

# Om skadestånd vid konsumenttjänster

Av professorn och f.d. justitierådet BERTIL BENGTTSSON

*I artikeln diskuteras vissa frågor om skadestånd vid konsumenttjänster. Konsumenttjänstlagen, som avser arbete på egendom och förvaring, anses ofta som en central konsumenträttslig lagstiftning, och bl.a. i dess motiv förordas en analog tillämpning vid åtskilliga andra konsumenttjänster. Man kan sätta i fråga detta i vart fall när det gäller skadestånd; lagens nuvarande skadeståndsregler har tillkommit utan någon övertygande motivering och passar ganska dåligt vid många av de varierande avtalstyper som brukar nämnas i sammanhanget.*

1. Här skall diskuteras några frågor om skadestånd i kontraktsförhållanden med utgångspunkt i konsumenttjänstlagen.<sup>1</sup> Framför allt tar jag upp problem rörande analogi från lagens regler — jag tror nog detta är det viktigaste exemplet på rättsbildning på skadeståndsområdet med hjälp av analogier. Jag skall också något beröra frågan om lagen skall utvidgas till att omfatta andra tjänster än för närvarande; den behandlas av en pågående utredning inom justitiedepartementet.

Konsumenttjänstlagen anses vara en central civilrättslig lagstiftning. Den betraktas med stor respekt, för att inte säga entusiasm, särskilt på konsumenthåll; man menar att där den inte är direkt tillämplig bör den i varje fall tillämpas analogt. Detta får stöd också i lagens förarbeten — den bygger på ett mycket välgjort betänkande, vars utläggningar fått stor betydelse för tillämpningen.<sup>2</sup> Det sammanhänger med att publicerad domstolspraxis på området nästan helt saknas. ARN har däremot avgett en del utlåtanden, och de brukar ju spela en roll i brist på vanliga prejudikat. Vad litteraturen beträffar är det framför allt Hellners arbete Speciell kontraktsrätt som har intresse; den spelar troligen lika stor roll för rättstillämpningen som hans övriga böcker.<sup>3</sup>

Lagen reglerar ju konsumenttjänster — alltså när en näringsidkare får ett uppdrag av en konsument att utföra någon tjänst. Idag omfattar den två typer av tjänster: arbete på egendom och förvaring. Vad skadeståndsreglerna angår gäller i båda fallen ett kontrollansvar vid dröjsmål och fel i näringsidkarens prestation. Kontrollansvaret är som bekant ett nära nog strikt ansvar, som innebär att svaranden bara kan

<sup>1</sup> Uppsatsen bygger på ett föredrag hållet vid AIDA:s forskningsdag i februari 2008.

<sup>2</sup> Ulf Bernitz var ordförande och Jan Hellner expert; sekreterare var Olov Hertzman samt (tidvis) Brita Sundberg-Weitman och Lennart Grobgeld.

<sup>3</sup> Speciell kontraktsrätt II:1 och II:2 har år 2005 resp. 2006 kommit ut i en fjärde upplaga, utgiven av Richard Hager och Annina H. Persson.

gå fri från skadeståndsskyldighet om han kan visa att skadan berodde på ett hinder av visst slag: det skall ha legat utanför hans kontroll, han skall inte skäligen ha kunnat ha räknat med hindret vid avtalets ingående, och dess följder skall han inte heller skäligen ha kunnat undvika eller övervinna. Och denna stränga bevisbörda utvidgas till att han måste visa sådana hinder också för medhjälpare som han anlitat för att utföra tjänsten. Vid fel svarar han dessutom för vad han särskilt utfäst. (Se 31 §.) — När föremålet för tjänsten skadas har näringsidkaren en annan typ av skärpt ansvar, presumtionsansvar — alltså ett ansvar för vållande, men med omkastad bevisbörda (32 §). Att den som tagit hand om egendom får exculpera sig när den skadas är ju en allmän princip, känd från transportavtal, lån, hyra av lös egendom och en hel del andra sammanhang. Undantagsvis kan vidare näringsidkarens ansvar jämkas, om det är oskäligt betungande (34 §). — Att märka är vidare att dessa stränga regler inte tillämpas vid personskada, om t.ex. ett dåligt utfört arbete på en sak skulle göra den farlig för konsumenten. Sådana skador undantas från konsumenttjänstlagen (35 §).

Dessa typer av ansvar gäller alltså om inte näringsidkaren fullgör sina förpliktelser. Vad är det nu han har åtagit sig? Vid arbete på annans egendom är det tydligt att han ofta lovar att prestera ett visst resultat — en bil skall t.ex. repareras. Men samtidigt kan man tala om en förpliktelse att visa omsorg: reparationen skall utföras väl från fackmässig synpunkt. Det är ett huvudkrav som lagen ställer upp (se 4 §). — Vid förvaring är åtagandet litet annorlunda. Det är ju inte fråga om ett visst arbete som skall utföras, utan ett varaktigt avtal — under en viss tid skall man hindra den förvarade saken från att skadas. Näringsidkaren har inte åtagit sig att prestera ett visst resultat, om inte man menar att redan att saken återlämnas i oskadat skick är ett slags resultat. Det väsentliga är snarare att den skall förvaras med omsorg; det är den traditionella synen på förvaringsavtalet. Den principiella skillnaden mellan skyldigheten att prestera ett resultat och skyldigheten att visa omsorg — i allmänhet under viss tid — har anor på kontinenten sedan den romerska rättens tid och erkänns också hos oss.<sup>4</sup>

Reglerna täcker alltså flera typer av förpliktelser, och meningen är som sagt att de efter en lagändring skall täcka ännu fler. En fråga som man kan ställa sig är om konsumenttjänstlagen förtjänar en så central ställning inom kontraktsrätten som man velat ge den. Man möter ibland uppfattningen att lagen rentav skulle spela en liknande roll som 1905 års köplag ansågs göra en gång i tiden: den skulle ge uttryck för allmänna kontraktsrättsliga grundsatser. Den inställningen skymtar också i direktiven till den utredning jag talat om. Delvis gäller nog

<sup>4</sup> Se t.ex. Rodhe, *Obligationsrätt* (1956) s. 20 ff. Skillnaden ligger bl.a. till grund för den tyska distinktionen mellan *Werkvertrag* och *Dienstvertrag* (se t.ex. Esser-Weyers, *Schuldrecht II:1*, 8. Aufl. 1998, 27.I.3), och motsvarar väsentligen den franska mellan "obligation de résultat" och "obligation de moyen".

detta, på andra områden än dem som diskuteras här — t.ex. beträffande hävning av avtal. Men när det gäller skadeståndsansvaret verkar detta tveksamt: är de här reglerna så värdefulla att de bör läggas till grund för analogier och rentav bör lagstiftningsvägen utsträckas till att gälla andra avtalstyper?

2. I konsumenttjänstlagens motiv har man förordat en analogi i åtskilliga situationer: vid behandling av person, undervisning, skötsel och behandling av levande djur samt rådgivnings- och provningsverksamhet.<sup>5</sup> HD har i rättsfallet NJA 2002 s. 644 tillämpat lagens regler om avbeställningsrätt analogt vid avtal om kursundervisning; om skadestånd var dock inte fråga i målet. I Allmänna reklamationsnämndens praxis har analog tillämpning förekommit i åtskilliga fall beträffande utbildning och kursundervisning, frisörtjänster och skönhetsvård; det har ibland gällt skadeståndskrav. Nämnden har också åberopat KtjL:s regler bl.a. om fackmässigt utförande av tjänsten när det gällt flyttningsuppdrag.<sup>6</sup> Vidare har reglerna ansetts kunna tillämpas bl.a. i fråga om transporttjänster, då tunnelbaneresenärer begärde ekonomisk kompensation för förseningar och andra olägenheter i tunnelbanetrafiken;<sup>7</sup> rörande besiktningsmans skadeståndsansvar;<sup>8</sup> vid dröjsmål med en beställd överföring av pengar till utlandet;<sup>9</sup> samt vid uppdrag att sälja en båt för ett dödsbos räkning.<sup>10</sup> Från Konsumentverkets och konsumentorganisationernas sida har man rekommenderat en analogi i ännu fler fall, om inte lagstiftning sker om frågan.

Som nämnt byggde lagen på ett väl genomarbetat betänkande, där inte minst skadestandsfrågorna noga övervägts.<sup>11</sup> Att märka är emellertid att reglerna om förutsättningar för skadestånd var andra från början. I betänkandet föreskrevs ett presumtionsansvar också vid fel i tjänsten och dröjsmål. Näringsidkaren var skyldig att visa omsorg, inte mer, när han lovat att utföra ett visst arbete. Det ansvaret tog man upp i 1984 års proposition, och där lät man reglerna tillämpas också på förvaring.<sup>12</sup> Man kan sätta i fråga om detta var så lyckat: förvaring är som sagt ett varaktigt avtal, som i motsats till arbete på annans sak inte i första hand går ut på att prestera visst resultat. Men skadestandsregeln var i båda fallen ett presumtionsansvar och lär till en början inte ha vållat några nämnvärda problem.

Efter några år, år 1989, kom emellertid en proposition med förslag till ny köplag och ny konsumentköplag. Lagstiftaren hade nu gripits

<sup>5</sup> Se SOU 1979:36 s. 108 f, 120 f; prop. 1984/85:110 s. 142

<sup>6</sup> Se beslut 17-10-2001, ärende nr 2001-1500.

<sup>7</sup> Se bl.a. beslut 1999-06-24, ärende nr 1998-5574 (där dock ingen ekonomisk kompensation utgick). Liknande bedömning ifråga om ersättning vid inställd tågresor, beslut 2003-04-24, ärende nr 2002-5221.

<sup>8</sup> Beslut 1999-09-27, ärende nr 1999-0864 (ref. 33).

<sup>9</sup> Beslut i ärende nr 1997-1605.

<sup>10</sup> Beslut 2003-08-26, ärende nr 2003-1168.

<sup>11</sup> Se särskilt kap.13 i betänkandet.

<sup>12</sup> Se särskilt prop. 1984/85:110 s. 78 ff (allmänt), s.121 ff (förvaring).

av en påtaglig entusiasm för kontrollansvaret: det skulle vara den moderna ansvarstypen, som ansågs lämplig i alla möjliga sammanhang. Den infördes vid olika kontraktsbrott i den nya köplagstiftningen, och samtidigt ändrades konsumenttjänstlagens regler till de nuvarande: kontrollansvaret skulle nu gälla vid fel i tjänsten (även om felet berodde på en olyckshändelse) och dröjsmål från näringsidkarens sida, medan presumtionsansvaret skulle behållas vid skada på föremålet för arbetet. (Se 31 och 32 §§ i nuvarande lydelse.) Motiveringen var den minsta möjliga: sedan man konstaterat att kontrollansvaret var lämpligt vid konsumentköp anfördes att det borde vara utformat på samma sätt vid konsumenttjänster. Ändringen antogs ha begränsad praktisk betydelse — huvudsakligen vid dolda fel i använt material. Verkningarna för förvaringsavtalets del berördes inte alls.<sup>13</sup>

3. Frågan är om inte lagstiftarens resonemang här byggde på en omotiverad förenkling av ansvarsförhållandena. Schematiskt kan resonemanget kunna beskrivas på detta vis:

Man började med att diskutera dröjsmål med leverans vid köp — alltså en typisk förpliktelse att prestera ett resultat. Då är det naturligt att man fäster vikt vid om förhållanden utanför säljarens kontroll har orsakat dröjsmålet. Sedan överfördes samma resonemang till ansvar för fel hos varor, och detta motiverades med sambandet med dröjsmålsreglerna: säljaren hade kanske inte fått färdigt varan i tid, och då borde det bli samma påföljd om han sände iväg den halvfärdig — alltså felaktig — eller om han inte sände iväg den alls. Man kan invända att normalt det är en annan typ av förpliktelse än att leverera i tid som blir aktuell vid fel. Det är fråga om vad Rodhe kallar ansvarsförpliktelse: säljaren är inte i första hand förpliktad att handla på visst sätt utan att svara för att vissa förhållanden föreligger vid leveransen.<sup>14</sup> Då är det betydligt mindre naturligt att diskutera om felet berott på förhållanden utanför hans kontroll. Fallet att näringsidkaren medvetet levererar en vara som han vet vara halvfärdig är i vart fall inte typisk.

Sedan har lagstiftaren tagit ännu ett steg, tydligen utan större betänkligheter, när det gäller arbete på egendom. Kontrollansvaret skulle gälla vid dröjsmål att utföra arbetet. Om detta kan sägas att det visserligen är en sträng regel mot småföretagare, som t.ex. får svara för sjukdom som försenar arbetet, men den kan ändå accepteras. Sedan överför man också här samma ansvar till felfallen, där som sagt en avgörande fråga är om arbetet utförts fackmässigt — med vederbörlig omsorg. Om ett arbete inte håller måttet skulle man alltså ställa frågan om detta berott på förhållanden utanför näringsidkarens kontroll; det är en situation som ytterligt sällan föreligger. Resultatet skulle bli att näringsidkaren i regel svarar inte bara för dolda materialfel

<sup>13</sup> Se prop. 1989/90:89 s. 40, 55 f, 183 f.

<sup>14</sup> Se Rodhe, *Lärobok i obligationsrätt* (5 uppl. 1979) s. 86 ff. Rodhes distinktion har ibland ifrågasatts men pekar enligt min mening på något väsentligt i de kontraktsrättsliga reglernas uppbyggnad; jfr Bengtsson i SvJT 1967 s. 293 f.

— det var ju det man främst hade i tankarna vid lagändringen<sup>15</sup> — utan också för missöden av alla möjliga slag. Hela detta synsätt, där det avgörande skulle vara om vissa externa hinder orsakat felet, passar illa i detta sammanhang.

Man bortsåg alltså på detta vis från att tjänster är något annat än köp — de innebär inte bara leverans av en vara. Och inte nog med detta: dessutom bortsåg man från att förvaring är en avtalstyp som ännu mer avviker från köp — en tjänst som traditionellt innebär just att man skall visa omsorg. Näringsidkaren skulle med lagstiftarens synsätt i princip svara för fel i förvaringen så snart de ligger inom hans kontroll, även om de beror på en olyckshändelse (31 §). Samtidigt har man emellertid behållit regeln om ett presumtionsansvar när den förvarade saken skadades (32 §). Här gäller alltså två olika ansvarsregler, och det är oklart hur de förhåller sig till varandra.<sup>16</sup> Såvitt framgår av motiven funderade man inte alls på dessa komplikationer, när dessa ändringar infördes i konsumenttjänstlagen.<sup>17</sup> Över huvud taget verkade regering och riksdag tämligen ointresserade av vad som skedde med lagen vid detta tillfälle — det viktiga var att lösningarna skulle stämma med köprätten.

Som försvar för lagstiftarens ståndpunkt kan visserligen sägas, att ansvarstypen internationellt sett verkar vara på frammarsch.<sup>18</sup> Under sådana omständigheter kunde det verka närliggande att låta regeln gälla till skydd för konsumenter. Men man kan inte komma ifrån att avtalsförpliktelse kan variera, och enligt min mening är detta något som bör påverka skadeståndsansvaret. Bl.a. Hellner har — på goda grunder — kritiserat förkärleken för kontrollansvaret i olika sammanhang där det inte passar.<sup>19</sup> Även om skillnaden mellan kontrollansvar och presumtionsansvar inte är så värst stor kan den få betydelse i åtskilliga praktiska situationer när näringsidkaren faktiskt har rimliga ursäkter för ett skadefall.

Mot denna bakgrund får man bedöma motivens rekommendation om en analog tillämpning av konsumenttjänstlagen vid flera avtalstyper. Det var i själva verket *ett annat* skadeståndsansvar som ansågs lämpligt än det som gäller idag — inte ett kontrollansvar utan ett presumtionsansvar. Att HD på senare år tillämpat lagen analogt beträffande en helt annan fråga ger inte stöd för att man skulle ha samma respekt för lagens skadestandsregler.

<sup>15</sup> Se prop. 1989/90:89 s. 55, 171 f.

<sup>16</sup> I beslut 2003-03-17, ärende nr 2002-6320, har ARN ansett ansvar föreligga enligt 31 § KtjL och därför inte behövt gå in på frågan om ansvar enligt 32 §; men eftersom nämnden fann vållande föreligga — näringsidkaren hade brustit i sin omsorgsplikt — har skillnaden i ansvarsgrund inte spelat någon roll. — Christina Ramberg anser 31 § 3 st. böra tillämpas i detta fall (Kontraktstyper s. 101).

<sup>17</sup> Jfr prop. 1989/90:89 s. 55 f, 172.

<sup>18</sup> Enligt Principles of European Contract Law skall den t.ex. gälla vid "a party's non-performance". Se Article 9:501, som hänvisar till Article 8:108.

<sup>19</sup> Se angående tillämpning utanför köprätten bl.a. Hellner-Hager-Persson, Speciell avtalsrätt II:1 s. 109, II:2 s. 207 f, 209.

Det är visserligen inte så mycket att göra åt att konsumenttjänstlagens regel verkar för sträng, även om nu lagen skulle ses över. Enligt en oskriven regel kan lagstiftaren ju när det gäller konsumentskyddet aldrig ta ett steg tillbaka — varje politiker med självbevarelsedrift lär vilja undvika de protester från konsumentorganisationer och massmedia som det kan medföra. Rättsutvecklingen rör sig bara åt ett håll. Men i vart fall bör man vara försiktig när det gäller att *utvidga* området för regler som verkar så pass diskutabla och lättvindigt tillkomna, och ännu försiktigare bör man vara med *analogier* i sammanhanget.

4. Hur skall man alltså behandla ansvaret vid dessa andra typer av konsumenttjänster där särskilda skadeståndsregler saknas? Det är naturligt att utgå från allmänna kontraktsrättsliga grundsatser om skadestånd, men också dessa varierar ju i viss utsträckning med avtalstypen. Som redan framhållits är presumtionsansvar en allmän princip när någon tagit hand om annans egendom och den skadats, men om det utan vidare gäller i andra sammanhang är ganska diskutabelt.<sup>20</sup> Det är ju också välkänt att man i vissa situationer kan läsa in underförstådda garantier i ett avtalsförhållande som t.o.m. kan leda till ett strikt ansvar — t.ex. för att överlåten eller upplåten egendom inte är lämplig att använda för det avsedda ändamålet. Det krävs alltså inte någon sådan särskild utfästelse som konsumenttjänstlagen (liksom konsumentköplagen) talar om. Här kan bl.a. hänvisas till det välkända dillodlingsfallet, NJA 1968 s. 285, där en rekommendation vid en kommersiell tjänst betraktats som en sorts tyst garanti. Möjligheterna borde vara ännu större vid avtal med konsumenter.<sup>21</sup> Men reglerna om kontrollansvar är som sagt ännu strängare — det gäller oberoende av eventuella utfästelser. Det är bl.a. detta ansvar som skulle tillämpas också utanför KtjL:s område.

Liksom i andra analogifall blir en väsentlig fråga hur pass lik den aktuella situationen är den som lagen reglerar. Även om det i båda fallen gäller en tjänst, är detta ett mycket vidsträckt begrepp, och för övrigt är gränserna för begreppet ganska oklara.

5. Till en början finns det en del åtgärder med egendom som ligger nära arbete på lös sak, t.ex. *provning* och *besiktning* av egendomen; analogi vid provning har nämnts i motiven till konsumenttjänstlagen, och Allmänna reklamationsnämnden har som sagt haft samma inställning beträffande besiktning. Här kan det nog finnas anledning att tillämpa lagens regler analogt när föremålet skadas under provningen eller besiktningen, i vart fall om den är i näringsidkarens besittning; det skulle alltså vara fråga om ett presumtionsansvar, som stämmer väl med allmänna principer (jfr 32 §). — Däremot bör lagens regler inte åberopas vid fel i utlåtanden om resultatet av provningen eller besikt-

<sup>20</sup> Jfr härom Bengtsson i Allmänna principer om kontraktsansvar? (i Festskrift till Lars Gorton, 2008).

<sup>21</sup> Jfr NJA 1985 s. 641 (närmast köp).

ningen, det är ju en avvikande situation, närmast jämförlig med en sorts rådgivning, och då är det naturligare med ett vanligt culpaansvar. Om kontrollansvar bör inte alls bli fråga.

6. En närliggande typ av tjänst är *behandling av levande djur* — konsumenttjänstlagen avser ju bara arbete på lös sak, och dit räknas inte djur. Också här har det talats om en analogi från lagen. Skall alltså en veterinär bli ansvarig analogt enligt kontrollansvaret ifall han inte lyckas bota djuret eller detta av någon orsak tar skada under behandlingen? Eller skall han åtminstone ha bevisbördan för vållande?

Här förekommer en speciell komplikation. I samband med ändringarna i skadeståndslagen 1975 avskaffades en äldre regel i 22 kap. 4 § byggningsbalken om presumtionsansvar för skada på behandlade djur. Det framhölls att under de förhållanden som sådana tjänster numera utfördes — i allmänhet av distriktsveterinärer — det inte fanns behov av ett strängt skadeståndsansvar; man kunde jämföra med de ansvarsregler som gällde för t.ex. läkare och tandläkare. I stället borde ansvaret följa allmänna principer om skadestånd i kontraktsförhållanden.<sup>22</sup> Tydligt förutsattes att bevisbördan för vållande skulle ligga på den skadelidande. Samtidigt kan framhållas att denna lagändring skedde före tillkomsten av KtjL med dess strängare skadeståndsregler — kanske skulle lagstiftaren idag inte på samma sätt tala om vanligt culpaansvar som en allmän skadeståndsprincip.<sup>23</sup>

Sannolikt får dock parallellen med läkarens ansvar alltså ha betydelse; han anses som bekant bara svara för styrkt vållande när inte skadan täcks av patientförsäkring. Också för veterinärens del finns det anledning att tala om förpliktelse till omsorg. Man kan väl i regel inte säga att han åtar sig prestera ett resultat, t.ex. att under alla förhållanden bota djuret. Det kan tilläggas att veterinären visserligen kan försäkra sig mot sitt ansvar för felaktig behandling, men där finns undantag i försäkringsvillkoren — framför allt täcks inte fall av oriktig diagnos. Inte heller här ter sig ett kontrollansvar lämpligt. Troligen gäller ett vanligt culpaansvar också för veterinärer när djuret skadas vid behandlingen.

En annan fråga är om bevisbördan kanske ligger på veterinären, om djuret annars skadas när det är i hans vård. Man är då inne på reglerna om *förvaring av djur*, som inte heller regleras direkt av konsumenttjänstlagen. Skall förvaringsreglerna — i varje fall presumtionsansvaret — tillämpas analogt när djuret kommer till skada? Ett sådant ansvar anses ju motiverat särskilt i situationer där det är sannolikt att besittaren på ett eller annat sätt varit försumlig när egendomen är i hans vård. Men skälen verkar betydligt mindre starka när det är fråga om ett oberäkneligt djur, som lätt kan ha skadat sig själv på ena eller

<sup>22</sup> Se prop. 1975:12 s. 142 f.

<sup>23</sup> Presumtionsansvaret har sedermera införts också i andra lagar, bl.a. i 34 § lagen om handelsagentur, där det gäller skada på grund av kontraktsbrott över huvud taget — inte bara på omhändertagen egendom.

andra sättet.<sup>24</sup> Visserligen har besittaren i regel lättare att visa orsaken till skadan än ägaren.<sup>25</sup> Men räcker detta för att motivera en omkastad bevisbörda för vållande?

HD har haft vissa bekymmer med dessa skador. I ett fall — NJA 1983 s.617 — lades bevisbördan när en travhäst skadades på besittaren, men då var han utsatt för särskilda risker på grund av avtalet (som gällde träning av hästen). När inte detta var fallet skulle ett presumtionsansvar tillämpas — det ansåg HD i NJA 1999 s. 197, också angående en häst. Några analogier från kontrollansvaret diskuterades inte (på goda grunder). Allt som allt är analogifrågan ganska tveksam i detta fall — för övrigt också för veterinärens del. I varje fall när situationen liknar ordinär förvaring ligger det närmast till hands att lägga bevisbördan på besittaren, fast det bör räcka att han vidtagit åtgärder mot någorlunda förutsebara risker för djuret.

7. Vi har också en närliggande avtalstyp som också ansetts böra falla under analogin: *behandling av person*. Vad först angår de enklare tjänsterna, t.ex. hårfrisering och skönhetsvård, har Allmänna reklamationsnämnden som sagt tillämpat konsumenttjänstlagens skadestandsregler analogt. Vid hårfrisering brukar det då vara fråga om misslyckade färgningar och liknande. Men det verkar inte som om man då tillämpade något kontrollansvar. Och det är rätt naturligt — personsador undantas som sagt från konsumenttjänstlagens regler. Å andra sidan kan man också resonera så, att samma regel skall gälla om föremålet för arbetet skadas, vare sig föremålet är en sak eller en person. Att personsador från början undantogs sammanhängde med att man inte ville reglera skador genom felaktiga produkter,<sup>26</sup> och den typen skada är det ju inte fråga om här.

Vad som nu sagts kunde i vart fall tala för ett presumtionsansvar enligt vad som anges i 32 §. Ett kontrollansvar blir däremot påtagligt strängt, inte minst med tanke på att det i många fall drabbar småföretagare. Det skulle innebära ett ansvar för alla missöden som kan inträffa i sammanhanget — praktiskt taget allt som kan hända vid hårklippningen eller skönhetsbehandlingen ligger ju inom näringsidkarens kontroll. Vad han åtar sig är också i detta sammanhang närmast att visa fackmässig omsorg, inte att prestera ett visst resultat. Även om det sällan lär bli fråga om större skador och oskäligt stora skadestånd bör gå att jämkas (jfr 6 kap. 2 § skadeståndslagen och 34 § konsumenttjänstlagen) är det stränga kontrollansvaret inte riktigt tillfredsställande. Försiktigtvis bör man nog undvika en analogi.

<sup>24</sup> Jag talar här om t.ex. hästar och hundar, inte om guldfiskar och liknande mera fridfulla djur.

<sup>25</sup> Det tycks dessutom finnas möjlighet att försäkra också detta ansvar; här brukar inte gälla det vanliga undantaget i ansvarsförsäkringsvillkoren om skada på omhändertagen egendom.

<sup>26</sup> Se SOU 1979:36 s. 371 f, vartill hänvisas i prop. 1984/85:110 s. 299. Någon ändring i detta gjordes inte år 1990; samma begränsning gäller ju enligt konsumentköplagen (31 §).

Det förekommer ju också mera ingripande behandlingar, t.ex. sjukvård, tandvård och annan medicinsk vård, t.ex. av naprapater och massörer. Dessa frågor tar inte Allmänna reklamationsnämnden upp — man sysslar inte med medicinska bedömningar. Här täcker ju patientförsäkringen idag de flesta skadorna på patientens person, men innan den tillkom ansågs läkare och sjukhus ha ett vanligt culpaansvar. I dessa fall finns det vidare särskild lagstiftning som ställer upp krav på tjänstens kvalitet (se särskilt 2a–2f §§ i hälso- och sjukvårdslagen, 3 § i tandvårdslagen och 2 kap. 1–7 §§ lagen om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område). Skall man konstatera ett fel så snart tjänsten inte når upp till den nivån och döma ut skadestånd utom i sådana exceptionella fall där felet berott på någon omständighet som inte läkaren eller tandläkaren har möjlighet att påverka? Det skulle strida klart mot den sedvanliga uppfattningen om sådana yrkesmäns ansvar. Också här måste man rimligen se saken så, att näringsidkaren är skyldig att visa omsorg för att om möjligt bota patienten men inte att utan vidare prestera ett resultat.<sup>27</sup> Det kan visserligen sägas att vid dessa mera avancerade behandlingar har patienten sämre möjligheter att konstatera vad som händer med honom. Men å andra sidan innebär ju själva skadan exempelvis vid läkarbehandling långtifrån någon sannolikhet för att det förekommit något fackmässigt fel — behandlingen innebär ju ofta vissa risker för att något kan gå snett. Situationen är knappast sådan att ens ett presumtionsansvar kan anses befogat, i den mån ersättning inte utgår från patientförsäkringen.

8. Också vid andra avtal har man förordat en analogi, bl.a. vid *rådgivning*. Bortsett från finansiell rådgivning, där det ju förekommer särskild lagstiftning,<sup>28</sup> skulle detta bli aktuellt i fråga om bl.a. advokater, revisorer, diverse konsulter och kanske också arkitekter. Det förefaller dock knappast tänkbart att i strid mot den nuvarande uppfattningen tillämpa ett kontrollansvar så snart t.ex. ett råd visar sig mindre lyckat. Ingen utom möjligen någon enstaka upprörd klient lär väl kunna påstå att advokaten eller revisorn skulle ha ett sådant ansvar för varje råd som i efterhand kan kritiseras. Inte heller ett presumtionsansvar har något stöd i gällande rätt.<sup>29</sup>

9. Vidare har man nämnt *undervisning* i sammanhanget, något som i första hand skulle komma i fråga vid privata tjänster av typen kurs-

<sup>27</sup> Jag undantar då sådana konkreta åtaganden som när en tandläkare skall sätta in en ny tand.

<sup>28</sup> Se lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter.

<sup>29</sup> Lagar på detta och närliggande områden bygger på ett culpaansvar; så 6 § lagen om finansiell rådgivning, 20 § fastighetsmäklarlagen, 5 kap. 7 § lagen om försäkringsförmedling. Se även Hellner-Hager-Persson, *Speciell avtalsrätt II:1* s. 23 (ett vanligt ansvar för styrkt culpa vid immateriella tjänster) och Jacob Hesser, *Immateriella tjänster* (2006) s. 70 f. — Christina Ramberg (a.a. s. 130) talar om skadestånd vid "kontraktstridig" information och rådgivning, men synes inte avse något strikt ansvar.

verksamhet men även vid privata undervisningsanstalter av skilda slag. Också här saknas det stöd för ett strängare skadeståndsansvar än vanligt culpaansvar — såvitt jag vet har det inte ens diskuterats i sammanhanget. Även om HD som sagt tillämpat konsumenttjänstlagen analogt beträffande avbeställning av en kurs finns det ingen anledning att låta undervisaren eller hans arbetsgivare svara för annat än styrkt vållande vid fel i undervisningen; och det lär inte vara ofta som detta kan konstateras.<sup>30</sup> Något rimligare kan det verka att analogivis ålägga näringsidkaren åtminstone ett presumtionsansvar vid dröjsmål — om läraren har uteblivit skulle alltså arrangören få svara för delta-garnas uppkomna kostnader ifall han inte kan exculpera både sig och läraren. Ett kontrollansvar verkar däremot alltför strängt också i detta läge.

Ibland kan försummelse vid undervisning i konkreta färdigheter medföra personskada — t.ex. vid laborationer, gymnastik och diverse farliga sporter. Även här verkar det naturligt att tillämpa vanliga skadeståndsregler — alltså ett ansvar för styrkt vållande.

10. Som nämnt har konsumenttjänstlagen också ansetts analogt tillämplig i fråga om *persontransporter* i vart fall med järnväg, bl.a. när det gäller dröjsmål och fel i tjänsten — det är en typ av skador som inte 1985 års järnvägstrafiklag reglerar (se 2 kap.). Bl.a. har Allmänna reklamationsnämnden i åtminstone ett fall utgått från att ett kontrollansvar skulle gälla för ett tågforetag vid en inställd tågresa.<sup>31</sup> Skadeståndsregeln blir då strängare än vid persontransport enligt sjölagen, där det föreskrivits ett presumtionsansvar (se 15 kap. 17 och 20 §§). I vart fall vid dröjsmål verkar ett kontrollansvar tänkbart; det skulle då också gälla vid busstransporter. Frågan är dock tveksam — kanske man försiktigtvis bör inskränka sig till ett presumtionsansvar. Det gäller ändå en typ av tjänst som klart avviker från dem som konsumenttjänstlagen reglerar. En ansvarsskärpning av detta slag borde egentligen fordra en lagändring, och den lär bli aktuell ganska snart för persontransporternas del.<sup>32</sup>

11. På konsumenthåll talar man emellanåt om *hyrestjänster* — man skulle tillämpa konsumenttjänstlagen analogt också vid uthyrning av lös egendom, t.ex. bilar, tv-apparater och liknande. Här saknas ju varje lagstiftning om förhållandet mellan parterna. Resonemanget visar hur tänjbart tjänstebegreppet är (även om terminologin knappast är den brukliga). I varje fall ligger dessa avtal mycket långt från tjänster som behandlas i konsumenttjänstlagen; det är väsentligt att egendo-

<sup>30</sup> Jfr om frågan Bengtsson, Om ansvar för undervisning, i Festskrift till Hans-Heinrich Vogel (2008).

<sup>31</sup> Se beslut 2003-04-24, ärende nr 2002-5221.

<sup>32</sup> Enligt en EG-förordning (Nr 1371/2007) om järnvägspassagerares rättigheter och skyldigheter, vilken snart lär bli införlivad med svensk rätt, gäller närmast ett kontrollansvar för tågförseningar och liknande (se art. 32 i bilaga 1, vartill förordningen hänvisar).

men utlämnats för nyttjande och är i konsumentens besittning (inte som enligt konsumenttjänstlagen under näringsidkarens kontroll). Skall man analogisera, är det snarare hyreslagstiftningen i 12 kap. JB som kan komma i fråga; när det gäller ansvaret för att egendomen fungerar kan man också tänka sig att konsumentköplagen blir vägledande. Den s.k. bevaringsplikt som uthyraren ansetts ha i sådana fall är i alla händelser något helt för sig, utan motsvarighet vid vanliga konsumenttjänster.<sup>33</sup> Här kan man dessutom, i motsats till vid andra tjänster, tänka sig ett ansvar för tysta utfästelser — närmast om egendomens lämplighet.<sup>34</sup> Men det beror i vart fall inte på någon analogi från konsumenttjänstlagen.

Åtskilliga andra typer av tjänster har nämnts i diskussionen, av vitt skiftande slag; det gemensamma är bara att någon lagstiftning inte förekommer och inte heller närmare diskuterats. Ett par exempel är s.k. motionstjänster och s.k. upplevelsetjänster (en något oklar kategori, som bl.a. täcker vissa speciella arrangemang närmast avsedda för äventyrslystna turister). I vart fall har dessa avtalstyper, hur de än skall definieras, så många speciella drag att analogier från KtjL ter sig alltför äventyrliga.

12. Resultatet blir alltså att man i vart fall när det gäller skadestandsreglerna ofta har anledning att avvika från konsumenttjänstlagen, inte följa anvisningarna om analog tillämpning. Som sagt: det kan knappast bli tal om att skadestandsreglerna i denna lag skulle inta samma värnadsvärda ställning som reglerna i gamla köplagen, vad än motiven säger.

De begränsade möjligheterna till analogi kan naturligtvis vara ett skäl för att *utvidga konsumenttjänstlagens område*, om man vill stärka konsumentskyddet. Också när en analog tolkning är möjlig hindrar den ju inte att avvikelse från ansvarsregeln kan ske genom avtal. Någon gång kan väl exempelvis en ansvarsfriskrivning underkännas med stöd av 36 § avtalslagen, men det är långtifrån alltid något sådant är möjligt; här är det bara tvingande regler som kan ge ett effektivt skydd. Ännu ett skäl för en reform är att det nuvarande rättsläget verkar oklart vid åtskilliga tjänster. Även om man bör vara försiktig med att tillämpa en sträng skadestandsregel idag, kanske den kan vara berättigad de lege ferenda. Men då bör man ta hänsyn till de varierande förhållandena vid olika typer av tjänster; det går knappast att låta enhetliga regler gälla inom hela rättsområdet

I varje fall tycks politikerna ha livliga förhoppningar om en väsentlig utvidgning av lagen — t.o.m. till offentliga tjänster av olika slag. Man skall enligt utredningsdirektiven eftersträva ”ett så brett tillämp-

<sup>33</sup> Se om uthyrarens ansvar för fel Jacob Sundberg, Om ansvaret för fel i lejt gods (1966). Se om bevaringsplikten också Bengtsson, Särskilda avtalstyper (1976) s. 51 ff. — Hellner anser inte en analogi från 12:15 och 12:16 JB berättigad, se Hellner-Hager-Persson, a.a. s. 195.

<sup>34</sup> Jfr det ålderstigna rättsfallet NJA 1916 s. 274.

ningsområde som möjligt”. Vad som ligger i detta kan man förstå ha delade meningar om; frågan är dessutom om all utvidgning som är möjlig också kan anses rimlig och lämplig. De rättstekniska problemen verkar betydande. Men detta skall inte diskuteras här.