



Karolina Alveryd
Utredare
Juridiska fakultetskansliet

Regeringskansliet
(Finansdepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: Nya befogenheter på konsumentskyddsområdet (SOU 2019:12)

Bakgrund

Utredningen har haft i uppdrag att föreslå författningsändringar som kan behövas för att befogenheterna i EU:s nya förordning om konsumentskyddssamarbete ska kunna utövas av behöriga myndigheter på ett effektivt och rättssäkert sätt (se dir. 2018:7). Den nya förordningen (EU) 2017/2394 ersätter förordningen (EG) 2006/2004. Den syftar till att utvidga de nationella myndigheternas utrednings- och tillsynsbefogenheter och stärka deras samarbete vid gränsöverskridande överträdelser av EU:s konsumenträtt, som skadar konsumenternas kollektiva intressen. I Juridiska fakultetsnämndens yttrande diskuteras behovet av lagstiftningsåtgärder, den föreslagna lagstiftningsansatsen, förhållandet mellan EU-rätt och nationell rätt, samt utformningen av vissa lagbestämmelser som reglerar enskilda befogenheter.

Behovet av lagstiftningsåtgärder

Som utredningen korrekt konstaterar, är EU-förordningar bindande och direkt tillämpliga och ställer i princip inga krav på införlivande med svensk rätt (s 46). Fakultetsnämnden delar dock utredningens bedömning att den aktuella förordningen kan ses som en rättsakt av delvis ”blandad” karaktär. Vissa av förordningens bestämmelser är ganska allmänt hållna och förutsätter att det finns mer detaljerade föreskrifter i nationell rätt som konkretiserar förordningen och möjliggör dess praktiska tillämpning av nationella myndigheter.

Tillämpningsområde och lagstiftningsansats

En annan relaterad fråga är vilken effekt bör ges förordningens bestämmelser. Visserligen är förordningens tillämpningsområde avgränsat och omfattar enbart gränsöverskridande överträdelser av EU:s konsumenträtt (enligt den nya terminologin ”överträdelser inom unionen”). Utredningen tar dock som utgångspunkt att de behöriga myndigheterna ska ha tillgång till samma befogenheter oavsett om överträdelsen är av gränsöverskridande karaktär eller inte (s 48). Fakultetsnämnden anser att denna ambition är lovvärd och tillstyrker den valda ansatsen av de systematiska skäl som utredningen anför. Den uppenbara fördelen är att de minimibefogenheter som förordningen föreskriver får full genomslagskraft i Sverige och att dubbelreglering undviks (s 49). Dessutom är ansatsen

väl i linje med den etablerade svenska traditionen beträffande EU-rättsimplementering på marknadsrättens område.

Samtidigt ger en sådan ansats upphov till komplikationer. Den förutsätter att, som utredningen uttrycker det, ”i nationell rätt ta in bestämmelser som fullständigt reglerar befogenheterna, både i materiellt och processuellt hänseende” (s 48). Lagtekniskt genomförs förordningen inte genom en särskild lag som hänvisar till förordningens bestämmelser utan genom integrering av vissa bestämmelser i relevanta lagar på området, i synnerhet marknadsföringslagen och avtalsvillkorlagen. När förordningens regler och terminologi överförs till svensk lagtext görs nödvändiga tolkningar och anpassningar, vilket medför risk för att dessa anpassningar inte överensstämmer med EU-lagstiftarens intentioner eller med eventuella framtida tolkningar i EU-domstolens praxis.

Det kan i sammanhanget nämnas att i Tyskland överväger lagstiftaren en annan ansats. Enligt det förslag om implementeringsåtgärder som den tyska regeringen lämnat den 27 maj 2019¹ ges förordningen effekt enbart i gränsöverskridande situationer. Förordningen implementeras genom ändringar i den särskilda lagen om genomförande av den gamla konsumentskyddsförordningen. Detta medför att behovet av detaljerade anpassningar minskar även om det fortfarande är nödvändigt att införa vissa justeringar i allmän förvaltningsrättslig och straffrättslig lagstiftning för att det ska vara möjligt för de behöriga myndigheterna att uppfylla sina skyldigheter enligt förordningen.

Även om fakultetsnämnden inte förespråkar den tyska lagstiftningstekniken, vill fakultetsnämnden understryka att förordningen alltså är direkt tillämplig. Sannolikheten är således stor att befogenheter som inte uttryckligen genomförts i svensk rätt, kan komma att gälla i alla fall, om de anses vara nödvändiga för att syftet med förordningen uppnås på ett effektivt sätt. EU-domstolen är känd för sin teleologiska tolkningsansats som inte sällan leder till resultat som är mer långtgående än vad medlemsstaternas regeringar kunnat förutse vid lagstiftningsförhandlingar.

När det gäller frågan om vilka svenska lagar som är i behov av ändringar till följd av anpassning till förordningens krav tecknar utredningen en ganska splittrad och brokig bild. De rättsakter som ingår i förordningens tillämpningsområde är många och av varierande karaktär, innehållande både civilrättsliga och offentligrättsliga regler och sanktioner. Fakultetsnämnden delar dock utredningens principiella ställningstagande att de mest omfattande ändringarna bör införas i marknadsföringslagen och avtalsvillkorlagen och att huvuddelen av de övriga lagar som omfattas av förordningen inte behöver ändras eftersom de hänvisar i fråga om sanktioner och tillsyn till marknadsföringslagen. Fakultetsnämnden instämmer vidare i utredningens bedömning att marknadsföringslagen kan anses tillämplig även utan särskild hänvisning i lag. Utredningen resonerar utförligt kring begreppet marknadsföring och kommer fram till att begreppet är brett och omfattar åtgärder som går utöver marknadsföring i snäv bemärkelse och på det sättet får ännu bredare genomslag i förhållande till annan marknadslagstiftning. Förfaranden som strider mot annan marknadsrättslig lagstiftning kan anses utgöra otillbörlig marknadsföring och kan därmed angripas med hjälp av marknadsföringslagens

¹ Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes, https://www.bmjuv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Aenderung_VschDG.html

sanktionssystem. Några fall som anges i utredningen är systematiskt brott mot bindande lagstiftning, som exempelvis åsidosättande av kravet på kreditprövning enligt konsumentkreditlagen eller kraven på resegaranti enligt resegarantilagen mm., trots att i dessa lagar saknas uttrycklig hänvisning till marknadsföringslagen.

Till stöd för denna tolkning kan anföras även den väletablerade lagstridighetsprincipen. Det kan vidare tilläggas att marknadsföringslagen är den lag som genomför direktivet 2005/29 om otillbörliga affärsmetoder i svensk rätt. Begreppet ”affärsmetod” tydliggör att det rör sig om en bred palett av åtgärder som vidtas före, under eller efter en affärstransaktion. Direktivet definierar affärsmetod som ”en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument”. Vid införlivandet av direktivet om otillbörliga affärsmetoder med svensk rätt valde regeringen att behålla det väl inarbetade begreppet marknadsföring istället för att ersätta det med direktivets begrepp ”affärsmetod”. Avsikten har dock varit att den svenska marknadsföringslagen ges samma breda omfattning och tillämpning som direktivet. Detta har bekräftats i senare meningsutbyte mellan den svenska regeringen och kommissionen. Sammanfattningsvis bör begreppet marknadsföring ses som mycket brett. Ändringar i marknadsföringslagen kan således anses garantera att förordningens krav på utrednings- och tillsynsbefogenheter indirekt får genomslag även i förhållande till annan marknadsrättslig lagstiftning.

En annan fråga av principiell betydelse är huruvida alla behöriga myndigheter ska ges alla befogenheter enligt förordningen. På denna punkt delar fakultetsnämnden utredningens uppfattning att detta bör vara eftersträvansvärt i den mån det är möjligt.

Förhållandet mellan EU-rätt och nationell rätt

Utredningen uppmärksammar särskilt, och med hänvisning till artikel 10 samt skäl 19 i förordningen, att utövandet av de tillsyns- och utredningsbefogenheter som behöriga myndigheter bör förses med ska vara förenligt med nationell rätt. Följaktligen anser utredningen att det finns stort utrymme att beakta nationella regler och rättsprinciper, t ex anonymitetsskydd och efterforskningsförbud, samt andra begränsningar som följer av TF och YGL (s 76). Samtidigt behandlar utredningen enbart översiktligt frågan om i vilken grad EU:s stadga om grundläggande rättigheter också är tillämplig på de situationer som omfattas av förordningen och vad detta innebär i termer av förhållandet mellan nationell och EU-rätt. Det är inte uteslutet att det uppstår skillnader och spänningar mellan svensk grundlag och EU-rättighetsstadgan, t ex i frågan om skyddet för tryck- och yttrandefrihet. Hur sådana potentiella normkonflikter ska lösas är en fråga som förtjänar större uppmärksamhet.

På flera ställen i betänkandet läggs särskilt vikt vid Sveriges inställning i EU-förhandlingarna. Utredningen noterar Civilutskottets utlåtande med begäran om subsidiaritetsprövning² samt de farhågor som Konstitutionsutskottet uttryckt med avseende på förordningens förenlighet med svensk grundlag, särskilt vad gäller åtgärder avseende webbplatser. Vidare noteras att Sverige röstade nej när förordningen skulle antas eftersom befogenheterna rörande webbplatser ansågs för långtgående och oproportionerliga. Fakultetsnämnden delar i princip utredningens inställning angående

² Civilutskottets utlåtande 2015/16:CU26.

vikten av att upprätthålla ett fullvärdigt skydd för de fri- och rättigheter som de svenska grundlagarna tillerkänner. Det bör dock understrykas att Sveriges position under lagstiftningsförhandlingarna är av ringa betydelse när det kommer till tolkning av den slutgiltiga lagstiftningsprodukten, dvs förordningen. Oavsett hur ett land ställt sig till förordningen under förhandlingsprocessen, blir förordningen bindande i sin helhet efter att den trätt i kraft, förutsatt att inget förbehåll eller undantag uttryckligen förhandlats fram.

Utformning av enskilda befogenheter

Central plats i utredningen tar förslagen om nya eller ändrade utrednings- och tillsynsbefogenheter för de behöriga myndigheterna som omfattas av förordningen. Fakultetsnämnden tillstyrker med vissa förbehåll utredningens förslag i de delar som avser upplysningsskyldighet, tillhandhållande av handlingar, samt inspektionsrätt. Däremot har fakultetsnämnden betänksamheter beträffande utformningen av förslaget om varningsmeddelanden.

Vad avser först de tre utredningsbefogenheterna, tycks en tendens kunna noteras att snäva in och förenkla förordningens bestämmelser och inte genomföra dem i svensk rätt i deras helhet. Så till exempel anser utredningen att begreppet ”handlingar” i svensk rätt motsvarar förordningens ”relevant information, relevanta data eller relevanta handlingar”. Förordningens precisering ”oavsett form, eller format och oberoende av deras lagringsmedium eller lagringsplats” tas inte in i de föreslagna bestämmelserna i marknadsföringslagen och avtalsvillkorlagen. På liknande sätt är genomförandet av förordningens bestämmelser om inspektionsrätt något selektivt. Till exempel gäller befogenheten enligt artikel 9.3 c i förordningen ”tillträde till lokaler, mark eller transportmedel som den näringsidkare som utreds utnyttjar för ändamål inom ramen för den egna närings- eller yrkesverksamheten.” Enligt fakultetsnämndens mening kan denna lydelse inte anses kategoriskt utesluta näringsidkarens bostad, något som görs i de föreslagna svenska bestämmelserna.

Visserligen handlar förordningen om känsliga processrättsliga frågor där robusta rättssäkerhetsgarantier är viktiga och ett försiktigt förhållningssätt påkallat. Samtidigt vill fakultetsnämnden betona att förordningen kan komma att ges en bredare tolkning i framtiden, vilket kan påverka relevansen och effektiviteten av de svenska implementeringsbestämmelserna.

Vad gäller utformningen av bestämmelserna om upplysningsskyldighet, tillhandahållande av handlingar, samt om inspektioner i marknadsföringslagen och konsumentavtalslagen, tillstyrker fakultetsnämnden utredningens förslag att Konsumentombudsmannen ges rätt att besluta om föreläggande utan föregående uppmaning (se 42-44 § marknadsföringslagen respektive 8-8a § avtalsvillkorlagen, författningsförslag). Den nuvarande ordningen representerar en för Sverige karakteristisk tillsynsmodell, som bygger på dialog och tillit i näringsidkarnas vilja att rätta sig självmant utan att myndigheterna behöver tillgripa till sanktioner eller repressiva åtgärder. Som utredningen noterar, kan en sådan inställning även fortsättningsvis vara ledande. Den föreslagna ändringen kommer dock onekligen att främja tillsynens effektivitet. Detta gäller särskilt vid klara överträdelser och i fall då utsikterna att få frivillig rättelse är minimala; något som kan ses som mer ofta förekommande vid gränsöverskridande e-handel.

Den andra befogenheten som utgör en nyhet enligt förordningen och som föreslås bli del av det svenska tillsynssystemet, är möjligheten till testköp under dold identitet i syfte att utreda och samla bevis om en överträdelse. Fakultetsnämnden har inget att erinra om förslaget. Valet av terminologi, och mer konkret av begreppet ”testköp” istället för ”testinköp” så som det står i den svenska översättningen av förordningen, verkar övertygande.

Mer kontroversiellt anser fakultetsnämnden vara utredningens förslag om genomförande av förordningens bestämmelser om tillsynsbefogenheter med avseende på online gränssnitt (webbplatser) som återfinns i artikel 9.4 g i förordningen. I denna artikel uppräknas ett tiotal befogenheter som är särskilt anpassade till att stärka tillsynen i den digitala miljön. Befogenheterna är riktade mot näringsidkaren som ansvarar för överträdelsen, men även mot värdtjänstleverantörer eller en tredje part. Bland dessa befogenheter märks befogenhet att ta bort innehåll eller begränsa åtkomsten till ett onlinegränssnitt eller beordra att en varning tydligt visas för konsumenter när de använder ett onlinegränssnitt (i), befogenheten att beordra en värdtjänstleverantör att ta bort eller förhindra eller begränsa åtkomst till ett onlinegränssnitt (ii), mm.

Utredningen fäster stor vikt vid användningen av ordet ”eller” på flera ställen i artikel 9.4 g, (i)-(iii) i förordningen och drar slutsatsen att skyldigheterna enligt denna artikel bör anses som alternativa. Enligt en sådan tolkning blir genomförandet av endast en av tioalet befogenheter som listas i bestämmelsen tillräckligt för att förordningens krav ska anses vara uppfyllda. Fakultetsnämnden anser att en sådan tolkning förefaller vara alltför restriktiv och tillåter inte att förordningen uppnår sin fulla verkan (effet utile). Varningsmeddelanden är den minst ingripande av alla uppräknade befogenheter, men som också noteras av utredningen, förknippad med betydande osäkerhet om den överhuvudtaget är tekniskt möjligt att tillämpa på ett effektivt sätt. Det föreligger också knappt något tvivel om att befogenheten att beordra ett varningsmeddelande inte kan jämföras med de övriga befogenheterna i denna artikel i termer av genomslagskraft och effektivitet. Visserligen bör genomförandet av förordningen inte leda till att friheten i internetkommunikationen inskränks, att internetanvändarnas yttrande- och informationsfrihet hotas eller att internetleverantörer belastas på ett orimligt sätt. Samtidigt kan noteras att domstolar såväl i Sverige som i EU har haft anledning att ta ställning till liknande frågor i samband med fall av överträdelser av EU:s upphovsrättslagstiftning och, som utredningen själv anger, har kommit fram till att internetleverantörer kan under vissa noggrant definierade förutsättningar åläggas att hindra tillgången till relevanta tjänster genom blockeringsåtgärder avseende domännamn och webbadresser (dock inte IP-adresser) utan att detta ansetts vara en oproportionerlig åtgärd. Därför kan det ifrågasättas om de skäl som lyfts fram för ett restriktivt genomförande ter sig fullt övertygande.

Såsom artikel 9.4 g är utformad verkar bestämmelserna ta hänsyn till proportionalitetsprincipen i EU-rätt. Befogenheterna tillämpas enbart ”om inga andra medel står till buds” för att överträdelser upphör, och ”i syfte att förebygga risken för allvarlig skada för konsumenternas kollektiva intressen”. Det förefaller därför att risken för en överanvändning av befogenheterna inte bör överdrivas. Vidare, om tolkningen som utredningen förespråkar följs av alla andra medlemsländer och befogenheterna enligt artikel 9.4 g behandlas närmast som ett smörgåsbord, kan frågan ställas om förordningen har någon utsikt att uppnå sitt huvudsyfte, nämligen en bättre samordning i tillsynen vid

gränsöverskridande överträdelse av EU:s konsumenträtt, och i synnerhet i den digitala inre marknaden.

Sammanfattningsvis kan anföras att fakultetsnämnden ställer sig bakom huvudlinjerna i utredningens förslag till genomförande av EU:s konsumentskyddsförordning med de anmärkningar och reservationer som utvecklats ovan. Samtidigt anser fakultetsnämnden att vissa av utredningens förslag och särskilt de som avser genomförandet av bestämmelserna om nya tillsynsbefogenheter i den digitala miljön, inte fullt når upp till förordningens krav. Alternativ till utredningens förslag bör noga övervägas för att komma fram till en ändamålsenlig och rättssäker utformning, som bättre tillgodoser förordningens syfte att stärka konsumenternas skydd och förbättra tillsynens effektivitet och samordning inom EU.

Remissvaret har på fakultetsnämndens uppdrag beslutats av dekanus, Jessika van der Sluijs. Yttrandet har beretts av professor Antonina Bakardjieva Engelbrekt. Föredragande har varit utredare Karolina Alveryd. Yttrandet har expedierats av Juridiska fakultetskansliet.

Jessika van der Sluijs

Karolina Alveryd