

SÄRSKILT OM FÖRSLAGET OM KONTROLLANSVAR (43 §)

Innehåll:

1. Inledning s 1
2. Kontrollansvar i sig s 2
 - 2.1 Kontrollansvar vid köp på värdepappersmarknaden s 2
 - 2.2 Kontrollansvar vid kommission s 4
 - 2.2.1 Kontrollansvar vid kommission är över huvud taget inte lämpligt s 4
 - 2.2.2 Särskilt om kontrollansvar vid kommission för värdepappershandeln s 5
 - 2.2.3 De i betänkandet redovisade skälen för kontrollansvar vid kommission s 8
3. Indirekt skada s 8
4. Några ytterligare synpunkter om lagförslaget ändå skulle införa s 9
5. Sammanfattning s 10

1. Inledning

I 43 § i förslaget till ny kommissionslag regleras skadestånd. Här föreslås införande av ett s k kontrollansvar samt inom ramen för detta även ansvar för s k indirekt skada vid vårdslöshet. Den föreslagna bestämmelsen är tvingande till konsumenters förmån (jfr 2 §).

I den nu gällande kommissionslagen, nedan KommL, bygger reglerna om skadestånd i första hand på ansvar vid vårdslöshet (jfr 12 och 17 §§). Reglerna är dispositiva. Även i utkastet till lagrådsremiss föreslogs ett culpaansvar (45 §). Bestämmelsen föreslogs vara tvingande till konsumenters förmån.

Kontrollansvar introducerades genom FN-konventionen om internationella köp (1980), se artikel 79. FN-konventionen har implementerats i svensk rätt genom lagen (1987:822) om internationella köp, i vilken hänvisas till bestämmelserna i konventionstexten. Kontrollansvar har därefter upptagits i svensk rätt även i bl a köplagen (1990:931) ("KöpL"), konsumenttjänstlagen (1985:716) ("KtjL") och konsumentköplagen (1990:932) ("KköpL").

Kontrollansvaret kan sägas innebära ett slags strikt ansvar för händelser inom den felande partens kontroll. I de svenska lagarna om kontrollansvar föreskrivs ansvar även för indirekta skador vid vårdslöshet. FN-konventionens bestämmelse bygger i detta avseende i stället på skador som hade kunnat förutses.

FN-konventionen, och därmed även lagen om internationella köp, är tillämplig på varor ("goods"). I konventionen anges uttryckligen att den inte gäller finansiella instrument (artikel 2c). KöpL gäller för köp av lös egendom, dvs även finansiella instrument. KöpL är dispositiv. KköpL och KtjL, som båda är tvingande, avser lösa saker och således inte finansiella instrument.

På den svenska värdepappersmarknaden används sedan länge generellt en standardiserad avtalsbestämmelse som bygger på ansvar för värdepappersinstitutet när det inte agerat normalt aktsamt, dvs på ett culpaansvar. Denna bestämmelse tillämpas vid både köp och kommission (samt även vid andra avtal, exempelvis kapitalförvaltning). Bestämmelsen innefattar en friskrivning från indirekt skada.¹ Även internationellt sett tillämpas på värdepappersmarknaden ett culpaansvar med friskrivning för indirekt skada (consequential damage).

Nedan diskuteras först kontrollansvar *i sig*, dvs utan hänsyn till förslaget om ansvar för indirekt skada vid vårdslöshet (avsnitt 2). Sedan behandlas indirekt skada särskilt (avsnitt 3). Kontrollansvaret *i sig* avser vilka händelser som utlöser skadeståndsansvar, medan frågan om indirekt skada är relevant för skadeståndets omfattning. Därefter tas några övriga frågor upp (avsnitt 4). Slutligen sker en sammanfattning av resonemangen (avsnitt 5). I första hand behandlas kommission på värdepappersmarknaden, men flera av resonemangen är direkt relevanta även för annan kommission.

2. Kontrollansvar *i sig*

2.1 Kontrollansvar vid köp på värdepappersmarknaden

Som en bakgrund till frågan om huruvida ett kontrollansvar bör införas beträffande kommission på värdepappersmarknaden behandlas nedan inledningsvis kontrollansvaret vid *köp* på denna marknad.

Det är ingen slump att köp av värdepapper är undantagna från FN-konventionens tillämpningsområde och från den tvingande svenska lagstiftningen om kontrollansvar, och att det i stället råder ett culpaansvar för denna typ av köp. Tvärtom finns det goda skäl för detta.

Köp på den finansiella marknaden uppvisar flera särdrag i förhållande till köp på andra slags marknader. Värdepapper är inte avsedda för vare sig konsumtion eller produktion och värdepappers värde är starkt fluktuerande och kan bestämmas exakt. Handeln sker ofta över börs och kan avse synnerligen stora belopp. Typiskt sett anlitas andra mellanmän och andra slags "underleverantörer", såsom börser och andra (ofta utländska) mäklarfirmor, samt även leverantörer av IT- och telekomtjänster, elleverantörer, informationsdistributörer m fl (dessa benämns nedan gemensamt "medhjälpare"). Handeln är i hög grad, och blir allt mer, internationaliserad. Handeln är vidare till stor del datoriserad. Den finansiella marknaden är såväl i Sverige som internationellt klassad som samhällsviktig.² Det är av stor vikt att dominoeffekter av obestånd och andra störningar hos enskilda aktörer på marknaden kan undvikas.

Kontrollansvaret kan anses utgöra en *vid "vanliga" köp typiskt sett rimlig rättsekonomisk avvägning* mellan köparens och säljarens intressen.³ Detta kan förklaras med att den pre-

¹ Friskrivningen ses för närvarande över för att uttryckligen klargöra att den inte avser grov culpa eller uppsåt (jfr Marknadsdomstolens dom Dnr B 6/04).

² Se beträffande samhällsviktigheten t ex Krisberedskapsmyndighetens rapport "Samhällsviktigt! Ett första förslag till definition av samhällsviktig verksamhet ur ett krisberedskapsperspektiv" (KBM:s dnr: 0253/2005) s 16, 19 (där värdepappershandeln omnämns särskilt), 28 och 49.

³ Se prop 1988/89:76 s 44 och Runesson, Rekonstruktion av ofullständiga avtal (ak. avh. 1996) ("Runesson") s 228 f.

sterande parten typiskt sett kan anses vara villig att bära risken för fel för en mindre kostnad än motparten.⁴ Man kan också se det som att den presterande parten typiskt sett skall svara för sådana risker som denne har *möjlighet att förebygga*.⁵ Givetvis finns det enskilda fall av ”vanliga” köp där kostnaden för att förebygga skadan är högre än skaderiskens värde och där kontrollansvar därför kan framstå som mindre lämpligt i förhållande till ett culpaansvar.⁶ Sistnämnda omständighet innebär dock givetvis inte att regeln om kontrollansvar inte skall tillämpas – eller att kontrollansvar utan vidare inte föreligger – så snart en annan lösning vore lämpligare i ett enskilt fall. Regeln om kontrollansvar motiveras av att den *typiskt sett* är lämplig vid köp, och den gäller (om ej annat avtalats med bindande verkan) även i sådana enskilda fall där den ter sig mindre rimlig.

Kontrollansvar tillämpas dock *över huvud taget* inte vid köp av värdepapper på värdepappersmarknaden (det kan noteras att KöpL:s dispositiva bestämmelser är överspelade på grund av handelsbruk och är dessutom regelmässigt bortavtalade enligt gällande branschavtal). Här är alltså *en viss, väl avgränsad, typ* av köpavtal – köp av värdepapper – undantagen från kontrollansvaret. Att detta är fallet är högst naturligt med tanke på flera av de särdrag som utmärker värdepappershandeln (jfr ovan).

Ett sådant särdrag är att det vad gäller flera väsentliga skadeorsaker inom värdepappershandeln typiskt sett *saknas möjlighet att till en rimlig kostnad förebygga risken för skada*. Detta gäller särskilt *skada orsakade av medhjälpare* på den finansiella marknaden som anlitas i samband med köpets utförande, såsom börser och utländska mäklarfirmor dataleverantörer, samt av *störningar eller fel i datorprogram eller hårdvara* som används vid utförandet av köpet. Inte heller kan dessa skadeorsaker i erforderlig utsträckning minimeras och kontrolleras (och inte heller kan med dagens marknadsförutsättningar vare sig medhjälpare eller en hög grad av datorisering undvaras). Om instituten skulle stå risken för all skada orsakade av medhjälpare och datorstörningar, skulle detta vidare, inte minst eftersom sådana skador ofta torde omfatta ett större antal köpavtal, typiskt sett innebära risk för skyldighet att ersätta enorma belopp. Det är här viktigt att notera att kontrollansvar internationellt sett som sagt inte gäller för vare sig börser eller mäklarfirmor. Detta gäller även dataleverantörer. I samtliga dessa fall tillämpas i stället regelmässigt culpaansvar, ofta med en viss högsta ersättningsnivå. Detta innebär att ett svenskt värdepappersinstitut som skulle vara underkastat kontrollansvar i allmänhet skulle *sakna rätt till regress* från felande medhjälpare. Det torde inte finnas några möjligheter att försäkra sig mot den därmed uppkomna risken till en rimlig kostnad. Om det med dessa förutsättningar över huvud taget skulle vara praktiskt möjligt att bedriva värdepappershandeln i kommission under kontrollansvar skulle en given följd därav bli högre avgifter för konsumenterna och andra motparter.⁷

De stora ersättningsbelopp som ett kontrollansvar skulle kunna medföra, skulle innebära risk för enskilda instituts soliditet, vilket i sin tur kan påverka andra institut på marknaden och i förlängningen även samhällsekonomin i stort.

En särskild fråga, som tycks vara olöst enligt i vart fall svensk rätt, är vidare huruvida en

⁴ Se Runesson s 229.

⁵ Se Runesson s 236 f.

⁶ Se Runesson s 229.

⁷ Den här diskuterade avsaknaden av regress m m utvecklas nedan under punkt 2.2.2.

lockout skall anses ligga inom ramen för ett kontrollansvar.⁸ Idag omfattas arbetskonflikter inklusive lockout av institutens force majeure-bestämmelser. Ett strikt ansvar vid köp för skador orsakade av en lockout skulle i praktiken stå i strid med den grundläggande rättigheten att vidta arbetsrättsliga åtgärder samt skulle även kunna få allvarliga såväl företags- som samhällsekonomiska följder.

Sammanfattningsvis: att kontrollansvar inte gäller för köp på värdepappersmarknaden såväl internationellt sett som på den svenska värdepappersmarknaden är mot bakgrund av de typiska förhållanden som gäller för sådana köp en naturlig och lämplig ordning.

2.2 Kontrollansvar vid kommission

Vad därefter gäller lämpligheten av ett införande av kontrollansvar vid *kommission* kan följande anföras.

2.2.1 Kontrollansvar vid kommission är över huvud taget inte lämpligt

Avtal om handelsagentur är nära besläktade med kommissionsavtal (det kan noteras att handelsagentur ursprungligen reglerades i KommL). Vid tillkomsten av lagen (1991:351) om handelsagentur diskuterades i motiven ett införande av kontrollansvar. Kontrollansvaret valdes bort till förmån för ett culpaansvar. I motiven till lagen har detta ställningstagande motiverats med att kontrollansvaret ”utformats med hänsyn till relationen mellan en säljare och en köpare och torde inte utan vidare kunna överföras till varaktiga prestationer ...”. Medan ett köpavtal i allmänhet är momentant, präglas handelsagenturavtal – liksom även kommissionsavtal – typiskt sett av att kommissionären skall utföra uppdrag av viss varaktighet.

I litteraturen har det nyssnämnda motivuttalandet tolkats som ett utslag av det näraliggande förhållandet att en uppdragstagare (t ex en agent eller kommissionär) vid uppdragets utförande skall aktivt verka för att uppdraget utförs till det resultat som är bäst för uppdragslämnaren, medan ett köpavtal blott avser själva resultatet.⁹ Förutom att anstränga sig för att hitta en lämplig motpart ingår vid kommissionsavtal även bl a viss informationsplikt samt i samband därmed också ett visst mått av rådgivning.¹⁰ Avtalet kan, liksom avtal om handelsagentur, till stor del karaktäriseras som ett avtal om att med omsorg eftersträva bästa möjliga resultat för kommittenten (jfr uttrycket ”obligation de moyen” i fransk rätt, nedan ”omsorgsavtal”/”omsorgsförpliktelse” i brist på bättre termer), medan parterna vid ett köp förpliktar sig till ett visst resultat (”obligation de résultat”, nedan ”resultatavtal”/”resultatförpliktelse”). I litteraturen har förklarats att kontrollansvar är mindre lämpligt för ”omsorgsavtal” eftersom det redan i ”omsorgsförpliktelsen” finns en inbyggd culpanorm.¹¹

⁸ Se t ex Hellner, Kontrollansvaret, i Köp och avtal s 139 f samt Björn Sandvik, Säljarens kontrollansvar (Åbo 2004) s 104 ff.

⁹ Se Runesson s 301.

¹⁰ Jfr t ex betänkandet s 67 f.

¹¹ Se Runesson s 301 ([”Omsorgsförpliktelsen”] ”upptar i sig ett element av frånvaro av culpa. Kontrollansvaret skulle således kunna sägas vara en olämplig ansvarsgrund att applicera på de kontraktstyper som är definierade med en culpaterminologi” [dvs ”omsorgsavtal”]) samt Heidbrink, Logistikavtalet (ak. avh. 2005) s 174 ”... de förpliktelser vid vilka ett visst resultat kan specificeras anses böra föra med sig ett kontrollansvar, medan de

Resonemanget om ”omsorgsavtal” aktualiseras bl a vid uttrycket ”avtalsbrott” i den i betänkandet förslagna bestämmelsen om kontrollansvar; redan vid en bedömning av huruvida det föreligger ett avtalsbrott, dvs om kommissionären i tillräcklig omfattning tagit till vara kommittentens intresse (jfr 4 § i förslaget), är man i allmänhet – till skillnad från vad som typiskt sett gäller vid köp – hänvisad till ett slags culpanorm. Man skulle därvid kunna tänka sig att uppdraget i kommissionsavtalet är uttryckligen begränsat i olika avseenden, t ex att ett köp skall utföras i den mån börsens, eller kommissionärens eget, datasystem inte ligger nere. Om något av de nämnda datasystemen då faktiskt skulle falla, skulle i så fall kunna hävdas att något avtalsbrott inte föreligger, varför någon prövning av om huruvida kontrollansvar föreligger därför inte skulle aktualiseras.

I kommissionsavtal ingår ofta som sagt även vissa moment av rådgivningsförpliktelser. I lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter föreskrivs i enlighet med gällande praxis ett culpaansvar begränsat till det negativa kontraktsintresset (någon diskussion om ett eventuellt kontrollansvar diskuterades naturligen inte i motiven).¹² Även detta förhållande indikerar skillnaden mellan köpavtalets bestämda resultat och den mjukare typ av förpliktelser som utmärker ”omsorgsavtal”.

Vad som hittills angivits om kommission utgör enligt vår uppfattning starka skäl för att kontrollansvar *över huvud taget* – dvs inte endast för värdepappersmarknaden – inte bör införas för kommission.

2.2.2 Särskilt om kontrollansvar vid kommission för värdepappershandeln

Förutom vad som nyss angivits om att över huvud taget inte ha ett kontrollansvar för kommission, föreligger det mycket starka skäl för att *i vart fall undanta värdepappershandeln* från kontrollansvar vid kommission.

Här kan först hänvisas till vad som inledningsvis angivits om skälen för att inte ha kontrollansvar vid köp på värdepappersmarknaden, dvs främst att

- det typiskt sett är praktiskt omöjligt att förebygga flera viktiga typer av skadeorsaker, främst fel orsakade av medhjälpare samt (också om de inte orsakats av medhjälpare) datorstörningar,
- det är internationell standard att kontrollansvar inte gäller för värdepappershandeln, och inte heller inom IT-branschen, och det är av stor vikt att här inte avvika från internationell standard,
- skadestånd kan avse mycket stora belopp, vilket kan innebära risker, eftersom värdepappersmarknaden, som är klassad som samhällsviktig, är känslig för dominoeffekter,
- det är oklart vad som gäller vid lockout, och ett strikt kontrollansvar skulle i dessa fall kunna få orimliga effekter för enskilda institut, samt därmed även kunna få samhällsfarliga konsekvenser.

förpliktelser som innebär att en part mera allmänt skall ge anvisningar och rekommendationer, eller med andra ord förpliktelser att visa omsorg, anses vara sanktionerade av ett culpaansvar.”), jfr äv s 78 ff.

¹² Se prop 2002/03:133 s 29 ff och 6 § i lagen.

Beträffande de två förstnämnda punkterna (som i stor utsträckning samverkar) kan följande tilläggas.

I den föreslagna bestämmelsen anges som sagt, i enlighet med kontrollansvarsbestämmelserna i KöpL, KköpL och KtjL, att kommissionären svarar för skada som orsakas av annan (medhjälparen) som kommissionären anlitat för fullgörande av kommissionsavtalet, såvida inte medhjälparen själv skulle gå fri enligt en prövning enligt reglerna om kontrollansvar. Inom värdepappershandeln anlitas som sagt medhjälpare regelmässigt. Dels anlitas börser, marknadsplatser och/eller clearinginstitut, dels, främst beträffande affärer med internationell anknytning och/eller avseende särskilda instrument, olika slags mäklarfirmor och förmedlare utomlands och/eller annan förmedlare med speciell inriktning på det särskilda instrumentet, samt dels även olika slags dataleverantörer.

På den internationella liksom på den svenska värdepappersmarknaden gäller idag, i allmänhet genom tillämpning av standardavtal, genomgående ett culpaansvar. Detta gäller vid såväl köp som kommission. Därmed uppkommer ansvar för medhjälparens agerande om det var vårdslöst att anlita denne eller institutet agerat vårdslöst i sin bevakning av dennes förehavanden. Den föreslagna bestämmelsen innebär en väsentlig skärpning av ansvaret för medhjälpare. Även om t ex den mest ansedda mäklarfirmen i ett visst land anlitas, svarar kommissionären för dennes misstag så länge skadeorsaken låg inom mäklarfirmans kontrollsfär. Som ovan angivits saknas praktiska möjligheter för ett svenskt värdepappersinstitut att faktiskt ha kontroll över verksamheten hos t ex en rysk mäklarfirma (liksom det saknas praktisk möjlighet att själv utföra den ryska mäklarfirmans uppgifter). *I realiteten ligger således den ryska mäklarfirmans förehavanden utanför värdepappersinstitutets kontroll*, men legalt sett (jfr 43 § 1 st in fine) skall mäklarfirmen ändå räknas in i institutets kontrollsfär.

Om skada skulle orsakas av en medhjälpare och kommissionären blir ansvarig gentemot kunden, är det som sagt givetvis *av största vikt för kommissionären att i sin tur ha rätt till ersättning från medhjälparen för skadeståndet till kunden (regressrätt)*. Det kan dock vid en ändring till kontrollansvar i svenska kommissionsförhållanden anses *uteslutet att svenska kommissionärer skulle kunna få till stånd motsvarande ändringar hos andra aktörer på marknaden*, t ex svenska och utländska börser och andra marknadsplatser samt utländska mäklare; förutom att ett kontrollansvar som sagt inte tillämpas internationellt har nämnda motparter i flera fall en monopolliknande ställning och är även eljest i överläge, och dessutom skulle de, om de gick med på ett regressansvar, få motsvarande regressproblem i sin tur. Motsvarande förhållande med bristande regressrätt gäller gentemot externa dataleverantörer, och det är mot bakgrund av de mycket avancerade IT- och teknicklösningar som idag erfordras, inte realistiskt för värdepappersinstitutet att själva tillhandahålla dessa resurser (och även vid ett eget tillhandahållande, skulle riskerna för fel inte kunna förebyggas i sådan omfattning att ett kontrollansvar skulle vara rimligt).

Svenska kommissionärer skulle med den föreslagna bestämmelsen således exponeras för väsentliga och oöverblickbara risker, inte minst eftersom handel med värdepapper som sagt avser mycket stora belopp. Det kan ifrågasättas om det inte för ett värdepappersinstitut t o m skulle strida mot sund värdepappersrörelse (jfr 1 kap 7 § lagen (1991:981) om värdepappersrörelse) att exponera sig för dessa risker. Å andra sidan kan en praktiskt fungerande värdepappersrörelse knappast bedrivas utan användande av olika slags medhjälpare.

Ett i praktiken olämpligt (och förmodligen även otillräckligt) sätt att kompensera sig för de drastiskt ökade riskerna vore att höja transaktionsavgifterna. Detta skulle i praktiken utestänga många, särskilt icke-professionella, investerare från att investera i flera marknader.

Här måste dessutom noteras att även om ett strängare kontrollansvar skulle införas hos samtliga medhjälpare globalt sett, så skulle det likväl kunna ifrågasättas om en sådan ordning vore samhällsekonomiskt lämplig på grund av dominoeffekter av ett möjligt obestånd hos den som ursprungligen orsakat skadan.

Ytterligare ett skäl för att inte införa kontrollansvar på värdepappersmarknaden hänger samman med att de svenska värdepappersinstituten idag tillämpar en och samma ansvarsregel, som bygger på culpaansvar, både vid köp och kommission (liksom vid andra finansiella tjänster som erbjuds kunderna). Det är av *stort praktiskt värde att kunna avtala om likformiga regler för köp och kommission*. Detta gäller inte minst eftersom gränsen mellan dessa båda avtalsformer inte är skarp och det kan föreligga oklarhet om hur ett avtal mellan kunden och institutet skall tolkas i detta avseende.¹³ Om det föreslagna kontrollansvaret skulle träda i kraft, skulle det, med hänsyn till den oacceptabla risken detta skulle innebära, betraktas som uteslutet att instituten skulle övergå till att föreskriva kontrollansvar även för köp. Att behöva övergå till olika regler för köp och kommission skulle vara olämpligt av flera skäl. Skillnaden mellan köp och kommission torde för den breda allmänheten te sig svårförståelig. Vidare skulle tvister kunna uppstå om huruvida en viss affär har utförts som köp eller kommission. Man kan också förvänta sig mer omständliga avtalsvillkor, där olika regler gäller i de olika fallen. Förmodligen skulle även villkoren, till skillnad från idag, komma att skilja sig åt mellan konsumenter och näringsidkare, eftersom den föreslagna bestämmelsen inte är tvingande för näringsidkare och därmed torde komma att avtalas bort. Man skulle dock möjligen även kunna tänka sig att branschen helt gick ifrån kommissionsavtal med konsumenter. En sådan lösning – dvs att inom den bransch, inom vilken utan jämförelse de flesta kommissionsavtalen träffas, i vart fall för konsumenter, kommissionsavtalet helt överges som affärsform – skulle knappast vara en avsedd effekt av den föreslagna ändringen.

Det föreslagna kontrollansvaret skulle, som ovan framhållits, medföra stora och oöverblickbara risker för svenska kommissionärer på värdepappersmarknaden. Inom kort skall nya kapitaltäckningsregler införas i Sverige. Man kan fråga sig om dessa regler, som torde vara baserade på ett culpaansvar, skulle innebära krav på särskilt kapital hos kommissionärerna om ett kontrollansvar som det föreslagna skulle införas. Det skulle i så fall uppstå svårigheter att över huvud taget kvantifiera ett sådant ansvar. Om ett kontrollansvar skulle medföra särskilda kapitalkrav skulle detta vidare leda till ökade kostnader för de svenska instituten och därmed till försämrade konkurrensförmåga i förhållande till utländska aktörer.

Kontrollansvar gäller för centrala värdepappersförvarare och kontoförande institut enligt 7 kap 2 § lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument. Bestämmelsen har sitt ursprung i motsvarande bestämmelse i aktiekontolagen (1989:827). Det finns skäl för denna ordning, även om den kan ifrågasättas i vart fall vad gäller kontoförande institut. Den förpliktelse som här omfattas – att föra avstämningsregister – är snarast en ”resultatförpliktelse”, där olika personers innehav inte får förvanskas, och således inte en ”omsorgsförpliktelse”. Ett

¹³ Jfr t ex SOU 2006:50 (MiFID-utredningen) s 346 (“... en ren teknikalitet om det är fråga om ett kommissionsuppdrag eller inte”). Jfr även vad som anges strax nedan om motiven i betänkandet för en övergång till kontrollansvar.

fullt ut säkert system är här av största vikt för den finansiella sektorns bestånd.¹⁴ Ansvarsfrågor på grund av fel i kontoföringen aktualiseras i praktiken ytterst sällan. Här föreligger inte heller samma riskexponering vad gäller anlåtande av medhjälpare eller avvikande internationell standard som beträffande värdepappershandeln. Att kontrollansvar gäller här utgör på intet sätt skäl för att införa en motsvarande bestämmelse beträffande kommissionshandel med finansiella instrument.

2.2.3 De i betänkandet redovisade skälen för kontrollansvar vid kommission

I betänkandet redovisas följande skäl för att införa kontrollansvar (s 220 f):

- Kontrollansvar föreskrivs i KöpL, KköpL och KtjL, och det skulle därför framstå som avvikande att ha ett annat slags ansvar beträffande kommission.
- Genom införande av kontrollansvar uppkommer ”fördelen att det i skadeståndshänseende inte spelar någon roll om avtalet från början är ett kommissionsavtal eller ett köpavtal”.

Vad gäller det första skälet har en enhetlig teoretisk systematik i det inhemska rättssystemet ett visst värde. En sådan systematik får dock enligt vår uppfattning inte hindra en praktisk och rationell ordning. Som framgått ovan finns ytterst starka skäl för att behålla det nuvarande culpaansvaret, i vart fall på värdepappersmarknaden. I det förevarande fallet står klart att dessa sistnämnda skäl väger tyngst och att den internationella standarden på området bör följas. Dessutom bör noteras att köpavtal och kommissionsavtal som angivits ovan under 2.2.1 skiljer sig åt systematiskt sett. Vidare saknas som sagt tvingande regler om kontrollansvar (jfr KköpL) om köp på värdepappersmarknaden, varför någon systematik inte skulle åstadkommas beträffande sådana köp.

Det andra skälet som tas upp i betänkandet är enligt vår uppfattning av större vikt. Det är som angivits ovan av stort praktiskt värde att värdepappersmarknadens ansvarsregler för köp och kommission är likformiga. Som framgått ovan skulle dock ett införande av kontrollansvar, tvärt emot vad som antas i betänkandet, medföra att ansvarsreglerna avseende kommission och köp – till skillnad från vad som gäller idag – komma att skilja sig åt. Vad som här anges i betänkandet talar således för att behålla den nuvarande ordningen.

3. Indirekt skada

I betänkandet anges inte några särskilda skäl för regeln om ansvar för *indirekt skada* vid vårdslöshet, utan den synes med automatik ha följt med vid en anpassning till regleringen i KöpL.

Det är noterbart att det i FN-konventionen om internationella köp av varor saknas motsvarande reglering om indirekt skada. I stället finns en mindre långtgående regel om ansvar för skador som rimligen kunnat förutses (artikel 74). På värdepappersmarknaden är det dock *internationell standard att undanta indirekt skada* (consequential damages) från det ersättningsbara området.

¹⁴ Jfr prop 1988/89:152 s 80 (“... utgör det en avgörande förutsättning för att ett kontobaserat system skall godtas att den enskilde får fullgoda garantier för att hållas skadeslös vid förluster som uppkommer till följd av systemet ...”).

Bestämmelsen om indirekt skada har med rätta utsatts för mycket kraftig kritik i den juridiska litteraturen. Kritiken har avsett såväl att bestämmelsen *avviker från internationell standard* som att den i flera avseenden är *oklar, motstridig och synnerligen svårtillämpbar*.¹⁵ Här skall inte redogöras för kritiken i detalj, utan kan hänvisas till de i den föregående noten angivna källorna.

På motsvarande sätt som angivits ovan beträffande kontrollansvaret i sig, finns särskild anledning att inte utan starka skäl avvika från internationell standard vad gäller värdepappershandeln, som ju som sagt är i hög grad internationaliserad. Därutöver måste även här beaktas det viktiga förhållandet som påpekats ovan beträffande kontrollansvaret i sig, nämligen att *den riskökning som skulle följa av ett ansvar för indirekt skada inte kan föras vidare på en felande medhjälpare*. Detta kan inte accepteras vare sig från ett samhälls- eller företagsekonomiskt perspektiv.

Slutligen en redaktionell synpunkt: Skrivningen om indirekt skada är formulerad som en begränsning ("bara om den avtalsbrytande parten varit vårdslös") och den är införd i slutet av 2 st. Detta kan ge intryck av att skadestånd enligt 3 st alltid, dvs oavsett vårdslöshet, omfattar indirekt skada.

4. Några ytterligare synpunkter om lagförslaget ändå skulle införas

Nedan lämnas några synpunkter i övrigt. Synpunkterna avser vissa detaljer i den föreslagna bestämmelsen och är således relevanta endast om den över huvud taget skulle träda i kraft.

- Antag att kommissionären med iakttagande av vederbörlig omsorg borde ha utfört en köporder kl 15. Köpet blev dock inte utfört förrän kl 16. Om köpkursen stigit mellan kl 15 och 16, har kunden gjort en förlust i förhållande till om köpet utförts i tid. Enligt 43 § 2 st skall förändringar av marknadsvärdet på varan efter avtalsbrottet ersättas endast vid avvisning enligt 19 §. För avvisning krävs antingen oredlighet eller vårdslöshet och väsentligt eftersättande av kundens intresse. Avtalsbrottet torde här kunna sägas ha skett kl 15, dvs vid den tidpunkt då köpet skulle ha utförts, utan att detta skedde. Enligt den föreslagna bestämmelsen har kunden därmed rätt till ersättning för kursförändringen mellan kl 15 och 16 endast om denne har rätt att avvisa avtalet och detta också faktiskt skett. Enligt det standardiserade culpaansvar som gäller idag saknas motsvarighet till den föreslagna bestämmelsen. Kunden har, såvida det faktiskt är fråga om ett avtalsbrott och det inte föreligger force majeure etc, rätt till ersättning för kursförlusten oavsett om avvisningsgrund föreligger och oavsett huruvida avvisning faktiskt sker. Förslaget är således i denna del mindre förmånligt för kommittenten än vad som gäller idag.

¹⁵ Se främst Håstad, Den nya köprätten (4 u) s 202 ff och Kleineman, Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform, i Festskrift till Jan Ramberg s 307. Kleineman menar bl a att regelsystemet i 67 § KöpL kan beskrivas "som en slags intellektuell härdsmalta"(s 315). Han anser att den nuvarande bestämmelsen är "extremt svårtillämpad i det praktiska rättslivet" (s 317) och föreslår att den utmönstras ur köpL och ersätts med en reglering om förutsebarhet motsvarande den i FN-konventionen (s 317 f). Läget skulle kunna sammanfattas så, att lagstiftaren i 67 § KöpL på ett icke logiskt och ändamålsenligt sätt har försökt att systematisera och definiera begreppet indirekt skada, vilket medfört ökade gränsdragningsproblem i förhållande till de som redan existerade dessförinnan.

- På grund av ordningen mellan 2 och 3 st i den förslagna 43 § kan man få intrycket av att regeln i 2 st inte gäller i de fall som regleras i 3 st (jämför motsvarande synpunkt beträffande indirekt skada i sista stycket under punkt 3 ovan). Den avsedda innebörden skulle framgå tydligare om de båda styckena bytte plats.
- I 43 § saknas reglering av möjlighet till jämkning. I betänkandet (s 308) anges att jämkning kan ske enligt allmänna regler vid medvållande. I KöpL (70 § 2 st) anges uttryckligen möjlighet till jämkning även på grund av oskälighet ”med hänsyn till den skadeståndsskyldiges möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst samt omständigheterna i övrigt”. Liknande bestämmelser finns i 24 § KköpL och 34 § KtjL. Även i 43 § borde en motsvarande jämkningsmöjlighet införas.
- 43 § medger ej möjlighet till att föreskriva ett högsta belopp med vilket skadestånd kan utgå. Sådana beloppsbegränsningar är vanliga i internationella avtal. Beloppsbegränsningar kan ofta vara oskäligen om de medger ersättning upp till endast ett lägre belopp. Det kan dock ofta vara rimligt att tillämpa någon slags begränsning. En möjlighet till detta är dock av mindre betydelse om en jämkningsmöjlighet införas.

5. Sammanfattning

Det är inte lämpligt att inom värdepappershandeln – oavsett om fråga är om köp eller kommission – reglera ersättningsfrågor med kontrollansvar. Detta gäller redan på grund av värdepappershandelns särdrag, såsom att olika slags (ofta utländska) medhjälpare måste anlitas, att handeln avser mycket stora belopp på en marknad där kurserna är snabbt fluktuerande, samt att marknaden är känslig för störningar och klassad som samhällsviktig. Ett annat, mycket viktigt, skäl för att inte införa kontrollansvar inom den svenska värdepappershandeln, är att ett sådant ansvar inte gäller internationellt. Om kontrollansvar infördes endast i Sverige skulle detta medföra oacceptabla risker för värdepappersinstitut verksamma i Sverige samt för samhällsekonomin i stort.

Det är vidare inte lämpligt att över huvud taget – dvs oavsett bransch – införa ett kontrollansvar vid kommission. Kontrollansvar lämpar sig bättre vid mer momentana och resultatintrikade avtalstyper såsom köp.

Att införa kontrollansvar vid kommission inom värdepappershandeln vore med hänsyn till det nu sagda dubbelt olyckligt; vare sig branschen eller avtalstypen är lämpad för den typen av ansvar. Därtill kommer att det vad gäller värdepappershandeln är av vikt att i princip samma regler tillämpas i praktiken vid både köp och kommission. Detta skulle, till skillnad från vad som gäller idag, inte bli fallet vid en övergång till kontrollansvar vid kommission.

Allt sammantaget skulle ett införande av kontrollansvar för värdepappershandeln i enlighet med förslaget i betänkandet innebära ett allvarligt slag mot den svenska värdepappersmarknaden och dess konkurrenskraft samt därmed även mot såväl konsumenter som samhällsekonomin i stort.

Kontrollansvar är över huvud taget inte lämpligt vid kommission. Med tanke på att värdepappershandeln står för den ojämförligt största andelen kommissionsaffärer (såväl vad gäller

antal avslut som omsättning) talar vidare de specifika skälen mot ett kontrollansvar i den branschen för att över huvud taget inte gå vidare med förslaget om kontrollansvar vid kommission (snarare än att undanta värdepappershandeln från en allmän bestämmelse om kontrollansvar vid kommission).
