

Domsnummer: 2006-4

Avgörandedatum: 2006-02-16

Rubrik: I avtal om handel med finansiella instrument mellan nätmäklare och konsument har vissa villkor befunnits oskäligen enligt lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Det gäller dels villkor som rör friskrivning från skadeståndsansvar på grund av driftavbrott eller andra störningar i data-, tele- och elsystem eller brister i kursinformation m.m. och som orsakats av nätmäklarens vårdslöshet eller grova vårdslöshet, dels avtalsvillkor som innebär friskrivning från skadeståndsansvar för konsumenters indirekta skada som orsakats av nätmäklarens grova vårdslöshet. Även fråga om avvisning.

Lagrum: 3 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden

Rättsfall:

REFERAT

SÖKANDE

Konsumentombudsmannen (KO), 118 87 STOCKHOLM

MOTPART

Nordnet Securities Bank AB, Box 14077, 167 14 BROMMA

Ombud: jur kand Fredrik Lundblom och jur kand Marcus Nivinger, Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB, Box 5747, 114 87 STOCKHOLM

SAKEN

avtalsvillkor för depå-/kontoavtal

DOMSLUT

1. Nordnet Securities Bank AB (Nordnet) förbjuds vid vite av femhundratusen (500 000) kr att vid tillhandahållande av depå-/kontoavtal till konsument använda

dels avtalsvillkor som innebär att Nordnet friskriver sig från skadeståndsansvar på grund av driftavbrott eller andra störningar i data-, tele- och elsystem eller fel eller brister i kursinformation, nyhetsmaterial, analysmaterial, uppgifter om innehållet i konsumentens depå, bekräftelser av olika slag och/eller andra tilläggstjänster som orsakats av Nordnets vårdslöshet eller grova vårdslöshet,

dels avtalsvillkor som innebär att Nordnet friskriver sig från skadeståndsansvar för konsumenters indirekta skada som orsakats av Nordnets grova vårdslöshet, på sätt som skett i villkorens punkt G.10 a.

2. Nordnets avvisningsyrkande lämnas utan bifall.

3. KO:s talan i övrigt lämnas utan bifall.

BAKGRUND

Nordnet är ett värdepappersinstitut enligt lagen (1991:981) om värdepappersrörelse. Bolagets huvudsakliga verksamhet består av tjänster via Internet hänförliga till värdepappershandel, finansiell information, depåhantering samt in- och utlåning. Nordnet är en s.k. nätmäklare och står under Finansinspektionens tillsyn.

En konsument som vill handla med aktier via Internet kan ansöka om en depå hos en nätmäklare. På depån skall likvida medel finnas tillgängliga. Konsumenten kan sedan knappa in order på en dator i hemmet, eller där han/hon befinner sig. Genom Nordnets handelssystem lämnar Nordnet uppdrag om köp eller försäljning av visst finansiellt instrument. Nordnets handelssystem är sammankopplat med Stockholmsbörsens elektroniska handelssystem, genom vilket all elektronisk handel på Stockholmsbörsen sker. Order går således via Nordnets handelssystem vidare till Stockholmsbörsens elektroniska handelssystem där köpet eller försäljningen genomförs. Nordnet erhåller därefter information om köpet via kopplingen mot Stockholmsbörsens handelssystem, varefter kunden från Nordnets handelssystem erhåller en bekräftelse av genomfört uppdrag genom sin egen uppkoppling. Kostnader eller intäkter debiteras eller krediteras konsumenten via depån. Kommunikationskedjan består således av konsumentens datoruppkoppling, nätmäklarens eget handelssystem och börsens elektroniska handelssystem.

YRKANDEN M.M.

Konsumentombudsmannen (KO) har yrkat förbud vid vite för Nordnet att vid tillhandahållande av depå-/kontoavtal till konsument använda

- a) avtalsvillkor som innebär att konsumenten omgående måste reklamera fel och brister i Nordnets utförande av uppdraget enligt depå-/kontoavtalet,
- b) avtalsvillkor som innebär att Nordnet friskriver sig från skadeståndsansvar på grund av driftavbrott eller andra störningar i data-, tele- och elsystem eller fel eller brister i kursinformation, nyhetsmaterial, analysmaterial, uppgifter om innehållet i konsumentens depå, bekräftelser av olika slag och/eller andra tilläggstjänster som orsakats av Nordnets grova vårdslöshet,
- c) avtalsvillkor som innebär att Nordnet friskriver sig från skadeståndsansvar på grund av driftavbrott eller andra störningar i data-, tele- och elsystem eller fel eller brister i kursinformation, nyhetsmaterial, analysmaterial, uppgifter om innehållet i konsumentens depå, bekräftelser av olika slag och/eller andra tilläggstjänster som orsakats av Nordnets vårdslöshet,
- d) avtalsvillkor som innebär att Nordnet friskriver sig från skadeståndsansvar på grund av driftavbrott eller andra störningar i data-, tele- och elsystem eller fel eller brister i kursinformation, nyhetsmaterial, analysmaterial, uppgifter om innehållet i konsumentens depå, bekräftelser av olika slag och/eller andra tilläggstjänster, om inte dessa fel eller brister beror på ett hinder utanför Nordnets kontroll som bolaget inte skäligen kunde förväntas ha räknat med och vars följd det inte heller kunde ha undvikits eller övervunnits,
- e) avtalsvillkor som innebär att Nordnet friskriver sig helt från skadeståndsansvar för konsumenters indirekta skada såsom skett i villkorens punkt G.10 a),
- f) avtalsvillkor som innebär att Nordnets skadeståndsansvar aldrig skall överstiga de avgifter som konsumenten erlagt till bolaget under den månad då den händelse som utgjorde grund för ersättningsanspråket inträffade.

Nordnet har dels bestritt KO:s yrkanden under punkterna a), d), e) och f), dels medgett KO:s yrkanden under punkterna b) och c), dels även yrkat att KO:s yrkande under punkten f) skall avvisas.

I målet aktuella avtalsvillkor återfinns under punkterna G.9 och G.10 i Nordnets "Allmänna bestämmelser för Depå-/kontoavtal hos Nordnet Securities Bank AB (2003:1)". Utdrag ur dessa återfinns i domsbilaga. Depå-/kontoavtalet benämns nedan depåavtalet.

Nordnet har under våren 2004 gjort en mindre revidering, hänförlig till KO:s yrkande f), som innebär att Nordnet utmönstrat den beloppsbegränsning som återfinns i fjärde stycket i punkten G.10 a).

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

KO

Enligt en Temo-undersökning på uppdrag av Aktiefrämjandet har andelen aktieägare ökat från 49 procent av Sveriges vuxna befolkning år 1994 till 80 procent år 2004. Utvecklingen visar att det finns ett allmänintresse av att exempelvis nätmäklares villkor utformas så att de uppfyller krav på skälighet från konsumentsynpunkt.

Lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK) tillämpas på avtalsvillkor över hela konsumentområdet. Tillämpningsområdet omfattar även finansiella tjänster (se prop. 1994/95:17 s. 86). Enligt 3 § AVLK kan Marknadsdomstolen pröva om avtalsvillkor, som en näringsidkare använder när han erbjuder varor, tjänster eller andra nyttigheter till konsumenter, med hänsyn till pris och övriga omständigheter är oskäligen mot konsumenten. Om så är fallet, får Marknadsdomstolen förbjuda näringsidkaren att i framtiden i liknande fall använda samma eller väsentligen samma villkor, om ett förbud är påkallat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse.

Ett avtalsvillkor är typiskt sett oskäligt mot konsumenten om det med avvikelse från gällande dispositiva rättsregler leder till en sådan snedbelastning i fråga om parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet att en genomsnittligt sett rimlig balans mellan parterna inte längre föreligger. Det skall vara fråga om en avvikelse som ger näringsidkaren en förmån eller berövar konsumenten en rättighet. En totalbedömning av avtalets verkningar görs varvid såväl priset som övriga avtalsvillkor måste beaktas (prop. 1994/95:17 s. 89 f. med hänvisning till prop. 1971:15).

Avtalsvillkor som strider mot tvingande konsumentskyddande lagstiftning benämns som oskäligen i sig, eftersom det i sådana fall inte spelar någon roll hur avtalet är utformat i övrigt. Detsamma gäller avtalsvillkor som strider mot tvingande allmänna rättsprinciper. I förarbetena nämns som exempel avtal som friskriver näringsidkare från skadeståndsskyldighet vid grov vårdslöshet (prop. 1994/95:17 s. 65).

Genom AVLK har rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal införlivats med svensk rätt. I artikel 3.3 i direktivet hänvisas till en vägledande, men inte uttömmande, lista på villkor som kan anses oskäligen. Enligt motiven till AVLK (prop. 1994/95:17 s. 92 och 94) är villkoren i fråga typiskt sett att anse som oskäligen enligt AVLK i den mån de inte varit föremål för individuell förhandling. Detta har även bekräftats i praxis, t.ex. i avgörandena MD 2000:24 och 2002:23.

De påtalade villkoren ingår i ett standardavtal av masskaraktär som inte utformats separat för enskilda fall. Avtalet har använts av Nordnet i samband med att bolaget erbjudit konsumenter att teckna depåavtal. Liknande villkor som de påtalade används även av flera andra nätmäklare än Nordnet. Nordnets villkor är representativa för villkoren i branschen. Mot denna bakgrund anser KO att en prövning av de påtalade avtalsvillkoren är påkallad från allmän synpunkt och ligger i konsumenternas intresse.

Finansiella instrument och tjänster har undantagits från tillämpningsområdet för konsumentköplagen (1990:932), KKL, och konsumenttjänstlagen (1985:716), KtjL. Det finns idag många tjänsteområden som inte omfattas av KtjL:s tillämpningsområde men där ett starkt konsumentskydd och analogitillämpning ändå gör sig gällande, som t.ex. på området för telefoni. Det förhållandet att köp av finansiella instrument har undantagits från hela den uppsättning tvingande regler som KKL uppställer kan inte tas till intäkt för att lagstiftaren medvetet ansett att ett lägre konsumentskydd skall gälla i de avseenden som är aktuella i målet. Eftersom det saknas direkt tillämplig konsumentskyddslagstiftning på förhållandet mellan konsument och nätmäklare är det nödvändigt att betrakta den tvingande konsumenträttsliga lagstiftningen som finns på andra områden som vägledande vid bedömningen av Nordnets avtalsvillkor när de tillämpas i konsumentförhållanden.

Enligt AVLK har KO primär talerätt. Det betyder att endast Konsumentverket/KO har att pröva finansiella villkor i konsumentförhållanden utifrån ett rent konsumentperspektiv. Den prövning som Finansinspektionen gör av finansiella villkor sker utifrån annan lagstiftning där också aspekter såsom stabilitet, effektivitet och sundhet i det finansiella systemet vägs in.

I Allmänna reklamationsnämnden, ARN, görs en civilrättslig bedömning i enskilda fall. Skälighetsbedömningen av ett avtalsvillkor vid en civilrättslig prövning är inte bindande vid en marknadsrättslig prövning (se t.ex. prop. 1994/95:17 s. 63). ARN:s praxis saknar omedelbar betydelse för den prövning som Marknadsdomstolen skall göra av de aktuella avtalsvillkorens skälighet.

Yrkande a) - Reklamation

Punkten G. 9 anger inom vilken tid och på vilket sätt reklamation skall ske. Villkoret lyder:

"Om Kunden vill påtala eventuella fel eller brister som framgår av avräkningsnota, kontoutdrag eller transaktionssammandrag som avsänts från Bolaget eller som Bolaget tillhandahållit via Internet eller att avräkningsnota uteblivit eller eventuella övriga fel eller brister vid uppdragets utförande enligt dessa Allmänna bestämmelser, skall Kunden omgående underrätta Bolaget om detta (reklamation).

Om Kunden vill begära hävning av ett köp- eller säljuppdrag skall detta uttryckligen och omgående framföras till Bolaget.

Om reklamation eller begäran om hävning inte lämnas omgående förlorar Kunden rätten att begära ersättning, häva uppdraget eller kräva andra åtgärder från Bolagets sida".

Lagen (1914:45) om kommission (kommissionslagen) är tillämplig när en nätmäklare vid köp och försäljning av finansiella instrument agerar i eget namn men för kundens räkning. Enligt den lagen skall kommittenten (i detta fall konsumenten) reklamera mot brister i kommissionärens (i detta fall nätmäklarens) fullgörande av sitt uppdrag utan oskäligt uppehåll. Kommissionslagen är dispositiv. Enligt 23 § KkL och 17 § KtjL skall reklamation göras inom skälig tid efter det att konsumenten märkt eller borde ha märkt felet. Kravet på reklamation utan oskäligt uppehåll i kommissionslagen respektive inom skälig tid i KkL och KtjL innebär att tiden för när reklamation skall framställas varierar från fall till fall beroende på omständigheterna. Även enligt köplagen skall reklamation av fel i vara ske inom skälig tid efter det att köparen bort märka felet. Nordnets krav på att reklamation skall ske omgående lämnar inte öppet för en bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall. Kravet på att reklamera omgående är undantagslöst även för fall när det i och för sig skulle anses skäligt med en senare reklamation. Marknadsdomstolen har tidigare förbjudit villkor som tidsmässigt begränsat konsumentens rätt att reklamera (MD 1973:10, 1977:9, 1978:29 och 2002:23).

Enligt Svenska Akademiens ordlista anges som synonymer till uttrycket "omgående" uttrycken "omedelbart" eller "genast". Avtalsvillkorets lydelse innebär att det saknas utrymme för flexibla bedömningar som beaktar omständigheterna från fall till fall.

Enligt AVLK skall ett avtalsvillkor bedömas efter sin lydelse och innebörd. För det fall avtalsvillkoret ifråga har tillämpats på ett sätt som avviker härifrån saknar det betydelse för prövningen av villkorens skälighet (se MD 1997:1, 2002:23 och 2004:22).

Fel som uppstår vid aktiehandel måste givetvis reklameras inom kort efter det att konsumenten märkt eller borde ha märkt felet. Vid aktiehandel på Internet torde det vidare ställas höga krav på konsumenten att fortlöpande granska kontoutdrag och avräkningsnotor från nätmäklaren.

De dramatiska värdeförändringar som kan ske på det finansiella området motiverar dock inte ett krav på omedelbar reklamation i konsumentförhållanden. Konsumenter har anledning att räkna med att Nordnet utför tjänsten avtalsenligt och skall inte åläggas att vänta hemma tills Nordnets avtalsuppfyllelse har kunnat konstateras. Om Nordnets fel i tjänsten leder till skada åligger det den skadelidande att begränsa sin skada. Konsumenten saknar således redan i och med denna princip utrymme att spekulera i svängningar på finansmarknaden. Denna princip talar för att det är oskäligt att dessutom kräva omgående reklamation.

Kravet på att konsumenten omgående skall reklamera fel innebär en alltför kraftig avvikelse från vad som gäller enligt dispositiv rätt samt vad som gäller i

övriga konsumentförhållanden. Mot denna bakgrund bör avtalsvillkoret anses alltför betungande för konsumenterna och bör förbjudas såsom oskäligt.

Yrkande b) - Friskrivning från ansvar vid fel eller störningar vid grov vårdslöshet

I punkten G.10 a) i villkoren räknas inledningsvis upp hur konsumenten kan drabbas av driftavbrott eller andra fel eller störningar i datasystem, tele- eller elsystem. Konsumenten upplyses vidare om att Nordnet i allmänhet har möjlighet att ta emot order per telefon, men att möjligheten att lämna order per telefon i praktiken kan vara begränsad om ett stort antal kunder ringer samtidigt. Därefter stadgas:

"Bolaget är ej ansvarigt vare sig för direkt eller indirekt skada som Kunden eller annan åsamkas till följd av i första stycket angivna fel eller störningar (ej begränsad till de däri uppräknade exemplen), även innefattande sådan skada som kan uppkomma till följd av vad som angivits i andra stycket.

Bolaget kan inte göras ansvarigt för förlust eller skada, direkt eller indirekt, på grund av eventuella fel eller brister i kursinformation, nyhetsmaterial, analysmaterial, uppgifter om innehållet i Kundens depå, bekräftelser av olika slag och/eller andra tilläggstjänster. Bolaget ansvarar inte i något fall för indirekt skada (såsom utebliven vinst, inkomst eller förlust av data). Bolagets ansvar skall aldrig överstiga de avgifter som Kunden erlagt till Bolaget under den månad då händelse som utgjorde grund för ersättningsanspråket inträffade."

Nordnet friskriver sig enligt villkoret från allt ansvar för skada på grund av driftavbrott eller andra störningar i datorsystem eller tele- och elsystem. Därtill friskriver sig Nordnet från ansvar för förlust eller skada på grund av eventuella fel eller brister i information som Nordnet lämnar eller förmedlar.

Avtalsvillkor som strider mot tvingande allmänna rättsprinciper är oskäliga i sig. I förarbetena nämns som exempel avtal som friskriver näringsidkare från skadeståndsskyldighet vid grov vårdslöshet (prop. 1994/95:17 s. 65). Nordnets friskrivning innehåller inget undantag för grov vårdslöshet från bolagets sida. Avtalsvillkoret är således oskäligt i sig.

Yrkande c) - Friskrivning från ansvar vid fel eller störningar vid vårdslöshet

Enligt 17 § kommissionslagen skall en kommissionär, som visat försumlighet vid fullgörande av sitt uppdrag, ersätta den skada som kommittenten drabbats av. Kommissionslagen föreskriver således ett skadeståndsansvar för vårdslöshet från kommissionärens sida.

Nordnets ansvarsbegränsning innehåller inget undantag för vårdslöst agerande från bolaget (jfr MD 2002:23). Friskrivningen är även på denna grund alltför långtgående i förhållande till konsumenter och bör förbjudas.

Yrkande d) - Friskrivning för fel inom Nordnets kontrollsfär

Den totala friskrivningen i punkten G.10 a) omfattar förutom friskrivning från skador uppkomna på grund av bolagets vårdslöshet, även skador som uppstått på grund av hinder inom Nordnets kontrollsfär, alternativt hinder utanför bolagets kontrollsfär, men som bolaget skäligen hade kunnat förväntas räkna med eller vars följder bolaget kunde ha undvikit eller övervunnit.

Handel med finansiella instrument över Internet är förenad med en särskild risk för fel eller störningar i kommunikationssystemen. En konsument som drabbas kan lida omfattande ekonomiska förluster. Ett culpaansvar för driftstörningar eller felaktig information är inte tillräckligt för nätmäklare i förhållande till konsumenter. Det är Nordnet som ansvarar för underhåll av det egna systemet och som har möjlighet att utreda vad driftstörningar har berott på och försäkra sig ekonomiskt mot tekniska problem som kan uppstå i systemet. Det framstår därför som obalanserat att konsumenten i vissa fall skall stå risken för fel i systemet. Det är orimligt att en konsument skulle vara tvungen att styrka vårdslöshet från Nordnets sida vid sådana driftstörningar som orsakat skada. Den rimliga ansvarsfördelningen är därför att Nordnet, för att undgå skadeståndsskyldighet, visar att driftstörningen berott på ett hinder utanför bolagets kontroll som bolaget inte borde ha förutsett och som det inte heller kunde ha undvikit eller övervunnit. Den omständigheten att skadorna kan bli

omfattande motiverar inte en lindrigare ansvarsgrund för dessa tjänster. Skadorna som kan uppstå kan inte heller sägas vara så förutsebara att detta skulle motivera en annan ansvarsgrund. Utanför bolagets kontrollsfär faller t.ex. en konsuments problem med den egna Internetuppkopplingen eller börsens problem med det elektroniska handelssystemet. Kontrollansvaret innebär att ansvaret för skador som drabbar konsumenterna fördelas mellan dem som tillhandahåller de olika tjänsterna på ett rimligt sätt och utgör en rimlig ansvarsfördelning även i dessa avtalsförhållanden. Kontrollansvaret innebär dessutom ett incitament för näringsidkaren att förebygga att fel eller dröjsmål inträffar. En sådan ordning är viktig för konsumenternas förtroende för marknaden och särskilt för den elektroniska handeln.

Det saknas tvingande lagstiftning som reglerar ansvaret för skador av det slag som friskrivningen avser. Det är därför nödvändigt att beakta konsumentskyddande lagstiftning på andra områden för att bedöma skäligheten av Nordnets avtalsvillkor. Kommissionslagen är inte anpassad till konsumentförhållanden.

Det kan invändas att det culpaansvar som återfinns i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter talar för att ett culpaansvar skall gälla även för nätmäklare. Det är dock svårt att jämföra skadeståndsansvar för finansiell rådgivning med Nordnets ansvar för sina åtaganden enligt depåavtalet. Vårdslös rådgivning uppstår inte på grund av att hinder för fullgörande av de avtalsenliga förpliktelserna förelegat, utan på grund av att rådgivaren överträtt vissa aktsamhetsnormer. Nätmäklarens ansvar, däremot, avser konkreta varor och tjänster som ingår i avtalet.

Nordnets förpliktelse går ut på att uppnå ett bestämt resultat, nämligen att störningsfritt utföra kundens lämnade uppdrag. Karaktären av Nordnets förpliktelse talar för att i likhet med köplagen, lagen (1999:268) om betalningsöverföringar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet samt den konsumentskyddande lagstiftningen, tillämpa kontrollansvarsprincipen på nätmäklarens ansvar för driftsstörningar. Lagen om betalningsöverföringar inom

Europeiska ekonomiska samarbetsområdet är mera relevant för bedömningen av skäligheten av Nordnets friskrivning än lagen om finansiell rådgivning till konsumenter. I bl.a. KkL, KtjL, ellagen (1997:857) och lagen (1992:1672) om paketresor stadgas ett kontrollansvar för näringsidkaren gentemot konsumenten. Ansvarsprincipen är hämtad från köprätten. Kontrollansvaret som ansvarsgrund är numera så etablerad att det i konsumentförhållanden måste betraktas som en tvingande allmän rättsprincip.

Mot bakgrund av principen om den skadelidandes skyldighet att minska sin skada är ett kontrollansvar inte onödigt strängt för näringsidkaren utan tvärtom den mest rimliga ansvarsfördelningen. KO ifrågasätter att ett kontrollansvar - i jämförelse med ett culpaansvar - skulle innebära sådana ökade kostnader för Nordnet att detta nödvändigtvis skulle drabba Nordnets kunder i form av förhöjda avgifter.

Nu aktuellt villkor är alltför långtgående och leder därmed till en sådan obalans i förhållande till parternas rättigheter och skyldigheter att det därför bör förbjudas som oskäligt.

Yrkande e) - Villkor avseende ansvar för indirekt skada

I punkt G.10 a) i Nordnets villkor stadgas att bolaget inte i något fall ansvarar för indirekt skada.

Av 32 § KkL respektive 31 § KtjL framgår att konsumenten har rätt till ersättning för de kostnader denne drabbats av på grund av fel i varan respektive tjänsten eller säljarens dröjsmål. Näringsidkaren skall utge full ersättning till konsumenten och det görs inte någon uppdelning mellan direkt och indirekt skada. Inte heller i ellagen eller lagen om paketresor görs någon åtskillnad mellan direkt och indirekt skada.

Principen om näringsidkarens skyldighet att svara även för indirekta skador gentemot konsument har fått sådan genomslagskraft att principen måste betraktas som en tvingande allmän rättsprincip.

Marknadsdomstolen har i avgörandena MD 1982:15 och 2002:23 bedömt

avtalsvillkor som oskäligen när näringsidkarens ansvar för fel och brist gentemot konsument begränsades till direkta kostnader.

Det i avtalsvillkoren använda begreppet indirekt skada kan inte likställas med begreppet positiva kontraktsintresset, dvs. utebliven vinst. Begreppet indirekt skada i Nordnets avtalsvillkor måste tolkas utifrån den lagstiftning där begreppet förekommer. I 67 § köplagen andra stycket 1-3 räknas upp vad som skall anses utgöra en indirekt förlust i köplagens mening. Av bestämmelsen framgår att det inte går att sätta likhetstecken mellan begreppet indirekt förlust och begreppet utebliven vinst, eftersom begreppet indirekt skada är vidare än begreppet utebliven vinst. Det förhållandet att rådgivarens skadeståndsansvar enligt lagen om finansiell rådgivning till konsumenter inte omfattar utebliven vinst, dvs. ansvaret omfattar inte utebliven vinst som den skadelidande drabbas av utan endast ersättning enligt det negativa kontraktsintresset (prop. 2002/03:133 s. 32-33), kan inte leda till slutsatsen att det är skäligt för en nätmäklare att friskriva sig från samtliga indirekta förluster.

Vid bedömningen av om det aktuella villkoret är obalanserat är det viktigt att notera att kommissionslagen ger kommittenten rätt till ersättning upp till det positiva kontraktsintresset och att det inte görs någon skillnad på direkt eller indirekt skada. Med beaktande av såväl allmänna rättsprinciper som dispositiv rätt är villkoret oskäligt.

För det fall Nordnet påtar sig ett kontrollansvar är bolagets skadeståndsansvar begränsat på så sätt att bolaget endast ansvarar för skador orsakade av fel eller dröjsmål som varit kontrollerbara för näringsidkaren. Dessutom åligger det den konsument som påstår sig ha drabbats av skada att visa såväl att adekvat kausalitet föreligger som storleken på skadan. Det är därför inte orimligt för Nordnet att ta ett fullt skadeståndsansvar, dvs. ett ansvar som omfattar även indirekta skador.

Såsom punkten G.10 a) är utformad utesluter det ansvar för indirekt skada även när t.ex. grov vårdslöshet skulle kunna läggas Nordnet till last. I vart fall på den grunden står det klart att friskrivningen är oskälig eftersom en sådan friskrivning strider mot tvingande allmänna rättsprinciper. Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter innehåller inte något undantag för skador som uppstått på grund av rådgivarens grova vårdslöshet. Eftersom det inte är korrekt att sätta likhetstecken mellan positiva kontraktsintresset och indirekt skada bestrids att rådgivaren, med stöd den nyssnämnda lagen, skulle kunna friskriva sig från samtliga indirekta förluster vid skada som uppstått på grund av grov vårdslöshet. Ett sådant avtalsvillkor bör bedömas som oskäligt eftersom det skulle strida mot tvingande allmänna rättsprinciper.

Villkoret är alltför obalanserat och bör förbjudas som oskäligt.

Yrkande f) - Skadestånd begränsat till erlagda avgifter

Enligt punkten G.10 a) i Nordnets villkor är bolagets skadeståndsansvar begränsat till de avgifter som konsumenten erlagt till Nordnet under den månad då den händelse som ersättningsanspråket grundar sig på inträffade. Friskrivningen innebär att Nordnet begränsat sitt skadeståndsansvar även för fall där skadestånd enligt gällande skadeståndsrättsliga principer skulle kunna utgå med större belopp än som anges i villkoret.

Enligt punkten 1 b i den vägledande listan i direktivet om oskäligen villkor i konsumentavtal skall ett avtalsvillkor vars mål eller konsekvens är att otillbörligen utesluta eller begränsa konsumentens lagliga rättigheter gentemot näringsidkaren i händelse av att näringsidkaren bryter helt eller delvis mot någon avtalsförpliktelse, anses vara oskäligt.

I avgörandet MD 2002:23 slog Marknadsdomstolen fast att det villkor som begränsade bolagets skadeståndsansvar till 10 000 kr per år, oavsett omfattningen av de skador som inträffat under året, med hänvisning till punkten 1 b i den vägledande listan i direktivet om oskäligen villkor i konsumentavtal, var att anse som oskäligt. På samma grund är även Nordnets beloppsbegränsning att anse som oskälig då den står i strid med dispositiv rätt.

Nordnet har visserligen beslutat att utmönstra beloppsbegränsningen ur avtalsvillkoren. På det finansiella området saknas emellertid praxis från Marknadsdomstolen avseende sådana avtalsvillkor som yrkande f) avser. Det är

därför av principiell betydelse att Marknadsdomstolen bedömer skäligheten av avtalsvillkoret.

Nordnet

Svenska Fondhandlareföreningen är en samarbetsorganisation för företag som driver värdepappershandel i Sverige, dvs. banker och värdepappersbolag, i vilken de flesta aktörer i den aktuella branschen, inklusive Nordnet, är medlemmar. Svenska Fondhandlareföreningens regler och rekommendationer har haft stort genomslag på värdepappersmarknaden och dessa återfinns i mer eller mindre redigerat skick i de flesta värdepappersinstituts standardvillkor. Såvitt gäller de avtalsvillkor avseende omgående reklamation och friskrivning från ansvar för indirekt skada som nu är föremål för Marknadsdomstolens prövning, tillämpar samtliga medlemmar i Svenska Fondhandlareföreningen sådana villkor. Såvitt gäller det avtalsvillkor till vilket KO:s yrkande b) - d) hänför sig, tillämpar samtliga nätmäklare som är medlemmar i Svenska Fondhandlareföreningen liknande avtalsvillkor.

Nu aktuellt avtal är upprättat mot bakgrund av de av Svenska Fondhandlareföreningen framtagna reglerna avseende allmänna bestämmelser för depå-/kontoavtal, blankett för depå-/kontoavtal samt mallbestämmelser avseende tjänster för näthandelskunder. Dessa mallvillkor har varit föremål för genomgång av Finansinspektionen. I Finansinspektionens uppgifter ingår att bevaka avtalsvillkor, varvid inspektionen har skyldighet att ingripa om avtalsvillkor är utformade på ett sätt som inte stämmer överens med bl.a. AVLK, vilket även framgår av "Överenskommelse mellan Finansinspektionen och Konsumentverket/KO". Finansinspektionen har inte haft något att erinra mot de avtalsvillkor som nu är föremål för Marknadsdomstolens prövning.

Bifall till yrkandena a), d) och e) kommer att medföra ökad riskexponering för den finansiella sektorn som är verksam inom värdepappershandel, värdepappersförmedling, börshandel och riskkapitalförsörjning samt ökade försäkringskostnader för dessa aktörer, vilka i slutändan måste bäras av kunderna. Principen att en skadelidande har en skyldighet att begränsa sin skada medför inte att Nordnet och andra aktörer inte drabbas av en ökad riskexponering, om KO vinner bifall till sin talan. Ett bifall till KO:s talan medför betydande nackdelar för konsumenter och en negativ samhällsutveckling.

Handel och tjänster på värdepappersmarknaden är föremål för reglering i ett stort antal lagar, förordningar, riktlinjer och rekommendationer, från såväl myndigheter som privata organisationer inom ramen för s.k. självreglering. Till de mer centrala regleringarna hör lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument, lagen (1991:981) om värdepappersrörelse, Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd samt Svenska Fondhandlareföreningens riktlinjer och rekommendationer.

Tillämpliga lagar på den avtalsrättsliga relationen mellan Nordnet och dess kund är, förutom avtalslagen och allmänna avtalsrättsliga principer, kommissionslagen (se 1 kap. 9 § lagen om värdepappersrörelse) samt även allmänna syssломannarättsliga regler. Avtalsfrihet råder i allt väsentligt på området. AVLK innehåller till viss del civilrättsliga tolkningsregler vid konsumentförhållanden (se 10-12 §§ AVLK).

KkL är endast tillämplig på köp av lösa saker. Köp och försäljning av värdepapper har undantagits från lagens tillämpningsområde. I motiven till KkL anges bl.a. att lagstiftaren inte ansett skyddsbehovet vara tillräckligt starkt i denna del (prop. 1989/90:89 s. 29). Inte heller KtjL är tillämplig eftersom Nordnets verksamhet inte består i arbete på eller förvaring av lösa saker eller arbete på fast egendom. Mot bakgrund av vad som anges i förarbetena till KkL beträffande handel med finansiella instrument, dvs. att skyddsbehovet inte ansetts vara tillräckligt starkt, torde utrymmet för analogier vara mycket begränsat även i förhållande till annan konsumentskyddslagstiftning.

Kommissionslagen, som är tillämplig på depåavtalet, är för närvarande föremål för översyn. Utredaren har i uppdrag att utreda om det bör införas några särskilda tvingande konsumentregler såvitt gäller sådana tjänster som omfattas av depåavtalet. Följaktligen är lagstiftaren av uppfattningen att det inte finns några tvingande rättsregler eller rättsprinciper till förmån för konsumenter såvitt gäller de tjänster som omfattas av depåavtalet. Detta visar att det saknas förutsättningar för att göra analogier med den lagstiftning som KO

åberopar. Det finns inga bärande skäl för att tvingande normer rörande ansvar, reklamation och skadestånd för sådana tjänster som omfattas av depåavtalet skall införas genom en dom från Marknadsdomstolen när det pågår en offentlig utredning beträffande sådana normer. Även på grund härav saknas det förutsättningar att bifalla KO:s yrkanden a), d) och e).

KO:s yrkande a) - Krav på omgående reklamation

Det bestrids dels att villkoret innebär en alltför kraftig avvikelse från vad som gäller enligt dispositiv rätt och vad som i övrigt gäller i konsumentförhållanden, dels att det ifrågavarande villkoret i något annat avseende skulle vara oskäligt.

Det kan inte heller anses vara påkallat ur allmän synpunkt eller annars ligga i konsumenternas intresse att villkoret förbjuds.

För det fall Marknadsdomstolen finner att det aktuella avtalsvillkoret avviker från dispositiv rätt görs gällande att villkoret inte leder till en sådan obalans i förhållande till parternas rättigheter och skyldigheter att det bör förbjudas som oskäligt med hänsyn till att det är fråga om tjänster hänförliga till handel med finansiella instrument på börs eller annan marknadsplats samt att Finansinspektionen och Allmänna reklamationsnämnden, ARN, inte har ansett att det aktuella avtalsvillkoret är oskäligt.

Enligt motiven till AVLK kan de avtalsvillkor som är att anse som oskäliga indelas i tre huvudgrupper. Dessa grupper utgörs av villkor som strider mot indispositiv rätt (inklusive tvingande allmänna rättsprinciper), villkor som avviker från dispositiv rätt och villkor som är vilseledande eller har en oklar utformning (prop. 1994/95:17 s 64 f.).

I 1905 års köplag, som gällde fram till år 1990, stadgades i 52 § att reklamation i vissa fall skulle ske "genast", dvs. "omgående". En anledning till att lagstiftaren inte satte upp någon viss tidsrymd inom vilken reklamation skulle ske var för att lämna domstolarna fria händer att "ta hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet". Frågan om reklamation skett "genast" i enlighet med nu nämnda reklamationsbestämmelse i den gamla köplagen har även varit föremål för prövning i ett mycket stort antal rättsfall (t.ex. NJA 1990 s. 680). Av dessa rättsfall framgår att hänsyn har tagits till omständigheterna i det enskilda fallet.

I likhet med begreppen "inom skälig tid" och "utan oskäligt uppehåll" är begreppet "omgående" ett flexibelt begrepp och det är möjligt att i varje enskilt fall beakta samtliga omständigheter vid en bedömning av inom vilken tid reklamation skall ha skett för att uppfylla kravet på omgående reklamation.

Vid bedömningen av huruvida kravet på att reklamation skall ske omgående är oskäligt eller inte måste särskilt beaktas vilken typ av handel eller tjänst det är fråga om. Hänsyn måste tas till bl.a. att depåavtalet omfattar tjänster som avser finansiella instrument som handlas över börs eller auktoriserad marknadsplats, att priset och därmed värdet på dessa instrument på mycket kort tid kan undergå stora förändringar, att priset på finansiella instrument beror på sådana svängningar på finansmarknaden som Nordnet eller något annat värdepappersinstitut inte kan kontrollera samt att det därför är motiverat med ett krav på omgående reklamation. Syftet med den aktuella bestämmelsen är att ge Nordnet möjlighet att omgående rätta till eventuella fel som uppstår och därigenom minska skadeverkningarna. Kravet på omgående reklamation är en grundläggande förutsättning för att kunna bedriva en effektiv handel över börs. I samband med köp av vissa typer av produkter har det ansetts motiverat med en omgående/snabb reklamation, t.ex. vid köp av färskvaror eller börsnoterade värdepapper.

Enligt lag föreligger en skyldighet för Nordnet att upprätta avräkningsnota i samband med att Nordnet köpt eller sålt finansiella instrument på uppdrag av en kund (se 3 kap. 9 § lagen om värdepappersrörelse). Avräkningsnotan är i elektronisk form och skall uppräknas på avslutsdagen eller senast påföljande bankdag. Därmed ges kunden en möjlighet att omgående påpeka eventuella felaktigheter som framgår av avräkningsnotan. Det är således i princip aldrig fråga om svårupptäckta fel. Även det nu anförda talar för att det är skäligt att kunden måste reklamera omgående. En längre reklamationsfrist skulle möjliggöra för kunden att spekulera i exempelvis felaktiga köp eller försäljningar som gjorts av Nordnet.

Enligt dispositiv rätt föreligger en skyldighet enligt köplagen att vid köp av finansiella instrument reklamera inom en mycket kort tidsperiod, dvs. omgående. Samma synsätt bör tillämpas även på reklamation avseende de tjänster som depåavtalet innefattar. Enligt kommissionslagen skall reklamation ske "utan oskäligt uppehåll". Ett krav på "omgående" reklamation kan inte anses utgöra någon avvikelse från den reklamationsfrist som uppställs i kommissionslagen. Kravet på omgående reklamation i depåavtalet överensstämmer med gällande dispositiv rätt.

Vid reklamation gäller att reklamationsfristen börjar löpa redan när den som påstår att fel föreligger "borde ha insett felet", vilket kan vara avsevärt tidigare än när denne fick "faktisk kännedom om felet". Skyldigheten att reklamera kan således uppstå avsevärt mycket tidigare än skyldigheten att begränsa sin skada. Detta gäller även enligt den konsumentskyddslagstiftning som KO hänvisar till. Kravet på omgående reklamation står i överensstämmelse med den allmänna rättsgrundsatsen om skyldighet för en skadelidande att begränsa sin skada. Även på grund härav kan kravet på omgående reklamation, mot bakgrund av den marknad som verksamheten bedrivs på, inte anses vara oskäligt.

Ett krav på omgående reklamation innebär inte att en kund "åläggs att vänta hemma tills Nordnets avtalsuppfyllelse har konstaterats" (jfr t.ex. NJA 1990 s. 608). För att kunna granska en elektronisk avräkningsnota behöver kunden endast ha tillgång till Internet.

Med hänsyn till dels att KkL eller någon annan av KO åberopad lag som berör förhållandet mellan konsumenter och näringsidkare inte är direkt tillämplig på de tjänster som omfattas av depåavtalet, dels att det är fråga om tjänster som avser finansiella instrument där det på mycket kort tid kan inträffa stora värdeförändringar, bestrids att det finns skäl att göra analogier med KkL och KtjL.

Villkoret avseende omgående reklamation motsvarar i allt väsentligt punkten "Reklamation och hävning" i Svenska Fondhandlareföreningens blankett för depå-/kontoavtal och punkten 6 i mallbestämmelser avseende tjänster för näthandelskunder. En motsvarande bestämmelse finns också i de branschgemensamma Allmänna villkoren för handel med finansiella instrument som också utgivits av Svenska Fondhandlareföreningen. Såvitt Nordnet känner till återfinns kravet på omgående reklamation i alla bankers och värdepappersbolags avtalsvillkor.

I förarbetena till lagen om finansiell rådgivning till konsumenter nämns reklamationsbestämmelsen i de nyssnämnda branschgemensamma Allmänna villkoren (se prop. 2002/03:133 s. 35). I det sammanhanget anges inget om att kravet på omgående reklamation skulle vara oskäligt i förhållande till konsumenter.

Ett uttryckligt villkor i depåavtalet på omgående reklamation bör ligga i konsumenternas intresse, eftersom villkoret speglar den reklamationsfrist som gäller enligt dispositiv rätt. En kund kan annars lätt förledas att tro att han eller hon har längre tid på sig att reklamera än vad som följer av gällande rätt.

De rättsfall från Marknadsdomstolen vartill KO hänvisat saknar all relevans vid prövningen av skäligheten i det nu aktuella avtalsvillkoret. ARN har i ett antal fall prövat frågan om reklamation vid aktiehandel. Även ARN:s praxis talar mot KO:s påstående att det aktuella avtalsvillkoret skulle vara oskäligt.

KO:s yrkande b) - Friskrivning från ansvar vid fel eller störningar vid grov vårdslöshet

Villkoret är inte oskäligt på sätt KO påstått. Det kan inte anses föreligga en skyldighet att uttryckligen ange att denna friskrivning inte gäller vid grov vårdslöshet. Det kan inte anses åligga Nordnet att räkna upp samtliga fall då villkoret inte är tillämpligt. Nordnet har, vilket har meddelats KO, för avsikt att justera lydelsen av den aktuella bestämmelsen så att det framgår att bestämmelsen inte omfattar det fallet att Nordnet handlat grovt vårdslöst. Nordnet medger därför det aktuella yrkandet.

KO:s yrkande c) - Friskrivning från ansvar vid fel eller störningar vid

vårdslöshet

Villkoret är inte oskäligt på sätt KO påstått. Det bestrids att det vid tjänster som de nu aktuella inte skulle vara möjligt att frskriva sig från visst vårdslöst agerande på sätt som gjorts i depåavtalet. Icke desto mindre är Nordnet berett att justera lydelsen av den aktuella bestämmelsen så att det framgår att bestämmelsen inte omfattar det fallet att Nordnet agerat vårdslöst. Nordnet medger därför det aktuella yrkandet.

KO:s yrkande d) - Friskrivning för fel inom Nordnets kontrollsfär

Det bestrids dels att nu påtalat villkor är oskäligt på sätt KO påstått, dels att det inte är tillräckligt med ett culpaansvar för nätmäklare i förhållande till konsumenter, dels också att kontrollansvaret numera skall anses vara en tvingande rättsprincip i konsumentförhållanden.

För det fall att Marknadsdomstolen skulle finna att det aktuella villkoret strider mot dispositiv rätt gör Nordnet gällande att villkoret inte leder till en sådan obalans i förhållande till parternas rättigheter och skyldigheter att det bör förbjudas som oskäligt, med hänsyn till bl.a. att det är fråga om tjänster hänförliga till handel med finansiella instrument på börs eller annan marknadsplats, att ett förbud kommer att innebära att priset för de aktuella tjänsterna fördyras samt att Finansinspektionen och ARN inte har ansett att det aktuella avtalsvillkoret är oskäligt.

Det kan inte heller anses vara påkallat från allmän synpunkt eller annars ligga i konsumenternas intresse att villkoret förbjuds.

Vid bedömningen av det nu aktuella avtalsvillkoret måste beaktas vilken typ av tjänster depåavtalet avser. Särskilt måste beaktas det förhållande att Nordnets tjänster enligt detta avser bl.a. att motta köp- eller säljorder genom tele- eller datorkommunikation.

Vid mycket hög belastning i Stockholmsbörsens handelssystem förekommer det att Stockholmsbörsen har långa svarstider gentemot bland annat Nordnets handelssystem. Detta kan resultera i att köp eller försäljningar av finansiella instrument genom Nordnets handelssystem fördröjs i förhållande till vad som normalt är brukligt. Långa svarstider i Stockholmsbörsens handelssystem kan även påverka Nordnets handelssystem. Detta kan innebära att när Nordnet sänder information genom Nordnets handelssystem till Stockholmsbörsens handelssystem, denna information inte når Stockholmsbörsens handelssystem inom den tid som normalt är brukligt. Vidare kan kunden, på grund av tekniska problem med sin egen dator eller sin uppkoppling mot Internet eller problem hänförliga till en så kallad Internetleverantör, ha svårt att lämna uppdrag eller i övrigt kommunicera med Nordnets handelssystem.

Sådana störningar i kommunikationen som friskrivningen avser ligger typiskt sett utanför Nordnets kontroll. Samtliga inblandade parter är väl medvetna om att störningar uppkommer. Villkoret i punkten G.10 a) inleds med en beskrivning av att det kan förekomma fel och störningar i kommunikationskedjan samt att fel och störningar kan vara hänförliga till kundens, Nordnets eller annans datasystem. Riskerna finns tydligt beskrivna. Nordnet erbjuder sina kunder som alternativ att lägga order via telefon. Detta innebär att kunden inte är helt avskärmad i händelse av t.ex. driftstopp i handelssystemet utan har alternativa möjligheter att nå fram till Nordnet.

Det skulle vara alltför betungande för Nordnet att ansvara för att samtliga kunders datakommunikation med Nordnet, och i slutändan Stockholmsbörsen, vid var tid fungerar störningsfritt och utan dröjsmål. Redan på grund härav kan det aktuella avtalsvillkoret inte anses vara oskäligt på sätt som KO påstår.

Det nu aktuella avtalsvillkoret har arbetats fram mot bakgrund av Svenska Fondhandlareföreningens mallbestämmelser avseende tjänster för näthandelskunder och torde användas av samtliga nätmäklare. Även svenska staten, genom Riksgäldskontoret, friskriver sig helt från t.ex. data-, el- och telefel. Skada som uppkommer i andra fall ersätts inte om Riksgäldskontoret varit normalt aktsamt, vilket innebär att ett culpaansvar gäller i de fall som inte omfattas av statens totala friskrivning.

Jämförelser kan inte göras med den av KO nämnda

konsumentskyddslagstiftningen, KkL, KtjL, ellagen och lagen om paketresor. Reglerna om kontrollansvar återfinns inte heller på alla konsumenträttsliga områden. I lagen om finansiell rådgivning till konsumenter har skadeståndsskyldigheten utformats som ett culpaansvar (se 6 §). Enligt förarbeten är bestämmelsen en kodifiering av den praxis som redan finns på området (prop. 2002/03:133 s. 31 f. och 53 f.). Det finns inte några bärande skäl för att ett annat ansvar än culpaansvar skall anses gälla för sådana tjänster som depåavtalet avser. För det fall någon jämförelse med konsumentskyddslagstiftning skall göras vid bedömningen av den nu aktuella frågan bör endast lagen om finansiell rådgivning till konsumenter beaktas.

Lagen om betalningsöverföringar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet har inte någon som helst relevans vid skälighetsprövningen av depåavtalets bestämmelser om friskrivning från fel eller störningar i datakommunikationen.

Av kommissionslagen framgår att en kommissionär kan åläggas skadeståndsansvar om denne visat försumlighet vid fullgörandet av sitt uppdrag, dvs. ett culpaansvar. I likhet med kommissionslagen gäller för syssломän ett culpaansvar och inte ett kontrollansvar (se 18 kap. 4 § handelsbalken).

Om ett kontrollansvar åläggs Nordnet och andra värdepappersinstitut kommer dessa att vara tvungna att skydda sig mot den ökade riskexponeringen genom att teckna ytterligare försäkringar. Detta medför ökade försäkringskostnader som i slutändan kommer att få bäras av kunderna.

Såvitt Nordnet känner till finns det över huvud taget inte några uttalanden i lagförarbeten eller doktrin som säger att kontrollansvar skulle vara en allmän rättsprincip i konsumentförhållanden. Än mindre finns det några entydiga och välgrundade uttalanden av sådant slag (se NJA 2000 s. 538).

Ett liknande villkor som det nu aktuella har även prövats av ARN, som konstaterat att ett avtalsvillkor som det i punkten G.10 a) inte är oskäligt. Finansinspektionen, som har att pröva huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt enligt AVLK, har inte haft något att erinra mot det aktuella avtalsvillkoret.

Om Marknadsdomstolen skulle bifalla KO:s yrkande i denna del skulle det innebära att en helt ny norm i form av ett kontrollansvar skulle skapas för kommissionärer och syssломän. Införandet av en sådan ny norm bör aktualiseras endast genom lagstiftning.

Av ett yttrande från professor Jan Ramberg framgår bl.a. att det allmänt antas att ansvar för uppdragstagare, såsom Nordnet, bygger på culparegeln och inte kontrollansvarsregeln, att KO:s uppfattning att kontrollansvaret skulle ha förträngt culpaansvaret och upphöjts till en allmän ansvarsprincip är felaktig samt att det i svensk rätt inte finns någon generell indispositiv eller dispositiv rättsprincip med innebörd att kontrollansvar föreligger i det fallet att en näringsidkare, såsom Nordnet, utför uppdrag åt en konsument.

Svea hovrätt har i en dom prövat frågan om kontrollansvaret i konsumentförhållanden utgör en allmän skadeståndsrättslig princip och funnit, i likhet med den juridiska doktrinen och ARN, att det inte finns någon allmän rättsprincip av innebörd att kontrollansvar gäller i förhållande till konsumenter.

Lagstiftaren har således ansett dels att det är ett culpaansvar som gäller för de tjänster som omfattas av depåavtalet, dels valt att inte införa någon särskild konsumentlagstiftning som föreskriver ett kontrollansvar för kommissionärer och syssломän. Det nu anförda visar att det aktuella avtalsvillkoret inte kan anses strida mot indispositiv eller dispositiv rätt och vara oskäligt på sätt som KO påstår.

Det kan tilläggas att Nordnet numera har ändrat punkten G 10 a).

KO:s yrkande e) - Villkor avseende ansvar för indirekt skada

Aktuell ansvarsbegränsning är inte oskälig. Handel med finansiella instrument omfattas varken direkt eller indirekt av KkL eller KtjL, varför det inte är lämpligt att göra analogier till dessa. Om någon form av analogi skall göras, bör en sådan i första hand ske mot bakgrund av lagen om finansiell rådgivning till konsumenter. Enligt förarbetena till denna lag omfattar det skadestånd som

utgår vid ersättningsgill skada endast ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset och inte det positiva kontraktsintresset (SOU 2002:41 s. 139 och prop. 2002/03:133 s. 32 f.). Det kan inte anses finnas någon allmän rättsprincip som förbjuder friskrivningar för indirekta skador i konsumentförhållanden såvitt avser tjänster som är hänförliga till handel med finansiella instrument. Villkoret kan därför inte anses obalanserat eller oskäligt på sätt som KO påstår.

Det bestrids också att en friskrivning som utesluter ansvar för indirekt skada vid fall av grov vårdslöshet skulle strida mot allmänna rättsprinciper och att villkoret på denna grund skulle vara oskäligt.

Vid bedömningen av om villkoret orsakar en sådan snedbelastning i fråga om parternas rättigheter och skyldigheter att villkoret är oskäligt måste beaktas att avtalet omfattar tjänster hänförliga till finansiella instrument som handlas över börs, att priset och därmed värdet på dessa instrument på mycket kort tid kan undgå förändringar utan möjlighet för Nordnet att kontrollera förändringarna, att ett bifall till KO:s talan avsevärt kommer att öka Nordnets kostnader samt att dess kostnader i slutändan kommer att bäras av kunderna.

Av lagen om finansiell rådgivning till konsumenter följer att indirekt skada inte är ersättningsgill, att det i nämnda lag inte görs något undantag från denna ansvarsbegränsning ens när fråga är om skada som åsamkats konsumenten genom uppsåtligt agerande eller genom grov vårdslöshet samt att en näringsidkare som omfattas av lagen om finansiell rådgivning till konsumenter således kan friskriva sig från ansvar för indirekt skada som åsamkats konsumenten även för det fallet att näringsidkaren agerat grovt vårdslöst. På grund härav kan det inte anses finnas någon allmän rättsprincip som förbjuder friskrivningar för indirekta skador i konsumentförhållanden såvitt avser tjänster som är hänförliga till handel med finansiella instrument.

Indirekta förluster av det slag som anges i depåavtalet och i 67 § andra stycket köplagen utgör sådan skada som inte är ersättningsgill vid skadeståndsberäkning enligt det negativa kontraktsintresset. Den aktuella friskrivningen i depåavtalet omfattar således endast sådana skador som inte är ersättningsgilla enligt lagen om finansiell rådgivning till konsumenter.

De av KO åberopade avgörandena MD 1982:15 och 2002:23 saknar relevans för bedömningen av den i förevarande mål aktuella ansvarsbegränsningen.

Villkoret om ansvarsbegränsning avseende indirekt skada finns i de branschgemensamma Allmänna villkor för pensionssparavtal som utgetts av Svenska Fondhandlareföreningen, vilka även varit föremål för granskning av Finansinspektionen. I Sjunde AP-fondens fondbestämmelser för premievals-fonden och för premiesparfonden föreskrivs inte i något fall ansvar för indirekt skada. Finansinspektionen har godkänt nämnda fondbestämmelser. Det måste anses styrkt att Finansinspektionen inte ansett att det aktuella avtalsvillkoret skulle leda till sådan snedbelastning att villkoret är oskäligt enligt AVLK.

Den i målet aktuella ansvarsbegränsningen motsvarar vad som anges i Svenska Fondhandlareföreningens Allmänna bestämmelser för depå-/kontoavtal. I målet aktuellt villkor återfinns även i de Allmänna villkor för handel med finansiella instrument som utgivits av Svenska Fondhandlareföreningen. Det är vanligt att näringsidkare i standardavtal friskriver sig från ansvar för indirekt skada.

Nu aktuellt avtalsvillkor utgör etablerad praxis på det aktuella området och används av alla värdepappersinstitut som erbjuder tjänster som avser handel med finansiella instrument.

Enligt det regelverk som utfärdats av Stockholmsbörsen måste en kund som vill handla med derivat ingå ett kundavtal med Nordnet. Avtalet innebär att i förevarande fall Nordnet i "intet fall är ansvarigt för indirekt skada". Nordnet har ingen möjlighet att ändra ansvarsbegränsningen i kundavtalet, eftersom detta utgör en del av Stockholmsbörsens regelverk. Nordnet torde således vara fel part såvitt avser denna del av KO:s talan. Till följd härav bör under inga omständigheter ett förbud mot att använda ifrågavarande ansvarsbegränsning omfatta användandet av den ansvarsbegränsning som anges i kundavtalet.

Ett bifall till KO:s yrkande e) skulle innebära att en helt ny norm i form av ett

kontrollansvar - vilken norm är av helt annat slag än den norm som gäller i dag, dvs. culpaansvar - skulle införas i svensk rätt för kommissionärer och andra syssломän. Det kan inte anses påkallat från allmän synpunkt eller annars ligga i konsumenternas intresse att införa en sådan norm på annat sätt än genom lagstiftning. Även på grund härav saknas förutsättningar att bifalla KO:s yrkande e).

Det är av vikt att Marknadsdomstolen, för det fall domstolen skulle bifalla KO:s yrkande under punkten e), tydligt anger vilken av KO:s grunder som domstolen godtagit samt även anger om den aktuella friskrivningen skulle var oskälig eller inte för det fall att friskrivningen, i stället för indirekta skador, skulle omfatta en friskrivning från ansvar för utebliven vinst.

KO:s yrkande f) - Skadeståndsansvar begränsat till erlagda avgifter

Marknadsdomstolen har i vissa fall möjlighet att sakpröva skäligheten i ett avtalsvillkor även om en näringsidkare har upphört att använda avtalsvillkoret redan innan talan har väckts. Ett krav för att så skall få ske är emellertid att det måste vara en principiellt betydelsefull fråga som skall prövas (se t.ex. prop. 1970:57 s. 85 och s. 91, prop. 1971:15 s. 78 och prop. 1984/85:213 s. 55).

Nordnet hade redan innan ansökan om stämning lämnades in till Marknadsdomstolen utmönstrat det aktuella villkoret. Marknadsdomstolen har i avgörandet MD 2003:23 prövat skäligheten av ett sådant villkor som nu är i fråga. Det bestrids att en prövning av skäligheten av det aktuella villkoret skulle vara principiellt betydelsefull på sätt som förutsätts för att Marknadsdomstolen skall ha behörighet att pröva villkoret. Om KO:s argumentering godtas innebär det att KO ges möjlighet att i Marknadsdomstolen initiera rättsliga förfaranden mot näringsidkare trots att dessa redan innan talan väcks har inrättat sig efter Marknadsdomstolens praxis genom att utmönstra ett sådant avtalsvillkor som domstolen genom dom har förklarat vara oskäligt. Detta skulle vara fullkomligt oförenligt med de uttalanden som gjorts i rättspraxis, förarbeten och den juridiska litteraturen (se till exempel MD 1973:31, prop. 1970:57 s. 85 och s. 91, prop. 1971:15 s. 78, prop. 1984/85:213 s. 55, prop. 1994/95:17 s. 67 samt Johansson, Rättegången i marknadsdomstolen, s. 91). KO:s yrkande i denna del skall därför avvisas.

BEVISNING

KO har som skriftlig bevisning åberopat Allmänna bestämmelser för depå-/kontoavtal hos Nordnet Securities Bank AB (2003:1), se domsbilaga.

DOMSKÄL

Enligt 3 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK) kan Marknadsdomstolen pröva om ett avtalsvillkor, som en näringsidkare använder när han erbjuder varor, tjänster eller andra nyttigheter till konsument, med hänsyn till pris och övriga omständigheter är oskäligt mot konsumenten. Om så är fallet, får Marknadsdomstolen förbjuda näringsidkaren att i framtiden i liknande fall använda samma eller väsentligen samma villkor, om förbudet är påkallat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse.

Den marknadsrättsliga bedömningen enligt AVLK skall inriktas på om ett villkor typiskt sett är oskäligt mot konsumenten. Detta anses vara fallet bl.a. om villkoret, med avvikelse från gällande dispositiva rättsregler, ger näringsidkaren en förmån eller berövar konsumenten en rättighet och därigenom åstadkommer en sådan snedbelastning i fråga om parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet, att en genomsnittligt sett rimlig balans mellan parterna inte längre föreligger. Frågan huruvida ett avtalsvillkor är att anse som oskäligt skall avgöras på grundval av en samlad bedömning av parternas rättigheter och skyldigheter. Vid skälighetsbedömningen spelar också villkorens förhållande till tvingande lagstiftning stor roll. Ett avtalsvillkor som strider mot tvingande lag är regelmässigt att anse som oskäligt. Avtalsvillkor som strider mot tvingande allmänna rättsprinciper, utan att dessa framgår av lag, kan också förbjudas. Även sådana villkor som presenterats eller utformats på ett vilseledande eller oklart sätt, så att konsumenten inte kan förutse vilka konsekvenser villkoret får för honom, är normalt att anse som oskäliga enligt AVLK (prop. 1994/95:17 s.

64 f.). Villkoren skall bedömas efter sin lydelse och innebörd.

Genom AVLK har rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (direktivet) införlivats med svensk rätt. I artikel 3.3 i direktivet hänvisas till en vägledande, inte uttömmande, lista på villkor (direktivets villkorslista) som kan anses oskäliga. Enligt motiven till AVLK (prop. 1994/95:17 s. 92 och 94) torde villkoren i direktivets villkorslista typiskt sett böra bedömas som oskäliga enligt nationella rättsordningar i den mån de inte varit föremål för individuell förhandling och fråga är om konsumentavtal.

Nu aktuella avtalsvillkor ingår i ett standardavtal som använts av Nordnet. Det ifrågavarande avtalet får anses ha masskaraktär och kan således inte sägas ha utformats separat för enskilda fall. Enligt vad som framkommit i målet är avtalsvillkor, liknande de som har påtalats i det här målet, vanligt förekommande i branschen. Marknadsdomstolen finner därför att det, i händelse av att oskäliga avtalsvillkor befinns föreligga, kan vara påkallat från allmän synpunkt att meddela förbud beträffande yrkandena under a) - e).

Att ett påtalat villkor inte längre tillämpas utgör i och för sig inte något hinder mot en prövning av dess skälighet.

Beträffande KO:s yrkanden a) - e) gör Marknadsdomstolen följande bedömning.

Av en av KO ingiven Temo-undersökning framgår att andelen aktieägare har ökat kraftigt, från 49 procent av Sveriges vuxna befolkning år 1994 till 80 procent år 2004. En bidragande orsak till denna ökning torde vara tillgången till elektronisk handel och Internetbaserade tjänster. För envar som handlar med finansiella instrument över Internet måste det enligt Marknadsdomstolens mening stå klart att handeln kan vara förenad med risk för fel eller störningar i kommunikationssystemen. Tjänstens speciella karaktär medför att nätmäklare och konsumenter alltid måste agera snabbt; så även när det gäller att påtala och undanröja fel och störningar.

Yrkande a) - Kravet på omgående reklamation

Villkoret återfinns i punkten G.9.

KO har hävdat att begreppet "omgående" inte medger en bedömning från fall till fall och därför strider mot såväl dispositiv rätt som konsumentskyddande lagstiftning. Nordnet har bestritt detta och därvid bl.a. hänvisat till kommissionslagen och köplagen, branschpraxis samt praxis från Högsta domstolen.

Enligt Marknadsdomstolens mening utesluter inte begreppet "omgående" att viss hänsyn kan tas till omständigheterna i varje enskilt fall i fråga om graden av skyndsamhet med vilken en åtgärd måste vidtas.

Vid bedömningen av huruvida kravet på omgående reklamation som sådant är oskäligt måste, som anförts tidigare, hänsyn tas till vilken typ av handel eller tjänst det är fråga om. Det ligger i sakens natur att handel med värdepapper kan medföra risk för både snabba och stora värdeförändringar. Höga krav måste därför kunna ställas på såväl nätmäklaren som konsumenten. Nätmäklaren måste snabbt ge konsumenten relevant information, vilket får anses ske genom att Nordnet senast den bankdag som infaller efter avslutsdagen skall skicka kunden en avräkningsnota. Konsumenten måste, å sin sida, fortlöpande granska kontoutdrag och avräkningsnotor och i förekommande fall ge en snabb återkoppling vid eventuella felaktigheter. Kravet på skyndsamhet bör inkludera även rätten och möjligheten till reklamation.

Mot bakgrund av vad som nu sagts anser inte Marknadsdomstolen det oskäligt med ett krav på omgående reklamation. KO:s talan i denna del skall därför lämnas utan bifall.

Yrkandena b) och c) - Friskrivning från ansvar vid fel eller störningar vid grov vårdslöshet respektive vårdslöshet

Villkoren återfinns i punkten G.10 a).

Nordnet har medgivit yrkandena och deklarerat sin avsikt att ändra villkoren. Bolaget har dock bestritt att det kan föreligga en skyldighet för bolaget att ange att friskrivning inte gäller vid grov vårdslöshet eller att det inte skulle vara

möjligt att friskriva sig från visst vårdslöst agerande på sätt som gjorts i depåavtalet.

Ett avtalsvillkor som strider mot tvingande allmänna rättsprinciper kan förbjudas. I förarbetena till AVLK (prop. 1994/95:17 s. 65) har som exempel härpå nämnts bl.a. näringsidkare som friskriver sig från ansvar vid grov vårdslöshet (jfr även MD 2005:10). Marknadsdomstolen konstaterar att villkoret under yrkande b) är formulerat på sådant sätt att det utesluter ansvar vid grov vårdslöshet från Nordnets sida. I fråga om yrkande c) är förhållandena sådana att det inte kan uteslutas att i villkoret angivna händelser skulle kunna inträffa som en följd av vårdslöshet från Nordnets sida. Enligt gällande dispositiv rätt torde fel eller dröjsmål som uppkommit på grund av näringsidkarens vårdslöshet som regel medföra att denne ådrar sig ett skadeståndsansvar. Båda villkoren ger således intryck av att Nordnets skadeståndsskyldighet är mer begränsat än vad som följer av gällande rätt eller allmänna rättsprinciper. En konsument kan därför genom villkorens formulering vilseledas om sina rättsliga möjligheter. Med hänsyn härtill är villkoren att betrakta som oskäligen. KO:s talan i dessa delar skall därför bifallas.

Yrkande d) - Friskrivning för fel inom Nordnets kontrollsfär

Villkoret hänför sig till punkten G.10.

De finansiella marknaderna har genomgått stora förändringar under senare år. Även konsumenters agerande på dessa marknader har förändrats. Som KO påpekat saknas tvingande lagstiftning som reglerar ansvar för skador av det slag som friskrivningen avser.

Nordnet har framhållit att kommissionslagen, vilken är tillämplig på depåavtalet, föreskriver ansvar för fel eller dröjsmål vid culpa samt påpekat att även i lagen om finansiell rådgivning till konsumenter har skadeståndsskyldigheten utformats som ett culpaansvar vilket enligt förarbetena till lagen utgör en kodifiering av den praxis som finns på området (prop. 2002/03:133 s. 31). Av redovisad branschpraxis framgår vidare att även andra aktörer på marknaden använder avtal som liknar Nordnets.

Enligt KO är emellertid ett culpaansvar för driftstörningar eller felaktig information inte tillräckligt för nätmäklare i förhållande till konsumenter, eftersom det framstår som obalanserat att konsumenten i vissa fall skall stå risken för fel i systemet och orimligt att konsumenten skall behöva styrka vårdslöshet från Nordnets sida. Enligt KO talar karaktären av Nordnets förpliktelse för att, i likhet med vad som stadgas i KöpL, lagen om betalningsöverföringar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet samt den konsumentskyddande lagstiftningen, principen om ett kontrollansvar för näringsidkare gentemot konsument skall tillämpas. Denna måste enligt KO betraktas som en tvingande allmän rättsprincip.

Marknadsdomstolen gör följande bedömning.

Kontrollansvar innebär ett ansvar för näringsidkaren att vid avtalsbrott ersätta konsumenten dennes skada, om inte näringsidkaren visar att avtalsbrottet beror på ett hinder utanför hans kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid avtalets ingående och vars följder han inte heller kunde ha undvikit eller övervunnit. Principen tillämpas inom vissa konsumenträttsliga områden men inte på alla områden. Av utredningen i målet framgår att skadeståndsskyldighet enligt branschpraxis, t.ex. Svenska Fondhandlareföreningens mallbestämmelser, i huvudsak bygger på en culpabedömning.

Den som handlar med finansiella instrument kan rimligen inte vara omedveten om att nu aktuellt förfarande, dvs. näthandel, är förenat med risk för fel eller störningar i kommunikationssystemen och att orsakerna härtill kan vara mångskiftande. I en exemplifierande uppräkningsvis under punkten G.10 omnämns flera av dessa risker.

Mot denna bakgrund och då det enligt Marknadsdomstolens mening inte finns tillräckligt underlag för att hävda att kontrollansvar skulle vara en allmän rättsprincip i konsumentförhållanden anser domstolen att frågan huruvida ett nätföretag bör åläggas kontrollansvar i aktuellt hänseende går utöver en villkorsprövning enligt AVLK. I vilken mån det är rimligt och lämpligt att införa

ett sådant ansvar framstår i första hand som ett rättspolitiskt ställningstagande och en åtgärd som, i så fall, bör vidtas genom lagstiftning.

Med hänsyn till vad som nu sagts finner inte Marknadsdomstolen skäl att förbjuda det påtalade villkoret och KO:s talan i denna del skall därför lämnas utan bifall.

Yrkande e) - Ansvar för indirekt skada

Villkoret återfinns i punkten G.10 a).

Villkoret i fråga innebär att Nordnet inte i något fall ansvarar för indirekt skada. Som redan nämnts kan ett avtalsvillkor som strider mot tvingande allmänna rättsprinciper förbjudas. Som exempel anges i förarbetena till AVLK en näringsidkare som friskriver sig från ansvar vid grov vårdslöshet. Såsom det nu aktuella villkoret är formulerat utesluter det ansvar vid grov vårdslöshet från Nordnets sida. Villkoret ger således intryck av att Nordnets skadeståndsskyldighet är mer begränsad än vad som följer av allmänna rättsprinciper. Konsumenten kan därmed vilseledas om sina rättsliga möjligheter. Villkoret är därför att betrakta som oskäligt redan på den grunden. KO:s talan skall bifallas i denna del.

Yrkande f) - Skadeståndsansvar begränsat till erlagda avgifter

Även detta villkor återfinns under punkten G.10 a).

Nordnet har yrkat att KO:s yrkande skall avvisas. Nordnet har anfört bl.a. att bolaget redan innan ansökan om stämning gavs in till Marknadsdomstolen utmönstrat det av KO påtalade villkoret, som innebar att bolaget begränsade sitt skadeståndsansvar även för de fall då skadestånd enligt gällande skadeståndsrättsliga principer skulle kunna utgå med större belopp än som angavs i villkoret.

KO har konstaterat att det på det finansiella området saknas praxis från Marknadsdomstolen avseende sådana villkor som yrkande f) avser och att det därför är av principiell betydelse att Marknadsdomstolen bedömer skäligheten av avtalsvillkoret.

I målet KO mot RSL COM (MD 2002:23), som rörde frågan om oskäliga avtalsvillkor avseende fast telefoni, prövade Marknadsdomstolen ett villkor vari angavs att RSL COM:s skadeståndsansvar var begränsat till visst belopp, oavsett omfattningen av de skador som inträffat under året. Domstolen fann att villkoret innebar att RSL COM begränsat sitt skadeståndsansvar även för fall där skadestånd enligt gällande skadeståndsrättsliga principer skulle kunna utgå med större belopp än som angavs i villkoret. Villkoret ansågs oskäligt.

Marknadsdomstolen har således redan prövat skäligheten av ett villkor av samma slag som det nu aktuella. I det nämnda avgörandet har domstolen inte uttalat något som inskränker bedömningens allmänna giltighet. KO har uppgivit att syftet med talan mot Nordnet under denna punkt är att få det fastslaget att Marknadsdomstolen har samma syn också i samband med finansiella tjänster. KO har dock inte visat på sådana särskilda förhållanden inom det speciella området vilka i sig skulle medföra att ett förnyat ställningstagande från Marknadsdomstolen är påkallat.

KO:s talan i denna del skall således lämnas utan bifall.

Sammanfattning

Marknadsdomstolen finner sammanfattningsvis att KO:s yrkanden under punkterna b), c) och e) med viss justering skall vinna bifall och att KO:s talan i övrigt skall lämnas utan bifall. Vidare skall Nordnets yrkande om avvisning av KO:s yrkande f) lämnas utan bifall.

Vite

Skäl saknas att inte förena förbuden under KO:s yrkanden b), c) och e) med vite.

På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Anna-Lena Järvstrand, Per Eklund, Maria Bengtsson, Jonas Häckner, Claes-Robert Julander och Sten Nyberg.
Enhälligt

Sekreterare: Elisabeth Sundlöf

Sökord: Oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden; Avvisningsyrkande; Finansiella instrument; Friskrivningsklausul; Grov vårdslöshet; Indirekt skada; Kontrollansvar; Nätmäklare; Reklamation; Skadeståndsklausul; Vårdslöshet

Litteratur:
