

Kapatens Partners AB
Kapatens I L.P.

O: Grev Turegatan 30
A: Mailbox 650
SE-114 11 Stockholm

T: +46 8 128 253 50
E: team@kapatens.com
W: www.kapatens.com

Till
Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
fi.remissvar@regeringskansliet.se
fi.ofa.ko@regeringskansliet.se

Endast per e-post

Stockholm den 28 oktober 2022

Remissyttrande över betänkandet Skydd för konsumenters kollektiva intressen – genomförande av EU:s grupptalandirektiv (SOU 2022:42)

Dnr Fi2022/02280

Inledning

Kapatens Partners AB (Kapatens) är ett investmentbolag med fokus på tvistfinansiering eller s.k. tredjepartsfinansiering. Utredaren i 2021 års grupptalanutredning, justitierådet Cecilia Renfors, och sekreteraren, hovrättsassessorn Jenny Ludvigsson, har inom ramen för grupptalanutredningens arbete haft ett särskilt möte med undertecknade företrädare för Kapatens för att diskutera frågor om tvistfinansiering som aktualiseras med anledning av genomförandet av EU:s grupptalandirektiv. Kapatens har granskat betänkandet och inkommer med följande synpunkter.

Sammanfattning

Utredningen konstaterar att den låga nyttjandegraden av processformen grupptalan, till men för konsumenterna, har sin grund dels i att Sverige har ett opt-in-system som kräver aktiv anmälan från varje enskild gruppmedlem, dels i bristande finansiering. Utredningen presenterar emellertid inget förslag till förändring i gällande rätt i någon av de delar som utredningen själv har funnit utgör skälen till att grupptalaninstitutet inte nyttjas. Det medför att syftet med grupptalandirektivet, att uppnå en hög konsumentskyddsnivå och att förbättra konsumenters tillgång till rättslig prövning, inte kommer att uppnås.

I korthet gör Kapatens följande bedömning av de delar i betänkandet beträffande vilka Kapatens finner skäl att lämna synpunkter.

En grupptalanreglering som tillämpar automatisk grupptillhörighet (opt-out) bör snarast införas. Kapatens motsätter sig förslaget om fördelning av medel som gruppmedlemmar inte gjort anspråk på och anser att bestämmelsen bör utformas så att även en

kapatens

tredjepartsfinansiär ska kunna ta del av sådan gottgörelse. Kapatens anser att rekvisitet "otillbörlig" bör läggas till i den föreslagna bestämmelsen om att en tredjepartsfinansiär inte får påverka de processuella beslut som den godkända enheten fattar, till skada för gruppmedlemmarnas gemensamma intressen. Kapatens instämmer i förslaget om rätt för en godkänd enhet att få ut uppgifter om potentiella gruppmedlemmar. Kapatens har inte några synpunkter på betänkandet i övrigt.

Gruppens bestämning och finansiering av grupptalan

I Sverige bestäms en grupp genom att varje enskild gruppmedlem anmäler sig till gruppen (s.k. opt-in). I andra jurisdiktioner tillämpas i stället automatisk grupptillhörighet (s.k. opt-out). Det senare leder till större grupper och således större ersättningskrav än vad som annars blir fallet. En sådan ordning möjliggör nödvändig finansiering från kommersiella aktörer, vilket förstärker den enskildes rättsskydd eftersom många grupprättegångar inte kan föras i brist på finansiering. Frågan om sättet för gruppens bestämning är således nära förbunden med frågan hur grupptalan ska finansieras. Båda dessa förhållanden behandlas därför i det följande.

Utredningen konstaterar att lagstiftaren när lagen om grupprättegång infördes uppskattade att omkring 15–20 grupprättegångar skulle inledas per år i Sverige, men att det totala antalet sådana rättegångar under den tjugoförårsperiod under vilken lagen varit i kraft endast uppgår till omkring 20 stycken. Det motsvarar en rättegång per år och omkring en tjugondedel av antalet förväntade rättegångar – trots att det under denna period inträffat en mängd skandaler där konsumenter vilseletts, inte minst det s.k. Dieselgate. Det finns inga skäl att anta att antalet framtida regelöverträdelser, bl.a. i form av vilseledande marknadsföring (t.ex. s.k. greenwashing), obehörigt nyttjande av personuppgifter och konkurrensbrott m.m., skulle minska. Snarare tvärtom. Det framstår därför som angeläget att grupptalaninstitutet framdeles ska fungera på det sätt och i den utsträckning lagstiftaren avsåg för tjugo år sedan, inte minst för att undvika snedvriden konkurrens på så sätt att bolag som iakttar tillämpliga regler och ingångna avtal missgynnas i förhållande till mindre nogräknade konkurrenter när risken för kännbara påföljder för den som inte agerar på rättsenligt sätt är begränsade.

Utredningen konstaterar vidare att under den tjugoförårsperiod under vilken lagen om grupprättegång varit i kraft har det förts ett (1) (!) mål som offentlig grupptalan. Konsumentombudsmannen har med all önskvärd tydlighet helt överlämnat åt organisationer och enskilda att, i den mån de lyckas uppbringa finansiering därtill, värna konsumenternas intressen genom att väcka organisationsgrupptalan eller enskild grupptalan. Det har inte fungerat.

Utredningen identifierar endast två skäl som givit upphov till detta misslyckande för processformen och syftet att därigenom uppnå en hög konsumentskydds nivå och att förbättra konsumenters tillgång till rättslig prövning, nämligen (i) den opt-in-struktur som valdes av lagstiftaren samt (ii) svårigheten att finansiera en grupptalan. Några andra skäl till varför processformen inte har nyttjats i tillnärmelsevis den omfattning som lagstiftaren

kapatens

förutspådde och önskade har inte framkommit i utredningen. Mot den bakgrunden ter det sig naturligt att söka komma till rätta med den alltför låga nyttjandegraden genom att i första hand avhjälpa de sålunda identifierade problemen (dvs. gruppens bestämning och finansiering av talan).

Vad gäller svårigheten att finansiera en grupptalan kommer utredningen fram till att (i) begränsningar av domstolsavgifter och administrativa avgifter inte bör införas, att (ii) rätten till rättshjälp inte bör utvidgas till att omfatta godkända enheter, att (iii) införande av offentligt stöd till grupptalan i form av offentliga fonder inte bör införas, att (iv) det inte bör ges en möjlighet att begära att en gruppmedlem betalar en inträdesavgift för att delta i grupptalan, samt att (v) bestämmelserna om riskavtal i lagen om grupprättegång inte bör ändras. Utredningen föreslår alltså inte några förändringar i dessa möjligheter att helt eller delvis finansiera en grupptalan.

Den enda justering som föreslås i finansieringshänseende är i stället att det av *klargörande* skäl införs en uttrycklig bestämmelse som anger att en godkänd enhet som väcker grupptalan om åtgärder för gottgörelse, som finansieras av tredje part, får uppställa villkor som innebär att en gruppmedlem som anmäler sig till gruppen vid vinst går med på att avstå en viss andel av processutfallet till förmån för finansören (s.k. tvist- eller tredjepartsfinansiering).

Det ska härvid särskilt framhållas att utredningen konstaterar att det inte finns några regler i svensk rätt som tar sikte på hur en part i en rättegång finansierar tvisten eller anger några begränsningar i det avseendet samt att en kärande i en grupprättegång redan idag kan ingå ett avtal om finansiering med tredje man. Utredningen förklarar vidare att det inte finns något hinder mot att gruppmedlemmar enligt nu gällande rätt bidrar till en del av finansieringen genom att en del av en eventuell processvinst tas i anspråk av en finansör samt att den nya föreslagna bestämmelsen således inte innebär någon förändring i förhållande till vad som redan i dag går att avtala om.

En förutsättning för att tredjepartsfinansiering överhuvudtaget ska aktualiseras i grupptalansituationer är att kravet är av stor omfattning. För svenska tvistfinansierare torde gruppkrav som understiger omkring 30 miljoner kr inte komma i fråga för finansiering. Internationella tvistfinansierare kräver i regel betydligt högre kravbelopp för att överväga en investering. Tröskelnivån för kravbeloppen är i regel högre vid grupptalan än vid en tvistfinansiers investering i enskilda tvister, bl.a. med anledning av de kostnader som är förknippade med administration av en omfattande grupp m.m. Om den samlade gottgörelsen utgörs av ett lägre belopp måste gruppmedlemmarna – för att tvistfinansören ska säkerställa sina egna avkastningskrav – i regel frånhända sig alltför stor del av de medel som kan inflyta från svaranden för att en överenskommelse om tvistfinansiering ska framstå som attraktiv för gruppen.

Nämnda förhållanden får betydande konsekvenser för frågan om gruppens bestämning och vilka tvister som kan finansieras. Följande exempel kan illustrera detta.

kapatens

Om ett bolag gör sig skyldigt till avtalsbrott eller regelöverträdelse på så sätt att varje enskild konsument har eller kan ha ett ersättningsanspråk som uppgår till 500 kr innebär det att gruppen måste bestå av 60 000 personer som aktivt anmäler sig som gruppmedlem. Om varje enskilt ersättningsanspråk i stället skulle uppgå till 1 000 kr krävs att 30 000 personer aktivt anmäler sitt deltagande i grupprättegång. Något sådant har aldrig skett i svensk rättshistoria och kan inte heller väntas ske inom ramen för en opt-in-reglering. Om varje enskilt ersättningsanspråk, slutligen, i stället skulle uppgå till 10 000 kr krävs att 3 000 personer aktivt anmäler sitt deltagande i grupprättegång. Också sådan anmälningsnivå – som kräver ett relativt sett stort belopp som mer sällan torde aktualiseras för hela konsumentkollektiv – framstår som högre än vad som kan väntas.

För att den nya lagen ska få någon verklig effekt och uppnå syftet med direktivet krävs därför att Sverige inför en opt-out-reglering som medför att grupperna och kraven blir mer omfattande och skapar intresse från kommersiella tredjepartsfinansiärer – dvs. den enda reella möjlighet till finansiering som utredningen identifierat. I annat fall kommer svenska konsumenter även under den kommande tjugouårsperioden bli varse att möjligheten till gottgörelse – på motsvarande sätt som varit fallet under den tjugouårsperiod som lagen om grupprättegång varit i kraft – är av närmast imaginär art när de enskilda kraven uppgår till mindre belopp.

Såvitt avser frågan om gruppens bestämning anger utredningen att den finner flera goda skäl att i samband med grupptalandirektivets införlivande i svensk rätt överväga om någon form av opt-out-system bör införas i syfte att stärka det processuella rättsskyddet för konsumenter, men att det skulle kräva en ordentlig genomgång och analys av situationen på konsumentområdet och behöva inkludera samråd med organisationer som företräder konsument- och näringslivsintressen, liksom att överväganden skulle behöva göras om vilken lagteknisk lösning som skulle väljas och hur rättssäkerhetsgarantierna skulle utformas. Det anses inte ha varit möjligt att göra inom ramen för utredningen. Vilka hindren för de överväganden, samråd och åtgärder som skulle ha varit nödvändiga – men som utredningen inte vidtagit – skulle ha varit framgår inte av betänkandet.

Kapatens konstaterar i sammanhanget att utredningen har pågått i ett och ett halvt år, att regeringen till utredningen förordnade experter från såväl konsument- som näringslivsorganisationer, att utredningen letts av ett justitieråd i Högsta domstolen och att det i regeringsuppdraget ingick att i den utsträckning det var lämpligt inhämta synpunkter från berörda myndigheter, organisationer och företag. Mot den bakgrunden, och särskilt med beaktande av att utredningen själv konstaterar att någon form av opt-out-förfarande bör övervägas, är det ägnat att förvåna att så inte har skett.

Av vad som redogjorts för ovan framgår följande. Utredningen konstaterar att den låga nyttjandegraden av processformen grupptalan, till men för konsumenterna, har sin grund i att (i) Sverige har ett opt-in-system som kräver aktiv anmälan från varje enskild gruppmedlem samt (ii) bristande finansiering. Utredningen presenterar emellertid

kapatens

överhuvudtaget inget förslag till förändring i gällande rätt i någon av de delar som utredningen själv har funnit utgör skälen till att grupptalaninstitutet inte nyttjas.

Det finns dessvärre inte skäl att anta att den förhoppning om att den nya lagen ska leda till att det väcks grupptalan i fler fall som utredningen ger uttryck för kommer att infrias. Därmed uppnås inte syftet med grupptalandirektivet – dvs. att förbättra konsumenters tillgång till rättslig prövning och att uppnå en högre konsumentskyddsnivå. Den enda möjligheten till en verkligt förbättrad rätt för konsumentkollektivet och en sundare konkurrens på lika villkor i näringslivet går via införandet av en opt-out-lösning i Sverige.

Sammanfattningsvis är Kapatens bedömning att ett opt-out-system är en förutsättning för att syftet med grupptalandirektivet ska kunna uppnås i Sverige. Lagstiftaren bör därför införa en sådan möjlighet. Om så inte sker bör regeringen i vart fall snarast tillsätta en ny utredning för att skyndsamt behandla frågan.

Fördelning av medel som gruppmedlemmar inte gjort anspråk på

Beträffande frågan hur fördelning av medel som gruppmedlemmar inte gjort anspråk på ska ske konstaterar utredningen att medlemsstaterna enligt grupptalandirektivet kan fastställa regler därom samt att det finns skäl att införa sådana regler. Efter att ha avfärdat möjligheten till avsättande av medel till en fond som har till syfte att finansiera grupprättegångar anför utredningen att det endast finns tre andra alternativ beträffande hur medlen ska fördelas, nämligen att (i) fördela medlen mellan resterande gruppmedlemmar, att (ii) återbetala beloppet till svaranden eller att (iii) låta den godkända enheten behålla beloppet.

Kapatens delar inte den bedömningen. Ett ytterligare alternativ som utredningen inte tar upp är att inom ramen för en tvistfinansieringsöverenskommelse som en godkänd enhet träffar med en tredjepartsfinansiär låta sådan tredje part ta del av eventuellt överskjutande belopp som ingen berättigad gruppmedlem gör anspråk på. En sådan mekanism skulle ha prispåverkande effekt på så sätt att "basersättningen" till tvistfinansiären vid framgång kan hållas nere (dvs. de aktiva gruppmedlemmarna som gör anspråk på medlen behöver avstå en lägre del av gottgörelsen till förmån för tvistfinansiären, som i stället kan ta och bära risk beträffande hur stor andel av gruppmedlemmarna som inte gör anspråk därå), medan tvistfinansiären tar en större del av kvarvarande och icke-ianspråktagen gottgörelse. Genom en sådan möjlighet begränsas utrymmet för den enskilde konsumenten att bära frukten av vad som på engelska ibland kallas för "windfall", dvs. att den försätts i en situation som i själva verket är mer fördelaktig än vad den är berättigad till.

Att ingå en sådan lösning bör naturligtvis vara frivillig och endast ske om och när den godkända enheten anser så vara lämpligt. Såsom förslaget till lagtext är utformat i betänkandet finns det emellertid inte någon sådan möjlighet, eftersom fördelningen av medlen begränsas till att medlen ska fördelas mellan övriga gruppmedlemmar (och om beloppet understiger 100 kr tillfalla den godkända enheten). En sådan uttrycklig reglering står i själva verket i strid med det som utredningen själv framhållit som en utgångspunkt,

kapatens

nämligen att lagstiftningen inte alltför detaljerat bör reglera hur medlen ska vidarebefordras till gruppmedlemmarna och att en godkänd enhet får anses ha ett syslomannaansvar. En överenskommelse varigenom överskjutande medel tillfaller en tredjepartsfinansiär gynnar aktiva gruppmedlemmar genom att priset för finansieringen sänks för desamma. Risken att en större andel än väntat av gruppmedlemmarna faktiskt gör anspråk på medel skulle vid sådan överenskommelse bäras av tvistfinansiären, som då kan komma att få lägre ersättning – utan negativ påverkan för de aktiva medlemmarna. En sådan möjlighet bör införas i den nya lagen.

Sammanfattningsvis motsätter Kapatens sig förslaget och anser att bestämmelsen bör utformas så att även en tredjepartsfinansiär ska kunna ta del av den del av gottgörelsen som ingen berättigad gruppmedlem gör anspråk på.

Intressekonflikter vid tredjepartsfinansiering

Grupptalandirektivet innehåller särskilda bestämmelser som syftar till att förhindra intressekonflikter med anledning av tredjepartsfinansiering. Det står inte klart varför frågan om intressekonflikter fått sådan relativt framskjuten position i grupptalandirektivet såvitt avser den del som rör tredjepartsfinansiering. En intressekonflikt i egentlig bemärkelse uppstår framförallt i uppdragssituationer där en sysloman befinner sig i, eller riskerar att hamna i, en situation där vederbörande antingen har uppdrag för olika huvudmän med skilda intressen, eller att syslomannen själv har ett intresse som strider mot huvudmannens. En sådan intressekonflikt kan i praktiken sägas inträffa i den situation då en advokat som företräder en klient har mottagit ett förlikningsbud, vars accepterande vore fördelaktigt för klienten men samtidigt skulle innebära att advokatens uppdrag och därvid följande intäkter upphör.

En intressekonflikt i egentlig mening torde emellertid sällan eller aldrig uppkomma i samband med tredjepartsfinansiering av grupptalan, av det enkla skälet att tvistfinansiären inte står i något uppdragsförhållande till vare sig den godkända enheten eller gruppmedlemmarna. Tvistfinansiären ger inte rådgivning och företräder inte den godkända enheten eller gruppen och kan inte rättshandla för någonderas räkning. Dess roll i och vid grupptalan är begränsad till att tillhandahålla medel för att bekosta processen. De rättigheter och skyldigheter som åvilar tvistfinansiären regleras fullt ut genom tvistfinansieringsavtalet. En tvistfinansiär har således inte någon rätt eller möjlighet att påverka processhandlingar annat än i enlighet med vad parterna kommit överens om när de ingick tvistfinansieringsavtalet.

Detta innebär naturligtvis inte att det inte kan uppstå situationer där tvistfinansiären har en annan uppfattning än den godkända enheten eller gruppmedlemmarna såvitt avser det mest gynnsamma agerandet i processen, t.ex. i samband med antagande eller förkastande av förlikningsbud. Parterna skulle i den meningen visserligen kunna sägas ha motstridiga intressen, utan att tvistfinansiären för den sakens skull befinner sig i en intressekonflikt – eftersom den inte har någon påverkansmöjlighet annat än den kontraktuella rätt parterna förhandlat fram. Motsvarande gäller i alla affärsrelationer,

kapatens

oavsett bransch, och är ingenting som utmärker just tvistfinansiering. De farhågor som grupptalandirektivet ger uttryck för framstår mot den bakgrunden som kraftigt överdrivna.

Att det i grupptalandirektivet läggs särskild vikt vid att en grupptalan inte får finansieras av någon som är beroende av svaranden framstår som ett uttryck för bristande förståelse av hur tredjepartsfinansiering fungerar – den ledning i ett tredjepartsfinansierande bolag som beslutar om finansiering av grupptalan mot ett bolag som samma tvistfinansiär är beroende av i något hänseende torde skyndsamt få se sig om efter annan anställning.

Dessa förhållanden nämns främst av upplysande skäl och har mindre bäring på de förslag som utredningen presenterat i denna del, eftersom utredningen är satt att tillse att grupptalandirektivet så som det faktiskt kommit att utformas också implementeras. Det kan dock få viss betydelse som fond till följande synpunkt på den föreslagna utformningen av den bestämmelse som syftar till att en tredjepartsfinansiär inte får påverka de processuella beslut som den godkända enheten fattar till skada för gruppmedlemmarnas gemensamma intressen.

I förslaget till 22 § anges att en tredjepartsfinansiär inte får påverka de processuella beslut som den godkända enheten fattar, till skada för gruppmedlemmarnas gemensamma intressen. Förslaget till lagtext speglar emellertid inte direktivet utan är mer långtgående än detsamma såtillvida att direktivet anger att det ska säkerställas att processuella beslut "inte otillbörligen påverkas av en tredje part på ett sätt som skulle vara till skada för de kollektiva intressena..."

Direktivet omfattar i detta avseende alltså två rekvisit, otillbörlig påverkan respektive skada, medan det förstnämnda rekvisitet saknas i förslaget till lagtext. Det framgår inte av författningskommentaren huruvida detta är ett medvetet val av utredningen eller en ändring av direktivbestämmelsen som skett av förbiseende. Ett slopande av rekvisitet "otillbörligen" riskerar emellertid att öppna för svåra tolkningsfrågor och skulle kunna få negativa konsekvenser på så sätt att tredjepartsfinansiärer i lägre utsträckning vill ingå avtal om sådan finansiering. Skälet till det är att det inte sällan förekommer att en finansierad part och finansiären inom ramen för tvistfinansieringsavtalet uppställer vissa villkor för hur processen ska föras. Att en finansiär skulle skjuta till omfattande medel utan något som helst inflytande över hur dessa medel ska nyttjas eller hur en finansierad part ska agera i en viss eventuell framtida situation låter sig knappast göras.

Det viktiga är emellertid att tvistfinansiären inte ska tillåtas att utöva något inflytande utöver det inflytande som den har avtalat om med den godkända enheten (och särskilt inte något inflytande som skulle kunna anses otillbörligt). Dvs. om ett villkor för att den tredje parten ska finansiera grupptalan är att den godkända enheten i viss på förhand identifierad situation agerar processuellt på överenskommet sätt, så skulle – givet omständigheterna – det kunna uppstå en situation där den processhandling som parterna till finansieringsavtalet förhandlat och kommit överens om, i ett senare skede när målet är mer utrett, skulle kunna anses vara till skada för konsumenten i förhållande till det motsatta eller ett helt annat agerande. Det kan inte uteslutas att en nackdel eller

kapatens

eventuell "skada" då skulle kunna anses ha uppkommit för konsumentkollektivet genom den förpliktelse som den godkända enheten ådragit sig i förhållande till tredjepartsfinansiären, trots att riskfördelningen och förutsättningen för hela finansieringen byggde på sådant kontraktsvillkor. Att kräva utförande av förpliktelse enligt avtal kan emellertid i regel inte anses vara otillbörligt.

Det konstateras dock att i författningskommentaren till 22 § används just lokutionen "otillbörlig påverkan" för att beskriva den situation som är avsedd att förhindras. Att en tvistfinansiär visserligen kan påverka ett processuellt beslut men att sådan påverkan inte får vara otillbörlig, bör framgå tydligare i själva lagtexten.

Sammanfattningsvis anser Kapatens att rekvisitet "otillbörlig" bör läggas till i den föreslagna bestämmelsen.

Uppgifter om potentiella gruppmedlemmar

Utredningen föreslår att en ny lag ska innehålla en bestämmelse som ger rätt för en godkänd enhet att få ut uppgifter om potentiella gruppmedlemmar. Kapatens konstaterar att sådan rätt i princip är en förutsättning för att grupprättegångar i någon utsträckning överhuvudtaget ska kunna föras. Kapatens bedömning är att motsvarande regel bör gälla för alla typer av gruppkrav, inte endast för sådana processer som rör konsumenter och som omfattas av gruppmandirektivet. Det finns dock en uppenbar risk att frågan om edition avseende potentiella gruppmedlemmar leder till omfattande förprocessuella skriftväxlingar inför domstol där svarandebolag lägger betydande resurser på att undvika att lämna ut sådana handlingar eller att i vart fall fördröja och försvåra sådant utlämnande. Det kan inte heller uteslutas att näringsidkare i föregripande syfte när det uppstår risk för grupptalan kommer att destruera kunduppgifter för att undanröja möjligheter för en godkänd enhet att inhämta information om kunder och formera gruppen. Sådan makulering kan mycket väl komma att ske under förevändning att den skett löpande som ett led i att följa dataskyddsdirektivet och utan vetskap om någon förestående grupptalan. Den enda möjligheten att undvika sådan problematik är genom införande av automatisk grupptillhörighet, s.k. opt-out.

Den utvidgade editionsmöjlighet som syftar till att en godkänd enhet ska kunna få tillgång till identitetsuppgifter om potentiella gruppmedlemmar från en motpart är visserligen ett steg i rätt riktning, men inte tillräckligt.

Sammanfattningsvis instämmer Kapatens i förslaget.



Gustaf Leijonhufvud
Partner



Johan Skog
Partner