

Offentliga avgifter och ömsesidigt förpliktande avtal

Av docenten TOM MADELL¹

När en kommun tillhandahåller en tjänst utgår vanligen en avgift som baserar sig på den kommunala självkostnadsprincipen. Frågan om vad som egentligen gäller om en brukare av tjänsten – t.ex. till följd av någon form av bristande (mot)prestation från kommunens sida – inte vill erlägga avgiften är dock inte självklar. Av NJA 1998 s. 656 (I) följer förvisso att tvister rörande barnomsorgsavgifter skall avgöras i allmän domstol. Några riktlinjer för hur en själva frågeställningen skall angripas eller vilka faktorer som är av betydelse för bedömningen lämnas dock inte och de underinstansavgöranden som meddelats efter HD:s avgörande pekar åt olika håll. Artikeln syftar till att visa på några av de faktorer som kan behöva beaktas vid en sådan prövning, främst avseende själva karaktären hos den kommunala tjänsten och vilken betydelse den i sin tur kan få vad gäller vilken avgift som egentligen skall erläggas.

1 ”Den står väl i helvete heller!”

Även om dagens tjänstemän, politiker och jurister inom den kommunala sektorn förmodligen uttryckte sig på ett mer nyanserat sätt än det i rubriken återgivna citatet,² är det inte långsökt att tro att Högsta domstolens mellandom i det s.k. dagismålet, NJA 1998 s. 656 (I), möttes med såväl förvåning som viss opposition. HD fann nämligen i det aktuella målet att kommunala barnomsorgsavgifter, trots sitt ursprung i den offentlighetsrättsliga lagstiftningen, till sin karaktär är av sådan art att bedömningen av dem bör hänföras till den civilrättsliga sfären. Efter det att domen i dagismålet meddelades så har diskussionen om vad som egentligen gäller på rättsområdet i stor utsträckning klingat ut. Problemen är dock långt från klargjorda rörande frågan om vad som egentligen gäller om en förälder — till följd av någon form av bristande (mot)prestation från kommunens sida — inte vill erlägga barnomsorgsavgiften. Frågeställningen torde heller inte inskränka sig till enbart barnomsorgsavgifter utan aktualiseras vid de flesta typer av avgiftsbelagd kommunal service.

¹ Författaren är docent i civilrätt vid Juridiska institutionen, Umeå universitet, samt under våren 2006 Visiting Scholar at the School of Law, Flinders University. Lena Landström och Patrik Södergren har lämnat värdefulla synpunkter på en tidigare manusversion. För eventuella fel och brister är jag dock ensam ansvarig.

² Den kärnfulla kommentar som återges i rubriken uppges ha yttrats av Per Henrik Ling när godsägaren Pehr Tham år 1811 under inträdestalet till Götiska förbundet inte bara hävdade att Sveriges rikets vagga stod att finna i Västergötland, utan även att världsträdet Yggdrasil skulle ha stått på hans egendom i närheten av Hornborgasjön. Se närmare Mats G. Larsson, Götarnas riken, 2002, s. 7.

1.1 Ett konkret fall rörande barnomsorgsavgifter

Under perioden den 12 maj 2003 till den 25 maj 2003 tog fackförbundet Kommunal ut delar av personalen vid 40 olika kommunala förskolor över hela landet i strejk. Strejken innebar att en del av de berörda kommunerna inte kunde tillhandahålla någon barnomsorg under perioden, medan andra kommuner kunde tillhandahålla viss barnomsorg, beroende på vilken personal som just där var uttagen i strejk. I vissa fall kunde barnen få vistas på förskolan varannan dag, i andra fall kanske under några timmar per dag. För det fall att det rörde sig om s.k. barndagvårdare som var uttagna i strejk, kunde vanligtvis — under den aktuella perioden — ingen barnomsorg tillhandahållas de barn som var placerade hos dessa. För det fall att även kökspersonalen var uttagen i strejk kunde barnen inte tillhandahållas några måltider. Barnen fick i dessa fall, i den mån de hade tillgång till barnomsorg under den aktuella perioden, ta med sig mat hemifrån.

Efter det att strejken tagit slut uppkom i flera kommuner frågor om barnomsorgsavgiften skulle reduceras till följd av att barnen inte fullt ut kunnat erbjudas barnomsorg under den tid strejken varade. Av 2 a kap. 10 § skollagen (1985:1100), SkoL, följer att det ankommer på respektive kommunfullmäktige att anta barnomsorgstaxa. Inom ramen för den kommunala självstyrelsen följer därför att skillnader kan uppkomma mellan vilka lösningar de olika kommunerna väljer. I vissa kommuner fattades därför beslut om en generell schablonbetonad reduktion av barnomsorgsavgiften³ medan man i andra kommuner fann att någon avgiftsreduktion inte skulle göras. I bl.a. Haninge kommun valdes det sistnämnda alternativet, med motiveringen att de tillgängliga resurserna till följd av kommunens ansträngda ekonomi behövdes för att barngrupperna i den kommunala förskolan inte skulle bli ännu större än vad de redan var.

Till följd av strejken och kommunens beslut att inte reducera barnomsorgsavgiften för den aktuella tidsperioden uttalade tre familjer i kommunen att de hade för avsikt att underlåta att betala hela eller delar av barnomsorgsavgiften för maj månad 2003. Kommunen beslutade därför att för utfående av avgifterna stämma föräldrarna inför allmän domstol. Ställda inför detta faktum valde två av familjerna att betala de resterande barnomsorgsavgifterna, medan en person fortfarande vägrade betala sin avgift.

Tingsrätten konstaterar i sin dom, med hänvisning till NJA 1998 s. 656 (I), att förhållandet mellan kommunen och föräldern i förevarande mål var att anse som ett ömsesidigt förpliktande avtalsförhål-

³ Som exempel kan nämnas att barnomsorgsavgiften för ett heltidsbarn i Umeå kommun under 2003 i enlighet med gällande maxtaxa uppgick till 1 140 kr. Som en följd av den två veckor långa strejken reducerades — utan att någon särskild precisering eller beräkningsgrund angavs — barnomsorgsavgiften för den aktuella månaden till 855 kr, dvs. en generell nedsättning på 285 kr.

lande. Eftersom kommunen inte tillhandahållit barnomsorgsplats under den aktuella perioden kunde föräldern heller inte anses vara skyldig att utge barnomsorgsavgift under motsvarande period. Käromålet lämnades därför utan bifall.⁴

Målet i sig rör en tvist om några hundralappar och är därför inte av något större intresse, men själva sakfrågan är däremot av stor principiell betydelse och kräver en djupare analys av rättsförhållandet. Frågan är nämligen om det faktum att en kommun inte kan tillhandahålla en tjänst under en längre eller kortare tid alltid medför en rätt för den brukare som utnyttjar tjänsten att innehålla hela eller delar av avgiften, eller om kommunen — trots utebliven service — alltid eller i vissa fall har rätt att kräva att brukaren erlägger avgiften eller åtminstone en del av denna. Den underrättspraxis som utvecklats under tiden efter dagismålet pekar i olika riktningar.

För att kunna lösa frågan är det emellertid två grundläggande frågor som domstolen måste ta ställning till; den första är vilken typ av relation — oavsett den är att se som offentligrättslig eller privaträttslig — som egentligen föreligger mellan parterna när en kommun tillhandahåller en offentligt reglerad tjänst och den andra är vilken betydelse relationen får för de kriterier som skall tillämpas vid en eventuell avgiftsreducering.

2 Den kommunalrättsliga regleringen

Enligt 8 kap. 5 § regeringsformen, RF, bestäms grunderna för ändringar i rikets indelning i kommuner samt grunderna för deras organisation, verksamhetsformer och den kommunala beskattningen i lag. Detsamma gäller även föreskrifter om kommunernas befogenheter och åligganden. Den kommunala normgivningsmakten följer således av att riksdagen gett kommunerna en allmän kompetens att fatta beslut enligt kommunallagen (1991:900), KL, eller med stöd av speciallagstiftning; t.ex. socialtjänstlagen (2001:453), SoL, eller skollagen (1985:1100), SkoL.

Kommunernas rätt att utfärda generella föreskrifter samt att anta avgiftstaxor följer av 1:7, 8:3, 5, 7, 9 och 11 RF samt av 2:5 och 8:3 b KL. Genom grundlagen har kommunfullmäktige därmed en viktig roll som normgivare i och med utfärdandet av kommunala regelverk och taxebestämmelser. Sådana normer riktar sig mot medborgarna och är, även om de inte har form av lag, bindande för dessa.

Normgivningsmakten skall hållas åtskild från beslutet om erläggande av avgift i ett enskilt fall. Kommunerna har enligt 8:3 b KL, efter fullmäktiges beslut att anta taxa, rätt att ta ut avgifter för de tjänster och nyttigheter som de tillhandahåller. De kommunala avgifterna har brukat betecknas som antingen *offentlig-* eller *privaträttsliga*. Offentligrättsliga eller tvångsmässiga avgifter skall meddelas genom lag, 8:3

⁴ Se Handens tingsrätts dom 2005-01-20 (mål nr FT 2294-04). Svea hovrätt har beviljat prövningstillstånd.

RF. Detsamma gäller kommunens specialreglerade verksamhet som kräver lagform enligt 8:5 RF. Vissa kommunala avgifter är typiskt sett av sådan offentlighetsrättslig karaktär att lagstöd enligt 8:3 RF krävs för att debitering skall få ske.⁵ Det utmärkande för dessa avgifter är deras tvångskaraktär, att avgiftsfriheten är mer eller mindre skenbar och att avgiften grundar sig på ett kommunalt beslut som ensidigt skapar avgiftsskyldighet. Även utöver de fall det rör sig om sådant som kommunen är skyldig att tillhandahålla kan det i de flesta fall vara naturligt att betrakta relationen som offentlighetsrättslig. Detta gäller t.ex. hamnavgifter, avgift för gatumarksupplåtelse eller avgifter i samband med myndighetsutövning, bl.a. bygglovsavgift.

Privaträttsliga avgifter anges däremot grunda sig på avtalsmässig eller någon annan frivillig grund. Kategoriseringen är dock inte helt problemfri eftersom även lagreglerade taxor kan röra mer eller mindre "frivilliga" situationer, t.ex. sjukvårdstaxor. I den mån man över huvud skall göra en uppdelning är det rimligaste att utgå från att avgiften är offentlighetsrättslig när kommunens avgiftsuttag grundar sig på lag eller annan författning och gäller en nytthet som den enskilde är *skyldig* att nyttja, t.ex. va-anslutning och renhållning.⁶ Vid uttagande av offentlighetsrättsliga tvångsavgifter anses varje enskilt uttag, till skillnad från vad som gäller vid uttagande av privaträttsliga avgifter, kunna ses som myndighetsutövning.⁷ En taxa på området blir följaktligen omedelbart bindande för avgiftsuttag av en prestation som den enskilde är skyldig att ta emot och utgår oberoende av avtal.⁸

En speciell kategori avgifter utgörs alltså av s.k. *frivilliga offentlighetsrättsliga avgifter*. Det rör sig här om verksamhet som kommunen efter en begäran från den enskilde är skyldig att tillhandahålla, men som frivilligt tas i anspråk av enskild, t.ex. barnomsorg.⁹ Trots att det är frivilligt att ansöka om barnomsorgsplatser är verksamheten reglerad i lag och kommunens maktutövning och ensidiga beslutsfattande finns alltid med i bilden; tilldelning av plats beror på tillgång till lediga platser och kommunens prioritering av hur platserna skall fördelas.¹⁰

Avgifter för sociala tjänster av servicekaraktär, t.ex. hemhjälp eller boende i servicehus, får enligt 8:2 SoL uttas med skäligt belopp en-

⁵ Se Alf Bohlin, *Kommunala avgifter*, 1984, s. 87, samt Håkan Strömberg, *Kommunalrätt*, 1995, s. 42–45.

⁶ Se Alf Bohlin, *Kommunala avgifter*, 1984, s. 23–29.

⁷ Se även Fritz Kaijser & Curt Riberdahl, *Kommunallagarna II*, 1983 s. 51 ff., samt Ulla Björkman & Curt Riberdahl, *Det kommunala förtroendeuppdraget*, 1997, s. 44 f.

⁸ Se Alf Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 2000, s. 152 f.

⁹ Se Alf Bohlin, *Kommunala avgifter*, 1984, s. 88, och Alf Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 2000, s. 163 f.

¹⁰ Se t.ex. Skolverkets beslut 2005-01-19 (dnr 51-2004:293), där kommunen ansågs ha rätt att erbjuda en flicka plats på en annan förskola än på samma daghem som hennes storasyskon. Det centrala var att kommunen i tid hade erbjudit en förskoleplats.

ligt de grunder som kommunen bestämmer.¹¹ Detsamma gäller enligt 2 a:10 SkoL avseende avgift för plats i förskola. Först när *tjänsten tas i anspråk* anses relationen vara offentlighetsrättslig och likställighetsprincipen tillämplig. Viss differentiering av avgifterna utifrån betalningsförmåga anses dock vara tillåten. Även om den kommunala självkostnadsprincipen också kan sägas gälla för avgiftsuttag inom det aktuella området är det dock så att de avgifter som tas ut för tillhandahållen barnomsorg alltid varit starkt skattesubventionerade och sällan uppgått till mer än 20 % av de faktiska kostnaderna för barnomsorgen. Den här typen av tjänster har alltså alltid haft — och har fortfarande, bl.a. till följd av de möjligheter till avgiftsdifferentiering som finns — starka socialrättsliga och välfärdsstatliga syften och såväl stödet för ett avgiftsuttag som själva tjänsten är reglerad i offentlighetsrättslig lagstiftning.

3 Det s.k. dagismålet och dess räckvidd

HD uttalade sig i mellandomen NJA 1998 s. 656 (I) kring vissa av de frågor som aktualiseras rörande ”barnomsorgens karaktär”.¹² I det aktuella målet hade barnomsorgsplatserna i och för sig tillhandahållits, men som grund för talan om återbetalning gjorde vårdnadshavaren gällande att kommunen åsidosatt sina skyldigheter i rättsförhållandet mellan parterna bl.a. genom att äventyra barnens hälsa på grund av förekomst av mögel i lokalen. HD konstaterade att det här förelåg offentlighetsrättsliga inslag till följd av den kommunala skyldigheten att tillhandahålla barnomsorg, och att övervakningen av kvalitetsnivån skall ske genom den statliga tillsynsverksamheten. HD fann dock att frågan i målet var om rättsförhållandet mellan parterna rymmer delar som har sådana privaträttsliga inslag att det kan anses föreligga ett ömsesidigt förpliktande avtal mellan kommunen och den som tagit en barnomsorgsplats i anspråk. Som en allmän utgångspunkt fann HD, att när föräldrar accepterar ett erbjudande av kommunen om barnomsorgsplats uppkommer en skyldighet för föräldrarna att betala avgift enligt gällande taxa mot det att kommunen tillhandahåller barnomsorgsplatsen. Vid utebliven betalning kan kommunen besluta att avstänga barnet från barnomsorgsplatsen. En sådan åtgärd ansågs, med hänvisning till RÅ 1982 2:62, vara att se som en civilrättslig åtgärd. HD fann därför att ”när en barnomsorgsplats väl tas i anspråk

¹¹ Se även Alf Bohlin, *Kommunala avgifter*, 1984, s. 44 f. Genom den individualisering av avgiftsuttaget som 8:2 2 st. SoL ger uttryck för har likställighetsprincipen i 2:2 KL på det socialrättsliga området fått reducerad betydelse som styrmedel för avgiftssättningen inom främst äldre- och handikappomsorgen då ekonomiska och sociala skäl hos de enskilda omsorgstagarna skall beaktas.

¹² För en kommentar till fallet, se Tom Madell, *Kan brister vid anordnande av barnomsorgsplats utgöra grund för fordran som kan prövas i allmän domstol?* NJA 1998 s. 656 (I), FT 1999, s. 51–57.

uppkommer ett ömsesidigt förpliktande avtalsförhållande mellan parterna”.¹³

Det är först och främst viktigt att notera att NJA 1998 s. 656 (I) är en mellandom som rör frågan om allmän domstols behörighet att pröva en tvist om återbetalning av erlagda barnomsorgsavgifter. Redan av det skälet får prejudikatvärdet sägas vara något begränsat. Att föräldrar har rätt att inför domstol driva frågor om återbetalning av barnomsorgsavgift torde dessutom följa redan av 10:17 RB — och indirekt också av artikel 6 Europakonventionen — eftersom förvaltningsdomstolarna saknar möjlighet att pröva frågor om den här typen av återkrav av avgift och eventuell jämkning av avgiftens storlek etc. Även om allmän domstol i princip är förhindrad att överpröva förvaltningsbeslut så finns det ju som en jämförelse heller inget hinder mot att pröva yrkanden om ersättning på grund av felaktig myndighetsutövning.¹⁴ I det sammanhanget kan det förefalla vara en onödigt omständlig omväg att motivera den enskildes rätt att få sin sak prövad genom att säga att rättsförhållandet ger upphov till ett ömsesidigt förpliktande avtalsförhållande. Skälet till uttalandet är förmodligen att parten yrkat mellandom på just det viset. Det är den frågan som är under HD:s prövning och därmed är HD tvungen att ta ställning till yrkandet. HD kan inte endast stanna vid att konstatera att HD är behörig att pröva frågan utan måste ta ställning även till just detta.

När det gäller domstolarnas bedömning av art. 6 Europakonventionen kommer en sådan först efter att domstolen gjort en prövning av om den är behörig enligt 10:17 RB, även om Europakonventionen möjligen ibland kan spilla över på tolkningen av 10:17 RB. Skulle man komma fram till att 10:17 RB inte gör domstolen behörig kan man behöva pröva enligt Europakonventionen och grunda en behörighet på den. Europakonventionen och EG-rätten ställer krav på en rätt till domstolsprövning i vissa lägen när en sådan rätt saknas enligt traditionell svensk rätt. Detta har föranlett en för svenska förhållanden ymnig och stundtals motstridig svensk rättspraxis avseende rätten till domstolsprövning och anknytande frågor.¹⁵

¹³ Det kan även nämnas att Finlands högsta domstol tilldömde en förälder rätt till skadestånd i ett fall där en kommun inte tillhandahållit barnomsorg på det sätt som föreskrevs enligt lag. Se även Outi Suviranta, *Compensation for a public service not received: a dual/parallel competence of Finnish ordinary and administrative courts of law?*, i: *Parallel and conflicting enforcement of law*, Torbjörn Andersson (red.), 2005, s. 69–78, särskilt s. 71 f.

¹⁴ Dessutom har ju allmän domstol ansetts vara behörig att pröva det allmännas yrkanden om återkrav av bidrag. NJA 1975 s. 675 rörde fråga om ansvar för s.k. socialhjälpbedrägeri och där HD fann att talan borde upptas av domstolen utan avseende på invändning att talan om återkrav av lämnad socialhjälp enligt bestämmelserna i socialhjälpslagen endast kunde föras hos Länsstyrelsen. I NJA 1984 s. 648 prövades fråga om skyldighet för bidragstagare att återbetala felaktigt uppburna bostadsbidrag.

¹⁵ I juristkretsar har frågorna rönt förhållandevis stor uppmärksamhet och i litteraturen har debatten understundom varit häftig. Torbjörn Andersson behandlar i en artikel de särskilda frågorna om gränsen mellan allmänna domstolars och för-

HD hänvisar i sina domskäl till RÅ 1982 2:62. I målet uttalar RegR att det "[k]landrade beslutet talar om att avstänga ett bestämt barn från daghemsp plats. Beslutet är emellertid inte att uppfatta som ett beslut om ett offentligrättsligt ingripande utan om en civilrättslig åtgärd av innebörd att daghemsp platsen inte tillhandahålles av kommunen så länge vårdnadshavaren inte fullgör de förpliktelser han får anses ha åtagit sig genom att ta daghemsp platsen i anspråk." Uttalandet skall dock ses mot bakgrund av att lagstiftningen inte innehöll några regler om att barn kunde avstängas från plats i kommunens förskole- eller fritidsverksamhet. RegR uttalar därför att "[u]nder sådana omständigheter äger en kommun icke att för egen del införa ett sådant offentligrättsligt institut att brukas som något slag av disciplinärt ingripande...". Kommunen hade alltså rätt att stänga av barnet, men stödet härför måste sökas på annat håll än i det offentligrättsliga regelverket. Däremot sägs inte att den "civilrättsliga åtgärd" som det rör sig om med nödvändighet måste utgöra ett avtalsförhållande. Uttalandet måste snarast vara att uppfatta som att stödet för att vidta åtgärder till följd av den fordran som uppstått till följd av underlåtelsen att erlägga en avgift får sökas på annat håll än i den offentligrättsliga lagstiftningen men hur en sådan civilrättslig åtgärd rent faktiskt skulle se ut är inte en fråga för RegR.

Frågan är enligt min mening om inte RegR:s uttalande har en koppling till möjligheterna till indrivning av fordringar genom kronofogdemyndighet och vad som kan anses utgöra en exekutionstitel. Frågan berördes flera gånger under 1980-talet innan någon enhetlig praxis utkristalliserades. Enligt 3:1 UB får verkställighet endast äga rum på grund av förvaltningsmyndighets beslut som enligt särskilda föreskrifter får verkställas. Eftersom sådant särskilt stöd saknades ansågs försäkringskassas beslut att återkräva för mycket utbetalat belopp därför i NJA 1983 s. 362 inte utgöra exekutionstitel. Skälet torde bl.a. vara att försäkringskassan setts som en representant för staten, dvs. borgenären, och att beslutet därför endast utgjort ett partsbesked.¹⁶ HD konstaterade i NJA 1984 s. 602, oavsett vilken befogenhet en allmän domstol har att pröva förvaltningsbeslut i andra sammanhang, att möjligheterna är ytterst begränsade att i ett utsökningsmål under-

valtningsdomstolars behörighet, deras eventuella parallella behörighet och eventuella negativa kompetenskonflikter. Dessa frågor aktualiserades direkt eller indirekt i NJA 2001 s. 22. Detta, liksom merparten av tidigare domstolsavgöranden rörande behörighetsfrågor av ovannämnt slag, avser tvister om ut- eller återbetalning av stöd inom jordbrukssektorn. Artikelns utgångspunkt är huvudsakligen från problem som visat sig på detta område. Författaren drar bl.a. slutsatsen att en hanteringsordning för parallell prövning tycks vara under utveckling, vilket, mot bakgrund av att utrymmet för parallell behörighet förefaller öka, antas fylla ett behov. Se Torbjörn Andersson, Rätten till domstolsprövning och svenska domstolars behörighet — nygamla problem i ljuset av ett HD-avgörande, SvJT 2001, s. 861–884.

¹⁶ Se även Rune Lavin, Om socialförfattningars återbetalningsregler, FT 1984, s. 261–278, särskilt s. 276 f, samt Håkan Strömberg, Försäkringsrätts dom i besvärsmål som exekutionstitel, JT 1991–92, s. 290–295.

känna en exekutionstitel. När det gäller sådana administrativa beslut som det i målet aktuella fann HD att detta endast bör komma ifråga om beslutet framstår som uppenbart felaktigt. Föreläggandet ansågs därför utgöra en exekutionstitel.¹⁷ HD:s majoritet fann i NJA 1987 s. 780 (I-II) att allmän domstol saknade behörighet att ”pröva ett av allmän försäkringskassa framställt yrkande av innebörd att enskild skall åläggas att lämna ut uppgifter i ett vid kassan anhängigt ärende...” och avisade därför ansökningarna. Två skiljaktiga ledamöter ansåg, med en utförlig motivering, att allmän domstol var behörig. Majoriteten uttalade vidare i ett obiter dictum att ett beslut av försäkringsdomstol att ålägga en enskild att återbetala uppburen ersättning utgjorde en exekutionstitel. I NJA 1991 s. 363, ansågs en dom av en försäkringsrätt, varigenom denna ogillat besvär över en försäkringskassas beslut om skyldighet att återbetala utgivna bidrag, enligt HD utgöra exekutionstitel enligt UB. HD uttalade att domen för att utgöra en exekutionstitel måste vara utformad som ett otvetydigt åliggande, vilket ansågs vara fallet även om domen i det aktuella målet måste läsas tillsammans med försäkringskassans beslut för att omfattningen av åliggandet skulle kunna utläsas.¹⁸

En annan anledning till att HD i dagismålet uppehåller sig vid frågan om det föreligger ett avtalsförhållande eller inte skulle kunna vara en önskan om att distansera sig från det kategoriska avståndstagande som gjordes i NJA 1983 s. 680. Fallet gällde talan om fastställelse att en kommun var skyldig att bereda käranden plats på daghem. Käranden anförde som grund för sitt yrkande att rättsförhållandet mellan henne och kommunen grundade sig på ett avtal som var att bedöma enligt civilrättsliga regler. Allmän domstol ansåg sig inte vara behörig att pröva skyldighet att anordna daghemsplats, eftersom det rörde en *offentligrättsligt reglerad skyldighet, vilken innebär offentlig förvaltning med karaktär av myndighetsutövning*. Att fatta beslut eller underlåta att fatta beslut i sådan fråga ankom därför på förvaltningsmyndighet. Påståendet om att barnet på grund av en *avtalsrelation med kommunen*

¹⁷ Se även Torkel Gregow, Exekutionsrätt 1980–1990: I utsökningsrätt, SvJT 1992, s. 1–77, särskilt s. 5 ff., samt Magnus Pfannenstill, Konkursbos m.fl. ansvar för annans miljöfarliga verksamhet, JT 1992–93, s. 104–117, särskilt s. 106.

¹⁸ Fallen har i doktrinen blivit föremål för en omfattande debatt. Se t.ex. Rune Lavin, Ett fatalt misstag eller en överlagd förvaltningsrättsreform?, FT 1988, s. 42–51, särskilt s. 45 ff., Torkel Gregow, Förvaltningsdomstols domar och utsökningsbalken — ett genmäle, FT 1988, s. 144–148, särskilt s. 147, Rune Lavin, Förvaltningsdomstolarna och utsökningsbalken — än en gång, FT 1988, s. 245–251, särskilt s. 249 ff., Rune Lavin, Återbetalningsdomars verkställbarhet, FT 1991, s. 298–307, Håkan Strömberg, Försäkringsrätts dom i besvärsmål som exekutionstitel, JT 1991–92, s. 290–295, Rune Lavin, Förvaltningsdomars verkställbarhet, JT 1993–94, s. 563–566, Johan Lind, [Anmälan av] Lars Heuman & Peter Westberg, Argumentationsformer inom processrätten, JT 1993–94, s. 592–602, särskilt s. 597 f., Rune Lavin, Förvaltningsdomens art och funktion, FT 1995, s. 65–76, särskilt s. 76, samt Wiweka Warnling-Nerep, Rättsprövning & rätten till domstolsprövning, 2002, s. 83.

hade rätt till barnomsorgsplats ansågs i det fallet tydligen inte förtjäna något avseende.¹⁹

Oavsett vad som ligger till grund för HD:s uttalanden i dagismålet — parternas yrkanden eller tidigare praxis — finns några särdrag vad gäller ”karaktären” hos kommunala tjänster. Även om avgiften utgår enligt taxa kan frågor avseende erläggande av denna uppstå om t.ex. tjänsten endast utnyttjas i viss utsträckning eller om prestationen inte anses motsvara erlagd avgift. Situationen innehåller förvisso även inslag som påminner om den som råder vid köp av mera traditionella tjänster på så sätt att ett prestationsutbyte faktiskt äger rum, och ju större andel av den faktiska kostnaden för en tjänst som brukaren betalar, desto större blir också likheten med ett privaträttsligt förhållande. Frågan om vilka effekter dessa likheter får är dock sekundär i förhållande till frågan om vilken karaktär som rättsförhållandet faktiskt har.

Utgångspunkten måste vara, att det vid såväl barnomsorg som andra lagreglerade kommunala tjänster, rör sig om en avgift för tillhandahållen service, där kommunen beslutar om avgiftsuttagen för verksamheten. Saknas beslut om avgiftsfinansiering, kan inte något avgiftsuttag göras genom ett avtal mellan berörd kommunal myndighet och brukare. När fullmäktige fattat ett sådant beslut krävs därefter att den enskilde ikläder sig betalningsskyldighet genom att ta den aktuella tjänsten i anspråk. Något utrymme för att uppställa villkor om särregleringar vad gäller avgiften finns därför inte, såvida inte en sådan möjlighet ges enligt lag. Det rör sig alltså inte om något avtalsrättsligt vederlag för tjänsten, utan avgiften skall utgå enligt de grunder som fullmäktige beslutar.

3.1 Rättsutvecklingen i underrättspraxis efter dagismålet

När frågan om återbetalning av barnomsorgsavgifterna återupptogs i TR och HovR har den rättsliga argumentationen till följd av HD:s uttalande i NJA 1998 s. 656 (I) helt lämnat den offentlighetsrättsliga sfären. Frågan kom därför i dessa instanser att i stor utsträckning handla om staden kunde anses ha hållit daghemslokalen i godtagbart skick och om parterna uppfyllt de skyldigheter som följde av avtalet. TR konstaterade att avtalet mellan parterna i enlighet med analogier till konsument- och hyreslagstiftning innebär att staden måste anses ha en allmän omsorgsplikt vid utförande av tjänsten. Eftersom detta bl.a. in-

¹⁹ Se även Rune Lavin, Kompetensfördelningsproblemet i nyare rättspraxis, i: Skrifter tillägnade Gustav Petré, 1984, s. 71 och s. 79 f., Wiweka Warnling-Nerep, Kommuners lag- och domstolstrots, 1995, s. 303 f., Curt Riberdahl, Förtroendevalda och anställda i kommuner och landsting, FT 1995, s. 155–174, särskilt s. 161, Rune Lavin, Återbetalningsdomars verkställbarhet, FT 1991, s. 298–307, särskilt s. 301, samt Ulf Lindquist, Kommunala befogenheter, 2005, s. 227 f. Jfr SvJT 1973 ref. 56, SvJT 1977 ref. 35 samt RH 15:84, där en idrottsklubbs ansökan om betalningsföreläggande av att från en kommun utfå bidrag till sin ungdomsverksamhet endast ansågs grundat på kommunens generella bestämmelser om bidrag till sådan verksamhet och därför inte kunde prövas av allmän domstol.

nebar att lokal där verksamheten bedrivs skall uppfylla kraven på godtagbar standard uppkom frågan om det fanns ett samband mellan lokalens skick och barnens hälsoproblem. Även om det inte befanns föreligga något vetenskapligt bevisat samband mellan hälsoproblemen och inomhusmiljön fann TR att det av den samlade utredningen i målet var sannolikt att barnens hälsoproblem orsakats av inomhusmiljön på daghemmet och att det således förelåg ett *orsakssamband mellan lokalens skick och barnens hälsoproblem*. Frågan om staden kunde anses ha åsidosatt sin skyldighet i avtalsförhållandet mellan parterna genom att inte hålla lokalen i godtagbart skick besvarades nekande då staden enligt TR:s mening fick anses ha uppfyllt sitt åtagande att försöka avhjälpa felet inom skälig tid. Slutligen fann TR att staden inte kunde anses ha åsidosatt sin skyldighet i avtalsförhållandet mellan parterna genom att sådan information som varit erforderlig för föräldrarna för att dessa själva skulle kunna ta ställning till lämpligheten att låta barnen vistas på daghemmet, inte undanhållits föräldrarna. TR ogillade därför käromålet. HovR fann att det enligt allmänna avtalsrättsliga principer — i enlighet med bl.a. köplagen, konsumentköplagen och 12 kap. jordabalken — ”får anses åligga den som tillhandahåller en tjänst att vara aktsam vid utförandet av tjänsten så att inte skador uppkommer på egendom som tillhör avtalskontrahenten eller skadar denne, beroende på vad tjänsten avser”. I den aktuella situationen förelåg en skyldighet för staden att eftersträva att daghemsverksamheten bedrevs under sådana förhållanden att risker för barnens hälsa inte uppkommer. ”Vidare delade hovrätten tingsrättens uppfattning att avtalet mellan parterna innefattat en skyldighet för Staden att lämna föräldrarna sådana upplysningar om verksamheten som kunde vara av betydelse för dem vid bedömningen av motprestationen. En motsvarande informationsplikt måste enligt hovrättens mening också anses ha vilat på [föräldrarna] i förhållande till Staden. Detta innebär att parterna får anses ha haft en på avtalet grundad skyldighet att kontinuerligt hålla motparten underrättad om sådana förhållanden som kunde antas vara av betydelse för fullgörandet av motpartens prestation.” HovR konstaterade att det vid en samlad bedömning torde vara sannolikt att barnens hälsoproblem orsakats av inomhusmiljön på daghemmet, men att staden, till följd ”av föräldrarnas agerande kan ha bibringats uppfattningen att de inte funnit situationen mer alarmerande än att de varit beredda att acceptera de åtgärder Staden förklarar sig beredd att vidta, även om detta inneburit viss tidsutdräkt.” HovR fann därför att staden inte åsidosatt sin skyldighet i avtalsförhållandet och fastställde därför TR:s dom.²⁰ Någon principiell bedömning av rättsförhållandet görs inte och några avgörande slutsatser kan heller inte dras av HovR:s dom.

²⁰ Se Svea hovrätts dom 2001-11-20, DT 90 (Mål nr T 437-00). HD meddelade inte prövningstillstånd.

I ett annat fall²¹ konstaterades att all barnomsorgs totala beroende av politiskt beslutad bidragsfinansiering — trots att det inte rörde sig om en kommunal förskola — medförde att ett föräldrapar inte med framgång kunde hävda att de ingått ett avtal om fast pris för barnens hela dagstid. Detta gällde även i ett fall där ett privat daghem av hänsyn till barnen låtit dem gå kvar fastän avgiften inte erlagts. Sommaren 1995 träffade föräldrarna ett muntligt avtal med en Waldorfförskola om att betala en enhetstaxa om 800 kronor per barn i avgift för vart och ett av sina två barn. Därtill kom en viss tilläggsavgift per timme. I februari 1996 ändrade förskolans styrelse reglerna för föräldraavgifter, så att de blev inkomstbaserade, vilket bl.a. medförde att enhets-taxan slopades. Under våren 1996 informerades föräldrarna om förändringen och i maj samma år skickade förskolan en skrivelse till föräldrarna om detta med en begäran om inkomststoppgifter. Taxeändringen trädde i kraft i augusti 1996. I och med detta kom förskolans avgifter att uppgå till samma belopp som kommunens dagisavgifter. Enligt stiftelsen ledde den också till att avgiftssystemet bättre stämde med den antroposofiska grundtanken att var och en skall betala efter sin förmåga. De i målet aktuella föräldrarna vägrade emellertid att betala den taxehöjning det nya avgiftssystemet innebar för dem, men de lät ändå barnen gå kvar på förskolan, vilket de som tidigare betalade 1 600 kr per månad för. I juni 1997 slutade barnen på förskolan och därefter krävde stiftelsen föräldrarna på de obetalda avgifterna, en summa som vid det laget uppgick till 7 723 kr plus ränta. Föräldrarna bestred att de skulle vara skyldiga att betala höjningen med motiveringen att de ingått två avtal om enhetstaxa som förskolestiftelsen inte hade rätt att ensidigt ändra; det ena avtalet gällde fyra år för det yngsta barnet och det andra två år för det äldre av barnen. Ingen företrädare för stiftelsen hade före avtalet gett uttryck för någon annan avsikt och de informationsskrivelser de fått från styrelsen kunde inte tolkas som uppsägningar av avtalet. Därtill kom, menade föräldrarna, att förskolan genom att låta barnen gå kvar trots att för låga avgifter betalades, hade accepterat den lägre avgiftsnivån.

Förskolan hävdade att den haft rätt att ensidigt ändra avgifterna, vilket bland annat sammanhängde med att förskolan för sin existens var helt beroende av kommunala bidrag, som kunde ändras år från år. Därför var det praxis och sedvänja för förskolor att aldrig ingå avtal med föräldrar som binder upp verksamheten för längre perioder än de kommunala bidragen avser. Den information föräldrarna fick var att se som en uppsägning för villkorsändring. Denna kom i god tid och genom att låta barnen vara kvar måste föräldrarna anses bundna av de ändrade villkoren.

I grunden för sin bedömning lade tingsrätten den omständigheten att förskolor undantagslöst är beroende av stora bidrag från det offentliga; beslut om dessa bidrag fattas politiskt, vanligen i samband

²¹Se Hovrättens för Nedre Norrland slutliga beslut 2001-02-28 (Mål nr FT 26-99).

med kommunala budgetbeslut. En annan utgångspunkt var att det yttersta målet för förskolan alltid måste vara att särskilda hänsyn kan behöva tas till barnens bästa. I just detta mål tillkom Rudolf Steiners filosofi om att var och en bör betala efter bärkraft. Mot denna bakgrund insåg eller borde i vart fall föräldrarna ha insett att det avtal de ingick med stiftelsen inte kunde avse fast pris för obegränsad tid. Speciellt talet om två olika avtal för olika avtalstid fann tingsrätten "helt verklighetsfrämmande". Vad föräldrarna i stället borde ha räknat med var ett avtal som till priset kunde förändras inom skäliga gränser men med så tidig förvarning att man skulle kunna ordna annan barntillsyn. Den nya taxan framstod som skälig och föräldrarna hade informerats i god tid. Eftersom förskolan måste tänka på barnens bästa kunde den inte utestänga barnen bara för att föräldrarna vägrade betala den högre taxan. Enligt TR, vars dom fastställdes av HovR, gick det därför inte heller att påstå att förskolan hade godtagit den lägre taxenivån för just dessa föräldrar enbart genom att förhålla sig passiv i det avseendet. Föräldrarna förpliktades därför att betala resterande avgiftsbelopp, som i sig inte var tvistigt.

Även ARN har prövat den här typen av frågor. En vårdnadshavare, M, yrkade avgiftsbefrielse från daghemsavgift eftersom hennes barn trots erlagd avgift inte fått vistas på daghemmet. Bakgrunden var att barnet vid vistelse på daghemmet hade skadat sig i foten och även om läkare ansåg att hon kunde vistas där ville inte daghemmet ta emot barnet. Orsaken var att personalen inte hade tillräckliga resurser att tillgodose barnets särskilda behov. Enligt kommunens avgiftstaxa påverkades inte avgiften av barnets kortare sjukdomsperioder. Vid obruten frånvaro inträdde avgiftsbefrielse först fr.o.m. 22:a sjukdagen, vilket M ansåg vara oskäligt. Nämnden fann det vara oskäligt att avgift skulle erläggas trots att barnet inte fick vistas på daghemmet och biföll därför yrkandet.²²

4 Tjänstens karaktär och dess betydelse för bedömningen av eventuella återkrav

När det gäller att avgöra karaktären hos kommunala tjänster i allmänhet men hos barnomsorg i synnerhet så finns det enligt min mening tre olika sätt att gå tillväga. Det första alternativet är att anlägga ett helt offentlighetsrättsligt synsätt. Det enda domstolarna i så fall kan göra är att titta på taxan som kommunen antagit och de lagregler som ger kommunen rätt att göra det. Den enda prövning som görs blir då gentemot dessa regler för att där kunna utläsa vilka befrielsegrunder som finns angivna. Något utrymme att uppställa egna principer eller regler finns inte för domstolarna. Makten att skapa rätt har lagts på det

²² Se ARN beslut 1999-08-09 (Änr 1999-2024). Se även ARN beslut 1994-12-22 (Änr 1994-3695). Även i ARN beslut 1999-02-08 (Änr 1998-4262) som rörde fråga om återbetalning av sophämtningsavgift för ARN ett civilrättsligt resonemang med hänvisning till konsumentlagstiftningens regler om reklamation.

offentliga organet — närmare bestämt kommunen — och legitimeras med att dess företrädare är folkvalda och att det handlar om politik. Genom val kan medborgarna påverka avgifternas storlek, när sådan inte behöver erläggas osv. eftersom verksamheten till stor del är finansierad av det offentliga och politikerna ges makten att göra prioriteringar av de ekonomiska resurserna.

Det andra alternativet är att anlägga ett rent civilrättsligt synsätt, där barnomsorg med flera kommunala tjänster betraktas som en tjänst vilken som helst och analogier görs från andra likartade situationer — främst rent privaträttsliga, kanske även med ett konsumenträttsligt perspektiv. Med en sådan utgångspunkt är domstolarna fria att skapa rätt, diskutera vilka analogier eller principer som är lämpliga avvägningar att använda sig av, så länge inte lagstiftaren på ett tydligt sätt reglerat situationen. HD öppnade i dagismålet upp för en sådan modell men tog inte chansen att utveckla vilka effekterna skulle bli till följd av relationens obligationsrättsliga karaktär, eftersom man inte beviljade prövningstillstånd när frågan om återkravet på erlagda barnomsorgsavgifter togs upp i underinstanserna.

Som ett tredje alternativ kan man tänka sig att domstolarnas bedömning av effekterna baseras på den frihet som följer av alternativ två, men där bedömningen görs mot bakgrund av det faktum att det rör sig om en lagreglerad offentlighetsrättsligt tillhandahållen tjänst i stället för rent privaträttsliga analogier. Hänsyn bör i så fall tas till de krav på verksamheten som bl.a. uppställs i de regelverk som reglerar den aktuella tjänsten och hur den huvudsakliga finansieringen av tjänsten sker. Här blir det förmodligen också aktuellt att beakta det faktum att kommunens folkvalda församling enligt lag getts en exklusiv rätt att fastställa taxor och de undantag från taxorna som gäller. Dessa regler måste sedan vägas mot de stötande konsekvenser som kan uppstå om en tjänst inte tillhandahållits under en viss tid.

I förarbetena till konsumenttjänstlagen (1985:716), KTjL, anfördes att lagen inte ansågs vara tillämplig på verksamhet ”som utförs som ett led i offentlig förvaltning under sådana förhållanden att det framstår som främmande att tala om att det föreligger ett privaträttsligt avtalsförhållande mellan näringsidkaren och konsumenten”.²³ I en utredning om förändring av konsumenträtten uttalas att det mot bakgrund av NJA 1998 s. 656 (I) numer framstår som ”mer naturligt att tala om näringsidkare även på områden som av tradition har betraktats som offentlig förvaltning”.²⁴ I anslutning till utredningens ganska långtgående tolkning av fallet anförts därför att det finns skäl att bredda KTjL:s tillämpningsområde så att den fortsättningsvis uttryckligen kommer att omfatta avreglerade områden och offentlighetsrättsliga områ-

²³ Prop. 1984/85:110, s. 141.

²⁴ SOU 2000:29, s. 355.

den där privata alternativ tillkommit.²⁵ Även om förslaget inte hittills lett till någon åtgärd från lagstiftaren finns dock, med den osäkerhet som måste anses föreligga på området, skäl för kommunen att beakta att en situation kan förete såväl civilrättsliga drag som konsumenträttsliga perspektiv som föranleder särskilda krav på verksamhetens utövande.

Att likställa kommunala tjänster som tillhandahålls mot en avgift, som utgår i enlighet med en av kommunen fastställd taxa, med traditionella konsumenttjänster är emellertid enligt min mening orimligt. Avgiften är vanligtvis antingen baserad på självkostnadsprincipen eller så är den, t.ex. vid barnomsorg, starkt subventionerad. Den relation som uppkommer mellan en enskild brukare och kommunen vid utnyttjande av kommunala tjänster som kommunen enligt lag är skyldig att tillhandahålla är därför snarast att se som en situation *sui generis* och inte som en traditionell avtalsrättslig/konsumenträttslig relation. Möjligheterna att erhålla kompensation till följd av brister vid tillhandahållandet av kommunala tjänster torde därför med nödvändighet skilja sig från vad som gäller vid fel vid tillhandahållandet av traditionella konsumenttjänster.

Det är också av vikt att ha i minnet att dagismålet behandlar rättslaget under åren 1987–1992, dvs. en period då innehållet i barnomsorgen var mera oreglerad än vad som är fallet idag. Sedan 1992, som var det sista året som berördes i målet, har lagstiftningen kring den offentliga barnomsorgen förändrats vid ett flertal tillfällen. År 1995 preciserades reglerna rörande barnomsorg i 14 a och 14 b §§ i den då gällande socialtjänstlagen (1980:620) och 1998 flyttades hela regleringen kring barnomsorgen från socialtjänstlagen till skollagen (1985:1100), Skoll. Samtidigt upprättades en läroplan för förskolan, Lpfö 98.

Ett syfte från lagstiftarens sida var vid den senare lagändringen att stärka det offentlighetsrättsliga inslaget såtillvida att barnomsorgens karaktär skulle närmas till den obligatoriska grundskolan. I motiven påpekar departementschefen att enligt ”regeringens uppfattning bör all pedagogisk verksamhet som rör barn och ungdom ses som en helhet. En integration av förskoleverksamhet, skola och skolbarnomsorg väntas kunna leda till en utveckling som aktivt bidrar till en höjd kvalitet i samtliga tre verksamheter”.²⁶ I samband med lagändringen blev också Skolverket central myndighet för barnomsorgen.

År 2001 stärktes det offentlighetsrättsliga inslaget i barnomsorgen ytterligare genom att den s.k. maxtaxan infördes inom barnomsorgen. Enligt motiven var de bakomliggande skälen bakom införandet av maxtaxan att stärka den allmänna välfärden²⁷ samt att värna barnom-

²⁵ Se SOU 2000:29, s. 363. Utredningen förslår därför att Konsumentverket får i uppdrag att tillsammans med Konkurrensverket genomföra studier av de av- och omreglerade marknaderna ur ett konsumentperspektiv. Se a.a., s. 366.

²⁶ Se prop. 1997/98:6, s. 39.

²⁷ Se prop. 1999/2000:129, t.ex. s. 8 f. och s. 33.

sorgens samhällsekonomiska värde. Att flera har möjlighet att utnyttja barnomsorgen leder till att desto fler förvärvsarbetar, vilket ”är viktigt, inte minst för tillväxten och behovet av att trygga den framtida finansieringen av välfärden”.²⁸ Genom införandet av maxtaxan har kopplingen mellan erlagd betalning och erhållen tjänst blivit än svagare än tidigare genom att avgifternas del av barnomsorgens finansiering sjunkit ytterligare.²⁹

Frågor om barnomsorg och andra kommunala tjänster är alltså inte på ett metafysiskt plan för tid och evighet att anse som offentligrättsliga, men bedömningen av frågor som är hänförliga till den typen av tjänster måste alltid ses mot bakgrund av den rättsliga kontext inom vilken de förekommer och det torde vara ostridigt att de bestämmelser som reglerar, och som hittills har reglerat, barnomsorgen är att hänföra till den offentligrättsliga sfären.

4.1 Vilket är utrymmet för obligationsrättsliga analogier?

4.1.1 Avgifter av offentligrättslig karaktär

Det blir alltså som konstaterats ovan vid en bedömning av kommunala taxor och därpå följande avgiftsuttag viktigt att analysera vilken typ av avgift det rör sig om; en avgift för en lagreglerad prestation eller ett vederlag för frivilligt tillhandahållen service. Som exempel på huruvida avgift skall erläggas trots utebliven prestation till följd av strejk kan anföras Svea hovrätts dom 1999-03-26, mål nr T 553-98.³⁰ Bakgrunden i målet var att personal vid ett kommunalt renhållningsverk — vilket ansvarade för hämtning av sopor — och vid ett kommunalt bolag — som ansvarade för mottagningen vid den kommunala soppippen — togs ut i strejk. Strejken upphörde efter en vecka för renhållningsverkets personal medan strejken för bolagets personal omfattade ca. tre och en halv vecka. Under strejkperioden hämtades endast sådant avfall som omfattades av beordrat skyddsarbete. Ett aktiebolag vägrade betala renhållningsavgift för den aktuella perioden och kommunen stämde bolaget och yrkade på förpliktande för bolaget att betala renhållningsavgiften. HovR konstaterar i domen ”att renhållningslagen är offentligrättslig, att kommunen ålagts en omfattande renhållningsskyldighet och att renhållningsavgifterna har karaktär av tvångsavgift. Utrymmet för att anlägga ett civilrättsligt synsätt på förhållandet och en enskild fastighetsägare är här mycket begränsat”. Eftersom kommunen så långt möjligt försökt begränsa strejkens verkningar fick kommunen enligt HovR:s mening ”häri genom anses ha fullgjort sina skyldigheter enligt renhållningslagen under strejken i sådan mån att rätt till fullt avgiftsuttag föreligger”. Vad gäller renhållningsavgifter konstaterar HovR således — i likhet med Boh-

²⁸ Se prop. 1999/2000:129, s. 16.

²⁹ Se Svenska Kommunförbundets rapport, Maxtaxan inom barnomsorgen — så blev det, 2003.

³⁰ För äldre praxis rörande erläggande av renhållningsavgifter se t.ex. NJA 1979 s. 360 och RH 1986:93.

lins terminologi — att sådana avgifter är av en offentlighetsrättslig karaktär och att utrymmet för att reducera fastställda avgifter är mycket litet, trots att prestationen från kommunen uteblivit under flera veckors tid.

4.1.2 Avgift eller hyra — civilrättslig eller offentlighetsrättslig relation?

De problem som kan uppkomma till följd av kommunala tjänster är inte bara kopplade till barnomsorg, renhållning och liknande. Domstolarna har nämligen vid ett flertal tillfällen ställts inför frågan om en avgift är att anse som hyra eller en avgift för den service som tillhandahålls. Fyra exempel kan få belysa gränsdragningsproblematiken mellan socialrättsliga utgångspunkter och den hyresrättsliga regleringen. En kommun tillhandahöll bostadslägenheter till ett antal hyresgäster vilka tillsammans med hyran debiterades en obligatorisk avgift för tillgången till viss service i anslutning till boendet, s.k. serviceavgift. Serviceavgiften avsåg, enligt kommunen, att täcka kostnader för tillgången till dygnetruntservice, sjuksköterska, arbetsterapeut och dagverksamhet. HovR fann att serviceavgiften debiterades oavsett om den aktuella servicen utnyttjats eller inte och att den service som erbjöds hyresgästerna hade ett naturligt samband med äldreboendet. Trots att avgiften som sådan fastställdes av kommunfullmäktige fann HovR att serviceavgiften var att anse som ersättning för upplåtelsen av de aktuella lägenheterna. Avgiften bedömdes därför vid tvist om hyrans storlek utgöra hyra enligt 12:55 JB och HovR ogillade i RH 1997:93 därför kommunens ansökan om hyreshöjning med tre procent. RegR fann nyligen i två domar 2005-02-03 (Mål nr 212-04 och 420-04) att när ett LLS-boende för funktionshindrade har formen av ett hyresförhållande kan kommunen utan hinder av LSS tillåta att tillgången till gemensamhetsutrymmen får påverka hyresnivån. Det rör sig i dessa fall om ett hyresförhållande där reglerna i 12 kap. JB blir tillämpliga.³¹

Upplåtelse i del av rum för äldre, som varit förenad med omfattande vård och service ansågs i RH 1999:10 däremot inte utgöra ett hyresavtal. En förutsättning för att få en plats vid de i målet aktuella sjukhemmen var att man beviljats bistånd enligt 6 f § socialtjänstlagen (1980:620). Vårdbehovet var helt avgörande för placeringen och biståndstagarna saknade möjlighet att välja rum. Något avtal om upplåtelse i hyresrättslig mening kunde heller inte anses ha träffats. HovR fann därför att upplåtelsen inte var att hänföra till hyra enligt 12:1 JB och ansökan till hyresnämnden om ändring av hyresvillkor avisades därför.³² En hyresgäst i ett servicehus hade debiterats dels hyra av hyresvärden (en HSB-stiftelse), dels s.k. serviceavgift av kommunen för

³¹ Se även liknande utgång i Kammarrättens i Sundsvall dom 2005-03-07 (mål nr 874-04).

³² Jfr RBD 1994:8, där Bostadsdomstolen fann att upplåtelse av ett rum med toalett i ett servicehus var att anse som hyra, trots att upplåtelsen var förenad med omfattande vård och service.

tillgång till viss service i anslutning till boendet. Eftersom kommunen inte var hyresvärd i förhållande till hyresgästen ansågs serviceavgiften i RH 2000:5 inte utgöra vederlag för upplåtelsen av lägenheten enligt 12:1 JB. Ansökningen mot kommunen avisades därför.

Vad gäller boende i servicehus och liknande finns således en glidande skala för om relationen skall uppfattas som ett hyresförhållande eller inte. Avgörande blir faktorer som vilket vårdbehov som motiverar det särskilda boendet och inslaget av myndighetsutövning, dvs. vilken typ av biståndsbeslut som fattats i det enskilda fallet.

4.1.3 Barnomsorgsavgifter

Av 2 a kap. 10 § SkoL följer att det ankommer på kommunfullmäktige att anta barnomsorgstaxa. Barnomsorgsavgifter kan i enlighet med ovan använd terminologi definieras som en *frivillig offentligrättslig avgift*, dvs. en offentligrättslig avgift som tas ut när den enskilde gör anspråk på en tjänst som kommunen enligt lag är skyldig att tillhandahålla, men som inte är obligatorisk för medborgarna att ta emot. Det föreligger därför en skillnad mot t.ex. renhållningsavgifter, eftersom en sådan service är obligatorisk för kommunmedlemmarna. Här föreligger också en skillnad mot t.ex. bistånd enligt SoL, t.ex. avseende boende i servicehus, eftersom beslut om tilldelning av barnomsorg måste anses vara av mer standardiserad art och inte i första hand baserat på den enskildes individuella behov. Något utrymme för att på obligationsrättslig grund jämka eller sätta ned en sådan avgift finns dock inte. Det är enbart kommunfullmäktige som kan besluta om eventuella avgiftsreduceringar eller differentieringar av avgiften, t.ex. så att en lägre avgift kan utgå om brukaren har en låg inkomst.

Kommunernas avgiftsmakt vad gäller vissa kommunala tjänster har också en stark koppling till de mål som faller inom målen för den allmänna välfärden; barnomsorgen skall således huvudsakligen finansieras genom skatteuttag och den avgift som tas ut är ofta närmast att uppfatta som symbolisk i förhållande till de faktiska kostnaderna för tjänsten. Tendensen förstärktes ytterligare vad gäller barnomsorgen genom införandet av maxtaxa.

Som nämndes ovan bör en vägledande princip vara att ju mer specificerad den offentligrättsliga regleringen är, desto mindre utrymme lämnas för rent civilrättsliga överenskommelser och förutsättningar. När det gäller tillhandahållande av barnomsorgsplatser regleras detta i första hand av bestämmelserna i 2 a kap. SkoL. Dessa offentligrättsliga stadganden anger endast en allmän skyldighet för kommunen att tillhandahålla barnomsorg under vissa förutsättningar. Detta innebär att det finns ett visst utrymme för överenskommelser mellan personal och föräldrar när det gäller själva tidsaspekterna av tillhandahållandet, dvs. när barnomsorg skall tillhandahållas varje enskilt barn inom ramen för en heltids- eller en deltidsp plats — eller lite enklare uttryckt när barnen skall lämnas och hämtas.

Det är därmed inte sagt att så snart en barnomsorgsplats tas i anspråk det också uppkommer "ett ömsesidigt förpliktande avtalsförhållande mellan parterna", däremot råder det som nämndes ovan inget tvivel om att frågan om eventuell avgiftsreducering eller krav på erläggande av barnomsorgsavgifter kan prövas i allmän domstol. Till skillnad från de omständigheter som var under prövning i NJA 1998 s. 656 (I) finns nu flera argument för att anse att de offentlighetsrättsliga inslagen väger över eventuella "avtalsrättsliga inslag". Slutsatser dragna utifrån dagismålet om att rättsförhållandet mellan föräldrar med barn i offentlig barnomsorg innehåller privaträttsliga inslag skall således bedömas restriktivt i ljuset av det förändrade rättsläget med ett minskat inslag av avgiftsfinansiering och en ökad specificering av den rent offentlighetsrättsliga regleringen av barnomsorgen.

Rena rättskyddsaspekter talar dock för att det måste finnas en möjlighet för föräldrar att framställa vissa anspråk på ersättning för det fall att tjänsten inte tillhandahållits. I NJA 1998 s. 656 (I) påpekar HD att "när föräldrar accepterar ett erbjudande av kommunen om barnomsorgsplats uppkommer en skyldighet för föräldrarna att betala avgift enligt gällande taxa mot det att kommunen tillhandahåller barnomsorgsplatsen. Vägrar föräldrarna att betala måste kommunen skaffa sig en exekutionstitel för att kunna få ut avgiften. Vid prövning i allmän domstol av frågan om betalningsskyldighet bör föräldrarna kunna invända inte bara att avgiften har betalats eller inte förfallit till betalning utan även att barnomsorgsplatsen inte tillhandahållits. Vid utebliven betalning kan kommunen också besluta att avstänga barnet från barnomsorgsplatsen. En sådan åtgärd kan vara att se som en civilrättslig åtgärd (jfr RÅ 1982 2:62). Av det anförda får anses följa att det när en barnomsorgsplats väl tas i anspråk uppkommer ett ömsesidigt förpliktande avtalsförhållande mellan parterna".

I linje med såväl HD:s resonemang som allmänna rättskyddsprinciper är det uppenbart att rättsförhållandet mellan en förälder och en kommun måste anses kunna ge upphov till någon form av ömsesidiga förpliktelser; att därav dra slutsatsen att det måste vara fråga om ett ömsesidigt förpliktande avtalsförhållande är dock att gå för långt. Det är min bestämda uppfattning att alla lagreglerade typer av offentlighetsrättsligt tillhandahållna tjänster, och erlagd ersättning för dessa, snarast är att uppfatta som ett rättsförhållande *sui generis*. Dvs. ett rättsförhållande med en egen karaktär, där avgifter måste erläggas för den tjänst som tillhandahålls men där de erlagda avgifterna till följd av sin offentlighetsrättsliga prägel inte kan anses utgöra något avtalsrättsligt vederlag. Såväl kommunernas skyldighet att tillhandahålla barnomsorg som barnomsorgsavgifterna är offentlighetsrättsligt reglerade och underkastade dels de begränsningar som gäller för fastställande av kommunala taxor, dels de allmänna begränsningar i övrigt som följer av KL. Utan direkt stöd i taxa kan därför den fastställda barnomsorgsavgiften, till skillnad från rent avtalsrättsliga vederlag, ur offentlighets-

lig synvinkel vare sig jämkas eller bli föremål för individuella särbehandlingar.³³

Mot bakgrund av det ovan anförda kan rättsförhållandet mellan en enskild förälder och en kommun avseende tillhandhållandet av offentlig barnomsorg varken karakteriseras som uteslutande privaträttsligt eller uteslutande offentlighetsrättsligt. Vid tillhandahållandet av offentlighetsrättsligt reglerade tjänster måste rättsförhållandet därför anses vara av en helt egen art. Detta rättsförhållande präglas av blandningen, sammanstötningen och konflikten mellan civilrätten och den offentliga rätten. Det är alltså av vikt att försöka fastställa vilka principer som skall gälla vid tolkningen av rättsförhållandets närmare innehåll. En vägledande princip vid en sådan bedömning bör vara att ju mer specificerad den offentlighetsrättsliga regleringen är, desto mindre utrymme lämnas för civilrättsliga överenskommelser och förutsättningar. Detta hänger samman med den offentliga regleringens särskilda karaktär av icke förhandlingsbara påbud — påbud som måste respekteras om det demokratiska samhällssystemet skall kunna fungera. Det är också viktigt att ha i minnet att ett anspråk inte behöver ha sin grund i ett tväsidigt rättshandlande; det kan också uppstå ur ett ensidigt eller ett flersidigt rättshandlande eller grundas direkt på lag — t.ex. ansvar på grund av rent strikt skadeståndsansvar — och uppstå oberoende av om grunden härför är en rättighet av obligationsrättslig, sakrättslig eller annan karaktär, t.ex. offentlighetsrättslig.

Eftersom den offentliga regleringen, till den del den är klar och specificerad i sak, bör ha ett absolut försteg framför rent civilrättsliga överenskommelser — tillägg, förändringar och förutsättningar — bör offentlighetsrättslig reglering heller inte betraktas som utfyllande rätt i ett avtal mellan en enskild förälder och en kommun. Ett specifikt offentlighetsrättsligt stadgande har i dessa sammanhang ingen utfyllande funktion. Tvärtom innebär själva existensen av stadgandet att just den aspekt som stadgandet reglerar inte längre är dispositiv och tillgänglig för privaträttslig reglering.

Ur den enskildes synvinkel kan det dock te sig långsökt, att en avgift inte skulle kunna jämkas om den prestation för vilken avgiften utgår inte kan utnyttjas. Rör det sig om en subventionerad verksamhet torde dock utrymmet för en jämkning minska, eftersom den avgift som erläggs inte nödvändigtvis behöver vara oskäligen i förhållande till kostnaden för den motprestation som kommunen faktiskt tillhandahåller. När det gäller avgifter för barnomsorg motsvarar vederlaget inte kostnaderna, eftersom det vanligtvis rör sig om en starkt subventionerad prestation. En skevhet kan därmed uppstå vad gäller krav på återbetalning av den erlagda avgiften om den endast motsvarar en mindre del av den faktiska kostnaden. Det enklaste vore därför att reglera eventuella kompensationer till följd av att en kommunal service

³³ Se Tom Madell, *Avtal mellan kommuner och enskilda — avtalslut och rättsverkningar*, 2000, s. 67.

inte utnyttjas fullt ut genom fastställda normer för reducering av avgift. Ur kommunalrättslig synvinkel har en kommun rätt att ta ut olika avgifter för i stort sett likvärdiga prestationer. Det är t.ex. tillåtet med högre timtaxa för dem som nyttjar daghem på deltid än för dem som utnyttjar det på heltid eftersom kostnaderna i stort sett är desamma.³⁴ Om fullmäktige på motsvarande sätt fastställer erforderliga kriterier för när en avgift skall reduceras och med vilket belopp detta skall göras torde risken för processer rörande civilrättsligt grundade vederlag minska.

5 Sammanfattande slutsatser

Barnomsorgsavgifter är underkastade dels de begränsningar som gäller för fastställande av barnomsorgstaxa, dels de allmänna begränsningar i kommunens avgiftsrätt som följer av såväl kommunallagen som skollagen. Såväl taxan som andra villkor rörande barnomsorgen kan förändras utan att den enskilde har något inflytande däröver. Något utrymme för att uppställa villkor om särregleringar vad gäller avgiften finns inte. Betalningsskyldigheten kan på avtalsrättslig grund lika lite jämkas som bestämmelser i barnomsorgstaxan kan avtalas bort. Avgifter för barnomsorg utgör därför en offentligrättslig avgift för tillhandahållen service och inte något avtalsrättsligt vederlag för sådan service.

Av de av kommunen fastställda taxebestämmelserna rörande barnomsorg framgår vanligen när en avgiftsreducering kan ske. Några möjligheter att frångå dessa bestämmelser saknas så länge inte den politiska majoriteten i kommunen beslutar om sådana. Vid prövning i allmän domstol finns däremot en möjlighet att göra en mer allsidig bedömning. Att frågan om återbetalning eller nedsättning av barnomsorgsavgift skall bedömas på offentligrättslig grund ger emellertid inte i sig något direkt svar på under vilka förutsättningar detta kan ske. Klart är emellertid att den offentligrättsliga bakgrunden med såväl sociala som välfärdsstatliga utgångspunkter måste vägas mot den enskildes anspråk.

En annan omständighet som kan tillmätas viss vikt är att det vid barnomsorg rör sig om subventionerade tjänster som huvudsakligen finansieras av skattebetalarna. Avgiften som brukaren erlägger motsvarar endast ca 15 procent av den faktiska kostnaden, det finns därför — till skillnad från ”normala avtalsförhållanden” — inte någon överensstämmelse mellan prestation och den avgift som erläggs. För det fall att en avgiftsreducering skall ske kan det finnas skäl att den jämkas — om inte i sin helhet till ett belopp som motsvarar avgiftens storlek i förhållande till de faktiska kostnaderna för verksamheten så i vart fall till ett skäligt belopp.

Relationen mellan parterna måste huvudsakligen vara offentligrättslig; rätten till barnomsorg regleras i Skoll och det utgör myndig-

³⁴ Se även RÅ 2000 ref 35.

hetsutövning att fatta beslut om att tilldela en barnomsorgsplats. Relationen kan inte rimligen byta skepnad och blir avtalsrättslig bara för att en i offentlighetsrättslig ordning fastställd avgift erläggs för platsen. Frågan om avgiftsreducering är möjlig måste däremot prövas av allmän domstol och i den delen kan man också väga in konsumenträttsliga analogier och andra rättsliga bedömningar. Det är inte särskilt belysande att endast hänvisa till HD:s kortfattade mellandom som dessutom behandlar ett förhållande som härrör sig från en tid då lagstiftningen var annorlunda utformad. Jag hävdar inte att min lösning på problemet är den rätta, men jag hävdar att det är på det här sättet man bör resonera för att komma fram till en tillfredsställande lösning på problemet; dvs. en civilrättsligt influerad bedömning görs mot bakgrund av den offentlighetsrättsliga relationen och dess särskilda förutsättningar.