänga ihop med principen om avtalets räckvidd. Att avtalet endast har verkan för parterna är nära besläktad med synen på avtalet.¹⁷¹ När synen på avtalet och dess verkningar förändras finns det kanske skäl att titta på principen också med ett förändrat perspektiv. Därutöver dras icke partsspecifika omständigheter i stigande grad in i civilrättslig bedömning, inte minst vid tolkning av offentliga kontrakt. Redan 1988, innan privata lösningar och avtalskonstruktioner hade kommit in i välfärdspolitiken, menade *Taxell* att det inte var uteslutet att socialrättens värderingar skulle tränga in på den privata sektorn och färga avtalsrättsliga bedömningar.¹⁷² Undersökningen har dessutom visat att Norléns benämning *systematiska förhållanden*, som en relevant omständighet inom skälighetsbedömning, tillåter att värdegrunder som ligger till grund för annan lagstiftning beakta.¹⁷³ Då är det inte orimligt att anta att avtalsrättens rättsviseideal skulle påverkas av social rättvisa – ett centralt begrepp inom socialrätten. Detta är något som även skulle vara i samklang med utvecklingen mot att den privaträttsliga regleringen i gradvis större utsträckning har präglats av social och samhällelig hänsyn i vid bemärkelse.¹⁷⁴

Skälighetsprövning är dock en helhetsbedömning som kräver att alla parternas intresse beaktas utan att ensidigt tillmötesgå någon parts krav.¹⁷⁵ I skandinavisk doktrin antas det att den offentliga kontrahentens motpart – i längre uträkning än vad som är fallet i andra kommersiella avtalsförhållanden – måste acceptera vissa krav på variationer av avtalsvillkor eller överenskomna prestationer under kontraktets gång. Det går däremot inte att förneka att det i första hand är lagstiftarens uppgift att bestämma vilken roll sociala eller samhälleliga faktorer bör spela i bedömningen av avtalsförhållanden. Det är dock uppenbart att värderingar i samhället förändras fortare än bestämmelser. Likaså är det ett faktum att lagstiftaren inte kan revidera alla lagar i takt med samhällsutvecklingen. Det finns därför behov, som *Norlén* påpekar, att domstolarna har en viss handlingsfrihet att i praxis modifiera tillämpningen av en generalklausul.¹⁷⁶

Att skälighetsbedömningen i första hand tar sikte på oskälighet som drabbar parterna måste således anses vara en självklar utgångspunkt för bedömningen enligt gällande rätt idag. Det hindrar dock inte att det i vissa specifika situationer skulle vara rättsligt möjligt att beakta externt, samhälleligt intresse.¹⁷⁷ Även om det grundläggande syftet med avtalsrätten har varit att

¹⁷⁰ Se avsnitt 4.2.4

¹⁷¹ Ulfbeck, s. 31.

¹⁷² *Taxell* (1988), s. 526.

¹⁷³ Se avsnitt 4.1.

¹⁷⁴ Se avsnitt 3.2.2.

¹⁷⁵ *Taxell* (1988), s. 529.

¹⁷⁶ Se avsnitt 5.1.2.1.

¹⁷⁷ Se avsnitt 3.2.2.

skydda ekonomiska intressen och marknadsekonomin i stort, tillåter 36§ AvtL att korrigera ett *imperfekt* avtalsresultat utifrån samhällsociala utgångspunkter. Fortsatt bundenhet till socialrättsligt avtal som medför att en del medborgare får tjänster av sämre kvalitet, torde vara ett sådant avtalsresultat som kan föranleda jämkning i marknadskorrigerande riktning.¹⁷⁸

Mot ovanstående bakgrund kommer uppsatsen till följande slutsats. Oskälighetsargument som beaktar konsekvenser för tredjeman, i ett i uppsatsen beskrivet sammanhang, är ett argument som är ”rättsligt möjligt” om dock ännu ej ”verkligt”.

¹⁷⁸ Se avsnitt 4.2.4.

Källförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

Sverige

Utredningsbetänkande

SOU 1974:3 Generalklausul i förmögenhetsrätten.
SOU 2014:51 Nya regler om upphandling.

Utskottsbetänkanden

Bet. 1996/97:SoU18 Ändringar i socialtjänstlagen.

Propositioner och regeringsskrivelser

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m.

Prop. 1996/97:124 Ändringar i socialtjänstlagen.

Europeiska unionen

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Rättsfall

Sverige

NJA 1992 s. 299
NJA 1989 s. 614
NJA 2000 s. 48
NJA 2000 s. 400
NJA 2001 s. 3
NJA 2019 s. 23
NJA 2020 s. 624
NJA 2021 s. 377
NJA 2021 s. 643

Danmark

UfR 2003.646 H

Norge

NDS 1985–234

Litteratur

- Adlercreutz A, Gorton, L (2011) *Avtalsrätts I*. 13 uppl., Juristförlaget, Lund.
- Adlercreutz, A, (2001), *Avtalsrätt II*, 5:e uppl., Juristförlaget.
- Atiyah, P.S. (1990), 'Freedom of Contract and the New Right' i: *Essays on contract*, Oxford University Press.
- Bangert, K. (1989), 'Sondringen mellem offentlig ret og privatret: hovedtræk af den retshistoriske udvikling'. *Retfærd:nordisk juridisk tidsskrift*.
- Bernt, Jan, (1981), *Avtaler med stat og kommune*, Universitetsforlaget.
- Bryde Andersen, M, Lookofsky, J (2000), *Lærebog i obligationsret I, Ydelsen, beføjelser*, Thomson GadJura, Købehavn.
- Bruno, T (2015), 'Offentligrättsliga principers påverkan på avtalsrätten - Inskränkningar i avtalsrätten i samband med offentliga kontrakt', Lund University School of Economics and Management Department of Business Law.
- Bryde Andersen, M (2021), *Grundläggande aftaleret*, G. E. C. Gads Forlag.
- Dotevall, R (2002), 'Ékvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal', *SvJT*, s. 441-455, 442.
- Dotevall, R (2017) *Avtal*, Studentlitteratur.
- Flodgren, B (2016), 'Civilrätten i ett framtidsperspektiv', i: Stefan Strömberg m.fl. (red.), *Svensk Juristtidning 100 år*, Iustus.
- Gorton, L, Lindel-Frantz, E, Moldén, R (2021), 'Hur förhåller sig civilrättsliga avtalstolkningsregler till offentligrättsliga upphandlingsavtal?' *Juridiskt Tidskrift*, s. 592 – 605.
- Grönfors, K, Dotevall, R (2010), *Avtalslagen: en kommentar*, 4 uppl., Norstedts.
- Gomard, B (1996), *Almindelige kontraktret*, 2 uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hansen, O, (2017), 'Public Law by Contract - The Reluctant Creation of Private Markets for Welfare Service', *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 20017-39*, Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2956350>
- Hauge, H (2015), 'Samspillet mellom privatrett og offentlig rett på avtalerettens område' i: *Avtaleloven 100 år. Baggrund, status, utfordringer, fremtid*. DJØF Publishing.
- Hellner, J (1990), *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, Praktik, teori och teknik*, Juristförlaget.
- Hollander, A (1983), Civil socialrätt och social civilrätt, i: Sandgren Claes m.fl. (red.), *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, Norstedts Juridik.
- Huser, K, (1984), *Avtalesensur : om de nye generalklausulene i Avtalelovens § 36 og Markedsføringslovens § 9a*, Bergen.
- Kleineman, J (1994), 'De offentliga rättssubjektens avtalskompetens – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod' i: *Juridisk tidskrift 1994–95* s. 936 – 971.
- Lehrberg, B (1993), 'Utvecklingstendenser – Allmän avtalsrätt', i: Sandgren Claes m.fl. (red.), *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, Norstedts Juridik.

- Lehrberg, B (2020), *Avtalsrättens grundelement*, 3 uppl., Iustus.
- Lindahl Toftegaard, E (2018), *Offentlig upphandling*, 2 uppl., Studentlitteratur.
- Lindskog, S (2004), 'Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen – synpunkter på en doktorsavhandling', *Insolvensrättslig tidskrift 2018:3* –Temanummer tillägnat Stefan, s. 70 –105.
- Lindkog, S (2015) 'Jämknig i kommersiella avtalsförhållanden', i: *Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid*, DJØF Publishing.
- Lindskog, S, (2022) *Betalning: Om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, Juno (version 3).
- Lynge Andersenn, L, Bo Madsen, P (2022), *Aftaler og mellemænd*, Karnov Group Danmark.
- Madell, T (1998), *Det allmänna som avtalspart: särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Norstedts juridik.
- Madell, T (2000), *Avtal mellan kommuner och enskilda: avtalsslut och rättsverkningar*, Norstedts juridik.
- Madell, T (2004), 'Den kommunala avtalskompetensen – möjlighet eller begränsning?' i: *Udførelse af offentlig opgave via kontrakt*, Jurist-og Økonomforbundets Forlag.
- Marcusson, L (1989), *Offentlig förvaltnings utanför myndighetsområdet*, Iustus förlag, Uppsala
- Mathiassen, J (2000), *Aftaler i forvaltningsrøtten – med særlig henblik på aftaler mellem forvaltningsmyndigheder og privata*, Juristforbundets forlag.
- Modéer, K (2010), *Historiska rättskällor i konflikt: en introduktion i rättshistoria*, 3 uppl., Santérus förlag.
- Morawetz, F (2014), '36 § avtalslagen och förbudet mot väsentliga förändringar av villkoren i offentliga kontrakt', *Juridiskt Tidskrift*, 2014/15, s. 88–104.
- Mossberg, O (2020), *Avtalets räckvidd I*, Iustus.
- Munukka, Jori (2007), *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure.
- Naundrup Olesen, K (2004), *Samfundsloddet*, Thomson A/S.
- Naundrup Olesen, K (2011), *Offentlig Opgave på kontrakt*, Jurist-og Økonomforbundets.
- Norlén, A (2004), *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Linköping: Linköpings universitet.
- Norlén, A, Ramberg, C (2021), 'Vigilansprincipen i förmögenhetsrätten', *SvJT*, s. 373–382.
- Olsson, E (2021), 'Fler frågor än svar – Högsta domstolens avgörande i Ramavtalet' *Europarättslig Tidskrift nr 3/2021* s. 515 –530.
- Post, C (1999), *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Jure.
- Ramberg, J, Ramberg, C (2016) *Allmän avtalsrätt*, 10 uppl., Wolters Kluwer.
- Sandgren, C (1993), *Utvecklingstendenser – Allmän avtalsrätt*, i: Sandgren Claes m.fl. (red.) *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, Norstedts Juridik.

Sandgren, C (2006), 'Vad är rättsvetenskap?' i: Festskrift för Peter Seipel, s. 515 – 530.

Staedler, B (1983), *Offentlighetsrättsliga avtal*. Myndigheters och andra offentliga organs *avtal* med och med enskilda, Norstedts.

Strömholm, S (1971), 'Användning av utländskt material i juridiska monografier: Några anteckningar och förslag', *SvJT*, s. 251 – 263.

Sundberg, J (1978), *Från Eddan till Ekelöf*: repetitorium om rättskällor i Norden, Studentlitteratur.

Runesson, E (1996), *Rekonstruktion av ofullständiga avtal*, Juristförlaget.

Taxell, L (1985), 'Kurt Grönfors Avtalslagen', *SvJT*, s. 390 – 395.

Taxell, L (1987), *Avtalsrättens normer: några riktlinjer*, Pargas.

Taxell, L (1988) 'Sociala drag i avtalsrätten' i: *Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus*, Universitetsförlaget.

Ulfbeck, V (2000), *Kontraktets relativitet: det direkte ansvar i formueretten*, Thomson Gad-Jura, Diss. København: Univ.

Votinius, S (2004), *Varandra som vänner och fiender*, Brutus Östlings Bokförlag.

Votinius, S, (2005) 'Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktssuppfattningen'. i Flodgren, B, (red.), *Avtalslagen 90 år, Aktuell nordisk rättspraxis*, Norstedts Juridik.

Wennström, B, (2008) 'Behovet av en ny juridisk metodlära–uppgörelse med funktionalistiskt tänkande inom rättsvetenskapen', i: Mannelqvist, Ruth och Enarsson, Therese (red.), *Rätten, välfärden och marknaden : rapport från 2008 års forskningsinternat*, Umeå Universitet.

Westerhäll, L (2012), 'Socialrättens regelsystem, rättskällor och tolkningsnormer', *Nordisk socialrättslig tidskrift* 5–6.2012, s. 7 – 33.

Wilhelmson, T (1994) En social avtalsrätt? några kommentarer. *Juridisk tidskrift*, s. 499 – 508.

Wilhelmsson, T (1987) *Social civilrätt: om behovsorienterade element i kontraktets allmänna läror*, Lakimiesliiton kustannus.

Willhelmsson, T (2008) *Standartavtal och oskäligen avtalsvillkor*, 3 uppl., Talentum.

Wilhelmsen, T-L (1995), 'Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet', *Tidsskrift for rettsvitenskap*, s 1-240.

Zachariasson, L (1999), *Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär*, Ak. avh., Iustus Förlag.

Övrigt

Upphandlingsmyndigheten, 'Om offentlig upphandling' < <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/om-offentligupphandling/#:~:text=Svensk%20offentlig%20upphandling%20oms%C3%A4tter%20cirka.en%20femtedel%20av%20Sveriges%20BNP.&text=anv%C3%A4nda%20leverant%C3%B6rers%20innovationsf%C3%B6rm%C3%A5ga%20f%C3%B6r%20utveckla%20nya%20%C3%B6sningar>> (besökt 2022-11-11)

Ny HD-dom väcker frågor kring exklusiv rätt för ramavtalsleverantörer, september 2021, nj.se < <https://www.nj.se/nyheter/hd-dom-vacker-fragor-kring-exklusiv-ratt-for-ramavtalsleverantorer> > (besökt 2022-11-11)