

Twistlösningens normativitet: Konsumentprocess i tre varianter*

Av jur.dr ERIK BJÖRLING¹

Artikeln redogör för en konsumentprocessuell fallstudie där prövning i sak i allmän domstol jämförs med utgångspunkterna för förlikningsförhandling i domstol samt utgångspunkterna för ett Online Dispute Resolution (ODR)-förfarande i Allmänna reklamationsnämnden (ARN). Syftet med artikeln är att synliggöra hur processformerna på olika sätt påverkar konsumenträttens genomslag i samhället samt att synliggöra eventuella spänningar mellan de dubbla målsättningarna om individuellt konsumentskydd respektive marknadseffektivitet på övergripande nivå.

1 Introduktion

Konsumenträtten i EU har som målsättning att både erbjuda ett fungerande skydd i enskilda situationer och bidra till en effektiv gemensam marknad.² I artikeln undersöks hur målsättningen om en hög konsumentskyddsnivå gestaltar sig i de skiftande institutionella kontexter där skyddet är tänkt att förverkligas. Med andra ord undersöks *hur konsumenträtten påverkas av valet av processform och i förlängningen även hur tvisteföremålet påverkas av valet av processform*. Genom att jämföra ett konsumenträttsligt exempelfall med utgångspunkterna för huvudförhandling i tingsrätt, förlikningsförhandling i tingsrätt samt ett (digitalt) förfarande i Allmänna reklamationsnämnden (ARN) påvisas några av de olikartade konsekvenser som den enskilde konsumenten träffas av. Syftet med artikeln är att därigenom synliggöra twistlösningens normativitet och därigenom även synliggöra eventuella spänningar mellan de dubbla målsättningarna om individuellt konsumentskydd respektive marknadseffektivitet på övergripande nivå.³ Med normativitet avses här normer i bred bemärkelse vilket även kan inbegripa fler hänsyn än de som följer av konsumenträttsliga eller processrättsliga rättskällor. Det är således fråga om ett socio-legalt normbegrepp vilket syftar till att förstå de twistlösande samman-

* Denna artikel har genomgått kvalitetsgranskning genom s.k. peer review (granskning av jämlike).

¹ Författaren vill rikta ett varmt tack till de anonyma granskare vilka genom sina läsningar påpekat flera i första utkastet utvecklade resonemang och behov av förtydliganden.

² Europeiska Kommissionen. 2012. *Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet och Ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. En strategi för konsumentpolitiken i EU — Att öka förtroendet och tillväxten*, COM(2012) 225 final, s. 1.

³ Artikeln kan i det hänseendet sägas ha mycket gemensamt med den typ av studier som springer ur Access to Justice-rörelsen sedan 1970-talet och framåt.

hangen som här studeras i sin samhällliga kontext.⁴ En teoretisk utgångspunkt för studien utgörs av föreställningen att processrätten inte enbart utgör en neutral förverkligare av den materiella rätten. Processrätten adderar ett normativt lager. Att det förhåller sig på det viset är inte ett kontroversiellt uttalande utan har varit mer eller mindre vedertaget inom processrätten alltsedan Per Olof Ekelöf, med rättsrealistiska influenser, blev tongivande inom fältet.⁵ En annan skandinavisk rättrealist, Karl Olivecrona, fångade processrättens normativa inlyftande i formuleringen: ”I realiteten äro rättsreglerna de handlingsregler vilka framgå av materiella och processrättsliga regler i förening”.⁶

Artikeln kommer att illustrera konsekvenserna av de olika processformerna genom att ta utgångspunkt i ett typfall konstruerat med grund EU-domstolens avgörande i målet ”Duarte Hueros” (mål C-32/12).⁷

2 Grundläggande om konsumentprocess

Konsumentskyddsregler är i stor utsträckning harmoniserade inom EU.⁸ Behovet av konsumentskyddsregler beskrivs som tvådelat. För det första ska reglerna bidra till att stärka den enskilde konsumenten i privaträttsliga avtalssituationer. Detta bygger på den bakomliggande föreställningen att det råder en asymmetri mellan konsumenter och näringsidkare på så sätt att konsumenter typiskt sett befinner sig i ett ekonomiskt och kunskapsmässigt underläge vilket behöver kompenseras från det allmännas sida.⁹ För det andra syftar konsumentskyddsreglerna till att uppmuntra deltagande i EU:s inre marknad och att därmed skapa ekonomisk utveckling och tillväxt.¹⁰ Strategierna för att förverkliga den höga nivån av konsumentskydd i EU är flerfaldiga och består givetvis inte enbart av tvistlösningsverktyg. Olika initiativ på både nationell och EU-nivå bidrar med olika typer av konsument-

⁴ Angående normbegreppet, se Baier, M. & Svensson, M. 2009. *Om normer*. Malmö: Liber, s. 20.

⁵ Se exempelvis Ekelöf, P. O. 1956. *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper: några problem inom den allmänna processrättsläran*. Stockholm: Norstedts Juridik, s. 72. Se vidare Lindblom, P. H. 2017. *Progressive Procedure: The role of courts, access to justice, group actions, complex litigation and Alternative Dispute Resolution in comparative perspective. Twelve essays 1985–2015*. Uppsala: Iustus, s. 19 ff.

⁶ Olivecrona, K. 1930. *Beviskyldigheten och den materiella rätten*. Uppsala: Almqvist & Wiksell, s. 158. Jag vill med detta inte påstå att processrätten adderar civilrättsliga regler till konsumenträtten, utan enbart illustrera hur olika processformer innebär olika typer av applicering av civilrätten i praktiken.

⁷ Mål C-32/12 *Duarte Hueros*.

⁸ Senast i raden är här direktivet om tillhandahållande av digitalt innehåll (2019/770/EU) och varudirektivet (2019/771/EU). Se även SOU 2020:51 *En ny lag om konsumentskydd vid köp och vissa andra avtal*.

⁹ Ancery, A. & Krans, B. 2019. Consumer protection and EU-driven judicial activism in the Netherlands. I Nylund, A. & Strandberg, M. (red.). *Civil procedure and harmonization of law: The dynamic of EU and International Treaties*. Cambridge: Intersentia, s. 125–140, s. 132.

¹⁰ Ancery & Krans, 2019, s. 133.

information och rådgivning, ofta tillgänglig online.¹¹ Det finns ett stort antal nämnder, ombudsmän och branschorganisationer som bevakar konsumentintressen både på övergripande och enskild nivå. Sedan ett antal år tillbaka har EU samlat olika typer av alternativa tvistlösningsinstitutioner under paraplyet ”Online Dispute Resolution”. EU:s digitala plattform samordnar en stor mängd tvistlösningsverktyg (över 300 stycken) för tvister mellan konsumenter och näringsidkare inom EU. I Sverige är exempelvis ARN, Konsumenttvistnämnden, Personförsäkringsnämnden, och Nämnden för Rättsskyddsfrågor anslutna till EU:s ODR-plattform och därmed potentiellt tillgängliga för alla EU-medborgare via internet om förutsättningarna är de rätta.¹² ARN är därmed numera tillgänglig både som digitalt och analogt verktyg.¹³

Förutom generell information, specifik rådgivning och alternativ tvistlösning (digital eller inte) finns givetvis även möjligheten att avgöra konsumenttvister i domstol. För svenskt vidkommande görs detta oftast inom ramen för så kallade förenklade tvistemål, det vill säga tvistemål som handläggs enligt RB 1:3d. Konsumentmålen kan i svensk domstol avgöras i sak efter huvudförhandling, efter huvudförhandling i förenklad form, på handlingarna efter slutföreläggande eller genom att parterna kommer överens och målet därefter avskrivs eller överenskommelsen stadfästs.

Den svenska konsumentprocessen är semi-dispositiv. De materiella reglerna är tvingande för parterna på så sätt att konsumentskyddslagstiftningen inte binder konsumenten vid avtal som är mindre fördelaktiga än vad lagstiftningen stipulerar. I en tvistesituation i allmän domstol, eller utanför domstolen, är det emellertid inte något som hindrar att konsumenten accepterar en förlikningsöverenskommelse vilken innebär att konsumenten avstår från att pröva sin materiella rättighet. Detta innebär i praktiken att konsumenten på samma gång inte är bunden av villkor som strider mot mindre fördelaktiga villkor men samtidigt är fri att låta bli att göra sin rätt gällande genom att helt enkelt förhålla sig passiv.

I en domstolstvist kan konsumenten även enligt dispositionsprincipen välja (och är tvungen att välja) vilka omständigheter som ska föras in i målet. Konsumenten kan härigenom frivilligt (eller av okunskap) begränsa processmaterialet på ett sätt som omöjliggör för domstolen att tillämpa konsumentskyddsregler i den aktuella tvisten. Konsumenten är dock inte helt utlämnad till sina egna dispositioner.

¹¹ Exempelvis via Konsumentverkets hemsida ”Hallå konsument” och den delvis EU-finansierade rådgivningen på ”ECC Sverige”.

¹² En viktig sådan förutsättning är att båda parterna samtycker till att låta en viss ODR-institution hantera tvisten. ARN kräver emellertid inte båda parternas samtycke i den mån förfarandet används nationellt (det vill säga inte används som ett ODR-förfarande enligt EU-förordningen).

¹³ <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home2.show> (hämtad 2021-11-26).

I konsumentrelaterade tvistemål har domstolen, vilket vi återkommer till, ett större ansvar att ägna sig åt materiell processledning vilket kan innebära att domaren kan upplysa den enskilde om dennes rättigheter (utan att vara direkt rådgivande).¹⁴ Men det är likväl alltså möjligt för en part att i en förlikningsförhandling acceptera en lösning mellan konsument och näringsidkare där man så att säga möts på halva vägen och därmed i teorin sammanstrålar på en punkt som indirekt står i strid med den materiella konsumenträtten. Detta kompliceras emellertid även av EU-domstolens praxis som i vissa fall lägger ett ansvar på domstolen att ex officio beakta, eller åtminstone tydligt uppmärksamma, omständigheter även om ingen av parterna åberopat dem till grund för talan. Vi återkommer till detta i nästa avsnitt.

3 Ett exempelfall

Den här artikeln jämför, vilket redan nämnts, konsumenttvistlösning i tre olika varianter, nämligen tvistlösning genom ODR-versionen av ARN, genom förlikningsförfarande i allmän domstol och genom huvudförhandling i allmän domstol. Jämförelsen tar sin utgångspunkt i en situation inspirerad av rättsfallet ”Duarte Hueros” (mål C-32/12).¹⁵ Målet har sitt ursprung i Spanien och rörde en person som köpt en bil vilken sedan visat sig läcka in vatten. Trots reparationsförsök gick bilen inte att laga och Duarte Hueros väckte talan mot bilförsäljaren och yrkade att köpet skulle hävas. Den hänskjutande domstolen informerade, i sin fråga till EU-domstolen, att hävning inte kunde komma ifråga eftersom utredningen i målet visat att felet endast var ringa. Duarte Hueros skulle dock kunna vara berättigad till prisavdrag. Ett sådant yrkande hade emellertid inte lagts fram av käranden, inte heller som ett alternativt andrahandsyrkande.

Den fråga för vilken den spanska domstolen sökte vägledning handlade om i vilken mån domstolen, med hänsyn till framför allt EU-rättens effektivitetsprincip, ska tolka konsumentlagstiftningen på så sätt att den medför att domstolen ska medge prisavdrag till konsumenten ex officio. En sådan dom skulle då strida mot de spanska civilprocessuella utgångspunkterna om partsautonomi och dispositionsprincip. Den skulle även kunna förhindra motpartens möjligheter att försvara sig och därmed strida mot rätten till en rättvis rättegång. Utgångspunkterna för den spanska domstolen var därmed i princip liktydiga med grunderna för den svenska processordningen.

Nyckelfrågan i målet handlar alltså ytterst om vem som har utredningsansvar och vilken tolkning som ska göras av konsumentens egna åberopanden av omständigheter och avseende konsumentens egna bestämningar av processens ram. Frågan är om avsaknaden av ett al-

¹⁴ Andersson, T. 2019. Ex Officio application of the unfair terms directive cases against consumers: A Swedish perspective. I Nylund, A. & Strandberg, M. (red.). *Civil procedure and harmonization of law: The dynamic of EU and International Treaties*. Cambridge: Intersentia, s. 153–170, s. 159.

¹⁵ Mål C-32/12 *Duarte Hueros*.

ternativt yrkande är ett val som måste respekteras, eller om den indispositiva materiella EU-lagstiftningen ska medföra att konsumenten, åtminstone så länge denne inte uttryckligen uttrycker en önskan om det motsatta, ska presumeras vilja göra ett alternativt yrkande eller lägga till en icke åberopad omständighet. Vi återkommer nedan till EU-domstolens svar på frågor av detta slag.

Hur skulle då en situation som liknar den i Duarte Hueros hanteras i olika typer av tvistlösningsalternativ som kan vara aktuella i Sverige? Det spanska fallet rörde visserligen mer pengar än vad som skulle rymmas inom ett förenklat tvistemål i Sverige. Men vi kan tänka oss ett liknande fall där konflikten istället gäller inköp av vitvaror, säg ett kylskåp, till ett värde av cirka 20 000 kr. Konsumenten menar i vårt exempel fall att kylskåpets iskubsfunktion inte fungerar som utlovat och att köpet därför ska hävas. Motparten, näringsidkaren, invänder emellertid, i första hand, att iskubsfunktionen fungerar som den ska, och i andra hand att felet endast är ringa (och att hävning därmed inte kan komma ifråga).

4 Exempelfallet illustrerat i tre varianter

När det gäller legitimitetsbärande principer för tvistlösning är det alltså prövning i sak i allmän domstol som utgör basen eller en outtalad utgångspunkt.¹⁶ Vid rättegångsbalkens införande var en bärande idé att etablera ett tydligt kontradiktoriskt förfarande där parternas egna dispositioner fick stort inflytande. Processen var dessutom genomsyrad av principerna om omedelbarhet, muntlighet och koncentration. Dessa principer innebär som bekant i ett nötskal att yrkanden, grunder, bevisning och argumentation ska framföras vid ett samlat tillfälle inför en panel av domare. Detta har i sin tur legat i linje med föreställningar om hur processen kan skapa så goda förutsättningar som möjligt för att fatta legitima beslut. Enligt de rådande vetenskapsteoretiska utgångspunkterna vid rättegångsbalkens tillkomst innebar en samlad huvudförhandling den bästa metoden för att utreda vilka omständigheter som var bevisade samt hur dessa skulle förstås utifrån en juridisk horisont. I och med att alla iblandade var samlade på samma plats och tid kunde allt processmaterial i målet föras fram på ett samlat sätt, båda parter röster komma till tals samt prövas av motparten och rättens ledamöter. Den mest ändamålsenliga ordningen i linje med detta medförde att domarens agerande skulle vara sakligt och opartiskt. Detta kunde då lämpligast upprätthållas

¹⁶ Att konsumentprocessen ska hanteras tillsammans med dispositiva tvistemål är emellertid inte självklart utifrån en rättspolitisk horisont. I andra rättsordningar är det inte ovanligt med en särskild processform för konsumenttvister. För svenskt vidkommande påtalades behov av detta av Per Henrik Lindblom i ett särskilt yttrande till översynen av rättegångsbalken redan i början av 80-talet, se SOU 1982:26 *Översyn av rättegångsbalken: delbetänkande*, s. 616 ff. Se även Svensson, O. 2020. Normgivning, skydd för konsumenter och tvistlösning. I Arvidsson, N., Nyström, B. & Westberg, P. (red.). *Tvistlösning inom affärsrätten*. Stockholm: Norstedts Juridik, s. 273–310, s. 307.

genom att inta en relativt tillbakadragen roll och låta parterna lägga fram argumenten och utredningen. Dessa ideal för processens utformning, även om de här presenterats som om de tillhörde det tidiga 1900-talet, är också i samtiden utgångspunkten för vad som utgör en ”rättvis rättegång” i enlighet med Europakonventionen.¹⁷

Huvuddragen i rättegångsbalken bygger alltså fortfarande som huvudregel på principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration. Grunden för handläggningen är alljämt förhandlingsprincipen, kontradiktionsprincipen och parternas egna dispositioner.¹⁸ De senaste 40 åren har emellertid en rad reformer inneburit att svenska processer i allt större grad kan göra avsteg från dessa utgångspunkter.¹⁹ Vid flera efterföljande utredningar har ”effektivitet” och ”flexibilitet” varit ledorden i syfte att få domstolarna att komma tillrätta med stora målbalanser och ansträngd ekonomi. Ett led i detta har varit att skapa förutsättningar för ett mer ”effektivt resursutnyttjande”, bland annat med hjälp av ”modern teknik”.²⁰ Dessutom har reformdirektiv uttryckt att processreglerna bör vara utformade så att det i större mån är möjligt för parter att ”ta till vara sin rätt utan eget juridiskt ombud”.²¹ Även utredningen ”En modernare rättegång” (SOU 2001:103) resulterade i betoning av dispositionsprincipen bland annat med hänvisning till att den allmänna kunskapsnivån höjts rent generellt i samhället.²² En gemensam utgångspunkt för de senaste decenniernas reformer har alltså varit att göra den allmänna processen mer resurseffektiv, främst genom att göra prövningen mer flexibel samt lägga mindre utredningsansvar på domstolen och i större grad binda processen vid parternas dispositioner.²³

Utöver reformerna mot en mer flexibel och effektiv process har huvudförhandlingar i sig visat sig vara ett undantag snarare än huvudregel. Numera är det vanligare att parterna, efter att domstolen enligt RB 42:17 undersökt om det finns förutsättningar till en förlikning, kommer överens innan huvudförhandling. Mer exakt statistik om antalet förlikningar i svensk domstol är en fråga som inte har utretts särskilt ingående. Uppskattningar om förlikningsandelen varierar i ett

¹⁷ Danelius, H. 2012. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Stockholm: Norstedts Juridik, s. 246–247.

¹⁸ Se till exempel prop. 1942:5 s. 449 f. Se även prop. 1931:80 s. 91 ff. och prop. 1986/87:89 s. 63.

¹⁹ Lagstiftaren har hållit fast vid principernas grundläggande roll; se till exempel prop. 1986/87:89 s. 64 ff., prop. 1988/89:95 s. 30, prop. 2004/05:131 s. 81 f. och SOU 2001:103 s. 78. Se även Wallerman, A. 2015. *Om fakultativa regler. En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor*. Göteborg: Göteborgs universitet, s. 70 ff.

²⁰ Wejedal, S. 2017. *Rätten till biträde: Om biträdeskostnaders hantering i svenska domstolar*. Göteborg: Göteborgs universitet, s. 44. Se vidare exempelvis prop. 1999/00:26.

²¹ Dir. 1999:62, bland annat återgivet i SOU 2001:103 bilaga 1 s. 367 ff. se angående detta Wejedal, 2017, s. 43. Se även lagen även (1946:804) om införande av nya rättegångsbalken, samt därtill prop. 1931:80 och prop. 1942:5.

²² SOU 2001:103, s. 81.

²³ Wejedal, 2017, s. 835.

så vitt spann som mellan 30 procent till 90 procent av det totala antalet dispositiva tvistemål.²⁴ En vanligt förekommande uppgift är att ”åtminstone hälften” av alla tvistemål förlikas. Detta är emellertid en siffra som bygger på en uppskattning gjord i SOU 1982:26 s. 137, det vill säga för nästan 40 år sedan. Domstolsverkets egen statistik specificerar inte heller vilken andel av tingsrättens domar som utgör stadfästa förlikningar och i vilken mån slutliga beslut är en följd av att parterna kommit överens och målet avskrivits.²⁵ Det är emellertid säkert att anta att även en stor andel av de förenklade tvistemålen avgörs efter överenskommelse mellan parterna, så även konsumenträttsliga tvister, exempelvis genom att kapitalbeloppet omförhandlas eller genom att en betalningsplan läggs upp. Peter Westberg uttrycker angående den ökade mängden förlikningar att ”ett sidospår har med andra ord blivit huvudspåret i den statliga civilrättskipningen”.²⁶ Trenden mot ökat fokus på förlikning gäller för övrigt inte bara i Sverige, utan även i övriga Norden och i västvärlden i stort.²⁷

Att huvudförhandling tar en mindre andel av den konsumenträttsliga praktiken beror förstås även på ökat inslag av ombudsmän, reklamationsnämnder och andra alternativa tvistlösningsmetoder.²⁸ Den senaste vågen i antågande består här av digitala verktyg för tvistlösning, i vissa fall helt automatiserade sådana, vilket vi återkommer till nedan.²⁹ Civilprocess med prövning i sak i allmän domstol har med andra ord en roll som numera är av mindre betydelse jämfört med vid rättegångsbalkens införande.³⁰

Ytterligare förändringar har skett genom att svenska domstolar sedan 1970-talet har sett en succesiv ökning av tekniska inslag i rättegången. Alltifrån telefonförhör, videokonferenser, beslut meddelade genom e-post, mer och mer sofistikerade målhanteringssystem, ökat inslag av mallar för domsförslag, ökade möjligheter att digitalt söka efter liknande domar och beslut, ökade möjligheter till elektroniska signaturer med mera. Riksdagen har dessutom beslutat att Sverige ska bli bäst i världen på att använda digitaliseringens möjligheter. Enligt ett reformförslag från 2019 ska all skriftlig kommunikation i domstolsprocess kunna ske i digital form.³¹ Det digitala ska därmed vara

²⁴ Se även SOU 2007:26 s. 107. Se Ekelöf, P. O., Edelstam, H. & Pauli, M. 2011. *Rättegång: Femte häftet*. Stockholm: Norstedts juridik, s. 64, Lindell, B. 2019. *Alternativ till rättskipning*. Uppsala: Iustus, s. 249 och Westberg, P. 2016. Ett skifte i politisk syn på den aktive domaren i tvistemål? I Strömberg, S., Kugelberg, C. et al. (red.). *Svensk Juristtidning 100 år*. Uppsala: Iustus, s. 341–352. s. 350.

²⁵ Se Domstolsverkets årliga statistik, senaste utgåvan i ”Domstolsstatistik 2020”.

²⁶ Westberg, P. 2021. *Civilrättskipning I: Tvistemål*. Stockholm: Norstedts Juridik, s. 426.

²⁷ Westberg, 2021, s. 426.

²⁸ Ytterligare en faktor består troligtvis i ökad försäljning av så kallade ”produktförsäkringar” inom konsumenthandeln.

²⁹ Sela, A. 2018. Can Computers Be Fair: How Automated and Human-Powered Online Dispute Resolution Affect Procedural Justice in Mediation and Arbitration. *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 33(91): s. 91–148, s. 100 ff.

³⁰ Lindblom, P. H. 1993. *Studier i processrätt*. Stockholm: Norstedts Juridik, s. 33–35.

³¹ Ds 2019:18, s. 38.

förstahandsval i den offentliga förvaltningen och för domstolarnas räkning handlar detta i nuläget om att i så stor utsträckning som möjligt kunna arbeta med en e-akt, det vill säga ta emot, hantera, skicka och därefter bevara handlingar digitalt.³²

Beskrivningen ovan tecknar en bild där den institutionaliserade kontexten för tvistlösning förändrats genom gradvisa reformer, men där legitimiteten alltjämt ytterst sett vilar på samma grundläggande principer. De grundläggande principerna för en rättvis rättegång genomförd i ett kontradiktoriskt, muntligt och omedelbart förfarande inför en panel av domare är fortfarande idealet men sådana förfaranden intar som sagt en betydligt mindre andel av den processrättsliga praktiken nu jämfört med tiden för rättegångsbalkens tillkomst. En processrättslig studie behöver därmed möjligen, för att parafrasera Olivecrona, studeras med hänsyn till processrättens rättskällor och dess institutionella kontext i förening. Nedan följer nu en fallstudie där ett exempelfall baserat på Duarte Hueros hanteras i tre processvarianter.

4.1 Ett avgörande efter huvudförhandling

De mest tongivande reglerna för inramningen av målet inför huvudförhandling utgörs av RB 17:2 som reglerar att domen endast får grundas på vad som förekommit vid huvudförhandlingen, samt RB 17:3 som reglerar att domen varken får gå utöver parternas yrkande eller medgivande och inte heller de av parterna åberopade omständigheterna. Dessa regler innebär att tvistens innehåll som utgångspunkt helt är inramad av parternas egna dispositioner. Parterna behöver tydligt specificera vilka konkreta rättsfaktum som ligger till grund för talan. Samtliga konkreta rättsfaktum behöver dessutom, i den mån de är tvistiga mellan parterna, bevisas av den part som bär bevisbördan för respektive rättsfaktum. Om någon av parterna misslyckas med att uppfylla sina dispositioner, det vill säga i den mån en part inte åberopar alla nödvändiga konkreta rättsfakta, eller om en part misslyckas med att nå upp till beviskravet för ett av dessa konkreta rättsfakta, kommer parten som utgångspunkt förlora målet i sin helhet. Från denna utgångspunkt finns emellertid undantag vilka vi strax återkommer till.

Utgångspunkten är därmed att konsumenten är anförtrodd att (utan ombud) genomföra en rättegång enligt (processrätts)konstens alla regler, men inte är anförtrodd att med bindande verkan förhandla egna avtalsvillkor som strider mot tvingande konsumentskyddslagstiftning. Misslyckas konsumenten med processföringen får hen stå de visserligen begränsade rättegångskostnader som är aktuella

³² Ds 2019:18, s 37.

i förenklade tvistemål samt förlorar även, med tanke på domens negativa rättskraft, framtida möjligheter att få saken prövad.³³

Den för konsumenten något karga utgångspunkten balanseras emellertid upp av flera faktorer. Avsaknaden av möjligheten att få ersättning för ombudskostnader kan väl i viss mån sägas vägas upp av de goda möjligheter som finns till konsumentrådgivning både hos kommuner och via EU:s plattformar för konsumentråd. När väl rättegången har initierats åligger det även domstolen att processleda parterna, i både formell och materiell mening. I konsumentprocesssammanhang har det som redan nämnts framförts i doktrinen att det kan vara aktuellt att domstolen tar ett extra stort ansvar för att se till att saken blir tillräckligt utredd och att konsumenten är införstådd med de regler som gäller på området.³⁴ Det har visserligen ifrågasatts om materiell processledning utgör en tillräcklig garant för att Sverige ska uppfylla sina förpliktelser i förhållande till EU-rättens företrädare samt effektivitet.³⁵ Detta blir då särskilt intressant om vi betraktar att det finns fler avgöranden från EU-domstolen vilka går i samma linje som det ovan nämnda Duarte Hueros.³⁶ Situationen i Duarte Hueros är mycket lik den utgångspunkt som beskrivits ovan för den svenska civilprocessen, nämligen att RB 17:3 förhindrar domstolen att döma till prisavdrag om parterna i målet inte fört fram något sådant yrkande. Det bör här påpekas att ett beloppsmässigt större yrkande inrymmer ett beloppsmässigt mindre yrkande (major includit minor) i svensk processrätt vilket i princip medför att processens ram tillåter att ett yrkande om hävning kan inbegripa ett yrkande om prisavdrag. Detta eftersom båda yrkandena i praktiken handlar om att konsumenten vill ha en summa pengar av näringsidkaren. Domstolen måste emellertid i sådant fall då även bedöma om konsumenten åberopat omständigheter om värdeminskning (och inte enbart omständigheter om att det föreligger ett väsentligt fel), i annat fall förhindrar RB 17:3 andra meningen att rättsföljden blir prisavdrag. Möjligen var den spanska regleringen än mer restriktiv till möjligheten att precisera sin talan och ändra yrkanden än den svenska, men slutsatsen i EU-domstolens dom framstår likväl som relevant för svenska förhållanden, nämligen att regler i likhet med RB 17:3, vilka förhindrar en domstol att ex officio döma till exempelvis prisavdrag när endast häv-

³³ Se exempelvis NJA 1999 s 520, (och även mer nyligen HD:s beslut 2021-06-08, NJA 2021 s. 407).

³⁴ Se Ekelöf, Edelstam & Pauli, 2011, s. 64. Se även Lindell, 2019, s. 50–51.

³⁵ Ekelöf, P. O., Edelstam, H. & Pauli, M. 2015. *Rättegång: Andra häftet*. Stockholm: Norstedts juridik, s. 143. För en mer nyanserad utredning avseende detta se Wallerman Ghavanini, A. 2020. Procedural Autonomy in Sweden: Is Materielle Prozessleitung the Answer? I Krans, B. & Nylund, A. (red.). *Procedural Autonomy Across Europe*. Intersentia, s. 203–226. Exempelvis har det påtalats att materiell processledning inte kan lösa de krav som ställs på den summariska processen.

³⁶ Exempelvis förenade målen C-240/98 till C-244/98 *Océano* och C-243/08 *Pannon*.

ning är yrkat, utgör ett otillåtet hinder för EU-rättens företräde och effektivitet.³⁷

Vad domar som Duarte Hueros på sikt kommer att få för konsekvenser för den svenska processrätten är väl ännu inte hugget i sten. När vårt exempelfall möter den institutionella kontexten *avgörande efter huvudförhandling* framstår emellertid en tydlig trend vilken betonar genomdrivandet av individuella konsumenträttsliga materiella rättigheter som följer av EU-lagstiftning. Rent konkret innebär detta att domstolen, med stöd i EU-domstolens praxis, under rätt förutsättningar kan döma till prisavdrag i målet om det trasiga kylskåpet även om konsumenten brustit i sin åberopsbörd enligt RB 17:3 andra meningen. Domstolen har därmed betonat att EU-rätten på ett omfattande vis kan göra ingrepp i nationell processuell autonomi när det handlar om konsumentprocess.³⁸ Eftersom frågan om felets betydelse, vilket spelar avgörande roll för frågan om hävning eller prisavdrag kan komma ifråga, i många fall inte kan bedömas innan bevisningen värderats av domaren (vilket ju i princip skulle kunna ske efter att huvudförhandlingen avslutats), är det inte heller säkert att materiell processledning med efterföljande ändring av talan från käranden är tillgänglig.

Det är vidare tydligt att processen alltjämt kretsar kring en retrospektiv prövning av konkreta rättsfaktum hänförliga till den aktuella konsumenttvisten genom att döma över omständigheter hänförliga till saken och i vilken mån dessa är bevisade eller inte. Även om domstolen förutsätts vara något mer aktiv än i den traditionella bild av rättsskipning som springer ur rättegångsbalkens ursprung, är det likväl fråga om att upprätthålla grundstrukturen för en rättvis rättegång. Detta blir även tydligt med beaktande av att generaladvokaten i Duarte Hueros betonade att domstolens *ex officio*-initiativ inte får kringgå motpartens rätt att försvara sig och inte heller förändra utgångspunkten att civilprocessen i grunden vilar på dispositionsprincipen.³⁹

4.2 Ett avgörande genom förlikning

I RB 42:17 st. 1 återfinns den välkända formuleringen om att domstolen har en skyldighet att verka för att parterna i dispositiva tvistemål förlikas. Detta gäller förstås även i förenklade tvistemål som rör konsumentförhållanden. Förlikningsförfarandet kan leda till att käranden återkallar sin talan eller att förlikningen stadfästs av domstolen. Endast det senare innebär att förlikningen blir en exekutionstitel. Det

³⁷ Se slutsatsen i mål C-32/12 *Duarte Hueros*.

³⁸ Se Hettne, J. 2020. Processuell autonomi eller harmoni? Om EU-rättens påverkan på den svenska civilprocessen. I Arvidsson, N., Nyström, B. & Westberg, P (red.). *Tvistlösning inom affärsrätten*. Stockholm: Norstedts Juridik, s. 247–272, s. 259.

³⁹ Mål C-32/12 *Duarte Hueros*, Förslag till avgörande ECLI:EU:C:2013:128, para 53 och 58.

vanligaste är att domstolen utför förlikningsförsök under den muntliga förberedelsen.⁴⁰

Hur förlikningsverksamheten ska gå till i praktiken framgår inte i rättegångsbalken.⁴¹ Rättskällorna är sparsamma med vad förlikningsförhandlingarna kan och bör bestå av. Det finns emellertid en hel del uttalanden i litteraturen med både normativa och deskriptiva ambitioner. Frågor som då behandlats berör bland annat huruvida domaren genom alltför aktiva förlikningsförsök kan bli jävig, vilka faktorer som brukar tas upp och bör tas upp vid förhandlingarna samt vilken metod som ska användas för att samtala med parterna. Ytterligare en fråga handlar om huruvida så kallade ”utomrättsliga hänsyn” får beaktas vid förlikningsförhandlingar, exempelvis kopplade till parternas förmögenhetsförhållanden och eventuella benägenhet att förlikas.

Ekelöf hade, åtminstone inledningsvis, en relativt försiktig inställning till förlikningsarbetet och förespråkade uppfattningen att förlikningen snarast ska försöka efterlikna den potentiella dom som processmaterialet i den aktuella situationen av rättegången ger anledning att prognostisera. På så sätt skulle då förlikningsverksamheten inte underminera den handlingsdirigeringsfunktion som Ekelöf förespråkade för civilprocessen.⁴² I motiven till RB 42:17 finns emellertid öppningar för att beakta exempelvis parternas framtida affärsrelationer vilket ju i viss mån talar emot Ekelöfs rekommendation att främst hålla sig till saken.⁴³ Bengt Lindell påpekar hur synen på förlikning har förändrats sedan rättegångsbalkens införande. Han menar att den ursprungliga tanken var, i enlighet med Ekelöfs åsikt, att förlikning bara skulle komma i fråga som undantag eftersom det annars uppstod en risk att den materiella regleringen kunde komma att åsidosättas. Likaså ansågs ursprungligen mål där den ena parten hade tydlig övervikt, eller mål som berörde rena rättsfrågor, inte vara lämpliga för förlikning.⁴⁴ Fortfarande i utredningen från 1982 fanns en stark handlingsdirigeringsfunktion närvarande i motiven med uttalanden om att förlikningen inte skulle motverka den materiella regleringen.⁴⁵ I den efterföljande propositionen tonades emellertid allmänprevention (det vill säga idén att genomdrivandet av den materiella rätten i domstol skulle verka allmänt förebyggande) ned, bland annat med hänsyn till dispositionsprincipen.⁴⁶ Lindell formulerar förändringen som en förskjutning från ”rättigheter och skyldigheter” till ”parternas behov och intressen”.⁴⁷ Detta kan då sägas sammanfattas med en förskjutning i domstolarnas samhällsfunktion, på sätt som Lindell brukar fram-

⁴⁰ Ekelöf, Edelstam, & Pauli, 2011, s. 66.

⁴¹ Ekelöf, Edelstam, & Pauli, 2011, s. 66, se fotnot 244.

⁴² Ekelöf, Edelstam, & Pauli, 2011, s. 67.

⁴³ Prop. 1986/87 s. 111–112.

⁴⁴ SOU 1938:44 s. 437.

⁴⁵ SOU 1982:26 s. 154.

⁴⁶ Prop. 1986/87:89 s. 113 f.

⁴⁷ Lindell, B. 2017. *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*. Uppsala: Iustus, s. 309.

hålla, genom skifte (möjligen omedvetet) från handlingsdirigering till konfliktlösning.⁴⁸

Vidare påpekas i förarbetena att domstolen ska vara något mer försiktig i sitt arbete med att åstadkomma en förlikning i de mål där utgången framstår som säker.⁴⁹ I rättegångsserien framhålls emellertid numera att det i sådana situationer likväl kan vara aktuellt med en förlikning, exempelvis för att komma överens om en betalningsplan.⁵⁰ Detta är ju ofta relevant i just konsumentmål där tvisten i praktiken är tvistig just på grund av svarandens bristande betalningsförmåga.

När det kommer till än mer konkreta riktlinjer för hur förlikningsverksamheten ska bedrivas är det, åtminstone enligt rättegångsserien, tydligt att det inte längre uteslutande är fråga om överväganden relaterade till den omtvistade saken.⁵¹ Rättegångsserien hänvisar till Brolin et al. som i sin tur framhåller tidsaspekten, rättegångskostnadsaspekten och övriga kostnader (exempelvis att näringsidkare måste lägga tid för att på olika sätt direkt eller indirekt medverka i tvisten). Utöver detta framhåller de även att tvisten i sig för de flesta parter medför visst obehag.⁵² Rent krasst handlar dessa riktlinjer i praktiken om att informera parterna om att tvistlösning i allmän domstol är dyrt, tar lång tid och är obehagligt. Parterna bör av dessa anledningar (som knappast har med den så kallade saken att göra) överväga att låta bli att använda sig av svensk civilprocess och istället lösa saken på egen hand.⁵³

När det gäller det konkreta genomförandet av förlikningsförhandlingen redogör rättegångsserien för att det numera oftast går till på så sätt att domaren i omgångar diskuterar en möjlig förlikning enskilt med respektive part. Det nämns här även att ”domaren bör betona att han eller hon inte kan vara säker på utgången i målet”.⁵⁴ Tillvägagångssättet att tala med parterna enskilt har kritiserats för att riskera att domaren blir partisk. Rättegångsserien menar emellertid att de flesta domare anser metoden som effektiv och att den inte medför missnöje hos parterna.⁵⁵ Westberg är mer kritisk och påpekar att domaren förbrukar parternas förtroende samt även sätter sig själv i en svår sits på så sätt att metoden kan vålla oklarheter avseende vad som utgör processmaterial och inte, och huruvida omständigheter har kontraherats på rätt sätt. Modellen har även i sig en svårighet i relation till

⁴⁸ Lindell, Bengt. 2017. *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*. Uppsala: Iustus. s. 307 f.

⁴⁹ Prop, 1986/87 s. 113.

⁵⁰ Ekelöf, Edelstam, & Pauli, 2011, s. 68.

⁵¹ Ekelöf, Edelstam, & Pauli, 2011, s. 68–69. Se även Westberg, 2021, s. 429.

⁵² Brolin, T., Rhenström, Å., Widebeck, M. & Gleiss Wilborg, F. 2016. *Twistemålsprocessen I: En handledning för förberedelsen*. Stockholm: Wolters Kluwer, s. 175–179.

⁵³ Även Lindell förutsätter att förhandlingarna i praktiken är relativt fokuserade på att parterna bör förlikas för att undgå risker, kostnader och ovisshet. Lindell, 2017, s. 308.

⁵⁴ Ekelöf, Edelstam, & Pauli, 2011, s. 70 (och fotnot 268).

⁵⁵ Ekelöf, Edelstam, & Pauli, 2011, s. 70.

offentlighetsprincipen.⁵⁶ Enligt Westberg kan domare rent av frestas att räkna upp målets oklarheter för att den kumulerade upplevelsen av dessa ska ge ”parterna intrycket av att det blir mycket av ett hasardspel i att insistera på att domaren dömer i målet”.⁵⁷ Samtidigt betonar även Westberg att formuleringen ”verka” ska förstås som en uppmaning till aktivt arbete hos domaren som inkluderar att domaren påverkar, ja kanske rent av övertalar parterna.⁵⁸ Av förarbetena framgår dock att domaren, i den mån någon av parterna vill att domstolen dömer i sak, ska acceptera detta utan vidare försök till förlikning.⁵⁹

Det finns således en tydlig trendförskjutning även när det gäller förlikningsförfarandet. Från idéer för förlikningen fokuserade på saken och prognoser utifrån det föreliggande processmaterialet till en förhandling fokuserad på att förklara riskerna med rättegångens osäkerheter. I den mån förlikningsförhandlingen skulle handla om saken anses risken stor att det kan bli fråga om jäv vilket eventuellt vinner stöd av att en särskilt utsedd medlare (enligt RB 42:17 st. 2) har fördelar på så sätt att denne ”kan tala öppet med parterna om sak- och rättsfrågor i tvisten utan att någon risk för jäv uppstår”.⁶⁰ Westberg lyfter att detta även ligger i linje med förbud mot förhandsbesked.⁶¹

Av de ovan redogjorda utgångspunkterna för förlikningsförhandlingar är det tydligt att de står i relativt bjärt kontrast till ett avgörande efter huvudförhandling. Istället för att betona den materiella konsumenträtten, den aktuella saken och att dessutom eventuellt ex officio beakta processhandlingar till fördel för konsumenten ska domstolen i den institutionella kontexten *förlikningsförhandling i domstol* hålla sig borta från saken och istället informera om de risker som ett fortsatt processande i rättegången kan medföra. I vårt exempel fall handlar detta om generella risker avseende bevissvårigheter, tidsutdräkt och, i viss mån, rättegångskostnader. Detta kan framstå som besvärande utifrån målsättningen om konsumenträttens resultat-effektivitet, men utifrån idén om processen som resurseffektiv konfliktlösare, snarare än handlingsdirigerande, är de adderade faktorerna vid förlikningsförhandlingen antagligen mindre problematiska. I den mån förlikningsförhandlingen i sig är asymmetrisk till följd av konsumentens generellt sett svagare position uppstår emellertid ånyo en konfliktyta mellan förlikningskontexten och konsumenträttens utgångspunkt att erbjuda skydd till den svagare parten.

Lin Adrian och Solfrid Mykland har i en studie undersökt innehållet i domstolsrelaterade förlikningar i Norge och Danmark. De lyfter argument för att förlikningsverksamheten i viss mån parasiterar på bilden av en rättvis rättegång genom att innehållet i förlikningarna

⁵⁶ Westberg, 2021, s. 430.

⁵⁷ Westberg, 2021, s. 428.

⁵⁸ Westberg, 2021, s. 429.

⁵⁹ Prop. 1986/87:89 s. 114.

⁶⁰ Ekelöf, Edelstam, & Pauli, 2011, s. 73. Se även prop. 1986/87:89 s. 208.

⁶¹ Westberg, 2021, s. 429. Se även NJA 1982 s. 175 I (s. 177 f.).

formuleras med en typ av juridiskt kanslispråk vilket får förlikningarna att framstå som närmast juridiska slutledningar.⁶² Tack vare att förlikningen genomförs av den profession som även ansvarar för huvudförhandling, samt i en stadfäst förlikning även kan formuleras med ordalydelser som påminner om rättsskipning, ”lånar” förlikningens legitimitet från rättsskipningen. Denna legitimitet bygger då inte på den institutionella kontextens trovärdiga metoder utan istället på professionssymboliken som omger den.⁶³ I linje med detta har det även förts fram att förlikningssituationen utgör en kvasijuridisk verksamhet som främst drivs av behovet att spara pengar snarare än att erbjuda legitima lösningar.⁶⁴ Anna Nylund har i ljuset av detta betonat vikten av kompetensutveckling för de aktörer som ansvarar för förlikningsförhandlingar.⁶⁵

I vårt exempel fall föreligger väl alltså domstolens ansvar att genom materiell processledning undvika att rättegången utgör ett hinder mot en hög nivå av konsumentskydd, men därutöver kommer domaren antagligen informera konsumenten om rättegångens potentiella tidsutdräkt och osäkerhet vilket då adderar ytterligare faktorer för konsumenten att ta ställning till. Dessa faktorer följer då inte av konsumenträtten utan utgör en följd av den institutionella kontext genom vilken konsumenten ska ges möjlighet att tillvara sin rätt. Det kan även tänkas, på så sätt som Adrian och Mykland påpekar, att det här inte är självklart för en ”engångsprocessare” att avgöra vad som utgör rättsskipning med hänvisning till tvingande konsumenträtt och vad som utgör förlikningsverksamhet.

4.3. Ett avgörande genom digital tvistlösning (ODR-förfarande) hos ARN

Sedan 2011 är ARN en så kallad e-myndighet vilket innebär att konsumenttvister kan hanteras digitalt via ARN:s webbplats.⁶⁶ ARN är idag det enda alternativet för offentligt finansierad alternativ tvistlösning i konsumentförhållanden.⁶⁷ Sedan möjligheten till digitala anmälningar infördes 2016 har måltillströmningen hos ARN ökat med 100 procent.⁶⁸

Förfarandet hos ARN är skriftligt. Som utgångspunkt kan handläggningen sägas utgå från dispositionsprincipen och kontradiktionsprincipen. Nämnden är emellertid inte bunden av parternas dispositioner på samma sätt som enligt RB 17:3. Det är dock fråga om en

⁶² Adrian, L & Mykland, S. 2018. Unwrapping Court-Connected Mediation Agreements. I Nylund A., Ervasti, K. & Adrian, L. (red.). *Nordic Mediation Research*. Cham: Springer, s. 83–103. s. 97–99.

⁶³ Adrian & Mykland, 2018, s. 101.

⁶⁴ Se Nylund, A. 2014. Access to Justice: Is ADR a Help or Hindrance. I Ervo, L. & Nylund, A. (red.). *The Future of Civil Litigation*. London: Springer, s. 325–344, s. 332.

⁶⁵ Nylund, 2014, s. 342.

⁶⁶ PM Fi2021/00426 s. 10.

⁶⁷ PM Fi2021/00426 s. 13.

⁶⁸ PM Fi2021/00426 s. 10.

sakprövning där konsumenten förväntas styrka sina påståenden med bifogad skriftlig bevisning. På grund av det skriftliga förfarandet finns det inte någon möjlighet att ta upp muntlig bevisning. En konsument kan registrera ett ärende som efter en första grundläggande kontroll från myndigheten sedan skickas till näringsidkaren för svarsyttrande. Därefter får konsumenten återigen chansen att yttra sig innan ärende lämnas över till nämnden för prövning.⁶⁹ Ett förförande vid ARN utgör visserligen inte ett formellt hinder för efterföljande domstolsprocess men i praktiken kan förfarandet hos ARN sägas vara ett alternativ till domstol snarare än ett förstadium. Detta särskilt med beaktande av att ARN:s rekommendationer efterföljs i mycket stor utsträckning.

I skrivande stund är reformförslag för ARN under utredning. Målsättningen med förslaget är bland annat att skapa kortare handläggningstider vilket förväntas gynna såväl konsumenter som näringsidkare.⁷⁰ De kortare handläggningstiderna ska väl då förstås som ”gynnande” i bemärkelsen att kortare handläggningstider är bättre än längre. Den ”gynnande” aspekten hänför sig således till processens resurseffektivitet snarare än till processens resultat i betydelsen ”hög skyddsnivå”.

Den viktigaste förändringen handlar om att införa en ansökningsavgift. Syftet med denna är inte att bidra till finansieringen av verksamheten utan istället att skapa effektivare förutsättningar att avvisa ansökningar. Om ansökningsavgiften inte betalas föreslås nämnden kunna avvisa ärendet. Tanken bakom det nu föreslagna systemet handlar om att ARN lägger relativt stora resurser på att förelägga konsumenter att komplettera bristfälliga ansökningar. Förhoppningen är att bristfälliga ansökningar sammanfaller med bristande betalning. Sådana anmälningar kan då avvisas på mer formell grund (bristande betalning) och någon handläggning eller mer ingående begäran om komplettering behöver inte inledas.⁷¹

Vidare föreslås ökad möjlighet för näringsidkaren att begära omprövning av ett beslut av ARN. I nuläget kan ett företag teoretiskt sett bli fällt av ARN utan att verkligen ha fått möjlighet att yttra sig (om föreläggandena inte nått fram) och därefter utan att ärendet prövats i sak. Ett beslut föreslås därför kunna ändras till konsumentens nackdel om företaget gör sannolikt att de inte haft kännedom om anmälan och därför inte yttrat sig.⁷² Den ökade möjligheten till omprövning och den ökade vikten vid att ärendet kontraherats kan ses som ett ökat fokus på att säkra kvaliteten i de beslut som fattas av ARN. Om-

⁶⁹ Förordning (2015:739) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden, 19–24 §§.

⁷⁰ PM Fi2021/00426 s. 21.

⁷¹ PM Fi2021/00426 s. 11.

⁷² PM Fi2021/00426 s. 16–17.

prövningsmöjligheten omtalas i förslaget som ett inslag som ”ökar förutsättningarna för mer korrekta beslut”.⁷³

Ytterligare en förändring som går i samma riktning, det vill säga i riktningen mot ett erkännande av att ARN tar över viktiga samhällsbärande tvistlösande funktioner, utgörs av möjligheten att rekrytera extra ordförande.⁷⁴ Förändringen innebär att det utöver myndighetschefen, vice myndighetschefen samt de externa domarna, även kan rekryteras extra domare under en bestämd tid. De extra domarna ska vara jurister med erfarenhet som domare. Det handlar alltså om att säkerställa ökad möjlighet till domarnärvaro i ARN. Förslaget antas öka attraktiviteten hos nämnden som arbetsplats och öka antalet jurister med domarbakgrund som söker sig till ARN.⁷⁵

En konsument som initierar ett ärende i digitalt format gör detta via ARN:s hemsida. Konsumenten guidas där genom en tågordning med kryssalternativ och fritextfält. Konsumenten får välja mellan färdiga alternativ på frågor i stil med om varan köpts ”I butik”, ”På internet”, ”Under en utflykt eller ett homeparty som organiserats av säljaren” med mera. De olika boxarna för att beskriva tvisten, framställa krav, motivera kravet och så vidare är försedda med olika tak för maximalt antal tecken. Exempelvis får den sökande på frågan ”Vad klagar du på?” fylla i 3 000 tecken medan frågan ”Vad krävde du av företaget när du klagade första gången?” respektive ”Vad svarade eller gjorde företaget?” bara får innehålla 250 tecken. I fliken för bevisning finns en lista med exempel på olika typer av bevisning samt information om vilka filformat som tas emot samt maxstorleken för inskickad bevisning (10 mb).

Dessa exempel är tänkta att visa att det digitala användargränssnittet är en central del för ARN:s institutionella kontext. Ärendets utformning kan sägas vara beroende av hur detta digitala gränssnitt utformas. Något djärvt kan här påstås att de digitala systemen därmed medför att tvistlösning inom civilprocessen rör sig i inkvisitorisk riktning. Åtminstone om vi kan vänta oss en fortsatt ökad grad av smarta tekniska hjälpmedel vid utformningen av ansökan och handläggningen. Genom att vägleda parten bland begränsade alternativ samt aktivt ge förslag på lösningar och vägar framåt är de digitala tvistlösningsverktygen mer aktiva än den traditionella bilden av en passiv ’neutral tredjepart’. Internationellt sett finns exempel inom både ordinär och alternativ tvistlösning som rör sig i den riktningen.⁷⁶

Ytterligare en möjlig förändring som är nära förestående avseende digital tvisthantering handlar om hur den digitala kontexten skapar möjligheter att automatiskt systematisera stora mängder data relaterade till liknande konsumenttvister. Verktygen kan på så sätt röra sig

⁷³ PM Fi2021/00426 s. 21.

⁷⁴ PM Fi2021/00426 s. 18.

⁷⁵ PM Fi2021/00426 s. 18.

⁷⁶ Katsh, E. & Rabinovich-Einy, O. 2017. *Digital Justice, Technology and the Internet of Disputes*. Oxford: Oxford University Press, s. 161.

från den traditionella retrospektiva prövningen av åberopade konkreta rättsfakta till proaktiva lösningsförslag, exempelvis genom systematiskt framtagen information om problem som brukar uppstå i liknande tvister, upplysningar om vanliga rättsliga oklarheter, nyckeltidpunkter för partskommunikation för att röja undan missförstånd med mera.⁷⁷

Numera är det enligt ADR-forskarna Ethan Katsh och Orna Rabinovich-Einy inom mer sofistikerad digital tvistlösning regel snarare än undantag att använda uppsamlad data som kunskapsbas för efterföljande tvister.⁷⁸ Exempelvis samlar den kanadensiska Civil Resolution Tribunal information om de mål som handläggs för att kunna systemtasa information och skapa generell kunskap om hur framtida tvister kan hanteras. På det privata området kan nämnas att Amazons tvistlösningsverktyg är väletablerat och redan nu hanterar över 60 miljoner tvister om året, mestadels med helt automatiserat beslutsfattande.⁷⁹ Den generella rörelsen för digital tvistlösning kan här sägas röra sig bort från den enskilda tvistens särdrag. Istället för att, såsom i förlikningssituationen, betona generella risker med processen som sådan, handlar det här om generella överväganden för liknande typer av konsumenttvister. En brittisk utredning om digitala verktyg inom domstolarna resulterade i slutsatsen att uppsamlad data kan bidra med diagnostiska verktyg för domstolarnas användare, redan innan de initierar en process, vilket ger förutsättningar för att få en uppfattning om i vilken mån en tvist bör tas till domstol, hur den i så fall ska formuleras, om det finns bättre alternativ och så vidare.⁸⁰

Den ökade användningen av ARN visar att tvistlösning inom ramen för digitala format verkar ha framtiden för sig även i Sverige. Det återstår emellertid att se i vilken mån ARN (eller andra tvistlösningsinstitutioner) kommer att införa mer avancerade digitala verktyg framöver och i hur stor utsträckning dessa kommer att utveckla sin egen processrättsliga logik (skild från de grundläggande ideal som presenterades ovan).

I förhållande till vårt exempelfall kan konstateras att det i instruktionen för ARN saknas regler som motsvarar RB 17:3. Nämnden är väl därmed fri, i ljuset av nämndens uppgift att verka för ett starkt konsumentskydd, att ge rekommendation om prisavdrag så länge underlaget tillåter. Möjligheten för konsumenten att inse vikten av prisavdrag, och hur stort detta kan tänkas bli, kan emellertid sägas vara i händerna på vad användargränssnittet informerar om, vilket i sin tur beror på i vilken mån konsumentkollektivet i stort visat sig vara beroende av sådan information. I den institutionella kontexten *avgörande genom ODR-förfarande hos ARN* kan det digitala gränssnittet sägas utgör

⁷⁷ Katsh & Rabinovich-Einy, 2017, s. 34.

⁷⁸ Katsh & Rabinovich-Einy, 2017, s. 161.

⁷⁹ Harvey, D. 2017. *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule-making in the internet Age*. Oxford: Oxford University Press, s. 234.

⁸⁰ Harvey, 2017, s. 239.

en för konsumenträtten betydelsefull aktör. I den mån det digitala gränssnittet framöver kommer att få alltmer "självlärande" funktioner är ordvalet "aktör" än mer passande.⁸¹

5 Slutsatser

De skarpa tongångar för den materiella rättens genomslag hos nationella domstolar som framlagts av EU-domstolen gäller inte för ARN. Det är emellertid inget som formellt sett hindrar en konsument som låtit ARN pröva saken att därefter vända sig till domstol. Det finns inte heller några formella hinder för en konsument att avböja ytterligare samtal om förlikningslösningar i allmän domstol (och ett avskrivet mål vinner inte negativ rättskraft enligt RB 17:11). Med detta sagt är det likväl en realitet att rättsliggjorda konsumentprocesser i huvudsak inte kommer att bedömas efter huvudförhandling i allmän domstol. Det blir därmed missvisande att enbart använda huvudförhandlingen som referens för i vilken mån svensk processrätt bidrar till upprätthållandet av en "hög nivå i fråga om konsumentskydd" så som det formuleras i artikel 38 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. För att utvärdera målsättningen om en hög skyddsnivå behöver givetvis ytterligare förhållanden inklusive övriga processmodellens institutionella kontext, tas i beaktande.

Låt oss nu med detta i åtanke åter betrakta de två målsättningar för konsumentprocessen som presenterades inledningsvis; att både erbjuda ett fungerande skydd i enskilda situationer samt bidra till en effektiv gemensam marknad. I både Domstolsverkets målstatistik och i EU-kommissionens utvärdering av ODR-plattformen är antalet avgjorda ärenden den mest centrala informationen. Det saknas specifik information om i vilken mån avgöranden utgör resultatet av en prövning i sak eller ett resultat av en förlikning, än mindre vad förlikningsförhandlingen i så fall bygger på för typ av överväganden.⁸² I relation till målsättningen om ett stärkande av den inre marknaden på en aggregerad nivå är en sådan specifikation möjligtvis inte heller särskilt viktigt. I det perspektivet spelar det inte någon roll på vilket sätt konsumenttvister avgörs så länge de upphör att bromsa de ekonomiska hjulen. I den mån målsättningen för svenska domstolar är att hålla nere målbanserna är det inte heller här avgörande i vilken mån en konsumentprocess avslutas med dom i sak, stadfäst förlikning eller slutligt beslut. Den institutionella kontexten för förlikningar och ODR adderar i sådant fall inte heller normer eller andra faktorer som

⁸¹ För introducerande läsning avseende detta se Björling, E. 2021. Digital tvistlösning. I Noll, G. (red.). *AI, digitalisering och rätten*. Lund: Studentlitteratur, s. 45–63.

⁸² Se Domstolsverkets årliga statistik "Domstolsstatistik 2020". Angående ODR (vilket inkluderar ARN) se Rapport från Kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om hur den plattform för tvistlösning online som inrättats enligt förordning (EU) nr 524/2013 om tvistlösning online vid konsumenttvister fungerar, COM(2017) 744 final', (2017).

kolliderar med den övergripande målsättningen för konsumentprocess.

I den mån målsättningen är att genomdriva den materiella konsumenträtten på individnivå, på så sätt som förordas av EU-domstolen är det emellertid enklare att synliggöra kollisioner mellan de svenska institutionella kontexterna och konsumenträtten. För huvudförhandlingskontexten består kollisionen bland annat i spänningar i synen på åberopsbörda och utredningsansvar. Detta föranleder även en konfliktyta mellan ex officio-ansvaret i det enskilda fallet och den generella strävan att minimera de administrativa kostnaderna för domstolarna. Förlikningsförhandlingskontexten synliggör i sin tur svårigheten i att erbjuda processalternativ som är värda besväret genom att påpeka processinterna faktorer om tidsutdräkt, ökade kostnader samt risktagande avseende målets utgång. Slutligen, inom kontexten för digital tvistlösning sker en gradvis förskjutning bort från de ideal som varit etablerade sedan rättegångsbalkens införande. Här kan möjligen skönjas en mer aktiv tvistlösande part och därigenom en tvistande konsument som i större utsträckning blir beroende av konsumentkollektivet samt de möjliga argumentationsvägar som de digitala verktygen erbjuder. Detta är en spännande utveckling som emellertid är i behov av kontinuerlig processrättslig och rättsvetenskaplig utvärdering för att inte helt ligga i händerna hos skaparna av de digitala gränssnitten.

Jag har i förvarande artikel försökt påvisa hur tvistlösningsformen påverkar tvisteföremålet. Detta är, vilket påpekades inledningsvis, inte en ny typ av forskningsansats i svensk processrätt. Den ligger i linje med både den rättsrealistiska traditionen och Access to Justice-rörelsen. Jag har försökt bidra med en bred ansats där, utöver grundläggande processprinciper och konkreta processregler, även andra hänsyn, såsom vanligt förekommande förlikningsargument och digitala användargränssnitt, lyfts fram. I förening åstadkommer dessa påverkande faktorer det jag kallar för tvistlösningens normativitet. Enligt min mening är de materiella utgångarna av tvister i de olika processvarianterna utifrån flera aspekter fundamentalt olika i förhållande till varandra. De förverkligar därmed olika typer av ”konsumentskydd”, vilka med breda penseldrag kan betraktas som ”individuell rättsskipning” vid prövning i sak, ”individuell riskminimering” vid förlikning och ”generellt” eller ”kollektivt” konsumentskydd i de framväxande digitala ODR-verktygen. Konsumenträttens genomslag i samhället ser olika ut beroende på vilken processform som ges mer eller mindre utrymme. Det kan här möjligen noteras att det i förhållande till den övergripande ekonomiska tillväxten inom EU framför allt är centralt att samhällets invånare inte sitter fastlåsta i processer. På ett övergripande plan är det därmed antagligen viktigast *att* tvisterna avslutas och inte nödvändigtvis lika viktigt *hur* tvisterna avslutas. En intressant fråga är då huruvida det uppstår spänningar mellan de dubbla mål-

sättningarna om individuellt konsumentskydd respektive marknads-effektivitet på övergripande nivå. Spänningar som inte synliggörs om inte också karaktärsskillnaderna mellan olika processformer påvisas. Den här artikeln är tänkt att vara ett bidrag till ett sådant synliggörande.