

De förvaltningsrättsliga principernas roll när det offentliga uppträder som privat aktör¹

Av Professor, jur.dr. Olli Mäenpää, Finland

Som en privat aktör kan det offentliga (staten, kommuner, myndigheter) ha flera olika roller och uppträda i olika rättsliga ställningar. Även det offentliga uppgifter kan ha en varierande natur på en skala från utövande av offentlig makt och utförandet av förvaltningsuppgifter till rent privaträttsliga angelägenheter och idkande av affärsverksamhet. Ju mera och intensivare den privata aktören förverkligar offentliga syften och utför uppgifter med framträdande offentliga drag i desto större grad och desto tydligare borde de förvaltningsrättsliga principerna tillämpas. Å andra sidan kan även privaträttsliga principer som skälighet, skydd av legitima intressen och rättssäkerhet ha en signifikant betydelse och likriktade funktioner när den privata aktörens uppgifter är av mera privaträttslig karaktär. De förvaltningsrättsliga principernas innehåll och bakomliggande värden kan ha en indirekt verkan även när det offentliga fungerar som ett privat bolag på kommersiella villkor i en konkurrensutsatt miljö.

1. Inledning

Överföring av förvaltningsuppgifter till privata aktörer har blivit allt vanligare. Orsakerna till det numera allmänna och etablerade fenomenet är flera. Det kan vara fråga om att förvaltningen eftersträvar besparingar, effektivare resultat och bättre service-nivå eller att regeringen vill minska på byråkratin och den offentliga regleringen. Det kan också finnas rent ideologiska eller politiska orsaker till att man vill anlita andra än myndigheter för att utföra uppgifter som är eller tidigare har ansetts vara offentliga till sin karaktär.

Fenomenet är alltså välkänt och inom den juridiska forskningen har man även analyserat dess olika rättsliga aspekter i de nordiska länderna.² Forskningsresultaten visar att överföringen av förvaltningsuppgifter tar sig något olika former i olika rättssystem, att metoderna, dimensionerna och frågeställningarna i viss mån varierar samt att det har uppstått nya uppmaningar och problem. Den enda generaliseringen som man eventuellt kan göra är att det är omöjligt att peka på några generella, allmängiltiga drag på det rättsliga planet när det gäller mera begränsade aspekter av överfö-

ringsproblematiken. Detta gäller också de förvaltningsrättsliga principernas roll och betydelse när privata aktörer agerar som förvaltningsmyndighet.

Frågeställningarna tar sig helt andra former och blir samtidigt avsevärt mera krävande när situationen är den omvända. Då är det fråga om ett rollbyte: det offentliga uppträder som en privat aktör. En viktig skillnad är att privata aktörer inte brukar överföra sina uppgifter till myndigheten. Det är tvärtom myndigheten, eller rättare sagt ett offentligt samfund eller ett förvaltningsorgan, som själv beslutar – inom gränserna för den gällande rätten – att utföra vissa uppgifter som anses vara privata eller privaträttsliga till sin karaktär. Det kan också vara fråga om privaträttsliga rättsakter eller organisationsformer som används för att uppnå offentliga syften.

Som en privat aktör kan det offentliga (staten, kommuner, myndigheter) ha flera olika roller och uppträda i olika rättsliga ställningar. Även det offentliga uppgifter kan vara av varierande natur på en skala från utövande av offentlig makt och utförande av förvaltningsuppgifter till rent privaträttsliga angelägenheter och idkande av affärsverksamhet. Det är inte alltid lätt att göra en klar gränsdragning mellan å ena sidan det offentliga som en privat aktör och å andra sidan det privata som utför offentliga uppgifter eller agerar som en offentlig aktör.

Med tanke på analysen av vilka roller och ställningar det offentliga kan ha när det agerar som privat aktör och utredningen av de förvaltningsrättsliga principernas betydelse och funktioner i det privata verksamheten måste vissa begreppspreciseringar göras. Begreppen offentlig/privat och offentligrättslig/privaträttslig är av central relevans eftersom det har skett en grundläggande förändring i hur vi förstår vad de betyder och deras inbördes relationer i den post-välfärdsstatliga, europeiserade förvaltningen och förvaltningsrätten i en förändrad omgivning. Dessa förändringar återspeglas i hur vi fastställer gränsen mellan offentliga och privata aktörer, mellan offentligrättsliga och privaträttsliga funktioner samt i vår bedömning om huruvida det ens är möjligt att dra en tydlig gräns mellan dem.

Eftersom frågeställningen i detta inlägg gäller rollen och betydelsen av förvaltningsrättsliga principer, är det lika viktigt att försöka definiera de viktigaste förvaltningsrättsliga principerna som kan komma i fråga. Vad gäller de förvaltningsrättsliga principernas innehåll och funktioner har det också skett förändringar i och med att förvaltningens rättsliga kontext har förändrats avsevärt och särskilt EU-rättens principer har fått större vikt i förvaltningsverksamheten. Samtidigt kan det även ha skett förändringar i principernas tillämpning och tillämpningsområde.

Problematiken visar sig alltså vara mera mångfacetterad än endast en enkel övergång från en offentlig position till en ställning som privat aktör. Med beaktande av dessa begreppsliga preciseringar är de centrala frågeställningarna i detta inlägg följande:

- 1) Vilket är förhållandet mellan det offentliga och det privata och vad innebär det att det offentliga uppträder som en privat aktör?
- 2) Vilka är de viktigaste förvaltningsrättsliga principerna när det offentliga verkar som en privat aktör?
- 3) Vilka olika roller kan det offentliga ha som privat aktör och vilka förvaltningsrättsliga principer blir tillämpliga i dessa roller?
- 4) Förändras det offentliga rättsliga ställning när det verkar som en privat aktör och i vilken mån?

- 5) Finns det några allmängiltiga eller generaliserbara svar på dessa frågor eller beror allt på lösningarna i de olika rättssystemen?

Frågorna torde vara aktuella i alla senmoderna rättssystem, men svaren varierar i olika länder. Även de nordiska länderna har valt tämligen olikartade lösningar beträffande de förvaltningsrättsliga principernas omfattning och tillämpning. Därför vill jag koncentrera min analys till rättsläget i Finland i stället för en komparativ utredning. Det finns dock säkert motsvarigheter eller åtminstone jämförbara arrangemang och därmed liknande problem i alla nordiska länder.

2. Förhållandet mellan det offentliga och det privata i förvaltningsrätten

För att kunna förstå den allmänna bakgrunden och rättsliga betydelsen av rollförändringen när en offentlig aktör byter plats för att bli en privat aktör är det skäl att beakta några av de fundamentala förändringar som har skett i förvaltningen och förvaltningsrätten. Förändringar har skett åtminstone i det offentliga ställning i samhället, förvaltningens handlingssätt, rättens roll (eller roller) i förvaltningens verksamhet osv. Allmänt taget är det inte heller möjligt att förbigå EU-rättens genomträngande inflytande inom den offentliga rätten.

En central faktor bakom den klassiska, rättsstatliga förvaltningsrättens allmänna lärör är en klar markering av den offentliga rätten i förhållande till den privata rätten. Förvaltningsrätten blev ett självständigt rättsområde och en särskild rättslig disciplin först när den offentliga rätten skildes från den privata. Samtidigt utformades ett speciellt begreppssystem och en speciell angreppsvinkel för förvaltningsrätten. Det blev förvaltningsrättens centrala uppgift att både definiera och avgränsa bruket av offentlig makt på privata rättsförhållanden inom lagbundenhetens ramar. Enligt detta synsätt är en av förvaltningsrättens centrala uppgifter att staka ut gränsen mellan samhället och staten, det privata och det offentliga. Detta innebär också att man anser att det går att tydligt särskilja mellan det privata och det offentliga.

Eftersom det är en av förvaltningsrättens främsta uppgifter att skydda individernas privata autonomi är det teoretiskt nästan otänkbart att förvaltningen skulle själv kunna uppträda som en privat aktör. I de få fall då förvaltningen »avstår« från sin maktposition och ställer sig på den vanliga medborgarens nivå, t.ex. då den gör privaträttsliga transaktioner som ägare, arbetsgivare osv., förvandlas den till ett rättssubjekt som är underställt de privaträttsliga normerna. Den klassiska förvaltningsrättsliga regleringsdiskursen omfattar endast förvaltningen som utövare av offentlig makt som *imperium*, medan den rättsstatliga modellen normalt negligerar förvaltningens agerande i privaträttsliga förhållanden som *dominium*.³

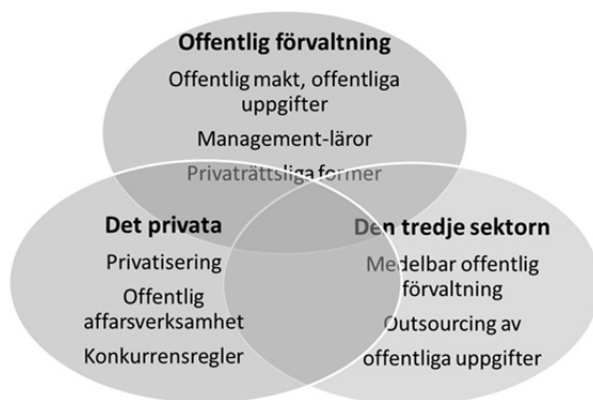
Den klassiska doktrinen uppfattar förvaltningen antingen som ensidigt maktutövande eller som ett privaträttsligt rättssubjekt, jämförbart med medborgaren, som inte utövar makt. Denna skarpa och odifferentierade dikotomi torde knappast ens ursprungligen ha fångat förvaltningsverksamhetens alla olika aspekter. Förhållandet inom förvaltningsrätten har visserligen bibehållit drag av det formella maktförhållandet, men i praktiken är situationen numera betydligt mera mångfacetterad.

I dagens läge producerar förvaltningen tjänster och förverkligar rättigheter på ett sådant sätt att offentlig makt (som sådan) inte utövas, även om det visserligen finns

en indirekt offentlig maktaspekt kvar inbakad i alla former av förmåns- och tjänsteutbud. Då den direkta offentliga makten således skjuts i bakgrunden, är det inte längre en logisk nödvändighet att betrakta utgångspunkten för förvaltningen som en konstellation mellan förvaltningen och medborgaren, som utgår från ett bristande jämviktsläge eller myndighetens ensidiga maktposition och som samtidigt ignorerar t.ex. konsensuselementet eller kontraktuella drag i förvaltningsrättsförhållandena.

Allt detta innebär att förvaltningens roll i välfärdsstaten och post-välfärdsstaten har genomgått en kvalitativ transformation från rollen som *imperium* till en *inter pares* -ställning. I de flesta fall bibehåller förvaltningsbesluten visserligen fortsättningsvis en koppling till offentlig maktutövning samt förvaltningens lagbundenhet via motiveringar som stöder sig på allmänna rättsnormer. Dessa normer är emellertid ofta flexibla och det finns också flexibilitet i implementeringen. Man kan på ett allmänt plan säga att förvaltningens responsiva karaktär har ökat, eller i varje fall att det finns krav på större responsivitet.

Figur 1. Förhållandet mellan det privata och det offentliga har förändrats och relativiserats



Samtidigt har den traditionellt orubbliga dikotomin mellan privaträtten och den offentliga rätten jämkats i post-välfärdsstaten. Förvaltningen använder sig av privaträttsliga former eller former som liknar dem. Särskilt om vi analyserar och närmare jämför de förändringar som har skett å ena sidan inom avtalsrätten och å andra sidan inom förvaltningsrätten kan vi notera en relativt tydlig utveckling mot likadana rättsliga krav på avtalsförhållandet och det förvaltningsrättsliga förhållandet.⁴ I detta hänseende får privaträtten och förvaltningsrätten allt mer konvergenta drag.

Det som är särskilt kännetecknande för den här förändringen är att inom avtalsrätten har avtalsfriheten avsevärt begränsats och i avtalsförhållanden har maktaspekten synliggjorts i högre grad. Ett motsvarande fenomen inom förvaltningsrätten är att den ensidiga utövningen av den offentliga makten har tyglats bl. a. genom processuella regler, förvaltningsrättsliga rättsprinciper, rättsskyddshänsynen och i och med att de mänskliga och grundläggande rättigheterna fått allt större roll. Det är inte längre så att det råder full frihet inom avtalsrätten medan förvaltningen är rigoröst bunden av lag.

Andra centrala drag som avsevärt har förändrat den offentliga förvaltningens roller, arbetssätt och verksamhetsformer är bl. a. privatiseringen i dess olika former, överföringen av offentlig makt och offentliga uppgifter till olika icke-offentliga aktörer, den resulterande fragmenteringen av den offentliga makten samt utvidgningen av konkurrensrättsliga krav på offentlig verksamhet. Utan att gå närmare in på detaljer kan man som ett allmänt resultat konstatera att det verkar motiverat att överge den snäva tudelningen mellan privaträttsliga och offentligrättsliga handlingsformer i den offentliga verksamheten.⁵

3. De viktigaste förvaltningsrättsliga principerna

Eftersom den allmänna frågeställningen i detta inlägg gäller de förvaltningsrättsliga principernas roll är det skäl att inledningsvis försöka klarlägga de viktigaste principerna som analysen fokuserar på. Då det inte finns någon allmängiltig eller harmoniserad klassificering av förvaltningsrättsliga principer utgår jag å ena sidan från de åtta ledande förvaltningsrättsliga principerna i Finlands förvaltningsrätt samt å andra sidan från ett försök att EU-rättsligt harmonisera de ledande rättsprinciper som skulle bilda grunden för en öppen, effektiv och oberoende europeisk förvaltning.

Liknande listor kan göras för de andra nordiska länderna.⁶ Det är ändå viktigt att ta hänsyn till att de förvaltningsrättsliga principerna inte bara är rättsliga begreppsformuleringar som ställer formella krav. Dessutom återspeglar de allmänt accepterade offentliga värden och allmänna målsättningar som har en vedertagen ställning i förvaltningen och förvaltningsrätten. De förvaltningsrättsliga principerna ådagalägger alltså även allmänt accepterade syften, allmänna handlingssätt och ger ramar för det offentliga agerande.⁷

Nationella förvaltningsrättsliga principer

Finlands förvaltningslag (FL, 2003) definierar fem rättsprinciper inom förvaltningen. Lagens 6 § lyder som följer: »Myndigheterna skall bemöta dem som uträttar ärenden hos förvaltningen jämlikt och använda sina befogenheter enbart för syften som är godtagbara enligt lag. Myndigheternas åtgärder skall vara opartiska och stå i rätt proportion till sitt syfte. Åtgärderna skall skydda förväntningar som är berättigade enligt rättsordningen.«

De gällande allmänna förvaltningsrättsliga principerna är alltså följande: *jämlikhetsprincipen* (myndigheterna ska bemöta kunderna opartiskt och konsekvent), *ändamålsbundenhetsprincipen* (myndighetsbefogenheterna ska utövas uteslutande för de ändamål som föreskrivs i lag; missbruk av prövningsrätt är förbjudet), *objektivitetsprincipen* (myndigheternas åtgärder ska vara objektivt motiverade och opartiska), *proportionalitetsprincipen* (myndigheternas åtgärder ska stå i proportion till de syften som enligt lag eftersträvas) samt *förtroendeskyddsprincipen* (myndigheternas åtgärder ska skydda berättigade förväntningar). Ytterligare tre principer grundar sig på bestämmelser i grundlagen (GL, 2000): *legalitetsprincipen*, *offentlighetsprincipen* och *rättssäkerhetsprincipen*. Man kan identifiera rättsprinciper av liknande innehåll i alla nordiska rättssystem även om deras formuleringar kan divergera.

Den europeiska förvaltningsrättens principer

Europeiska förvaltningsrättsliga principer har formulerats både av Europarådet och av EU. Europarådet har definierat förvaltningsrättsliga principer i Code of Good Administration (2007).⁸ Den nyaste EU-rättsliga definitionen av förvaltningens principer är preliminärt formulerad i Europaparlamentets resolution med rekommendationer om EU:s förvaltningsprocesslag (15.1.2013).⁹ Enligt Europaparlamentet borde följande europeiska förvaltningsrättsliga principer kodifieras i förordningen som kommer att reglera den öppna, effektiva och oberoende europeiska förvaltningen:

Legalitetsprincipen: Förvaltningen ska handla enligt lagen och tillämpa de regler och förfaranden som fastställs i EU-lagstiftningen. Administrativa befogenheter ska ha sin grund i lagstiftningen och till sitt innehåll vara förenliga med den. Beslut som fattas eller åtgärder som vidtas får aldrig vara godtyckliga eller styras av syften som saknar rättslig grund eller inte motiveras av ett allmänintresse.

Icke-diskriminerings- och likabehandlingsprincipen: Förvaltningen ska undvika omotiverad diskriminering av personer på grund av nationalitet, kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, språk, religion eller övertygelse, politiska åsikter eller andra åsikter, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Personer som befinner sig i liknande situationer ska behandlas på samma sätt. Skillnader i behandling får endast motiveras av det aktuella ärendets objektiva särdrag.

Proportionalitetsprincipen: Förvaltningen ska fatta beslut som påverkar medborgarnas rättigheter och intressen endast när detta är nödvändigt och endast i den utsträckning som krävs för att uppnå det eftersträvade målet. När tjänstemän fattar beslut ska de se till att det råder en rättvis balans mellan privatpersoners intressen och det allmännas intresse. De ska framför allt inte införa administrativa eller ekonomiska bördor som är överdrivet stora i förhållande till den förväntade fördelen.

Principen om opartiskhet: Förvaltningen ska vara opartisk och oberoende. Den ska avstå från godtyckliga åtgärder som påverkar privatpersoner negativt, och från alla former av särbehandling. Förvaltningen ska alltid handla i unionens intresse och för det allmänna bästa. Inga åtgärder får vara motiverade av personliga intressen (t.ex. ekonomiska intressen), familjeintressen eller nationella intressen eller av politiska påtryckningar. Förvaltningen ska garantera en rättvis balans mellan olika typer av medborgarintressen (företag, konsumenter m.fl.).

Principen om konsekvens och berättigade förväntningar: Förvaltningen ska vara konsekvent i sitt handlande och följa sitt normala förvaltningsförfarande, som ska göras offentligt. Om det finns legitima skäl för att avvika från det normala förvaltningsförfarandet i enskilda ärenden ska denna avvikelse motiveras på ett tillbörligt sätt. De berättigade och rimliga förväntningar som privatpersoner kan ha mot bakgrund av unionsförvaltningens tidigare handlande ska respekteras.

Principen om skydd för privatlivet: Förvaltningen ska handla med respekt för enskilda personers privatliv. Den får inte behandla personuppgifter i icke-legitima syften eller överföra sådana uppgifter till obehöriga tredje parter.

Principen om rättvis behandling: En grundläggande rättsprincip som är avgörande för att skapa en anda av förtroende och förutsägbarhet i förbindelserna mellan privatpersoner och förvaltningen.

Principen om öppenhet: Förvaltningen ska vara öppen. Den ska dokumentera förvaltningsprocesserna och på ett korrekt sätt diarieföra in- och utgående post, inkommande handlingar, beslut som fattas och åtgärder som vidtas. Alla bidrag från rådgivande organ och berörda parter bör göras tillgängliga för allmänheten.

Effektivitets- och nyttoprincipen: Förvaltningen ska bedriva sin verksamhet enligt kriterierna om effektivitet och allmännytt. Personalen ska ge medborgarna råd om hanteringen av frågor som ligger inom deras behörighetsområde.

Samspel och synergi mellan offentligrättsliga och privaträttsliga principer

Både de nordiska och de EU-rättsliga principerna har i stort sett samma innehåll när det gäller det offentligas verksamhet. När man analyserar dessa principers tillämpning på det offentligas agerande i dess olika roller får man naturligtvis fram vissa olikheter.

I och med att gränsen mellan offentlig och privat rätt har relativiserats har även skillnaden mellan förvaltningsrättsliga och privaträttsliga principer blivit mindre accentuerad. De förvaltningsrättsliga principernas innehåll, värdegrund och funktioner skiljer sig inte nödvändigtvis betydligt eller fundamentalt från de privaträttsliga principerna.

På det hela taget har rättsprinciperna på olika rättsområden närmast sig både innehållsmässigt och funktionellt. En dylik konvergens innebär att flera av de ledande privaträttsliga principerna numera innehåller likadana element som de förvaltningsrättsliga principerna (och tvärtom). Således kan sådana privaträttsliga principer som skälighet, skyddet för berättigade förväntningar, lojalitetsplikt och skyddet för den svagare parten utgöra centrala element även i tillämpningen av de förvaltningsrättsliga principerna. Därför är det inte heller skäl att överdriva den kvalitativa skillnaden mellan rättsprincipernas betydelse och funktioner när det offentliga uppträder som en privat aktör eller som en offentlig aktör.

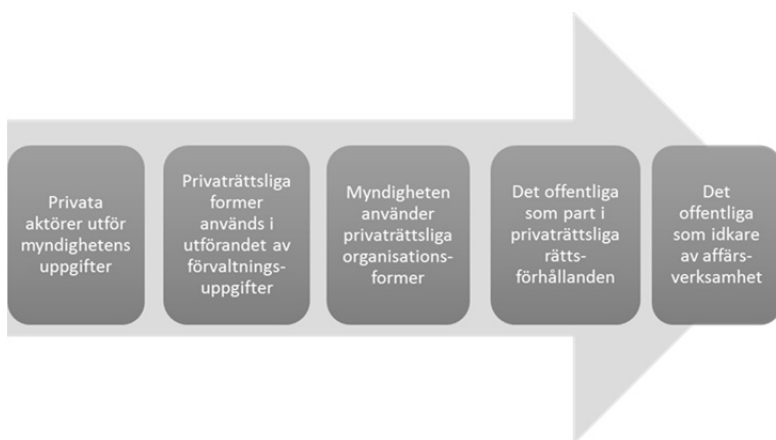
Rättsprinciperna från olika rättsområden kan också användas för att uppnå synergi men deras relativa betydelse i det offentligas verksamhet beror även på vilken roll det är fråga om. Det är också möjligt att somliga förvaltningsrättsliga rättsprinciper har en viktigare roll i vissa roller medan andra rättsprinciper har mera begränsad relevans eller är inte alls tillämpliga.

4. Det offentliga som privat aktör – olika roller, varierande funktioner

Det offentliga ställning som privat aktör

När det offentliga uppträder som privat aktör kan man i vid bemärkelse särskilja fem typiska situationer: a) staten eller kommunen överför sina förvaltningsuppgifter till privata aktörer; b) myndigheten använder privaträttsliga former, t.ex. avtalsform, i utförandet av förvaltningsuppgifter; c) det offentliga uppträder som en privat aktör i en privaträttslig organisationsform; d) myndigheten uppträder som en privaträttslig aktör i rättsförhållanden med privaträttsligt innehåll och e) det offentliga idkar ren affärsverksamhet i marknadsförhållanden.

Figur 2. Från det offentliga till det privata i myndighetens verksamhet



Dessa typsituationer förekommer på en glidande skala och det kan därför finnas flera överlappande variationer och kombinationer. Till exempel i produktionen av allmännyttiga tjänster är det vanligt att utnyttja privaträttsliga former som inom vissa ramar också kan användas i förvaltningsuppgifter. När det däremot är fråga om ren affärsverksamhet är utgångspunkten att den bedrivs så gott som helt utan några offentligt rättsliga drag och utan att allmänna intressen är direkt inblandade. Även affärsverksamheten kan dock i det offentliga ägo ha vissa särskilda syften som kan karaktäriseras som allmännyttiga.

a) Privata aktörer som utförare av myndighetens uppgifter

När en förvaltningsuppgift har anförtrotts en privat aktör kommer den att utföra uppgiften i stället för myndigheten.¹⁰ På detta sätt kommer det offentliga att funktionellt uppträda i privat form. Kännetecknande för denna ställning är att de hierarkiska administrativa (styrnings)relationerna mellan den offentliga aktören och den privata aktören i regel saknas eller att de är synnerligen avgränsade.

Själva överföringen av förvaltningsuppgifter kan förverkligas genom lag eller med stöd av lag. Det är således inte i myndighetens fria skön att besluta om delegeringen. Det oaktat kan själva delegeringen förverkligas t.ex. i form av ett förvaltningsavtal eller förvaltningsbeslut som grundar sig på lagen. Uppgifter som myndigheten har överfört till en privat aktör förändras inte till sitt innehåll och den rättsliga regleringen av uppgifterna förblir vanligtvis oförändrad.

b) Privaträttsliga former i utförandet av förvaltningsuppgifter

Det offentliga och i synnerhet den offentliga förvaltningen kan också utnyttja vanliga privaträttsliga former i sin förvaltningsverksamhet. Man kan utgå från att dessa former för det mesta har karaktären av privaträttsliga rättsakter, men det kan även vara fråga om andra åtaganden.

Avtalsformen är de offentliga förvaltningsorganens mest använda privaträttsliga instrument för tillfället. Det har blivit allt vanligare att utförandet av förvaltningsuppgifter (t.ex. utbudet av offentliga tjänster) kan vara föremål för kontraktuella förhål-

landen och med vissa begränsningar kan detsamma gälla även för utövandet av offentlig makt (t.ex. i planlägningsproceduren).¹¹ Därutöver kan det vara fråga om traditionella privaträttsliga rättsakter vars objekt är köp, hyra, skuld, borgen osv., men dessa betraktas skilt under d).

c) Det offentliga i privaträttslig organisationsform

Det offentliga, i Finland särskilt kommunerna, bär ansvaret för produktionen av ett flertal allmännyttiga tjänster, från hälso- och socialvård samt utbildning till infrastruktur-tjänster som kollektivtrafik och hamnar samt avfallshantering, värme, vatten och energi. Serviceproduktionen kan ske, och har tidigare skett, främst inom den offentliga förvaltningen men även användandet av privaträttsliga organisationsformer har blivit allt vanligare.

I kommunförvaltningen kan det vara fråga ett kommunalt bolag, en stiftelse eller en förening. Finska staten är ägare i tjugo bolag med specialuppgifter som antingen handlar en viss allmännyttig uppgift som staten anvisat dem eller har en särskild rättslig grund som är orsak till att de inte är verksamma på kommersiella villkor. Inte heller styrs de enligt kommersiella principer i en konkurrensutsatt miljö. För de bolag som sköter specialuppgifter har staten som ägare fastställt vissa samhälleliga mål, men bolagens ekonomiska verksamhet styrs enligt ekonomiska principer.

De flesta offentliga tjänster kan också produceras av privata näringsidkare och således ska de även beakta konkurrensrättsliga krav i deras verksamhet. Detta betyder att staten, kommunerna och andra offentliga samfund, liksom även privata företag, i sin ekonomiska verksamhet ska iakta reglerna i artikel 101 och 102 i EUF-fördraget (Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, 2007). Artikel 102 i EUF-fördraget innehåller ett förbud mot missbruk av dominerande marknadsställning. Vid tillämpningen av EU-rättens förbud mot konkurrensbegränsningar bedöms således den privata och den offentliga sektorns ekonomiska verksamhet enligt samma konkurrensrättsliga principer. Begreppet ekonomisk verksamhet omfattar dock inte utövande av offentlig makt och vanligen inte heller ordnande av social trygghet på särskilda villkor, hälso- och sjukvård baserad på solidaritetsprincipen och t.ex. nationella utbildningssystem som finansieras med offentliga medel.

De särskilda allmännyttiga tjänster som samhället producerar för medborgarnas dagliga behov, även de tjänster som är av ekonomisk natur, ges med tanke på tillämpningen av konkurrensreglerna en särställning i artikel 106.2 i EUF-fördraget. Bestämmelsen gäller s.k. tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI). Enligt bestämmelsen ska konkurrensreglerna inte tillämpas på företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, om tillämpningen av konkurrensreglerna hindrar företagen från att sköta de särskilda uppgifter som tilldelats dem. Syftet med bestämmelserna är att trygga SGEI-tjänsternas viktiga ställning; medlemsstaterna ska kunna säkerställa en viss basservice och tillhandahålla alla medborgare dessa tjänster också i sådana fall där marknaden inte kan svara på efterfrågan.

d) Det offentliga som en privaträttslig part i privaträttsliga rättsförhållanden

Staten, kommunen och andra offentligrättsliga samfund är juridiska personer och rättssubjekt. Trots detta uppträder de i privaträttsliga förhållanden i en åtminstone formellt sett likadan ställning som privata rättssubjekt. Detta betyder också att privaträttslig lagstiftning tillämpas på privaträttsliga rättsakter och de resulterande rättsförhållandena oberoende av den andra partens offentligrättsliga särdrag. Vanligen är

det fråga om staten eller kommunen som markägare, hyresvärd eller hyresgäst, säljare eller upphandlare, borgenär eller gäldenär.

e) Det offentliga som idkare av affärsverksamhet

Staten eller kommunen kan – inom ramen för gällande lag – också uppträda som en privat aktör i ett konkurrensläge. Som näringsidkare kan det offentliga fungera t.ex. som producent av varor eller tjänster, som investerare, finansierare eller fastighetsutvecklare. Affärsverksamheten idkas vanligtvis i bolagsform och staten eller kommunen äger alla eller majoriteten av aktierna.

Beträffande det offentliga affärsverksamhet trädde två principiellt viktiga lagändringar i kraft i Finland i 2013. Bägge lagförändringarna gäller kommunerna och grundar sig på EU-rättsliga och i synnerhet konkurrensrättsliga krav på det offentliga ökande aktivitet i konkurrensläge på marknaden. Den ena ändringen införde ett nytt kapitel 4 a i konkurrenslagen med titeln Tryggande av en jämlik konkurrens mellan offentlig och privat näringsverksamhet. Den andra ändringen införde en bolagiseringsskyldighet för kommunerna. Enligt den nya 2 a § i kommunallagen ska kommunen överföra skötseln av uppgifterna till ett aktiebolag, ett andelslag, en förening eller en stiftelse när en kommun sköter sina uppgifter i ett konkurrensläge på marknaden.

Kommunala bolag används vanligen för att sörja för kollektivtrafik, energiproduktion och hamnverksamhet m.m. Bolag används även för produktion av SGEI-tjänster (se närmare i punkt c) ovan), men det finns en gräzon mellan sådana tjänster och tjänster som produceras av kommuner i ett konkurrensläge. Till exempel har samkommunen Helsingfors och Nylands Sjukhusdistrikt nyss grundat ett privatsjukhus (Hyksin Ltd). Bolaget fungerar faktiskt i konkurrensläge med andra privata sjukvårdsföretag och riktar sin verksamhet till privatförsäkrade patienter, utlänningar och patienter från andra sjukvårdsdistrikt, vilka har fått en betalningsförbindelse av hemkommunen.

Finska staten äger aktier i mer än 50 stora bolag. Av dessa är cirka två tredjedelar statsbolag som är verksamma på marknadsvillkor eller statens intressebolag. I de senare är staten minoritetsägare. De övriga bolagen är s.k. bolag med specialuppgifter, som antingen handhar en viss uppgift som staten anvisat dem eller är befriade från konkurrensutsättning. Alla statsägda bolag är underställda regeringens ägarstyrning. Ansvar för det ägarpolitiska beslutsfattandet ligger hos myndigheterna, medan det företagsekonomiska beslutsfattandet sköts av bolagens egna organ. Aktiebolaget Solidium Ab, som ägs helt av staten, verkar på ekonomiska grunder och tryggar det inhemska ägandet i centrala finska börsbolag. Solidium sköter sitt innehav enligt kommersiella principer och med beaktande av statens ägarpolitiska anvisningar.

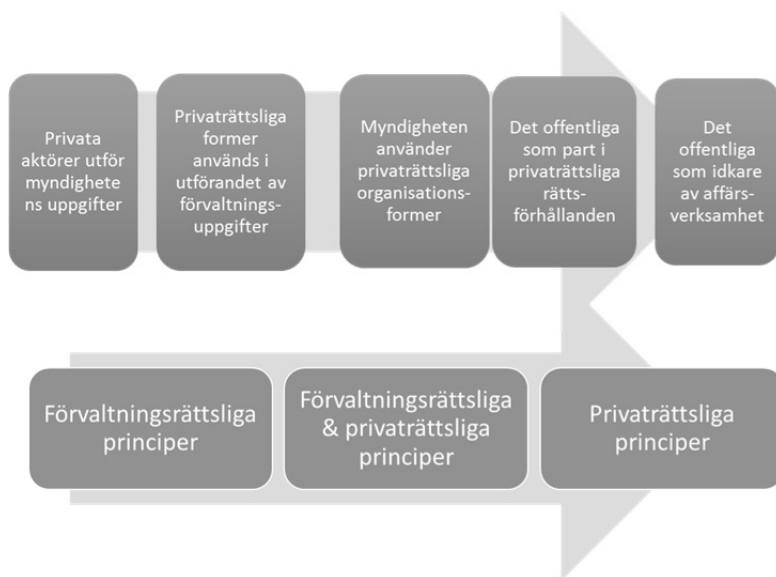
5. Tillämpning av förvaltningsrättsliga principer

Det som ovan har framgått är att det offentliga kan ha olika rättsliga funktioner och skilda roller när det uppträder som en privat aktör. Variationerna beror i stort sett på vilken av de fem typiska situationerna det är fråga om med förbehållet att det kan finnas ytterligare roller och mera nyanserade skillnader. Men vilken är de förvaltningsrättsliga principernas betydelse i dessa typiska situationer och roller? Åtminstone preliminärt kan man hävda att det inte finns någon inbyggd logik i rättspsy-

stemen som skulle förutsätta att även de förvaltningsrättsliga principerna ska följa med i det offentliga alla verksamhetsformer eller att identiska principer borde äga tillämpning i alla dessa typsituationer. Å andra sidan är det inte nödvändigtvis uteslutet att de förvaltningsrättsliga principerna är tillämpliga när det offentliga agerar i ett konkurrensläge. Inte heller följer det automatiskt att den privata aktören har en allmän plikt att iakta samma rättsprinciper som myndigheten när den utför förvaltningsuppgifter eller producerar tjänster av allmänt intresse.

Det torde i alla fall vara en allmänt accepterad premis att ju mera och intensivare den privata aktören förverkligar offentliga syften och utför uppgifter med framträdande offentliga drag i desto större grad och desto tydligare ska de förvaltningsrättsliga principerna bli tillämpliga. Å andra sidan kan även privaträttsliga principer som skälighet, skydd av legitima intressen och rättssäkerhet ha en signifikant betydelse och likriktade funktioner när den privata aktörens uppgifter är av mera privaträttslig karaktär. Hur rättsprinciper från olika rättsområden kan sammanverka, komplettera eller motverka varandra, är också en intressant fråga som i detta sammanhang ändå inte kommer att analyseras mera ingående.

Figur 3. Förvaltningsrättsliga principernas roll



a) Privata aktörer utför det offentliga uppgifter

När en administrativ funktion som tidigare har skötts av en offentlig myndighet överförs på ett privat rättssubjekt, kommer det privata att handha den administrativa funktionen. Som följd agerar det offentliga medelst eller med hjälp av en privat aktör. I en sådan situation är det väl motiverat att den privata aktören bör beakta och tillämpa de förvaltningsrättsliga principerna.

Utgångspunkten enligt 124 § i grundlagen är att offentliga förvaltningsuppgifter kan anförtros andra än myndigheter genom lag eller med stöd av lag, om det behövs

för en ändamålsenlig skötsel av uppgifterna. Överföringen av förvaltningsuppgifter till en privat aktör får dock inte äventyra de grundläggande fri- och rättigheterna, rättssäkerheten eller andra krav på god förvaltning. Eftersom de centrala kraven på god förvaltning definieras i förvaltningslagen, betyder detta att de i förvaltningslagen reglerade förvaltningsrättsliga principerna automatiskt kommer att bli tillämpliga på allt utövande av förvaltningsuppgifter oberoende av i vilken organisatorisk form uppgiften utförs. Såvitt det är fråga om en förvaltningsuppgift blir alltså dessa principer tillämpliga även på privaträttsliga aktörer.

Eftersom begreppet »förvaltningsuppgift« har fått en vid definition, tillämpas de förvaltningsrättsliga principerna t.ex. på privata bevakningsföretag, privata som producerar lagstadgade tjänster samt på börsen och värdepapperscentralen då de utför sina lagstadgade uppgifter.

Ett exempel på hur långt kraven på tillämplighet av de förvaltningsrättsliga principerna har utsträckt är statens specialfinansieringsbolag Finnvera ABp som har till uppgift att bevilja och administrera statens exportgarantier. Exportgarantierna är förmåner med förmögenhetsvärde. Trots att hela verksamheten med statliga exportgarantier har starka privaträttsliga drag är det enligt grundlagsutskottet fråga om en sådan offentlig förvaltningsuppgift som avses i 124 § i grundlagen.¹² Utskottet har ändå ansett det mycket lämpligt att ett bolag har hand om exportgarantierna, inte minst på grund av verksamhetens speciella karaktär. Vad beträffar villkoren i övrigt har grundlagsutskottet understrukit att om förvaltningsuppgifter förs över på andra än myndigheter, är det viktigt att rättssäkerhet och god förvaltningssed säkerställs. Det har ansetts centralt att även bestämmelserna om förvaltningsförfarande (inklusive de förvaltningsrättsliga principerna som definieras i 6 § i förvaltningslagen), offentlighet i myndigheternas verksamhet och språket vid myndigheter tillämpas.

b) Det offentliga som part i ett förvaltningsavtal

Förändringen i förvaltningens handlingsformer och processer reflekteras tydligt i förvaltningslagen där förvaltningsavtalet har fått en legitim och reglerad plats. Enligt 3 § i förvaltningslagen avses med förvaltningsavtal ett avtal som hör till myndighetens behörighet och gäller skötseln av en offentlig förvaltningsuppgift eller ett avtal som sammanhänger med utövande av offentlig makt. Förvaltningsavtalet kan användas både som en möjlig ersättning för förvaltningsbeslut och en grund för överförandet av förvaltningsuppgifter till privata aktörer.

Det är dock skäl att notera att förvaltningslagen inte bestämmer i vilka fall ett förvaltningsavtal är möjligt, utan det regleras i materiell lagstiftning. Till exempel markanvändningsavtal regleras i byggnadslagstiftningen och kommunernas rätt att köpa tjänster från privata producenter i kommunallagen. Kommunerna kan ingå avtal om planläggning och om genomförande av planerna, men i sådana markanvändningsavtal kan man inte med bindande verkan avtala om innehållet i planerna (91 b § i markanvändnings- och bygglagen).

Enligt förvaltningslagen ska grunderna för god förvaltning iaktas när förvaltningsavtal ingås. Förpliktelsen baserar sig på 21.2 § i grundlagen, där det förutsätts att garantier för god förvaltning ska tryggas genom lag. Förvaltningslagen som helhet bestämmer just dessa garantier. När förvaltningsavtal ingås och under avtalsförhållandet ska man således iaktta de lagstadgade förvaltningsrättsliga principerna (FL 6 §) och även i övrigt handla ändamålsenligt och i linje med den serviceprincip (FL 7 §) som gäller för förvaltningen.

Det faktum att förvaltningsavtalet har introducerats och godkänts som ett acceptabelt och legitimt element i finsk lagstiftning och förvaltningsrätt, visar att ursprungligen privaträttsliga handlingsformer kan användas också i förvaltningsverksamheten. Avtalsformen kan göra det möjligt att införa effektivare och flexiblare handlingsmönster i den offentliga förvaltningen. Användandet av förvaltningsavtalet ger dock det offentliga (den offentliga förvaltningen) endast kvasiprivat status. När en myndighet ingår ett förvaltningsavtal och när den uppträder som avtalspart ska de formella kraven på god förvaltning inklusive de förvaltningsrättsliga principerna beaktas.

c) Det offentliga i privaträttslig form

När det offentliga anlitar privata företag för att producera SGEI-tjänster är det fråga om offentliga förvaltningsuppgifter som har anförtrots den privata aktören. Då blir de förvaltningsrättsliga principerna tillämplbara på den privata tjänsteproducenten enligt förvaltningslagen som tillämpas även på enskilda då de sköter offentliga förvaltningsuppgifter (FL 2.3 §; GL 124 §).

d) Det offentliga som en privaträttslig part i privaträttsliga rättsförhållanden

Då det offentliga befinner sig i privaträttsliga förhållanden som borgenär, hyresgäst, arbetsgivare eller säljare är det underställt samma lagstiftning som privata aktörer i ett likadant rättsförhållande. I vissa privaträttsliga förhållanden finns det emellertid vissa särdrag av vilka kanske de viktigaste är definierade i upphandlingslagstiftningen som baserar sig på flera EU-direktiv. Denna lagstiftning ställer flera kvalitativa krav på det offentliga som upphandlare. Upphandlingsregleringen förutsätter också att åtminstone öppenhets- och jämställdhetsprincipen iakttas i upphandlingsproceduren.

Som part i ett »rent« privaträttsligt förhållande ska det offentliga främst beakta de privaträttsliga rättsprinciperna. Men inte ens som part i privaträttsliga förhållanden avstår myndigheten helt och hållet från sin roll som ett offentligt rättsligt organ. Enligt förvaltningslagen – eller rättare sagt dess förarbeten – utgör nämligen det skede i förfarandet där myndigheten förbereder sitt beslut om att ingå i det privaträttsliga förhållandet en del av förvaltningsförfarandet. Detta betyder att även de förvaltningsrättsliga principerna kan vara relevanta i det här skedet. Till exempel objektivitets-, proportionalitets- och jämställdhetsprincipen samt förbudet att missbruka prövningsrätt kan följaktligen bli tillämpliga i utvärderingen av den preliminära avtalsprocessens laglighet.

e) Det offentliga som idkare av affärsverksamhet

Det offentliga som näringsidkare faller utanför förvaltningslagens tillämpningsområde och således är de förvaltningsrättsliga principerna inte tillämpliga. Det offentliga kan ändå ha särskilda allmänna intressen också gällande bolag som är verksamma på kommersiella villkor i en konkurrensutsatt miljö. För statens del kan dessa strategiska intressen gälla försörjningsberedskapen, upprätthållandet och trygghandet av infrastruktur och försvar. Dessutom kan statliga och kommunala bolag ha skyldigheter t.ex. i fråga om basservicen, även om deras verksamhet främst bedrivs enligt allmänna kommersiella principer.

Offentliga bolag i konkurrensläge ska sköta sin verksamhet utan hänsyn till det allmänna intresset och på samma villkor som konkurrenterna, för att det offentliga

ägandet inte ska orsaka snedvriden konkurrens. I enlighet med denna konkurrensneutralitetsplikt ska bolagen i fråga om verksamhetsprinciper, finansiell struktur och avkastningsmål vara jämförbara med andra bolag inom samma bransch. Trots detta ska bolagen i sin verksamhet beakta de välgrundade förväntningar som föranleds av det offentliga ägandet och som föranleder en ansvarsfull verksamhet som bedrivs enligt hållbara principer. Man kan hävda att dessa förväntningar och krav till en viss, inte obetydlig, grad baserar sig på likadana eller parallella värden och målsättningar som de förvaltningsrättsliga principerna.

Statens ägarpolitik syftar till att främja och säkerställa att bolagens verksamhet bedrivs på ett ansvarsfullt sätt. Centrala utgångspunkter för denna målsättning är att ägaren agerar öppet och konsekvent, att ansvarskännande och sakkunniga medlemmar föreslås som medlemmar i bolagens styrelser, att ägaren satsar på bolagens ledarresurser och på att få ledningen att engagera sig i bolaget samt att alla ägare och även andra intressenter beaktas. Ägarens viktigaste verktyg är att på ett självständigt sätt bereda ägarstrategin och utveckla god corporate governance.¹³

Enligt de ägarpolitiska riktlinjerna är öppenheten ett synnerligen viktigt element, och den bör präglade bolagets rapportering, premiering och allmänna transparens när det gäller verksamheten. För staten är det viktigt att man i bolagen går in för att respektera personalens ställning och rättigheter, och att man vill agera ansvarsfullt med tanke på miljön. När det gäller företagens ansvarsfrågor bör utgångspunkten vara att bästa praxis inom branschen iakttas.

Det är alltså inte heller så att det offentliga som helt privat aktör i konkurrensläge kan agera i strid med de förvaltningsrättsliga principernas syften och värdegrund. Det är naturligtvis inte tänkbart att det offentliga som privat aktör skulle kunna bygga sin affärsverksamhet och kommersiella transaktioner på olagliga, diskriminerande, oskäliga, partiska eller orättvisa transaktioner. På detta sätt kan de förvaltningsrättsliga principernas innehåll och bakomliggande värden ha en indirekt verkan också på det offentliga som en privat näringsidkare.

6. Sammanfattning – sex teser

Jag vill avsluta mitt inlägg med sex teser om de förvaltningsrättsliga principernas roll och betydelse när det offentliga uppträder som en privat aktör.

- 1) De förvaltningsrättsliga principerna grundar sig på allmänt accepterade offentliga värden och allmänna målsättningar som har en vedertagen ställning i förvaltningen och förvaltningsrätten. De förvaltningsrättsliga principerna ådagalägger därför även allmänt accepterade syften, allmänna handlingssätt och ger ramar för det offentliga agerande.
- 2) Rättsprinciperna på olika rättsområden har avsevärt närmat sig varandra och en europeisk harmonisering pågår. Man borde undvika att övervärdera den kvalitativa skillnaden mellan de offentlig- och privaträttsliga rättsprincipernas betydelse och funktioner när det offentliga uppträder som en privat aktör eller som en offentlig aktör.
- 3) Det finns flera motiv för att överge den snäva tudelningen mellan privaträttsliga och offentligrättsliga handlings- och organisationsformer. Det finns i och för sig inte många vägande skäl som skulle hindra användandet av ursprungligen pri-

- vaträttsliga former i förvaltningen, förutsatt att de anpassas till det offentliga intressets grundläggande krav (legalitet, offentlighet, objektivitet, demokratisk kontroll, rättssäkerhet osv.).
- 4) Ju mera och intensivare den privata aktören förverkligar offentliga syften och utför uppgifter med framträdande offentliga drag i desto större grad och desto tydligare borde de förvaltningsrättsliga principerna bli tillämpliga. Å andra sidan kan även privaträttsliga principer som skälighet, skydd av legitima intressen och rättssäkerhet ha en signifikant betydelse och likriktade funktioner när den privata aktörens uppgifter är av mera privaträttslig karaktär.
 - 5) Teoretiskt sett finns det ingen inbyggd logik i rättssystemen som skulle förutsätta att även de förvaltningsrättsliga principerna ska följa med i det offentligas alla verksamhetsformer eller att identiska principer borde äga tillämpning i alla roller som det offentliga kan ha. Inte heller följer det automatiskt att den privata aktören har en allmän plikt att iaktta samma rättsprinciper som myndigheten när den utför förvaltningsuppgifter eller producerar tjänster av allmänt intresse.
 6. När det offentliga fungerar som privat aktör i konkurrensläge är de förvaltningsrättsliga principerna inte direkt tillämpbara. Det skulle ändå vara mycket problematiskt om det offentliga skulle kunna grunda sin affärsverksamhet på t.ex. olagliga, diskriminerande, oskäligen, partiska eller orättvisa rättsakter. De förvaltningsrättsliga principernas innehåll och bakomliggande värden kan således ha en indirekt verkan också på det offentliga som en privat näringsidkare.

Noter

1. Publicerat som referat til det 40. nordiske juristmøte i Forhandlingene ved Det 40. nordiske juristmøte bind I (Oslo 2014) s. 275-90.
2. T.ex. Lena Marcusson, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, Uppsala 1989. Hans Petter Graver, *Forvaltningsrett i markedsstaten*, Oslo 2002, s. 213-240. Marietta Keravuori-Rusanen, *Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä* (Det privata som utövare av offentlig makt), Helsinki 2008. Carsten Henriksen: Udlicitering af myndighedsopgaver – Er det forenligt med retssikkerhedsmæssige hensyn? i Carsten Henriksen, Steen Rønsholdt og Peter Blume (red.), *Forvaltningsretlige perspektiver*, København 2006, s. 423-470.
3. Av samma orsak brukar man i tysk förvaltningsrätt definiera »förvaltningsprivaträtt« som ett separat rättsområde. Se t.ex. Ulrich Stelkens, *Verwaltungsprivatrecht*, Berlin 2005.
4. För civilrättens del se t.ex. Thomas Wilhelmsson, *Social civilrätt*. Helsingfors 1987 och för förvaltningsrättens del t.ex. Olli Mäenpää, *Hallintosopimus* (Förvaltningsavtal), Helsinki 1989.
5. Om den traditionella dikotomin förändringar se t.ex. artiklar i Eija Mäkinen (red.), *Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt*, Tampere 2005.
6. Se t.ex. Lena Marcusson (red.), *Offentligrättsliga principer*. Uppsala 2005. Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 2007, s. 65-149. Olli Mäenpää, *Hallinto-oikeus* (Förvaltningsrätt), Helsinki 2013, s. 135-172.
7. Se allmänt om rättsprincipernas funktioner Hans Petter Graver, I prinsippet principiell – om rettsprinsipper. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2006, s. 189-221.

8. Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration innehåller nio principer: lawfulness, equality, impartiality, proportionality, legal certainty, taking action within a reasonable time limit, participation, respect for privacy and transparency.
9. Europaparlamentets resolution av den 15 januari 2013 med rekommendationer till kommissionen om Europeiska unionens förvaltningsprocesslag. (Enligt resolutionen bör förordningen gälla endast för EU:s institutioner, organ och byråer (**unionsförvaltningen**) i deras kontakter med allmänheten.) Även EU-domstolen har i sin praxis utvecklat flera centrala förvaltningsrättsligt särskilt relevanta principer såsom proportionalitet, skyddet av legitima förväntningar och rätts-säkerhet.
10. Se särskilt om kommunala undervisningsuppgifter Åsa Örnberg: *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*. Stockholm 2014.
11. Se t.ex. Rozen Noguellou & Ulrich Stelkens (eds.), *Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles 2010. Tom Madell, *Det allmänna som avtalspart*, Stockholm 1998. Peter Vincent-Jones, *The New Public Contracting*, Oxford 2006.
12. Grundlagsutskottets utlåtande GrUU 2/2001 rd. Riksdagens grundlagsutskott har som uppgift att förhandsgranska alla grundlagsrelevanta lagförslags grundlagsenlighet.
13. Statsrådets principbeslut om ägarpolitiken (3.11.2011).