

Ansvars- og tapsfordeling ved misbruk av BankID i lys av HR-2020-2021-A.

En vurdering og analyse av hvordan HR-2020-2021-A kan påvirke og endre rettstilstanden for ansvar- og tapfordeling ved misbruk av BankID.

Kandidatnummer: 167

Antall ord: 12 340



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 10.12.2021

Innholdsfortegnelse

KAPITTEL 1: INNLEDNING.....	4
1.1 INTRODUKSJON AV OPPGAVEN	4
1.2 AVGRENSNING	5
1.3 OM BANKID	6
1.4 BEGRUNNELSE FOR VALG AV TEMA OG DETS AKTUALITET	7
1.5. RETTSKILDER OG METODE	8
1.5.1. Lovfestet og ulovfestet lovgivning.....	8
1.5.2 Øvrige rettskilder.....	9
1.5.3 Metode.....	9
KAPITTEL 2: KORT OM HVORFOR BANKID MISBRUK TIL SIGNATUR AV ELEKTRONISKE LÅNEAVTALER FALLER UTENFOR GJELDENE FINANSAVTALELOV	11
2.1 INNLEDNING	11
2.2 DEFINISJONER	11
2.3 FINANSAVTALELOVEN § 35 og §34.	12
KAPITTEL 3: ANSVAR ETTER ERSTATNINGSRETTENS REGLER I LYS AV HR-2020-2021-A.....	16
3.1 INNLEDNING	16
3.2 GRUNNVILKÅR FOR ERSTATNING OG CULPANORMEN	16
3.3 KORT INTRODUKSJON AV HR-2020-2021-A	17
3.4 HVORDAN DOMMEN ENDRET RETTSTILSTANDEN	17
3.4.1 Aktsomhetsterskelen før	17
3.4.2 Gjeldende aktsomhetsterskel	19
3.4.3 Forholdet mellom dommen og den kommende finansavtaleloven	21
3.4.4 Dommens prejudikatverdi for erstatningsansvar	22
KAPITTEL 4: LEMPNING.....	23
4.1 INNLEDNING	23
4.2 HENSYN BAK LEMPNING	24
4.2.1 Hensynet til skadelidte	24
4.2.2 Hensynet til skadevolder	25
4.3 INTRODUSKJON AV FINANSAVTALELOVEN §36	26
4.4 SKADERSTATNINGSLOVEN §5-2 OG DENS TERSKEL	27
4.5 HR-2020-2021 OG TERSKELEN FOR LEMPNING I SAKER OM ANSVAR VED MISBRUK AV BANKID TIL LÅNESIGNERING	29
4.6 KONKLUSJON	32
KAPITTEL 5: AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....	33
5.1 INNLEDNING	33
5.2 DEFINISJONER	33

5.3 ER LOVENDRINGEN LOVGIVER LEGGER TIL HENSIKTMESSIG MED TANKE PÅ DE RETTSPOLITISKE KONSEKVENSENE?	34
5.3.1 Hensynet til forbrukeren	35
5.3.2 Hensynet til finansnæringen	37
5.4 AVVEINING OG VEIEN VIDERE	38
KAPITTEL 6: KILDELISTE.....	40
LOVER OG FORARBEIDER	40
DOMMER	41
JURIDISK LITTERATUR	41
NETTSIDER	42

Kapittel 1: Innledning

1.1 Introduksjon av oppgaven

Tema for oppgaven er ansvars- og tapsfordeling mellom banken og forbrukeren, ved misbruk av BankID til elektronisk inngåelse av låneavtaler i lys av HR-2020-2021-A.

Banklagret ID er et digitalt verktøy som består av en kodebrikke, et passord og fødselsnummer. Det er godkjent som elektronisk ID og brukes til elektronisk signering på nettet, samt elektronisk innlogging ID. BankID er et høyst personlig digitalverktøy, og derfor stilles det krav om at kodebrikke oppbevares forsvarlig. BankID har revolusjonert finanssektoren med dens effektivitet, brukervennlighet og tilgjengelighet. Finanssektoren sparer enorme beløp på innføringen av BankID. I dag er elektronisk signatur like rettslig bindende som å møte opp fysisk og signere med sin håndsignatur,¹ enten som følge av avtale eller av lov.

En slik lov er Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (heretter finansavtaleloven), som gjelder «for avtaler og oppdrag om finansielle tjenester med finansinstitusjoner», jf. §1. Dagens finansavtalelov regulerer ikke ansvaret ved misbruk av BankID til elektronisk signering av låneavtaler. Fraværet av lovregulering har gjort at forbrukere er blitt erstatningsansvarlig for bankens økonomiske tap ved slikt misbruk. I kapittel 2 vil det belyses hvordan BankID misbruk til e-signering av kredittavtaler faller utenfor gjeldende finansavtalelov.

HR-2020-2021-A handlet om en mann som fikk sin BankID stjålet av et ektepar, og som brukte BankIDen til å elektronisk signere lån i hans navn. Banken krevde sitt økonomiske tap dekket av mannen i form av erstatning. Lagmannsrettene og tingrettene hadde tidligere i avgjørelser som gjaldt erstatningsansvar for bankens tap ved BankID misbruk, lagt opp en høy aktsomhetsterskel etter culpanormen². HR-2020-2021-A endret dette.

¹ Jf. Lov 15. juni 2001 nr. 81 om elektronisk signatur. Loven innfører forordning (EU) nr. 910/2014 og viderefører tidligere Esignaturloven.

² Deriblant LA-2018-179648.

Oppgaven vil derfor ta for seg når en kunde kan bli erstatningsansvarlig for bankens økonomiske tap, etter de alminnelige erstatningsrettslige regler om culpaansvar for ikke å ha oppbevart BankID-brikken og koden på en forsvarlig måte. Følgelig står prejudikatsvirkningene av HR-2020-2021-A sentralt. I tillegg uttalte Høyesterett seg om lempning i disse sakene, men det var ikke avgjørende for utfallet av dommen. Imidlertid kan lempning av ansvar bli nødvendig i fremtidige saker som omhandler BankID misbruk, ettersom en erstatningsplikt ovenfor banken kan bli særlig tyngede for forbrukeren. Derfor vil oppgaven undersøke om Høyesterett med sine uttalelser legger til rette for en rettsutvikling i form av lavere terskel for lempning etter Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning §5-2, (heretter skadeserstatningsloven).

Stortinget vedtok 18.12.2020 ny lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler. Denne skal regulere ansvarsfordeling mellom kunden og banken ved BankID svindel til elektronisk signatur av låneavtaler. Etter lovens §3-20 skal banken i utgangspunktet bære tapet selv. Det er ikke fastsatt når ny finansavtalelov skal tre i kraft. Man kan se i HR-2020-2021-A at Høyesterett vektla mange av de samme momentene som gjøres gjeldene i den kommende finansavtalelovens bestemmelser og dens forarbeider. Oppgaven vil derfor undersøke og drøfte om ansvarsfordelingen mellom banken og kunden som ny finansavtalelov innfører er hensiktsmessig, med tanke på de rettspolitiske konsekvensene. Fra flere hold har det blitt hevdet at lovendringen legger til rette for økt svindel av banknæringen.

1.2 AVGRENSNING

Oppgaven vil analysere dagens rettstilstand, i lys av HR-2020-2021-A. En avgrensning er likevel nødvendig, ettersom det er et stort tema. Avhandlingen vil i hovedsak fokusere på BankID bestående av kodebrikke, passord og fødselsnummer. Grunnen er at HR-2020-2021-A tar for seg tradisjonell BankID-brikke med passord, og derfor avgrenses det mot andre former for elektronisk E-ID slik at oppgaven er innenfor dommens rammer. Det må videre avgrenses mot BankID misbruk begått av og mot juridiske personer, ettersom oppgavens kjerne gjelder forbrukere. Hovedfokuset i teksten er den endrete rettstilstanden, og den vil derfor ikke gå dypt inn på bakgrunnen for dagens finansavtalelov er slik den er. I tillegg

avgrenses det mot situasjoner hvor kunden selv har begått BankID misbruket som en kriminell handling, eller medvirket til en slik handling.

Et annet tema som det avgrenses mot er en generell gjennomgang av avtaleinngåelse ved hjelp av BankID. Det legges til grunn for oppgaven at en forbruker i utgangspunktet er bundet når elektronisk signatur fremskaffet ved hjelp av kode fra kodebrikke, fødselsnummer og personlig passord. Følgelig kommer ikke utgangspunktet om at avtaler skal holdes og unntak fra dette belyses. Oppgaven vil heller ikke til å drøfte om banken har hatt rimelig grunn til å tro at kunden mente å binde seg elektronisk. Årsaken til denne avgrensningen er at HR-2020-2021 i hovedsak handlet om erstatningsansvar for kunden.

Videre spiller også bevis og bevisreglene en sentral rolle i sakene om BankID misbruk. Grunnet den teknologiske utviklingen er disse bevisene ofte teknisk avanserte, og vanskelig tilgjengelig. Bevisreglene vil derfor ikke behandles i denne oppgaven.

Deretter avgrenser oppgaven mot drøfting og analysering av årsakssammenheng og tap. Dette er gjort fordi i sakene som gjelder erstatningsansvar ved misbruk av e-signering til låneopptak, kommer ikke disse vurderingstemaene på spissen. I disse sakene er det uomstridt at et tap foreligger, og at det har årsakssammenheng med ansvarsgrunnlaget når et slikt kan påvises.

1.3 OM BANKID

I Norge har BankID omtrent 4,2 millioner brukere³. BankID finnes i to former, enten BankID på mobil eller banklagret ID. Banklagret ID består av kodebrikke, fødselsnummer og personlig valgt passord. Bruksområdet for BankID er autorisering av banktransaksjoner og som elektronisk legitimasjon. I dag brukes BankID av alle banker i Norge og offentlige digitale tjenester⁴. Hensikten med BankID er at forbrukeren skal ha en enkel og trygg elektronisk legitimasjon som kan brukes til identifisering og kommunikasjon på nett⁵. Hvis en forbruker

³ <https://www.bankid.no/om-oss/tjenester/> (Siste besøk 22.11.2021)

⁴ <https://www.bankid.no/privat/om-oss/> (Siste besøk 22.11.2021)

⁵ <https://www.bankid.no/privat/om-oss/> (Siste besøk 22.11.2021).

oppretter BankID samtykker vedkommende til avtalevilkårene i «Regler om BankID»⁶ og «Avtalevilkår for personBankID»⁷.

1.4 BEGRUNNELSE FOR VALG AV TEMA OG DETS AKTUALITET

Temaet er valgt av flere årsaker. En av disse er at ofrene for BankID svindel har måttet bære bankens økonomiske tap som følge av misbruket, når utenforstående tredjepersoner har tatt opp lån i deres navn ved hjelp av elektronisk signatur. Dette har ofte fått alvorlige konsekvenser for den enkelte og dennes privatøkonomi. I tillegg er disse sakene krevende for påtalemyndigheten å etterforske. Oppgaven belyser derfor en problemstilling som berører forbrukerens rettsvern i vårt samfunn.

Dagens finansavtalelov regulerer ikke erstatningsansvar for misbruk av BankID til låneopptak i sine bestemmelser, og forarbeidene drøfter ikke dette. Imidlertid fantes det rettspraksis fra de lavere rettsinstanser som omhandlet temaet. Det var først i HR-2020-2021-A at vi fikk et saksforhold som problematiserte tidligere rettspraksis hos lagmannsrettene og tingrettene. Vi står dermed på et rettsområde som er i en dynamisk rettsutvikling, hvor det samtidig er flere uavklarte spørsmål.

Sistnevnte er særlig aktuelt i fremtidige saker som gjelder BankID misbruk til låneopptak, men hvor det ikke er bevist hvem som stod bak den kriminelle handlingen grunnet manglende politietterforskning. Når slike saker havner hos domstolen er de derfor ikke tilstrekkelig opplyst. Dette gjør at lempning kan bli særlig aktuelt i disse tvistene, ettersom lempning kan brukes som et virkemiddel for å avbøte upåregnelige og tyngende erstatningsansvar, og vil derfor være interessant å se nærmere på.

I tillegg vil en ny finansavtalelov snart tre i kraft. Lovens bestemmelser og forarbeider legger en større del av risikoen for BankID misbruk til e-signering av kredittavtaler over på bankene. Dette vil innebære en endret rettsutvikling i forbrukerens favør, men det er blitt hevdet at den kommende loven legger til rette for økt svindel av bankene, ettersom disse da må dekke

⁶ <https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/regler-om-bankid/regler-om-bankid-22.11.2018.pdf> (Siste besøk 15.10.2021).

⁷ https://www.dnb.no/portalfront/nedlast/no/privat/avtaler-vilkaar/BankID_avtale.pdf?popup=true (Siste besøk 15.10.2021).

sitt eget tap. Følgelig er hovedproblemstillingene oppgaven reiser spennende, fordi i vårt moderne og teknologiske samfunn er BankID et sentralt og nødvendig verktøy for identifisering på nett.

1.5. RETTSKILDER OG METODE

1.5.1. Lovfestet og ulovfestet rett

Det rettslige utgangspunktet for denne avhandlingen er finansavtaleloven §35, jf. §34. Etter finansavtaleloven §1 gjelder loven «for avtaler og oppdrag om finansielle tjenester med finansinstitusjoner», jf. §1. BankID er en «avtale» om «finansielle tjenester» med banken som en «finansinstitusjon». «[A]vtale om «finansielle tjenester» vil videre omtales som låneavtaler, kredittavtaler eller låneopptak.

Analysen og drøftelser av finansavtalelovens regler og erstatningsrettens regler vil brukes til å nærmere undersøke ansvarsfordelingen mellom forbruker og banken, ved misbruk av BankID til låneopptak. Med erstatningsrettens regler menes den alminnelige culpanormen, herunder om skadevolder har utvist skyld gjennom at han eller hun kunne og burde handlet annerledes.

I tillegg vil skl. §5-2 også anvendes som en betydningsfull rettskilde for å belyse utgangspunktet om at lempning ikke skal finne sted, og at terskelen for lempning er høy. Den kommende finansavtaleloven vil brukes som rettskilde på tross av at denne ikke er ikrafttred enda, for å kunne belyse problemstillingen om lovendringen som loven legger opp til er hensiktsmessig.

Når BankID misbrukes av en utenforstående tredjemann til å elektronisk signere en låneavtale, er man utenfor rekkevidden til finansavtaleloven §35. Det vurderes derfor av domstolen om eieren av BankID kan bli ansvarlig for misbruket etter ulovfestet erstatningsrett. Spørsmålet er om kunden har handlet uaktsomt ved å tilrettelegge for misbruk av sin BankID til elektronisk signering av låneavtaler, gjennom å oppbevare og håndtere sin BankID brikke og passord uaktsomt. Ettersom HR-2020-2021-A nettopp omhandler dette spørsmålet og utaler seg om tapsbegrensning i form av lempning, vil

dommen derfor være en sentral og dominerende rettskilde for oppgaven og dens problemstillinger.

1.5.2 Øvrige rettskilder

Når det gjelder de øvrige rettskildene vil lagmannsdommen LA-2018-179648 vil bli brukt i kapittel 3 der det er nødvendig for å belyse de ulike problemstillingene som oppgaven reiser. Det er lite juridisk faglitteratur som omhandler ansvars- og tapsfordelingen mellom banken og forbrukeren ved BankID misbruk til låneopptak. Likevel vil Juridisk litteratur benyttes som rettskilde hvor det kan være aktuelt, selv om disse har begrenset rettskildemessig vekt.

1.5.3 Metode

Oppgaven vil bruke den rettsdogmatiske metode, herunder analysere og vurdere gjeldene rett. Rettskildelære blir definert av Torstein Eckhoff som en redegjørelse av «hva man bygger på, og hvordan man resonnerer når man tar standpunkt til rettsspørsmål de lege lata»⁸.

Dee lege lata vil benyttes for å analysere problemstillingene som oppgaven reiser. De lege lata i vil brukes analysen da rettsområdet er noe uavklart, og for å illustrere hvordan retten burde være og strekke seg mot.

Reelle hensyn vil bli brukt som rettskilde for å belyse bakgrunnen til lempningsregelen, samt brukes i drøftingen av om rettsutviklingen HR-2020-2021-A og den kommende finansavtaleloven legger opp til vil være hensiktsmessig. Faktakunnskap vil også benyttes for å underbygge drøftelsene.

Det metodiske begrepene jeg kommer til å anvende er redegjørelse og analyse av oppgaven gjennom nåværende finansavtaleloven §35 og dens forarbeider. Videre vil jeg analysere og drøfte problemstillingene oppgaven reiser om erstatningsansvar og lempning i lys av rettspraksis, herunder HR-2020-2021-A.

⁸ Eckhoff (2001) s. 15.

En del av analysen som masteren bygger på vil bestå av hvilken rettsstilstand den kommende finansavtaleloven legger opp til, samt en vurdering om denne vil være mest egnet for å møte de utfordringene digitaliseringen har medført i vårt samfunn.

Videre tenker jeg at det vil være hensiktsmessig å trekke inn de aktuelle hensynene som gjør seg gjeldene for temaet om lempning av ansvar for bankkunden ved BankID misbruk. Etter min mening vil det være hensynet til rimelighet, hensynet til pulverisering, hensynet til reparasjon og hensynet til skadevolders økonomi osv. Noen av disse hensynene kan motstride hverandre og dette finner jeg hensiktsmessig å se nærmere på.

Rettskildebilde som gjør seg gjeldene innenfor rettsområdet som er valgt, er noe uavklart med tanke på at den nye finansavtaleloven ikke har tredd i kraft enda. Finansavtaleloven §35 jf. §34 regulerer ikke misbruk av BankID til låneopptak. Den rettslige konsekvensen av dette er at loven kun dekker et typetilfelle av misbruk, herunder misbruk av BankID til å overføre penger fra offerets konto til svindlerens konto, eller misbruk av offerets bankkort.

Foreløpig er det bare HR-2020-2021-A av Høyesterettspraksis som har behandlet de aktuelle problemstillingene om ansvars- og tapsfordeling mellom banken og kunden som oppgaven reiser. Før HR-2020-2021-A kom var rettsstilstanden på dette rettsområdet nokså uavklart. Dommen er klar på at bankene må ta en større del av risikoen ved å låneopptak, ettersom banken står nærmest til å kontrollere om lånetakker er den personen vedkommende gir seg ut for å være. Videre legger den opp til en mulig rettsutvikling for saker som gjelder BankID misbruk og lempning. Rettskildebildet gjør at analysen min vil ha konkrete holdepunkter i rettspraksis, samt gi rom for drøfting.

Kapittel 2 Kort om hvorfor BankID misbruk til signatur av elektroniske låneavtaler faller utenfor gjeldene finansavtalelov.

2.1 Innledning

Hensikten med dette kapitlet er å gi leseren et innblikk i hvordan gjeldene finansavtalelov var når HR-2020-2021-A ble avsagt. Lovens §§35 og 34 danner et viktig utgangspunkt for å forstå den tidligere rettstilstanden om ansvarsfordelingen ved BankID misbruk til elektronisk signering av låneavtaler. Imidlertid må enkelte begrep defineres før bestemmelsene kan gjennomgås. Dette vil gjøres i underkapittelet nedenfor.

2.2 Definisjoner

Følgende begreper i finansavtaleloven §§35 og 34 må avklares: «institusjonen, kunden, betalingsinstrument og personlig sikkerhetsanordning».

Ordlyden av «institusjonen» peker på en organisasjon som er tilbyderer eller utsteder av BankID, som oftest en bank. Finansavtaleloven inneholder ikke en definisjon av begrepet. Forarbeidene er taus om forståelsen. Imidlertid må det legges til grunn at det er tale om en organisasjon som tilbyr finansielle tjenester, eksempelvis betalingsinstrumenter.

Med vilkåret «kunde» siktes det til en fysisk eller en juridisk person som gjennom et kontraktsforhold mottar varer, eller tjenester i bytte mot penger. Finansavtaleloven er imidlertid en kontraktsrettslig lov og ordet «kunde» kan derfor tolkes i sammenheng med resten av det kontraktsrettslige regelverket. I kontraktsretten vil en «kunde» ofte være en forbruker. Etter Lov 21 juni 2002 om forbrukerkjøp §1 tredje ledd er en «forbruker» en «fysisk person» som «ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet». Ordlyden av «fysisk person» avgrenser mot juridiske personer, og «ikke hovedsakelig handler i næringsvirksomhet» viser til at hovedformålet med kjøpet er til personlig bruk. Dette

underbygges også av forarbeidene som uttrykker at «det avgjørende vil være hva som er det vesentlige formål med kjøpet»^{9,10}.

Dersom man tolker ordet «kunde» i sammenheng med resten av bestemmelsene i finansavtaleloven, kommer det frem at det må være tale om innehaver av BankID, eller den personen som det personlige betalingsinstrumentet sendes til og brukes av.

Videre må «betalingsinstrument» belyses. Begrepet er definert i finansavtaleloven §12 c) som et «personlig instrument eller sett av prosedyrer som er avtalt mellom kunden og institusjonen, og som kunden benytter for å iverksette en betalingsordre». En alminnelig språklig forståelse peker på en digital løsning, og hvor hensikten er at en kjøper skal kunne betale en selger. Imidlertid favner ordlyden bredt, så et stort spekter av handlinger og systemer kan falle inn under ordlyden. I tillegg viser «personlig» til at instrumentet er unikt og tilhører dens eier. Følgelig er all bruk av instrumentet kun tiltenkt dens eier etter brukeravtalen med institusjonen.

Til sist må «personlig sikkerhetsanordning» defineres. Loven har ingen legaldefinisjon av begrepet. Ordlyden er vag og favner bredt. Selve kjernen av vilkåret er noe som er ment utelukkende til privat bruk for dens eier, jf. «personlig». Ut ifra en kontekstuell tolkning av «sikkerhetsanordning» og §§34 og 35 viser det til et system som er laget for at en person skal kunne identifisere seg elektronisk. Dette underbygges av HR-2020-2021-A, hvor førstvoterende i avsnitt 40 uttaler at begrepet «de personlige sikkerhetsanordningene» omfatter blant annet kodebrikke og passord knyttet til en BankID».

Nedenfor vil finansavtaleloven §§ 34 og 35 gjennomgås.

2.3 Finansavtaleloven §§34 og 35

§34 første ledd handler om pliktene ved bruk av betalingsinstrument. Der heter det at en kunde som har rett til å bruke et betalingsinstrument, skal gjøre dette i samsvar «med vilkårene for utstedelse og bruk, og skal herunder ta alle rimelige forholdsregler for å

⁹ NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov s. 111-112.

¹⁰ I vurderingen av om «en fysisk person» «ikke hovedsakelig handler i næringsvirksomhet» «kan man se det slik at på en skala fra 0 til 100 prosent, må bruken som er knyttet til næringsvirksomhet, ikke utgjøre mer enn 50 prosent. F.eks. vil en drosjeeiers innkjøp av bil ikke være forbrukerkjøp selv om bilen også benyttes privat, fordi mer enn 50 prosent av bruken vil være knyttet til hans næringsvirksomhet», jf. NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov s. 111-112.

beskytte de personlige sikkerhetsanordningene knyttet til betalingsinstrumentet så snart instrumentet er mottatt». Banken skal også snarest mulig underrettes dersom den personlige sikkerhetsanordningen eller betalingsinstrumentet er kommet bort, jf. samme ledd andre punktum.

En naturlig språklig forståelse av «rimelige forholdsregler» viser til hvordan en alminnelig fornuftig person ville opptrådd i samme situasjon for å beskytte betalingsinstrumentet eller den personlige sikkerhetsanordningen. Ordet «rimelig» tilsier at det ikke kan kreves mer enn hva som er forventet med tanke på den tiltenkte bruken.

Finansavtaleloven §35 omhandler misbruk av konto og betalingsinstrument. Etter første ledd er institusjonen ansvarlig for tap som skyldes «uautoriserte betalingstransaksjoner», med mindre noe annet følger av bestemmelsen. Hovedregelen er altså at banken må bære tapet. Ifølge paragrafens andre ledd svarer kunden for tap på 1 200kr ved «uautoriserte betalingstransaksjoner» som skyldes bruk av et bortkommet betalingsinstrument og urettmessig bruk av personlig sikkerhetsanordning.

Til sist fremgår det av tredje ledd at kunden svarer for «hele tapet ved uautoriserte betalingstransaksjoner dersom tapet skyldes at kunden ved grov uaktsomhet har unnlatt å oppfylle en eller flere av sine forpliktelser etter § 34 første ledd». Dette gjelder også ved forsett, jf. paragrafens tredje punktum. Spørsmålet blir så hva en «betalingstransaksjoner» er jf. finansavtaleloven §35 første ledd.

En «betalingstransaksjon» blir definert i finansavtaleloven §12 a) som en «handling som iverksettes av en betaler eller betalingsmottaker for å innbetale, overføre eller ta ut midler».

Den naturlige språklige forståelsen av «handling» sett i sammenheng med «betaler eller betalingsmottaker for å innbetale, overføre eller ta ut midler» viser at definisjonen favner et bredt spekter av brukeratferd. Den samlede ordlyden viser til en overføring av penger som skjer digitalt via et elektronisk system.

I forarbeidene heter det at «underliggende forpliktelser mellom betaleren og mottakeren har ikke betydning for spørsmålet om det dreier seg om en betalingstransaksjon eller ikke»¹¹. Følgelig underbygger forarbeidene at definisjonens ordlyd skal favne vidt og at

¹¹ Ot.prp.nr.94 (2008-2009) s. 172

årsaken bak «betalingstransaksjon[en]» ikke er av betydning. Dermed vil rene pengegaver, samt betaling for kjøp av varer og tjenester kunne omfattes.

Delkonklusjonen er at en «betalingstransaksjoner» er en «handling som iverksettes av en betaler eller betalingsmottaker for å innbetale, overføre eller ta ut midler», jf. finansavtaleloven § 12a), og at hensikten med handlingen er uten relevans, jf. finansavtaleloven §35 første ledd.

Videre i finansavtaleloven §35 første ledd siste punktum heter det at en «betalingstransaksjon er uautorisert» hvis «kunden ikke har gitt samtykke til transaksjonen», jf. §24. Tidligere måtte kontoinnehaver godkjenne inn og utbetalinger av konto manuelt, enten via giro eller ved fysisk oppmøte i banken. I dag vil en betalingstransaksjon være «autorisert» når kontoinnehaver gjennomfører transaksjonen på sin nettbank, eller mobilbank og «samtykker» ved å signere med BankID. Dagens teknologiske utvikling har gjort at det nå er lettere for tredjepersoner å utgi seg for å være en annen. Dette gjøres ved å tilegne seg BankID og utføre «betalingstransaksjoner» gjennom elektronisk «samtykke». Imidlertid vil ikke en slik «betalingstransaksjon» være «autorisert» fordi kunden selv ikke har gitt samtykke til transaksjonen, jf. §35 første ledd.

Neste spørsmål er om «uautoriserte betalingstransaksjoner» kan tolkes til å omfatte misbruk av BankID til elektronisk signatur av låneavtaler, jf. finansavtaleloven §35. Etter ordlyden er e-signering av en låneavtale er noe annet enn en «betalingstransaksjon», da det ikke faller innenfor kjernen i vilkåret. Dette er fordi e-signering har flere bruksområder enn bare godkjenning av betalingstransaksjoner. Å signere med BankID vil ikke innebære en at en betaling automatisk finner sted. Et bankkort kan til sammenligning kun benyttes til «betalingstransaksjoner». Det trekker i retning av at elektronisk signatur av låneavtaler ikke er «betalingstransaksjoner», jf. finansavtaleloven §12 a).

Motsetningsvis vil en elektronisk signering av en låneavtale medføre at pseudounderskriveren får penger på konto. Disse pengene kan deretter brukes til å gjennomføre en «betalingstransaksjon». Det taler for at e-signering av en låneavtale med BankID kan være en «betalingstransaksjon», jf. finansavtaleloven §12 a).

I tillegg taler også hensynet til forbrukeren for at e-signering av låneavtaler bør falle innenfor «uautoriserte betalingstransaksjoner». Å ta opp lån i andres navn er straffbart etter Lov 20

mai 2005 nr. 28 om straff §361 om dokumentforfalskning, samt etter lovens bestemmelser i kapitel 30 om bedrageri. At eieren av BankID skal ha mindre rettsvern etter finansavtalelovens regler mot erstatningsansvar for slikt straffbart misbruk, fremstår som urimelig for offeret.

Imidlertid fremgår det av forarbeidene til den kommende finansavtaleloven at spørsmålet «om erstatning ved misbruk av elektronisk signatur i andre tilfeller enn ved gjennomføring av betalingstransaksjoner må dermed løses etter alminnelige erstatningsrettslige regler»¹². Det taler mot at «uautoriserte betalingstransaksjoner» kan tolkes til å omfatte misbruk av BankID til elektronisk signatur av låneavtaler, jf. finansavtaleloven §35.

Videre fremgår det av HR-2020-2021-A at «lovregelen gjelder altså bare direkte for bruk av BankID ved gjennomføring av en betalingsordre» (avsnitt 40). Følgelig faller saker som gjelder erstatningsansvar ved misbruk av elektronisk signatur utenfor Finansavtaleloven §35, og forbrukeren har dårligere rettsvern mot misbruk i disse tilfellene.

Etter dette kan ikke «uautoriserte betalingstransaksjoner» tolkes til å omfatte misbruk av BankID til elektronisk signatur av låneavtaler, jf. finansavtaleloven §35. Dette betyr at de alminnelige erstatningsregler gjelder for ansvarsfordelingen mellom banken og forbrukeren, i saker som gjelder misbruk av BankID til e-signering av kredittavtaler. For det videre innholdet i ansvarsfordelingen mellom forbrukeren og finansinstitusjonen, må det ses hen til HR-2020-2021-A. Dommen og erstatningsrettens culpa regel vil være tema i neste kapitel.

¹² Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 175

Kapittel 3: ANSVAR ETTER ERSTATNINGSRETTENS REGLER I LYS AV HR-2020-2021-A

3.1 Innledning

Dette kapitelet vil omhandle høyesterettsdom HR-2020-2021-A og hvordan avgjørelsen endret rettstilstanden gjennom analyse. I tillegg vil forholdet mellom dommen og den nye finansavtaleloven belyses, samt avgjørelsens prejudikativirkning. Før dette må imidlertid grunnvilkårene for erstatning, og culpanormen som alminnelig erstatningsregel introduseres.

3.2 Grunnvilkår for erstatning og culpanormen

For at et krav om erstatning utenfor kontraktsforhold skal kunne foreligge, er det tre grunnvilkår som må være oppfylt, jf. HR-2020-2021-A (avsnitt 50,62). Det første grunnvilkåret er at en skade som fører til et økonomisk tap hos skadelidte må inntre. Et økonomisk tap kan defineres som en negativ effekt hos skadelidte som kan verdsettes i penger, jf. samstemt og langvarig rettspraksis. Neste grunnvilkår er at en faktisk og rettslig årsakssammenheng mellom skaden og den ansvarsbetingende handling må være til stede. Til sist må et ansvarsgrunnlag kunne påvises. Et av disse er culpanormen, som er det alminnelige, ulovfestede ansvarsgrunnlaget i norsk erstatningsrett.

Normen innebærer at en skadevolder kan pålegges et erstatningsansvar for en økonomisk skade som påføres en annen, hvis handlingen anses som uaktsom. Et annet navn for normen er den ulovfestede skyldregelen, og regelen er blitt utviklet gjennom juridisk teori og rettspraksis. Dens opphav kan spores helt tilbake til romerretten, noe som vises i det latinske navnet culpa som betyr skyld¹³. Kjernen i vurderingstemaet etter skyldregelen, er om skadevolderen kunne og burde reagert på risikoen for skade, ved å handle annerledes enn vedkommende gjorde.¹⁴ Skyldregelen er i utgangspunktet objektiv.¹⁵ Det sentrale spørsmålet er hvordan en alminnelig fornuftig person ville handlet i samme situasjon.

¹³ <https://snl.no/skyldansvar> Sist besøkt 24.11.2021

¹⁴ Kjønstad, Asbjørn (2005). S. 87-93 https://lovdata.no/pro/#document/JUS/kjonstad-a-2005-01/KAPITTEL_4-1 Sist besøkt 30.11.2021.

¹⁵ HR-2020-2021-A avsnitt 56.

Dette vurderingstemaet i culpanormen, og andre spørsmål stod sentralt i HR-2020-2021-A i bedømmelsen om hvem som stod nærmest til å bære ansvaret for den økonomiske skaden. Nedenfor vil faktum i avgjørelsen kort gjennomgås.

3.3 Kort introduksjon av HR-2020-2021-A

HR-2020-2021-A handlet om erstatningsansvar ved misbruk av BankID til elektronisk signering av en låneavtale. Et ektepar fikk utbetalt et forbrukslån til deres konto gjennom misbruk av en annen manns BankID. Paret ble funnet strafferettslig skyldig og dømt for den kriminelle handlingen. Spørsmålet i saken var om innehaver av den elektroniske e-signaturen som ble misbrukt var erstatningsansvarlig for tapet, eller om banken måtte bære dette selv.

Kravet for erstatning var på omtrent 100 000kr, ekskludert saksomkostninger. Hvordan misbrukerne fikk tilgang til mannens passord var usikkert. Det var ikke sannsynlighetsovervekt for at dette skyldes av klanderverdig fremferd hos mannen. Imidlertid kunne han bebreides for oppbevaringen av kodebrikken. Høyesterett frifant mannen for erstatningsansvar. Begrunnelsen var at easybank var nærmest til å bære risikoen for misbruk, ettersom de hadde innrettet sin virksomhet slik at det det klart innebar en risiko for tap gjennom enkle digitale søknader, uten ytterligere kontrolltiltak.¹⁶

3.4 Hvordan dommen endret rettstilstanden

Problemstillingen i det følgende er hvordan HR-2020-2021-A endret rettstilstanden for ansvarsfordelingen mellom banken og forbrukeren ved misbruk av BankID til låneopptak.

3.4.1 Aktsomhetsterskelen før

Før HR-2020-2021-A kan gjennomgås nærmere, må den tidligere rettspraksisen på rettsområdet utdypes. Rettspraksisen som gjaldt saker om misbruk av BankID til e-signering av låneavtaler var fra de lavere instanser. Avgjørelsene opererte med en høy aktsomhetsterskel for hvordan forbrukeren skulle håndtere sin BankID brikke og passord. Resultatet av dette var at innehaver av BankID ble kjent erstatningsansvarlig for finansinstitusjonens økonomiske tap, med belastende og potensielt ødeleggende konsekvenser for forbrukerne sin privatøkonomi. Disse rettsavgjørelsene har derimot

¹⁶ HR-2020-2021-A sammendrag

begrenset rettskildemessig vekt ettersom de er avsagt av de lavere rettsinstanser, men LA-2018-176648 vil brukes for å illustrere den tidligere aktsomhetsterskelen.

LA-2018-176648 ble avsagt av Agder lagmannsrett og handlet om Easybank, eller eieren av BankID var erstatningsansvarlig for BankID misbruk til elektronisk signering av kredittavtale. Denne avgjørelsen ble senere anket til Høyesterett som avsa HR-2020-2021-A. I lagmannsrettens dom ble forbrukeren tilkjent erstatningsplikt for det økonomiske tapet.

Retten uttalte at spørsmålet er «hvilken aktsomhetsstandard som skal legges til grunn» beror på [...] «de plikter som i alminnelighet er pålagt ham som bruker av BankID-systemet.¹⁷ Det kreves at også «alle brukere og brukersteder lojalt følger de anvisninger som er gitt i lov og avtale.¹⁸

Lagmannsretten viste så til finansavtaleloven §34 første ledd første punktum for å påpeke at kodebrikken er en del av et «betalingsinstrument» etter finansavtaleloven §12 c), og at ved all bruk av denne skal derfor «alle rimelige forholdsregler» tas. Når det gjelder passord viser retten til de «Alminnelige avtalevilkår for PersonbankID», som uttrykker under punkt 9 at passord ikke skal røpes for noen. Retten legger også til grunn at §34 også er relevant for bruk av passord.

Kort oppsummert stiller lagmannsretten med dette opp en streng aktsomhetsnorm for BankID bruk, hvor BankID passord ikke skal røpes for noen, og at ved bruk av kodebrikken skal man ta alle rimelige forholdsregler, samt følge disse bruksvilkårene lojalt til enhver tid. Det legges til grunn at denne aktsomhetsterskelen var gjeldene rett før HR-2020-2021-A.

Lagmannsretten kommer til at kodebrikken var oppbevart uaktsomt i lys av den høye aktsomhetsterskelen. Grunnen var at den ble oppbevart på arbeidsplassen i en veske i et ulåst skap, og forbrukeren ikke hadde konstant tilsyn med brikken som følge av dette. Når det gjaldt passordet på avveie, la lagmannsretten til grunn det var sannsynlighetsovervekt for dette skyldes uaktsom opptreden hos BankID eieren.

¹⁷ LA-2018-179648, under ansvarsspørsmålet, rettsgrunnlag andre setning.

¹⁸ LA-2018-179648, under punkt rettsgrunnlag andre avsnitt.

3.4.2 Gjeldende aktsomhetsterskelen

Høyesterett stiller opp en annerledes aktsomhetsnorm enn lagmannsretten. I dommens avsnitt 54 trekker retten også frem finansavtaleloven §34, men fremholder at selv «om denne saken ikke gjelder misbruk av BankID som del av et betalingsinstrument, etablerer lovens krav – alle rimelige forholdsregler – en norm som etter mitt syn bør gjelde også utenfor lovens virkeområde».

Deretter viser også retten de samme «Avtalevilkår for PersonBankID», 1. januar 2013 punkt 9 som lagmannsretten, om at passord er taushetsbelagt. Så viser retten til at culpanormen i utgangspunktet er objektiv, men at det likevel er rom for en viss relativisering (avsnitt 56). Høyesterett fant det bevist at det ikke forelå sannsynlighetsovervekt for at ekteparet som svindlet forbrukeren hadde fått tilgang til passordet, som følge av uaktsom opptreden fra hans side. Spørsmålet om passordet var håndtert uaktsomt ble derfor ikke vurdert.

Førstvoterende bruker dermed de samme rettskildene som lagmannsretten, og oppstiller en aktsomhetsnorm. Ved første øyekast kan de to normene virke sammenfallende, men Høyesterett gjør noe som lagmannsretten ikke gjør, og det er å åpne opp for en relativisering av aktsomhetsnormen. Dette finner ikke sted i lagmannsrettens avgjørelse. Følgelig vil erstatningsansvar ved BankID misbruk til låneopptak fremover bero på en mer konkret vurdering, sammenlignet med den tidligere firkantede aktsomhetsnormen praktisert av de lavere domstolene.

I tillegg trekker retten frem rolleforventninger til skadelidte (avsnitt 57). Rolleforventninger til skadelidte kan gjøre ansvar for skadevolder bortfaller. Et eksempel på dette kan være at skadelidte innretter sin virksomhet på en slik måte at han eller hun tilrettelegger for økt risiko, og skadevolder slik ikke kan klandres. Rolleforventninger til skadelidte innebærer en forventning om at skadelidte opptrer slik at risikoen for skade minimeres jf. der «tjenesteyteren, tilhører en gruppe som kan forventes selv å iverksette tiltak for å unngå tap, må dette etter mitt syn få betydning når man skal stilling til om innehaveren i det enkelte tilfellet har opptrådt uaktsomt og ut fra det blir erstatningsansvarlig» (avsnitt 61). Dette står også i kontrast til lagmannsrettens vurdering, hvor forhold på skadelidtes side ikke trekkes frem som et potensielt vurderingsmoment i dommen.

Høyesterett uttaler videre at hva som er «rimelige forholdsregler, må bygge på hva som er praktisk mulig» uten at det vil bli belastende for BankID brukeren, eller gjøre bruken upraktisk (avsnitt 98). Det er nærliggende at retten også her foretar en nedjustering av den tidligere høye aktsomhetsterskelen som underrettene etablerte. Hva som er praktisk mulig vil også innebære en relativisering av normen, fordi det legges opp til at en skjønnsmessig vurdering må foretas av det enkelte tilfelle.

Når det gjelder innholdet av selve aktsomhetsnormen for oppbevaring av BankID brikke, utaler retten at en kodebrikke i et låst hjem normalt må være nok til å oppfylle aktsomhetskravet (avsnitt 99). Ved oppbevaring på arbeidsplassen «må det i større grad foretas en konkret vurdering», og «ikke være slik at enhver oppbevaring som skaper mulighet for at andre kan få tilgang til kodebrikken, vil være uforsvarlig. For eksempel kan det ikke kreves at brikken skal låses ned hver gang man forlater sin egen arbeidsplass» (avsnitt 100). Derimot kreves det at eier har en «viss kontroll på brikken» (avsnitt 101). Sammenlignet med lagmannsretten avgjørelse åpner retten her opp mer skjønn i vurderingen, men samtidig stiller visse krav til brukerne. Disse kravene vil imidlertid være mer gjennomførbare i en hektisk hverdag, enn kravene som den høye aktsomhetsterskelen til lagmannsretten la opp til.

Retten til at måten forbrukeren hadde oppbevart kodebrikken på sin arbeidsplass var klanderverdig. Det ble lagt vekt på at han kunne og burde tatt kodebrikken med seg fra arbeidsplassen når han dro på ferie, og ikke kunne ha tilstrekkelig kontroll over brikken (avsnitt 103). Her oppstiller Høyesterett to handlingsalternativer for skadevolder som med letthet kunne gjennomføres uten særlig byrde, og som hadde forhindre skaden fra å oppstå. Handlingsalternativer er andre handlemåter, eller handlinger skadevolder kunne gjort i stedet for den valgte skadebringende handlingen (avsnitt 103).

På tross av at oppbevaringen av BankID brikken var klanderverdig, kom retten til at det ikke grunnlag for erstatningsansvar. Retten påpeker at skadelidte er en profesjonell aktør som inngår låneavtaler med betydelige beløp for privatpersoner, utelukkende basert på e-ID signatur med BankID, og at banken kunne foretatt kontrolltiltak før lånebeløpet ble utbetalt. «Dersom man hadde gjort dette, er det stor sannsynlighet for at misbruket ville vært unngått. Banken har dermed bevisst valgt en handlemåte som innebar en klar risiko for tap» (avsnitt 104).

Her viser retten klart til forhold på skadelidtes side, og legger avgjørende vekt på dette i sin avveining om skadevolder skal betale erstatning, eller ikke for skadelidtes tap. Det avgjørende er med andre ord hvem som er nærmest til å gjennomføre effektive kontrolltiltak, eller handlinger for å hindre skade fra å oppstå. I saker som gjelder BankID misbruk vil banken mye lettere kunne utføre kontrollhandlinger som å ringe lånesøker, eller sende melding om bekreftelse av lån, og slik hindre at misbruk finner sted. Skadevolder vil ofte ha begrensede muligheter til å kunne avdekke, eller avverge at et mulig misbruk og vil normalt ikke vite om svindelen før det har skjedd.

I lys av dette utgjorde kundens handlemåte ikke utgjorde nok risiko sammenlignet med risikoen banken la opp til gjennom sin utlånspraksis, jf. «risikoen som er skapt ved at A har opptrådt noe uforsiktig ved sin oppbevaring av kodebrikken, [er] så begrenset at det etter mitt syn ikke kan være grunnlag for å anse hans handlemåte som uaktsom med den virkning at han blir erstatningsansvarlig for det tapet Easybank er påført» (avsnitt 105).

Med dette uttrykker retten at risikoens tilstedeværelse i form av risikoens art og risikoens grad er skapt mer av skadelidte enn skadevolder, og at dette må legges mer vekt. Risikoens art er hvilken potensiell skade som kan oppstå, eller hvordan risikoen viser seg, jf. langvarig og sikker rett. I denne saken vil det være risikoen for at misbruk av BankID skal inntreffe. Risikoens grad er hvor stor sannsynlighet det er for at en potensiell skade kan oppstå, jf. samstemt og sikker rettspraksis. I dette tilfellet vil risikoens grad være hvor mye banken legger til rette for misbruk gjennom dens utlåningspraksis. Det er nærliggende å tenke at risikoens grad var høy i denne konkrete saken, ettersom banken utelukkende innvilget og utbetalte lånesøknader basert på e-signering av digitale søknader. Dette medførte raske, effektive og billige prosesser for banken med høy fortjeneste uten særlige kontrolltiltak.

I lys av analysen gjort ovenfor er det klart at det har skjedd en rettsutvikling for sakene som gjelder erstatningsansvar ved BankID misbruk til låneopptak, og at en del av dette kan knyttes opp mot ny finansavtalelov. Dette forholdet vil ses nærmere på nedenfor.

3.4.3 Forholdet mellom dommen og den kommende finansavtaleloven

Dommen vil sammen med finansavtaleloven legge opp til at forbrukeren får et betydelig styrket vern på området for BankID misbruk. Når avgjørelsen ble avsagt 22 oktober var ikke den nye finansavtaleloven vedtatt. Imidlertid trekker Høyesterett lovforslaget frem ved flere

anledninger og utaler i avsnitt 49 at selv om loven ikke er ikraftsatt, vil denne og dens forarbeider til en viss grad kaste lys over avveiningene som gjøres i dommen. Hovedregelen etter den nye finansavtalelovens §3-20 om at banken skal dekke tapet ved misbruk av elektronisk signatur trekkes frem i avsnitt 48, samt at reglene i gjeldene finansavtaleloven om misbruk av konto eller betalingsinstrument også nevnes i avsnitt 49. Med dette som utgangspunkt danner retten et tydelig bakgrunnsteppe for den videre vurderingen i avgjørelsen. På motsatt side trakk ikke lagmannsretten slike paralleller til ny finansavtalelov i sin rettslige vurdering av saken.

At Høyesterett har latt seg påvirke av rettsutviklingen til finansavtaleloven som nå finner sted, gjenspeiler seg særlig i avsnitt 104. «Som det er fremhevet i det jeg har sitert fra Prop.92 LS (2019–2020) side 183-184, ville det vært mulig for banken å foreta ytterligere kontrolltiltak før man ubetalte lånebeløpet» (avsnitt 104). Slik la banken dermed til rette for en økt risiko for misbruk og at en skade kunne oppstå. Her baserer retten seg på forarbeidene til den nye finansavtaleloven, og legger vekt på de samme vurderingsmomentene fra lovens forarbeider.

Det er nærliggende at denne rettskildebruken knytter dommen tett opp mot den kommende finansavtaleloven, noe som gjør at dommen vil ha rettslig relevans for disse sakene etter at loven er ikrafttred. Samtidig gir ikke avgjørelsen løsninger for tilfeller hvor misbruket gjelder annet enn misbruk av BankID til finansielle tjenester. Dette var imidlertid ikke tema i dommen.

3.4.4 Dommens prejudikatverdi for erstatningsansvar

Avgjørelsen som Høyesterett fattet er gjennomgående en solid rettsavgjørelse. En større del av risikoen for misbruk av BankID settes nå over på banken som skadelidte. I sakene som gjelder ansvar for e-ID misbruk vil dommen ha stor prejudikatsverdi, ettersom forhold som legger til rette for økt risiko på skadelidtes side nå kan tas i betraktning ved vurderingen om erstatningsansvar skal pålegges.

Det er klart at dommen vil ha stor prejudikatsverdi for saker som gjelder BankID misbruk, og hvor det er avklart gjennom strafferettslig etterforskning, eller straffedom at utenforstående tredjepersoner stod bak misbruket. Når det gjelder sakene hvor det med vanskeligheter kan slås fast at tredjemenn står bak svindelen, fordi sakene ikke er tilstrekkelig oppklart grunnet

manglende politietterforskning, vil dommen ikke ha like stor men fortsatt betydelig gjennomslagskraft. For slike saker er det nærliggende at dommen legger til rette for en rettsutvikling, hvor erstatningsansvaret kan reduseres gjennom en lavere terskel for lempning. Dette vil drøftes i neste kapittel.

Kapittel 4: Lempning

4.1 Innledning

Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at skadelidte skal ha full erstatning for sin skade eller tap. Imidlertid kan et erstatningsansvar for misbruk av e-signatur til låneopptak som pålegges svindelofferet, bli økonomisk ruinerende for den det gjelder. Lempning er unntak fra hovedregelen om at skadelidte skal få dekket sitt tap fullt ut. Før man fikk den generelle lempningsregelen ved lovendring 21. juni 1985 nr. 81, fantes ikke en slik regel i norsk erstatningsrett. Enkelte rettsområder hadde likevel begynt å utvikle sine egne særregler for lempning.¹⁹

Lempning er et juridisk virkemiddel for å avbøte de finansielle konsekvensene av en erstatningsplikt, forutsatt at denne vil være for tyngende på skadevolders økonomi. Konsekvensen av lempning er at skadelidte selv må bære tapet i den grad lempning innfris. Ved lempning kan erstatningsbeløpet til den ansvarlige nedsettes helt, eller delvis, jf. Lov 13 juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (heretter skl). Lempning legger opp til en konkret vurdering av de forhold og omstendigheter som gjør seg gjeldene i den enkelte sak.

Videre er ikke lempning utelukkende ment for saker hvor skadevolder er en privatperson, også næringsdrivende og det offentlige kan få sin erstatningsplikt redusert. En annen viktige side er at redusert erstatning som følge av medvirkning etter skl. §5-1 og lempning ikke er det samme.²⁰ Normalt vurderer retten først om erstatningsansvaret kan reduseres grunnet medvirkning, før en eventuell lempning vurderes. Medvirkning vil foreligge når skadelidte selv gjennom sine egne handlinger har bidratt til at skaden oppstod. Hele eller deler av tapet er dermed selvforskyldt, jf. skl. §5-1. Til sist er lempning ikke aktuelt i saker hvor erstatning

¹⁹ Engstrøm, Bjørn (2006) s.65-67 https://lovdata.no/pro/#document/JUS/engstrom-b-2006-02/KAPITTEL_1

²⁰ Engstrøm, Bjørn (2006) s.65-67 https://lovdata.no/pro/#document/JUS/engstrom-b-2006-02/KAPITTEL_1

ikke gis «fordi hele skaden eller tapet ikke anses som påregnelig eller adekvat. Begrensning av skadevolderens erstatningsansvar ut fra betraktninger om upåregnelighet eller manglende adekvans, er vanligvis aktuelt i forhold til å avgrense ansvaret i forhold til enkelte erstatningsposter eller skadearter».²¹

Hensynene bak bestemmelsen er rimelighetshensynet, hensynet til reparasjon og pulveriseringshensynet. I dette kapitlet vil jeg drøfte hvilken betydning HR-2020-2021-A kan ha for terskelen ved lemping i saker som gjelder ansvar ved BankID misbruk til låneopptak. Først vil oppgaven introdusere hensynene bak lempning, for deretter å analysere bestemmelsene som omhandler lempning.

4.2 Hensyn bak lempning

4.2.1 Hensynet til skadelidte

Skadelidte har blitt påført et økonomisk tap, enten gjennom personskade, tingsskade eller formueskade. For den skadelidte vil dette innebære en sterk påkjenning, som ofte er irreversibel. Både de lovfestede og ulovfestede erstatningsreglene er blitt til for å beskytte skadelidte. Utgangspunktet etter norsk erstatningsrett er som nevnt ovenfor at skadelidte har krav på å få dekket sitt tap fullt ut. Det er mange grunntanker bak dette. En av disse er at skadelidte skal stilles økonomisk som at skaden aldri skjedde. Dette kalles for hensynet til reparasjon eller gjenoppretning. Hensynet tilsier at personen som ble skadet skal kunne leve et anstendig liv som selv om skaden inntraff.

I så fall skal skaden forsøkes imøtekommet gjennom å reparere livssituasjonen til vedkommende. Dette er på tross av at dagens velferdsstat gjennom dens trygdeordninger ivaretar mye. Erstatning for privatpersoner kommer normalt på toppen av velferdsordningene fordi Nav ikke dekker alt.

Videre tilsier hensynet til skadelidtes rettsikkerhet at skadelidte skal ha et sterkt vern, og at dette er beskyttelsesverdig. Å redusere erstatningsplikten hos skadevolder bør derfor tilhøre unntakstilfellene.

Et annen grunntanke bak erstatning er at den økonomiske byrden som skadelidte ble påført plasseres hos den som utførte den uaktsomme, eller forsettlige handlingen. Skadelidte skal

²¹ Engstrøm, Bjørn (2006) https://lovdata.no/pro/#document/JUS/engstrom-b-2006-02/KAPITTEL_1 s. 65-67

beskyttes mot uforutsette hendelser som er utenfor vedkommende sin kontroll, når tapet ikke er selvforskyldt. Dette er forankret i hensynet til rimelighet. Det vil stride mot den allmenne rettsfølelsen om skadelidte stod uten vern for sin skade, og skadevolder unnslett konsekvensene av sine handlinger. Hensynet tilsier også at lempning skal praktiseres strengt av domstolene.

I tillegg kan også hensynet til prevensjon sies å gjøre seg gjeldene ved lempning.

Hovedregelen om at en skade skal dekkes fullt ut av skadevolder, kan tenkes å ha en preventiv virkning som gjør at man velger å handle aktsomt og slik unngår å påføre andre skade i frykt for å bli erstatningsansvarlig.

Til sist må hensynet til domstolens legitimitet tas i betraktning ved en utstrakt bruk av regelen. Det kan tenkes at dersom terskelen for å lempe en erstatningsplikt var lav, ville det medført en uthuling av erstatningsretten grunnprinsipp til gunst for skadevolder. I den ytterste konsekvens hadde retten dermed legitimert skadevolders uaktsomme eller forsettlige handlinger, og slik mistet sin legitimitet gjennom mistro, fordi dette ville også stride mot den allmenne rettsfølelsen hos lekfolk.

De hensynene som nå er gjennomgått ovenfor tilsier at utgangspunktet i erstatningsretten må være at lempning, som den klare hovedregel, ikke skal finne sted.

4.2.2 Hensynet til skadevolder

I de sakene hvor hensynet til skadevolder tilsier lempning vil ofte hensynet til rimelighet være fremtredende. Hensynet til rimelighet er et gjennomgående grunnhensyn i flere rettsområder, og gjør seg også gjeldene i erstatningsretten. Tanken bak hensynet er at man i rettsanvendelsen skal se hen til de konkrete forhold som fremtrer i en sak, og treffe en avgjørelse som både harmonerer med regelverket, samt fremstår som god.

Rimelighetshensynet gir rettsanvenderen rom for fleksibilitet i sin rettsanvendelse, da man kan ta i betraktning hva som vil være fornuftig og hensiktsmessig. Sentralt i dette hensynet er hvordan en alminnelig, fornuftig utenforstående person ville følt var riktig. En avgjørelse bør til en viss grad speile samfunnet og rettsfølelsen til befolkningen. Dette er viktig med tanke på rettsanvenderens og domstolens legitimitet i samfunnet, som nevnt ovenfor. Om rettsanvendelsen blir for firkantet og i utakt med omverdenen, vil den lett virke urimelig og streng.

Hensynet til rimelighet kan tilsi at når skadelidte driver med virksomhet som innebærer moderat risiko for tap, og hvor skadelidte ikke blir særlig rammet av tapet, må han dekke dette selv. Eksempel på dette er forbrukslånbanker som tjener penger på å låne ut store kredittbeløp basert på enkle digitale søknader, uten å foreta ytterligere kontrolltiltak av ulik art.

Lempningsregelen er også tuftet på hensynet til skadevolders økonomi. I enkelte tilfeller vil ikke skadevolder ha finansiell likviditet til å betale erstatningen skadelidte trenger. Tapet som følge av skaden kan være langt større enn forutsett, og medføre økonomis ruin for den ansvarlige. Et eksempel på dette er Rt. 2004 s.1887 (Multiconsult As) som jeg skal komme tilbake til nedenfor i 4.4. Lempning kan altså fungere som en sikkerhetsregel.

Hensynet til forsikring og forsikringsmuligheter gjør seg også gjeldene i lempningsregelen. Imidlertid er dette hensynet overlappende med pulveriseringshensynet. En forsikring på skadelidtes hånd som dekker den inntrufne skaden, tilsier at skadevolder ikke trenger å betale hele eller deler av tapet. Ellers ville skadelidte fått skaden dekket to ganger, noe som ikke vil være tjenlig for samfunnet. Pulveriseringshensynet går ut på at et økonomisk tap skal spres utover på flere, som gjerne betaler inn en forsikringspremie, slik at byrden av tapet blir mindre. Et eksempel på dette er bilforsikring, hvor alle bileiere er pliktig til å betale inn en premie, og når en skade oppstår dekkes tapet av fellesskapet i form av forsikring.

Til sist kan hensynet til skadelidte tilsi at erstatningen bør reduseres. Dette kan være når skadelidte har robust økonomi, høy inntjening og tapet ikke vil medføre vesentlig fall i omsetningen. Et eksempel på dette kan være en bedrift som får sitt gjerde ødelagt, og skadevolder er under strafferettslig alder.

Som vist ovenfor er det flere hensyn som tilsier at behovet for lempning som en unntaksregel er til stede.

4.3 Introduksjon av finansavtaleloven §36

Finansavtaleloven er en særlov og vil derfor gå foran den generelle skadeerstatningsloven etter *lex specialis* prinsippet i norsk rett. Det må derfor først undersøkes om den nåværende finansavtaleloven regulerer lempning av ansvar ved BankID misbruk til låneopptak.

Etter finansavtaleloven §36 første ledd første punktum kan kundens ansvar etter §35 lempes hvis måten «kontoen disponeres på ikke er betryggende», eller dersom «betalings- eller kontokortsystemet» ikke oppfyller forsvarlige standarder for identifikasjons-, kontroll- og varslingsrutiner, og den uautoriserte betalingstransaksjonen har sammenheng med dette.

Det er klart at misbruk av BankID begått av utenforstående tredjepersoner ikke kan anses som en «konto[.] [som] disponeres på ikke er betryggende [måte]» fordi e-signering med BankID ikke er en konto. Spørsmålet er derfor om misbruk av elektronisk e-signatur til låneopptak faller innenfor «betalings- eller kontokortsystemet» jf. finansavtaleloven §36 første ledd første punktum.

Ordlyden av «betalings- eller kontokortsystemet» favner vidt. Den er til en viss grad teknologinøytral, ettersom en betaling kan enten foregå digitalt eller med kontanter. Ordet «kontokortsystemet» vil avgrense til mer rene digitale løsninger knyttet opp mot kort som elektronisk betalingssystem.

BankID er en del av et digitalt system som kan brukes til en betalingstransaksjon, jf. drøftelsen ovenfor i kapitel 2. Derimot er elektronisk signering av lån med BankID er ikke en betaling, eller et betalingssystem. Etter en naturlig språklig forståelse vil e-signering av låneopptak heller ikke kunne anses som et kontokortsystem. Forarbeidene til finansavtaleloven §36 er taus og behandler ikke problemstillingen.

I lys av drøftelsen ovenfor faller misbruk av elektronisk e-signatur til låneopptak utenfor «betalings- eller kontokortsystemet» jf. finansavtaleloven §36 første ledd første punktum. Det ses derfor hen til skadeerstatningsloven §5-2.

4.4 Skadeerstatningsloven §5-2 og dens terskel

Skl. §5-2 er den alminnelige lempningsregelen for erstatningsansvar. Etter skl. § 5-2 første og andre punktum «kan et erstatningsansvar lempes» dersom det virker «urimelig tyngende» for den ansvarlige. Om ansvaret er «urimelig tyngende» beror på momentene «skadens størrelse», «den ansvarliges økonomiske bæreevne», «foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter» og «skyldforhold og forholdene ellers». Det samme gjelder når det i «særlige tilfelle er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden».

Bestemmelsen oppstiller to alternative villkår for lempning, jf. ordlyden og forarbeidene.²² Det første er om ansvaret er «urimelig tyngende» for skadevolder, eller om det i «særlige tilfelle er rimelig» at skadelidte tar sin del av tapet. Regelen gjelder både personskade, tingsskade og formueskade utenfor kontraktsforhold. I tillegg regulerer den direkte erstatningsansvar og regressansvar.²³

Spørsmålet er hva «urimelig tyngende» er jf. skl. §5-2 første punktum.

Ordlyden av «urimelig tyngende» er streng og viser til en høy terskel for når et ansvar kan lempes. Belastningen skadevolder påføres av å bære skadelidtes finansielle tap, må være av et visst omfang og byrde. Følgelig kan ikke enhver ulempe for skadevolder innfri villkåret.

Dette underbygges også av forarbeidene. Av disse følger det at bestemmelsen «er imidlertid en klar unntaksregel, og det er strenge krav som må være oppfylte før regelen får anvendelse». ²⁴ «Den store hovedregel skal fortsatt være at skadelidte har krav på full erstatning for det tap han lider». ²⁵ I lys av dette kreves det sterke grunner for å kunne innfri lempning helt, eller delvis for skadevolderen. Videre vil hva «som er «urimelig tyngende» for skadevolderen, [måtte] bero på hva som er rimelig også i forhold til skadelidte». ²⁶ Jo mer det er tale om å redusere en full erstatningsdekning, desto mer vil det kreves. ²⁷ I tillegg fremgår det også at den «erstatningsansvarliges økonomiske bæreevne (hans formue- og inntektsforhold, forsørgingsbyrde m v) er et sentralt moment²⁸» i denne vurderingen.

Delkonklusjonen er at om et «urimelig tyngende» erstatningsansvar foreligger, beror på en skjønnsmessig vurdering hvor skadevolders økonomi står sentralt jf. skl. §5-2 første punktum.

Neste spørsmål hva et «særlige tilfelle» er som gjør det rimelig at skadelidte bærer skaden helt, eller delvis jf. skl. §5-2 andre punktum.

²² Ot.prp.nr. 75 (1983-84) s.66

²³ Engstrøm, Bjørn (2006) s.65-68 https://lovdata.no/pro/#document/JUS/engstrom-b-2006-02/KAPITTEL_1

²⁴ Ot. prp.nr. 60 (1980-81) s.45

²⁵ Ot.prp.nr. 75 (1983-84) s.66

²⁶ Ot.prp.nr. 75 (1983-84) s.66

²⁷ Ot.prp.nr. 75 (1983-84) s.66

²⁸ Ot.prp.nr.75 (1983-84) s. 66.

En alminnelig språklig forståelse av «særlige tilfelle» viser også til en terskel som er høy. Ordene avgrenser mot mer de trivielle tilfeller, slik at ethvert tilfelle ikke kan omfattes av ordlydens høye terskel. Sett i sammenheng med ordet «kan» viser det til at bestemmelsen er skjønnsmessig. Retten har altså ingen plikt til å lempe erstatningen, i motsetning til hvis ordet *skal* stod i paragrafen. Det er nærliggende å tenke at hvor lemping finner sted fordi «særlige tilfelle [som gjør det] rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden» er oppfylt, er når skadelidte bevist har valgt et handlingsalternativ som medfører en økt risiko for skade.

På tross av at bestemmelsen er en streng unntaksregel med begrenset virkeområde, favner den vidt med tanke på forhold og omstendigheter som kan vektlegges i den enkelte skjønnsvurdering av om lempning kan gis. At lovens ordlyd er streng fremgår også av Rt.1997 s.883 (s.890) som gjaldt personskade.

Hva et «særlige tilfelle» er som gjør det rimelig at skadelidte bærer skaden helt, eller delvis jf. skl. §5-2 andre punktum, beror på en konkret vurdering hvor forhold på skadelidtes side er kjernen. I HR-2020-2021-A ble lempning også anført, men ettersom innehaver av BankID ikke ble funnet erstatningsansvarlig for det økonomiske tapet uttalte retten seg obiter dictum om temaet.

I neste delkapittel vil dette behandles nærmere.

4.5 HR-2020-2021 og terskelen for lempning i saker om ansvar ved misbruk av BankID til lånesignering.

Problemstillingen i dette underkapittelet er om Høyesterett i HR-2020-2021-A åpner opp for at terskelen for lempning kan justeres ned, i saker som gjelder ansvar ved BankID misbruk til låneopptak, og om denne endringen er en god regel. Som det allerede er vist i gjennomgangen ovenfor er terskelen for lemping streng, og kun ment å være en unntaksregel for de sjeldne tilfellene.

Førstvoterende uttalte i obiter dictum i avsnitt 109 at ut «fra det jeg har påpekt foran, bemerker jeg likevel at der en *privatperson* etter alminnelige erstatningsregler blir erstatningsansvarlig overfor en finansinstitusjon for et *stort økonomisk tap* som er oppstått som følge av misbruk av BankID, vil det, avhengig av de nærmere omstendighetene, kunne være grunnlag for å sette erstatningsbeløpet *vesentlig ned* etter lempningsregelen i

skadeserstatningsloven § 5-2» (min kursivering). Uttalelsen var ikke nødvendig for å løse saken, men er relevant i oppgavens sammenheng.

Det er flere ting førstvoterende trekker frem som er verdt å merke seg. Det første er at retten faktisk åpner opp for lempning i slike saker. Selv om dette ble gjort i et obiter dictum og følgelig ikke er rettslig bindende, er det nærliggende at underinstansene og nemdene vil bruke muligheten som de her får. Høyesterett har med dette åpnet en dør som tidligere var mer lukket, jf. «sette erstatningsbeløpet *vesentlig ned* etter lempningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2» (avsnitt 109).

For det andre oppstiller retten to vilkår som må være oppfylt for at dette skal kunne skje. Disse er at et potensielt erstatningsansvar må knytte seg til en «privatperson», og at et «stort økonomisk tap» må foreligge. Høyesterett avgrenser lempingsmuligheten til «privatpersoner». Det kan tenkes at en av årsakene bak dette valget kan være at juridiske personer ofte vil være selskaper med sterk kapital, forsikringsmuligheter og økonomisk handlefrihet, noe som gjør det mer nærliggende ut ifra rimelighetshensyn at firmaet pålegges å betale erstatningen fult ut, fordi disse vil kunne takle omkostningene uten økonomiske vansker. På motsatt side vil et krav om full erstatning innebære en meget belastende finansiell påkjenning for en privatperson.

Spørsmålet er så hva et «stort økonomisk tap» er. Dette må ses i sammenheng med at det er tale om erstatning fra privatpersoner. Et naturlig utgangspunkt for denne vurdering vil være hva som er et høyt beløp for en alminnelig person. Gjennomsnittlig har nordmannen ca 270 700kr på konto, men summen varierer for de ulike aldergruppene.²⁹ Å betale en tilsvarende erstatningssum vil være et stort beløp for den enkelte, særlig når det er tale om en uforutsett kostand.

I HR-2020-2021-A uttaler Høyesterett i avsnitt 104 at saken gjaldt et beløp som for en enkelt person var «betydelig». Tapet til Easybank i saken var på 100 000kr. I lys av dette er det nærliggende at tap på 100 000kr og oppover vil være et «stort økonomisk tap». Dette synspunktet støttes også i juridisk teori.³⁰

²⁹ <https://www.santanderconsumer.no/magasinet/bedre-okonomi/sa-sparepenger-pa-konto/> Siste besøkt 28.11.2021.

³⁰ NiP 2020-4 BankID-svindler – HR-2020-2021-A

Et «stort økonomisk tap» for en forbruker er et tap på ca 100 000kr og oppover, jf. HR-2020-2021-A.

Dermed er spørsmålet om å sette terskelen for lempning ned i saker som gjelder ansvar ved BankID misbruk, er en god regel.

Rt. 2004 s.1887 handlet om et konsulentfirma som hadde levert rådgivningstjenester til en kommune i forbindelse med bygging av en molo. Rådgivningstjenesten viste seg senere å være mangelfull. Spørsmålet i saken var om lempning kunne gis og i hvilket omfang. Retten kom frem til at lempning kunne gis ettersom skaden var ekstraordinær og upåregnelig jf. avsnitt 58. Dommen taler for at når skaden blir ekstraordinær og upåregnelig må terskelen for lempning kunne settes ned.

For en forbruker vil et krav om erstatningsansvar være upåregnelig og med begrensede midler, vil også tapet lett kunne fremstå som ekstraordinær i en ellers sårbar privatøkonomi. I tillegg vil det å oppdage at noen har tilegnet seg tilgang til ens BankID, vil være vanskelig for en enkeltstående privatperson å oppdage før skaden er inntruffet. Avansert hacking og identitetstyveri begått med spionprogramvare vil være krevende å beskytte seg mot. Dette og Multiconsult dommen trekker i retning av at terskelen for lempning av ansvar ved BankID misbruk til låneopptak, ikke bør være for høy.

Samtidig vil skadevolder sjelden ha forsikring mot elektronisk identitetstyveri og dens konsekvenser, da de færreste finansinstitusjoner tilbyr slik forsikring, vil det være vanskelig for skadevolder å kunne pulverisere tapet selv. Pulveriseringshensynet taler derfor for at terskelen for lempning av ansvar ved BankID misbruk til låneopptak, ikke bør være for høy.

Utgangspunktet i erstatningsretten er at skadelidte har krav på å få sitt tap dekket fullt ut. Lempning er også ment å være en snever unntaksregel jf. drøftelsen ovenfor. Dette er også lovgivers intensjon at terskelen for lempning skal være høy. I lys av dette bør det ikke terskelen for lempning settes for lavt, ettersom dette kan uthule grunnprinsippet i erstatningsretten. Dette trekker i retning av at terskelen for lempning av ansvar ved BankID misbruk til låneopptak ikke bør være lav.

I tillegg kan det tenkes at en lav til moderat terskel for lempning i saker som gjelder ansvar ved misbruk av e-signatur til kredittavtaler, vil medføre en økt risiko for svindel av bankene. Årsaken er at skadevolder, eller skadevolderens svindler vet at den kriminelle handlingen

ikke innebærer avskrekkende konsekvenser. Det taler for at terskelen for lempning av ansvar ved BankID misbruk til låneopptak, bør være høy.

Imidlertid må det legges avgjørende vekt på at det for kunden vil være krevende og belastende å dekke banken sitt økonomiske tap ved BankID misbruk. Følgelig må en potensiell mulighet for økt svindel av finansnæringen tillegges mindre vekt. Å sette terskelen for lempning ned i saker som gjelder ansvar ved BankID misbruk, er en god regel.

4.6 Dommens prejudikatsverdi for lempning og konklusjon

Høyesterett har i HR-2020-2021-A åpnet opp for å sette terskelen vesentlig ned, i saker som gjelder lempning av ansvar ved misbruk av BankID til e-signering av låneavtaler. For saker hvor innehaver av e-ID blir erstatningsansvarlig for bankens tap, vil derfor dommen ha prejudikatsverdi ettersom skadevolder kan få erstatningsplikten satt ned. Rettsutviklingen for disse sakene er derfor at hensynet til skadevolder må veie tyngre enn hensynet til skadelidte, ettersom sistnevnte vil ha større anledning til å pulverisere den økonomiske skaden.

Imidlertid må det legges det må legges til grunn at det gjelder saker hvor erstatningsbeløpet er på et visst omfang, ca 100 000kr og oppover. Videre bør heller ikke terskelen for lempning settes for lavt, med tanke på potensiell økt risiko for svindel av banknæringen. Sistnevnte belyses i nærmere i neste kapitel.

Kapitel 5: Avsluttende betraktninger

5.1 Innledning

En ny finansavtalelov ble vedtatt 18.12.2020, men stortinget har ikke fastsatt når denne skal tre i kraft. Imidlertid har det blitt hevdet fra flere hold at loven vil tre i kraft snart³¹.

Problemstillingen i dette kapitlet er om endringen som den nye loven legger opp til er hensiktsmessig. Drøftelsen vil være basert på rettspolitiske betraktninger. Forutsetningen for denne drøftelsen og er at bestemmelsene i paragrafene som brukes i oppgaven ikke endres når loven trer i kraft.

Forarbeidene til den nye loven vil brukes aktivt som rettskilde i denne drøftelsen, selv om disse ikke har rettskildemessig vekt som forarbeider enda. Det legges til grunn at disse forarbeidene har samme rettskilde vekt som etterarbeider. I tillegg vil den nye finansavtaleloven videre omtales som finansavtaleloven.

Nedenfor vil jeg vil jeg først foreta noen definisjoner i finansavtalelov §3-20 som er nødvendig for drøftelsen i oppgaven. Deretter introdusere bestemmelsen i finansavtaleloven §3-20 i neste delkapittel.

5.2 Definisjoner

Begrepene som defineres her er «tjenesteyteren» og «rettighetshaveren», i oppgitt rekkefølge. Det første begrepet «tjenesteyter» er legaldefinert i §1-4 tredje ledd første punktum, som en «fysisk eller juridisk person som tilbyr finansielle tjenester eller finansoppdrag som ledd i næringsvirksomhet». Etter ordlyden er det sentrale om foretaket driver næringsvirksomhet rettet mot banksektoren.

Imidlertid er ikke «rettighetshaveren» legaldefinert i loven, men forarbeidene uttrykker at «[p]aragrafen regulerer ansvarsfordelingen mellom tjenesteyteren og den som har rett til å signere med elektronisk signatur (rettighetshaveren) ved misbruk av signaturen i tilknytning til en finansiell tjeneste»³². Det legges derfor til grunn at vilkåret har samme rettslige betydning som «kunde» i §1-4 jf. andre ledd første punktum. I bestemmelsen er en «kunde» en «fysisk eller juridisk person som er part i en avtale eller bruker av en finansiell tjeneste».

³¹ <https://www.rime.no/bli-ajour-med-ny-finansavtalelov/> Siste besøk 28.11.2021

³² Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 359

Følgelig er en rettighetshaver en fysisk person som har krav på å bruke en finansiell tjeneste, herunder BankID.

5.3 Introduksjon av finansavtaleloven §3-20

Problemstillingen i dette underkapittelet er om §3-20 også regulerer misbruk av BankID til signering av kredittavtaler. §3-20 regulerer ansvar for tap ved misbruk av elektronisk signatur. Etter §3-20 første ledd skal erstatningsansvar som «tjenesteyteren» gjør gjeldende mot «rettighetshaveren» i samsvar med ellers gjeldende rettsregler for «misbruk av elektroniske signaturfremstillingsdata», [...] ikke overstige de egenandeler som følger av annet til femte ledd. Etter andre ledd skal egenandel på 450 kr kun betales dersom kunden kunne oppdaget misbruket på forhånd.

Spørsmålet er hva «misbruk av elektronisk signaturfremstillingsdata» er ment å regulere jf. finansavtaleloven §3-20. En naturlig språklig forståelse tilsier at begrepet er vagt, men som rommer et bredt spekter av mulige løsninger og systemer. Imidlertid er kjernen i vilkåret at eieren skal kunne legitimere seg digitalt. «[M]isbruk» tilsier at noe brukes illegitimt, mot dens tiltenkte hensikt eller mot eierens viten og vilje. Derimot avgrenser den samlede ordlyden ikke mot hvilke konkrete handlinger misbruket må bestå av, eller hvordan misbruket må foregå. Sammenlignet med den nåværende §35 er det bare misbruk av konto og betalingsinstrument som omfattes. Følgelig favner den nye bestemmelsen mer vidt, og misbruk av BankID til avtale om kreditt vil nå falle inn under ordlyden.

Forarbeidene uttrykker at lovforslaget innebærer «at rettighetshaverens ansvar ved uautoriserte låneopptak og andre uautoriserte avtaler om finansielle tjenester reguleres likt med kundens ansvar ved uautoriserte betalingstransaksjoner»³³. At misbruk av BankID til e-signatur av kredittavtaler skal omfattes er dermed lovgivers vilje.

«[M]isbruk av elektronisk signaturfremstillingsdata» er ment å regulere illegitim e-signering av låneavtaler begått av svindlere jf. finansavtaleloven §3-20. I lys av dette har lovgiver lagt opp til en endring hvor misbruk av elektronisk signatur til låneopptak, vil omfattes av finansavtaleloven §3-20, kontra dagens finansavtalelov §35. Sammenlignet med gjeldene rettstilstand legger derfor den nye loven opp til en utvidelse.

³³ Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 183-184.

At finansavtalelovens utvides til å gjelde misbruk av BankID til elektronisk signering av låneavtaler har ikke vært uten kontroverser. Kritikerne hevder at dette vil legge til rette for utstrakt svindel av bankene, mens tilhengerne ønsker utviklingen velkommen. Nedenfor vil dette belyses nærmere.

5.4 Er lovendringen lovgiver legger opp til hensiktsmessig med tanke på de rettspolitiske konsekvensene?

I dette kapitlet vil det drøftes om lovendringen lovgiver legger opp til er hensiktsmessig med tanke på de rettspolitiske konsekvensene.

5.4.1 Fordelene for forbrukeren

For forbrukerne er den nye lovendringen en ønsket utvikling. At både uautoriserte betalingstransaksjoner og misbruk av e-signatur til elektronisk kredittavtale nå reguleres likt, vil innebære en langt mer forutberegnelig situasjon for forbrukeren ved identitetstyveri. Dette betyr at forbrukeren vil ha et langt sterkere vern og bedre rettigheter etter den nye loven, som legger opp til en tapsbegrensning med egenandel på 450kr ved simpel uaktsomhet.

Slik §35 i gjeldene finansavtalelov er nå fremstår det som tilfeldig og uheldig at forbrukeren er i det ene tilfellet dekket av en ansvarsbegrensning for betalingsinstrumenter når BankID misbrukes til å føre penger ut av konto, mens i det andre tilfellet må forbrukeren dekke bankes tap fullt ut³⁴. Hensynet til rimelighet taler derfor for at lovendringen er hensiktsmessig.

Som vist ovenfor i kapittel 4 vil gjennomsnittsfbrukeren ha begrensede midler til å dekke store, uforutsette utgifter. Mange husholdninger sliter i dag med dårlig økonomi, og gjennomsnittshusholdningen i 2020 hadde en gjeldsbelastning på 231%, målt opp mot husholdningenes disponible inntekt³⁵. Den høye gjeldforekomsten i norske husholdninger har uroet både norske og internasjonale myndigheter³⁶, og gjør det nærliggende at norske forbrukere har begrensede midler til å håndtere store, uforutsette utgifter. Dette tilsier også

³⁴ Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 179-180.

³⁵ <https://www.finansfokus.no/2020/10/28/finanstilsynet-uroet-over-historisk-hoy-gjeld/> Siste besøk 29.11.2021

³⁶ <https://e24.no/norsk-oekonomi/i/ALG4ej/nordmenns-rekordgjeld-kan-bli-enda-stoerre-fremover-risikoer-er-hoey> Siste besøk 29.11.2021

at endringen er hensiktsmessig, i lys av hvor sårbar den gjennomsnittlige husholdningen er i dag.

Videre er en forbruker i dag helt avhengig av e-ID for å kunne kommunisere og legitimere seg ovenfor offentlige organer, og for å kunne bruke finansielle tjenester. BankID har gjort hverdagen enklere og mer effektiv for mange forbrukere, og for banknæringen har det medført store besparelser³⁷. Imidlertid kan ikke forbrukeren lenger sies å ha et reelt valg ettersom man er så avhengig av elektronisk ID og signatur. At forbrukeren skal bære den økte risikoen for misbruk av BankID til låneopptak alene når banken og samfunnet sparer store summer årlig fremstår som lite rimelig og rettferdig.

Samtidig må hensiktsmessigheten i den gjeldende finansavtaleloven vurderes opp mot den digitale utviklingen. BankID har i dag et sikkerhetsnivå på trinn 4, som er det høyeste. Spørsmålet er derimot om dette er nok. Den teknologiske utviklingen går stadig raskere, og svindlere får nye kriminelle metoder for å oppnå sine mål. Et eksempel på dette er keylogger. Keylogger er et digitalt verktøy som kan brukes til identitetstyveri. Den kriminelle laster ned en skjult programvare på offererts pc som lagrer alle inntastningsmønster skjult på datamaskinen server, og sender informasjonen til den kriminelle. Ved å koble opp mot informasjonen med spionvare som lagrer nettloggen kan svindleren enkelt koble sammen hvilke passord som tilhører hvilke nettsider³⁸. Den alminnelige forbruker vil være tilnærmet forsvarsløs i møte med slik svindelmetode, og det vil være vanskelig uten høy teknisk kompetanse å bevise sin uskyld. Følgelig taler den teknologiske utviklingen for at forbrukeren bør ha bedre beskyttelse mot identitetstyveri og dens konsekvenser.

Derimot legger ikke lovendringen opp til at kunden er uten ansvar for sine handlinger. Hvis forbrukeren bryter sine plikter etter finansavtaleloven §3-19, må han eller hun dekke tapet med inntil 12 000kr ved grov uaktsomhet, eller hele tapet ved forsett. Bestemmelsen første ledd uttrykker at den som skal «bruke en elektronisk signatur som kan benyttes til å inngå avtale om finansiell tjeneste» skal bruke dette i samsvar med vilkår for bruk og ta rimelige forholdsregler, straks BankID er mottatt.

³⁷ Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 180.

³⁸ <https://www.logixoft.com/index> Siste besøk 07.12.2021

Videre fremgår det også av forarbeidene til §3-20 at bestemmelsen slår fast utgangspunktet om at et eventuelt erstatningsansvar vil bero på erstatningsrettens regler, og at spørsmålet er om kunden har opptrådd klanderverdig³⁹. I tillegg trekkes det også frem at i «de tilfeller der en tredjepart uberettiget tilegner seg signaturfremstillingsdata og sikkerhetsordninger, vil ansvaret måtte bero på en konkret vurdering»⁴⁰.

5.4.2. Ulempene for banken

Det kan tenkes at finansinstitusjonene kan bli mer sårbar grunnet den nye lovendringen. Årsaken er at det kan bli dyrere å låne ut penger til forbrukere på generell basis, fordi bankene må ta en større del av risikoen for svindel. Denne uønskede risikoen kan medføre at man i økende grad går tilbake til håndsignatur av lånedokumenter, noe som er mer tungvint og fordyrende for bankene og samfunnet. Det trekker i retning av at lovendringen ikke er hensiktsmessig.

En annen mulighet er at bankene må ha flere interne kontroll og sikkerhetsrutiner, som kan være dyrere å drifte enn de nåværende, samt at en innføring av disse kan ta mye tid. Med tanke på dette kan inntjeningen til bankene kan derfor rammes. Det taler for at lovendringen ikke er hensiktsmessig for banken.

Samtidig kan lovendringen gjøre det lettere for personer med onde hensikter å svindle bankene. Eldre er som tidligere nevnt i oppgaven særlig utsatt for svindel. Gruppen har ofte lite dataferdigheter. Et eksempel på dette kan være å betale regninger i nettbanken. Da gruppen er sterkt avhengig av hjelp og må stole på andre for å utføre dagligdagse gjøremål, er de et lett svindeloffer for uærlige hjelpere⁴¹. Disse kan enten være i nærrelasjon til den eldre, eller i en jobbrelasjon. At lovforslaget kan åpne opp for mer svindel, trekker sterkt i retning av at endringen av loven ikke er hensiktsmessig.

Endringen loven legger opp til kan også i ytterste konsekvens legge til rette for mer utstrakt svindel i nære relasjoner. Et eksempel kan være et familiemedlem som befinner seg i en vanskelig økonomisk situasjon, og som velger å svindle sitt nærstående familiemedlem. Svindleren vet at bankene er forpliktet til å dekke tapet, og ikke den familiemedlemmet. Slik

³⁹ Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 358-359

⁴⁰ Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 358-359

⁴¹ Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 182

kan lovendringen være med å flytte preventive grenser som gjør at man ikke misbruker nære familiemedlemmers elektroniske ID, i frykt for at ens nære blir skadelidende. Dette er forhold som vil være utenfor banknæringens kontroll, og som vil være vanskelig å sikre seg mot. Det taler mot at lovendringen er hensiktsmessig.

Fordelen med BankID er at den frigjør mye tid og ressurser i samfunnet. For forbrukeren er elektronisk signering en lettvinnt, hurtig prosess som i utgangspunktet er meget trygg ved korrekt bruk og oppbevaring. I tillegg gjør BankID at bankene kan låne ut til flere samtidig og slik bidra til økt omsetning og verdiskaping i samfunnet gjennom god kapitaltilgang. Bankene tjener på å låne ut penger til flere, som igjen bidrar til at forbruket i samfunnet holder «hjulene» i gang i økonomien. Sammenlignet med andre land er banknæringen i Norge kommet langt med å ta i bruk teknologiske nyvinninger som forenkler og effektiviserer næringen⁴². En eventuell brems på dette konkurransefortrinnet vil samfunnet være lite tjent med. Dermed taler hensynet til samfunnsøkonomien mot at endringen er hensiktsmessig.

Til sist har disse fordelene medført at BankID har opparbeidet seg en høy allmenn tillitt i befolkningen. Dersom en potensiell økning av misbruk ved e-signatur til kredittavtaler finner sted grunnet den nye loven, kan det medføre at man slutter å stole på BankID signatur i frykt for at det kan være en pseudounderskriver. Det trekker i retning av at lovendringen ikke er hensiktsmessig.

5.5 Avveining og veien videre

BankID er et digitalt verktøy som kan brukes til elektronisk signatur og til betalingstransaksjoner. Prosedyrene er identisk for når kunden skal bruke verktøyet for å gjennomføre en betalingstransaksjon fra en konto, eller til å signere en kredittavtale elektronisk. Kunden må i begge situasjonene taste inn sitt fødselsnummer, en tilfeldig kode fra kodebrikken og sitt personlige passord. Den nye lovendringen legger opp til at begge de misbrukene faller innenfor loven, og slik tettes et «hull» i lovverket. Gjeldende finansavtalelov var et produkt av sin tid, hvor elektronisk identitetstyveri forekom sjeldnere enn i dag⁴³. Tidligere var konto og kortsvindel mest utbredt.

⁴² <https://www.digi.no/artikler/kommentar-har-fremtidens-bank-noen-fremtid/458273> (Siste besøk 06.12.2021)

⁴³ <https://www.nettavisen.no/okonomi/guide/150-000-nordmenn-utsatt-for-id-tyveri-slik-sikrer-du-deg/s/12-95-3424105599> (Siste besøk 06.12.2021).

For forbrukeren fremstår de to typetilfellene som nærmest identisk, hvor det vil fremstå som urimelig at banken dekker tapet i det ene tilfellet fordi offeret er beskyttet av loven, mens i det andre tilfellet er kunden foruten rettsikkerhet og ansvarlig for skaden. Det er også mer nærliggende at finansnæringen bærer en større del av tapet som oppstår ved misbruk av e-signatur til låneopptak, ettersom disse står nærmest til å kontrollere hvem som faktisk foretar den elektroniske signaturen. I tillegg vil bankene ha større kapital og mulighet til å pulverisere tapet sammenlignet med forbrukerne. Lovendringen som har blitt vedtatt i 2020, fremstår med første øyekast som i forbrukerens favør.

Imidlertid fører loven med seg en rekke uløste spørsmål. I mange tilfeller vil det ikke foreligge en strafferettslig dom mot den som har begått ID misbruket og bedrageriet. Dette kan gjøre bevissituasjonen og bevisvurderingen uklar. Lovgiver har prøvd å imøtekomme dette med at tjenestetilbyder kan få en større del av bevisbyrden.

Etter paragraf § 3-6 tredje ledd første punktum og § 3-7 tredje ledd første punktum i lovforslaget, vil det faktum at e-ID er brukt, ikke kunne anses som et tilstrekkelig bevis for at kunden gjennomførte misbruket. Dette betyr dersom en domstol i sin avgjørelse skal «bygge på de nevnte omstendighetene, kreves det altså bevismessige holdepunkter ut over selve signaturen eller bruken av et betalingsinstrument» for å kunne ilegge kunden et erstatningsansvar⁴⁴.

Derimot kan det tenkes at det vil være vanskelig for både forbrukeren og banken å bevise at noen andre har begått misbruket, med mindre en politietterforskning foreligger. Sakene kan potensielt være dårlig opplyst. Igjen står forbrukeren, banken og rettsvesenet ovenfor mange uløste spørsmål. Det er nærliggende å tro at dette kanskje var en av årsakene til at Høyesterett åpnet opp i et obiter dictum for å sette terskelen for lempning «vesentlig ned» i disse erstatningssakene⁴⁵. Veien videre for sakene som omhandler BankID misbruk til låneopptak, og som ikke er strafferettslig etterforsket, vil i stor grad avhenge av selve bevisvurderingen. Hvordan dette løses er opp til domstolene gjennom rettspraksis. Og

⁴⁴ Prop.92 LS (2019 -2020 Finansavtaleloven lovendr. og EØS komiteens beslutning s. 116

⁴⁵ HR-2020-2021-A avsnitt 109.

hvordan saker som gjelder misbruk av e-ID til annet enn signering av finansielle tjenester er lovverket taus om.⁴⁶

Kapitel 6: Kildeliste

Lover:

Lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (kommende finansavtalelov).

Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (gjeldende finansavtaleloven).

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

Lov 15. juni 2001 nr. 81 om elektronisk signatur (esignaturloven).

Lov 21 juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).

Lom 20 mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Forarbeider:

NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov.

Ot.prp.nr.94 (2008-2009) Om lov om endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av de privatrettslige bestemmelsene i direktiv 2007/64/EF.

Ot. prp.nr. 60 (1980-81) Om lov om endringer i erstatningslovgivningen for så vidt gjelder lemping av erstatningsansvar, forsikringsgivers regressrett m m.

Ot.prp.nr. 75 (1983-84) Om lov om endringer i erstatningslovgivningen (ansvar for dyr, regress, lemping m m og endringer i bilansvarlova).

Prop.92 LS (2019 -2020) Lov om finansavtaler (finansavtaleloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 125/2019 og 130/2019 av 8. mai 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2014/17/EU om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål (boliglåndirektivet) og delegert kommisjonsforordning (EU) nr. 1125/2014).

⁴⁶ NiP 2020-4 BankID-svindel – HR-2020-2021-A, (Siste besøk 01.12.2021).

Juridisk faglitteratur:

Kjønstad, Asbjørn (2005), Kjønstad, Asbjørn. En modell for culpavurderingen, Tidsskrift for erstatningsrett nr. 2 2005 s. 87-120 – (TFE-2005-87), Gyldendal akademisk 2005.

https://lovdata.no/pro/#document/JUS/kjonstad-a-2005-01/KAPITTEL_4-1 (Siste besøk 30.11.2021).

Engstrøm, Bjørn (2006) Engstrøm, Bjørn. Lemping av erstatningsansvar, ved Tidsskrift for Erstatningsrett 2006 nr. 1-2 s 64-74 – (TFE-2006-64), Gyldendal akademisk 2006.

https://lovdata.no/pro/#document/JUS/engstrom-b-2006-02/KAPITTEL_1 (Siste besøk 1.12.12).

Kjørven Eidsand, Marte, Nytt i privatretten, «NiP 2020-4 BankID-svindel – HR-2020-2021-A»

<https://min.rechtsdata.no/Dokument/gNIP2020z2D4z5FPENGEKRAVSRETTz5FA?dq=BankID%20misbruk> (Siste besøk 01.12.2021)

Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. Rettskildelære, 5. utg., ved Jan. E. Helgesen Universitetsforlaget, 2001.

Tuseth & Tuseth, Bård Sverre & Winge, Nikolai K. Masteroppgaven i juss, Winge (2018) 2.utg., Universitetsforlaget, 2018.

Høyesterettsdommer:

HR-2020-2021-A

Rt.1997 s.883

Rt.2004 s.1887

Lagmannsrettsdommer:

LA-2018-179648

Nettsider:

Rime advokater, rime.no «Bli ajour med ny finansavtalelov» (u.å).

<https://www.rime.no/bli-ajour-med-ny-finansavtalelov/> (Siste besøk 28.11.2021).

Thomasgard, Jørn-Arne, finansfokus.no, «Finanstilsynet uroet over historisk høy gjeld», (u.å)

<https://www.finansfokus.no/2020/10/28/finanstilsynet-uroet-over-historisk-hoy-gjeld/> (Siste besøk 29.11.2021).

Aga, Nilsen Asgeir, e24.no “Nordmenns rekordgjeld kan bli enda større fremover: – Risikoen er høy», 21 mars 2021.

<https://e24.no/norsk-oekonomi/i/ALG4ej/nordmenns-rekordgjeld-kan-bli-enda-stoerre-fremover-risikoen-er-hoey> (Siste besøk 29.11.2021)

Logixoft «Revealer Keylogger Free 2021», logixoft.com, (u.å)

<https://www.logixoft.com/index> (Siste besøk 07.12.2021)

Hadeland, Andreas, Santander Consumer, «Så mye sparepenger har vi på konto», 17 november 2021.

<https://www.santanderconsumer.no/magasinet/bedre-okonomi/sa-sparepenger-pa-konto/> (Siste besøkt 28.11.2021).

Nettavisen, «150.000 nordmenn utsatt for ID-tyveri – slik sikrer du deg», 23 mars 2021.

<https://www.nettavisen.no/okonomi/guide/150-000-nordmenn-utsatt-for-id-tyveri-slik-sikrer-du-deg/s/12-95-3424105599> (Siste besøk 06.12.2021).

Haraldsen, Arild «Har fremtidens bank noen fremtid», *digi.no*- IT-bransjens nettavis, 18 februar 2019.

<https://www.nettavisen.no/okonomi/guide/150-000-nordmenn-utsatt-for-id-tyveri-slik-sikrer-du-deg/s/12-95-3424105599> (Siste besøk 06.12.2021).

Gisle, Jon, Store norske leksikon «skyldansvar», 3 januar 2020.

<https://snl.no/skyldansvar> (Siste besøk 24.11.2021)

BankID, «Regler om BankID», bankid.no, 22. november 2018

<https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/regler-om-bankid/regler-om-bankid-22.11.2018.pdf> (Siste besøk 15.10.2021)

DnB, «Avtalevilkår for PersonBankID», dnb.no, (u.å.)

https://www.dnb.no/portalfront/nedlast/no/privat/avtaler-vilkaar/BankID_avtale.pdf?popup=true
(Siste besøk 15.10.2021)

BankID Privat, «Om oss», bankid.no, (u.å.)

<https://www.bankid.no/privat/om-oss/> (Siste besøk 22.11.2021)

BankID Privat, «Tjenester», bankid.no (u.å)

<https://www.bankid.no/om-oss/tjenester/> (Siste besøk 22.11.2021)