



LUNDS
UNIVERSITET

BESLUT

2020-11-05

Dnr V 2020/1571

Justitiedepartementet

Rektor

Yttrande över En ny lag om konsumentskydd vid köp och vissa andra avtal (SOU 2020:51)

(Ert dnr Ju2020/03115/L2)

Lunds universitet har anmodats att lämna synpunkter på rubricerad remiss. Universitetet avger härmed följande synpunkter som utarbetats i samarbete mellan professor Niklas Arvidsson, universitetslektor Johan Axhamn och professor Boel Flodgren (Ekonomihögskolan) samt universitetslektor Eva Lindell-Frantz och universitetslektor Ola Svensson (juridiska fakulteten).

Sammanfattning

Lagförslaget håller sig noggrant (enbart) till EU-direktiven och får anses på ett adekvat sätt omsätta direktivtexterna till svensk konsumenträtt i vart fall vad gäller varor (lösa saker).

Lunds universitet avstyrker förslaget att sammanföra de två direktiven i en gemensam lag och förordar istället att varudirektivet inarbetas i den nuvarande konsumentköplagen och att direktivet om tillhandahållande av digitalt innehåll införs i form av en egen lag. Skälen för detta är flera. De två avtalstyperna köp och tillhandahållande skiljer sig åt på väsentliga punkter och det är olämpligt att förse tillhandahållandeavtalet med en köprättslig kostym utan att en djupare analys av ett sådant förslag görs. Lagstiftningen blir alltför komplicerad och svårbegriplig för konsumenter om direktiven sammanförs i en gemensam lag och splittringen inom konsumenträttsområdet ökar på ett olyckligt sätt om den lagstiftningstekniken används.

Vad gäller konsumentskyddet vid handel med levande djur godtar universitetet i stort utredningens förslag men reser bl.a. vissa invändningar mot möjligheten att helt kunna avtala bort presumtionsregeln om dolda fel.

I remissvaret framför universitetet även vissa andra mindre principiella synpunkter på förslaget.

Allmänt – särskilt om den valda lagstiftningstekniken med en ny lag som ersätter konsumentköplagen och lagens tillämpningsområde (avsnitt 4.1 och 4.2)

Lunds universitet avstyrker utredningens förslag till genomförande av de två direktiven. Den föreslagna nya lagen förefaller visserligen uppfylla kraven i direktiven, men eftersom det är fråga om konsumentskyddande lagstiftning måste högre krav än annars uppställas på lagstiftningens (pedagogiska) utformning – redan lagtexten i sig bör ge konsumenter god och lättillgänglig information om sina rättigheter. Den föreslagna nya lagen uppfyller inte detta krav. Det gäller särskilt de föreslagna bestämmelserna om avtal om tillhandahållande av digitalt innehåll eller digitala tjänster, vilka enligt förslaget föreslås föras in i ett särskilt kapitel i kombination med hänvisningar till övriga bestämmelser i lagen (s. 79-80 i

betänkandet). Utredningen säger själv (s. 80): ”Läsningen av kapitlet kan uppfattas som svår, men med en väl utbyggd författningskommentar bör problemet vara överkomligt.” Det kan knappast förutsättas att konsumenter förväntas studera författningskommentarer. Lunds universitet vill i sammanhanget lyfta fram att det i samband med antagandet av nuvarande konsumentköplag framhölls i förarbetena att det var i linje med konsumentreglernas allmänna syfte att värna om konsumentintresset om bestämmelserna rent tekniskt gavs en utformning som var lättillgänglig för konsumenterna (se prop. 1988/89:76 s. 26).

Universitetet förordar istället den alternativa lagstiftningstekniken som nämns i utredningens direktiv men som inte behandlas särskilt ingående av utredningen – nämligen att de bestämmelser som krävs för att genomföra direktivet om tillhandahållande av digitalt innehåll förs in i en ny (separat) lag. En sådan uppdelning mellan konsumentköprättsliga bestämmelser – som i huvudsak gäller köp av lösa saker – och bestämmelser om avtal om digitalt innehåll och digitala tjänster, som istället tycks ta sikte på nyttjanderätt till digitalt innehåll, framstår enligt universitetet som mer pedagogisk och systematiskt motiverad. Lunds universitet vill i sammanhanget framhålla att universitetet saknar en grundläggande beskrivning och analys i betänkandet av innebörden av att tillämpa köprättsliga bestämmelser om fel även på avtal om tillgång till digitalt innehåll m.m. Att förslag med sådan innebörd har förts fram i tidigare, t.ex. i Ds 2007:29 och Ds 2008:55, men inte lett till lagstiftning nämns inte i betänkandet.

Universitetet kan också konstatera att EU-lagstiftaren för sin del ansett att de två avtalstyperna – avtal om köp av varor respektive avtal om tillhandahållande av digitalt innehåll och digitala tjänster – är så pass väsensskilda att de bör regleras i två separata direktiv, även om direktiven i många delar innehåller likartade bestämmelser. Ett exempel på vikten att bringa klarhet i denna grundläggande, systematiska fråga är resonemanget på sidan 80 i betänkandet. Där talar utredningen om att den nu föreslagna lagen ”på sikt kan byggas ut till en heltäckande konsumentskyddslag”. Det aktualiserar frågan, som utredningen inte analyserat, hur den nya lagen passar in i den större bilden av svenskt konsumentskydd, exempelvis i relation till Konsumenttjänstlagen (1985:716) – tillhandahållandeavtalet kan nämligen också förstås som ett avtal om tjänst även om det i detta lagförslag ges en köprättslig ram – och till lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, avtalsvillkorlagen, särskilt dess 10 §.

Tillhandahållandeavtalen kan i många fall förväntas utgöras av standardavtal och begripligheten för genomsnittskonsumenten av sådana avtal är erfarenhetsmässigt starkt begränsad. Skäl 52 i direktivet om tillhandahållande av digital tjänst innebär väl närmast att ”ofullständighet eller bristande tydlighet” ska ses som bristande avtalsenlighet, dvs. fel i varan, medan avtalsvillkorlagens 10 § föreskriver att ett standardavtal som är oklart ska tolkas till konsumentens förmån. Det handlar således om en tolkningsregel och inte om en felregel. Sådana oklarheter har utredningen inte försökt reda ut. Universitetet utgår ifrån att sådana oklarheter undanröjs i den fortsatta beredningen av lagförslaget och att en kommande proposition utarbetas på ett mera omsorgsfullt och ambitiöst sätt till hjälp för det praktiska rättslivet och de branscher som närmast kommer att behöva förstå och kunna tillämpa lagen i praktiken.

Att tillhandahållande av digitalt innehåll eller digital tjänst kan ”betalas” med personuppgifter (se artikel 3(1) andra stycket i direktivet om tillhandahållande av digitalt innehåll eller digital tjänst) är en ordning som inte är bekant för de flesta. För att denna regel ska kunna förstås borde det ekonomiska värdet för näringsidkaren av konsumentens personuppgifter förklaras. Hur ingås ett sådant avtal och hur kan konsumenten bedöma om det värde hen ger i form av personuppgifter motsvarar värdet på det hen erhåller i utbyte från näringsidkaren? Risken med att använda sina

personuppgifter som betalning för digitalt innehåll/digitala tjänster borde kanske lyftas fram ur ett konsumentskyddsperspektiv.

Skälen är således många och enligt Lunds universitet tungt vägande för att inte sammanföra de två direktiven i en gemensam lag som föreslås i betänkandet. En sammanfattande generell synpunkt är att betänkandet i flera avseenden inte innehåller någon djupare analys av de lösningar som föreslås inom ramen för den frihet som EU-direktiven tillåter.

Med utgångspunkt i betänkandets struktur lämnar universitetet i det följande ett antal mer specifika synpunkter.

Synpunkter särskilt gällande Definitioner (avsnitt 4.3)

I linje med Lunds universitets mer övergripande, allmänna synpunkter (se ovan), saknar universitetet en analys av avtalstypen ”avtal om digitalt innehåll”, exempelvis en mera klargörande utredning om vad som ska förstås med ”digitalt innehåll” och ”digital tjänst” (jfr skäl 19 i direktivet om tillhandahållande av digitalt innehåll). I utredningsdirektiven efterlyses mer tydliga avgränsningar av dessa begrepp i förhållande till andra produkter och tjänster. I och med att tekniken utvecklas så snabbt och på ett för den vanliga människan svårbegripligt sätt, saknar universitetet underlag i betänkandet för att bedöma om det är klokt att så enkelt föra över tillhandahållandavtalet till en ren köprättslig tankemodell. Vidare kan det förutses att utvecklingen av artificiell intelligens (AI) kan komma att få en grundläggande påverkan på skilda slag av konsumentavtal.

Det är också möjligt att den allt ökande förekomsten av sk *agila* avtal kan komma att få betydelse i konsumentledet – t.ex. i fråga om tillgång till digitalt innehåll och digitala tjänster. Med *agila* avtal avses en öppen avtalstyp där parterna, efter att ha ingått avtalet, i samarbete kommer överens efterhand som de tekniska frågorna får sin lösning – ofta beroende på att alla tekniska frågor inte kan lösas vid en och samma tidpunkt i sedvanliga avtalsförhandlingar. Enligt 1 kap. 4 § i lagförslaget avser lagen också avtal som innebär att näringsidkaren enligt konsumentens anvisningar ska utveckla digitalt innehåll eller en digital tjänst och lagförslagens regel i 10 kap 7 § om att konsumenten, efter att avtalet ingåtts, i skälig omfattning ska samarbeta med näringsidkaren beträffande vissa tekniska frågor är ett uttryck för att det här handlar om en särskild avtalstyp (som till skillnad från ett vanligt köp). EU-direktiven förutsätter att det föreligger ett civilrättsligt bindande avtal mellan näringsidkaren och konsumenten men lämnar åt medlemsstaterna att reglera allmänna avtalsrättsliga aspekter, såsom regler om avtals utformning, giltighet, ogiltighet eller verkningar. En djupare avtalsrättslig analys av avtalstypen ”tillhandahållande”, som ju uttryckligen inte är ett köpeavtal men här kommer att omfattas av köprättsliga bestämmelser om fel m.m., liksom en bredare utblick över och ett försök till klargörande av vilka avtal som faller innanför eller strax utanför gränsen för vad som utgör ”tillhandahållande av digitalt innehåll och digitala tjänster” skulle ha varit av värde. Utredningsdirektiven ger utrymme för – eller kanske t.o.m. efterfrågar – en sådan analys, när det där sägs att ”(D)et bör uppmärksammas att direktivet (om tillhandahållande av digitalt innehåll) lämnar till medlemsstaterna att i sin nationella rätt avgöra hur ett avtal ska klassificeras” (s. 306 i betänkandet). EU-direktiven hindrar inte heller att flera frågor än de som specifikt får sin lösning i direktiven tas med i nationell lagstiftning vid genomförandet av direktiven. Att utan en djupare avtalsrättslig analys låta ett så dynamiskt område som den digitala utvecklingen kläs in i en köprättslig kostym kan måhända visa sig innebära en olycklig inlåsning under gamla begrepp och lösningar.

Vidare kunde utredningen vid bestämningen av begreppet ”näringsidkare” ha tagit med vad som sägs under skäl nr 18 i direktivet om tillhandahållande av digitalt

innehåll, nämligen att ”plattformslieferantörer” i vissa fall kan vara näringsidkare enligt denna lag. Denna fråga är såvitt känt idag oklar och kontroversiell.

Synpunkter särskilt gällande Fel (avsnitt 5)

Vad som utgör *fel* i digitalt innehåll/digital tjänst skiljer sig på många sätt från fel i en vara och påföljderna vid fel blir också olika. Felreglerna finns i 4 kapitlet och reglerna om påföljder vid fel finns i 5 kapitlet.

För att kunna ta ställning till om felreglerna och felansvaret i kapitlen 4 och 5 rörande digitala delar/digitalt innehåll/digitala tjänster får en bra reglering i lagförslaget (i den utsträckning som frihet finns för medlemsstaten inom ramen för direktivets tvingande karaktär) med en balanserad avvägning mellan konsument- och näringsidkarintressen måste man ha god kunskap om hur transaktioner i den digitala miljön faktiskt går till, fungerar och utvecklas.

Istället för att klargöra på vilket sätt de nuvarande felreglerna i Konsumentköplagen överensstämmer med eller strider mot Varudirektivet, tar utredningen ett radikalt grepp och omformar felreglerna så att de överensstämmer med direktivets formuleringar, ”(f)ör att säkerställa ett korrekt genomförande av direktivet” (s. 92). När det gäller det materiella innehållet av de föreslagna reglerna om fel i kapitel 4 vill Lunds universitet framföra att uppdelningen av subjektiva krav på avtalsenlighet (1 §) och objektiva krav på avtalsenlighet (2 §) framstår som naturlig och väl ägnad att implementera artiklarna 6 och 7 i varudirektivet. Reglerna stämmer i stor utsträckning överens med dagens regler. När det gäller köparens särskilda ändamål krävs dock att säljaren godtagit dessa för att de ska ges relevans vid felbedömningen. Lunds universitet uppfattar detta krav så att säljaren inte endast måste ha insett köparens särskilda ändamål utan att hen dessutom haft fog att sluta sig till att säljaren påtagit sig ett ansvar för uppgifterna. Kravet är exempelvis inte uppfyllt om det är en vara som inte ingår i säljarens ordinarie sortiment och köparen är väl förtrogen med varor av det aktuella slaget. I ett sådant fall har säljaren inte någon anledning att påta sig ett ansvar utan har ofta skäl att utgå från att köparen gjort ett medvetet risktagande. Universitetet ställer sig positivt till att det krävs ett godtagande av säljaren för att denne ska ansvara för att varan svarar upp mot de särskilda ändamål som konsumenten har med köpet.

Enligt 4 kap. 7 § i förslaget godtas en avvikelse från lagens krav på varan om köparen informerats om avvikelserna och uttryckligen separat har godkänt den. En bestämmelse av detta slag saknas i konsumentköplagen. I författningskommentaren betonas betydelsen av att säljaren informerar köparen på ett noggrant sätt och förvisar sig om att köparen förstått avvikelsernas innebörd. Informationen måste gälla den specifika avvikelserna och allmänt hållna klausuler som ”i befintligt skick” godtas inte. Kraven medför också att säljaren inte kan friskriva sig från ansvar genom att föra in avvikelserna i ett standardavtal eller liknande. Enligt universitetets uppfattning utgör denna bestämmelse en rimlig möjlighet för konsumenten att godta en avvikelse. Det är också viktigt att komma ihåg att konsumenten kan vara angelägen om en avvikelse med tanke på att hen därigenom kan avtala om ett lägre pris på varan.

Ett exempel på den rättsosäkerhet som bristerna i utredningens systematiska analys medför – i fråga om hur avtal om digitalt innehåll och digitala tjänster kan systematiseras i förhållande till etablerade avtalstyper köp och tjänst (se universitetets övergripande, allmänna kommentarer ovan) – är hur det nya rättsläget beträffande försäljning av varor i befintligt skick och försäljning på auktion ska förstås. I betänkandet anges att ”(D)et bör vara tillräckligt för att möta direktivets krav i denna del att Konsumentverket i sin information om lagen tar upp vad som gäller vid försäljning på auktion” (s. 102 i betänkandet, jfr artikel 3(5) i varudirektivet).

Synpunkter särskilt gällande Garantier (avsnitt 7)

En nyhet är att den legala garantitiden för en vara enligt 4 kap 13 § utökats från 6 månader till 1 år (art. 11 (1)). Vid ett ställningstagande till garantier av detta slag måste hänsyn tas till att de är förenade med kostnader för säljaren och därmed ger upphov till prishöjningar. Att införa en alltför långtgående garantitid kan därför medföra att konsumenten föredragit att kunna köpa varan till det lägre pris som en mindre långtgående garantitid givit upphov till. Effekter av detta slag ligger inte i konsumenterna intresse. Lunds universitet välkomnar därför att utredningen avstått från att införa den längre garantitid om 2 år som medges i direktivet (art. 11 (2)). En annan sak är att säljarna kan införa längre garantitider om köparna efterfrågar detta. I svensk rättspraxis har vidare godtagits att det räcker att säljaren gör sannolikt att felet inte fanns vid avlämnandet för att garantin inte ska gälla (NJA 2013 s. 524), en bestämmelse som är naturlig med tanke på att varan är i köparens besittning under garantitiden.

I 4 kap 14 § andra stycket föreslås vidare att om någon annan än säljaren har lämnat en garanti eller liknande utfästelse kan köparen vända sig mot garantigivaren i enlighet med garantin. Detta är enligt vår uppfattning en väl avvägd bestämmelse och möjliggör garantier med varierande grad av åtagande. Konsumentskyddet beaktas dock på så sätt att om garantigivaren är tillverkare har köparen alltid rätt att kräva avhjälpande eller omleverans.

Synpunkter särskilt gällande Felansvar för levande djur

Inledningsvis kan konstateras att i det ursprungliga förslaget till fullharmoniseringsdirektiv avseende vissa aspekter på avtal om försäljning, KOM (2017)637, inkluderades avtal avseende försäljning av levande djur. Den svenska regeringen har emellertid lyckats genomdriva att det ska vara upp till respektive medlemsstat att avgöra om försäljning av levande djur ska omfattas, helt, delvis eller inte alls, av det konsumentskydd som följer av varudirektivet. Att den svenska regeringen agerat så som man gjort i denna fråga verkar ha sin bakgrund i att man tagit starkt intryck av några svenska organisationer som företräder säljarsidan. Av den framlagda utredningen att döma verkar konsumentensidan ha saknat representanter som på motsvarande sätt kunnat lyfta fram köparnas intresse i sammanhanget.

Den fråga som hamnat i fokus när det gäller avtal avseende försäljning av levande djur är felansvaret kopplat till den tvingande presumptionsregel som gäller redan idag och som föreslås förlängas till att omfatta ett år i den nya svenska lagen. I denna del kan konstateras att vem som ska bära ansvaret för att en såld vara, en traditionell sak likaväl som ett levande djur, belastas av ett inneboende dolt fel, handlar om hur man ska fördela risken mellan parterna. Uppenbarligen menar Utredningen om nya konsumentköpregler att det mest rationella är att i första hand låta köparen bära denna risk när köpet avser ett levande djur. Man bör då betänka att ett köp av ett djur i många fall kan representera en för många konsumenters del ansenlig summa pengar. Till detta får läggas att många djurägare är beredda att lägga ned stora summor på att vårda sina djur för den händelse att de visar sig lida av någon sjukdom eller belastas av ett kroppsfel.

När man ska avgöra hur man lämpligen bör genomföra riskfördelningen mellan köpare och säljare bör möjligheterna att försäkra sig vägas in i sammanhanget. Som framgår av utredningen (s. 199 f.) finns det möjlighet för såväl hund- och kattuppfödare som hästuppfödare att under vissa givna förutsättningar teckna en försäkring som omfattar dolda fel i det sålda djuret. Köparen kan givetvis också försäkra sitt djur. Till saken hör emellertid att en sådan försäkring ofta är förenad med villkor om självrisk som är kopplad till kostnaden för att vårda djuret vilket i sin tur medför att det trots allt kan bli en kostsam affär för djurägaren att låta behandla sitt djur. Djurägaren riskerar således att själv få stå för hela kostnaden för vården av

djuret om inte ansvaret kan föras tillbaka på uppfödaren. Viktigt att beakta vid riskplaceringen är vem som har störst möjlighet att kontrollera risken för att den sålda varan är behäftad med ett dolt fel. En uppfödare av ett djur kan i viss mån försöka undvika att djuret drabbas av ärftliga åkommor genom en noggrann avelsplanering. Köparen saknar möjlighet att påverka urvalet av avelsdjur. Ett felansvar som bygger på en presumtion om att felet är ursprungligt underlättar för köparen att få till stånd en rättelse, ett sådant ansvar kan då också fungera som ett incitament för uppfödaren av djuret att på ett seriöst sätt planera sitt avelsarbete. Att i ökad utsträckning lägga över ansvaret för dolda fel på köparen kan få till följd att mindre seriösa aktörer på marknaden premieras. Det tål då att påpeka att vad gäller hunduppfödning har försäljningen av blandrashundar och andra hundar som inte registreras hos Svenska Kennelklubben (SKK) ökat. De konsumenter som väljer att köpa en hund av en sådan uppfödare kommer med det förslag som presenteras av utredningen att ha ett förhållandevis svagt skydd. Man kan tycka att sådana köpare får "skylla sig själva" men detsamma skulle då kunna sägas till den som köper en begagnad bil av en mindre seriös säljare. Det är framförallt i situationer där man har att göra med mindre nogräknade säljare som det kan finnas anledning att skydda konsumenten.

I betänkandet framförs flera argument mot att låta lagförslagets presumtionsregel omfatta levande djur. Ett sådant argument går ut på att skadestånden kan bli höga om det sålda djuret visar sig vara behäftat med ett dolt fel. Här kan återigen hänvisas till möjligheten att som säljare ansvarsförsäkra sig. Vidare innefattar den nuvarande konsumentköplagen en jämningsregel 34 § som får sin motsvarighet i lagförslagets 6 kap. 3 § som anger att oskäligt betungande skadestånd kan jämkas. Båda dessa möjligheter gör att det inte behöver drabba en säljare orimligt hårt om denna åläggs att utge ett skadestånd till köparen.

I betänkandet föreslås den ettåriga presumtionsregeln bli dispositiv vid försäljning av levande djur. Effekten av detta kan egendomligt nog bli den att mindre seriösa säljare, som kanske inte känner till vad lagen har att säga, kommer att omfattas av regeln på så sätt att denna kommer att utfylla parternas avtal, alltmedan sådana uppfödare som använder sig av det standardavtal deras branschorganisationen tillhandahåller förmodligen kommer att friskrivs från presumtionsansvar. Köparen som vänder sig till en uppfödare kommer därmed att hamna i en sämre position än den som har att göra med en oorganiserad och eventuellt okunnig uppfödare, vilket kanske i och för sig kan godtas förutsatt att man kan förvänta sig att alla uppfödare som använder sig av ett standardavtal också är seriösa.

I lagen föreslås att det införs en undersökningsplikt för köparen (4 kap. 11 §). Om säljaren uppmanar köparen att undersöka djuret före köpet och köparen inte följer denna uppmaning kan köparen inte klaga på sådana fel som han, eller hon, borde ha märkt vid en undersökning av djuret, såvida inte säljaren handlat i strid mot tro och heder. Det framgår inte, vara sig av lagtext eller förarbeten vad man kan avkräva köparen i fråga om fullgörande av undersökningsplikten. Låt oss anta att säljaren uppmanar köparen att undersöka djuret och denne inte gör detta. I efterhand visar det sig att djuret lider av ett hjärtfel. Borde köparen ha kunnat upptäcka detta? Svaret på den frågan är beroende av hur långtgående undersökningsplikten är. En veterinär skulle självfallet enkelt kunna lyssna på djurets hjärtljud och därmed ha upptäckt felet. Kan man då kräva att en vanlig konsument ska kunna göra detta? Eller krävs det att konsumenten låter veterinärbesiktiga djuret innan köpeavtalet sluts? I det senare fallet skulle detta förutsätta att uppfödaren tillät att köparen tog med sig djuret till en veterinär, varvid frågor kan uppkomma avseende vem som står risken för att djuret kommer till skada under den tid köparen har det i sin besittning. Alternativt får köparen be en veterinär följa med för att undersöka djuret på plats innan avtal ingås, något som naturligtvis kan kosta en del. Om man antar att undersökningsplikten enbart omfattar någon form av okulär besiktning är det svårt att se att förpliktelsen

har någon större funktion att fylla. Att djuret är utrustat med fyra ben och för tillfället inte haltar är väl ganska självklart att köparen kan notera. I de fall djuret saknar någon av dessa egenskaper lär nog de flesta köpare dra öronen åt sig. Slutsatsen blir således att den föreslagna undersökningsplikten antingen kan bli väldigt kostsam och besvärlig att uppfylla, eller att den i princip saknar praktisk betydelse.

Beslut

Beslut om att avge detta yttrande har fattats av undertecknad rektor i närvaro av förvaltningschef Susanne Kristensson efter hörande av Lunds universitets studentkårer och efter föredragning av universitetslektor Johan Axhamn, Ekonomihögskolan.

Torbjörn von Schantz