

p!S

Fråga om Allmänna reklamationsnämndens behörighet att pröva ett ärende om tandreglering. ~ven kritik utformningerna av ett samtycke till utlämnande av uppgifter som omfattar hälso- och sjukvårdssekretess

Beslutet i korthet: Allmänna reklamationsnämnden (ARN) har prövat ett ärende som gällde tandreglering. Den klinik där behandlingen genomförts invände i ärendet att nämnden inte var behörig att pröva tvisten, eftersom behandlingen utgjorde en hälso- och sjukvårdstjänst. Sedan det från klinikens sida gjorts gällande att sekretessen hindrade att man lämnade ut uppgifter till ARN om patienten gav patienten sitt samtycke till att uppgifter lämnades ut.

ChefsJO redogör i beslutet för den rättsliga reglering som aktualiseras i ärendet. Av redogörelsen framgår bl.a. att ARN:s behörighet inte omfattar hälso- och sjukvårdstjänster och att sådana tjänster även innefattar tandvård.

ChefsJO konstaterar i beslutet att ärendet hos ARN rörde en tandreglering och framhåller att ett sådant ingrepp kan utgöra antingen tandvård eller en estetisk åtgärd. Hon anser inte att utredningen ger henne tillräckligt underlag för att slå fast att anmälan till ARN avsåg en sådan åtgärd som enligt lagens mening är att betrakta som tandvård. ChefsJO anser inte att det finns anledning till kritik mot ARN för att nämnden tagit upp och prövat patientens anmälan.

När det gäller patientens samtycke till utlämnande av journaluppgifter framgår det att detta tillkom genom att ARN ställde en fråga till henne i ett e-postmeddelande och fick ett jakande svar. ChefsJO framhåller i beslutet att samtycket bl.a. var alltför generellt och uttalar kritik mot bristerna i detsamma.

ChefsJO lämnar mot bakgrund av omständigheterna i ärendet över en kopia av beslutet till regeringen för kännedom.

Anmälan

I en anmälan som kom in till JO den 17 juli 2019 framförde AA, klinikchef för specialistkliniken för ortodonti inom Västra Götalandsregionen, klagomål mot Allmänna reklamationsnämnden (ARN). AA anförde bl.a. följande

ARN:s uppdrag omfattar inte att pröva tvister om utförande av hälso- och sjukvårdstjänster. Nämnden har trots detta valt att pröva ett ärende om tandvård. Enligt hans uppfattning borde ARN i stället ha hänvisat den berörda patienten

NN, till LÖF – Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag (numera Lof regionernas ömsesidiga försäkringsbolag). Detta framförde han även till ARN inom ramen för ärendet där. För att ett tandvårdsärende ska kunna prövas krävs att exempelvis journalhandlingar, fotografier, röntgenbilder och gipsmodeller bedöms och analyseras. Sådana uppgifter omfattas av sekretess. Om den sortens handlingar skickas till ARN blir de offentliga och kan begäras ut. ARN använder sig dessutom av elektronisk kommunikation med e-post, vilket inte är lämpligt i fråga om journalmaterial. I det aktuella ärendet fanns ett samtycke om eftergivande av sekretess från patienten i form av ett osignerat e-postmeddelande, vilket inte kan anses tillräckligt i sammanhanget.

Utredning

Handlingar i ärendet begärdes in och granskades. Anmälan remitterades därefter till ARN för yttrande. I sitt remissvar anförde ARN, genom nämndens ordförande, bl.a. följande (bilagan har här utelämnats):

Yttrande över AA:s anmälan till JO (dnr 5255-2019)

ARN:s handläggning av ärendet

En konsument (BB) anmälde Västra Götalands Läns Landsting (Specialistklinikerna för ortodonti) (nedan Specialistklinikerna) till ARN. Av anmälan framgick att BB hade genomgått en tandregleringsbehandling med tandställning för att komma tillrätta med sneda tänder ("skönhetsfel"). BB klagade på att hon efter behandlingen (när tandställningen togs bort) hade två mellanrum mellan sina tänder. Hon ansåg därför att det var fel i tjänsten och begärde att ARN skulle besluta att klinikerna skulle fullfölja behandlingen för att få bort mellanrummen mellan tänderna, alternativt att hon skulle få ett prisavdrag.

BB:s anmälan skickades till Specialistklinikerna med begäran om svar. AA svarade, i sin egenskap av klinikchef, att ARN inte var behörig att pröva tvisten eftersom behandlingen utgjorde en hälso- och sjukvårdstjänst.

Ansvarig handläggare på ARN, juristen CC, svarade AA enligt följande.

"Enligt 5 § 1 förordningen med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden prövar nämnden inte tvister om utförande av hälso- och sjukvårdstjänster. Vad som utgör hälso- och sjukvård definieras i 1 § hälso- och sjukvårdslagen som åtgärder som syftar till att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador. Skönhetskirurgiska ingrepp som i första hand utförs i syfte att förändra utseendet omfattas därför inte av begreppet hälso- och sjukvård i lagens mening. Nämnden gör därför den preliminära bedömningen att den är behörig att pröva det aktuella ärendet.

Om vi inte hört av företaget senast den 8 oktober 2018 kommer nämnden att avgöra ärendet ändå. Vi utgår då från de uppgifter som anmälaren har lämnat."

AA återkom och anförde i huvudsak följande.

"Tolkningen av hälso- och sjukvårdslagen anges som preliminär och jag har svårt att tänka mig att jag kan skicka in journalhandlingar eller överhuvudtaget diskutera och kommentera en patient med ARN. Jag vill i så fall att nämnden förankrar detta med Socialstyrelsen innan jag skickar handlingar eller kommenterar ett patientfall. De normala vägarna inom hälso-, sjuk- och tandvård är patientnämnd, LÖF och IVO och i vissa fall HSN."

"I vilket fall kommer jag personligen att ställa frågan till Socialstyrelsen och vidarebefordra ert mail för att få deras synpunkter på ARN:s tolkning av

Hälso- och sjukvårdslagen. ARN:s tolkning av lagen dvs att ”ingrepp som i första hand utförs i syfte att förändra utseendet omfattas därför inte av begreppet hälso- och sjukvård i lagens mening” har vittgående konsekvenser i många avseenden. En omfattande del av tandvården syftar till att förändra utseendet till det bättre på våra patienter.”

AA anförde också att han på grund av sekretess inte ens kunde bekräfta eller dementera om anmälaren ens varit på kliniken. Han föreslog att ARN skulle be anmälaren att vända sig till patientnämnd eller LÖF (Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag).

CC svarade AA att han vidhöll sin preliminära bedömning att det inte fanns något formellt hinder för ARN att pröva ärendet. Mot bakgrund av vad AA hade anfört om sekretess, tillfrågades BB om hon gav sitt samtycke till att uppgifterna om henne lämnades ut. Hon svarade att hon samtyckte till detta.

AA återkom och invände i huvudsak följande.

”Som jag förstår det är det första gång som ARN beslutar pröva en anmälan som man egentligen inte skall pröva och tolkar lagstiftningen på ett sätt som inte är praxis. Detta beslut kan få stor betydelse för tandhälso- och sjukvård och ett sådant beslut borde enligt min mening föregås av en ganska omsorgsfull utredning där alla juridiska aspekter går igenom och provas. Det är en ganska rigorös lagstiftning som skall avhandlas kring patientsäkerhet, sekretess och så vidare där både Socialstyrelsen och IVO bör involveras. Oavsett vilken behandling och på vilka grunder en behandling utförs på en patient så upprättas journaler som dokumentation. Dessa journaler och handlingar regleras enligt gällande lagar och förordningar och att skicka denna typ av dokumentation till en statlig myndighet vars handlingar är offentliga och tillgängliga så snart de kommit myndigheten tillhanda förfaller i dagsläget helt orimligt.”

”Syftet med mitt mail är sålunda att höra om det är ARN’s officiella mening att fortsättningsvis driva liknande ärenden på detta tveksamma sätt som sätter tand- och sjukvårdspersonal i svåra avgöranden där myndigheten anmodar personer att skicka in sekretessbelagda uppgifter till att i realiteten bli offentliga handlingar eller om man skall hänvisa klagande till instanser som har till uppgift att hantera dessa ärenden.”

Handläggaren påminde återigen om svar och påminde om att ärendet kunde komma att avgöras även om Specialistkliniken inte svarade i sak, och att ARN då skulle utgå från de uppgifter som anmälaren hade lämnat. Efter att AA återigen hade invänt mot detta, meddelade ARN beslut i ärendet (se bilaga). Beslutsfattare var nämndens vice ordförande J.H.

ARN:s yttrande

Allmänt om ARN:s kompetensområde

ARN är en godkänd nämnd för tvistlösning enligt EU-direktivet om alternativ tvistlösning vid konsumenttvister.¹ Av art. 2 i direktivet framgår att tvister som faller inom direktivets tillämpningsområde är tvister om avtalsförpliktelser som härrör från köpeavtal eller tjänsteavtal mellan näringsidkare och konsumenter (art. 2.1). Enligt artikeln gäller direktivets krav på tvistlösning samtliga marknader, förutom tvister rörande hälso- och sjukvårdstjänster, utbildning som

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/11/EU av den 21 maj 2013 om alternativ tvistlösning vid konsumenttvister och om ändring av förordning (EG) nr 2006/2004 och direktiv 2009/22/EG.

tillhandahålls av offentliga aktörer och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (art. 2.2. c, h och i).

Av förordningen (2015:739) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden framgår att myndigheten, efter anmälan av en konsument, ska rekommendera en lösning av tvister mellan konsumenter och näringsidkare som härrör från ett avtal om köp av en vara, tjänst eller annan nyttinghet (3 § första stycket 1). Av instruktionen följer också vissa inskränkningar i ARN:s uppdrag. ARN prövar exempelvis inte tvister om utförande av hälso- och sjukvårdstjänster (5 § 1). Myndigheten prövar inte heller tvister som kan prövas eller har prövats av en nämnd för alternativ tvistlösning som har godkänts enligt lagen (2015:671) om alternativ tvistlösning i konsumentförhållanden (6 §). Om det framgår att ARN saknar behörighet att pröva ett visst ärende, ska ärendet avvisas (25 § första stycket i instruktionen). Enligt instruktionen får ARN också avvisa ett ärende om en prövning av ärendet med hänsyn till myndighetens arbetsformer eller av något annat skäl allvarligt skulle hindra myndigheten från att fungera effektivt (26 § 3).

ARN:s generella kompetensområde har anpassats till direktivets tillämpningsområde. Vid den utredning som föregick instruktionen konstaterades att särskilda kategorier av tvister bara fick undantas från ARN:s kompetensområde i två fall, nämligen om de faller utanför direktivets tillämpningsområde eller om de faller inom direktivets tillämpningsområde men kan prövas av andra tvistlösningsorgan som lever upp till direktivets kvalitetskrav.² Ett flertal avtalsrättsliga tvister som tidigare var undantagna ARN:s prövning tillfördes ARN:s prövning för att säkerställa direktivets genomförande.³

Av EU-direktivet och nämndens instruktion framgår tydligt att ARN inte godtyckligt får välja vilka tvister myndigheten ska pröva.

Begreppen konsument, näringsidkare och tjänsteavtal

Med *konsument* avses enligt nämndens instruktion dels en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet, dels dödsbon. Med *näringsidkare* avses en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten (2 §). Instruktionens definition av näringsidkare motsvarar den definition som finns i konsumenttjänstlagen. Även tjänster som lämnas av offentliga myndigheter samt andra statliga och kommunala organ faller in under näringsidkarbegreppet i vid mening.⁴

Som *tjänsteavtal* räknas enligt direktivet varje avtal som inte är ett köpeavtal, där näringsidkaren tillhandahåller eller åtar sig att tillhandahålla en tjänst till konsumenten och där konsumenten betalar eller åtar sig att betala priset för denna (art. 4.1 d). Eftersom direktivets definition av tjänsteavtal har en vidare innebörd än i svenska konsumenträttsliga sammanhang, föreskrivs i ARN:s instruktion att nämnden också ska pröva ”andra nyttingheter”.⁵

Det finns alltså ingenting i ARN:s generella kompetensområde som medför att nämnden är förhindrad att pröva en tvist mellan en konsument och en tandläkarpraktik.

² Jfr SOU 2014:47 s. 182.

³ SOU 2014:47 s. 193.

⁴ SOU 1979:36 s. 132 och prop. 1984/85:10 s. 141.

⁵ SOU 2014:47 s. 179.

Undantaget för hälso- och sjukvård

ARN prövar inte tvister om utförande av hälso- och sjukvårdstjänster (5 § 1 i instruktionen).

Hälso- och sjukvårdstjänster definieras i EU-direktivet som tjänster som tillhandahålls patienter av hälso- och sjukvårdsanställda, i syfte att bedöma, bevara eller återupprätta patienternas hälsotillstånd, däribland förskrivning, utlämnande och tillhandahållande av läkemedel och medicintekniska produkter (art. 2).

ARN prövar alltså inte tvister som rör hälso- och sjukvårdstjänster och som kräver medicinsk bedömning av en patients hälsotillstånd. Ett ingrepp som i första hand utförs i syfte att förändra en persons utseende faller emellertid utanför definitionen av hälso- och sjukvårdstjänster och undantas därmed inte från ARN:s behörighet. Nämnden anser sig därför vara behörig att pröva tvister om sådana tjänster.⁶

Undantaget för andra godkända nämnder

Som nämnts ovan prövar ARN inte tvister som kan prövas eller har prövats av en annan nämnd för alternativ tvistlösning som har godkänts enligt lagen om alternativ tvistlösning i konsumentförhållanden. Sådana nämnder godkänns av Kammarkollegiet. De nämnder som har fått sådant godkännande framgår på Kammarkollegiets webbplats. Som exempel på godkända nämnder kan nämnas Personförsäkringsnämnden och Trafikskadenämnden. Enskilda patientnämnder, LÖF, IVO och HSAN är inte godkända nämnder enligt lagen om alternativ tvistlösning i konsumentförhållanden, varför det nu aktuella undantaget inte aktualiseras i ärenden rörande tjänster utförda av tandläkare.

Eventuell sekretess i ärendet

Specialistkliniken invände i ärendet att den var förhindrad att svara med hänvisning till ospecificerade regler om patientsäkerhet och sekretess. Såvitt ARN erfar innebär tystnadsplikten inom tandvården, oavsett huvudman, generellt att uppgifter om patientens hälsa eller personliga förhållanden inte får lämnas ut till någon annan än de som direkt vårdar patienten, om det inte är helt klart att uppgiften kan röjas utan att patienten eller någon närstående lider men eller om patienten har samtyckt till det. I ärendet mellan BB och Specialistkliniken inhämtades därför BB:s samtycke till att uppgifterna om henne lämnades ut. Nämnden bedömde därför att sekretessbestämmelserna inte innebar något hinder mot en prövning av ärendet.

Följden av att Specialistkliniken inte svarade i ärendet

Eftersom Specialistkliniken, trots flera påminnelser samt besked om att nämnden inte avsåg att avvisa ärendet i det aktuella skedet, inte svarade i sak meddelade nämndens vice ordförande – med stöd av 31 § i instruktionen – beslut i ärendet. BB:s uppgifter lades då till grund för beslutet och eftersom hennes krav inte var uppenbart ogrundat godtogs det och Specialistkliniken rekommenderades att betala tillbaka det belopp som BB hade betalat för tjänsten.

Som redan framgått är ARN:s behörighet, när det kommer till tjänster som utförs av tandläkare, beroende av vilken sorts tjänst det är fråga om. I vissa fall framgår det redan av omständigheterna i anmälan om tvisten är sådan att den kan prövas av ARN eller inte. I många fall kan den bedömningen emellertid göras först när näringsidkaren har inkommit med ett svar och i detta anför exempelvis omständigheter som talar för att ARN inte är behörig att pröva tvisten. ARN

⁶ Jfr SOU 2014:47 s. 201.

noterar att Specialistkliniken inte svarade i sak och inte heller framförde några sådana omständigheter som tydde på att det aktuella ingreppet inte i första hand utfördes i syfte att förändra utseendet utan i stället rörde en medicinsk behandling av BB. Om så hade skett är det möjligt att en annan bedömning av ARN:s behörighet hade gjorts. De omständigheter som var kända för nämnden och som i huvudsak framgick av anmälan var inte sådana att de gav anledning för nämnden att avvisa ärendet.

Slutsats

Utgångspunkten är att ARN är skyldig att pröva alla tvister som härrör från tjänsteavtal mellan näringsidkare och konsumenter, om tvisten inte uttryckligen är undantagen från ARN:s behörighet enligt nämndens instruktion. Som framgår av redogörelsen ovan har ARN ansett att tvisten mellan BB och Specialistkliniken inte omfattades av något sådant undantag.

När det gäller Specialistklinikens fråga om det inte vore lämpligare att andra nämnder eller organ i stället för ARN prövar tandvårdsfrågor vill nämnden särskilt framhålla följande. Det saknar egentligen betydelse för prövningen i ett ärende av nu aktuellt slag att bedöma huruvida det är lämpligt eller inte vilka tvister ARN prövar. Den bedömningen är det lagstiftaren som ska göra. ARN har till uppgift att pröva alla de ärendetyper som lagstiftaren, genom ARN:s instruktion, har gett myndigheten i uppdrag att hantera. ARN är utifrån gällande regelverk förhindrad att generellt avvisa alla tvister som rör tjänster som utförs av tandläkare. ARN har inte heller någon laglig möjlighet att överlämna ett ärende till exempelvis LÖF, IVO eller HSAN som Specialistkliniken har föreslagit.

AA kommenterade remissvaret.

Rättsliga utgångspunkter

Handläggningen vid ARN

ARN:s handläggning av tvister regleras i förordningen (2015:739) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden. Av förordningens 5 § 1 framgår att ARN inte prövar tvister om utförande av hälso- och sjukvårdstjänster.

Enligt 20 § ska anmälan av tvister göras skriftligen på en särskild blankett som myndigheten tillhandahåller. Myndigheten får begära in de kompletterande uppgifter från anmälaren som behövs för handläggningen.

I 25 § föreskrivs bl.a. att myndigheten ska avvisa ärendet om den inte är behörig att pröva en tvist enligt förordningen. Av 26 § framgår även att myndigheten får avvisa ett ärende om en komplettering som myndigheten har begärt av anmälaren inte kommer in inom angiven tid. Enligt 27 § gäller bl.a. att ärendet ska avvisas inom viss angiven tid om det framgår redan av innehållet i en anmälan att myndigheten inte är behörig att pröva tvisten.

Det finns ingen bestämmelse i instruktionen för ARN som reglerar överlämnande av ärenden till en annan myndighet eller nämnd.

Hälso- och sjukvård

Enligt 2 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), HSL, avses med hälso- och sjukvård, i den lagen, åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och

behandla sjukdomar och skador, sjuktransporter och omhändertagande av avlidna. Enligt bestämmelsens andra stycke omfattar lagen inte tandvård enligt tandvårdslagen (1985:125).

Definitionen av hälso- och sjukvård, och huruvida tandvård omfattas av det begreppet, är dock inte konsekvent i lagstiftningen. I flera andra författningar på området omfattar begreppet hälso- och sjukvård således även tandvård (se exempelvis 1 kap. 2 § patientsäkerhetslagen [2010:659], 1 kap. 1 § patientdatalagen [2008:355] och 5 § patientskadelagen [1996:799]).

Tandvård

Enligt 1 § tandvårdslagen avses med tandvård i den lagen åtgärder för att förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador i munhålan. Till tandvården anses samtliga åtgärder som motiveras av sjukdomar i munhålan, tänderna, käkarna och de omgivande vävnaderna höra (se Johnsson, Hälso- och sjukvårdslagen [Version 10, JUNO], kommentaren till 2 kap. 1 §).

Estetiska behandlingar m.m.

Med hänsyn till de definitioner av hälso- och sjukvård respektive tandvård som uppställs i lag uppkommer emellanåt frågan om vissa typer av kroppsbehandlingar ska anses omfattas av dessa. Om så inte är fallet är de aktuella regelverken inte tillämpliga på behandlingarna i fråga. Det brukar framhållas att ingrepp som primärt görs i s.k. förskönande, alltså estetiskt, syfte inte omfattas av hälso- och sjukvårdslagstiftningen, eftersom det inte finns något medicinskt behov av ingreppet (se prop. 2020/21:57 s. 26). Behandlingen görs således inte för att medicinskt förebygga, utreda eller behandla sjukdomar eller skador. Typexemplet av ett sådant ingrepp är en estetisk skönhetsoperation. Det kan däremot även finnas estetiska behandlingar som är medicinskt motiverade och således ingår i definitionen av hälso- och sjukvård som den anges i hälso- och sjukvårdslagen, exempelvis rekonstruktiv plastikkirurgi för att återskapa form och funktion efter medfödd missbildning eller uppkomna skador (jfr s. 25).

Vissa kroppsbehandlingar kan alltså, lagtekniskt sett, sägas befinna sig i gränslandet mellan hälso- och sjukvård och vad som kan anses vara en konsumenttjänst (se propositionen, jfr även HFD 2013 ref. 67 i fråga om mervärdesskatt vid utförande av estetiska operationer och behandlingar). I vissa fall har dock delar av hälso- och sjukvårdens regelverk ansetts tillämpliga även på estetiska behandlingar, då dessa har utförts av hälso- och sjukvårdspersonal (se bl.a. RÅ 1997 not 28, jfr även prop. 1981/82:97 s. 44).

I sammanhanget kan regleringen i 1 kap. 3 § lagen (2008:145) om statligt tandvårdsstöd även vara av intresse. Enligt den bestämmelsen kan sådant stöd lämnas för förebyggande tandvård och tandvård som patienten behöver och som syftar till att åstadkomma frihet från smärta och sjukdomar, förmåga att äta, tugga och tala utan större hinder eller ett utseendemässigt godtagbart resultat. Bestämmelsen innebär att många tandvårdsbehandlingar som utförs av rent estetiska skäl utesluts från stöd (se prop. 2007/08:49 s. 161). Det är dock

tillräckligt att ett av de angivna syftena med tandvården är uppfyllt. En tandvårdsåtgärd som syftar till att t.ex. avhjälpa en tandlucka som är väl synlig och inte utseendemässigt godtagbar ska alltså kunna berättiga till ersättning även om tandluckan varken ger smärta eller svårigheter att äta, tugga eller tala. Det kan alltså handla om behandlingar som både är att se som tandvård och som samtidigt syftar till att ge ett visst estetiskt resultat (se prop. 2020/21:57 s. 29). Om det exempelvis handlar om tandreglering som är odontologiskt motiverad faller behandlingen under tandvårdslagen.

Konsumenträttsliga aspekter

ARN:s prövning av ärenden görs i allt väsentligt utifrån konsumenträttsliga regelverk, såsom konsumenttjänstlagen (1985:716). Enligt lagens 1 § är denna tillämplig bl.a. på tjänster i form av arbete på lösa saker, vilket utesluter att behandlingar av personer, även medicinska sådana, omfattas av lagens tillämpningsområde (prop. 1984/85:110 s. 144). Det har dock ansetts finnas visst utrymme för att tillämpa lagens bestämmelser analogt i dessa fall, vilket även har kommit till uttryck i förarbetena till lagen (se SOU 1979:36 s. 20, jfr även NJA 2011 s. 600). Försiktighet i detta avseende bör dock iakttas (se Johansson, Konsumenttjänstlagen [Version 2, JUNO, kommentaren till 1 §). Det kan i sammanhanget nämnas att ARN i viss mån har tillämpat konsumenttjänstlagen analogt i fråga om tjänster som avser kroppsbehandlingar och som inte är att bedöma som hälso- och sjukvård (se SOU 2015:100 s. 62 och 312 samt ARN 2016-05241).

Sekretessbestämmelser av betydelse i ärendet

I 8 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, föreskrivs att en uppgift för vilken sekretess gäller som huvudregel inte får röjas för enskilda eller för andra myndigheter.

Av 12 kap. 2 § första stycket OSL följer att en enskild helt eller delvis kan efterge sekretess som gäller till skydd för honom eller henne, om inte annat anges i den lagen.

Sekretess gäller enligt 25 kap. 1 § första stycket OSL inom hälso- och sjukvården för uppgift om en enskilds hälsotillstånd eller andra personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde eller någon närstående till honom eller henne lider men. Detsamma gäller i annan medicinsk verksamhet, exempelvis rättsmedicinsk och rättspsykiatrisk undersökning, insemination, befruktning utanför kroppen, fastställande av könstillhörighet, abort, sterilisering, omskärelse och åtgärder mot smittsamma sjukdomar. Även tandvård hör till hälso- och sjukvården, i detta sammanhang (se Lenberg m.fl., Offentlighets- och sekretesslagen [Version 21, JUNO], kommentaren till 25 kap. 1 §).

Det finns ingen särskild bestämmelse i offentlighets- och sekretesslagen som reglerar ARN:s verksamhet. I 21 kap. OSL finns dock regler om sekretess till skydd för uppgift om enskilds personliga förhållanden oavsett i vilket

sammanhang uppgifter förekommer. I kapitlets 1 §, som reglerar hälsa och sexualliv, anges bl.a. att sekretess gäller för uppgift som rör en enskilds hälsa eller sexualliv, såsom uppgifter om sjukdomar, missbruk, sexuell läggning, könsbyte, sexualbrott eller annan liknande uppgift, om det kan antas att den enskilde eller någon närstående till honom eller henne kommer att lida betydande men om uppgiften röjs. Bestämmelsens utformning, som alltså innebär en presumtion för offentlighet, uppställer ett väsentligt svagare skydd för känsliga uppgifter än regleringen i 25 kap. 1 § OSL.

Bedömning

ARN:s behörighet

Det har framgått att BB anmälde kliniken till ARN i fråga om utförandet av en tandreglering. Den fråga som inledningsvis uppstår är om ARN över huvud taget har varit behörig att pröva anmälan.

Innebörden av 5 § instruktionen för Allmänna reklamationsnämnden

Som framgått av redogörelsen för den rättsliga regleringen ovan anges i 5 § 1 förordningen med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden att nämnden inte är behörig att pröva tvister om utförande av hälso- och sjukvårdstjänster. Någon definition av sistnämnda begrepp finns inte i instruktionen. Liknande bestämmelser har dock funnits i tidigare förordningar som har reglerat ARN:s verksamhet. I äldre förarbeten har det även framhållits att ARN inte bör pröva ärenden som gäller bl.a. läkar- och tandläkartjänster (se prop. 1979/80:114 s. 16).

ARN:s instruktion fick sin nuvarande utformning med anledning av genomförandet av det s.k. tvistlösningsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/11/EU om alternativ tvistlösning vid konsumenttvister och om ändring av förordning (EG) nr 2006/2004 och direktiv 2009/22/EG). Enligt artikel 2.2 h ska direktivet inte tillämpas på hälso- och sjukvårdstjänster som tillhandahålls patienter av hälso- och sjukvårdsanställda i syfte att bedöma, bevara eller återupprätta patienternas hälsotillstånd, däribland förskrivning, utlämnande och tillhandahållande av läkemedel och medicintekniska produkter. Någon närmare definition av begreppet "hälso- och sjukvårdstjänster" finns inte i direktivet. Däremot anges under skälen för direktivet att detta inte bör tillämpas på hälso- och sjukvårdstjänster enligt definitionen i artikel 3 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/24/EU av den 9 mars 2011 om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård, det s.k. patientrörlighetsdirektivet (skäl 14).

I artikel 3 a i patientrörlighetsdirektivet definieras begreppet hälso- och sjukvård på samma sätt som i artikel 2 h i tvistlösningsdirektivet. Med hälso- och sjukvård avses enligt patientrörlighetsdirektivet även tandvård (se bl.a. Ds 2015:52 s. 7).

Mot denna bakgrund är det alltså en rimlig slutsats att sådana hälso- och sjukvårdstjänster som nämns i ARN:s instruktion, och som ARN alltså inte är behörig att pröva, även innefattar tandvård.

Bedömningen av det aktuella ärendet hos ARN

Utredningen visar att anmälan till ARN rörde utförandet av en tandreglering. Som framgått ovan kan ett sådant ingrepp anses utgöra antingen tandvård eller en estetisk åtgärd, beroende på dess syfte. Jag bedömer inte att utredningen ger mig tillräckligt underlag för att kunna slå fast att anmälan till ARN avsåg en sådan åtgärd som, enligt lagens mening, är att anse som tandvård. Jag noterar även att BB i sina skrivelser till ARN bl.a. anförde att tandregleringen utfördes på grund av ett "skönhetsfel" och att det inte hade betalats ut något statligt stöd för åtgärden. Jag finner inte skäl att uttala någon kritik mot ARN i denna del.

Ärendet tydliggör emellertid att det kan vara svårt för ARN att bedöma om en anmälan som rör motsvarande behandlingar omfattas av nämndens behörighet. Det kan alltså krävas noggranna överväganden från myndighetens sida i detta avseende. Om det finns oklarheter bör nämnden enligt min mening använda sig av möjligheten att begära in kompletterande uppgifter från anmälaren enligt 20 § i myndighetens instruktion för att försöka klargöra vilken typ av behandling ärendet rör samt även begära in vårdgivarens uppfattning. Ytterst är det dock nämnden som avgör hur behandlingen ska klassificeras.

Det finns vidare inte något hinder mot att nämnden, utifrån ett serviceperspektiv, upplyser anmälaren om möjligheten att vända sig till IVO eller Löf i frågan. Det kan även vara lämpligt att informera anmälaren om de begränsningar i offentlighets- och sekretesslagen när det gäller skydd för känsliga uppgifter som finns i fråga om nämndens verksamhet. Jag nöjer mig med dessa uttalanden i denna del.

Utformningen av ett samtycke om utlämnande av uppgifter som omfattas av sekretess

Det har kommit fram att en handläggare vid ARN, efter det att AA i ett yttrande dit anfört att kliniken var förhindrad att bemöta anmälan med hänsyn till sekretess, skickade en förfrågan till BB om huruvida hon samtyckte till att uppgifterna lämnades ut. Skrivelsen hade i allt väsentligt följande innehåll:

AA har nämligen anfört att kliniken är förhindrad att yttra sig på grund av sekretess. Detta bör kunna åtgärdas genom att BB ger sitt samtycke till att uppgifterna om henne lämnas ut.

BB: Om du vill ge ett sådant samtycke kan du göra det senast den 28 december 2018.

Såvitt framkommit skickades skrivelsen via e-post till den adress som BB hade använt sig av vid sin anmälan till ARN. Svaret kom in till ARN på samma sätt och hade bl.a. följande lydelse:

Hej! Jag ger samtycke till att uppgifterna om mig lämnas ut.

Vänliga hälsningar BB

Bestämmelsen i 12 kap. 2 § OSL innebär att en enskild kan efterge sekretessen i förhållande till en annan enskild eller till en myndighet. Det finns inga formkrav på ett sådant samtycke; det kan alltså i regel ges muntligt och behöver inte vara skriftligt (se bl.a. JO 1990/91 s. 366). I nyss nämnda beslut uttalade JO dock att en myndighet, i fråga om uppgifter inom socialtjänsten, bör begära in ett uttryckligt och skriftligt samtycke eftersom det i sådana fall kan bli fråga om utlämnande av uppgifter av mer känslig natur. JO har även gjort motsvarande uttalanden om den s.k. kriminalvårdssekretessen (se JO 2016/17 s. 224). Enligt min mening bör samma förhållningssätt i regel tillämpas när det gäller sekretessen inom hälso- och sjukvården, mot bakgrund av att det även i dessa fall kan röra sig om utlämnande av mycket känsliga uppgifter. Genom att ett samtycke lämnas skriftligt minskar även risken för missförstånd om vilka uppgifter som samtycket avser och i vilket eller vilka sammanhang de får röjas.

Ett samtycke får dock inte ges ett så generellt innehåll att den enskilde allmänt förklarar sig avstå från sekretessen hos en viss myndighet eller tjänsteman. Om en enskild mer eller mindre avtvingas ett generellt samtycke kan omständigheterna vara sådana att samtycket inte bör tillerkännas rättslig giltighet (se prop. 1979/80:2 Del A s. 331). Därutöver bör samtycket inte medföra att den enskilde lämnar ett medgivande som går betydligt längre än vad som behövs för myndighetens verksamhet. Den person som tar emot samtycket bör försäkra sig om att detta inte får större räckvidd än vad den enskilde har insett eller velat (jfr t.ex. JO 2017/18 s. 99 och JO 2017/18 s. 286).

Eftersom det inte finns något formkrav för hur samtycken ska lämnas kan det inte uteslutas att detta kan ske genom ett e-postmeddelande. Huruvida ett sådant samtycke kan godtas av den myndighet som ombeds lämna ut uppgifterna är dock enligt min mening en fråga som får bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Den utlämnande myndigheten får alltså, beroende av dessa, avgöra från fall till fall om det behöver vidtas några kontrollåtgärder i fråga om samtycket, exempelvis genom kontakt med den enskilde i fråga (jfr mitt beslut den 31 januari 2020, dnr 7504-2018).

Det nu aktuella samtycket har tillkommit genom att ARN ställde en fråga i ett e-postmeddelande, som på samma sätt besvarades i huvudsak jakande av mottagaren. Det har inte framkommit något i ärendet som tyder på att mottagaren inte var BB. Någon vidare information om vad samtycket skulle omfatta lämnade nämnden dock inte såvitt framkommit. Enligt min mening har samtycket getts ett sådant generellt innehåll att BB svårligen kunde få information om – och överblicka – omfattningen och konsekvenserna av medgivandet. Detta framstår inte som rättssäkert, särskilt med beaktande av att det rör sig om uppgifter som omfattas av hälso- och sjukvårdssekretess och därmed, som framgått ovan, typiskt sett anses integritetskänsliga. Jag har tidigare ifrågasatt i vilken utsträckning ett generellt samtycke till utlämnande av uppgifter som omfattas av hälso- och sjukvårdssekretess kan anses ha någon rättsverkan (se JO 2019/20 s. 236).

Ansvar för att det finns ett giltigt samtycke till utlämnande av sekretesskyddade uppgifter ligger alltså på den utlämnande myndigheten, i detta fall vårdgivaren. Eftersom samtycket i allt väsentligt får anses ha utformats genom ARN:s frågeställning till BB kan nämnden ändå inte undgå kritik för de brister i detsamma som jag pekat på.

Med anledning av AA:s klagomål, och då han vid sina kontakter med ARN ifrågasatte samtyckets utformning, vill jag avslutningsvis upplysa om följande:

När det gäller utlämnande av uppgifter ur en patientjournal, som typiskt sett är integritetskänsliga, bör en vårdgivare noga försäkra sig om att den enskilde har samtyckt till utlämnandet. Det kan ske genom att vårdgivaren begär in och kontrollerar det dokumenterade samtycket, men det finns inte heller något hinder mot att vårdgivaren tar direktkontakt med den enskilde i fråga för att kontrollera saken (se mitt beslut den 31 januari 2020, dnr 7504-2018).

Ny lag om estetiska behandlingar

Frågan om skydd för den enskilde vid estetiska behandlingar har varit föremål för ett lagstiftningsarbete (prop. 2020/21:57), vilket utmynnat i lagen (2021:363) om estetiska kirurgiska ingrepp och estetiska injektionsbehandlingar. Lagen, som träder i kraft den 1 juli 2021, utgör en författningsreglering av estetiska kirurgiska ingrepp och estetiska injektionsbehandlingar. Kirurgiska ingrepp och injektionsbehandlingar som utgör tandvård enligt tandvårdslagen eller som görs i syfte att förändra eller bevara utseendet i munhålan omfattas dock inte av lagen (3 §).

Jag noterar att frågan om en liknande reglering av vissa estetiska behandlingar i munhålan uppmärksammas av regeringen, som dock anser att det krävs ytterligare analys och överväganden i den frågan (s. 28 f. i propositionen). Det som kommit fram i detta ärende ger enligt min mening stöd för uppfattningen att det kan finnas behov av en sådan reglering. Jag skickar därför en kopia av detta beslut till regeringen för kännedom.

Övrigt

Vad som i övrigt har framkommit ger inte anledning till någon åtgärd eller något uttalande från min sida.

Ärendet avslutas.