

Juridiska institutionen  
Juristprogrammet vid Göteborgs universitet  
Examensarbete höstterminen 2014  
30 HP

# Konsumentskydd vid offentliga välfärdstjänster – I gränslandet mellan offentlig rätt och civilrätt

Madeleine Johansson

Handledare: Ingmar Svensson



**GÖTEBORGS UNIVERSITET**  
**HANDELSHÖGSKOLAN**

## Förord

Under min uppsatspraktik på Justitiedepartementet kom jag i kontakt med den departementspromemoria som till viss del utgör ett försök att lösa delar av den problematik som förevarande uppsats berör (Ds 2009:13 Konsumenttjänster m.m.). Tanken var att lagstifta om en utökning av konsumenttjänstlagen till att även omfatta ett antal privata och offentliga tjänster. Någon ny lag blev det aldrig, men den väckte tanken hos mig om ett intressant uppsatsämne.

Jag vill i detta förord passa på att tacka Mikael Pauli på Regeringskansliet som tagit sig tid till intressanta synpunkter och tips vid slutet av mitt uppsatsskrivande.

# Innehåll

FÖRKORTNINGAR.....	1
1 INLEDNING.....	2
1.1 Introduktion till ämnet.....	2
1.2 Bakgrund.....	2
1.3 Syfte och frågeställningar.....	3
1.4 Avgränsningar och terminologi.....	4
1.5 Metod och material.....	5
1.6 Disposition.....	7
2 ALLMÄNNA UTGÅNGSPUNKTER.....	8
2.1 Inledning.....	8
2.2 Behovet av ett civilrättsligt konsumentskydd.....	8
2.3 Möjligheten till skadestånd enligt skadeståndslagen.....	8
2.4 Det allmännas ansvar för självständiga medhjälparens vållande.....	9
3 ÄR DET MÖJLIGT ATT TILLÄMPA ETT CIVILRÄTTSLIGT KONSUMENTSKYDD VID VÄLFÄRDSTJÄNSTER?.....	11
3.1 Inledning.....	11
3.2 En historisk uppdelning mellan offentlig rätt och civilrätt.....	11
3.3 Problem med att tillämpa civilrättsliga normer.....	11
3.4 Vägledande rättsfall.....	12
3.4.1 NJA 1998 s. 656 (I).....	12
3.4.2 NJA 2008 s. 642.....	13
3.4.3. Tolkning av praxis.....	14
3.5 Sammanfattning.....	14
4 I VILKEN UTSTRÄCKNING ÄR DET MÖJLIGT ATT TILLÄMPA ETT CIVILRÄTTSLIGT KONSUMENTSKYDD VID VÄLFÄRDSTJÄNSTER?.....	15
4.1 Inledning.....	15
4.2 Analogisering från konsumenttjänstlagen.....	15
4.3 Krav på utförande av tjänsten.....	16
4.4 Avhjälpan av felaktig prestation.....	17
4.5 Hävning.....	17
4.6 Prisavdrag.....	18
4.7 Skadeståndsansvar i ett avtalsförhållande.....	19
4.8 Skadestånd för ideell skada.....	20
4.9 Betydelsen av att den offentliga tjänsten har benefika inslag.....	21
4.10 Avtal inom socialrätten?.....	24
4.11 Äldreomsorg.....	25
4.11.1 Allmänt.....	25

4.11.2	Det allmännas och lagstiftarens inställning.....	25
4.11.3	Möjligheten att se förhållandet som civilrättsligt.....	27
4.11.4	Det allmännas ansvar för medhjälpares vållande inom äldreomsorgen .....	28
4.11.5	Sammanfattning.....	30
4.12	Hälso- och sjukvård .....	30
4.12.1	Allmänt.....	30
4.12.2	Möjligheten att se förhållandet som civilrättsligt.....	31
4.12.3	Synen på förhållandet inom hälso- och sjukvården – en utblick.....	32
4.12.4	Ledning från konsumenttjänstlagen .....	32
4.12.5	Fel i sjukvården.....	32
4.12.6	Dröjsmål inom sjukvården.....	33
4.12.7	Det allmännas ansvar för medhjälpares vållande inom sjukvården.....	35
4.12.8	Sammanfattning.....	35
4.13	Skola och förskola.....	36
4.13.1	Allmänt.....	36
4.13.2	Privata skolor och förskolor .....	36
4.13.3	Förskola.....	37
4.13.4	Grundskola och gymnasium .....	38
4.13.5	Sammanfattning.....	39
4.14	Slutsatser.....	39
5	GER FÖREVARANDE RÄTTSLÄGE ETT TILLFREDSSTÄLLANDE RÄTTSSKYDD FÖR BRUKARE AV VÄLFÄRDSTJÄNSTER, OCH OM SÅ INTE ÄR FALLET – HUR SKULLE RÄTTSSKYDDET KUNNA FÖRBÄTTRAS?.....	41
5.1	Inledning.....	41
5.2	Ett tillfredsställande skydd? .....	41
5.3	En egen kontraktstyp .....	42
5.4	Kontraktstypens utformning.....	45
5.4.1	Inledning.....	45
5.4.2	Skadestånd.....	45
5.4.3	Hävning, prisavdrag, avhjälpande, fullgörelse .....	47
5.5	Förändringar i lagstiftningen.....	47
5.5.1	Ett i lag fastställt rättsskydd.....	47
5.5.2	Ett rättsskydd utanför avtalet .....	48
5.5.3	Ideellt skadestånd.....	48
5.5.4	Förbättrat skydd inom grundskolan .....	49
5.6	Avslutande synpunkter.....	50
6	KÄLLFÖRTECKNING.....	52
6.1	Offentligt tryck.....	52
6.1.1	Departementsserien .....	52
6.1.2	Utredningar .....	52
6.1.3	Propositioner .....	52

6.1.4 Utskottsbetänkande.....	52
6.1.5 Riksdagsskrivelser .....	52
6.1.6 Övrigt offentligt tryck.....	52
6.2 Motioner.....	52
6.3 Litteratur.....	52
6.4 Elektroniska källor .....	54
6.5 Rättsfallsregister .....	54

## Förkortningar

Bet.	Utskottsbetänkande
Ds	Departementsserien
HD	Högsta domstolen
HSL	Hälso- och sjukvårdslagen
JT	Juridisk tidskrift
KköpL	Konsumentköplagen
KtjL	Konsumenttjänstlagen
KöpL	Köplagen
LOU	Lagen om offentlig upphandling
LOV	Lagen om valfrihetssystem
LSS	Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
Prop.	Proposition
Rskr.	Riksdagsskrivelse
SkL	Skadeståndslagen
Skoll	Skollagen
SoL	Socialtjänstlagen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	svensk Juristtidning

# 1 Inledning

## 1.1 Introduktion till ämnet

Vad har du för rättigheter och skydd om din tid för operation skjuts upp? Eller om ditt barns skola har allvarliga brister i undervisningen? Och måste du betala avgiften för barnomsorg om förskolan inte håller öppet?

Dessa funderingar kan omformuleras till en mer teoretisk fråga som lyder enligt följande; I vilken mån är det möjligt att tillämpa ett civilrättsligt konsumentskydd på offentligt finansierade tjänster när dessa inte lever upp till vad som kan förväntas?

I kölvattnet av de brister inom sjuk- och äldreården som media rapporterat om de senaste åren finns det anledning att fråga vilka möjligheter det finns till skydd i form av civilrättsliga sanktioner. Ämnet kan dock tyckas kontroversiellt då det innefattar två olika rättsområden som inte hålls isär, och därmed inte följer den klassiska uppdelningen mellan civilrätt och offentlig rätt. Men att till viss del lösgöra sig från denna tradition kan ha fördelar på så vis att civilrättslig skyddslagstiftning kan få tillåtas att inverka på områden inom offentlig rätt, med följderna att den enskildes position kan stärkas i förhållande till det allmänna.<sup>1</sup>

Idag är det vid offentligt finansierade tjänster till stor del oklart om brukaren kan föra civilrättslig talan när det finns brister i prestationen, eller om den enskilde istället får nöja sig med de offentlighetsrättsliga sanktioner som finns att tillgå, såsom överklagande av beslut, och skadestånd vid fel eller försummelse vid myndighetsutövning.<sup>2</sup> Av rättspraxis framgår att civilrättsliga normer i viss omfattning är tillämpliga på offentliga tjänster, men de exakta gränserna är inte klarlagda.<sup>3</sup> Vidare är det oklart i vilken utsträckning det är möjligt att se rättsförhållandet mellan brukaren och det allmänna som ett avtal, och därmed medföra ett visst skydd och vissa möjligheter för den enskilde vid dröjsmål eller fel i tjänsten.

## 1.2 Bakgrund

Sedan flera år tillbaka har en diskussion förts gällande möjligheten att lagstifta om ett utökat rättsskydd vid offentliga tjänster, för att ge konkurrensneutralitet i förhållande till privata tjänster. Mellan 2004 och 2006 framfördes ett antal motioner till riksdagen angående konsumenträtt inom offentligt finansierad verksamhet. Bland annat påtalades att det konsumentskydd som råder inom civilrätten - exempelvis vid köp av livsmedel, semesterresor eller kläder - inte gäller inom utbildning, sjukvården, äldreboende eller barnomsorgen; trots att möjligheten att hävda sin rätt är minst lika viktig där. Vidare framfördes att när brukaren av en offentligt finansierad tjänst har rätt att hävda vissa utlovade villkor, skulle det vara ett sätt att se till att denne har en viss ställning som konsument även inom denna verksamhet.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Jfr Björkdahl i JT 2004-05 s. 249.

<sup>2</sup> Jfr Ds 2008:55 s. 120.

<sup>3</sup> Se NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642.

<sup>4</sup> Motion 2004/05:L336; motion 2005/06:L22.

För att stärka den enskildes ställning vid offentligt finansierade tjänster, samt av konkurrensneutralitetsskäl, tillkännagav riksdagen för regeringen under våren 2005 och sommaren 2006 att en översyn av lagstiftningen borde göras.<sup>5</sup> I departementspromemorian Konsumenttjänster m.m.<sup>6</sup> lät regeringen utreda frågan, och kom då fram till ett förslag om en ny utformning av konsumenttjänstlagen (1985:716, KtjL), där lagen även skulle vara tillämplig på vissa offentligt finansierade tjänster. Förslaget utsattes dock för kritik av ett flertal remissinstanser som istället ansåg det bättre att göra ändringar i relevant speciallagstiftning för respektive offentligt finansierad tjänst. Regeringen instämde och tillkännagav i en proposition under hösten 2011<sup>7</sup> att departementspromemorian inte skulle läggas till grund för lagstiftning. Dock meddelades att regeringen avser fortsätta "att bevaka att den enskilde får ett ändamålsenligt skydd och erbjuds de rättigheter som behövs."<sup>8</sup>

Fortfarande är rättsläget vid offentligt finansierade tjänster till stor del oklart gällande den enskildes civilrättsliga skydd i relationer med det allmänna. De offentlighetsrättsliga regler som råder ger ett till viss del otillräckligt skydd.<sup>9</sup> Ur konsumenthänsyn finns därför behov av att behandla ämnet. I NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642 gjorde emellertid HD bedömningen att civilrättsliga regler var tillämpliga vid en offentligt finansierad tjänst. Dessa rättsfall behandlas mer ingående nedan (avsnitt 3.4).

### 1.3 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att, ur ett konsumenträttsligt perspektiv, undersöka och analysera dels i vilken mån ett civilrättsligt konsumentskydd kan anläggas på offentligt finansierade välfärdstjänster, och dels huruvida detta rättsläge innebär ett tillfredsställande skydd för brukaren, samt om så inte är fallet ge förslag på hur den enskildes rättsskydd i dessa förhållanden kan stärkas genom att föra ett resonemang kring hur gällande rätt borde vara.

De frågor som därmed behöver besvaras är följande:

- Är det möjligt att *i någon mån* tillämpa ett civilrättsligt konsumentskydd vid offentligt finansierade välfärdstjänster?

Om svaret är ja:

- *I vilken utsträckning* är det möjligt att tillämpa ett civilrättsligt konsumentskydd vid offentligt finansierade välfärdstjänster?

Samt:

- Ger förevarande rättsläge ett tillfredsställande rättsskydd för brukare av offentligt finansierade välfärdstjänster, och om så inte är fallet – hur skulle rättsskyddet kunna förbättras?

---

<sup>5</sup> Bet. 2004/05:LU8, rskr. 2004/05:155; bet. 2005/06:LU33m, rskr. 2005/06:377.

<sup>6</sup> Ds 2009:13.

<sup>7</sup> Prop. 2011/12:28.

<sup>8</sup> Prop. 2011/12:28 s. 19 f.

<sup>9</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 9 och s. 15.



Tanken är att denna uppsats ska vara läsvärd både för praktiskt verksamma jurister och för rättsvetare, genom att anföra nya möjliga perspektiv gällande rättsskyddet för brukaren av offentliga välfärdstjänster.

#### 1.4 Avgränsningar och terminologi

De offentliga tjänster som behandlas i denna uppsats är sjukvård, förskoleverksamhet, äldreomsorg och skola. Med skola innefattas förskoleklass, grundskola och gymnasieskola. Dessa fyra typer av tjänster benämns gemensamt som *offentligt finansierade välfärdstjänster*.

Tjänsterna innefattar till viss del *myndighetsutövning*, men det är framförallt den del av tjänsten som inte räknas som myndighetsutövning som blir relevant vid anläggandet av ett civilrättsligt synsätt. Kontraktsrättsliga regler passar inte för de delar av en tjänst som utgör myndighetsutövning eftersom det då snarare handlar om det allmännas maktbefogenhet. Därför berör denna uppsats främst de möjligheter som finns till civilrättsligt skydd vid själva utövandet av tjänsten, som inte anses utgöra myndighetsutövning.<sup>10</sup> Dessutom finns vid myndighetsutövning redan en form av skydd för de enskilda i 3 kap 2 § skadeståndslagen (1972:207, SkL), gällande skadestånd för person- och sakskada samt ren förmögenhetsskada som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning, vilket gör att frågan om ansvar sällan behöver diskuteras på annan grund.

En annan avgränsning som gjorts är att endast skyddet för *den enskilde*, dvs. *brukaren* av tjänsterna berörs, med anledning av konsumentperspektivet. Utförarens, huvudmäns och det allmännas eventuella skydd och rättigheter i rättsförhållandet berörs därför inte. Den situation som behandlas är således när det allmänna åsidosätter sina förpliktelser och utfästelser gentemot brukarna vid utövandet av de tjänster som ovan nämnts, och den möjlighet till civilrättsligt skydd som då finns.

Den form av *civilrättsligt rättsskydd* som berörs är delar som torde vara av störst intresse för brukarna vid fel eller dröjsmål i de offentligt finansierade välfärdstjänsterna, dvs. skadestånd, prisavdrag, hävning, samt krav på fullgörelse och avhjälpande, beroende på vad som passar för respektive tjänst. Vad gäller skadestånd berörs inte möjligheten till sakskada, i och med att denna typ av skada vanligtvis inte uppkommer vid utförandet av välfärdstjänsterna. Desto vanligare är det att brukaren råkar ut för ren förmögenhetsskada, personskada, samt olika former av ideell skada utan samband med personskada. Dessa typer av skadeståndsanspråk berörs därför i uppsatsen.

Den aspekt av problematiken som förevarande uppsats berör är till största delen en *konsumenträttslig* sådan. Skyddsintresset är därmed i fokus. Till viss del finns även konkurrensaspekter med, dock i liten utsträckning. Processrättsliga aspekter av problemen berörs däremot inte. Det förutsätts att talan om civilrättsliga påföljder i dessa sammanhang kan föras vid allmän domstol. Inte heller behandlas ekonomiska perspektiv. De förslag på hur gällande rätt borde vara på området i uppsatsens slutdel genomgår således inte en fullständig analys gällande följderna utifrån samtliga

---

<sup>10</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 211 f; se Madell, Det allmänna som avtalspart s. 281 ff.

perspektiv som kan vara relevanta att ta hänsyn till, utan endast ur ett konsumenträttsligt sådant, av utrymmesskäl.

Eftersom den problematik som uppsatsen berör till en så stor del beror på rättsliga omständigheter som råder specifikt för Sveriges del är det inte av större intresse att göra komparativa studier av andra länders rättssystem.<sup>11</sup> Det skulle vara alldeles för tidskonsumerande att försöka finna ett annat land där samma typ av problematik gör sig gällande, i och med att det krävs ingående kunskaper om detta lands offentliga verksamhet samt civilrättsliga lagar och normer innan en jämförelse skulle få något värde. Uppsatsen innehåller endast ett kortare avsnitt där en jämförelse görs mellan hur synen på förhållandet inom hälso- och sjukvården kan se ut olika länder (avsnitt 4.12.3). Avsnittet är tänkt att närmast visa på att offentliga tjänster i vissa länder sätts in i ett civilrättsligt sammanhang och måste ges ett begränsat värde i och med att övriga rättsliga omständigheter i dessa länder inte behandlas, såsom vilket rättsskydd den enskilde har i offentligrättslig lagstiftning, eller vilka utomkontraktuella möjligheter det finns till skadestånd.

## 1.5 Metod och material

Jag använder mig av traditionell juridisk metod vid framställandet av denna uppsats två första frågeställningar. Genom en systematisering, tolkning och analys av det rättsliga källmaterialet undersöks vilka möjligheter det finns att tillämpa civilrättsliga normer vid utövandet av offentliga välfärdstjänster.

En tillämpning av de traditionella rättskällorna är dock problematisk på flera sätt vid behandlingen av ämnet för uppsatsen. Det saknas ofta uttryckliga *lagregler* eftersom undersökningsområdet befinner sig i gränslandet mellan civilrätt och offentlig rätt. Den offentligrättsliga lagstiftning som behandlar välfärdstjänsterna innehåller sällan regler om vilket skydd brukaren har vid utövandet av dessa tjänster<sup>12</sup>. Vidare är det tydligt att den konsumentlagstiftning som finns för tjänster är dåligt anpassad till tjänster av offentlig karaktär, bl.a. eftersom offentligt finansierade välfärdstjänster framförallt går ut på att visa omsorg och inte att prestera ett visst resultat.<sup>13</sup> Därför kan analogier svårligen göras på flera områden. Sammanfattningsvis kan det därför konstateras att lagtexten inte är anpassad för denna typ av rättsliga frågor. Vad gäller *praxis* behandlar enbart ett fåtal rättsfall problemområdet vilket gör att endast lite hjälp går att finna i prejudikat, och allmänna principer är svåra att utläsa. Ämnet tas vidare inte upp i någon större utsträckning varken i *motiven* till relevanta offentligrättsliga författningar eller i motiven till civilrättsliga lagar. De departementspromemorior som tar upp problematiken kommer inte ligga till grund för framtida lagstiftning, vilket gör att man från flera håll kan anse de få en minskad betydelse. Slutligen har ämnet inte varit föremål för en djupare analys i någon större utsträckning inom *litteraturen*. Denna brist

---

<sup>11</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 20.

<sup>12</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 218.

<sup>13</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 53; jfr Ds 2009:13 s. 218.

medför att, vid flertalet situationer där osäkerhet råder om vilket skydd som är möjligt, det sällan finns flera tolkningar av rättsläget att jämföra med varandra.

Trots dessa brister är ovanstående rättskällor användbara i arbetet, om än i olika grad. Civilrättslig *lagstiftning* används i syfte att undersöka vilka delar som är relevanta och tillämpbara analogvis vid offentligt finansierade tjänster. En översyn av relevant offentligrättslig lagstiftning på området behövs för att få klarhet i vilket nuvarande skydd som råder för den enskilde och var skydd saknas, samt för att få vetskap om den särskilda form av tjänsteutövning som dessa tjänster utgör. Dessutom används offentligrättslig lagstiftning på området för att kunna undersöka vilka delar som kan vara möjliga att angripa civilrättsligt, för det fall tjänsten inte lever upp till vad som där stadgas. Vidare finns i *förarbeten* viss information som analyseras för att få fram lagstiftarens syn på civilrättsliga sanktioners tillämpbarhet vid offentligt finansierade tjänster. Ledning för hur man kan behandla den problematik som uppsatsen berör finns att tillgå i departementspromemoriorna gällande en utvidgning av KtjL, som kan vara av intresse trots att förslagen inte kommer genomföras. Det finns till viss del *litteratur* som berör ämnet, eller i vart fall närliggande ämnen. En nyare bok som behandlar civilrättsliga aspekter på offentliga förhållanden är Bengtssons *Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv*. Boken har främst möjligheten till lagstiftning på området som perspektiv på ämnet. I övrigt har frågorna inte berörts i någon större utsträckning i litteraturen. Däremot finns mer skrivet om närliggande problem, såsom vad som kan antas gälla i icke-reglerade avtalsförhållanden gällande bl.a. skadeståndsfrågan, eller mer allmänt om offentliga och privata intressen. Närliggande situationer behandlas också i Björkdahls artikel i JT angående hyresrättens inverkan vid LSS-boende. De *rättsfall* som berör ämnet studeras, inte minst som en utgångspunkt i arbetet med att utröna om ett civilrättsligt konsumentskydd är tillämpligt vid offentligt finansierade tjänster, samt i vilken utsträckning. Vidare används vissa kontraktsrättsliga och skadeståndsrättsliga *principer* av intresse för uppsatsens ämne, för att undersöka och analysera deras tillämpbarhet vid offentligt finansierade tjänster. Jag sätter även offentligrättsliga principer och utgångspunkter mot de civilrättsliga, för att kunna undersöka deras förenlighet med varandra samt belysa skillnader.

Vid besvarandet av den andra frågeställningen berörs även vilken inställning som råder i frågan om möjligheten för enskilda att åberopa civilrättsliga sanktioner hos det allmänna, dvs. kommuner, landsting och myndigheter, och även hos de privata företag som utför de offentliga välfärdstjänsterna. Därmed berörs hur de aktörer i samhället som utför tjänsterna ser på en användning av påföljder från medborgarnas sida. Det handlar således om vilket reellt skydd som finns för brukaren på området. Tanken är att detta leder till en ökad förståelse över de faktiska förhållanden som råder och därigenom bidra till analysen.

Den tredje frågeställningen utgör en analys över de problem som uppstår efter vad som framkommit vid besvarandet av de två förgående frågeställningarna. Därefter använder jag mig av ett resonemang de *sententia ferenda* och de *lege ferenda*, dvs. argumenterar för vad som *borde* vara gällande rätt. En diskussion förs kring hur förhållandet mellan brukaren och det allmänna borde vara utformat, med stöd av

förarbetsmaterial och vad som har kunnat konstateras vid besvarandet av de två förgående frågeställningarna. Genom att visa på de samband som finns mellan avtalsrätten och rättsförhållandet inom välfärdstjänsterna i form av gemensamma drag, utkristaliseras vilka principer som bör gälla för att förbättra rättsskyddet för brukaren. Därefter behandlas även problem som trots ett avtalsförhållande inte avhjälpas; också här genom att argumentera de lege ferenda.

Genom hela uppsatsen tillämpas framförallt ett konsumentpolitiskt perspektiv där fokus ligger på vilka möjligheter det finns till konsumentskydd för brukaren av offentligt finansierade välfärdstjänster, genom att använda det civilrättsliga konsumentskyddet som inspiration.

## 1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en beskrivning av ett antal grundläggande utgångspunkter och problemområden som behövs för att ta avstamp ifrån (kapitel 2). Därefter sker en indelning i tre delar utefter de frågeställningar som arbetet tar upp (kapitel 3,4,5). Upplägget blir härigenom en trestegsmodell där kapitel 3 behandlar möjligheten att överhuvudtaget tillämpa ett civilrättsligt konsumentskydd vid de offentligt finansierade tjänsterna, för att sedan i kapitel 4 analysera mer ingående i vilken utsträckning en sådan tillämpning är möjlig. Kapitlet innehåller inledningsvis delar som berör de olika välfärdstjänsterna gemensamt, och tar sedan upp omständigheter som gäller mer specifikt för respektive tjänst var för sig. Slutligen behandlar uppsatsens 5:e kapitel den problematik som jag anser uppkommer för brukarna, efter vad som tidigare har konstaterats i kapitel 3 och 4, samt innehåller en analys kring hur denna problematik enligt mig skulle kunna minska genom en diskussion kring hur gällande rätt borde vara.

## 2 Allmänna utgångspunkter

### 2.1 Inledning

Detta kapitel tar upp ett antal allmänna utgångspunkter av relevans för den fortsatta framställningen. Avsnitt 2.2 förklarar varför det finns ett behov av ett konsumentliknande rättsskydd vid brukandet av välfärdstjänster. Därefter tas i avsnitt 2.3 upp de möjligheter som finns till skadestånd för enskilda genom SkL vid offentligt finansierade välfärdstjänster. Slutligen behandlar avsnitt 2.4 den problematik som uppkommer i ansvarsfördelningen i och med att det även finns privata utförare av de offentligt finansierade välfärdstjänsterna.

### 2.2 Behovet av ett civilrättsligt konsumentskydd

Dagens välfärdstjänster liknar idag till viss del en traditionell konsumentmarknad i och med den valfrihet som finns. Det är möjligt att välja mellan konkurrerande utförare av tjänsterna inom förskola, förskoleklass, grundskola, gymnasieskola samt då lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) blir tillämplig inom hälso- och sjukvård och äldreomsorg.<sup>14</sup> Trots detta saknas på ett antal områden ett rättsskydd för den enskilde som däremot finns på den traditionella konsumentmarknaden, i form av regler om påföljd vid dröjsmål eller fel i tjänsterna.<sup>15</sup>

I förhållandet mellan näringsidkare och konsument finns ett antagande om att privatpersonen i denna relation har en svagare ställning och därför behöver skydd i form av möjligheter att hävda sin rätt mot företaget. Motiveringar som har anförts för ett sådant behov av skydd verkar kunna göras gällande även i relationen mellan en brukare och det allmänna vid utövandet av välfärdstjänster. I likhet med näringsidkaren har det allmänna ett kunskapsövertag, och precis som i relationen med en näringsidkare får fel och dröjsmål i prestationen en större inverkan på privatpersonen än på det allmänna sida. De ändamål som ligger bakom utformandet av konsumentlagstiftning såsom KtjL gör sig således gällande även vid de offentliga välfärdstjänsterna.<sup>16</sup>

Dessa likheter som förhållandet mellan brukare och det allmänna påvisar med förhållandet mellan en konsument och näringsidkare talar för en möjlighet att använda konsumenträttsliga tankegångar även för en brukare inom välfärdstjänster.

De offentligt finansierade välfärdstjänsterna utgör en viktig funktion för samhällsmedborgarna, vilket talar för att ett behov av rättsskydd ter sig lika viktig här som på den traditionella konsumentmarknaden.

### 2.3 Möjligheten till skadestånd enligt skadeståndslagen

En viktig sanktion för enskilda är möjligheten att få skadestånd. I vissa sammanhang finns en sådan möjlighet genom SkL vid brister i välfärdstjänsterna. Enligt 3 kap. 2 § SkL ska det allmänna ersätta person- och sakskada samt ren förmögenhetsskada vid fel eller

---

<sup>14</sup> Jfr SOU 2012:43 s. 147 ff.

<sup>15</sup> Ds 2009:13 s. 218.

<sup>16</sup> Jfr Johansson, Konsumenttjänstlagen: en kommentar s. 36 ff. (avsnitt 0.3).

försummelse i myndighetsutövning. Det krävs således inte vid myndighetsutövning att brott har begåtts för att ansvar för ren förmögenhetsskada ska föreligga (jämför 2 kap. 2 § SkL.) Det allmänna svarar även för privata företag och andra självständiga medhjälpare som utövar myndighetsutövning, vilket anses framkomma av paragrafens formulering ”i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar”.<sup>17</sup> Enligt 3 kap. 3 § SkL ska det allmänna ersätta ren förmögenhetsskada som vållats genom att en myndighet lämnat felaktig information; dock måste det finnas särskilda skäl.

Det finns emellertid en mängd situationer inom välfärdstjänsterna som dessa två stadganden inte täcker in; en stor del av handlandet berör delar som inte räknas som varken information eller myndighetsutövning.<sup>18</sup> Möjligheten att få skadestånd enligt SkL för ren förmögenhetsskada kan därför sägas vara begränsad.<sup>19</sup> När det allmänna driver verksamhet på liknande sätt som enskilda gäller ett skadeståndsansvar för anställda enligt 3 kap. 1 § SkL, och därmed krävs i regel brott för ansvar för ren förmögenhetsskada.<sup>20</sup> Det rättsliga läge som råder för de situationer som inte täcks in av 3 kap. 2 och 3 §§ SkL är oklart.<sup>21</sup>

Om en brukare av en offentligt finansierad tjänst råkar ut för person- eller sakskada finns möjlighet till skadestånd med hjälp av allmänna utomobligatoriska regler enligt 2 kap. 1 § och 3 kap. 1 § SkL. Det spelar således ingen roll om ett avtalsrättsligt eller avtalsliknande förhållande föreligger eller ej med den som vållar skadan. Enligt den så kallade allmänna culparegeln i 2 kap. 1 § SkL gäller att den som vållar person- eller sakskada uppsåtligen eller av vårdslöshet har att ersätta skadan.<sup>22</sup> I 3 kap. 1 § SkL framkommer det så kallade principalansvaret, som innebär att en arbetsgivare svarar för person- och sakskada som dennes arbetstagare vållar i tjänsten.<sup>23</sup>

Det finns även ett skadeståndsansvar för det allmänna vid en allvarlig kränkning i myndighetsutövning enligt 3 kap. 2 § 2 p. SkL. Här krävs emellertid en begränsning i form av krav på brottslig handling för ansvar.

## 2.4 Det allmännas ansvar för självständiga medhjälparens vållande

Vid de offentligt finansierade välfärdstjänsterna finns förutom offentliga också privata aktörer som utför tjänsten ifråga. Med anledning därav uppkommer frågan dels vem som är den enskildes motpart, och dels vem som är ansvarig för det fall brister i tjänsten konstateras; är det den privata utföraren eller det allmänna, eller kanske båda dessa samtidigt?

Enligt 3 kap. 2 § SkL ska det allmänna ersätta skada som vid myndighetsutövning vållas genom fel eller försummelse i verksamhet för vars fullgörande det allmänna

---

<sup>17</sup> Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen: en kommentar s. 101 (avsnitt 3:2.1) och s. 123 ff. (avsnitt 3:2.6).

<sup>18</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 32; jfr Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen: en kommentar s. 107 ff. (avsnitt 3:2.3).

<sup>19</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 32.

<sup>20</sup> Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen: en kommentar s. 107 (avsnitt 3:2.3).

<sup>21</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 32.

<sup>22</sup> Bengtson m.fl., Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden s. 21.

<sup>23</sup> Bengtson m.fl., Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden s. 24.

svarar. Denna bestämmelse inbegriper även ett ansvar för självständiga medhjälpare som anlitas vid offentligt finansierade tjänster vid myndighetsutövning. Tanken är att det allmänna inte ska kunna undgå ansvar genom att delegera uppgifterna till annan, och blir därför ansvarigt för fel och försummelse som enskilda företag orsakar i myndighetsutövningen. I många fall är det möjligt för den enskilde att dessutom utkräva ansvar från det enskilda företaget i och med att syftet med regeln inte var att skydda privata utförare från ansvar. När företaget blir solidariskt ansvarigt tillsammans med det allmänna finns en möjlighet att föra regresstalan mot den privata utföraren i och med att det är där vållandet har orsakats.<sup>24</sup>

Vad som gäller när det inte handlar om myndighetsutövning är dock oklart. I *utomobligatoriska* förhållanden gäller som utgångspunkt att uppdragsgivaren inte ansvarar för självständiga medhjälparens vållande, annat än i vissa fall när medhjälparen utför uppgifter som ska förebygga allvarlig skada. Inom ett *kontraktsförhållande* är däremot huvudregeln att ansvar för medhjälparens vållande föreligger för uppdragsgivaren, eventuellt med undantag för situationer då skadan inte har tillräckligt samband med vad som utlovats gentemot medkontrahenten.<sup>25</sup> Vad gäller offentligt finansierade tjänster är det oklart om ett ansvar för självständig medhjälparens vållande kan åberopas när det inte handlar om myndighetsutövning. Enligt Bengtsson kan det då vara svårare att få det allmänna ansvarigt.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen: en kommentar s. 123 ff. (avsnitt 3:2.6).

<sup>25</sup> Bengtsson m.fl., Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden s. 25; Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 68; Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen: en kommentar s. 91 ff. (avsnitt 3:1.4).

<sup>26</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 68 och s. 185.

## 3 Är det möjligt att tillämpa ett civilrättslig konsumentskydd vid välfärdstjänster?

### 3.1 Inledning

I detta kapitel behandlas möjligheten att över huvud taget sammanblanda civilrätt och offentlig rätt. Avsnitt 3.2 berör offentligrättens och civilrättens motsättningar, medan avsnitt 3.3 berör de problem som finns med att tillämpa civilrättsliga konsumentnormer vid offentliga tjänster. De två rättsfall från HD där civilrättsliga normer användes i ett offentligrättsligt sammanhang redogörs för i avsnitt 3.4.

### 3.2 En historisk uppdelning mellan offentlig rätt och civilrätt

Uppdelningen mellan offentlig rätt och civilrätt inom juridiken har gjorts sedan en lång tid tillbaka. Det finns en risk att motsättningar uppstår mellan dessa två regelverk, och deras vitt skilda teorier, i det fall avtalskonstruktioner tillämpas på det offentliga området. Grundläggande skillnader råder mellan dessa system; den offentliga rätten bygger på kollektivism i form av ordning och effektivitet, medan civilrätten istället bygger på individualism i form av frihet och säkerhet. Dessa motsättningar orsakas bl.a. av konflikten mellan civilrättens avtalsautonomi och marknadsekonomiska teorier samt det allmännas ensidiga beslutsrätt i form av myndighetsutövning och normgivningsrätt.<sup>27</sup>

Denna uppdelning mellan regelverken medför att det finns en risk att hamna i ett rättsligt gränsland när någon form av sammanblandning sker. Det kan dock vara så att gränsdragningen mellan olika rättsområden på sikt ändras i takt med att samhället förändras. Sedan lång tid tillbaka har sådana tendenser funnits vad gäller offentligrätten och civilrätten, som går i riktning mot en sammanflätning.<sup>28</sup>

### 3.3 Problem med att tillämpa civilrättsliga normer

Mycket talar för att det är svårt att tillämpa ett civilrättsligt konsumentskydd vid de offentligt finansierade välfärdstjänsterna. I relationen mellan enskild och näringsidkare råder konsumenthänsyn med ett skydd för den enskilde konsumenten i och med näringsidkarens ekonomiska intressen. Offentligrättslig verksamhet har traditionellt sett snarare ansetts vara styrd av allmänna hänsyn, där en avsikt att säkerställa den enskildes behov av skydd finns inbegripet.<sup>29</sup> De offentliga tjänsterna är inte den situation som konsumenträttslig lagstiftning typiskt sett tar sikte på och därmed är reglerna inte sällan dåligt anpassade för den typen av tjänster. Det kan därigenom tyckas vara naturligt att offentligt finansierade tjänster inte omfattas av detta regelsystem.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Madell, Det allmänna som avtalspart s. 19.

<sup>28</sup> Madell, Det allmänna som avtalspart s. 19.

<sup>29</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 29.

<sup>30</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 29 och s. 39.



Det är därför många gånger svårt att tillämpa KtjL analogvis, med anledning av de offentliga tjänsternas särdrag.<sup>31</sup> Till skillnad från vad som gäller för KtjL utgör de offentligt finansierade välfärdstjänsterna i regel inte tjänster avseende fysiska föremål, vilket gör att det inte på samma sätt går att hålla utföraren ansvarig för resultatet, t.ex. att en elev klarar ett prov eller att en patient blir frisk.<sup>32</sup> Vidare är det vid många offentligt finansierade tjänster osäkert om förhållandet kan anses vara tillräckligt kontraktstliknande för att möjliggöra en analogvis tillämpning av lagen.<sup>33</sup>

Osäkerheten kring huruvida tjänsterna är tillräckligt kontraktstliknande försvårar även möjligheten att tillämpa allmänna kontraktsrättsliga principer. Likaså kan det vara problematiskt att hämta ledning från dessa principer eftersom riktlinjerna för bedömningen ofta är svaga och bygger på mer renodlat affärsmässiga avtalstyper.<sup>34</sup>

Det föreligger åsikter från flera håll om att en lagstiftning krävs för att civilrättsliga tankegångar ska kunna vara möjliga att tillämpa vid offentligt finansierade tjänster.<sup>35</sup> Med ett sådant synsätt torde det inte finnas stort utrymme för att anse det finnas en möjlighet till ett civilrättsligt konsumentskydd enligt rådande rättsläge.

### 3.4 Vägledande rättsfall

#### 3.4.1 NJA 1998 s. 656 (I)

Det finns viss praxis på området som talar i en annan riktning än den som ovan redogjorts för. I NJA 1998 s. 656 (I) ville en vårdnadshavare få återbetalat kommunal avgift för barnomsorg på grund av förekomst av hälsofarligt mögel i lokalen. Frågor som uppkom var om allmän domstol var behörig att pröva tvist om återbetalning av dessa avgifter, och om ett ömsesidigt förpliktande avtal förelåg mellan parterna. HD ansåg att tilldelning av barnomsorgsplats och beslut om taxan för kommunens barnomsorg utgjorde myndighetsutövning inom offentlig förvaltning. Dessa delar ansågs inte kunna bli föremål för avtal mellan parterna.

Vidare framhölls att när vårdnadshavare accepterar en av kommunen erbjuden barnomsorgsplats är vårdnadshavaren skyldig att betala avgift enligt gällande taxa, mot att kommunen tillhandahåller barnomsorgsplatsen. För att få ut en icke betald avgift måste kommunen få fram en exekutionstitel. Vid en tvist om betalningsskyldigheten bör vårdnadshavare kunna invända att barnomsorgsplatsen inte tillhandahållits; förutom att denne kan hävda att avgiften har betalats eller inte har förfallit till betalning. Kommunen kan även besluta att utestänga barnet från barnomsorgsplatsen om betalning uteblir. En sådan åtgärd, menade HD, kan vara att se som en civilrättslig åtgärd. Av detta sammantaget följer enligt HD att ett ömsesidigt förpliktande

---

<sup>31</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 39.

<sup>32</sup> Jfr SOU 1979:36 s. 109.

<sup>33</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 46.

<sup>34</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 39.

<sup>35</sup> Jfr bl.a. Johansson, Konsumenttjänstlagen: en kommentar s. 93; Ds 2009:13 s. 209 ff. som talar om en *utvidgning* av KtjL till det offentlighetsrättsliga området; Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 187 ff.

avtalsförhållande mellan parterna uppkommer när en barnomsorgsplats väl tas i anspråk.

Målet ansågs ha offentlighetsrättsliga inslag, då det är den statliga tillsynsverksamheten som ska övervaka kvalitetsnivån och då tillhandahållandet av barnomsorg är en kommunal skyldighet. Emellertid ansågs rättsförhållandet ha så starka privaträttsliga inslag att det förelåg ett ömsesidigt förpliktande avtal. Vid dessa förhållanden ansågs även allmän domstol behörig att pröva tvisten.

### **3.4.2 NJA 2008 s. 642**

Ytterligare ett rättsfall behandlar ämnet; NJA 2008 s. 642. Fallet gällde en vårdnadshavares skyldighet att betala barnomsorgsavgift för en period på tolv dagar då kommunen inte kunnat tillhandahålla en plats på familjedaghem. Personalen på familjedaghemmet hade varit uttagen i strejk och vårdnadshavaren hade därför inte betalat avgiften för motsvarande tidsperiod. Domskälen formulerades av föredraganden. Där konstaterades att avgift för barnomsorg definieras som frivilliga offentlighetsrättsliga avgifter. Tjänsten är frivillig till skillnad från exempelvis renhållningstjänster där tillhandahållandet och avgiftsuttag är ofrånkomligt.

Rättsfallet RÅ 1982 2:62 togs upp. Där behandlades frågan huruvida en kommun haft rätt att stänga av ett barn från daghemsplats på grund av underlåtenhet att erlagga avgift. Regeringsrätten uttalade i det rättsfallet att en vårdnadshavare får anses ha förbundit sig att betala avgift enligt gällande taxa i och med att denne tar en förskoleplats i anspråk. Beslutet om avstängning var inte att se som ett offentlighetsrättsligt ingripande. Istället var det att uppfatta som en civilrättslig åtgärd - kommunen tillhandahåller inte daghemsplatsen så länge vårdnadshavaren inte fullgör de förpliktelser denne får anses ha åtagit sig i samband med anspråktagandet av daghemsplatsen.

I förevarande rättsfall hävdade kommunen att vissa förändringar skett sedan NJA 1998 s. 656 (I); den statliga styrningen har ökat och en maxtaxa har införts. Detta menade kommunen innebar att kommunernas skyldigheter hade utökats, medan möjligheterna att styra finansieringen hade minskat för kommunerna. Förändringarna var dock inte att anse som så pass ingripande att den uppfattning som rättsfallet från 1998 gav uttryck för skulle anses ha ändrats. Således skulle uppfattningen att rättsförhållandet principiellt hade karaktären av ett ömsesidigt förpliktande avtal kvarstå. Dock angavs att rättsförhållandets offentlighetsrättsliga prägel måste beaktas när innehållet i parternas förpliktelser bestäms i ett avtalsförhållande såsom det aktuella i rättsfallet. De offentlighetsrättsliga inslagen bör ges utslag i de avseenden där de har betydelse för den aktuella förpliktelsen.

Enligt en grundläggande avtalsrättslig princip är den som inte erhåller en avtalad prestation inte heller skyldig att betala för denna. Frågan i fallet var om de offentlighetsrättsliga inslagen i det aktuella avtalsförhållandet vägde så tungt att principen inte gällde fullt ut.

För att få tillgång till frivillig barnomsorg krävdes att avtal om barnomsorg ingicks och att avgift betalades till kommunen. Betalningsförpliktelsen kunde inte anses utgöra

ett offentligrättsligt inslag i avtalsförhållandet, utan var av civilrättslig natur. Däremot var bestämmandet av avgiftens storlek ett sådant offentligrättsligt inslag. Betalningsförpliktelsen borde därmed falla bort om kommunen inte tillhandahöll den avtalade tjänsten.

Genom att inte tillhandahålla barnomsorgsplats under den tid strejken varade ansågs kommunen ha misslyckats med att fullgöra sitt åtagande enligt avtalet. Att barnomsorgsavgiften var starkt subventionerad saknade betydelse både för frågan om betalningsskyldighet och för frågan om en del av avgiften skulle betalas efter att ha gjort en skälighetsbedömning.

### **3.4.3. Tolkning av praxis**

Rättsfallen visar att civilrättsliga grundsatser kan tillämpas i vissa avseenden trots att det finns en reglering eller subventionering av vederlaget, och trots att det finns en offentligrättslig styrning av verksamheten. Båda rättsfallen berör den grundläggande civilrättsliga principen om sambandet mellan prestation och vederlag. Av utgången i rättsfallen går det inte att utläsa att parternas förpliktelser i andra avseenden ska bedömas på samma sätt; varje situation får beaktas för sig. Däremot framkommer att rättsförhållandet vid offentliga tjänster åtminstone i vissa delar kan ha civilrättsliga inslag. Själva avtalsslutet omfattas dock i regel inte eftersom ett beviljande av tjänsten normalt sett utgör myndighetsutövning.<sup>36</sup> Inte heller omfattas det allmännas rätt att reglera vederlaget för tjänsten, såsom att bestämma en viss taxa, då även detta anses utgöra myndighetsutövning.<sup>37</sup>

## **3.5 Sammanfattning**

Det tycks finnas en hel del problem som försvårar tillämpningen av ett civilrättsligt konsumentskydd vid offentligt finansierade välfärdstjänster i och med de motsättningar som finns mellan de två regelverken. Trots detta förefaller det vara möjligt att förhållandet vid en offentlig tjänst i vissa fall har civilrättsliga inslag och utgör ett avtalsförhållande.

---

<sup>36</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 50.

<sup>37</sup> Ds 2009:13 s. 214 f.

## 4 I vilken utsträckning är det möjligt att tillämpa ett civilrättsligt konsumentskydd vid välfärdstjänster?

### 4.1 Inledning

Efter att genom ovanstående rättsfall ha kunnat konstatera att förhållandet mellan enskild och kommun kan vara av civilrättslig natur även om offentligrättslig lag är tillämplig, blir en relevant fråga att ställa huruvida detta gäller även för andra offentliga tjänster än förskoleverksamhet, och i vilka situationer det i sådana fall är möjligt och behövligt inom de olika tjänsterna. Vid en undersökning av i vad mån det är möjligt att tillämpa ett civilrättsligt konsumentskydd på offentligt finansierade tjänster handlar det framförallt om att pröva möjligheten att använda kontraktsrättsliga normer i relationen mellan brukaren och det allmänna.

Avsnitt 4.2 i detta kapitel behandlar lagstiftarens syn på möjligheten att analogisera från KtjL, med hjälp av motiven till lagen. Avsnitt 4.3 – 4.7 beskriver ett antal allmänna kontraktsrättsliga principer. Det undersöks i vilken utsträckning principerna är lämpade för offentligt finansierade tjänster, samt vad som kan anses krävas för att principen ska vara tillämplig. Därefter undersöks i avsnitt 4.8 de möjligheter som finns för enskilda till ideellt skadestånd vid brukandet av välfärdstjänsterna. Den eventuella betydelse som de benefika inslagen har på förhållandet mellan det allmänna och brukaren diskuteras i avsnitt 4.9. I avsnitt 4.10 behandlas relationen mellan avtalsrätten och socialrätten, av intresse för möjligheten att tillämpa avtalsrättsliga principer inom socialrätten. I avsnitt 4.11 – 4.13 behandlas var för sig de fyra välfärdstjänster som denna uppsats berör. De specifika omständigheter som råder för respektive tjänst beskrivs tillsammans med en undersökning och analys av möjligheten att tillämpa civilrättsliga påföljder. Slutligen fastställs i avsnitt 4.14 ett antal slutsatser efter vad som hittills framkommit.

### 4.2 Analogisering från konsumenttjänstlagen

Av motiven till KtjL framkommer att en analogisering från lagen är möjlig för andra tjänster än de som lagen omfattar. Det poängteras dock att det slutliga ställningstagandet får tas av rättstillämpning och doktrin.<sup>38</sup> I betänkandet till KtjL<sup>39</sup> beskrivs hur en analogisk tillämpning av lagen underlättas i och med målet att lagen ska ha karaktär av normalregler där en avvägning av parternas intressen gjorts. De tjänster som närmast kan komma i fråga för en analogisk tillämpning av KtjL förklaras vara bl.a. behandling av person och undervisning till den del det rör sig om verksamhet som bedrivs i civilrättsliga former. Det poängteras dock att en prövning måste göras för att avgöra om en specifik regel i lagen verkligen passar för avtalstypen i fråga.<sup>40</sup> Av detta följer att det knappast går att generellt sett fastställa att det för en viss avtalstyp alltid

---

<sup>38</sup> SOU 1979:36 s. 121.

<sup>39</sup> SOU 1979:36.

<sup>40</sup> SOU 1979:36 s. 109 och 121.

går att analogvis tillämpa KtjL:s regler.<sup>41</sup> I propositionen till KtjL<sup>42</sup> beskrivs att lagen till stor del bygger på vad som anses utgöra en generellt gällande oskriven rätt inom tjänsteområdet. Det framhålls att en analogi från KtjL ofta torde kunna göras vid partsförhållanden som inte omfattas av lagen i fråga.<sup>43</sup> Motiven till KtjL har inte i närmare utsträckning tagit upp möjligheten till analogier vid specifikt offentligt finansierade tjänster.

I utredningsarbetet gällande en utvidgning av KtjL<sup>44</sup> uttrycktes vissa skeptiska åsikter genom den kritik som framfördes av ett antal remissinstanser. Det ansågs att med tanke på de särdrag som de offentligt finansierade tjänsterna utgjorde, var det olämpligt att överföra KtjL:s regler till dessa rättsförhållanden, även om KtjL:s innehåll till viss del ändrades.<sup>45</sup> Kritiken handlar dock framförallt om en lagreglering, vilket innebär att inställningen kanske inte skulle vara lika negativ till en analogvis tillämpning av KtjL.<sup>46</sup>

### 4.3 Krav på utförande av tjänsten

En allmän kontraktsrättslig princip är möjligheten för part att vid dröjsmål kräva fullgörelse. Det krävs inte att culpa föreligger; istället är avtalsbrott det enda som förutsätts<sup>47</sup>. KtjL ger uttryck för principen i 28 §. Där stadgas att konsumenten får kräva ett utförande av tjänsten så länge det inte föreligger ett hinder som näringsidkaren inte kan övervinna, eller om utförandet skulle innebära kostnader eller olägenheter som är orimliga i förhållande till konsumentens intresse av att avtalet fullföljs.

De situationer då det skulle kunna vara av intresse för en brukare av offentligt finansierade välfärdstjänster att tillämpa denna princip är när tjänsten inte påbörjas eller utförs inom den tid som har utlovats och överenskommits.<sup>48</sup>

Enligt Bengtsson är det tveksamt om principen är möjlig att tillämpa på motsvarande sätt vid offentliga tjänster. Det torde åtminstone krävas att ett uttryckligt löfte om utförandet kan konstateras, vilket han menar ofta saknas för tjänsterna i fråga. Det kan troligtvis behövas ett formellt beslut om en viss prestation, eller något som liknar ett uttryckligt avtal för att kunna kräva ett utförande.<sup>49</sup>

Beslutet om en tjänst ska beviljas, t.ex. tilldelning av plats på förskola, utgör myndighetsutövning.<sup>50</sup> I NJA 1998 s. 656 (I) ansågs de delar av tjänsten som bestod av myndighetsutövning inte kunna utgöra avtal mellan parterna. Vidare var i NJA 1983 s.

---

<sup>41</sup> Johansson, Konsumenttjänstlagen: en kommentar s. 86.

<sup>42</sup> Prop. 1984/85:110.

<sup>43</sup> Prop. 1984/85:110 s. 142.

<sup>44</sup> Ds 2008:55 och Ds 2009:13.

<sup>45</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 14.

<sup>46</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 88.

<sup>47</sup> Hesser, Immateriella tjänster s. 66 not 265.

<sup>48</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 33 och s. 40 (3 kap. 15 § och 4 kap. 5 § i förslag till lag om ändring i konsumenttjänstlagen).

<sup>49</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 51 f.; jfr Madell, Det allmänna som avtalspart s. 509.

<sup>50</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 23.

680 allmän domstol inte behörig att fatta beslut om en kommuns skyldighet att utföra kommunal tjänst som utgjorde myndighetsutövning. Därmed är det troligtvis inte möjligt att kräva fullgörelse efter att en enskild nekats en tjänst av det allmänna.

#### 4.4 Avhjälpande av felaktig prestation

Möjligheten att kräva avhjälpande av felaktig prestation är en allmän kontraktsrättslig princip som kommer till uttryck i 20 § KtjL. Enligt detta stadgande kan det av näringsidkaren krävas ett avhjälpande av felet så länge det inte innebär kostnader eller olägenheter som är oskäligt stora i förhållande till felets betydelse för konsumenten.

Inte heller för krav på avhjälpande förutsätts vållande, utan förekomsten av ett avtalsbrott är tillräckligt.<sup>51</sup> Principen skulle kunna vara av intresse vid fel i samtliga av de fyra välfärdstjänsterna.<sup>52</sup> Det skulle t.ex. kunna handla om att vissa delar i vården av en äldre person inte utförs, eller att säkerheten på förskolan inte efterföljs.

Enligt Bengtsson torde det för att kunna tillämpa principen vid offentliga tjänster inte vara tillräckligt att förhållandet kan konstateras vara avtalsliknande. Möjligtvis kan en analog tillämpning av bestämmelsen vara möjlig ifall det kan konstateras att ett verkligt avtal föreligger, alternativt ett uttryckligt åtagande av det allmänna.<sup>53</sup>

#### 4.5 Hävning

Ytterligare en princip som kan antas vara av intresse för brukare av offentligt finansierade välfärdstjänster är den om möjligheten att häva avtalet vid fel eller dröjsmål. För att hävning över huvud taget ska bli relevant krävs att vad som kan anses likna ett avtal om ömsesidiga förpliktelser förekommer. Handlar det om en tjänst där den enskilde inte utför någon motprestation i form av avgift för tjänsten kan denne vanligtvis utan några problem tacka nej till fortsatta tjänster, varför det då inte blir intressant att tala om hävning.<sup>54</sup> Denna sanktion blir således relevant vid fel eller dröjsmål inom hälso- och sjukvården, äldreomsorgen och förskolan.

Enligt principen krävs att avtalsbrottet är väsentligt för att hävning ska vara möjligt.<sup>55</sup> Denna bedömning görs utifrån den hävande partens synvinkel. Vållande krävs inte för påföljden. För de offentligt finansierade välfärdstjänsternas del handlar det om att med omsorg eftersträva antingen ett visst resultat eller bästa möjliga resultat, men inte ett löfte om att ett specifikt resultat kommer att uppnås. Hävning skulle därför kunna bli aktuellt för det fall det allmännas åtagande att visa omsorg inte fullgörs. Det kan handla om att tjänsten inte utförs i tid, eller att den inte uppfyller fullgod kvalitet.<sup>56</sup>

Följden av en hävning är enligt en allmän huvudregel att parternas skyldigheter bortfaller. Ytterligare en allmän huvudregel som torde orsaka större problem är att

---

<sup>51</sup> Hesser, Immateriella tjänster s. 66 not 265 och not 267.

<sup>52</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 32 och s. 40 (3 kap. 11 § och 4 kap. 4 § 2 p. I förslag till lag om ändring i konsumenttjänstlagen).

<sup>53</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 52.

<sup>54</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 53.

<sup>55</sup> Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 209.

<sup>56</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 53 ff.

redan utgivna prestationer ska återgå i samband med hävningen.<sup>57</sup> Det är i regel inte möjligt att kräva hävning av en redan utförd prestation inom de offentligt finansierade välfärdstjänsterna. Vid brister i utförandet är det svårt att göra exempelvis äldreomsorg och sjukvård ogjord genom att låta prestationerna återgå. Istället blir det relevant att hävningen gäller för framtiden. I 21 § KtjL stadgas att om tjänsten är delvis utförd, och det finns starka skäl att anta att fullföljande inte kommer ske utan fel av väsentlig betydelse för konsumenten, får avtalet hävas av denne för återstående del.<sup>58</sup>

I 23 § KtjL föreskrivs att den summa som den hävande parten ska betala till näringsidkaren för utförd del beräknas genom att från det avtalade priset göra avdrag för kostnaden för att få den återstående delen utförd. Denna uträkning är dock svår att göra när det handlar om offentligt finansierade välfärdstjänster. I departementspromemorian med förslag om en utvidgning av KtjL föreslogs, för ett antal tjänster där 23 § inte fungerade väl, att det vederlag som den hävande konsumenten ska betala istället skulle motsvara vad den utförda delen av tjänsten är värd för denne.<sup>59</sup> En sådan beräkning passar bättre för de offentligt finansierade välfärdstjänsterna.

#### 4.6 Prisavdrag

För att den allmänna kontraktsrättsliga principen om prisavdrag ska komma ifråga krävs att det föreligger ett avtal mellan parterna samt att ett vederlag har utgått för tjänsten.<sup>60</sup> Av NJA 2008 s. 642 förefaller det inte spela någon roll att avgiften för tjänsten bestäms enligt viss taxa och att avgiften inte till fullo motsvarar vad tjänsten är värd; påföljden kan ändå tillämpas. Det tyder på att prisavdrag skulle kunna vara möjligt vid fel även för hälso- och sjukvård och för äldreomsorg, där ju vederlag utges för tjänsten.<sup>61</sup>

I lagstiftningen stadgas ett antal olika sätt att beräkna hur nedsättningen ska gå till. Varken 28 § KköpL eller 38 § KöpL passar dock väl när det handlar om tjänster. Inte heller är 22 § KtjL lämplig i och med att kostnaden för avhjälpande i regel är svår att fastslå vid offentligt finansierade tjänster; inte sällan kan det handla om brister i tjänsten som är mer av ideellt slag än av ekonomisk art. I departementspromemorian Konsumenttjänster m.m. gällande en utvidgning av KtjL föreslogs för ett flertal olika tjänster att beräkningen av prisavdraget skulle göras efter vad som är skäligt med hänsyn till felets betydelse för konsumenten och övriga omständigheter<sup>62</sup>, dvs. efter en form av skälighetsbedömning. Ledning härifrån skulle kunna ges för de offentligt finansierade tjänsterna. Enligt Bengtsson är det dock tveksamt om detta lagförslag kan anses stämma överens med gällande rätt ens för privata tjänster.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> Jfr Hesser, Immateriella tjänster s. 69 och 70, not 296 och 297.

<sup>58</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 53 ff.; jfr Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 208.

<sup>59</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 33 och s. 40 (3 kap. 14 § och 4 kap. 6 § i förslag till lag om ändring i konsumenttjänstlagen), s. 174 och s. 193.

<sup>60</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 57.

<sup>61</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 57.

<sup>62</sup> Ds 2009:13 s. 173 f., s. 192 f., s. 277 och s. 290 f.

<sup>63</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 58.

I jämförelse med skadestånd kan det finnas fördelar för brukaren med en möjlighet till prisavdrag. Enligt allmänna kontraktsrättsliga principer krävs inte vållande för möjligheten till prisavdrag, men däremot påverkar det möjligheten till skadestånd.<sup>64</sup>

#### 4.7 Skadeståndsansvar i ett avtalsförhållande

Förutom en möjlighet till skadeståndsansvar enligt SkL är det även tänkbart att kunna grunda ett ansvar på ett föreliggande avtalsförhållande. SkL är tillämplig, även i kontraktsförhållanden, så länge inte annat är särskilt föreskrivet, framkommer av avtal eller följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden (1 kap. 1 § SkL). Med det sistnämnda menas principer som varken framkommer av lag eller avtalet, men som ändå som utgångspunkt tillämpas vid avtalsförhållanden.<sup>65</sup>

Det finns således fördelar för den enskilde i de fall denne kan åberopa ett avtalsförhållande, i och med en utvidgad möjlighet till skadestånd i dessa fall enligt en allmän skadeståndsrättslig princip. Normalt föreligger ansvar för ren förmögenhetsskada endast för det fall skadan orsakats genom brott (2 kap. 2 § och 3 kap. 1 § SkL), men handlar det om ett avtalsförhållande blir skadevållaren vanligtvis ansvarig för ren förmögenhetsskada så snart vållande är styrkt.<sup>66</sup> SkL:s bestämmelser kan dock inte tolkas motsatsvis; HD har i ett antal fall utan stöd i lag dömt ut skadestånd för ren förmögenhetsskada trots att det inte var frågan om ett avtalsförhållande. I en del av rättsfallen har förhållandet haft stora likheter med ett avtal, men inga av dessa situationer har varit särskilt lik den som föreligger vid offentligt finansierade tjänster. Enligt gällande rätt krävs för ansvar vid ren förmögenhetsskada särskilt stöd; att en analogi kan tänkas möjlig eller att det i den specifika situationen föreligger starka rättspolitiska skäl eller billighetsskäl som talar för ett skadeståndsansvar. Det är inte säkert att en domstol skulle anse det vara motiverat med ett skadeståndsansvar efter styrkt vållande vid de offentligt finansierade välfärdstjänsterna.<sup>67</sup> Ersättningskyldighet för ren förmögenhetsskada har ansetts inte föreligga för det allmänna utanför ett avtalsförhållande.<sup>68</sup>

En annan skillnad mellan skadeståndsansvaret i och utom ett avtalsförhållande är huruvida ansvar för *underlåtenhet* föreligger eller ej. Inom ett avtalsförhållande gäller som utgångspunkt ett ansvar för underlåtenhet, medan underlåtenhet att hindra skada utom ett avtalsförhållande inte grundar ansvar som huvudregel. Således är det kontraktsrättsliga ansvaret för vållande strängare än vad som gäller enligt SkL.<sup>69</sup> Culpabedömningen kan därför bli strängare för det fall relationen mellan den enskilde och det allmänna kan anses utgöra ett avtal. Den situation som råder i förhållandet mellan det allmänna och den enskilde vid utförandet av välfärdstjänsterna kan dock

---

<sup>64</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 277; jfr Hesser, Immateriella tjänster s. 77.

<sup>65</sup> Bengtson m.fl., Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden s. 19.

<sup>66</sup> Bengtson m.fl., Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden s. 21.

<sup>67</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 59.

<sup>68</sup> Strömberg & Lundell, Allmän förvaltningsrätt s. 254.

<sup>69</sup> Bengtson m.fl., Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden s. 23.



anses vara så speciell att det motiverar särskilda skyldigheter för det allmänna, och därmed ett ansvar för underlåtenhet. Det allmänna har ofta som en del av dessa tjänster en sådan kontakt med enskilda att det framstår som naturligt att vidta åtgärder för att skydda dessa enskilda, oavsett om ett avtal kan anses föreligga eller ej. Exempelvis har kommunen ett ansvar att hålla skolgården fri från risker för eleverna.<sup>70</sup>

#### 4.8 Skadestånd för ideell skada

Vid offentligt finansierade välfärdstjänster är det vanligt att olägenheter uppstår som är av ideell art, såsom exempelvis otrygghet, vantrivsel, obehag och tidsförlust.<sup>71</sup> Därför är det relevant för brukaren att kunna få skadestånd inte bara för ekonomisk skada utan även för ideell sådan.

Med ideellt skadestånd menas t.ex. kränkning, särskilda olägenheter, lyte och annat stadigvarande men samt sveda och värk. En sådan skada kan inte värderas genom objektiva kriterier; skadan kan inte uppskattas i pengar. Det kan därför vara svårt att fastställa det ideella skadeståndets storlek, vilket medför att det som utgångspunkt krävs en uttrycklig lagregel om ansvar för en ideell skada för att denna typ av skadestånd ska utgå.<sup>72</sup> Detsamma gäller även om ett kontraktsförhållande kan konstateras; som utgångspunkt gäller att skadestånd inom ett kontraktsförhållande endast avser ekonomisk skada.<sup>73</sup>

Därmed är det av intresse att undersöka i vilken utsträckning det finns lagstadgade möjligheter till ideellt skadestånd i speciallagstiftningen till de fyra offentligt finansierade välfärdstjänsterna. Bland dessa finns ett lagstadgat skadeståndsansvar för kränkning inom skolväsendet, om huvudmannen eller personalen utsätter ett barn eller en elev för kränkande behandling (6 kap. 9 och 12 §§ SkoL). Något liknande finns dock inte för kränkningar inom sjukvården eller äldreomsorgen.

Frågan uppkommer då vilka möjligheter det finns till ideellt skadestånd på andra sätt än genom lagstiftning i den sektorspecifika lagstiftningen. Till att börja med finns en möjlighet till ersättning för övergående alternativt bestående fysiskt och psykiskt lidande samt för särskilda olägenheter enligt 5 kap. 1 § 3 p. SkL. Här torde det vara möjligt att inkludera ångest, depressiva reaktioner, bestående lidande och obehag, förlust av fritid m.m.<sup>74</sup> Det krävs dock att olägenheterna är till följd av *personskada*, vilket inte alltid är fallet för den enskilde vid de offentligt finansierade välfärdstjänsterna.

Vidare finns enligt 2 kap. 3 § och 3 kap. 2 § 2 p. SkL ett ansvar för kränkning som inte kräver att personskada har skett. Här krävs emellertid istället att kränkningen har skett genom brott, och enligt 3 kap. 2 § 2 p. SkL handlar det om kränkning vid just myndighetsutövning, vilket medför en inskränkning av tillämpningsområdet.

---

<sup>70</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 59 f.

<sup>71</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 66.

<sup>72</sup> Radetzki, Praktisk skadeståndsbedömning s. 67 f.

<sup>73</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 65 f.

<sup>74</sup> Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen: en kommentar s. 226 ff. (avsnitt 5:1.12).

Det finns troligtvis en möjlighet till ersättning enligt KtjL vid fel eller dröjsmål i tjänsten som orsakat konsumenten skada i form av olägenheter som inte direkt kan mätas i pengar, i form av förlust av fritid eller annan tidsförlust samt vissa obehag och besvär.<sup>75</sup> Enligt motivuttalanden till KtjL ska denna typ av skada räknas som ekonomisk sådan, och konsumenten kan då ha rätt till skadestånd.<sup>76</sup> Exempel på en sådan skada är en bilreparation som drar ut på tiden och att konsumenten därför får en längre restid till och från jobbet, med förlust av fritid som följd.<sup>77</sup> Möjligheten att analogisera från KtjL är som tidigare nämnts dock osäker vid offentligt finansierade tjänster.

Trots att den skada som ofta uppkommer vid offentligt finansierade tjänster är av ideell natur, råder således begränsade möjligheter för enskilda till ideellt skadestånd som inte uppkommer i samband med personskada.

#### 4.9 Betydelsen av att den offentliga tjänsten har benefika inslag

Med benefika inslag i ett förhållande avses att full betalning inte erläggs för den prestation som erhålls.<sup>78</sup> Det är vid offentligt finansierade tjänster vanligt med en subventionerad avgift, och ibland utgår ingen avgift alls. Som utgångspunkt är beviljandet av en rättighet i offentlighetslagstiftning relaterat till en prövning av om den enskilde uppfyller de behov som krävs, och inte relaterat till om en avgift betalas.<sup>79</sup>

För äldreomsorg får en kommun ta ut skäligen avgifter.<sup>80</sup> Avgiftens storlek beror till viss del på den enskildes ekonomiska situation, vilket innebär att vederlaget i första hand inte bestäms utefter tjänstens värde.<sup>81</sup> Avgifter för sjukhusvård får tas ut av patienterna enligt grunder som landstinget eller kommunen bestämmer.<sup>82</sup> För förskola med en offentlig huvudman gäller att en kommun får ta ut en skälig avgift för förskoleplats. Avgiftens storlek ska även uppfylla de begränsningar i övrigt som anges i 8 kap. 16 § SkoL. För fristående förskolor gäller att de avgifter som huvudmannen tar ut inte får vara oskäligt höga, samt att även de övriga begränsningar som stadgas för avgiften i 8 kap. 20 § SkoL ska följas. Däremot får inga avgifter tas ut för utbildning i förskoleklass, grundskolan eller gymnasieskolan.<sup>83</sup> Således är det för ingen av dessa tjänster frågan om en avgift som till fullo motsvarar vad tjänsten ifråga är värd.

Frågor som uppstår är om de benefika inslagen vid offentligt finansierade välfärdstjänster påverkar möjligheten att se relationen som en avtalsrättslig sådan, och möjligheten att tillämpa civilrättsliga sanktioner.

Generellt vid relationer med benefika inslag ligger det nära till hands att bedöma ansvaret för vållande mildare för den givmilde parten. Anledningen till denna ansvarslindring kan vara att det anses framstå som mest rättvist och rimligt att den som

---

<sup>75</sup> Johansson, Konsumenttjänstlagen: en kommentar s 414 ff. (avsnitt 31.7.7).

<sup>76</sup> SOU 1979:36 s. 499 f.; prop. 1984/85:110 s. 274.

<sup>77</sup> Prop. 1984/85:110 s. 274.

<sup>78</sup> Björkdahl i JT 2004-05 s. 254.

<sup>79</sup> Jfr Björkdahl i JT 2004-05 s. 255.

<sup>80</sup> 8 kap. 2 § SoL.

<sup>81</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 135.

<sup>82</sup> 26 § HSL.

<sup>83</sup> 9 kap. 8 §, 10 kap 10 § och 15 kap. 17 § SkoL.

är generös ska inte drabbas för hårt. En annan anledning kan vara att den generöse parten inte tar betalt för att täcka de risker som kan tänkas uppkomma i samband med avtalet. Inget av dessa två argument för att tillämpa särregler vid benefika avtal passar dock särskilt väl vid offentligt finansierade välfärdstjänster. Vare sig betalning förekommer eller ej kan det allmänna utan svårigheter bära risken, utan att det framstår som orättvist. Vidare har det allmänna inget annat val än att utföra välfärdstjänsterna, så det handlar således inte om givmildhet på samma sätt vid tjänster av denna typ. Även beträffande de offentligt finansierade tjänster där någon skyldighet att prestera en tjänst inte förekommer, kan det faktum att tjänsten utgör ett naturligt led i verksamheten innebära att det rättsliga förhållandet parterna emellan inte framstår som benefikt i vanlig mening.<sup>84</sup> Enligt mig framstår det därmed inte som ett hållbart argument att den enskildes ställning i förhållande till det allmänna inte borde stärkas p.g.a. att en offentlig tjänst har benefika inslag, och att den generöse parten därmed borde få en lindring av ansvaret.

Med anledning av de benefika inslagen uppstår, som ovan konstaterats, en rättslig relation som inte har ömsesidiga förpliktelser. Denna brist på ömsesidighet vid de offentligt finansierade välfärdstjänsterna skulle kunna uppfattas som ett hinder mot att tillämpa civilrättslig lagstiftning. Vad som talar för att ett hinder föreligger är det faktum att ömsesidighet vanligtvis anses behövas i en förpliktelse för att ett rättsförhållande ska anses vara av civilrättslig art. Dessutom anses ömsesidighet generellt sett krävas för att i ett rättsförhållande kunna göra invändningar som baserar sig på civilrättslig lag. Enligt Erika Björkdahl skulle det emellertid leda till märkliga resultat om möjligheten att tillämpa civilrättslig lag var olika beroende på om ömsesidighet förelåg i relationen eller ej, i och med att en relation som initierats av offentligrättslig lagstiftning i vissa fall är ömsesidig och i andra fall inte. Civilrättslig lagstiftning skulle kunna tillämpas när full betalning erlagts, men inte vid en skälig avgift eller då ingen avgift alls fordras. För egen del anser jag det därför vara tveksamt om det avgörande för att inte använda civilrättslig lag i en relation som bygger på offentligrättslig lagstiftning ska vara bristen på ömsesidighet i förpliktelserna. Detta måste även anses icke önskvärt ur likabehandlingssynpunkt. Dessutom kan det hävdas att tillgång till pengar inte borde påverka möjligheterna att kunna tillämpa ett civilrättsligt skydd, i och med att avgiften för äldreomsorg kan påverkas av den enskildes ekonomiska situation.<sup>85</sup>

Det ovan anförda talar för att gränsdragningen för när civilrättsliga lagar kan tillämpas eller ej, inte ska anses utgöra relationens eventuella benefika inslag. Frågan kvarstår dock om förekomsten av ömsesidighet i förpliktelserna i ett rättsförhållande generellt sett ska anses vara en förutsättning för att överhuvudtaget kunna se rättsförhållandet som ett civilrättsligt sådant. Det kan konstateras att en möjlighet att kunna föra fram invändningar och ställa motkrav förefaller vara rimligt för det fall betalning har utgått. När den ena parten inte utfört någon prestation framstår möjligheten att invända inte som lika självklar. En benefik relation kan dock vara

---

<sup>84</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 66.

<sup>85</sup> Jfr Björkdahl i JT 2004-05 s. 254 f.

civilrättslig trots att ömsesidiga förpliktelser inte föreligger. Ömsesidighet får då anses utgöra ett exempel på vad som vanligtvis är fallet vid en civilrättslig relation, och inte utgöra ett krav på vad som måste uppfyllas för att relationen ska kunna klassificeras som civilrättslig. Därmed utesluts inte en tillämpning av civilrättslig lagstiftning i och med att ömsesidiga förpliktelser saknas för välfärdstjänsterna.<sup>86</sup> Detta stämmer överens med rättsfallen NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642, där relationen i utförandestadiet ansågs vara civilrättslig inom barnomsorg fastän avgiften inte var marknadsmässig (se avsnitt 3.4).

Även om en relation kan anses ha civilrättsliga inslag, skulle det faktum att relationen inte har ömsesidiga förpliktelser kunna innebära att de civilrättsliga inslagen inte får genomslag i sådan utsträckning som krävs för att medföra en möjlighet att kunna göra civilrättsliga invändningar. Frågan uppkommer därmed om bristen på ömsesidighet i en relation påverkar möjligheten att göra invändningar baserade på civilrättslig lag. I rättsfallet NJA 1987 s. 710 hade en kommun träffat avtal med ett musikband om att upplåta en replokal samt en förvaringslokal för instrument. Något vederlag utgick inte. På direkt fråga av en av bandmedlemmarna svarade kommunen felaktigt att förvaringslokalen var försedd med larm. Frågan som uppkom var om kommunen var skadeståndsskyldig, då kvarlämnade instrument blivit stulna. Trots att någon betalning inte skett för upplåtelsen av lokal ansågs upplåtelsen inte vara benefik i vanlig mening i och med att den utgjorde ett naturligt led i social verksamhet för kommunen. Därför kunde den enskilde göra invändningar och kommunen blev skadeståndsskyldig. Trots att ömsesidiga förpliktelser inte förelåg kunde invändningar således göras.<sup>87</sup>

Det kan dock vara svårare att se förhållandet mellan parterna vid offentligt finansierade tjänster som ett avtalsrättsligt sådant i de fall någon avgift inte utgått. I dessa fall ligger det nära till hands att se det som att tjänsten bygger på lag, sedvana eller en allmän serviceskyldighet där ingen av parterna förutsätts ha några egentliga rättshandlingar. Det kan då bli svårare för den enskilde att utkräva ansvar på avtalsrättslig grund; istället får den skadelidande i sådana fall förlita sig på utomobligatoriska regler. Därigenom blir möjligheterna små att kunna kräva skadestånd för ren förmögenhetsskada. Således kan frånvaron av vederlag tala emot ett ansvar för ren förmögenhetsskada, och likaså tala emot ett ansvar för självständig medhjälparens vållande (se avsnitt 2.4). På detta vis kan bristen på avgift bli ett argument för att inte skärpa skadeståndsskyldigheten.<sup>88</sup>

Troligtvis föreligger enligt Bengtsson inga hinder mot att tillämpa civilrättsliga lagar vid en offentligt finansierad tjänst där en avgift tas ut som inte motsvarar full betalning. Hänsyn kan dock ibland tas till att avgiften är subventionerad vid bestämmandet av tjänstens kvalitet och parternas övriga förpliktelser.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Jfr Björkdahl i JT 2004-05 s. 255 f.

<sup>87</sup> Jfr Björkdahl i JT 2004-05 s. 256 f.

<sup>88</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 67.

<sup>89</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 67.

Generellt sett kan tilläggas att det ligger nära till hands att anse att ju större andel av avgiften som motsvarar det faktiska värdet av tjänsten, desto större blir likheten med ett civilrättsligt förhållande.<sup>90</sup>

#### 4.10 Avtal inom socialrätten?

Med socialrätt menas den rätt som reglerar samhällets hjälpinsatser inom socialpolitiken. Hälso- och sjukvården samt äldreomsorgen anses båda vara en del av socialrätten.<sup>91</sup> Det finns ett antal grundläggande skillnader mellan civilrätt och socialrätt som påverkar möjligheten att tillämpa avtalsrättsliga principer inom det sistnämnda rättsområdet. Civilrättens avtalsrättsliga regler har som utgångspunkt att parterna är i stort sett jämbördiga och har samma möjligheter att ta tillvara sina intressen. Ifall avtalet inte följs är det möjligt att utkräva sina rättigheter i domstol. Socialrätten å sin sida reglerar samhällsåtgärder för enskildas personliga och ekonomiska vård och hjälp. Utgångspunkten är att vissa svagare grupper behöver stöd för att ta tillvara sina intressen och rättigheter. De två rättsområdena skiljer sig även åt genom att ha olika rättsliga principer. Socialrätten har som utgångspunkt att människor har olika villkor men gemensamma intressen medan civilrätten utgår ifrån att människor har lika förutsättningar men olika intressen. Socialrättens lagstiftning har till syfte att skapa social rättvisa medan civilrättens lagstiftning bygger på individualism.<sup>92</sup>

Trots olikheter mellan avtalsrätt och socialrätt har det sedan lång tid tillbaka funnits en form av socialrättsliga avtal mellan människor som gett varandra omsorg och vård. Ursprungligen handlade det om reglerade förhållanden inom släkten och familjen. Det handlade då framförallt om plikter i relationerna och det fanns inte några egentliga rättigheter. På senare tid har ansvaret för vård och omsorg tagits över av det allmänna med formell reglering, vilket har gjort att relationerna förändrats.<sup>93</sup>

I modern tid förekommer en form av socialrättsliga avtal där det allmänna ingår en överenskommelse med enskilda, men avtalsrättsliga principer tillämpas inte vid enskildas klagomål till det allmänna. En förklaring till detta är socialrättens placering i rättssystemet som en del av förvaltningsrätten, vilket medför att socialrättens principer har utvecklats därifrån. Hollander funderar kring om det rättsliga förhållandet mellan det allmänna och enskilda skulle kunna bli bättre om avtalsrättsliga principer tillämpades i kombination med de socialrättsliga. Enligt henne behövs en "civil socialrätt" för att få till stånd en avtalsreglering av sociala rättigheter.<sup>94</sup>

Liksom rätten i övrigt ändras socialrätten i takt med samhällets utveckling. Genom uppbyggnaden av en så kallad välfärdsstat har välfärden utvecklats. Tanken var att förbättra ojämlika förhållanden som bl.a. marknaden orsakade, och att skydda medborgarna från de negativa konsekvenser som marknaden ansågs bidra till.

---

<sup>90</sup> Jfr Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda s. 66.

<sup>91</sup> Westerhäll, Socialrätt s. 16; jfr Författningar i socialrätt: rättsfallsreferenser, och de lagar som författningssamlingen däri tar upp.

<sup>92</sup> Utvecklingslinjer inom avtalsrätten s. 73 ff.

<sup>93</sup> Utvecklingslinjer inom avtalsrätten s. 75.

<sup>94</sup> Utvecklingslinjer inom avtalsrätten s. 75 och s. 86.

Välfärdsutvecklingen har bidragit till en jämnare resursfördelning, vilket har medfört att föreställningen om vissa svagare grupper som behöver extra stöd har ändrat karaktär. Därefter har tron på marknadskraften ökat. När samhällspolitiken styrs av marknaden sker förändringar i den offentliga sektorn. Ett exempel i sammanhanget är de privata aktörer som idag är med och utför flera av de offentligt finansierade tjänsterna inom vård och omsorg.<sup>95</sup>

Under lång tid har indelningar i civilrätt och offentlig rätt kritiserats. Det har hävdats att situationen i verkligheten är sådan att det råder stor variation inom rättsordningen, och att det har skapats motsättningar mellan rättsteorin och tillämpningen på grund av uppdelningen. Vid denna systematisering måste enligt Hollander hänsyn tas till den samhälleliga utvecklingen, till ekonomin och till rättens funktion. Hon anser att det råder en otillräcklighet i den rådande indelningen.<sup>96</sup>

## 4.11 Äldreomsorg

### 4.11.1 Allmänt

Bestämmelser om äldreomsorg regleras främst i socialtjänstlagen (2001:453, SoL). Med bistånd avses i SoL inte bara ekonomisk sådan, utan även andra behov såsom t.ex. hemtjänst och särskilt boende för äldre (se 4 kap. 1 § SoL).<sup>97</sup> Det anses vara myndighetsutövning när beslut om rätt till bistånd fattas, vilket innebär att det i denna situation finns en möjlighet att angripa eventuella fel med hjälp av 3 kap 2 § SkL utan att behöva gå in på frågan om kontraktsreglers tillämplighet.<sup>98</sup>

Vad gäller skadestånd för person- och sakskada är kommunen ansvarig för försummelse enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler, med anledning av den faktiska situation som råder för tjänsten i fråga. Desamma gäller dock inte vid ren förmögenhetsskada.<sup>99</sup>

### 4.11.2 Det allmännas och lagstiftarens inställning

I SoL finns stadgat en rad skyldigheter för det allmänna på området. I lagen finns dock inte mycket som tyder på att ett civilrättsligt rättsförhållande skulle anses föreligga i förhållande till den enskilde, ifall de skyldigheter som stadgas i lagen inte uppfylls. SoL:s i många fall generella stadganden med vaga begrepp kan tyckas svåra att använda till stöd för civilrättslig påföljd. Ett exempel är det diffusa krav på god kvalitet som stadgas i 3 kap. 3 § SoL.<sup>100</sup> Begreppet är svårdefinierbart och likaså svårt att bedöma för de olika typer av områden som finns inom socialtjänsten.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> Jfr Utvecklingslinjer inom avtalsrätten s. 75 f.

<sup>96</sup> Utvecklingslinjer inom avtalsrätten s. 74.

<sup>97</sup> Lundgren m.fl., Nya sociallagarna s. 79 (kommentar till 4 kap. 1 § SoL).

<sup>98</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 134.

<sup>99</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 142 f.

<sup>100</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 133 f.

<sup>101</sup> Lundgren m.fl., Nya sociallagarna s. 50 (kommentar till 3 kap. 3 § SoL).

Vid missförhållanden har Inspektionen för vård och omsorg möjlighet att förelägga den som svarar för verksamheten att avhjälpa missförhållandet, och vid allvarliga fel finns därefter en möjlighet för inspektionen att återkalla tillståndet eller förbjuda fortsatt verksamhet (13 kap. SoL). Lagen omnämner dock inte någon möjlighet att tillämpa civilrättsliga påföljder vid dessa missförhållanden.<sup>102</sup>

SoL innehåller en bestämmelse om en s.k. värdegrund för äldre (5 kap. 4 § SoL) som är tänkt att fungera som vägledning inom äldreomsorgen, men innebär ingen direkt rätt till bistånd. Enligt denna värdegrund ska inriktningen på socialtjänstens omsorg om äldre vara de äldres välbefinnande och att dessa får leva ett värdigt liv. Inget i regeln tyder på att det går att tillämpa civilrättsliga påföljder för det fall äldreomsorgen inte lever upp till värdegrunden.<sup>103</sup>

Det finns emellertid stadganden som kan innebära att det allmänna betalar efter att inte ha uppfyllt sina skyldigheter. Enligt 16 kap. 6 a § SoL kan en kommun som inte tillhandahåller bistånd inom skälig tid åläggas att betala en särskild avgift. Här tillfaller dock avgiften staten och således inte den enskilde. Enligt 2 kap. 10 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter får en kommun lämna kompensation till enskild som inte fått bistånd inom skälig tid eller enligt beslut av socialnämnden eller domstol, eller när socialnämnden inte har fullgjort en garanti att inom viss tid eller på visst sätt tillhandahålla bistånd. Här är det dock värt att notera att det inte är fråga om en skyldighet för kommunen att lämna kompensationen; paragrafen använder ordet "får". I propositionen till lagen<sup>104</sup> förklaras det vara en brist att kommuner inte kan lämna kompensation till enskilda när biståndsinsatsen inte lever upp till ett biståndsbeslut, eller när socialnämnden inte fullgör en garanti om att inom viss tid eller på visst sätt tillhandahålla bistånd; avgiften i SoL tillfaller ju det allmänna. Det ansågs dock inte aktuellt med en *skyldighet* för kommunerna att lämna kompensationen i de angivna situationerna eftersom det skulle leda alltför långt.<sup>105</sup> Det förefaller därmed vara så att uttalandena i propositionen utgår ifrån att skadeståndsansvar inte är möjligt i dessa situationer. Inte heller i de fall då det rör sig om en garanti verkar ståndpunkten vara sådan att skadeståndsansvar är möjligt, vilket är ett liknande synsätt som motiven till bestämmelsen om vårdgaranti inom hälso- och sjukvårdslagen verkade ha (avsnitt 4.12.6).<sup>106</sup>

Det kan således konstateras att trots de skyldigheter som det allmänna har på området verkar lagstiftaren inte anse det vara möjligt att tillämpa civilrättsliga påföljder för det fall dessa skyldigheter inte efterföljs. Trots att man inom socialtjänsten utgår ifrån att vissa grupper är mer utsatta och behöver särskilt stöd liknande det förhållande som råder mellan näringsidkare och konsument, tycks tanken vara att det är tillräckligt med de offentligrättsliga sanktioner som finns, bl.a. 16 kap. 6 a § SoL. Även om denna bestämmelse kan fungera i preventivt syfte finns en viktig skillnad i att den enskilde

---

<sup>102</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 135.

<sup>103</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 135.

<sup>104</sup> Prop. 2009/10:116.

<sup>105</sup> Prop. 2009/10:116 s. 44 f.

<sup>106</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 136 f.

utsatta brukaren inte kan få glädje av avgiften på det sätt som sker vid skadestånd eller avdrag på vederlaget.<sup>107</sup>

Likaså från kommunernas håll är man emot ett civilrättsligt angreppssätt på socialtjänster, och menar att det offentlighetsrättsliga skyddet för enskilda är tillräckligt. Lagstiftare och myndigheter tycks ofta anse att den särskilda omsorgsplikt som råder för det allmänna i förhållande till brukare av socialtjänst inte är förenlig med en avtalskonstruktion som har fokus på båda parternas förpliktelser. Deras inställning är att det ansvar kommunen har i samband med socialtjänst skulle komma från lagstiftning och inte ett avtal, samt att kommunens skyldigheter skulle komma från sociallagstiftning och från de enskildas behov snarare än att komma från vad kommunen kan anses ha utlovat.<sup>108</sup>

Det är dock svårt att inte se luckor i det skydd som det allmänna och lagstiftaren hänvisar till. Om en enskild anser att lagens krav inte är uppfyllda för en beviljad omsorg kan allmän förvaltningsdomstol pröva frågan; men därigenom finns ingen möjlighet till civilrättsliga sanktioner som exempelvis skadestånd så länge det inte rör sig om myndighetsutövning<sup>109</sup>.

Det kan finnas flera anledningar till kommunens restriktiva inställning till en tillämpning av civilrättsliga regler på socialtjänstområdet. Till viss del kan det tänkas handla om en ideologisk orsak, där kommuner velat skydda välfärdsstatens system mot marknadsekonomiska influenser. Det finns även ekonomiska aspekter som väger in, i och med att civilrättsliga angreppssätt ju skulle innebära att kommunerna i vissa fall tvingades utge kompensation till berörda enskilda, och därmed medföra extra utgifter för det allmänna. Vanligtvis råder denna inställning till att behöva utge kompensation till enskilda; invändningar framfördes bl.a. vid utformandet av 3 kap. 3 § SkL då det framhölls en risk för hämmande av kommunens verksamhet med en sådan skadeståndsregel. Vidare har det funnits en skepsis mot rättighetslagar som skulle innebära en risk att allmänna förvaltningsdomstolar inkräktar på det kommunala självstyret. Då är det inte underligt att kommunerna varit ännu mer skeptiska mot att allmänna domstolar skulle kunna besluta om civilrättsliga funktioner när kommunerna inte uppfyller de skyldigheter som finns i sociallagar. Varken beslut om socialtjänst eller samtycke till den erbjudna vården anses av kommunerna medföra att ett kontraktsförhållande uppkommer. Det viktiga anses vara ömsesidighet i förhållandet mellan parterna, och det förefaller inte vara tillräckligt att den enskilde betalar en avgift. Istället anser kommunerna att det krävs en uttrycklig överenskommelse såsom exempelvis ett hyresavtal, för att ett kontraktsförhållande skulle anses föreligga.<sup>110</sup>

#### **4.11.3 Möjligheten att se förhållandet som civilrättsligt**

Möjligheten att tillämpa SkL:s skadeståndsregler vid myndighetsutövning kan enligt min mening knappast anses som ett tillräckligt skydd för enskilda vid äldreomsorg, i och

---

<sup>107</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 139.

<sup>108</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 127.

<sup>109</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 137.

<sup>110</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 137 f.



med att dessa regler i princip endast täcker situationen då beslut om rätt till bistånd tas, medan en rad andra situationer förblir oskyddade. Bristen på skydd framkommer vid dröjsmål att utföra ett beviljat biståndsbeslut, i de fall kommunen väljer att inte utnyttja sin möjlighet att utge kompensation. Likaså finns en lucka i skyddet för den enskilde då äldreomsorgen har brister i kvaliteten. Rimligen borde begreppen värdegrund och garanti ha en juridisk betydelse. Användningen av dessa begrepp tyder på att vad som avses är något mer än endast en målsättning, även om så inte verkar vara fallet.<sup>111</sup>

Det finns dock omständigheter som försvårar möjligheten att se förhållandet till enskilda som avtalsrättsligt - likheterna mellan äldreomsorg och en allmänt avtalad tjänst är inte helt tydliga. Dessutom är det ofta svårt att bedöma kvaliteten på tjänsten inom äldreomsorgen i och med lagreglernas vaga utformning som gör det problematiskt att närmare få fram den nivå som krävs.<sup>112</sup>

Rättsfallen NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s.642 (avsnitt 3.4) kan ha betydelse för socialtjänsten även om domarna handlar om förskoleverksamhet, i och med att det rör sig om så pass närliggande områden. Trots att offentligrättslig lagstiftning är tillämplig kan det därför även inom socialtjänsten vara möjligt att förhållandet mellan den enskilde och kommunen i vissa delar är av civilrättslig natur.<sup>113</sup>

När kommunen beviljar en socialtjänst uppkommer ett kontraktliknande förhållande med brukaren, men enligt Bengtsson kan det troligtvis inte anses jämställt med ett avtal. Det skulle dock enligt Bengtsson kunna vara möjligt att dra paralleller till avtalsrätten för de fall avgift har utgått som åtminstone någorlunda motsvarar vad tjänsten i fråga är värd.<sup>114</sup> Det faktum att kommunen beviljar tjänsten efter den enskildes begäran är ytterligare något som talar för möjligheten att kunna betrakta förhållandet vid äldreomsorg som ett avtalsförhållande.<sup>115</sup>

#### **4.11.4 Det allmännas ansvar för medhjälparens vållande inom äldreomsorgen**

På socialtjänstens område kan tjänsten utföras antingen av det allmänna, eller av ett enskilt företag genom LOV alternativt genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Offentlig upphandling (entreprenadmodellen) karaktäriseras av att den offentliga beställaren köper in tjänster, medan kundvalsmodellen istället innebär att den enskilde själv väljer bland de utförare som har godkänts av beställaren.<sup>116</sup>

Genom LOV har kommunerna i egenskap av huvudman för socialtjänsten således en möjlighet att låta självständiga företag utföra tjänsten. I motiven till lagen framkommer att även om kommunen överlåter åt annan att utföra kommunens uppgifter kvarstår huvudansvaret för verksamheten hos kommunen, som fortfarande är huvudman. Den kommunala nämnd som är ansvarig för verksamheten i fråga har ett ansvar för att verksamheten uppfyller de krav på kvalitet som finns, oavsett om den

---

<sup>111</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 141 f.

<sup>112</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 141.

<sup>113</sup> Ds 2009:13 s. 234.

<sup>114</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 127.

<sup>115</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 140.

<sup>116</sup> Rapport 2014:5 s. 7.

drivs i egen regi eller av ett självständigt företag. Inte heller påverkar LOV de enskildas möjlighet och rätt att få insatser enligt SoL.<sup>117</sup> Med ansvar kan dock innebära både ett skadeståndsrättsligt sådant i enlighet med civilrättslig lag, eller ett offentligrättsligt ansvar enligt vad som framkommer i SoL.<sup>118</sup> Av vad som framkommer i motiven ligger det enligt min uppfattning närmast till hand att anta att det som där åsyftas är det senare.

Likaså när en privat utförare inom socialtjänsten har upphandlats genom LOU kvarstår huvudmannaskapet hos kommunen.<sup>119</sup>

Frågan uppkommer då om detta offentligrättsliga huvudmannaskap även kan innebära att det allmänna anses vara den enskildes motpart i ett civilrättsligt sammanhang. Enligt 2 kap. 5 § SoL får kommunen inte överlämna uppgifter till självständiga företag som innefattar myndighetsutövning, vilket innebär att beslut om rätt till bistånd alltid fattas av kommunen i och med att det utgör myndighetsutövning. I dessa fall finns ett skadeståndsansvar för det allmänna enligt 3 kap. 2 § SkL. Själva utövandet av tjänsten räknas däremot inte som myndighetsutövning. För att i de fallen kunna få skadestånd från kommunen förefaller det istället vara så att den skadelidande måste åberopa kontraktsregler om ansvar för självständig medhjälparens vållande.<sup>120</sup> Om ett av kommunen anlitat företag har brister i utförandet av tjänsten kan det enligt min uppfattning tyckas befogat att den enskilde får vända sig till kommunen som ju har rollen som den ytterst ansvarige för verksamheten. Ytterligare omständigheter som talar för att kommunen skulle anses vara avtalspart är det faktum att det är kommunen som beslutar om tilldelning av tjänsten samt om avgifter.<sup>121</sup> Lagstiftaren verkar dock snarare ha inställningen att ett skadeståndsansvar inte föreligger på sådana grunder för det allmänna, enligt vad som framgår av motiven. I och med att kommunen inte anses skyldig att betala ersättning för en rad brister i vården utöver vad som stadgas i SkL vore det dessutom underligt om ansvaret skulle ha skärpts med anledning av att en privat aktör utför tjänsten.<sup>122</sup>

Om den enskilde inte kan utkräva skadeståndsrättsligt ansvar från kommunen uppkommer frågan i vad mån det är möjligt att hålla det självständiga företaget ansvarigt. Redan enligt utomobligatoriska regler är företaget ansvarigt för person- och sakskada som företaget vållar. Det är dock inte troligt att desamma gäller vid ren förmögenhetsskada. Relationen mellan företaget och brukaren liknar visserligen den som råder vid ett avtalsförhållande, men ifall kommunen inte är ansvarig för ren förmögenhetsskada i verksamhet som utförs i egen regi vore det inkonsekvent om företaget skulle ha ett strängare ansvar. Då skulle en brukare få olika möjligheter till

---

<sup>117</sup> Prop. 2008/09:29 s. 73, s. 90 och s. 114.

<sup>118</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 145.

<sup>119</sup> Heldahl, LOV – Lagen om valfrihetssystem s. 38.

<sup>120</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 145 f.

<sup>121</sup> Ds 2009:13 s. 232 f.

<sup>122</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 146.

civilrättsligt skydd beroende på typ av utförare. Dessutom skulle en icke konkurrensneutral situation uppstå mellan privata och offentliga utförare.<sup>123</sup>

Ifall ett ansvar föreligger kan det dock tyckas mer naturligt att den enskilde har att vända sig till företaget. Enligt Bengtsson är det smidigare än att kommunen blir skadeståndsskyldig och sedan får vända sig till företaget med regresskrav. Ytterligare ett argument för ett direkt ansvar för företaget i förhållande till den enskilde kunde vara det faktum att ett företag är vinstdrivande, när så är fallet.<sup>124</sup>

#### **4.11.5 Sammanfattning**

Sammanfattningsvis kan det konstateras att möjligheten att tillämpa civilrättsliga konsumentregler inom socialtjänstens äldreomsorg förbigås både i offentligrättslig lagstiftning och i motiven till lagen. Trots detta föreligger omständigheter som talar för att en utvidgning av skyddet för den enskilde är möjligt. Likaså föreligger omständigheter som tyder på likheter med ett avtalsrättsligt förhållande. Det motstånd som finns från kommuners, lagstiftarens och myndigheters håll mot att tillämpa civilrättsliga regler inom socialtjänster innebär dock att ett utökat ansvar för kommunen inte får genomslag i praktiken.

### **4.12 Hälsa- och sjukvård**

#### **4.12.1 Allmänt**

Viktiga offentligrättsliga lagar för sjukvården är hälso- och sjukvårdslagen (1982:763, HSL), patientlagen (2014:821), patientsäkerhetslagen (2010:659) samt patientskadlagen (1996:799).

Det finns en möjlighet till ekonomisk ersättning vid personskada i sjukvården, en så kallad patientskadeersättning. Ersättningen utgår från patientförsäkringen enligt patientskadlagen, oberoende av styrkt vållande, förutsatt att vissa villkor är uppfyllda. I princip råder strikt ansvar för de flesta typer av personskada som en enskild kan drabbas av inom vården. Det är därmed frågan om ett ansvar som sträcker sig längre än vad skadeståndsskyldighet enligt kontraktsregler skulle ha gjort vid denna typ av skador. Om personskada har orsakats av dröjsmål eller underlåtenhet att lämna vård finns det dock ingen möjlighet till ersättning genom patientförsäkringen. Inte heller vid ren förmögenhetsskada finns möjlighet till ersättning via försäkringen, såsom när en operation inte uppnår förväntat resultat, men utan att någon skada på personen har inträffat.<sup>125</sup>

I de situationer patientskadeersättning inte utgår kan istället SkL bli tillämplig i vissa situationer. Vid personskada blir 2 kap. 1 § och 3 kap. 1 § SkL tillämpliga i relationen med vårdgivaren.

---

<sup>123</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 146.

<sup>124</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 147.

<sup>125</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 84 f.

När en patient råkar ut för ren förmögenhetsskada blir reglerna i SkL inte lika användbara. Det blir sällan fråga om myndighetsutövning så länge det inte handlar om någon form av tvångsvård. Därför blir vanligtvis inte 3 kap. 2 § SkL relevant, som ju handlar om ersättning av stat eller kommun för bl.a. ren förmögenhetsskada efter fel eller försummelse vid just myndighetsutövning.<sup>126</sup> Här är det därför av intresse att undersöka huruvida det är möjligt att se förhållandet som avtalsrättsligt.

#### 4.12.2 Möjligheten att se förhållandet som civilrättsligt

Vad gäller den lagstiftning som uttryckligen reglerar förhållandet mellan vårdgivare och patient finns sådan endast att finna i offentlighetslagstiftning. Det stadgas inga uttryckliga rättigheter i lagstiftningen, utan istället får "rättigheterna" utläsas indirekt i de motsvarande skyldigheter som finns i framförallt HSL som bl.a. handlar om vårdens kvalitet, patientlagen som berör patientens ställning, samt patientsäkerhetslagen som bl.a. handlar om vårdpersonalens och vårdgivarens skyldigheter. Enligt 3 och 18 §§ HSL åligger ansvaret för en god hälso- och sjukvård landstingen och i viss utsträckning kommunerna. Vad som menas med god vård definieras närmare i 2a § HSL. Det faktum att någon civilrättslig lagstiftning som uttryckligen berör förhållandet mellan vårdgivare och patient inte finns tyder på att lagstiftaren inte anser det föreligga något avtalsförhållande parterna emellan.<sup>127</sup>

HD har inte gjort några klara uttalanden gällande huruvida avtalsrättsliga normer är möjliga att tillämpa i förhållandet mellan patienten och vårdgivaren. Inom doktrinen har ett antal författare ansett att förhållandet bygger på avtal eller att det är avtalsliknande, och har tolkat tidigare praxis på samma sätt. Ett sådant synsätt har dock framförts framförallt före tillkomsten av SkL, vilket innebar att det krävdes ett avtalsförhållande för att ett sjukhus skulle ansvara för oaktsamma handlingar som utförts av personalen eftersom det då inte fanns någon regel om ansvar för arbetstagares vållande i utomobligatoriska förhållanden. I och med tillkomsten av 3 kap. 1 § SkL behövs inte en avtalskonstruktion för ansvar i detta läge. Vårdgivaren svarar numera som arbetsgivare för en anställds vållande i tjänsten oavsett om ett kontraktsförhållande föreligger eller ej. Det är därför inte säkert att uppfattningen att det är frågan om ett kontraktsförhållande kvarstår än idag.<sup>128</sup>

Från vårdgivarhåll finns en skepsis mot ett civilrättsligt system som skulle råda parallellt med ett offentlighetslagstiftning inom hälso- och sjukvården. Istället anses det skydd som finns i offentlighetslagstiftning som tillräckligt. En möjlighet till civilrättsliga sanktioner skulle endast komplicera det offentlighetslagstiftningssystemet, menar man.<sup>129</sup>

Enligt Bengtsson är det dock möjligt att tänka sig en hänvisning till kontraktsregler vid vållande av ren förmögenhetsskada, kanske också i de situationer då något egentligt avtal inte föreligger mellan parterna, såsom vid ett akutfall.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 86.

<sup>127</sup> Jfr Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 47 ff.

<sup>128</sup> Jfr Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 49 ff.

<sup>129</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 94.

<sup>130</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 87.

#### 4.12.3 Synen på förhållandet inom hälso- och sjukvården – en utblick

Synen på rättsförhållandet mellan vårdgivaren och patienten i olika länder kan traditionellt sett delas upp i ett kontraktuellt synsätt och ett icke-kontraktuellt synsätt.<sup>131</sup> Beroende på ett lands rättsliga tradition och inom vilket rättsområde man valt att placera hälso- och sjukvården påverkas synen på förhållandet mellan vårdgivaren och patienten. I vissa länder utgör hälso- och sjukvårdsrätten en del av civilrätten, vilket medför att vårdgivaren och patienten utgör varandras parter i ett avtal. Så är fallet exempelvis i Nederländerna. I andra länder utgör hälso- och sjukvårdsrätten istället en del av förvaltningsrätten. I dessa fall ses det primära förhållandet istället som det mellan staten och medborgarna. De nordiska länderna utgör exempel på detta.<sup>132</sup> Andra faktorer som kan påverka synen på förhållandet är hur arbetet inom hälso- och sjukvården bedrivs rent praktiskt i landet ifråga.<sup>133</sup>

Många gånger ansluter sig länder som härrör från civil law-traditionen till ett kontraktsrättsligt synsätt på förhållandet, medan länder vars rättssystem bygger på common law-traditionen ofta har ett synsätt som ligger närmare det icke-kontraktuella. Bland de länder som anser förhållandet utgöra ett avtal kan en uppdelning därefter göras beroende på vilken avtalstyp som landet vill hänföra kontraktet till. En uppdelning är också möjlig att göra bland de länder som har ett synsätt mer åt det icke-kontraktuella, där t.ex. vissa länder har en mer rättighetsbetonad syn, medan andra har en förvaltningsrättslig syn som har inslag av myndighetsutövning.<sup>134</sup>

#### 4.12.4 Ledning från konsumenttjänstlagen

Vissa av KtjL:s regler som ger uttryck för allmänna kontraktsrättsliga principer kan ge ledning vid hälso- och sjukvård.<sup>135</sup> I rättsfallet NJA 2011 s. 600 har en statlig myndighet i egenskap av näringsidkare utfört tandvårdstjänst på en konsument. Efter utförandet ansåg båda parterna att tjänsten behövdes göras om p.g.a. att den ansågs vara bristfällig. Oenighet uppkom gällande när betalning skulle ske. HD ansåg i avgörandet att även om KtjL inte var direkt tillämplig kan den ge ledning i bedömningen av parternas avtal i de delar lagen bygger på allmänna kontraktsrättsliga principer som kan tillämpas inom tjänsteområdet.<sup>136</sup> Sjukvård och tandvård har ett till stor del gemensamt rättsläge, vilket medför att rättsfallet är av intresse även för sjukvården, åtminstone när någon form av avtal förelegat parterna emellan.<sup>137</sup>

#### 4.12.5 Fel i sjukvården

Beträffande fel i sjukvården förekommer en rad svårigheter vid en eventuell analog tillämpning av KtjL. En anledning till detta är att KtjL till stor del handlar om arbete på

---

<sup>131</sup> Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 32.

<sup>132</sup> Westerhäll, Patienträttigheter s. 81.

<sup>133</sup> Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 32.

<sup>134</sup> Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 32 f.

<sup>135</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 92.

<sup>136</sup> NJA 2011 s 600 punkt 6.

<sup>137</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 84 och s. 87.

egendom, och ofta utgår man i lagen ifrån att föremålet för tjänsten överlämnas till näringsidkaren och är i dennes besittning. Av förklarliga skäl passar inte detta väl för sjukvård som handlar om behandling av personer, och där hänsyn måste tas till dessa patienters personliga integritet. Ytterligare något som bidrar till svårigheten att analogisera från KtjL vid fel i sjukvården är det faktum att KtjL i denna del handlar om att näringsidkaren har att prestera ett visst resultat. Inom sjukvården handlar det vanligtvis istället om att visa omsorg. Enligt Bengtsson måste denna olikhet innebära ett annat synsätt vid bedömningen av ansvar för fel i tjänsten.<sup>138</sup>

I KtjL råder ett kontrollansvar vid fel i tjänsten. Detta innebär att ansvaret i stort sett är strikt.<sup>139</sup> Näringsidkaren kan endast undgå skadeståndsansvar om denne lyckas visa att felet beror på ett hinder utanför hans eller hennes kontroll, som han eller hon inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid avtalets ingående och vars följderna han eller hon inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit (31 § 1 st. KtjL). I HSL finns ett antal krav som ställs på tjänsten ifråga (2a – 2f §§). Men det skulle gå stick i stäv med vilket ansvar denna yrkeskategori vanligtvis uppfattas ha ifall ett skadeståndsansvar skulle utkrävas så fort tjänsten inte lever upp till den nivå som kraven ställer i hälso- och sjukvårdslagen och att ansvaret endast kan undgå i de ovanliga fall då orsaken till felet var en omständighet som sjukvården inte hade möjlighet att påverka. Att tillämpa ett kontrollansvar inom sjukvården överensstämmer således inte med ett traditionellt synsätt.<sup>140</sup>

Vad gäller uppdragets utförande skulle enligt Bengtsson 4 § KtjL kunna användas analogvis, d.v.s. ett krav på att tjänsten utförs fackmässigt, att samråd med konsumenten ska ske och att dennes intressen ska tas till vara. Denna bestämmelse har dock ett begränsat värde i sammanhanget, i och med den närmare precisering av utförandet som finns i HSL.<sup>141</sup> Det som väger tyngst vid bedömningen av sjukvårdens kvalitet är hur medicinsk expertis ser på situationen.<sup>142</sup> En svårighet vid bedömningen av kvaliteten på vård är att den enskilde inte på egen hand kan göra kvalitetsbedömningen, utan måste till största delen förlita sig på experter inom sjukvården vid en bedömning av kvaliteten på hälso- och sjukvården.<sup>143</sup>

#### **4.12.6 Dröjsmål inom sjukvården**

Inom hälso- och sjukvården finns en lagstadgad vårdgaranti som innebär att den enskilde inom vissa specificerade tider ska få kontakt med primärvården, ska få besöka läkare inom primärvården, få besöka den specialiserade vården, samt få planerad vård. Dessa tidsfrister finns stadgade i förordning (2010:349) om vårdgaranti. Det är landstingets ansvar att erbjuda vårdgaranti (3 g § HSL) och att upprätthålla

---

<sup>138</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 88 f.

<sup>139</sup> Bengtsson i SvJT 2008 s. 262 f.

<sup>140</sup> Jfr Bengtsson i SvJT 2008 s. 270.

<sup>141</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 89.

<sup>142</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 89; jfr Axelsson, Patientsäkerhet och kvalitetssäkring i svensk hälso- och sjukvård s. 33.

<sup>143</sup> Jfr Axelsson, Patientsäkerhet och kvalitetssäkring i svensk hälso- och sjukvård s. 33.

vårdgarantins tillgänglighetskrav.<sup>144</sup> Om garantin att få besöka den specialiserade vården eller garantin att få planerad vård inte uppfylls inom utsatt tid ska landstinget se till att patienten får vård hos annan vårdgivare utan extra kostnad, enligt 3 h § HSL. I övrigt finns inga påföljder vid bristande uppfyllelse av vårdgarantin stadgade i lagen.<sup>145</sup>

I motiven beskrivs att vårdgarantin innebär en skyldighet för landstingen att upprätthålla de krav som garantin ställer på tillgänglighet. Genom en lagstiftning anses skyldigheterna bli tydligare, och därigenom förstärks möjligheten för medborgare att ställa krav och utkräva ansvar. Några ekonomiska påföljder beskrivs dock inte i motiven. Det enda som nämns är möjligheten att utkräva politiskt ansvar om landstingen inte lyckas leva upp till skyldigheterna enligt vårdgarantin, och den möjlighet som finns till laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen vid missnöje med landstingets beslut. Vårdgarantin anses inte innebära några ökade kostnader för landstingen.<sup>146</sup> Det finns således inget som tyder på att lagstiftaren anser civilrättsliga påföljder vara möjliga vid ett misslyckande med att leva upp till vårdgarantin.

I och med att det finns ett uttryckligt löfte om vård inom vissa tider från landstingets sida, uppkommer frågan om det ändå kan vara möjligt att civilrättsligt utkräva skadestånd vid ett icke-uppfyllande av vårdgarantin. En försenad vård skulle dels kunna innebära personskada, dels ren förmögenhetsskada t.ex. då en patient nödgas skaffa vård på annat håll som därmed blir dyrare, kanske utomlands. Genom att studera lagen kan det verka klart att ett dröjsmål och därmed icke-uppfyllande av vårdgarantin skulle ha en civilrättslig betydelse, normalt sett skadestånd som följd i och med att det handlar om en garanti som inte uppfyllts. Enligt allmänna regler om culpaansvar borde skadestånd kunna utgå vid dröjsmål som beror av vållande på landstingets sida och som orsakar personskada. Även vad gäller ren förmögenhetsskada kan det tyckas rimligt med ett ansvar ur kontraktetsrättslig synpunkt.<sup>147</sup>

En sådan tolkning anses dock vara främmande inom sjukvården precis som för lagstiftaren. Tanken förefaller istället vara att vårdgarantins utfästelse inte skulle kunna få några civilrättsliga konsekvenser. Därmed är det tveksamt om ovanstående resonemang skulle hålla i domstol. Rättsläget får anses oklart.<sup>148</sup>

Vad gäller övriga dröjsmål inom hälso- och sjukvården, dvs. dröjsmål som inte bryter mot vårdgarantin, finns även här skäl för sanktioner. I regel handlar det vid denna typ av dröjsmål om att en behandling eller ett besök inte sker i tid i jämförelse med vad man kommit överens om. Det är dock inte troligt att det i dessa fall går att läsa in en garanti för t.ex. ett vårdbesök eller en behandling vid viss tidpunkt i avtalet, vilket skulle kunna påverka graden av ansvar. Även här får anses ovisst vad som egentligen gäller i och med att ett civilrättsligt ansvar troligtvis även i dessa fall ses som främmande från vårdgivarens sida.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> Prop. 2009/10:67 s. 36 ff.

<sup>145</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 90.

<sup>146</sup> Prop. 2009/10:67 s. 38, s. 40 och s. 73 ff.

<sup>147</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 90 f.

<sup>148</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 91.

<sup>149</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 91 f.

#### 4.12.7 Det allmännas ansvar för medhjälparens vållande inom sjukvården

Både finansieringen och själva utförandet av hälso- och sjukvård i Sverige har traditionellt skötts av det offentliga. Det sker dock en ökning av privat utförd vård, där privatisering, liksom för äldreomsorgen kan ske genom LOU eller genom LOV.<sup>150</sup> Enligt 3 § HSL kan landstinget sluta avtal med någon annan om att utföra landstingets uppgifter inom hälso- och sjukvård. Landstinget anses vara huvudman och ett sådant ansvar kvarstår även om annan utför uppgifterna.<sup>151</sup>

Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får emellertid inte överlämnas till en juridisk person eller en enskild individ (3 § HSL), vilket innebär att vad som anses vara myndighetsutövning inom hälso- och sjukvården alltid utförs av det allmänna. I dessa fall finns ett skadeståndsansvar enligt 3 kap. 2 § SkL. I likhet med vad som gäller för äldreomsorg räknas inte själva utövandet av tjänsten som myndighetsutövning, vilket innebär att en skadelidande även inom hälso- och sjukvården torde behöva åberopa kontraktsregler om ansvar för självständig medhjälparens vållande för att kunna få skadestånd från det allmänna<sup>152</sup>.

För det fall det allmänna anses skadeståndsskyldiga för vård i egen regi vore det underligt om det allmänna kan undgå ett sådant ansvar genom att sätta ut driften på enskilda utförare, vilket talar för att ansvar då även borde gälla för självständiga medhjälpare (jfr avsnitt 4.11.4).

#### 4.12.8 Sammanfattning

Det kan konstateras vara oklart vilken innebörd förhållandet mellan vårdgivare och patient har. Det finns inte någon tydlig riktlinje varken i praxis eller doktrin.

KtjL måste anses generellt sett dåligt anpassad för sjukvård, som handlar om för den enskilde viktigare och mer ingripande former av tjänst än vad KtjL behandlar.<sup>153</sup>

De situationer då ett rättsskydd saknas verkar vara när det föreligger fel som inte täcks av patientförsäkringen alternativt SkL, eller föreligger dröjsmål från vårdgivarens sida. Föreligger ett avtal mellan vårdgivare och patient, eller ett kontraktsliknande förhållande, talar detta för en tillämpning av allmänna kontraktsrättsliga och skadeståndsrättsliga principer. Därmed skulle ett skadeståndsansvar vid ren förmögenhetsskada motiveras, förutsatt att vållande varit för handen, och likaså en nedsättning av avgiften, hävning samt krav på fullgörelse och avhjälpande.<sup>154</sup>

Från lagstiftarens och vårdgivares håll ställer man sig emellertid generellt sett negativa till ett ansvar för vårdgivaren utöver det som föreligger enligt patientförsäkringen. Ett sådant ställningstagande försvårar möjligheterna till ett civilrättsligt konsumentskydd för den enskilde vid sjukvård. Precis som inom äldreomsorgen verkar med garanti och ansvar inte avses något civilrättsligt skydd.<sup>155</sup>

---

<sup>150</sup> Rapport 2014:5 s. 7.

<sup>151</sup> Prop. 2008/09:29 s. 73.

<sup>152</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 146.

<sup>153</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 92 f.

<sup>154</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 93 f.

<sup>155</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 184.



## 4.13 Skola och förskola

### 4.13.1 Allmänt

Bestämmelser om förskola, förskoleklass, grundskola och gymnasieskola finns i skollagen (2010:800, SkoL).

Skolor och förskolor kan drivas både i offentlig och privat regi. Huvudmannen för skolan och förskolan kan både vara kommunen (2 kap. 2 § SkoL) eller enskilda (2 kap. 5 § SkoL), vilket innebär bolag, stiftelser, föreningar, enskilda individer eller registrerade trossamfund.<sup>156</sup>

Inom skolväsendet finns ett antal möjligheter till skadestånd för enskilda, stadgade i lag. För det fall det handlar om myndighetsutövning är 3 kap. 2 § SkL tillämplig. Exempel på myndighetsutövning inom skolan är betygssättning, intagningsbeslut, disciplinära beslut samt åtgärder som vidtas vid omsorgen och tillsynen av barn på skoltid. Däremot anses undervisning inte vara myndighetsutövning. Vid personskada gäller vanliga utomobligatoriska regler. Det finns även en möjlighet till ideellt skadestånd för kränkning av barn eller elev enligt 6 kap. 12 § Skollagen (2010:800, SkoL) för det fall huvudmannen eller personalen åsidosätter vissa skyldigheter stadgade i lagen. Skadestånd utgår även för andra skador än kränkningen. Generellt ser man dock inte förhållandet till vårdnadshavaren som avtalsrättsligt, och vare sig ett sådant förhållande kan konstateras eller ej är bestämmelsen om kränkning möjlig att tillämpa. Så är fallet även då privata aktörer driver skolan.<sup>157</sup>

I SkoL finns ett antal bestämmelser som ger uttryck för vilken kvalitet och standard som skolväsendet förväntas hålla. Det sägs dock inget om vilket ansvar det allmänna har ifall brister skulle förekomma.<sup>158</sup>

### 4.13.2 Privata skolor och förskolor

Mellan privata skolor eller förskolor och vårdnadshavaren föreligger ett förhållande som ligger närmare det civilrättsliga med anledning av den enskilda huvudmannen. Bengtsson talar till och med om att ett avtalsförhållande föreligger mellan parterna i dessa fall, i och med att det handlar om relationen mellan en näringsidkare och konsument. Han anser att kontraktsrättsliga principer borde vara möjliga att tillämpa på dessa förhållanden, men menar att rättsläget är osäkert. Trots detta råder inga större skillnader i jämförelse med vad som gäller när kommunen är huvudman. De privata aktörerna förefaller inte anse att något avtalsrättsligt förhållande skulle påverka relationen med vårdnadshavaren, utan hänvisar istället till SkoL. Vidare strävar lagstiftaren efter att i så stor utsträckning som möjligt likställa offentliga och privata skolor och förskolor, och bortser därmed från eventuella avtalsrättsliga förhållanden.<sup>159</sup>

Om brister förekommer vid beslut eller andra åtgärder inom privat förskola eller skola, och åtgärden skulle ha utgjort myndighetsutövning om de vidtagits av kommunen,

---

<sup>156</sup> Prop. 2009/10:165 s. 643.

<sup>157</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 101 f. och s. 111.

<sup>158</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 102.

<sup>159</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 102 ff; jfr Ds 2009:13 s. 199.

uppkommer frågan huruvida 3 kap. 2 § SkL är tillämplig i dessa fall. SkoLL tycks anse att dessa åtgärder utgör myndighetsutövning; i lagens 29 kap. 10 § talas det om myndighetsutövning hos bl.a. en enskild huvudman. Eventuellt kan en bedömning då göras huruvida myndighetsutövning föreligger på samma sätt som om motsvarade beslut hade fattats av kommunen. I sådana fall föreligger "verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar" enligt 3 kap. 2 § SkL så snart maktutövning förekommer, oavsett form. Detta innebär att kommunen skulle bli skadeståndsskyldig vid fel orsakat av den privata aktören vid myndighetsutövning. För det fall det rör sig om ett avtal i förhållande till det privata företaget borde det även vara möjligt för en elev att begära skadestånd från företaget i fråga. Kommunen samt friskolan eller den privata förskolan blir då solidariskt betalningsansvariga för den felaktiga myndighetsutövningen.<sup>160</sup>

#### 4.13.3 Förskola

Vad gäller beslut om tilldelning och uppsägning av förskoleplats finns rättsfallet NJA 1983 s. 680. HD kom där fram till att beslut om tilldelning av barnomsorgsplats utgör myndighetsutövning. Allmän domstol är inte behörig att pröva tilldelningen. Felaktiga beslut vid en tilldelning eller avstängning kan dock innebära skadeståndsskyldighet enligt 3 kap. 2 § SkL.

De två ovan nämnda rättsfallen NJA 1998 s. 656 (I) och NJA 2008 s. 642, där HD har ansett att förhållandet till enskild inom förskolan till viss del kan ha civilrättslig karaktär, är givetvis relevant vad gäller de enskildas rättigheter i förskolan. När ett erbjudande om förskoleplats väl har accepterats anses det uppstå ett rättsförhållande med ömsesidiga förpliktelser. Dessa förpliktelser innefattar bl.a. en skyldighet för vårdnadshavarna att betala avgiften, och en skyldighet för kommunen att tillhandahålla en förskoleplats. Trots att förskoleavgiften inte anses utgöra ett vederlag för avtalad prestation på vanligt vis, utan istället har en offentligrättslig grund, framkommer av de båda rättsfallen att avgiften ändå anses ge rättsförhållandet en kontraktsrättslig karaktär.

Efter att ett barns vårdnadshavare har anmält önskemål om plats på förskola med offentlig huvudman har kommunen fyra månader på sig att erbjuda barnet förskola (8 kap. 14 § SkoLL). Barn som behöver särskilt stöd i sin utveckling ska erbjudas förskola skyndsamt. Misslyckas kommunen med detta föreligger *dröjsmål*. Skada som här skulle kunna uppkomma för vårdnadshavaren är exempelvis förlorad arbetsinkomst eller kostnader för att ordna barnomsorg på annat håll.<sup>161</sup> Möjligheterna att i dessa fall begära skadestånd från kommunen för ren förmögenhetsskada på avtalsrättslig grund är dock ytterst begränsade i och med att något avtal om förskoleundervisning mellan parterna inte föreligger i detta tidiga skede, vilket gör att allmänna avtalsrättsliga principer inte går att tillämpa. Troligtvis uppkommer ett avtalsrättsligt förhållande först när vårdnadshavaren tackar ja till en erbjuden förskoleplats, liknande en civilrättslig

---

<sup>160</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 103 f.

<sup>161</sup> SOU 2013:41 s. 167.

accept. Innan dess går det inte att utläsa någon överenskommelse mellan kommunen och vårdnadshavaren, och rättsförhållandet måste därför i detta skede anses vara utomobligatoriskt. I och med att något avtal inte föreligger får möjligheten till skadestånd istället utläsas enligt SkL, som blir tillämplig i och med att någon annan författning som kan ges företräde inte finns (se 1 kap. 1 § SkL). Beror det på vållande vid myndighetsutövning att förskoleplats inte getts i tid kan det vara möjligt för enskild att få skadestånd genom att åberopa 3 kap. 2 § SkL.<sup>162</sup>

Vid *fel* i kommunens prestation inom förskolan finns ledning att hämta i de båda HD-avgörandena. Dessa fall ger stöd för att kontraktsrättsliga regler är tillämpliga, vilket medför att en nedsättning av avgiften är möjlig såsom i de båda rättsfallen, att vårdnadshavaren kan häva avtalet för det fall det skulle ligga i dennes intresse, och dessutom är det sannolikt möjligt att begära skadestånd för ren förmögenhetsskada på kontraktsrättslig grund. Likaså torde det vara möjligt att kräva avhjälpande. Möjligheten att använda kontraktsrättsliga regler bör även medföra att kommunen ansvarar för skada orsakad av självständig medhjälparens vållande. Troligtvis krävs mycket påtagliga brister i prestationen och direkta missförhållanden för att sanktionerna ska vara möjliga att tillämpa, i och med att de offentligrättsliga bestämmelserna om förskolans kvalitet är allmänt hållna.<sup>163</sup>

Vare sig ett avtalsförhållande kan konstateras eller ej i förhållande till vårdnadshavaren har kommunen en skyldighet att undanröja vissa risker, för att annars riskera att bli ansvarig för den skada som ett barn råkar ut för. Bedömningen av huruvida vållande har förekommit förändras då troligtvis inte av ett eventuellt avtalsrättsligt förhållande. I och med att det handlar om omhändertagande av barn uppkommer en långtgående aktsamhetsplikt.<sup>164</sup> I HD-avgörandet NJA 1984 s. 764 ansågs kommunen ansvarig för skada och därmed skadeståndsskyldig efter att en sjuåring allvarligt skadat en jämnårig i ögat i ett kommunalt fritidshem, med verktyg som förvarades inom räckhåll för barnen på fritidshemmet. HD ansåg att kommunen hade agerat försumligt och därigenom orsakat risk för skada.

#### 4.13.4 Grundskola och gymnasium

Inom skolan finns det anledning att göra en uppdelning beroende på om undervisningen är frivillig, såsom i förskoleklass och gymnasieskolan, eller bygger på skolplikt, dvs. grundskolan. Vid *frivillig undervisning* föreligger ömsesidiga viljeförklaringar på ett sätt som är jämförbart med förhållandet parterna emellan i ett avtal. Något som dock troligtvis minskar möjligheten att tillämpa civilrättsliga sanktioner är det faktum att någon avgift generellt sett inte tas ut inom skolan. Det finns därför inte någon möjlighet till prisavdrag, och inte heller blir hävning relevant i och med att den enskilde inte behöver frigöra sig från några förpliktelser. En civilrättslig sanktion som däremot är av intresse i sammanhanget är skadestånd när skolan inte lever upp till sina skyldigheter; brister i utbildningen skulle kunna medföra ekonomisk skada. Det är dock svårt att finna

<sup>162</sup> Jfr SOU 2013:41 s. 166 ff.; jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 107.

<sup>163</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 108.

<sup>164</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 108 f.

grund för skadestånd och andra civilrättsliga sanktioner inom offentlig utbildning så länge inte ett avtalsförhållande kan konstateras föreligga. Enligt Bengtsson är det osäkert om förhållandet skulle uppfattas som kontraktliknande även om skolplikt inte föreligger. När *skolplikt föreligger* är det än svårare att se likheter med ett avtalsrättsligt förhållande, vilket talar emot en analogvis tillämpning av kontraktsträttsliga principer.<sup>165</sup>

Vid personskada torde kommunen oavsett ett eventuellt avtalsförhållande ha en särskild skyldighet att visa omsorg om elevernas säkerhet liknande det som finns för förskolor. Skyldigheten gäller sannolikt förutom i samband med undervisningen också i andra sammanhang när eleverna vistas på skolområdet; dock med hänsyn till elevens ålder.<sup>166</sup>

#### 4.13.5 Sammanfattning

Att tillämpa avtalsrättsliga principer inom skolan verkar vara främmande både för en offentlig och för en privat huvudman. Lagstiftaren förefaller inte heller vara av åsikten att civilrättsliga sanktioner är möjliga att tillämpa inom skolväsendet; det finns inget som tyder på att så skulle vara fallet varken i SkoL eller dess förarbeten. Vid privata förskolor och skolor ligger det dock närmare till hands att anse det vara möjligt i förhållande till det privata företaget, i och med att förhållandet eventuellt kan betraktas som civilrättsligt. Vidare tyder praxis på att det inom förskolan är möjligt att tillämpa civilrättsliga påföljder, även när huvudmannen är det offentliga. Det är dock inte lika troligt att förhållandet skulle anses vara avtalsrättsligt inom skolan där det offentliga är huvudman, vilket medför att en elev eventuellt har olika rättsskydd beroende på vem som är huvudman till skolan som eleven går på. Särskilt svårt blir det att anse ett avtal föreligga när skolplikt råder.

För egen del anser jag det dock vara underligt om det vore möjligt att se förhållandet som avtalsrättsligt inom privat grundskola, men inte när huvudmannen är offentlig. En viljeförklaring är inte lättare att finna när grundskolan är privat än annars, i och med att skolplikt föreligger.<sup>167</sup> Dessutom är även den privata grundskolan som regel avgiftsfri<sup>168</sup> vilket gör att svårigheten att finna en motprestation gör sig gällande även här. De privata skolornas obenägenhet att tillämpa civilrättsliga påföljder talar enligt mig för att de inte ser förhållandet som ett avtal, snarare än att de inte tillmäter avtalet betydelse, såsom Bengtsson uttrycker det.<sup>169</sup>

#### 4.14 Slutsatser

För de fyra välfärdstjänster som uppsatsen behandlar förefaller lagstiftaren inte ha i åtanke att civilrättsliga konsumentskyddsregler ska vara tillämpliga, vilket framkommer av motivuttalanden och den brist på lagstiftning som råder i frågan. Detta trots att det i offentligrättslig lagstiftning finns en rad skyldigheter för det allmänna, och krav att leva

---

<sup>165</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 110 f.

<sup>166</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 111.

<sup>167</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 111.

<sup>168</sup> Det finns dock vissa undantag; jag bortser från rättsläget vid internatskolor.

<sup>169</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 105 och s. 103 not 6.

upp till vid utförandet av tjänsterna ifråga. Ifall det allmänna inte lever upp till dessa skyldigheter och krav verkar möjligheterna därmed i många fall små för brukaren att nå framgång genom att åberopa civilrättsliga sanktioner i relationen med det allmänna.

Vad gäller praxis på området verkar det inte heller finnas någon generell tendens att stärka brukarens ställning inom offentligt finansierade välfärdstjänster genom att använda ett civilrättsligt angreppssätt med tillhörande kontraktsrättsliga regler.

Det förefaller dock, med undantag för grundskolan, finnas omständigheter som talar för en möjlighet att dra paralleller med ett civilrättsligt avtal. Generellt verkar det som att ju mer likt förhållandet är ett avtal, desto närmare till hands ligger det att tillämpa civilrättsliga normer. Dessutom verkar åtminstone i teorin flera av de civilrättsliga sanktionerna vara möjliga att överföra till de offentliga välfärdstjänsterna. Men det råder stor skepsis från det allmänna, som ofta är negativa till möjligheten att tillämpa civilrättsliga normer inom det offentlighetsrättsliga systemet. Anledningar till detta kan bl.a. vara en rädsla för ett ökat antal skadeståndsutbetalningar samt att omotiverade krav på sanktioner och omotiverade processer ökar<sup>170</sup>. Det ligger med andra ord inte i det allmänna intresse att se förhållandet som ett avtalsrättsligt sådant, vilket kan antas försvåra möjligheten till ett förbättrat skydd.

Det går således att urskilja både offentlighetsrättsliga och civilrättsliga drag som föreligger sida vid sida inom välfärdstjänsterna. I nuläget verkar det vara upp till rättstillämpningen att bedöma vilket av dessa drag som väger över i ett konkret fall, och vilka principer som därmed blir tillämpliga.<sup>171</sup>

En orsak till den generella obenägenhet som tycks finnas mot att tillämpa ett civilrättsligt konsumentskydd vid de offentliga välfärdstjänsterna verkar vara den gruppering som görs inom juridiken mellan olika rättsområden. Att göra uppdelningar mellan civilrätt och offentlig rätt tycks skapa inlåsningseffekter till nackdel för rättsutvecklingen och enskildas möjlighet till utökat skydd.

---

<sup>170</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 186.

<sup>171</sup> Jfr NJA 2008 s. 642.

## 5 Ger förevarande rättsläge ett tillfredsställande rättsskydd för brukare av välfärdstjänster, och om så inte är fallet – hur skulle rättsskyddet kunna förbättras?

### 5.1 Inledning

I avsnitt 5.2 i detta kapitel förs en diskussion och analys kring huruvida den tillämpning av civilrättsliga normer som förefaller vara möjlig är tillräcklig för att kunna ge brukarna ett tillfredsställande rättsskydd. Därefter förs i avsnitt 5.3 ett resonemang kring möjligheten att utforma en egen kontraktstyp för offentligt finansierade välfärdstjänster, medan avsnitt 5.4 tar upp hur en sådan kontraktstyp bör vara utformad för att passa för de särskilda förhållanden som råder vid denna typ av tjänst. Avsnitt 5.5 behandlar de kvarvarande problem som inte avhjälpas genom utformandet av en egen kontraktstyp. Slutligen innehåller avsnitt 5.6 några avslutande synpunkter.

### 5.2 Ett tillfredsställande skydd?

Efter en genomgång av vilka delar av det civilrättsliga konsumentskyddet som förefaller vara möjliga att tillämpa vid brister i de offentligt finansierade välfärdstjänsterna framkommer att rättsläget i stor utsträckning är oklart. När SkL inte är möjlig att tillämpa saknas ett allmänt angreppssätt. Till stor del handlar det om antaganden om vad som gäller i och med den knapphändiga praxis som finns. Det framkommer därigenom tydligt att det finns ett behov av att klargöra vad som ska anses gälla i dessa situationer. Det befintliga rättsskydd som råder för enskilda genom den offentligrättsliga lagstiftningen och SkL kan långt ifrån anses tillräckligt för det fall dröjsmål eller fel uppkommer vid utövandet av tjänsterna. Så länge det råder ovisshet om vilka möjligheter den enskilde har vid fel och dröjsmål inom offentligt finansierade välfärdstjänster kvarstår ett svagt skydd för dem.

Ett problem vid en eventuell tillämpning av civilrättsliga normer på de offentligt finansierade välfärdstjänsterna är att de ofta inte är möjliga att tillämpa rakt av, såsom exempelvis prisnedsättning och hävning. En form av anpassning till de särskilda förhållanden som råder vid denna typ av tjänster behöver ofta göras. Mer detaljerade ramar för hur denna anpassning ska vara utformad kan därför behöva ställas upp.

Av de civilrättsliga sanktioner som finns att tillgå för konsumenter är inomobligatoriskt skadestånd för ren förmögenhetsskada en av få påföljder som i oförändrad form förefaller vara möjlig att tillämpa vid brister i offentligt finansierade välfärdstjänster. Problemet kvarstår dock att det i många situationer är osäkert vilka möjligheter det finns att tillämpa denna sanktion. Ytterligare ett problem är att det ofta handlar om andra skador än rent ekonomiska vid denna typ av tjänster. Skyddet kan därför inte anses vara heltäckande på detta område vid en tillämpning av allmänna grundsatsen, i och med att det finns få möjligheten till ideellt skadestånd så länge det inte handlar om personskada eller en brottslig gärning (se avsnitt 4.8).<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 183.

Ytterligare ett problem som framkommer är att brukaren eventuellt har större möjligheter att göra civilrättsliga invändningar för det fall utföraren av en offentligt finansierad tjänst är privat, i och med att det ligger närmare till hands att då se förhållandet som ett avtalsrättsligt sådant mellan en näringsidkare och en konsument. Om så är fallet uppkommer konkurrensfördelar för privata utförare när enskilda har möjlighet att välja utförare av tjänsten. Vidare kan rättsläget upplevas som förvirrande för den enskilde, om det råder olika möjligheter till skydd beroende på vem som är utförare av tjänsten. De enskilda som inte har några privata alternativ får dessutom sämre möjligheter att åberopa civilrättsliga påföljder när de råkar ut för brister i tjänsten, vilket inte kan anses vara önskvärt.

Det verkar även finnas ett bättre skydd för den enskilde när det handlar om privata tjänster av liknande slag som de offentligt finansierade, i och med att det då anses finnas ett avtal. Det kan exempelvis handla om plastikkirurgi eller kursutbildning. Således förefaller den enskilde hamna i en sämre position när det handlar om relationer med det allmänna än annars.<sup>173</sup>

Det kan således konstateras att förevarande rättsläge inte ger ett tillfredsställande rättsskydd för brukare av de offentligt finansierade välfärdstjänsterna i och med den osäkerhet som råder gällande de civilrättsliga sanktionernas tillämpbarhet. I den mån sanktionerna är möjliga att tillämpa kvarstår problemet att deras utformning inte passar för de offentligt finansierade tjänsterna ifråga, med anledning av tjänsternas särdrag. Därför skulle inte heller en tillämpning av civilrättsliga regler i oförändrad form kunna erbjuda ett optimalt skydd för brukarna av välfärdstjänster.

### 5.3 En egen kontraktstyp

Med anledning av de problem som ovan kunnat konstateras talar mycket för att ett mer enhetligt grepp behövs, som kan bringa klarhet i hur förhållandet med brukaren ska behandlas vid offentligt finansierade välfärdstjänster, och där det finns en möjlighet att anpassa utformningen av skyddet efter de särdrag som föreligger för tjänsterna ifråga.

Av vad som tidigare framkommit tyder mycket på att de offentligt finansierade välfärdstjänsterna har inslag som medför att det är möjligt att se förhållandet som ett avtal till den del det inte handlar om myndighetsutövning utan istället handlar om själva utförandet av tjänsten. Även om det inom svensk rätt saknas allmängiltiga lagregler för ett avtals uppkomst anses det krävas ett anbud och en accept, vilket också inkluderar ett krav på viljeförklaring från båda parterna.<sup>174</sup> Vad gäller förevarande välfärdstjänster har parterna frivilligt kommit överens om att vissa tjänster ska utföras, i ett förfarande som har stora likheter med ett avtalsrättsligt anbud och accept. Ett undantag måste dock troligtvis göras för grundskolan, där det råder skolplikt<sup>175</sup>, vilket innebär att en viljeförklaring från den enskildes sida därmed är svår att urskilja. Däremot kan en sådan

---

<sup>173</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 223 och s. 226.

<sup>174</sup> Lehrberg, avtalsrättens grundelement s. 70 och s. 80 ff.

<sup>175</sup> <http://www.skolverket.se/regelverk/juridisk-vagledning/skolplikt-och-ratt-till-utbildning-1.126411>.

viljeförklaring konstateras för gymnasieskolan och i förskoleklassen liksom inom hälso- och sjukvården, förskolan och äldreomsorgen.

Det finns privata tjänster som kan anses utgöra den offentligt finansierade välfärdstjänstens motsvarighet, t.ex. utbildning i form av en kurs eller en klinik för plastikkirurgi. Vid privata tjänster såsom dessa står det i regel klart att förhållandet grundas på ett avtal.<sup>176</sup> Det måste anses som underligt om synen på förhållandet som avtalsrättsligt kan ändras genom det faktum att den ansvarige för tjänsten är det allmänna istället för en privat näringsidkare. Det är dessutom tveksamt om den ansvarslindring som det allmänna tycks ha verkligen är befogad.

Det faktum att de offentligt finansierade välfärdstjänsterna har benefika inslag behöver inte innebära att det inte är möjligt att se relationen som avtalsrättslig (se avsnitt 4.9). Vad som däremot kan vara mer problematiskt för synen på förhållandet som avtalsrättsligt är att tjänsten inom gymnasieskola och förskoleklass är avgiftsfri. Det är därmed svårt att finna några förpliktelser för den enskilde med anledning av rättsförhållandet. Något principiellt krav på motprestation som villkor för en rättshandlings bindande verkan föreligger emellertid inte i svensk rätt, vikt innebär att även en ensidigt förpliktande utfästelse kan anses vara bindande<sup>177</sup>. Det finns exempel på andra förhållanden som ses som avtalsrättsliga trots att någon avgift inte tas ut, såsom vid gåva, gratis förvaring och lån av lös sak.<sup>178</sup> Då blir det således fråga om ett ensidigt förpliktande avtal.<sup>179</sup> Den ansvarslindring som kan motiveras av att det handlar om en benefik tjänst gör sig dock knappast gällande för gymnasieskola och förskoleklass. Det kan även vara möjligt att istället se på situationen som sådan att en betalning sker indirekt i form av skatt. Oavsett synsätt kan det tyckas märkligt om möjligheten att se relationen som avtalsrättslig skulle vara beroende av hur finansieringen av de offentliga välfärdstjänsterna utformades, vilket talar för att avgörande vikt inte bör fästas vid föreliggandet av en direkt motprestation.

Med anledning av det särdrag som förhållandet till brukarna utgör vid offentligt finansierade välfärdstjänster kan det ligga nära till hands att se relationen som ett eget rättsförhållande. Den typ av avtal som det blir frågan om för de offentligt finansierade välfärdstjänsterna passar inte riktigt in under någon av de kontraktstyper som kan anses allmänt erkänna, och det blir därför frågan om ett avtal sui generis, dvs. av en typ för sig själv.<sup>180</sup>

Därigenom uppkommer ett behov av att utforma en *egen kontraktstyp*, där hänsyn tas till det särskilda förhållande som råder vid denna typ av tjänster. På så vis skulle rättsskyddet för den enskilde klargöras, samtidigt som utformningen sker efter vad som passar bäst för denna typ av tjänster. Dessutom blir det frågan om ett mer enhetligt grepp, både mellan de olika tjänsterna, och inom respektive tjänst oavsett om det är en

---

<sup>176</sup> Se bl.a. Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättslig perspektiv s. 87; Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. Särskilda avtal s. 224 ff.

<sup>177</sup> Lehrberg, avtalsrättens grundelement s. 70.

<sup>178</sup> Jfr Bengtson m.fl., Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden s. 29.

<sup>179</sup> Jfr Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 36.

<sup>180</sup> Jfr Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. Särskilda avtal s. 24.



offentlig eller privat utförare/huvudman. Då minskar även risken för förvirring kring vad det är som gäller ifråga om möjligheten att angripa felaktigheter med hjälp av sanktioner som härrör från civilrättens normer. Från denna typ av kontraktsförhållande får sannolikt grundskoleverksamhet undantas, i och med den svårighet som finns i att konstatera en ömsesidig viljeförklaring.

För att kunna utforma en egen kontraktstyp krävs att en viss *kvalitetsnivå* kan fastslås för tjänsterna, så att det går att fastställa när fel i tjänsten förelegat, dvs. ett kontraktsbrott. En sådan kvalitet hos det allmännas prestation skulle kunna bestämmas genom de krav på utförandet som finns i den offentlighetslagstiftningen. För det fall det har avtalats om ytterligare prestationer utöver vad som stadgas i lag får även dessa delar anses ingå i kravet på kvalitet. Vid första anblick kan det förefalla vara mycket svårt att fastställa en kravnivå på tjänsternas kvalitet, i och med att de krav på tjänsten som finns stadgade i offentlighetslagstiftning ofta är vaga och allmänt hållna. Men vid en jämförelse med KtJL framkommer att det även här förekommer vaga begrepp för att beskriva vilken kvalitetsnivå som krävs vid utförandet av en tjänst – ett krav på *fackmässighet* och en *omsorgsplikt*<sup>181</sup> (se 4 § KtJL). Det borde vara möjligt att kunna fastställa en nivå av fackmässigt utförande även för de offentligt finansierade tjänsterna, där kravet på fackmässighet preciseras i den offentlighetslagstiftningen som är av relevans för respektive välfärdstjänst. Ett åtagande från det allmännas sida att utföra tjänsten på detta fackmässiga sätt och med tillbörlig omsorg uppkommer följaktligen i samband med t.ex. tilldelning av förskoleplats. Den offentlighetslagstiftningen utgör därmed grunden för felbedömningen av tjänsterna.<sup>182</sup> Det blir således frågan om ett civilrättsligt avtal i form av en egen kontraktstyp där tjänstens utförande, och därmed även avtalets innebörd, kan utläsas i offentlighetslagstiftning. En jämförelse kan göras med rättsfallet NJA 1987 s. 710 (se avsnitt 4.9), där, i det kontraktuella rättsförhållandet mellan en kommun och en bandmedlem, kommunens omsorgsplikt i avtalet fick sitt innehåll genom den offentlighetslagstiftningens prägel som förhållandet hade<sup>183</sup>.

En invändning mot den felbedömning som ovan gjorts skulle kunna vara en risk för påföljder även för mindre missöden och olägenheter, som är näst intill omöjliga att undvika och som man som enskild därför ibland kanske måste räkna med. Det kan vara svårt att fastslå vad som ska anses utgöra en fullgod kvalitet. Det är emellertid inte ett angreppssätt mot mindre fall av brister i välfärdstjänsterna som utformningen av en egen kontraktstyp i första hand kommer bidra med, och det blir därför sällan frågan om denna typ av gränsfall. Enligt vad som framkommer mer ingående nedan krävs det för hävning ett väsentligt kontraktsbrott, för prisavdrag bör det krävas att felet har betydelse för den enskilde, för krav på avhjälpande bör det krävas att det är möjligt och rimligt, och för krav på fullgörelse kan risken knappast göra sig gällande i och med att det handlar om krav på ett utförande som det allmänna kan anses ha utlovat. Vad gäller skadestånd för ren förmögenhetsskada blir det inte heller då fråga om ansvar när det handlar om mindre brister i tjänsten så länge det inte också har medfört skada för

---

<sup>181</sup> Jfr Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 132.

<sup>182</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 171 ff., s. 217 och s. 231.

<sup>183</sup> Jfr Kleineman, Studier i kontrakts- och skadeståndsrätt s. 361 not 61.

brukaren i form av en ekonomisk förlust, och för det fall skada uppkommer måste det anses rimligt att ett ansvar uppkommer. Dessutom blir det frågan om denna form av skadeståndsansvar först vid vållande från det allmännas sida.<sup>184</sup>

## 5.4 Kontraktstypens utformning

### 5.4.1 Inledning

Detta avsnitt behandlar vad som med stor sannolikhet kan anses följa av att relationen mellan den enskilde och det allmänna skulle klassas som ett avtalsrättsligt sådant vid ett antal offentligt finansierade välfärdstjänster, samt vilka särdrag denna kontraktstyp borde ha för att ta hänsyn till de särskilda omständigheter som råder vid dessa tjänster.

### 5.4.2 Skadestånd

Utformningen av ett kontrakt för de utpekade välfärdstjänsterna bör medföra ett utvidgat skadeståndsansvar för det allmänna utöver det ansvar som finns enligt utomobligatoriska regler. Det skulle i sådana fall finnas en möjlighet till *ren förmögenhetsskada* även i andra fall än vid felaktig information, vid myndighetsutövning eller vid brottslig handling. En fråga som därmed uppkommer är vilken grad av ansvar som lämpligen bör krävas vid brister. Beroende på vilken kontraktstyp det är frågan om finns det ju olika allmänna kontraktsrättsliga grundsatser vid skadestånd<sup>185</sup>.

Ett *kontrollansvar* skulle passa mindre väl för denna typ av tjänster. Det är en ansvarsform som kommer till uttryck i bl.a. KtjL (31 §). Ett sådant ansvar kan troligtvis inte antas ge uttryck för en allmän kontraktsrättslig princip<sup>186</sup>, vilket talar emot en tillämpning av ansvaret. Dessutom är det svårt att tillämpa ett kontrollansvar vid tjänster som inte handlar om att prestera ett visst resultat.<sup>187</sup> Denna form av ansvar framstår således som alltför sträng för denna typ av avtal.

I vissa fall är det möjligt att utläsa garantier för att vissa delar av en offentligt finansierad välfärdstjänst ska vara för handen, t.ex. vårdgaranti inom hälso- och sjukvården och garanti att tillhandahålla bistånd inom socialtjänsten. Dessa garantier kan tala för att ett *strikt ansvar* i dessa fall borde vara tillämbart, i och med att en garanti kan innebära att parten har utfäst ett ansvar om prestationen inte uppnår vad som utlovats. Ett sådant ansvar är sannolikt dock alldeles för strängt för det allmänna, inte minst eftersom det inte går att skylla på ett oförutsebart hinder utanför den ansvariges kontroll.<sup>188</sup>

Inom hälso- och sjukvård samt äldrevård kan det finnas fog för att tillämpa ett *presumtionsansvar* för det allmänna, dvs. att skadeståndsskyldighet uppkommer om det

---

<sup>184</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 180 och s. 234.

<sup>185</sup> Bengtsson i SvJT 2008 s. 267.

<sup>186</sup> Bengtsson i SvJT 2008 s. 263 f.

<sup>187</sup> Bengtson m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden* s. 27 och s. 47; jfr Bengtsson i SvJT 2008 s. 265 ff.

<sup>188</sup> Jfr Bengtsson i SvJT 2008 s. 267; jfr Bengtson m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden* s. 28.

allmänna inte kan visa sig fri från vållande till skadan; så att säga kan exculpera sig.<sup>189</sup> Vanligtvis utgör denna form av ansvar en allmän princip i de fall då det är frågan om omhändertagande av annans egendom.<sup>190</sup> Skälen till detta är att det ligger nära till hands att skadan beror på den som tagit hand om egendomen, och att det vanligtvis är denne som har lättast att visa på vilket sätt skadan skedde.<sup>191</sup> Även om det vid hälso- och sjukvård och socialtjänst naturligtvis inte handlar om omhändertagande av egendom kan skälen för ansvaret ändå göras gällande där – det gör i regel inte någon större skillnad att den enskilde är närvarande när skadan uppkommer, eftersom denne vid ett skadefall har begränsade möjligheter att bedöma fackmässigheten i denna typ av tjänster. Det är i många fall svårt för den enskilde att kontrollera utförandet av tjänsten eftersom sakkunskapen ligger hos motparten, som därmed har bättre möjligheter att förklara om skadan berott på vållande eller ej.<sup>192</sup> Mycket talar därför för denna form av ansvar vid fel och dröjsmål inom hälso- och sjukvård samt äldreomsorg. Därmed skulle ansvar undgå om det allmänna kan visa att en brist i tjänsten beror på ett ursäktligt förhållande såsom t.ex. en olyckshändelse<sup>193</sup>.

Något som talar emot ett presumtionsansvar inom hälso- och sjukvård och äldreomsorg är det faktum att ett ansvar för styrkt vållande istället gäller när det handlar om myndighetsutövning inom dessa tjänster (3 kap. 2 § SkL). Graden av ansvar skulle därmed vara lägre när det handlar om myndighetsutövning än vid utövandet av själva tjänsten. Ytterligare något som talar emot ett presumtionsansvar inom hälso- och sjukvården är att behandlingen ofta innebär risker för att något kan gå fel, vilket medför att en skada inte behöver betyda att tjänsten sannolikt inte utförts fackmässigt<sup>194</sup>.

Ovanstående skäl för ett presumtionsansvar gör sig inte gällande inom förskoleklassen, gymnasieskolan och förskolan. Istället framstår ett ansvar för *styrkt vållande* som det mest lämpliga vid fel eller dröjsmål vid denna typ av offentlig tjänst. Denna grad av ansvar gäller vanligtvis i avtalsförhållanden vid ren förmögenhetsskada<sup>195</sup>.

Oavsett grad av ansvar bör det allmänna ansvara även för *enskilda företag* som utför en offentlig finansierad välfärdstjänst. På så vis uppkommer ingen möjlighet för det allmänna att undvika ansvar genom att kunna hänvisa den enskilde till att istället vända sig mot företaget ifråga. Ett ansvar för enskilda företag stämmer även överens med den avtalsrättsliga princip som säger att den motpart som anlitar en självständig medhjälpare för att fullgöra avtalet ansvarar för försummelse orsakad av denne medhjälpare.<sup>196</sup> Det allmänna utgör således den enskildes medkontrahent även om det är ett enskilt företag som utför tjänsten ifråga. Det ter sig dock som mest rimligt att

---

<sup>189</sup> Jfr Bengtson m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden* s. 26.

<sup>190</sup> Bengtsson i SvJT 2008 s. 267.

<sup>191</sup> Bengtson m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden* s. 26.

<sup>192</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 175 f.

<sup>193</sup> Ds 2009:13 s. 176.

<sup>194</sup> Jfr Bengtsson i SvJT 2008 s. 270.

<sup>195</sup> Bengtson m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden* s. 21; jfr Hesser, *Immateriella tjänster* s. 70 f.

<sup>196</sup> Jfr Bengtson m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden* s. 25.

utforma ett solidariskt ansvar, så att brukaren istället kan välja att vända sig direkt till det enskilda företaget.<sup>197</sup>

### 5.4.3 Hävning, prisavdrag, avhjälpande, fullgörelse

Utformningen av ett avtal medför att en möjlighet till *hävning* av avtalet för framtiden bör finnas vid väsentliga brister i form av fel eller dröjsmål. Det vederlag som den enskilde ska betala för redan utförd tjänst borde då motsvara vad den utförda delen av tjänsten är värd, för att bättre anpassa principen till denna typ av tjänster (se avsnitt 4.5).

Likaså möjliggör avtalskonstruktionen en *nedläggning av avgiften* vid brister, för det fall avgift utgår för tjänsten i fråga. Även här krävs dock en anpassning vad gäller beräkningen av nedläggningen, företrädesvis genom en skälighetsbedömning (se avsnitt 4.6).

Genom att ett avtalsrättsligt förhållande kan konstateras talar mycket för att även *krav på fullgörelse* borde vara möjligt att åberopa i vissa situationer vid de offentligt finansierade välfärdstjänsterna. Ett krav på fullgörelse skulle kunna ske då en överenskommelse kan konstateras mellan parterna om ett visst utförande, men att sedan dröjsmål uppkommer i fråga om utförandet av tjänsten. Det blir dock inte möjligt att tillämpa principen när det handlar om beslut om tilldelning av tjänsten, eller annan myndighetsutövning (se avsnitt 4.3). En anpassning av principen behövs troligtvis inte för en tillämpning av den vid välfärdstjänsterna<sup>198</sup>.

Likaså möjliggör avtalskonstruktionen att ett *krav på avhjälpande* borde kunna åberopas som påföljd för de välfärdstjänster där det blir relevant. I vissa situationer passar det emellertid inte att tillämpa principen rakt av, i och med att det i vissa fall inte är möjligt att avhjälpa felet, t.ex. vissa behandlingar som inte är möjliga att göra om. Därför kan en modifikation behöva göras av principen, och man kan då snegla på det lagförslag som skrevs i departementspromemorian gällande en utvidgning av KtjL, där det för ett antal tjänster föreslogs vara möjligt att kräva avhjälpande när det är möjligt och rimligt.<sup>199</sup>

## 5.5 Förändringar i lagstiftningen

### 5.5.1 Ett i lag fastställt rättsskydd

Från flera håll har åsikten uttryckts att det är en lagstiftning som krävs för att få bukt med de problem som denna uppsats behandlar.<sup>200</sup> Även om det kan fastslås att det föreligger ett avtalsrättsligt förhållande vid ett antal offentligt finansierade

---

<sup>197</sup> Jfr Ds 2009:13 s. 230.

<sup>198</sup> Jfr Ds. 2009:13 s. 34, 3 kap 19 § i förslag till lag om ändring i KtjL som föreslogs gälla för bl.a. socialtjänster enligt s. 49, 2 kap. 7 § i förslag till lag om ändring i socialtjänstlagen.

<sup>199</sup> Ds 2009:13 s. 32 (3 kap. 11 § i förslag till lag om ändring i KtjL) och s. 40 (4 kap. 4 § i förslag till lag om ändring i KtjL), s. 173 och s. 192.

<sup>200</sup> Jfr bl.a. Johansson, Konsumenttjänstlagen: en kommentar s. 93; Ds 2009:13 s. 209 ff. som talar om en *utvidgning* av KtjL till det offentlighetsrättsliga området; Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 187 ff.

välståndstjänster behöver ett sådant konstaterande inte utesluta att en lagstiftning kan och bör komma till stånd. Genom att i lag fastställa den enskildes rättsskydd uppkommer en fördel genom att bestämmelserna kan göras tvingande till förmån för brukaren i likhet med 3 § KtjL. Så länge det handlar om ett avtal finns annars risken att delar av skyddet kan avtalas bort.

### 5.5.2 Ett rättsskydd utanför avtalet

Även om ett avtalsförhållande bör kunna tillämpas vid ett antal offentligt finansierade välfärdstjänster kvarstår situationer i samband med dessa tjänster där brister kan uppkomma som inte är möjliga att angripa med civilrättsliga påföljder genom avtal. Det handlar främst om dröjsmål som sker innan ett avtal kan konstateras. Vid exempelvis dröjsmål att erbjuda förskoleplats inom fyra månader från att vårdnadshavaren anmält önskemål (8 kap. 14 § SkoL) kan det knappast anses som att ett avtalsförhållande har uppkommit i ett så tidigt skede<sup>201</sup>. Desamma torde gälla om t.ex. myndigheten dröjer med att bevilja ett sökt bistånd, eller vid dröjsmål att uppfylla vissa delar av vårdgarantin. Beror dröjsmålet på vållande vid myndighetsutövning från det allmänna sida kan 3 kap. 2 § SkL tillämpas, men så behöver inte alltid vara fallet.<sup>202</sup> En reglering i form av ett utökad rättsskydd för den enskilde kan därför behövas av den orsaken att andra situationer kan behöva täckas in än de som omfattas av utformandet av en egen kontraktstyp.

### 5.5.3 Ideellt skadestånd

Det faktum att den skada som uppstår vid utövandet av offentligt finansierade tjänster så ofta är av ideell art<sup>203</sup> talar för att ett behov av möjlighet till *skadestånd för ideell skada* finns, utöver då denna skada sker i samband med personskada eller brottslig handling. Ett sådant ansvar för det allmänna stämmer överens med vad som kan antas vara en generell uppfattning hos allmänheten.<sup>204</sup> Det finns således även billighetsskäl som talar för en utökad möjlighet till skadestånd för ideell skada.

Det finns dock svårigheter med att vidta en utvidgning av skadeståndsansvaret till ideell skada utan samband med personskada. Särskilt eftersom ett sådant skadeståndsansvar inte kan anses följa naturligt ifall det kan konstateras att ett avtalsrättsligt förhållande är för handen vid välfärdstjänsterna. Istället följer ju av allmänna skadeståndsrättsliga principer att stöd i lag krävs för denna typ av skadestånd (se avsnitt 4.8). Följaktligen krävs lagstiftning för att möjliggöra en sådan utökad möjlighet till ideellt skadestånd.

Den form av ideell skada som främst torde vara av intresse vid offentligt finansierade välfärdstjänster är skada genom *kränkning*. I och med att det redan finns en lagstadgad skadeståndsskyldighet för huvudmannen inom skolväsendet för sådan skada

---

<sup>201</sup> SOU 2013:41 s. 166.

<sup>202</sup> Se Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 107 och not 25.

<sup>203</sup> Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv s. 193.

<sup>204</sup> Jfr Ds 2007:10 s. 41.

(6 kap. 9 och 12 §§ SkoLL), blir det istället fråga om ett lagstadgat ansvar för kränkningar inom hälso- och sjukvården samt äldreomsorgen.

I departementspromemorian Skadeståndsfrågor vid kränkning<sup>205</sup> föreslogs en utvidgning av möjligheten till ideellt skadestånd, med förslag om en möjlighet till skadestånd vid myndighetsutövning när någons person, frihet, frid eller ära allvarligt kränks oavsett förekomsten av brott (jfr 3 kap. 2 § SkL). Det var således frågan om en mer begränsad utvidgning av skadeståndsmöjligheten, men också detta ansågs tveksamt.<sup>206</sup> Ett argument mot att ta bort begränsningen till brott för kränkingsersättning förklarades vara att en sådan begränsning finns för ren förmögenhetsskada enligt 2 kap. 2 § SkL, och att en sådan skillnad i ansvaret vore säreget. I diskussionen gällande huruvida det skulle vara möjligt med ideellt skadestånd också vid andra myndighetsåtgärder än vid myndighetsutövning medgavs att kränkningar kan förekomma vid service från det allmänna såsom inom socialtjänstens verksamhet, i samband med vård eller vid undervisning. Anledningen till att en sådan utvidgning ansågs problematisk var återigen det faktum att inskränkningarna i ansvaret då skulle bli större vid ren förmögenhetsskada.<sup>207</sup> Detta argument påverkar emellertid inte möjligheten att utvidga det ideella skadeståndet på det sätt som här föreslås i och med att även rätten till skadestånd för ren förmögenhetsskada ju utvidgas genom utformandet av en egen kontraktstyp.

Ett utvidgat ansvar för ideell skada för det allmänna kan dock innebära svårigheter i att avgöra var gränsen för ansvar ska gå, till skillnad från de tydliga begränsningar som finns i form av krav på brottslig handling eller personskada för ansvar. Det finns en risk att ansvaret blir svårtillämpat och alltför brett. Det borde åtminstone krävas olägenheter av betydande slag för att ett sådant ansvar överhuvudtaget skulle komma ifråga, t.ex. en allvarlig kränkning. Vid rent bagatellartade fall bör ideellt skadestånd inte utgå. Ett väsentlighetskrav bör därför krävas.<sup>208</sup> En naturlig begränsning i ansvaret sker även genom konstruktionen av ett avtal i förhållande till de enskilda, vilket innebär en inringning av den potentiellt skadelidande kretsen till det allmännas medkontrahent. I och med att det också handlar om ett begränsat antal typer av tjänst kan det sammantaget anses som att risken för svårigheter i avgränsningen minskar.

Den lagstadgade skadeståndsskyldighet för kränkning som finns inom skolväsendet kan tjänstgöra som mall. I 6 kap 9 § SkoLL stadgas att huvudmannen eller personalen inte får utsätta ett barn eller en elev för kränkande behandling, medan 12 § föreskriver att skadestånd inte utgår om kränkningen är ringa. Något liknande borde vara möjligt att reglera för sjukvården och äldreomsorgen.

#### **5.5.4 Förbättrat skydd inom grundskolan**

Det faktum att det troligtvis inte går att se förhållandet till eleven som ett avtalsrättsligt sådant i grundskolan talar för att en lagstiftning behövs för att möjliggöra ett

---

<sup>205</sup> Ds 2007:10.

<sup>206</sup> Ds 2007:10 s. 12 och s. 55 ff.

<sup>207</sup> Ds 2007:10 s. 46 ff. och s. 57.

<sup>208</sup> Jfr Ds 2007:10 s. 42 f.

åberopande av civilrättsliga påföljder för elever vid fel och dröjsmål i skolan. Dessutom skulle en sådan lagstiftning på området sudda ut de skillnader som i nuläget eventuellt föreligger för det fall förhållandet mellan den privata grundskolan och brukaren anses utgöra ett avtal.

## 5.6 Avslutande synpunkter

Med stor sannolikhet kommer det som ovan har sagts gällande möjligheten att se förhållandet som avtalsrättsligt mellan brukare och det allmänna vid offentligt finansierade välfärdstjänster, och utformningen av en egen kontraktstyp, stöta på motstånd från det allmänna, av de anledningar som tidigare anförts. Desamma gäller troligtvis även förslagen om ändringarna i lagen. Det kommer förmodligen också för många anses ligga långt ifrån vad som traditionellt anses vara ett korrekt sätt att med hjälp av juridiken lösa samhällseliga problem, i och med den sammanblandning av rättsområden som sker.

Även om användningen av en egen kontraktstyp ter sig angenäm ur en konsumenträttslig synvinkel, vilket är den vinkel som denna uppsats har som ambition att belysa, är det inte helt säkert att en sådan lösning framstår som den bästa efter en avvägning av andra intressen, såsom ekonomiska. Kostnaderna för verksamheten skulle förstås öka med skadeståndsutbetalningar och processkostnader. Med hänsyn till samhällets begränsade resurser måste man vara medveten om att en prioritering ofta är oundviklig, och att det inte är säkert att konsumentskyddet alltid väger tyngst.

Vidare kan det för många nog anses problematiskt att allmänna domstolar i ökad utsträckning skulle få kompetens att bedöma vad som utgör fullgod kvalitet inom tjänster som tillhandahålls av det allmänna vid fastställandet av huruvida fel har förelegat i tjänsten.

Vad det i slutändan handlar om är dock att de offentligt finansierade välfärdstjänsterna ska vara så välfungerade som möjligt, till gagn för samhället. Fel och dröjsmål i dessa tjänster måste undvikas. Om det allmänna inte lyckas leva upp till detta kan det tyckas rimligt att det i den relation som föreligger mellan den enskilde och det allmänna finns en möjlighet till prisavdrag och hävning för det fall vederlag har utgått för tjänsten, till krav på fullgörelse eller avhjälpande när det är möjligt och rimligt, samt en möjlighet till skadestånd när ren förmögenhetsskada eller ideell skada uppkommer med anledning av felet eller dröjsmålet. Dessa påföljder bör följa av att förhållandet mellan brukaren och det allmänna påvisar sådana likheter med ett civilrättsligt avtal. Dessutom framstår det som mest ändamålsenligt ur konsumenträttslig synvinkel att dessa möjligheter finns. En möjlighet att angripa fel och dröjsmål i välfärdstjänsterna genom användandet av ett antal civilrättsliga sanktioner skulle förhoppningsvis även innebära ett incitament för det allmänna att hålla en god standard på dessa tjänster vid utövandet. Det finns således också preventiva syften.

Det civilrättsliga konsumentskyddet har fördelar i form av ett individualiserat verktyg, till skillnad från de möjligheter som idag finns i offentligt lagstiftning att angripa brister i välfärdstjänsterna, som i regel endast kommer åt tjänsten som sådan med en förhoppningsvis förbättrad tjänst för framtiden. Tanken med en egen

kontraktstyp är emellertid inte att skifta om välfärdstjänsterna till något renodlat civilrättsligt. Det handlar istället om att ta till vara på de, från brukarens sida sett, fördelaktiga delar som civilrätten erbjuder. Förhållandet kvarstår således att befinna sig i ett gränsland mellan offentlig rätt och civilrätt, men med ett ytterligare verktyg för den enskilde hämtat från civilrätten.

Mycket tyder på att vi går mot ett mer individuellt baserat synsätt vid tillhandahållandet av samhällets välfärdstjänster, där det för medborgarna framstår som naturligt att ha en möjlighet att påverka i likhet med vad som gäller i mer renodlat civilrättsliga förhållanden på den traditionella konsumentmarknaden. Verksamheten i välfärdstjänsterna anses idag inte på samma sätt som tidigare ge uttryck för en ensidig maktutövning från det allmännas sida.<sup>209</sup> Det kan därför finnas anledning att till viss del lösgöra sig från uppdelningen mellan offentlig rätt och civilrätt.

Förevarande undersökning visar att juridikens sätt att göra grupperingar efter olika rättsordningar kan försvåra utvecklingen av rätten åt det håll som för en icke juridiskt skolad framstår som mest naturligt.<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> Jfr Björkdahl i JT 2004-05 s. 249.

<sup>210</sup> Vad gäller uppsatsens problematik visas detta t.ex. genom de motioner som framfördes mellan 2004 och 2006 (se avsnitt 1.2).



## 6 Källförteckning

### 6.1 Offentligt tryck

#### 6.1.1 Departementsserien

Ds 2007:10 Skadeståndsfrågor vid kränkning  
Ds 2008:55 Bör konsumenttjänstlagen utvidgas?  
Ds 2009:13 Konsumenttjänster m.m

#### 6.1.2 Utredningar

SOU 1979:36 Konsumenttjänstlag  
SOU 2012:43 Konsumenten i centrum  
SOU 2013:41 Förskolegaranti

#### 6.1.3 Propositioner

Prop. 1984/85:110 Om konsumenttjänstlag  
Prop. 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem  
Prop. 2009/10:67 Stärkt ställning för patienten - vårdgaranti, fast vårdkontrakt och förnyad medicinsk bedömning  
Prop. 2009/10:116 Värdigt liv i äldreomsorgen  
Prop. 2009/10:165 s. 643 Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet  
Prop. 2011/12:28 Enklare avbetalningsköp m.m.

#### 6.1.4 Utskottsbetänkande

Bet. 2004/05:LU8  
Bet. 2005/06:LU33m

#### 6.1.5 Riksdagsskrivelser

Rskr. 2004/05:155  
Rskr. 2005/06:377

#### 6.1.6 Övrigt offentligt tryck

Rapport 2014:5 Konkurrens, kontrakt och kvalitet. Hälso- och sjukvård i privat regi

### 6.2 Motioner

Motion 2004/05:L336  
Motion 2005/06:L22

### 6.3 Litteratur

Axelsson, Ewa, Patientsäkerhet och kvalitetssäkring i svensk hälso- och sjukvård: en medicinerättslig studie, Iustus, Uppsala 2011

- Bengtsson, Bengt, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv, Norstedts juridik, Stockholm 2013
- Bengtsson, Bengt, Om skadestånd vid konsumenttjänster, SvJT 2008 s. 262-273
- Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, Skadeståndslagen: en kommentar, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2014
- Bengtsson, Bengt, Ullman, Harald & Unger, Sven, Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden, 2 uppl., Jure, Stockholm 2013
- Björkdahl, Erika, Offentlig reglering och civilt skydd – förhållandet mellan hyreslagen och lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade, JT 2004-05 s. 249-263
- Författningar i socialrätt: rättsfallsregister, sammanställda av Katarina Stjernfelt, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2013
- Heldahl, Ellen, LOV – Lagen om valfrihetssystem, Norstedts juridik, Stockholm 2011
- Hellner, Jan, Hager, Richard & H. Persson, Annina, Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. Särskilda avtal, 1 häftet, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2010
- Hesser, Jacob, Immateriella tjänster, Studentlitteratur, Lund 2006
- Johansson, Svante O., Konsumenttjänstlagen: en kommentar, Norstedts Juridik, Stockholm 2013
- Kleineman, Jan, Studier i kontrakts- och skadeståndsrätt, Jure, Stockholm 2011
- Lehrberg, Bert, Avtalsrättens grundelement, 2 uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala 2006
- Lundgren, Lars, Sunesson, Per-Anders & Thunved, Anders, Nya sociallagarna, 27 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2014
- Madell, Tom, Avtal mellan kommuner och enskilda, Norstedts juridik, Stockholm 2000
- Madell, Tom, Det allmänna som avtalspart, Norstedts juridik, Stockholm 1998
- Radetzki, Marcus, Praktisk skadeståndsbedömning, 3 uppl., Studentlitteratur, Lund 2014
- Ramberg, Christina & Ramberg, Jan, Allmän avtalsrätt, 9 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2014

Rynning, Elisabeth, Samtycke till medicinsk vård och behandling: en rättsvetenskaplig studie, Iustus, Uppsala 1994

Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, Allmän förvaltningsrätt, 25 uppl., Liber, Malmö 2011

Utvecklingslinjer inom avtalsrätten (red. Claes Sandgren), Norstedts juridik, Stockholm 1993

Westerhäll, Lotta, Patienträttigheter, Nerenius & Santéus, Stockholm 1994

Westerhäll, Lotta, Socialrätt: introduktion till några förvaltningsrättsliga områden, Iustus, Uppsala 1990

#### 6.4 Elektroniska källor

<http://www.skolverket.se/regelverk/juridisk-vagledning/skolplikt-och-ratt-till-utbildning-1.126411>

(Lydelsedatum: 15-02-27)

#### 6.5 Rättsfallsregister

RÅ 1982 2:62

NJA 1983 s. 680

NJA 1984 s. 764

NJA 1987 s. 710

NJA 1998 s. 656 (I)

NJA 2008 s. 642

NJA 2011 s 600

Jag, Madeleine Johansson, registrerades på kursen första gången höstterminen 2014. Jag har inte omregistrerats och jag har inte deltagit i något tidigare examinationstillfälle. Jag har blivit beviljad nio veckors dispens på grund av uppsatspraktik under höstterminen, som jag har valt att inte använda.