



Det juridiske fakultet

Ansvarsbegrensninger ved ikke godkjente betalingstransaksjoner

Hvor går skillet mellom skyldkravene «grov uaktsomhet» og «forsett» i saker om Olga-svindel etter ny finansavtalelov § 4-30?

Anna Berthelsen Lagaard

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, høst 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet og hensyn bak ny lovgivning.....	3
1.3	Metode og rettskildebruk.....	5
1.3.1	Metode og de primære rettskildene for analysen	5
1.3.2	Forholdet til gjeldende finansavtalelov § 35	6
1.3.3	Forholdet til EU/EØS-retten.....	6
1.3.4	Forholdet til praksis fra Finansklagenemnda Bank	7
1.4	Avgrensninger	8
1.5	Den videre fremstillingen	10
2	Generelt om utgangspunktet for ikke godkjente betalingstransaksjoner etter ny finansavtalelov § 4-30.....	11
2.1	Rettslig utgangspunkt	11
2.2	Hva er en «ikke godkjent betalingstransaksjon»?	12
2.3	Kundens plikter etter ny finansavtalelov § 4-23 (1)	14
2.4	Hva er et «elektronisk betalingsinstrument»?	16
2.5	Bevisbyrde	17
3	Grovt uaktsomme pliktbrudd etter ny finansavtalelov § 4-30 (3)	20
3.1	Rettslig utgangspunkt	20
3.2	Hva innebærer vilkåret «grovt uaktsomhet»?.....	20
3.2.1	Generelt om skyldansvaret «grovt uaktsomhet»	20
3.2.2	Betydningen av subjektive forhold på kundens side	24
3.2.3	Betydningen av forhold på betalingstjenesteyterens side	26

3.2.4	Avsluttende bemerkninger om skyldkravet «grov uaktsomhet» i saker om Olga-svindel	28
4	Forsettlige pliktbrudd etter ny finansavtalelov § 4-30 (4)	30
4.1	Rettslig utgangspunkt	30
4.2	Hva innebærer vilkåret om at kunden «forsettlig» har misligholdt sine plikter	32
4.2.1	Generelt om skyldansvaret «forsett» i privatretten	32
4.2.2	Forsettkravets innhold etter HR-2022-1752-A	33
4.2.3	Sammenfatning av innholdet i vilkåret «forsett» for Olga-svindel.....	38
4.3	Hva innebærer vilkåret om at kunden «måtte forstå»?.....	38
4.4	Hva innebærer vilkåret om «nærliggende fare» for misbruk?.....	42
4.5	Avsluttende bemerkninger om skyldkravet «forsett» i saker om Olga-svindel	45
5	Avslutning	47
	Kildeliste.....	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Den stadig økende digitaliseringen i samfunnet medfører at handlinger som tidligere måtte gjennomføres ved fysisk oppmøte, nå kan gjøres digitalt. En forutsetning for at handlinger som for eksempel å betale regninger, godkjenne skattemeldingen eller søke om stønad fra NAV skal kunne gjøres uten fysisk oppmøte, er at personen som ønsker å utføre den aktuelle handlingen har mulighet for å legitimere seg digitalt. En digital signatur har som formål å være like sikker som legitimering ved fysisk oppmøte, og på denne måten bidra til en enklere hverdag for både bruker og tilbyder av tjenester.¹

BankID er den vanligste elektroniske legitimasjonen i Norge, med 4,3 millioner brukere.² BankID ble først lansert i 2004, og var ved lanseringen primært et verktøy for innlogging i nettbank. Siden den tid har BankID vokst i både brukere og brukersteder, til at det nå benyttes av de største offentlige aktørene, slik som Helsenorger, Skatteetaten og NAV.

BankID består av tre elementer – fødselsnummer, engangskode og personlig passord. BankID er både en digital signatur og et betalingsinstrument som gir tilgang til innehaverens digitale plattformer, og kan benyttes for å inngå avtaler og gjennomføre betalinger fra nettbank.³

Privatpersoner – kunder - kan få BankID ved å inngå en BankID-avtale med en tilbyder av tjenesten – betalingstjenesteyteren.⁴ BankID-avtalen regulerer vilkår for utstedelse og bruk av elektronisk signatur, og inneholder strenge krav for kunden. Blant disse er at BankID er personlig, ikke skal deles med andre, og at kunden plikter å ta alle rimelige forholdsregler for å beskytte elementene som inngår i BankID.⁵

¹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 188, jf. forordning (EU) Nr. 910/2014 artikkel 25 nr. 2

² Om BankID

<https://www.bankid.no/privat/om-oss/>

³ Lov 12. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler § 1-5 (2), jf. § 3-16 (1) A

⁴ Tilbyder av BankID-tjenester vil omtales som betalingstjenesteyter, i tråd med formuleringen benyttet i ny finansavtalelov § 1-5 (9). Kunden benyttes om den fysiske personen som er bruker av den finansielle tjenesten, jf. ny finansavtalelov § 1-4 (2).

⁵ Avtalevilkår for BankID punkt 4.1

https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/bankid/dnb_pds_personal-v1.1.pdf

Ettersom legitimering med BankID skal være like sikkert som fysisk oppmøte, oppstår det spørsmål om hvem som skal holdes ansvarlig dersom kunden lider et økonomisk tap som følge av at kundens elektroniske signatur- og betalingsverktøy kommer på avveie.

Spørsmålet søkes regulert av lov 12. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (heretter ny finansavtalelov) § 4-30. Temaet for denne avhandlingen er å kartlegge når kunden kommer i ansvar i tilfeller hvor det har oppstått et økonomisk tap som følge av at kundens BankID-informasjon er benyttet til å foreta betalingstransaksjoner fra kundens nettbank. Avhandlingen vil ta utgangspunkt i tilfellene hvor en svindler urettmessig har kommet seg inn i en persons nettbank ved bruk av personens BankID, og deretter foretatt utbetalinger fra personens kontoer, ved bruk av «Olga-svindel»-metoden.

Olga-svindel er en svindelmetode som baserer seg på sosial manipulasjon av offeret. Svindelen retter seg mot personer med navn som indikerer at offeret er eldre, siden svindleren baserer seg på at eldre mennesker ikke har den samme digitale forståelsen som yngre. Metoden har fått sitt navn på grunn av dette. Metoden er stadig mer aktuell, ettersom det er blitt vanskeligere for svindlere å foreta hacking av digitale plattformer. I stedet angripes det som kan anses som det svakeste ledd i kjeden – personene med en reell tilgang.

Metoden går ut på at kunden blir oppringt av en svindler som utgir seg for å være fra bank, politi eller lignende. Svindleren skaper en illusjon av en nødssituasjon for kunden, og får dem til å oppgi sin BankID-informasjon. Med denne informasjonen foretar svindleren betalinger fra kundens nettbank. For betalingstjenesteyteren fremstår svindleren som legitimert til å foreta betalingen ved hjelp av offerets digitale signatur.⁶

Transaksjoner som gjennomføres i forbindelse med Olga-svindel er karakterisert som «ikke godkjente betalingstransaksjoner» etter ny finansavtalelov § 4-30.⁷ Bestemmelsen tar utgangspunkt i at betalingstjenesteyteren er ansvarlig for kundens tap dersom det er feil eller mangler fra betalingstjenesteyterens side som medfører at kunden har lidt et økonomisk tap.

⁶ Denne definisjonen er lagt til grunn i blant annet HR-2022-1752-A, LE-2021-70115, TGL0M-2020-156504 og FinKN-2020-703

⁷ Ny finansavtalelov § 4-30 (1), jf. § 4-2

Utgangspunktet fravikes i tilfeller hvor kunden har utvist skyld i relasjon til de ikke godkjente betalingstransaksjonene. For disse sakene vurderes kundens skyld opp mot skyldkravene «grov uaktsomhet» og «forsett». Loven opererer med et objektivt egenandelsansvar i tilfeller hvor kunden ikke har utvist skyld på kr 450, jf. ny finansavtalelov § 4-30 (2). Der kunden har utvist grov uaktsomhet blir hen ansvarlig for hele beløpet, men om betalingstransaksjonen er utført med et elektronisk betalingsinstrument, blir egenandelsansvaret begrenset til kr 12 000, jf. ny finansavtalelov § 4-30 (3). I saker der kunden har utvist forsett bærer hen hele tapet, jf. ny finansavtalelov § 4-30 (4).

Betalingstransaksjoner utført som ledd i Olga-svindel baserer seg på at svindleren får tilgang til kundens elektroniske betalingsinstrument, og utfører betalinger ved hjelp av det. Kundens ansvar ved grov uaktsomhet vil dermed være begrenset til kr 12 000. Skillet mellom «grov uaktsomhet» og «forsett» blir med andre ord avgjørende for om banken blir ansvarlig for tapet kunden lider som følge av svindelen.

1.2 Aktualitet og hensyn bak ny lovgivning

Ny finansavtalelov ble vedtatt av Stortinget 1. desember 2020, og er ventet å tre i kraft 1. januar 2023.⁸ Den nært forestående ikrafttredelsen av loven gjør det aktuelt å se nærmere på hva som er innholdet i lovens bestemmelser, og hvilke endringer loven medfører for betalingstjenesteyter og kunde.

For ikke godkjente betalinger søker ny finansavtalelov § 4-30 å avløse lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (heretter gjeldende finansavtalelov) § 35.⁹ Ny finansavtalelov § 4-30 gjennomfører artikkel 74 i det reviderte betalingstjenestedirektivet fra EU (heretter PSD2).¹⁰

Svindel gjennom sosial manipulasjon ved hjelp av digitale verktøy er et forholdsvis nytt fenomen, og aktualiserer avhandlingens tema ytterligere. Finanstilsynets risiko- og sårbarhetsrapport for 2022 estimerer tap som følge av sosial manipulasjon i 2021 til 240,6

⁸ Lovvedtak 24 (2020-2021) og ny finansavtalelov § 8-1

⁹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 9

¹⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 9

millioner kroner, og antall svindelforsøk er stadig økende.¹¹ Rapporten trekker frem misbruk av BankID som et særskilt risikoområde, og begrunner dette med at BankID i stor grad brukes av både offentlige og private aktører. På grunn av variasjoner i påloggingskontekst, hvor BankID benyttes på mange ulike nettsteder med ulik utforming, er brukerne mer utsatt for å bli fralurt sin påloggingsinformasjon nå enn før, da BankID kun ble brukt for å logge inn i nettbanken. Den omfattende bruken av BankID som innloggingsverktøy viser at det er nødvendig å se nærmere på reglene om hvem som skal stå ansvarlig når svindel inntreffer i lys av ny finansavtalelov.

Et viktig formål ved innføringen av ny finansavtalelov er å balansere forholdet mellom betalingstjenesteyteren og kunden i form av styrket forbrukervern.¹² Formålet er søkt oppnådd ved å innføre regler som minsker kundens risiko ved misbruk av elektronisk signatur. Formålet springer ut av PSD2's fortale, som presiserer at direktivets formål er å sikre et velfungerende betalingssystem, hvor brukere er sikret mot svindel.¹³ Hensynet til forbrukervern begrunnes med at den enkelte forbruker ikke skal ta stor økonomisk risiko ved å ta i bruk systemene, fordi dette kan medføre at forbrukere velger bort digitale løsninger dersom løsningene som tilbys ikke fremstår som sikre.

Et annet viktig formål ved innføringen av ny finansavtalelov, er hensynet til et effektivt betalingssystem. Hensynet fremgår av PSD2's fortale. Her fremheves det at sikre, elektroniske betalinger er avgjørende for veksten i det indre markedet, der både tilbydere og brukere av systemene vil nyte godt av effektiviteten systemene tilbyr.¹⁴ Formålet trekkes også frem i ny finansavtalelovs forarbeider. Her fremheves det at gode digitale løsninger vil sikre brukervennlige og effektive løsninger, samt gi Norge et konkurransefortrinn.¹⁵

¹¹ Finanstilsynets risiko- og sårbarhetsrapport for 2022 (ROS)

<https://www.finanstilsynet.no/nyhetsarkiv/pressemeldinger/2022/risiko--og-sarbarhetsanalyse-2022/>

¹² Prop. 92 LS (2019-2020) s. 10 og 14

¹³ Direktiv (EU) 2015/2366 fortale punkt (7)

¹⁴ Direktiv (EU) 2015/2366 fortale punkt (5)

¹⁵ Innst.104 L (2020-2021) s. 13

Hensynet til forbrukervernet tilsier at finansinstitusjonene skal bære tapet i svindeltilfeller. Dette fordi de er best rustet til å sikre systemene sine mot slike tap, samt har kapasitet til å pulverisere disse.¹⁶

Hensynet til et effektivt betalingssystem kan imidlertid tilsi at kunden skal være ansvarlig for tapet, ettersom de ligger nærmest til å forhindre at tap oppstår.¹⁷ I høringssvaret til ny lov er det fremhevet av flere instanser at en fare ved å lempe for mye ansvar over på betalingstjenesteyterne, er at risikoen for misbruk vil øke, samt at tilliten til de elektroniske betalingssystemene svekkes.¹⁸ Svindel gjennom sosial manipulasjon baserer seg på at det er kunden, og ikke finansinstitusjonen, som gir svindleren verktøyene hen trenger for å begå svindelen. Dersom betalingstjenesteyteren i større grad skal bli ansvarlig for feil på kundens hånd, vil det svekke kundens insentiv til å motvirke svindel. Prevensjonshensynet, som baserer seg på at erstatningsplikt motiverer til å unngå skadevoldende handlinger, støtter også opp om at kunden selv skal bære tap dersom hens handlinger er utslagsgivende for at tapet oppstår.¹⁹ I saker om sosial manipulasjon ved Olga-svindel vil de overnevnte hensynene dermed være motstridende.

Ved innføringen av ny finansavtalelov § 4-30 har lovgiver bestemt at kundens ansvar skal begrenses, med mindre det foreligger slik klander fra kundens side at det er rimelig at hen selv bærer tapet. På grunn av dette, er det aktuelt å klarlegge hva som kreves for at kunden skal bli ansvarlig etter lovens § 4-30.

1.3 Metode og rettskildebruk

1.3.1 Metode og de primære rettskildene for analysen

Avhandlingen tar sikte på å klarlegge innholdet i skyldkravene «grov uaktsomhet» og «forsett» i ny finansavtalelov §§ 4-30 (3) og 4-30 (4). Innholdet i skyldkravene vil ses opp mot tilfeller av Olga-svindel, hvor det er foretatt ikke godkjente betalingstransaksjoner fra

¹⁶ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 15

¹⁷ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 113

¹⁸ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 176

¹⁹ Kjelland (2016) s. 23

kundens nettbank. Analysen vil bli gjort ved bruk av rettsdogmatisk metode, med utgangspunkt i den alminnelige rettskildelære.²⁰

Rettskildefanget for analysen er snevert, ettersom loven ennå ikke har trådt i kraft.²¹ I mangel av autoritative kilder som kan gi anvisning på hvordan ny finansavtalelov skal forstås, vil det ses hen til øvrige rettskilder for å klargjøre innholdet i loven.²²

1.3.2 Forholdet til gjeldende finansavtalelov § 35

Ny finansavtalelov avløser gjeldende finansavtalelov med enkelte endringer på området for ikke godkjente betalinger. For de deler av ny finansavtalelov § 4-30 som samsvarer med gjeldende finansavtalelov § 35, vil praksis, forarbeidsuttalelser og teori tilknyttet gjeldende lov også være relevante for analysen av hva som ligger i skyldkravene for ny lov. På lik linje vil områdene hvor bestemmelsene er endret, medføre at eldre praksis og teori får tilsvarende mindre vekt. Forholdet til gjeldende finansavtalelov vil behandles løpende i avhandlingen.

1.3.3 Forholdet til EU/EØS-retten

Ny finansavtalelov § 4-30 søker å gjennomføre PSD2 artikkel 74 i norsk rett. Et særskilt metodisk spørsmål som oppstår i den anledning er hvordan EU/EØS-direktiver skal vektlegges ved tolkningen av norsk rett.

Presumsjonsprinsippet er et domstolskapt prinsipp, som innebærer at norsk rett *presumeres* å samsvare med Norges folkerettslige forpliktelser.²³ Som medlem av EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til å gjennomføre EU/EØS-lovgivning der dette er pålagt.²⁴

Av fortalen til EØS-avtalen følger det at en målsetting for EU- og EØS-retten er ensartethet.²⁵ Målsettingen er også fremhevet i PSD2's fortale, som slår fast at det ved gjennomføringen av direktivet søkes å sikre ensartet anvendelse av direktivets rettslige rammer for

²⁰ Blume (2014) s. 40, Eckhoff (2001) s. 15, Nygaard (2004) s. 24 og Skoghøy (2018) s. 25

²¹ Se Høgberg og Sunde (2019) s. 128-133 for nærmere redegjørelse om tolkning av ny lov

²² Se Nygaard (2004) s. 196-203 for nærmere redegjørelse av relevansen av tidligere lovtekst og forarbeider

²³ Rt. 2000 s. 1811 s. 1826

²⁴ EØS-avtalen artikkel 3

²⁵ EØS-avtalens fortale avsnitt 5 og 16

nasjonalstatene.²⁶ Målsettingen om ensartethet, som også benevnes som homogenitets- eller harmoniseringsprinsippet, medfører at nasjonalstatene ikke står fritt ved innføringen av det nye regelverket. Dessuten vil andre staters lovgivning kunne benytte som rettskilder ved tolkningen av det norske regelverket.

PSD2 er i utgangspunktet et fullharmoniseringsdirektiv, som medfører at medlemsstatene er forpliktet til å gjennomføre direktivet uendret i sin nasjonale lovgivning.²⁷ Ny finansavtalelov søker å gjennomføre PSD2 ved transformasjon.²⁸ Med bakgrunn i presumpsjonsprinsippet vil også PSD2 være en tungtveiende rettskilde ved tolkningen av det nye norske regelverket.²⁹ På grunn av EØS-avtalens formål om ensartethet, vil øvrige medlemsstaters tolkning av PSD2 trekkes frem og vektlegges for tolkningen av ny finansavtalelov § 4-30 der dette er relevant for å kartlegge innholdet i bestemmelsen.

1.3.4 Forholdet til praksis fra Finansklagenemnda Bank

Finansklagenemnda Bank er et godkjent klageorgan for tvister som faller innenfor den nye finansavtalelovens virkeområde.³⁰ Nemnda har myndighet til å avsi rådgivende avgjørelser uten rettslig binding for partene i saken.³¹ Organet har, i motsetning til de alminnelige domstolene, de senere årene behandlet en rekke saker som omhandler ansvar ved Olga-svindel. På bakgrunn av dette vil praksis fra nemnda kunne gi innblikk i lovtolkning, argumentasjonsmønstre og rettsoppfatninger i relasjon til saker om Olga-svindel, som altså er beskjedent belyst av de alminnelige domstoler.³²

Spørsmålet om hvilken rettskildevekt praksis fra Finansklagenemnda Bank har, er uklart, og er ikke behandlet i Høyesterett. I juridisk teori drar imidlertid Hagstrøm paralleller mellom

²⁶ Direktiv (EU) 2015/2366 fortale punkt 6

²⁷ Direktiv (EU) 2015/2366 artikkel 107

²⁸ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 10

²⁹ Skoghøy (2018) s. 39, 74 og 84

³⁰ Ny finansavtalelov § 3-54, jf. lov 17. juni 2017 nr. 29 om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker § 3.

³¹ Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda punkt 1, jf. punkt 14

<file:///C:/Users/annal/Downloads/Saksbehandlingsregler%20vedtatt%2016.06.2022%20signert.pdf>

³² I Skoghøy (2018) s. 215 slås det fast at rettskildeverdien til sekundære rettskilder som nemndpraksis avgjøres av kildens argumentasjonsverdi eller argumentenes overbevisningskraft

Finansklagenemnda og Næringslivets Konkurransesvalg.³³ Vekten til avgjørelser fra Næringslivets konkurransevalg er behandlet av Høyesterett i avgjørelse inntatt i Rt. 1984 s. 248. Her uttaler retten at «[d]e responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransesvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem *betydelig vekt*» (min kursivering).³⁴ Hagstrøm legger til grunn at denne uttalelsen kan tas til inntekt for at også Finansklagenemndas Banks avgjørelser, som på lik linje med Næringslivets Konkurransesvalg er rådgivende, vil måtte få den samme rettskildevekt som Høyesterett legger opp til i avgjørelsen.³⁵

Formuleringen «betydelig vekt» taler for at praksis fra Finansklagenemnda Bank får tung rettskildevekt ved tolkningen av innholdet i bestemmelsene nemnda har uttalt seg om, til tross for at avgjørelsene ikke er bindende. For saker om Olga-svindel, som i svært liten grad er behandlet av de alminnelige domstoler, vil konsekvent praksis fra nemnda måtte sies å ha stor betydning for hvordan gjeldende finansavtalelov skal forstås. Vekten av nemndpraksis må imidlertid, på lik linje med øvrige rettskilder knyttet til gjeldende finansavtalelov, justeres i forhold til graden av samsvar mellom ny finansavtalelov § 4-30 og gjeldende finansavtalelov § 35.

1.4 Avgrensninger

Oppgaven knytter seg til tilfeller av Olga-svindel, og avgrenser naturlig mot andre former for svindel som phishing, kjærlighetssvindel og svindel ved opptak av kreditt. Ved andre former for svindel vil det være andre vurderingsmomenter som gjør seg gjeldende, eksempelvis betalingstjenesteyterens insentiv til å iverksette ytterlige sikkerhetstiltak, hvordan koder oppgis og hvordan betalinger gjennomføres.

For eksempel vil tilfeller hvor kundens BankID-informasjon er innhentet og deretter benyttet for å inngå avtaler om kreditt, falle utenfor. Grunnen til dette er at det for slike typer svindel ikke foretas en betaling fra kundens nettbank, men derimot foretas en utbetaling fra finansinstitusjonen. Det er da ikke tale om en ikke godkjent betaling etter § 4-30. I ny finansavtalelov reguleres disse tilfellene etter § 3-20. Ved kjærlighetssvindel er det kunden

³³ Hagstrøm mfl. (2021) s. 62

³⁴ Rt. 1984 s. 248 s. 285

³⁵ Hagstrøm mfl. (2021) s. 62

selv som med viten og vilje har gjennomført betalingstransaksjonen, og det vil ikke være tale om en ikke godkjent betalingstransaksjon som faller innenfor anvendelsesområdet for ny finansavtalelovs § 4-30.

Oppgavens problemstilling knytter seg til skyldkravene «grov uaktsomhet» og «forsett» etter henholdsvis ny finansavtalelov §§ 4-30 (3) og 4-30 (4). Den objektive ansvarsbegrensningen som oppstilles i ny finansavtalelov § 4-30 (2) vil ikke behandles nærmere, da det ikke oppstilles krav om skyld på kundens side for at bestemmelsen skal få virkning. Ny finansavtalelov § 4-30 (5), som omhandler tap for kunden som skyldes finansinstitusjonen selv eller dens interne varslingssystem, eller noen som handler på dens vegne, vil ikke bli behandlet. Dette fordi innholdet her ikke knytter seg til kundens utviste skyld. Det samme gjelder for reglene som regulerer kundens plikter etter oppdaget svindel, jf. ny finansavtalelov § 4-24. Begrunnelsen for dette er at avhandlingen sikter mot å klargjøre skillet mellom skyldkravene grov uaktsomhet og forsett for kunden *i forkant* av tapet.

Ny finansavtalelovs definisjon av «kunde» omfatter fysiske så vel som juridiske personer, som innebærer at lovens § 4-30 favner over ikke godkjente betalinger for begge grupper.³⁶ BankID er imidlertid et personlig digitalt betalingsverktøy som kun gis til fysiske personer.³⁷ Det kan tenkes tilfeller hvor juridiske personer påføres tap som følge av Olga-svindel, men vurderingen vil alltid knytte seg til hvorvidt den fysiske innehaveren av BankID'en som er brukt har utvist skyld. På bakgrunn av dette vil det avgrenses mot svindel mot juridiske personer.

Videre vil andre typer elektronisk signatur som MinID og Buypass ID vil falle utenfor oppgavens ramme. Disse formene for elektronisk signatur kan ikke benyttes for å logge inn i nettbanken til norske banker, og kan dermed ikke komme på avveie på en måte som gjør at det kan foretas ikke godkjente betalinger fra innehaverens bankkonto.³⁸

³⁶ Ny finansavtalelov § 1-4 (2)

³⁷ Avtalevilkår for BankID punkt 2.1

https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/bankid/dnb_pds_personal-v1.1.pdf

³⁸ Om MinID

<https://eid.difi.no/nb/minid>

Om Buypass

<https://www.buypass.no/produkter/buypass-id-mobil/eid-pa-hoyeste-sikkerhetsniva>

1.5 Den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen vil det bli gjort rede for utgangspunktet for ikke godkjente betalinger, herunder hva som skal til for at ny finansavtalelov § 4-30 (1) skal komme til anvendelse, samt hvilke rettsregler som danner bakgrunnen for vurderingen av bestemmelsen. Deretter vil jeg se nærmere på innholdet i skyldkravene i henholdsvis § 4-30 (3) om grovt uaktsomme pliktbrudd og § 4-30 (4) om forsettlig pliktbrudd. De ulike skyldkravene vil vies ett kapittel hver, hvor formålet med hvert kapittel er å klarlegge innholdet og oppstille yttergrensene i skyldkravene, sett opp mot saker om Olga-svindel. Avslutningsvis, i kapittel 5, vil jeg se nærmere på konsekvensen av ny lovgivning.

2 Generelt om utgangspunktet for ikke godkjente betalingstransaksjoner etter ny finansavtalelov § 4-30

2.1 Rettslig utgangspunkt

Etter norsk erstatningsrett er det som utgangspunkt den som er rammet av en skade som må bære tapet.³⁹ For at tapet skal kunne veltes over på skadevolder, må tre grunnvilkår for erstatning være oppfylt. Disse grunnvilkårene er at det må ha oppstått en skade, det må kunne påvises et ansvar grunnlag, og det må foreligge årsakssammenheng mellom skaden og den skadevoldende handlingen.

Etter ny finansavtalelov § 4-30 (1) er imidlertid ikke den som er rammet av tapet – kunden – ansvarlig, med mindre nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Dette medfører at det alminnelige utgangspunkt om at skadelidte bærer tapet veltes om, slik at skadelidte kun blir ansvarlig dersom hen selv har opptrådt klanderverdig.

Fravikelsen av utgangspunktet i norsk rett begrunnes med at ny finansavtalelov er en forbrukerlov, som søker å verne forbrukere ved bruk av digitale betalingstjenester.⁴⁰ På bakgrunn av dette regulerer bestemmelsen at betalingstjenesteyteren som utgangspunkt er ansvarlig for tap som følge av ikke godkjente betalingstransaksjoner. Kundens ansvar blir deretter suksessivt større ut fra hvor klanderverdig hens handlinger har vært i forbindelse med tapet.⁴¹

Hvorvidt ansvarsbegrensningene i ny finansavtalelov § 4-30 (3) og (4) kommer til anvendelse, må vurderes ut ifra et samspill mellom flere av lovens regler. For det første må det foreligge en «ikke godkjent betalingstransaksjon». Hva en slik transaksjon innebærer, følger av lovens §§ 1-5 og 4-2. For det andre må kunden ha brutt «sine plikter», som er en henvisning til lovens § 4-23 (1). Videre må en «ikke godkjent betalingstransaksjon» være gjennomført ved bruk av et «elektronisk betalingsinstrument», som reguleres av § 1-5.

³⁹ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 17

⁴⁰ Ny finansavtalelov § 1-9 (1) og Prop. 92 LS (2019-2020) s. 10

⁴¹ Jf. blant annet HR-2022-1752-A avsnitt 35 og HR-2020-2021-A avsnitt 48

En avklaring av hva som ligger i begrepene «ikke godkjent betalingstransaksjon», kunden «sine plikter» og «elektronisk betalingsinstrument», er nødvendig for å danne bakteppet for vurderingen av hvorvidt kunden har opptrådt med tilstrekkelig grad av skyld for å komme i ansvar etter ny finansavtalelov § 4-30 (3) og (4). Begrepene vil i det følgende redegjøres for separat. Til sist vil reglene om bevisbyrde på finansavtalelovens område klarlegges, ettersom disse ligger til grunn for hvordan saker om Olga-svindel skal avgjøres av domstolene.

2.2 Hva er en «ikke godkjent betalingstransaksjon»?

Formuleringen «ikke godkjent betalingstransaksjon» fordrer at det for det første må ha skjedd en «betalingstransaksjon», og for det andre at betalingstransaksjonen må ha vært «ikke godkjent».

Begrepet «betalingstransaksjon» er legaldefinert i ny finansavtalelov § 1-5 (6). Av bestemmelsen fremgår det at en betalingstransaksjon er «en handling som iverksettes av betaleren (...) for å innbetale, overføre eller ta ut betalingsmidler, uten hensyn til de eventuelle underliggende forpliktelsene mellom betaleren og betalingsmottakeren». En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må foretas en handling på betalerens hånd, som medfører en forflytning av «betalingsmidler». Som «betalingsmidler» regnes «pengesedler, mynter, (...), innskudd og kreditt på konto, samt elektroniske penger», jf. ny finansavtalelov § 1-5 (4).

Begrepet «betalingstransaksjon» er omfattende, og inkluderer tilnærmet enhver handling som er gjort med betalingsmidler. Saker om Olga-svindel er betinget av at det har skjedd en betaling med betalingsmidler fra kundens konto, og det vil derfor alltid ha skjedd en «betalingstransaksjon». Hva som kreves for at betalingstransaksjonen skal være «ikke godkjent», er imidlertid uklart.

Formuleringen «ikke godkjent» i ny finansavtalelov § 4-30 (1) innebærer en endring fra gjeldende finansavtalelov § 35 (1), som benytter formuleringen «uautorisert». Forarbeidene til ny finansavtalelov utdyper at endringen er gjort med det formål å knytte ordlyden nærmere opp mot forklaringen av hva som ligger i en godkjent betaling etter PSD2. I PSD2 artikkel 64 nr. 1 presiseres det at en betalingstransaksjon er «godkjent bare dersom betaleren gir sitt

samtykke» til den. Omformuleringen er ikke ment å medføre en endring i bestemmelsens virkeområde.⁴²

Ordlyden i ny finansavtalelov § 4-2 (1) tilsvarer PSD2 artikkel 64 nr. 1, som medfører at en betalingstransaksjon kun anses som godkjent dersom betaleren har gitt sitt «samtykke» til den. Etter § 4-2 (2) skal godkjenning av betalingstransaksjonen gis i den formen og på den måten som er avtalt mellom betaleren og betalingstjenesteyteren. I forarbeidene til § 4-30 uttaler departementet at PSD2 ved bruk av formuleringen «ikke godkjent» sikter til en transaksjon som ikke har fått kundens samtykke, og dermed ikke er autentisert.⁴³

Ordlyden presiserer ikke hvorvidt kundens samtykke innebærer at kunden *subjektivt* må godkjenne betalingen, eller om bestemmelsens vilkår skal forstås *objektivt*, slik at betalinger som er gjort på måten som er avtalt mellom betalingstjenesteyteren og kunden vil regnes som en godkjent betaling etter § 4-2 (2), jf. (1).

Problemstillingen er ikke behandlet i bestemmelsens forarbeid, og heller ikke i forarbeid eller praksis tilknyttet gjeldende finansavtalelov § 35, som inneholder en likelydende bestemmelse. Det er lagt til grunn i underrettspraksis fra tingrett og Finansklagenemnda Bank at det for saker om Olga-svindel, der betalingstransaksjoner er gjort som ledd i svindelen, vil transaksjonene være «uautorisert», som tilsvarer «ikke godkjent» i ny lov.⁴⁴ Praksis fra underordnede instanser vil ikke få avgjørende vekt ved vurderingen av innholdet i ny lovgivning. Imidlertid vil formålsbetraktninger fra PSD2, og lovgivers vilje som uttrykt i forarbeidene, tale for at det for ny lov må foreligge en *subjektiv* godkjenning fra kunden for at en betaling skal regnes som godkjent, jf. § 4-2 (1).⁴⁵

I Olga-svindel-sakene samtykker ikke kunden *subjektivt* til betalingen, selv om den blir utført på den måten som er avtalt mellom kunden og betalingstjenesteyteren i tråd med ny finansavtalelov § 4-2 (2). Det er altså ikke kunden selv som utfører betalingstransaksjonen, og dermed er det tale om «ikke godkjente betalingstransaksjoner», selv om det fra utsiden ser ut som om kunden har godkjent den.

⁴² Prop. 92 LS (2019-2020) s. 172-173.

⁴³ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 172

⁴⁴ Se blant annet TGLOM-2020-156504, FinKN-2020-703 og FinKN-2020-706

⁴⁵ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 172-173, jf. Direktiv (EU) 2015/2366

Konsekvensen av at det innfortolkes et krav om kundens subjektive godkjenning av betalingen i ny finansavtalelov § 4-2 (1), er at samtlige betalinger gjennomført ved digital signatur kan påstås å ikke være godkjent av kunden. I forlengelse av dette vil bruk av digital signatur på andre plattformer også måtte betviles.⁴⁶ I saker der det sås tvil om hvorvidt kunden har godkjent betalingen, vil det være tilnærmet umulig for betalingstjenesteyteren å bevise at kunden rent subjektivt har samtykket.⁴⁷ Dette røkkes ved sikkerheten omkring digital signatur, og skaper usikkerhet for plattformene som benytter BankID som innloggings- eller godkjenningmetode. Kunden på sin side blir bedre sikret ved en subjektiv tolkning, ettersom de alltid vil kunne påstå at de ikke personlig har inngått avtaler, foretatt transaksjoner eller gjort andre digitale handlinger.

Dersom motstykket til en subjektiv tolkning – en objektiv tolkning – hadde blitt lagt til grunn for ny finansavtalelov § 4-2 (1), ville det medført at transaksjoner som ble gjennomført på den måten som er avtalt mellom betalingstjenesteyteren og kunden, ville vært å anse som godkjente betalinger. Måten som er avtalt, er vanligvis digital signatur ved bruk av BankID. I så fall ville ikke inngangsvilkåret i ny finansavtalelov § 4-30 (1) være oppfylt, og betalingstransaksjoner utført som ledd i Olga-svindel ville vært å anse som godkjent, jf. ny finansavtalelov § 4-2 (1). Konsekvensen hadde blitt at kunden som utgangspunkt måtte dekke tapet selv. Dersom lovgiver hadde ment at det skulle være en ren objektiv vurdering, ville bestemmelsen blitt hul for saker om Olga-svindel.

En «ikke godkjent betalingstransaksjon» etter ny finansavtalelov § 4-30 (1) er etter dette altså en betalingstransaksjon som kunden ikke *subjektivt* har samtykket til.

2.3 Kundens plikter etter ny finansavtalelov § 4-23 (1)

Vurderingen av om kunden har opptrådt slik at ansvarsbegrensningene i ny finansavtalelov § 4-30 (3) og (4) gjøres gjeldende, må ses opp mot om hvorvidt kunden har brutt sine plikter i henhold til ny finansavtalelov §§ 4-23 (1). Det er derfor nødvendig å redegjøre for hva kundens plikter innebærer, og når det foreligger et brudd som medfører at kunden kommer i ansvar etter ny finansavtalelov § 4-30 (3) og (4).

⁴⁶ Dette synspunkt er fremmet av flere høringsinstanser i Prop. 92 LS (2019-2020) s. 176 flg.

⁴⁷ Se nærmere punkt 2.5 nedenfor

Etter § 4-23 (1) skal kunden bruke konto og betalingsinstrument i samsvar med vilkårene for utstedelse og bruk, og ta alle rimelige forholdsregler for å beskytte personlig sikkerhetsinformasjon. Bestemmelsen gjennomfører PSD2 artikkel 69 (1), og viderefører gjeldende finansavtalelov § 34 (1).

Vilkårene for utstedelse og bruk av BankID fremgår av BankID-avtalen som er inngått mellom kunden og betalingstjenesteyteren. Vilkaene for oppbevaring, sikkerhet og sperring av BankID kommer frem av BankID-avtalens fjerde punkt. Av avtalen følger det at innehaveren må ta alle rimelige forholdsregler, herunder ikke gi fra seg passord eller engangskoder til noen, oppbevare kodebrikken på egnet sted, velge et sterkt passord som ikke benyttes på andre plattformer, ikke skrive ned passord, og dersom passord likevel blir skrevet ned, gjøre det på en måte slik at ikke andre skjønner hva det er til, samt bruke sunn skepsis under bruk.⁴⁸

Formuleringen «alle rimelige forholdsregler» går igjen i både ny finansavtalelov § 4-23 (1) og i BankID-avtalen punkt 4. Formuleringen «rimelige» oppstiller en skranke for hva som kan kreves av forbrukeren for sikring av sine sikkerhetsanordninger. Dette medfører at betalingstjenesteyteren ikke kan oppstille krav til kundene som er umulige å gjennomføre i praksis. Eksempelvis ved å innta klausuler i avtalen om at BankID kun skal benyttes når du er alene i rommet og lignende.⁴⁹

I tilfeller av Olga-svindel har kunden gitt fra seg passord og engangskoder til fremmede, og på den måten muliggjort misbruk. Hvordan kunden har oppbevart passord og brikke vil være av mindre relevans, ettersom svindleren ved Olga-svindel ikke fysisk kommer i besittelse av kundens kodebrikke og passord, men får kunden selv til å oppgi informasjonen fra komponentene over telefon. Å oppgi passord og engangskoder til «noen», er klart i strid med kundens plikter etter ny finansavtalelov § 4-23 (1) og BankID-avtalen. Det er dermed klart at det foreligger et brudd på kundens plikter. Spørsmålet om det er «rimelig» å stille krav om å ikke dele slik informasjon med uvedkommende, vil ikke være aktuelt i slike saker. Dette

⁴⁸ Avtalevilkår for BankID punkt 4.1

https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/bankid/dnb_pds_personal-v1.1.pdf

⁴⁹ Innst. 104 L (2021-2022) s. 20

siden det er en forutsetning for bruk av BankID både som godkjenning- og signaturverktøy at det kun er innehaveren som har tilgang på informasjonen.

2.4 Hva er et «elektronisk betalingsinstrument»?

«Betalingsinstrument» er legaldefinert i ny finansavtalelov § 1-5 (2). Bestemmelsen lyder:

«Med betalingsinstrument menes i denne loven en personlig innretning eller et sett av fremgangsmåter som er avtalt mellom kunden og betalingstjenesteyteren og benyttes for å iverksette betalingsoppdrag».

Ordlyden er ikke eksplisitt i angivelsen av hva som kan tjene som et betalingsinstrument. En naturlig språklig forståelse taler for at alle måter som kan benyttes for å iverksette et betalingsoppdrag, faller innenfor bestemmelsen. Dette omfatter for eksempel betalingskort, eFaktura og papirgiro.⁵⁰

Formuleringen «elektronisk betalingsinstrument» avgrenser naturligvis mot ikke-elektroniske betalingsinstrumenter som for eksempel papirfaktura. I forarbeidene til gjeldende finansavtalelov blir elektroniske betalingsinstrument forklart som «et instrument hvor dataene innsamles elektronisk».⁵¹ BankID er et instrument hvor dataene for å iverksette en betaling innsamles elektronisk, og som kan benyttes for å iverksette en betaling etter ny finansavtalelov § 1-5 (2). BankID er dermed som et elektronisk betalingsinstrument å regne.⁵² Synspunktet støttes også opp av førstvoterende i HR-2020-2021-A, som uttaler at der BankID benyttes i forbindelse med gjennomføring av en betalingsordre, vil BankID inngå som en del av et betalingsinstrument.⁵³

⁵⁰ Ot.prp. nr.94 (2008-2009) s. 172

⁵¹ NOU 1994:19 s. 143

⁵² Det har blitt stilt spørsmål ved om BankID faller innenfor ny finansavtalelov § 3-16 (1) sin definisjon av «kvalifisert elektronisk signatur» - og dermed også «elektronisk betalingsinstrument». Det legges til grunn for denne oppgaven at BankID er å regne som et elektronisk betalingsinstrument, slik det forutsettes i ny finansavtalelov § 4-30 (3) og (4). Se nærmere i Finans Norges høringsvar til forskrift om finansavtaler punkt 4.3.1 for diskusjonen om hvorvidt BankID faller innenfor loven <https://www.finansnorge.no/contentassets/280eb5108fb64dfab3b9d775168079fa/forskrift-til-ny-finansavtalelov.pdf>

⁵³ HR-2020-2021-A avsnitt 38

Et «elektronisk betalingsinstrument» er altså et instrument som kan benyttes for å iverksette betalingsoppdrag, og hvor dataene innsamles elektronisk. Formen for BankID som oppgaven tar utgangspunkt i, er således et «elektronisk betalingsinstrument».

2.5 Bevisbyrde

Kundens ansvar for å dekke tap som følge av ikke godkjente betalingstransaksjoner er begrenset til 450 kr i tilfeller hvor kunden ikke har utvist skyld, jf. ny finansavtalelov § 4-30 (2). I de tilfeller hvor kunden har opptrådt klanderverdig, blir hen ansvarlig for en større del av tapet, avhengig av hvilken grad av klander som kan påvises. Hvorvidt kunden eller betalingstjenesteyteren har bevisbyrden for om kunden har opptrådt på en måte som medfører at kunden kommer i ansvar, danner dermed utgangspunktet for den videre vurderingen av ansvarsgrunnlagene i ny finansavtalelov §§ 4-30 (3) og (4). Dette gjør det nødvendig å se nærmere på hvem som har bevisbyrden, samt hva som er beviskravet på ny finansavtalelovs område.

I gjeldende finansavtalelov er reglene om bevisbyrde og beviskrav få og spredt.⁵⁴

Begrunnelsen for dette var at forgjengeren til PSD2 - PSD1 - ga nasjonalstatene valgfrihet ved innføring av direktivets bevisregler.⁵⁵ Norge valgte å ikke innføre den valgfrie delen, med grunnlag i at «bevisbedømmelsen bør skje i tråd med alminnelige prinsipper om bevisbyrde».⁵⁶ Etter PSD2 er derimot ikke bevisreglene gjort valgfrie, noe som medfører at Norge plikter å innta direktivets bestemmelser om bevis i den nasjonale lovreguleringen.⁵⁷

På grunn av kravet fra PSD2, er det inntatt regler om bevisbyrde og beviskrav for betalingstransaksjoner i ny finansavtalelov § 3-7. Bestemmelsens første ledd regulerer at betalingstjenesteyteren har bevisbyrden for at betalingstransaksjonen ble korrekt gjennomført i tilfeller hvor kunden nekter for gjennomføringen.⁵⁸ I andre ledd presiseres det videre at dersom kunden nekter for å ha autorisert en betalingstransaksjon, er det ikke i seg selv tilstrekkelig for å påvise svikaktig, forsettlig eller grov uaktsom opptreden at

⁵⁴ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 102

⁵⁵ Direktiv 2007/64/EF fortale punkt 33, 46 og artikkel 33

⁵⁶ Ot.prp. nr.94 (2008-2009) s. 68

⁵⁷ Direktiv (EU) 2015/2366 artikkel 72

⁵⁸ Ny finansavtalelov § 3-7 (1)

betalingstjenesteyteren beviser at betalingsverktøyet er korrekt benyttet ved transaksjonen.⁵⁹ Det må dermed foreligge ytterligere momenter ved betalingstransaksjonen enn at betalingsverktøyet er korrekt brukt for at kunden skal komme i ansvar.

Begrunnelsen for at tjenesteyteren er den som har bevisbyrden i saker etter ny finansavtalelov, springer ut fra hensynet om bevissikring.⁶⁰ Bevissikringshensynet innebærer at den som har best mulighet og oppfordring til å sikre de nødvendige bevis, bør ha bevisbyrden.⁶¹

Departementet uttaler, med henvisning til EU-domstolens avgjørelse av i sak mellom CA Consumer Finance SA mot Ingrid Bakkaus, at det «gjennomgående [vil] være (...) vanskelig for forbrukeren å fremlegge konkrete bevis for at den næringsdrivende ikke har oppfylt sine plikter».⁶² Spørsmålet i saken var om betalingstjenesteyterens opplysningsplikt etter forbrukerkredittdirektivet var oppfylt, ved at det ble fremlagt et dokument signert av kunden om at hun hadde fått tilstrekkelige opplysninger om et billån. Departementet uttaler at utgangspunktet fra avgjørelsen vil ha overføringsverdi til andre direktiver på forbrukerrettens område, herunder PSD2.⁶³ For saker om Olga-svindel, underbygger dette at betalingstjenesteyteren skal ha bevisbyrden for kundens klanderverdighet, ettersom kunden selv vanskelig vil kunne fremlegge konkrete bevis på at hen ikke har opptrådt klanderverdig.

Ved at betalingstjenesteyteren har bevisbyrden, legger departementet opp til at saken løses i disfavør betalingstjenesteyteren i saker der det er tvilsomt om beviskravet er oppfylt.⁶⁴ Videre blir spørsmålet hva beviskravet på finansavtalelovens område er. Med beviskravet siktes det til den grad av sannsynlighet som må kunne bevises for at retten skal kunne legge det til grunn for sin avgjørelse.⁶⁵

Hvilket beviskrav som kreves fremgår av ny finansavtalelov § 3-7 (4). Bestemmelsen regulerer at beviskravet som må være oppfylt for at kunden skal komme i ansvar som følge av

⁵⁹ Ny finansavtalelov § 3-7 (3)

⁶⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 114

⁶¹ Skoghøy (2017) s. 917

⁶² Prop. 92 LS (2019-2020) s. 100-101 jf. sak C-449/13 18. desember 2014 CA Consumer Finance SA mot Ingrid Bakkaus

⁶³ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 101

⁶⁴ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 113

⁶⁵ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 114

forsett eller svik, er *kvalifisert sannsynlighetsovervekt*. Departementet begrunner beviskravet med at det er slik PSD2 er innfortolket i svensk rett, og av hensyn til harmonisering i medlemsstatene bør dette være kravet også etter norsk rett.⁶⁶ Ny finansavtalelov § 3-7 (4) er taus om hvilket beviskrav som gjelder for de grovt uaktsomme handlinger. Bestemmelsens forarbeider uttaler imidlertid at det for å bevise «grovt uaktsomhet» i relasjon til ikke godkjente betalingstransaksjoner, kun gjelder et krav om sannsynlighetsovervekt.⁶⁷

Beviskravet «sannsynlighetsovervekt» er forstått slik at det kreves å være bevist med over 50% sannsynlighet.⁶⁸ Dette er i tråd med hva som kreves etter alminnelige sivilprosessuelle regler etter tvl. § 21-2.⁶⁹ Beviskravet «kvalifisert sannsynlighetsovervekt» er forstått slik at det krever *klar* sannsynlighetsovervekt, men ikke at det må holdes for tilnærmet 100 % sannsynlig, slik beviskravet «utover enhver rimelig tvil» i strafferetten er formulert.⁷⁰

Skoghøy argumenter for at beviskravet «klar sannsynlighetsovervekt» krever omkring 75 % sikkerhet for å være oppfylt.⁷¹ En slik forståelse av beviskravet «kvalifisert sannsynlighetsovervekt» medfører at det havner midt mellom beviskravene «sannsynlighetsovervekt» og «utover enhver rimelig tvil». Det skjerpede beviskravet begrunnes i at det på finansavtalelovens område gjør seg gjeldende særlige hensyn, herunder hensynet til forbrukervern.⁷² Systembetragtninger taler også for at beviskravet blir strengere jo strengere skyldansvar som anføres.

Etter ny finansavtalelov § 3-7 er altså betalingstjenesteyteren den som har *bevisbyrden* i tilfellene hvor kunden nekter for å ha gjennomført en betalingstransaksjon. Beviskravet innebærer at det kreves *sannsynlighetsovervekt* for de grovt uaktsomme handlinger, og *kvalifisert sannsynlighetsovervekt* for de forsettlige handlinger.

⁶⁶ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 112-113 jf. NJA 2017 s. 1105 HD

⁶⁷ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 114

⁶⁸ Skoghøy (2017) s. 913

⁶⁹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 113 jf. lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 21-2

⁷⁰ Backer (2020) s. 417 og Svele (2018) s. 243

⁷¹ Skoghøy (2017) s. 913

⁷² Prop. 92 LS (2019-2020) s. 113

3 Grovt uaktsomme pliktbrudd etter ny finansavtalelov § 4-30 (3)

3.1 Rettslig utgangspunkt

Ny finansavtalelov § 4-30 (3) hjemler at kundens ansvar begrenses til kr 12 000 i tilfeller hvor en ikke godkjent betalingstransaksjon er utført ved bruk av elektronisk betalingsinstrument. For at ansvarsbegrensningen skal inntreffe, må kunden ved «grovt uaktsomhet» unnlatt å oppfylle sine plikter etter § 4-23 (1).⁷³

Bestemmelsens angivelse av skyldkravet er identisk med gjeldende finansavtalelov § 35 (3), og kilder tilknyttet gjeldende lov vil dermed ha relevans ved tolkning av ny finansavtalelov § 4-30 (3).

PSD2 oppstiller skyldansvaret «gross negligence», som tilsvarer «grovt uaktsomhet» i norsk rett, for at kunden skal komme i ansvar etter direktivet.⁷⁴ Direktivets forståelse av innholdet i skyldansvaret vil dermed måtte vektlegges ved kartleggingen av innholdet i ny finansavtalelov § 4-30 (3).

3.2 Hva innebærer vilkåret «grovt uaktsomhet»?

3.2.1 Generelt om skyldansvaret «grovt uaktsomhet»

Ordlyden i ny finansavtalelov § 4-30 (3) er taus om hva som inngår i vurderingen av skyldkravet «grovt uaktsomhet». Formuleringen «grovt» tilsier at det foreligger en høy terskel for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Denne tolkningen av ordlyden finner støtte i forarbeidene til ny finansavtalelov § 3-20, som omhandler misbruk av elektronisk signatur. Her uttales det at «ikke ethvert avvik fra optimal atferd fra kundens hånd [kan] lede til erstatningsansvar for kunden».⁷⁵ Dette underbygges videre av alminnelige erstatningsrettslige normer, hvor skyldkravet «grovt uaktsomhet» krever at det foreligger et *markert* avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte.⁷⁶ Vanlig forsvarlig handlemåte legges til grunn å være en

⁷³ Se punkt 2.3 for redegjørelse av kundens plikter

⁷⁴ Direktiv (EU) 2015/2366 artikkel 74 (1) punkt 4

⁷⁵ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 185

⁷⁶ Rt. 1989 s. 1318 s. 1322 og Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 162

handlemåte som ikke bryter med kundens plikter etter ny finansavtalelov § 4-23 (1), herunder vilkårene i BankID-avtalen.

I fortalen til PSD2 presiseres det at ved vurderingen av kundens grove uaktsomhet må det ses hen til *alle omstendigheter* ved pliktbruddet, og at vurderingen må ta utgangspunkt i nasjonal lovgivning.⁷⁷ Videre uttales det at:

«gross negligence should mean more than mere negligence, involving conduct exhibiting a significant degree of carelessness; for example, keeping the credentials used to authorise a payment transaction beside the payment instrument in a format that is open and easily detectable by third parties.»

Av dette utledes det, slik som etter den naturlige språklige forståelsen av vilkåret «grov», at terskelen for å konstatere «gross negligence», som tilsvarer «grov uaktsomhet» i norsk rett, er høy. Eksempelet som trekkes frem belyser at oppbevaring av elementene i betalingsinstrumentet, kan medføre at skyldansvaret «grov uaktsomhet» er oppfylt. Det kreves imidlertid at oppbevaringen er gjort på en måte som gjør elementene lett tilgjengelig for tredjepersoner.⁷⁸ I saker om Olga-svindel, er ikke oppbevaringen av betalingsinstrumentet et relevant forhold å vektlegge. Her utstyres kundene selv tredjepersoner med BankID-elementene. Når PSD2 eksemplifiserer at skyldansvaret «grov uaktsomhet» kan være oppfylt kun med uforsvarlig oppbevaring, vil en frivillig oppgivelse av betalingsinstrumentet til uvedkommende synes å klart falle innunder skyldansvaret «grov uaktsomhet». Dette fordi en *frivillig* oppgivelse må sies å være mer klanderverdig enn en *ufrivillig* oppgivelse.

Siden PSD2 presiserer at vurderingen av skyldansvarene i ny finansavtalelov § 4-30 må ta utgangspunkt i nasjonal lovgivning, er det nødvendig å se hen til hvordan «grov uaktsomhet» er blitt tolket i nasjonal rett.

I samtlige saker om Olga-svindel som er blitt behandlet av de alminnelige domstolene og Finansklagenemnda Bank, har det blitt konstatert at kunden har handlet med «grov

⁷⁷ Direktiv (EU) 2015/2366 fortale punkt 72 første og andre setning

⁷⁸ Se for eksempel Rt. 2004 s. 499 avsnitt 39-41, hvor Høyesterett kom til at nedtegning og oppbevaring av PIN-koder ikke var grovt uaktsomt, da oppbevaringen ikke var tilstrekkelig uforsvarlig

uaktsomhet».⁷⁹ Sakene har tatt utgangspunkt i bankens prinsipale anførsel om at kundene har opptrådt forsettlig, og er behandlet etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3). I sakene for Finansklagenemnda Bank, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall, hvor flertallet har kommet til at kunden ikke har opptrådt forsettlig. Deretter har de, uten å gå nærmere inn på vurderingsmomentene, landet på at kunden har opptrådt med «grov uaktsomhet» etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3). Ved at den prinsipale anførselen nemnda har tatt stilling til, er om det strengere «forsett»-ansvaret er oppfylt, bærer vurderingen av skyldansvaret «grov uaktsomhet» preg av å være gjort med en fra det «mer til det mindre»-tankegang.

Finansklagenemnda Bank uttaler seg om hva som er utgangspunktet for vurderingen av «grov uaktsomhet» i FinkN-2020-963. I avgjørelsen fremhever flertallet at:

«Det sentrale ved vurderingen av grov uaktsomhet er om forbrukeren kan klandres for at hun lot seg lure til å tro at telefonen kom fra banken, og graden av klanderverdighet i den forbindelse».

Flertallet fremhever deretter at kunden burde ha reagert på å bli oppringt av banken med et presserende problem som krevde at kunden over telefon måtte oppgi sin BankID-informasjon, og at hendelsesforløpet fremsto «påfallende og mistenkelig». Flertallet konkluderer deretter med at kunden har opptrådt med «grov uaktsomhet» etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3).

Avgjørelsen fra Finansklagenemnda Bank peker mot at vurderingen av om kunden har opptrådt med «grov uaktsomhet», innebærer en vurdering av kundens klanderverdighet på handlingstidspunktet.

I HR-2020-2021-A, som omhandler kundens ansvar for tap som følge av misbruk av BankID til låneopptak, kommer Høyesterett med et obiter dictum som knytter seg til vurderingen av

⁷⁹ Fullstendig liste over de saker som har blitt behandlet om Olga-svindler: HR-2022-1752-A, LE-2021-70115, TGL0M-2020-156504, FinKN 2022-684, FinKN- 2022-531, FinKN- 2022-530, FinKN- 2022-470, FinKN- 2022-245, FinKN- 2022-243, FinKN- 2022-233, FinKN- 2022-198, FinKN- 2022-197, FinKN- 2021-1037, FinKN- 2021-547, FinKN- 2021-419, FinKN- 2021-347, FinKN- 2021-155, FinKN- 2021-111, FinKN- 2021-35, FinKN- 2021-31, FinKN- 2021-30, FinKN- 2020-964, FinKN- 2020-963, FinKN- 2020-897, FinKN- 2020-707, FinKN- 2020-706 og FinKN- 2020-703

«grov uaktsomhet» i relasjon til «uautoriserte» betalingstransaksjoner etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3). I avgjørelsens avsnitt 58 uttaler førstvoterende at:

«Når BankID benyttes innenfor det som må betegnes som det opprinnelige bruksområdet, betalingstransaksjoner, må den klare hovedregelen være at det ikke kan kreves at institusjonen skal foreta ytterligere sikkerhets- eller kontrolltiltak utover å konstatere at BankID er brukt på riktig måte. Dette må da danne utgangspunktet for vurderingen av om innehaveren har opptrådt grovt uaktsomt etter finansavtaleloven § 35 tredje ledd.»

Isolert sett taler uttalelsen for at dersom betalingstjenesteyteren kan bevise at BankID er blitt brukt korrekt, vil dette medføre at grov uaktsomhet kan konstateres fra kundens side, da det vil bety at kunden har brutt sine plikter etter BankID-avtalen. Uttalelsen blir imidlertid justert i avsnitt 61, hvor førstvoterende uttaler at:

«Der avtaleparten, 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.»

Dette nyanserer uttalelsen i avsnitt 58, ved at det også må vurderes om det kan forventes at betalingstjenesteyteren iverksetter tiltak for å unngå tapet. Dersom det ikke kan forventes, tilsier det at kunden er nærmest å bære tapet selv. Motsatt, dersom betalingstjenesteyteren burde ha iverksatt tiltak, ligger de nærmest å dekke tapet.

Rettsregelen Høyesterett her oppstiller harmoniserer dårlig med bevisbyrdereglene som fremgår av ny finansavtalelov § 3-7 (2), jf, punkt 2.3 ovenfor. Ny finansavtalelov § 3-7 er klar på at det ikke i seg selv er tilstrekkelig å bevise at betalingsinstrumentet er korrekt brukt for at kunden skal komme i ansvar. Uttalelsene i HR-2020-2021-A, som er avsagt før innføringen av bevisreglene i ny finansavtalelov § 3-7, vil dermed ikke stå seg ved innføringen av det nye regelverket.

De ovenfor nevnte avgjørelsene bygger på forståelsen av skyldkravet «grov uaktsomhet» for gjeldende finansavtalelov § 35 (3), og ikke ny finansavtalelov § 4-30 (3). Dermed bygger vurderingen ikke på PSD2, som innfører et krav om at *alle omstendigheter* ved pliktbruddet skal hensyntas ved vurderingen av grov uaktsomhet. Dette innebærer både at subjektive

forhold på kundens side, samt forhold på betalingstjenesteyterens side må tas med i vurderingen, herunder hvem som var nærmest å forhindre at tapet har oppstått.

3.2.2 Betydningen av subjektive forhold på kundens side

Utgangspunktet i erstatningsretten er at subjektive forhold, som gir utslag i mangelfulle forutsetninger for skadevolder til å vurdere sin handling, ikke skal ha innvirkning på skyldvurderingen.⁸⁰ Dette utgangspunkt fravikes ved uttalelsene i PSD2 om at *alle* omstendigheter rundt pliktbruddet må tas i betraktning ved vurderingen av kundens klanderverdighet. Etter PSD2 må vurderingen av kundens skyld ta utgangspunkt i nasjonal rett, noe som medfører at EU/EØS-rettslig argumentasjon ikke vil vektlegges ved vurderingen av hva som inngår i disse subjektive forholdene.

I tilknytning til forsettkravet etter ny finansavtalelov § 3-20 (4), som er sammenfallende med ny finansavtalelov § 4-30 (4), kommer komiteens medlemmer fra Høyre og Venstre i ny finansavtalelovs forarbeider med uttalelser om skyldkravet «forsett». Medlemmenes uttalelser må tillegges vekt, ettersom deres forslag til lovtekst ble vedtatt.⁸¹ Medlemmene påpeker at det er ønskelig med sammenfallende regler for misbruk av elektronisk signatur og for ikke godkjente betalinger.⁸² Dette medfører at uttalelsene tilknyttet skyldkravene «grov uaktsomhet» og «forsett» i ny finansavtalelov §§ 3-20 (3) og (4) også vil få vekt ved kartleggingen av skyldansvarene etter §§ 4-30 (3) og (4). Videre uttaler medlemmene seg om innholdet i skyldkravet forsett slik at:

«[P]ersoner som blir lurt til å oppgi personlig sikkerhetsinformasjon knyttet til de elektroniske signaturfremstillingsdataene, ikke vil få ansvaret for hele tapet som svindelen forårsaket. I tillegg vil eldre personer og personer som ikke kan språket godt, og som har behov for hjelp av andre til å betale regninger, også være dekket av egenandelen på 12.000 kroner istedenfor å måtte være ansvarlig for hele tapet som en eventuell svindel forårsaker.»⁸³

⁸⁰ Jf. blant annet Rt. 2011 s. 562 avsnitt 44 og Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 169

⁸¹ Innst. 104 L (2020-2021) s. 29

⁸² Innst. 104 L (2020-2021) s. 22

⁸³ Innst. 104 L (2020-2021) s. 22

Uttalelsen oppstiller skrankene som foreligger for at forsettkravet i ny finansavtalelov § 4-30 (4) skal aktiveres. Det kan imidlertid også tas til inntekt for at visse subjektive forhold på kundens side vil kunne være formildende i vurderingen av grov uaktsomhet etter ny finansavtalelov § 4-30 (3). Dette støttes opp av forarbeidene til gjeldende finansavtalelov § 35 (3), hvor det uttales at ved vurderingen av grov uaktsomhet vil «krav til forsiktighet og egenkontroll kunne variere fra kunde til kunde. Det er derfor viktig å vurdere kundens kunnskap og innsikt i den enkelte betalingstjeneste».⁸⁴

De ovenfor nevnte uttalelsene drar i retning av at subjektive forhold som kundens alder, språkferdigheter og generell kunnskap og innsikt om de digitale systemene som benyttes, vil måtte tas hensyn til også etter skyldvurderingen av «grov uaktsomhet» i ny finansavtalelov § 4-30 (3).

Som nevnt innledningsvis, retter Olga-svindel seg mot eldre personer, hvor svindlerne antar at disse har dårligere forutsetninger for å beherske de digitale verktøyene i dagens samfunn. Det at metoden benyttes mot personer som svindlere anser som digitalt «svake», medfører at det er naturlig at kundenes høye alder er et subjektivt forhold. Dette bør da få innvirkning på vurderingen av hvorvidt kunden kan klandres for tapet som har oppstått.

På den ene siden kan det hevdes at svindelmetoden er allment kjent, og at det har vært kampanjer som har hatt som formål å opplyse eldre brukere av BankID om svindelmetoden. Dette kan tale for at høy alder ikke kan benyttes som argument i formildende retning ved vurdering av kundens klanderverdighet.

På den andre side fremstår svindlerne ofte som svært profesjonelle, og metoden innebærer at svindleren oppstiller det som for kunden fremstår som en nødssituasjon. Dette medfører at det kan være vanskelig å områ seg når svindleren tar kontakt. I lys av lovgivers vilje uttalt i forarbeidene om at særlig eldre personer må vernes for svindel, taler dette for at alder *er* et subjektivt forhold som vil kunne vektlegges i formildende retning ved aktsomhetsvurderingen.⁸⁵

⁸⁴ NOU 2008:21 s. 105

⁸⁵ Innst. 104 L (2020-2021) s. 22

Hvorvidt kundens manglende språkkunnskap er et subjektivt forhold som skal tillegges vekt under skyldvurderingen, er behandlet i LB-2016-43622. Saken omhandlet en kvinne som hadde overlatt engangskodemekanisme og passord til BankID til sin ektemann, som deretter hadde tatt opp forbrukslån i hennes navn. Kvinnen anførte at hun ikke hadde opptrådt uaktsomt, ettersom hun ikke forsto språket, og heller ikke var kjent med BankID som betalingsverktøy fra tidligere. Lagmannsretten vektla kvinnens manglende norskkunnskaper i hennes disfavør, og kom frem til at kvinnen hadde opptrådt grovt uaktsomt, med den begrunnelse at hun ikke burde ha signert en avtale hun ikke forsto innholdet i.

Avgjørelsen fra lagmannsretten harmonerer dårlig med rammene for vurderingen av grov uaktsomhet etter ny finansavtalelov § 4-30 (3). Etter PSD2 skal *alle* omstendigheter tas i betraktning ved vurderingen, herunder også språkkunnskaper.⁸⁶ Om kunden ikke har forutsetninger for å kunne forstå innholdet i BankID-avtalen, er dette et moment som medfører at banken er nærmest å bære tapet ved å inngå avtalen med kunden, dersom de til tross for dette har inngått avtalen.

I hvilken utstrekning andre subjektive forhold omfattes av vurderingen, beror på hvilke forhold som ligger til grunn i hver enkelt sak. Slike andre subjektive forhold kan for eksempel være hvor presserende situasjonen fremstår for kunden. Dersom en svindler utgir seg for å være fra politiet eller banken, vil det være mindre betenkelig å gi fra seg BankID-informasjon til slike aktører, enn for eksempel til noen som utgir seg for å være fra for eksempel teleselskaper eller dagligvarehandler.⁸⁷ Forarbeidene til ny finansavtalelov gir imidlertid ikke føringer for hvilke andre forhold som vil kunne vektlegges. Siden PSD2 presiserer at *alle omstendigheter* ved pliktbruddet må tas i betraktning, vil det måtte foretas en helhetsvurdering fra sak til sak av hvilke subjektive forhold som vil være aktuelle å vektlegge i den konkrete saken.

3.2.3 Betydningen av forhold på betalingstjenesteyterens side

I forarbeidene til ny finansavtalelov uttaler departementet at det ikke uten videre kan legges til grunn at kunden har opptrådt med grov uaktsomhet, dersom tilbydereren ikke har gitt

⁸⁶ Innst. 104 L (2020-2021) s. 22

⁸⁷ Dette var tilfellet i FinKN-2019-985, hvor svindleren utga seg for å være fra Microsoft

tilstrekkelig veiledning om bruk av den elektroniske signatur ved utstedelse.⁸⁸ Denne uttalelsen bygger på at utstederen av betalingstjenesten er den som har de beste forutsetninger for å sikre bruken av betalingsinstrumentet, og for å bære et eventuelt tap dersom mislighold av avtalen skulle skje. Dette er i tråd med at ny finansavtalelov er en forbrukerlov, og at det derfor oppstilles regler som er ment å verne forbruker i møte med profesjonelle aktører.⁸⁹

Ny finansavtalelov § 3-31 regulerer betalingstjenesteyterens opplysningsplikt ved inngåelse av avtale om betalingstjenester med kunden. Plikten innebærer blant annet at betalingstjenesteyteren må opplyse kunden om reglene som fremgår av § 4-23 om kundens plikter, og herunder innholdet i BankID-avtalen. Dersom betalingstjenesteyteren ikke gir kunden tilstrekkelig informasjon, utgjør dette både et brudd på betalingstjenesteyterens plikter etter loven, og er et forhold som vil medføre at kravene som kan stilles til kunden lempes.

EU-kommisjonen har supplert PSD2 med en teknisk standard, som slår fast at betalingstjenesteytere plikter å ha «transaction monitoring mechanisms».⁹⁰ Disse mekanismene skal gjøre det mulig å oppdage unormal aktivitet på kundenes kontoer, som kan være «ikke godkjente betalingstransaksjoner».⁹¹ Mekanismene skal kunne analysere kundens *normale* aktivitet, og dermed fange opp eventuelle *unormale* aktiviteter. En plikt til å ha slike overvåkingssystemer følger også av hvitvaskingsregelverket.⁹²

Hvordan slike overvåkingssystemer fungerer kan eksemplifiseres slik: Dersom banken fanger opp at kunden Gjertrud på 95 år plutselig ønsker å foreta en betaling på kr 500 000 til en konto i en annen bank, og til vanlig bare benytter seg av debetkort på nærbutikken, bør det ringe en bjelle hos banken som formidler betalingstransaksjonen. Hvis betalingstjenesteyterens systemer i slike tilfeller ikke fanger opp den unormale aktiviteten, er det et forhold som kan tale for at vurderingen av kundens skyld bør være lempeligere. En slik svikt i betalingstjenesteyterens system er et forhold som må tas i betraktning under vurderingen av *alle omstendigheter* etter PSD2.

⁸⁸ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 187 øverst

⁸⁹ Ny finansavtalelov § 1-9 (1)

⁹⁰ Forordning (EU) 2018/389 artikkel 2 (1)

⁹¹ Jf. ny finansavtalelov § 4-30 (1)

⁹² Lov 01. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering § 39, jf. § 4 (1) bokstav a

Et tankekors som kan nevnes i relasjon til at bankene plikter å ha systemer som kan stoppe ikke godkjente betalingstransaksjoner, er hva som blir konsekvensen dersom systemene ikke hindrer slike transaksjoner. Svindel, herunder Olga-svindel, knytter seg til kriminell virksomhet. Dersom bankene ikke har systemer som i tilstrekkelig grad forhindrer at svindel forekommer, kan det tenkes at bankene indirekte støtter opp om kriminelle handlinger.

3.2.4 Avsluttende bemerkninger om skyldkravet «grov uaktsomhet» i saker om Olga-svindel

I vurderingen av skyldkravet «grov uaktsomhet» i ny finansavtalelov må det foretas en konkret vurdering av kundens klanderverdighet i forbindelse med pliktbruddet. Subjektive forhold på kundens- og betalingstjenesteyterens side må tas med i vurderingen, i henhold til kravet som oppstilles i PSD2.⁹³ Kundens klanderverdighet må i tillegg være «grov», som tilsier at ikke ethvert avvik fra normen vil omfattes av bestemmelsen.

Som nevnt i punkt 3.2.1, har samtlige avgjørelser som er avsagt etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3) om Olga-svindel, konkludert med at kunden har opptrådt med «grov uaktsomhet». På den ene siden er deling av BankID-informasjon til tredjepersoner klart i strid med kundens plikter etter ny finansavtalelov § 4-23 (1) og BankID-avtalen. Dette taler for at et brudd på pliktene minst må anerkjennes som «grovt uaktsomt» etter ny finansavtalelov § 4-30 (3).

Også eksempelet som er trukket frem i PSD2's fortale kan begrunne at frivillig deling av BankID-elementene må regnes som «grovt uaktsomt».⁹⁴ Dette fordi direktivet gir føringer for at brudd som følge av uforsvarlig oppbevaring, og herunder ufrivillig deling av informasjon med tredjepersoner som tilegner seg den, må anses som å falle innenfor skyldansvaret.

På den andre siden, må *alle omstendigheter* ved pliktbruddet tas i betraktning under vurderingen, jf. PSD2. Kravet fra direktivet åpner for at omstendigheter rundt pliktbruddet kan medføre at fremtidige saker om Olga-svindel *kan* kunne falle under terskelen for «grov uaktsomhet», og dermed falle inn under det objektive egenandelskravet etter ny finansavtalelov § 4-30 (2). Hverken de alminnelige domstoler eller Finansklagenemda Bank har behandlet spørsmålet om hvorvidt det objektive egenandelsansvaret kommer til

⁹³ Direktiv (EU) 2015/2366 fortale punkt 72 første og andre setning

⁹⁴ Direktiv (EU) 2015/2366 fortale punkt 72

anvendelse for saker om Olga-svindel. Det kan imidlertid tenkes at det vil bli et spørsmål for fremtidige saker som behandles etter ny finansavtalelov § 4-30 (3), dersom det er forhold på betalingstjenesteyterens – eller kundens side som tilsier at deling av BankID-informasjon til tredjepersoner ikke er grovt uaktsomt.

4 Forsettlig pliktbrudd etter ny finansavtalelov § 4-30 (4)

4.1 Rettslig utgangspunkt

Som nevnt blir kundens ansvar for tapet av den ikke godkjente betalingstransaksjonen større ut ifra hvilken grad hen kan klandres for at det har oppstått. Dersom vilkårene for forsett etter ny finansavtalelov § 4-30 (4) er oppfylt, blir kunden ansvarlig for hele tapet, og det er dermed det strengeste ansvaret kunden kan ilegges etter bestemmelsen. Ny finansavtalelov § 4-30 (3) lyder:

«Kunden svarer for hele tapet dersom tapet skyldes at kunden forsettlig har misligholdt sine plikter slik at kunden måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt.»

Kundens forsett må, på samme vis som for «grov uaktsomhet» etter § 4-30 (3), vurderes opp mot om hen har misligholdt «sine plikter».⁹⁵

Bestemmelsens ordlyd oppstiller tre kumulative vilkår for at skyldansvaret «forsett» skal være oppfylt. Det første er at kunden «forsettlig» må ha misligholdt sine plikter. Det andre vilkåret er at kunden «måtte forstå» at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt. I formuleringen «nærliggende fare» ligger skyldansvarets tredje og siste vilkår. Dette innebærer at et forsettlig pliktbrudd isolert sett ikke vil medføre at kunden holdes ansvarlig for hele tapet. Dersom pliktbruddet er forsettlig, men bestemmelsens øvrige vilkår ikke er oppfylt, må forholdet subsumeres under skyldkravet «grov uaktsomhet».

Vilkårene «forsettlig» og «måtte forstå» peker på to ulike vurderinger.⁹⁶ Vilkårene behandles derfor separat i punkt 4.2 og 4.3 nedenfor. Forholdet mellom vilkåret «måtte forstå» og «nærliggende fare» er videre nært sammenknyttet. Likevel må de anses som to separate vilkår, ettersom vurderingene av om kunden forsto og om faren misligholdet utgjorde var tilstrekkelig nær også legger opp til to ulike vurderinger. Se nærmere om dette i punkt 4.3 og 4.4 nedenfor.

⁹⁵ Se til punkt 2.3 for redegjørelse av innholdet i kundens plikter

⁹⁶ Som også lagt til grunn av Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt 10

Forsettkravet i ny finansavtalelov § 4-30 (4) er skjerpet fra gjeldende lov § 35 (3). Etter gjeldende rett kreves det kun at kunden forsettlig har unnlatt å oppfylle sine plikter om utstedelse og bruk for å bli ansvarlig for hele tapet. Ny finansavtalelov supplerer forsettkravet i gjeldende rett med et krav om at kunden «måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt». For de deler av ordlyden som sammenfaller i gjeldende og ny lov – forsettkravet - vil praksis og teori knyttet til innholdet i kravet i gjeldende rett gis tung rettskildevekt. For den del av ordlyden som er endret i ny finansavtalelov, vil ikke kilder tilknyttet gjeldende rett kunne belyse innholdet, og vil dermed heller ikke få vekt som rettskilde ved vurderingen av vilkårets innhold.

PSD2 artikkel 74 (2) hjemler at kunden skal bære hele tapet for ikke godkjente betalingstransaksjoner hvor kunden har utvist «intent or gross negligence» (forsett eller grov uaktsomhet) ved brudd på sine plikter etter artikkel 69. Artikkel 69 tilsvarer §§ 4-23 (1) og 4-24 (1) i ny finansavtalelov. Etter direktivet inntreder dermed fullt ansvar for kunden når det er påvist «grov uaktsomhet», og det vil derfor ikke være nødvendig å gå inn på en vurdering av kundens «forsett». Direktivet har da heller ikke gitt føringer for hva innholdet i skyldkravet «forsett» er. For analysen av ny finansavtalelov § 4-30 (4) vil ikke PSD2 tillegges rettskildevekt ved vurderingen av skyldkravets innhold, og analysen må gjøres med utgangspunkt i norsk rett.⁹⁷

Til tross for at PSD2 i utgangspunktet er et fullharmoniseringsdirektiv, åpner det for at nasjonalstatene kan begrense kundens ansvar i større grad enn hva direktivet gir føringer for. Dette gjelder imidlertid kun dersom kunden ikke har handlet «fraudulently nor intentionally failed to fulfil its obligations» (svikaktig eller forsettlig).⁹⁸ Dersom nasjonalstatene benytter denne adgangen, må det i vurderingen av kundens skyld tas med hvilke personlige sikkerhetsanordninger som er benyttet ved den ikke godkjente betalingstransaksjonen, og de konkrete forholdene som forelå på tapstidspunktet.⁹⁹ Lovgiver har benyttet seg av denne adgangen til å styrke forbrukervernet i form av skyldkravet forsett i ny finansavtalelov § 4-30 (4).¹⁰⁰

⁹⁷ Se blant annet fortalen til PSD2 avsnitt 72 og Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt 4

⁹⁸ Direktiv (EU) 2015/2366 artikkel 74 fjerde ledd

⁹⁹ Direktiv (EU) 2015/2366 artikkel 74 fjerde ledd siste setning

¹⁰⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 167

I den videre fremstilling vil innholdet i de tre vilkårene i ny finansavtalelov § 4-30 (4) redegjøres for separat.

4.2 Hva innebærer vilkåret om at kunden «forsettlig» har misligholdt sine plikter

4.2.1 Generelt om skyldansvaret «forsett» i privatretten

Skyldansvaret «forsett» innebærer at en handling er gjort med «hensikt» eller med «kunnskap om situasjonen».¹⁰¹ Forsett skiller seg fra de uaktsomme skyldansvarene, ved at det i skyldkravet ligger at «gjerningsmannen har med en viss viljeretning og en viss viten» utført pliktbruddet.¹⁰² Forsettkravet er best kjent og utviklet i strafferetten, hvor begrepet blir legaldefinert i straffeloven § 22.¹⁰³ Det strafferettslige forsettbegrepet skiller mellom «hensiktsforsett», «sannsynlighetsforsett» og «dolus eventualis».¹⁰⁴

Straffelovens forsettdefinisjon kan vanskelig overføres i sin helhet til privatretten.¹⁰⁵

Hagstrøm begrunner dette synspunkt med at handlingene som kan pådømmes innenfor strafferetten, knytter seg til lovbestemte straffebed. Straffebedene skiller seg fra kontrakterstatningsretten, hvor ansvaret bedømmes etter en helhetsvurdering av kontraktsforholdet og de faktiske omstendigheter.¹⁰⁶ På finansavtalelovens område er Hagstrøms synspunkt om forsett bekreftet gjennom praksis tilknyttet gjeldende finansavtalelov § 35 (3) og juridisk teori.¹⁰⁷

Innholdet i forsettkravet i ny finansavtalelov er ikke klarlagt i rettspraksis, ettersom loven ennå ikke har trådt i kraft. Det foreligger imidlertid en ny dom fra Høyesterett som klarlegger innholdet i forsettkravet etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3).

¹⁰¹ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 160

¹⁰² Røstad (1982) s. 274 – 297 punkt 1.3

¹⁰³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

¹⁰⁴ Straffeloven § 22 bokstav A, B og C

¹⁰⁵ Se blant annet Krüger (1968) s. 59 og Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) s. 335 - 366

¹⁰⁶ Hagstrøm mfl. (2021) s. 503

¹⁰⁷ Jf. blant annet HR-2022-1752-A avsnitt 49 og Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt 3

4.2.2 Forsettkravets innhold etter HR-2022-1752-A

4.2.2.1 Innledning

Høsten 2022 traff Høyesterett den første avgjørelsen om forsettkravet etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3) for saker om Olga-svindel. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om en kunde hadde opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig. I relasjon til dette vurderte Høyesterett om det kreves at kunden har vært vitende om pliktbruddet for at vilkåret om «forsett» etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3) skal være oppfylt.

4.2.2.2 Faktum i saken

En eldre kvinne hadde blitt oppringt av en som ga seg ut for å være en representant fra banken. Svindleren forledet kunden til å tro at det var kommet inn en lånesøknad i kundens navn. Dersom det ikke var kunden som hadde sendt inn denne søknaden kunne hun få hjelp av svindleren til å slette den ved å gi ut sin BankID-informasjon.

I løpet av en 16 minutter lang telefonsamtale oppga kunden sitt fødselsnummer, engangskoder fra bankbrikke og BankID-passord ni ganger. Underveis i samtalen mottok kunden en SMS med informasjon om at hennes kontaktinformasjon var endret i nettbanken. Kunden fikk da mistanke om svindelen, og gikk etter samtaleens slutt direkte til banken, som lå i nabobygget.

Den ansatte i kundens bank bekreftet mistanken. Det var i løpet av samtalen gjort fire betalinger fra kundens nettbank på til sammen kr 240 366. Av dette beløpet ble kr 87 126 senere tilbakeført kunden ved at betalingene ble stoppet av banken.

4.2.2.3 Analyse av Høyesteretts behandling av saken

Høyesterett i avdeling avsa enstemmig avgjørelse om at bankens anke skulle forkastes, da vilkåret om at kunden «forsettlig har unnlatt å oppfylle forpliktelsene» etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3), jf. § 34 (1), ikke var oppfylt.

Høyesteretts avgjørelse kan, som nevnt i punkt 4.1 ovenfor, ikke overføres i sin helhet som grunnlag for forståelsen av forsettkravet i ny finansavtalelov § 4-30 (4). Høyesterett tar ikke stilling til hvorvidt kundens forsett også må dekke tapspotensialet, og avgjørelsen får dermed

kun betydning for forståelsen av innholdet i første del av ny finansavtalelov § 4-30 (4) om at kunden «forsettlig har misligholdt sine plikter».¹⁰⁸

Førstvoterende foretok i avgjørelsens avsnitt 34 en ordlydsfortolkning av gjeldende finansavtalelov § 35 (3). Her uttalte han at formuleringen «unnlatt» tyder på at det er selve handlingen som ligger til grunn for vurderingen av skyldansvaret. Det medfører at det er tilstrekkelig at kunden objektivt sett har handlet i strid med sine plikter for at forsett skal kunne konstateres. Til tross for dette, anså retten det for mest nærliggende å forstå bestemmelsen slik at det kreves at forsettet omfatter pliktbruddet. Det innebærer at forsettet ikke kun knytter seg til den skadebetingende handlingen, som er deling av BankID-informasjon. Resonnementet ble begrunnet med at formuleringen «forpliktelsene» drar i retning av at kunden må ha hatt kunnskap om hvilke forpliktelser hen har, for at det skal kunne foreligge et forsettlig pliktbrudd. Dette blir videre underbygget med at dersom forsettet kun skulle være knyttet til pliktbruddet, uten bevissthet om at handlingen utgjør et pliktbrudd, ville bestemmelsen vært oppbygd annerledes.¹⁰⁹

Høyesteretts fremgangsmåte skiller seg fra både hvordan lagmannsretten, tingretten og Finansklagenemnda Bank gikk frem for å løse spørsmålet.¹¹⁰ De tidligere instansene vurderte om selve «forsett»-begrepet innebar et krav om at kunden måtte være bevisst på at handlingen utgjorde et brudd. Høyesterett foretar derimot ikke en tolkning av forsettbegrepet, men forholder seg til bestemmelsens øvrige formuleringer «unnlatt» og «forpliktelsene». Hvorfor Høyesterett velger denne fremgangsmåten, er ikke nærmere belyst.

Et problem som oppstår ved at Høyesterett ikke foretar en tolkning av innholdet i forsettbegrepet, er at de delene av bestemmelsen retten tolker, ikke blir videreført til ny finansavtalelov § 4-30 (4). I gjeldende finansavtalelov § 35 (3) benyttes formuleringen «forsettlig har unnlatt å oppfylle forpliktelsene». Ny finansavtalelov § 4-30 (4) benytter formuleringen «forsettlig har misligholdt sine plikter». Når Høyesterett begrunner sin forståelse av «forsett»-vilkåret i en ordlyd som ikke videreføres, vil en naturlig konsekvens være at avgjørelsen får begrenset overføringsverdi til ny lov.

¹⁰⁸ HR-2022-1752-A avsnitt 52

¹⁰⁹ HR-2022-1752-A avsnitt 37

¹¹⁰ LE-2021-70115, TGLOM-2020-156504 og FinKN-2020-706

Til tross for dette, vil formuleringene «forpliktelsene» og «sine plikter» inneha den samme funksjon i gjeldende og ny lov. Det er ikke uttalt i ny finansavtalelovs forarbeid at endringen i bestemmelsens ordlyd er ment å endre dens funksjon, ut over å styrke forbrukervernet. På denne bakgrunn vil Høyesteretts tolkning av ordlyden «forpliktelsene» få overføringsverdi til ny finansavtalelov § 4-30 (4).

Videre, i avsnitt 39 til 44, søkte retten å underbygge sin forståelse av ordlyden i gjeldende finansavtalelov § 35 (3) i uttalelser fra forarbeidene til både gjeldende og ny finansavtalelov.¹¹¹ Ingen av forarbeidene uttaler seg om innholdet i forsettkravet i gjeldende lov, ut over at det plasseres etter grov uaktsomhet i en aktsomhetsvurdering.¹¹²

Høyesterett trakk videre frem praksis fra Finansklagenemnda Bank.¹¹³ I saker fra nemnda om Olga-svindel, har nemnda som tidligere nevnt konsekvent landet på at vilkåret om «forsett» ikke har vært oppfylt.¹¹⁴ Nemnda har imidlertid kommet til sin konklusjon ved å vektlegge at kunden forsettlig har delt sin BankID-informasjon, men har vært i *unnskyldelig* villfarelse. Dette har medført at kunden ikke holdes ansvarlig.

Til tross for at Høyesterett landet på samme resultat som Finansklagenemnda Bank har gjort i tilsvarende saker, har fremgangsmåten vært vesensforskjellig. Begrunnelsen for at Høyesterett ikke benytter samme fremgangsmåte som nemnda, fremkommer i avgjørelsens avsnitt 49. Her uttaler Høyesterett at «føresegna om rettsvillfaring gjev lite rettleiing i privatretten».¹¹⁵ Med dette tar Høyesterett avstand fra hva som har vært diskutert i de tidligere instansene i samme sak, samt konsekvent praksis fra Finansklagenemnda Bank. I disse har kundens *unnskyldelige* villfarelse blitt gitt avgjørende vekt ved vurderingen av om forsettvilkåret i gjeldende finansavtalelov § 35 (3), er oppfylt.

Høyesterett avskjærer dermed spørsmålet om at kundens *unnskyldelige* villfarelse må vurderes for spørsmålet om forsettvilkåret er oppfylt. På grunn av dette, kan avgjørelsen tas til

¹¹¹ HR-2022-1752-A avsnitt 39-44, med videre henvisning til Ot.prp. nr.94 (2008-2009), NOU 2008:21, Prop. 92 LS (2019-2020) s. 186 og Innst. 104 L (2020-2021) s. 20

¹¹² HR-2022-1752-A avsnitt 39, med videre henvisning til NOU 2008:21 s. 97-98

¹¹³ HR-2022-1752-A avsnitt 46

¹¹⁴ Se punkt 3.2.1

¹¹⁵ HR-2022-1752-A avsnitt 49

inntekt for at *enhver* villfarelse fra kundens side vedrørende sine plikter, vil være tilstrekkelig for å utelukke at vilkåret «forsett» er oppfylt. Dersom denne løsningen legges til grunn for forståelsen av ny finansavtalelov § 4-30 (4), vil det innebære at en kunde som ikke setter seg inn i sine avtaleforpliktelser, blir bedre stilt enn den kunde som lojalt setter seg inn i de avtaler hen forplikter seg til. Dette argumentet var fremmet av banken under behandlingen i de tidligere instanser, men er ikke nevnt i Høyesteretts avgjørelse.

En problemstilling som oppstår i kjølvannet av Høyesteretts forståelse av innholdet i forsettvilkåret, er hvilke momenter som skal vektlegges ved vurderingen av om kunden har vært i villfarelse. Avgjørelsen går ikke nærmere inn på dette. Når det ikke er nevnt hvilke momenter som vil kunne tale for at kunden har vært i en villfarelse som utelukker forsett, vil regelen Høyesterett oppstiller bli vanskelig å praktisere for domstolene i etterfølgende saker. Et moment som kunne vært aktuelt å drøfte i denne forbindelse, er hvor lang tid det har gått siden kunden påtok seg sine forpliktelser før svindelen skjedde. Et annet er hvilke subjektive forhold på kundens side som kan tale for eller mot at kunden faktisk har vært i en villfarelse som frir hen fra ansvar som følge av forsett.

I den aktuelle saken for Høyesterett hadde kunden underskrevet BankID-avtalen med banken fire år før svindelen. Kunden hadde for tingretten erkjent at hun på tidspunktet for avtaleinngåelsen ble forvisset av representanten fra banken om at hun forsto hvilke plikter som fulgte av avtalen. Senere, ved behandlingen for lagmannsretten, anførte kunden at hun hadde forstått at kodene ikke kunne deles, men at hun ikke tenkte at banken kvalifiserte som «noen». Kunden var pensjonist, hvilket kunne vært et moment som talte for at hun var i større fare for å havne i en unnskyldelig rettsvillfarelse, enn for eksempel en yngre person som er vokst opp med dagens teknologi.

Når det ikke er nevnt av Høyesterett at de overnevnte momentene skal inngå i en vurdering av kundens villfarelse, drar det i retning av at Høyesterett legger til grunn en rent objektiv vurdering av villfarelse. Dette medfører at kunden, uavhengig av egne subjektive forhold, kan anføre villfarelse og fritas for ansvar etter også ny finansavtalelov § 4-30 (4).

Videre, i avsnitt 47 og 48, så førstvoterende hen til juridisk teori for å finne ytterligere støtte for sin tolkning av «forsett»-vilkåret i gjeldende finansavtalelov § 35 (3). Av dette ble det utledet at det på kontraktsrettens område i det minste må gjelde et krav om *bevissthet* om at

handlingen utgjør et pliktbrudd, for at forsett skal kunne konstateres.¹¹⁶ Synspunktet stemmer overens med Høyesteretts konklusjon. Det synes imidlertid ikke å ha blitt gitt avgjørende vekt i rettens konklusjon.¹¹⁷ Dette fordi synspunktet knytter seg til den mer generelle forståelse av «forsett» i privatretten, og ikke spesifikt for finansavtalelovens område.

Med utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd og systembetragtninger, konkluderte Høyesterett med at det må kreves at kunden har vært bevisst på at den skadebetingende handlingen også utgjør et pliktbrudd for at hen skal komme i ansvar etter gjeldende finansavtalelov § 35 (3).¹¹⁸ Bevisvurderingen var ikke påanket av banken, og dermed måtte Høyesterett legge til grunn lagmannsrettens konklusjon om at kunden ikke var klar over pliktbruddet på handlingstidspunktet, og dermed ikke hadde opptrådt forsettlig.¹¹⁹

Avgjørelsen tar avstand fra løsningen som har blitt lagt til grunn av de underordnede domstoler og Finansklagenemnda Bank, som har tatt utgangspunkt i en vurdering av kundens *unnskyldelige villfarelse*.¹²⁰ Høyesteretts konklusjon tas til inntekt for at enhver villfarelse vil utelukke forsett i gjeldende finansavtalelov § 35 (3).

Forståelsen av innholdet i forsettkravet som Høyesterett bygger sin avgjørelse på, vil være i tråd med et av hensynene PSD2 og ny finansavtalelov søker å styrke – forbrukervernet. Det sikrer kundene som blir lurt til å gi fra seg sin BankID-informasjon, og bidrar til at bankene må bære tapet i tilfeller av Olga-svindel. Imidlertid vil en slik forståelse svekke hensynet til et effektivt betalingssystem. Ved at kunder kan anføre villfarelse, og dermed unndra seg ansvar etter ny finansavtalelov § 4-30 (4), vil bankene bli tvunget til å sikre seg mot å måtte bære tapet i svindeltilfellene på andre måter.

Avgjørelsen fra Høyesterett er som nevnt den første som omhandlet forsettkravet i saker om Olga-svindel etter gjeldende finansavtalelov § 35. Av denne grunn vil Høyesteretts uttalelser måtte tillegges betydelig vekt ved fremtidige saker om denne type svindel.¹²¹ Avgjørelsen kan

¹¹⁶ HR-2022-1752-A avsnitt 47-48, med videre henvisning til Hagstrøm mfl. (2021) s. 501 - 506

¹¹⁷ HR-2022-1752-A avsnitt 50

¹¹⁸ HR-2022-1752-A avsnitt 50

¹¹⁹ HR-2022-1752-A avsnitt 51

¹²⁰ Se blant annet FinKN-2020-706, TGLOM-2020-156504 og LE-2021-70115

¹²¹ Skoghøy (2018) s. 131 flg.

kritiseres for å komme til kort ved vektingen av de ulike hensynene som begrunner regelen, samt for ikke å gå dypere inn i avgjørelsens overføringsverdi til ny finansavtalelov, som er nært forestående. Som nevnt kan ikke avgjørelsen i sin helhet overføres til ny finansavtalelov, men forståelsen som legges til grunn for innholdet i forsettkravet, medfører i seg selv at kunden aldri vil bli ansvarlig, så fremt hen anfører at hen ikke visste om sine forpliktelser etter BankID-avtalen.

4.2.3 Sammenfatning av innholdet i vilkåret «forsett» for Olga-svindel

Forsett krever, som vist til ovenfor, at kunden har utført den skadebetingende handlingen med bevissthet om at handlingen utgjør et pliktbrudd.

Etter HR-2022-1752-A vil ikke en vurdering av unnskyldelig villfarelse – faktisk eller rettslig - være relevant ved vurderingen av om kunden har opptrådt forsettlig.¹²² Dette har tradisjonelt, gjennom konsekvent praksis fra Finansklagenemnda Bank, vært lagt til grunn som et avgjørende moment ved skyldvurderingen i saker om Olga-svindel. Selv om nemndas avgjørelser skal tillegges betydelig vekt, vil Høyesteretts forståelse av vilkåret ha avgjørende vekt for innholdet i skyldansvaret. Når Høyesterett har valgt å ikke ta utgangspunkt i nemndas praksis, vil den trumfes av Høyesteretts avgjørelse i etterfølgende saker.

Avgjørelsen medfører at så lenge kunden har vært i villfarelse, er forsett etter ny finansavtalelov § 4-30 (4) utelukket. I tilfeller av Olga-svindel, hvor kunden blir fralurt sin BankID-informasjon av svindlere som utgir seg for å være fra bank, politi eller lignende, vil det som regel alltid foreligge villfarelse dersom kunden gir fra seg BankID-informasjon.

4.3 Hva innebærer vilkåret om at kunden «måtte forstå»?

I teorien har det blitt diskutert om det privatrettslige forsettkravet også innebærer at kontraktsparten må ha hatt forsett om handlingens følger, så vel som handlingen i seg selv.¹²³ Lovgiver har, ved å implementere vilkåret om at kunden «måtte forstå» i ny finansavtalelov § 4-30 (4), søkt å presisere forsettkravet på finansavtalelovens område. Vilkåret om at kunden «måtte forstå» er imidlertid nytt fra gjeldende finansavtalelov, og hva som kreves for at vilkåret skal være oppfylt, er uavklart.

¹²² Se Kjørven (2022) punkt 3

¹²³ Hagstrøm mfl. (2021) s. 503

Bestemmelsens ordlyd peker på at kundens forståelse på handlingstidspunktet er avgjørende for vurderingen av om vilkåret er oppfylt. En naturlig språklig forståelse formuleringen «måtte forstå» tilsier at terskelen er høyere enn for de tilfeller kunden «burde forstått» at hans handling kunne medføre et tap.¹²⁴ Ordlyden grenser imidlertid oppad mot tilfeller hvor kunden «forsto» at handlingen var skadebetingende.

Det har vært en målsetting at reglene om misbruk av elektronisk signatur og ikke godkjente betalinger følger samme system.¹²⁵ Ordlyden i henholdsvis ny finansavtalelov §§ 3-20 om misbruk av elektronisk signatur, og 4-30 om ikke godkjente betalingstransaksjoner, er derfor sammenfallende. Uttalelsene i forarbeidene tilknyttet § 3-20 vil dermed også være relevante for vurderingen av innholdet i forsettkravet ved ikke godkjente betalinger.¹²⁶

I lovproposisjonen tilkjenner departementet usikkerheten som har hersket i teorien om hvorvidt kundens forsett må omfatte tapet, eller om det er tilstrekkelig at forsettet omfatter kontraktsbruddet eller overtredelse av atferdsnormen.¹²⁷ Videre uttales det at ansvar for hele det oppståtte tapet «bør være forbeholdt tilfeller der rettighetshaveren med forsett har satt seg ut over tjenesteyterens sentrale interesser eller tilsidesetter sikkerhetsordninger som er avgjørende at blir fulgt ved normal bruk (...), for eksempel ved at sikkerhetsordningene (...) med forsett deles med andre. (...) departementet ser ikke behov for å gå så langt som å kreve at forsettet må omfatte tapet».

Departementet foreslår deretter, i Prop.92 LS (2019-2020), at lovteksten i ny finansavtalelov § 4-30 (4) skal lyde «[k]unden svarer for hele tapet dersom tapet skyldes forsettlige forhold på kundens side». Dette forslaget blir forkastet i Finanskomiteens endelige vedtak, hvor ordlyden i bestemmelsen blir endret til slik den står i dag.

Siden lovproposisjonen ikke fremmet forslag om at skyldansvaret «forsett» i ny finansavtalelov omfatter at kunden «måtte forstå» hvilke konsekvenser pliktbruddet

¹²⁴ Formuleringen «burde» forstått/innsett peker mot en vurdering av *simpel uaktsomhet*, jf. blant annet Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 165 og Kjelland (2016) s. 102

¹²⁵ Som nevnt i punkt 3.2.2

¹²⁶ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 186

¹²⁷ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 186

innebærer, vil proposisjonen ikke kunne tillegges vekt ved vurderingen av innholdet i kravet om at kunden «måtte forstå» hvilket tap handlingen kunne medføre.

Om innholdet i vilkåret «måtte forstå», uttales det i Innst. 104 L (2020-2021) at kunder som har fått bistand til å betale regninger på en slik måte at hjelperen får tilgang til kundens BankID-informasjon, ikke nødvendigvis «måtte forstå» at det forelå en nærliggende fare for misbruk.¹²⁸ Av dette utledes det at selv om kunden forsettlig har delt sin BankID-informasjon med andre i strid med BankID-avtalen, vil ikke dette alene være tilstrekkelig for at vilkåret om at kunden «måtte forstå» at det forelå en nærliggende fare for misbruk være oppfylt. Det må dermed foreligge andre momenter ved deling av informasjonen som medfører at vilkåret er oppfylt.

Innholdet i vilkåret «måtte forstå» og tilsvarende formuleringer slik som «måtte kjenne til» på kontraktsrettens område, er nærmere drøftet i juridisk teori. Hov og Høgberg uttaler at vilkåret tradisjonelt er oppfattet som et vilkår om «grov uaktsomhet».¹²⁹ Synspunktet underbygges av Høyesterett i Rt. 2002 s. 1110. Avgjørelsen gjennomgår selgers opplysningsplikt etter kjøpsloven § 19 (1) bokstav b.¹³⁰ I den anledning behandles det tilsvarende vilkåret «måtte kjenne til». På avgjørelsen side 1120 uttaler førstvoterende at det avgjørende ikke er om selger har hatt positiv kunnskap, men heller om hen «har hatt noen rimelig unnskyldning for å være uvitende om forholdet».¹³¹ Disse kildene trekker i retning av at det må foretas en vurdering av kundens *grove uaktsomhet* i relasjon til om vilkåret «måtte forstå» etter ny finansavtalelov § 4-30 (4) er oppfylt.

Den tradisjonelle forståelsen av vilkåret synes imidlertid å være lite forenelig med uttalelser i forarbeidet til ny finansavtalelov, hvor det uttales at vilkåret vil:

«føre til at norske regler om misbruk av elektroniske signaturfremstillingsdata vil samsvare med de tilsvarende reglene i det reviderte betalingstjenestedirektivet slik disse blir praktisert i Sverige og Danmark, som for øvrig samsvarer med alminnelige regler om skadeserstatning hvor forsett foreligger når skadevolderen

¹²⁸ Innst. 104 L (2020-2021) s. 21-22

¹²⁹ Hov og Høgberg (2017) s. 151 – 152, med videre henvisning til Ot.prp nr. 80 (1986-1987) s. 62

¹³⁰ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp

¹³¹ Rt. 2002 s. 1110 s. 1120

holder det for mest sannsynlig («måtte forstå») at den aktuelle skaden vil inntreffe som et resultat av skadelidtes handling.»¹³²

Uttalelsen i innstillingen om at vilkåret er oppfylt når kunden holdt det for «mest sannsynlig» at skaden inntraff som følge av pliktbruddet, drar i retning av at det oppstilles krav om *sannsynlighetsforsett* med hensyn til følgene.¹³³ Denne forståelsen av innholdet i vilkåret samsvarer ikke med forståelsen av likelydende vilkår i øvrige regler på kontraktsrettens område, hvor vilkåret «måtte forstå» er oppfattet som en vurdering av kundens klanderverdighet. Sannsynlighetsforsett med hensyn til følgene av pliktbruddet er også kritisert i juridisk teori. Hagstrøm uttaler at forsett med hensyn til følgen er upraktikabelt i praksis, ettersom kontraktsparten lett kan unngå ansvar ved å anføre at hen ikke holdt følgene som sannsynlige.¹³⁴

Henvisningen til svensk og dansk rett, som det norske regelverket søker å harmonisere med, byr på øvrig dissonans når det gjelder innholdet i vilkåret «måtte forstå».

Etter svensk rett oppstilles det ikke krav om forsett, men heller et krav om at kunden har opptrådt «særskilt klandervært».¹³⁵ Ordlyden i den svenske regelen forstås som at fullt ansvar for tapet for kunden inntreffer ved kvalifiserte former for grov uaktsomhet, men krever ikke at det er gjort et bevist pliktbrudd, slik som norsk rett krever.¹³⁶ Dette medfører også at det ikke oppstilles krav om forsett med hensyn til følgene, men heller at det gjøres en vurdering av kundens klanderverdighet, slik vilkåret også oppfattes av norsk juridisk teori.¹³⁷

I dansk rett er kunden som utgangspunkt ansvarlig for hele tapet dersom kunden forsettlig har misligholdt sine plikter.¹³⁸ Utgangspunktet synes imidlertid å justeres ved at det kreves at kunden «indså eller burde have indset, at der var risiko for misbrug» når hen forsettlig har utstyrt en tredjeperson med betalingsverktøyet.¹³⁹ Den danske regelen oppstiller at kunden

¹³² Innst. 104 L (2020-2021) s. 22

¹³³ Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt 9

¹³⁴ Hagstrøm mfl. (2021) s. 504

¹³⁵ Lagen (2010:751) om betaltjänster kapittel 5a § 3

¹³⁶ Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt 8.3

¹³⁷ Jf. blant annet Hov og Høgberg (2017) s. 151 – 152 og Ot.prp nr. 80 (1986-1987) s. 62

¹³⁸ Lov nr 652 af 08/06/2017 om betalinger § 100 stk 2 (andre avsnitt)

¹³⁹ Lov nr 652 af 08/06/2017 om betalinger § 100 stk 5 (femte avsnitt)

«burde» ha innsett at det var risiko for misbruk at vilkåret skal være oppfylt. Dette forstås slik at det kun må foreligge klanderverdighet med hensyn til følgende, og ikke forsett, slik uttalelsen i innstillingen legger føringer for.

Uttalelsen i innstillingen til ny finansavtalelov slår fast at forståelsen av vilkåret «måtte forstå» skal harmonisere med svensk og dansk rett. Uttalelsen hevder imidlertid også at vilkåret krever sannsynlighetsforsett for å være oppfylt.¹⁴⁰ Som vist til ovenfor, krever ikke svensk og dansk rett sannsynlighetsforsett med hensyn til følgen av pliktbruddet, men kun en vurdering av kundens klanderverdighet i relasjon til følgene. Ved at forarbeidene til ny lov er motstridende, skapes det uklarhet om hva som er innholdet i vilkåret «måtte forstå». Ved slik uklarhet, må det ses hen til den naturlige språklige forståelsen av ordlyden i ny finansavtalelov § 4-30 (4), og herunder hvordan vilkåret er tolket i de øvrige kontraktlovene.

Vilkåret «måtte forstå» er tradisjonelt oppfattet som et krav om klanderverdighet på kundens hånd. Denne forståelsen er nærliggende å legge til grunn også for ny finansavtalelovs vedkommende, særlig med hensyn til at det ved innføringen av vilkåret søkes å harmonisere lovverket med svensk og dansk rett, hvor denne forståelsen er lagt til grunn. Dette medfører at det må foretas en vurdering av kundens klanderverdighet med hensyn til følgene ved vurderingen av om vilkåret «måtte forstå» i ny finansavtalelov § 4-30 (4) er oppfylt.

4.4 Hva innebærer vilkåret om «nærliggende fare» for misbruk?

Det tredje og siste vilkåret for at kunden skal komme i fullt ansvar for den ikke godkjente betalingstransaksjonen, er at kundens forsettlige pliktbrudd må ha innebåret en «nærliggende fare» for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt.

Ordlyden «nærliggende fare» er ikke videre presisert i ny finansavtalelov § 4-30 (4). En naturlig språklig forståelse av formuleringen avgrenser mot de mer perifere farene som kan tenkes oppstått ved kundens pliktbrudd.

Bestemmelsens forarbeider uttaler seg noe tvetydig om hva vilkåret innebærer. Som for vilkåret «måtte forstå», er heller ikke vilkåret «nærliggende fare» foreslått i lovproposisjonen, men ble inntatt i bestemmelsens ordlyd etter behandlingen i Stortinget. På grunn av dette har

¹⁴⁰ Innst. 104 L (2020-2021) s. 22

kun mindretallet fra partiene Høyre og Venstre uttalt seg om hva vilkåret er ment å omfatte. Disse medlemmene trekker frem som eksempel på tilfeller hvor vilkåret «nærliggende fare» ikke er oppfylt, hvor kunden har fått hjelp til å betale regninger, og at uvedkommende derfor har fått kjennskap til personlig sikkerhetsinformasjon.¹⁴¹ Videre uttales det at:

«[S]iden den personlige sikkerhetsinformasjon ikke alene er tilstrekkelig til å utføre misbruk, kan det at uvedkommende kjenner slik informasjon, heller ikke alene være tilstrekkelig for å si at vedkommende måtte forstå at det forelå en nærliggende fare for misbruk. Situasjonen vil derfor i mange tilfeller falle utenfor ansvarsbegrensningen etter fjerde ledd, idet svindleren også må ha tilgang til å bruke de elektroniske signaturfremstillingsdataene».¹⁴²

Uttalelsen er noe vanskelig å få grep om, men det kan virke som om medlemmene gjennom uttalelsens første setning, sikter til bevisreglene i ny finansavtalelov § 3-7. Som nevnt i punkt 2.5, regulerer bestemmelsens andre ledd at det ikke er tilstrekkelig for betalingstjenesteyteren å kun bevise at betalingsinstrumentet er korrekt brukt for at kunden kan holdes ansvarlig for tapet. Det er imidlertid uklart hvordan uttalelsen klargjør innholdet i vilkåret «nærliggende fare».

Eksempelet som trekkes frem kan forstås som at når svindleren innehar den personlige sikkerhetsinformasjonen til kunden, samt tilgang til å bruke denne, vil vilkåret «nærliggende fare» være oppfylt. I praksis vil dette innebære at svindleren må ha tilgang til både fødselsnummer, engangskodemekanisme og passord til BankID, samt inneha en mulighet til å benytte disse, for å foreta svindel. Slik tilgang vil kunne oppnås ved å ha mulighet til å bruke internett og logge seg inn i kundens nettbank ved hjelp av sikkerhetsinformasjonen.

Eksempelet kan også leses som at selv om svindleren innehar den personlige sikkerhetsinformasjonen, og har tilgang til å bruke denne, vil det kreves noe mer for at vilkåret «nærliggende fare» er oppfylt. For eksempel kan den uvedkommende sin relasjon til kunden få betydning. Å dele BankID-informasjon med en nærstående, sammenlignet med å dele informasjon med en fremmed som tar kontakt over telefon, vil være vesensforskjellig. Det er større grunn til å betvile en fremmeds hensikt med BankID-informasjon, enn det er for

¹⁴¹ Innst. 104 L (2020-2021) s. 21

¹⁴² Innst. 104 L (2020-2021) s. 21-22

en nærstående som bistår med å betale regninger. Hvorvidt dette er et forhold som kan vektlegges ved vurderingen av vilkåret om at kunden måtte forstå at det forelå en «nærliggende fare» for misbruk, er forarbeidene til ny finansavtalelov imidlertid taus om.

Av forarbeidene kan det ikke utledes en klar regel for når vilkåret om «nærliggende fare» er oppfylt. På bakgrunn av denne uklarheten, er det relevant å se på hva formuleringen innebærer på andre rettsområder.

«Nærliggende fare» er best utviklet som vilkår i straffeprosessen.¹⁴³ Vilkåret er oppfattet slik at det må foreligge en *reell og konkret fare* for å være oppfylt.¹⁴⁴ Det er videre forstått slik at det kreves minst sannsynlighetsovervekt for at faren skal inntreffe, for at vilkåret skal være oppfylt.¹⁴⁵

Selv om strafferettens termer ikke uten videre kan overføres til privatretten, vil straffeprosessrettens oppfatning av vilkåret «nærliggende fare» ikke være ubetydelig.¹⁴⁶ Den underbygger den naturlige språklige forståelsen av vilkåret for ny finansavtalelov § 4-30 (4). Dette fordi de rent teoretiske farene ikke vil omfattes, men at det kreves noe mer for å konstatere at faren er «nærliggende».

Deling av BankID-informasjon vil *alltid* innebære en risiko for at informasjonen kan bli misbrukt. Det er imidlertid vanskelig å forutse om den som informasjonen deles med, med sannsynlighetsovervekt vil benytte informasjonen til å foreta svindel. Den potensielle faren som alltid vil foreligge ved å dele BankID-informasjon, er dermed lite kompatibel med straffeprosessens oppfatning om at det må foreligge en *reell og konkret fare*. Forarbeidene til ny finansavtalelov uttaler at det er opp til domstolene å avgjøre om kunden kan bebreides slik at det foreligger forsett, og herunder om vilkåret om «nærliggende fare» er oppfylt for kunden.¹⁴⁷ Dette underbygges av Kjørven, som uttaler at det sentrale må være «om det i den

¹⁴³ Se for eksempel lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker § 171 annet ledd nr. 2, § 186 A første ledd og § 198 annet ledd nr. 3

¹⁴⁴ Jf. blant annet Rt. 1996 s. 1089, Rt. 1997 s. 1902 og Rt. 2001 s. 280

¹⁴⁵ Se blant annet Huitfeldt (2019) s. 27 - 52

¹⁴⁶ Se punkt 4.2.1 for nærmere redegjørelse

¹⁴⁷ Innst. 104 L (2020-2021) s. 21

konkrete situasjonen var en fare for misbruk ettersom deling av sikkerhetsinformasjon alltid vil innebære en generell risiko for misbruk».¹⁴⁸

I lys av de overnevnte kilder, må det foretas en konkret vurdering av hvorvidt vilkåret om «nærliggende fare» er oppfylt. Momentene som skal tas med i vurderingen er ikke spesifisert i ny finansavtalelov § 4-30 (4) eller dens forarbeider. Det er altså ikke tilstrekkelig for å oppfylle forsettkravet, at kunden eksempelvis får hjelp til å betale regninger, og dermed deler sikkerhetsinformasjonen. Det er derfor nærliggende å tro at det må være noe annet ved den konkrete situasjonen som gir kunden grunn til å tro at hjelperen vil misbruke informasjonen hen har fått for at vilkåret skal være oppfylt.¹⁴⁹

4.5 Avsluttende bemerkninger om skyldkravet «forsett» i saker om Olga-svindel

Vilkårene i ny finansavtalelov § 4-30 (4) er kumulative, som medfører at samtlige tre vilkår som er behandlet ovenfor må være oppfylt for at kunden skal komme i ansvar for det fullstendige tapet.

For at vilkåret om at kunden «forsettlig» har misligholdt sine plikter skal være oppfylt, må kunden etter HR-2022-1752-A vært bevisst på at hens handling utgjør et pliktbrudd. Dette innebærer at vilkåret ikke er oppfylt så lenge kunden er i villfarelse om hva hens plikter etter BankID-avtalen er. Forståelsen som er lagt til grunn i HR-2022-1752-A, medfører at forsettvilkåret innebærer en ren bevisregel, og ikke en aktsomhetsvurdering, slik den tidligere er forstått. Dernest innebærer vilkåret «måtte forstå», at kunden har handlet med grov uaktsomhet i relasjon til følgene av pliktbruddet. Hva som utgjør en «nærliggende fare» for misbruk, må deretter avgjøres etter en konkret vurdering av momenter i den aktuelle saken.

Som nevnt under punkt 4.2.3, vil vilkåret om at kunden «forsettlig har misligholdt sine plikter», som regel aldri være oppfylt i saker om Olga-svindel, siden svindelen beror på at kunden er i villfarelse om at en ikke kan dele informasjon om sitt betalingsinstrument med den institusjon svindleren utgir seg å være fra. Det vil derfor i mange tilfeller ikke være

¹⁴⁸ Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt 9

¹⁴⁹ Innst. 104 L (2020-2021) s. 22

nødvendig å vurdere hvorvidt vilkårene «måtte forstå» at misligholdet kunne innebære en «nærliggende fare» for misbruk, er oppfylt.

Dersom kunden er klar over sine plikter etter BankID-avtalen, men likevel velger å oppgi sin BankID-informasjon til svindleren, er det klart at det foreligger et forsettlig pliktbrudd. Det kan imidlertid vanskelig tenkes tilfeller hvor dette scenarioet vil oppstå, siden en kunde som er bevisst på sine plikter, sjeldent vil bryte disse. Dersom dette likevel skjer, må kunden ha utvist grov uaktsomhet med hensyn til følgene av pliktbruddet, samt at de konkrete momentene i saken må medføre at faren for misbruk kan antas å være nærliggende.

Terskelen for at kunden skal komme i fullstendig ansvar, må etter dette karakteriseres som svært høy. I ingen av tilfellene som har blitt behandlet i de ordinære domstolene eller i Finansklagenemnda Bank, ville kunden ha opptrådt med forsett etter ny finansavtalelov § 4-30 (4). Det kan også vanskelig tenkes scenarioer hvor samtlige vilkår for bestemmelsen er oppfylt. Dette er svært positivt for kunder som er utsatt for Olga-svindel, da de som regel kun vil bli ansvarlig for kr 12 000 etter ny finansavtalelov § 4-30 (3). For betalingstjenesteyterne medfører det derimot at de blir ansvarlig for å dekke store deler av tapene som oppstår som følge av Olgas-svindel.

5 Avslutning

En viktig forutsetning for at digitale betalingstjenester skal kunne benyttes, er at de må være sikre for brukerne. På bakgrunn av dette, har en styrking av forbrukernes rettigheter vært en viktig målsetting for lovgiver ved vedtakelsen av ny finansavtalelov.¹⁵⁰

Som avhandlingen har vist, har det stor betydning hvorvidt kunden har handlet med grov uaktsomhet eller forsett i saker om Olga-svindel. Vurderingen av grov uaktsomhet etter ny finansavtalelov § 4-30 (3) utgjør en vurdering av kundens skyld, mens vurderingen av kundens forsett etter § 4-30 (4) utgjør en bevisregel. Når kundens forsett ikke kan bevises, har domstolene til nå landet på at vilkåret om grov uaktsomhet i hvert fall er oppfylt.¹⁵¹

Presiseringen i HR-2022-1752-A, og endringen av skyldkravet forsett i ny finansavtalelov § 4-30 (4), medfører at det oppstilles en svært høy terskel for at kunden vil bli ansvarlig for det fullstendige tapet hvor hen er utsatt for Olga-svindel. Endringen er i tråd med formålet som ligger bak PSD2 og ny finansavtalelov om å styrke vernet for forbrukere som benytter digitale betalingstjenester.¹⁵² Samtidig medfører det at betalingstjenesteyterne – bankene – får et større insentiv til å se hvordan de kan bidra til å forhindre Olga-svindel i fremtiden. Som nevnt under punkt 3.4.3, plikter betalingstjenesteytere å benytte elektroniske overvåkingssystemer for å oppfylle sine plikter etter teknisk standard til PSD2 og antihvitvaskregelverket. En forbedring av disse systemene vil kunne gjøre at flere betalinger som er gjort som ledd i Olga-svindel forhindres.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om denne forståelsen av ny finansavtalelov § 4-30 (4) gir utslag i en god regel. En målsetting for EØS-avtalen er at det skal være ensartethet i medlemsstatenes lovgivning.¹⁵³ Når PSD2 åpner opp for at nasjonalstatene selv kan oppstille ulike skyldkrav, samt at innholdet i skyldkravene skal baseres på nasjonal rett, strider det imot målsettingen.

Dersom den norske regelen i stedet hadde blitt utformet med et krav om at kunden blir ansvarlig for hele tapet i tilfeller av kvalifisert former for grov uaktsomhet, slik som i svensk

¹⁵⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 10

¹⁵¹ Etter blant annet HR-2022-1752-A, FinKN-2020-707 og FinKN-2020-964

¹⁵² Direktiv (EU) 2015/2366 fortale punkt 7 og Prop. 92 LS (2019-2020) s. 10

¹⁵³ EØS-avtalen fortale avsnitt 5 og 16

rett, ville det harmonisert bedre med svensk retts gjennomføring av PDS2.¹⁵⁴ En slik regel ville også vært enklere å praktisere, da den ville sikret en oppbygging av ny finansavtalelov § 4-30, hvor kundens ansvar *faktisk* ble suksessivt større ut ifra hvilken skyld hen har opptrådt med. Slik det er nå, foretas det en skyldvurdering etter bestemmelsens § 4-30 (3), og en bevisvurdering etter § 4-30 (4). Bevisvurderingen av vilkåret «forsett» tar ikke hensyn til kundens klanderverdighet, men kun om kunden visste om at handlingen utgjorde et pliktbrudd eller ikke, jf. HR-2022-1752-A.

I forlengelse av dette, kan det tenkes en regel hvor kunden blir ansvarlig for en prosentmessig andel av tapet i stedet for de egenandeler som oppstilles i det nye regelverket. Ny finansavtalelov medfører at kunder som har tapt store beløp som følge av svindelen, oppnår bedre dekning enn kunder som har blitt påført mindre tap. Dette kan eksemplifiseres ved at en kunde har blitt utsatt for Olga-svindel hvor svindleren har klart å tappe kontoen for kr 12 500, mens en annen kunde har hatt et tap på 12 millioner kroner. Kunden som har blitt svindlet for kr 12 500 vil da bli ansvarlig for nesten hele tapet, mens kunden som har blitt svindlet for 12 millioner kroner, blir ansvarlig kun for en promille av sitt tap. En regel som hadde gjort det mulig å beregne kundens ansvar ut ifra en modell om at hen blir ansvarlig for en prosentdel etter en vurdering av kundens klanderverdighet, ville gjort regelen mer dynamisk og anvendelig for domstolene.

En annen problemstilling som oppstår ved at kunden ikke holdes ansvarlig i tilfeller hvor hen har delt sin BankID-informasjon med andre, men ikke visste om at informasjonen ikke kunne deles, er hva dette medfører for tilliten samfunnet har til BankID som elektronisk signatur. Problemstillingen er fremmet av Entercard Norge i høringsvaret til ny finansavtalelov, hvor det uttales at siden elektronisk signatur ikke lenger anses som tilstrekkelig bevis for at kunden faktisk har signert, medfører dette at elektronisk signatur blir hensiktsløs.¹⁵⁵

I forbindelse med dette fremmer flere instanser i sitt hørings svar at den inngående reguleringen av misbruk av elektronisk signatur og ikke godkjente betalinger, kan virke mot

¹⁵⁴ Se punkt 4.3

¹⁵⁵ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 103

sin hensikt.¹⁵⁶ Dette begrunnes med at tilliten til elektronisk signatur vil minske, og faren for misbruk øke.

Synspunktene fra høringsinstansene tas til inntekt for at den psykologiske terskelen for svindlere for å begå svindel kan bli lavere, ved at de ser at svindelofrene ikke selv blir ansvarlig for tapet de utsettes for. Hvorvidt dette er en reell fare som kan oppstå ved innføring av det nye lovverket, er uvisst. Det er likevel et interessant tema, ettersom kundene i mye mindre grad selv må bære tapet som følge av at de blir svindlet.

En annen problemstilling er at det vil utgjøre et tilbakeslag for det digitale betalingssystemet, dersom en godkjenning eller signatur med BankID ikke garanterer for at det er innehaveren som har gjennomført den. Hvis betalingstjenesteyter aldri kan være sikker på at en godkjenning eller signering ved bruk av BankID kommer fra den reelle rettighetshaveren, vil det oppstå mistillit i forholdet mellom kunden og betalingstjenesteyteren.

Bankene kan regulere avtalevilkårene så fremt dette ikke gjøres til skade for forbrukeren. De nåværende reguleringene i BankID-avtalen medfører at kunden ikke blir personlig ansvarlig for hele tapet dersom hen blir utsatt for Olga-svindel. Dette betyr derimot ikke at avtalevilkårene i seg selv kan endres slik at kunden faktisk blir ansvarlig. En slik endring kan gjøres ved for eksempel å innføre klarere krav i avtalen, eller ved at BankID-utstedere beskytter seg mot at kunden kan anføre villfarelse om sine plikter, ved for eksempel å måtte fornye avtalen hyppigere.

Et siste poeng jeg ønsker å belyse i avhandlingen, er hvordan hele systemet for elektronisk signatur – og dermed også elektronisk signatur som ledd i et betalingsverktøy – er regulert i Norge i dag. Staten har, ved å ikke utvikle egne løsninger for innlogging på det offentliges plattformer, lagt alt ansvar for kundens tilgang over på private aktører. Når staten deretter innfører lovverk, som regulerer at betalingstjenesteyterne selv er ansvarlige for svært mange tilfeller hvor kunden bryter med sine plikter for bruk av innloggingsmetodene, blir dette problematisk. Det fremstår som en måte for staten å «slippe unna» problematikken som oppstår rundt elektronisk legitimasjon, og heller lemper dette over på aktører som har lite innvirkning på hvordan systemet skal lovreguleres. En løsning på problematikken hadde vært

¹⁵⁶ BankID Norge AS, Bluested Bank AB, Entercard Norge, Finans Norge og Hovedorganisasjonen Virke's svar til høringsnotatet i Prop. 92 LS (2019-2020) s. 176

om staten selv hadde innført en elektronisk signatur som oppfyller sikkerhetskravene som stilles til elektronisk signatur etter EU-regelverket. Denne ordningen er blant annet innført i Estland.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Oversikt over reguleringen av elektronisk signatur i medlemsstatene i EU (herunder Estlands gjennomføring)

<https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/wikis/display/EIDCOMMUNITY/Overview+of+pre-notified+and+notified+eID+schemes+under+eIDAS>

Kildeliste

Norske rettskilder:

Lover:

- (1981) Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
- (1988) Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
- (1999) Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag
- (2005) Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
- (2005) Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
- (2017) Lov 17. juni 2017 nr. 29 om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker
- (2018) Lov 01. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering
- (2020) Lov 12. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler

Forarbeider:

- Ot.prp nr. 80 (1986-1987) *Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løseørekjøp*
- NOU 1994:19 *Finansavtaler og finansoppdrag
Delutredning nr 1*
- NOU 2008:21 *Nettbankbasert betalingsoverføring
Utredning nr. 21 fra Banklovkommisjonen*

Ot.prp. nr.94 (2008-2009)

*Om lov om endringer i finansavtaleloven mv.
(gjennomføring av de privatrettslige bestemmelsene i
direktiv 2007/64/EF)*

Prop. 92 LS (2019-2020)

*Lov om finansavtaler (finansavtaleloven) og samtykke til
godkjennelse 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*

Innst.104 L (2020-2021)

*Innstilling fra justiskomiteen om Lov om finansavtaler
(finansavtaleloven)*

Lovvedtak 24 (2020-2021)

Lov om finansavtaler (finansavtaleloven)

Rettspraksis:

Rt. 1984 s. 248
Rt. 1989 s. 1318
Rt. 1996 s. 1089
Rt. 1997 s. 1902
Rt. 2000 s. 1811
Rt. 2001 s. 280
Rt. 2002 s. 1110
Rt. 2004 s. 499
Rt. 2011 s. 562
HR-2020-2021-A
HR-2022-1752-A

LB-2016-43622
LE-2021-70115

TGLOM-2020-156504

Nemndspraksis:

FinKN-2019-985
FinKN-2020-703
FinKN-2020-706
FinKN- 2020-707
FinKN- 2020-897
FinKN- 2020-963
FinKN- 2020-964
FinKN- 2021-30
FinKN- 2021-31

FinKN- 2021-35
FinKN- 2021-111
FinKN- 2021-155
FinKN- 2021-347
FinKN- 2021-419
FinKN- 2021-547
FinKN- 2021-1037
FinKN- 2022-197
FinKN- 2022-198
FinKN- 2022-233
FinKN- 2022-243
FinKN- 2022-245
FinKN- 2022-470
FinKN- 2022-530
FinKN- 2022-531
FinKN 2022-684

Internasjonale rettskilder:

Traktater og EU-direktiver:

EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeide, Oporto, 2. mai 1992</i>
Direktiv 2007/64/EF	<i>Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC (Betalingstjenestedirektivet (PSD1))</i>
Forordning (EU) Nr. 910/2014	<i>Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC</i>
Direktiv (EU) 2015/2366	<i>Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (Det reviderte betalingstjenestedirektivet) (PSD2)</i>
Forordning (EU) 2018/389	<i>Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389 of 27 November 2017 supplementing Directive (EU)</i>

2015/2366 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards for strong customer authentication and common and secure open standards of communication (Teknisk standard til PSD2)

Rettspraksis fra EU-domstolen:

Dom av 18. desember 2014, CA Consumer Finance SA mot Ingrid Bakkaus, C-449/13,
ECLI:EU:C:2014:2464

Utenlandske rettskilder:

Lover:

Lagen (2010:751) om betaltjänster

https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2010751-om-betaltjanster_sfs-2010-751

Lov nr 652 af 08/06/2017 om betalinger

<https://www.retsinformation.dk/eli/ta/2017/652>

Praksis:

NJA 2017 s. 1105 HD

Juridisk teori:

Litteratur:

Backer (2020)

Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2020

Blume (2014)

Peter Blume, *Rettsystemet og juridisk metode*, 2. utgave, Jurist- og økonomforbundets forlag 2014

Eckhoff (2001)

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001

Hagstrøm mfl. (2021)

Viggo Hagstrøm, Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen, Inger Berg Ørstavik, *Obligasjonsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2021

- Hagstrøm og Stenvik (2021) Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2019
- Hov og Høgberg (2017) Jo Hov, Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Papinian 2017
- Høgberg og Sunde (2019) Alf Petter Høgberg, Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019
- Kjelland (2016) Morten Kjelland, *Erstatningsrett – en lærebok*, Universitetsforlaget 2016
- Nygaard (2004) Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004
- Skoghøy (2018) Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018
- Skoghøy (2017) Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017
- Svele (2018) Astrid M. Svele, *Juss for skoleledere*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Artikler:**
- Røstad (1982) Helge Røstad, *Skyldformen forsett*, Jussens Venner, 1982/9 s. 274-297
- Krüger (1968) Kai Krüger, *Om forsett i privatretten – særlig om det forsettlige mislighold*, Jussens Venner, Bind 2, 1968
- Huitfeldt (2019) Iver Huitfeldt, *Hva er «nærliggende fare»?*, Tidsskrift for strafferett, 2019/1, Årgang 19, s. 27-52

Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) Marte Eidsand Kjørven, Alf Petter Høgberg, Geir Woxholth, *BankID-opplysninger på avveie – om vilkårene for aktivering av forsettsansvaret etter finansavtaleloven § 35 (3) og ny finansavtalelov § 4-30 (4)*, Lov og Rett, 2021/6, årgang 60, s. 335-366

Kjørven (2022) Marte Eidsand Kjørven, *Misbruk av bankID. Olgasvindel-saken – HR-2022-1752-A*, Nytt i privatretten, 2022/nr. 4, s. 21-23

Rapporter og nettsteder:

Om BankID: BankID BankAxept AS, *Om oss*, udatert. Hentet 18. august 2022
<https://www.bankid.no/privat/om-oss/>

Avtalevilkår for BankID: BankID Bankaxept AS, *Avtalevilkår for PersonbankID og AnsattBankID – PDS*, versjon 1.1, 21.05.2019. Hentet 20. august 2020
https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/bankid/dnb_pds_personalv1.1.pdf

Finanstilsynets risiko – og sårbarhetsrapport for 2022: Finanstilsynet, *Risiko- og sårbarhetsanalyse 2022 (ROS)*, 12.05.2022. Hentet 20. august 2022
<https://www.finanstilsynet.no/nyhetsarkiv/pressemeldinger/2022/risiko--og-sarbarhetsanalyse-2022/>

Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda: FinKN Finansklagenemnda, *Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda*, 16.06.2022. Hentet 27. september 2022
<file:///C:/Users/annal/Downloads/Saksbehandlingsregler%20vedtatt%2016.06.2022%20signert.pdf>

Om MinID: Digitaliseringsdirektoratet, *MinID*, udatert. Hentet 3. september 2022
<https://eid.difi.no/nb/minid>

Om Buypass: Buypass, *Buypass ID i mobil – eID på høyeste sikkerhetsnivå*, udatert. Hentet 3. september 2022
<https://www.buypass.no/produkter/buypass-id-mobil/eid-pa-hoyeste-sikkerhetsniva>

Høringssvar til forskrift om finansavtaler: Finans Norge, *Høringssvar – Forskrift om finansavtaler*, 19.08.2022. Hentet 3. oktober 2022
<https://www.finansnorge.no/contentassets/280eb5108fb64dfab3b9d775168079fa/forskrift-til-ny-finansavtalelov.pdf>

Overvåking av kunder i Nordea: Nordea, *Overvåking av kunder og transaksjoner*, udatert.
Hentet 21. oktober 2022

<https://www.nordea.com/no/om-oss/nordea-i-samfunnet/overvaking-av-kunder-og-transaksjoner>

Oversikt over elektroniske signaturløsninger i EU (herunder informasjon om Estlands løsning): eID User Community, *Overview of pre-notified and notified eID schemes under eIDAS*, 02.01.2019. Hentet 27. november 2022

<https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/wikis/display/EIDCOMMUNITY/Overview+of+pre-notified+and+notified+eID+schemes+under+eIDAS>

