

Ds 2012:31

App to date

*Konsumenternas rättsliga ställning när varor
eller tjänster betalas via telefonräkningen, m.m.*



REGERINGSKANSLIET

Justitiedepartementet

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:
Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-598 191 91
Ordertel: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Internet: www.fritzes.se

Svara på remiss – hur och varför. Statsrådsberedningen (SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)

– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/>

Tryckt av Elanders Sverige AB
Stockholm 2012

ISBN 978-91-38-23782-3
ISSN 0284-6012

Förord

Ansvarig minister för konsument- och demokratifrågor, statsrådet Birgitta Ohlsson, beslutade den 22 september 2011 att ge f.d. justitierådet Torgny Håstad i uppdrag att biträda Justitiedepartementet med att utreda konsumenternas rättsliga ställning när varor och tjänster betalas via telefonräkningen och därtill närliggande frågor (Ju 2011:F).

Från och med den 1 november 2011 anställdes hovrättsassessorn Emma Regnér för att arbeta som sekreterare inom ramen för uppdraget.

Med denna promemoria är uppdraget slutfört.

Uppsala augusti 2012

Torgny Håstad

/ Emma Regnér

Innehåll

Sammanfattning av promemorian	11
Promemorians lagförslag	21
1 Utredningens uppdrag och arbete	23
1.1 Utredningens uppdrag	23
1.2 Utredningens arbete	24
1.3 Civilrättslig eller marknadsrättslig lagstiftning?	25
2 Mobiltelefonmarknaden	27
2.1 Tjänsterna	27
2.1.1 Premiumtjänster	27
2.1.2 Övriga sms-baserade tjänster	29
2.1.3 Internet via mobiltelefonen	30
2.1.4 Övriga mobila betalningslösningar	31
2.2 Aktörerna	33
2.2.1 Mobiltelefonoperatörerna	33
2.2.2 Innehållsleverantörerna	34
2.2.3 Aggregatörerna	34
2.2.4 Myndigheter och organisationer	35
2.3 Avtalskonstruktioner och vanligt förekommande avtalsvillkor	37

2.3.1	Konsumenternas avtal med operatörerna.....	37
2.3.2	Konsumenternas avtal med innehålls- leverantörerna.....	44
2.3.3	Självreglering	45
3	Marknaden för appar.....	51
3.1	Allmänt om appar.....	51
3.2	Aktörerna.....	52
3.3	Avtalskonstruktioner och vanligt förekommande avtals- villkor.....	53
4	Slutandet av elektroniska avtal	57
4.1	Problembeskrivning	57
4.2	Näringsidkarens informationsplikt	59
4.2.1	Rättslig reglering.....	59
4.2.2	Överväganden	77
4.3	Förutsättningar för avtalsbundenhet	80
4.3.1	Rättslig reglering	80
4.3.2	Överväganden	89
4.4	Elektroniska gåvor	91
4.4.1	Rättslig reglering.....	91
4.4.2	Överväganden	93
5	Abonnents ansvar för andras beställningar och betalningar	95
5.1	Problembeskrivning	95
5.2	Bevisfrågor rörande obehörig användning.....	96
5.2.1	Utgångspunkten	96

5.2.2	Har näringsidkare alltid bevisbördan i tvist mot konsument?	97
5.2.3	Transaktioner med legitimerande utrustning	99
5.2.4	Överväganden	105
5.3	Lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument	106
5.3.1	Lagens bakgrund	107
5.3.2	Innehållet i lagen	109
5.3.3	Praxis	118
5.4	Abonnentens ansvar om lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument inte är tillämplig	120
5.4.1	Fullmakt	121
5.4.2	Vårdslöst möjliggörande (culpa in contrahendo)	126
5.4.3	Sammanfattning	127
5.5	Överväganden	128
5.5.1	Är mobiltelefonens pinkod ett betalningsinstrument enligt lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument?	128
5.5.2	Ansaret enligt avtalsvillkoren och allmänna regler	130
5.5.3	Grov oaktsamhet	135
5.5.4	Behövs lagstiftning?	137
6	Underårigas beställning av premiumtjänster och appar	139
6.1	Underårigas ansvar för egna beställningar och betalningar	139
6.1.1	Problembeskrivning	139
6.1.2	Rättslig reglering	141
6.1.3	Överväganden	152
6.2	Rättsverkan vid ogiltiga avtal	155
6.2.1	Problembeskrivning	155
6.2.2	Rättslig reglering	156

6.2.3	Överväganden	157
6.3	Marknadsföring riktad mot unga	158
6.3.1	Problembeskrivning	158
6.3.2	Rättslig reglering	159
6.3.3	Överväganden	162
7	Tvingande konsumentskydd vid dröjsmål och fel på digitala produkter och tjänster	165
7.1	Problembeskrivning	165
7.2	Rättslig reglering	166
7.2.1	Konsumenttjänstlagen (1985:716)	166
7.2.2	Konsumentköplagen (1990:932)	171
7.2.3	Common European Sales Law (CESL)	177
7.3	Överväganden	178
8	Operatörens, marknadsplatsens och plånboksföretagets ansvar vid förmedling av betalning	183
8.1	Har konsumenten invändningsrätt mot operatören vid innehållsleverantörens kontraktsbrott?	184
8.1.1	Problembeskrivning	184
8.1.2	Rättslig reglering	186
8.1.3	Överväganden	192
8.2	Konsumentens rätt till återbetalning m.m. från operatören m.fl. när varan eller tjänsten efter betalningen visar sig vara felaktig	195
8.2.1	Problembeskrivning	195
8.2.2	Rättslig reglering	195
8.2.3	Överväganden	198

8.3	Operatörernas möjlighet att stänga av abonnemanget vid utebliven betalning för premiumtjänster	200
8.3.1	Problembeskrivning.....	200
8.3.2	Rättslig reglering.....	201
8.3.3	Överväganden	211
8.4	Till vem ska konsumenten reklamera?.....	213
8.4.1	Problembeskrivning.....	213
8.4.2	Rättslig reglering.....	213
8.4.3	Överväganden	214
8.5	Bedriver operatörerna inkassoverksamhet?.....	216
8.5.1	Problembeskrivning.....	216
8.5.2	Rättslig reglering.....	216
8.5.3	Överväganden	219
9	Automatisk förlängning av avtal	221
9.1	Problembeskrivning.....	221
9.2	Rättslig reglering	222
9.2.1	Civilrättslig reglering.....	222
9.2.2	Marknadsrättslig reglering	225
9.3	Överväganden och förslag	227
10	Ångerrätt vid avtal om digitalt innehåll	231
10.1	Problembeskrivning.....	231
10.2	Rättslig reglering	232
10.2.1	Ångerrätt enligt distans- och hemförsäljningslagen (2005:59)	232
10.2.2	Ångerrätten enligt konsumenträttsdirektivet och CESL	234
10.3	Överväganden	234

11 Avgiftsförbudet i betaltjänstlagen	237
11.1 Problembeskrivning	237
11.2 Rättslig reglering	238
11.2.1 Lagen (2010:751) om betaltjänster	238
11.2.2 Grönbok om mobila betalningar	246
11.3 Överväganden och förslag	248
12 Kravet på kundkännedom vid vissa premiumtjänster .	251
12.1 Problembeskrivning	251
12.2 Rättslig reglering	252
12.2.1 Lagen (2009:62) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism	252
12.3 Överväganden.....	253
13 Ekonomiska konsekvenser av förslaget	257
14 Författningskommentar	259
14.1 Förslaget till lag (20xx:xxx) om konsumenters rätt att hindra förlängning av avtal	259
Bilaga 1	265

Sammanfattning av promemorian

Om utredningen

I takt med den tekniska utvecklingen har mobiltelefonen kommit att användas till betydligt mer än att enbart ringa och ta emot samtal. I dag används mobiltelefonen bl.a. till att surfa på Internet, till att beställa olika former av varor och tjänster samt till att genomföra betalningar och annan överföring av pengar.

En modell för att betala för varor och tjänster är att konsumenten ringer ett samtal eller skickar ett sms-meddelande till en förhöjd taxa, s.k. premiumtjänster. Betalning sker i efterhand via telefonräkningen eller genom att beloppet dras från konsumentens kontantkort hos teleoperatören. Promemorian behandlar och analyserar konsumenternas rättsliga ställning vid sådana köp.

En alltmer vanlig företeelse är att konsumenten via sin mobiltelefon eller surfplatta köper och laddar ner applikationer (appar). Denna typ av avtal skiljer sig från premiumtjänsterna på så sätt att konsumenten vanligtvis inte betalar för apparna via sin telefonräkning utan med ett kontokort som är knutet till konsumentens konto på den marknadsplats som marknadsför apparna (t.ex. App Store eller Google Play). Eftersom många av de frågeställningar som promemorian behandlar är relevanta vid denna typ av avtal har utredningen även kommit att omfatta konsumentskyddet vid köp av appar.

Utredningen har funnit att konsumentskyddet på området i huvudsak är gott. Vissa områden har dock identifierats där det finns behov av åtgärder, i några fall i form av en ny lag och i övrigt genom åtgärder med stöd i gällande rätt.

Slutandet av elektroniska avtal

Att ingå avtal över telefonen kan innebära vissa svårigheter för konsumenten på grund av de begränsningar som följer av att kommunicera med hjälp av en telefon. Promemorian behandlar regelverket om slutandet av elektroniska avtal. En i huvudsak fungerande självreglering på marknaden i kombination med en relativt omfattande marknadsrättslig reglering av näringsidkarens informationsplikt i beställningssituationen medför att konsumentskyddet i huvudsak är gott på detta område. Det saknas dock en civilrättsligt sanktionerad regel i de fall näringsidkaren inte har klargjort att en beställning medför betalningsskyldighet. Implementeringen av det s.k. konsumenträttsdirektivet (2011/83/EU) kommer att fylla denna lucka. Utredningen gör därför bedömningen att det grundläggande konsumentskyddet vid ingående av elektroniska avtal blir tillfredsställande.

Det är en allt vanligare företeelse att organisationer samlar in bidrag för välgörande ändamål via betalsamtal och premium-sms. I dessa fall fullbordas inte gåvan förrän telefonräkningen betalas. Frågan har därför uppkommit om en gåvoutfästelse via sms-meddelande bör göras bindande för givaren. Enligt utredningens uppfattning är så inte fallet. Obundenhet ligger helt i linje med gåvolagens syfte, och det saknas enligt utredningen skäl att ändra på denna ordning.

Abonnents ansvar för andras beställningar och betalningar

En abonnent har vissa lagstadgade rättigheter att kostnadsfritt spärra sin telefon mot betaltjänster och få en beloppsspärr inför för sin faktura. Emellertid finns det åtskilliga exempel på fall där abonnenter har bestritt betalningsskyldighet för köp av appar, ringsignaler eller betalsamtal på grund av att det skulle vara någon annan, vanligtvis ett barn i familjen, som utan samtycke har ingått avtal om köp av digitala tjänster med hjälp av abonnentens telefon.

Frågan uppkommer då vem som har bevisbördan för om det är abonnenten eller någon obehörig som använt telefonen och vilket ansvar en innehavare av ett abonnemang eller kontantkort hos en operatör eller ett konto hos t.ex. App Store har för andras beställningar och betalningar.

Bla. enligt en bestämmelse i EG:s betaltjänstdirektiv (2007/64/EG) torde bevisbördan åvila den som påstår att abonnenten utfört transaktionen, åtminstone om abonnenten har en rimlig förklaring till att han eller hon inte utfört transaktionen och inte heller samtyckt till den. Så verkar bevisbördan också placeras i praxis. I detta sammanhang kan nämnas att enbart den omständigheten att en förälder lånar ut sin mobiltelefon till sitt barn inte torde innebära att barnet kan anses ha fått fullmakt att köpa ringsignaler eller appar för föräldrarnas räkning.

Enligt utredningens uppfattning utgör mobiltelefonens pinkod till SIM-kortet inte ett betalningsinstrument enligt lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, eftersom pinkoden till telefonen inte lämnats just för betalningstransaktioner. Detta innebär att den nämnda lagen inte ger konsumenten något omedelbart skydd mot obehöriga transaktioner. Den lagen får emellertid, liksom allmänna regler om fullmakt m.m., anses ge konsumenter ett minimiskydd via 36 § avtalslagen. Således bör avtalsvillkor vilka är strängare mot konsumenterna anses ogiltiga. Detta omdöme drabbar de flesta nu förekommande villkor på marknaden. Konsumentverket bör granska operatörernas avtal och, om dessa inte skrivs om så att villkoren som minimum uppfyller kraven i lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, väcka förbudstalan inför Marknadsdomstolen.

I detta avsnitt anlägger utredningen även synpunkter på hur kravet på grov oaktsamhet i lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument har utformats och hur kravet har tillämpats i praxis. Härvid anförs bla. att kraven på aktsamhet bör vara lägre vid hantering av en kod vars primära syfte är att möjliggöra telefonsamtal och surfning i allmänhet än vid hantering av en kod som uteslutande ska användas för betalningstransaktioner.

Under utredningens gång har de fyra stora teleoperatörerna tillsammans lanserat en tjänst, WyWallet, som kan beskrivas som en mobil plånbok till och från vilken konsumenterna med hjälp av sin mobiltelefon kan överföra pengar och betala för bl.a. premium-sms. Även bankerna har aviserat att de avser att lansera en liknande tjänst under hösten 2012. Vid utnyttjandet av en mobil plånbok måste konsumenten använda en särskild kod. Därmed blir lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument tillämplig på transaktioner som inte auktoriserats av kontohavaren.

Eftersom konsumentskyddet kan bli tillfredsställande med hjälp av 36 § avtalslagen samt 3 och 4 §§ lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och då det är ovisst i vilken utsträckning premium-sms och betalsamtal kommer att erbjudas i framtiden, anser utredningen att ansvaret för obehörig användning av mobiltelefoner för närvarande inte bör lagregleras.

Underårigas beställning av premiumtjänster och appar

Underårigas användning av premiumtjänster och appar har medfört nya problem vid tillämpning av reglerna om underårigas rätts-handlingsförmåga, bl.a. eftersom denna typ av avtal är förenad med en anonymitet som inte finns vid köp i butik. En närliggande företeelse för unga användare är utvecklingen av olika spelsidor och nätverkstjänster, s.k. communities, som drivs av näringsidkare på Internet och där unga uppmuntras att genom bl.a. betalsamtal eller premium-sms uppgradera sitt medlemskap och köpa olika virtuella produkter. Utredningen behandlar reglerna om underårigas rättshandlingsförmåga och kommer till slutsatsen att underåriga har ett gott skydd enligt nu gällande regler. En underårig saknar nämligen enligt huvudregeln rättslig handlingsförmåga och kan ingå avtal endast med förmyndarens samtycke. En förmyndare som överlämnat pengar eller ett kontantkort till sitt barn får visserligen anses ha gett barnet behörighet att sluta avtal som är sedvanliga för barn i den åldern (jfr ställningsfullmakt). I praxis

har denna regel emellertid tillämpats med försiktighet. Även om bestämmelsen i 9 kap. 6 § föräldrabalken skulle kunna göras något utförligare för att tydliggöra gällande rätt (utredningen skissar en sådan lagtext), anser utredningen inte att barns handhavande av mobiltelefoner kräver lagstiftning.

Även den reglering som finns kring marknadsföringen mot unga ger enligt utredningen ett fullgott skydd. Marknadsföring får enligt framförallt marknadsföringslagen (2008:486) inte direkt uppmana barn att köpa produkter. Reklam får inte heller bakas in i t.ex. spel på Internet så att barn inte förstår vad som är reklam. Det är utredningens uppfattning att erbjudande om s.k. In App-köp, som dyker upp i appar riktade mot barn, strider mot god affärssed och utgör otillbörlig marknadsföring.

Tvingande konsumentskydd vid dröjsmål och fel på digitala produkter och tjänster

Utredningen har kommit fram till att varken konsumentköplagen (1990:932) eller konsumenttjänstlagen (1985:716) är tillämplig när konsumenten ingår ett avtal om digitalt innehåll. Konsumenterna ingår alltså numera en mängd avtal som inte omfattas av tvingande konsumenträttsligt skydd, och utredningen har övervägt om det finns ett behov att utvidga konsumenträtten till att även omfatta denna typ av avtalsobjekt. Enligt utredningens uppfattning är konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen emellertid möjliga att tillämpa analogt på avtal om digitalt innehåll, och med stöd av 36 § avtalslagen kan de relevanta bestämmelserna göras tvingande. Med hänsyn härtill, och då det under utredningens gång kommit fram att konsumenterna sällan invänder mot felaktiga eller försenade digitala produkter eller tjänster, finner utredningen att det saknas behov att lagstifta i frågan.

Operatörens, marknadsplatsens och plånboksföretagets ansvar vid förmedling av betalning

Operatören förmedlar betalning för premiumtjänsterna från konsumenten till innehållsleverantören. En konsument ingår dock inte avtalet om köp av en premium-tjänst med operatören utan med innehållsleverantören. Detta trepartsförhållande (operatör-innehållsleverantör-konsument) medför vissa svårigheter för konsumenten att invända och reklamera mot felaktiga premium-tjänster. På applikationsmarknaden är situationen ibland likartad; konsumenten ingår avtal om köp av appen med utvecklaren, medan marknadsplatsen, som förmedlar konsumentens betalning, kan vara en annan än utvecklaren.

Utredningen konstaterar att den som driver in en fordran för annans räkning utan att ha förvärvat den inte kan ha bättre rätt än innehavaren av fordringen (huvudmannen), eftersom det är dennes rätt han gör gällande vid indrivningen. Avtal om att konsumenten inte har invändningsrätt mot den som driver in en fordran kan förklaras oskäliga enligt 36 § avtalslagen jämförd med 28 eller 29 § första stycket konsumentkreditlagen (2010:1846). Konsumenten har därför enligt utredningens bedömning en tvingande invändningsrätt mot operatören/marknadsplatsen i dessa situationer, oavsett om operatören eller marknadsplatsen har förvärvat fordran eller inte. Bestämmelsen om konsumentens återkravs rätt i 29 § andra stycket konsumentkreditlagen är där- emot inte tillämplig i dessa situationer där operatören eller marknadsplatsen bara är en förmedlare, varför konsumenten inte kan kräva operatören eller marknadsplatsen på återbetalning av vad som erlagts till operatören eller marknadsplatsen för en felaktig produkt eller tjänst. Rätten till återbetalning bör enligt utredningen dock vara begränsad till att gälla mot den ursprungliga säljaren eller den som ger eller övertar finansieringen av ett kreditköp, varför utredningen inte föreslår någon lagändring.

Utredningen framför i en fotnot ett förslag till korrigerande och förtydligande av 28 och 29 §§ konsumentkreditlagen men anser

att ett förslag om dessa ändringar traditionellt skulle kräva mer omfattande förklaringar än vad det här medgetts utrymme till.

En omständighet som är särskild bekymmersam är att vissa av operatörernas avtalsvillkor innebär att operatören kan stänga av telefonabonnemanget vid utebliven betalning för en premiumtjänst. Att få sitt telefonabonnemang avstängt framstår som en så ingripande åtgärd att det finns en risk för att konsumenter avhåller sig från att använda det viktiga påtryckningsmedel som innehållande av betalning utgör när konsumenten anser att innehållsleverantören gjort ett kontraktsbrott. Operatörernas förbehåll om avstängning står inte i harmoni med konsumenters tvingande innehållanderätt och invändningsrätt enligt konsumentskyddslagarna, om innehållsleverantören begått ett kontraktsbrott. I sådant fall bör villkoret anses ogiltigt enligt 36 § avtalslagen. Enligt 5 kap. 19 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation ska en avstängning vid utebliven betalning av en premiumtjänst (även i fall där konsumenten begår kontraktsbrott) begränsas till denna tjänst, utom om konsumenten tidigare varit i dröjsmål och fått en betalningsuppsmaning. Det saknas – trots en motstridig dom av Marknadsdomstolen – därmed behov att lagstifta i frågan.

Hot från operatörer att spärra all telefoni om abonnenten inte betalar en skuld till en innehållsleverantör synes med hänsyn till operatörernas roll som förmedlare innebära inkassoverksamhet.

Utredningen anser vidare att konsumenter enligt 36 § avtalslagen jämförd med 23 § lagen (1991:351) om handelsagentur bör ha en tvingande rätt att framföra reklamationer till den som förmedlat ett köp från tredje man. Inte heller här synes lagstiftning nödvändig.

Automatisk förlängning av avtal

Vissa appar innefatta funktioner som gör det möjligt för kunden att förvärva innehåll på prenumerationsbasis. Dessa s.k. In App-prenumerationer förlängs automatiskt i tillämplig tidsperiod. Även på en rad andra marknader, som t.ex. dejtingsidor på Internet och

gymbranschen, förekommer det att ett tidsbegränsat avtal förlängs automatiskt om inte konsumenten säger upp avtalet en viss tid innan det ska upphöra. Eftersom parterna ofta ingår tidsbestämda avtal för en relativt lång tidsperiod kan det vara svårt för konsumenten att komma ihåg att säga upp avtalet. Ofta blir konsumenten påmind om avtalet först när han eller hon får en faktura för den nya perioden. Det är då vanligtvis för sent att säga upp avtalet. Utredningen föreslår att en ny lag införs om konsumenters rätt att förhindra förlängning av avtal. Lagen ska vara tillämplig när inga andra lagbestämmelser finns. Lagen ska ge konsumenter rätt att säga upp ett tidsbestämt avtal inom tre veckor från det att konsumenten fått en betalningsanmaning för en ny period, såvida inte näringsidkaren högst två månader före avtalstidens utgång skriftligen har meddelat konsumenten 1. att avtalet kommer att förlängas om avtalet inte sägs upp, 2. vilka villkoren blir vid förlängning och 3. att förlängning undviks om konsumenten säger upp avtalet inom en månad från avsändandet av meddelandet till viss e-postadress.

Ångerrätt vid avtal om digitalt innehåll

Rätten att ångra ett avtal som har ingåtts på distans är EG-rättsligt skyddad, och de svenska reglerna om ångerrätt återfinns i distans- och hemförsäljningslagen (2005:59). Utvecklingen av digitala produkter har emellertid inneburit inskränkningar av konsumenternas ångerrätt, eftersom det efter digital överföring av naturliga skäl är svårt att uppfylla nu gällande krav på återlämnande av varan. Enligt det nya konsumenträttsdirektivet 2011/83/EU, som är ett fullharmoniseringsdirektiv, får konsumenter emellertid rätt att inom två veckor ångra ett distansavtal om inte konsumenten uttryckligen har samtyckt till att ångerrätten ska gå förlorad. Direktivet har inget undantag för varor som på grund av sin beskaffenhet inte kan återlämnas. De svenska lagreglerna kommer i annat sammanhang att behöva anpassas till direktivet. Utredningen avstår därför från att lämna några förslag i denna del.

Avgiftsförbudet i betaltjänstlagen

Promemorian behandlar frågan om lagen (2010:751) om betaltjänster (betaltjänstlagen) är tillämplig på mobiloperatörer och hur avgiftsförbudet i lagens 5 kap. 1 § fjärde stycke i så fall ska tillämpas vid betalning genom en mobiltelefon. Utredningen har kommit fram till att förmedling av betalning via sms-meddelanden och betalsamtal, där operatören uppbär betalning på telefonräkningen, utgör en betaltjänst i betaltjänstlagens mening när den förmedlade varan eller tjänsten konsumeras utanför telefonen, t.ex. om det är förmedling av en bussresa, parkeringsavgift eller köp av en vara i en varuautomat. Däremot anser utredningen att mobiltelefonens pinkod till SIM-kortet inte är ett betalningsinstrument. Det medför enligt utredningens mening att avgiftsförbudet inte blir tillämpligt vid dessa betaltjänster. Denna uppfattning strider mot Finansinspektionens och Konsumentverkets. Utredningen har även vissa andra synpunkter på avgiftsförbudets lämplighet och utformning. Bl.a. eftersom det pågår en översyn av mobila betalningar inom EU lämnar utredningen dock inget lagförslag.

Kravet på kundkännedom vid vissa premiumtjänster

Utredningen behandlar slutligen kravet i lagen (2009:62) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism (penningtvättslagen) på kundkännedom. Utredningen kommer fram till att kravet hindrar att mobiloperatörer förmedlar betalning för varor och tjänster som konsumeras utanför telefonen när konsumenten har ett oregistrerat kontantkort. Kravet på kundkännedom motiveras av strävan att förhindra och försvåra penningtvätt och terrorism. Det är emellertid svårt att se någon större risk för sådan verksamhet beträffande dagens mobiltelefonitjänster, och enligt utredningens bedömning motiverar denna risk inte det besvär som ett krav på registrering av kontantkort innebär för dessa kunder. Kontantkort ges ofta till barn och ungdomar, och det är önskvärt att dessa smidigt ska kunna använda kontantkort

vid betalning för t.ex. bussresor. Kravet på registrering av kontantkortsinnehavare har också medfört att möjligheten att handla varor och tjänster anonymt via mobiltelefonen har försvunnit, vilket kan väcka vissa betänkligheter i ett integritetsperspektiv. Kravet på kundkännedom vid förmedling av betaltjänster är emellertid EU-rättsligt reglerad. Det är därför inte meningsfullt att denna utredning framför något förslag i frågan.

Ekonomiska konsekvenser av förslaget

Förslaget om en ny lag angående automatisk förlängning av avtal innebär i princip ett klagörande av gällande rätt. Konsekvenserna för företagen bedöms därmed bli begränsade. I övrigt har utredningen ägnats åt att tolka och klargöra det gällande rättsläget på en rad olika områden som har anknytning till handel av varor och tjänster över mobiltelefonen. Även om utredningens tolkningar av rättsläget kan medföra att operatörerna och marknadsplatserna kan behöva ändra sina avtalsvillkor i vissa delar, bedöms de ekonomiska konsekvenserna för berörda företag sammantaget bli små.

Promemorians lagförslag

Förslag till lag (20xx:xxx) om konsumenters rätt att hindra förlängning av avtal

Härmed föreskrivs följande.

1 § Denna lag gäller när en näringsidkare avtalat med en konsument att ett avtal på viss tid förlängs för en ny bestämd tidsperiod, eller tills vidare med en uppsägningstid överstigande tre månader, om konsumenten inte säger upp avtalet.

Lagen gäller inte om annan lag innehåller andra föreskrifter om uppsägning av tidsbestämda avtal.

2 § I lagen avses med

konsument: en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet,

näringsidkare: en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten.

3 § En konsument har rätt att säga upp ett avtal som anges i 1 § inom tre veckor från det att näringsidkaren avsänt en betalningsuppmaning. Treveckorsfristen börjar löpa bara om betalningsuppmeningen innehåller en upplysning om att konsumenten kan avbryta avtalet vid utgången av den pågående perioden genom uppsägning inom tre veckor till viss e-postadress. Om konsumenten utan att ha betalat säger upp avtalet inom treveckorsfristen, gäller uppsägningen till utgången av den pågående avtalsperioden. Vid giltig upp-

sägning är konsumenten inte skyldig att betala för något som tillhandahålls under den nya perioden men före uppsägningsfristens utgång.

Om betalning för en ny period görs genom autogiro, har konsumenten rätt att säga upp avtalet inom tre veckor från det att konsumenten får underrättelse om betalningen. Uppsägningen gäller då från den dag uppsägningen kommer näringsidkaren till handa.

Uppsägningsrätten enligt första och andra styckena gäller inte om näringsidkaren högst två månader före avtalstidens utgång skriftligen har meddelat konsumenten

1. att avtalet kommer att förlängas om avtalet inte sägs upp,
2. vilka villkoren blir vid förlängning, och
3. att förlängning undviks om konsumenten säger upp avtalet inom en månad från avsändandet av meddelandet till viss e-postadress.

4 § Konsumentens rätt enligt 3 § kan inte inskränkas genom avtal.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2014, oavsett om parternas avtal ingåtts före denna tidpunkt.

1 Utredningens uppdrag och arbete

1.1 Utredningens uppdrag

Utredningen har fått i uppdrag att analysera konsumenternas rättsliga ställning när varor eller tjänster först köps genom uppringning eller sms-meddelande till ett särskilt telefonnummer, därefter tillhandahålls av någon annan än operatören och slutligen faktureras via telefonräkningen. Uppdraget finns fogat till promemorian som bilaga 1. Justitiedepartementet beslutade under våren 2012 att förlänga tiden för uppdraget till den 31 augusti 2012.

Utredaren ska enligt uppdraget redovisa vilka avtalskonstruktioner som vanligen förekommer samt redogöra för de avtalsvillkor som allmänt används och för det ansvar parterna har enligt dem. Vidare ska utredaren analysera den civilrättsliga och marknadsrättsliga regleringen av avtalen. Eventuella oklarheter i fråga om konsumenternas rättsliga ställning ska identifieras. Om utredaren gör bedömningen att konsumentskyddet i något avseende behöver förändras ska utredaren enligt uppdraget redovisa det. Särskilt situationer där barn är inblandade ska uppmärksammas. Utredaren ska vid behov föreslå ändringar i den marknadsrättsliga lagstiftningen. Utredaren ska också föreslå andra åtgärder än lagstiftning som kan vara nödvändiga för att komma tillrätta med de konsumentproblem som förekommer.

Utredningen får slutligen också ta upp andra konsumentproblem som kan uppkomma till följd av ny teknik och telefonens förändrade användningsområde. Det kan exempelvis gälla risken att drabbas av

höga kostnader när barn använder vissa applikationer till smarta telefoner eller läsplattor. Ett exempel på ett sådant närliggande konsumentproblem som utredningen efter samråd med departementet har kommit att behandla är frågan om automatisk förlängning av avtal.

Utredningen ska bedöma ekonomiska och andra konsekvenser av förslagen för berörda företag.

1.2 Utredningens arbete

Utredningens arbete påbörjades i november 2011. Utredningen har haft ett möte med en referensgrupp bestående av företrädare för Allmänna reklamationsnämnden, Post- och Telestyrelsen, Konsumentverket, Finansinspektionen, Datainspektionen, Etiska rådet för betalteletjänster, Morgan, Svensk Handel, Svenska Bankföreningen, Telekområdgivarna, Sveriges konsumenter, Marknadsdomstolen, Tele2 Sverige AB, TeliaSonera Sverige AB, TelenorSverige AB och Hi3G Access AB. Även företrädare för Justitiedepartementet och Finansdepartementet deltog på mötet. Vissa av medlemmarna i referensgruppen har också under uppdragets gång kommit med skriftliga synpunkter. Även Frivilligorganisationernas Insamlingsråd ideell förening (FRII) har lämnat synpunkter till utredningen. Försök har gjorts att bjuda in företrädare för Google och Apple till referensgruppen. Utredningen har dock inte lyckats få kontakt med dessa företag.

En av utmaningarna med arbetet har varit den snabba tekniska utvecklingen på området som bl.a. inneburit att det under uppdragets gång har presenterats nya produkter och tjänster på marknaden. Ett exempel på denna utveckling är att de fyra stora telefonoperatörerna under sommaren 2012 lanserade sin nya tjänst "WyWallet". Tjänsten är en s.k. mobil plånbok som på sikt är tänkt att ersätta betalning med hjälp av sms-meddelanden. För att denna utredning ska få relevans även i framtiden har vi försökt att analysera rättsläget och konsumenternas rättsliga ställning i ett

något vidare perspektiv än att enbart avse de situationer där varor och tjänster betalas via telefonräkningen.

Utredningen har även kommit att beröra och analysera konsumenternas rättsliga ställning när de via sin mobiltelefon, läsplatta eller dator handlar applikationer (appar). Som framgår nedan är det nämligen till viss del samma frågeställningar som aktualiseras vid köp av dessa produkter eller tjänster. Det finns också all anledning att anta att denna typ av avtal kommer att öka väsentligt i framtiden. En stor skillnad är dock att applikationsköp oftast inte betalas via telefonräkningen, varför vissa av de analyser vi gör nedan saknar relevans för denna typ av avtal.

1.3 Civilrättslig eller marknadsrättslig lagstiftning?

Denna utredning aktualiserar frågan hur eventuella förändringar i konsumentskyddet ska genomföras. Enligt uppdraget ska utredningen vid behov föreslå ändringar i den marknadsrättsliga lagstiftningen. Utredningen är dock inte förhindrad att även föreslå förändringar i den civilrättsliga lagstiftningen.

En fördel med marknadsrättslig reglering är att en prövning av ett avtalsvillkor i Marknadsdomstolen kommer alla framtida konsumenter till godo. En marknadsrättslig reglering medför emellertid inga direkta rättigheter för den enskilda konsumenten. Visserligen kan en sådan reglering indirekt påverka civilrättsliga bedömningar, framför allt frågan om ett villkor strider mot 36 § avtalslagen. Kombinationen av en generalklausul i marknadsföringslagen och en civilrättslig generalklausul riskerar emellertid att framstå som otydlig för konsumenterna, och det finns en risk för att dessa inte blir medvetna om sina rättigheter på området. Den marknadsrättsliga regleringen som denna utredning berör härrör dessutom ofta från EU-rättsliga direktiv, vilket ibland medför begränsningar av möjligheten att ytterligare reglera dessa frågor. Som exempel på denna problematik kan nämnas Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder. Direktivet är ett s.k. fullharmoniserings-

direktiv, och medlemsstaterna är därmed förhindrade att ytterligare reglera sådana frågor som faller inom direktivets tillämpningsområde.

Ifall en civilrättslig effekt, t.ex. avtals ogiltighet, framstår som önskvärd kan det ofta vara att föredra att utan omväg över den marknadsrättsliga regleringen införa en civilrättslig bestämmelse. En sådan kan i sin tur läggas till grund för ingripanden enligt marknadsföringslagen om en näringsidkare marknadsför sina varor eller tjänster under villkor som strider mot den civilrättsliga bestämmelsen eller vilseleder konsumenterna om deras rättigheter. Som en följd av sådana överväganden föreslår utredningen en ogiltighetsregel i en ny lag om konsumenternas rätt att hindra förlängning av avtal (se kapitel 9).

2 Mobiltelefonmarknaden

2.1 Tjänsterna

2.1.1 Premiumtjänster

Mobiltelefonoperatörernas verksamhet har länge varit inriktad på traditionell mobiltelefoni, d.v.s. att tillhandahålla en tjänst som gör det möjligt för kunderna att ringa genom det mobila nätet. I takt med utvecklingen av smarta telefoner och förändrat mobiltelefonibeteende är det dock troligt att det kommer att ske en förflyttning från mobilsamtal och sms-meddelanden till webb-baserade tjänster i mobiltelefonen.

Mobiltelefonens tekniska utveckling har gjort det möjligt för konsumenterna att använda och tillgodogöra sig ett stort antal olika tjänster och produkter via telefonen. Ett sätt som då används är att konsumenten köper en tjänst eller en produkt genom att ringa ett samtal eller skicka ett sms-meddelande till en högre taxa än den normala. Tjänsten tillhandahålls via mobiltelefonen av en s.k. innehållsleverantör och faktureras av operatören på telefonräkningen. Sådana tjänster kallas *premiumtjänster*. Tjänsterna kan också kallas *tredjepartstjänster*, *innehållstjänster* eller *betalteletjänster*, vilket bl.a. är den benämning som används i ERB:s etiska regler och Morgans branschregler.¹ För att undvika missförstånd och sammanblandning med det närliggande begreppet *betaltjänster* kommer vi fortsättningsvis att använda begreppet *premiumtjänster* i denna promemoria.

¹ Se mer om dessa aktörer och deras regelverk i avsnitt 2.2.4 och 2.3.3 nedan.

Det finns, från en rättslig synpunkt, viss anledning att skilja mellan sådana samtal eller sms-meddelanden som används för att betala *produkter som konsumeras i mobiltelefonen* och sådana som används för att betala *andra produkter* som t.ex. bussbiljetter. De sistnämnda betraktas nämligen av vissa aktörer på marknaden som *betaltjänster* och omfattas i så fall av reglerna i lagen (2010:751) om betaltjänster.²

Premium-sms

Premium-sms är ett sms-meddelande som sänds till ett femsiffrigt kort-nummer (enligt formatet 72 XXX) och som har en högre taxa än den rådande trafiktaxan. Premium-sms till välgörenhetsorganisationer som innehar s.k. 90-konto sker i serien 72 9XX. De kort-nummer till vilka premium-sms skickas återfinns inte i Post- och Telestyrelsens (PTS) nummerplan utan är framtagna av operatörerna själva.

Premium-sms är en beställnings- och betalningslösning som används i fråga om mindre belopp. Premium-sms används ofta för beställning och betalning av digitala produkter som t.ex. ringsignaler eller spel som levereras direkt till mobiltelefonen. Betalningsmodellen kan också användas för betalning av tjänster som inte är digitala, t.ex. bussbiljetter eller parkeringsavgifter.

Beställning av en premium-sms tjänst kan ske på olika sätt. Konsumenten beställer vanligen tjänsten genom att skicka ett sms-meddelande till det femsiffriga kortnumret. Tjänsten levereras sedan till konsumentens mobiltelefon. Betalning sker i efterhand via telefonräkningen eller genom att beloppet dras från konsumentens kontantkort hos teleoperatören. På räkningen benämns dessa tjänster ofta som "förmedlade tjänster". Konsumenten kan också via en webbplats beställa t.ex. en låt och som betalning ange sitt mobiltelefonnummer. Konsumenten debiteras sedan via telefonräkningen

² Se nedan kapitel 11 och 12.

eller kontantkortet. På olika spelsidor kan konsumenten betala för uppgraderade medlemskap och virtuell valuta via sms-meddelanden.

Betalsamtal

Betalsamtal är samtal till särskilda nummerserier som ofta börjar på 0900-, 0939-, 0944-, 099-. Betalsamtal har förhöjd taxa och debiteras på konsumentens telefonräkning eller kontantkort. Exempel på tjänster är väderinformation, spådomar, horoskop och erotiska tjänster. Betalsamtal kan också användas för att rösta i TV eller skänka pengar till välgörenhet. Det finns också spel på Internet där konsumenten kan betala för virtuella speltillbehör med hjälp av betalsamtal.

118-nummer

Samtal och sms-meddelanden till nummer som börjar på 118- har tidigare varit avsedda för rena nummerupplysningstjänster. På senare år har samtal till dessa nummerserier alltmer kommit att omfatta olika sorters upplysningstjänster, och konsumenten har möjlighet att, till en förhöjd taxa, ställa och få svar på de flesta frågor. Även dessa tjänster utgör alltså numera en form av premiumtjänster. En viktig skillnad mellan dessa tjänster och de tidigare nämnda premiumtjänsterna är att de företag som tillhandahåller 118-nummer inte genom avtal är bundna att följa ERB:s etiska regler.³

2.1.2 Övriga sms-baserade tjänster

Det finns även sms-baserade tjänster som inte har förhöjd taxa. Exempel på sådana tjänster är påminnelse för tandläkarbesök eller incheckning på flygplan. Dessa tjänster innebär ingen kostnad för

³ Se avsnitt 2.3.3 nedan för en genomgång av dessa regler.

konsumenten, och för sådana meddelanden används ett femsiffrigt kortnummer i nummerserien 71 XXX. Det förekommer dock även andra ”gratis-tjänster”, där användaren emellertid betalar genom att ange sina personuppgifter eller som finansieras genom reklam. Dessa torde, i vart fall i vissa hänseenden, vara att likställa med premiumtjänster.

2.1.3 Internet via mobiltelefonen

Konsumenternas användning av Internet via mobiltelefon har ökat kraftigt under det senaste året. Den sista juni 2011 fanns det nästan 2,3 miljoner abonnemang (privat- och företagsabonnemang) där minst 1 Gigabyte datatrafik ingick eller köptes som tillägg till det vanliga mobilabonnemanget. Detta kan jämföras med att det ett år tidigare fanns knappt 800 000 sådana abonnemang.⁴ Den mest frekvent använda internettjänsten över mobiltelefonen är numera att surfa, och i åldersintervallet 16-40 år surfar drygt sex av tio användare.⁵ Även att titta på rörliga bilder på Internet och att lyssna på radio via Internet är vanligt.

Konsumenten kan vanligtvis koppla upp sig mot Internet via sin mobiltelefon. Detta sker då ofta indirekt via mobiloperatörens nät och en gateway mot Internet. För de mer moderna telefonerna kan kunden ansluta direkt via en access till ett lokalt nätverk, s.k. WLAN eller Wi-Fi. Många abonnemang innebär numera att konsumenten har fri tillgång till Internet via sin mobiltelefon. I de fall konsumenten debiteras för användningen av Internet regleras detta genom konsumentens och operatörens avtal. Betalningen debiteras kundens mobilräkning eller kontantkort. Tjänsten skiljer sig alltså från premiumtjänsterna på det sätt att det inte finns någon innehållsleverantör och därmed inte heller något trepartsförhållande. De problem som kan uppstå vid premiumtjänsterna är alltså inte aktuella för denna tjänst, och denna promemoria kommer inte att ytterligare beröra eller analysera regelverket kring denna tjänst.

⁴ PTS rapport Svensk telemarknad – första halvåret 2011, PTS-ER-2011:21.

⁵ PTS rapport Svenskarnas användning av telefoni & internet 2011, PTS-ER-2011:23.

2.1.4 Övriga mobila betalningslösningar

På marknaden har det, utöver sms-betalningar, även utvecklats andra betalningslösningar med mobiltelefonen som hjälpmedel. En sådan modell är en s.k. mobil plånbok (kan även kallas för "wallet" i vissa sammanhang). Tjänsten gör det möjligt för konsumenterna att genomföra betalningar och överföra pengar med hjälp av en till mobiltelefonen nedladdad app. För att betalning med hjälp av en mobil plånbok ska kunna ske krävs att säljaren har ett avtal med det företag som tillhandahåller tjänsten om att ta emot betalning via den mobila plånboken. Rent praktiskt går betalningen till på så sätt att kunden antingen anger sin pinkod på en till mobiltelefonen nedladdad app eller, vid onlinebetalningar, anger sitt lösenord. Debiteringen för utnyttjande av den mobila plånboken är separat från telefonfakturan eller kontantkortet, vilket innebär att denna tjänst inte är beroende av mobiltelefonoperatörerna på samma sätt som sms-betalningar.

En mobil plånbok kan vara kopplad till en förbetald, direktbetald eller efterbetald betaltjänst. Varje betalning registreras och presenteras för kunden online. Med en förbetald betaltjänst avses ett konto hos plånboksföretaget där kunden sätter in pengar i förväg och där pengarna hålls på kontot. De transaktioner som kan genomföras är begränsade till det belopp som finns på kontot. Med en direktbetald betaltjänst avses en betaltjänst som utförs genom en mobil plånbok men där beloppet debiteras ett bank- eller kreditkort utfärdat av annan än plånboksföretaget, sedan kortet i förväg har registrerats hos plånboksföretaget av kunden. Med efterbetald betaltjänst avses slutligen ett kreditkonto, med en kredittjänst, där leverantören finansierar de köp som kunden gör och där kunden i efterhand genom en månatlig faktura från plånboksföretaget betalar för de köp som gjorts.

De fyra stora mobiloperatörerna, TeliaSonera AB, Tele2 Sverige AB, TelenorSverige AB och Hi3G Access AB, har bildat ett gemensamt bolag i syfte att ta fram en gemensam modell för mobila betalningar, 4T Sverige AB. Tjänsten, som kallas för WyWallet, bygger på en till mobiltelefonen nedladdad app. WyWallet ska

kunna användas till att betala för premium-sms, betala för In App-köp⁶, överföra pengar mellan olika användare och ladda kontantkortet.⁷ Målet med operatörernas samarbete är alltså att mobiltelefonen ska kunna användas till ännu fler transaktioner. Tjänsten lanserades i slutet av juni 2012. Enligt WyWallets Code of Conduct ska Morgans branschregler och ERB:s etiska regler följas om den mobila plånboken används för att betala premium-tjänster.

Också bankerna⁸ samarbetar sinsemellan i denna fråga och avser att under hösten 2012 lansera en liknande tjänst, Swish. Även med denna tjänst kan kunderna via en till mobiltelefonen nedladdad app överföra pengar mellan varandra. En skillnad jämfört med WyWallet är att Swishs kunder använder sina befintliga bankkonton.⁹

Tekniken NFC (Near Field Communication eller Närfältskommunikation på svenska) är en relativt ny teknik som går ut på att en person kan identifiera sig och betala genom att hålla ett chip nära en trådlös kortläsare. Ett NFC-chip kan byggas in i en mobiltelefon. All information som finns i de olika plastkort som användaren i dagsläget har i sin plånbok skulle då kunna rymmas i telefonens NFC-chip. När användaren håller telefonen nära en avläsare vid en dörr eller kassaterminal i en butik förs information över. SL och Västtrafik har i dag betallösningar som bygger på NFC-tekniken men då används s.k. smarta kort i stället för mobiltelefoner. Google har utarbetat en app, Google Wallet, som bygger på NFC-tekniken och som är tänkt att fungera som en mobil plånbok för de smarta telefoner som har ett inbyggt NFC-chip.¹⁰ I appen är det tänkt att användaren ska kunna lagra sina kontokort och ID-kort, och i framtiden även nycklar och biljetter m.m. Funktionen är än så länge endast tillgänglig för användare i USA. NFC-tekniken har även prövats

⁶ Se nedan under avsnitt 3.3 för beskrivning av In App-köp.

⁷ Se www.wywallet.se

⁸ Än så länge deltar Swedbank, SEB, Handelsbanken, Nordea, Länsförsäkringar och Danske Bank i samarbetet.

⁹ Se www.getswish.se

¹⁰ Se www.google.com/wallet/

på ett hotell i Stockholm, där Assa Abloy och Telia Sonera har låtit gästerna öppna hotelldörren och sköta in- och utcheckning med mobiltelefonen. Det är troligt att användandet av NFC-tekniken kommer att öka inom de närmaste åren. Vad som möjligtvis kan tänkas begränsa användningen av NFC-tekniken är att Apple ännu inte har introducerat NFC i sin iPhone. Nyligen har dock Apple registrerat ett antal patent baserade på NFC-tekniken, vilket tyder på att arbete med denna teknik pågår även inom Apple.

En annan betalningslösning som eventuellt kommer att etablera sig på den svenska marknaden är betalning med hjälp av s.k. QR-koder.¹¹ En QR-kod (Quick Response) är en streckkod som kan läsas av med hjälp av en streckkodsläsare som finns tillgänglig som app till de flesta smarta telefoner. Med denna betalningsteknik skannar konsumenten en s.k. QR-kod, som sitter på en klisterlapp på kassaterminalen eller är tryckt på den aktuella webb-sidan eller fakturan, för att godkänna att betalningen dras från kundens konto. QR-koden identifierar betalningsmottagaren som är kopplad till en transaktionsplattform, och konsumenten kan därefter genom att ange en pinkod godkänna att betalning görs från sitt konto eller via en kredit. Alternativt skannar en terminal vid kassan av en QR-kod från köparens mobiltelefon för att identifiera betalaren, och kunden godkänner därefter betalningen via sin mobiltelefon.

2.2 Aktörerna

2.2.1 Mobiltelefonoperatörerna

De största mobiltelefonoperatörerna på den svenska marknaden är TeliaSonera AB (41 % av marknaden), följt av Tele2 Sverige AB (24 %, tillsammans med Comviq), TelenorSverige AB (15 %) och Hi3G Access AB (8 %).¹² Dessa fyra operatörer har egna nät. Det finns också mindre operatörer i Sverige, s.k. ”virtuella opera-

¹¹ Se t.ex. <http://www.seamless.se/seqr/index.html>

¹² PTS rapport Svenskarnas användning av telefoni & internet 2011, PTS-ER-2011:23.

törer”, som inte har något eget nät utan hyr in sig på ett nät hos någon av de större operatörerna. Exempel på sådana operatörer är Dj Juice och Glocalnet. Med begreppet *operatörerna* avser vi i denna utredning TeliaSonera AB (Telia), Telenor Sverige AB (Telenor) Tele2 Sverige AB (Tele2) och Hi3G Access AB (Tre).

2.2.2 Innehållsleverantörerna

De leverantörer som tillhandahåller tjänster för mobiltelefoner, t.ex. spel, ringsignaler, nyhetstjänster eller trafikinformation, brukar kallas för *innehållsleverantörer*, och det är också den benämningen som vi kommer att använda i denna promemoria. Innehållsleverantörerna marknadsför sina produkter mot konsumenterna och ingår avtal med dessa. De företag som agerar som innehållsleverantörer på den svenska marknaden varierar från mycket små till stora, internationella företag. Tjänsterna och sms-meddelanden med beställning, information och pris förmedlas genom operatörernas nät. Operatörerna erbjuder även innehållsleverantörerna hjälp med fakturering för betalteletjänsterna, och kunden betalar för sina köp av premiumtjänster genom telefonräkningen eller kontantkortet. Operatörerna tar ut en avgift från innehållsleverantörerna för att förmedla betalningen.

2.2.3 Aggregatörerna

På marknaden för premiumtjänster finns vanligtvis ytterligare en aktör, *aggregatören*. Aggregatören fungerar som en mellanhand mellan operatören och innehållsleverantören för de sms-baserade premiumtjänsterna och sköter ofta utskicken av sms-meddelanden till konsumenten. Aggregatören har avtal med operatören och innehållsleverantören samt tar ut en avgift från innehållsleverantören för sina tjänster. Konsumenten har vanligtvis inte något avtalsförhållande med aggregatören, och det är för konsumenten ofta inte möjligt att avgöra om en aggregatör medverkar i tjänsten eller inte.

2.2.4 Myndigheter och organisationer

Det finns ett antal myndigheter som utövar tillsyn över olika verksamheter inom telekom-marknaden. Post- och telestyrelsen (PTS) har tillsyn över lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. Fastän lagen om elektronisk kommunikation inte är tillämplig på själva premiumtjänsterna är den tillämplig på förmedlingen av dessa, varför PTS arbete blir relevant bl.a. för frågorna om när en operatör kan stänga av ett abonnemang vid utebliven betalning för premiumtjänster och vilket ansvar operatörerna har vid beställning av tjänsterna.

Konsumentverket är den statliga sektorsmyndigheten för konsumentfrågor i Sverige. Verket följer konsumenternas situation på marknaden och har tillsyn över en rad marknadsrättsliga lagar, t.ex. marknadsföringslagen (2008:486) och lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

Finansinspektionen har generell tillsyn över bestämmelserna i betaltjänstlagen (2010:751) och har getts möjlighet att ingripa mot i stort sett alla betaltjänstleverantörer. Finansinspektionens arbete får främst relevans när mobiltelefonen används för att betala varor och tjänster som konsumeras utanför mobiltelefonen, t.ex. parkeringsavgifter eller bussbiljetter.

I sammanhanget bör även Allmänna Reklamationsnämnden (ARN) nämnas. ARN är en statlig myndighet som har till huvudsaklig uppgift att pröva konsumenttvister. Anmälan till nämnden kan göras av en konsument som har en tvist med en näringsidkare om köp av en vara, tjänst eller annan nyttinghet. ARN:s avgöranden är inte bindande för parterna utan endast en rekommendation om hur tvisten bör lösas. Nämnden har prövat ett flertal tvister som har rört frågan om när en konsument är betalningsansvarig för betalteletjänster som har ringts från konsumentens abonnemang.

Branschorganisationen Morgan är en sammanslutning av företag verksamma inom den svenska mobila tjänstesektorn. Morgan har som syfte att ta tillvara medlemmarnas intressen och fungerar som en samlad kommunikationskanal i kontakterna mellan bran-

schen och övriga intressenter. Morgan har tillsammans med Etiska Rådet för Betalteletjänster (ERB) och de svenska mobiloperatörerna tagit fram branschregler (code of conduct) som tar upp frågor om marknadsföring och köp av tjänster.¹³

ERB är enligt sina stadgar en fristående och oberoende organisation som har till uppgift att utarbeta och vidmakthålla etiska regler för innehållet i den information som lämnas vid betalteletjänster samt vid marknadsföringen av dessa. ERB tillkom i början av 1990-talet när dåvarande Televerket skulle introducera betalsamtal på den svenska marknaden. Eftersom betalsamtal eventuellt skulle kunna ge upphov till en del problem gav Televerket hovrättslagmannen Lennart Groll i uppdrag att ta fram förslag till en organisation som skulle hantera frågor om tjänsternas innehåll och marknadsföring. Som en följd av detta skapades år 1992 det första Etiska Rådet. År 1994 ombildades organisationen, och den nya stiftelsen med enbart Telia som grundare fick namnet Etiska Rådet för Betalsamtal (ERB). Stiftelsen har därefter, år 2003, bytt namn till dagens Etiska Rådet för Betalteletjänster. Namnbytet skedde i samband med att rådets mandat utökades till att omfatta även mobiltjänster, varför benämningen betalsamtal kan sägas vara något missvisande. I stiftelsens styrelse finns i dag representanter från Teliasonera, Tele2, Telenor, Tre och Morgan samt en utifrån hämtad ordförande (för närvarande f.d. hovrättslagmannen Ann-Christine Zachrisson). Även ERB har utarbetat etiska regler som bl.a. ger anvisningar om marknadsföringen av och innehållet i betalteletjänster.¹⁴ ERB har även till uppgift att pröva ärenden om marknadsföring och om tjänsternas innehåll.

¹³ Se avsnitt 2.3.3 nedan för genomgång av reglerna.

¹⁴ Se avsnitt 2.3.3 nedan för genomgång av reglerna.

2.3 Avtalskonstruktioner och vanligt förekommande avtalsvillkor

2.3.1 Konsumenternas avtal med operatörerna

Avtalsformerna

Operatörernas villkor för tecknande av abonnemang utgörs av standardvillkor, och de olika villkoren på marknaden är till stora delar lika varandra.

Operatörernas kunder kan välja mellan att teckna ett *löpande abonnemang*, ofta kallat privataffonnemang, eller ett abonnemang för *kontantkort*.

Vid ett kontantkortsabonnemang betalar kunden in en samtalspott i förhand. Samtalspotten konsumeras direkt när konsumenten ringer samtal, beställer premiumtjänster eller surfar på Internet. Ett kontantkortsabonnemang har i regel ingen fast månadsavgift utan kunden fyller på sitt saldo för att nyttja tjänsten. För det fall saldot på kundens konto är slut spärras möjligheten att ringa och skicka sms-meddelanden med undantag från möjligheten att ringa nödsamtal. Kunden kan då inte heller beställa några premiumtjänster. Vid kontantkortsabonnemang ägnar sig operatörerna alltså inte åt kreditgivning, och kunden kan inte ta på sig skulder för t.ex. premiumtjänster. Eftersom kunden omedelbart debiteras för utnyttjandet av en tjänst innebär det å andra sidan att kunden inte kan hålla inne med betalningen om han eller hon senare har invändningar mot debiteringen av en tjänst.

Vid ett löpande mobilabonnemang betalar kunden månadsvis vanligen dels en fast avgift, dels ett belopp för ianspråktaga telefonsamtal och sms-meddelanden samt utnyttjad surf-tid på mobiloperatörens nät. Ett löpande abonnemangsavtal för mobiltelefoni innebär alltså att konsumenten debiteras i efterhand för tillhållna telefonitjänster. Detta innebär i praktiken att operatören ger de konsumenter som tecknat avtal om löpande abonnemang anstånd med betalning av de tjänster som debiteras via abonnemanget.

Kundens ansvar för obehörigt utnyttjande av abonnemanget

Operatörernas villkor beträffande privatkundens ansvar för obehörigt utnyttjande av abonnemanget skiljer sig i augusti 2012 från varandra.

Telia (löpande abonnemang och kontantkort)

4.4 Med "Säkerhetskoder" avses användarnamn, lösenord, PIN-kod, etc. Med "Kort" avses SIM-kort, programkort, etc. Kunden ska förvara Säkerhetskoder och Kort som hör till Tjänsten på ett betryggande sätt, så att obehöriga inte kan ta del av dem. (---)

4.5 Kunden är gentemot Telia ansvarig för användningen av Tjänsten. Har Tjänsten använts av någon obehörig person, är dock Kunden betalningsansvarig för sådan användning, endast om Kunden:

- a) givit annan tillgång till Tjänsten;
- b) genom grov oaktsamhet gjort det möjligt för annan att utnyttja Tjänsten, eller;
- c) förlorat kontrollen över Tjänsten, Säkerhetskod eller Kort och inte snarast efter upptäckten anmält förlusten till Telia.

Kundens betalningsansvar för fast återkommande avgift kvarstår oförändrat även om Kunden är befriad från ansvar enligt första stycket a)-c).¹⁵

Telenor (löpande abonnemang)

6.1 SIM-kort och koder ska förvaras på ett betryggande sätt så att obehöriga inte kan ta del av dem. Telenor ska omedelbart meddelas om det kan misstänkas att obehörig fått kännedom om kod, så att SIM-kortet kan spärras.

6.7 Om SIM-kort förloras ska Kunden omedelbart meddela Telenor härom och begära att SIM-kortet spärras. Kunden ansvarar för och ska erlagga ersättning för all (egen och annans) användning av Tjänsten fram till dess att Kundens begäran om spärr av SIM-kortet

¹⁵ Telias allmänna villkor för tjänster till konsumenter (gäller från och med den 1 januari 2012). Villkoren gäller för såväl löpande abonnemang som kontantkort.

har mottagits av Telenor. Telenor ansvarar för de eventuella kostnader för obehörigt användande som uppstår efter den tidpunkt som Telenor mottar begäran om att spärra SIM-kortet, förutsatt att Kunden inte agerat uppsåtligt eller grovt vårdslöst.¹⁶

Telenor (kontantkort)

5.1 SIM-kort och koder ska förvaras på ett betryggande sätt så att obehöriga inte kan ta del av dem. Telenor ska omedelbart meddelas om det kan misstänkas att obehörig fått kännedom om kod, så att SIM-kortet kan spärras.

5.7 Om Kunden inte har registrerat sina personuppgifter hos Telenor gäller följande. Om Kunden förlorar SIM-kort eller SIM-kort av någon annan anledning blivit obrukbart tillhandahåller Telenor inte nytt SIM-kort. Förlorat SIM-kort kan inte spärras. Kunden är ansvarig för debiteringar av Kontantkortet för tiden efter förlust av SIM-kort.¹⁷

Tre (löpande abonnemang)

6. VAD DU MÅSTE GÖRA

6.1 Du ansvarar för förvaring av SIM-kort, PIN-kod och Säkerhetskoder så att obehöriga inte kan ta del av dem. (---)

BETALNING OCH BETALNINGSANSVAR

6.9 Du ska betala avgifter enligt den vid avtalstillfället gällande prislistan. Du måste betala alla avgifter för användning av Tjänster som påförs ditt konto, oavsett om Tjänsterna har använts av dig själv eller av någon annan person. (---)

6.11 Om någon, med eller utan din tillåtelse, använder abonnemanget är du betalningsskyldig för avgifter som påförs ditt konto om

¹⁶ Telenors särskilda villkor – Konsument – för Mobila tjänster (Mobiltelefoni och Mobilt bredband) hos Telenor Sverige AB. (Giltiga från och med 2012-02-23). Villkoren gäller för löpande abonnemang.

¹⁷ Telenors särskilda villkor för Kontantkort hos Telenor Sverige AB (Giltiga från och med 2012-07-03). Villkoren gäller för kontantkort.

- (i) du lämnat ifrån dig SIM-kort, PIN-kod eller Säkerhetskoder till någon annan,
- (ii) du genom grov vårdslöshet givit någon tillgång till SIM-kort, PIN-kod, eller
- (iii) någon på annat sätt fått tillgång till SIM-kort, PIN-kod eller Säkerhetskoder. Om SIM-kortet förlorats, tappats bort, blivit stulet, eller om du misstänker att någon haft tillgång till din PIN-kod eller dina Säkerhetskoder, ska du omedelbart vid upptäckten kontakta 3s kundservice så att vi kan spärra SIM-kortet eller ändra PIN-kod och Säkerhetskoder. Kostnader som påförts kontot för användning av Tjänsterna, från det att du blev av med ditt SIM-kort till dess du anmält spärr av abonnemanget, ersätts inte. Transaktioner som görs efter det att du gjort en sådan anmälan är du betalningsskyldig för bara om du handlat bedrägligt.¹⁸

Tre (kontantkort)

6. VAD DU MÅSTE GÖRA

Säkert förvar av SIM-kort, PIN-kod och Säkerhetskoder

6.1 Du ansvarar för förvaring av SIM-kort, PIN-kod och andra Säkerhetskoder så att obehöriga inte kan ta del av dem. (---)

BETALNING OCH BETALNINGSANSVAR

6.9 (---) Avgifter för användning av Tjänsterna dras från ditt 3Kontant oavsett om Tjänsterna har använts av dig själv eller någon annan person. (---)

6.12 Om du förlorat ditt SIM-kort, eller om du misstänker att någon obehörig fått tillgång till din PIN-kod eller dina Säkerhetskoder, måste du omedelbart från upptäckandet meddela detta till vår kundservice så att vi kan spärra SIM-kortet eller ändra Säkerhetskoderna. Du måste vara registrerad användare för att vi ska kunna spärra ditt 3Kontant eller ändra dina koder.¹⁹

¹⁸ Tres allmänna villkor-Konsument, gäller från 2011-07-11 och tillsvidare. Villkoren gäller för löpande abonnemang.

¹⁹ Tres allmänna villkor 3Kontant, gäller från 2011-07-11 och tillsvidare. Villkoren gäller för kontantkort.

Tele2 (löpande abonnemang)

4. KUNDS ÅTAGANDE. Kund är betalningsansvarig för samtliga avgifter som utgår enligt detta Avtal. Om Avtal för juridisk person tecknas av någon som inte är firmatecknare eller annars saknar behörighet att ingå sådant Avtal, har denne personligt betalningsansvar.

Kund ansvarar för att denne²⁰ förfogar över och använder för Tjänst godkänd utrustning eller utrustning i enlighet med vad som följer av tjänstspecifikation eller Avtal i övrigt. Kund skall förvara och använda av Tele2 till Kund utlämnade SIM-kort, PIN-koder, PUK-koder, identiteter, lösenord eller liknande för nyttjande av Tjänst på ett betryggande sätt.

Kund är ensam ansvarig för att till Kund utlämnade koder etc. ej kan utnyttjas eller brukas av obehöriga. Kund är ensam ansvarig för nyttjandet av Abonnemang om Kund valt att fränkoppla användningen av PIN- och PUK-koderna. Vid förlust av SIM-kort eller om koderna har förkommit eller riskerar att komma till obehörig användning, åligger det Kund att omedelbart anmäla detta till Tele2. Från att anmälan om att ett SIM-kort förkommit etc och skall spärras inkommit till Tele2 ansvarar Tele2 för kostnader som orsakats av obehörigt användande, såvida inte Kund förfarit svikligt eller grovt vårdslöst. Kunds betalningsansvar för fasta avgifter för Abonnemang kvarstår dock oförändrat.²¹

(---)

*Tele 2 (Comviq kontantkort)*²²**2. KUNDS ÅTAGANDEN OCH ANSVAR**

Kund är betalningsansvarig för samtliga kostnader som utgår enligt Avtal. Avgifter och kostnader framgår av Abonnemangsavtalet och enligt vid var tid för Avtal gällande prislista kallad prisplan. (---)

(---)

(---) Kund ansvarar för att av Tele2 utlämnade koder, identiteter, lösenord eller liknande förvaras och används på ett betryggande sätt. Kunden är ensam ansvarig för hantering och nyttjande av Tjänst, SIM-kort och värdebevis samt all utrustning som

²⁰ Med ”denne” torde avses kunden eller hen.

²¹ Abonnemangsvillkor mobiltjänster – Tele2. Gäller från och med 2008-09-01.

²² Tele2 är avtalspart genom varumärket Comviq.

tillhandahålls av Tele2 för nyttjande av Tjänsten. Tele2 har inte något ansvar för att tredje man vidtagit åtgärder med användande av Kunds kod, lösenord, identitet eller likande som påverkar Tjänst.

Kund är ensam ansvarig för nyttjandet av Tjänst om Kund valt att fränkoppla användningen av PIN- och PUK-koderna. Vid förlust av SIM-kort eller om koderna har förkommit eller riskerar att komma till obehörig användning, åligger det Kund att omedelbart anmäla detta till Tele2.²³

(---)

Telias villkor innehåller begränsningar som påminner om dem som finns i lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, fastän villkoren saknar beloppsbegränsningar. De övriga bolagens villkor innebär att abonnenten eller kontantkortsinnehavarens ansvar för obehörig användning är strikt och utan begränsning till belopp.

Villkoren kommer att analyseras närmare i kapitel 5 nedan, där frågan också ställs om de är ogiltiga enligt lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument eller kan åsidosättas med stöd av 36 § avtalslagen och förbjudas med stöd av 3 § konsumentavtalsvillkorlagen.

Kunds ansvar för betalning för premiumtjänster om dessa är felaktiga

Enligt operatörernas villkor är kunden betalningsskyldig om abonnemanget används till att beställa varor eller tjänster från tredje man.

För det fall konsumenten har invändningar beträffande sin betalningsskyldighet för premiumtjänster ska konsumenten enligt villkoren reklamera direkt till innehållsleverantören. Telenor upplyser dock sina kunder om att kunden kan göra samma invändningar till Telenor rörande kundens betalningsskyldighet som

²³ Comviq Allmänna villkor kontant-tjänsten, 2011-10-04.

kunden kan göra till innehållsleverantören i de fall Telenor är kreditgivare enligt konsumentkreditlagen (2010:1846).²⁴

När det gäller frågan om abonnemanget kan stängas av för utebliven betalning för premiumtjänster skiljer sig avtalen åt. Telias och Tres villkor ger inte operatören rätt att stänga av abonnemanget på grund av utebliven betalning om betalningen enbart avser belopp som tillkommer tredje man (t.ex. betalning för premiumtjänster). Enligt Tele2:s och Telenors villkor kan abonnemanget under vissa förutsättningar stängas av vid utebliven betalning även för premiumtjänster. För detta krävs att kunden har uppmanats att upphöra med avtalsbrottet inom skälig tid och underrättats om att abonnemanget kan komma att spärras. Vid upprepad utebliven betalning har emellertid Telenor och Tele2 enligt sina villkor rätt att spärra tjänsten utan att lämna sådan underrättelse.

Om konsumenten reklamerar till operatören och anför sakliga skäl mot debiteringen har konsumenten enligt Telias, Telenors och Tele2:s avtalsvillkor rätt till anstånd med betalningen. De nu nämnda operatörerna har alltså inte rätt att stänga av abonnemanget i dessa situationer medan Tres villkor inte medför samma rätt till anstånd med betalning för konsumenten.²⁵

Det kan i sammanhanget även nämnas att operatörerna från 2008 enligt 5 kap. 7 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation är skyldiga att på begäran av konsumenten kostnadsfritt spärra vissa nummer eller typer av utgående samtal eller sms-meddelanden med förhöjd taxa. Operatören ska i samband med att avtal träffas informera abonnenten om denna rätt, och kunden ska under löpande avtalsperiod ha rätt att kostnadsfritt ändra spärrningen. Konsumenten har även rätt att få tjänsten spärrad vid ett belopp som konsumenten anger på förhand (5 kap. 7 b §). När fordran mot abonnenten överstiger det angivna beloppet ska operatören kostnadsfritt avbryta tjänsten om inte abonnenten

²⁴ Se artikel 1.7 i Telenors Allmänna villkor – Konsument – För tjänster hos Telenor Sverige AB, Giltiga från och med 2012-07-01.

²⁵ Å andra sidan riskerar inte Tres kunder att få abonnemanget avstängt på grund av utebliven betalning för belopp som tillkommer tredje man, se ovan.

begär att operatören ändå ska tillhandahålla tjänsten. Operatören måste upplysa konsumenten även om denna rättighet.²⁶

Konsumentens invändningsrätt och operatörens rätt att stänga av telefonen på grund av underlåten betalning av en vara eller tjänst tillhandahållen av en tredje man kommer att behandlas i avsnitt 8 nedan.

2.3.2 Konsumenternas avtal med innehållsleverantörerna

Som framgått ovan ingår konsumenten ett avtal med innehållsleverantören när han eller hon köper en premiumtjänst. Det är oklart huruvida dessa avtal är att anse som köp av vara eller köp av tjänst, och varken konsumentköplagen eller konsumenttjänstlagen är direkt tillämplig på köpen.²⁷ När konsumenterna ingår avtal med innehållsleverantörerna sker detta vanligtvis direkt på mobiltelefonens skärm med de begränsningar som det kan innebära att läsa avtalsinnehåll på en begränsad yta och att skriva ut eller spara avtalet. Branschens egna organisationer har tagit fram bestämmelser om hur avtal ska ingås (se nedan under avsnitt 2.3.3). Vad gäller det mer specifika avtalsinnehållet finns det inga standardavtal för den här typen av tjänster. Konsumenternas avtal med innehållsleverantörerna skiljer sig alltså åt beroende på av vem konsumenten köper varan eller tjänsten. Då det finns otaliga aktörer på marknaden är det inte möjligt att närmare redogöra för eller analysera konsumenternas avtal med innehållsleverantörerna.

²⁶ Se avsnitt 8.3.2 nedan för en närmare analys av lagens regler.

²⁷ Se avsnitt 7.2 nedan för närmare analys.

2.3.3 Självreglering

Morgans branschregler

Morgan har tillsammans med ERB och de svenska mobiltelefonoperatörerna tagit fram branschregler (code of conduct) som tar upp frågor om marknadsföring och köp av tjänster.²⁸ Reglerna gäller vid distribution av mobila premiumtjänster och positionsbaserade tjänster i Sverige och är av relativt teknisk natur. Reglerna träffar tjänsteleverantörerna. Med detta uttryck avses innehållsleverantören i de fall denna själv sköter tjänsten och aggregatören i de fall innehållsleverantören har anlitat en sådan för att sköta tjänsten.

Branschreglerna bygger på frivillighet, och Morgan har inga sanktionsmöjligheter mot företag som bryter mot reglerna. Emellertid kräver mobiloperatörerna i sina avtal med tjänsteleverantörerna att Morgans branschregler ska följas. Tjänsteleverantörens överträdelse av reglerna kan alltså utgöra avtalsbrott enligt deras avtal med operatören och leda till skadestånd, avstängning under viss period eller hävning av avtalet med operatören. En tillfällig avstängning kan leda till att tjänsteleverantören inte har rätt att återuppta leverans av tjänster till upparbetade prenumerationskunder utan att alla befintliga prenumerationer måste avslutas. Från den 1 oktober 2010 ingår det i ERB:s uppdrag att utöva tillsyn och pröva ärenden enligt branschreglerna. Om ERB finner att ett företag har brutit mot reglerna kan ERB begära hos berörda operatörer att abonnemangsavtal för betalteletjänster sägs upp.

Enligt artikel 1.3 måste tjänsteleverantören alltid kunna styrka på vilket sätt en tjänst beställts. Vidare stadgas i artikel 1.4 att användaren alltid ska ha möjlighet att avsluta en prenumerationstjänst via sms-meddelande eller telefon. Enligt artikel 1.5 kan operatören och tjänsteleverantören avtala om fakturering för utförd tjänst. Artikeln innehåller närmare regler för hur debitering av tjänster ska ske. Enligt artikel 1.6 ska meddelanden från

²⁸ Reglerna går att hitta via följande länk: <http://www.morganforum.com/regler/code-of-conduct>

tjänsteleverantören, vilka innehåller hjälp och generell information, eller meddelanden från användaren med begäran om ytterligare information eller avbeställning av tjänsten debiteras efter respektive operatörs ordinarie trafiktaxa. Ingen premiumavgift får alltså tas ut för dessa meddelanden. Tjänsteleverantören ska enligt artikel 1.7 tillhandahålla kundtjänst för alla tjänster. Kundtjänsten ska vara tillgänglig dagtid på vardagar och ha ett svenskt fastnät nummer som kan nås från såväl fast telefon som mobiltelefon. Personal hos kundtjänsten ska behärska svenska i tal och skrift. Ingen extra avgift utöver ordinarie samtalstaxa får tas ut för samtal till tjänsteleverantörernas kundtjänst. Artikeln innehåller därutöver närmare regler för tjänsteleverantörernas hantering av klagomål från konsumenten. Artikel 1.8 anger vissa nyckelord som ska tillämpas av tjänsteleverantören. Exempelvis ska tjänsteleverantören genast avsluta samtliga pågående tjänster gentemot aktuell användare när ett sms-meddelande med ordet ”STOPP” skickas till tjänsteleverantören.

Artikel 2 reglerar positionsbaserade tjänster. Enligt artikel 2.1 ska tjänsteleverantören inhämta samtycke från abonnenten eller användaren till att positioneringsdata får inhämtas från dennes operatör.

Artikel 3 reglerar marknadsföring av tjänster. Vid marknadsföringen ska marknadsföringslagen och ERB:s etiska regler följas. Därutöver innehåller artikeln krav på viss information som tjänsteleverantören ska tillhandahålla vid marknadsföringen. Exempelvis måste tjänsteleverantören informera om kontaktinformation och telefonnummer till tjänsteleverantörens kundtjänst och om tjänsten är en engångs- eller en prenumerationstjänst.

Artikel 4 reglerar köp av tjänster. Inledningsvis stadgas i artikel 4.1 att tjänsteleverantören i all saluföring som riktas till minderåriga ska förhålla sig till gällande regelverk i marknadsföringslagen och föräldrabalken. Av artikel 4.2 framgår att enstaka köp som inte överstiger 50 kronor kan beställas på ett flertal sätt. Köpet ska dock alltid följa ERB:s etiska regler. För köp överstigande 50 kronor innehåller branschreglerna detaljerade bestämmelser. Användaren måste vid sådana köp efter beställningen konfirmera

denna genom att svara på en bekräftelse från tjänsteleverantören. Bekräftelsen ska innehålla information om pris på tjänsten, beskrivning av tjänsten, telefonnummer till tjänsteleverantörens kundtjänst och namnet på tjänsteleverantören. Artiklarna 4.3.1–4.3.4 innehåller detaljerade krav på hur en beställning via sms-meddelande eller Internet ska gå till.

Artikel 4.4 innehåller regler för beställning av prenumerationer. En prenumeration får starta enbart om användaren har konfirmerat tjänsteleverantörens bekräftelse eller om beställningen innehåller ordet START. Användaren måste ha möjlighet att spara bekräftelsen på sin mobiltelefon. Artikeln innehåller närmare regler om hur bekräftelsen ska utformas. Slutligen innehåller artikeln ett krav på att ett sms-meddelande med information om tjänsten samt debiterat belopp ska skickas till användaren varje gång denna debiteras för en prenumerationstjänst. Vidare ska tjänsteleverantören en gång per månad alternativt vid varje debiterat 90 kronors-intervall (det som inträffar först) skicka ett sms-meddelande till användaren med information om hur användaren gör för att stoppa prenumerationen. Det högsta sammanlagda beloppet för en prenumerationstjänst är 1 200 kronor. Detta innebär att tjänsten måste stängas av och beställas på nytt när detta belopp uppnås.

ERB:s etiska regler för betalteletjänster

Användningen av betalnummer och premium-sms omfattas även av de etiska regler som har utarbetats av ERB.²⁹ Den senaste utgåvan är daterad 16 mars 2011. De etiska reglerna utgör en del av det avtal en leverantör av premiumtjänster ingår med operatörerna för förmedling av premiumtjänsten. Eftersom de fyra operatörerna gemensamt täcker hela den svenska marknaden för mobiltelefoni blir ett avtal med dessa operatörer en nödvändighet för att kunna agera på den svenska marknaden. För att få ett avtal med dessa operatörer

²⁹ Reglerna går att hitta via följande länk: <http://www.etiskaradet.se/sidor/etiska-regler.aspx>

måste tjänsteleverantören som ovan nämnts förbinda sig att följa ERB:s etiska regler. Härigenom blir samtliga tjänsteleverantörer som agerar på den svenska marknaden genom avtal bundna till de etiska reglerna.

De etiska reglerna ger bl.a. anvisningar om marknadsföringen av och innehållet i betalteletjänster och innehåller särskilda regler för användning av betalteletjänster vid förmedling av tjänster via Internet eller andra visuella medier. De etiska reglerna omfattar tjänster vilka görs tillgängliga via nummer ur nummerserierna 099-, 0900-, 0939- och 0944-. De etiska reglerna omfattar även premium-sms samt de övriga mobiltjänsterna som innebär att separat avgift tas ut för en tjänsts innehåll. Samtal och sms-meddelanden till 118-serien omfattas emellertid inte av reglerna.

De etiska reglerna innehåller inledningsvis anvisningar för marknadsföringen av betalteletjänster. All marknadsföring av betalteletjänster ska vara förenlig med gällande marknadsrättslig lagstiftning. Vid all marknadsföring ska uppgift om tillämplad taxa anges i direkt anslutning till telefonnumret. Marknadsföringen ska alltid ske på svenska. Direktmarknadsföring av tjänsterna till telefon får inte ske utan kundens uttryckliga medgivande. Ett sådant medgivande måste lämnas separat och får inte ingå som ett avtalsvillkor vid köp av en annan tjänst. Vid premium-sms ska den totala kostnaden för användningen av tjänsten anges. Uppgifter om tjänsteleverantör eller innehållsleverantör ska alltid anges vid marknadsföring av tjänsterna. Av reglerna framgår vidare att marknadsföring inte får förekomma om denna väsentligen riktar sig till personer under 14 år och kostnaden för att använda tjänsten kan överstiga 10 kronor. De etiska reglerna innehåller även anvisningar för marknadsföring av tjänster av sexuell eller erotisk karaktär, tävlingar, lotterier, insamlingar till välgörenhet, yrkesmässig rådgivning och flera telefonnummer till samma tjänst.

Del B i de etiska reglerna ger anvisningar om innehållet på betalteletjänsterna. Exempelvis får en betalteletjänst inte onödigt fördröjas. Kund ska också inom tio sekunder informeras om tillämplad taxa vid samtal som kan pågå längre än två minuter eller kosta mer än 10 kronor. Vid abonnemangstjänster ska även anges

kostnad per meddelande samt frekvens och hur tjänsten avbeställs. Denna information ska även finnas med i det första meddelandet som sänds till konsumenten. I varje meddelande som sänds till konsumenten ska det anges webbadress eller telefonnummer till ansvarig informationsleverantör där det lämnas information om tjänsten och hur den avbeställs. Mängden meddelanden får inte överstiga tio stycken innan kunden återigen har bekräftat att denne vill ta emot fler meddelanden. Möjligheten för konsumenten att avbeställa abonnemangstjänsten får inte vara förenad med några kostnader utöver normal trafiktaxa.

De etiska reglerna innehåller slutligen särskilda regler för tjänster som avser direktsamtal mellan kund och operatör (del C), för tjänster som avser direktsamtal där fler än två kunder kan delta, s.k. konferenslinje (del D), för tjänster som avser möjlighet till direktsamtal mellan två kunder (del E), för användning av betalteletjänst vid förmedling av tjänster över Internet eller andra visuella medier (del F) och för kundtjänst (del G).

ERB har mandat att utöva tillsyn av de etiska reglerna och prövar i enlighet härmed ett antal ärenden varje år. En prövning av ERB kan initieras antingen efter stickprovskontroller utförda på ERB:s eget initiativ eller efter anmälan från konsument. Om ERB finner att någon bedriver betalteletjänster i strid mot dess regler kan rådet begära av berörda teleoperatörer att avtalet med den som tillhandahåller betalteletjänster tills vidare ska upphöra. ERB har dock inga sanktionsmöjligheter gentemot operatörerna. ERB har inte heller befogenhet att besluta att abonnenter som har använt en tjänst som har stängts av efter beslut av ERB ska hållas skadelösa. Enligt uppgift från ERB leder dock rådets kontakter i en majoritet av de ärenden som ERB hanterar till att de ansvariga tjänsteleverantörerna ersätter konsumenternas kostnader.

3 Marknaden för appar

3.1 Allmänt om appar

Innehavet av smarta telefoner och nedladdningen av applikationer (appar) för dessa växer kraftigt i Sverige. En mobilapp, är ett tillämpningsprogram som kan installeras på smarta telefoner eller på läsplattor. Kunden laddar då ner en app till sin mobiltelefon eller surfplatta och kan därefter spela spel, läsa tidningar m.m. En app kan också beskrivas som ett datorprogram som användaren snabbt kan installera själv och som fyller ett direkt syfte för användaren. Termen brukar användas i motsats till program som behövs för att driva datorn eller skapa program, exempelvis operativsystem, systemverktyg och programmeringsverktyg. Appar kan vara ett nyttoprogram, som ordbehandlingsprogram och kalkylprogram, eller ett kommunikationsprogram som e-postprogram, chatprogram och webbläsare eller ett nöjesprogram som datorspel och mediaspelare. Appar förekommer inte enbart i mobiltelefoner utan kan t.ex. laddas ner till datorer eller till de nya s.k. smarta TV-apparaterna. I denna promemoria kommer dock endast mobilappar att behandlas, och det är sådana som avses med uttrycket ”appar” nedan.

För att använda en app i en mobiltelefon krävs det alltså att kunden har tillgång till en s.k. smart telefon. En smart telefon kan beskrivas som ett mellanting mellan en handdator och en telefon. Den har fler funktioner än en vanlig mobiltelefon, har ofta ett tangentbord eller en pekskärm och ett mer avancerat operativsystem. En smart telefon har vidare program så att användaren kan koppla upp sig mot Internet. Apples iPhone har

hittills varit den mest populära smarta mobilen på den svenska marknaden, men under första kvartalet 2011 kom antalet Android-användare ikapp antalet iPhone-användare. Under det första kvartalet 2011 ägde 13 procent av svenskarna (15–74 år) en mobil med Android-operativsystem och en lika stor andel en iPhone. Omräknat i individer motsvarar det cirka 1 800 000 svenskar med antingen en Android-mobil eller en iPhone.¹

3.2 Aktörerna

För försäljning av appar finns det ett fåtal stora marknadsplatser som drivs av utländska näringsidkare. Marknaden har länge dominerats av Apple och dess App Store. App Store är en avdelning inom iTunes Store för försäljning av appar. Google erbjuder Android-appar genom Google Play (tidigare Android Market) och Nokias utbud finns på Ovi store. På Market Place finns slutligen de Windows-baserade apparna till försäljning. På senare tid har emellertid även fristående, mindre företag börjat etablera sig på applikationsmarknaden. Även dessa företag erbjuder appar till konsumenterna. Appar kan ibland även köpas direkt av det företag som har utvecklat appen via företagets hemsida. Appar till iPhone kan emellertid endast köpas via App Store.

På applikationsmarknaden finns även en rad företag som utvecklar apparna och som brukar kallas för utvecklare. För att sälja sina appar på ett effektivt sätt måste utvecklarna samarbeta med de företag som driver marknadsplatserna.

¹ Mediavisions analys 2011-05-11, se www.mediavision.se

3.3 Avtalskonstruktioner och vanligt förekommande avtalsvillkor

Flera av de stora utvecklarna av mobila operativsystem erbjuder alltså en onlinebutik eller marknadsplats på Internet varifrån användaren enkelt kan ladda ner och installera appar. Det finns såväl gratisversioner som betalversioner. När användaren via sin mobiltelefon surfar in på någon av marknadsplatserna och betalar för en app, betalar han eller hon ofta direkt till marknadsplatsen utan att mobiloperatören är inblandad på annat sätt än att konsumenten får tillgång till Internet genom operatörens nät.

De produkter som tillhandahålls på marknadsplatserna är antingen utvecklade av det företag som driver marknadsplatsen (t.ex. Apple eller Google) eller av en annan, fristående utvecklare (s.k. tredjepartsprodukter). Avtalskonstruktionen ser olika ut beroende på vilken sorts produkt det är fråga om.

Vid köp av den förstnämnda kategorin av produkter ingår konsumenten ett avtal om köp av produkten med det företag som driver marknadsplatsen. Betalningen sker till detta företag, och det är också till detta företag som kunden ska vända sig vid eventuella reklamationer av produkten.

Även vid köp av tredjepartsprodukter uppkommer frågan vilken roll de näringsidkare som driver marknadsplatserna intar i förhållande till konsumenten. Marknadsplatserna kan tänkas agera som återförsäljare av produkten eller som förmedlare av produkten i eget namn (d.v.s. som kommissionärer). De kan också tänkas agera som förmedlare av produkten i utvecklarens namn (d.v.s. som agenter eller fullmäktige). Av marknadsplatsernas villkor framgår att kunden ingår avtalet om köp av appen direkt med utvecklaren och att det är utvecklaren som är ansvarig för support och eventuella fel på tredjepartsappar. Det ligger därmed närmast till hands att anse att de företag som driver marknadsplatserna agerar som förmedlare av produkterna för utvecklarna i utvecklarnas namn. Denna tolkning har även

Skatteverket gjort.² Avtalsvillkoren är emellertid inte helt klara och lämnar visst utrymme för tolkningar i denna del. När användaren surfar in på marknadsplatsen och betalar för en app kan det för konsumenten framstå som att konsumenten ingår avtal med marknadsplatsen och betalar direkt till denna.

Vid tredjepartsprodukter förmedlar alltså det företag som driver marknadsplatsen betalningen för appen till utvecklarna. För att tillhandahålla appen på marknadsplatsen tar företaget ut en avgift av utvecklaren som kan uppgå till 30 procent av appens pris.

För att kunna köpa appar från marknadsplatserna måste kunden registrera ett konto. Kunden måste vanligen också knyta ett kontokort till sitt konto. När kunden sedan ska köpa en app anger kunden sin användaridentitet. Kunden behöver då inte återigen uppge sitt kontokorts nummer. På App Store krävs det dessutom att kunden anger ett lösenord till sitt konto. När kunden väl har verifierat sitt konto behöver detta inte anges på nytt under femton minuter. Under denna tid har kunden alltså möjlighet att köpa och ladda ner appar utan att skriva in lösenordet på nytt. Kunden kan dock stänga av denna möjlighet genom att ändra inställningar på sin mobiltelefon. När kunder handlar på Google Play krävs det enligt standardinställningarna inte att de anger något lösenord. Fortfarande behöver en användaridentitet anges. Kunden kan dock själv välja att koppla ett lösenord till sitt konto.

Apple och Google erbjuder inte kunderna möjlighet att betala för apparna via mobiltelefonräkningen. Det finns dock vissa möjligheter att i stället knyta ett presentkort till kontot.

Vissa appar innehåller funktioner som gör det möjligt för kunden att motta ytterligare tjänster eller innehåll inom produkten (s.k. "In App-köp"). Det är främst genom denna funktion som barn har kunnat köpa virtuell valuta för tusentals kronor. Kunden kan genom att läsa de finstilta villkoren för appen se om det är möjligt att göra In App-köp. För att möjliggöra In App-

² Skatteverkets ställningstagande 2011-06-16, Mervärdesskatt, svenska näringsidkares försäljning av appar.

köp måste kunden på App Store verifiera sig genom att ange lösenord separat från verifiering för att anskaffa appen. När kunden väl har verifierat sig för In App-köp kan kunden enligt standardinställningarna i App Store göra In App-köp under femton minuter utan att skriva in lösenordet på nytt. Kunden kan stänga av möjligheten att göra In App-köp på sin iPhone. Det är numera möjligt att lösenordskydda In App-köp även på Google Play. Däremot kan man inte stänga av möjligheten att göra In App-köp på Google Play.

Vissa appar kan även innefatta funktioner som gör det möjligt för kunden att förvärva innehåll på prenumerationsbasis ("In App-prenumerationer"). In App-prenumerationer förlängs automatiskt i tillämplig tidsperiod. Kunden kan stänga av automatisk förlängning av betalda In App-prenumerationer på sin iPhone.

När kunden handlar en app från App Store har kunden rätt att ångra sitt köp tills leveransen av produkten har påbörjats. Därefter har kunden ingen rätt att häva avtalet om inte nedladdningen av produkten är oacceptabelt dålig. På Google Play kan kunden inom femton minuter från hämtningstillfället returnera en app med full återbetalning.³ Kunden kan dock endast returnera en app en gång. När beställningen har börjat behandlas hos Ovi Store kan ingen avbeställning göras. Ovi Stores villkor säger uttryckligen att beskaffenheten av tjänsten är sådan att den inte kan lämnas tillbaka.⁴

Som nämnts ovan finns det ett fåtal marknadsplatser som drivs av fristående företag. Ett exempel på ett sådant företag är Appland som driver en nystartad marknadsplats för Android-appar utarbetade av svenska utvecklare. För att köpa en app från Appland krävs det inte någon registrering, och kunden kan betala för appen via sin mobiltelefonräkning eller sitt kontantkort.

³ När Android Market öppnade under år 2009 hade kunden rätt att ångra sitt köp i 24 timmar.

⁴ Jämför undantaget från ångerrätt i 2 kap. 4 § andra stycket distans- och hemförsäljningslagen (2005:59). Se mer om detta i kapitel 10 nedan.

4 Slutandet av elektroniska avtal

4.1 Problembeskrivning

De avtal som denna utredning behandlar sluts i de flesta fall på elektronisk väg. Vid sådana avtal kan det ibland uppstå osäkerhet bland konsumenterna om de verkligen har träffat ett bindande avtal eller vad detta avtal har för innehåll. Problemet verkar främst bero på otydlig information i beställningssituationen.

Att ingå avtal över mobiltelefonen kan medföra särskilda svårigheter för konsumenten på grund av de begränsningar som följer av att kommunicera med hjälp av en telefon. Information kan medvetet eller omedvetet döljas för konsumenten i delar av meddelandet/avtalet som inte visas på en så liten skärm som mobiltelefonens. Det kan därför finnas en risk för att konsumenten missuppfattar sina skyldigheter enligt avtalet. En undersökning som gjordes av PTS under 2009, och som presenterades under 2010, visade att konsumenterna vid avtal om premiumtjänster ibland krävts på betalning för tjänster eller prenumerationer som de inte tyckte sig ha beställt.¹

Operatörerna och ERB har anfört att detta problem var betydligt vanligare när undersökningen gjordes och att bl.a. branschens egenåtgärder har medfört att problemet är ovanligt i dag. ERB beslutade nämligen under hösten 2009 att begära att vissa tjänster, där det förekom klagomål i detta avseende, skulle stängas ner. Grunden för besluten var i flertalet fall att tjänsteleverantören hade brutit mot de etiska reglerna genom att skicka ut och debi-

¹ PTS rapport "Att köpa tjänster och surfa med mobiltelefonen – beskrivning av marknaden och råd till konsumenter", PTS-ER-2010:8, s. 27.

tera för fler än tio meddelanden i en följd utan att inhämta kundens uttryckliga medgivande för detta. Sedan PTS rapport presenterades har Morgans branschregler för beställning av mobila premium-tjänster skärpts. Som ytterligare en åtgärd från branschen sida har ERB:s mandat utökats till att även avse tillsyn av Morgans branschregler.

Konsumentverket har till viss del bekräftat att problemen med otillräcklig information i beställningssituationen har minskat under senare år men har framfört att det än i dag kvarstår vissa problem. Ett sådant är att samtal och sms-meddelanden till 118-serien inte omfattas av branschens självregleringssystem. Då dessa företag inte upplyser om vad tjänsten kostar i början av samtalet och då priset för en sådan tjänst kan uppgå till så mycket som 23,75 kronor i öppningsavgift och 18,75 kronor i minutavgift,² kan ett sådant samtal innebära kännbara och oförutsedda kostnader för en konsument. Även sms-meddelanden till 118-nummer kan enligt Konsumentverket innebära oväntat höga telefonräkningar för konsumenten då de inte blir upplysta om tjänstens pris i förväg. Med anledning härav har Konsumentverket inlett ett tillsynsärende mot företaget 118 800 AB på grund av otillräcklig prisinformation i beställningssituationen.

Tillräcklig information i beställningssituationen kan saknas även vid köp av appar där konsumenterna inte alltid förstår att t.ex. In App-köpen kan kosta pengar trots att appen har varit gratis att ladda ner. På denna marknad finns det ingen självreglering, vilket naturligtvis försvagar konsumentenskyddet.

Avtal som ingås med hjälp av telefonen medför alltså särskilda utmaningar vad gäller frågan om vilken information som konsumenten bör få vid en beställning. I avsnitt 4.2 nedan görs en analys av vilken informationskyldighet svensk lagstiftning ålägger näringsidkaren inför ett avtal, följt av en bedömning huruvida konsumentens skydd i detta avseende är tillräckligt.

I avsnitt 4.3 kommer vi att behandla vad som krävs för ett bindande avtal ska uppstå på elektronisk väg.

² Se t.ex. prislista för samtal till 118 100 på <http://www.118100.com/priser/>

Under utredningens gång har Frivilligorganisationernas insamlingsråd ideell förening (FRII) anförts att det råder viss osäkerhet, huruvida en bindande gåvoutfästelse kan komma till stånd genom ett sms-meddelande eller annat elektroniskt meddelande med angivande att man skänker eller avser att skänka en gåva. Under de senaste tjugo åren har insamlingsmetoderna utvecklats i takt med tekniken, och så kallade SMS-gåvor via premium-sms har blivit allt vanligare när konsumenter vill skänka pengar till frivilligorganisationer. En fråga är om dessa sms-meddelanden utgör en fullbordad gåva eller en bindande gåvoutfästelse till organisationen. Frågor kring elektroniska gåvor kommer att behandlas i avsnitt 4.4.

4.2 Näringsidkarens informationsplikt

4.2.1 Rättslig reglering

Det finns en relativt omfattande reglering beträffande näringsidkarens uppgiftsskyldighet vid slutandet av elektroniska avtal. Dessa regler återfinns i marknadsföringslagen (2008:486), lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, prisinformationslagen (2004:347) samt distans- och hemförsäljningslagen (2005:59). Det finns också en relativt omfattande självreglering på marknaden för premiumtjänster.

Marknadsföringslagen (2008:486)

I marknadsföringslagen finns den grundläggande regleringen av reklam och annan marknadsföring i svensk rätt. Även elektronisk marknadsföring träffas av lagens regler, som bl.a. innehåller krav på att näringsidkaren ska lämna tillräcklig information om exempelvis varans eller tjänstens pris. Marknadsföring som inte innehåller tillräckligt tydliga prisangivelser kan ibland vara otillbörlig och därmed förbjudas av Marknadsdomstolen.

Allmänt om lagen

Den nu gällande marknadsföringslagen trädde i kraft år 2008 och tillkom för att uppfylla Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder. Avsikten med direktivet är bl.a. att genomföra en harmonisering av bestämmelserna om konsumentens skydd mot otillbörliga affärsmetoder m.m. inom hela EU. Direktivet är ett fullharmoniseringsdirektiv. I dess bilaga 1 anges ett antal affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga. Förteckningen, som brukar kallas den svarta listan, gäller i alla medlemsstater och ska gälla som lag i Sverige enligt 4 § marknadsföringslagen.

Marknadsföringslagens syfte är att främja konsumenters och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter samt motverka marknadsföring som är otillbörlig gentemot konsumenter och näringsidkare (1 §). Lagen skyddar alltså såväl näringsidkare som konsumenter. Lagen har generell räckvidd och är tillämplig på alla former av kommersiell marknadsföring av alla slags varor, tjänster och andra nyttigheter. Lagen gäller vidare för alla typer av media, inklusive marknadsföring på Internet. En nyhet i förhållande till tidigare marknadsföringslagar är att lagen även är tillämplig på metoder som tillämpas efter att ett avtal har ingåtts. Detta innebär ett utökat skydd i samband med t.ex. reklamationer.

Otillbörlig marknadsföring

Marknadsföringslagen bygger på en generalklausul som föreskriver att marknadsföring ska ske i enlighet med god marknadsföringssed (5 §). Marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed är enligt 6 § att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat beslut. Begreppet god marknadsföringssed definieras i lagen som god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring

(3 §). God affärssed syftar i huvudsak på det utomrättsliga normsystem som näringslivet har skapat³, och en viktig normkälla för god affärssed är den Internationella Handelskammarens (ICC) regler för reklam och marknadskommunikation. Med begreppet andra vedertagna normer avses bl.a. Marknadsdomstolens praxis och Konsumentverkets föreskrifter.⁴ Till detta kommer den s.k. lagstridighetsprincipen som innebär att marknadsföring som strider mot annan lagstiftning eller som är ägnad att leda till lagöverträdelser också anses strida mot god marknadsföringssed.⁵

Lagen innehåller vidare regler som syftar till att förhindra aggressiv och vilseledande marknadsföring (7 och 8 §§). Aggressiv marknadsföring är otillbörlig om den *i märkbar mån* påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, medan vilseledande marknadsföring är otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Vid vilseledande marknadsföring krävs alltså inte att påverkan ska vara märkbar för att marknadsföringen ska vara otillbörlig; kravet på effekt hos mottagaren är alltså lägre i dessa fall. Exempel på aggressiv marknadsföring är oönskad och påträngande telefonförsäljning. Marknadsföringen är att anse som vilseledande om den strider mot bestämmelserna i 9, 10 eller 12–17 §§ i lagen.

Slutligen är enligt 4 § marknadsföringslagen de åtgärder som anges i den ovan nämnda svarta listan i bilagan till direktivet alltid otillbörliga. Ett exempel på en sådan åtgärd är marknadsföring som påstår att en produkt är gratis när konsumenten ändå måste betala för produkten. Ett annat exempel är att använda sig av negativ avtalsbindning eller att i en annons uppmana barn att köpa eller att övertala sina föräldrar att köpa de utannonserade produkterna åt dem.⁶ Vad gäller dessa metoder krävs det alltså inte att man kan visa att marknadsföringen har påverkat konsumenten.

³ Prop. 2007/08:115, s. 69 f.

⁴ Se bl.a. Stefan Melin, *Marknadsrätt*, 2009, s. 55, för en närmare redogörelse av begreppen.

⁵ Prop. 2007/08:115, s. 70 och 77 f.

⁶ Se nedan avsnitt 6.3.2 angående marknadsföring riktad mot barn.

Sanktioner

Marknadsdomstolen, eller Konsumentombudsmannen i fall som är av mindre vikt, får förbjuda en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig att fortsätta med denna eller liknande åtgärd. Om en näringsidkare vid marknadsföringen underlåter att lämna viss information kan Marknadsdomstolen, eller Konsumentombudsmannen, förelägga näringsidkaren att lämna sådan information.

En näringsidkare som uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot vissa bestämmelser i lagen, t.ex. förbuden mot aggressiv och vilseledande marknadsföring, kan åläggas att betala en marknadsföringsavgift. Näringsidkaren kan också enligt 37 § bli skyldig att betala skadestånd till konsumenter och näringsidkare som lider ekonomisk skada med anledning av otillbörlig marknadsföring.

Talan om förbud eller åläggande väcks vid Marknadsdomstolen. Talerätt har Konsumentombudsmannen, en näringsidkare som berörs av marknadsföringen och en sammanslutning av konsumenter, näringsidkare eller löntagare. En enskild konsument har alltså inte talerätt även om denne är direkt berörd av marknadsföringen.

Elektronisk marknadsföring

Eftersom marknadsföringslagen gäller alla metoder för kommunikation måste näringsidkare beakta lagens regler även vid marknadsföring via e-post, Internet eller sms-meddelande. Utöver de allmänna reglerna har marknadsföringslagen särskilda regler som gäller vid e-post och andra elektroniska former av kommunikation. En näringsidkare får använda e-post och vissa andra former av elektronisk kommunikation endast om den fysiska personen har samtyckt till detta. Det krävs alltså, i motsats till vad som gäller vid marknadsföring över telefon, att mottagaren i förväg har samtyckt till marknadsföringen (en s.k. opt in-lösning). Förutom e-post och telefax omfattar bestämmelsen automatiska uppring-

ningsautomater och ”liknande automatiska system för individuell kommunikation som inte betjänas av någon enskild person”. Sms-meddelanden borde falla in under detta begrepp och omfattas alltså av kravet på samtycke från mottagaren. Samtycke krävs inte om näringsidkaren har fått den fysiska personens e-postadress i samband med försäljning av en produkt till personen. Detta gäller dock bara om den fysiska personen inte har motsatt sig att adressen använts för marknadsföring och marknadsföringen avser näringsidkarens egna, likartade produkter. Konsumenten måste även klart och tydligt få möjlighet att motsätta sig att adressen används i marknadsföringssyfte.

Krav på prisinformation

Marknadsföringslagen innehåller vissa regler som syftar till att motverka att konsumenterna får bristfällig prisinformation. För det fall en näringsidkare lämnar otillräcklig information angående varans eller tjänstens pris kan marknadsföringen anses strida mot god marknadsföringssed. Enligt 10 § marknadsföringslagen får nämligen en näringsidkare inte använda sig av felaktiga påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annans näringsverksamhet. Detta är ett krav vid all marknadsföring men gäller särskilt framställningar som bl.a. rör produktens pris, grunderna för prisberäkningen, särskilda prisleddar och betalningsvillkoren. Även i artikel 5 i ICC:s regler finns en bestämmelse om att marknadsföringen inte får vilseleda och att detta särskilt gäller i fråga om bl.a. produktens värde och det pris som ska betalas. Reklamombudsmannen, som är näringslivets egenåtgärdssystem för självsanering av reklam, har många gånger funnit att reklamen varit vilseledande då det inte framgick att en tjänst har kostat pengar.⁷ Om en näringsidkare underlåter att informera konsumenterna om att en premiumtjänst

⁷ Se t.ex. Reklamombudsmannens uttalande 2010-01-28, ärende 0908-164, där denne fann att reklam som uppmanade läsaren att testa sin intelligens genom att svara på ett antal frågor var vilseledande då det inte framgick att testet kostade pengar.

(t.ex. ett intelligenstest eller likande tjänst) kostar pengar är det alltså troligt att sådan marknadsföring är att anse som vilseledande enligt marknadsföringslagen.

Vid bedömningen av om en framställning är vilseledande måste man dock beakta det använda kommunikationsmediets begränsningar i tid och utrymme samt de åtgärder som näringsidkaren har vidtagit för att på annat sätt lämna informationen (11 §). Trots att bestämmelsen enligt förarbetena bör tillämpas restriktivt innebär bestämmelsen en viss lättnad i näringsidkarens upplysningskyldighet vid användning av vissa kommunikationsmedier.⁸ Reklamombudsmannen har i ett uttalande ansett att bestämmelsen kan bli tillämplig vid marknadsföring via sms-meddelande.⁹ I ärendet, som gällde frågan huruvida viss reklam angående mobiltelefonsamtal utomlands var att anses som vilseledande, konstaterade Reklamombudsmannen att utrymmet för hur mycket information som kan lämnas i reklam via sms-meddelande är begränsat. Att då ställa krav på att annonsören lämnade uppgift om de olika startavgifterna och de olika minutavgifterna i 36 länder var ett alltför långtgående krav. Eftersom dessa uppgifter i stället framgick av näringsidkarens hemsida ansåg Reklamombudsmannen att avsaknaden av informationen inte innebar att reklamen var vilseledande.

När en näringsidkare erbjuder konsumenter en bestämd produkt med prisangivelse, ett s.k. köperbudande, ställs ytterligare krav på vilken information som näringsidkaren måste lämna i marknadsföringen (12 §). Enligt punkten 2 i bestämmelsen är bl.a. pris och jämförpris, angivet på det sätt som framgår av 7–10 §§ prisinformationslagen (2004:347), sådan information som måste anges i marknadsföringen. Prisinformationslagen gäller för näringsidkare som säljer produkter till konsumenter. Lagen är subsidiär till andra lagar med bestämmelser om prisinformation till konsumenter och kompletterar alltså marknadsföringslagens bestämmelser om informationsskyldighet. Hänvisningen till pris-

⁸ Prop. 2007/08:115, s. 90.

⁹ Reklamombudsmannens uttalande 2009-11-17, ärende 0906-137.

informationslagen innebär att korrekt prisinformation ska omfatta priset för en bestämd produkt eller grunden för hur priset bestäms. Prisuppgiften ska vara tydlig, korrekt och rättvisande för produkten. Ungefärliga prisuppgifter, som från- eller cirkapris, kan göra framställningen vilseledande.

Lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster

Lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen) tillkom för att implementera Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (e-handelsdirektivet). Även i denna lag finns bestämmelser om vilken information näringsidkaren måste lämna i samband med digitala beställningar av varor och tjänster. Utöver detta måste näringsidkaren även tillhandahålla vissa tekniska hjälpmedel i syfte att underlätta för beställaren att kontrollera sin beställning.

Lagens tillämpningsområde

E-handelslagen är inte tillämplig enbart på näringsidkare/konsumentförhållanden utan är avsedd att skydda alla som använder någon av *informationssamhällets tjänster*. Med detta begrepp avses enligt lagtexten tjänster som leverantören normalt utför mot ersättning och som leverantören tillhandahåller på distans, elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare. Enkelt uttryckt omfattar begreppet varje aktivitet med ekonomisk innebörd som sker online. I begreppet ingår, förutom själva handeln av varor och tjänster över Internet, en mängd olika tjänster såsom informationstjänster, finansiella tjänster, fastighetsmäklartjänster, webbhotell och söktjänster. En förutsättning för att en tjänst ska omfattas av begreppet är att den tillhanda-

hålls online, d.v.s. via en förbindelse som möjliggör direkt interaktiv kommunikation. Lagen är tillämplig även när köparen använder sin mobiltelefon och informationen förmedlas via GSM-nätet eller andra telenät. Detta innebär att lagen är tillämplig på många av de situationer som promemorian behandlar.

Andra relevanta bestämmelser

E-handelslagen innehåller en del bestämmelser som syftar till att garantera fri rörlighet för tjänsteleverantörer med annan etableringsstat än Sverige. I lagen finns dock även regler om tjänsteleverantörernas skyldigheter i samband med en beställning.

Lagen innehåller i 8 och 9 §§ vissa allmänna informationskrav som tjänsteleverantören måste uppfylla. Bland annat ska leverantören ge information om sitt namn och sina kontaktuppgifter och, för det fall pris på varor och tjänster anges, göra detta på ett klart och otvetydigt sätt. En bestämmelse som är relevant i sammanhanget är 10 §. Enligt detta lagrum ska en tjänsteleverantör tillhandahålla lämpliga och tekniska hjälpmedel som gör det möjligt för en tjänstemottagare att upptäcka och rätta till sina eventuella inmatningsfel innan denne gör en beställning. Syftet med regeln är bl.a. att en konsument ska bli medveten om att han eller hon gör en beställning. I förarbetena uttalas att det särskilt från konsumentskyddssynpunkt är väsentligt att tjänsteleverantörerna följer lagens krav på information vid marknadsföring och när avtalet ingås.¹⁰

Enligt 11 § ska en tjänsteleverantör innan en beställning görs informera en beställare bl.a. om hjälpmedlen enligt 10 § och de tekniska steg som måste vidtas för att ingå avtal samt om de yrkesetiska regler eller liknande som tjänsteleverantören har åtagit sig att följa. Informationen gäller hur beställaren rent tekniskt ska gå tillväga för att ingå ett avtal med leverantören och inte de rättsliga aspekterna på hur avtal ingås. Informationen

¹⁰ Prop. 2001/02:150, s. 76.

behöver inte lämnas vid samma tillfälle (men måste alltså lämnas före beställningen) och med samma teknik som med vilken beställningen görs. Ett sådant krav skulle i praktiken omöjliggöra handel över mobiltelefonen.¹¹

Enligt 12 § ska en tjänsteleverantör utan onödigt dröjsmål på elektronisk väg bekräfta mottagandet av en beställning som gjorts på elektronisk väg. Visserligen kommer bekräftelsen först efter det att beställningen är gjord och hindrar inte att en konsument av förbiseende ingår ett avtal. Å andra sidan blir konsumenten medveten om att ett avtal åtminstone enligt näringsidkarens uppfattning har ingåtts, vilket ger konsumenten en möjlighet att utnyttja sin ångerrätt.¹²

Avtalsvillkoren ska enligt 13 § göras tillgängliga för tjänstemottagaren på ett sätt som gör det möjligt att spara och återskapa dem, exempelvis via en webbsida.

I 14 § finns vissa undantag från informationsplikten när avtal ingås enbart genom utväxling av e-post eller motsvarande personliga meddelanden. Med motsvarande personliga meddelanden avses bl.a. sms-meddelanden. Undantaget tar sikte på situationer där parterna genom att utväxla personliga meddelanden förhandlar fram ett individuellt avtal. Kommunikationen måste därför ske enbart genom e-post eller sms-meddelanden eller liknande för att undantaget ska bli tillämpligt. Undantaget omfattar alltså inte det fallet att en tjänstemottagare via e-post eller sms-meddelande beställer en tjänst eller produkt som bjudits ut på en hemsida.

En tjänsteleverantör som inte uppfyller lagens krav på information eller på att tillhandahålla tekniska hjälpmedel kan drabbas av sanktioner enligt marknadsföringslagen (15 §). Den information som ska lämnas enligt e-handelslagen ska anses vara sådan information av särskild betydelse som avses i 10 § tredje stycket marknadsföringslagen. Enligt 25 § marknadsföringslagen kan Marknadsdomstolen ålägga en tjänsteleverantör att tillhandahålla

¹¹ Prop. 2001/02:150, s. 74.

¹² Att det är oklart om ångerrätten för närvarande gäller vid avtal om digitalt innehåll är en annan fråga som behandlas i avsnitt 10.2.1.

sådana hjälpmedel som avses i 10 § e-handelslagen. Lagen är alltså marknadsrättsligt sanktionerad och innehåller ingen civilrättslig sanktion för det fall reglerna i den inte följs.

I 16–19 §§ finns bestämmelser om ansvarsfrihet för tjänsteleverantörerna i vissa fall. Bestämmelsen tar främst sikte på olika situationer där tjänsteleverantören kan undgå ansvar och skadestånd på grund av intrång i upphovsrätten.

Distans- och hemförsäljningslagen (2005:59)

Allmänt om lagen

Distans- och hemförsäljningslagen (2005:59) innehåller regler om bl.a. konsumentskydd vid distansavtal om varor och tjänster. Lagen är med några undantag tvingande till konsumentens förmån och innehåller såväl civilrättsliga som marknadsrättsliga regler. Lagen började gälla från och med april 2005 och ersatte då den tidigare lagen från år 2000 om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal. Denna tidigare lag hade i sin tur ersatt 1981 års hemförsäljningslag som inte innehöll några regler om distansavtal. Såväl lagen från år 2000 som den nu gällande lagen har tillkommit främst för att genomföra olika EG-direktiv.¹³ Syftet med lagen är främst att skydda konsumenter i samband med köp från företag via postorder, TV, Internet, telefon eller liknande försäljningsformer samt vid köp som ingås vid en näringsidkares hembesök eller vid en av näringsidkaren organiserad utflykt till en plats utanför det fasta försäljningsstället.

Distans- och hemförsäljningslagen består av tre huvudavsnitt. Det första av dessa tre avsnitt utgörs av kapitel 2 som reglerar konsumentskyddet vid distansavtal angående varor och icke finansiella tjänster. Kapitel 3 behandlar konsumentskydd vid distansavtal

¹³ Europaparlamentet och rådets direktiv 97/7/EG om konsumentskydd vid distansavtal och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/65/EG om distansförsäljning av finansiella tjänster till konsumenter och om ändring av rådets direktiv 90/619/EEG samt direktiven 97/7/EG och 98/27/EG.

om finansiella tjänster och finansiella instrument, medan kapitel 4 behandlar hemförsäljningsavtal.

Andra kapitlet i distansavtalslagen är alltså det som är relevant för de situationer som promemorian behandlar. Kapitlet är tillämpligt på distansavtal varigenom en näringsidkare överlåter eller upplåter lös egendom eller utför tjänster åt en konsument. Med distansavtal avses ett avtal som ingås inom ett av näringsidkaren organiserat system för att träffa avtal på distans. Denna definition innebär att det inte är tillräckligt att avtalet har ingåtts på distans. Det krävs dessutom att näringsidkaren har vidtagit någon eller några särskilda åtgärder för att organisera t.ex. en försäljning på distans.¹⁴ Till skillnad från konsumentköplagen omfattar lagen köp av all lös egendom och inte enbart lösa saker. Lagen gäller även vid hyra och leasing. Begreppet tjänster innefattar alla slags tjänster, även olika typer av intellektuella och konstnärliga sådana. Lagen är även tillämplig på avtal om digitala produkter som t.ex. köp av musik, film, spel och datorprogram som levereras elektroniskt hem över Internet till konsumentens dator.¹⁵

Näringsidkarens informationsplikt

Lagen medför en omfattande informationsskyldighet för näringsidkaren. I 2 kap. 6 § distansavtalslagen finns regler om vilken information näringsidkaren ska lämna innan ett distansavtal träffas. Bestämmelsen kompletterar och preciserar övriga marknadsrättsliga regler, bl.a. marknadsföringslagen, när det gäller informationskrav vid sådan marknadsföring som direkt syftar till distansavtal.¹⁶

Bestämmelsens första stycke innehåller nio punkter om vilken information som näringsidkaren måste lämna. Bland annat måste näringsidkaren ge information om sitt namn och sin adress samt varans eller tjänstens pris, inbegripet skatter och avgifter. Närings-

¹⁴ Prop. 2004/05:13, s. 121.

¹⁵ Prop. 1999/2000:89, s. 24 och prop. 2004/05:13, s. 126.

¹⁶ Prop. 2004/05:13, s. 131.

idkaren måste även ange kostnaden för att ett medel för distanskommunikation används, om inte kostnaden är beräknad efter normaltaxa. Om näringsidkaren t.ex. hänvisar konsumenten att ringa ett särskilt betalnummer måste han eller hon alltså upplysa om taxan för detta.¹⁷ Näringsidkaren måste också upplysa om konsumentens ångerrätt. Om marknadsföringen gäller en tjänst måste konsumenten även upplysas om att ångerrätten inte kan utnyttjas om tjänsten påbörjas med konsumentens samtycke redan under ångerfristen.¹⁸

Andra stycket innehåller närmare föreskrifter om hur informationen ska ges. Informationen, som ska ges i rimlig tid innan avtalet ingås, ska vara klar och tydlig och ges på ett sådant sätt att konsumenten inte har några svårigheter att ta del av den. Som huvudregel ska informationen ges på svenska. Näringsidkaren har vidare en skyldighet att lämna informationen på ett sätt som är anpassat till det medel för distanskommunikation som används. Vid marknadsföring på Internet är det normalt tillräckligt att informationen finns på näringsidkarens hemsida.¹⁹ Enligt lagrummet måste näringsidkaren slutligen ta särskild hänsyn till behovet av skydd för underåriga. Informationen ska alltså vara anpassad till att den som är under arton år normalt sett inte kan ingå bindande avtal. I kravet ligger vidare att särskild hänsyn ska tas till att underåriga kan vara mindre kritiska och bli lättare vilseledda än andra konsumenter. En konsekvens av bestämmelsen bör vara att marknadsföring vid distansavtal med underåriga ska vara måttfull och inte överdrivet frestande.²⁰

I 2 kap. 7 § finns bestämmelser om näringsidkarens informationsplikt efter att ett avtal har ingåtts. Näringsidkaren ska snarast efter avtalet ge konsumenten en bekräftelse med den information som avses i 2 kap. 6 § första stycket 1–5. Näringsidkaren ska vidare informera konsumenten om ångerrätt, adress, telefonnummer eller e-post samt gatuadress till det verksamhetsställe dit

¹⁷ Prop. 2004/05:13, s. 133.

¹⁸ Se avsnitt 10.2.1 angående denna bestämmelse.

¹⁹ Prop. 2004/05:13, s. 133.

²⁰ Prop. 2004/05:13, s. 133.

konsumenten kan framställa klagomål, förekommande garantier och service samt villkoren för att säga upp avtalet om det gäller tills vidare eller för en längre tid än ett år.

Informationen ska ges i en handling eller i någon annan läsbar och varaktig form. Lagens krav är uppfyllt t.ex. om näringsidkaren överlämnar en diskett, cd-skiva eller DVD med de aktuella uppgifterna. Vanligtvis går det nog även bra att lämna uppgifterna med e-post. Det får i varje enskilt fall bedömas om näringsidkaren har haft anledning att förutsätta att konsumenten kunnat tillgodogöra sig informationen på detta sätt.²¹ Kravet på att formen ska vara varaktig medför antagligen att det inte är tillräckligt att lägga informationen på en hemsida. Innehållet på en hemsida ändras och uppdateras nämligen vanligtvis så ofta att det inte går att ge konsumenten en tillräcklig säker möjlighet att i ett senare skede ha tillgång till och återge den ursprungliga informationen till det individuella avtalet.²² Lagens förarbeten ger ingen vägledning i frågan om informationen kan ges via sms-meddelanden. Eftersom ett sms-meddelande går att spara i mottagarens telefon borde det dock inte medföra några problem med att lämna information i sådan form.

I tredje stycket finns ett i sammanhanget viktigt undantag från informationsskyldigheten. Gäller avtalet en tjänst som fullgörs med hjälp av ett medel för distanskommunikation, och utförs tjänsten vid ett enda tillfälle och faktureras av distributören av kommunikationsmedlet, behöver näringsidkaren bara ge konsumenten tillgång till gatuadressen till det verksamhetsställe dit konsumenten kan framställa klagomål. Ett exempel på en sådan tjänst är att en konsument ringer upp en nummerupplysning som tillhör en operatör med vilken konsumenten inte har något abonnemangssamtal. Ett annat exempel är premium-sms som faktureras av operatören.²³ Vid betalteletjänster (dock inte prenumerationer) räcker det alltså att konsumenten efter avtalet informeras om innehållsleverantörens gatuadress.

²¹ Se vidare prop. 2004/05:13, s. 44 f. och s. 133.

²² Prop. 2004/05:13, s. 45.

²³ Prop. 2004/05:13, s. 136.

För det fall näringsidkaren inte uppfyller sin informationsplikt enligt 2 kap. 6 och 7 §§ ska marknadsföringslagens regler tillämpas. Information enligt 6 och 7 §§ ska därvid anses vara sådan information av särskild betydelse från konsumentsynpunkt som avses i 4 § andra stycket marknadsföringslagen. Också dessa regler är alltså marknadsrättsligt sanktionerade, och det finns inte några civilrättsligt sanktionerade regler om näringsidkarens informationsplikt. Om en näringsidkare åsidosatt sin informationsplikt är ett ingånget avtal därför inte utan vidare ogiltigt, men det är möjligt att avtalet kan vara ogiltigt enligt 36 § avtalslagen därför att marknadsföringen gör att dess vidmakthållande skulle vara oskäligt.

Självreglering

Slutligen finns det en omfattande självreglering i fråga om distansavtal avseende premiumtjänster.²⁴ Morgans branschregler innehåller ett flertal bestämmelser som syftar till att minimera problemen med otydlig och otillräcklig information vid beställningar. Vid beställning av en enstaka tjänst med ett pris som överstiger 50 kr måste tjänsteleverantören bekräfta beställningen genom att skicka ett sms-meddelande till beställaren med uppgift om bl.a. tjänstens pris. Kunden måste därefter bekräfta köpet genom ett separat (kostnadsfritt) sms-meddelande.²⁵ Om beställning av tjänsten sker genom att kunden uttryckligen anger priset i beställningen behöver dock inte konsumenten bekräfta köpet.²⁶

Även ERB:s regler innehåller utförliga bestämmelser om näringsidkarens informationsskyldighet. Exempelvis måste näringsidkaren vid marknadsföring av betalteletjänster ange den totala kostnaden för användningen av tjänsten.²⁷ Uppgift om vilken taxa som tillämpas ska vid marknadsföringen lämnas i direkt anslutning till telefonnumret. Vid varje betalsamtal som kan pågå längre än

²⁴ Se avsnitt 2.3.3 för en redogörelse av reglerna.

²⁵ Artikel 4.3.1.

²⁶ Artikel 4.3.1.

²⁷ Artikel A. 1. a.

två minuter eller som kan kosta mer än tio kronor ska kund inom tio sekunder informeras om tillämpad taxa genom talsvarsutrustning, operatör eller på annat sätt.²⁸

Som beskrivits mera utförligt i kapitel 2 bygger ERB:s mandat att vidta åtgärder mot ett företag som tillhandahåller en premiumtjänst på avtalsrättslig grund, och i princip samtliga aktörer på marknaden är genom avtal bundna av ERB:s regler. Som nämnts ovan är det dock en brist i den självreglerande verksamheten att betalsamtal och premium-sms till 118-serien inte omfattas av reglerna. Eftersom övriga aktörer på marknaden är knutna till dessa regler är det emellertid möjligt att reglernas innehåll har fått karaktären av branschsedvana och att marknadsföring i strid mot dessa regler därför strider mot god marknadsföringssed även i de fall en aktör på marknaden inte är avtalsmässigt bunden till reglerna. Frågan har ännu inte prövats.

Konsumenträttsdirektivet

Bakgrund

Det s.k. konsumenträttsdirektivet²⁹ antogs den 25 oktober 2011 och ska vara implementerat i den nationella lagstiftningen senast den 13 juni 2014. Direktivet, som till stora delar är ett fullharmoniseringsdirektiv, reglerar bl.a. vilken information som ska lämnas för distansavtal och avtal utanför fasta affärslokaler och harmoniserar vissa föreskrifter om fullgörande och vissa andra aspekter på avtal mellan näringsidkare och konsument. Direktivet ska enligt ingressen punkt 14 och artikel 3 (5) däremot inte påverka nationell lagstiftning som reglerar ett avtals ingående eller giltighet.³⁰

²⁸ Artikel B. 1. a.

²⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU av den 25 oktober om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av rådets direktiv 85/577/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG.

³⁰ Se dock strax nedan beträffande rättsföljden av att näringsidkarens informationsplikt inte följs.

Relevanta bestämmelser

Direktivet är enligt huvudregeln i artikel 3 tillämpligt på alla avtal som ingås mellan en näringsidkare och konsument inom direktivets tillämpningsområde. Från denna huvudregel finns emellertid ett antal undantag, och exempelvis är avtal om finansiella och sociala tjänster undantagna från direktivets tillämpningsområde. Direktivet undantar emellertid inte avtal om digitalt innehåll, och direktivet ska alltså tillämpas även på sådana avtal.

Kapitel III innehåller regler om konsumentinformation och ångerrätt vid distansavtal och avtal utanför fasta affärslokaler. Med distansavtal förstås enligt artikel 2.7 ”varje köpe- eller tjänsteavtal som ingås mellan näringsidkaren och konsumenten med stöd av ett organiserat system för distansförsäljning eller tillhandahållande av tjänster på distans, utan att näringsidkaren och konsumenten samtidigt är fysiskt närvarande, enbart med utnyttjande av ett eller flera medel för distanskommunikation fram till och inbegripet den tidpunkt då avtalet ingås”. Näringsidkaren har i dessa fall en omfattande informationsskyldighet. Om ett distansavtal som ska ingås elektroniskt innebär en betalningsskyldighet för konsumenten, ska näringsidkaren tydligt och väl synligt göra konsumenten uppmärksam på bl.a. det sammanlagda priset för varan eller tjänsten samt avtalets löptid och villkor för uppsägning (artikel 8.2). Näringsidkaren ska enligt artikel 8.2 andra stycket även se till att konsumenten i samband med beställningen uttryckligen medger att beställningen är förenad med betalningsskyldighet. Om beställningen görs genom att trycka på en knapp eller aktivera någon liknande funktion ska knappen eller den motsvarande funktionen vara märkt med orden ”beställning förenad med betalningsskyldighet” eller någon motsvarande otvetydig lydelse som anger att verkställandet av beställningen medför en betalningsskyldighet gentemot näringsidkaren. Om denna skyldighet inte följs av näringsidkaren ska konsumenten *inte vara bunden* av avtalet eller beställningen.

När ett avtal ingås med hjälp av ett medel för distanskommunikation som medger begränsat utrymme (t.ex. en mobil-

telefon) eller en begränsad tid för att visa informationen medger direktivet, precis som de motsvarande svenska bestämmelserna i lagen om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster³¹, vissa begränsningar i näringsidkarens informationsplikt.

Common European Sales Law

Bakgrund

Europeiska kommissionen har presenterat ett förslag till en gemensam europeisk köplag, Common European Sales Law (CESL). Förslaget innehåller enhetliga och helt harmoniserade avtals- och köprättsliga bestämmelser, bl.a. konsumentskyddsregler. Denna är inte tänkt att ersätta de nationella lagarna, men avtalsparterna kan välja den och på så sätt få en samling uttömmande lagregler, som är gemensamma för alla EU-länder och som även sätter den internationella privaträtten ur spel. För att den europeiska köplagen ska bli tillämplig krävs en uttrycklig överenskommelse om detta mellan parterna (s.k. opt in). Valet att tillämpa lagen kan endast omfatta CESL som helhet. Det går alltså inte att välja ut enbart vissa delar av lagen.

Förslaget har till syfte att stärka den inre marknadens utveckling och funktion genom att undanröja de hinder som möter en näringsidkare som ingår gränsöverskridande avtal samt att minska konsumenternas bristande förtroende för att de verkligen kan hävda sina rättigheter när de gör inköp från andra EU-länder. Förslaget syftar även till att garantera en hög grad av konsumentskydd genom en egen uppsättning tvingande bestämmelser angående konsumentens rättigheter. För att hjälpa konsumenterna att förstå de rättigheter som omfattas av CESL ska näringsidkaren, i de fall där lagen tillämpas, förse konsumenten med ett standardmeddelande som sammanfattar och förklarar konsumentens rättigheter enligt lagen.

³¹ Se ovan under avsnitt 4.2.1.

För närvarande pågår förhandlingar mellan medlemsstaterna om kommissionens förslag. Förhandlingarna har inledningsvis mer gällt frågan om ett instrument av detta slag alls ska antas än förslaget materiella bestämmelser.

Relevanta bestämmelser

CESL innehåller både marknadsrättsliga och civilrättsliga bestämmelser. Här under 4.2 kommenteras de marknadsrättsliga.

Enligt artikel 13 i CESL har en näringsidkare som ingår ett distansavtal eller ett avtal utanför säljarens fasta affärslokaler en tämligen omfattande upplysningsplikt. En sådan näringsidkare är nämligen skyldig att innan ett avtal ingås i klar och begriplig form lämna information om a) de huvudsakliga egenskaperna hos produkten som ska levereras, b) det totala priset och eventuella tillkommande avgifter och kostnader, c) näringsidkarens identitet och adress, d) avtalsvillkoren, e) ångerrätten³², f) förekomsten av och villkoren för kundservice m.m. efter försäljning, g) om det finns möjlighet att använda sig av ett system för alternativ tvistlösning som näringsidkaren är knuten till och hur man i så fall får tillgång till detta system, h) uppgift om digitalt innehålls funktion, inklusive tillämpliga tekniska skyddsåtgärder, samt slutligen i) uppgift om relevant kompatibilitet mellan det digitala innehållet och hårdvara och programvara.

När näringsidkaren tillhandahåller de medel som krävs för att ingå ett avtal, och dessa medel är elektroniska och inte inbegriper något exklusivt utbyte av e-post eller annan individuell kommunikation, ska näringsidkaren enligt artikel 24 se till att den andra parten har tillgång till lämpliga, effektiva och lättåtkomliga tekniska medel för att upptäcka och rätta felaktiga uppgifter innan den andra parten lämnar eller godtar ett anbud. Näringsidkaren ska vidare lämna information om bl.a. de tekniska åtgärder som krävs för att ingå avtal, huruvida en avtalshandling ska

³² Se mer om ångerrätten enligt CESL nedan under avsnitt 10.2.2..

registreras av näringsidkaren eller inte och huruvida denna handling kommer att vara tillgänglig eller inte samt de tekniska hjälpmedlen för att upptäcka och rätta felaktiga uppgifter innan den andra parten lämnar eller godtar ett anbud. Näringsidkaren måste även lämna information om det språk som används för att ingå avtalet samt se till att avtalsvillkoren görs tillgängliga på ett varaktigt medium. Näringsidkaren ska utan onödigt dröjsmål bekräfta mottagandet av ett anbud eller en accept från den andra parten på elektronisk väg.

Reglerna i CESL om näringsidkarens informationsskyldighet vid elektroniska avtal påminner till stora delar om bestämmelserna i 8–14 §§ i lagen om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. I 25 § CESL finns däremot en bestämmelse som saknar motsvarighet i den svenska rätten men som i princip är identisk med artikel 8.2 andra stycket i konsumenträttsdirektivet, nämligen att konsumenten måste uttryckligen acceptera att beställningen är förenad med betalningsskyldighet för att beställningen ska vara bindande. Enligt artikel 26 har näringsidkaren bevisbördan för att denne tillhandahållit den information som krävs enligt artikel 24 och 25.

4.2.2 Överväganden

Bedömning: Det saknas behov av att, utöver kommande reglering till följd av konsumenträttsdirektivet, ytterligare förstärka näringsidkarnas informationsplikt.

Det är ett problem att konsumenterna ibland missuppfattar sin betalningsskyldighet vid ingående av elektroniska avtal. Utredningen har därför övervägt om det finns ett behov av att ytterligare förstärka näringsidkarens informationsplikt inför en beställning. För att upprätthålla konsumenternas förtroende för branschen är det viktigt att konsumentskyddet är gott och anpassas till den utveckling som sker på marknaden. Å andra sidan måste det dras

en gräns mellan konsumenternas skyddsbehov och risken för överreglering. En överreglering medför att konsumenter inte kan urskilja den mest väsentliga informationen. En annan effekt av överreglering kan bli dålig konkurrens och högre kostnader, vilket i sin tur riskerar att också drabba konsumenterna.

Vid vår genomgång har vi funnit att en tämligen omfattande lagreglering i kombination med en i huvudsak välfungerande självreglering medför att konsumentskyddet är relativt starkt. Vid en jämförelse mellan självregleringen och den svenska lagstiftningen finner man att de flesta av ERB:s och Morgans bestämmelser ändå skulle gälla enligt svensk rätt. En fördel med självregleringen är att samtliga regler är samlade på ett lättöverskådligt sätt och att regelverket framstår som tydligare då det innebär uttryckliga regleringar av vad näringsidkare ska iaktta. Motsvarande regler i den svenska lagstiftningen återfinns i ett flertal olika lagar, och vissa av näringsidkarnas skyldigheter kan endast utläsas genom att studera praxis kring marknadsrättens generalklausuler.

Det kan alltså anses som en brist att det inte finns en lagbestämmelse som otvetydigt anger att en konsument vid distansavtal måste upplysas om sin betalningsskyldighet.³³ Att den självreglering som finns på marknaden inte omfattar samtal eller sms-meddelanden till 118-serien visar också att det finns en risk att enbart förlita sig på självreglering. Eftersom denna utredning har kommit att beröra även appar vill vi framhålla att det på denna marknad inte finns något självreglerande system, vilket innebär att konsumenternas skydd där är något svagare eller i vart fall mer otydligt.

Konsumenträttsdirektivets införande i svensk rätt kommer att medföra ett ökat skydd för konsumenterna. I konsumenträttsdirektivet artikel 8.2 andra stycket finns nämligen en regel om att näringsidkaren är skyldig att se till att konsumenten vid sin beställning uttryckligen godtar att beställningen innebär en

³³ Se dock MD:s dom 2004:18, refererad under avsnitt 4.3.1 nedan, vilken utgår från en regel motsvarande den som sedermera intagits i direktivet.

skyldighet att betala.³⁴ Sverige kommer därmed att behöva införa en motsvarande regel för att uppfylla sina åtaganden enligt direktivet. Med en sådan information minskar sannolikt antalet konsumenter som av förbiseende ingår elektroniska avtal som medför betalningsansvar. Genom införlivandet i svensk rätt får konsumenterna också ett oomtvistligt civilrättsligt skydd i detta avseende.

En motsvarighet till artikel 8.2 andra stycket i direktivet skulle kunna införas i distans- och hemförsäljningslagen, som har samma tillämpningsområde som informations- och ogiltighetsbestämmelsen i konsumenträttsdirektivet. För närvarande pågår arbete inom Justitiedepartementet med att införliva konsumenträttsdirektivet. Implementeringen kommer alltså att bli omhändertagen såvitt gäller distans- och hemförsäljningsområdet.

Konsumenträttsdirektivet samt distans- och hemförsäljningslagen träffar emellertid enbart avtal som ingås på distans med användning av ett organiserat system eller på försäljningsställen utanför näringsidkarens affärslokaler. Det kan därför diskuteras, om en bestämmelse i distans- och hemförsäljningslagen får ett för snävt tillämpningsområde och om den i stället borde gälla vid alla konsumentavtal. I så fall skulle bestämmelsen behöva införas i avtalslagen. Avtalslagen saknar emellertid för närvarande bestämmelser som gäller bara vid konsumentavtal. Dessutom är problemet med att konsumenter missuppfattar sitt betalningsansvar ofta begränsat till avtal som ingås på elektronisk väg, och de flesta elektroniska avtal är att anse som distansavtal i distans- och hemförsäljningslagens mening. Det finns av naturliga skäl inget behov av en regel som den i artikel 8.2 andra stycket konsumenträttsdirektivet när en konsument handlar varor och tjänster i butik eller vid annat fysiskt möte med en näringsidkare. Det förekommer naturligtvis att en konsument självmant tar kontakt med en näringsidkare, ber om en offert och sedan ingår avtal i enlighet med offerten via ett elektroniskt meddelande. Distans- och hemförsäljningslagens regler är inte tillämpliga på

³⁴ Se avsnitt 4.2.1 ovan.

ett sådant avtal. Dessa situationer torde dock inte vara speciellt vanligt förekommande, och det är inte heller dessa aktiva och uppsökande konsumenter som är i störst behov av skydd i denna fråga. Utredningens bedömning är därför att artikel 8.2 andra stycket konsumenträttsdirektivet bör införas i distans- och hemförsäljningslagen.

Som nyss nämnts pågår ett arbete med att implementera konsumenträttsdirektivet i svensk rätt. Utredningen utgår från att artikel 8.2 andra stycket i detta sammanhang kommer att bli omhändertagen i distans- och hemförsäljningslagen, och vi avstår därför från att framlägga ett eget förslag. Genom implementeringen av konsumenträttsdirektivet torde konsumenters behov av att bli upplysta om sin betalningsskyldighet och om andra väsentliga avtalsvillkor bli tillgodosett.

4.3 Förutsättningar för avtalsbundenhet

4.3.1 Rättslig reglering

I lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) finns de grundläggande reglerna om avtals ingående (1 kap.), fullmakt (2 kap.) och rättshandlingars ogiltighet (3 kap.). Av 1 § följer att lagen är dispositiv, och vid tillämpningen av lagen bör man alltså observera att den enligt 1 § andra stycket endast är tillämplig ”så vitt annat ej följer av anbudet eller av svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja”. Avtalslagens bestämmelser är tillämpliga även på elektroniska avtal, och lagens principer om avtals ingående får därmed relevans även vid digitala avtal.

Avtalslagen och elektroniska avtal

Vid de situationer som utredningen behandlar sluts avtal i de flesta fall elektroniskt. Avtalslagen är teknikneutral och kan alltså tillämpas även när kontrahenterna utväxlar meddelanden elektroniskt.³⁵ Vid lagens tillkomst fanns det dock, av naturliga skäl, ingen tanke på att datorer och andra tekniska hjälpmedel skulle ersätta traditionella skriftliga förfaranden, vilket man måste ha i åtanke när man tillämpar lagen på elektroniska avtal.

Ett förhållande som ofta kännetecknar elektroniska avtal är anonymiteten då parterna ofta inte är kända för varandra i samband med avtalsförhandlingarna. Vidare är avtalsslutet i vissa sammanhang "avpersonifierat" på så sätt att ett datorprogram har programmerats så att accept sker automatiskt när vissa omständigheter föreligger. Detta kan få betydelse vid tillämpningen av avtalslagen, vilket utvecklas mera nedan.

Avtals ingående

Avtalslagens modell för ingående av avtal bygger på anbud-acceptmodellen som i korthet går ut på följande. Först lämnar den ena parten ett *anbud* av visst innehåll. Detta anbud är bindande för anbudsgivaren under en viss tid, den s.k. *acceptfristen*. Under denna tid kan anbudet inte återkallas.³⁶ Om motparten har lämnat en accept inom acceptfristen har avtal slutits under förutsättning att accepten överensstämde med anbudet. Avtal har då kommit till stånd genom utbyte av *samstämmiga viljeförklaringar*.

Erbjudande som en näringsidkare riktar till allmänheten är inte avtalsrättsligt bindande och därmed inte ett anbud. Ett sådant erbjudande – ett s.k. *utbud* – ska uppfattas som en uppmaning till den som är intresserad av en vara eller tjänst att lämna

³⁵ Se bl.a. SOU 1996:40, s. 122 angående avtalslagens tillämplighet på elektroniska avtal.

³⁶ Jämför här med bestämmelserna i lagen (1987:822) om internationella köp (CISG), enligt vilken anbud i princip kan återkallas när som helst före accept, med undantag för fall där anbudsgivaren angett en acceptfrist eller acceptanten med fog litat på att anbudet skulle vara bindande under viss tid (art. 16).

ett anbud. För att avtal ska komma till stånd krävs att näringsidkaren därefter accepterar konsumentens anbud.

Om anbudsgivaren har bestämt viss tid för svar, anses han eller hon ha föreskrivit att svaret inom denna tid ska ha kommit honom till handa (2 §). Med ”till handa” menas att meddelandet ska ha kommit fram till anbudsgivaren på ett sådant sätt att han eller hon har möjlighet att ta del av meddelandets innehåll. Det krävs dock inte att han eller hon verkligen har tagit del av meddelandet. När meddelanden skickas på ett sådant sätt som inte var påtänkt vid tillkomsten av avtalslagen, t.ex. via e-post eller sms, kan det tänkas uppstå vissa tolkningsproblem om när meddelandet ska anses ha kommit anbudsgivaren till handa. Ett elektroniskt meddelande som har överförts till den funktion i adressatens informationssystem där meddelanden tas emot bör anses ha kommit mottagaren till handa. Denna situation borde nämligen vara jämförbar med traditionell post som har befordrats till adressatens kontor eller brevlåda. Det bör dock krävas att meddelandet är skickat till en elektronisk adress eller ett telefonnummer som mottagaren verkligen använder eller har uppgett att han eller hon använder.

I 3 § finns vissa bestämmelser om acceptfristens längd när anbud lämnas i brev eller telegram. Är anbudet gjort i telegram kan anbudsgivaren förutsätta att svaret kommer honom till handa på samma sätt eller i vart fall lika tidigt. Med ledning av denna bestämmelse bör en anbudsgivare som använder snabb elektronisk kommunikation kunna förutsätta att svaret kommer honom till handa på ett liknande sätt.³⁷

Om anbudet avges muntligen utan att anstånd med svaret medges, förfaller det om det inte antas omedelbart (3 § andra stycket). Elektronisk kommunikation kan ske med viss fördröjning, t.ex. via e-post, men kan också ske i realtid (t.ex. genom att parterna är direkt uppkopplade till varandra via någon form av s.k. chat-program). Vid elektronisk kommunikation i realtid borde

³⁷ SOU 1996:40, s. 129.

situationen vara så lik muntlig kommunikation att någon acceptfrist inte löper.³⁸

Som nämndes ovan har den tekniska utvecklingen medfört att automatiska rutiner ibland har ersatt manuella ställningstaganden vid avtalets ingående. Så är ofta fallet när avtal ingås över Internet eller genom sms-meddelande. Eftersom parterna vid sådana förhållanden inte talat och förhandlat med varandra och därför sällan kan känna till att motparten utgår från något som avviker från det objektiva förklaringsinnehållet, blir det i allmänhet inte aktuellt att tillämpa de bestämmelser i avtalslagen som innehåller subjektiva moment, som t.ex. 4 § andra stycket, 6 § andra stycket och 9 § andra meningen.³⁹ Om en part emellertid känner till att motparten utgår från en felaktig förutsättning, t.ex. därför att ett utbud är förrädiskt utformat, men håller tyst om detta, kan 6 § andra stycket avtalslagen naturligtvis tillämpas även vid elektroniska avtal.

Anbud och accepter är inte alltid uttryckliga (språkligt) utan kan även vara konkludenta. Så är fallet t.ex. när en kund handlar livsmedel i en affär. Avtal kan i vissa situationer även komma till stånd genom att en part förfogar över eller på annat sätt tar en vara eller tjänst i anspråk. Detta brukar benämnas avtal genom realhandlande. Även dessa avtal kan inordnas i anbud-acceptmodellen. Som exempel kan nämnas parkering på en avgiftsbelagd parkeringsplats. På parkeringsplatsen finns ett anslag om betalning med x kr per timme. Detta anslag utgör då anbudet. Om någon ställer sin bil på parkeringsplatsen har han eller hon genom sitt handlande accepterat anbudet och ett avtal har kommit till stånd.

Avtalslagen utgår i första hand från avtal som förhandlats fram mellan parterna i det enskilda fallet. I de fall som utredningen behandlar används i stället ofta standardiserade avtalsvillkor. Standardvillkoren utformas vanligen av näringsidkaren eller av någon branschorganisation för näringsidkaren. Standardvillkoren måste införlivas i det enskilda avtalet för att bli gällande. För att

³⁸ Christina Hultmark, Elektronisk handel och avtalsrätt, 1997, s. 46.

³⁹ Se mer om denna problematik i SOU 1996:40, 130.

så ska ske krävs normalt en hänvisning till standardvillkoren och en möjlighet att ta del av villkoren.⁴⁰ I konsumentsammanhang ska dessutom överraskande och/eller tyngande villkor tydligt framhållas.⁴¹

Ett anbud kännetecknas av att anbudsgivaren är införstådd med att det blir ett avtal vid en förbehållslös och rättidig accept, och en accept kännetecknas av att acceptanten är införstådd med att hans förklaring omedelbart leder till ett avtal. Samtidigt ska motpartens befogade uppfattning av förklaringen skyddas (se 32 § första stycket avtalslagen). Naturligtvis kan det uppkomma vissa bedömningsproblem, bl.a. då parterna kommunicerat delvis opersonligt och på distans.

Praxis från ARN och Marknadsdomstolen

Frågan om det föreligger avtalsbundenhet på grund av samstämmiga viljeförklaringar som manifesterar avtalsvilja vid elektroniska distansavtal har bedömts i några fall hos ARN och hos Marknadsdomstolen.

Ett intressant ärende från ARN⁴² rörde en konsument som blivit debiterad av ett internetföretag för att han besökt vissa betalsidor på Internet. Konsumenten hävdade att han hade kommit in på sidorna av misstag och att han inte hade godkänt att utnyttja de sidor som visades. Han hade inte heller fått någon information om att sidorna kostade pengar att besöka. Nämnden menade i detta ärende att konsumenten, i likhet med vad som gäller för ett telefonabonnemang, är ansvarig för användningen av internetuppkopplingen.⁴³ För att konsumenten ska anses betal-

⁴⁰ Undantag finns när existensen av standardavtalet och motpartens vilja att ingå avtal bara på dessa villkor är kända, t.ex. resebranschens villkor, se NJA 1978 s. 432 (ang. flygresor till Split).

⁴¹ Se NJA 1979 s. 401. Efter tillkomsten av 36 § avtalslagen förekommer dock att överraskande villkor utan tydlig hänvisning anses ingå i avtalet men åsidosätts som oskäliga, s.k. öppen kontroll.

⁴² 2001-5054.

⁴³ Eftersom det var abonnenten som själv använt telefonen verkar uttalandet vara ett obiter dictum rörande den fråga som behandlas nedan i kapitel 5.

ningsansvarig gentemot företaget för besöken på företagets sidor krävdes emellertid enligt nämnden att han har ingått ett avtal med företaget. Eftersom utredningen inte visade att konsumenten hade godkänt några avtalsvillkor och därmed ingått avtal med det innehåll som påstods, var han enligt nämnden inte betalningsskyldig gentemot internetföretaget.⁴⁴

I mål MD 2004:18 fann Marknadsdomstolen att Svenska Postorderföreningens branschregler kan tjäna som vägledning för vilka krav som bör ställas för att en beställning gjord via Internet ska anses vara i enlighet med god marknadsförings sed. Enligt dessa regler krävs för en bindande beställning att köparen åtminstone markerar sitt köpintresse med ett särskilt ”klick”. Vidare måste köparen få möjlighet att läsa igenom detaljerna i beställningen och avtalsvillkoren samt bekräfta detta genom ett andra ”klick” och därefter genom ett tredje ”klick” bekräfta själva beställningen samt acceptera avtalsvillkoren. Näringsidkaren hade berett konsumenter tillgång till betalsidor på Internet. Om en konsument klickade ja i en s.k. pop-up-ruta debiterades konsumenten utan att konsumenten hade möjlighet att uttryckligen ta ställning till om tjänsten skulle beställas. Pop-up-rutan innehöll texten ”säkerhetsvarning” men ingen information om att användaren skulle komma att debiteras för användandet. Enligt Marknadsdomstolen kunde det beskrivna förfarandet inte anses innebära att en uttrycklig beställning hade skett. Genom företagets förfarande att sända konsumenten en faktura som gav sken av att konsumenten var betalningsskyldig hade företaget enligt domstolen vilselett konsumenten om sin betalningsskyldighet. Marknadsföringen var därför att anse som otillbörlig enligt 4 § första stycket marknadsföringslagen. Domstolen konstaterade vidare att det på de aktuella hemsidorna inte hade tillhandahållits några effektiva tekniska hjälpmedel som gjorde det möjligt för beställaren att upptäcka och rätta sina eventuella inmatningsfel innan en beställning gjordes. Webbplatsernas utform-

⁴⁴ Se även nämndens avgörande i 2001-5813, 2002-3683 och 2002-2064 för liknande fall med samma utgång.

ning var därför i strid mot 10 § e-handelslagen, och företaget hade genom att marknadsföra tjänster utan att iaktta nämnd bestämmelse agerat otillbörligt i marknadsföringslagens mening. – Målet gällde alltså inte omedelbart förutsättningarna för avtalsbundenhet utan god marknadsföringssed, men Marknadsdomstolen har bedömt förbudsyrkandet som om 8.2 andra stycket i 2011 års konsumenträttsdirektiv redan gällde i Sverige.

I mål MD 2004:19 fördes förbudstalan mot ett företag som tillhandahöll betalsidor på Internet. Frågan gällde om ett av företagets avtalsvillkor var oskäligt genom att det dels inte presenterades före eller i samband med leverans av tjänsten, dels förmedlade en vilseledande uppfattning om grunderna för betalningsskyldighet. Marknadsdomstolen fann att betalsidor på Internet innebär något mer än bara ett vanligt samtal, bl.a. därför att tjänsten skiljer sig prismässigt från den ordinarie teletaxan. Enligt Marknadsdomstolen borde det därför i princip krävas att ett särskilt avtal hade ingåtts om aktuell tjänst och att det av avtalet framgick vilket pris som var gällande för att betalningsskyldighet skulle uppkomma. Marknadsdomstolen fann därför att det i målet aktuella avtalsvillkoret var vilseledande i fråga om de allmänna förutsättningarna för avtalsbundenhet mellan företaget och konsumenten. Eftersom villkoret kunde vilseleda konsumenten om dennes betalningsskyldighet och därmed om dennes möjligheter att göra sina rättigheter gällande var villkoret oskäligt.

Rättshandlingars ogiltighet

I tredje kapitlet avtalslagen regleras rättshandlingars ogiltighet. Det kan vara fråga om fall där motparten har använt tvång eller svek (28–30 §§) eller utnyttjat någons trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroendeställning (31 §). Ett avtal kan också förklaras ogiltigt om omständigheterna vid dess tillkomst var sådana att det skulle strida mot ”tro och heder” att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen (33 §). Denna bestämmelse kan tillämpas i fall där den rättshandlande visserligen haft rättslig handlings-

förmåga men där själsförmögenheten har legat på gränsen mot otillräknelighet, t.ex. för att den handlande varit ålderssvag eller lidit av någon mildare psykisk defekt.

Ogiltighetsreglerna är tillämpliga även vid avtal som ingås på elektronisk väg. Naturligtvis är det ovanligt med tvång i dessa sammanhang, men en näringsidkares utbud kan vara vilseledande eller rikta sig mot lättleda personer; om näringsidkaren inser eller bör inse dessa omständigheter kan avtalet vara ogiltigt. Det kan å andra sidan hända att en näringsidkare vilseleds, t.ex. genom att någon påstår att han eller hon är innehavaren av ett telefonabonnemang fastän telefonen används helt utan tillåtelse. Abonnenten blir då i princip inte bunden, medan den som vilseleder blir skadeståndsskyldig mot näringsidkaren enligt 25 § avtalslagen.⁴⁵

Ett lagrum som har stor betydelse för konsumenters rättigheter är 36 § avtalslagen. Enligt detta lagrum får ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. När 36 § avtalslagen tillämpas till skydd för konsumenter får enligt 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden omständigheter som inträffat efter avtalets ingående inte beaktas till konsumentens nackdel. Vid prövningen enligt 36 § avtalslagen ska särskild hänsyn tas till behovet av skydd för konsument eller annan som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Vid bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt får tvingande konsumenträttsliga lagregler på jämförbara områden betydelse, fastän lagarna inte är direkt tillämpliga. Så har t.ex. bestämmelser i villkor för tågresenärer med stöd av 36 § avtalslagen lämnats utan avseende då dessa avvek från vad som gällde enligt konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen.⁴⁶

Som framgår nedan är varken konsumentköplagen eller konsumenttjänstlagen direkt tillämplig på de digitala avtalsobjekt

⁴⁵ Ifall den vilseledande är underårig, se avsnitt 6.2.2.

⁴⁶ ARN 2002-5221. Se även minoriteten i NJA 2009 N 3.

som utredningen behandlar.⁴⁷ Ett avtalsvillkor i ett avtal om en digital vara eller tjänst vilket strider mot någon av dessa lagar torde dock kunna lämnas utan avseende med stöd av 36 § avtalslagen. Till skillnad från reglerna om tvång, svek och ocker är 36 § fri från subjektiva rekvisit, vilket gör den väl lämpad även för frågor som aktualiseras vid helt automatiska rutiner.

Om en underårig har handlat utanför sin rättsliga handlingsförmåga är avtalet ogiltigt enligt reglerna i 9 kap. föräldrabalken (se mera om dessa regler i avsnitt 6.1.2 nedan), och det blir därför sällan aktuellt att i denna situation tillämpa ogiltighetsreglerna i avtalslagen.

Gäller operatörens avtal med konsumenten till förmån för en innehållsleverantör (tredjemansavtal)?

Vissa operatörer har följande eller liknande standardavtalsvillkor med sina abonnenter:

Om Tjänsten används för betalning av en vara eller tjänst från en leverantör som ingått avtal med [operatören] om betalningsförmedling, är du betalningsansvarig för sådant köp.⁴⁸

Villkoret synes innebära att abonnenten är ansvarig för alla avtal som ingåtts med hjälp av abonnentens telefon inte bara i förhållande till avtalsparten-leverantören utan även i förhållande till operatören. Frågan i vad mån abonnenten är ansvarig även om leverantörens vara eller tjänst är felaktig undersöks i kapitel 8. Här ska bara uppmärksammas om en leverantör i och för sig kan stödja sig på ett avtal som ingåtts mellan abonnenten och operatören, fastän leverantören inte är part i abonnemangsavtalet.

En grundläggande princip inom avtalsrätten är att inga andra än parterna själva blir berättigade eller förpliktade på grund av avtalet. Som undantag från denna regel erkänns rättsinstitutet

⁴⁷ Se avsnitt 7.2.

⁴⁸ Se 3s allmänna villkor – konsument, artikel 6.10. Telia har liknande villkor i punkterna 1.2 och 5.1.

avtal till förmån för tredje man, s.k. tredjemansavtal. Detta innebär att tredje man (i detta fall alltså innehållsleverantörerna) under vissa förutsättningar kan åberopa ett avtal utan att vara part. För att ett tredjemansavtal ska föreligga krävs att parterna avsett att tredje man ska ha en självständig rätt enligt avtalet.

Frågan om abonnenternas avtal med operatören innebär ett tredjemansavtal som ger innehållsleverantören en rätt enligt det avtalet har prövats i ett par mål avgjorda av Hovrätten för Västra Sverige.⁴⁹ I båda målen hade betalsamtal ringts från abonnentens telefon, men det var oklart vem som ringt. Innehållsleverantören åberopade operatörens allmänna villkor med abonnenten. Denna bestred att hon gjort en beställning och hävdade att leverantören inte kunde stödja sig på det avtal som ingåtts med operatören. I båda målen gav hovrätten abonnenten rätt i detta avseende och kom dessutom fram till att innehållsleverantören inte hade styrkt att något avtal om tjänsten hade träffats mellan abonnenten och innehållsleverantören.⁵⁰

I målen fördes talan av innehållsleverantören. Om talan i stället hade förts av operatören för innehållsleverantörens räkning, hade frågan uppkommit om villkoren ens i denna relation innebär ett strikt ansvar för alla beställningar (se kapitel 5) och om operatören kan ha bättre rätt än innehållsleverantören när operatören kräver in en fordran för innehållsleverantörens räkning (se kapitel 8).

4.3.2 Överväganden

Bedömning: Avtalslagen, som bör vara generellt utformad, ger ett tillfredsställande skydd mot opåräknad avtalsbundenhet rörande digitala varor och tjänster. Utredningen föreslår därför inte några ändringar i den lagen.

⁴⁹ Abonnentens ansvar för obehörig användning undersöks i kap. 5 nedan.

⁵⁰ Se domar den 2 juli 2004, mål nr FT 1675-04, och den 16 april 2004, mål nr FT 4416-03. Se även Göta hovrätt, dom den 10 december 2004, mål nr FT 1989-03.

Som framgår ovan av avsnitt 4.2 och 4.3 visar Marknadsdomstolens praxis att marknadsföringslagen erbjuder goda möjligheter att genom bl.a. förbudsförelägganden komma till rätta med marknadsföring på Internet som skapar oklarhet för konsumenterna i frågan om ett avtal är på väg att slutas eller om väsentliga avtalsvillkor.

Av avtalslagens regler om anbud och accept följer att en konsument blir bunden av ett avtal endast om han bort förstå att hans åtgärder, t.ex. vid besök på en näringsidkares hemsida, leder till ett avtal. Såväl ARN som Marknadsdomstolen har uppställt stränga krav på näringsidkarens information för att konsumenterna ska anses förstå att avtal är på väg att slutas. Genom den förestående implementeringen av 2011 års konsumenträttsdirektiv (2011/83/EU) kommer kraven på information från näringsidkaren vid distansavtal att skärpas ytterligare samt bli tydligt civilrättsligt sanktionerade; om vissa väsentliga informationskrav inte blivit uppfyllda så kan inget bindande avtal komma till stånd.

Sammantaget gör utredningen bedömningen att det civilrättsliga konsumentskyddet vid ingående av avtal om digitala varor eller tjänster är tillfredsställande. Det finns för närvarande inget behov av att komplettera avtalslagen med tanke på dessa avtal. Det har också ett egenvärde om avtalslagen fortsatt kan vara generell och teknikneutral. Ändringar i avtalslagen, som är gemensam för de nordiska länderna, skulle dessutom kräva ett ingående nordiskt samråd.

Utredningen föreslår därför inte någon ändring i avtalslagen.

4.4 Elektroniska gåvor

4.4.1 Rättslig reglering

Lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva

Allmänt om lagen

I lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva (gåvolagen) finns den viktigaste regleringen om gåvor. Lagen anger bl.a. under vilka förutsättningar en utfästelse av gåva är bindande och när en gåva av olika slags egendom är fullbordad.

Enligt huvudregeln i 1 § gåvolagen är ett löfte om gåva inte bindande. Undantag från denna huvudregel finns emellertid om utfästelsen görs i skuldebrev eller annan urkund som blivit överlämnad till mottagaren eller om omständigheterna vid utfästelsens tillkomst utmärker att den var avsedd att komma till allmänhetens kännedom.

Sedan en gåva fullbordats enligt 2–4 §§ är de formkrav som anges i 1 § inte längre villkor för gåvans giltighet. Gåva av pengar kan enligt 2 § fullbordas genom att kontanter överlämnas i gåvotagarens besittning. En gåva av pengar kan enligt 3 § tredje stycket också fullbordas genom att givaren underrättar sin bank eller annan gäldenär, där givaren har ett tillgodohavande, att visst belopp skänkts bort. Ifall en kontantkortsinnehavare donerar en summa pengar till en organisation genom premium-sms är gåvan fullbordad i samma stund som meddelandet har skickats, eftersom avgiften i dessa fall omedelbart belastar kontantkortsinnehavarens konto till förmån för gåvotagaren. Om givaren innehar ett löpande abonnemang utan något tillgodohavande hos operatören är gåvan däremot inte fullbordad förrän telefonräkningen har betalats, varvid operatören får anses ha mottagit beloppet för mottagarens räkning (se 4 § gåvolagen). Vid löpande abonnemang aktualiseras därmed frågan om sms-meddelandet utgör en bin-

dande gåvoutfästelse eller om givaren kan återta sitt löfte fram till gåvan har fullbordats (telleräkningen har betalats).

Skriftliga gåvoutfästelser

För att en gåvoutfästelse ska vara bindande måste alltså vissa formkrav vara uppfyllda. Syftet med formkravet är att hindra oöverlagda transaktioner, och formkravet bör tolkas i enlighet med detta syfte.⁵¹ En utfästelse är bindande om den har gjorts *skriftligen* i ett *skuldebrev* eller annan *urkund*. Det räcker alltså inte med en skriftlig gåvoutfästelse, utan utfästelsen måste dessutom ha gjorts i en handling som är avsedd att för mottagaren fungera som bevis om utfästelsen. En bindande utfästelse kommer därmed inte till stånd enbart genom att någon i ett brev meddelar en annan person sin avsikt att ge honom eller henne en gåva. Ett brev kan dock utgöra en urkund i lagens mening om brevskrivaren avsett att brevet ska få åberopas som bevis om en gåvoutfästelse.⁵²

Ett sms-meddelande som sänds till ett nummer med förhöjd taxa (premium-sms) i syfte att skänka en gåva kan knappast anses vara en urkund, och ett sådant meddelande utgör därmed inte någon bindande gåvoutfästelse. I stället är gåvor genom sms, t.ex. i anledning av insamlingskampanjer på en TV-gala, ofta exempel på spontana gåvoutfästelser som enligt gåvolagen inte ska vara bindande för givaren.

”Offentliga” gåvoutfästelser

En gåvoutfästelse som har tillkommit med tanke på en viss grad av offentlighet (”avsedd att komma till allmänhetens kännedom”) är enligt 1 § bindande för givaren även om ingen urkund överlämnats till mottagaren. Sådana utfästelser kan vara såväl muntliga som skriftliga. Som ett klart exempel på en bindande utfästelse har

⁵¹ Hellner, Hager, Persson, Speciell avtalsrätt II, 5 upplagan 2010, s. 270.

⁵² Walin och Herre, Lagen om skuldebrev m.m. – En kommentar, 3 upplagan 2011, s. 253.

nämnts att någon vid allmän sammankomst har utfäst sig att lämna bidrag till allmännyttigt ändamål.⁵³ Det krävs inte att löftet avgetts offentligt, men avsikten att åstadkomma publicitet måste på något sätt framgå, t.ex. genom att utfästelsen gjorts i närvaro av media.⁵⁴ Om donationer för välgörande ändamål sker offentligt, t.ex. genom meddelanden vid ett jubileum, blir dessa därmed bindande trots att de inte har skett skriftligen i en urkund.⁵⁵

Den som lovar att skänka en gåva vid en TV-gala eller liknande genom att ringa ett betalsamtal eller skicka ett premium-sms kan alltså bli bunden av sin utfästelse om utfästelsen⁵⁶ var avsedd att komma till allmänhetens kännedom. För att bundenhet ska uppstå borde det normalt krävas att givarens avsikt var att hans eller hennes gåva på något sätt skulle offentliggöras under TV-programmets gång.

4.4.2 Överväganden

Bedömning: Sms-meddelanden utgör vanligtvis inte en bindande gåvoutfästelse. I enlighet med gåvolagens syfte, som är att hindra oöverlagda transaktioner, bör även i fortsättningen en gåvoutfästelse vara bindande endast i de fall som nämns i 1 § gåvolagen.

Det är en allt vanligare företeelse att organisationer samlar in bidrag för välgörande ändamål via betalsamtal och premium-sms, och detta insamlingssätt är viktigt för att finansiera katastrofhjälp där pengar behöver samlas in snabbt och enkelt. Från frivilligorganisationerna har det framförts att det råder osäkerhet i frågan om en gåvoutfästelse via sms-meddelande är bindande för

⁵³ Walin och Herre, Lagen om skuldebrev m.m. – En kommentar, 3 upplagan 2011, s. 253.

⁵⁴ Walin och Herre, Lagen om skuldebrev m.m. – En kommentar, 3 upplagan 2011, s. 254.

⁵⁵ Hellner, Hager, Persson, Speciell avtalsrätt II, 5 upplagan 2010, s. 278.

⁵⁶ Det räcker alltså inte med att den fullbordade gåvan är avsedd att komma till allmänhetens kännedom. I sådana fall får givaren ångra sig fram till gåvans fullbordande.

givaren och att det är önskvärt att utfästelser till frivilligorganisationerna genom sms-meddelanden blir bindande.

Enligt utredningens uppfattning utgör ett premium-sms i allmänhet inte en urkund. Ett sådant meddelande har vanligen inte tillkommit i syfte att utgöra bevis om en gåvoutfästelse. Detta innebär att en abonnemangsinnehavare (men inte en kontantkortsinnehavare) som skänker pengar via premium-sms kan återta sitt löfte fram till dess han eller hon har betalat sin telefonräkning. Att så är fallet ligger helt i linje med ett av formkravets syften, som är att skydda givaren från oöverlagda och inte omedelbart belastande transaktioner. Olikbehandlingen av kontantkortsinnehavare och kreditabbonenter kan tyckas godtycklig, särskilt vid mindre gåvor, men följer tankegången bakom gåvolagen. Det saknas enligt vår uppfattning skäl att ändra på den nu gällande ordningen. Vi lämnar alltså inget förslag i denna del.

5 Abonnents ansvar för andras beställningar och betalningar

5.1 Problembeskrivning

I kapitel 4 har behandlats bl.a. förutsättningarna för att abonnenten ska bli avtalsbunden när det är utrett att det är abonnenten som avsänt ett premium-sms eller ringt ett betalsamtal. I detta kapitel 5 gäller problemet vilket ansvar abonnenten har om någon annan har använt abonnentens telefon utan samtycke. I vilken utsträckning kan abonnenten i sådana fall göras ansvarig för vanliga surf- och samtalskostnader, för beställningar av varor och tjänster genom premium-sms eller betalsamtal som sedan faktureras på telefonräkningen, för betalningsinstruktioner som lämnats med hjälp av telefonen samt för köp av appar och för In App-köp?

Den som obehörigen har använt telefonen kan vara en utomstående som helt saknat samtycke eller någon bekant, t.ex. ett barn till abonnenten, som hade ett begränsat samtycke men som överskridit detta.¹

Ansvarsbeloppen kan naturligtvis variera från tämligen obetydliga till avsevärda. Det finns exempel på hur ett barn, som fått en förälders tillstånd att använda dennas mobiltelefon, under en bilresa genom In App-köp förvärvade virtuella smurfbar för 50 000 kronor. I detta fall avstod dock marknadsplatsen från att vidhålla debiteringen av förälderns konto.

Debitering av premium-sms och betalsamtal på telefonräkningen kommer sannolikt att minska i betydelse genom att tele-

¹ Barns ansvar när de handlar i eget namn utreds i kapitel 6.

bolagen gått ihop om införandet av s.k. mobila plånböcker.² Telefonen med särskild kod eller NFC-utrustning används då för att initiera betalning. Ansvaret för innehavaren av den mobila plånboken för missbruk av denna ska också beröras i det följande.

Som framgår av kapitel 2.3.1 finns det teleoperatörsvillkor som åtminstone ger intrycket att abonnenten är ansvarig för all användning av telefonen. Gäller ett sådant villkor mot abonnenten eller kan det åsidosättas av tvingande lag? Vilket ansvar för obehörig användning har abonnenten om det skulle saknas avtalsvillkor om obehörig användning (t.ex. i relationen telefoninnehavaren-innehållsleverantör) eller om förekommande avtalsvillkor är ofullständiga?

Den fortsatta framställningen disponeras så att vi först under 5.2 behandlar bevisproblemet, hur det ska avgöras huruvida abonnenten själv använt telefonen eller huruvida den använts obehörigt. Därefter tar vi under 5.3 upp lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument och utreder dess betydelse vid obehörigt bruk av en mobiltelefon. I avsnitt 5.4 undersöks vad som gäller ifall lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument inte är tillämplig. Slutligen ställs under avsnitt 5.5 frågan om någon lag bör ändras eller tillkomma.

5.2 Bevisfrågor rörande obehörig användning

5.2.1 Utgångspunkten

En innehavare av en telefon (ett kontokort eller en dator) svarar enligt avtalslagen för egna beställningar. Om innehavaren bestrider betalningsansvar med påståendet att han eller hon inte har ingått avtalet, blir det inledningsvis en bevisfråga om det är innehavaren eller någon annan som har ingått avtalet med hjälp av mobiltelefonen etc.

² Se avsnitt 2.1.4.

I allmänhet åligger det den som påstår att ett avtal har träffats att visa detta och vilka avtalsvillkoren är.³ Om exempelvis en föregiven gäldenär bestrider en undertecknad handlings äkthet, ankommer det enligt rättspraxis på borgenären att visa att handlingen är äkta.⁴ En fråga är dock om avsteg från denna huvudregel görs eller bör göras i konsumentförhållanden, eftersom näringsidkare borde vara mer noggranna med att säkra bevisning om ett avtal och dess innehåll än en konsument. Avsteg från huvudregeln kan också tänkas när ett avtal ostridigt ingåtts med en legitimerande utrustning som exempelvis ett kontokort eller en telefon med pinkod. Eftersom en sådan utrustning normalt används av dess ordinarie innehavare kunde det vara lämpligt med en viss lättnad i beviskravet eller t.o.m. en presumtion för att den som använt utrustningen var innehavaren eller hade dennes samtycke. I så fall skulle följderna bli att konsumenten har bevisbördan för att han eller hon inte har ingått avtalet eller beordrat betalningen med sin telefon eller samtyckt till transaktionen.

5.2.2 Har näringsidkare alltid bevisbördan i tvist mot konsument?

Högsta domstolen uttalade i rättsfallet NJA 1951 s. 1 (plenum) att, om en entreprenör påstår att inget avtal träffats om priset och att han därmed har rätt till vad han begär om det inte var oskäligt medan beställaren (en privatperson) påstår att parterna avtalat om ett bestämt (fast och lägre) pris, entreprenören har bevisbördan för att inget pris blivit avtalat. I HD fanns en betydande minoritet som ansåg att bevisbördan i stället borde läggas på den part som påstår att något har inträffat, inte på den som förnekar detta. I det första fallet går det att säkra bevisning, i det senare fallet är detta (beroende på påståendet) inte sällan omöjligt.

³ Jfr NJA 2001 s. 177, som redovisas närmare nedan.

⁴ Se t.ex. NJA 1976 s. 667. Om en gäldenär däremot medger att han eller hon undertecknat dokumentet men gör gällande att innehållet förfalskats, har gäldenären bevisbördan för sitt påstående. Se Hessler, Obehöriga förfaranden med värdepapper, 1981, s. 41.

I rättsfallet NJA 1975 s. 260 kom frågan upp om den i 1951 års plenum fastlagda principen borde behållas. Målet gällde återigen ett entreprenadavtal mellan en näringsidkare och en konsument. HD uttalade att det inte var påkallat att ta ställning till om man beträffande köp och arbetsbeting allmänt sett borde i sista hand tillämpa en bevisbörderegeln av den ena eller andra innebörden eller om bevisfrågan i vissa fall kunde vara att lösa på ett annat sätt. Frågan kunde, enligt HD, lämpligen begränsas till entreprenadavtal där en företagare stod mot en konsument. På detta område framstod det enligt HD som motiverat att lägga bevisbördan på entreprenören redan av det skälet att det kunde anses lämpligt och rimligt att det fick ankomma på entreprenören att säkerställa bevisning i prisfrågan. Det måste enligt HD antas att man därigenom främjade bruket att upprätta avtalet i skriftlig form, vilket var ägnat att skapa klarhet om avtalets innehåll och stod i samklang med strävandena att upprätthålla regler som skyddade konsumenterna.

I rättsfallet NJA 2001 s. 177 (plenum) – som avsåg en entreprenad mellan två näringsidkare – anförde HD att vid köp och arbetsbeting, som direkt eller analogivis omfattas av 1990 års köplag, huvudregeln bör vara att den part som hävdar att avtal har träffats om priset eller om beräkningsgrunden för detta har bevisbördan för sitt påstående. HD valde nu alltså den linje som minoriteten förespråkade i 1951 års avgörande.

I plenimålet år 2001 ställdes inte frågan på sin spets om beställaren skulle ha bevisbördan för ett påstående om bestämt (lägre) pris även när beställaren är en konsument (jfr ”huvudregeln” och 1975 års rättsfall). Den frågan kom emellertid upp i rättsfallet NJA 2005 s. 205 (plenum), där en konsument vid en entreprenad påstod att avtal träffats om ett takpris. Här förelåg dessutom komplikationen att det i förarbetena till konsumenttjänstlagen hade uttalats att bevisbördan, huruvida ett avtal har träffats om priset eller ej, ligger på näringsidkaren.⁵ Vidare hade det nyligen införts en ändring i konsumenttjänstlagen (51 §) – som dock inte var

⁵ Prop. 1984/85:110 s. 302.

tillämplig på det entreprenadavtal som var aktuellt i målet – att vid småhusentreprenader gäller vad konsumenten avtalat om arbetets omfattning, priset eller grunder för hur priset bestämts, tiden för betalning och tiden för arbetets avslutande, om inte annat framgår av ett skriftligt avtal eller av omständigheterna i övrigt. HD uttalade emellertid i rättsfallet att de skäl som låg bakom 2001 års avgörande väjde tyngre även i ett näringsidkar-konsumentförhållande än de skäl som lagts till grund för avgörandet år 1975. Med hänsyn härtill, och utan hinder av motivuttalandet till konsumenttjänstlagen, borde en konsument som anser sig ha avtalat ett lägre pris än vad som följer av lagens utfyllande bestämmelser få bära bördan att säkra bevisning om avtalet och dess innebörd, om det inte på grund av lag (jfr 51 § konsumenttjänstlagen) eller särskilda förhållanden finns anledning att göra undantag från denna huvudregel. Konsumenten i målet hade alltså att styrka påstått takpris.

Sammanfattningsvis har Högsta domstolen avvisat en generell konsumentskyddande regel om att näringsidkare har bevisbördan för sitt påstående om att ett avtal träffats eller dess innehåll. Utgångspunkten är att den som påstår att avtal slutits har bevisbördan för detta, vare sig denne är en näringsidkare eller en konsument.⁶

5.2.3 Transaktioner med legitimerande utrustning

Frågan, om det är innehavaren av en legitimerande utrustning, exempelvis ett kontokort eller en telefon med pinkod, som ska styrka ett påstående att utrustningen använts av någon annan och utan hans samtycke, har berörts i EG:s direktiv 2007/64/EG om betaltjänster på den inre marknaden.⁷ Direktivet innehåller bestämmelser som begränsar en betaltjänstanvändares ansvar för av denne icke auktoriserade transaktioner. I artikel 59 föreskrivs:

⁶ Det förtjänar anmärkas att bestämmelsen i 51 § konsumenttjänstlagen inte omfattar en tvist, huruvida avtal över huvud taget har ingåtts. Påstår en konsument detta mot näringsidkarens förnekande, torde konsumenten ha bevisbördan även ifall konsumenten hävdar att avtalet rör en småhusentreprenad.

⁷ Direktivet behandlas närmare nedan under 5.3.

1. Om en betaltjänstanvändare nekar till att ha auktoriserat en genomförd betalningstransaktion eller hävdar att betalningstransaktionen inte genomförts på ett korrekt sätt, ska medlemsstaterna kräva att hans betaltjänstleverantör ska kunna styrka att betalningstransaktionen autentiserats, registrerats korrekt, kontoförts och inte påverkats av ett tekniskt fel eller någon annan bristfällighet.
2. Om en betaltjänstanvändare nekar till att ha auktoriserat en genomförd betalningstransaktion, ska användningen av ett betalningsinstrument som registrerats av betaltjänstleverantören inte nödvändigtvis vara tillräckligt för att visa vare sig att betalningen hade auktoriserats av betalaren eller (---).

Det åligger alltså ett kontokortsföretag i förhållande till exempelvis en kontokortshavare att styrka att kortet och en kod använts. Detta ska emellertid inte nödvändigtvis anses vara ett tillräckligt bevis om att kontokortshavaren använt kortet. Hur bevisvärderingen ska gå till vid bedömningen av om kontokortshavaren ska undgå ansvar anges dock inte.

Innebörden av artikel 59 kommenteras kortfattat i propositionen till lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument och i propositionen till lagen (2010:751) om betaltjänster. Enligt den senare propositionens remissammanställning anförde Master Card i anslutning till artikel 59 i direktivet att användande av pinkod ska utgöra tillräckligt bevis för att korthållaren godkänt en viss transaktion och att vissa korttransaktioner bör anses ha godkänts genom den faktiska användningen av kortet. I propositionen anförde regeringen:

Om betalaren påstår att en betalningstransaktion genomförts felaktigt, exempelvis genom att det debiterade beloppet skiljer sig från det angivna beloppet på den betalningsorder som betalaren lämnat till betaltjänstleverantören, måste betaltjänstleverantören kunna styrka att betalningsorden har hanterats i enlighet med gällande rutiner. (---) Det är betaltjänstanvändaren – inte betalaren – som har möjlighet att föra bevisning om de förhållanden som anges i artikel 59. Enligt allmänna principer är det leverantören som har bevisbördan för dessa förhållanden. Omständigheterna bedöms alltså ingå i det som betaltjänstleverantören måste visa också utan

någon uttrycklig regel om det. Därför behövs det ingen särskild bestämmelse i lagen som motsvarar direktivets artikel 59 i lagen.⁸

Betydelsen av att legitimerande utrustning använts har bedömts i ett rättsfall från Högsta domstolen, NJA 1992 s. 263. I rättsfallet yrkade ett kontokortsföretag vid tingsrätten att P skulle betala cirka 38 000 kronor för transaktioner som påstods ha utförts på baren Pussy Cat i Frankfurt med P:s kreditkort. P bestred yrkandet och invände att vissa av de av kontokortsföretaget återopade köpnotorna var förfalskade. Såväl tingsrätten och hovrätten biföll käromålet med hänvisning till att det inte var klarlagt att köpnotorna var förfalskade. Högsta domstolen ogillade däremot bolagets talan och anförde i sina skäl bl.a. följande.

I princip fungerar kontokortet som ett betalningsmedel. Användandet av kontokort är numera en masshantering. Det skulle därför med all sannolikhet medföra avsevärda problem för kontokortsföretagen om de vid varje tillfälle som en kontokortsinnehavare gör en invändning om falsk inköpsnota skulle tvingas styrka inköpsnotans äkthet.⁹ Kontokortsinnehavaren torde ofta ha lättare än kontokortsföretagen att förebringa utredning angående namnunderskriftens äkthet. Eftersom kontokortsinnehavaren genom kontokortet försetts med en legitimationshandling, som givits vissa begränsade rättsverkningar, kan det inte sägas vara främmande att ålägga kontokortsinnehavaren någon form av medansvar för utredningen när kontokort missbrukas av tredje man. Med hänsyn härtill ter det sig rimligt att kräva att kontokortsinnehavaren gör åtminstone antagligt att en förfalskning, underskrifts- eller innehållsförfalskning, föreligger. Om kontohavaren gör detta får det sedan ankomma på kontokortsföretaget att förebringa motbevisning om handlingens äkthet.

⁸ Se prop. 2009/10:220 s. 217. Ett liknande men något mer kortfattat uttalande finns i prop. 2009/10:122 till lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument s. 19. Där återges artikel 59.2 felaktigt så att det inte räcker att betaltjänstleverantören kan visa "att kontohavaren använt ett visst betalningsinstrument" för att denne ska ha försummat sina skyldigheter på sådant sätt att han ska stå för en del av förlusten. I artikeln står att "användningen av ett visst betalningsinstrument som registrerats" inte räcker för att visa att betalningen auktoriserats av betalaren (kontohavaren).

⁹ Jfr NJA 1976 s. 667, anmärkt ovan i not 4.

HD uttalade därefter att kontokortshavaren gjort sannolikt att den bar på vilken han lämnat in kontokortet för betalning dragit extra talonger utöver talongen med det av honom godkända beloppet 610 DM. Någon motbevisning rörande de åberopade inköpsnotornas äkthet hade inte åberopats av kontokortsföretagets sida. Inköpsnotorna ansågs därför vara förfalskade. I rubriken skriver HD att om kontokortshavaren gjort förfalskning sannolik, fordras det för bifall till kontokortsföretagets talan att detta visar att inköpsnotan är äkta.¹⁰

Bevisbördebedömningen i HD kan jämföras med 6 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567). Paragrafen lyder: ”Om den som anser sig ha blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier, är det svaranden som skall visa att diskriminering eller repressalier inte förekommit.” Denna delning av bevisbördan rörande samma bevisfaktum är problematisk, eftersom den förutsätter att domstolen mot vanligheten värderar kändens bevisning skild från svarandens. Annars har kändens svårt att göra sannolikt att kändens version är den riktiga, även om svaranden med sin motbevisning inte förmått styrka att svarandens version är riktig.¹¹ Ofta skulle en samlad bevisvärdering leda till att kändens påstående inte är sannolikt (men svarandens påstående inte styrkt). En uppdelad bevisvärdering är därför nödvändig om bevisregeln ska fungera enligt sitt syfte. Poängen är att kändens inte ska vinna målet genom att bara blankt förneka det som ska bevisas (diskriminering/icke diskriminering, förfalskning/icke förfalskning, beställning/icke beställning).

Det finns även några hovrättsdomar som har intresse för bevisbördan när ett legitimerande instrument tillhörande den part som förnekar egen medverkan har använts.

¹⁰ Samma delade bevisbörderegeln har tillämpats av tingsrätten och hovrätten i ett rättsfall där ett kontokort påstods ha blivit stulet på ett behandlingshem, Svea hovrätt, dom den 30 september 1996, mål T 669/96, se SOU 2005:108 s. 125 f.

¹¹ Jfr NJA 2006 s. 170 med hänvisningar i HD:s dom.

I ett mål avgjort av hovrätten för Västra Sverige¹² yrkade ett bolag ersättning av en konsument för användande av bolagets betalsamtalstjänster. Konsumenten invände att hon inte hade ingått avtal med bolaget. Hovrätten fann att bolaget inte kunde grunda rätt till ersättning på de allmänna villkor som gällde operatörens tele- och tilläggstjänster. (Dessa villkor kunde möjligen tolkas så att abonnenten hade ett strikt ansvar för alla transaktioner gjorda med abonnentens telefon.¹³) Hovrätten konstaterade därefter att bolaget hade bevisbördan för att avtal om betalsamtalstjänster träffats. Enbart det förhållandet att konsumentens telefonnummer hade registrerats hos bolaget utgjorde inte tillräcklig bevisning för att konsumenten hade fått kännedom om och accepterat betalningsskyldighet mot bolaget.¹⁴ Hovrätten fann i likhet med tingsrätten därför att bolaget inte hade styrkt att avtal mellan bolaget och konsumenten hade ingåtts och ogillade käromålet.

Även i ett mål avgjort av Göta hovrätt¹⁵ rörande ersättning för betalteletjänster gjorde ett bolag gällande att konsumenten genom operatörens abonnemangsavtal med konsumenten var betalningsansvarig oavsett vem som ringt samtalen. Tingsrätten fann att konsumenten genom abonnemangsavtalet var betalningsansvarig för samtal ringda från abonnemanget och biföll käromålet. Enligt hovrätten kunde emellertid inte abonnemangsvillkoren anses ge stöd för att avtalsparterna avsett att ge fristående operatörer rättigheter att utan föregående avtal med abonnenten fakturera denne för betalsamtal. Enligt hovrätten hade bolaget inte visat att bolaget ingått något avtal med konsumenten. Bolaget hade därför inte rätt att kräva konsumenten på samtalsavgifter.

Även Allmänna reklamationsnämnden har haft att ta ställning till nu aktuella bevisfrågor.

I ärende 2004-2451 rörande cirka 16 000 kronor påstod en kontokortshavare att fyra köp med kortet, som lämnats till en servitör, inte hade gjorts av honom och att namnunderskrifterna var

¹² Dom den 16 april 2004, mål nr FT 4416-03.

¹³ Jfr ovan under 2.3.1.

¹⁴ Jfr direktiv 2007/64/EG artikel 59.2.

¹⁵ Dom den 10 december 2004, mål nr FT 1989-03.

förfalskade. ARN fann, efter att ha jämfört namnunderskrifterna med underskriften på det köp som vitsordades, att det var övervägande sannolikt att de förnekade kortköpen inte gjorts av korthavaren.¹⁶

Ärende nr 2010-0538 rörde en konsument som hade blivit debiterad närmare 5 000 kronor för betalsamtalstjänster som hans son hade ringt. Det var ostridigt i ärendet att samtalen hade ringts från konsumentens abonnemang av någon annan än abonnemangsinnehavaren. Avgörandet innehåller emellertid uttalanden som har intresse i fall där tvist råder även om vem som ringt. Nämnden uttalade sålunda att betalsamtalstjänster av aktuellt slag är att se som köp av tjänster där det krävs att ett giltigt avtal om köp av tjänsten sluts mellan parterna vid varje enskilt samtal. Enbart det faktum att ett samtal rings från ett visst abonnemang är inte tillräckligt för att det ska anses bevisat att samtalet faktiskt ringts av abonnemangsinnehavaren och att denne har ingått eventuella avtal som slutits vid telefonsamtalet.¹⁷ Det är den part som erbjuder systemet för leverans av en betalsamtalstjänst som har ansvaret för att lägga upp systemet på ett sådant sätt att det är möjligt att försäkra sig om att den som köper och konsumerar tjänsten är behörig att ingå avtal och också är den part som debiteras för tjänsten. Eftersom bolaget inte kunde visa att något avtal träffats med abonnemangsinnehavaren om tillhandahållande av betalsamtalstjänster hade bolaget inte någon rätt att debitera konsumenten för dessa tjänster. Två av nämndledamöterna var skiljaktiga och menade att oaktat vem som har beställt och nyttjat betalsamtalstjänsten har kunden ett ansvar för sitt abonnemang och de tjänster som beställs. Det var enligt de skiljaktiga ledamöterna såväl oskäligt som orimligt att undgå betalningsansvar bara genom att påstå¹⁸ att någon annan beställt den här typen av realtidstjänster eftersom det enda godtagbara sättet att tillhandahålla denna typ av tjänster är genom att kontrollera abonnemangsinnehavaren.

¹⁶ I ärendet ansågs kontohavaren till slut ändå ansvarig för dessa köp, eftersom han lämnat ifrån sig kortet under mer än en timme.

¹⁷ Jfr återigen direktiv 2007/64/EG.

¹⁸ Eftersom det var ostridigt att annan än abonnenten ringt, hade väl kunden "inte bara påstått" detta. Men minoriteten ville nog uttala sig principiellt (även) i bevisfrågan.

5.2.4 Överväganden

Bedömning: Frågor om bevisbörda och beviskrav när det gäller vem som har ingått ett avtal med hjälp av en mobiltelefon bör inte regleras i lag.

Av den ovan gjorda redovisningen framgår att det inte finns någon generell princip att en näringsidkare alltid har bevisbördan vid en tvist mot en konsument. Utgångspunkten, att den som mot annans förnekande påstår att en bindande rättshandling föreligger ska styrka detta, har Högsta domstolen modifierat i rättsfallet NJA 1992 s. 263 rörande underskrift på kontokortstalonger framställda med ett visst kontokort. I sådana fall ska kontokortsinnehavaren göra det åtminstone antagligt eller sannolikt att underskriften är förfalskad; om så sker måste kontokortsföretaget kunna styrka att underskriften gjorts av kontokortshavaren.

Kontokort, som uteslutande är ett betalningsmedel, hanteras i allmänhet med större försiktighet än en mobiltelefon, vars huvudsakliga användningsområde är allmän kommunikation. Mobiltelefoner lånas inte sällan ut till andra med pinkoden aktiverad. Varken i hovrättspraxis eller i ARN:s praxis har det utgjort tillräcklig bevisning om att abonnenten ringt ett betalsamtal att samtalet ringts med abonnentens telefon. Det förefaller som om innehållsleverantören utan någon delning av bevisbördan eller bevislätnad har att styrka att abonnenten ringt samtalet eller samtyckt till detta.

Om en transaktion kräver att en pinkod, ett lösenord eller något annat personligt identifikationsmedel appliceras just i samband med transaktionen, utgör det naturligtvis en starkare presumption för att innehavaren av instrumentet utfört transaktionen eller samtyckt till den. Ändå är detta i konsumentförhållanden enligt artikel 59.2 i direktiv 2007/64/EG, som enligt dess artikel 86 är tvingande till förmån för konsumenter, inte alltid tillräcklig bevisning. Hur bevisvärderingen ska gå till i dylika fall anges dock inte i direktivet. I motiven till lagen om obehöriga transaktioner med

betalningsinstrument och i motiven till betaltjänstlagen verkar regeringen utgå från att betaltjänstleverantören även i ett sådant fall har bevisbördan, låt vara att regeringen i den sistnämnda propositionen exemplifierade med ett påstående om felaktigt innehåll och inte med ett totalt förnekande av medverkan.

Det förekommer men är ovanligt att bevisbörda och beviskrav regleras i lag. Även med hänsyn till att den tekniska utvecklingen snabbt kan introducera nya former av betalningstransaktioner är det inte lämpligt att i lag nu reglera bevisvärderingen på det område som utredningen avser.¹⁹ Tillämpligt EU-direktiv och praxis på området gör detta inte heller angeläget från konsumentsynpunkt. Bevisfrågorna bör således även fortsättningsvis anförtros de rätts-tillämpande myndigheterna.

5.3 Lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument

I lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument (OTBIL) finns i 5–8 §§ regler om en kontohavares ansvar för belopp som belastar ett konto på grund av en obehörig transaktion med ett betalningsinstrument (1 §). Med ett betalningsinstrument avses ett kontokort eller något annat personligt instrument eller en personlig rutin som används för att elektroniskt initiera en betalningstransaktion (2 §). Innan det närmare utreds om en teleoperatör ska anses hålla ett konto och om en mobiltelefon, i kombination med pinkoden till SIM-kortet, utgör ett personligt instrument eller en personlig rutin för att initiera en betalningstransaktion, ska OTBIL:s förhistoria presenteras.

¹⁹ Samma rekommendation lämnades i SOU 2005:108 s. 279.

5.3.1 Lagens bakgrund

I konsumentkreditlagen har det sedan denna lags tillkomst funnits bestämmelser om obehörig användning av kontokort. I 1992 års konsumentkreditlag (nr 830) fanns bestämmelserna i 34 §. Dessa angav inte vad som gällde, ifall ansvaret inte hade reglerats i avtal mellan kontohavaren och kontokortsföretaget. I lagen föreskrevs bara att avtalsvillkor (som naturligtvis alltid förekommer) var ogiltiga om de ålade kontohavaren ett strängare ansvar än som framgick av lagen. Det var alltså möjligt att kontohavarens ansvar, om detta skulle ha varit delvis reglerat i parternas avtal, hade varit mildare än vad som angavs i 1992 års konsumentkreditlag.

I SOU 2005:108 avgavs ett förslag till lag om betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m.m. Fortfarande var inriktningen att ogiltigförklara avtalsvillkor som var strängare än vad som angavs i lagförslaget. Förslaget gällde emellertid inte bara kontokort utan även andra identifieringsmedel. Enligt förslagets 1 § skulle bestämmelserna nämligen gälla kontantuttag, betalningar och andra överföringar av pengar som utförs genom 1. avläsning av ett kontokort, 2. angivande av ett nummer eller någon annan uppgift som hör till ett kontokort och 3. användning av ett annat identifieringsmedel.

I utredningen uttalades att mobiltelefonens SIM-kod med därtill hörande koder i dagsläget inte torde i sig kunna anses vara utfärdade för att innehavaren av dessa ska genomföra kontantuttag, betalningar eller andra överföringar av pengar. Därmed skulle de inte falla under lagförslaget.²⁰

Betänkandet ledde inte till lagstiftning, eftersom det ett par år senare kom ett direktiv om betaltjänster på den inre marknaden från EG, 2007/64/EG (betaltjänstdirektivet), vilket fortfarande är i kraft. Direktivet har både näringsrättsliga och civilrättsliga regler. Bl.a. finns bestämmelser om skyldigheter för en betaltjänstanvändare (som kan men inte behöver vara en konsument, se artikel 56 ff.) och om ansvar vid obehörig användning av betal-

²⁰ Se SOU 2005:108 s. 297. Uttalandena återges in extenso i avsnitt 5.3.2.

ningsinstrument. Direktivet medger att medlemsstaterna har lagregler som är förmånligare för betaltjänstanvändaren (artikel 86).

Enligt artikel 1 är direktivet tillämpligt på sex kategorier av betaltjänstleverantörer, bl.a. betalningsinstitut i den mening som avses i direktivet, d.v.s. juridiska personer som har beviljats auktorisation i enlighet med artikel 10 att tillhandahålla eller utföra betaltjänster inom gemenskapen. Medlemsstaterna ska enligt artikel 10 kräva auktorisation av företag som avser att tillhandahålla betaltjänster.

Direktivet ska enligt artikel 3 dock inte tillämpas på bl.a. (se bokstaven l) betalningstransaktioner som verkställs med hjälp av teleutrustning eller digital eller informationsteknisk utrustning, när de köpta varorna eller tjänsterna levereras till och är avsedda att användas med hjälp av teleutrustning eller digital eller informationsteknisk utrustning, förutsatt att operatören för teleutrustningen eller den digitala eller informationstekniska utrustningen inte agerar enbart som en mellanhand mellan betaltjänstanvändaren och leverantören av varorna eller tjänsterna.²¹

I artikel 4 punkt 23 definieras betalningsinstrument som varje form av personlig(a) anordning(ar) och/eller rutiner som betaltjänstanvändaren och betaltjänstleverantören har träffat avtal om och som används av betaltjänstanvändaren för att initiera en betalningsorder.

Enligt artikel 61.1 ska betalaren stå för sådana förluster vid alla icke auktoriserade betalningstransaktioner, upp till högst 150 EUR, som är en följd av att ett förlorat eller stulet betalningsinstrument använts eller, om betalaren har underlåtit att skydda

²¹ Jfr skäl 6, där det sägs att en differentiering görs i fråga om de hjälpmedel som erbjuds av tele-, informationstekniks- eller nätoperatörer för att underlätta köp av digitala varor eller tjänster såsom ringsignaler, musik och digitala tidningar, vid sidan av traditionella rösttjänster och deras distribution till digital utrustning. Dessa varors eller tjänsters innehåll kan vara framställt antingen av en tredje part eller av operatören, som kan tillföra dem ett inneboende värde i form av åtkomst, distribution eller sökmöjligheter. I det sistnämnda fallet, när varorna eller tjänsterna distribueras av en av dessa operatörer eller, av tekniska skäl, av en tredje part och de endast kan användas med hjälp av digital utrustning som till exempel mobiltelefoner eller datorer, bör den rättsliga ramen inte tillämpas, eftersom operatörens verksamhet inte endast utgörs av betalningstransaktioner. Det är lämpligt, enligt skäl 6, att den rättsliga ramen tillämpas i de fall där operatören är verksam endast som en mellanhand som uteslutande sköter betalningen till en tredjepartsleverantör.

de personliga säkerhetsanordningarna, av att ett betalningsinstrument missbrukats.

Enligt artikel 61.2 ska betalaren (d.v.s. kontohavaren) stå för samtliga förluster till följd av icke auktoriserade betalningstransaktioner om betalaren åsamkats dem genom att ha handlat bedrägligt eller avsiktligt eller genom grov vårdslöshet har underlåtit att uppfylla en eller flera av sina skyldigheter enligt artikel 56 (nämligen att respektera betaltjänstleverantörens villkor för användningen bl.a. genom att vidta alla åtgärder för att skydda de personliga säkerhetsanordningarna samt genom att utan onödigt dröjsmål underrätta betaltjänstleverantören så snart betaltjänst-användaren fått vetskap om att betalningsinstrumentet förlorats, stulits, missbrukats eller använts utan auktorisation). I de fall där betalaren inte har handlat bedrägligt eller avsiktligt underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 får medlemsstaterna enligt artikel 61.3 minska det ansvar som avses i punkterna 1 och 2, varvid hänsyn ska tas särskilt till arten av de personliga säkerhetsanordningarna som hör till betalningsinstrumentet och till de omständigheter under vilka detta förlorades, stals eller missbrukades. Efter underrättelse enligt artikel 56 om förlust etc. ska betaltjänstanvändaren enligt artikel 61.4 inte belastas med några ekonomiska konsekvenser.

Implementeringen av betaltjänstdirektivet förbereddes i de civilrättsliga delarna genom Ds 2008:86, Förslag till lag om obehöriga transaktioner. Förslaget överensstämmer i huvudsak med den senare antagna OTBIL.

5.3.2 Innehållet i lagen

OTBIL är inte konstruerad så att den ogiltigförklarar avtalsvillkor som är mindre förmånliga för kontohavaren än lagen. Lagen anger i stället en kontohavares skyldigheter mot betaltjänstleverantören liksom ansvaret ifall kontohavaren åsidosätter någon av dessa skyldigheter och detta leder till att kontot belastas av en obehörig transaktion. Skulle avtalsvillkoren vara ofullständiga mellan konto-

havaren och betaltjänstleverantören blir alltså lagen, och inte allmänna rättsgrundsatser, tillämplig. Lagen gäller alla kontohavare men är tvingande till konsumenters förmån, 1 och 3 §§.

Lagen gäller enligt 1 § en kontohavares ansvar för belopp som belastar ett konto på grund av en obehörig transaktion med ett betalningsinstrument.

Kontohavaren är enligt 4 § skyldig att 1. skydda en personlig kod som han eller hon fått, 2. vid vetskap om att betalningsinstrumentet kommit bort eller obehörigen använts snarast anmäla detta till den som är betaltjänstleverantör och 3. i övrigt följa de villkor som enligt kontoavtalet gäller för användning av betalningsinstrumentet.

Om en obehörig transaktion har kunnat genomföras till följd av att kontohavaren (eller annan som enligt kontoavtalet är behörig, se 9 §) har underlåtit att skydda en personlig kod, ansvarar kontohavaren enligt 5 § för beloppet, dock högst 1 200 kronor. Detta är alltså en självrisk. I motsats till vad som föreslogs i SOU 2005:108 finns inte något undantag när utkrävandet av självrisken skulle vara uppenbart oskäligt, men i propositionen anges att orden "underlåtit att skydda" ger visst utrymme för en aktsamhetsbedömning och därmed ett undantag.²²

I 6 § föreskrivs att kontohavaren ansvarar för hela beloppet om en obehörig transaktion har kunnat genomföras till följd av att en skyldighet enligt 4 § åsidosatts genom grov oaktsamhet. Är kontohavaren en konsument, är ansvaret begränsat till 12 000 kronor. Har konsumenten handlat särskilt klandervärt ansvarar även konsumenter dock för hela beloppet.

Kontohavaren ansvarar enligt 8 § för hela beloppet också om han eller hon inte underrättar betaltjänstleverantören utan onödigt dröjsmål efter att ha fått vetskap om den obehöriga transaktionen. Detsamma gäller om betaltjänstleverantören har lämnat kontohavaren information om transaktionen och kontohavaren inte

²² Prop. 2009/10:122 s. 26 f. Undantag kan alltså göras vid skimming och när någon tvingats lämna ifrån sig sitt kontokort.

underrättar betaltjänstleverantören inom tretton månader från det att beloppet belastat kontot.

I 7 § föreskrivs att kontohavaren, oavsett vad som anges i 5 och 6 §§, inte ansvarar för något belopp som har belastat kontot efter det att kontohavaren anmält till betaltjänstleverantören att betalningsinstrumentet ska spärras. Detta gäller dock inte om kontohavaren genom svikligt handlande har bidragit till den obehöriga transaktionen.

I propositionen utvecklas vad som avses med grov oaktsamhet. Inledningsvis sägs att det bör krävas mer för att en person ska anses ha handlat grovt oaktsamt enligt den nya lagen än enligt 34 § konsumentkreditlagen.²³ Därefter anförs i författningskommentaren till 6 §:

En första förutsättning för att bestämmelsen ska vara tillämplig är alltså att en skyldighet enligt 4 § har satts åt sidan. Dessutom krävs att detta har skett genom grov oaktsamhet. För att en kontohavare genom grov oaktsamhet ska anses ha brutit mot en förpliktelse ska det vara fråga om ett markant avsteg från aktsamhetsnormen. Bestämmelsen tar sikte på fall då kontohavaren kan anses ha varit obetänksam i en sådan grad att han eller hon inte är ursäktad. Kontohavaren bär alltså inget ansvar vid ordinär oaktsamhet, såsom vid lindriga fall av slarv och vid tillfällig glömska. För att avgöra om kontohavaren orsakat transaktionen genom grov oaktsamhet får en samlad bedömning göras utifrån den miljö och situation kontohavaren befunnit sig i samt hans eller hennes möjlighet att skydda sig mot en obehörig transaktion. Det måste naturligtvis beaktas om kontohavaren är konsument. Personliga omständigheter kan ha betydelse för bedömningen, t.ex. kontohavarens ålder.

Kontohavaren ansvarar fullt ut för en obehörig transaktion som orsakats av att han eller hon genom grov oaktsamhet har underlåtit att skydda sin personliga kod (jfr 4 § punkten 1). I praktiken blir det en bedömning av hur koden antecknats och förvarats samt i vilken miljö och under vilka förhållanden kontohavaren förlorat betalningsinstrumentet. En kontohavare som förvarar en anteckning om koden tillsammans med sitt kontokort får regelmässigt

²³ A. prop. s. 17. Som framgår av praxisgenomgången i SOU 2005:108, och som kritiserats av den utredningen, har tröskeln för grov vårdslöshet varit tämligen låg vid tillämpning av 34 § konsumentkreditlagen.

anses grovt oaktsam om han eller hon förlorar kortet och anteckningen i en offentlig miljö.

Har kontohavaren låtit bli att snarast spärranmäla ett kort och därvid handlat grovt oaktsamt, får han eller hon stå för en obehörig transaktion som har skett innan kortet spärrades (jfr 4 § punkten 2). Bedömningen av om kontohavaren handlat grovt oaktsamt eller inte gäller framför allt i vilken mån omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att kontohavaren kan ursäktas för att ha spärranmält senare än han eller hon borde ha gjort. En kontohavare som t.ex. har haft ett bostadsinbrott och som befarar att värdefull egendom stulits kan behöva ha viss längre tid på sig att göra en spärranmälan än i andra fall. Detsamma gäller t.ex. en kontohavare som förlorar kortet utomlands.

Vidare får en kontohavare stå för en obehörig transaktion om han eller hon brutit mot de villkor som gäller för användningen av betalningsinstrumentet (jfr 4 § punkten 3). De villkor som enligt kontoavtalet gäller för hanteringen av betalningsinstrumentet utgör alltså en utgångspunkt för bedömningen av vilka krav på aktsamhet som ställs. Det räcker dock inte att kontohavaren inte hanterat instrumentet på föreskrivet sätt utan han eller hon måste också därvid ha visat grov aktsamhet.

Ett villkor för hanteringen kan t.ex. vara att betalningsinstrumentet ska hållas under uppsikt. I miljöer dit utomstående visserligen inte har tillträde, men där risken för stöld ändå är större än i t.ex. en bostad, bör ett kort inte lämnas utan uppsikt under lång tid. På offentliga platser krävs det att kontohavaren i princip har kontinuerlig kontroll över kortet. Att lämna kortet inte endast tillfälligt utan uppsikt i en sådan miljö är i regel att anse som grovt oaktsamt. Att lämna det tillfälligt för sedvanlig betalning är däremot normalt inte att anse som grovt oaktsamt.

Av betydelse vid bedömningen av om grov oaktsamhet föreligger är naturligtvis hur klart och tydligt det aktuella villkoret är utformat.

När det gäller innebörden av ”särskilt klandervärt” anförs:

I *andra meningen* i *andra stycket* finns en regel som medför att en konsument – trots vad som sägs i första meningen i andra stycket – får stå för hela beloppet. Så är fallet om han eller hon har handlat särskilt klandervärt och detta lett till att en obehörig transaktion kunnat genomföras. Bestämmelsen riktar in sig på situationer då kontohavaren agerat så klandervärt i förhållande till betaltjänstleverantören att det skulle vara stötande att denne behövde stå för

någon del av beloppet. Det ska närmast röra sig om fall där kontohavaren genom sitt handlande får anses ha varit likgiltig till risken för obehöriga transaktioner. Som exempel kan nämnas att kontohavaren – trots villkoren – lämnar ett kontokort lättillgängligt och obevakat under en lång tid på en badstrand med mycket folk, i ett omklädningsrum eller i en garderob på en restaurang. Ett annat exempel är att kontohavaren lämnar ifrån sig kortet på en nattklubb för löpande debiteringar under en lång tid. Vid bedömningen av om handlandet är särskilt klandervärt måste beaktas att ansvaret för en obehörig transaktion i dessa fall inträder först vid grov oaktsamhet. När lagen talar om särskilt klandervärt avses alltså kvalificerade former av grov oaktsamhet.²⁴

OTBIL gäller som nämnts enligt 1 § en kontohavares ansvar för belopp som belastar ett konto på grund av en obehörig transaktion med ett betalningsinstrument.

Med ett konto avses enligt propositionen ett register där tillgodohavanden och krediter bokförs i någon eller några personers namn och i vilket transaktioner registreras. Olika sorters register kan vara konton. Det kan t.ex. förekomma att en betaltjänstleverantör löpande registrerar fordringar och fakturerar kontohavaren i efterhand. Också ett sådant register är enligt propositionen ett konto.²⁵ Med denna breda definition av ett konto torde kontobegreppet inte hindra att ett mobiltelefonabonnemang faller under lagen.

Den obehöriga transaktionen ska emellertid även ha utförts med ett betalningsinstrument. Härmed förstås enligt 2 § 1 ett kontokort eller något annat personligt instrument eller en personlig rutin som används för att elektroniskt initiera en betalningstransaktion. I vad mån mobiltelefoners pinkoder kopplade till SIM-kortet kan vara en sådan personlig rutin är omstritt.

Förslaget i SOU 2005:108 avsåg betalningsansvar för en konsument vid obehöriga transaktioner med kontokort och andra identifieringsmedel. Utredningen anförde i allmänmotiveringen:

²⁴ A. prop. s. 29.

²⁵ A. prop. s. 23.

Transaktioner med Internetbank som genomförs med mobiltelefon kommer som nyss nämnts att omfattas av förslaget. SIM-kort och därtill hörande koder fungerar i mångt och mycket på samma sätt som kontokort och andra elektroniska identifieringsmedel, bl.a. är ett SIM-kort i allmänhet knutet till ett kreditutrymme hos en näringsidkare och kan spärras vid förlust. SIM-kort och därtill hörande koder används emellertid nästan uteslutande för samtals- trafik, även om mindre betalningar i viss utsträckning kan ske genom uppringning av betalnummer. Sådana kort och koder kan därför i dagsläget knappast anses utfärdade för att innehavaren skall kunna genomföra betalningar. För det fall marknads- och teknik- utvecklingen leder till att SIM-kort och därtill hörande koder i avsevärd utsträckning används för att genomföra betalningar torde dessa dock kunna kvalificeras som identifieringsmedel i förslagets mening. Detsamma gäller andra identifieringsmedel som kan komma att utvecklas för att en kontohavare skall kunna styrka sin behörighet att elektroniskt genomföra kontantuttag, betalningar eller andra överföringar av pengar.²⁶

I författningskommentaren anförde utredningen:

Transaktioner med Internet- eller telefonbank som genomförs med mobiltelefon omfattas av lagen, liksom andra betalningar och överföringar av pengar som genomförs med mobiltelefon och verkställs genom angivande av en särskild kod. Mobiltelefonens SIM-kort och därtill hörande koder torde däremot i dagsläget inte i sig kunna anses vara utfärdade för att innehavaren med dessa skall genomföra kontantuttag, betalningar eller andra överföringar av pengar.²⁷

I Ds 2008:86, som efter EG:s betaltjänstdirektiv kom med ett överarbetat förslag till lag om betalningsansvar vid obehöriga transaktioner, föreskrevs i 1 § att lagen skulle gälla kontohavares ansvar. Med kontohavare avsågs enligt 2 § den som på grund av ett betaltjänstavtal innehade ett betalningsinstrument. I författningskommentaren till 2 § utvecklades innebörden av begreppet betalningsinstrument. Där angavs att betalningsinstrument var en personlig anordning eller rutin som enligt betaltjänstavtalet skulle användas för att initiera en betalningsorder. Som typfall angavs kontokort och bankdosor. Där-

²⁶ SOU 2005:108, s. 277.

²⁷ Se s. 297.

efter tillades: ”Även en mobiltelefon kan vara ett betalningsinstrument.”²⁸

I prop. 2009/10:122 till OTBIL nämns inledningsvis mobiltelefoner som ett sätt att genomföra betalningar vid sidan av kontanter, kontokort, bankdosa, förbetalda kort och elektroniska pengar.²⁹ Sedan anförs att EU-direktivet inte innehåller någon definition av begreppet personliga säkerhetsanordningar, varefter tilläggs: ”Med säkerhetsanordning torde avses alla typer av anordningar eller rutiner som en användare har fått för att kunna styrka sin behörighet att ta ut pengar, betala räkningar eller göra andra överföringar av pengar.”³⁰ I författningskommentaren sägs om 2 § första stycket 1:

I *punkten 1* anges vad som avses med ett betalningsinstrument. Ett betalningsinstrument är varje form av personligt instrument eller personlig rutin som enligt ett kontoavtal ska användas för att elektroniskt initiera en betalningstransaktion. Instrument tar sikte på anordningar i fysisk form. Med rutin avses däremot en hantering som kan ske utan någon särskild anordning. Att instrumentet ska vara personligt innebär att kort som avser ett tillgodohavande som kan utnyttjas av vem som helst inte är betalningsinstrument i bestämmelsens mening. Så kan t.ex. vara fallet med förbetalda kort, som presentkort, och elektroniska pengar. Även rutinen ska vara personlig. Avsikten ska således vara att den inte får användas av någon annan. Definitionen omfattar bara sådana instrument och rutiner som innebär att transaktionen initieras elektroniskt. Bankgiroblanketter och andra pappershandlingar är alltså inte betalningsinstrument enligt lagen. För att det ska vara fråga om ett betalningsinstrument ska det vara möjligt att initiera en betalningstransaktion med det, dvs. använda instrumentet för att ge en betalningsorder. Typfallet av betalningsinstrument är ett kontokort, dvs. ett kort som är kopplat till ett konto hos t.ex. en bank. Ett annat exempel på betalningsinstrument är en bankdosa som möjliggör transaktioner via Internet. Även personliga rutiner som en personlig kod som används vid banktjänster per telefon eller ett s.k. bank-id som registreras i datorn är betalningsinstrument.³¹

²⁸ Ds 2008:86 s. 36. Se även s. 14.

²⁹ Prop. 2009/10:122 s. 11.

³⁰ A. prop. s. 14.

³¹ A. prop. s. 24.

Det skrivs således ingenting direkt om huruvida och i vilken utsträckning en mobiltelefon utrustad med pinkod till SIM-kortet kan vara ett betalningsinstrument i lagens mening. I motsats till en personlig kod som används vid banktjänster per telefon anges telefonens vanliga pinkod i varje fall inte som ett typiskt betalningsinstrument vid premium-sms eller betalsamtal.

EG:s betaltjänstdirektiv lades också till grund för en näringsrättslig lag (2010:751) om betaltjänster. Enligt 1 kap. 2 § 2 är bl.a. genomförande av betalningstransaktioner genom kontokort och andra betalningsinstrument att anse som betaltjänster i lagens mening. Begreppet betalningsinstrument definieras i 1 kap. 4 § 6 som ett kontokort eller något annat personligt instrument eller en personlig rutin som används för att initiera en betalningsorder. I propositionen sägs inget om i vilken utsträckning mobiltelefoner eller dessas pinkoder kan utgöra betalningsinstrument.³² Enligt 5 kap. 1 § betaltjänstlagen får en betalningsmottagare inte ta ut någon avgift av betalaren vid användning av ett betalningsinstrument. Som framgår nedan i kapitel 11 har såväl Finansinspektionen som Konsumentverket utgått från att avgiftsförbudet träffar även betalningar via teleräkningen av premium-sms och betalsamtal när den förmedlade varan eller tjänsten konsumeras utanför telefonen, t.ex. om operatören förmedlar betalning för en bussresa. I sådant fall skulle alltså telefonens pinkod till SIM-kortet utgöra en tillräcklig personlig rutin.

I en examensuppsats år 2011 vid Uppsala universitet med titeln Mobiltelefonimarknaden och lagen om betaltjänster skriver Egil Bergenlind att det av förarbetena till OTBIL framgår att en mobiltelefon kan vara ett betalningsinstrument.³³ Författaren framhåller vidare:

En mobiltelefon är dock inte i sig är en personlig anordning som används för en betalningsorder enligt min mening. Telefonen är

³² Se prop. 2009/10:220 s. 95.

³³ Tolkningen är knappast riktig. På angivet ställe beskrivs bara olika sätt att betala, t.ex. med kontanter, kontokort, bankdosor, mobiltelefoner m.m. Kontanter kan inte anses vara ett personligt instrument eller en personlig rutin, varför satsen inte handlar om begreppet betalningsinstrument.

snarare ett tekniskt hjälpmedel för att använda abonnemanget eller kontantkortet. Ett SIM-kort däremot bör anses vara en personlig anordning både när det är kopplat till ett abonnemang och när det är kopplat till ett kontantkort, åtminstone om kontantkortet är registrerat. Ett SIM-kort är en personlig anordning eftersom ett specifikt SIM-kort är knutet till en specifik kund, vilket är angivet i avtalet mellan kunden och operatören. Det är också till detta SIM-kort som kundens telefonnummer är kopplat, inte till själva mobiltelefonen. Kunden har enligt avtalet ansvar för att SIM-kortet inte används av obehöriga och kunden väljer själv vilken PIN-kod som ska möjliggöra användning av SIM-kortet. Följaktligen är likheterna många med t ex ett traditionellt kontokort vad avser hur personligt kortet är. Enligt min mening är ett SIM-kort därmed tillräckligt personligt för att det ska betraktas som ett betalningsinstrument. SIM-kortet är tillräckligt personligt även om ett tekniskt hjälpmedel i form av en icke personlig mobiltelefon måste användas vid en betalningsorder. SIM-kortet är också tillräckligt personligt trots att PIN-koden inte måste användas varje gång som SIM-kortet används. Oavsett om en konsument väljer att avaktivera PIN-koden, vilket i praktiken möjliggör för vem som helst att använda SIM-kortet, är det tillräckligt personligt enligt min mening. Avsikten är fortfarande att SIM-kortet endast ska användas av konsumenten som ingått avtal om abonnemanget eller kontantkortet. På denne konsument vilar också ansvaret för kostnader som påförs fakturan till abonnemanget eller som dras från kontantkortet. – Följaktligen är det fullt möjligt att 1 kap. 2 § 2 p omfattar mobiloperatörernas verksamhet.³⁴

Sammanfattningsvis råder det oklarhet huruvida en personlig rutin i den mening som avses i OTBIL:s definition av betalningsinstrument i 2 § avser bara särskilda personliga instrument, koder eller lösenord avsedda att användas just vid en betalningstransaktion eller om även mobiltelefonens pinkod till SIM-kortet, vars applikation är avsedd att användas inför all kommunikation med telefonen, utgör en personlig rutin enligt OTBIL.³⁵

³⁴ Se s. 26 f.

³⁵ Frågan återkommer under 5.5.

5.3.3 Praxis

Såvitt bekant har allmän domstol inte prövat frågan om ett SIM-kort och den därmed förenade pinkoden är ett betalningsinstrument som faller under OTBIL. Däremot finns ett par hovrättsavgöranden från år 2004 rörande en abonnents ansvar för annans icke auktoriserade betalsamtal med en mobiltelefon. Härvid har den år 2007 antagna artikel 59 om bevisbördan i EG:s betaltjänstdirektiv skymtat bakom domskälen, men begränsningsreglerna i artikel 61 i betaltjänstdirektivet eller i OTBIL från 2010 har inte berörts. Abonnenten har undgått ansvar, när det inte varit styrkt att abonnenten ringt samtalen.³⁶

Det finns ett stort antal avgöranden i ARN som rör frågan om en kontokortshavare (alltså inte en mobiltelefoninnehavare) har handlat grovt vårdslöst eller dröjt alltför länge med att anmäla förlust av kontokortet. För praxis fram till år 2005 finns en omfattande redovisning i SOU 2005:108, vilken även omfattar praxis i Danmark, Norge, Finland, Storbritannien, USA och Kanada.³⁷ Av stor betydelse för tillämpningen före OTBIL var några pleniavgöranden år 1999.

I motiven till 34 § i 1977 års konsumentkreditlag anfördes att det borde krävas mera försvårande omständigheter för att grov oaktsamhet skulle föreligga, eftersom kontokort i regel är avsedda att lättillgängligt kunna medföras i olika sammanhang. Som exempel på sådana omständigheter angavs att kontokortet lämnats kvar i ficka, väska, fordon e.d. som inte stått under uppsikt.³⁸ Denna exemplifiering har av ARN lagts till grund för en mot kontohavarna sträng praxis. I pleniavgörande nr 1999-2533 hade en kvinna som skulle hämta sin son på dagis lämnat kontokortet i sin låsta bil under tio minuter, varvid kortet tillgreps. Majoriteten ansåg att hon gjort sig skyldig till grov oaktsamhet, eftersom det inte förelåg några särskilda omständigheter att frångå motivens normalbedömning. En minoritet ansåg att beteendet inte var

³⁶ Se ovan avsnitt 5.2.3.

³⁷ Se s. 117 ff.

³⁸ Prop. 1976/77:123 s. 191.

onormalt och noterade att kvinnan var försenad och stressad; oaktsamheten var därför inte grov. En annan minoritet ansåg att exemplifieringen i förarbetena inte kunde vara avgörande och gjorde en fyllig genomgång av innebörden av begreppet grov oaktsamhet i olika sammanhang. Bl.a. noterade denna minoritet att grov vårdslöshet hade getts helt olika innebörd i 21 § andra stycket konsumentkreditlagen angående kreditgivarens rätt till betalning i förtid om konsumenten av grov vårdslöshet försämrat ställd säkerhet och i 34 §. I det första fallet krävdes att konsumentens handlande eller underlåtenhet gränsat till total likgiltighet, medan slarv, glömska eller allmänt dåligt handlag inte kunde konstituera grov vårdslöshet. Minoriteten framhöll att mammans beteende var ganska allmänmänskligt, vilket låg långt från ett risktagande av sådant allvarligt slag som normalt krävs för grov oaktsamhet. Inte heller kunde man tala om allvarlig oaktsamhet, likgiltighet, uppenbart ointresse, illojalitet eller liknande, varför oaktsamheten inte kunde anses som grov.³⁹

Utredningen bakom SOU 2005:108 var kritisk mot den stränghet mot konsumenten med vilken ARN tillämpat bestämmelsen om grov vårdslöshet och rekommenderade att rekvisitet grov oaktsamhet ska tillämpas som det i allmänhet tillämpas inom svensk civilrätt.⁴⁰

Avseende tiden från år 2005 och även efter OTBIL:s ikraftträdande kan sammanfattningsvis konstateras att ARN har lagt ett långtgående ansvar på kontokortshavaren och i flertalet fall funnit att han eller hon har agerat grovt oaktsamt när ett kontokort har försvunnit. T.ex. har nämnden funnit det grovt oaktsamt att lämna ett kort utan uppsikt i ett låst rum eller skåp dit även andra hade tillträde.⁴¹ Även att förlora sitt kort i samband med att man nattetid, i berusat tillstånd, delar taxi med okända personer har ansetts vara grovt oaktsamt.⁴² Att förvara sitt kort i ett låst

³⁹ Ärendet och flera andra pleniärenden är återgivna i SOU 2005:108 s. 127 ff.

⁴⁰ Se s. 244 ff.

⁴¹ ARN 2011-2225.

⁴² ARN 2011-1732.

handskfack i en bil har också bedömts vara grovt oaktsamt.⁴³ Även att lämna sitt kort obeckat i ett hotellrum tillsammans med en tillfällig bekant är exempel på grovt oaktsamt agerande.⁴⁴ En kvinna fick sin plånbok stulen i samband med att hon betalade för varor på ett apotek och upptäckte stölden på väg ut från apoteket. Eftersom hon saknade tillgång till mobiltelefon spärrades kortet först när hon hade kommit hem, cirka 30 minuter senare. Nämnden ansåg att kvinnan hade brustit i sin uppsikt och kontroll över kortet på ett sådant sätt att det fick anses ha förlorats genom grov oaktsamhet.⁴⁵ Exempel på agerande som har bedömts som särskilt klandervärt är att glömma kvar sin kavaj med plånbok och kort i på en restaurang och först morgonen efter spärra kortet.⁴⁶

Vid en genomgång av den nämndpraxis som finns ser man att nämnden i nästan samtliga fall där en kontohavare har lämnat korten utan uppsikt i offentlig miljö har funnit att kontohavaren har agerat grovt oaktsamt, en bedömning som har stöd i en exemplifiering i författningskommentaren till 6 § OTBIL.⁴⁷

5.4 Abonnentens ansvar om lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument inte är tillämplig

Skulle OTBIL inte vara tillämplig på pinkoder till SIM-kort, finns ingen annan lag som är omedelbart tillämplig på abonnentens ansvar. Utgångspunkten är att det då råder avtalsfrihet. Oskäliga avtalsvillkor kan emellertid jämkas enligt 36 § avtalslagen och 11 § konsumentavtalsvillkorslagen, och näringsidkare kan förbjudas använda sådana villkor enligt 3 § konsumentavtalsvillkorslagen. Vid bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt ska

⁴³ ARN 2011-2776.

⁴⁴ ARN 2011-3888.

⁴⁵ ARN 2011-2037.

⁴⁶ ARN 2011-0429.

⁴⁷ Prop. 2009/2010:122 s. 28.

hänsyn tas till dels tvingande lag på närliggande områden, dels dispositiv (utfyllande) lag som innehåller rättspolitiska avvägningar.⁴⁸

Tvingande lag på närliggande område är OTBIL. Om denna begränsar kontohavarens ansvar t.o.m. avseende instrument som ännu tydligare än mobiltelefoner är avsedda för betalningstransaktioner, borde begränsningsreglerna a fortiori kunna tillämpas även i fall då en mobiltelefon använts för premium-sms eller betalsamtal utan kontohavarens samtycke.

Utfyllande rätt står att finna i den allmänna avtalsrättsliga utgångspunkten att en person är bunden endast av rättshandlingar som han eller hon själv företagit eller som gjorts med vederbörandes samtycke. Det finns emellertid vissa modifikationer av denna utgångspunkt i reglerna om fullmakt och om vårdslöshet vid avtalslutande (*culpa in contrahendo*). Vi övergår nu till att redogöra för dessa regler.

5.4.1 Fullmakt

Allmänt om fullmakt

I avtalslagens andra kapitel finns reglerna om fullmakt. En fullmakt är en förklaring från fullmaktsgivaren (huvudmannen) till en tredje man att någon (fullmäktigen) får rättshandla i hans namn och för hans räkning. Fullmakten framgår ofta av ett (uttryckligt eller konkludent) meddelande riktat direkt till tredje man, t.ex. i ett skriftligt dokument eller i en annons. Sådana fullmakter kallas självständiga. I andra fall ges fullmakten till fullmäktigen, som utan att visa upp något ska återge fullmakten för tredje man, varvid tredje man alltså endast har fullmäktigens uppgifter att hålla sig till. En sådan fullmakt kallas osjälvständig fullmakt eller uppdragsfullmakt.

Den grundläggande regeln beträffande en fullmakts rättsverkan finns i 10 § avtalslagen. Den som har gett någon annan fullmakt att sluta avtal eller företa andra rättshandlingar blir omedelbart

⁴⁸ Se SOU 1974:83 s. 135 ff. och prop. 1975/76:81 s. 121 ff.

bunden av fullmäktigens rättshandlingar, om dessa företas i huvudmannens namn och inom fullmaktens gränser (behörigheten). En person antas handla i annans namn när han eller hon uppträder på sådant sätt att den, gentemot vilken rättshandlingen företas, får klart för sig att rättshandlingen ska grunda ett rättsförhållande mellan honom och den person för vars räkning den handlande är verksam. Har den handlade inte genom sitt uppträdande visat att det varit hans mening att handla i annans namn, måste han i allmänhet anses ha handlat i eget namn. Det vilar alltså på fullmäktigen att visa att han handlar i annans namn, om han vill undgå egen bundenhet, och på tredje man att visa att fullmäktigen handlat i huvudmannens namn, om han vill kräva huvudmannen. Om rättshandlingen faller utom fullmäktigens behörighet, blir huvudmannen ändå bunden av rättshandlingen om han i efterhand godkänner denna.

En fullmäktig som handlar inom ramen för sin behörighet med stöd av en självständig fullmakt binder fullmaktsgivaren gentemot tredje man även om han eller hon överskrider interna instruktioner (befogenheten). Detta gäller dock endast under förutsättning att tredje man var i god tro angående fullmäktigens befogenhet. Om fullmakten var osjälvständig, blir huvudmannen inte bunden utöver vad han instruerat fullmäktigen att göra (dennes befogenhet) oavsett om tredje man var i god eller ond tro om vad fullmäktigen fick göra.

Blir huvudmannen bunden av rättshandlingen, ansvarar fullmäktigen inte för fullgörelsen. Om huvudmannen inte blir bunden, därför att fullmäktigen gått utöver fullmakten och rättshandlingen inte godkänns i efterhand, är fullmäktigen enligt 25 § avtalslagen skadeståndsskyldig gentemot en godtroende tredje man för den skada som denne lidit av att avtalet inte kan göras gällande mot huvudmannen, utom om tredje man kände eller borde ha känt till att behörigheten överskreds.

Ställningsfullmakt

I 10 § andra stycket regleras det som brukar kallas för ställningsfullmakt. Om någon som anställd eller annars till följd av avtal intar en ställning som enligt lag eller sedvänja medför viss behörighet att handla på annans vägnar, anses han ha fullmakt att företa rättshandlingar som faller inom gränserna för denna behörighet. Ett klassiskt exempel på innehavare av ställningsfullmakt är butiksbiträdet i kassan som för butikens räkning får ingå avtal om försäljning och ta emot betalning.

Det kan betvivlas att en tredje man har fått ställningsfullmakt att för innehavarens räkning ingå avtal om premiumtjänster enbart genom den omständigheten att han eller hon har fått tillgång till innehavarens mobiltelefon. Eftersom en mobiltelefons huvudsakligen användningsområde inte är att beställa premiumtjänster kan enbart tillgången till en mobiltelefon knappast sedvanligen innebära att beställningar av premiumtjänster får göras. Som framgått ovan har ett par hovrätter prövat frågan om bindande avtal om betaltjänster har uppkommit när någon annan än innehavaren har ringt samtalen men har inte, i vart fall uttryckligen, tagit ställning till frågan om ställningsfullmakt.⁴⁹

Vid köp av appar är situationen något annorlunda eftersom sådana köp kräver inloggning på ett visst konto (eller betalning med kontokort eller mobil plånbok). Det saknas i princip andra användningsområden för kontot hos marknadsplatserna än att förvärva appar. I dessa fall är det därför möjligt att en innehavare som ger någon annan tillgång även till lösenord till sitt konto på marknadsplatsen kan anses ha gett den tredje mannen något som påminner om ställningsfullmakt att handla appar. I så fall blir huvudmannen (alltså innehavaren av kontot) bunden av fullmäktigens handlingar även om denne överskrider sin befogenhet, förutsatt att näringsidkaren inte insåg eller borde ha insett att befogenhet saknades. I praktiken blir ovanstående frågeställningar oftast aktuella när en förälder har gett sitt barn tillgång till

⁴⁹ Se avsnitt 5.2.3 ovan.

sin mobiltelefon eller surfplatta och sitt konto. Det bör därför här noteras att en fullmäktig enligt svensk rätt inte behöver vara myndig (men en underårig fullmäktig har inget kontraktuellt garantiansvar enligt 25 § avtalslagen).

Toleransfullmakt/kombinationsfullmakt

Avtalslagen reglerar emellertid inte uttömmande de olika sätt varpå ett befullmäktigande kan ske. Fullmakt kan grundas på strängt taget vilket beteende som helst från huvudmannens sida ifall det ger tredje man fog att räkna med att fullmakt föreligger.⁵⁰ Om en person upprepade gånger uppträtt som fullmäktig för en annan utan att denne invänt mot detta kan bundenhet uppkomma för huvudmannen i liknande situationer även i framtiden.⁵¹ En sådan fullmakt brukar kallas toleransfullmakt.

Toleransfullmaktsformen kan eventuellt bli tillämplig på situationer där föräldrar tidigare har låtit sina barn eller någon annan med hjälp av innehavarens mobiltelefon eller dator beställa premiumtjänster eller appar och återigen sätter en sådan person i en situation där det är möjligt för dem att förvärva nya premiumtjänster eller appar. Något som gör det diskutabelt att tillämpa denna typ av fullmakt i dessa situationer är att den tredje mannen (d.v.s. näringsidkaren) inte kan se vem som gör beställningarna via telefonen eller datorn och därför inte kan känna till om barnet eller någon annan tidigare har fått göra beställningar. Huvudmannens tidigare agerande, som är en av omständigheterna som skulle kunna grunda behörighet för fullmäktigen och godtrosskydd för tredje man, har alltså vanligtvis inte varit synligt för den tredje man.⁵²

⁵⁰ Axel Adlercreutz och Bernard Johann Mulder, *Avtal – Lärobok i allmän avtalsrätt*, upplaga 12, 2009, s. 51.

⁵¹ Se t.ex. Jan Ramberg och Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, upplaga 8, 2010, s. 57.

⁵² Jfr NJA II 1915 s. 208, Hult, *Civilrättsliga spörsmål*, 1939, s. 9 f. och 19 f. och 34 f, Karlgren i *Svensk Juristtidning* 1962 s. 258 f. samt Håstad, *Tjänster utan uppdrag*, 1973, s. 238 f. med fler hänvisningar.

När de omständigheter som skulle kunna ge upphov till avtalsgrundande behörighet var för sig är otillräckliga kan de ändå tillsammans anses vara tillräckliga för bundenhet, s.k. kombinationsfullmakt. Som exempel kan nämnas en situation där det inte föreligger någon ställningsfullmakt och det inte är tillräckligt för bundenhet att huvudmannen tidigare godtagit liknande avtal men där huvudmannens uppträdande i kombination med den rätts-handlandes ställning ändå vid en helhetsbedömning anses tillräckligt för att ge upphov till behörighet.⁵³

En toleransfullmakt kräver i princip att huvudmannen är medveten om de omständigheter som tredje man med fog kan tolka som ett godkännande. I 19 § avtalslagen finns emellertid en skyldighet för huvudmannen att varna tredje man om huvudmannen har särskild anledning att befara att fullmäktigen, oaktat att fullmakten återkallats, kommer att på grund av fullmakten rättshandla med tredje man. Ordalydelsen synes täcka situationen att huvudmannen inte är medveten om risken, men han ska dock ha haft särskild anledning att beakta denna. I NJA 1974 s. 706 har Högsta domstolen tagit ytterligare ett steg. Målet gällde frågan om ett företag (Mölnlycke AB) skulle svara för sin förmans obehöriga tillgodogörande av medel från uttag av checkar. Mölnlycke hade nämligen riktat skadeståndskrav mot posten för de belopp som posten hade betalat ut till förmannen. Domstolen fann dock att eftersom det funnits betydande försummelser i Mölnlyckes interna kontroll så hade Mölnlycke, även med beaktande av att förmannens brottsliga manipulationer till viss del underlättats av att postens kvitto i en del fall inte författats i förskrivna ordning, att svara för att förmannen hade kommit i en ställning som verkade ge honom rätt att uppbära betalning för checkarna.

⁵³ Se t.ex. Jan Ramberg och Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, upplaga 8, 2010, s. 57 f.

5.4.2 Vårdslöst möjliggörande (culpa in contrahendo)

Vid sidan av fullmaktsreglerna finns vissa andra rättsfall som visar att en person kan bli bunden av ett avtal eller skyldig att ersätta motpartens kostnader för ett (ogiltigt) avtals ingående, om personen handlat vårdslöst i samband med avtalsförhandlingar. Även dessa avgöranden har intresse för frågan om en mobiltelefonabonnent kan bli bunden av en transaktion som utförts utan hans samtycke, låt vara att teleoperatörens kostnader varit närmast obefintliga.

Som exempel kan tas att innehavaren lämnar sin mobiltelefon med pinkoden inslagen framför sin 13-åriga dotter som precis har frågat om hon får lov att beställa en premiumtjänst men fått ett nekande svar. Det är ju inte otänkbart att dottern i den situationen kan känna sig frestad att trots det negativa beskedet beställa premiumtjänsten, vilket kanske innehavaren borde inse. Andra exempel är att låta sin femåring använda appar utan övervakning när innehavaren vet att det förekommer erbjudanden om In App-köp i appen, fastän innehavaren inte har lösenordskyddat möjligheten att göra dessa köp.

Rättsfallet NJA 1935 s. 646 rörde frågan om möjliggörande av förfalskning skulle grunda ersättningsskyldighet. På en handling som innehöll en garantiförpliktelse fanns ett mellanrum om tre textrader mellan förbindelsen och dateringen. Ett försäkringsbolag tecknade borgen för förbindelsen. Efter det att borgen hade undertecknats förfalskade utfärdaren förbindelsen genom att skriva en ny utfästelse på de rader som fanns lediga på handlingen. Försäkringsbolaget blev på grund av sin oaktsamhet att inte observera möjligheten till förfalskning skadeståndsskyldig mot den person till vars förmån förbindelsen gällde, då denne var i god tro om att borgen också omfattade tillägget.⁵⁴

I rättsfallet NJA 1963 s. 105 hade en hälftenägare i ett bolag uppmuntrat en sökande till en VD-tjänst att lämna sin dåvarande

⁵⁴ Se Henrik Hessler, *Obehöriga förfarande med värdepapper*, upplaga 2, 1980, s. 66 ff. för ett utförligare resonemang angående eventuella konsekvenser av borgenärens vårdslöshet i liknande fall.

post och vistelseort för att tillträda den nya tjänsten, trots att hälftenägaren kände till att den andre hälftenägaren var emot anställning av kandidaten. När anställningen därför inte kom till stånd blev den uppmuntrande hälftenägaren skadeståndsskyldig för kandidatens kostnader.

Vid övervägande av om dessa rättsfall kan läggas till grund för ansvar vid missbruk av en mobiltelefon, bör beaktas att inget av fallen rörde konsumentförhållanden.

5.4.3 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan det konstateras att en teleabonnents ansvar för obehöriga transaktioner enligt allmänna avtalsrättsliga principer är oskarpa i konturerna. Sannolikt är ansvaret ungefär detsamma som framgår av OTBIL. Skulle premium-sms och betalsamtal falla utom OTBIL:s tillämpningsområde, skulle denna lag numera ha analog betydelse som ett tak för teleabbonenternas ansvar.

5.5 Överväganden

Bedömning: Mobiltelefonens pinkod kopplad till SIM-kortet utgör inte en personlig rutin och därmed inte heller ett betalningsinstrument i den mening som avses i lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument (OTBIL). Missbruk av mobiltelefoner faller alltså inte under den lagen. Verkan av sådant missbruk bör för närvarande inte regleras i lag. Åtminstone sådana avtalsvillkor som strider mot OTBIL, vilka är legio, kan jämkas enligt 36 § avtalslagen och förbjudas enligt 3 § konsumentavtalsvillkorslagen.

Tillämpningen av begreppet grov oaktsamhet i lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument är för strängt mot kontohavarna. Om den obehöriga användningen har skett med hjälp av kontokortets pinkod, bör det inte räcka för ansvar att kontohavaren förvarat kontokortet grovt oaktsamt.

5.5.1 Är mobiltelefonens pinkod ett betalningsinstrument enligt lagen om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument?

Redogörelsen ovan ger vid handen att det inte är klart huruvida OTBIL är tillämplig på obehörigt utnyttjande av en mobiltelefon, bl.a. genom premium-sms och betalsamtal. I SOU 2005:108 drogs slutsatsen att mobiltelefonens pinkod till SIM-kortet åtminstone vid den tiden inte borde anses vara en personlig rutin för att genomföra betaltransaktioner. Teleoperatörerna anser inte att mobiltelefonernas pinkod är ett betalningsinstrument; annars hade de dessutom sannolikt utformat sina allmänna villkor på annat sätt.⁵⁵ Finansinspektionen och Konsumentverket har emellertid ansett motsatsen när frågan gällt tillämpningen av motsvarande bestämmelse i betaltjänstlagen på den lagens avgiftsförbud. Även i

⁵⁵ Villkoren är presenterade ovan i avsnitt 2.3.1 och analyseras närmare i avsnitt 5.5.2 nedan.

Egil Bergenlinds examensuppsats har mobiltelefonens pinkod ansetts vara en personlig rutin i OTBIL:s mening. Kanske bör även uttalandet i Ds 2008:86, att även en mobiltelefon kan vara ett betalningsinstrument, omnämnas i detta sällskap.

Denna utredning noterar emellertid att med begreppet annat identifieringsmedel i SOU 2005:108 2 § första stycket 3 avsågs bl.a. kod ”som har *tilldelats* en kontohavare *för att* han eller hon elektroniskt skall kunna styrka sin behörighet att genomföra kontantuttag, betalningar eller andra överföringar av pengar”.⁵⁶ I 2 § 1 OTBIL står visserligen bara att betalningsinstrument är bl.a. ”en personlig rutin som *används* för att elektroniskt initiera en betalningstransaktion”, men i specialmotiveringen tolkas EG-direktivet så att begreppet säkerhetsanordning avser alla typer av anordningar eller rutiner som en användare har *fått för att* kunna styrka sin behörighet att ta ut pengar, betala räkningar eller göra andra överföringar av pengar. Samma formulering finns, förutom i Ds 2008:86, i propositionens författningskommentar till nämnt lagrum, där det står att ”ett betalningsinstrument är varje form av personligt instrument eller personlig rutin som enligt ett kontoavtal ska användas för att elektroniskt initiera en betalningstransaktion”. Det är också värt att notera att i författningskommentaren som typfall på betalningsinstrument nämns ”kontokort, bankdosor som möjliggör transaktioner över Internet samt personliga rutiner som en personlig kod som används vid banktjänster per telefon”. Vid användning av en telefon är det alltså inte pinkoden till telefonen som avses utan en särskild kod tilldelad för banktjänsten. Slående är också att uttalandet i Ds 2008:86, att även en mobiltelefon kan vara ett betalningsinstrument, inte upprepats i propositionen.⁵⁷

Pinkoden till en mobiltelefon utfärdas inte just för att abonnenten ska göra betalningstransaktioner utan för att abonnenten ska kunna ha kontroll över telefonerandet och surfandet i allmänhet, vilket för all del leder till en kontoskuld hos teleoperatören. De flesta abonnenter torde inte uppfatta mobiltelefonen som ett

⁵⁶ Denna och de närmast följande kursiveringarna har gjorts här.

⁵⁷ Själva mobiltelefonen kan omöjligen betraktas som ett betalningsinstrument; se Egil Bergenlinds framställning citerad ovan.

betalningsinstrument på samma sätt som de uppfattar ett kontokort eller en bankkod. Detta påverkar deras handhavande av telefonen. Ett strikt ansvar upp till 1 200 kronor för utnyttjande av en telefon som lämnats till annan eller förlorats utanför bostaden med pinkoden till själva telefonen applicerad framstår som något helt annat än motsvarande självrisk om en person förlorar ett kontokort, en bankdosa eller en mobiltelefon med en särskild kod för betalningstransaktioner förvarad i anslutning till det fysiska instrumentet.

Ytterligare en omständighet talar mot att mobiltelefonens pinkod skulle anses vara ett betalningsinstrument är att grundfrågan vid ett premium-sms eller betalsamtal inte är dess initiering av en betalning utan beställningen av varan eller tjänsten. Det må sedan vara att en registrering av fordringar som faktureras i efterhand enligt författningskommentaren till 1 § OTBIL utgör ett konto.

Utredningens slutsats blir därför att pinkoden till en mobiltelefons SIM-kort inte är en personlig rutin för att initiera en betalningstransaktion och därmed inte heller ett betalningsinstrument i OTBIL:s mening.

När en mobiltelefon används tillsammans med en särskild kod eller ett särskilt lösenord för att betala från en mobil plånbok eller från ett annat konto, t.ex. för att köpa en app, är det klart att den särskilda koden utgör ett betalningsinstrument.

5.5.2 Ansvaret enligt avtalsvillkoren och allmänna regler

Ifall mobiltelefonens pinkod inte är betalningsinstrument i OTBIL:s mening, finns enligt allmänna avtalsrättsliga principer inte något strikt ansvar för abonnenten för ett bruk av mobiltelefonen som abonnenten inte samtyckt till. Om abonnenten inte har samtyckt till användningen eller får anses ha gett användaren fullmakt (behörighet), krävs det förmodligen kvalificerad oaktsamhet av en konsument för att denne ska bli ansvarig.

I princip råder dock avtalsfrihet, varför abonnenten skulle kunna vara bunden av avtalsvillkor som ålägger abonnenten ansvar

för varje bruk av abonnentens telefon (alltså strikt). Sådana avtalsvillkor kan emellertid anses oskäligen enligt 36 § avtalslagen, om de avviker från tvingande regler på närliggande områden eller från utfyllande rättsprinciper som ger uttryck för en rättspolitisk värdering. Det betyder – a fortiori – att tröskeln för ansvar inte kan sättas lägre än enligt OTBIL. Konsumenten måste alltså ha varit grovt oaktsam för att behöva betala mer än en självrisk om konsumenten avslöjat koden, och även om konsumenten varit grovt oaktsam kan jämkning ske av höga ansvarsbelopp. Vid bedömning av om en konsument varit grovt oaktsam bör hänsyn tas till att skyddet av en mobiltelefon med påslagen pinkod, eller av mobiltelefonens kod, inte framstår som lika viktigt för gemene man som skyddet av en kod som uteslutande används för betalningstransaktioner. Ansvarströskeln skulle alltså kunna sättas högre än i OTBIL. En spärranmälan bör leda till ansvarsfrihet från det att denna kommit fram utom om konsumenten förfarit svikligt.

Mobiloperatörernas villkor för konsumenter har genom citat presenterats ovan i avsnitt 2.3.1.

Villkoren innehåller genomgående en skyldighet för konsumenten att förvara säkerhetskoder (pinkoden) och eventuellt också SIM-kortet på ett betryggande sätt, så att ingen obehörig kan ta del av dem.

Vidare finns i de flesta villkor en förpliktelse för konsumenten att anmäla förlust av pinkod eller SIM-kort eller misstanke om att obehörig tagit del av dem. En sådan skyldighet är meningsfull bara om anmälan befriar konsumenten från ansvar för senare utnyttjande. Annars kan det inte gärna vara en skyldighet, bara en rättighet med osäker effekt.

Villkoren varierar i fråga om konsumentens ansvar för obehörigt utnyttjande.

Ett bolag, *Telia*, har villkor som inte gör konsumenten strikt ansvarig för allt obehörigt utnyttjande. Enligt punkt 4.5 ansvarar kunden för obehörig persons användning endast om kunden a) gett annan tillgång till tjänsten, b) genom grov oaktsamhet gjort det möjligt för annan att utnyttja tjänsten eller c) förlorat kontrollen över tjänsten, säkerhetskod eller kort och inte snarast efter

upptäckten anmält förlusten till Telia. Dessa villkor påminner om ansvarsreglerna i OTBIL, men det finns vissa skillnader. Ansvaret enligt a) är inte betingat av grov oaktsamhet, vilket har betydelse om ansvaret skulle överstiga självriskan i OTBIL på 1 200 kronor. Inte heller ansvaret enligt c) är betingat av grov oaktsamhet. Vid ingen av punkterna a–c) finns en begränsning till 12 000 kronor för fall där konsumenten inte handlat särskilt klandervärt. Punkten c) innebär ordagrant att konsumenten skulle kunna vara ansvarig även för missbruk som sker sedan konsumenten anmält att pinkoden kommit på avvägar, om anmälan inte skett snarast efter upptäckten, men detta är förmodligen inte avsikten.

De tre övriga bolagen – Telenor, Tre och Tele2 – har alla villkor som innebär ett strikt ansvar för konsumenten för annans obehöriga utnyttjande.

I *Telenors* villkor för löpande abonnemang sägs i punkt 6.7 att kunden ansvarar för och ska erlægga ersättning för all (egen och annans) användning av tjänsten fram till dess att kundens begäran om spärr av SIM-kortet har mottagits av Telenor. Även efter det att Telenor mottagit sådan anmälan svarar kunden för obehörigt användande inte bara om kunden agerat uppsåtligt utan även om kunden varit grovt vårdslös. – I *Telenors* villkor för kontantkort anges att om kunden inte registrerat sina personuppgifter, så tillhandahåller Telenor efter förlust av SIM-kortet inget nytt kort och spärrar inte heller det förlorade kortet. Kunden är ansvarig för debiteringar för tiden efter förlusten (d.v.s. av kunden förskotts-betalat belopp kan inte återfås).⁵⁸

Tele2:s villkor för löpande abonnemang innehåller i punkt 4 att kunden är ensam ansvarig dels för att till kunden utlämnade koder etc. ej kan utnyttjas eller brukas av obehöriga, dels för nyttjandet av abonnemanget om kunden valt att frångått användningen av pin- och pukkkoderna. Från det att anmälan om att SIM-kort har förkommit eller riskerar att komma till obehörig användning med begäran om spärr har inkommit till Tele2 ansvarar Tele2 för

⁵⁸ Registrerade kontantkort är alltså jämställda med kortvariga obligationer ställda till innehavaren av banker eller kreditmarknadsföretag, vilka inte kan dödas enligt lagen (1927:85) om dödande av förkommen handling.

obehörigt användande såvida inte kunden förfarit svikligt eller (även här) grovt vårdslöst. – Vad gäller kontantkort anges i för dem relevanta villkor punkt 2 tredje stycket att kunden är ensam ansvarig för hantering och nyttjande av tjänst, SIM-kort och värdebevis m.m., medan Tele2 inte har något ansvar för att tredje man vidtagit åtgärder med användande av kunds kod, lösenord, identitet eller liknande som påverkar en tjänst. Enligt fjärde stycket är kunden ensam ansvarig vid fränkopplandet av pin- och pukkkoder. – Villkoren påminner således starkt om Telenors.

Tres villkor för löpande abonnemang innehåller inledningsvis i punkt 6.9 ett strikt ansvar: ”Du måste betala --- oavsett om tjänsterna har använts av dig själv eller någon annan person.” I punkt 6.11 står emellertid att konsumenten är betalningsskyldig om någon --- utan din (konsumentens) tillåtelse använder abonnemang om (i) du lämnat ifrån dig SIM-kort, pinkod eller säkerhetskoder till någon annan, (ii) du genom grov vårdslöshet givit någon tillgång till SIM-kort, pinkod eller (iii) någon på annat sätt fått tillgång till SIM-kort, pinkod eller säkerhetskoder. De första två punkterna (i) och (ii) motsvarar Telias första två fall (liksom OTBIL:s) och ger intrycket av att ansvaret inte är strikt i alla situationer. Emellertid upphävs detta intryck av punkten (iii) enligt vilken kunden svarar strikt för allt obehörigt bruk av koder, alltså oberoende av om kunden lämnat ifrån sig koden; det räcker att någon annan fått tillgång till den, på vilket sätt som helst (även rån?). Möjligen är det fråga om ett redigeringsfel. Syftet borde ju ha varit att punkterna (i) och (ii) ska ha någon betydelse. Tanken är kanske att (iii) ska läsas ihop med fortsättningen, där det står att kunden omedelbart ska anmäla förlust av eller misstanke om att annan fått tillgång till kod så att tjänsten kan spärras, följt av bestämmelsen att kostnader som påförts från förlusten tills anmälan skett inte ersätts, medan transaktioner därefter belastar kunden bara om han handlat bedrägligt. Bestämmelsen är oklar även i ett annat avseende. Skyldigheten att anmäla inträder ”vid upptäckten” av förlusten av SIM-kortet etc. eller av misstanken (alltså upptäckten av misstanken) om att någon annan fått tillgång till SIM-kortet eller en kod, samtidigt som ansvar

föreligger från förlusten till spärranmälan (alltså oavsett upptäckt eller misstanke om upptäckt). – Tres villkor för kontantkort föreskriver i punkt 6.9 att avgifterna dras från kontantkontot oavsett om tjänsterna har använts av kunden eller av någon annan person. Här finns ingen inskränkning till oregistrerade kort. I punkten 6.12 anges emellertid att kunden efter förlust eller misstanke om förlust av SIM-kort eller kod omedelbart efter upptäckten ska meddela Tre detta för spärr, men här tilläggs att kunden måste vara registrerad användare för att spärr ska vara möjlig.

Utredningen konstaterar att det finns åtskilliga oklarheter i villkoren, vilka vid uppkommande tvist inför domstol eller ARN ska tolkas till konsumentens förmån enligt 10 § konsumentavtalsvillkorlagen. Dessutom är alla operatörers villkor delvis oskäligen enligt 36 § avtalslagen. Ansvaret för obehörigt bruk av pinkoder avsedda i första hand för tillgång till allmän telefoni och surf kan omöjligen vara strängare än ansvaret för obehörigt bruk av sådana koder fallande under OTBIL avsedda uteslutande för betalningstransaktioner. Detta innebär 1) att det strikta ansvaret för utlämnande av koden till andra inte kan medföra högre ansvar (snarare lägre) än självriskan 1 200 kronor i OTBIL, 2) att ett ansvar grundat på grov oaktsamhet är godtagbart men att ansvaret inte kan vara högre (snarare lägre) än 12 000 kronor såvida inte konsumenten handlat särskilt klandervärt och 3) att konsumenten, även om en förlustanmälan dröjt på grund av grov oaktsamhet, är befriad från obehörigt bruk från det att anmälan kommit fram till teleoperatören utom om konsumenten handlat svikligt. Konsumentverket borde inleda förhandlingar med teleoperatörerna och, om dessa inte leder till godtagbart resultat, med stöd av 3 och 4 §§ konsumentavtalsvillkorlagen väcka förbudstalan i Marknadsdomstolen.

5.5.3 Grov oaktsamhet

Som HD skriver i rättsfallet NJA 1992 s. 130, liksom en minoritet i ARN nr 1999-2533 (dagismamman), kan begreppet grov oaktsamhet inte ges samma innebörd i alla sammanhang. Hänsyn måste inte minst tas till om den oaktsamme ska utföra en prestation inom sitt yrkesområde mot betalning eller om det är en privatperson som i dagliga livet vållat en skada på tredje man eller medvållat egen personskada o.s.v. Men i alla sammanhang bör begreppet reserveras för grova avvikelser från normalt beteende eller rentav för medveten underlåtenhet att beakta en påtaglig risk. Siktat lagstiftaren på något mindre bör rekvisitet inte vara grov oaktsamhet utan oaktsamhet. När det i författningskommentarerna till 34 § 1977 års konsumentkreditlag och 6 § OTBIL sägs att lämnandet av ett kontokort annat än tillfälligt utan uppsikt på offentliga platser i regel är grovt oaktsamt, står uttalandet i viss motsättning till uttalandet att grov oaktsamhet inte föreligger vid lindriga fall av slarv och vid tillfällig glömska. Om någon t.ex. lämnar sitt kontokort i sina kläder i ett offentligt omklädningsrum beror det sannolikt i de flesta fall på tillfälligt förbiseende, ibland förenat med stress.⁵⁹ Om en förälder, t.o.m. medvetet, lämnar sitt kontokort under 5–10 minuter i en låst bil för att plocka upp ett barn på dagis, är det något oaktsamt men enligt utredningens mening absolut inte grovt oaktsamt.

I förarbetena till OTBIL framställs problemet som om det gäller en avvägning mellan kontokortsföretaget och kontohavaren.⁶⁰ Så behöver man inte se saken. Beloppen orsakade av obehöriga uttag torde vara små i förhållande till omsättningen,⁶¹ och dessa belopp kan förmodligen övervältras på korthavarna t.ex.

⁵⁹ I författningskommentaren till vad som är särskilt klandervärt nämns att ett kontokort lämnas lättillgängligt och obevakat under lång tid (t.ex. två timmar?) i bl.a. ett omklädningsrum, prop. 2009/10:122 s. 29. Gäller detta även om det beror på förbiseende (glömska), varvid man bör beakta att handlingen eller underlåtenheten dessutom måste ligga en bit över nivån grov oaktsamhet?

⁶⁰ Se t.ex. s. 29 rörande bedömningen av vad som är särskilt klandervärt.

⁶¹ I SOU 2005:108 anges Visas förluster i Sverige vara högst 0,02 procent, s. 65 f. Utvecklingen därefter har inte undersökts, men det kan tänkas att införandet av chip i korten begränsat missbruken ytterligare.

i form av en obetydligt högre kortavgift. Därmed handlar frågan om hur kostnaderna för de obehöriga uttagen ska fördelas mellan kontohavarna, precis som vid försäkringar. En självrisk är lämplig, men de flesta korthavare skulle säkert föredra att betala även någon eller några kronor mer i avgift om de utöver självrisken slapp ansvar för förbiseenden eller obetänksamhet av det slag som t.ex. dagismamman gjorde sig skyldig till eller om tolv-tusenkronorsgränsen sänktes avsevärt.

I motiven till OTBIL framhålls att kontohavarens grova oaktsamhet måste ha orsakat den obehöriga betalningstransaktionen för att kontohavaren ska vara ansvarig för transaktionen.⁶² Försumlig förvaring av ett kontokort har ofta varit en nödvändig förutsättning för en obehörig betalningstransaktion men inte en tillräcklig sådan. Om transaktionen utförts med användande av en kortets pinkod har tillgång till koden också varit nödvändig. Man kan fråga sig om det i sådana fall ska räcka med en bedömning av hur kontohavaren förvarat själva kortet. I många av ARN-ärendena har kontokortet missbrukats genom kontantuttag ur automat med användande av rätt pinkod, men prövningen av om grov oaktsamhet förelegat har uteslutande varit inriktad på kontohavarens förvaring av kortet, ofta med en negativ utgång för kontohavaren. Eftersom det torde vara i det närmast omöjligt att gissa den rätta koden,⁶³ kan man misstänka att uttaget av medel dessutom förutsatt att kontohavaren förvarat koden i anslutning till kortet. Detta är dock utomordentligt svårt att styrka för kontokortsföretaget. Kan det vara en förklaring till att bedömningen av om grov oaktsamhet förelegat felaktigt, när rätt pinkod använts, varit inriktad uteslutande på förvaringen av kontokortet?

Enligt 5 § OTBIL finns en självrisk på högst 1 200 kronor om kontohavaren ”underlåtit att skydda en personlig kod”. Orden har valts för att ge ett visst utrymme till en aktsamhetsbedömning.⁶⁴ Om man håller fast vid att kortföretaget ska styrka de ansvars-

⁶² Prop. 2009/10:122 s. 29.

⁶³ A. prop. s. 16.

⁶⁴ A. prop. s. 26 f.

grundande omständigheterna, åtminstone om kontohavaren gjort en ansvarsbefriande version antaglig eller sannolik, kan man fråga sig om 5 § möjliggör tillräckligt effektivitet i tillämpningen av självrisk. Hade det inte varit bättre att följa förslaget i SOU 2005:108 och ange att självrisk ska betalas ”om kod har använts”, kombinerat med ett undantag om det med hänsyn till kontohavarens handlande och övriga omständigheter framstår som uppenbart oskäligt att ålägga betalningsansvar. Härvid skulle kontohavaren med ett lämpligt beviskrav kunna ha bevisbördan för existensen av de omständigheter som ska läggas till grund för undantaget.

5.5.4 Behövs lagstiftning?

Enligt utredningens uppfattning faller mobiltelefoners pinkod inte under OTBIL. Men bör 2 § OTBIL ändras, så att lagen i nuvarande utformning görs tillämplig på dessa pinkoder?

En fördel med en sådan åtgärd vore att det blev omedelbart tydligt att teleoperatörers villkor, som ålägger kontohavare ett obegränsat strikt ansvar för all användning av en mobiltelefon eller som oberoende av grov oaktsamhet ålägger kontohavaren obegränsat strikt ansvar när pinkoden använts eller en upptäckt förlust av pinkoden inte omedelbart anmäls till operatören för spärr, skulle vara ogiltiga. Som ovan nämnts borde sådana villkor emellertid ändå kunna stämplas som oskäligen enligt 36 § avtalslagen och förbjudas enligt 3 § konsumentavtalsvillkorslagen, eftersom de avviker från den jämförbara OTBIL. Vidare är det inte givet att ansvarsnivån i OTBIL på alla punkter är lämplig, t.ex. självrisk på 1 200 kronor för försummelser avseende mobiltelefonens pinkod eller 12 000 kronor för grovt oaktsamma åsidosättanden av operatörens avtalsvillkor. Innan en lagändring övervägs förefaller det vara lämpligt att Konsumentverket tar upp en förhandling med teleoperatörerna om utformningen av avtalsvillkoren för mobiltelefonabonnemang och liknande.

Ett betydelsefullt skäl mot att nu lagreglera obehöriga premium-sms och betalsamtal är också att dessa i framtiden kanske inte alls eller åtminstone i betydligt mindre omfattning än i dag kommer att betalas via telefonräkningen. Teleoperatörerna försöker genom bildandet av sitt plånboksföretag att styra över betalningen för sådana tjänster till betalningsformer där det finns särskilda koder, vilka utan tvekan faller under OTBIL.

Men även om det inte skulle vara aktuellt att nu föra in mobiltelefonernas pinkod under 2 § OTBIL eller att på något annat sätt ingående lagreglera obehöriga premium-sms och betalsamtal, kan man fråga sig om det i 2 § OTBIL borde införas ett tillägg som klargör att OTBIL inte ska anses tillämplig på mobiltelefonernas pinkoder. Saken är ju omstridd. Utredningen bedömer emellertid detta som onödigt. Skälen mot sådan tillämplighet förefaller tillräckligt klara, och det verkar inte finnas någon praxis vare sig i allmänna domstolar eller ARN som utgår från att OTBIL är tillämplig eller som ålägger konsumenter ett strikt ansvar för obehöriga premium-sms eller betalsamtal.

Med denna inställning har utredningen inte heller någon anledning att föreslå andra ändringar i OTBIL – alltså såvitt gäller kontokort och andra betalningsinstrument – fastän utredningen är tvivlande till att 5 § fått den bästa utformningen samt kritisk till vissa exemplifierande uttalanden i förarbetena till 6 § och till den mot konsumenterna stränga och icke orsaksrelaterade tillämpningen. Dessa frågor kan kanske tas upp i ett senare sammanhang, om de inte löses i praxis.

6 Underårigas beställning av premiumtjänster och appar

Det är vanligt att barn och ungdomar disponerar över mobiltelefoner, antingen genom att ha en egen telefon eller genom att låna sina föräldrars. Barn och ungdomar använder också i allt större utsträckning läsplattor och andra datorer. Under utredningen har vi kunnat konstatera att barns och ungdomars användning av mobiltelefoner och datorer riskerar att leda till särskilda problem. De frågeställningar vi framförallt har identifierat är hur reglerna om underårigas rättshandlingsförmåga ska tillämpas i dessa nya situationer, vilken rättsverkan ett ogiltigt avtal om digitalt innehåll med en underårig får samt hur regelverket kring marknadsföringen riktad mot unga vid användningen av mobiltelefoner, appar och Internet fungerar. I det följande ska dessa frågeställningar behandlas i tur och ordning.

6.1 Underårigas ansvar för egna beställningar och betalningar

6.1.1 Problembeskrivning

Barn som har tillgång till en mobiltelefon kan i dagsläget i praktiken beställa premiumtjänster till höga belopp som sedan debiteras telefonräkningen eller dras från kontantkortet. En fråga som då uppkommer är när barnet blir rättsligt betalningsansvarigt för samtal eller tjänster som barnet har beställt från mobiltelefonen.

För det fall barnet disponerar sina föräldrars telefon och i samband med detta beställer premiumtjänster utan att näringsidkaren känner till att det är barnet som beställer tjänsterna och där näringsidkaren därför vill kräva föräldern, blir de frågeställningar som behandlas ovan i kapitel 5 aktuella. De frågeställningar som diskuteras i detta avsnitt tar i stället sikte på de fall där det är barnet som synligt företar rättshandlingen i eget namn och för egen räkning (alltså som avtalspart med eget abonnemang). Mobiltelefonens utökade användningsområde och den tekniska utvecklingen har medfört nya tillämpningsproblem beträffande underårigas rättshandlingsförmåga, vilka delvis beror på den anonymitet som finns när avtal ingås digitalt.

Samma fråga blir aktuell vad gäller appar. Barn och ungdomar har ofta tillgång till mobiltelefoner eller läsplattor, och det finns otaliga appar som riktar sig till allt från mycket små barn till ungdomar. Enligt marknadsplatsernas villkor är butikerna för köp av appar tillgängliga endast för personer över 13 år. Om kunden är mellan 13 och 18 år uppmanas kunden att läsa avtalet tillsammans med förälder eller förmyndare för att säkerställa att kunden och förmyndaren förstår det. Marknadsplatsen kräver att underåriga har sina förmyndares tillåtelse att handla men kan inte effektivt kontrollera att så är fallet. Det är alltså möjligt åtminstone för omyndiga personer över 13 år att skapa ett konto och därefter handla appar. Frågor som då kan uppstå är vilket ansvar barn har för de avtal som ingås när marknadsplatserna utgår från och kanske har skäl att tro att samtycke från förmyndare finns men då samtycke i själva verket saknas.

En närliggande företeelse för unga användare är utvecklingen av olika spelsidor och nätverkstjänster, s.k. communities, som drivs av näringsidkare på Internet. På en sådan sida skapar medlemmen, oftast kostnadsfritt, sin egen figur eller identitet. Det kan t.ex. vara fråga om en gäst i ett hotell eller en docka i ett varuhus. Spelaren kan efter registreringen köpa olika produkter som t.ex. virtuella kläder eller inredning till sin figur. Användaren kan också, mot en kostnad, uppgradera sitt medlemskap. Ett uppgraderat medlemskap är ofta nödvändigt för att få tillgång

till alla funktioner på sidan. Betalning av de virtuella produkterna sker med virtuell valuta som köps för riktiga pengar genom att medlemmen antingen anger kontokortsnummer eller ringer betalsamtal eller skickar premium-sms. På en del av spelsidorna tillåts omyndiga att ingå avtal på ett sätt som antagligen inte uppfyller föräldrabalkens krav, eftersom företagen oftast nöjer sig med att presumera förmyndarens eller rentav överförmyndarens samtycke utan att ha något stöd för att ett sådant samtycke verkligen föreligger. Eftersom medlemmarna kan köpa den virtuella valutan genom premium-sms eller betalsamtal är det i praktiken möjligt för underåriga att, utan vederbörligt samtycke, köpa virtuella produkter för höga belopp.

6.1.2 Rättslig reglering

Underårigas rättshandlingsförmåga

Reglerna om underårigas rättshandlingsförmåga finns i nionde kapitlet av föräldrabalken. Det kan vara värt att nämna att, bortsett från att myndighetsåldern har sänkts till 18 år och kravet på samtycke från överförmyndaren vidgats, dessa regler kvarstår i princip oförändrade sedan föräldrabalken trädde i kraft år 1949. När så skedde införlivades dessutom 1924 års lag om förmyndarskap i princip oförändrad i föräldrabalken, varför reglerna alltså är av ännu äldre natur.

Alla personer har enligt svensk rätt rättsförmåga eller rättskapacitet och kan därmed äga tillgångar och ha skulder. För att en person själv ska få förfoga över sin egendom eller ingå avtal krävs dock att personen har rättslig handlingsförmåga. Full rättslig handlingsförmåga inträder först när personen fyller 18 år. Den som är underårig, d.v.s. under 18 år, får enligt 9 kap. 1 § föräldrabalken inte själv ingå avtal. Syftet med denna tvingande bestämmelse är att skydda den underåriga mot att ingå ekonomiskt ofördelaktiga rättshandlingar.

Som undantag till denna bestämmelse gäller att den som har fyllt 16 år kan förfoga över sin egen arbetsinkomst (9 kap. 3 §). Vidare får en underårig med eget hushåll enligt 9 kap. 2 a § ingå sedvanliga rättshandlingar för den dagliga hushållningen eller för uppfostran av barn. En person under 18 år får även råda över det som förvärvats genom gåva eller testamente när sådan rådighet framgår av gåvan eller testamentet.

Bestämmelsen i 9 kap. 1 § föräldrabalken avser endast den underårigas behörighet att handla för egen räkning. Det finns inget som hindrar att en underårig agerar som fullmäktig. En underårig kan alltså i egenskap av fullmäktig ingå rättshandlingar med bindande verkan för huvudmannen. Underårigheten hindrar dock att det uppstår ett garantiansvar enligt 25 § avtalslagen för att huvudmannen blir bunden av rättshandlingen.

Det spelar ingen roll för bundenheten att den som ingår avtal med en underårig tror att denna är myndig. Avtalsparten måste alltså i varje enskilt fall på egen risk bedöma om avtalsparten fyllt arton år (eller om annan grund för bundenhet föreligger), vilket kan medföra särskilda svårigheter vid handel över Internet eller telefonen. Har den omyndiga felaktigt uppgett att han eller hon har fyllt arton år påverkar det inte heller den omyndigas bundenhet, men det kan leda till skadeståndsskyldighet (se nedan 6.2.2).

Förmyndarens samtycke

Allmänt om förmyndarens samtycke

När en underårig saknar rättslig handlingsförmåga företräds han eller hon av förmyndaren. Denne är den omyndigas ställföreträdare och handlar i den underårigas namn (d.v.s. så att den underåriga blir förpliktad). Om den underåriga handlar själv krävs förmyndarens samtycke. Ett avtal som den underåriga ingår med förmyndarens samtycke blir direkt gällande. Ett samtycke anses inte behöva lämnas särskilt för varje enskild rättshandling utan

förmyndaren kan generellt samtycka till vissa typer av rättshandlingar eller till vissa beloppsgränser.

När det gäller avtal som innebär skuldsättning för barnet räcker emellertid inte förmyndarens samtycke. För att ett sådant avtal ska bli gällande krävs överförmyndarens samtycke.¹ Denna regel innebär att barn inte ens med förmyndares samtycke kan ingå avtal om abonnemang eller digitala tjänster där användningen av tjänsten betalas i efterhand.²

Det är vanligt att barn och ungdomar varje vecka eller månad får en summa pengar att själv disponera över. Många gånger spenderar barn och ungdomar dessa pengar på virtuella spel, köp av appar eller ringsignaler. När barnet handlar för pengar som på detta sätt mottagits med fri förfoganderätt krävs inte något kompletterande samtycke från förmyndaren till den särskilda transaktionen.³ Vid köp i en affär är det möjligt för butiksinnehavaren att ställa frågor till den underåriga om var denne har fått pengarna från och om innehavet är förenat med villkor. Vid köp över Internet eller med premium-sms kan det av naturliga skäl vara svårare för näringsidkaren att klargöra om den underåriga har fått den summa pengar han eller hon spenderar med fri förfoganderätt. Inte i någon av dessa situationer kan näringsidkaren dock lita på svaret utan måste bedöma detta på egen risk.

Det råder viss oklarhet om hur förmyndarens samtycke måste manifesteras för att ett bindande avtal ska uppstå. Ett sådant samtycke behöver lika lite som andra rättshandlingar vara uttryckligt, och det behöver inte heller ha getts direkt till den underårigas avtalspart.⁴ Samtycket kan också behöva tolkas med beaktande av adressatens, d.v.s. avtalspartens goda tro (jfr 32 § första stycket avtalslagen). Den problematiska frågan är alltså under vilka förhållanden en förmyndare får anses ha samtyckt till en viss trans-

¹ 13 kap. 12 § och 12 kap. 10 § föräldrabalken.

² Gösta Walin och Staffan Vängby, Föräldrabalken En kommentar, (1 juli 2011, Zeteo) kommentaren till 13 kap. 12 §.

³ Om avtalsparten har anledning att tro att den underåriga *inte* hade rätt att utföra just den aktuella transaktionen, blir den underåriga ändå inte bunden. Jfr bestämmelserna om ställningsfullmakt i 10 § andra stycket och 11 § första stycket avtalslagen.

⁴ Jfr 11 § andra stycket avtalslagen om s.k. muntlig fullmakt.

aktion, så att den underåriga blir behörig att utföra den, och om – som många antar – avtalsparten i vissa fall har rätt att utgå från (presumera) att samtycke föreligger.

Vad som många gånger anförs till stöd för att förmyndarens samtycke inte alltid behöver vara uttryckligt eller kan presumeras är ett uttalande av lagberedningen i samband med lagstiftningens tillkomst.⁵

”Den omständigheten i och för sig, att medkontrahenten trodde förmyndarens samtycka föreligga, gör ej rättshandlingen giltig. Här för erfordras ytterligare, att förmyndaren genom sitt görande eller låtande givit medkontrahenten grundad anledning till ett sådant antagande, att med andra ord förmyndarens uppträdande skäligen kunnat anses giva uttryck åt ett samtycke. Sistnämnda förutsättning läser emellertid i det dagliga livet icke sällan vara för handen. Sålunda torde exempelvis den omständigheten, att förmyndaren utan anmärkning betalat för myndlingens studier erforderliga böcker, som tagits på räkning, ej sällan få uppfattas såsom ett samtycke till ytterligare kreditköp för samma ändamål.⁶ Vid tillämpningen av denna rättsgrundsats får stor vikt tillmätas arten och nödvändigheten av den rättshandling, varom fråga är, samt, om den omyndige förfogat över egendom, dennas beskaffenhet. Låter förmyndaren den omyndige omhänderhava penningmedel, får han finna sig uti, att den, med vilken myndlingen inlåter sig i avtal, anses berättigad utgå ifrån att den omyndige har fri förfoganderätt över pengarna, såframt ej särskilda omständigheter tala däremot.”

Lagberedningens uttalande har på flera ställen i doktrinen tolkats på så sätt att det enligt svensk rätt föreligger en rättsgrundsats som innebär att underåriga under vissa förutsättningar får företa sedvanliga köp. I dessa fall skulle det inte krävas ett samtycke till det konkreta avtalet utan räcka att förmyndaren har gjort det möjligt för den omyndiga att uppträda så att det ser ut som han eller hon har haft tillåtelse att handla. Vid tillämpningen av denna rättsgrundsats har stor betydelse lagts vid arten och nödvändigheten av rättshandlingen i fråga samt beskaffenheten av den

⁵ NJA II 1924 s 317.

⁶ Uttalandet gjordes innan lagen ändrats så att överförmyndaren måste godkänna kreditavtal.

egendom över vilken den underåriga förfogar. Låter förmyndaren den underåriga ha hand om pengar, är näringsidkare berättigade att tro att den underåriga har fri förfoganderätt över pengarna om inte särskilda omständigheter talar emot.⁷

Det angivna rättsläget kan liknas med det som föreligger vid ställningsfullmakt. Genom att förmyndaren har gett barnet pengar har barnet fått behörighet att företa sedvanliga rättshandlingar (10 § andra stycket avtalslagen), men om avtalsparten har insett eller bort inse att barnet inte hade tillåtelse (saknade befogenhet) att företa just den aktuella rättshandlingen, även om den är sedvanlig, blir barnet inte bundet av rättshandlingen (11 § första stycket avtalslagen).⁸ Har den underåriga olovligt tagit pengar från förmyndaren, är det däremot likgiltigt vad sedvanan säger och vad näringsidkaren tror om förekomsten av ett samtycke.⁹

Praxis från domstolarna

Det saknas rättsfall från Högsta domstolen som berör frågan om när en förmyndare får anses ha gett samtycke. Det vägledande rättsfallet i frågan är RH 1988:82.

I hovrättsfallet ansågs en 13-årig flickas köp av ett par stövlar för 840 kronor vara giltigt. Köpet hade skett för barnbidragspengar som hon hade fått av sin mamma. Majoriteten i hovrätten (presidenten och två hovrättsråd) ansåg liksom tingsrätten att modern, genom att lämna över pengar till sin dotter, hade handlat på ett sådant sätt att eventuella medkontrahenter fick anses berättigade att utgå från att dottern hade fri förfoganderätt över

⁷ Se bl.a. Gösta Walin och Staffan Vängby, Föräldrabalken, 1 juli 2011, Zeteo, kommentar till 9 kap. 1 §.

⁸ Se Philips Hult, Civilrättsliga spørsmål, 1939, s. 24 ff. Samma regel blir tillämplig när ett vuxet barn lever på fickpengar från sina föräldrar, exempelvis bergsingenjören Axel Ax:son Johnson jr, vilken upp till 40-åldern, när han började leda Sveriges största industrikoncern, fortfarande saknade lön och fick fickpengar av sin far generalkonsuln Axel Ax:son Johnson sr. Ett problem är naturligtvis att det i sådana fall kan vara svårt att fastställa vad som är sedvanlig behörighet (jfr Kjell-Olof Feldt, Den blyge entreprenören. Om bergsingenjör Axel Ax:son Johnson, 2012, passim).

⁹ Precis som om någon självväldigt ställer sig bakom en butiksdisk och säljer varor. Ställningen innehas då inte med stöd av avtal med huvudmannen.

de pengar hon disponerade, om inte särskilda omständigheter talade däremot. Med hänsyn härtill, och då varken dotterns ålder eller stövlarnas värde var av sådant slag att en förmyndare normalt inte skulle kunna låta en omyndig ombesörja ett sådant köp, ansågs bolaget ha rätt att utgå från att förmyndarens samtycke förelåg. – En hovrättslagman var skiljaktig beträffande motiveringen och menade att det saknas stöd i lagtexten för att låta god tro beträffande samtycke medföra att ett avtal med underårig blir giltigt. Hovrättslagmannen menade därför att det i målet saknade betydelse vad bolagets företrädare kan ha utgått från när köpet gjordes. Avgörande var i stället om flickans förmyndare hade samtyckt till köpet. Då ett samtycke enligt 9 kap. 7 § första stycket inte behöver avse en viss bestämd rättshandling utan kan vara mera generellt menade hovrättslagmannen att förmyndaren, genom att ha lämnat en summa pengar till dottern för att denna själv skulle kunna köpa ett par stövlar, fick anses ha samtyckt till det aktuella köpet. – Domen överklagades till Högsta domstolen som inte fann skäl att meddela prövningstillstånd.

I målet tycks ha varit ostridigt att modern var införstådd med att dottern skulle köpa stövlar och i uppfostringssyfte gett henne fri förfoganderätt att bl.a. köpa stövlar, varefter dottern ångrat sig några dagar efter köpet. Dottern hade alltså ett i princip olimiterat samtycke (även befogenhet) till stövelköpet. Dissidenten hade inte ens behövt skriva ”får ... anses ha samtyckt”. Men majoriteten föredrog att inte ta fasta vid det konkreta samtycket utan att i anslutning till lagberedningen slå fast att anförtroendet av pengar ger normal (sedvanlig) behörighet. Jämfört med lagtexten saknade målet förvisso inte prejudikatintresse, men en ändring av domslutet torde ha varit utesluten, och då kan omtanke om den överklagandes rättegångskostnadsansvar ha medfört att målet inte fick prövningstillstånd.

Frågan om underårigas möjlighet att ingå avtal utan förmyndares samtycke har prövats även av Marknadsdomstolen i MD 1986:4. I målet yrkade KO att domstolen skulle förbjuda en video-butik att låta underåriga ingå avtal om hyra av TV-spel utan förmyndares samtycke. Marknadsdomstolen anförde, efter

att ha citerat Walins kommentar till föräldrabalken, att det inte finns någon enkel grund för att avgöra om "erforderligt samtycke" kan anses föreligga utan att denna fråga måste bedömas efter omständigheterna i det enskilda fallet. Eftersom rättsverkningarna av handlingar som vidtas av underåriga kan vara olika från fall till fall och ett flertal omständigheter måste beaktas vid den rättsliga bedömningen, fann Marknadsdomstolen att avtal av det slag som KO påtalat i ärendet (d.v.s. hyra av TV-spel utan förmyndares uttryckliga samtycke) inte alltid är att bedöma som ogiltiga. KO:s talan lämnades därför utan bifall i den delen som avsåg yrkande om förbud mot att hyra ut TV-spel till underårig utan att först förvissa sig om att samtycke förelåg från förmyndare. Däremot ansåg domstolen att företaget skulle förbjudas att låta underåriga, när erforderligt samtycke från förmyndare saknades, underteckna en handling som ger intryck av att en för den underåriga bindande förpliktelse uppkommer genom undertecknandet. Motiveringen var att företaget, bl.a. på grund av avtalets karaktär av uthyrning, värdet av den hyrda varan (cirka 700 kronor) och barnets låga ålder, inte kunde anses vara berättigad att utgå från att samtycke förelåg till hyresavtalets förpliktelser.

Som Marknadsdomstolen anförde är det svårt att generellt säga att uthyrning av TV-spel till underåriga, som inte har förmyndarens uttryckliga samtycke, alltid skulle vara ogiltiga. Men även om sådana avtal i ett visst fall skulle vara ogiltigt, t.ex. på grund av den underårigas ålder och beloppets storlek, kan man med Marknadsdomstolen fråga sig varför uthyrningen ens i ett sådant fall skulle vara förbjuden. Den underåriga är då skyddad genom att avtalet är ogiltigt, och han eller hon har rätt att få tillbaka hyresbeloppet ifall inte förmyndaren godkänner avtalet. Problemet gäller snarast, om uthyraren skulle ha en skyldighet att informera den underåriga om att betalningsskyldighet kanske inte uppkommit och i vart fall vara skyldig att avstå från att begära att den underåriga undertecknar en förbindelse som ger intryck av betalningsansvar. Marknadsdomstolens dom innebär just detta, när erforderligt samtycke inte är styrkt vid avtalets ingående.

Praxis från ARN

ARN har i ett flertal fall prövat frågan om när ett köp ska gå tillbaka på grund av avsaknad av förmyndares samtycke. Nämndens praxis är dock inte enhetlig i denna fråga. Nämndens praxis speglar svårigheten att dra upp klara gränser på detta område.

I ett fall från 1978 hade en 14-årig flicka beställt en Londonresa för drygt 1 000 kronor. Nämnden fann att samtycke saknades och beslöt att resebyrån skulle återbetala köpeskillingen.¹⁰

I ett något senare fall hade en tioårig pojke köpt ett dataspel för 239 kronor. Nämnden anförde bl.a. att man i praktiken inte alltid kräver något verkligt samtycke vid köp. Det räcker att den omyndiga uppträder så att det ser ut som om han eller hon har tillåtelse att handla. I annat fall skulle stora svårigheter uppkomma både för den omyndiga, för förmyndaren och för handeln. Ett tecken på ett underförstått samtycke till fritt förfogande kan t.ex. vara att den omyndiga disponerar över en summa pengar. Nämnden anförde vidare att det aktuella dataspellet var vanligt förekommande, särskilt bland barn strax under tonåren. Emellertid tillhörde spelet den kategori leksaker som en del föräldrar kan antas se som något onyttigt och meningslöst. För en tioåring är 239 kronor en stor summa jämfört med t.ex. den veckopeng om tio kronor som är en vanlig tioårings "lön". Dessa båda omständigheter borde enligt nämndens mening ha gett bolagets företrädare anledning att närmare förhöra sig om tioåringen verkligen hade föräldrarnas tillstånd att köpa spelet; i varje fall hade säljaren inte rätt att utgå ifrån att det fanns ett underförstått samtycke. Avtalet kunde därför inte göras gällande mot den omyndiga.¹¹

Avgörandet synes innebära att barnet var för ungt och beloppet för stort för att inköpet skulle omfattas av vad barn i den åldern sedvanligen får göra för sina fickpengar. Behörighet saknades alltså (jfr 10 § andra stycket avtalslagen), och då kunde barnet bli bundet bara om det fanns ett styrkt samtycke (jfr 11 §

¹⁰ ARN 1978-12-21 Dnr 79/R 5745.

¹¹ ARN 1983-11-11 Dnr 83/R 5852.

andra stycket avtalslagen), vilket alltså saknades. Men ställningstagandet överensstämmer med regeln att barn får behörighet att göra sedvanliga inköp för fickpengar som föräldrarna lämnat till barnet.

I ett ärende från 2001 hade en trettonårig pojke köpt en mobiltelefon för 1 595 kronor för kontanter som han olovligen hade kommit över. Nämnden fann att köpet skulle återgå eftersom sonen var underårig och därmed inte behörig att ingå avtal. Varken telefonen eller startpaketet (med en "samtalspott" för 150 kronor) kunde enligt nämnden anses ha använts till nytta för sonen, varför köpeskillingen skulle återbetalas oavsett om telefonen kunde återlämnas eller inte.¹²

Har ett barn olovligen kommit över föräldrarnas pengar saknar barnet alltid behörighet. Näringsidkaren handlar i detta avseende på egen risk. Förmyndaren ska kunna utöva kontroll genom att begränsa veckopengen.

I ett senare fall ansåg nämnden att en 17-åring köp av en mobiltelefon för 895 kronor var giltigt trots att det gjorts utan förmyndares samtycke. Flickan betalade telefonen kontant med medel som hon hade fått av sina föräldrar. Nämnden konstaterade att regeln om underårigas begränsade rättsliga handlingsförmåga hade mildrats i både domstolars och nämndens praxis och att man vid vissa kontantköp tolkade in ett underförstått samtycke från föräldrarna. Enligt nämndens uppfattning var det inte ovanligt att ungdomar i 17 års-åldern själva köpte telefoner för belopp runt 900 kronor. Detta förhållande och det faktum att flickan disponerade över summan i kontanter gjorde att säljaren hade rätt att utgå från att föräldrarnas samtycke förelåg. Avtalet var därför giltigt.¹³

Utgången stämmer väl med lagmotiven. Det är dock knappast fråga om tolkning av den aktuella förmyndarens samtycke utan snarare om en normativ utfyllning som leder till sedvanlig behörighet. Vid ond tro hos näringsidkare om förmyndarens inställning i det enskilda fallet kan avtalet ändå bli ogiltigt.

¹² ARN 2001-3945.

¹³ ARN 2003-7431.

Förmyndarskapsutredningen

Frågan om underårigas rättshandlingsförmåga har behandlats av förmyndarskapsutredningen i SOU 1988:40. Lagstiftningsärendet initierades bl.a. av en skrivelse från Sveriges Köpmannaförbund, som ansåg att utredningen borde ge förslag till regler som i ökad utsträckning medgav underåriga att ingå köp och att gränsen mellan tillåtna och icke tillåtna köp skulle komma till klarare uttryck i en ny lagstiftning. Förbundet ansåg vidare att en näringsidkares goda tro i fråga om förmyndarens samtycke borde tillmätas större betydelse. Konsumentverket framförde en motsatt uppfattning och menade att någon uppmjukning av reglerna inte borde ske. Tvärtom borde reglerna enligt Konsumentverket tillämpas strikt så att förmyndares samtycke alltid krävdes för giltighet av ett avtal som ingåtts av en underårig. Enligt Konsumentverket borde dock säljaren ha rätt att presumera ett samtycke om den underåriga förfogade över pengarna vid kontantaffärer som inte översteg 60–70 kronor.

Förmyndarskapsutredningen konstaterade att det rådde ett oklart rättsläge beträffande i vilken utsträckning den som har ingått avtal med en underårig kan åberopa god tro i samtyckesfrågan och att det, i avsaknad av vägledande avgöranden från Högsta domstolen, fanns anledning att försöka precisera rättsläget. Enligt utredningens mening skulle det strida alltför mycket mot de omyndigas och föräldrarnas intresse om lagreglerna utformades så att ett köp av underårig blir gällande så snart säljaren är i god tro i samtyckesfrågan. Visserligen kunde det ovan citerade uttalandet av lagberedningen i förslaget till 1924 års förmyndarskapslag enligt utredningen ge visst stöd till en princip om god tro. Enligt utredningen hade emellertid detta uttalande gjorts i en tid då de underårigas ekonomiska förhållanden och även marknaden i stort var helt annorlunda än nu. Numera hade barn och ungdomar enligt utredningen större möjligheter att på egen hand ingå avtal om köp eller tjänster som är onyttiga eller t.o.m. skadliga för dem. Föräldrar och andra förmyndare hade därför ett starkt intresse av att kunna förhindra sådana avtal. Å

andra sidan skulle ett krav för näringsidkarna att uttryckligen inhämta förmyndares samtycke även vid mera triviala köp eller tjänsteavtal bli mycket betungande. Utredningen menade dock att näringsidkarnas intressen i stor utsträckning blev tillgodosedda genom principen om tyst samtycke. Var det fråga om en kontantaffär som var helt normal med hänsyn till den underårigas ålder och till varans eller tjänstens art och pris, borde samtycke i allmänhet kunna anses föreligga. Utredningen påpekade vidare att ett samtycke inte behövde avse en viss bestämd rättshandling utan kan vara mer generellt, t.ex. avse inköp av kläder.¹⁴ För att nu nämnda principer skulle få genomslagskraft föreslog utredningen att 9 kap. 1 § föräldrabalken skulle förtydligas så att det klarare framgick att föräldrarnas samtycke kan vara tyst och att det skulle framgå av lagrummet att en rättshandling som företagits utan samtycke inte är bindande för den underåriga.¹⁵

Förmyndarskapsutredningens förslag ledde emellertid inte till någon lagändring i denna del. Regeringen konstaterade att utredningen kommit fram till att det inte förelåg sådana praktiska problem inom detaljhandeln att det av denna anledning var motiverat att ändra reglerna. Regeringen uttalade vidare att den föreslagna lydelsen inte uppfyllde de krav på klarhet som måste ställas vid utformningen av en så central bestämmelse som den som reglerar underårigas rättshandlingsförmåga. Med hänsyn härtill, och då det inte kunde sägas råda någon tvekan om att en underårigs rättshandling i strid mot bestämmelserna ledde till ogiltighet, framstod ett förtydligande av detta inte som nödvändigt.¹⁶ I propositionen uttalas bl.a. följande i samtyckesfrågan.¹⁷

¹⁴ SOU 1988:40, s. 173 f.

¹⁵ Förslaget till ändring av 9 kap. 1 § föräldrabalken löd: "Den som är under arton år (underårig) är omyndig och får inte utan erforderligt samtycke själv råda över sin egendom eller åta sig förbindelser i vidare mån än vad som följer av vad som skall gälla på grund av lag eller villkor vid förvärv genom gåva, testamente, eller förmånstagareförordnande angående försäkring. En rättshandling som har företagits i strid med vad som nu har sagts är inte bindande för den underåriga."

¹⁶ Prop. 1993/94:251, s. 112.

¹⁷ Prop. 1993/94:251, s. 111.

”Om en underårig vill ingå ett avtal som faller utanför den egna rättshandlingsförmågan, krävs förmyndarens samtycke. Även om lagtexten inte uttryckligen nämner påföljden när en underårig går utanför hans eller hennes rättshandlingsförmåga är den givetvis ogiltighet. Ogiltighet kan göras gällande även gentemot en medkontrahent som är i god tro. Kravet på samtycke är på det sättet absolut. Samtycke kan dock lämnas på flera sätt, bl.a. tyst. Här kan medkontrahentens subjektiva uppfattning spela viss roll. Om förmyndaren genom sitt uppträdande har givit medkontrahenten grundad anledning att anta att samtycke har lämnats, blir den underåriges rättshandling bindande. Att observera är att det här är fråga om att förmyndaren, inte den underårige, ska ha agerat eller underlåtit att agera på ett speciellt sätt för att medkontrahentens goda tro ska vara av betydelse vid bedömningen av om samtycke till rättshandlingen förelåg eller inte.”

6.1.3 Överväganden

Bedömning: Underåriga har ett rimligt skydd enligt det gällande rättsläget, och föräldrabalkens regler kan lämnas oförändrade.

Rättsläget i fråga om underårigas rättshandlingsförmåga framstår som principiellt alldeles klart, men det är inte sällan svårt att tillämpa reglerna i enskilda fall.

Om någon är underårig, måste förmyndaren (med vissa undantag) ha samtyckt till rättshandlingen för att den ska bli bindande; är det fråga om kreditavtal, måste även överförmyndaren ha samtyckt. God tro hjälper i sig inte medkontrahenten; om t.ex. en sjuttonåring olovligen tagit pengar i hemmet och gör ett för åldern sedvanligt kontantköp på 50 kronor, är avtalet inte bindande för sjuttonåringen (jfr 11 § andra stycket avtalslagen).

Förmyndarens samtycke behöver emellertid inte ha varit uttryckligt och riktat omedelbart till medkontrahenten, utan förmyndarens handling kan som övriga rättshandlingar behöva tolkas eller utfyllas; i det sammanhanget åtnjuter medkontrahenten ett visst godtrosskydd (jfr 32 § första stycket och 10 § andra stycket

avtalslagen). Om en förälder gett sitt barn fickpengar, anses det innebära att barnet fått samtycke (behörighet) att göra för åldern sedvanliga kontantaffärer, men även sedvanliga kontantaffärer är ogiltiga om medkontrahenten av särskild anledning insett eller bort inse att just detta barn saknade förmyndarens samtycke (befogenhet).

Applicerat på avtal med hjälp av telefonen eller datorn innebär det ovan nämnda följande. Även om en förälder låter sitt barn använda en telefon eller dator, innebär detta vanligtvis inte att barnet får köpa saker och därvid använda telefonen eller kontot i onlinebutiken som betalningsmedel. Barnets avtal blir därmed bara bindande om förmyndaren faktiskt samtyckt till köpet. Om föräldern däremot godkänner att den underåriga skapar ett konto och knyter ett kontantkort till detta, får barnet behörighet att ingå för åldern sedvanliga avtal. Exempel på sådana köp skulle kunna vara köp av appar för lägre belopp men inte virtuell valuta för flera tusentals kronor. Det bör i sammanhanget även betonas att underåriga inte ens med förmyndarens samtycke kan ingå avtal som innebär skuldsättning.¹⁸ Ett barn kan därmed inte ingå avtal om telefonabonnemang där barnet som abonnent debiteras i efterhand för användandet av tjänsten. En underårig kan inte heller handla appar med hjälp av ett eget konto som är knutet till ett betal- eller kreditkort.

Krävs det ett förtydligande av rättsläget?

Reglerna beträffande underårigas möjlighet att ingå avtal framstår alltså inte som alldeles lättillämpade. Oklarheten gäller framför allt i vilken utsträckning en underårig ska anses ha fått behörighet att fritt förfoga över medel eller kontantkort som den underåriga fått från förmyndaren. Som ovan nämnts har regeringen i proposition 1993/94:251 ansett att 1924 års lagbestämmelser är tillräckliga.

¹⁸ För att ett sådant avtal ska bli bindande krävs nämligen enligt 13 kap. 12 § föräldrabalken överförmyndarens samtycke, se ovan.

I referensgruppen har det emellertid framförts vissa önskemål om ett förtydligande av gällande rätt och en översyn av de regler som reglerar barns rättsliga handlingsförmåga. Representanter för branschen har anfört att underåriga i praktiken har ett visst utrymme att ingå avtal utan förmyndares samtycke och att de nuvarande reglerna i vissa fall utnyttjas av barn eller föräldrar som inte vill stå fast vid ett köp. Enligt representanter för handeln låter näringsidkarna i allmänhet köp återgå om en förmyndare invänder att samtycke saknats. I brist på ett fylligt underlag tvivlar utredningen emellertid på att dessa återgångsfall är så pass vanliga att de skapar verkliga problem för handeln. Förmodligen tjänar näringsidkaren tillräckligt med pengar när den vid avtalslutningen utgår från att alla köp i gränzonen är bindande eller kommer att frivilligt fullföljas.

Sett från den underårigas synpunkt ger praxis i ARN uttryck för en väl avvägd återhållsamhet.

Man kan också fråga sig hur rättslaget skulle kunna förtydligas, om man utesluter att näringsidkarens goda tro om att förmyndaren gett sitt samtycke alltid skulle vara tillräckligt. Det går knappast att ha en fast beloppsgräns för vad ett barn får inhandla kontant. Gränsen skulle behöva differentieras med hänsyn till barnets ålder och indexregleras. Dessutom är det svårt att ha samma beloppsgräns oberoende av vilken vara eller tjänst som inhandlas. Beloppet 1 000 kronor är inte särskilt högt för ett par stövlar men avsevärt för godis eller videofilmer. En beloppsgräns skulle inte heller lösa problemet att ett barn kan göra en serie inköp intill maximibeloppet.

Klarhet skulle kunna skapas om det ankom på näringsidkaren att kunna styrka att förmyndaren i varje enskilt fall gett sitt samtycke, varigenom näringsidkaren alltid handlade helt på egen risk med underåriga. En sådan regel skulle emellertid strida mot gällande rätt och är inte heller önskvärd.

Vad som återstår är att i anslutning till gällande rätt överväga ett tillägg till 9 kap. 6 § föräldrabalken för att klargöra när förmyndarens samtycke får presumeras. I ett nytt stycke skulle det kunna stå:

”En förmyndare, som låtit den underåriga få tillgång till kontanter eller kontantkort, får anses ha gett den underåriga behörighet att ingå avtal som är sedvanliga med hänsyn till den underårigas ålder, avtalets art och övriga omständigheter. Om den med vilken avtalet slöts insåg eller borde ha insett att den underåriga handlade mot särskilda inskränkande föreskrifter, är även ett sedvanligt avtal ogiltigt.”

Denna lagtext gör förmodligen gällande rätt mer tillgänglig än i dag, eftersom formuleringen ”erforderligt samtycke” i 9 kap. 6 § föräldrabalken är tämligen intetsägande.

Å andra sidan rör det sig om en fråga som har avsevärt större räckvidd än det affärsområde som utredningens uppdrag omfattar. Fastän den ovanstående lagtexten endast torde vara ett förtydligande av gällande rätt, kan det hävdas att en översyn av underårigas rättshandlingsförmåga borde beredas i en bredare sammansättning och på ett grundligare sätt än vad denna utredning haft möjlighet till inom sin snäva tidsram.

Utredningen nöjer sig därför med att konstatera att de underåriga synes ha ett tillfredsställande skydd i praxis, att det inte framkommit några påtagliga olägenheter för näringslivet och att gällande rätt med någon möda kan utläsas ur förarbetena till 9 kap. 6 § föräldrabalken.

6.2 Rättsverkan vid ogiltiga avtal

6.2.1 Problembeskrivning

En närliggande fråga vad gäller underårigas användning av premiumtjänster och appar är vilken rättsverkan ett ogiltigt avtal med en underårig medför. De beställda tjänsterna är oftast av sådan karaktär att de inte går att återbära, och det kan då ha betydelse vilken nytta den underåriga haft av de virtuella produkterna.

6.2.2 Rättslig reglering

Avtal som en omyndig ingår utan förmyndarens samtycke är som ovan nämnts enligt huvudregeln inte bindande för den omyndiga, och förmyndaren kan då alltid kräva att avtalet går åter. Har den underåriga ingått avtal utan samtycke får även näringsidkaren frånträda avtalet så länge avtalet inte i efterhand blivit godkänt eller behörigen fullgjort. Om en omyndig ingått avtal med någon som kände till omyndigheten, vilket t.ex. ofta är fallet när unga blir medlemmar på communities på Internet, måste motparten dock under skäligen tid invänta förmyndarens samtycke (9 kap. 6 §).¹⁹ Under denna tid är den som i ond tro avtalat med den omyndiga alltså ensidigt bunden av avtalet. Ifall avtalet godkänns anses avtalet ha gällt från början. Godkännandet får alltså tillbakaverkande kraft.

Är ett avtal ogiltigt, ska prestationerna enligt 9 kap. 7 § föräldrabalken återgå. Detta innebär att varan ska återlämnas mot att köpeskillingen återfås. Finns den köpta varan inte i behåll eller är den av sådan beskaffenhet att den inte kan återlämnas, ska säljaren enligt huvudregeln ha ersättning för varan. Egendomens fulla värde utgör den yttersta gräns till vilken den omyndigas ersättningskyldighet kan sträcka sig. Ersättningskyldighet föreligger emellertid inte i vidare mån än varan använts till skäligen underhåll eller annars har medfört nytta för den underåriga. Bestämmelserna bygger således på principen om obehörig vinst.

Vid köp av ringsignaler, låtar och andra virtuella produkter kan varan i allmänhet inte återlämnas. Fråga uppkommer då till vilken nytta en sådan produkt har varit för köparen. ARN har i ett antal fall funnit att konsumenten vid köp av virtuell valuta inte är skyldig att betala någon ersättning för möjligheten att använda företagets tjänster eftersom dessa inte har varit till nytta för konsumenten.²⁰ Marknadsvärde är enligt ARN således inte detsamma som nytta.

¹⁹ Denna bestämmelse är hämtat från motiven till 25 § avtalslagen, NJA II 1915 s. 223.

²⁰ Se bl.a. ARN:s beslut i 2009-5358 och 2001-3945.

Om den omyndiga felaktigt uppger att han eller hon har fyllt arton år, blir den omyndiga i den omfattning som anses skäligen skadeståndsskyldig för de kostnader och förluster (negativa kontraktssintresset) som han eller hon har orsakat genom de falska uppgifterna. Denna regel skulle kunna bli aktuell vid handel över Internet då det kan tänkas att underåriga många gånger är frestade att uppge att de är myndiga för att kunna handla. Var den omyndigas handlande straffbart, ska han eller hon utge ersättning enligt vad som är stadgat om skadeståndsskyldighet vid brott (alltså utan någon begränsning till skälighet).

6.2.3 Överväganden

<p>Bedömning: Det saknas anledning att förändra regleringen i 9 kap. 7 § föräldrabalken.</p>

Utvecklingen av ny teknik har medfört nya tillämpningsproblem för bestämmelsen i 9 kap. 7 § föräldrabalken. Eftersom digitalt levererade tjänster sällan kan återlämnas blir det ofta aktuellt att bedöma i vad mån den mottagna tjänsten varit den underåriga till nytta. Det har under utredningen framförts att begreppet nytta, som inkluderar en normativ bedömning, är svårbedömt. Enligt utredningens uppfattning speglar emellertid ordet den rättspolitiska grunden bakom bestämmelsen. Har ett barn handlat klokt, så att avtalet medfört nytta, behöver barnet inte skyddas, och barnet ska därmed ersätta näringsidkaren. Ordet nytta anknyter vidare till begreppet "obehörig vinst" som är precis det man vill hindra med regeln. Begreppet bör alltså vara kvar. Det är emellertid viktigt att begreppet tolkas restriktivt för att regelns syfte ska uppfyllas. Om det räckte att barn köpt varan till marknadsvärde för att nytta skulle anses föreligga, skulle barn indirekt bli bundna av de flesta avtal. I praktiken har begreppet också tolkats på så sätt att underåriga i princip aldrig behöver betala för det digitala innehållet vid ett ogiltigt avtal. Men om barnet gjort en besparing

genom att förmyndaren tack vare förvärvet slipper godkänna ett nytt förvärv av en liknande vara som barnet verkligen behöver, bör barnet vara skyldigt att utge ersättning för det mottagnas värde, om förmyndaren vägrar godkänna det gjorda förvärvet.

När en underårig vilselett en näringsidkare om sin behörighet, kan den underåriga bli skadeståndsskyldig för näringsidkarens kostnader och förluster för ingåendet av avtalet och leverans av varan eller tjänsten. Dessa kostnader och förluster torde emellertid vara obetydliga vid dessa digitala avtalsslut och produkter. Om en översyn skulle göras av återgångsregeln i 9 kap. 7 § föräldrabalken bör den dessutom omfatta övriga återgångsregler vid ogiltiga avtal, som t.ex. 5 kap. 3 § jordabalken, lagen (1924:323) om verkan av avtal som slutits under påverkan av psykisk störning samt 4 kap. 17 och 18 §§ konkurslagen. Även återgångsregler i samband med hävning av avtal bör samtidigt uppmärksammas (se bl.a. 66 § köplagen och 23 § konsumenttjänstlagen).²¹

6.3 Marknadsföring riktad mot unga

6.3.1 Problembeskrivning

Barns och ungdomars ökade användning av digitala medier har medfört att de blir exponerade för en tämligen omfattande marknadsföring i dessa situationer. På vissa sociala medier, som t.ex. Facebook, är marknadsföringen i hög grad målinriktad och personligt anpassad samt visas direkt i användarens profil. Det kan därför vara svårt för en ung användare att förstå att det faktiskt är fråga om reklam. När barn och ungdomar använder appar dyker ofta erbjudanden om att köpa s.k. In App-produkter upp i spelet. Även underåriga som blir medlemmar på olika s.k. communities på Internet utsätts för påtryckningar om att uppgradera sitt medlemskap eller köpa olika virtuella produkter. Spelsidorna riktar ofta sin marknadsföring direkt mot de omyndiga användarna på ett sätt som ibland kan ifrågasättas.

²¹ Jfr DCFR VII.-5 och 6 samt CESL artikel 172–175.

6.3.2 Rättslig reglering

Marknadsföringslagen (2008:486)

Det är inte förbjudet att rikta reklam till barn, men det finns olika regler som skyddar barn när det gäller hur reklamen får se ut och vad den får innehålla. Även om marknadsföringslagen inte har någon regel som direkt riktar sig mot marknadsföring mot barn, räknas det enligt punkten 28 i den svarta listan som aggressiv marknadsföring att i en annons direkt uppmana barn att köpa eller att övertala sina föräldrar eller andra vuxna att köpa de utannonserade produkterna åt dem. Som framgått ovan är sådan marknadsföring alltid att anse som otillbörlig oavsett om det kan visas att marknadsföringen påverkat mottagaren.

Marknadsföring riktad mot barn kan även strida mot god affärssed. ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation anger i artikel 18, avdelning I, de särskilda krav som gäller för marknadsföring som riktas mot underåriga. Enligt artikeln ska näringsidkare iaktta särskild aktsamhet i fråga om marknadsföring som riktar sig mot barn och ungdomar. Sådan kommunikation får enligt artikeln inte motverka positiva sociala beteenden, livsstilar och attityder. Produkter som är olämpliga för barn får inte marknadsföras i media som riktar sig till dessa. Marknadsföringen får inte heller utnyttja barns och ungdomars naturliga godtrogenhet eller deras bristande erfarenhet. Detta innebär bl.a. att ett barn måste kunna förstå vad som är reklam och vad som inte är det. Därför får reklam inte utformas som spel, lekar eller liknande. Reklam får inte heller bakas in i spel på Internet så att barn inte förstår vad som är reklam i spelet.²²

Enligt utredningens uppfattning kan därför erbjudanden om In App-köp som dyker upp i appar riktade mot barn och ungdomar strida mot god affärssed, och marknadsföringen kan därmed vara otillbörlig.

²² Malin Forsman, internetpublicering och sociala medier – En juridisk vägledning, uppl. 4, 2011, s. 88.

Kapitel D i ICC:s regler innehåller riktlinjer för reklam och marknadskommunikation i elektroniska media och telefon. Enligt artikel D7 ska föräldrar och vårdnadshavare uppmuntras att delta i och övervaka sina barns interaktiva förehavanden. Vidare får personuppgifter om barn endast lämnas ut till tredje part efter förälders samtycke eller annars om det är tillåtet enligt lag.

Slutligen kan det strida mot god affärssed att skicka direkt-adresserad reklam till barn under 16 år.²³ Det är inte heller tillåtet att adressera reklamen till "målsman för NN". Med direkt-adresserad reklam avses även e-post till underårigas e-postadress. Det kan därför diskuteras om målinriktad reklam som visas i användarens användarprofil på sociala medier i vissa fall kan strida mot god affärssed.

Konsumentombudsmannen (KO) lämnade under våren 2011 in stämmningsansökningar till Marknadsdomstolen mot två företag som driver spelsidor på Internet.²⁴ KO har i ett av målen yrkat att Marknadsdomstolen förbjuder företaget att låta underåriga ingå köpeavtal på hemsidan utan samtycke från den underårigas förmyndare samt att låta underåriga träffa andra avtal med komplicerad lydelse på hemsidan. I det andra målet har KO yrkat att Marknadsdomstolen förbjuder företaget att marknadsföra produkter mot underåriga genom att använda vissa formuleringar.

I det förstnämnda målet menar KO att företaget underlåter att inhämta förmyndares samtycke när en underårig registrerar sig på hemsidan. Det enda som sker är enligt KO att personen får ange en email-adress till sina förmyndare till vilka företaget sedan skickar information. I detta mail bekräftar företaget den underårigas registrering på hemsidan och informerar om att det går att spärra betalteletjänster om förmyndaren kontaktar sin operatör. Det går inte att svara på e-målet. Det krävs alltså inget agerande från förmyndaren för att den underåriga ska bli bunden av avtalet. Företaget gör inte heller någon kontroll att email-adressen verk-

²³ Jfr bl.a. MD 1999:26 och MarknadsEtiska rådets vägledande uttalande 17/2007-Dnr 11/2006.

²⁴ Marknadsdomstolens mål nr B 4/11 och 5/11.

ligen går till den underårigas förmyndare eller att brevet öppnas. Om användaren är över 15 år behöver förmyndares email-adress över huvud taget inte anges. KO menar alltså att företagets affärsmetod att låta underåriga ingå avtal om köp strider mot föräldrabalkens tvingande regler om förmyndares samtycke. KO anför vidare att avtalsvillkoren är så pass komplicerade att det inte kan förutsättas att barn förstår dem. Vid sådana förhållanden kan inte ens förmyndares samtycke i efterhand leda till att avtalet blir giltigt.

I det andra målet anför KO att företagets marknadsföring är otillbörlig då den direkt uppmanar barn att köpa eller att övertala sina föräldrar att köpa de utannonserade produkterna till dem. KO menar att det på hemsidan riktas flera direkta köpuppmaningar till de underåriga användarna i samband med att de nekas utföra vissa vanliga aktiviteter i spelet, såsom att öppna en present eller att handla kläder. KO menar också att marknadsföringen strider mot god marknadsföringssed då den utnyttjar barns och ungdomars naturliga godtrogenhet eller brist på erfarenhet genom att gång på gång, trots att användaren redan tackat nej till erbjudandet, erbjuda denna att uppgradera sitt medlemskap och samtidigt locka med "gratis" virtuella pengar eller möbler. Huvudförhandling i målen förväntas hållas under hösten 2012.

Utredningen gör den kommentaren till det förstnämnda fallet att det inte i sig strider mot föräldrabalkens regler att låta underåriga ingå avtal utan förmyndarens samtycke. Sådana fall ska enligt 9 kap. 6 § ses som ett anbud till förmyndaren att inom skälig tid godkänna avtalet. Viktigt är emellertid att näringsidkaren inte på något sätt vilseleder barnet eller förmyndaren om barnets bundenhet av det ingångna avtalet (jfr MD 1986:4).

Självreglering

På marknaden finns också ett viss mått av självreglering i dessa frågor.²⁵ I ERB:s etiska regler finns bestämmelser om att marknadsföring av betalteletjänster inte får förekomma om denna väsentligen riktar sig till personer under 14 år och kostnaden för att begagna sig av tjänsten kan överstiga 10 kronor. Som tidigare nämnts gäller denna självreglering emellertid enbart premiumtjänster, och något motsvarande regelverk finns varken på applikationsmarknaden eller för spelsidor på Internet.

6.3.3 Överväganden

Bedömning: Den reglering som finns ger ett fullgott skydd även när marknadsföring riktas mot barn. Frågor om hur reglerna närmare ska tillämpas i och med uppkomsten av den nya tekniken och mobiltelefonens ändrade användningsområde överlämnas åt praxis.

Det finns alltså en tämligen omfattande reglering som träffar marknadsföring riktad mot barn. Dessa bestämmelser grundas i de flesta fall på Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder. Direktivet är ett s.k. fullharmoniseringsdirektiv, och det är därför svårt att nationellt reglera de frågor som omfattas av direktivets tillämpningsområde ytterligare. Regler mot marknadsföring, som i huvudsak har motiverats av andra skäl än sådana som är att hänföra till konsumentkollektivets ekonomiska intressen, faller emellertid utanför direktivets tillämpningsområde. Det borde därmed finnas en, om än liten, möjlighet att införa ytterligare regler om marknadsföring mot unga så länge dessa regler motiveras av att skydda deras hälsa och säkerhet i stället för ekonomiska intressen. Sådana regler omfattas nämligen inte av direktivets tillämpningsområde. Regeringen har exempel-

²⁵ Se avsnitt 2.3.3 för närmare genomgång av marknads självreglerande system.

vis gjort bedömningen att barnreklamförbudet i 7 kap. 4 § radio- och TV-lagen inte strider mot direktivet trots att barnreklamförbudet går längre än vad direktivet stadgar, eftersom förbudet har andra skyddsintressen än direktivet och därmed inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. Ett antal av remissinstanserna var dock av motsatt uppfattning och ansåg att barnreklamförbudet stod i strid mot direktivet.²⁶ Frågan om direktivets tillämplighet är alltså svårbedömbär.

Oavsett vilken som är direktivets yttersta gräns är det utredningens bedömning att det regelverk som finns ger tillräckligt stöd för att skydda barn och ungdomar mot oönskad marknadsföring. Hur reglerna närmare ska komma att tillämpas i dessa nya situationer kan överlämnas åt de rättstillämpande myndigheterna.

²⁶ Prop. 2007/2008:115, s.130 ff.

7 Tvingande konsumentskydd vid dröjsmål och fel på digitala produkter och tjänster

7.1 Problembeskrivning

Som framgår av analysen nedan är varken konsumentköplagen (med vissa undantag) eller konsumenttjänstlagen tillämplig när en konsument ingår ett avtal om digitalt innehåll. Konsumenten har därmed i allmänhet inget säkert tvingande skydd vid förseningar i leveransen eller fel i varan eller tjänsten. En analog tillämpning av lagarna kan emellertid bli aktuell, och de nämnda lagarna kan tänkas bli använda som jämförelsenorm vid en jämkning av oskäligen avtalsvillkor med stöd av 36 § avtalslagen.

Ett flertal av medlemmarna i referensgruppen har framfört att det finns ett behov av att låta den tvingande konsumenträttsliga lagstiftningen omfatta även avtal om digitalt innehåll. Problemet är dock inte avgränsat till att avse endast de produkter och tjänster som denna utredning främst berör utan omfattar samtliga avtal om digitalt innehåll. Vid samtal med såväl ARN som ERB har det å andra sidan framkommit att konsumenterna sällan har klagomål på själva innehållet i produkten eller tjänsten, och det kan därmed ifrågasättas om det i praktiken finns ett reellt behov av lagstiftning.

I detta avsnitt behandlar vi konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen samt möjligheten att tillämpa dessas regler analogt på avtal om digitalt innehåll. Avsnittet avslutas med en analys av huruvida en analog tillämpning av lagarna, i kombination med 36 § avtalslagen, ger

ett fullgott konsumentskydd eller om även avtal om digitalt innehåll bör omfattas av den tvingande lagstiftningen.

7.2 Rättslig reglering

7.2.1 Konsumenttjänstlagen (1985:716)

Allmänt om lagen

Konsumenttjänstlagen reglerar avtal om tjänster som näringsidkare utför åt konsument. Med konsument avses fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet, och med näringsidkare avses en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten (1 a §). Lagreglerna är i huvudsak tvingande till konsumentens förmån.

Lagen innehåller inledningsvis regler om näringsidkarens utförande av uppdraget (4–8 §§). Näringsidkaren ska utföra tjänsten fackmässigt och med omsorg ta tillvara konsumentens intressen. Näringsidkaren ska vid behov samråda med konsumenten och ge denne lämplig vägledning samt underrätta konsumenten om behov av tilläggsarbete. Näringsidkaren är skyldig att utföra särskilt angeläget tilläggsarbete och avråda konsumenten från tjänster som inte är till nytta för honom eller henne.

I lagen regleras vidare vilka rättigheter konsumenten har om tjänsten utförs felaktigt (9–23 §§) eller om näringsidkaren gör sig skyldig till dröjsmål vid utförandet (24–30 §§). Som fel räknas även avvikelser från reklamuppgifter och liknande (s.k. marknadsföringsansvar). Ett fel ska reklameras inom skälig tid. Som yttersta frist gäller två år från det att uppdraget avslutades, utom vid arbete på byggnader eller fast egendom då tiden är tio år. Vid fel är näringsidkaren normalt skyldig att avhjälpa felet. Avhjälpan ska i princip ske utan kostnad för konsumenten. Om felet inte avhjälps har konsumenten rätt att göra avdrag på priset eller, vid väsentliga

fel, häva avtalet. Konsumenten får även häva avtalet vid väsentligt dröjsmål.

Häver konsumenten avtalet har näringsidkaren inte rätt till betalning för tjänsten (23 §). Näringsidkaren har rätt att återfå det material som han har tillhandahållit, om det kan ske utan att konsumenten åsamkas olägenhet eller kostnader av betydelse. I den mån det är skäligt ska konsumenten ersätta näringsidkaren för kostnader för vad som ej kan återlämnas, dock högst med ett belopp som motsvarar dettas värde för konsumenten.

Lagen reglerar också näringsidkarens skadeståndsskyldighet (31–35 §§). Vid fel och dröjsmål har konsumenten rätt till skadestånd om inte näringsidkaren kan visa att det inte har förekommit någon försummelse på hans sida.

Lagen innehåller även regler om tjänstens pris (36–41 §§) och konsumentens rätt att avbeställa tjänsten (41–45 §§). Har priset för en tjänst inte avtalats, behöver konsumenten inte betala mer än skäligt pris. Näringsidkaren får bara i begränsad utsträckning avvika från en ungefärlig prisuppgift. Om konsumenten avbeställer en tjänst är konsumenten skyldig att betala för redan utfört arbete och ersätta näringsidkaren för vissa förluster. Konsumenten är dock inte skyldig att betala förlustersättning om han eller hon avbeställer tjänsten för att den har blivit onyttig för honom eller henne av skäl som konsumenten inte kan råda över.

Slutligen innehåller lagen regler för vad som gäller vid konsumentens dröjsmål (45–50 §§), en bestämmelse om skadelidande parts skyldighet att begränsa skadan (50 a §) samt vissa bestämmelser om småhusentreprenad (51–61 §§).

Vid en genomgång av lagens regler framgår att lagen endast i mindre utsträckning reglerar avtalsslutet och konsumentskyddet i samband med detta. Lagen behandlar t.ex. inte alls frågan om ångerrätt och innehåller endast ett fåtal regler om näringsidkarens skyldighet att lämna information av olika slag. Konsumentens skydd i detta avseende kompletteras av distans- och hemförsäljningslagen och konsumentavtalsvillkorlagen, se mer om dessa lagar i avsnitt 4.2.1 och 8.3.2.

Lagens tillämpningsområde

Konsumenttjänstlagen är tillämplig på tjänster som näringsidkaren utför vid arbete på lösa saker och på fastigheter. Närmare preciserat omfattar lagen enligt 1 § dels avtal om tjänster avseende arbete på lösa saker, dock inte behandling av levande djur, dels arbete på fast egendom, på byggnader eller andra anläggningar på mark eller i vatten eller på andra fasta saker, dels förvaring av lösa saker med undantag för förvaring av levande djur. Enligt 2 § gäller lagen inte heller tillverkning av lösa saker, installation, montering eller annat arbete som en näringsidkare utför för att fullgöra ett avtal om köp av lös sak eller arbete som till fullgörande av ett avtal om köp utförs för att avhjälpa fel i den sålda egendomen. Konsumenttjänstlagen är inte tillämplig på immateriella tjänster, alltså uppdrag som inte är knutna till fysiska föremål. Digitala produkter som exempelvis en ringsignal eller en app kan nog aldrig anses vara en lös sak, och lagen blir därmed inte tillämplig på köp av dessa digitala tjänster. Dessa avtal innebär inte heller att näringsidkaren utför något arbete på konsumentens egendom. Inte heller när konsumenten genom premium-sms eller betalsamtal köper andra former av tjänster, som t.ex. en bussresa eller väderinformation, är lagen tillämplig. Det är nämligen inte heller vid dessa köp fråga om arbete på fysisk egendom. Detta innebär att konsumenttjänstlagen inte är tillämplig på de avtal om digitalt innehåll som denna promemoria behandlar.

Frågan om utvidgning av konsumenttjänstlagens tillämpningsområde behandlades i promemorian "Konsumenttjänster m.m."¹ och resulterade i ett förslag att lagens tillämpningsområde skulle utvidgas till att även avse offentliga tjänster samt behandling av levande djur och personer, undervisning, motionstjänster, upplevelsetjänster, hushållstjänster, festarrangemang och begravingar. Som utvecklas närmare nedan föreslog utredaren också att köp av vissa digitala produkter skulle omfattas av konsumentköplagen. Förslaget har inte lett till några lagändringar.²

¹ Ds 2009:13.

² Se prop. 2010/11:28 om enklare avbetalningsköp.

Analog tillämpning av konsumenttjänstlagen

Det förekommer alltså en rad tjänster som inte omfattas av lagens tillämpningsområde. Enligt förarbetena finns det emellertid utrymme för att tillämpa lagen analogt vid många sådana tjänster. Det blir i sådana fall främst aktuellt att använda reglerna som dispositiv rätt, d.v.s. som utfyllande rätt i frågor som inte har reglerats genom avtalet mellan parterna. Som nämndes ovan bör lagen även kunna ge ledning när det gäller att bedöma huruvida ett villkor i ett avtal som faller utanför lagens tillämpningsområde är att betrakta som oskäligt enligt 36 § avtalslagen.³ Lagen bör tillmätas desto större betydelse ju mer den aktuella avtalssituationen liknar de avtalssituationer som omfattas av lagen.⁴ Exempel på situationer där en analog tillämpning kan bli aktuell är enligt förarbetena behandling av personer och djur, undervisning samt rådgivnings- och provningsverksamhet. Det framhålls dock att man får pröva noga om en regel i lagen passar in på den aktuella avtalstypen.⁵

Högsta domstolen har i NJA 2002 s. 644 funnit konsumenttjänstlagen analogt tillämplig vid avtal om kursundervisning. I NJA 2009 N 3 ansåg minoriteten att konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen var analogt tillämpliga på persontransporter med järnväg (majoriteten tog inte ställning). Nyligen kom ett HD-fall om analog tillämpning av konsumenttjänstlagen på tandvårdsbehandling.⁶ Bortsett från dessa rättsfall är praxis från domstolarna sparsam på detta område. Desto fler avgöranden finns från ARN, som i ett antal fall har funnit att konsumenttjänstlagen ska tillämpas analogt på olika tjänster som inte omfattas direkt av lagen. I ett avgörande från 1999 fann nämnden att lagen kunde tillämpas analogt på transporttjänster.⁷ Det var i ärendet fråga om en tunnelbaneresenärs rätt till kompensation på grund av förseningar och andra olägenheter i tunnelbanetrafiken.

³ Se bl.a. NJA 2005 s. 142 ang. jämkning av räntejusteringsklausul i leasingavtal.

⁴ Prop. 1984/85:110, s. 142.

⁵ SOU 1979:36 s. 108 f och 120 f.

⁶ Högsta domstolens dom 2011-09-23 i mål T 4062-09, NJA 2011 s. 600.

⁷ ARN:s avgörande 1999-06-24, ärende 1998-5574.

Kan konsumenttjänstlagen tillämpas analogt på avtal om digitalt innehåll?

Frågan blir då om en analog tillämpning av lagens regler är möjlig och rimlig på avtal om digitalt innehåll. Lagens förarbeten öppnar för en relativt vidsträckt analog tillämpning. ARN har i ett fall från 2009 funnit lagen tillämplig på digitala tjänster.⁸ Ärendet rörde två konsumenter som av sin teleoperatör hade debiterats för premiumtjänster som påstods ha utförts av innehållsleverantörer. Vad gäller frågan om lagens analoga tillämpning uttalade nämnden följande.

”De aktuella innehållstjänsterna är, som framgår av ingivna fakturaspecifikationer, inte fysiska varor utan tjänster, exempelvis datingtjänster. Denna typ av tjänster omfattas inte direkt av konsumenttjänstlagen och därmed inte heller direkt av konsumentkreditlagen. Det torde emellertid finnas ett utrymme för att analogt tillämpa konsumentkreditlagens regler på sådana tjänster, i synnerhet då konsumenttjänstlagen i praxis har ansetts analogt tillämplig på jämförbara tjänster, som t.ex. kursverksamhet (jfr NJA 2002 s. 644).”

Nämnden fann därför att reglerna i 16 och 18 §§ konsumentkreditlagen kunde tillämpas analogt i fallet. Nämnden har även i ett ärende från 2010 kommit till samma slutsats.⁹ De nu nämnda ärendena rörde emellertid inte en tillämpning av konsumenttjänstlagens regler i sig utan endast frågan om (den förra) konsumentkreditlagens hänvisning till konsumenttjänstlagen medförde att konsumentkreditlagen var tillämplig. Det saknas alltså ärenden från ARN där konsumenttjänstlagens regler har tillämpats på avtal om digitalt innehåll, men det ovan citerade uttalandet ger visst stöd för att nämnden anser att så skulle kunna ske.

Vid frågan om en analog tillämpning av lagen är lämplig bör man hålla i minnet att denna promemoria behandlar en rad olika typer av digitala tjänster. Vid sådana tjänster som i det ovan nämnda ärendet, d.v.s. olika former av tjänster som påminner om rådgivningsverksamhet, kan det ligga nära till hands att finna

⁸ 2009-10258.

⁹ 2010-0538.

vägledning i konsumenttjänstlagen. Som exempel kan nämnas när en konsument genom betalsamtal eller premium-sms beställer väderinformation eller horoskop. Även vid sms-köp av t.ex. bussbiljetter och liknande ligger det nära till hands att tillämpa lagen.¹⁰

Vid andra former av avtal om digitalt innehåll, som t.ex. köp av appar eller liknande digitala produkter, ter sig en analog tillämpning av lagen mindre närliggande. Vid köp av sådana tjänster är det nämligen ofta fråga om en leverans av en immateriell produkt genom överlåtelse eller upplåtelse utan något egentligt moment av arbetsprestation. I promemorian ”Konsumenttjänster m.m.” diskuteras frågan om analog tillämpning av lagen på internetjänster. Utredaren framhåller där att ett köp av digitala tjänster till sin karaktär är mer likt ett konsumentköp och att en analog tillämpning av konsumenttjänstlagen inte vore speciellt lyckad. Det är nämligen inte fråga om arbete eller andra åtgärder med annans egendom, och näringsidkarens prestation är av helt annat slag än den som konsumenttjänstlagen reglerar.¹¹

7.2.2 Konsumentköplagen (1990:932)

Allmänt om lagen

Konsumentköplagen är en viktig och central lag om konsumentskydd. Den första konsumentköplagen kom år 1973, men i den behandlades endast vissa frågor som ansågs särskilt viktiga för konsumenterna. I övrigt gällde i stället den dåvarande köplagen. Den nuvarande konsumentköplagen tillkom år 1990 och reglerar i princip uttömmande vad som gäller vid konsumentköp. Lagen innehåller tvingande regler om köp av lösa saker som en näringsidkare säljer till en konsument.

Lagen innehåller bl.a. regler om varans avlämnande (4–8 §§). Om inte annat följer av avtalet ska varan hållas tillgänglig för

¹⁰ Jämför det ovan nämnda ärendet från ARN beträffande tunnelbaneresor.

¹¹ Se vidare Ds 2009:13, s. 138.

avhämtning där säljaren har sitt affärsställe. Varan är avlämnad när köparen får den i sin besittning, och då går också risken för varan över på köparen (6 och 8 §§).

Lagen innehåller vidare en rad bestämmelser om påföljder vid säljarens dröjsmål (9–15 §§). Vid säljarens dröjsmål får köparen hålla inne med betalningen, välja mellan att kräva fullgörande av köpet eller häva köpet samt kräva skadestånd. För att köparen ska få häva köpet krävs att säljarens dröjsmål är av väsentlig betydelse för köparen.

En stor del av lagen utgörs av bestämmelser beträffande när en vara ska anses vara felaktig och vilka påföljder en felaktig vara kan medföra (16–34 §§). Varan ska i fråga om art, mängd, kvalitet samt andra egenskaper och förpackning stämma överens med vad som följer av avtalet. Om inte annat följer av avtalet ska varan bl.a. vara ägnad för de ändamål för vilka varor av samma slag i allmänhet används eller vara ägnad för det särskilda ändamål för vilket köparen avsåg att varan skulle användas om säljaren vid köpet måste ha insett detta särskilda ändamål. Precis som i konsumenttjänstlagen räknas även avvikelser från reklamuppgifter och liknande som fel (s.k. marknadsföringsansvar). Vid fel i varan har köparen rätt att kräva avhjälpande, omleverans, prisavdrag eller ersättning för att avhjälpa felet eller häva köpet (22 §). För att få rätt att häva köpet krävs dock att felet är av väsentlig betydelse för konsumenten (29 §). Vid fel i varan har konsumenten även rätt till skadestånd (30 §). Precis som vid konsumenttjänster måste köparen reklamera felet inom skälig tid. En reklamation gjord inom två månader efter det att köparen märkt eller borde ha märkt felet anses alltid vara lämnad i rätt tid (23 §).

Enligt såväl 15 som 23 § kan reklamation ske även till en näringsidkare som för en privatpersons räkning förmedlat köpet.

Lagen innehåller vidare bestämmelser om hur priset för varan ska bestämmas samt konsekvenser vid köparens dröjsmål med betalningen (35–41 §§). I den mån priset inte följer av avtalet ska konsumenten betala vad som är skäligt med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet samt omständigheterna i övrigt. Om köparen avbeställer varan innan den har

avlämnats har säljaren inte rätt att hålla fast vid köpet och kräva betalning. I stället har han rätt till skadestånd (37 §). Vid dröjsmål på köparens sida får säljaren hålla inne varan, kräva betalning eller häva köpet och i så fall kräva skadestånd (39 §).

Lagen innehåller även en del gemensamma bestämmelser som gäller såväl köparen som säljaren (42–47 §§). Vid hävning får båda parter kräva att motparten lämnar tillbaka vad han tagit emot (45 §). Kan inte köparen lämna tillbaka varan i väsentligen samma skick går han miste om hävningsrätten (45 §).

Till sist innehåller konsumentköplagen en bestämmelse om köparens möjlighet att rikta anspråk mot näringsidkare i tidigare säljled (46 §). En köpare har normalt inte rätt att vända sig mot någon annan än sin motpart i avtalet, säljaren. Enligt 46 § har köparen emellertid rätt att rikta anspråk på grund av fel mot näringsidkare i tidigare säljled som överlåtit varan för vidareförsäljning, om säljaren är på obestånd eller har upphört med sin näringsverksamhet eller inte kan anträffas. En förutsättning är emellertid att motsvarande anspråk hade kunnat framställas av den som förvärvat varan från det tidigare ledet.

Lagens tillämpningsområde

Konsumentköplagen är tillämplig på köp av lösa saker som en näringsidkare säljer till en konsument. Definitionen av konsument och näringsidkare är samma som i konsumenttjänstlagen, se ovan. För att undvika att lagens regler kringgås gäller lagen även i fall då säljaren inte är en näringsidkare, om köpet förmedlas för säljaren av en näringsidkare. Säljaren och näringsidkaren som förmedlar köpet blir i sådana fall solidariskt ansvariga för säljarens skyldigheter enligt lagen.

Med lösa saker avses rörliga fysiska föremål, som t.ex. kläder, bilar, leksaker och livsmedel. Lagen gäller enligt 2 § även beställning av en vara som ska tillverkas. Sådana avtal är alltså alltid att anse som köp och inte som en tjänst. Om konsumenten ska tillhandahålla en väsentlig del av materialet gäller dessutom reglerna

om omsorg och avrådande i 4 § första stycket och 6–7 §§ konsumenttjänstlagen. Konsumentköplagen gäller dock inte avtal som innebär att den som ska leverera en vara även ska utföra arbete eller någon annan tjänst, om tjänsten utgör den övervägande delen av hans förpliktelse. Lagen är inte heller tillämplig på köp av nyttjanderätter, fordringar, panträtter, aktier och andra värdepapper.

När en konsument använder sin telefon för att genom premium-sms eller betalsamtal betala en lös sak, som t.ex. godis i en automat, råder det inte någon tvekan om att konsumentköplagen är tillämplig. Köp av olika former av digitalt innehåll, som t.ex. ringsignaler, virtuella produkter, datorspel eller musik, omfattas däremot i allmänhet inte av konsumentköplagen. För det första är dessa produkter inte lösa saker i lagens mening eftersom det inte är fråga om några fysiska föremål (såvida de inte levereras på ett fysiskt medium som en CD-skiva). För det andra torde det sällan vara fråga om ett köp som leder till äganderätt till en vara utan om ett avtal om nyttjanderätt. Konsumenten får en licens att förfoga över ett exemplar av produkten i enlighet med ingångna avtalsvillkor och lag. Rättigheterna till produkten stannar ofta kvar hos rättighetshavarna, och det ligger därför många gånger nära till hands att beskriva konsumenternas rätt som en nyttjanderätt av ett exemplar.¹² Som tidigare nämnts är konsumentköplagen inte direkt tillämplig på nyttjanderätter.

I den ovan nämnda promemorian ”Konsumenttjänster m.m.”¹³ föreslog utredaren att vissa regler i konsumentköplagen skulle bli tillämpliga även på köp av ”nätvara”. Med denna term skulle avses överföring på nätet, såväl nedladdning som s.k. streaming, av digitalt material som omfattades av upphovsrättslagen. Begreppet skulle alltså antagligen omfatta vissa datorprogram och datorspel som t.ex. appar. Begränsningen till verk som skyddas av upphovsrättslagen skulle emellertid ha medfört att många digitala tjänster, som t.ex. ringsignaler, inte hade omfattats av konsumentskyddet. Vissa följdändringar skulle enligt förslaget behöva

¹² Se Ds 2007:29, s. 301 ff.

¹³ Ds 2009:13.

göras i konsumentköplagen. T.ex. skulle nätvaran anses avlämnad när den blivit tillgänglig för användning hos köparen. Vidare skulle ett tillägg till 43 § göras om att köparen vid köp av nätvara inte var skyldig att lämna tillbaka vad han tagit emot vid hävning. En konsekvens av lagförslaget hade blivit att vissa avtalade begränsningar i näringsidkarens ansvar vid bl.a. kommunikationsstörningar skulle vara utan verkan. Förslaget mottogs i huvudsak positivt av remissinstanserna men har inte lett till lagstiftning. I propositionen¹⁴ motiverade regeringen detta enligt följande.

”I promemorian finns det även ett förslag om att konsumentköplagens bestämmelser, med vissa justeringar, ska tillämpas på köp av film och musik på internet. Lagen torde redan vara tillämplig på vissa sådana digitala köp och i vart fall är det, som framgår av promemorian, naturligt att hämta ledning från den och tillämpa den analogt på den här typen av avtal. På grund av den snabba utvecklingen av tekniken på området är det, som några remissinstanser är inne på, dessutom svårt att få till stånd en ändamålsenlig lagreglering som håller över tid. Med hänsyn till detta och till det pågående arbetet i frågan i Europeiska kommissionen bör det enligt regeringens bedömning inte lagstiftas på föreliggande underlag.”

Kan konsumentköplagen tillämpas analogt på avtal om digitalt innehåll?

Eftersom konsumentköplagen är tillämplig på de flesta slags konsumentköp, blir det vanligtvis inte aktuellt att tillämpa lagen analogt. Delvis av denna anledning saknas det i princip praxis i frågan. ARN har dock i ett fall från 2011 tillämpat 16 § konsumentköplagen analogt vid köp av en cykelresa. Som skäl för detta angav nämnden att bestämmelserna i lagrummet gav uttryck för en allmän konsumentköprättslig princip och därför borde kunna användas analogt på andra köp som konsumenterna gör och alltså inte enbart vid köp av varor.¹⁵

¹⁴ Prop. 2011/12:28, s. 20.

¹⁵ ARN:s avgörande i ärende 2010-9241.

Det kan tänkas att konsumentköplagen kan tillämpas analogt på i vart fall avtal om digitalt innehåll. Att så är fallet får visst stöd av det ovan citerade uttalandet i propositionen 2011/12:28 men också av olika utredningar beträffande konsumentskyddet vid avtal om digitalt innehåll.¹⁶

Precis som vid en eventuell tillämpning av konsumenttjänstlagen är det emellertid inte alla bestämmelser i lagen som lämpar sig för digitala köp. Som även tidigare utredningar varit inne på ger reglerna om platsen för avlämnandet ingen vägledning i fråga om leverans av digitala produkter. Även reglerna om återställande av varan är svåra att tillämpa eftersom produkterna vanligtvis inte kan återlämnas. I 45 § första stycket finns en bestämmelse om att köparen får häva köpet även om varan inte kan återlämnas om varan har förstörts, kommit bort, försämrats eller minskat genom sin egen beskaffenhet eller något annat förhållande som inte beror på köparen utan att behöva utge någon ersättning till säljaren (jfr andra stycket). Bestämmelsen i första stycket torde inte vara tillämplig på varor som är av sådan beskaffenhet att de över huvud taget inte kan återlämnas. Konsumentköplagen saknar en bestämmelse motsvarande 23 § första stycket sista meningen i konsumenttjänstlagen om att konsumenten vid hävning i den mån det är skäligt ska ersätta näringsidkaren för dennes kostnader för vad som inte kan återlämnas, dock högst med ett belopp som motsvarar dettas värde för konsumenten. Trots att vissa av konsumentköplagens regler saknar relevans vid köp av digitala produkter, finner man vid en genomgång av lagen att en övervägande del av reglerna trots allt skulle kunna tillämpas analogt. Praxis saknas emellertid. Det gäller även frågan om i vad mån konsumentköplagens regler med stöd av 36 § avtalslagen är tvingande till konsumentens förmån vid köp av digitalt innehåll.

¹⁶ Se Ds 2009:13, s. 247 och Ds 2007:29, s. 302.

7.2.3 Common European Sales Law (CESL)

Som tidigare nämnts är CESL ett förslag från EU-kommissionen om en europeisk köplag som blir tillämplig om parterna särskilt avtalar om detta.¹⁷ Tillämpningsområdet för CESL föreslås även omfatta avtal om tillhandahållande av digitalt innehåll. Digitalt innehåll definieras enligt artikel 2 (j) som ”data som framställs och tillhandahålls i digital form, oavsett om det sker enligt köparens specifikationer eller inte, inklusive digitalt video-, ljud-, bild-, och skriftmaterial, video- och datorspel, programvara och digitalt innehåll som gör det möjligt att individanpassa befintlig hårdvara eller programvara”. Elektroniska kommunikationstjänster och nätverk samt därtill knutna anläggningar och nätverk är uttryckligen undantagna från definitionen. Lagen föreslås bli tillämplig även om ett konkret pris inte har betalats för det digitala innehållet. Att så är fallet beror på att digitalt innehåll inte alltid tillhandahålls mot ett fastställt pris. I stället kan sådana varor ibland tillhandahållas mot att konsumenten exempelvis ger näringsidkaren tillgång till sina personuppgifter, och lagen är alltså tänkt att kunna vara tillämplig även i sådana situationer.

Definitionen av digitalt innehåll är bred och omfattar såväl digitala premiumtjänster vilka levereras till mobiltelefonen som appar.

Sanktioner vid avtalsbrott

Vid näringsidkarens avtalsbrott får konsumenten enligt artikel 106 välja mellan att kräva fullgörelse, få varan ersatt, få felet avhjälpt, begära nedsättning av priset eller häva avtalet. Konsumenten har också rätt till skadestånd för eventuella förluster. För att en konsument ska ha rätt att häva avtalet på grund av att varorna inte överensstämmer med avtalet krävs enligt CESL att avtalsbrottet inte är obetydligt (artikel 114). CESL:s regler ger alltså i denna del ett starkare skydd än de svenska konsument-

¹⁷ Se avsnitt 4.2.1 ovan för en genomgång av CESL.

skyddslagarna där det krävs att avtalsbrottet ska vara av väsentlig betydelse för konsumenten. Vad gäller hävning av avtalet på grund av dröjsmål krävs, precis som enligt de svenska reglerna, att dröjsmålet är väsentligt (för det fall säljaren inte har meddelat en tilläggsperiod av skäligen längd).

Om en part förklarar sig inte vara bunden av avtalet eller häver ett avtal ska prestationerna enligt artikel 172 återgå. Om det som har erhållits inte kan återlämnas ska mottagaren betala värdet av det erhållna i pengar. När det gäller digitalt innehåll ska penningvärdet av det som har erhållits vara det belopp som konsumenten har sparat in genom att använda det digitala innehållet (artikel 173 p. 4).

7.3 Överväganden

Bedömning: Den konsumenträttsliga lagstiftningen är möjlig att tillämpa analogt på avtal om digitalt innehåll, och med stöd av 36 § avtalslagen kan bestämmelserna bli tvingande. Det saknas därför tillräckligt behov av att nu utsträcka konsumentköplagens eller konsumenttjänstlagens tillämpningsområde.

Uppkomsten av Internet och annan teknisk utveckling har medfört att konsumenterna numera ingår en mängd avtal som inte omfattas av tvingande konsumenträttslig lagstiftning. Avtal om premiumtjänster och appar är exempel på sådana avtal, och vi har därför utrett huruvida avsaknaden av lagstiftning på området innebär en brist i konsumentskyddet och om denna brist i så fall bör avhjälpas genom lagstiftning.

Frånvaron av direkt tillämplig tvingande konsumentskyddslagstiftning innebär en begränsning av konsumentskyddet. Det är alltid förenat med en viss osäkerhet för både konsumenter och rättstillämpande myndigheter att bedöma om en lag kan tillämpas analogt och om lösningen i fråga ska vara tvingande med stöd av 36 § avtalslagen. Frånvaron av direkt tillämplig tvingande

konsumentkyddslagstiftning vid avtal om digitalt innehåll är anmärkningsvärd, eftersom många konsumentavtal avser just sådana varor eller tjänster.

Utredningen har därför övervägt att göra konsumentköplagen och/eller konsumenttjänstlagen tillämplig på avtal om digitalt innehåll. Mot detta finns emellertid flera argument.

En invändning gäller det praktiska behovet. Det har under utredningen framkommit att konsumenter sällan klagar på dröjsmål eller fel vid avtal om digitalt innehåll. Även om detta till viss del beror på att sådana avtal ofta rör små summor, är det ändå en indikation på att försenade eller felaktiga leveranser inte är vanliga i praktiken.

Ett annat problem gäller att avtal om digitalt innehåll avser olika slags varor och tjänster och därför inte utan vidare låter sig inordnas under en och samma konsumentkyddslag. På vissa avtal om digitala tjänster, som t.ex. avtal om nätauktioner och tillhandahållande av externt hårddiskutrymme, hade konsumenttjänstlagens regler passat bättre, medan andra avtal om digitalt innehåll, som t.ex. avtal om ringsignaler eller appar, till sin karaktär mer påminner om köp av lösa saker och därmed borde falla under konsumentköplagen.

En lösning vore då att göra konsumentköplagen tillämplig på vissa avtal om digitalt innehåll och konsumenttjänstlagen tillämplig på andra. Gränsen blir dock inte alldeles lätt att dra (utom när konsumenten mottar ett fysiskt medium, en lös sak).

En annan lösning vore att såsom i CESL hänföra alla avtal om digitalt innehåll till konsumentköplagen. En sådan lösning överensstämmer med förslaget i Ds 2009:13 och med rekommendationen i en holländsk forskarrapport.¹⁸ Nackdelen med denna lösning är att konsumentköplagens regler eventuellt skulle behöva kompletteras med bestämmelser som kan framstå som främmande för lagens normala avtalsobjekt.

¹⁸ Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, University of Amsterdam, 2011.

Vare sig konsumentköplagen eller konsumenttjänstlagen görs tillämplig på avtal om digitalt innehåll uppkommer komplikationen att alla bestämmelser i berörd lag inte kan bli tillämpliga på de digitala avtalen. I konsumentköplagen skulle exempelvis bestämmelserna om avlämnande behöva modifieras, eftersom det i allmänhet inte är fråga om fysisk besittning av en sak. Också bestämmelserna om återgång efter hävning skulle antagligen behöva modifieras, eftersom dessa bygger på att både parter prestationer ska återlämnas. Den som köpt digitalt innehåll kan emellertid inte återlämna det han mottagit, och leverantören har inget intresse av att få tillbaka något från köparen. Däremot kan leverantören vilja att innehållet raderas. Problemet med att alla lagens bestämmelser inte passar på digitala avtal ska emellertid inte överdrivas. Köplagen har redan en underförstådd reservation att alla bestämmelserna inte kan tillämpas på alla objekt som faller under lagen (lös egendom), främst inte på köp av immaterialrätter. Detta har emellertid inte hindrat att immaterialrätterna utan uttryckliga reservationer förts in under lagen.

Utredningen har även övervägt att i en tredje lag, antingen i en helt ny lag eller i lagen om elektronisk kommunikation, föreskriva att vissa särskilt angivna bestämmelser i konsumentköplagen eller konsumenttjänstlagen – eller självständigt angivna motsvarande bestämmelser – gäller och är tvingande vid konsumentavtal om digitalt innehåll. Detta skulle emellertid ge en alltför splittrad presentation av den centrala civilrätten. Beträffande lagen om elektronisk kommunikation kan även invändas att den till stora delar innehåller offentlighetsrättsliga bestämmelser och att Post- och telestyrelsen inte bör utöva tillsyn över civilrättsliga regler.

Utredningen har allvarligt överlagt att föreslå att konsumentköplagen görs tillämplig på alla avtal om digitalt innehåll genom ett tillägg till lagens 1 § första stycket. I författningskommentaren till förslaget skulle i så fall begreppet digitalt innehåll definieras. Där skulle också anges att inte alla bestämmelser kan tillämpas på avtal om digitalt innehåll. Här skulle särskilt framhållas 4–6 §§ om

avlämnandet med angivande av att avlämnandet får anses ha skett när det digitala innehållet blivit tillgängligt för konsumenten.

Även konsumentköplagens bestämmelse om återgång efter hävning innebär ett problem. Enligt 45 § får köparen häva avtalet endast om han eller hon antingen lämnar tillbaka varan oförändrad och oförminskad eller ersätter säljaren för minskningen av varans värde. Från denna regel finns vissa undantag, som dock inte torde vara tillämpliga på varor som på grund av sin beskaffenhet över huvud taget inte kan återlämnas. Antagligen är konsumenten vid hävning också skyldig att, med utfyllande tillämpning av 65 § köplagen utge skälig ersättning om han har haft nytta av varan (men har å andra sidan rätt till avkastningsränta på betald köpeskillning).

Vid köp av en digital produkt kan köparen normalt inte återlämna vad han fått, och säljaren har inget intresse av att få tillbaka något från köparen eftersom säljaren har tillgång till ett obegränsat antal exemplar av produkten. Köplagens huvudregel om återlämnande är därför förfelad i dessa sammanhang. Köparens hävningsrätt vid köp av digitala produkter borde därför inte vara villkorad av att det köpta återlämnas eller av att ersättning utges för dettas värde. Konsumentens rätt att häva borde däremot vara betingad av att han eller hon raderar det digitala innehållet (något som näringsidkaren naturligtvis har svårt att kontrollera). Köplagens regel om ersättning för nytta torde vara tillämplig, men konsumentens nytta har i allmänhet varit obetydlig om den digitala produkten har ett sådant väsentligt fel att konsumenten får häva. I sammanhanget kan erinras om att den som häver enligt konsumenttjänstlagen (varvid tjänsten sällan kan återställas) ska i den mån det är skäligt ersätta näringsidkarens kostnader för tjänsten (vilka är obefintliga vid digitala leveranser), dock högst med ett belopp som motsvarar dettas värde för konsumenten (se 23 §).

Till slut har utredningen kommit fram till att det saknas tillräckliga skäl för att nu föreslå en ändring av konsumentköplagen. Det finns absolut inga skäl att tolka vare sig konsumentköplagen eller konsumenttjänstlagen motsättningsvis, alltså så att det tvingande skyddet inte ska tillämpas på avtal om digitalt

innehåll. Sådana avtal fanns inte, eller spelade en mycket liten roll, när nämnda lagar stiftades. Allt talar för att näringsidkare inte ska kunna friskriva sig från det ansvar som framgår av lagarna vid digitala avtal. Den av konsumentköplagen eller konsumenttjänstlagen som är mest närliggande bör alltså kunna tillämpas analogt. Enligt en för utredningen svårbegriplig uppfattning anses en analogi inte kunna vara tvingande, men det spelar ingen roll eftersom en avvikelse från utfyllande rätt som innehåller viktiga rättspolitiska ställningstaganden normalt får, åtminstone vid konsumentavtal, anses strida mot 36 § avtalslagen.¹⁹ Utredningen utgår alltså ifrån att de flesta bestämmelser i konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen redan i dag (i kombination med 36 § avtalslagen) är tvingande till konsumenternas förmån vid avtal om digitalt innehåll.

Med beaktande av detta och av att regeringen nyligen i proposition 2011/12:28 inte velat utvidga konsumentköplagen till att omfatta köp av film och musik på Internet drar utredningen slutsatsen att varken konsumentköplagen eller konsumenttjänstlagen för närvarande behöver utvidgas.

¹⁹ Rättssäkerheten torde inte höjas genom att operationen görs i två steg.

8 Operatörens, marknadsplatsens och plånboksföretagets ansvar vid förmedling av betalning

Det trepartsförhållande (operatör-innehållsleverantör-konsument eller marknadsplats-utvecklare-konsument) som förekommer på såväl premiumtjänstmarknaden som applikationsmarknaden kan medföra vissa svårigheter för konsumenterna att invända mot felaktiga debiteringar av premiumtjänster och appar. Konsumenterna kan uppleva det som problematiskt att reklamera en felaktig produkt då de dels inte vet till vem de ska vända sig, dels upplever det som svårt att få tag i innehållsleverantörerna eller utvecklarna som ibland är internationella företag utan kontor i Sverige.

De frågeställningar som utredningen framförallt har identifierat när det gäller dessa trepartsförhållanden är följande:

1. Behöver konsumenten betala till operatören, om det är fel i en premiumtjänst?
2. Kan operatören vid fel i en premiumtjänst åläggas återbetala vad operatören har mottagit från konsumenten?
3. Har operatören rätt att stänga av hela abonnemanget vid dröjsmål med betalning av en premiumtjänst?
4. Kan en konsument med befriande verkan reklamera till operatören/marknadsplatsen i stället för innehållsleverantören?
5. Bedriver operatörerna inkassoverksamhet när de driver in sina egna och andras fordringar?

De frågor som ovan ställts rörande operatörens ansvar vid premiumtjänster kan i framtiden komma att aktualiseras när telefoner används som mobila plånböcker. De kan också ställas när en marknadsplats förmedlar appar som säljs av ett tredje företag.

8.1 Har konsumenten invändningsrätt mot operatören vid innehållsleverantörens kontraktsbrott?

8.1.1 Problembeskrivning

Operatörernas ansvar

Under utredningens gång har frågan uppkommit om operatörernas ansvar för eventuella fel i premiumtjänster som faktureras via telefonfakturan. Vanligen ingår konsumenten avtalet om köp av varan eller tjänsten med innehållsleverantören och inte med operatören, låt vara att köpet förmedlas av operatören. Det är inte alldeles klart om det förekommer att innehållsleverantörer överlåter sina fordringar till operatören. Vid en genomgång av konsumenternas avtal med operatörerna talar det mesta för att operatörerna inte förvärvar leverantörernas fordringar utan endast förmedlar betalning från konsumenterna till innehållsleverantörerna. I operatörernas villkor med abonnenterna beskrivs nämligen förhållandet som ett "avtal om betalningsförmedling".¹

Konsumenten ska enligt operatörernas standardvillkor reklamera direkt till innehållsleverantören. Operatörerna kräver dock vanligtvis att konsumenten till operatören anför sakliga skäl mot debiteringen för att operatörerna ska bevilja anstånd med betalningen.²

I detta avsnitt 8.1 undersöks om konsumenten kan göra *invändning* mot operatören om fel i innehållsleveransen, och i avsnitt 8.2 behandlas frågan om konsumenten vid sådana fel kan

¹ Se t.ex. Telias allmänna villkor för tjänster till konsumenten, punkten 1.2.

² Se avsnitt 2.3.1 ovan.

från operatören *återkräva* betalning som denna mottagit. Konsumentkreditlagens eventuella tillämpning på avtalsförhållandet har stor betydelse, varför avsnittet börjar med en genomgång av konsumentkreditlagens regler och tillämpningsområde.

Plånboksföretagens ansvar

Lika lite som operatörerna är plånboksföretagen säljaren av digitala varor eller tjänster. De medverkar emellertid vid betalningen och kanske även vid finansieringen. Samma frågor kan ställas om plånboksföretagens ansvar som om operatörernas.

Marknadsplatsernas ansvar

De appar som marknadsplatserna tillhandahåller är antingen utvecklade av det företag som driver marknadsplatsen (t.ex. Apple eller Google) eller av en annan, fristående utvecklare (s.k. tredjepartsprodukter). Avtalskonstruktionen ser olika ut beroende på vilken sorts produkt det är fråga om.

Vid köp av appar utvecklade av marknadsplatsen ingår konsumenten ett avtal om köp av tjänsten med det företag som driver marknadsplatsen. Betalningen sker till detta företag, och det är också till detta företag som kunden ska vända sig vid eventuella reklamationer av produkten.³

Vid köp av tredjepartsprodukter är det oklarare vilken roll de näringsidkare som driver marknadsplatserna spelar i förhållande till konsumenten. Av marknadsplatsernas villkor framgår att kunden ingår avtalet om köp av appen direkt med utvecklaren och att det är utvecklaren som är ansvarig för support och eventuella fel på tredjepartsappar. Det ligger därmed närmast till hands att anse att de företag som driver marknadsplatserna agerar som förmedlare av tjänsterna för utvecklarna i utvecklarnas namn (d.v.s. med utvecklarna som motpart i avtalet). Denna tolkning har även

³ Se avsnitt 3.3 för en närmare genomgång av avtalsvillkoren.

Skatteverket gjort.⁴ Avtalsvillkoren lämnar emellertid visst utrymme för tolkningar i denna del. När konsumenten surfar in på online-butiken och betalar för en app kan det för konsumenten framstå som att han eller hon ingår avtal med och betalar direkt till marknadsplatsen.

8.1.2 Rättslig reglering

Konsumentkreditlagen (2010:1846)

Den 1 januari 2011 trädde en ny konsumentkreditlag i kraft (2010:1846). Lagen ersatte den gamla konsumentkreditlagen (1992:830) och tillkom främst för att genomföra ett nytt EG-direktiv om konsumentkrediter, 2008/48/EG, samt för att motverka de skuldsättningsproblem som sms-lån och andra s.k. snabb lån fört med sig. En nyhet i förhållande till den gamla konsumentkreditlagen är att konsumenten har rätt att ångra ett kreditavtal inom 14 dagar. Lagen är tillämplig vid all kreditgivning. Det betyder att bl.a. abonnemangsavtal för mobiltelefoni, där konsumenten debiteras i efterhand för tillhandahållna telefonitjänster, och tillhandahållande av innehållstjänster, där inte hela tjänsten betalas kontant, är att anse som kreditgivning i lagens mening.

Lagens tillämpningsområde

Enligt 1 § är konsumentkreditlagen tillämplig på kredit som näringsidkare lämnar, erbjuder eller förmedlar till en konsument. Definitionen av näringsidkare och konsument överensstämmer numera med konsumentköplagens och konsumenttjänstlagens definitioner. Eftersom lagen gäller krediter redan när dessa erbjuds är lagen tillämplig även på marknadsföring av krediter. Begreppet kredit är inte definierat i lagen men är enligt förarbetena avsett att ha samma vidsträckta innebörd som i 1992 års lag och avser

⁴ Se närmare avsnitt 3.3.

därmed betalningsansånd och lån samt s.k. löpande krediter.⁵ Med det sistnämnda begreppet avses en rätt för kredittagaren att fortlöpande utnyttja ett kreditutrymme som kreditgivaren ställer till förfogande.

I 2 § definieras några för lagens tillämpning viktiga begrepp. Med *kreditgivare* avses den som lämnar krediten eller övertar den ursprungliga kreditgivarens fordran. Definitionen av *kreditavtal* är ny i förhållande till 1992 års lag. Ett kreditavtal i lagens mening är ett avtal om lån, kontokredit, betalningsansånd eller liknande. Med *kreditköp* menas köp av en vara eller tjänst som finansieras genom en kredit som lämnas av säljaren eller av en annan kreditgivare, i det senare fallet om finansieringen görs på grund av en överenskommelse mellan denne och säljaren eller om varan eller tjänsten anges i kreditavtalet. Definitionen innefattar numera köp av såväl varor som tjänster. Detta innebär en skillnad i förhållande till 1992 års lag där begreppet kreditköp endast omfattade köp av varor. Enligt 18 § i den gamla lagen skulle dock reglerna i 16 §⁶ tillämpas även på sådana tjänster som avsågs i konsumenttjänstlagen.⁷

Begreppet *tjänst* har en från direktivet hämtad innebörd, och lagens definition av begreppet innehåller i vart fall till sin ordalydelse inga begränsningar av ordet tjänst. Enligt motiven inkluderar begreppet t.ex. skönhetsbehandlingar, undervisning, resor och hyra av lös egendom.⁸ Det är svårt att hitta något skäl för att inte även premiumtjänster och andra digitala tjänster skulle kunna falla in under begreppet.⁹

⁵ Prop. 1991/92:83, s. 102 f.

⁶ Regeln motsvarar nya lagens 29 § som ger konsumenten rätt att mot förvärvaren av en fordran framställa samma invändning som han kunnat göra mot överlåtare. Se mer om detta lagrum nedan.

⁷ Det var med stöd av denna bestämmelse som ARN i 2009-10258 fann den gamla konsumentkreditlagens bestämmelser tillämpliga på premiumtjänster.

⁸ Se Ds 2009:67, s. 135 och prop. 2009/10:242, s. 87.

⁹ Jfr även författningskommentaren till 29 § där det framgår att paragrafen numera är tillämplig på "köp av alla slags tjänster", prop. 2009/10:242, s. 111.

Är konsumentkreditlagen tillämplig när vanliga samtal samt förmedlade varor och tjänster betalas i efterhand via telefonräkningen?

Frågan om ett abonnemangsavtal för mobiltelefoni som innebär att konsumenten debiteras i efterhand för tillhandahållna telefoni-tjänster är att anse kreditgivning har prövats av ARN i det tidigare nämnda ärendet 2009-10258. Nämnden anförde där bl.a. följande.

”Det aktuella abonnemanget är ett normalt löpande abonnemang där konsumenten i efterhand betalar för uppkomna samtalskostnader vid mellan parterna överenskomna mellanrum, normalt i slutet av varje månad. Detta skiljer sig från ett kontantkortsabonnemang där en samtalspott som betalas i förskott av abonnenten konsumeras direkt då samtal rings. Det innebär i praktiken att teleoperatören normalt ger de abonnenter som har tecknat avtal om löpande abonnemang anstånd med betalning av de tjänster som debiteras via abonnemanget, oavsett om det rör sig om debitering av normala samtalskostnader eller om det rör sig om förmedlade tjänster. Ett sådant anstånd med betalning kan enligt nämnden inte ses som något annat än kreditgivning”.

Därefter gick nämnden in på frågan om köpet av tjänsterna var att se som ett kreditköp med telefonoperatören som kreditgivare. Eftersom det var telefonoperatören som fakturerade sina abonnenter för samtalskostnader och premiumtjänster som tillhandahölls via operatörens abonnemang, och då det var telefonoperatören som normalt drev krav mot konsumenten vid utebliven betalning av både samtalskostnader och premiumtjänster, ansåg nämnden att operatören var att anse som kreditgivare i enlighet med definitionen i 3 § i 1992 års konsumentkreditlag.

ARN:s bedömning att konsumentkreditlagen är tillämplig när konsumenter betalar för vanlig telefoni samt för varor och tjänster i efterhand via sin telefonräkning får stöd av förarbetsuttalanden till den nya konsumentkreditlagen. Regeringen uttalade där att abonnemangsavtal, d.v.s. avtal om köp av en vara eller tjänst som levereras eller tillhandahålls fortlöpande, som t.ex. elabonnemang, kan innebära en särskild risk för skuldsättning eftersom kredit-

beloppet ofta inte är bestämt i förväg utan beror på hur mycket konsumenten utnyttjar tjänsten i fråga. Abonnemangsavtal borde därför anses och behandlas som fakturakrediter enligt konsumentkreditlagen om betalning för varan eller tjänsten ska ske inom tre månader.¹⁰ Fakturakrediter omfattas av lagen men faller under undantaget 4 § första stycket i lagen. Denna typ av krediter är därmed undantagna vissa av lagens krav, t.ex. ångerrätt, medan andra av lagens bestämmelser som t.ex. 6 § om god kreditgivningssed och 28 § om invändningsrätt gäller. Ett av skälen till att låta fakturakrediter omfattas av lagen var att konsumenten ska ha kvar sin tvingande invändningsrätt vid överlåtelse av rättigheterna enligt ett kreditavtal.¹¹

Köp av premiumtjänster som betalas i efterhand via telefonräkningen omfattas alltså av konsumentkreditlagen. En annan fråga är om operatören är att anse som kreditgivare i lagens mening. I de fall operatören övertar innehållsleverantörens fordran råder det ingen tvekan om att så är fallet (se 2 §). När operatörerna däremot endast förmedlar betalning till innehållsleverantörerna kan det betvivlas att operatörerna är att anse som kreditgivare. Frågan får främst betydelse för konsumentens återkravs rätt enligt 29 § andra stycket och diskuteras närmare nedan under avsnitt 8.3.2.

Relevanta bestämmelser

Konsumentkreditlagen är tvingande till konsumentens förmån. Ett avtalsvillkor som i jämförelse med bestämmelserna i lagen är till nackdel för konsumenten är enligt 5 § utan verkan mot denne, om inte annat anges i lagen.

Lagen innehåller en del allmänna handlingsbestämmelser om vad kreditgivaren har att iaktta när denne ägnar sig åt kreditgivning. Enligt 6 § ska kreditgivaren i sitt förhållande till konsumenten iaktta god kreditgivningssed och i det sammanhanget

¹⁰ Prop. 2009/10:242, s. 40.

¹¹ Prop. 2009/10:242, s. 39 f.

ta tillvara konsumentens intressen med tillbörlig omsorg samt ge de förklaringar som konsumenten behöver. Detta innebär att vissa krav kan ställas på avtalet. Avtalet måste vara lättbegripligt och inte innehålla missvisande villkor. Avtalsvillkoren ska vara skäliga och inte till kreditgivarens fördel brista i balans. Om en kreditgivare har brutit mot god kreditgivningssed kan detta få betydelse bl.a. vid tillämpningen av 3 § lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.¹² Det kan också tänkas få betydelse vid tillämpningen av 36 § avtalslagen.¹³

I 21 § finns en bestämmelse om ångerrätt, som i princip motsvarar regeln i 2 kap. 9 § distans- och hemförsäljningslagen. Konsumenten har rätt att inom 14 dagar frånträda kreditavtalet. Bestämmelsen om ångerrätt är ny i förhållande till tidigare gällande lag. Ångerrätten gäller i allmänhet endast kreditavtalet. Vid ett kreditköp har konsumenten inte utan vidare rätt att ångra det med kreditavtalet kombinerade köpeavtalet.¹⁴ Konsekvensen av att ångerrätten utövas, när krediten är fristående från köpet, blir att konsumenten ska omedelbart betala kapitalbeloppet inklusive eventuell upplupen ränta i stället för att vänta på nästa faktura. Om konsumenten emellertid har ingått ett till kreditavtalet anknytande avtal om tjänster, vilka tillhandahålls av kreditgivaren eller av någon annan på grund av en överenskommelse mellan denne och kreditgivaren, ska enligt 25 § även det anknytande avtalet upphöra att gälla om konsumenten frånträder kreditavtalet. Om en konsument köpt en premiumtjänst med betalningsansånd, och leverantören anses som kreditgivare medan operatören anses bara vara leverantörens ombud vid faktureringen (se nedan), har tjänsten tillhandahållits av kreditgivaren, och konsumenten kan genom utövande av ångerrätten följaktligen bli fri även från köpet.

28 § reglerar överlåtelse av kreditavtal. Enligt bestämmelsens första stycke får konsumenten mot en ny kreditgivare alltid göra samma invändningar som han eller hon vid överlåtelsen kunde

¹² Se mer om denna bestämmelse i avsnitt 8.3.2 nedan.

¹³ Se bl.a. NJA 1996 s. 3, NJA 1999 s. 304 och NJA 1999 s. 408.

¹⁴ Se bl.a. prop. 2009/10:242, s. 67.

göra mot överlåtaren.¹⁵ Enligt 29 § första stycket första meningen får en köpare vid kreditköp mot kreditgivaren alltid göra samma invändningar på grund av köpet som konsumenten kan göra mot säljaren. Här finns en viss överlappning som gör att en förvärvare av säljarens fordran vid kreditköp kan föredra att stödja sig på 28 § första stycket i stället för 29 § andra stycket första meningen för att undkomma restriktionen ”på grund av köpet” (t.ex. vid inkonnexa kvittningsinvändningar). Enligt 29 § första stycket andra och tredje meningarna får köparen vid kreditköp också invända att han eller hon har betalat till eller har en överenskommelse med säljaren utom om köparen visste att säljaren saknade rätt att ta emot betalningen eller ingå överenskommelsen och inte heller om köparen uppsåtligen eller av grov oaktsamhet underlät att skaffa sig kunskap om detta.¹⁶ Bestäm-

¹⁵ Orden ”kunde göra mot säljaren” ger intrycket av att invändningsrätten ska ha varit ovillkorlig redan vid överlåtelsen (jfr ”kan göra” i 29 § första stycket första meningen). Det måste emellertid räcka att invändningen grundar sig på en omständighet som förelåg (in nuce) vid överlåtelsen och att konsumenten hade kunnat göra invändningen om överlåtaren hade behållit fordringen och varit den som framförde kravet. Jfr 27 och 28 §§ skuldebrevslagen, Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl. 2009, s. 281 f. och NJA 2009 s. 846. Orden ”vid överlåtelsen” har emellertid infogats för att markera att betalningar som konsumenten gjort efter överlåtelsen till överlåtaren inte ska gälla mot förvärvaren, prop. 1991/92:83, s. 81 f. Det hade bättre kunnat anges i en särskild bestämmelse, särskilt som betalning i sådan god tro som beskrivs i 29 § skuldebrevslagen borde befria även om fordringen överlåtits vid betalningen. – 28 § första stycket reglerar alltså inte bara frågan om negotiabilitet (jfr 27 och 28 §§ skuldebrevslagen) utan även (men bara delvis) frågan om passiv legitimation (jfr 29 § skuldebrevslagen), något som inte är lätt att förstå av lagtexten, eftersom invändning om gjord betalning eller om överenskommelse i 29 § första stycket inte faller under den likartade första meningen utan under andra meningen.

¹⁶ Bestämmelserna i andra och tredje meningen i 29 § första stycket motsvarar 27 § skuldebrevslagen såvitt avser betalning till eller överenskommelse med rätt person (borgenären) innan denne överlätit fordringen och 29 § skuldebrevslagen såvitt gäller betalning till eller överenskommelse med fel person (överlåtaren som inte längre är borgenären), varvid utformningen av det subjektiva rekvisitet gjort gäldenärens skydd (möjligheten för denne att betala eller avtala med befriande verkan) mer omfattande. – Man kan undra varför inte konsumentkreditlagen i anslutning till skuldebrevslagens perfekta systematik utformats så att det i en paragraf/ett stycke först anges att konsumenten vid all kredit har rätt att framföra alla invändningar som grundar sig på omständigheter som förelåg (in nuce) vid säljarens överlåtelse av fordran eller vid tredje mans finansiering (jfr 27 och 28 §§ skuldebrevslagen), varvid frågan om förvärvarens/finansiärens goda eller onda tro inte blir aktuell. Därefter kunde det i en annan paragraf/annat stycke anges att konsumentens betalning till säljaren eller överenskommelser med denne efter det att tredje man blivit innehavare av fordringen vid

melserna motsvarar 16 § i 1992 års lag. Syftet med regleringen är att göra tvingande skyddsregler i konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen tvingande även när en näringsidkare överlåter sin fordran enligt ett konsumentköp till någon annan eller samarbetar med någon kreditgivare som finansierar konsumentköpet.

8.1.3 Överväganden

Bedömning: Operatörerna och marknadsplatserna får aldrig bättre rätt än innehållsleverantörerna vare sig de förvärvat innehållsleverantörernas fordran eller bara kräver betalt för innehållsleverantörernas räkning. Någon förstärkning av konsumentskyddet behövs därför inte.

Däremot borde 28 och 29 §§ konsumentkreditlagen skrivas om på sätt som anges i fotnoterna 15 och 16, så att de blir korrekta, uppdaterade och anpassade till skuldebrevslagens systematik.

Även om en leverantör har överlåtit sin fordran till en teleoperatör, kan operatören enligt 27 § skuldebrevslagen aldrig få bättre rätt än leverantören. Konsumenten kan alltså mot operatören komma med samma invändningar rörande t.ex. ogiltighet eller kontraktsbrott som han eller hon hade kunnat rikta mot leveran-

alla krediter blir gällande mot tredje man utom om konsumenten visste att säljaren saknade rätt att ta emot betalningen eller ingå överenskommelsen och inte heller om konsumenten uppsåtligen eller av grov oaktsamhet underlät att skaffa sig kunskap om detta (jfr 29 § första stycket tredje meningen konsumentkreditlagen); vill man, trots NJA 1986 s. 44, inte låta detta godtrosskydd gälla vid all kredit utan bara vid kreditköp, måste 29 § skuldebrevslagen göras tvingande för de ordinära krediterna i en särskild bestämmelse. Slutligen kunde det i en tredje paragraf/ett tredje stycke anges att konsumenten vid kreditköp har den rätt att kräva pengar från kreditgivare, oavsett om kreditgivaren är säljaren, som framgår av 29 § andra stycket konsumentkreditlagen (motsvarighet saknas i skuldebrevslagen). I samma vända borde det – med ändring av nuvarande motivuttalanden – klargöras att om en näringsidkare från en konsument mottagit ett löpande skuldebrev (vilket är straffsanktionerat i 30 § konsumentkreditlagen), så har konsumenten rätt att mot en ny borgenär framföra invändningar som förelåg (in nuce) vid överlåtelser, oavsett om förvärvaren var i god tro (se NJA 2010 s. 467, särskilt j:n Bäcklund och Håstad).

tören. Denna invändningsrätt är tvingande enligt 28 § första stycket och 29 § första stycket första meningen konsumentkreditlagen och kan alltså inte avtalas bort.

Enligt de avtal som finns på marknaden och som utredningen har kunnat ta del av verkar det dock inte som om vare sig operatörerna eller marknadsplatserna förvärvar leverantörens eller tredjepartsutvecklarens fordran. De driver endast in betalning för leverantörernas räkning. Därmed blir de tvingande bestämmelserna i 28 och 29 §§ konsumentkreditlagen inte tillämpliga.¹⁷ Kan en operatör i så fall, med stöd av avtalsvillkor i avtalet med konsumenten, få rätt till betalning för premium-sms och betalsamtal, även om det inte finns ett giltigt avtal mellan konsumenten och leverantören eller om produkten eller tjänsten är felaktig?

Den som driver in en fordran för annans räkning utan att ha förvärvat den (operatören), kan som utgångspunkt inte ha bättre rätt än huvudmannen (innehållsleverantören), eftersom det är dennes rätt han gör gällande vid indrivningen. Det skulle vara högst anmärkningsvärt om operatören skulle kunna skaffa sig en starkare ställning med hjälp av ett eget avtalsvillkor med konsumenten, när ett sådant avtalsvillkor mellan leverantören och konsumenten skulle vara ogiltigt enligt 28 och 29 §§ konsumentkreditlagen till och med om leverantörens fordran hade överlåtits till operatören. Avtal om att konsumenten inte har invändningsrätt mot den som driver in en fordran, eller som kan ge detta vilseledande intryck, borde därmed kunna förklaras oskäligen enligt 36 § avtalslagen jämfört med 28 och 29 §§ konsumentkreditlagen. Konsumenten har därför enligt vår bedömning en invändningsrätt mot operatören även i dessa situationer, och det spelar alltså ingen roll för konsumentens invändningsrätt om operatören eller marknadsplatsen har förvärvat fordran eller inte.¹⁸ Avtalsvillkoren borde också kunna förbjudas med stöd av 3 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

¹⁷ Härvid förutsätts att operatören inte är kreditgivare redan genom att ombesörja fakturering och krav avseende innehållsleverantörens fordran. Se vidare nedan under 8.2. Annars skulle 29 § första stycket kunna vara direkt tillämpligt.

¹⁸ Se även prop. 2009:10:242, s. 40.

Det nu anförda äger motsvarande tillämpning om en marknadsplats kräver en konsument på betalning för en app som utvecklats och sålts av en tredje part. Marknadsplatsen har inte bättre rätt än vad säljaren skulle ha haft om denne drivit kravet oavsett om marknadsplatsen har förvärvat tredje partens fordran eller bara uppträder som ombud.

Om en konsument vid ett premium-sms, ett betalsamtal eller ett telefonköp av en app medger att ett betal- eller kreditkonto hos ett plånboksföretag belastas, finns i allmänhet en överenskommelse mellan leverantören av tjänsten och plånboksföretaget om sådan finansiering. I så fall är det fråga om ett kreditköp i konsumentkreditlagens mening med plånboksföretaget som kreditgivare (se 2 §).¹⁹ Konsumenten har därmed enligt 29 § andra stycket första meningen rätt att framställa invändningar på grund av köpet mot plånboksföretaget. Invändningen kan göras gällande fram till dess att kontot belastats eller en faktura betalats. Rätten till återbetalning behandlas strax nedan.

Som framgår av noterna 15 och 16 bör 28 och 29 §§ konsumentkreditlagen korrigeras och uppdateras samt systematiseras i enlighet med 27–29 §§ skuldebrevslagen. Eftersom den saken emellertid inte har någon betydelse för premium-sms eller betalsamtal, där varken överlåtelse av fordringar eller tredjemansfinansiering förekommer, avstår utredningen från att i detalj utarbeta lagändringen.

¹⁹ Se prop. 2009/10:242 s. 87. I 4T:s avtal med konsumenterna punkt 3 anges att 4T är kreditgivare. I avtalet mellan handlarna (leverantörerna) och 4T anges i punkt 3.1 att 4T "förmedlar" betalning, vilket framstår som en underdrift. Enligt punkten 6.2 åtar sig handlaren att ersätta 4T för utebliven betalning om kunden bestrider skuld till bl.a. handlaren eller 4T ("fordran gentemot Handlaren, 4T", vilket torde betyda att kunden gentemot handlaren eller 4T bestrider att någon av dem har en fordran) eller återoppar kvittningsrätt eller sänder varan i retur. Däremot förbehåller 4T sig inte regressrätt avseende den kreditering som gjorts av handlarens konto senast fyra bankdagar efter 4T:s mottagande av kundens betalningsorder om kunden skulle vara insolvent. 4T står alltså kreditrisken och är även enligt detta avtal kreditgivare. I punkten 6.1 anges att handlaren och inte 4T ska svara för anspråket om kunden begär återbetalning, skadestånd eller annan penningprestation avseende den köpta varan eller tjänsten, vilket anknyter till konsumentens rätt enligt 29 § andra stycket konsumentkreditlagen.

8.2 Konsumentens rätt till återbetalning m.m. från operatören m.fl. när varan eller tjänsten efter betalningen visar sig vara felaktig

8.2.1 Problembeskrivning

Om konsumenten inte uppmärksammat att avtalet med innehållsleverantören eller tredjemansutvecklaren är ogiltigt eller att denna gjort sig skyldig till ett kontraktsbrott när konsumenten betalar till teleoperatören, plånboksföretaget eller marknadsplatsen och konsumenten därför inte då gjort någon invändning mot betalningskravet, uppkommer frågan om konsumenten senare kan rikta ett krav inte bara mot innehållsleverantören eller tredjemansutvecklaren utan även mot teleoperatören, plånboksföretaget eller marknadsplatsen. Är dessa inte bara underkastade en invändningsrätt när de kräver betalt (se 8.1) utan även skyldiga att betala konsumenten ersättning som om de vore säljaren av varan eller tjänsten?

8.2.2 Rättslig reglering

En teleoperatör, ett plånboksföretag eller en marknadsplats som bara förmedlar en leverantörs varor eller tjänster har inte några på köpe- eller tjänsteavtalet grundade skyldigheter mot konsumenten för fel i en vara eller tjänst. Enligt 29 § andra stycket konsumentkreditlagen svarar dock kreditgivaren vid kreditköp lika med säljaren eller tjänsteleverantören för konsumentens rätt till återbetalning, skadestånd eller annan penningprestation; kreditgivaren är dock inte skyldig att betala mer än vad som har mottagits av köparen med anledning av krediten. Bestämmelsen infördes ursprungligen i 1977 års konsumentkreditlag och syftar naturligtvis till att stärka konsumenternas möjlighet att göra påföljder gällande för kontraktsbrott.²⁰

²⁰ Se prop. 1976/77:123 s. 45 och 113 f.

Frågan blir därmed om 29 § andra stycket konsumentkreditlagen kan tillämpas med avseende på teleoperatörer, marknadsplatser och plånboksföretag när dessa inte är säljare av varan eller tjänsten. Detta förutsätter att det rör sig om ett kreditköp i konsumentkreditlagens mening samt att det är operatören etc. som är kreditgivaren vid ett kreditköp. Enligt 2 § föreligger ett kreditköp om köp av en vara eller tjänst finansieras genom en kredit som lämnas av säljaren eller annan kreditgivare, om (i det sista fallet) det görs på grund av en överenskommelse mellan denne och säljaren eller om varan eller tjänsten anges i kreditavtalet.

När konsumenten får varan eller tjänsten innan hela köpeskillingen är betald föreligger ett kreditköp, vare sig säljaren eller annan i samråd med säljaren står för krediten.

Kreditgivaren är den som lämnar krediten eller övertar den ursprungliga kreditgivarens fordran. Som redan har framgått överlåter inte innehållsleverantörerna sina fordringar till teleoperatörerna, utan dessa förmedlar endast konsumenternas betalning till innehållsleverantörerna. Operatörerna är alltså inte kreditgivare på grund av fordringsförvärv. Fråga blir då om operatörerna ändå ska anses ha lämnat krediten. Det har under utredningen framkommit olika uppfattningar i denna fråga.

Som nämnts i avsnitt 8.1.2 har ARN i ärendet 2009-10258 funnit att operatörerna är kreditgivare när de i efterhand fakturerar sina abonnenter för premiumtjänster. Som skäl för sin ståndpunkt anförde nämnden att det var telefonoperatören som fakturerade sina abonnenter för samtalskostnader och premiumtjänster som tillhandahölls via operatörens abonnemang. Det var också telefonoperatören som normalt drev krav mot konsumenten vid utebliven betalning av både samtalskostnader och premiumtjänster. Även Konsumentverket har under utredningen framfört att mobiloperatörerna är att anse som kreditgivare i lagens mening när dessa vid fakturabetalning i efterhand lämnar konsumenterna anstånd med betalningen av eventuella betaltjänster.

Operatörer har å andra sidan anfört att det i dessa situationer inte föreligger något kreditköp. De har gjort gällande att det för

att 29 § andra stycket ska vara tillämpligt på operatörerna krävs ett kreditköp där trepartsförhållandet finns redan från början. Innehållsleverantören ingår avtal med konsumenten om försäljning av premiumtjänsten, och det finns ingen överenskommelse mellan operatören och innehållsleverantören om att kunden ska få kredit avseende premiumtjänsten. Enligt operatörerna är det också innehållsleverantören som står kreditrisken mot kunden.

Enligt operatörernas uppfattning står operatörerna således inte kreditrisken mot kunden. Operatörerna verkar inte utge vederlaget för premiumtjänsterna till innehållsleverantörerna förrän kunderna har betalat sin faktura, och operatörerna ligger alltså inte ute med några pengar för dessa tjänster. Det är innehållsleverantören som levererar varan eller tjänsten utan att omedelbart få betalt, vilket innebär att leverantören ger kredit. Under dessa förutsättningar kan operatörerna enligt utredningens uppfattning inte anses vara kreditgivare. Bestämmelsen i 29 § andra stycket konsumentkreditlagen om konsumentens återkravs rätt blir då inte tillämplig på operatören, och konsumenten har då inte någon rätt att av operatören återfå belopp som konsumenten betalat innan felet i varan eller tjänsten uppdragats. Konsumenten måste vid ett fel i varan eller tjänsten rikta sig till innehållsleverantören, om konsumenten på detta stadium vill göra anspråk gällande.

Som ovan nämnts förvärvar operatörerna normalt inte innehållsleverantörernas fordringar. Om motsatsen vore fallet, skulle operatören bli kreditgivare enligt 2 § konsumentkreditlagen. Därmed skulle operatören bli ansvarig enligt 29 § andra stycket intill det belopp som operatören mottagit från konsumenten.

Det som nu har sagts om operatörernas ansvar enligt 29 § andra stycket konsumentkreditlagen gäller också beträffande en marknadsplats ansvar, om marknadsplatsen bara administrerar betalningen till en tredjepartsutvecklare av en app.

Däremot är det klart att ett plånboksföretag, liksom kontokortsföretag, lämnar kredit till konsumenten, när plånboksföretaget inom några dagar efter konsumentens köp krediterar säljarens konto och står risken för att konsumenten inte förmår betala

skulden.²¹ Plånboksföretaget är därmed ansvarigt mot konsumenten för säljarens kontraktsbrott på sätt som framgår av 29 § andra stycket konsumentkreditlagen.

8.2.3 Överväganden

Bedömning: Bestämmelsen om konsumentens återkravs rätt i 29 § andra stycket konsumentkreditlagen bör även i fortsättningen vara begränsad till situationer där näringsidkaren är kreditgivare.

Såväl operatörerna som marknadsplatserna förmedlar i dagsläget, sannolikt mot en avgift, betalning för premiumtjänster och appar. De konsumenter som förvärvar dessa varor eller tjänster är inte alltid medvetna om att de inte ingår avtalet med operatörerna eller marknadsplatserna och att de är hänvisade till innehållsleverantören eller utvecklarna för att vid fel i varan eller tjänsten kunna återfå betalat belopp. Dessa företag kan vara svåra att få kontakt med, och det kan för konsumenten, som under köpprocessen endast tycker sig ha haft kontakt med operatören eller marknadsplatsen, framstå som en omständlig process att vända sig till leverantören. Frågan blir därför om det bör införas ett ansvar motsvarande det i 29 § andra stycket konsumentkreditlagen för de näringsidkare som förmedlar avtalet och betalning för varor eller tjänster (jfr ARN:s avgörande i ärende 2009-10258).

Mot en sådan lagändring har operatörerna framfört flera invändningar. En sådan är att de näringsidkare som förmedlar betalningen inte är säljare av produkterna och därför inte kan kontrollera kvaliteten i de många olika varor och tjänster som erbjuds konsumenten. Operatörerna har dessutom påpekat att operatörerna enligt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation i vissa

²¹ Se 4T:s villkor, återgivna ovan i not.

fall t.o.m. är förhindrade att kontrollera det innehåll som de förmedlar betalning för.²²

Mot detta kan i sin tur invändas att en annan finansiär än säljaren sällan kan kontrollera kvaliteten på den vara eller tjänst som finansieringen avser. Ändå har andra finansiärer än säljaren i 29 § andra stycket konsumentkreditlagen ålagts ansvar för leveransens kontraktsenlighet intill mottaget belopp för att konsumentskyddet ska stärkas. Operatörerna tar eller har åtminstone en möjlighet att ta ut en avgift för sin medverkan och kan därigenom kompensera sig för ansvarsrisken. Operatörernas argument synes därför inte utgöra något avgörande hinder mot att operatörerna åläggs ett återbetalningsansvar.

Regeln i 29 § andra stycket om andra än säljares ansvar för prestationens kontraktsenlighet är emellertid långtgående och omfattar i dagsläget endast kreditgivare. Att utöka detta ansvar till att omfatta avtals- och betalningsförmedlare skulle få svåröverblickbara följder. Den som avtalar i annans namn svarar bara för att den företrädde huvudmannen blir bunden men inte för avtalets fullgörande (se 10 § första stycket avtalslagen; jfr 17 § lagen (1991:351) om handelsagentur). Skulle betalningsförmedlare bli ansvariga i denna egenskap kan man fråga sig varför ansvaret skulle begränsas till fall där förmedlaren tar emot betalning av krediter; borde inte ansvaret då också gälla förmedling av kontantbetalningar och förskottsbetalningar? Men det framstår inte som lämpligt att t.ex. posten blir ansvarig för leveransens kvalitet när betalning sker mot postförskott och att bankerna blir ansvariga för leveransernas kvalitet i alla fall som de förmedlar betalningar. Trots allt föreligger det en betydande skillnad om en person blir innehavare av säljarens fordran mot konsumenten eller av en anknuten fordran (d.v.s. är kreditgivare i 2 §:s mening) eller om personen bara förmedlar ett avtal och/eller en betalning.

Utredningen har därför dragit slutsatsen att ansvaret i 29 § andra stycket konsumentkreditlagen för leveransens kvalitet intill mottaget belopp inte bör utsträckas till att omfatta dem som för-

²² 6 kap. 17 §.

medlar avtalet och betalningen men som inte innehar någon fordran mot konsumenten.

Det bör emellertid framhållas att den som sluter ett avtal presumeras handla för egen räkning. Det betyder att, om det är oklart om en teleoperatör avtalar för egen räkning eller för en innehållsleverantörs räkning, teleoperatören kan bli ansvarig för avtalets fullgörande.²³

8.3 Operatörernas möjlighet att stänga av abonnemanget vid utebliven betalning för premiumtjänster

8.3.1 Problembeskrivning

En aspekt som försvagar konsumenternas ställning vad gäller möjligheten att invända mot debiteringar av premiumtjänster är att de enligt några av operatörernas villkor riskerar att få sina mobiltelefonabonnemang helt avstängda vid utebliven betalning för premiumtjänster.²⁴ Resterande operatörers avtalsvillkor ger dock inte operatörerna rätt att stänga av abonnemanget på grund av utebliven betalning, om betalningen enbart avser belopp som tillkommer tredje man. Att vissa av abonnemangsinnehavarna på marknaden riskerar att få sitt telefonabonnemang avstängt kan medföra att dessa konsumenter avstår från att invända mot en felaktigt debiterad premiumtjänst. Det kan i sammanhanget även nämnas att vissa av telefonoperatörernas avtalsvillkor i detta avseende framstår som förvirrande, eftersom de hänvisar konsumenten till att reklamera till innehållsleverantören samtidigt som villkoren ger operatörerna rätt att stänga av abonnemanget om kunden underlåter att reklamera till operatörerna.

²³ Se ovan kapitel 4.

²⁴ Se avsnitt 2.3.1 ovan.

8.3.2 Rättslig reglering

Ett avtalsvillkor som ger operatörerna rätt att säga upp abonnemangsavtalet på grund av en utebliven betalning för en fordran till innehållsleverantören kan vara oskäligt enligt konsumentavtalsvillkorslagen. Skälet är att en avstängning är en så ingripande åtgärd att konsumenten med hänsyn till denna risk kan föränledas att avstå från att hålla inne betalningen för en debiterad premiumtjänst eller liknande. Frågan har prövats av Marknadsdomstolen i två fall med olika utgång, MD 1994:31 och 2011:26. Rättsfallen kommer att diskuteras nedan.

I 5 kap. 19 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation finns en bestämmelse som syftar till att skydda konsumenten mot att operatören stänger av abonnemanget. Enligt bestämmelsen får abonnemanget stängas av bara under vissa förutsättningar, och konsumenten måste vanligtvis ha fått en varning om att abonnemanget kan avbrytas innan avstängning sker. Gäller utebliven betalning en viss tjänst, ska avbrottet begränsas till den tjänsten om det är tekniskt möjligt och abonnenten inte tidigare har fått en betalningsuppmaning eller har vilselett tjänsteleverantören. Lagen och dess regler behandlas nedan.

När telefonoperatörerna fakturerar sina kunder för premiumtjänster för innehållsleverantörernas räkning med hot om att stänga av abonnemanget vid utebliven betalning är det troligt att deras verksamhet också träffas av inkassolagens regler, vilket medför vissa skyldigheter för dem i förhållande till konsumenterna.²⁵ I det ovan nämnda rättsfallet MD 2011:26 gjorde Konsumentombudsmannen gällande att operatörens villkor stod i strid mot de tvingande bestämmelserna i inkassolagen. Marknadsdomstolen fann att avtalsvillkoren inte var oskäligen men tog inte ställning till frågan om inkassolagens regler var tillämpliga.

²⁵ Se avsnitt 8.5.

Lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden

En viktig marknadsrättslig lagstiftning i det nu berörda sammanhanget är lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (konsumentavtalsvillkorslagen). Lagen innehåller regler om hur avtalsvillkor i konsumentförhållanden får vara utformade och tar främst sikte på sådana villkor som inte är individuellt förhandlade. Nedan behandlas lagens bestämmelser samt dess betydelse för frågan om operatörernas möjlighet att stänga av telefonabonnemanget på grund av en obetald fordran till en innehållsleverantör.

Allmänt om lagen

Konsumentavtalsvillkorslagen är tillämplig på avtalsvillkor som näringsidkare använder i förhållande till konsumenter. Lagen implementerar EG-direktivet 93/13/EG om oskäligen villkor i konsumentavtal i svensk rätt. Direktivet är ett s.k. minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna får införa regler som är förmånligare för konsumenterna än vad direktivet anger. Det är Konsumentverket som utövar tillsyn enligt lagen.

Lagen innehåller både marknadsrättsliga och civilrättsliga bestämmelser. Med konsument avses en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet, och med näringsidkare avses en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med hans eller hennes näringsverksamhet, oavsett om den är offentlig eller privat (2 §). Lagen är enligt 1 § tillämplig på avtalsvillkor som näringsidkare använder när de erbjuder varor, tjänster eller andra nyttigheter till konsumenter. Även sådana avtalsvillkor som ingår i ett slutet avtal är erbjudna i lagens mening och omfattas av reglerna. Parterna behöver däremot inte ha slutit något avtal för att lagen ska bli tillämplig.

Lagens centrala bestämmelse finns i 3 §. Enligt detta lagrum får Marknadsdomstolen förbjuda näringsidkaren att använda

vissa avtalsvillkor. För att så ska kunna ske krävs att avtalsvillkoret med hänsyn till pris eller övriga omständigheter är oskäligt mot konsumenten och att förbudet är påkallat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse. Domstolen ska avgöra frågan om ett avtalsvillkor är oskäligt 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 anses som oskäligt. Även villkor som avviker från dispositiva rättsregler kan vara oskäliga. Så är fallet om villkoret ger näringsidkaren en förmån eller berövar konsumenten en rättighet och därmed åstadkommer en sådan snedbelastning i fråga om parternas rättsliga ställning och skyldigheter enligt avtalet att en rimlig balans mellan parterna inte längre föreligger.²⁶ Vidare kan avtalsvillkor som strider mot tvingande allmänna rättsprinciper, utan att dessa framgår av lag, vara oskäliga. 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 eller henne, är normalt att anse som oskäliga.²⁷

I direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal finns en bilaga med en lista på villkor som normalt sett är oskäliga. Listan, som ibland kallas gråa listan, är inte uttömmande utan ger endast exempel på villkor som kan vara oskäliga. Villkoren i listan har inte tagits med i konsumentavtalsvillkorslagen men finns i en bilaga till propositionen. Enligt förarbetena är villkoren i listan typiskt sett att anse som oskäliga i den mån de inte har varit föremål för individuell förhandling.²⁸

Lagens civilrättsliga bestämmelser finns i 10–13 §§. Om innebörden av ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling är oklar, ska villkoret enligt 10 § tolkas till konsumentens förmån. Om ett avtalsvillkor inte varit föremål för individuell förhandling gäller vissa särskilda bestämmelser i 11 §

²⁶ Se t.ex. MD 2004:19.

²⁷ Se prop. 1994/95:17, s. 65.

²⁸ Prop. 1994/95:17, s. 92 och 94.

konsumentavtalsvillkorslagen om hur 36 § avtalslagen angående jämkning av oskäliga avtalsvillkor ska tillämpas. Bl.a. får omständigheter som inträffat efter det att avtalet ingåtts inte beaktas till konsumentens nackdel.

Konsumentavtalsvillkorslagen och frågan om avstängning av abonnemangsavtalet

Vissa av operatörernas standardvillkor ger operatörerna rätt att stänga av konsumenternas abonnemang vid utebliven betalning för premiumtjänster. Numera ger 5 kap. 19 § lagen om elektronisk kommunikation konsumenten visst skydd mot att telefonabonnemanget sägs upp vid utebliven betalning.²⁹ Det är dock möjligt ett avtalsvillkor som ger operatören rätt att säga upp abonnemangsavtalet på grund av utebliven betalning av en skuld till en innehållsleverantör kan angripas även med stöd av konsumentavtalsvillkorslagen, eftersom en stängning av anslutningen till mobiltelefonnätet är en så ingripande åtgärd att det finns risk att konsumenten avstår från att hålla inne betalningen för en debiterad premiumtjänst eller liknande. Regeringen har i förarbetena till konsumentkreditlagen påtalat att ett avtal mellan tjänstleverantören och konsumenten som går ut på att operatören ges rätt att stänga av ett abonnemang, d.v.s. en annan tjänst enligt ett annat avtal, torde vara uppenbart oskäligt och uppfattas som ett avtalsbrott från operatörens sida i förhållande till abonnemangsavtalet.³⁰ Frågan har prövats av Marknadsdomstolen i två fall.

I det första fallet, MD 1994:31, fann domstolen att avtalsvillkor som gav operatören rätt att säga upp abonnemangsavtalet på grund av utebliven betalning var oskäliga såvitt avsåg fordran för betalsamtal som tillkom tredje man. Marknadsdomstolen menade att stängning av anslutningen och hävning av abonnemangsavtalet är så ingripande åtgärder mot abonnenten att risken för detta sannolikt betar konsumenten det påtryckningsmedel som innehållande av

²⁹ Se nedan för en redogörelse av aktuella regler i den lagen.

³⁰ Prop. 2009/10:242, s. 40.

betalning utgör. De aktuella avtalsvillkoren kunde därför komma att verka som ett hinder för abonnenten att göra eventuella ersättningsanspråk gällande. Vidare gav villkoren operatören möjlighet att för innehållsleverantörens räkning tillgripa påföljder som saknar samband med den tjänst som operatören tillhandahöll. De påtryckningsmedel villkoren innebar kunde användas av operatören för att driva in betalning för fordran som tillkom innehållsleverantören, och avtalet mellan konsumenten och operatören kunde komma att hävas på grund av en sådan fordran, som alltså inte direkt berörde parterna i abonnemangsavtalet. Dessa fördelar för innehållsleverantören, som också gynnade operatören i dess affärsverksamhet, innebar enligt domstolen motsvarande nackdelar för konsumenten i avtalsförhållandet med operatören. Mot denna bakgrund fann domstolen att möjligheten att tillämpa de påtalade avtalsvillkoren för en tjänst som inte var en del av själva telefonitjänsten medförde att en rimlig balans mellan parterna i abonnemangsavtalet inte förelåg. De aktuella avtalsvillkoren var därför att anse som oskäligen enligt 3 § konsumentavtalsvillkorslagen.

I det andra fallet, MD 2011:26, gjorde Marknadsdomstolen däremot en motsatt bedömning. I målet yrkade Konsumentombudsmannen, bl.a. med hänvisning till det tidigare rättsfallet, att domstolen skulle förbjuda Tele2 att använda avtalsvillkor mot konsumenter som innebar att Tele2 hade rätt att stänga av mobiltelefonabonnemanget för en fordran som tillkom en innehålls- eller betalsamtalstjänsteleverantör eller annan tredje man. Tele2 bestred yrkandet och hävdade att avtalsvillkoret endast syftade på de fall där abonnenten underlät att betala sin faktura utan att reklamera alls. Om kunden däremot kontaktade Tele2 och meddelade att den uteblivna betalningen avsåg premiumtjänster, var det tillräckligt för att Tele2 skulle anse att saklig grund förelåg och därmed ge kunden anstånd med betalning av fakturan i avvaktan på att tvisten var slutligt avgjord.

Marknadsdomstolen fann ingen anledning att betvivla Tele2:s uppgifter om bolagets hantering av reklamationer och utgick från dem i sin fortsatta bedömning. Eftersom kunden i 1994 års

fall saknat möjlighet att reklamera och hålla inne det tvistiga beloppet i förhållande till operatören, ansåg domstolen att det fanns en avgörande skillnad mellan de båda målen. Det gamla avgörandet saknade därför relevans för den fortsatta prövningen av villkoret.

Marknadsdomstolen konstaterade vidare att ytterligare en skillnad jämfört med 1994 års fall var att en teleoperatör numera har rätt att med stöd av 5 kap. 19 § LEK under vissa förutsättningar stänga av ett mobilabonnemang för en obetald fordran. Bestämmelsen var enligt domstolen även tillämplig då fordran tillkom tredje man och var, i vart fall analogt, tillämplig även på varor och tjänster som beställts via sms-meddelanden.³¹

Domstolen konstaterade att såväl tekniken som användandet av kommunikationstjänster ser helt annorlunda ut nu än vid avgörandet år 1994. Betalteletjänster får numera anses ha ett klart samband med telefonitjänsten. Att teleoperatörer, i avsaknad av reklamation från konsumenten, ges en möjlighet till avstängning av abonnemanget vid utebliven betalning för telefonräkningar som även innehåller premiumtjänster kunde inte anses medföra en sådan obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt abonnemangsavtalet att detta var oskäligt. Domstolen lämnade därför Konsumentombudsmannens talan utan bifall.

Det verkar alltså som om domstolen menade att tillkomsten av 5 kap. 19 § LEK i vart fall till viss del har bidragit till bedömningen att de aktuella avtalsvillkoren ansågs skäliga. Som framgår nedan var emellertid syftet med femte kapitlet i denna lag att stärka konsumenternas skydd och att skydda konsumenterna från omedelbar avstängning av abonnemanget. Med hänsyn till Marknadsdomstolens tolkning av bestämmelsen kan det ifrågasättas om bestämmelsen har fått avsedd effekt.

³¹ Se vidare nedan om denna problematik.

Lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation

En annan viktig reglering för den nu aktuella frågan är lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK), som bl.a. är tillämplig på förmedling av premiumtjänster. I lagens femte kapitel finns vissa regler som syftar till att skydda konsumenterna från höga telefonräkningar och från att abonnemanget stängs av vid utebliven betalning.

Allmänt om lagen

Tillhandahållandet av nät och tjänster för elektronisk kommunikation regleras ytterst av de direktiv som Europeiska unionen antog 2002 i syfte att harmonisera gemenskapens lagar på området. De direktiv som främst har betydelse är 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster, det s.k. USO-direktivet, ramdirektivet 2002/21/EG samt direktivet 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

I Sverige har direktiven i huvudsak genomförts genom LEK. Lagen ersatte den tidigare telelagen och lagen om radiokommunikation och är i stora delar en offentlighetslag. Lagen innehåller dock även regler om slutanvändare, varmed bl.a. avses konsumenter enligt konsumentlagstiftningen. Bestämmelserna om dessa tjänster finns i femte kapitlet. Det är fråga om vissa allmänna skyldigheter mot slutanvändaren för den som tillhandahåller tjänsten. Regeringen preciserar dessa skyldigheter bl.a. i förordning (2003:396) om elektronisk kommunikation. Tillsynsmyndighet enligt lagen är Post- och telestyrelsen (PTS), som i förordningen fått rätt att meddela föreskrifter på en rad områden.

Lagens tillämpningsområde

LEK gäller elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster med tillhörande installationer och tjänster samt annan radioanvändning. Elektronisk kommunikation innebär överföring av signaler via tråd, via radio, på optisk väg eller via andra elektriska överföringsmedier. Elektronisk kommunikation omfattar alltså telefoni, datakommunikation samt radio och TV.³² Från lagens tillämpningsområde undantas däremot uttryckligen i 1 kap. 4 § andra stycket det innehåll som överförs i kommunikationsnäten. Lagen reglerar alltså inte rena premiumtjänster som spel och ringsignaler som levereras via kommunikationsnäten.³³ Enligt Marknadsdomstolen är lagen dock tillämplig på teleoperatörernas förmedling av sådana tjänster.³⁴

5 kap. 19 §, som innehåller visst skydd för konsumenterna mot att få sin telefon avstängd och som behandlas närmare nedan, är enligt sin ordalydelse tillämplig på telefonitjänster. Enligt 1 kap. 7 § avses med telefonitjänster elektroniska kommunikationstjänster som ger möjlighet att föra samtal. Förmedling av betalsamtals-tjänster, d.v.s. nummer med förhöjd taxa som betalsamtalsleverantörer tillhandahåller, borde alltså omfattas av bestämmelsen i 5 kap. 19 § även i de fall fordran tillkommer en innehållsleverantör.³⁵ Det är däremot mera osäkert om lagen är tillämplig på tjänster och varor som kunden inte har beställt via samtal utan via sms-meddelanden. Marknadsdomstolen har i det ovan nämnda rättsfallet MD 2011:26 funnit att 5 kap. 19 § inte är direkt tillämplig på dessa tjänster. Domstolen konstaterade dock att den aktuella direktivbestämmelsen, som låg bakom lagändringen

³² Prop. 2007/08:86, s. 8.

³³ Prop. 2002/03:110, s. 358.

³⁴ MD 2011:26, se ovan.

³⁵ Något som stöder denna uppfattning är att det i punkten 16 i preambeln till direktivet 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster anges att konsumenten bör, utom i fall av upprepad försenad betalning eller utebliven betalning av räkningar, skyddas från omedelbar avstängning av nätet på grund av att en räkning inte har betalats, och de bör särskilt vid tvister om höga räkningar för betalsamtals-tjänster ha fortsatt tillgång till grundläggande telefonitjänster i avvaktan på att tvisten avgörs. Direktiven gör alltså ingen skillnad på telefonitjänster och premiumtjänster.

i LEK, inte gör någon skillnad mellan telefonitjänster och förmedlade tjänster och fann därför att lagstiftarens syfte borde ha varit att bestämmelsen i 5 kap. 19 § LEK skulle tillämpas även på premiumtjänster i form av sms-tjänster. Domstolen tillämpade därför bestämmelsen analogt för dessa tjänster.

Relevanta bestämmelser

LEK innehåller vissa regler som syftar till att skydda konsumenterna från höga telefonräkningar. Teleoperatörerna är enligt 5 kap. 7 a § skyldiga att på abonnentens begäran kostnadsfritt spärra vissa nummer eller typer av utgående samtal eller sms-meddelanden med förhöjd taxa. Operatören ska i samband med att avtal träffas informera abonnenten om denna rätt, och kunden ska under löpande avtalsperiod ha rätt att kostnadsfritt ändra spärrningen. Abonnenten har även rätt att få tjänsten spärrad vid ett belopp som abonnenten anger på förhand (5 kap. 7 b §). När fordran mot abonnenten överstiger det angivna beloppet ska operatören kostnadsfritt avbryta tjänsten, om inte abonnenten begär att operatören ändå ska tillhandahålla tjänsten. Operatören måste upplysa abonnenten även om denna rättighet. Enligt 5 kap. 7 c § har PTS rätt att meddela föreskrifter om att operatörerna ska erbjuda abonnenterna möjlighet att även på andra sätt än genom spärrtjänster kontrollera sina kostnader för användningen av tjänsten. Som exempel på sådana föreskrifter nämner förarbetena möjligheten att kräva att operatören varnar kunder vid ovanliga användningsmönster. PTS har för närvarande inte några planer på att införa sådana föreskrifter.

5 kap. 15 § innehåller regler om vilka uppgifter avtalet mellan abonnenten och operatören ska innehålla. Avsikten är att garantera abonnenterna en lägsta nivå av information om de tjänster som operatören tillhandahåller till dem. Kravet på avtalsinnehållet har utökats jämfört med telelagen och inkluderar numera bl.a. detaljerade uppgifter om priser och taxor, villkoren för förlängning och upphörande av tjänsten samt uppsägning av avtalet.

Uppgifterna ska vara tydliga, heltäckande och lättillgängliga. PTS har föreskrivningsrätt till denna bestämmelse men har ännu inte infört några föreskrifter.

Enligt 5 kap. 15 a § får ett avtal mellan abonnent och operatör inte ha längre inledande bindningstid än 24 månader.

PTS har enligt 5 kap. 17 a § möjlighet att förplikta operatörerna att tillhandahålla abonnenterna prisinformation för nummer eller tjänster som omfattas av särskild prissättning. Tidigare omfattade bestämmelsen endast telefonitjänster, men efter en lagändring år 2011 omfattar bestämmelsen numera även sms-meddelanden. Eftersom innehållsleverantörerna inte omfattas av lagen träffar regeln endast operatörerna.

En i sammanhanget central bestämmelse är 5 kap. 19 § som ger konsumenten ett visst skydd mot att operatören stänger av abonnemanget vid utebliven betalning. Paragrafen rörde tidigare endast det fasta nätet men omfattar numera såväl abonnemangsavgifter som räkningar för användning av fasta och mobila telefonitjänster.³⁶ Lagändringen gjordes som en följd av att den aktuella bestämmelsen i direktivet 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster ändrades genom direktivet 2009/136/EG. Enligt bestämmelsen får abonnemanget inte sägas upp om inte operatören har uppmanat abonnenten att betala inom viss skälig tid och dessutom upplyst om att operatören annars kan avbryta tillhandahållandet av tjänsten. Betalar abonnenten för tjänsten inom viss tid får operatören inte avbryta tillhandahållandet. Om en abonnent upprepade gånger har betalat för sent får operatören däremot avbryta tjänsten omedelbart utan någon varning. Gäller utebliven betalning viss tjänst, ska operatören begränsa avbrottet till just den tjänsten om det är tekniskt möjligt och abonnenten inte tidigare har fått en betalningsuppsmaning eller har vilselett tjänstleverantören.

LEK innehåller alltså en del regler om näringsidkarens prestation i förhållande till konsumenten. Lagen saknar däremot civilrättsliga regler om påföljd vid fel och dröjsmål från näringsidkaren. I samband med översynen av konsumenttjänstlagen före-

³⁶ Prop. 2010/11:115, s. 181.

slog utredaren att det skulle införas en bestämmelse i LEK om att reglerna i femte kapitlet skulle bli civilrättsligt sanktionerade genom att vissa bestämmelser i konsumenttjänstlagen skulle bli tillämpliga i förhållande till konsumenten.³⁷ Förslaget, som inte har lett till lagstiftning, innehöll bl.a. att konsumenttjänstlagens regler om fackmässigt utförande av tjänsten och påföljder vid fel och dröjsmål från näringsidkaren skulle vara tillämpliga på elektroniska kommunikationstjänster.

8.3.3 Överväganden

Bedömning: Grundläggande konsumenträttsliga regler om innehållanderätt och invändningsrätt samt regleringen i 5 kap. 19 § lagen om elektronisk kommunikation ger konsumenter ett tillräckligt skydd mot att operatören stänger av all telefoni vid underlåtenhet att betala en premiumtjänst.

Konsumenterna kan av olika anledningar ha skäl att reklamera och hålla inne betalning för en debiterad premiumtjänst. Att få hela sitt telefonabonnemang avstängt framstår för de flesta konsumenter som en mycket ingripande åtgärd, och denna risk kan medföra att konsumenterna avhåller sig från att använda det viktiga påtryckningsmedel som innehållande av betalning för premiumtjänsten utgör. Som utredningen har konstaterat i avsnitt 8.2 ovan har konsumenten enligt konsumentkreditlagen en tvingande invändningsrätt gentemot operatören vid köp av premiumtjänster. Enligt 10 och 23 §§ konsumentköplagen har en köpare en tvingande rätt att innehålla betalning om säljaren begått kontraktsbrott. Dessa grundläggande bestämmelser medför att operatören saknar rätt att spärra telefoni på grund av utebliven betalning av premiumtjänster ifall innehållsleverantören begått kontraktsbrott och att ett här emot stridande avtalsvillkor är ogiltigt enligt 36 § avtalslagen.

³⁷ Ds 2009:13 "Konsumenttjänster m.m.".

Regeln i 5 kap. 19 § i lagen om elektronisk kommunikation, är snarare avsedd som en skyddsregel till förmån för konsumenter än som en rättighet för operatörerna att stänga av tjänsten.³⁸ Enligt regeln ska, om abonnenten inte tidigare har fått en betalningsupppmaning eller har vilselett operatören, avbrottet av tjänsten begränsas till den tjänst som den uteblivna betalningen avser om detta är tekniskt möjligt. Alla operatörer ska i dagsläget ha tekniska förutsättningar att begränsa en avstängning till premiumtjänster, eftersom en operatör enligt 5 kap. 7 a § LEK är skyldig att på begäran av slutkund spärra vissa nummer eller typer av utgående samtal eller sms-meddelanden. Detta innebär att, eftersom de tekniska förutsättningarna finns, operatören inte har rätt att stänga av hela abonnemanget vid utebliven betalning för en innehållstjänst utan är skyldig att begränsa avbrottet till den tjänst för vilken betalning inte har skett, utom om abonnenten också tidigare varit i dröjsmål och fått en betalningsupppmaning eller vilselett tjänsteleverantören. En abonnent som invänder mot att betala för en premiumtjänst men betalar övriga delar av telefonräkningen bör därmed normalt inte riskera att hela telefonitjänsten stängs av, även om invändningen är obegogad. Att regeln bör tolkas på detta sätt framgår också av förarbetena till lagen.³⁹ Detta borde i sin tur innebära att operatörernas villkor även på denna grund är oskäligen om de innebär en rätt att stänga av telefonitjänsten i sin helhet vid utebliven betalning enbart för premiumtjänster.

Den befintliga lagstiftningen ger alltså, enligt utredningens uppfattning, konsumenterna ett fullgott skydd i frågan, och vissa av operatörerna tillämpar också bestämmelsen på detta sätt. Vad som är bekymmersamt i sammanhanget är att Marknadsdomstolen har kommit till en annan slutsats i sin senaste dom i frågan, MD 2011:26. Vi har därför övervägt att föreslå ett förtydligande tillägg till LEK, men till slut dragit slutsatsen att detta borde vara onödigt. Om inte alla teleoperatörer anpassar sin tillämpning till 5 kap. 19 §

³⁸ Prop. 2002/03:110, s. 222.

³⁹ Prop. 2002/03:110, s. 222.

LEK, och om Marknadsdomstolen då inte på förnyad talan av Konsumentverket ändrar sin praxis, kan frågan om förtydligande dock åter bli aktuell.

8.4 Till vem ska konsumenten reklamera?

8.4.1 Problembeskrivning

Enligt de flesta av operatörernas villkor ska konsumenten reklamera direkt till innehållsleverantören om konsumenten har några invändningar rörande en premiumtjänst.⁴⁰ Om konsumenten innehåller betalningen måste dock konsumenten, för att inte riskera att abonnemanget stängs av, enligt vissa av operatörernas villkor reklamera och anföra sakliga skäl mot debiteringen även till operatören.⁴¹ Som redan har nämnts kan dessa villkor framstå som förvirrande för konsumenten. Det är ett möjligt scenario att konsumenten väljer att reklamera till operatören, som är avsändare av fakturan och betalningsindrivare, men inte till innehållsleverantören. I detta avsnitt behandlas frågan om konsumenten kan reklamera till operatören med befriande verkan.

Frågan om till vem konsumenten kan reklamera med befriande verkan är också relevant vid köp av appar.

8.4.2 Rättslig reglering

Lagen (1991:351) om handelsagentur

I avsnitt 3.3 ovan konstaterade utredningen att det låg nära till hands att anse att de företag som driver marknadsplatserna agerar som förmedlare av produkterna för utvecklarna i utvecklarnas namn. Det är därmed fråga om handelsagentur varför lagen om

⁴⁰ Se t.ex. Telias allmänna villkor för tjänster till konsumenter, art. 1.2 och Telenors Allmänna villkor-Konsument-för Tjänster hos Telenor Sverige AB, art. 1.7.

⁴¹ Se t.ex. Tele 2:s abonnemangsvillkor för mobiltjänster, art. 11 och Telenors Allmänna villkor-Konsument-för Tjänster hos Telenor Sverige AB, art. 7.7.

handelsagentur blir relevant i sammanhanget. Enligt 1 § gäller lagen om någon i näringsverksamhet har avtalat med en annan, huvudmannen, att för dennes räkning självständigt och varaktigt verka för försäljning eller köp av varor genom att ta upp anbud till huvudmannen eller sluta avtal i dennes namn. Med *vara* avses det som i juridiskt språk vanligen betecknas som lösöre.⁴² Varor är alltså fysiska föremål eller saker, varför lagen inte är direkt tillämplig på marknadsplatsernas verksamhet. Dess regler kan dock tjäna som vägledning för en analog tillämpning, varför de ska behandlas i korthet.

Lagen om handelsagentur innehåller regler om främst förhållandet mellan handelsagenten och huvudmannen, vilket inte kommer att behandlas närmare här. Emellertid reglerar 17–23 §§ förhållandet till tredje man, i detta fall alltså konsumenten. Relevant i sammanhanget är 23 §, enligt vilken konsumenten får vända sig även till agenten för att reklamera fel eller dröjsmål i en köpt vara om avtalet kan anses ha kommit till stånd genom agentens medverkan. Agenten får emellertid inte utan särskilt bemyndigande från huvudmannen träffa något avgörande med anledning av en sådan reklamation. Att notera är emellertid att lagen om handelsagentur enligt 2 § är dispositiv om inte annat framgår av lagen. Då bestämmelsen om reklamation inte gjorts tvingande, blir konsumenten beroende av vad som är avtalat.

8.4.3 Överväganden

Bedömning: Villkor, som innebär att en konsument inte kan reklamera med befriande verkan till det företag som förmedlar betalning, kan i vissa situationer med stöd av 36 § avtalslagen bedömas som oskäligen. Det saknas därför tillräckligt behov av att lagstifta i frågan.

⁴² Prop. 1990/91:63, s. 52.

Det saknas i svensk rätt någon direkt tillämplig regel som innebär att en konsument kan reklamera till en betalningsförmedlare med befriande verkan. Praxis från såväl ARN som Marknadsdomstolen saknas i frågan. Enligt utredningen är det önskvärt att en konsument kan reklamera till operatören eller marknadsplatsen med befriande verkan, om konsumenten har invändningar mot debiteringen av en premiumtjänst eller app. En annan ordning medför betydande besvär för konsumenten som dels riskerar att felaktigt tro att han eller hon har uppfyllt sin reklamationsplikt genom att reklamera till den som sköter betalningen, dels kan uppleva svårigheter med att komma i kontakt med leverantören.

Enligt 23 § lagen om handelsagentur kan en konsument vända sig till agenten för att reklamera fel och dröjsmål i en köpt vara. Även om lagen inte är direkt tillämplig ligger det enligt utredningens uppfattning nära till hands att tillämpa denna analogt på de situationer som denna promemoria behandlar. Dessa avtalsförhållanden är nämligen så lika handelsagentsituationen att en analog tillämpning ter sig rimlig. Ett avtalsvillkor som innebär att en konsument inte kan reklamera med befriande verkan till den som driver in en betalning torde därmed kunna bedömas som oskäligt med stöd av 23 § handelsagenturlagen jämförd med 36 § avtalslagen. Följden av en sådan rättstolkning är att en konsument, som i rätt tid har reklamerat till en operatör eller marknadsplats, vid en rättslig prövning anses ha reklamerat även till leverantören oavsett om detta företag har fått del av reklamationen eller inte. Leverantören behöver därmed säkerställa, förslagsvis genom det ursprungliga avtalet om betalningsförmedling, att operatören eller marknadsplatsen vidarebefordrar gjorda reklamationer till leverantören. En sådan skyldighet är inte särskilt betungande för operatören eller marknadsplatsen, som redan har en avtalsrelation med leverantören och därmed har tillgång till aktuella kontaktuppgifter till denna.

8.5 Bedriver operatörerna inkassoverksamhet?

8.5.1 Problembeskrivning

Även inkassolagen (1974:182) kan i vissa situationer vara tillämplig på operatörernas verksamhet. Lagen innehåller bestämmelser om hur inkassoverksamhet får bedrivas. Det kan bl.a. innebära att operatörerna i vissa situationer måste hjälpa abonnenterna med att vidarebefordra invändningar angående betalningsskyldigheten till innehållsleverantören. Datainspektionen har till utredningen framfört att myndigheten har uppmärksammat stora brister såvitt avser efterlevnaden av inkassolagens krav när det gäller indrivning av telekombranschens fordringar. I det följande behandlas lagens tillämpningsområde närmare samt de regler i lagen som kan bli aktuella för operatörernas verksamhet.

8.5.2 Rättslig reglering

Inkassolagens tillämpningsområde

Inkassolagen gäller vid indrivning av egen eller annans fordran genom krav eller annan inkassoåtgärd (inkassoverksamhet). En inkassoåtgärd är enligt 1 § en åtgärd som innebär annan påtryckning på gäldenären än angivande av tid för betalning eller uppgift om att en obetald fordran överlämnas till någon annan för inkasso. Det är alltså inte en inkassoåtgärd att på en faktura eller en betalningspåminnelse ange tid för betalning eller att fordran kommer att överlämnas för inkasso om den inte betalas. Det är inte heller fråga om inkassoverksamhet när säljaren av en vara eller tjänst hotar med innehållande av fortsatta leveranser eller med hävning vid utebliven betalning.

Enligt förarbetena till inkassolagen kan det vara en inkassoåtgärd att driva in någon *annans fordran* (vår kursivering) genom hot om att dra in en prestation som näringsidkaren fortlöpande

tillhandahåller, t.ex. att stänga av anslutningen till telefonnätet.⁴³ Praxis på området är sparsam, men Kammarrätten i Stockholm har funnit att det är att en inkassoåtgärd att i ett betalningskrav ange att telefonitjänsten kan komma att spärras vid utebliven betalning.⁴⁴ Det kan nämnas att bolaget som ansågs ha bedrivit inkassoverksamhet framförde att det endast hade uppfyllt sin informationsplikt enligt 5 kap. 19 § LEK och att det inte kunde ha varit lagstiftarens mening att denna informationsplikt endast kan uppfyllas genom ett formellt inkassokrav.

Relevanta bestämmelser

Inkassoverksamhet som avser indrivning av fordringar för annans räkning får enligt huvudregeln i 2 § bedrivas endast efter tillstånd av Datainspektionen. Tillstånd får enligt 3 § meddelas endast om verksamheten kan antas bli bedriven på ett sakkunnigt och omdömesgillt sätt.

Lagens centrala bestämmelse finns i 4 § enligt vilken inkasso- verksamhet ska bedrivas i enlighet med god inkassosed. Gälldenären får inte vållas onödig skada eller olägenhet eller utsättas för otillbörlig påtryckning eller annan otillbörlig inkassoåtgärd. Av lagtexten och förarbetena framgår inte vad den som bedriver inkassoverksamhet ska göra om gälldenären invänder mot fordran. Enligt Datainspektionens allmänna råd bör ett inkassobolag snarast möjligt utreda om en invändning från gälldenären har fog för sig. Ett inkassoombud bör även underrätta borgenären om invändningen och begära besked om dennes inställning.⁴⁵

I det ovan nämnda rättsfallet MD 2011:26 gjorde Konsumentombudsmannen gällande att Tele2:s avtalsvillkor om att operatören hade rätt att stänga av telefonabonnemanget vid en obetald skuld till innehålls- och betalsamtalsleverantören stred

⁴³ Prop. 1980/81:10, s. 142 f.

⁴⁴ Kammarrättens i Stockholm dom 2011-03-11 i mål 6604-10.

⁴⁵ Tillämpning av inkassolagen, Datainspektionens allmänna råd, Reviderad i september 2011, s. 19.

mot inkassolagen. Konsumentombudsmannen ansåg nämligen att Tele2:s avtalsvillkor om att inte ta emot klagomål och vidarebefordra dessa till tjänsteleverantören stred mot god inkassosed enligt 4 § inkassolagen och att villkoren därför var att anse som oskäliga. Marknadsdomstolen ansåg inte att så var fallet men lämnade inte någon närmare motivering till sin slutsats.

Krav mot en gäldenär ska enligt 5 § framställas skriftligt. Kravet ska innehålla tydlig uppgift om borgenärens namn och om det förhållande som fordringen grundar sig på. För att gäldenären ska kunna ta ställning till om kravet är riktigt bör denne på ett säkert sätt kunna identifiera fordran med ledning av samtliga uppgifter som har lämnats i inkassokravet. Det krävs att gäldenären i själva inkassokravet eller i handling som bifogas kravet får sådana uppgifter om grunden för fordran att han eller hon kan identifiera den fordran som avses. Gäldenären bör inte behöva behålla ursprungsfakturan eller vidta någon aktiv åtgärd, som att ta kontakt med inkassobolaget, för att förstå grunden för fordran.⁴⁶ Är det fråga om en fordran som har överlåtits eller pantsatts, och kan gäldenären på grund härav inte betala till överlåtare eller pantsättaren med befriande verkan, ska kravet innehålla en tydlig upplysning om detta förhållande. I samband med kravet ska anges viss skälig tid inom vilken gäldenären har att betala frivilligt eller anmäla om han eller hon har någon invändning mot kravet.

Det är Datainspektionen som enligt 13 § utövar tillsyn av lagen. Datainspektionen utfärdar i sin egenskap av tillsynsmyndighet allmänna råd om tillämpningen av inkassolagen. Inkassolagen är straffrättsligt sanktionerad. Den som bryter mot lagen kan enligt 17 § dömas till böter eller fängelse. Även skadeståndsskyldighet kan bli aktuellt enligt 18 §.

⁴⁶ Tillämpning av inkassolagen, Datainspektionens allmänna råd, Reviderad i september 2011, s. 24.

8.5.3 Överväganden

Bedömning: Det utgör inkassoverksamhet om operatören i ett betalningskrav till abonnenten uppger att telefonitjänsten kan komma att spärras vid utebliven betalning av en premiumtjänst.

Enligt utredningens bedömning träffas operatörerna av inkassolagens bestämmelser om de i betalningskrav till konsumenterna uppger att telefonitjänsten kan komma att spärras vid utebliven betalning för premiumtjänster. Stöd för denna slutsats finns i lagens förarbeten där det framgår att en åtgärd att driva in någon annans fordran genom hot om att dra in en prestation som näringsidkaren fortlöpande tillhandahåller, t.ex. att stänga av anslutningen till telefonnätet, kan vara en inkassoåtgärd.⁴⁷ Eftersom (vissa av) operatörerna driver in innehållsleverantörernas fordran med hot om avstängning av sin egen tjänst (tillgång till mobiltelefoninätet) är det enligt vår bedömning fråga om inkassoverksamhet. Operatörerna träffas därmed av tillståndsplikt när de driver in fordringar för annans räkning. Såvitt känt har ingen av operatörerna på den svenska marknaden ansökt om sådant tillstånd. En förklaring till detta kan emellertid vara att operatörerna, enligt uppgift från Datainspektionen, i stor utsträckning anlitar etablerade inkassobolag för indrivning av utestående fordringar.

I de fall operatörerna själv bedriver inkassoverksamheten måste deras verksamhet dock bedrivas med tillstånd och i enlighet med god inkassosed samt även i övrigt uppfylla inkassolagens krav. Kravet på betalning måste därmed innehålla en tydlig upplysning om borgenärens (innehållsleverantörens) namn och om det förhållande som fordringen grundar sig på. Det kan diskuteras om det är tillräckligt att endast ange "förmedlade tjänster" på det sätt som premiumtjänster ofta benämns på operatörernas fakturor.

Utredningen konstaterar att det finns ett gällande och fungerande regelverk för inkassoverksamhet. Datainspektionen är till-

⁴⁷ Prop. 1980/81:10, s. 142 f.

synsmyndighet och har enligt inkassolagen möjlighet att ingripa mot företag som agerar i strid mot lagen. Det saknas därför anledning för utredningen att lämna något förslag i denna del.

9 Automatisk förlängning av avtal

9.1 Problembeskrivning

Inom en rad olika marknader förekommer det att ett tidsbegränsat avtal förlängs automatiskt om inte konsumenten säger upp avtalet en viss tid innan det ska upphöra. Företeelsen är exempelvis vanligt förekommande vid avtal om tv-abonnemang, gymkort och dejtingsajt på Internet. Vissa appar kan innefatta funktioner som gör det möjligt för kunden att förvärva innehåll på prenumerationsbasis ("In App-prenumerationer"). In App-prenumerationer förlängs automatiskt i tillämplig tidsperiod.

Eftersom parter ofta ingår tidsbestämda avtal för ett år eller längre tid kan det vara svårt för en konsument att komma ihåg att säga upp avtalet. Vanligen blir konsumenten påmind om att avtalet kommer att förlängas eller redan har förlängts först när han eller hon får en faktura avseende den nya perioden. Det är då ibland för sent att säga upp avtalet för den debiterade perioden. Konsumentverket har under senare tid mottagit klagomål från konsumenter som är missnöjda med att avtal förlängs automatiskt.

Frågan i detta avsnitt gäller om konsumenter bör vara bundna av förlängning på grund av underlåten uppsägning bara om de erinrats om förlängningen viss tid innan uppsägningsfristen går ut.

9.2 Rättslig reglering

Det saknas i svensk rätt någon generell bestämmelse som reglerar frågan om automatisk förlängning. Klausuler om automatisk förlängning av konsumentavtal kan emellertid bedömas som oskäligen enligt såväl 36 § avtalslagen som konsumentavtalsvillkorslagen.¹ Det finns alltså möjlighet att angripa företeelsen med hjälp av både civilrättsliga och marknadsrättsliga regler. Från den sparsamma praxis som finns kan man utläsa att en klausul om automatisk förlängning ansetts vara skälig så länge en förlängning av avtalet ligger i konsumentens intresse och uppsägning kan göras i skälig tid före avtalets utgång.

9.2.1 Civilrättslig reglering

Från tidsbestämda avtal med automatisk förlängning ska skiljas avtal som ingås tills vidare. Ett sådant avtal gäller under obegränsad tid. Det kan emellertid – oavsett vad som står i avtalet – när som helst sägas upp med skälig uppsägningstid. För vissa avtals typer som hyra av fast egendom, bolagsavtal och handelsagentur är uppsägningstidens längd reglerad i lag. I andra fall får uppsägningstidens längd avgöras efter en fri bedömning, men lagregler från likartade avtalstyper kan ge vägledning.² Om en part fullgjort hela eller större delen av sin prestation inledningsvis och den andra parten förväntas fullgöra sin motprestation under lång men obestämd tid för att balans ska uppkomma, kan den senare parten inte tidigt frigöra sig från avtalet med kort uppsägningstid.³

¹ Enligt punkten h i bilaga till Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal kan avtalsvillkor vars mål eller konsekvens är att automatiskt förlänga ett avtal med bestämd varaktighet om konsumenten inte uttalar sig däremot, när sista dagen för konsumenten att framföra att han inte önskar förlänga avtalet ligger oskäligt tidigt, anses vara oskäligen, se avsnitt 8.3.2.

² Se NJA 2009 s. 672 med hänvisning till vissa lagregler.

³ Se t.ex. NJA 1946 s. 679 (där ett bolag, som utan tidsbegränsning lovat köpare av tomter i Saltsjöbaden årskort på tåg till Stockholm för 100 kr per år för var och en ingående i hushållet, inte kunde frigöra sig från avtalet – höja priset – ens efter ca 40 år).

Det saknas i svensk rätt några allmänna regler om när avtal senast ska sägas upp för att hindra en automatisk förlängning av ett avtal på bestämd tid. Klausuler om automatisk förlängning av konsumentavtal kan emellertid bedömas som oskäligen enligt 36 § avtalslagen.

Konsumentombudsmannen har drivit ett mål i Göta hovrätt som rörde frågan om automatisk förlängning av ett abonnemangsavtal om spärrtjänster.⁴ Enligt standardvillkoren skulle konsumenten senast två månader före utgången av det ursprungliga avtalet säga upp avtalet för att förhindra förlängning, men det hade konsumenten glömt att göra. Hovrätten ansåg att konsumenten intagit en underlägsen ställning i avtalsförhållandet och att automatisk förlängning allmänt sett inte ligger i konsumentens intresse. Vid en samlad bedömning kom hovrätten fram till att villkoret om automatisk förlängning var oskäligt och skulle lämnas utan avseende. Även i ett senare mål har samma hovrätt kommit fram till att en spärrtjänst inte varit en sådan tjänst att det ur ett konsumentperspektiv framstod som särskilt angeläget med automatisk förlängning samt att standardvillkoret om automatisk förlängning tillkommit för att tillgodose näringsidkarens intresse; villkoret om automatisk förlängning var därför inte bindande.⁵

Den skånska hovrätten har emellertid ansett att en automatisk ettårig förlängning av ett gymavtal var skälig trots att någon påminnelse om förlängningen inte hade skett.⁶ Enligt avtalet skulle uppsägning ha skett senast en månad före avtalets slutdatum om konsumenten inte önskade förlängning. Högsta domstolen meddelade under våren 2012 prövningstillstånd.

Även ARN har prövat under vilka förutsättningar avtalsvillkor om automatisk förlängning är att bedöma som oskäligen enligt 36 § avtalslagen. Ett av ärendena rörde ett treårsabonnemang på nyckelbrickor som förlängdes automatiskt med ytterligare en treårsperiod om inte konsumenten sade upp avtalet senast två månader före avtalets utgång. Uppsägningstiden hade gått ut två

⁴ T 755-09.

⁵ FT 2316-10.

⁶ FT 765-10.

veckor innan konsumenten fick faktura för den nya avtalsperioden. Nämnden hänvisade till MD 2005:34⁷ och ansåg att avtalsvillkor om automatisk förlängning med tre år i taget är att anses som oskäligen enligt 36 § avtalslagen.⁸ Ett annat liknande ärende rörde avtal om larmtjänst för en tid om tre år. Enligt avtalsvillkoret förlängdes avtalet automatiskt med ett år i taget om det inte sades upp en månad före avtalstidens utgång. När konsumenten fick faktura för den nya avtalsperioden var det för sent att säga upp avtalet. Nämnden fann att det bör krävas att företaget påminner konsumenten om att avtalet kommer att förlängas om det inte sägs upp. En sådan påminnelse var enligt nämnden inte särskilt betungande för företaget att göra t.ex. i samband med en faktura. Eftersom företaget inte hade påmint konsumenten om förlängningen, och då fakturan för den nya perioden hade skickats vid en sådan tidpunkt att det då var för sent att säga upp avtalet för den kommande perioden, ansåg nämnden att det var oskäligt att tillämpa avtalsvillkorets krav på uppsägning och att villkoret skulle lämnas utan avseende med stöd av 36 § avtalslagen.⁹

I svensk rätt finns det ett fåtal specialbestämmelser i lag om avtalstidens längd och automatisk förlängning.

Försäkringsavtalslagen (2005:104) innehåller bestämmelser om vissa försäkringsavtal. Lagen är som utgångspunkt tvingande till förmån för försäkringstagaren. Lagen gäller inte för patientförsäkring eller trafikförsäkring eftersom det finns specielllagstiftning om dessa försäkringsformer. Enligt lagens 3 kap. 2 § får försäkringsperioden inte överstiga ett år. Försäkringstagaren har enligt 3 kap. 3 § och 11 kap. 3 § rätt att när som helst säga upp försäkringen så att den upphör vid försäkringstidens utgång. Har uppsägning inte skett, förnyas enligt huvudregeln försäkringen för den vanligen tillämpade försäkringstiden (3 kap. 3 § och 11 kap. 4 §). Konsumentens passivitet leder alltså till förlängning av ett tidsbestämt avtal. För försäkringsgivaren gäller en uppsägningstid om en månad enligt 3 kap. 3 § och 11 kap. 3 §.

⁷ Se avsnitt 9.2.2 nedan.

⁸ ARN 2009-1239.

⁹ ARN 2009-2509.

Även i jordabalken finns bestämmelser om automatisk förlängning av avtal. Ett arrendeavtal som gäller för viss tid måste sägas upp för att upphöra att gälla. I annat fall förlängs avtalet på viss bestämd tid (9 kap. 3 § och 10 kap. 3 §). Även ett hyresavtal som har ingåtts för bestämd tid och som har varat mer än nio månader måste sägas upp för att upphöra att gälla (12 kap. 3 §). I annat fall förlängs avtalet på obestämd tid. I jordabalken finns även vissa bestämmelser om när uppsägning av ett tomträttsavtal måste ske för att avtalet ska upphöra att gälla (13 kap. 15 §).

9.2.2 Marknadsrättslig reglering

I den gamla marknadsföringslagen fanns en bestämmelse som förbjöd näringsidkare att i marknadsföringssyfte leverera obeställda produkter och därvid vilseleda konsumenter om deras betalningsskyldighet (12 §). Bestämmelsen har inte tagits in i 2008 års lag eftersom förfarandet är upptaget i punkt 29 i den svarta listan till marknadsföringslagen. Ingen ändring i sak är dock avsedd.¹⁰ Enligt punkt 29 räknas det som en aggressiv säljmetod att kräva omedelbar eller uppskjuten betalning för eller återsändande eller förvaring av produkter som näringsidkaren tillhandahållit men som konsumenten inte beställt (leverans utan föregående beställning).

Sådan i marknadsföringen gjord marknadsföring som anses otillbörlig enligt marknadsföringslagen kännetecknas av att marknadsföraren utnyttjar en konsuments okunnighet om gällande rättsregler om slutande av avtal till att inge konsumenten en oriktig föreställning om att ett bindande avtal har kommit till stånd.¹¹ Utmärkande för negativ avtalsbindning är t.ex. att avsändaren, samtidigt med erbjudandet, skickar ett inbetalningskort eller liknande eller anger att avtal träffas om inget avböjande svar lämnas. Detta anses otillbörligt på den grunden att kombinationen av erbjudande och uppmaning till konsumenten att eventuellt utföra

¹⁰ Prop. 2007/08:115, s. 103.

¹¹ Prop. 1994/95:123, s. 71 ff.

en kompletterande åtgärd ger konsumenten uppfattningen att avtal kommer till stånd om denne inte vidtar den kompletterande åtgärden.¹² Eftersom erbjudande av detta slag inte anses medföra någon avtalsbundenhet för konsumenten är en sådan anslutningsform vilseledande och därmed otillbörlig.¹³

Man skulle kunna hävda att klausuler om automatisk förlängning av avtal till sin konstruktion ligger nära negativ avtalsbindning och därmed är oskäligen enligt marknadsföringslagen. En sådan slutsats får visst stöd av förarbetena till den gamla marknadsföringslagen.¹⁴ Marknadsdomstolen har emellertid i mål MD 2009:30, som rörde frågan om automatisk förlängning av tv-abonnemang, funnit att en automatisk förlängning inte utgjorde negativ avtalsbindning i "egentlig avtalsrättslig" mening, och förlängningen träffades inte heller av det marknadsrättsliga förbudet mot negativ avtalsbindning. Domstolen konstaterade att näringsidkaren och konsumenten genom avtal hade kommit överens om vad som skulle ske om uppsägning inte skedde, d.v.s. om båda parterna förhöll sig passiva. Även om detta innebar att kundens passivitet i förlängningen fick en avgörande betydelse för om avtalsrelationen skulle fortsätta eller inte, så var det alltså inte fråga om negativ avtalsbindning. Att så var fallet uteslöt emellertid inte att avtalsvillkoren ändå kan anses vara oskäligen enligt 3 § konsumentavtalsvillkorlagen. Marknadsdomstolen konstaterade dock att det typiskt ligger i konsumentens intresse att den typ av abonnemang som det i målet var fråga om förlängs utan avbrott, och med beaktande av detta framstod den aktuella konstruktionen med automatisk förlängning som olämplig. Domen borde innebära att det inte, marknadsrättsligt sett, går att angripa företeelsen automatisk avtalsförlängning i sig utan endast det sätt som den automatiska förlängningen genomförs på.

I den ovan nämnda gråa listan nämns villkor vars mål eller konsekvens är att automatiskt förlänga ett avtal med bestämd varaktighet om konsumenten inte säger ifrån, när sista datum för

¹² MD 2002:3.

¹³ Prop. 1994/95:123, s. 170.

¹⁴ Prop. 1970:57, s. 74.

konsumenten att framföra att han eller hon inte längre önskar förlänga avtalet ligger oskäligt tidigt. Marknadsdomstolen har i MD 2005:34 kommit fram till att en automatisk förlängning får anses vara godtagbar så länge som kunden i lämplig form och i rimlig tid får en påminnelse om att uppsägning kan ske. I det fallet var bolaget enligt villkoren emellertid inte skyldigt att påminna konsumenten innan uppsägningstiden gått ut. Avtalet ansågs därför som oskäligt. I det ovan nämnda rättsfallet från 2009 diskuterade Marknadsdomstolen konsumenternas objektiva intresse och kom fram till att automatisk förlängning av tv-abonnemang typiskt sett ligger i konsumentens intresse och att förlängningen därför inte var olämplig. Domstolen ansåg vidare att det inte var oskäligt att förlänga aktuella avtal med en bestämd tidsperiod om ett år under förutsättning att konsumenten påminns om att förlängning kommer att ske.

Sammanfattningsvis kan Marknadsdomstolens rättspraxis på området summeras på så sätt att automatisk förlängning av avtalsvillkor inte är oskälig så länge en förlängning anses ligga i konsumentens intresse och konsumenten i rimlig tid före uppsägningstidens utgång får en påminnelse om att utebliven uppsägning medför förlängning. Tiden för uppsägning får dessutom inte ligga oskäligt tidigt.

9.3 Överväganden och förslag

Förslag: Det införs en lag om konsumenters rätt att hindra förlängning av avtal, som säkerställer att konsumenter inte av förbiseende blir bundna av en avtalsförlängning genom att näringsidkare åläggs viss informationsskyldighet och konsumenter ges en särskild tvingande uppsägningsrätt.

Utvecklingen av informationsteknologi och mobiltelefonens ändrade användningsområde främjar handeln mellan näringsidkare och konsumenter. Nya tekniska lösningar bidrar till att skärpa

konkurrensen mellan näringsidkare, vilket kommer konsumenterna till godo i form av bl.a. lägre priser och större utbud. Tekniken innebär emellertid också nya möjligheter för näringsidkare att nå ut till konsumenterna och snabbt binda upp dem genom avtal. För att gynna konkurrensen på marknaden bör det i regel vara konsumentens aktiva viljeförklaring som skapar och därefter vidmakthåller avtalsbundenheten i stället för glömska att säga upp ett avtal. Automatisk förlängning av avtal kan därmed sägas missgynna effektiv konkurrens, eftersom det då blir konsumentens ointresse eller förbiseende som avgör konsumentens val i stället för en bedömning av om produkten eller tjänsten fortfarande är prisvärd och ändamålsenlig. En reglering om automatisk förlängning av avtal kan därför bidra till en högre skyddsnivå för konsumenterna och en effektivare konkurrens.

Det kan i sammanhanget nämnas att Danmark numera har infört en bestämmelse som innebär att, om ett avtal förlängts automatiskt efter fem månader eller mer, avtalet alltid kan sägas upp med en månads uppsägningstid. Den finska regeringen har föreslagit ett förbud mot sammankopplade tidsbundna avtal, d.v.s. ett förbud mot automatisk förlängning av avtal med ytterligare en bestämd tidsperiod. Konsumentverket har föreslagit att det även i Sverige införs ett liknande förbud.

Den danska och den finska regleringen har nackdelen att även en välinformerad konsument måste vidta en aktiv åtgärd för att låta ett tidsbestämt avtal förlängas. Den danska hindrar dessutom kunden från att få ett förmånligt pris på villkor att avtalet (t.ex. ett el-avtal) blir bindande under en längre tid. Utredningen anser att en konsument som har blivit tydligt informerad om verkan av passivitet och har getts goda möjligheter att avsluta avtalsförhållandet ska kunna bli bunden under en ny, även en längre, avtalsperiod genom att inte säga upp avtalet. Däremot ska en konsument som inte fått tydlig information eller inte getts en rimlig uppsägningsmöjlighet ha möjlighet att när som helst säga upp ett tidsbestämt men förlängt avtal, även med retroaktiv verkan. Härigenom ges näringsidkaren ett starkt incitament att

lämna föreskriven information (jfr utformningen av ångerrätten i distans- och hemförsäljningslagen).

Utredningen anser att en konsument som huvudregel bör ha rätt att säga upp avtal, som annars kommer att förlängas eller redan förlängts automatiskt, inom tre veckor från det att konsumenten genom uppmaning att betala påmints om förlängningen. En sådan regel skulle förhindra att konsumenter glömmet bort att i tid säga upp ett avtal som de egentligen inte vill förlänga och därmed stärka konsumentskyddet samtidigt som den skulle främja markandens effektivitet. Regeln skulle inte leda till att konsumenter står utan tillgång till en vara eller tjänst som de vill ha, eftersom ett avtalsvillkor om automatisk förlängning leder till förlängning bara om konsumenten inte säger upp avtalet.

Enligt punkt h i bilagan till det EG-direktiv som ligger bakom konsumentavtalsvillkorslagen presumeras ett avtalsvillkor, som innebär automatisk förlängning av ett avtal med bestämd varaktighet om konsumenten inte säger ifrån, vara ogiltigt, ifall sista datum för konsumenten att framföra att han eller hon inte önskar förlänga avtalet ligger oskäligt tidigt. Därigenom gäller något som liknar den i föregående stycke angivna regeln redan i svensk rätt, och förekomsten av ett villkor med tidigt lagd uppsägningsrätt skulle kunna förbjudas enligt 3 § konsumentavtalsvillkorslagen. Punkten h är emellertid inte alldeles skarp i konturerna och ger därför inte konsumenterna någon otvetydig rätt i förhållande till näringsidkarna, vilket försvagar konsumenternas förhandlingsposition och medför att de kan tveka att dra en tvist inför ARN eller allmän domstol.

Eftersom EG-direktivets bilaga inte antagits som lag i Sverige, finns ingen möjlighet att införa en regel om vissa uppsägningsvillkors ogiltighet genom att till konsumenternas förmån precisera punkt h i listan. Ett preciserat konsumentskydd måste därför införas i svensk rätt antingen genom att konsumenter i avtalslagen eller i en fristående lag tillförsäkras en tvingande uppsägningsrätt eller genom att det i konsumentavtalsvillkorslagen införs en bestämmelse om att avtalsvillkor, som innebär att avtal med bestämd varaktighet

förlängs är ogiltiga, ifall konsumenten inte tillförsäkrats en betryggande uppsägningsrätt.

Eftersom avtalslagen saknar särskilda bestämmelser för konsumenter, bör regeln inte placeras i avtalslagen.

Om en bestämmelse införs i konsumentavtalsvillkorslagen måste den formuleras som en regel om vissa avtalsvillkors ogiltighet. Ogiltigheten skulle i så fall avse förlängningen, ifall den inte föregåtts av viss information och vissa möjligheter till att genom uppsägning hindra förlängningen. Utredningen har övervägt att framställa ett sådant förslag, men har funnit att det blir framställningstekniskt enklare att ge konsumenterna en viss tvingande rätt till uppsägning som är så utformad att näringsidkarna får ett starkt incitament att lämna nödvändig information. Det kan också anföras att det finns många andra punkter på den gråa listan som skulle kunna omvandlas till preciserade ogiltighetsregler i konsumentavtalsvillkorslagen. Utredning har därför valt att föreslå införandet av en särskild lag, benämnd lag om konsumenters rätt att hindra förlängning av avtal.

Den föreslagna lagen ska inte gälla där det finns annan tillämplig lag.

När det gäller detaljutformningen av lagen hänvisas till författningskommentaren i kapitel 14.

10 Ångerrätt vid avtal om digitalt innehåll

10.1 Problembeskrivning

Rätten att ångra ett avtal som har ingåtts på distans eller via hemförsäljning är EG-rättsligt grundad och innebär ett skydd för konsumenterna när de ingår avtal på andra ställen än i näringsidkarnas fasta affärslokaler. Utvecklingen av digitala produkter har emellertid inneburit inskränkningar av konsumenternas ångerrätt, eftersom det av naturliga skäl är svårare att lämna tillbaka en digital produkt jämfört med en fysisk vara. Som framgår nedan är det i dagsläget något oklart om en konsument har ångerrätt vid avtal om digitalt innehåll enligt svensk rätt.

När kunden handlar en app från App Store har kunden enligt avtalsvillkoren rätt att ångra sitt köp tills leveransen av produkten har påbörjats. Därefter har kunden ingen rätt att häva avtalet om inte nedladdningen av produkten är oacceptabelt dålig. På Google Play kan kunden inom femton minuter från hämtningstillfället returnera en app med full återbetalning. Kunden kan dock endast returnera en app en gång. När beställningen har börjat behandlas hos Ovi Store kan ingen avbeställning göras. Ovi Stores villkor säger uttryckligen att beskaffenheten av tjänsten är sådan att den inte kan lämnas tillbaka.¹

¹ Se avsnitt 3.3.

10.2 Rättslig reglering

Regleringen av ångerrätten finns i distans- och hemförsäljningslagen som bygger på ett s.k. fullharmoniseringsdirektiv.² Lagen är i och för sig tillämplig på såväl köp av appar som innehållstjänster. Det är däremot tveksamt om lagens bestämmelser om ångerrätt är tillämpliga, eftersom nedladdningen av produkten påbörjas omedelbart efter köpet och produkten är av sådan beskaffenhet att den sällan kan återlämnas.

10.2.1 Ångerrätt enligt distans- och hemförsäljningslagen (2005:59)

En av de viktigaste bestämmelserna i distans- och hemförsäljningslagen är regeln om ångerrätt. Enligt 2 kap. 9 § har en konsument rätt att ångra ett ingånget distansavtal. Vid utövandet av ångerrätten ska konsumenten inom fjorton dagar lämna eller sända ett meddelande till näringsidkaren om detta. Gäller distansavtalet köp av en vara börjar ångerfristen löpa den dag då konsumenten tar emot varan eller väsentlig del av denna. Vid köp av tjänster börjar fristen i stället löpa den dag då avtalet ingås. Fristen börjar dock tidigast att löpa den dag då sådan information som ska ges konsumenten har lämnats till konsumenten. För det fall näringsidkaren inte har fullgjort sin informationsplikt förlorar konsumenten sin ångerrätt först ett år efter den dag då ångerfristen annars skulle ha börjat löpa.

Som redan har framgått i denna promemoria är det inte klart hur avtal om produkter som levereras elektroniskt till mobiltelefonen eller över Internet till konsumentens dator ska definieras rättsligt och om sådana avtal är att anse som köp av vara eller utförande av tjänst enligt svensk rätt. Åtskillnaden mellan vara och tjänst kan ha betydelse för frågan om någon ångerrätt föreligger. Enligt 2 kap. 4 § 1 gäller nämligen inte ångerrätten vid distansavtal

² Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal.

om köp av *tjänst*, om fullgörandet med konsumentens samtycke har påbörjats under ångerfristen. Skulle nedladdningen av en ring-signal eller ett spel vara att anse som ett avtal om en tjänst föreligger antagligen ingen ångerrätt eftersom nedladdningen av spelet eller signalen påbörjas så fort avtalet ingåtts och betalning gjorts. Fullgörandet anses då antagligen ske med konsumentens samtycke även om något formellt eller uttryckligt samtycke inte ges.³

Skulle ett avtal om nedladdning av en ringsignal eller spel vara att anse som köp av en vara är det möjligt att avtalet i stället träffas av undantaget i 2 kap. 4 § 2. Enligt denna bestämmelse gäller nämligen ångerrätten inte heller vid avtal om köp av en *vara* som på grund av sin beskaffenhet inte kan återlämnas. Eftersom det inte finns något fysiskt exemplar av produkten att lämna tillbaka vid köp av digitala varor, är det mycket möjligt att dessa avtal träffas av detta undantag. Lagens förarbeten ger ingen närmare vägledning om hur denna fråga ska bedömas utan överlämnar i stället frågan till rättstillämpningen. Praxis saknas än så länge, och det är alltså oklart om det alls föreligger någon ångerrätt vid köp av digitala produkter. Allmänna reklamationsnämnden förväntas dock under hösten 2012 pröva två ärenden som gäller frågan om ångerrätt vid avtal om digitalt innehåll.

Det finns alltså skäl som talar för att en konsument inte alls har ångerrätt vid köp av digitala varor eller tjänster. Å andra sidan saknar näringsidkaren intresse av att få tillbaka en digital produkt, eftersom näringsidkaren har tillgång till denna i obegränsad mängd. Ändamålet med begränsningen av ångerrätten i distans- och hemförsäljningslagen utgör därför inte något hinder mot att konsumenter enligt huvudregeln får ångra köp av digitala produkter, förutsatt att konsumenten på begäran av näringsidkaren visar att varan eller tjänsten genom radering inte längre är tillgänglig för konsumenten.

³ Jfr Ds 2007:29, s. 300.

10.2.2 Ångerrätten enligt konsumenträttsdirektivet och CESL

Konsumenträttsdirektivet⁴ innebär en fullharmonisering av bestämmelserna kring ångerrätt och ger, precis som de nuvarande svenska reglerna, konsumenterna en rätt att ångra ett distansavtal inom 14 dagar.⁵ Enligt artikel 16 gäller inte ångerrätten vid avtal om tillhandahållande av digitalt innehåll som inte levereras på ett fysiskt medium om tillhandahållandet inletts med konsumentens uttryckliga samtycke på förhand och konsumenten medgett att ångerrätten därmed går förlorad. Bestämmelsen i artikel 16 kan jämföras med 2 kap. 4 § 1 i distans- och hemförsäljningslagen. En skillnad jämfört med den svenska lagstiftningen är att direktivet inte innehåller något undantag från ångerrätten avseende varor som på grund av sin beskaffenhet inte kan återlämnas. Avgörande för förekomsten av ångerrätt är alltså enligt direktivet enbart huruvida konsumenten uttryckligen har samtyckt till att ångerrätten går förlorad. För det fall ett sådant samtycke inte har lämnats ska konsumenten enligt artikel 14 4b inte stå för några kostnader för näringsidkarens tillhandahållande av digitalt innehåll om konsumenten utövar sin ångerrätt.

Även i CESL finns det en reglering om ångerrätt vid distansavtal. Bestämmelserna överensstämmer i princip med konsumenträttsdirektivets bestämmelser.

10.3 Överväganden

Bedömning: Det saknas skäl att inom ramen för detta uppdrag lagstifta i frågan.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU av den 25 oktober 2011 om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av rådets direktiv 85/577/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG.

⁵ Se artikel 9.

Det är tvivelaktigt att den svenska regleringen i nuläget ger en ångerrätt till konsumenter vid distansavtal om digitalt innehåll. Frågan är emellertid reglerad i det fullharmoniserande konsumenträttsdirektivet, vars regler medför ett något starkare skydd för konsumenten än vad en första tolkning av de svenska reglerna ger vid handen. Eftersom det alltså kan råda viss diskrepans mellan direktivets regler och den svenska regleringen är det nödvändigt att de svenska reglerna ses över i samband med implementeringen av direktivet. Detta görs för närvarande i en annan ordning inom Justitiedepartementet, och vi avstår därför från att lämna några förslag i denna del.

11 Avgiftsförbudet i betaltjänstlagen

11.1 Problembeskrivning

Sverige har vid implementeringen av det s.k. betaltjänstdirektivet (Payment Services Directive, 2007/64/EG), som är ett minimidirektiv, genom lagen (2010:751) om betaltjänster valt att gå längre än vad som krävs och därvid infört ett förbud mot uttag av avgifter vid användning av betalningsinstrument. Syftet är att minska kontanthantering i samhället. Enligt 5 kap. 1 § fjärde stycket betaltjänstlagen får en betalningsmottagare inte ta ut någon avgift av betalaren vid användningen av ett betalningsinstrument. Den som bara förmedlar en betalning får däremot ta ut en avgift. Enligt tredje stycket i 5 kap. 1 § får en betaltjänstleverantör dock inte hindra en betalningsmottagare från att erbjuda betalaren en nedsättning av priset vid användning av ett visst betalningsinstrument.

Frågan i detta kapitel 11 är i vad mån betaltjänstlagen är tillämplig på mobiloperatörer och om avgiftsförbudet i så fall är tillämpligt vid betalning genom en mobiltelefon. Härigenom kommer utredningen i viss utsträckning också in på hur avgiftsförbudet ska tillämpas i andra sammanhang.

På premiumtjänstmarknaden är det vanligt förekommande att konsumenten ingår ett avtal med säljaren av tjänsten eller varan (t.ex. Selecta vid varuautomater) och ett annat avtal med det företag som per mobiltelefon tillhandahåller själva betaltjänsten. I dessa situationer gäller inte avgiftsförbudet för det företag som tillhandahåller tjänsten.

håller betaltjänsten, eftersom detta företag inte anses vara betalningsmottagare i lagens mening. Sådana eventuella betaltjänstleverantörer (mellanhänder) får alltså fortfarande ta ut en avgift för förmedlingen av betalningen till betalningsmottagaren. Detta görs också regelmässigt, och avgiften kan i dessa fall uppgå till så mycket som 25 % av priset.

Konsumentverket har framfört att regleringen i nuvarande utformning är inkonsekvent och dessutom svår att övervaka. Branschorganisationerna har framfört att en näringsidkare måste ha möjlighet att få betalt för sina faktiska kostnader och att ett förbud även för mellanhänder att ta ut avgifter skulle få stora konsekvenser för branschen och för utvecklingen av nya betalningslösningar, vilket i sin tur skulle motverka förbudets huvudsakliga syfte att minska kontanterna i samhället.

11.2 Rättslig reglering

11.2.1 Lagen (2010:751) om betaltjänster

Allmänt om lagen

Lagen (2010:751) om betaltjänster trädde i kraft den 1 augusti 2010 och implementerade då, något försenat, betaltjänstdirektivet¹ i svensk rätt. Syftet med direktivet är att uppnå en fungerande marknad för betaltjänster inom EU genom en harmonisering av reglerna för de aktörer som tillhandahåller betaltjänster.

Lagen innehåller bl.a. bestämmelser om vilken information som ska ges i samband med tillhandahållande och genomförande av betaltjänster och vilka krav som ställs i samband med att betalningstransaktioner genomförs. Det finns också bestämmelser om vilka institut som får tillhandahålla betaltjänster och hur deras verksamhet ska bedrivas. Därvid finns bl.a. ett förbud mot uttag av avgifter.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/64/EG av den 13 november 2007 om betaltjänster på den inre marknaden och om ändring av direktiven 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG och 2006/48/EG samt upphävande av direktiv 97/5/EG

Lagens tillämpningsområde

Definitionen av begreppet betaltjänster

Lagen är enligt 1 kap. 1 § tillämplig på *betaltjänster* som tillhandahålls i Sverige och utförs inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Med betaltjänster avses enkelt uttryckt tjänster som möjliggör överföring av medel. Betaltjänster kan vara t.ex. insättningar, uttag, penningöverföringar och betalningstransaktioner med någon form av informationsteknik. Tjänster som är kontant- eller pappersbaserade är undantagna från tillämpningsområdet. Definitionen av betaltjänster motsvarar direktivets definition och finns i 1 kap. 2 § i sex olika punkter. I fråga om mobiltelefoni är det de betaltjänster som definieras i 1 kap. 2 § 1–3 och 6 som kan bli relevanta.

Det är främst definitionen i 1 kap. 2 § 6 som har diskuterats när det gäller telefonoperatörernas verksamhet. Enligt bestämmelsen omfattar begreppet betaltjänster betalningstransaktioner där a) betalaren godkänner transaktionen med någon form av utrustning för telekommunikation, digital teknik eller informationsteknik, och b) betalning sker till systemoperatörer som endast fungerar som mellanhand mellan betaltjänstleverantören och leverantören av varorna eller tjänsterna. Ett telefonbolag som tar emot betalning sedan transaktionen godkänts med en mobiltelefon är uppenbarligen en systemoperatör. Den avgörande frågan blir därmed i vilka situationer operatören anses agera endast som *mellanhand* och när operatören anses tillföra ett *mervärde* till tjänsten.

Det är klart att det inte är fråga om en betaltjänst då samma aktör inte bara tar emot betalning utan även producerar och tillhandahåller produkten eller tjänsten, exempelvis en ringsignal. Om ett annat företag än operatören tillhandahåller exempelvis ringsignaler och spel till mobiltelefonen, medan operatören tillhandahåller möjligheten att betala för dessa produkter eller tjänster med användning av mobiltelefonen, kan transaktionen däremot i vissa fall komma att omfattas av begreppet betaltjänst, beroende

på vilken roll operatören har i utförandet av transaktionen. Om operatören inte enbart agerar mellanhand, utan dessutom tillför ett värde i form av åtkomst, distribution eller sökmöjligheter, bör de tjänster som denne tillhandahåller enligt motiven inte anses utgöra betaltjänster.² Av skäl 6 till direktivet framgår att betalningstransaktioner avseende köp av digitala varor eller tjänster som ring-signaler, musik eller digitala tidningar, som distribueras av en operatör och enbart kan användas tillsammans med hjälp av digital utrustning som exempelvis mobiltelefoner eller datorer, inte ska omfattas av direktivets regler.

Finansinspektionen har tolkat lagen så att operatörernas verksamhet att förmedla betalning för tjänster som konsumeras i telefonen inte utgör betaltjänster. Lagens bestämmelser är alltså enligt Finansinspektionens tolkning inte tillämpliga i dessa fall.

Finansinspektionen har däremot gjort en motsatt bedömning vad gäller köp av varor eller tjänster som inte konsumeras i telefonen, t.ex. sms-biljetter och parkeringsavgifter. Operatörerna menade vid lagens tillkomst att de även i dessa fall tillför ett mervärde till tjänsten genom att dels förmedla betalning, dels möjliggöra att det som köps blir levererat och läst i mobiltelefonen. I denna del kan erinras om att det av lagens förarbeten framgår att, om betalning för produkten eller tjänsten görs till systemoperatören som därefter fördelar den del av köparens betalning som är hänförlig till en viss leverantör till denne, detta kan innebära att systemoperatören tillför ett mervärde och att transaktionen inte utgör en betaltjänst. Huruvida sådana avtal innebär att operatören tillför ett mervärde får enligt propositionen bedömas från fall till fall.³ Finansinspektionen ansåg dock att köpet av t.ex. en bussresa avser själva resan och inte biljetten eller färdbeviset och att operatörerna i dessa fall enbart agerar som mellanhänder. Redan enligt 1 kap. 2 § 6 skulle alltså mobiloperatörerna utföra en betaltjänst i lagens mening i dessa fall. Som framgår nedan i kapitel 12 får denna tolkning relativt långtgående

² Prop. 2009/10:220, s. 118 f.

³ Prop. 2009/10:220, s. 119.

konsekvenser för operatörernas verksamhet såvitt avser oregistrerade kontantkortsanvändare.

Det finns emellertid även andra definitioner av begreppet betaltjänst som skulle kunna passa in på operatörernas verksamhet. En betaltjänst är nämligen enligt 1 kap. 2 § 1 en ”tjänst som gör det möjligt att sätta in på och ta ut kontanter från ett betalkonto samt de transaktioner som krävs för förvaltning av kontot”. Ett *betalkonto* är enligt 1 kap. 4 § 4 ett ”konto som innehas i en eller flera betaltjänstanvändares namn och som är avsett för genomförande av en betalningstransaktion”. Det är möjligt att operatörernas tillhandahållande av möjligheten att sätta in kontanter på ett kontantkort omfattas av denna definition. Eftersom det huvudsakliga syftet med ett kontantkort trots allt inte är att utföra betaltjänster (utan att betala för själva telefonin) är det dock tveksamt om så är fallet.⁴

Enligt 1 kap. 2 § 2 är även genomförande av betalningstransaktioner genom autogiro, betalningsinstrument eller kontobaserade betalningar att anse som betaltjänster i lagens mening. Ifall ett SIM-kort till en mobiltelefon skulle vara att anse som ett *betalningsinstrument* skulle teleoperatörernas verksamhet falla in under denna definition. Enligt punkten 3 i 1 kap. 2 § utgör även utfärdande av betalningsinstrument en betaltjänst. Utredningen har i kapitel 5 ovan emellertid kommit fram till att mobiltelefonernas SIM-kort inte är ett betalningsinstrument vid tillämpning av lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, vilken också bygger på betaltjänstdirektivet.

Undantag från direktivets tillämpningsområde

För det fall operatörernas verksamhet definieras som betaltjänster enligt någon annan punkt än 1 kap. 2 § 6 i betaltjänstlagen (t.ex. enligt den andra eller tredje punkten i samma lagrum) får undantaget i artikel 3 l i direktivet betydelse. Enligt denna artikel är

⁴ Se Egil Bergenlind, Mobiltelefonimarknaden och lagen om betaltjänster, Uppsala Universitet 2001, s. 18 ff. för utförlig diskussion i denna fråga.

nämligen ”betalningstransaktioner som verkställs med hjälp av teleutrustning eller digital eller informationsteknisk utrustning, när de köpta varorna eller tjänsterna levereras till och är avsedda att användas med hjälp av teleutrustning eller digital eller informationsteknisk utrustning, förutsatt att operatörerna för teleutrustningen eller den digitala eller informationstekniska utrustningen inte endast agerar som en mellanhand mellan betaltjänstanvändaren och leverantören av varorna och tjänsterna” undantagna från direktivets bestämmelser. Undantaget togs inte med i betaltjänstlagen med hänvisning till att de tjänster som undantas i 3 l ändå inte utgjorde betaltjänster enligt direktivets definition.⁵ Denna slutsats är riktig så långt att undantaget i 3 l i princip motsvarar definitionen av betaltjänster i 1 kap. 2 § 6. För det fall operatörernas verksamhet utgör betaltjänster i enlighet med definitionen i 1 kap. 2 § 2 eller 3 skulle emellertid undantaget i 3 l bli tillämpligt i de fall operatörerna anses tillföra ett mervärde.

Utredningens slutsats av dessa resonemang blir att, oavsett under vilken punkt i 1 kap. 2 § operatörernas verksamhet faller, betaltjänstlagens bestämmelser är tillämpliga i de fall operatörerna inte anses tillföra ett mervärde till den förmedlade varan eller tjänsten. Lagen blir däremot aldrig tillämplig i de fall avtalen avser köp av produkter eller tjänster som konsumeras i telefonen.

Andra relevanta bestämmelser

En betalningsmottagare får inte ta ut någon avgift av betalaren vid användningen av betalningsinstrument

Sverige har vid genomförande av direktivet valt att gå längre än minimikraven i direktivet och infört ett till den slutliga betalningsmottagaren begränsat förbud mot uttag av avgifter vid användningen av ett *betalningsinstrument*. En av anledningarna till förbudet är att det ansetts lämpligt att begränsa kontanthantering i samhället. Ett annat argument för att införa

⁵ Prop. 2009/10:220, s. 119.

avgiftsförbudet var att det skapade tydligare regler för bl.a. konsumenter. Regleringen finns i 5 kap. 1 § fjärde stycket, som stadgar att en betalningsmottagare inte får ta ut någon avgift av betalaren vid användningen av ett betalningsinstrument.

Före betaltjänstlagens tillkomst var det vanligt att vissa av betalningsmottagarens kostnader för betalningstransaktionen togs ut av betalaren i form av en avgift (s.k. surcharging). Det vanligaste exemplet var att handlare lade till en extra avgift när en kund valde att betala mindre belopp med kort. Det råder ingen tvekan om att kortavgifter i sådana fall står i strid mot avgiftsförbudet, och dylika avgifter har numera i princip försvunnit från marknaden. Under beredningen av lagförslaget framkom att frågan huruvida ett avgiftsförbud skulle införas aktualiserade en avvägning mellan flera befogade men ofta motstående intressen.⁶ Konsumenterna har ett intresse av att inte i onödan åsamkas kostnader i samband med sina köp. Å andra sidan har säljaren ett intresse av att kompensera sig för de kostnader som kan uppstå på grund av att betalaren väljer ett betalningssätt som medför en högre kostnad för säljaren jämfört med en alternativ betalningsform. Tilläggsavgifter fyller en viktig funktion genom att synliggöra vilka kostnader som olika betalningsformer innebär för betalningsmottagaren. Vid lagens tillkomst framfördes det att kollektivet av handlare kan gynnas av en minskad kontanthantering, då en sådan minskning innebär mindre risk för rån och lägre totala kostnader för kontanthantering. Vad som slutligen medförde att avgiftsförbudet infördes var just intresset av att minska kontanthantering i samhället.⁷ En betalare som har möjlighet att välja mellan olika betalningsformer kommer sannolikt att välja den form som innebär lägst kostnad för honom eller henne. Om det skulle vara tillåtet att ta ut avgifter för vissa betalningsinstrument skulle antagligen kontantbetalning i de flesta fall vara det mest fördelaktiga valet för konsumenten. Om i stället samtliga betalningsformer är avgiftsfria väljer konsumenten antagligen något annat betalnings-

⁶ Se prop. 2009/10:220, s. 205 ff.

⁷ Prop. 2009/10:220, s. 207.

sätt än kontanter. Detta kunde enligt regeringen leda till att kort används vid fler transaktioner och att kontanthanteringens totalt sett minskar.⁸

För att förbudsbestämmelsen mot avgifter i 5 kap. 1 § fjärde stycket ska vara tillämplig krävs att ett *betalningsinstrument* används. I 1 kap. 4 § 6 definieras betalningsinstrument som ”ett kontokort eller något annat personligt instrument eller en personlig rutin som används för att initiera en betalningsorder”. Begreppet har alltså en vidare innebörd än att enbart omfatta konto- eller kreditkort. Även exempelvis betalning via Internet med s.k. bankdosa omfattas av begreppet. Någon vidare vägledning i propositionen avseende vilka instrument som begreppet omfattar saknas; det förs sålunda inte någon diskussion om vad som menas med kravet på att instrumentet eller rutinen ska vara personlig. Såväl Konsumentverket som Finansinspektionen har emellertid utgått från att avgiftsförbudet i vissa fall träffar premium-sms (beroende på om tjänsten förbrukas utanför telefonen). Som angetts ovan har denna utredning emellertid i kapitel 5 kommit fram till att mobiltelefonernas SIM-kort och den därtill knutna pinkoden inte är ett betalningsinstrument enligt lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, vilken också bygger på betaltjänstdirektivet.

Enligt lagtextens ordalydelse träffar avgiftsförbudet endast *betalningsmottagaren*. Betalningsmottagare är enligt 1 kap. 4 § 7 en fysisk eller juridisk person som är den avsedda mottagaren av medel vid en betalningstransaktion. I fallet med betalning med kort är den typiska betalningsmottagaren säljaren. Oavsett vilka kostnader säljaren har för korttransaktionen är det säljaren som är mottagare för hela beloppet. Skulle koden till mobiltelefoners SIM-kort mot vår förmodan utgöra ett betalningsinstrument, måste det beaktas att konsumentens betalning vid ett premiumköp ibland först går till en betaltjänstleverantör som tillhandahåller betaltjänsten, varefter denne vidarebefordrar betalningen för varan eller tjänsten till säljaren. Konsumenten har i dessa

⁸ Prop. 2009/10:220, s. 206.

situationer ingått ett avtal med säljaren av själva varan eller tjänsten och ett avtal med betaltjänstleverantören. Eftersom avgiftsförbudet endast omfattar ageranden från betalningsmottagaren gäller betalningsförbudet ändå inte när avgiften går till mellanhanden. Det är alltså även med Finansinspektionens och Konsumentverkets tolkning av begreppet betalningsinstrument tillåtet för betaltjänstleverantörer att i dessa situationer ta ut en avgift för användningen av sms-betalning.

Enligt 8 kap. 1 § betaltjänstlagen har Finansinspektionen generell tillsyn över bestämmelserna i lagen. Enligt bestämmelserna i åttonde kapitlet har Finansinspektionen möjlighet att ingripa mot betaltjänstleverantörer som inte följer lagens bestämmelser. Om en betalningsmottagare inte samtidigt är betaltjänstleverantör, omfattas transaktionen inte av betaltjänstlagen och därmed inte heller av Finansinspektionens tillsyn. Om en förmedlare i sådana fall tar ut en oskäligt hög avgift, har Konsumentverket en viss möjlighet till ingripande enligt konsumentavtalsvillkorlagen.

Enligt betaltjänstlagen 5 kap. 1 § tredje stycket får en betaltjänstleverantör inte hindra en betalningsmottagare från att erbjuda betalaren en nedsättning vid användning av ett visst betalningsinstrument. Detta innebär att betalningsmottagaren får erbjuda betalaren rabatter vid användningen av vissa betalningsinstrument och kan på så sätt till viss del reglera prissättningen.

Informationsskyldighet om avgifter

Om en betaltjänstleverantör begär en avgift vid användningen av ett visst betalningsinstrument ska denne enligt 4 kap. 2 § informera betaltjänstanvändaren om detta innan betalningstransaktionen påbörjas. Upplýsningen bör enligt lagens förarbeten vara tydlig. Om avgiften inte anges till ett exakt belopp ska den i stället anges på ett sådant sätt att användaren utan svårighet kan

fastställa hur stort beloppet är för den specifika betalningstransaktionen (t.ex. genom att avgiften anges i procent).⁹

Det kan i sammanhanget nämnas att konsumenträttsdirektivet innehåller en bestämmelse (artikel 22) med innebörd att en näringsidkare innan ett erbjudande eller avtal blir bindande för konsumenten, måste begära konsumentens uttryckliga samtycke till alla extra betalningar utöver den ersättning som avtalats för näringsidkarens huvudsakliga avtalsförpliktelse. Om näringsidkaren inte har fått konsumentens uttryckliga samtycke, ska konsumenten enligt artikel 22 ha rätt att få tillbaka sådana betalningar.

11.2.2 Grönbok om mobila betalningar

I januari 2012 presenterade Europeiska kommissionen en grönbok om kortbetalningar, internetbetalningar (e-betalningar) och mobilbetalningar (m-betalningar). Syftet med grönboken är att utvärdera frågor som rör sådana betalningar samt att kartlägga brister i de gällande systemen. *M-betalningar* definieras i grönboken som betalningar där betalningsuppgifterna och betalningsinstruktionerna inleds, överförs eller bekräftas via en mobiltelefon. M-betalningar kan ske online- och offline och avse köp av tjänster samt digitala eller fysiska varor. M-betalningarna klassificeras enligt två huvudkategorier: *fjärrbetalningar*, som sker över Internet eller via premium-sms, och *närbetalningar*, som sker direkt vid försäljningspunkten och som baserar sig på närfältskommunikation (NFC). Som tidigare nämnts i denna promemoria kräver närfältskommunikation telefoner som har NFC-tekniken inbyggd.

Enligt kommissionen försvårar de befintliga betaltjänsterna på marknaden för konsumenterna att ingå avtal eftersom avgiftsstrukturen är komplicerad och kostnaderna ofta inte synliga. Tanken är att utvecklingen inom området ska leda till mer konkurrens, valmöjligheter, transparens, innovation och säkerhet.

⁹ Prop. 2009/10:220, s. 336.

M-betalningar är den betalningsmetod som ökar snabbast på marknaden. Grönboken beskriver emellertid marknaden som starkt splittrad, och de största marknadsaktörerna (operatörerna, betaltjänstleverantörerna och mobiltelefonföretagen) har ännu inte enats om en affärsmodell som möjliggör driftskompatibla betalningslösningar. Insatserna för att integrera m-betalningar på EU-nivå sker för närvarande på en självreglerande basis, och det saknas en konkret EU-ram för att hantera frågor som t.ex. tekniska standarder, säkerhetsaspekter och samarbete mellan marknadsdeltagarna. Grönboken tar därför upp frågan om det behövs en ökad standardisering av m-betalningar och inom vilka områden en sådan standardisering i så fall skulle kunna göras. Grönboken lyfter också frågan huruvida m-betalningar på korta avstånd är tillräckligt säkra.

Av intresse i sammanhanget är också att grönboken även tar upp frågan om det behövs ökad harmonisering vad gäller handlares rätt att ta ut extra avgifter vid användandet av vissa betaltjänster. Grönboken konstaterar att medlemsstaterna har valt att tillämpa artikel 52.3 betaltjänstdirektivet (som ger medlemsstaterna rätt att förbjuda eller begränsa extraavgifter) på mycket olika sätt vilket ökar komplexiteten på den inre marknaden och skapar förvirring för både konsumenter och näringsidkare, särskilt vid gränsöverskridande transaktioner. Det går dock inte att av grönboken utläsa vilken riktning en eventuell harmonisering av frågan skulle ta.

Svarstiden för att lämna synpunkter på grönboken gick ut i april 2012. Kommissionen kommer under andra kvartalet 2012 att fatta beslut om hur den ska gå vidare och planerar att anta eventuella förslag i slutet av 2012 eller början av 2013.

11.3 Överväganden och förslag

Bedömning: Det finns behov av att se över och förtydliga betaltjänstlagens utformning och dess tillämpning på mobila betalningar. Översynen bör inkludera avgiftsförbudets existens och utformning med beaktande av att mobiltelefonens SIM-kort sannolikt inte är ett betalningsinstrument. Översynen faller emellertid utom ramen för denna utredning.

Det är välkommet att EU-kommissionen ser över reglerna om bl.a. mobilbetalningar, eftersom det inte är klart i vad mån mobiltelefonoperatörernas medverkan vid betalningen av ett premium-sms eller betalsamtal är en betaltjänst i EU-direktivets och därmed i betaltjänstlagens mening.

Utredningen har kommit fram till slutsatsen att förmedling av betalning vid sms-meddelanden och betalsamtal, där operatören uppbär betalning på telefonräkningen, utgör en *betaltjänst* i direktivets och betaltjänstlagens mening när den förmedlade varan eller tjänsten konsumeras utanför telefonen, t.ex. om det är förmedling av en bussresa, parkeringsavgift eller köp av en vara i en varuautomat.

Däremot har utredningen dragit slutsatsen att koden till mobiltelefoners SIM-kort inte är ett betalningsinstrument, vilket medför att det i betaltjänstlagen uppställda avgiftsförbudet inte skulle omfatta betaltjänster från teleoperatörer eller andra betaltjänstleverantörer när ingen annan kod än mobilens pinkod behöver appliceras. Denna tolkning avviker från vad Finansinspektionen och Konsumentverket ansett i detta sammanhang. Frågan har dock aldrig avgjorts i ett tillsynsärende hos Finansinspektionen.

Utredningen hyser förståelse för att det kan vara praktiskt komplicerat och även i övrigt olämpligt med ett avgiftsförbud för betaltjänster som inte omfattar betalning via premium-sms när en avgift inte får tas ut om varan eller tjänsten betalas på annat sätt (t.ex. med bankkort).

Även för det fall mobiltelefoners SIM-kort skulle anses vara ett betalningsinstrument i betaltjänstlagens mening är utredningen inte övertygad om att betaltjänstlagens förbud mot avgifter över huvud taget är lämpligt utformat eller ens välmotiverat. Vid mobila betalningar är det svårt att bedöma i vad mån en vara eller tjänst konsumeras i telefonen. Förbudet kan kringgåås av den slutliga betalningsmottagaren genom en generell prishöjning och rabatt till kontantbetalare. Detta medför att kostnader för olika betalningsformer inte tydliggörs. Möjligen skulle förbudet också kunna kringgåås genom att mottagaren uppbär betalningen via ett anknutet bolag. Både för konsumenter och tillsynsmyndigheten skulle det vara svårt att bedöma om avgiftsförbudet efterlevs, eftersom det kräver insyn i hela betalningskedjan.

Avgiftsförbudet aktualiseras emellertid inte bara vid betalning via mobiltelefonen, där en översyn som nämnts pågår inom EU. En revision av avgiftsförbudets existens eller utformning skulle dessutom kräva omfattande ekonomiska överväganden, som inte kan göras inom ramen för denna utredning. Vi avstår därför från att framföra några förslag om lagändring rörande avgiftsförbudet.

12 Kravet på kundkännedom vid vissa premiumtjänster

12.1 Problembeskrivning

I detta kapitel uppmärksammas kravet i lagen om penningtvätt på kundkännedom. Frågan gäller om det där förekommande kravet hindrar att mobiloperatörer förmedlar betalning för varor och tjänster som konsumeras utanför telefonen när konsumenten har ett oregistrerat kontantkort. Kontantkort används numera i betydande omfattning för betalning av t.ex. bussresor, bilparkering och besök på offentliga toaletter. Ofta förser föräldrar sina barn med kontantkort, eftersom underåriga inte får ingå avtal på kredit.

Ett eventuellt krav på registrering av kontantkortsinnehavare medför att möjligheten att handla varor och tjänster anonymt via mobiltelefonen försvinner. I takt med att möjligheten att betala för olika varor och tjänster kontant minskar, kommer det att bli allt svårare för människor att undvika registrering av var och när de har åkt buss, parkerat och gått på offentliga toaletter, vilket medför en viss risk för intrång i den personliga integriteten.

12.2 Rättslig reglering

12.2.1 Lagen (2009:62) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism

Som framgår av analysen ovan i avsnitt 11.2.1 faller sms-betalningar för tjänster som konsumeras utanför mobiltelefonen troligtvis under begreppet betaltjänster. Enligt 2 kap. 1 § 18 lagen (2009:62, ändrad 2011:1051) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism (penningtvättslagen) är denna lag tillämplig på fysiska och juridiska personer som driver verksamhet med att tillhandahålla betaltjänster enligt lagen om betaltjänster utan att vara betalningsinstitut. Mobiltelefonoperatörernas verksamhet träffas därmed i nyss angivna delar av reglerna i penningtvättslagen. Denna är ett resultat av det s.k. tredje penningtvättsdirektivet.¹ Detta direktiv är ett minimidirektiv som för närvarande är under översyn.

Lagen syftar enligt 1 kap. 1 § till att förhindra att finansiell verksamhet och annan näringsverksamhet utnyttjas för penningtvätt eller finansiering av terrorism. Enligt 2 kap. 1 § ska en verksamhetsutövare vidta åtgärder för att uppnå kundkännedom. Omfattningen av dessa åtgärder ska anpassas efter risken för penningtvätt eller finansiering av terrorism. Enligt förarbetena får verksamhetsutövare själv bestämma hur omfattande åtgärderna ska vara beroende på typen av kund, affärsförbindelse, produkt och transaktion.²

Oavsett vad en verksamhetsutövare kommer fram till vid en riskbedömning ska enligt 2 kap. 2 § vissa grundläggande åtgärder för att uppnå kundkännedom alltid vidtas vid

1. etableringen av en affärsförbindelse,
2. vid enstaka transaktioner som uppgår till ett belopp motsvarande 15 000 euro eller mer,

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism.

² Prop. 2008/09:70, s. 69.

3. vid transaktioner som understiger ett belopp motsvarande 15 000 euro men kan antas ha samband med en eller flera andra transaktioner och som tillsammans uppgår till minst detta belopp, och
4. vid osäkerhet om tillförlitligheten eller tillräckligheten av tidigare mottagna uppgifter om kundens identitet.

För operatörernas del är det framförallt punkt 1, *etablering av en affärsförbindelse*, som kan medföra ett krav på grundläggande åtgärder. För att det ska vara fråga om en affärsförbindelse ska förhållandet mellan kund och verksamhetsutövare vara av mer stadigvarande art.³ Registrering av ett kontantkort utgör antagligen etablering av en affärsförbindelse. Det är ju inte fråga om en enstaka betalningstransaktion, eftersom en konsument som har laddat sitt kontantkort vanligtvis använder detta till ett flertal samtal, sms-meddelanden eller köp av premiumtjänster. Operatörerna måste alltså vidta åtminstone grundläggande åtgärder för att uppnå kundkännedom. Dessa åtgärder beskrivs i 2 kap. 3 § och innebär bl.a. att verksamhetsutövaren måste kontrollera kundens identitet genom identitetshandling, registerutdrag eller på annat tillförlitligt sätt. Av detta följer i sin tur att det inte längre är tillåtet för operatörerna att förmedla betalning och tjänster över mobiltelefonen till oregistrerade kontantkortsanvändare i de fall den köpta tjänsten inte konsumeras i mobiltelefonen.

12.3 Överväganden

Bedömning: Kravet på kundkännedom vid förmedling av betaltjänster är EU-rättsligt reglerad. Det är därför inte meningsfullt att denna utredning framför något förslag som skulle göra kontantkort mer användbara utan att kortinnehavaren behöver registreras.

³ Prop. 2008/09:70, s. 185 f. jämfört med prop. 1992/93:207, s. 16.

Kravet på kundkännedom motiveras av strävan att förhindra och försvåra penningtvätt och terrorism. Det är emellertid svårt att se någon större risk för sådan verksamhet beträffande dagens mobiltelefonitjänster. De belopp som överförs är ofta mycket låga, och de tjänster som säljs är av sådan typ att de får anses mindre väl lämpade för penningtvätt eller terrorism. Enligt vår bedömning motiverar denna risk därför inte det besvär som ett krav på registrering av kontantkort innebär för dessa kunder. Kontantkort ges ofta till barn och ungdomar, och det är önskvärt att dessa smidigt ska kunna använda kontantkort vid betalning för t.ex. bussresor.

Frågan är då om vi inom ramen för detta uppdrag kan åstadkomma någon förändring i regelverket. De alternativ som finns att tillgå är antingen att tolka begreppet betaltjänster på ett sådant sätt att det inte omfattar någon form av premiumtjänster eller att ändra reglerna om kravet på kundkännedom eller på annat sätt undanta vissa former av betaltjänster från betaltjänstlagens och penningtvättslagens tillämpningsområde.

Som framgått ovan är denna fråga EU-rättsligt reglerad. Eftersom begreppet betaltjänst liksom kundkännedomskravet i penningtvättslagen härrör från ett direktiv är det också EU som i sista hand äger frågan om hur begreppet ska tolkas vid tillämpning av penningtvättslagen. Det är därmed inte meningsfullt att Sverige genom lagstiftning ändrar betaltjänstbegreppet. För närvarande pågår dessutom en översyn av det tredje penningtvättsdirektivet inom kommissionen, och åtgärder för en eventuell förändring av regelverket, t.ex. genom införande av ett undantag för vissa typer av betaltjänster eller betaltjänster till låga värden, bör lämpligen vidtas inom ramen för det arbetet.

Gränsdragningen kring begreppet betaltjänst är emellertid inte självklar. Finansinspektionen har endast tolkat begreppet och har inte meddelat något överklagbart beslut i frågan. I syfte att få frågan prövad i domstol skulle operatörerna kunna meddela Finansinspektionen att de avser att förmedla premiumtjänster till oregistrerade kontantkortsanvändare och således låta Finansinspektionen inleda ett tillsynsärende. Operatörerna skulle

sedan ha möjlighet att överklaga ett inspektionsbeslut (som med all sannolikhet går dem emot). Efter att Högsta förvaltningsdomstolen hänskjutit frågan till EU-domstolen skulle en vägledande dom därifrån klargöra rättsläget. Problemet är att en sådan lösning skulle dra ut på tiden och att frågan, med hänsyn till den tekniska utvecklingen och pågående arbete inom kommissionen, antagligen skulle vara överspelad innan EU-domstolen klargjort rättsläget.

13 Ekonomiska konsekvenser av förslaget

Av utredningens direktiv framgår att utredaren ska bedöma ekonomiska och andra konsekvenser av förslagen för berörda företag. Sådana diskussioner återfinns i några av promemorians kapitel. I detta avsnitt görs en sammanfattande bedömning vad gäller de ekonomiska konsekvenserna för berörda företag.

Förslaget till en ny lag om konsumenters rätt att hindra förlängning av avtal innebär i princip ett klagande av gällande rätt. Konsekvenserna för företagen bör därmed bli begränsade. Dock innebär förslaget att åtskilliga företag som nu använder sig av avtal som förlängs automatiskt kommer att behöva omarbete sina standardvillkor och se över sina faktureringsrutiner, vilket kommer att medföra vissa initiala kostnader för dessa företag. Sådana villkor förekommer inom en rad olika branscher och är vanligt förekommande inom telefoni- och bredbandsbranschen, hemlarmsbranschen, gymbranschen och bland företag som tillhandahåller olika former av spärrservice (t.ex. nyckelbrickor) samt dejting-sajter på Internet.¹ Kostnadernas omfattning är svår att beräkna men borde vara förhållandevis begränsad. För det allmänna del är det troligt att antalet tvister hos framförallt Allmänna reklamationenämnden och de allmänna domstolarna kommer att minska när rättsläget preciseras. Detta förhållande kommer också att innebära en minskad kostnad för berörda företag.

¹ Konsumentverkets promemoria, Automatisk förlängning av avtal, 2011-05-20, dnr 2011/657, s. 2.

I övrigt har denna utredning ägnats åt att tolka och klargöra det gällande rättsläget på en rad olika områden som har anknytning till handel av varor och tjänster över mobiltelefonen. I dessa delar blir konsekvenserna av utredningen av naturliga skäl begränsade. I vissa delar medför dock utredningens tolkningar av rättsläget att operatörerna och marknadsplatserna kan behöva ändra sina avtalsvillkor, vilket kan innebära vissa initiala kostnader för dessa företag liksom för Konsumentverket. Ett klargörande av rättsläget i för operatörerna och marknadsplatserna relevanta frågeställningar kan dock även förväntas leda till något minskade kostnader för tvister och reklamationer. De ekonomiska konsekvenserna för de berörda företagen bedöms därför sammantaget bli små.

14 Författningskommentar

14.1 Förslaget till lag (20xx:xxx) om konsumenters rätt att hindra förlängning av avtal

1 §

Denna lag gäller när en näringsidkare avtalat med en konsument att ett avtal på viss tid förlängs för en ny bestämd tidsperiod, eller tills vidare med en uppsägningstid överstigande tre månader, om konsumenten inte säger upp avtalet.

Lagen gäller inte om annan lag innehåller andra föreskrifter om uppsägning av tidsbestämda avtal.

Första stycket. De övergripande övervägandena bakom denna lag har behandlats i kapitel 9. Lagen omfattar två fall: 1. avtal på bestämd tid som, om uppsägning inte sker, förlängs att gälla för en ny bestämd tidsperiod (oavsett vilken uppsägningstid som gäller inför nästa förlängning) och 2. avtal på bestämd tid som, om uppsägning inte sker, förlängs att gälla tills vidare med en uppsägningstid överstigande tre månader. Exempel på avtal som kan omfattas av regleringen är avtal om städning och säkerhetstjänster, gym-, TV-, tidnings- och elabonnemang.

Avtal som från början gäller tills vidare omfattas inte av lagen. Skulle den avtalade uppsägningstiden i sådana fall vara oskäligt lång, får avtalet angripas enligt 36 § avtalslagen. Uppsägningstiderna i 24 § lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag, 24 § lagen (1991:351) om handelsagentur och 33 § kommissionslagen (2009:865) avser alla kommersiella förhållanden, där mot-

parten har större behov av framförhållning. I konsumentförhållanden bör en uppsägningstid för konsumenten vara kort och allra högst tre månader (jfr NJA 2009 s. 672, som dock också avsåg ett kommersiellt förhållande).

Andra stycket. Avvikande reglering, som har företräde framför denna lag, finns exempelvis i försäkringsavtalslagen och jordabalken.

2 §

I lagen avses med

konsument: en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet,

näringsidkare: en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten.

Definitionen av konsument och näringsidkare överensstämmer med annan konsumentskyddande lagstiftning, t.ex. distans- och hemförsäljningslagen (2005:59).

Utredningen har övervägt att göra lagen tillämplig även på avtal av aktuella slag som ideella föreningar slutit med sina medlemmar, framför allt avtal om medlemskap. En sådan utvidgning har emellertid inte gjorts därför att utredningen utgår från att ideella föreningar inte kräver in avgifter från medlemmar som låter bli att förnya sitt medlemskap, oavsett om föreningsstadgarna innehåller ett krav på uppsägning. Även tillsvidareavtal om bidrag, t.ex. till organisationer med 90-konton, torde alltid kunna avbrytas med omedelbar verkan.

3 §

En konsument har rätt att säga upp ett avtal som anges i 1 § inom tre veckor från det att näringsidkaren avsänt en betalningsupppmaning. Treveckorsfristen börjar löpa bara om betalningsupppmaningen innehåller en upplysning om att konsumenten kan avbryta avtalet vid utgången av den pågående perioden genom uppsägning inom tre

veckor till viss e-postadress. Om konsumenten utan att ha betalat säger upp avtalet inom treveckorsfristen, gäller uppsägningen till utgången av den pågående avtalsperioden. Vid giltig uppsägning är konsumenten inte skyldig att betala för något som tillhandahålls under den nya perioden men före uppsägningsfristens utgång.

Om betalning för en ny period görs genom autogiro, har konsumenten rätt att säga upp avtalet inom tre veckor från det att konsumenten får underrättelse om betalningen. Uppsägningen gäller då från den dag uppsägningen kommer näringsidkaren till handa.

Uppsägningsrätten enligt första och andra styckena gäller inte om näringsidkaren högst två månader före avtalstidens utgång skriftligen har meddelat konsumenten

1. att avtalet kommer att förlängas om avtalet inte sägs upp,
2. vilka villkoren blir vid förlängning, och
3. att förlängning undviks om konsumenten säger upp avtalet inom en månad från avsändandet av meddelandet till viss e-postadress.

Första stycket. Syftet med bestämmelsen är att konsumenten inte ska bli bunden för en ny, ofta längre avtalsperiod därför att konsumenten förbisett att avtalet enligt dess villkor blir förlängt om konsumenten inte säger upp avtalet eller därför att konsumenten inte förstår att avtalet hade kunnat sägas upp. Om konsumenten betalar i enlighet med den översända fakturan, förlorar konsumenten den uppsägningsrätt som följer av denna bestämmelse. Sker ingen uppsägning inom treveckorsfristen, påbörjas en ny avtalsperiod i enlighet med avtalets villkor (såvida inte dessa villkor skulle vara oskäligen enligt 36 § avtalslagen). Säger konsumenten upp avtalet inom den angivna fristen, gäller uppsägningen. Om betalningsuppsägningen översänts mindre än tre veckor före början av den nya perioden, eller inte innehåller föreskriven information om uppsägningsrätten, kan en uppsägning inom fristen få en retroaktiv effekt jämfört med avtalsvillkoren. Avsikten med denna regel, liksom med bestämmelsen att konsumenten efter uppsägning inom fristen inte behöver betala varor eller tjänster som mottagits under uppsägningstiden, är att ge

näringsidkaren ett incitament att utforma betalningsupppmaningen enligt föreskrifterna i första stycket eller skicka ett informationsmeddelande enligt fjärde stycket.

Näringsidkaren har bevisbördan för att en betalningsupppmaning avsänts i sådan tid att konsumenten inte längre har uppsägningsrätt enligt denna lag. Uppsägningsrätten enligt denna lag upphör även om en avsänd betalningsupppmaning inte kommer fram (jfr 40 § avtalslagen (1915:218), 82 § köplagen (1990:931) och 47 § konsumentköplagen (1990:932). I fråga om dröjsmålsränta, se 4 § första stycket räntelagen(1975:635)).

Andra stycket. Om konsumenten betalar för varan eller tjänsten via autogiro får konsumenten inte någon faktura och ofta inte heller någon avisering om att konsumentens konto kommer att debiteras. Ett av syftena med autogiro är att näringsidkaren ska kunna spara aviseringskostnader, en besparing som konsumenten ofta får del av genom att hela priset inte behöver betalas vid periodens start. I dessa fall har konsumenten därför rätt att säga upp avtalet inom tre veckor från det att konsumenten fick under rättelse om betalningen, men uppsägningen får ingen retroaktiv effekt. Skulle näringsidkaren tillhandahålla varor eller tjänster efter mottagandet av en uppsägning inom fristen, gäller allmänna regler om tillhandahållande av inte beställda varor eller tjänster.

Tredje stycket. Syftet med uppsägningsrätten enligt första och andra styckena är som nämnts att konsumenten inte ska bli bunden av en ny avtalsperiod på grund av att konsumenten förbiset ett avtalsvillkor om förlängning vid utebliven uppsägning. Om näringsidkaren genom skriftligt meddelande uppmärksammat konsumenten på effekten av detta avtalsvillkor högst två månader före avtalstidens utgång och gett konsumenten rätt att säga upp avtalet inom en månad från meddelandets avsändande, behöver konsumenten inte den särskilda uppsägningsrätt som ges i första och andra styckena. Tack vare tredje stycket kan näringsidkaren erbjuda konsumenten betalning i efterhand utan att konsumenten kan säga upp avtalet med retroaktiv effekt enligt första stycket och hindra att en uppsägning får omedelbar verkan enligt andra stycket.

Meddelandet enligt tredje stycket ska vara skriftligt. Med detta förstås vanligt brev, e-post eller sms-meddelande. Meddelandet måste vara tydligt och inte bara framhålla effekten av en underlåten uppsägning utan också upplysa om att konsumenten kan undvika förlängning genom uppsägning inom en månad (eller den längre tid som näringsidkaren väljer, jfr 4 §) till viss e-postadress. Upplysningen om villkoren vid utebliven uppsägning kan kompletteras med andra villkor som konsumenten får rätt att välja. Det kan alltså exempelvis meddelas att avtalet vid utebliven uppsägning löper vidare på ett år med ett pris på x kronor men att konsumenten i stället kan välja ett tillsvidarepris eller en avtalstid på tre år med ett pris på y kronor.

Näringsidkaren har bevisbördan för att ett meddelande enligt tredje stycket avsänts men meddelandets befordran går på konsumentens risk.

4 §

Konsumentens rätt enligt 3 § kan inte inskränkas genom avtal.

Ikraftträdande

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2014, oavsett om parternas avtal ingåtts före denna tidpunkt.

Normalt gäller nya avtalsrättsliga regler bara på avtal som ingås efter lagens ikraftträdande. I förevarande fall görs emellertid avsteg från denna utgångspunkt. Skälet är att avtalsvillkor som strider mot denna lag i många fall torde vara ogiltiga enligt 36 § avtalslagen. Det skulle vidare kunna diskuteras om ett avtal som löper vidare på grund av utebliven uppsägning är ett bestående avtal eller ett nytt avtal. Skulle lagen bli tillämplig bara på avtal som ursprungligen ingåtts efter lagens ikraftträdande skulle det också ta lång tid innan lagen får fullt genomslag, vilket skulle försvåra den allmänna informationen till konsumenterna.



REGERINGSKANSLIET

Justitiedepartementet

Promemoria

2011-09-20

Uppdrag att analysera konsumenternas rättsliga ställning när varor och tjänster betalas via telefonräkningen

Problembeskrivning

Telecommarknaden är en växande och viktig marknad såväl för den tekniska utvecklingen som för konsumenter. Telefoner – inte minst mobiltelefoner – används i allt större utsträckning för betalning av olika varor och tjänster. Ett sätt som används är att konsumenten köper en tjänst genom att ringa eller skicka ett sms till en högre kostnad än normalt. Tjänsten faktureras sedan av operatören på telefonräkningen men tillhandahålls av en s.k. innehållsleverantör.

Innehållsleverantören och operatören kan tänkas ha arrangerat sina inbördes förhållanden på olika sätt. Operatören kan uppbära betalning för leverantörens räkning. Innehållsleverantören kan överlåta sina rättigheter enligt avtalet med konsumenten till operatören. Även andra arrangemang förekommer. Hur förhållandet mellan leverantören och operatören ser ut är inte nödvändigtvis tydligt för konsumenten. Det kan dock ha stor betydelse för konsumenten eftersom det avgör mot vem eventuella invändningar ska framställas.

I praktiken kan särskilda problem för konsumenten uppkomma när operatören inte har förvärvat leverantörens fordran på konsumenten och det alltså är mot innehållsleverantören som kon-

sumenten har att göra invändningar om exempelvis ogiltighet eller fel i varan eller tjänsten. Ett problem konsumenten kan mötas av är att innehållsleverantören är svår att nå eller rent av okänd. Det förekommer att en operatör som enligt abonnemangsavtalet får uppbära betalning åt innehållsleverantören förbehåller sig rätten att stänga av abonnemanget om konsumenten inte betalar det belopp som operatören fakturerat för innehållsleverantörens räkning. Konstruktionen med avtal och betalning per telefon medför också nya svårigheter när barn är inblandade. Marknadsföringen och avtalsuppläggen är inte alltid anpassade till att den som är under arton år är omyndig och normalt sett inte får råda över sin egendom eller åta sig förbindelser.

Flera lagar kan tänkas ha betydelse för avtal som innebär att konsumenten betalar en vara eller tjänst via telefonräkningen, t.ex. föräldrabalken, lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lagen (1936:81) om skuldebrev, inkassolagen (1974:182), konsumenttjänstlagen (1985:716), konsumentköplagen (1990:932), lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, marknadsföringslagen (2008:486), lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, lagen (2010:751) om betaltjänster och konsumentkreditlagen (2010:1846) lagen (2011:755) om elektroniska pengar.

Uppdraget

En utredare ska analysera konsumentens rättsliga ställning när varor eller tjänster köps genom uppringning eller sms till ett särskilt telefonnummer, tillhandahålls av någon annan än operatören och faktureras via telefonräkningen.

Utredaren ska redovisa vilka avtalskonstruktioner som vanligen förekommer samt redogöra för de avtalsvillkor som allmänt används och det ansvar parterna har enligt dem. Vidare ska utredaren analysera den civil- och marknadsrättsliga regleringen av avtalen. Eventuella oklarheter i fråga om konsumentens rättsliga ställning ska identifieras.

Om utredaren gör bedömningen att konsumentskyddet i något avseende behöver förändras, ska utredaren redovisa det. Särskilt situationer där barn är inblandade ska uppmärksammas.

Utredaren ska vid behov föreslå ändringar i den marknadsrättsliga lagstiftningen. Utredaren ska också föreslå andra åtgärder än lagstiftning som kan vara nödvändiga för att komma tillrätta med de konsumentproblem som förekommer.

Utredaren får också ta upp andra konsumentproblem som kan uppkomma till följd av ny teknik och telefonens förändrade användningsområden. Det kan exempelvis gälla risken att drabbas av höga kostnader när barn använder vissa applikationer till smarta telefoner eller läsplattor.

Utredaren ska biträdas av en referensgrupp bestående av berörda myndigheter och sammanslutningar, som sammankallas av departementet.

Utredaren ska bedöma ekonomiska och andra konsekvenser av förslagen för berörda företag.

Uppdraget ska redovisas senast den 31 maj 2012.

Departementsserien 2012

Kronologisk förteckning

1. Nya regler om prospekt. Fi.
2. Specialist i allmänmedicin – en yrkeskvalifikation för läkare i allmänpraktik. S.
3. Rättssäkerhet och likabehandling i arbetslöshetsförsäkringen. A.
4. Revision i finansiella företag. Fi.
5. Behandling av personuppgifter vid Institutet för arbetsmarknads- och utbildningspolitisk utvärdering. A.
6. Patientrörlighet i EU
förslag till ny lag. S.
7. Fordonsrelaterade skulder. N.
8. Nationell samordning av hemslojden – en översyn av Nämnden för hemslojdsfrågor. Ku.
9. Karenstid för egenföretagare, m.m. S.
10. Blankning. Fi.
11. Kontrollköp – ålderskontroll vid försäljning av folköl, tobak och receptfria läkemedel. S.
12. En ny taltidningsverksamhet. Ku.
13. Ny bibliotekslag. Ku.
14. Skadestånd för miljöfarliga sjötransporter. Ju.
15. Bevakning ombord på svenska fartyg. N.
16. Genomförande av ändringsdirektiv 2011/62/EU. Förhindrande av förfalskade läkemedel i den lagliga försörjningskedjan. S.
17. Överflyttning av vissa utlånningsärenden till den ordinarie migrationsprocessen samt borttagande av automatiskt uppskov vid ansökan om nåd. Ju.
18. Convention on nuclear safety 2012 extra ordinary meeting.
The Swedish National Report. M.
19. Kroatiens anslutning till Europeiska unionen. + Bilagedel. UD.
20. Inspektionen för vård och omsorg – en ny effektiv tillsynsmyndighet för hälso- och sjukvård och socialtjänst. S.
21. Ny myndighet för infrastrukturfrågor för vård och apotek. S.
22. Europarådskonventionen om ömsesidig rättslig hjälp i brottmål. Tillträde till det andra tilläggsprotokollet. Ju.
23. Svenska miljömål – preciseringar av miljökvalitetsmålen och en första uppsättning etappmål. M.
24. Utökad målgrupp för samhällsorientering. A.
25. Förstärkt skydd för arbetstagare med allmän visstidsanställning och vikariat. A.
26. Jobbstimulans inom det ekonomiska biståndet m.m. S.
27. Utvidgad målgrupp för etableringslagen. A.
28. Genomförande av blåkortsdirektivet. Ju.
29. En gemensam inlämningsfunktion för skogsägare. L.
30. Fördraget om stabilitet, samordning och styrning inom ekonomiska och monetära unionen. Fi.
31. App to date. Konsumenternas rättsliga ställning när varor eller tjänster betalas via telefonräkningen, m.m. Ju.

Departementsserien 2012

Systematisk förteckning

Justitiedepartementet

- Skadestånd för miljöfarliga sjötransporter. [14]
Överflyttning av vissa utlänningsärenden till den ordinarie migrationsprocessen samt borttagande av automatiskt uppskov vid ansökan om nåd. [17]
Europarådskonventionen om ömsesidig rättslig hjälp i brottmål. Tillträde till det andra tilläggsprotokollet. [22]
Genomförande av blåkortsdirektivet. [28]
App to date. Konsumenternas rättsliga ställning när varor eller tjänster betalas via telefonräkningen, m.m. [31]

Utrikesdepartementet

- Kroatians anslutning till Europeiska unionen.
+ Bilagedel. [19]

Socialdepartementet

- Specialist i allmänmedicin – en yrkeskvalifikation för läkare i allmänpraktik. [2]
Patientrörlighet i EU
förslag till ny lag. [6]
Karenstid för egenföretagare, m.m. [9]
Kontrollköp – ålderskontroll vid försäljning av folköl, tobak och receptfria läkemedel. [11]
Genomförande av ändringsdirektiv 2011/62/EU. Förhindrande av förfalskade läkemedel i den lagliga försörjningskedjan. [16]
Inspektionen för vård och omsorg – en ny effektiv tillsynsmyndighet för hälso- och sjukvård och socialtjänst. [20]
Ny myndighet för infrastrukturfrågor för vård och apotek. [21]
Jobbstimulans inom det ekonomiska biståndet m.m. [26]

Finansdepartementet

- Nya regler om prospekt. [1]
Revision i finansiella företag. [4]
Blankning [10]

- Fördraget om stabilitet, samordning och styrning inom ekonomiska och monetära unionen. [30]

Landsbygdsdepartementet

- En gemensam inlämningsfunktion för skogsägare. [29]

Miljödepartementet

- Convention on nuclear safety 2012 extra ordinary meeting.
The Swedish National Report. [18]
Svenska miljömål – preciseringar av miljökvalitetsmålen och en första uppsättning etappmål. [23]

Näringsdepartementet

- Fordonsrelaterade skulder. [7]
Bevakning ombord på svenska fartyg. [15]

Kulturdepartementet

- Nationell samordning av hemslöjden
– en översyn av Nämnden för hemslöjdsfrågor. [8]
En ny taltidningsverksamhet. [12]
Ny bibliotekslag. [13]

Arbetsmarknadsdepartementet

- Rättssäkerhet och likabehandling i arbetslöshetsförsäkringen. [3]
Behandling av personuppgifter vid Institutet för arbetsmarknads- och utbildningspolitisk utvärdering. [5]
Utökad målgrupp för samhällsorientering. [24]
Förstärkt skydd för arbetstagare med allmän visstidsanställning och vikariat. [25]
Utvidgad målgrupp för etableringslagen. [27]