

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2022-02-14

Närvarande: F.d. justitieråden Karin Almgren och Stefan Lindskog samt justitierådet Mahmut Baran

Ett moderniserat konsumentskydd

Enligt en lagrådsremiss den 27 januari 2022 har regeringen (Finansdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden,
2. lag om ändring i prisinformationslagen (2004:347),
3. lag om ändring i lagen (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler,
4. lag om ändring i marknadsföringslagen (2008:486).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunnige Henrik Berthels.

Förslagen föranleder följande yttrande.

Inledning

Lagstiftningsärendet illustrerar de problem som kan följa av att en lag blir föremål för fortlöpande påbyggnader på grund av att nya direktiv genomförs. Det gäller särskilt avtalsvillkorlagen. Den lagen är redan nu otillfredsställande från redaktionell synpunkt och kommer med detta lagstiftningsärende att framstå som ett ostrukturerat lapptäcke. Det hade varit befogat att ta ett helhetsgrepp om lagen för att med rubriker på olika nivåer och bättre disposition göra den mer tillgänglig.

Lagrådet har dock förståelse för önskemålet att genomföra de aktuella direktiven så smidigt som möjligt och att det hade kostat på för mycket att nu lägga fram ett genomarbetat förslag till en ny avtalsvillkorlag och kanske också en ny marknadsföringslag. Men frågan bör sättas på dagordningen för kommande lagstiftningsprojekt.

Det må nu vara hur det vill med det sagda. I detta lagstiftningsärende begränsar Lagrådet sina synpunkter till att avse sådant som regeringen föreslår och det som avses åstadkommet med förslagen.

Förslaget till lag om ändring i lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden

Allmänt

Avtalsvillkorlagen gäller enligt 1 § dels avtalsvillkor som näringsidkare använder när de erbjuder varor, tjänster eller andra nyttigheter till konsumenter, dels avtalsvillkor som näringsidkare använder när de förmedlar sådana erbjudanden från en näringsidkare eller någon annan. Enligt 3 § får Patent- och marknadsdomstolen under vissa

förutsättningar vid vite förbjuda en näringsidkare att använda ett avtalsvillkor som är oskäligt i lagens mening.

Den gällande regleringen är situationsfokuserad och framåtblickande på så sätt att den reaktion som lagen tillhandahåller är ett individuellt vitessanktionerat förbud för framtiden. Systemet utmärks av att den enskilde kan undgå en sådan reaktion genom att avstå från ett påtalat eller efter prövning förbjudet handlande. Den föreslagna regleringen, som bortsett från en ny hänvisning i 3 a § består av bara nya bestämmelser, är bakåtblickande och i reaktionshänseende mer långtgående. För näringsidkare som i den mening som anges 1 § har använt ett i lagens mening oskäligt villkor möjliggör regleringen under vissa förutsättningar en avgiftssanktion utan möjlighet för den enskilde att undgå reaktionen genom att förändra sitt handlande. Det rör sig helt enkelt om ett avgiftssanktionerat generellt förbudssystem.

Den föreslagna lagregleringen har marknadsföringslagens reglering om marknadsstörningsavgifter som förebild. Det greppet är förståeligt men mindre lyckat. Sanktionsavgifter av det slag som föreslås har en sådan straffrättslig karaktär att ett straffrättsligt synsätt ska anläggas på bedömningen av den föreslagna regleringen (vilket inte betyder att sanktionsavgiftsmål i processuell mening är att klassificera som brottmål). Det synsättet präglar emellertid inte reglerna om marknadsstörningsavgifter, som går tillbaka på en något äldre lagstiftning tillkommen vid en tid då straffrättsbegreppet var snävare än idag. Vidare har sättet att skriva lagtext förändrats med åren, inte minst i redaktionellt hänseende. Bland annat är ambitionen att tydligt hålla isär skilda frågor större idag än förr.

En annan synpunkt i anslutning till det sagda, och som hänger samman med att regleringen om marknadsstörningsavgifter i alltför hög grad har verkat som förebild, är att samordningen mellan den nuvarande framåtblickande lagregleringen och den föreslagna

bakåtblickande kunde vara bättre. Det gäller främst rent dispositions-
mässigt, men inte heller den materiella samordningen är utan
förbättringspotential.

Beträffande de enskilda paragraferna har Lagrådet följande
synpunkter.

3 a §

Här finns i form av en ny hänvisning till 9 c § den enda föreslagna
ändringen i de befintliga paragraferna. Med Lagrådets förslag
beträffande 9 c § behövs den hänvisningen inte.

9 c §

I 9 c § första stycket och 9 d § anges förutsättningarna för att domstol
"får" besluta att en näringsidkare ska betala en sanktionsavgift. Vad
som gäller beträffande de processuella frågorna om behörig domstol
och talerätt framgår av 9 c § första stycket, medan en regel om
subsidiär talerätt finns i andra stycket. I tredje stycket anges vem
utdömd avgift tillfaller.

Tre artskilda frågeställningar regleras alltså i 9 c § medan den
grundläggande frågan om förutsättningarna för att en näringsidkare
ska (eller "får" med den använda terminologin) åläggas att betala
sanktionsavgift behandlas i såväl 9 c § första stycket som 9 d §.
Enligt Lagrådets mening kan det lämpliga i den dispositionen sättas i
fråga. Att liknande invändningar kan göras mot marknadsförings-
lagen gör inte saken bättre. Lagrådet återkommer i det följande med
förslag till bättre disposition.

Regleringen av förutsättningarna för sanktionsavgifter har, som
framgår av det föregående, 29 § marknadsföringslagen som förebild.
Konstruktionen i marknadsföringslagen skiljer sig emellertid från det
remitterade förslaget om sanktionsavgifter. Det handlande som

utlöser en marknadsstörningsavgift – den gärning som bestäms av den tillämpliga bestämmelsens brottsrekvisit, för att tala i straffrätts-termer – finns således i andra bestämmelser till vilka sanktionsbestämmelsen hänvisar (eller i bestämmelser i andra lagar, vilka bestämmelser hänvisar till sanktionsregleringen i marknadsföringslagen). Motsvarande hänvisning saknas i 9 c §. Av såväl allmänmotiveringen som flera av de övriga föreslagna bestämmelserna framgår det att sanktionsavgiften likväl är tänkt som en påföljd vid en överträdelse. Lagrådet frågar sig emellertid var den bestämmelse finns som då skulle överträdas och vad den närmare bestämt innebär.

Med en tillmötesgående läsning kan 9 c § första stycket möjligen förstås så, att bestämmelsen innefattar ett implicit förbud mot att i den mening som anges i 1 § använda ett avtalsvillkor som enligt 3 § är oskäligt mot konsumenten. Och så är det naturligtvis tänkt (om än med vissa kvalificeringar). Men en straffrättsliknande reglering som den förevarande ska inte utgå från något underförstått förbud, utan lagen ska ge klar ledning beträffande det otillåtna handlande som vid överträdelse kan medföra en sanktion. Detta så mycket mer i förevarande fall, eftersom avtalsvillkorslagens utgångspunkt är att oskäliga avtalsvillkor är förbjudna först sedan de har förbjudits enligt 3 §.

Men även med utgångspunkten att det otillåtna handlande som regleringen underförstått utgår från är det angivna – dvs. att ett avtalsvillkor som enligt 3 § är oskäligt mot konsumenten inte får användas på det sätt som anges i 1 § – så är ansvarsförutsättningarna alltför oprecisa för att lämpligen läggas till grund för en sanktion av straffkaraktär. Det beror främst på att vad som är oskäligt enligt 3 § kan vara svårbedömt. Den svagheten med den föreslagna konstruktionen läks inte av ett krav på att överträdelsen ska vara allvarlig. Det kan i det hänseendet också noteras att det i 9 d §, som

handlar om överträdelsens svårhetsgrad som förutsättning för sanktion, inte anges att endast allvarliga överträdelser ska leda till påföljd, fastän detta enligt vad som framgår av allmänmotiveringen har varit regeringens avsikt.

Regeringen adresserar mycket riktigt problemet med att det för näringsidkaren kan vara oklart huruvida ett visst avtalsvillkor är otillåtet med följd att en överträdelse av det outtalade förbudet kan medföra avgift. Således framhålls i särskilt allmänmotiveringen att det ska vara klart och för näringsidkaren förutsebart att ett ifrågasatt villkor är oskäligt och kan medföra avgift. Att detta är en sanktionsförutsättning framgår emellertid inte av lagtexten, vilket skapar ytterligare oklarhet om regleringens tillämpningsområde. Den som kan drabbas av en sanktionsavgift ska ha möjlighet att med ledning av lagtexten med rimlig säkerhet kunna sluta sig till såväl vad som är otillåtet som vad som är tillåtet (i mening av sanktionsavgiftsfritt handlande). Det har under föredragningen framhållits att många av de bestämmelser som kan bli föremål för sanktionsavgifter enligt 29 § marknadsföringslagen har öppna och svårbedömda rekvisit. Men i den mån så är fallet är det inget skäl att fortsätta på den vägen; snarare är det ett argument för en framtida grundlig översyn av de ifrågavarande bestämmelserna och av marknadsföringslagens sanktionsordning.

En annan invändning mot det remitterade förslaget är att det ger ett intryck av att frågan om utdömande av sanktionsavgift är närmast fakultativ. Det gäller visserligen också beträffande förbud enligt 3 §, men där handlar det inte om en reglering av straffrättslig karaktär. Även den förebildliga sanktionsbestämmelsen i 29 § marknadsföringslagen har dock konstruerats på motsvarande sätt, men det bör inte ses som något tvingande prejudikat. Intrycket av att sanktionsfrågan rör sig om ett slags skönsmässig bedömning förstärks av bestämmelsen i 9 d §, där omständigheter som typiskt sett är

relevanta för avgiftsbestämningen på ett oprecist sätt anges kunna tillämpas som sanktionsförutsättningar. Om överträdelsens svårhetsgrad alls ska tillmätas betydelse i den frågan, så bör det klargöras inte bara vilka omständigheter som ska beaktas utan också vilken betydelse som de ska tillmätas.

När det gäller hur regleringen bör utformas finns det anledning att ta fasta på regeringens uttalanden om att endast klara fall är avsedda att bli föremål för sanktionsavgifter. Enligt Lagrådets mening kan och bör den avsikten förverkligas och erforderlig förutsebarhet uppnås genom en ordning, där vissa entydigt bestämda fall anges vara otillåtna. Sådan entydighet får anses föreligga när ett villkor antingen är oförenligt med 3 a § eller är väsentligen samma som ett villkor som för näringsidkaren eller annan har i ett vägledande avgörande förbjudits enligt 3 §. Med det undviks också den logiska kullerbyttan att ett villkor ska anses ha varit förbjudet vid den tillbakablickade sanktionsbedömningen redan innan det enligt 3 § har förbjudits för framtiden.

Överträdelse bör leda till sanktionsavgift under samma förutsättningar som oskäligen avtalsvillkor får förbjudas enligt 3 §, dvs. att det är motiverat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse. Visserligen kommer här intresseprövningen att handla om en sanktion för ett förflutet handlande och inte om ett framåtsyftande förbud. Men det är svårt att se något bärande skäl för att denna principiella skillnad ska inverka på prövningen.

Fall där skäligheten av ett använt avtalsvillkor ännu inte har prövats enligt 3 § får med den diskuterade ordningen avgöras enligt den bestämmelsen. Om domstol i sista instans genom ett vägledande avgörande förbjuder villkoret, så får det verkan också mot andra näringsidkare genom att avtalsvillkoret blir otillåtet enligt systemet

med sanktionsavgifter. Fastän förbudet riktar sig mot endast en viss näringsidkare blir villkoret alltså i princip generellt förbudet. På det sättet får prejudikaten i förbudsmålen större genomslag än vad som nu är fallet. Med den angivna kopplingen slipper dessutom domstolarna att operera med två oskälighetsnivåer; en som gäller för förbud och en som gäller för sanktionsavgift.

Mot den angivna bakgrunden föreslår Lagrådet att 9 c § formuleras enligt följande.

En näringsidkare får inte använda avtalsvillkor som avses i 1 §, om villkoret är sådant som anges i 3 a § eller är väsentligen samma som ett villkor som för näringsidkaren eller annan har förbjudits enligt 3 § genom ett avgörande i sista instans.

Om näringsidkaren eller någon som handlar på näringsidkarens vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbudet i första stycket och det är motiverat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse, ska näringsidkaren åläggas att betala en sanktionsavgift.

Strukturellt innebär förslaget att ett uttryckligt förbud i första stycket bildar utgångspunkten och lägger grunden för inte bara påföljdsordningen i andra stycket utan också för förståelsen av vad som menas med överträdelse i de följande paragraferna.

Bestämmelsen i 3 a § får anses vara allmänt veterlig och därför känd av den som överträder förbudet.

Angående förbudsverkande avgöranden är naturligtvis Patent- och marknadsöverdomstolens praxis ledande. Men 1 kap. 3 § tredje stycket lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar utesluter inte att en förbudstalan efter ett s.k. ventilbeslut av Patent- och marknadsöverdomstolen kan komma under Högsta domstolens prövning. Den föreslagna lagtexten håller öppet för den möjligheten. I avsaknad av ett ventilbeslut är Patent- och marknadsöverdomstolen sista instans.

Rättsinnehåll genom prejudikat kan inte anses vara notoriskt på samma sätt som laginnehåll. Det lär emellertid inte få så stor praktisk betydelse, eftersom näringsidkare i allmänhet bör ha att hålla sig underrättade om för den egna verksamheten relevanta prejudikat, åtminstone så beträffande vad som är otillåtna avtalsvillkor vid erbjudanden enligt 1 §. Okunskap om ett sådant avgörande är därför i regel oaktsamt. Det kan tilläggas att det förhållandet att omfattningen av förbudsregeln i första stycket inte går att utläsa direkt av lagtexten utan måste härledas ur relevanta vägledande avgöranden inte är oförenligt med legalitetsprincipens tydlighetskrav, eftersom dessa avgöranden är fritt och lätt tillgängliga i läsbar form (jfr "Laserpekaren II" NJA 2017 s. 157). Att avgörandet är oklart skrivet kan däremot få till följd att det inte kan läggas till för grund ett för sanktionsåläggande.

Det är tänkbart att ett avtalsvillkor har befunnits oskäligt enligt 3 § men att det på grund av särskilda omständigheter saknats anledning att förbjuda det. Den situationen fångas inte upp av den föreslagna lagtexten. Det kan därför finnas anledning att överväga om "har förbjudits enligt 3 §" bör ersättas med "har befunnits vara oskäligt enligt 3 §".

Inte heller träffas det fallet att en näringsidkare av Patent- och marknadsdomstolen har förbjudits att använda ett visst villkor. Huruvida också det fallet bör omfattas hänger samman med den fråga om spårväxling som Lagrådet berör i anslutning till 9 f § nedan.

Med en reglering i enlighet med Lagrådets förslag följer att användandet av klart oskäliga avtalsvillkor som ännu inte har förbjudits enligt 3 § förblir fria från sanktionsavgifter. Men en sanktionspåföljd för också sådana situationer leder till den påtalade logiska kullerbyttan, och dessutom låter sig ansvarsrekvisiten svårligen bestämmas med erforderlig precision. Förvisso kan i någon

mån öppna rekvisit godtas i straffbestämmelser, även om det finns anledning att iaktta försiktighet med det och trots en med tiden alltmer sträng syn i frågan. Men ett förbud med sikte på exempelvis "klart oskäliga avtalsvillkor" kommer att rymma dubbla svåra bedömningsled (än värre blir det om förbudet bara gäller "allvarliga" överträdelser). Att den ena bedömningssvårigheten (vad som är oskäligt) i viss utsträckning kan neutraliseras av det andra bedömningsledet (vad som är klart; det förutsätts då att det kravet tar sikte på den rättsliga bedömningen och inte bara på bevisläget) förtar inte det faktum att det rör sig om flerledsbedömningar och att det kan vara svårt för den enskilde näringsidkaren att avgöra vad som är tillåtet och inte. En sådan svårighet behöver heller inte nödvändigtvis gynna konsumentkollektivet; kostnaden för försiktighet i näringslivet kan komma att övervältras på konsumentkollektivet. Och skulle det röra sig om ett klart oacceptabelt beteende av någon näringsidkare står samhället inte tandlöst. En förbudstalan kan alltid föras, och med en sådan talan följer möjligheten till ett interimistiskt förbud enligt 6 §.

Beträffande frågan om det brukade villkoret är väsentligen samma som förbudsvillkoret bör bedömningen inte göras strikt villkorsinternt, utan också andra förhållanden än villkorslikheten, såsom branschskillnader, kan vara att beakta. Sådana omständigheter kan också få betydelse för frågan huruvida en sanktion är motiverad från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse. Det kan i sammanhanget påpekas att om Konsumentombudsmannen är osäker på hur en villkorsjämförelse kommer att utfalla kan en förbudstalan föras subsidiärt.

I sanktionshänseende har Lagrådet i sitt förslag valt en imperativ formulering ("ska") i stället för en fakultativ ("får"). Enligt Lagrådets mening bör en fakultativ formulering undvikas, men en imperativ skrivning kan naturligtvis mjukas upp genom ett tillägg av typen

”enligt bestämmelserna i denna lag” för att fånga upp möjligheten till sådana avgiftseftergifter som i det följande diskuteras i anslutning till 9 g § andra stycket.

De processuella frågorna om talerätt och behörig domstol föreslås reglerade i en egen paragraf, se vidare i anslutning till 9 d §.

I 9 c § tredje stycket i det remitterade förslaget föreskrivs att en sanktionsavgift tillfaller staten. Också den bestämmelsen bör skiljas från den materiella ansvarsfrågan. Frågan regleras lämpligen i 9 h §.

9 d §

I det remitterade förslaget finns i denna paragraf en bestämmelse som anger att domstolen när den prövar frågan om sanktionsavgift ska bedöma hur allvarlig överträdelsen är och då ta särskild hänsyn till överträdelsens art, varaktighet och omfattning. Bestämmelsen är en nästan ordagrann kopia av 29 a § marknadsföringslagen, men den senare bestämmelsen är en dålig förebild redan av det skälet att systemet med marknadsstörningsavgift tar sikte på en palett av överträdelser. Marknadsföringslagens sanktionsordning omfattar således ett brett spektrum av förbud och påbud som är konstruerade på skilda sätt och beträffande sanktionsfrågan kan fordra särskilda överväganden. Bestämmelsen i 9 d § tar däremot sikte på endast en specifik typ av överträdelser, men likväl är den – som har framhållits i anslutning till 9 c § – så allmänt hållen att det inte går att få någon närmare ledning beträffande vilken betydelse som överträdelsens allvar ska ha eller hur allvarsgraden ska mätas. Systematiskt är det också svårt att förstå hur bestämmelsen förhåller sig till sanktionsförutsättningarna i 9 c § respektive bestämmelserna i 9 f och 9 g §§ om avgiftsbestämning.

Lagrådet föreslår att bestämmelsen i 9 d § stryks. Med en så avgränsad förbudsregel som Lagrådet föreslår i 9 c § första stycket

kopplat till det i andra stycket samma lagrum uppställda intressekravet är det svårt att se att det skulle finnas behov av ett allvarlighetskrav. Det hindrar inte att sådana omständigheter som bestämmelsen tar sikte på får betydelse också med Lagrådets förslag. Så främst vid avgiftsbestämningen, vilket följer redan av 9 g § i det remitterade förslaget, men också beträffande frågan huruvida sanktionsavgift är motiverat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse.

Skulle det emellertid anses finnas skäl för att ställa upp ett allvarlighetskrav som förutsättning för avgiftsskyldighet bör det snarast ske på omvänt sätt genom en möjlighet till avgiftseftergift för mindre allvarliga överträdelser. Se vidare i anslutning till 9 g §, där frågan hör hemma.

Lagrådets förslag öppnar för att i 9 d § reglera de processuella frågorna om talerätt och behörig domstol. I dessa hänseenden föreslår Lagrådet följande bestämmelser.

Talan om påförande av sanktionsavgift får föras av Konsumentombudsmannen hos Patent- och marknadsdomstolen.

Om Konsumentombudsmannen för ett visst fall beslutar att inte föra talan om sanktionsavgift, får en sammanslutning av näringsidkare väcka en sådan talan.

I en bättre strukturerad lag skulle processuella frågor i anslutning till sanktionsreglerna ha samordnats med vad som i det hänseendet gäller för förbudsreglerna, men det skulle föra för långt att åstadkomma det i detta lagstiftningsärende.

När det gäller den subsidiära talerätten för en sammanslutning av näringsidkare finns det visserligen förebilder (bl.a. i 3 § tredje stycket), men det kan ändå vara befogat att i författningskommentaren ange vad som menas med en sammanslutning i det

aktuella hänseendet. Så kan exempelvis ske genom en referens till uttalanden som kan ha gjorts i något annat lagstiftningsärende.

9 e §

Paragrafen tydliggör att här liksom eljest så får inte en och samma överträdelse bli föremål för dubbla prövningar och sanktioner (ne bis in idem). Något motsvarande tydliggörande för den omvända situationen föreslås inte. Det framstår inte heller som erforderligt i ljuset av att den situationen är mindre praktisk än den reglerade och att principen om ne bis in idem gäller ändå.

En fråga i anslutning till bestämmelsen, som dock inte har med ne bis in idem att göra, är om det är lämpligt att i fråga om ett vitessanktionerat förbud mot ett visst avtalsvillkor möjliggöra spårväxling från vitespåföljd till sanktionspåföljd. Bestämmelsen kan synas tillåta det (genom att spårväxling inte hindras). Frågan bör övervägas. Det kan ju argumenteras för att om en påföljd (vite) har bestämts genom ett avgörande som har fått laga kraft, så bör vid ett åsidosättande av förbudet den bestämda påföljden inte kunna ändras till en annan påföljd (sanktionsavgift) utan tydligt lagstöd. Om spårväxling ska tillåtas kan det klargöras genom en omformulering av 9 c § första stycket i Lagrådets förslag enligt följande.

En näringsidkare får inte använda avtalsvillkor som avses i 1 §, om villkoret är sådant som anges

a) i 3 a §,

b) är samma eller väsentligen samma som ett villkor som enligt 3 § näringsidkaren har förbjudits att använda, eller

c) är samma eller väsentligen samma som ett villkor som enligt 3 § annan näringsidkare har förbjudits att använda genom ett avgörande i sista instans.

9 f §

I paragrafen regleras beloppsgränserna för sanktionsavgiften. Gränserna är enligt första stycket knutna till "det närmast föregående räkenskapsåret". Men vad som är det närmast föregående räkenskapsåret beror på från vilken punkt på tidslinjen som bedömningen görs. Inget sägs om det i lagtexten.

I allmänmotiveringen avsnitt 9.2.5 uttalar regeringen att vad som gäller får avgöras i rättspraxis. Men det är närmast nonsensartat att i lagtext anvisa det närmast föregående räkenskapsåret som styrande utan att ens antyda vad "närmast" ska relateras till. Närmast vad? Avsaknaden av varje ledning i det hänseendet innebär mer än en oklarhet i lagtexten; det är en defekt. Den kan inte botas med uttalanden i författningskommentaren.

Enligt Lagrådets mening är det mest naturliga att det närmast föregående räkenskapsåret bestäms med utgångspunkt i när överträdelsen upphörde. Ett upphörande innebär då att näringsidkaren avslutar ett sådant villkorsbruk som avses i 1 §. Om bruket fortgår bör den avgörande tidpunkten vara när näringsidkaren delgavs stämningsansökan. Detta bör framgå av lagtexten.

Det kan visserligen inte uteslutas att ett villkorsbruk enligt 1 § skulle kunna vara momentant, man kan tänka sig ett tillfälligt masserbjudande, men bruket får då också anses ha upphört momentant (jfr nedan i anslutning till 31 § marknadsföringslagen). Det saknas därför anledning att särskilt anpassa lagtexten till den situationen. Det sagda gäller även preskriptionsbestämmelsen i 9 i §.

I andra stycket behandlas det fallet att "överträdelsen har inträffat under näringsidkarens första verksamhetsår". Formuleringen är mindre välfunnen, inte bara för att en överträdelse inte "inträffar" som av en naturhändelse, utan också för att den ger intryck av att det rör

sig om en singular händelse på ett sätt som inte lär vara den typiska situationen enligt 1 §. Men med en annan skrivning kringgår man dessa formuleringsfrågor. Således saknas det anledning att i lagtexten ange just det fallet att överträdelsen är att hänföra till det första räkenskapsåret som förklaring till att uppgifter om årsomsättningen saknas. Det räcker med ett konstaterande i författningskommentaren att det lär vara den mest praktiska situationen.

Mot den angivna bakgrunden föreslår Lagrådet att paragrafen ges följande lydelse.

Sanktionsavgiften ska fastställas till lägst tio tusen kronor och högst fyra procent av näringsidkarens omsättning räkenskapsåret före det att överträdelsen upphörde eller när näringsidkaren delgavs stämningsansökan, om den inte har upphört dessförinnan.

Om uppgifter om årsomsättningen saknas eller är bristfälliga, får årsomsättningen uppskattas. Avgiften får i ett sådant fall fastställas till ett belopp i kronor motsvarande högst två miljoner euro.

Det relevanta räkenskapsåret i andra stycket första meningen är naturligtvis i princip att bestämma enligt första stycket. Men när överträdelsen är att hänföra till det första räkenskapsåret så måste det bli årsomsättningen detta år som får uppskattas. Att så är fallet behöver knappast framgå av lagtexten (så gör det inte heller av det remitterade förslaget), men det bör påpekas i författningskommentaren.

Det kan tilläggas att om näringsidkaren fortsätter bruket efter det att han eller hon har delgetts stämningsansökningen bör det fortsatta bruket ses som en ny överträdelse som kan förbjudas i den pågående rättegången eller föranleda en ny sanktionstalan.

9 g §

I paragrafens första stycke regleras sanktionsavgiftens storlek.

Enligt andra stycket får näringsidkaren befrias från att betala avgiften (i bestämd form) om det finns synnerliga skäl för det. Bestämmelsen i 32 § andra stycket marknadsföringslagen är förebild. Båda bestämmelserna tar språkligt sikte på det fallet att näringsidkaren har ålagts en sanktionsavgift. En näringsidkare kan ju inte befrias från en ännu inte ålagd avgift. Om bestämmelsen är att förstå på det sättet är den artskild från bestämmelsen i första stycket, och den placeras därför med fördel i en egen paragraf. Det bör då också klargöras att Patent- och marknadsdomstolen är behörig att pröva frågor om avgiftsbefrielse.

Om emellertid bestämmelsen i andra stycket är avsedd att möjliggöra en avgiftsprövning som leder till att någon avgift inte ska åläggas näringsidkaren, vilket torde vara fallet, så passar bestämmelsen illa med det föreslagna regelsystemet i övrigt. Hur förhåller den sig exempelvis i förhållande till 9 d §? Och får avgiften sättas till visst belopp lägre än vad som föreskrivs i 9 f §?

Med den av Lagrådet föreslagna regelordningen kan andra stycket formuleras enligt följande.

Om det finns synnerliga skäl för det, får domstolen bestämma lägre avgift än vad som föreskrivs i 9 f § eller besluta att avgift inte ska tas ut.

I det föregående har Lagrådet gett uttryck för uppfattningen att med den av Lagrådet föreslagna ordningen så behövs inte bestämmelsen i det remitterade förslaget om betydelsen av överträdelsens allvar (9 d §). Skulle regeringen vid den fortsatta beredningen komma till motsatt slutsats bör frågan enligt Lagrådets uppfattning regleras i förevarande paragraf och i så fall samordnas med andra stycket. Som har framhållits i anslutning till 9 d § bör ett hänsynstagande till överträdelsens allvar då konstrueras som en fråga om avgiftseftergift, vilket inte hindrar att betydelsen av överträdelsens art, varaktighet

och omfattning framhålls efter mönstret av 9 d § i det remitterade förslaget.

Hur man då närmare bestämt ska se på frågan hur vitt ett undantag som fäster särskilt avseende vid de angivna omständigheterna ska konstrueras hänger samman med vad som ligger i 1 §. Om redan ett mer eller mindre tillfälligt villkorsbruk är tillräckligt för att kunna utlösa en avgiftssanktion motiverar det ett vidare undantag än eljest. Men så har Lagrådet inte uppfattat 1 §. Vad den bestämmelsen tar sikte på är ett mer generellt bruk, där villkoret i princip är ett moment i alla erbjudanden av samma slag. I regel lär villkorsbruket ha pågått under viss tid, men det kan också handla om ett momentant mass-erbjudande (sådana erbjudanden blir av naturliga skäl inte föremål för någon förbudstalan). Det ska alltså röra sig om ett i någon mening konsistent om än inte nödvändigtvis kontinuerligt villkorsbruk för att det ska omfattas av avtalsvillkorlagen. Det leder till att endast förhållandevis kvalificerade situationer kan träffas av en sanktionsavgift.

Mot den angivna bakgrunden skulle ett beaktande av överträdelsens allvar inom ramen för den sanktionsordning som Lagrådet föreslår kunna ske genom en samskrivning med andra stycket i förevarande paragraf enligt följande.

Om överträdelsen med hänsyn till särskilt överträdelsens art, varaktighet och omfattning är mindre allvarlig eller om det finns synnerliga skäl för det, får domstolen bestämma lägre avgift än vad som föreskrivs i 9 f § eller besluta att avgift inte ska tas ut.

Vad som då är att anse som en mindre allvarlig överträdelse bör utvecklas i författningskommentaren. Detsamma gäller vad som är synnerliga skäl.

9 h §

Lagrådet föreslår att föreskriften i 9 c § tredje stycket i det remitterade förslaget flyttas till denna paragraf så att första stycket får följande lydelse.

Sanktionsavgiften tillfaller staten och ska betalas till Kammarkollegiet inom trettio dagar efter det att domen har fått laga kraft eller den längre tid som anges i domen.

Att sanktionsavgiften alltid ska vara fullt ut förbehållen staten kan dock sättas i fråga. Det kan inträffa att en sammanslutning av näringsidkare för en talan med partiell framgång och därför inte får full ersättning för sina rättegångskostnader fastän sanktionsavgift döms ut. Möjligen gäller då enligt allmänna rättsprinciper att sammanslutningen har rätt att ur den utdömda avgiften gottgöra sig så att den får full kostnadstäckning. En sådan ordning skulle heller inte motverka regleringens syfte utan snarare tvärtom. Men oavsett vilken inställning regeringen intar i frågan är det lämpligt att redovisa den i författningskommentaren.

9 i §

Enligt första stycket löper en femårig preskriptionstid från det att överträdelsen upphörde. Vad som ligger i att överträdelsen upphörde framstår inte helt klart.

Tanken är förmodligen att tiden ska räknas från det att villkoret har tagits ur ett sådant bruk som avses i 1 §. Det betyder i så fall att ett enstaka efterföljande användande av gamla allmänna bestämmelser i vilket villkoret finns saknar betydelse. Inte heller har då det förhållandet att näringsidkaren återoppar villkoret någon betydelse för preskriptionsfrågan. Vad som gäller bör klargöras i författningskommentaren.

I lagtexten lämnas det öppet vem som anspråket riktas mot. Men enligt 9 c § kan det bara vara den berörde näringsidkaren. Lagrådet föreslår därför att orden "den som anspråket riktar sig mot" byts ut mot "näringsidkaren".

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

I punkten 2 anges att äldre bestämmelser ska tillämpas för avtalsvillkor som har använts före ikraftträdandet. Emellertid finns det inga äldre relevanta bestämmelser, eftersom lagförslaget inte ersätter några sådana bestämmelser utan bara introducerar nya. Mot den bakgrunden bör punkten 2 formuleras om på följande sätt.

De nya bestämmelserna gäller bara för avtalsvillkor som har använts efter ikraftträdandet.

Bestämmelsen ska förstås i ljuset av 1 §. Det innebär att om villkorsbruket har upphört före ikraftträdandet är de nya bestämmelserna inte tillämpliga.

Om samma avtalsvillkor har använts både före och efter ikraftträdandet är de nya bestämmelserna tillämpliga på samma sätt som när villkoret har använts vid endast erbjudanden efter ikraftträdandet. Det betyder att ett långvarigt bruk före ikraftträdandet som avslutas strax efter kan läggas till grund för en sanktionsavgift endast om villkorsbruket efter ikraftträdandet kan klassificeras som sådant som avses i 1 §. Och när så är fallet får vid bestämmandet av sanktionsavgiftens storlek bara sådana omständigheter hänförliga till tiden före ikraftträdandet beaktas som är förmildrande.

Att det förhåller sig på de angivna sätten bör klargöras i författningskommentaren.

Förslaget till lag om ändring i lagen om distansavtal och avtal utanför affärslokaler

2 kap. 1 §

Lagrådet föreslår här några smärre språkliga förändringar. Första stycket första meningen kan således med fördel formuleras enligt följande.

Detta kapitel gäller för avtal genom vilket en näringsidkare mot betalning överlåter eller upplåter lös egendom till eller utför en tjänst åt en konsument.

Andra stycket första meningen kan på motsvarande sätt formuleras enligt följande.

Kapitlet gäller också för avtal genom vilket en näringsidkare mot endast konsumentens personuppgifter ska tillhandahålla ett digitalt innehåll på något annat sätt än på ett fysiskt medium eller en digital tjänst åt en konsument.

2 kap. 2 §

I första stycket punkten 20 är formuleringen av det subjektiva rekvisitetet inte helt lyckad. Det kan inte antas handla om någons förväntning på vad näringsidkaren känner till utan om vad näringsidkaren borde känna till. Det mångtydiga ordet "rimligen" bör också undvikas. Formuleringen bör alltså vara "i den utsträckning näringsidkaren känner till eller borde känna till det".

2 kap. 11 §

I paragrafen anges situationer då konsumenten inte har någon ångerrätt. Den första punkten tar upp två sådana fall och blir med det svårläst. Lagrådet föreslår att situationerna hålls isär genom att delas upp i två punkter enligt följande.

Ångerrätten gäller inte för avtal som

1. avser en tjänst som har fullgjorts mot betalning och konsumenten uttryckligen har samtyckt till att tjänsten börjar utföras och gått med på att det inte finns någon ångerrätt när tjänsten har fullgjorts,
2. avser en tjänst som har fullgjorts mot endast konsumentens personuppgifter,

Om det skulle anses vara en fördel att undvika en punktförskjutning kan fallen (efter mönstret i punkten 11) skrivas ihop på följande sätt.

1. avser en tjänst som har fullgjorts
 - mot betalning och konsumenten uttryckligen har samtyckt till att tjänsten börjar utföras och gått med på att det inte finns någon ångerrätt när tjänsten har fullgjorts, eller
 - mot endast konsumentens personuppgifter,

2 kap. 13 a §

Paragrafen reglerar bl.a. konsumentens skyldigheter när denne utövar sin ångerrätt. Varken lagtexten eller författningskommentaren berör vad som gäller när konsumenten inte iakttar sina skyldigheter. Lagrådet utgår från att tanken är att avtalsrättsliga regler om kontraktsbrott får tillämpas, men vad som gäller bör klargöras i författningskommentaren.

2 kap. 14 a §

Paragrafen reglerar näringsidkarens användning av visst digitalt innehåll när konsumenten har ånkrat avtalet. Varken lagtexten eller författningskommentaren berör vad som gäller när näringsidkaren använder sådant innehåll utan rätt till det. Också här utgår Lagrådet från att tanken är att avtalsrättsliga regler om kontraktsbrott får tillämpas, men vad som gäller bör klargöras i författningskommentaren.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

I punkten 2 föreskrivs att äldre bestämmelser tillämpas på avtal som har ingåtts före ikraftträdandet. Detta kan emellertid inte antas gälla för näringsidkarens informationsskyldighet beträffande avtal som har ingåtts efter ikraftträdandet, när näringsidkaren före ikraftträdandet har fullgjort sin informationsskyldighet rörande det förestående avtalet i enlighet med äldre bestämmelser men informationen inte uppfyller kraven enligt de nya bestämmelserna. Ett undantag för denna situation skulle kunna formuleras enligt följande.

Äldre bestämmelser gäller för avtal som har ingåtts före ikraftträdandet. Även om avtalet har ingåtts efter ikraftträdandet gäller äldre bestämmelser för information som näringsidkaren till grund för avtalet har lämnat före ikraftträdandet.

Brytpunkten enligt den andra meningen knyts till den information som har lämnats. Det bör då också innefatta att vid det naturliga informationstillfället ingen information har lämnats av det skälet att det enligt de då tillämpliga äldre bestämmelserna inte fanns någon informationsskyldighet.

Förslaget till lag om ändring i marknadsföringslagen

Allmänt

Mycket av det som Lagrådet har anfört i anslutning till avtalsvillkorslagen är relevant också för marknadsföringslagen. Det gäller bl.a. de synpunkter som Lagrådet har anlagt på 9 c § rörande den fakultativa utformningen av sanktionsordningen. I detta lagstiftningsärende skiljer sig dock situationerna beträffande de två lagarna åt på det sättet, att i fråga om avtalsvillkorslagen handlar det om att introducera ett sanktionssystem medan det beträffande marknadsföringslagen rör sig om ändringar i ett befintligt sanktionssystem.

I det som Lagrådet har anfört i anslutning till avtalsvillkorslagen ligger att det i och för sig befogade intresset av likheter mellan närliggande regelsystemen inte bör leda till att onöjaktigheter i ett befintligt system förs över till ett nytt. Samtidigt får det godtas att det inte i ett lagstiftningsärende som detta finns något egentligt utrymme för att förbättra befintlig reglering ens i de paragrafer där direktivpåbudna ändringar görs. Lagrådet begränsar sina synpunkter därefter.

Beträffande de enskilda paragraferna har Lagrådet följande synpunkter.

12 §

I författningskommentar bör påpekas att punkten 2 i första stycket har fått en vidare omfattning genom den nya paragrafen 7 a i prisinformationslagen.

29 §

Beträffande bilaga I till direktiv 2005/29/EG finns det anledning att understryka, att nya bestämmelser i bilagan inte får läggas till grund för marknadsstörrningsavgift utan att ha införlivats med den svenska rättsordningen. För att regeringen ska få göra det genom en författningsföreskrift måste det finnas stöd i lag. Lagrådet kan inte se att något sådant stöd finns.

30 §

Här gör sig delvis samma synpunkter gällande som beträffande 9 e § avtalsvillkorslagen.

31 §

Här gör sig samma synpunkter gällande som beträffande 9 f § avtalsvillkorslagen.

De överträdelser som kan resultera i marknadsstörningsavgift kan vara såväl momentana som perdurerande. Det väcker frågan om lagtexten bör formuleras med uttryckligt sikte på även momentana överträdelser. Så har inte skett beträffande preskriptionsbestämmelsen i 34 § andra stycket och det finns då ingen anledning att göra det heller i denna bestämmelse. Mot den bakgrunden bör det första stycket och den första meningen i det andra stycket i bestämmelsen formuleras enligt följande.

Marknadsstörningsavgiften ska fastställas till lägst tio tusen kronor och högst fyra procent av näringsidkarens omsättning räkenskapsåret före det att överträdelserna upphörde eller när näringsidkaren delgavs stämningsansökan, om den inte har upphört dessförinnan.

Om uppgifter om årsomsättningen saknas eller är bristfälliga, får årsomsättningen uppskattas.

32 §

Här gör sig samma synpunkter gällande som beträffande 9 g § avtalsvillkorlagen.

Övrigt lagförslag

Lagrådet lämnar förslaget utan erinran.