

Marigó Oulis

Konsumtion och konsumenträtt – en utomståendes betraktelse

1 Inledning

Mycket har skrivits om EU:s konsumenträtt. Den sägs ha smugits in i EU-samarbetet eftersom den inte var förutsatt från början,¹ men ska nu utgöra en del av det viktigaste samarbetet inom EU.² Konsumenträtten har sin egen bestämmelse i artikel 169 (även om den nästan aldrig används).³ Konsumenträtten är också en del av nationell rätt för att skydda konsumenter.

Vi har en *New Deal for Consumers*⁴ som resulterat i ett meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet med titeln: ”*Ny strategi för konsumentpolitiken En hållbar återhämtning genom stärkt konsumentresiliens.*”⁵

Det produceras kort och gott mängder med texter om hållbarhet och konsumenter. Frågan är vad som händer om vi backar bandet lite, och

¹ Schütze, Robert; *European Union Law*, Oxford University Press, 3 ed, 2021, s. 819 ff., Weatherill, Stephen, *Consumer Policy in The Evolution of EU Law* edited by Craig and de Burca (*Consumer Policy*), s. 874. Kotsios, Andreas; *Paying with Data: A Study on EU Consumer Law and the Protection of Personal Data (Paying with data)*, 2022, s. 108 ff.

² Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 874.

³ Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 874.

⁴ COM(2018) 183 final.

⁵ COM(2020) 696 final. Denna nya strategi omfattar fem prioriterade områden, nämligen ”(1) den gröna omställningen, (2) den digitala omställningen, (3) möjlighet till gottgörelse och upprätthållande av konsumenträttigheter, (4) vissa konsumentgruppers särskilda behov, och (5) internationellt samarbete.” Vad betyder egentligen ”konsumentresiliens”? Det är oklart, ordet förekommer endast två gånger (i två rubriker) i kommissionens meddelande.

istället tar utgångspunkten i det (bl.a.) Duncan Kennedy kallar för "the Social".⁶ Hur ter sig konsumenträtten för en betraktare som inte är på insidan av EU-rätten? Ur mitt perspektiv förefaller det som att EU lyckats reglera fram en ny marknad – en marknad av konsumenter. Hur denna marknad av konsumenter svarar mot EU:s resiliens- och hållbarhetsmål ska kanske låtas vara osagt.

2 Att vara eller inte vara konsument

Första gången som konsumenten definierades i svensk rätt var i samband med tillkomsten av lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.⁷ Lagen bygger på direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal (93/13/EEG). Före tillkomsten av denna lag var *konsumenten* som begrepp inte definierad i svensk lagtext. En konsument är numera definierad som "en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet."

I de konsumentskyddande regleringar som fanns före år 1995 så hade den svenska lagstiftaren istället för en definition av begreppet konsument gjort ett tillägg av innebörden att den aktuella konsumentlagen endast gällde om konsumenten handlade huvudsakligen för enskilda ändamål.⁸ Även om en definition av att vara konsument funnits i svensk rätt sedan år 1995 dröjde det till år 2002 innan konsumentköplagen också erhöll denna definition av begreppet konsument. Konsumentköplagen förändrades eftersom "direktiv (1999/44/EG) om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (konsumentköpsdirektivet)"⁹ skulle genomföras. Definitionen av begreppet konsument (och orsaken till införandet av en definition) i svenska lagregleringar härstammar alltså från EU.

⁶ Jag utgår här från Duncan Kennedys uppsats, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*, The new law and economic development: a critical appraisal (red. Trubek och Santos), Cambridge, Massachusetts, 2006, s. 19–73, (*Three Globalizations*), se exempelvis s. 20 för en definition av "the Social", se vidare nedan.

⁷ Prop. 1994/95:17, s. 30 ff.

⁸ Se exempelvis 1 § konsumentköplagen (1973:877), 1 § konsumentköplagen (1990:932) före förändringarna år 2002, 1 § lag (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden samt prop. 1994/95:17, s. 31. Samtliga i denna not nämnda lagar är numera upphävda. Se även prop. 2001/02:134, s. 25 ff.

⁹ Prop. 2001/02:134, s. 1.

Fram till införandet av en definition av begreppet konsument så var konsument något en person blev (blir) i relation till en näringsidkare. Att vara konsument var inte något som kunde sägas utgöra en "identitet". Istället var konsumenten i (nationell) svensk rätt en "rättslig position/roll" av relativ underordning, som alla fysiska personer kunde hamna i när motparten var en näringsidkare, som alltså är i något hänseende överordnad – det rörde sig helt enkelt om något relationellt.

Eftersom lagregleringen för konsumenter typiskt sett är tvingande till konsumentens fördel så är det inte möjligt att ta sig ur den rättsliga positionen *konsument* (eller konsumentskyddet som uppstår vid en relation mellan en konsument och en näringsidkare) för en fysisk person.¹⁰

Eftersom närmare 100 procent av EU:s medborgare potentiellt kan betraktas som konsumenter (eller framtida konsumenter) från tid till annan,¹¹ t.ex. när de köper sin middagsmat, så diskuteras inte sällan konsumentrollen som en majoritetsposition.¹² Det kan också noteras att denna majoritets "konsumtion genererar 54 procent av EU:s BNP"¹³ och att en hälsosam konsumtionsmiljö ansetts vara en avgörande faktor för ekonomisk tillväxt.¹⁴ Europas konsumenter är alltså viktiga för den gemensamma marknaden och för ekonomin i EU.

År 1989 skriver Wilhelmsson om olika rationaliteter i rätten.¹⁵ Han menar att ett äldre sätt att tänka på rätten och hur den organiserar sig byggde på individen utan särskilt utmärkande individualitet. Beskrivningen är inte helt olik Kennedys beskrivning av "Classical Legal Thought."¹⁶ Inom Classical Legal Thought var de utmärkande dragen frihet och vilja. "Numera", dvs. runt år 1989, menar dock Wilhelmsson att man kommit att tänka mer i termer av *sociale roller*. De här rollerna kan vara av olika slag, det kan till exempel röra sig om arbetsgivar-/arbets-

¹⁰ Se exempelvis 1 kap. 10 § konsumentköplagen (2022:260). Att en konsument kan efterge sina av lag följande rättigheter när de väl aktualiserats är en annan sak.

¹¹ Förutsatt att rättshandlingsförmåga föreligger.

¹² Denna majoritetsposition förefaller också förstärkas av att definitionen av en konsument inte längre kräver en näringsidkare.

¹³ COM(2020) 696 final, s. 2.

¹⁴ COM(2018) 183 final, p. 1.1.

¹⁵ Wilhelmsson, Thomas; *Need Rationality in Private Law?*, Scandinavian Studies in Law, 33, 1989, s. 221–236, ("Need Rationality in Private Law?"), s. 225 ff.

¹⁶ Kennedy, Duncan, *Three Globalizations*, s. 21 samt Kennedy, Duncan; *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, Washington, 2006, passim men särskilt kapitel 4, s. 157 ff.

tagarrollen, eller att någon är patient. Vad det handlar om är helt enkelt att subjektet inte endast är ett subjekt utan också något mer, man intar en ställning, varmed följer en viss rollbeskrivning – man är till exempel konsument. Med detta perspektiv följer att normerna gärna kopplas till ett rättssubjekts roll i samhället. Vilken roll man som subjekt träder in i är därmed, enligt Wilhelmsson, inte oviktigt, och rollbeskrivningen kan motivera särskilda regler.

”Person-related norms are often introduced in the legal system with the aim of protecting the ‘weaker party’ in a legal relation.”¹⁷

Redan rollen som konsument indikerar alltså med detta synsätt en viktig *funktion* på marknaden – en funktion som måste skyddas. Problemet enligt Wilhelmsson är att alla fysiska personer kan vara konsumenter och att det därmed inte riktigt går att tala om att det rör sig om en person-orienterad roll i en rättslig relation.¹⁸ Regeln tar inte sikte på personer (enskilda subjekt), eftersom frågan om styrkepositionen och marknads-hänsynen med detta synsätt ligger inbyggd i själva definitionen av vad en konsument i rättsligt hänseende är.

Vid införandet av definitionen av (det fristående) begreppet konsument, som i Sverige inleddes år 1994, diskuterades inte konsekvenserna av att begreppet konsument kom att frikopplas från relationen till näringsidkaren.¹⁹ Det relevanta fram till år 1994, eller år 2002 när definitionen infördes i konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen, var *när* konsumentskyddet skulle inträda, alltså när den konsumentskyddande lagen kom att bli tillämplig. Ur lagregleringarna före införandet av definitionen av begreppet framgår att hela konsumentkonstruktionen är beroende av en näringsidkare, och att lagen blir tillämplig i relationen konsument–näringsidkare. Denna relation och tillämpligheten återspeglas numera i konsumentköplagens 1 kap. 1 § och 3 §.

Ur mitt perspektiv framstår det som överflödigt med en definition av vad en konsument är utan att konsumentlagarna för den saken skulle bli tillämpliga. Möjligt är det ett utslag av tiden, men mer om det nedan.

¹⁷ Wilhelmsson, Thomas; *Need Rationality in Private Law?*, s. 226.

¹⁸ Wilhelmsson, Thomas; *Need Rationality in Private Law?*, s. 226 ff.

¹⁹ Frågan nämns över huvud taget inte i prop. 2001/02:134 eller i Ds 2001:55 innan definitionen infördes i konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen. Inte heller i prop. 1994/95:17 diskuteras frågan.

Att rätten ordnas enligt rättsliga positioneringar eller funktioner är något som Duncan Kennedy menar är utmärkande för det han kallar den tredje globaliseringen: "Policy Analysis, Neoformalism, and Adjudication". Det är under den tredje globaliseringen som *rollen* blir en *identitet* enligt Kennedy.

"The identity/rights complex, as a template for thinking about a vast range of legal issues, seems foreshadowed in the United States by the post-WWII alliance of elite WASPs, Jews, and blacks in the construction of the category of ethnicity, linking the evils of the Holocaust to those of racism in the United States as illegal discrimination. U.S. second-wave feminism is responsible for the abstraction and generalization of the category by transforming it into 'identity'. And it is familiar since de Toqueville that United Statesians tend toward juristocracy."²⁰

Den här sammanblandningen av roll (konsument blir man i relation till en näringsidkare) och identitet (begreppet konsument vilket är något man är) kanske också kan förklara den glidning som uppstått i en av de mest använda svenska läroböckerna i allmän avtalsrätt.²¹ Ursprungligen föreföll ingenting speciellt stå i läroboken om de rättsliga positioner som parter vilka kan ingå avtal med varandra intar.²² Vad det handlade om var att lära studenter något om rättshandlingar och rättshandlingsförmåga, anbud och acceptmodellen och hur avtal blev ogiltiga. I den trettonde upplagan från år 2011 hände dock något med rollbeskrivningarna. Då konstateras att avtal kan "ingås mellan privatpersoner (C2C-relationer), mellan privatpersoner (konsumenter) och företag (B2C-relationer), mellan företag (B2B-relationer) [...]"²³ Redan här skulle man kunna ifrågasätta att den från ekonomisk teori hämtade förkortningen C2C används för privatpersoner. Det går också att fråga sig varför privatpersoner inom parentes definieras som konsumenter, men det konstateras alltså i läroboken att avtalet ingås mellan privatpersoner.

I den fjortonde upplagan av läroboken från år 2016 har påståendet om de rättsliga relationerna emellertid utvecklats. Då konstateras det att avtal kan "ingås mellan två konsumenter, populärt förkortat till C2C (consu-

²⁰ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, p. 68.

²¹ Adlercreutz, Axel; Avtalsrätt I. Om det nu är en sammanblandning, det kanske är avsiktligt.

²² Adlercreutz, Axel; Avtalsrätt I, se inledningen till exempelvis 12 u, eller 11 u.

²³ Adlercreutz, Axel; Gorton, Lars; Avtalsrätt I, 13 u, 2011, s. 17.

mer to consumer), mellan två näringsidkare, B2B (business to business), mellan en näringsidkare och en konsument, B2C (business to consumer) [...]”²⁴ Detta är sant och missvisande på samma gång, åtminstone ur ett svenskt perspektiv.²⁵ Givet definitionen av konsumenten som numera har tagit över de svenska konsumentlagarna,²⁶ så är det mycket riktigt så att det är möjligt för två konsumenter att sluta avtal. Rimligtvis borde nästan alla avtal mellan två fysiska personer utgöra ett avtal mellan två konsumenter eftersom definitionen av en konsument är någon ”som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet.” På så vis är det sant att två konsumenter kan sluta avtal med varandra. Men det är missvisande i så måtto att det inte förefaller följa några konsekvenser av detta konstaterande.²⁷ De svenska (nationella) konsumentlagarna blir inte tillämpliga bara för att två konsumenter sluter avtal med varandra.²⁸

Konsumentskyddet som följer av konsumentlagarna är alltså beroende av den (relationella) roll som en fysisk person intar i relation till en näringsidkare. Två konsumenter kan därför inte ingå avtal med varandra och få till några konsekvenser av konsumentidentiteten, eftersom konsu-

²⁴ Adlercreutz, Axel; Gorton, Lars; Lindell-Frantz, Eva; Avtalsrätt I, 14 u, 2016, s. 18.

²⁵ Enligt svensk civilrätt. Annorlunda i andra jurisdiktioner, men nu återfinns inte uttalandet i ett komparativt avsnitt utan i inledningen till boken.

²⁶ Konsumenttjänstlagen ändrades samtidigt som konsumentköplagen år 2002 eftersom lagstiftaren ansåg att lagarna borde överensstämma. Konsumentkreditlagen från år 2010 innehåller även den definitionen av begreppet konsument.

²⁷ Eller gör det det? Har vi möjligen infört avtalsprincipen för att erhålla sakrättsligt skydd, jfr 8 kap. 7 § konsumentköplagen, i alla fall utom de då två näringsidkare sluter avtal med varandra? Har vi justerat påföljdskatalogen och reklameringsfristens längd så snart det inte är två näringsidkare som sluter avtal med varandra? Konsumentköplagens *skydd* är visserligen inte tillämpligt annat än i relationen med näringsidkaren, se 1 kap. 1 § konsumentköplagen, men vad är egentligen ett skydd? Ska vi särskilja de delar av konsumentlagarna som kan anses utgöra ett *skydd* från de delar som inte i sig är *skyddande* och tillämpa de senare? Varför behöver vi veta om att vi är konsumenter om det inte finns någon rättslig följd av detta begrepp? Logiskt sett borde det alltså följa någon rättslig konsekvens av att uppfylla lagens definition av att vara en konsument. För en bra diskussion om vad begreppet *skydd* kan tänkas innebära, se Kotsios, Andreas; Paying with data, s. 105 ff., se särskilt s. 107 där Kotsios skriver ”A massive consumption society derived as a consequence of massive production [...] it was in fact liberal ideas and capitalist governments that first started to be concerned about this and saw this fairly new identity in the citizens and therefore created the first pieces of legislation aimed at protecting this new identity – the consumer.”

²⁸ Inte heller är det så 36 § AvtL är uppbyggd. Den är tänkt att skydda en svagare part.

mentskyddet endast uppstår i relationen till en näringsidkare, alltså på en marknad, jfr 1 kap. 3 § konsumentköplagen.

Förändringarna i läroboken indikerar dock att den funktionella marknadsaktören konsument möjligen har blivit något av en identitet och mindre av en roll (med Wilhelmssons ord ovan).

3 The Social

”The study of law and development began with a particular positioning of its two terms ‘law’ in relation to ‘development.’ The question was how legal reform might contribute to the takeoff into self-sustaining growth in the Cold War, postcolonial Third World of the 1960s.”²⁹

Så inleder Duncan Kennedy artikeln *Three Globalizations*. Duncan Kennedy tänker sig att det finns tre perioder av tänkande i västvärlden när det kommer till hur västvärlden har tagit sig an juridik.³⁰ Han kallar den första av sina tre perioder för ”Classical Legal Thought” och den pågår enligt Kennedy mellan år 1850 och år 1914. Nästa period kallar Kennedy för ”the Social” och den perioden pågår mellan år 1900 och år 1968. Den tredje perioden, som redan nämnts ovan, kallar Kennedy för ”Policy Analysis, Neoformalism, and Adjudication” och den pågår mellan år 1945 och år 2000. Även om årtalen är väldigt specifikt angivna, är årtalen trots allt inte huggna i sten utan ungefärliga. Därtill menar Kennedy att perioderna, som synes, till viss del överlappar.

Perioden mellan år 1900 och år 1968 var enligt Kennedy socialt orienterad. Den sociala orienteringen var ett resultat av ett ökat intresse bland politiska partier för ekonomiskt svagare aktörer, i synnerhet för bönder och arbetare.³¹

Den ideologiska grunden till att ett parti lyfte fram sociala aspekter varierade och kunde bero såväl på religion som på socialdemokrati. Däremot, menar Kennedy, ledde vare sig kommunism eller klassisk liberalism till en politik som var socialt orienterad.³² Från år 1945 och framåt

²⁹ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 19.

³⁰ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, se exempelvis s. 21.

³¹ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 20.

³² Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 22, s. 39. Kennedy skriver att “[...] the Social people were anti-Marxist, just as much as they were antilaissez-faire. Their goal was to save liberalism from itself.”, Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 38.

så fanns visserligen "the Social" som en strömning men samtidigt utvecklades den nya, tredje, globaliseringen "Policy Analysis, Neoformalism, and Adjudication." Denna tredje globalisering pågick enligt Kennedy från år 1945 till år 2000 och löper alltså parallellt med "the Social" under ca 20 års tid.

Den tredje globaliseringens utmärkande drag byggde, enligt Kennedy, på internationella organisationer såsom EU, NAFTA, WTO och på strukturell analys. "The Social" byggde på harmoni och en kollektiv strävan, mot största möjliga sociala välfärd för såväl så många individer som möjligt, som för samhället i stort. Detta var dock inte alls ett framträdande drag i den tredje globaliseringen. Strävan efter någon form av harmoni under "the Social" kom sig av att man betraktade alla delar av det moderna livet som beroende av varandra. Det kom sig också av att syftemålet var mesta möjliga välfärd för de många.³³ Det var också konsekvensen av detta synsätt som ledde till att "the Social" på den politiska skalan kunde befinna sig både till höger, genom exempelvis kristen ideologi, och till vänster, i form av exempelvis socialdemokrati.

"The social people included the dominant anticommunist and antifascist intellectual currents of the inter-War period, with the agenda, as I mentioned above, of saving liberalism from itself."³⁴

Under den period som "the Social" dominerade västerlandets tänkande blev enligt Kennedy tanken om att näringsidkare borde behandla konsumenter på ett etiskt sätt en integrerad del av rätten.³⁵ Möjligen kan man också sträcka sig så långt att man kan påstå att det var under denna period som "konsumenten" föddes i Sverige.³⁶ I Sverige var 1905 års köplag tillämplig på alla typer av köp fram till år 1973 då konsumentköplagen kom. Den skillnad som gjordes i 1905 års köplag var mellan handelsköp och civila köp (alltså köp mellan handelsmän och personer som inte båda var handelsmän). Denna distinktion var ett sätt att fänga upp vad som kunde förväntas av såväl fysiska som juridiska personer i några av

³³ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 42.

³⁴ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 60 f.

³⁵ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 22, s. 50.

³⁶ Den första svenska konsumentköplagen kom exempelvis år 1973, men utreddes givetvis dessförinnan. Från år 1971 gällde lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden fram till år 1995, då dagens lag trädde i kraft (1994:1512). Se även Wilhelmsson, Thomas; *Need Rationality in Private Law?*, s. 226.

de roller i vilka de kunde uppträda på marknaden. Till detta kom avtalslagens ogiltighetsreglering som skyddar svagare parter från ett otillbörligt utnyttjande. Den senare regleringen byggde, och bygger, emellertid i högre grad på en individuell bedömning än på rollen eller identiteten *konsument*.³⁷

4 Konsumenten som identitet och som handelsvara

Som nämndes inledningsvis utgjorde inte konsumenträtten något fokusområde vid EU:s födelse. Den gemensamma marknaden som skapades genom EU ansågs vara tillräcklig för att förbättra konsumenternas situation. Det centrala var att verka för europeisk integration, även om uppnådd sådan kunde komma att gynna konsumenterna: "[...] integration through law was itself a form of consumer policy."³⁸ På det sättet

³⁷ Här kan det vara av intresse att stanna till och fundera på vad det innebär att de förändringar som förespråkas i Mattei, Ugo; *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, 10 *European Law Journal* 653 (2004). Tillgänglig på: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1149 ("Social Justice in European Contract Law A Manifesto"), inte tar sikte på konsumenträttigheter utan på "allmän" kontraktsrätt. Det var alltså inte genom konsumenträttigheterna som social rättvisa skulle uppnås i Europa utan genom "allmänna regler" på kontraktsrättens område. "Initiatives with respect to private law fit into the increasing emancipation of the European Union from a limited focus on an Internal Market towards becoming a political entity with its own constitution.", se Mattei, Ugo; *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, s. 657. Den Common Frame of Reference som där lyftes fram, resulterade i DCFR. Se för en analys av användningen av DCFR i svensk rätt mellan år 2008 och år 2016 Samuelsson, Joel; *Europarätten – 20 år i Sverige*, i de lege 2015. Håstad, Torgny har skrivit så här om DCFR:s användning i svenska domstolar: "[...] disputing parties must be aware that the Supreme Court is familiar with DCFR and may be inspired by its solutions. Therefore, as such, parties ought to deliberate whether there are arguments to present regarding why the Supreme Court should not apply the same solution in the dispute", Håstad, Torgny; "DCFR Rules in the Swedish Supreme Court" i *The Nordic Contracts Act Essays in Celebration of Its One Hundredth Anniversary*, s. 184. Det kan också noteras att EU-projektet Common European Sales Law slutligen återkallades av EU år 2019 efter att ha lagts i byrålådan redan år 2014.

³⁸ Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 874. Se på samma tema Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 819.

kan man säga att "consumer policy"³⁹ först kanske inte syntes så mycket i EU-bygget men mer eller mindre redan från början funnits implicit, i själva den handels- och marknadsrätt som utgjort primära och explicita mål. Att dessa konsumenter också skulle upprätthålla⁴⁰ *sin identitet, konsument, på ett hållbart sätt var knappast del av marknadsrätten, det kan åtminstone ifrågasättas.*

Ett exempel på denna underförstådda men alltjämt allomfattande och närvarande konsumentpolicy finns (exempelvis) i den välkända Cassis de Dijondomen.⁴¹ Fallet gällde tyska regler om alkohol, där det krävdes en viss alkoholhalt för att försäljning skulle få ske. Den franska drycken Cassis de Dijon höll emellertid för låg alkoholhalt för att de tyska reglerna skulle medge försäljning i Tyskland.⁴² Det här gick inte för sig enligt EU-domstolen. Den tyska regeln betraktades som ett handelshinder som motverkade den fria rörligheten. Målet kom under den första delen av den period som Kennedy kallar för den tredje globaliseringen (år 1968–2000).

EU-domstolen har sedan sjuttioalet sett till att alla *konsumenter* i EU kan förvänta sig ett visst konkret förhållningssätt från näringsidkarna i EU.⁴³ Utöver att drycker med låg alkoholhalt får säljas inom hela EU har EU-domstolen också lagt sig i användandet av trailers,⁴⁴ och av jet-skis⁴⁵ och att öl inte behöver nå upp till några specifika renhetslagar.⁴⁶ EU-domstolen har även sett till att man inom EU inte får förbjuda näringsidkare att kräva in kontokortsinformation vid distansköp innan

³⁹ Även här kan man fråga sig, vad är det vi talar om – "konsumentpolicy", "konsumenträtt", eller "konsumentskydd"? En "New Deal" för konsumenter och en "Ny strategi för konsumentpolitiken En hållbar återhämtning genom stärkt konsumentresiliens". Notera även att Duncan Kennedy menar att just policy är utmärkande för den tredje globaliseringen.

⁴⁰ Vilket ord ska man välja här? Hur beskriver man identiteten, inte skapandet av den samma utan levandet, det aktiva, och passiva, varandet?

⁴¹ Mål 120/78 EU:C:1979:42.

⁴² Se vidare om målet exempelvis i Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 877 eller Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 17, 529 ff.

⁴³ Väl medveten om att jag nu kommer att blanda flera olika typer av EU-regleringar och skydd för olika storheter.

⁴⁴ Case C-110/05, *Commission v. Italy (Italian Trailers)*, Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 534 f.

⁴⁵ Case C-142/05, *Åklagaren v. Mikelsson and Roos*, Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 535 f.

⁴⁶ Case 178/84, *Commission v. Germany (Beer Purity)*, Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 546 f.

ångerfristen har löpt ut.⁴⁷ Bevekelsegrunderna och kopplingen till fördraget har varierat över tid, det har rört sig om att främja fri rörelse av varor, fri rörelse av kapital, varumärkesrätt, marknadsrätt i allmänhet, men grunden har som alltid varit att någon diskriminering inte får ske av *näringsidkare* i andra länder. Allt till konsumenternas fromma så att fortsatt (hållbar?) konsumtion inte ska hämmas.

”The Court, in adjudicating on the validity of the measure, must balance the interests of the consumers who are thought (by national authorities) to need protection and the wider group of consumers who stand to benefit from deregulation.”⁴⁸

För en utomstående betraktare så förefaller alltså konsumenträtt från ett EU-perspektiv vara ett medel för att främja *policy* och för att förstärka valmöjligheten för konsumenter. EU-domstolen har emellertid inte arbetat ensamma. Som nämnts tidigare hade ett antal konsumentregleringar antagits tidigt i EU:s (då EG:s) historia. Inledningsvis utgjorde regleringen från EU en minimireglering, runt millennieskiftet skedde dock en förändring.⁴⁹

Enligt Robert Schütze har det konsumentskydd som antagits under artikel 169 i EU-fördraget lett till en minimireglering (minimiharmonisering) vilket skiljer sig från det konsumentskydd som antagits under artikel 114 i EU-fördraget.⁵⁰ Reglering antagen under artikel 114 i EU-fördraget, vilket utgör majoriteten av de konsumentskyddande regleringarna, kan utgöra såväl en minimireglering som en fullständig harmonisering av rätten. Med stöd av den uttryckliga konsumentbestämmelsen i artikel 169 i EU-fördraget kan alltså endast *ett golv* för konsumentskyddet skapas. När däremot artikel 114 i EU-fördraget används som grund för harmoniseringen och valet faller på en fullharmonisering så skapas i realiteten även ett tak för konsumentskyddet. Runt millennieskiftet byter kommissionen alltså, som nämnts ovan, strategi från minimiregleringar där medlemsstaterna kunde ha en högre nivå för konsumentskyddet, till maximiregleringar.⁵¹

⁴⁷ Case C-205/07, *Gysbrechts and Santurel Inter*, Schütze, Robert; European Union Law, s. 538 f.

⁴⁸ Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 877 f. ”The Court” avser här EU-domstolen.

⁴⁹ Se exempelvis Kotsios, Andreas; *Paying with Data*, s. 111 med hänvisningar.

⁵⁰ Schütze, Robert; European Union Law, s. 820.

⁵¹ Kotsios, Andreas; *Paying with Data*, s. 111 f., s. 114 ff.

Den tredje globaliseringen⁵² utmärks enligt Kennedy av konstitutionalisering (innebärandes att företeelser blir föremål för den konstitutionella rätten), federalism,⁵³ domaren, neoformalism och balanserandet av motstående intressen.

”The European Court of Justice is neoformalist in its interpretation of the canonical ‘freedoms’ of movement of goods and persons in a ‘single market’ in part, as is widely recognized, in order to drape its legislative power in the cloak of legal necessity.”⁵⁴

Över lag så har EU-domstolen och kommissionen, alltsedan Cassis de Dijon-målet, verkat för att strömlinjeforma konsumentmarknaden i EU.⁵⁵ Tanken har hela tiden varit att en fungerande inre marknad skulle leda till fördelar för konsumenter.

Genom lagstiftningsarbetet inom EU och genom EU-domstolens arbete har såväl ett golv för det skydd som näringsidkare måste tillhandahålla konsumenter, som konturerna av ett tak för vad konsumenter kan förvänta sig av näringsidkare utkristalliserat sig. Det är ju den andra sidan av myntet.

Med både ett golv och ett tak för vad konsumenter kan förvänta sig av näringsidkare inom EU, så har en uthållig, förutsebar och, inte minst,

⁵² Den tredje globaliseringen tar slut runt år 2000 och någon analys av en fjärde globalisering finns inte av Duncan Kennedy. Däremot har han målat upp en bild av samtiden i Kennedy, Duncan, *Authoritarian Constitutionalism in Liberal Democracies* (August 18, 2018). I Alviar, Helena & Frankenberg, Gunter (red.); *Authoritarian Constitutionalism*, London, (2019) Edward Elgar. Tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3233071>.

⁵³ Jfr beskrivningen av EU:s konstitutionella natur i Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 41 ff., se särskilt s. 42 ”The European Union is indeed best understood as a ‘Federation of States’.” Därpå följer en mycket ingående analys av EU:s konstitutionella karaktäristika och, mer ovanligt, ett på allvartagande av vad institutionerna själva har att säga om sin verksamhet. Ett exempel finns på s. 54 där Schütze skriver ”First, in contrast to ordinary international treaties, the European Court of Justice has insisted on the ‘non-contractual’ nature of European law [...]. Second, the European Court of Justice has established the direct applicability and primacy of Union Law over all national law.” Se även a.a.s. 540 ff., samt s. 545.

⁵⁴ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 69.

⁵⁵ Här har man använt flera olika artiklar i fördraget men väldigt sällan art. 169 som uttryckligen reglerar konsumenträtt, se om detta exempelvis, Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 820, Garben, Sacha; Title XV Consumer Protection, Article 169 TFEU in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights* Edited by Kellerbauer, Manuel; Klamert, Marcus and Tomkin, Jonathan, Oxford University Press, 2019, s. 1458 ff.

stor marknad av konsumenter vecklat ut sig. Riskerna för näringsidkare har på ett effektivt sätt minimerats av EU eftersom det är förutsebart vad en "EU-konsument" kan ha rätt att kräva av näringsidkaren.

När det endast var en *roll* att vara konsument, dvs. när "konsumenten" uppstod i relation till näringsidkaren så var konsumentrollen något som konsumenter och näringsidkare gemensamt skapade vid konsumtions-tillfället. Men när det snarare är en *identitet* att vara konsument, det är helt enkelt något som man alltid är om man uppfyller definitionen av begreppet konsument, så går konsumenten att likna vid en handelsvara.⁵⁶ När näringsidkaren inte är nödvändig för konsumenternas existens så är konsumenten, för att låna från sakrätten, individuellt bestämd och identifierbar i sig själv.⁵⁷ Konsumenten som handelsvara är därtill både stabil och hållbar över tid. Genom att konsumenten har omvandlats från något relationellt till identitet (vilket skedde senare i Sverige än i andra delar av EU) så skulle man även kunna betrakta konsumenterna som en marknad.⁵⁸ Genom bl.a. EU-domstolens försorg skulle man också kunna tänka sig att marknaden har strömlinjeformats. Den "skyddsnivå"⁵⁹ som näringsidkare måste tillhandahålla är relativt tydlig. Det rör sig inte om individuella krav, utan om att handeln med varan (för att vara drastisk) konsumenter har blivit (mer) homogen. På detta sätt har konsumentmarknaden, marknaden av konsumenter, breddats och vuxit och den

⁵⁶ Se för diskussion om identitet och skapandet därav Husz, Orsi; Identitetsekonomi, (*Identitetsekonomi*), i RJ 2022 Årsbok, Efter digitaliseringen, 2022, s. 10 ff., s. 46 f. Fritt nedladdningsbar här: <https://www.rj.se/Var-organisation/strategi/samverkan-och-forskningskommunikation/arsbocker/efter-digitaliseringen/>. 2022-11-15. Husz skriver: "Det sätt som den officiella frågan 'vem är du' ställs på påverkar och påverkas i sin tur av hur människor tänker kring frågor som 'vem är jag', 'vilka är vi', 'vilka är de'." A.a.s. 10, not utesluten. Jfr även på ett parallellt tema Sjöblom, Alf; Trygghet som handelsvara: Privat folkförsäkring i det framväxande välfärdssamhället 1900–1950, Stockholms universitet, 2016, s. 333 ff. Fritt nedladdningsbar här: Trygghet som handelsvara: Privat folkförsäkring i det framväxande välfärdssamhället 1900–1950 (diva-portal.org). 2022-11-15.

⁵⁷ Även om steget till sakrätten kan förefalla långt så är det den disciplin i civilrätten som kommer så nära engelskans "property", egendomsrätt, som det går i svensk civilrätt. Om vi nu betraktar konsumenten som en handelsvara så är steget till sakrättens terminologi inte lika stort. Gamla köplagen (1905) skilde därtill för sin del på specieköp (individualiserat gods) och genusköp, inte heller i köprätten är distinktionen alltså främmande.

⁵⁸ Husz, Orsi; Identitetsekonomi, s. 46 ff.

⁵⁹ Det är en annan artikel att diskutera vad ett skydd är. Huruvida EU har förbättrat skyddet för konsumenter varierar med område och EU-land (oavsett vad man nu lägger i begreppet skydd). Jag är dock tveksam till att kalla det för ett skydd. Ibland är det en försäkring för medborgarna i en viss medlemsstat.

fortsätter växa i takt med att nya EU-medborgare föds.⁶⁰ En expansion som är nödvändig för att hjulen ska fortsätta rulla och hjulen måste fortsätta rulla för att kapitalismen ska fungera.⁶¹

En konsekvens av att konsumenten omskapats från *roll* till *identitet* förefaller alltså vara att konsumenterna utgör *en egen marknad* för näringsidkare. En annan konsekvens, mer uppenbar möjligen, är att identiteten konsument förutsätter (potentiell) konsumtion. *Rollen* konsument förutsätter också konsumtion (alltså även tidigare) i så måtto att konsumenten skapas vid varje konsumtionstillfälle. Men om det är en *identitet* att vara konsument så måste (väl) konsumenten konsumera för att ”uppfylla” sin identitet. Hur är man en icke-konsumerande konsument utan att få en identitetskris?

I sin ”ny[a] strategi för konsumentpolitiken” skriver kommissionen att man kan ta intryck från miljörörelsen för att varor ska få längre livslängd. Enligt kommissionen handlar ett av huvudområdena inför framtiden om grön omställning inom EU.⁶² Ett sätt att åstadkomma denna omställning är, enligt kommissionen, genom mer information (som ska leda till mindre konsumtion?).⁶³

Oavsett vad man anser om konsumenten som handelsvara så måste det ändå konstateras att (handelsvaran) konsumenterna i EU är stadigt expanderande över tid, och hållbara. Om den juridik som reglerar denna marknad av konsumenter också leder till klimat- och miljömässig hållbarhet är inte något som är självklart. Att mer information till, den i ärlighetens namn informationsöverlastade, marknaden konsumenter

⁶⁰ Här är väl möjligen Brexit en faktor i expansionen av marknaden. Eftersom detta är en inledande betraktelse bortser jag helt enkelt helt från Brexit.

⁶¹ Streeck, Wolfgang; *How Will Capitalism End? Essays on a Failing System*, Verso (2016), s. 201 ff. Det kan även noteras att det inte var genom konsumenträtten som ledande forskare inom EU ville stärka *skyddet* för individer, eller ”the Social.” Skyddet för individer skulle istället bli starkare genom en tillnärmning av den allmänna kontraktsrätten inom EU. Det var genom en gemensam kontraktsrätt som alla, konsumenter eller inte, skulle kunna erhålla fördelarna av (motsvarigheten till) ”the Social.” Dessa projekt har dock strandat. Någon gemensam kontraktsrätt blev det emellertid inte inom EU (däremot har det blivit en hel del konsumenträtt). Mattei, Ugo; *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, s. 656 ff., 664 f.

⁶² COM(2020) 696 final, s. 6 ff. Se om det gröna, Mossberg, Oskar; Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, i denna volym. Se om förhoppningen att miljörätten kunde utgöra ett rättesnöre för social rättvisa, Mattei, Ugo; *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, s. 666.

⁶³ COM(2020) 696 final, s. 7 ff.

skulle leda till att vi når klimatmålen, måste nog trots allt förenas med ett frågetecken. Åtminstone så länge klimatmålen förutsätter att vi förnekar konsumenterna en del av deras (vår) identitet som konsumenter – att konsumera.

