

AVTALEINNGÅELSE PÅ INTERNETT

Kandidatnummer: 640

Veileder: Espen A. Børset

Leveringsfrist: 26.11.2007

Til sammen 14720 ord

25.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING TIL AVTALEINNGÅELSE VED BRUK AV INTERNETT</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Problemstillingen	2
1.3	Tilnærming og metode	2
1.4	Rettskildebildet	3
1.5	Avgrensning av oppgaven	3
<u>2</u>	<u>DISPOSITIVE AVTALEUTSAGN</u>	<u>5</u>
2.1	Utgangspunkt i norsk avtalerett – ikke formkrav	5
2.2	Tilrettelegging for bruk av elektronisk kommunikasjon i lovverket	7
2.3	Formkrav som gyldighetsgrunn for avtalebinding – unntaket	8
2.3.1	Innledning til formkrav	8
2.3.2	Hensyn bak formkrav	9
2.3.3	Formkrav og forholdet til avtaleloven	10
2.3.4	Prinsippet om ”funksjonell ekvivalens”	11
2.3.5	Prinsippet om ”ikke-diskriminering”	12
2.3.6	Foreløpig oppsummering om formkrav	13
2.3.7	Krav om skriftlighet	13
2.3.8	Krav om underskrift	20
2.3.9	Krav om original og kopi	25
2.3.10	Krav om dokument	28
2.3.11	Oppsummering om formkrav	28
<u>3</u>	<u>ELEKTRONISK AVTALEINNGÅELSE</u>	<u>29</u>

3.1	Innledning	29
3.2	Mediets rettslige betydning	30
3.3	Avtalelovens hovedregel om tilbud	31
3.4	Sondring mellom tilbud og oppfordring	33
3.5	Tilbakekall	34
3.5.1	”Re-integra”	34
3.5.2	Angrerett	35
3.5.3	Feilskrift	38
3.6	Aksepten	39
3.6.1	Utgangpunkt	39
3.6.2	Når inntreffer aksepten ved elektronisk kommunikasjon?	40
3.7	E-handel	42
3.7.1	Innledning til e-handel	42
3.7.2	E-handelsloven	44
4	<u>KONKLUSJON</u>	<u>53</u>
5	<u>KILDEREGISTER</u>	<u>55</u>
5.1	Litteraturliste	55
5.2	Forarbeider, direktiver mv.	55
5.3	Lover	56
5.4	Domregister	57
5.5	Andre kilder	57

1 Innledning til avtaleinngåelse ved bruk av Internett

1.1 Presentasjon av tema

Utveksling og behandling av informasjon er grunnleggende for avtaleslutninger. Norsk avtalerett bygger tradisjonelt sett på at avtalebinding oppstår etter regler om tilbud og aksept, jfr. Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 04.

Vår digitale tidsalder har åpnet for nye effektive metoder for elektronisk handel og inngåelser av avtaler. I dag er det vanlig å benytte seg av en PC koblet opp mot Internett for å kommunisere med andre. Selv om lovgivningen som hovedregel er teknologinøytral, dukker det likevel opp nye rettslige problemsstillinger når ny teknologi anvendes innenfor kommunikasjon. Et eksempel på dette kan være der et tilbud er fremsatt skriftlig på papir, men blir akseptert elektronisk. Vil bindende avtale være inngått? En annen problemstilling kan knyttes til ordlyden i en lovbestemmelse, for eksempel om når rettsvirkninger inntreer når meldingen ”*har kommet frem*” i et datanettverk som Internett. Selv om det klare utgangspunkt i avtaleretten er avtale- og formfrihet, finnes det likevel enkelte bestemmelser i lovverket stiller opp som formkrav for avtaleinngåelse, som for eksempel krav om skriftlighet.

Digitale kommunikasjonsmetoder og formater endres stadig. De får hele tiden nye anvendelsesområder, og blir tatt i bruk av stadig flere. Det er myndighetens mål at elektronisk kommunikasjon og bruk av nett som infrastruktur for samhandling skal bli like akseptert, tillitsvekkende og ha samme juridiske holdbarhet som tradisjonell skriftlig kommunikasjon og dokumentasjon.

Utenfor rettsområdet er det i tillegg en målsetting om at hele den norske befolkning skal ha tilgang til PC i løpet av 2007.¹ På denne bakgrunn er behovet for en rettslig klarering høyst aktuell.

Jeg har valgt dette temaet på bakgrunn av min interesse for nye digitale medier og rettslige problemstillinger rundt dette. I historisk perspektiv anser jeg bruk av digital teknologi som et paradigmeskifte på lik linje med den industrielle revolusjon. I vår del av verden kan man knapt tenke seg funksjoner som ikke blir behandlet digitalt.

1.2 Problemstillingen

Bruk av elektroniske medier som kommunikasjonkanal ved avtaleinngåelse reiser særlige problemstillinger. For det første om det rettsgyldig *kan* tillates. Spesielt med hensyn til lovbestemmelser som krever skriftlighet. For det andre blir det et spørsmål om *når* det har oppstått en rettslig forpliktende viljeserklæring som er representert elektronisk. Hvilke krav må stilles til en slik form for avtaleinngåelse og hvilke innsigelser kan avgiveren og mottakeren gjøre gjeldene ved elektronisk inngåelse av avtaler.

1.3 Tilnærming og metode

I tillegg til juridisk metode har jeg i oppgaven tatt utgangspunkt i en "funksjonell ekvivalens metode". Det innebærer at jeg har vurdert hvilke funksjoner som for eksempel begreper som skriftlig og underskrift kan ha og hvilke hensyn som må ivaretas for å åpne for elektronisk kommunikasjon. Ut i fra denne vurderingen har jeg videre tatt i betraktning bestemmelsens innhold, hvilke parter som kommuniserer, bestemmelsens rettsområde mv. Denne fremgangsmåten er blant annet i tråd med UNCITRAL modellov for elektronisk kommunikasjon som behandles i denne oppgaves kapittel 2.3.4.

¹ eNorge 2009 – det digitale spranget, utgitt av Moderniseringsdep. i 2005

1.4 Rettskildebildet

Elektronisk avtaleinngåelse ved bruk av Internett er for såvidt ett nytt fenomen som tradisjonell avtalerett ikke har tatt høyde for. Avtaleloven inneholder regler om avtaleslutning, men ikke Internett fantes ikke ved dens tilblivelse.. Loven er et resultat av nordisk samarbeid, og alle de nordiske land har en nesten lik avtalelov. Det gjør at både danske og svenske lovforarbeider er relevante for tolkingen av de norske bestemmelsene. Det foreligger en del nordisk juridisk teori om elektronisk avtaleinngåelse blant annet basert på avtalelovens prinsipper.

De siste 20 årene har det forøvrig vært en markert interesse for å regulere elektronisk kommunikasjon. EU har fremmet flere direktiver på området som nå er gjennomført som lov i de fleste medlemsstatene, også i Norge grunnet EØS-avtalen. Dette gjelder særlig handel over Internett, der vi nå har Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester av 23. mai 2003 nr. 35 (ehandelsloven). Også FN arbeider med å tilrettelegge for elektronisk kommunikasjon på global basis. I tillegg åpner nå en rekke norske lover opp for å likestille elektronisk kommunikasjon med kommunikasjon på papir. Avtaleinngåelse på Internett må også ses i sammenheng med bestemmelser om angrerett, forbrukerkjøp, markedsføring mv.

Spørsmålene som behandles er som nevnt høyst aktuelle, men har til nå kommet forholdsvis sjeldent frem for domstolene. Derfor er det av den grunn sparsomt med rettsprakis som direkte omhandler elektronisk kommunikasjon.

1.5 Avgrensning av oppgaven

Jeg har som forutsetning for fremstillingen tatt utgangspunkt i bruk av PC koblet opp mot Internett, der vanlige e-post- og webleserprogrammer benyttes. Kommunikasjon i private chatkanaler, virtuelle private nettverk (VPN), intranett, mobiltelefonnett, faks eller annen kommunikasjon som kan oppfattes som elektronisk, behandles ikke.

Dette for å tydeliggjøre de juridiske problemstillingene og beskrivelser av de krav som eventuelt er nødvendig for at elektronisk kommunikasjon rettsgyldig kan tillates.

Problemstillingene og drøftelsene er likevel relevante for andre tekniske apparater og andre datanettverk som muliggjør elektronisk kommunikasjon.

Fremstillingene i oppgaven avgrenses til å gjelde avtaleinngåelse på formuerettens område, selv om de også kan ha betydning for andre rettsområder. For at ikke oppgaven skal bli for omfattende avgrenser jeg også mot markedsføringsregler, bevisvurderinger, fullmakt, jurisdiksjon og forholdet til offentlige myndigheter vedrørende avtaleinngåelse.

I behandlingen av formkravet underskrift, avgrenses elektronisk signatur til kun å gjelde digital signatur og ikke andre teknikker som for eksempel biometriske. Hvilke tekniske krav som må stilles til en elektronisk signatur faller utenfor fremstillingen i denne oppgave..

2 DISPOSITIVE AVTALEUTSAGN

2.1 Utgangspunkt i norsk avtalerett – ikke formkrav

Tradisjonelt har det vært vanlig å si at en avtale består av en sammenkobling av to utsagn; et løfte (tilbud) og en aksept. Disse utsagnene kan omtales som "*dispositive*". Det vil si at utsagnet gir uttrykk for at avgiveren påtar seg plikter eller gir fra seg rettigheter. Om et utsagn er dispositivt, beror i utgangspunktet på en konkret helhetsvurdering, hvor det blant annet må legges vekt på ordlyden i utsagnet, hvor klart og utømmende utsagnet er, i hvilken sammenheng utsagnet fremkommer, til hvem det er rettet mv.

Norsk avtalerett bygger på prinsippet om avtalefrihet. Denne friheten innebærer at det er opp til den enkelte private selvbestemmelsesrett å binde seg til en forpliktende avtale.² Som utgangspunkt innebærer denne avtalefriheten både frihet til å inngå eller unnlate å inngå kontrakter, frihet til å velge medkontrahent og frihet til sammen med den valgte medkontrahent å bestemme kontraktens innhold. Avtalefriheten er underlagt vesentlige begrensninger, men utgjør likevel fortsatt et sentralt rettsprinsipp og er en viktig forutsetning for inngåelser av avtaler.³

Prinsippet om avtalefrihet må ses i sammenheng med at det etter norsk rett normalt ikke oppstilles formkrav for avtaler. Det innebærer at et dispositivt utsagn som utgangspunkt er bindende uansett hvilken form det er avgitt i.⁴ Prinsippet om formfrihet er også grunnfestet internasjonalt jfr. for eksempel UNIDROIT "Principles of International Commercial Contracts" art. 1.2.⁵ Dette er ikke en konvensjon, men en samling av internasjonale

² Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 22

³ Woxholt, Geir *Avtalerett*. 5. utg. Oslo, 2003 s. 24

⁴ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 134

⁵ Woxholt, Geir *Avtalerett*. 5. utg. Oslo, 2003 s. 26

kontraktsrettslige grunnprinsipper som skal fungere som anbefalinger. Slik sett har den lav rettskildevækt, men hindrer ikke at dens innhold kan brukes som et rettslig argument.

I et brev av 5. mai 1999 til Nærings- og handelsdepartementet svarer Justisdepartementets lovavdeling⁶ følgende på spørsmålet om avtaler kan inngås elektronisk: ”*Hvilken form partene velger, har i seg selv ikke betydning i forhold til at avtalen er bindende og skal holdes*(min uth).” Her knesetter lovavdelingen prinsippet om form- og avtalefrihet på formuerettens område. Forøvrig må henvendelsen ses på bakgrunn av myndighetens mål om at elektronisk kommunikasjon, så langt det er mulig, likestilles med papirbasert kommunikasjon⁷ og gis de samme rettsvirkninger. Dette fremstilles nærmere i kapittel 2.2.

Hensynet bak formfrihet er at det skal være enkelt og uformelt å inngå avtaler, slik at avtaler som ”verktøy” blir et viktig instrument der partene vil binde seg rettslig.

Hensynet har nok mer tyngde på de dagligdage avtalene som blir oppfylt med en gang enn de mer komplekse avtaler, der store verdier står på spill og avtalens vilkår er sterkt inngripende over lang tid for personer.

Med dette utgangspunktet, vil det som hovedregel være uten betydning i hvilken form utsagnet formidles i, slik at parter fritt kan velge å inngå avtaler elektronisk ved hjelp av Internett, med mindre særlig hjemmel foreligger. For eksempel kan to parter kommunisere med hverandre og bli enige om forpliktende avtale kun ved hjelp av e-postutveksling. Det er heller ikke noe i veien for at en part kan akseptere et tilbud fremsatt på en webside ved å klikke på en virtuell akseptknapp som fremkommer på dataskjermen.

Selv om det som hovedregel ikke er noen rettslige hindringer for å inngå avtaler med elektronisk kommunikasjon, skapes nye problemstillinger. Det kan for eksempel gjelde vilkår som ”kommet frem” og ”sendt”, jfr. Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og

⁶ Ot.prp.nr.82 (1999-2000) s. 37 som viser til Lovavdelingens uttalelse 99/00663

⁷ Kartleggingsprosjektet - Kartlegging av bestemmelser i lover, forskrifter og instruksjoner som kan hindre elektronisk kommunikasjon s. 1

om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 04 begrepsbruk.

2.2 Tilrettelegging for bruk av elektronisk kommunikasjon i lovverket

Arbeidet med å tilrettelegge for elektronisk kommunikasjon i lovverket startet i 1999. Det ble da fra myndighetenes side etablert et prosjekt, kalt eRegelprosjektet, som hadde som mål å fjerne alle unødige rettslige hindringer for elektronisk kommunikasjon innenfor de fleste rettsområder. Eregelprosjektets kartleggingsrapport⁸ som ble lagt frem i år 2000, ga underlag og inspirasjon til et videre regelverksarbeid med å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon.

Med denne bakgrunn fremmet Nærings- og handelsdepartementet i 2001 en samleproposisjon for Stortinget, Ot.prp.nr.108 (2000-2001) om Lov om endringer i diverse lover for å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon. Proposisjonen inneholder forslag til endringer i sammenlagt 39 lover fra 8 departementer. Med få unntak åpner endringsforslagene opp for å likestille elektronisk kommunikasjon med papirbasert kommunikasjon. Proposisjonen ble fremmet på ny, med mindre justeringer, året etter.⁹ Etter behandling i Stortinget 2001¹⁰, trådte bestemmelsene i kraft 1. januar 2002. Endringene ble gjort direkte i regelverket, og ikke som en generell lov. Begrunnelsen for å ikke gi en separat lov, var blant annet at man ville sikre størst mulig rettslig klarhet på hvert enkelt rettsområde.¹¹ Elektronisk kommunikasjon og behovet for eventuelle lovendringer i forhold til avtaleloven behandles i denne fremstillings kapittel 2.3.3.

På EU-området har Norge implementert ”Direktivet om elektronisk handel”¹² ved blant

⁸ Kartleggingsrapporten - Kartlegging av bestemmelser i lover, forskrifter og instruksjoner som kan hindre elektronisk kommunikasjon

⁹ Ot.prp.nr.9 (2001-2002)

¹⁰ Innst.O.nr.6 (2001-2002)

¹¹ Innst.O.nr.6 (2001-2002) s. 1

¹² Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked

annet vedtagelsen av Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) av 23. mai 2003 nr. 35. Direktivets artikkel 9 fastsetter at det skal være mulig å inngå avtaler elektronisk. Medlemsstatene skal særlig skal påse at de rettslige betingelsene som gjelder for inngåelse av avtaler ikke fører til at slike avtaler mister sin rettsvirkning eller gyldighet fordi de er inngått elektronisk. Det vises i den sammenheng til kapittel 3.7.2 hvor ehandelsloven drøftes nærmere.

Videre har vi nå Lov om elektronisk signatur (esignaturloven) av 15. juni 2001 nr. 81 som trådte i kraft 1. juli 2001. Loven gjennomfører EU-direktivet om elektroniske signaturer¹³ i norsk rett. Esignaturloven gir ingen generell rett til elektronisk kommunikasjon, men gjelder der lovgivningen for øvrig åpner for elektronisk kommunikasjon. En av de viktigste bestemmelsene er at når det i lovgivningen stilles krav om underskrift, jfr. lovens § 6, vil bruk av kvalifisert elektronisk signatur alltid oppfylle et slikt krav. Nærmere om dette i kapittel 2.3.8.4.

2.3 Formkrav som gyldighetsgrunn for avtalebinding – unntaket

2.3.1 Innledning til formkrav

Som nevnt ovenfor oppstilles det som hovedregel etter norsk rett ikke noen formkrav for en rettslig bindende avtaleinngåelse. Likevel vil bruk av elektroniske medier kunne skape praktiske problemer der lover, forskrifter og instruksjoner oppstiller formkrav som ”skriftlighet”, ”underskrift”, ”dokument” og ”original” mv. Vi har flere lover som bestemmer at avtaler blir ugyldige hvis de ikke blir inngått i bestemte former.

Formkrav kan begrunnes ut i fra flere og forskjellige hensyn. De har alle fått sitt utgangspunkt i bruk av papir som har eksistert i langt tid, og derved fått innarbeidet seg en

¹³ Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/93/EF av 13. desember 1999 om en fellesskapsramme for elektroniske signaturer

solid praksis. At papiret har fått en slik utbredelse som medium for viljeserklæringer, skyldes blant annet dets høye sikkerhetsnivå.¹⁴ For eksempel gir en håndskrevet underskrift på et dokument en formodning om autentisitet.

En stor forskjell på papirbasert kommunikasjon og elektronisk kommunikasjon er at det ikke trengs noe teknisk apparat for å lese skrift på papir. Papir er også lett å lagre og vil normalt kunne leses uavhengig av tid. Elektronisk informasjon derimot, er i tillegg til et teknisk apparat (for eksempel PC), avhengig av apparatet bearbeider og leser det dataformatet som informasjonen er kodet i. Et klassisk eksempel på denne problemstillingen er tekstbehandlingsprogrammet Word, som utgis og eies av programvareprodusenten Microsoft. Siden første gang Word kom på markedet, har programmet vært gjenstand for utallige oppgraderinger. Ikke alle oppgraderingene har vært bakoverkompatible, slik at etter en stund bli lagrede eldre elektroniske dokumenter i dette dataformatet vanskelige eller umulig å lese. Også såkalte proprietære formater gjør at ikke alle kan lese informasjonen. Eksempelene illustrerer noen av de praktiske utfordringene som elektronisk kommunikasjon byr på, også i rettslig sammenheng.

Spørsmålet blir om elektronisk kommunikasjon kan ivareta hensynene bak formkrav på en tilfredstillende måte og om det er nødvendig.

Jeg har i fremstillingen drøftet de viktigste funksjonene og hensynene bak papirbasert kommunikasjon, slik dette ikke er noen utømmende redegjørelse. Det vises i denne sammenhengen til metodevalg nedenfor i kapittel 2.3.4.

2.3.2 Hensyn bak formkrav

Det er ikke alltid mulig å klarlegge den opprinnelige begrunnelsen for et formkrav. For det første er den ikke alltid klart uttrykt. For det andre kan det i noen tilfeller være at formkravet bare skal markere motsetningen til den fulle formfrihet. Men når det da benyttes papirbaserte rutiner, er likevel alle papirdokumentets funksjoner tilstede.

¹⁴ Andersen, Mads Bryde *IT-retten*. 2 utg. København, 2005 s. 803

Formkrav kan også begrunnes ut i fra at partene på en måte tvinges til å tenke seg om før de binder seg, og at også den svakere avtalepart får en viss beskyttelse. Likeså kan formkrav skape notoritet og publisitet rundt avtaleforholdet.¹⁵ En avtale skrevet på papir sikrer også bevis for at avtale er inngått og dens innhold. På en annen side kan formkrav hemme insitament for avtaleinngåelse fordi det for eksempel kan være dyrt og unødig tungvint.

2.3.3 Formkrav og forholdet til avtaleloven

Innenfor privatrettens område vil det som utgangspunkt normalt kreves at partene er enige om at man skal kommunisere elektronisk, jfr. prinsippet om form- og avtalefrihet. Det betyr at ingen part vil kunne tvinges til elektronisk kommunikasjon. I tillegg er det en forutsetning at partene i forhold til teknisk utstyr faktisk har mulighet til å kommunisere elektronisk. For eksempel skal ikke kunder kunne utestenges fra å inngå eller opprettholde kontraktsforhold, hvis man ikke kan eller vil kommunisere elektronisk, jfr. det ulovfestede prinsippet om kontraheringsplikt. Det vil imidlertid finnes situasjoner der for eksempel et selskap kun tilbyr sine tjenester over Internett, og at kunden derfor må akseptere elektronisk kommunikasjon dersom han eller hun ønsker å benytte seg av disse tjenestene.¹⁶

I forbindelse med eRegelprosjektet arbeid med å kartlegge mulige hindre for bruk av elektronisk kommunikasjon i lovverket¹⁷, ble alle departementene forespurt om hvilke lover og forskrifter som kunne forhindre dette. Ved spørsmålet om den eksisterende avtaleloven inneholder bestemmelser som er til hinder for elektronisk kommunikasjon, uttalte Justisdepartementet i sitt høringssvar følgende: *“Vi kan ikke se at avtaleloven oppstiller rettslige hindringer for elektronisk avtaleinngåelse eller annen elektronisk*

¹⁵ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 141

¹⁶ Ot.prp.nr.108 (2000-2001) s. 6

¹⁷ Kartleggingsprosjektet

*kommunikasjon på avtalerettens område. Vi peker likevel på at elektronisk avtaleinngåelse og kommunikasjon av meldinger med dispositivt innhold skaper en egen rettslig "problemmeny (min uth.)."*¹⁸

Justisdepartementet nevner i sitt høringssvar at forholdet til avtaleloven også er behandlet av professor Erik Røsæg i artikkelen IT: Avtaleslutning og behovet for lovreform, Festskrift til Gunnar Karnell, Stockholm 1999, side 657 flg. Også professor Røsæg konkluderer med at avtaleloven ikke oppstiller rettslige hindringer som følge av Regjeringens målsetning om å sidestille elektronisk avtaleinngåelse og kommunikasjon med papirkommunikasjon. Forøvrig bør det i denne sammenhengen nevnes at ingen av høringsinstansene hadde noen motforestillinger mot de nevnte konklusjonene og ansvarlig høringsdepartement sluttet seg til både Røsægs og Justisdepartementets konklusjoner.

2.3.4 Prinsippet om "funksjonell ekvivalens"

FNs organ UNCITRAL (United Nations Commission on Trade Law) omhandler i sin modellov¹⁹ blant annet spørsmålet om forholdet mellom formkrav basert på papirkommunikasjon og elektronisk kommunikasjon. Modelloven intensjon er at det skal være enklere å ta i bruk moderne kommunikasjonsformer som elektronisk datautveksling (EDI), elektronisk post mv., med eller uten bruk av Internett.

Modelloven benytter seg av en såkalt funksjonell ekvivalens. Det betyr at man har analysert hensynene og funksjonene bak tradisjonelle papirbaserte krav for å se hvordan disse hensynene og kan oppfylles ved elektronisk kommunikasjon.²⁰ I praksis innebærer det at hvis IT-systemer kan brukes til å utføre de samme funksjonene som papirmediet, bør det digitale mediet som utgangspunkt likestilles, men altså ikke erstatte papirmediet.

¹⁸ Ot.prp.nr.108 (2000-2001) kap. 3.7.1

¹⁹ UNCITRAL - Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996

²⁰ Ot.prp.nr.108 (2000-2001) s. 17

Elektronisk kommunikasjon har også egenskaper som er bedre enn vanlig papirbasert kommunikasjon, som for eksempel sikker kryptering av et dokument.

UNCITRALs modellov har hatt stor påvirkning i mange lands arbeid med å legge regelverket til rette for elektronisk kommunikasjon, herav i norske lovforarbeider som for eksempel Ot.prp.nr.108 (2000-2001). Selv om prinsippet om funksjonell ekvivalens er lagt til grunn i nyere norsk lovgivning, må det formodlig gjelde generelt, hvis ikke særlige forhold taler for det motsatte.²¹

I min videre behandling av spørsmålet om formkrav for avtaleinngåelse kan ivaretas ved elektronisk kommunikasjon, har jeg lagt til grunn prinsippet om funksjonell ekvivalens i den metodiske tilnærmingen. Ikke alle hensyn er like fremtredende ved avtaleinngåelse, men da for eksempel skriftlighetskravet ikke er begrunnet ut fra hvilken type medie som anvendes, er hensynene bak relevante ved bruk av elektronisk kommunikasjon.

2.3.5 Prinsippet om "ikke-diskriminering"

Artikkel 5 i UNCITRAL inneholder også et prinsipp om ikke-diskriminering. Her står det at "*Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is not contained in the data message purporting to give rise to such legal effect, but is merely referred to in that data message (min uth.)*." Av bestemmelsen kan det således utledes en hovedregel om at informasjon ikke kan nektes rettsvirkninger, gyldighet eller rettshåndhevelse bare ut i fra at det er i et digitalt format. For eksempel vil et tilbud fremsatt i en e-post dermed ha den samme gyldighet som et papirskrevet tilbud, sett ut fra dette perspektivet. Et lignende prinsipp følger av esignaturloven § 6 der "dersom det i lov, forskrift eller på annen måte er oppstilt krav om underskrift for å få en bestemt rettsvirkning og disposisjonen kan gjennomføres elektronisk, oppfyller en kvalifisert elektronisk signatur alltid et slikt krav. En elektronisk signatur som ikke er kvalifisert, kan oppfylle et slikt krav."

²¹ Andersen, Mads Bryde *IT-retten*. 2 utg. København, 2005 s. 687

2.3.6 Foreløpig oppsummering om formkrav

Ved å legge prinsippene om funksjonell ekvivalens og ikke-diskriminasjon til grunn i vurderingen om elektronisk kommunikasjon kan tillates, støter man i lovverket på ulike hensyn sett i ut fra de ulike virkeområdene. Av den grunn kan det ikke oppstilles noen generell regel om at elektronisk avtaleinngåelse kan tillates der det oppstilles formkrav.

Flere lover har i dag bestemmelser som eksplisitt tillater elektronisk avtaleinngåelse, men de er såpass generelle i sin beskrivelse at om den elektroniske kommunikasjon som benyttes oppfyller kravet, må bero på en konkret helhetsvurdering sett ut i lys av de hensyn formkravet skal ivareta.

Som nevnt ovenfor er det i dag allerede innført mange nye bestemmelser i lovverket som åpner for elektronisk kommunikasjon ved å spesifikt nevne det. Det innebærer imidlertid at disse bestemmelser ikke skal tolkes antitetisk i lover eller bestemmelser som ikke nevner elektronisk kommunikasjon. Krav om form er ikke nødvendigvis det samme som en hindring for elektronisk kommunikasjon. I vurderingen om formkravet utgjør en hindring for elektronisk kommunikasjon vil blant annet hensikten bak formkravet være avgjørende.

2.3.7 Krav om skriftlighet

2.3.7.1 Innledning til skriftlighetskrav

Det er et vesentlig skille mellom begrepene ”*skriftlighet*” og ”*underskrift*”. Underskrift forutsetter skriftlighet, men det behøver ikke være noe krav om at et skriftlig dokument undertegnes.²² Et skriftlighetskrav som også innebærer krav om underskrift der dette ikke står nevnt, må normalt bero på en tolkning av vedkommende regel.

²² Kartleggingsprosjektet s. 26

Spørsmålet her blir om krav til skriftlighet forutsetter papir eller om det kan oppfylles ved elektronisk kommunikasjon.

Som det fremgår av Kartleggingsprosjektet må dette besvares ut i fra selve begrunnelsen for skriftlighet og hvilke hensyn man ønsker å ivareta.²³ Det er også viktig å understreke at krav om skriftlighet ikke er et krav om papir, men at papir normalt oppfyller kravene til skriftlighet. Når det gjelder tegn som fremkommer på en dataskjerm må det etter en semantisk forståelse karakteriseres som skriftlig. Selv om et elektronisk dokument i grunn er en rekke av elektriske impulser, er det liten tvil om at et elektronisk tekstdokument slik det fremstår på en skjerm er dekket av skriftlighetsbegrepet.²⁴

Et eksempel på krav om skriftlighet finnes i Lov om pakkereiser og reisegaranti (pakkereiseloven) av 25. august 1995 nr. 57, som i § 3-3 oppstiller krav om at ”avtalevilkårene skal bekreftes skriftlig eller på annen klar måte”. Om elektronisk kommunikasjon kan benyttes i slike tilfeller, må bero på en bred vurdering ut i fra den funksjon og hensyn som ligger bak skriftlighetskravet i den aktuelle bestemmelsen.

Krav om skriftlighet er ofte koblet sammen med andre krav, for eksempel underskrift og original. Krav om skriftlighet må således ses som det laveste kravet i et hierarki av formkrav. På bakgrunn av dette er det således viktig at krav om skriftlighet ikke forveksles med andre strengere krav som for eksempel ”undertegnet original”.²⁵

²³ Kartleggingsprosjektet s. 3

²⁴ Andersen, Mads Bryde *IT-retten*. 2 utg. København, 2005 s. 687

²⁵ Kartleggingsprosjektet s. 34

2.3.7.2 Objektive hensyn bak skriftlighetsskravet

2.3.7.3 Hensynet til klarhet

Skriftlighet på papir kan sikre klarhet om avtaleforholdet slik at eventuelle misforståelser unngås mellom partene. For eksempel kan en avtalepart sende den andre et tradisjonelt brev som oppsummerer det han mener er oppnådd av enighet om mellom dem. Motparten vil da også ha anledning til å komme med sine eventuelle innsigelser. En slik klarhet vil også gi partene en sikkerhet om hva de har avtalt, spesielt i investeringstilfellene. Skriftlig avtale på papir er for de fleste lett å forholde seg til, og dermed ”klar”.

Regler om skriftlighet med hensyn til klarhet kan også være med på å markere en overgangen mellom forberedelse til disposisjon.²⁶ Et eksempel på dette finnes i Lov om arv m.m. (arveloven) av 3. mars 1972 nr. 05 § 49: ”Når ikkje anna er fastsett i dette kapitlet, skal testament gjerast skriftleg”. Kravet om skriftlighet er her blant annet begrunnet ut i fra klarhetshensynet. I avtalesammenheng er dette aktuelt ved gjensidig testament mellom ektefellene. Som hovedregel er skriftlighet en nødvendig betingelse for at testamentet skal stå seg ovenfor andre arvinger, som påberoper seg krav utenfor testament eller i etter tidligere gyldig inngått testament på papir.

Klarhetshensynet må ses i sammenheng til tilgjengeligheshensynet som det er redegjort for nedenfor i kapittel 2.3.7.4.

Ut i fra klarhetshensynet er det ikke noe i veien for at en elektronisk melding kan anvendes der det oppstilles krav om skriftlighet. Avtalepartene kan fritt sende for eksempel en e-post til den andre, som oppsummerer det de har blitt enige om. Slik kan den andre avtaleparten gis anledning til å uttale seg om fremstillingen. For å sikre klarhet i hva rettighetene og pliktene består av, må selvsagt partene ha programvare som er kompatible med hverandre, slik at teksten fremstår som identisk hos mottakeren.

²⁶ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 141

2.3.7.4 Hensynet til tilgjengelighet

Hensynet til tilgjengelighet sikrer at informasjonen kan leses i ettertid. Det for eksempel være viktig i forbindelse med uenighet, klagesaker, rettssaker, som bevis i andre sammenhenger og lignende der det er av vesentlig betydning at informasjon kan oppbevares og gjenfinnes.²⁷ Papirdokumentet som medium er godt egnet til dette formålet. Tekst på et papirdokument er også umiddelbart lesbart fordi man heller ikke trenger bruke spesielle tekniske hjelpemidler for å lese innholdet. Men man må være tilstede for å kunne lese det. Men selv om man trenger teknisk utstyr for å avlese elektroniske dokumenter, må det som utgangspunkt slås fast at dette hensynet er ivaretatt ved bruk av elektronisk kommunikasjon. En forutsetning at dataprogrammer kan lese informasjonen og at det er elektronisk lagret. Tilgjengelighet sikrer også et annet hensyn – sporbarhet. Sporbarhet er blant annet et prinsipp i offentlig forvaltning som sikrer at behandlingen av en sak kan rekonstrueres i ettertid²⁸.

2.3.7.5 Hensynet til varighet (stabilitet)

Ved riktig håndtering, kan informasjon på papir lagres over lang tid. Dagens ISO-standardiserte papir som normalt brukes i skrivere og kopieringsmaskiner, har en beregnet holdbarhet på ca. 50 år. Ved at informasjonsinnholdet er fysisk/mekanisk knyttet sammen med lagringsmediet - papiret, sikrer man seg mot at ikke informasjonsinnholdet endres.²⁹ På den måten vil å også hensynet til integritet være ivaretatt. Se kapittel 2.3.8.2 om dette.

Papirdokumenter er ikke utsatt for formatutvikling som må oppdateres for å være leselig over tid. Elektroniske data kan oppbevares på både slettbare og ikke-slettbare media. For eksempel vil informasjon lagret på en magnetisk harddisk normalt være slettbar, mens optisk lagring på for eksempel en DVD vil ikke være det (såkalt ”*read only*”). Slik sett er lagring på optisk media å foretrekke med hensyn til stabilitet. Lagring av elektronisk

²⁷ Ot.prp.nr.108 (2000-2001) kap. 7.3.12.1

²⁸ Kartleggingsprosjektet s. 4

²⁹ Kartleggingsprosjektet s. 27

informasjon vil i de fleste tilfeller ivareta hensynet til varighet. Det bør i slike tilfeller benyttes en tekniske løsninger kan leses av de fleste dataprogrammer over tid. For eksempel vil et dokument lagret i filtypen PDF, stå seg langt bedre enn for eksempel filtypen doc (Microsoft Word). PDF er et filformat som er utviklet for å gjøre det mulig å vise et dokument på samme måte som produsenten ønsker, uansett hvilket operativsystem eller hva slags programvare brukeren benytter. PDF er en åpen standard, noe som i korthet vil si at alle som ønsker det kan lage programvare som kan brukes til å lese eller lage PDF-filer uten å måtte betale for det.

2.3.7.6 Hensynet til notoritet og bevissikring

Papiret har en bevisfunksjon. Skriftlig nedtegnelse er regelmessig brukt mellom parter for å godtgjøre et forhold.³⁰ Blant annet er papir er gitt særskilte bevisregler i Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1927 nr. 13 § 261 flg.

Informasjon nedtegnet på papir vil kunne sannsynliggjøre at en avtale er inngått og innholdet i avtalen. Eksempler på dette er forsikringsbevis eller en skriftlig avtale om for eksempel bilkjøp der kjøper overtar tingen ”as is”. Papir er også godt egnet til formidling negotabilitetsdokumenter fordi det er et fysisk medium som kan være unikt slik at rettigheter kan gå ut fra selve dokumentet i seg selv.

Ut i fra notoritetshensynet er det ikke noe i veien for at ved elektronisk kommunikasjon kan anvendes. Det kan for eksempel opprettes dataregistre som er tilgjengelige for andre. Notoritet må ses i sammenheng med hensynene “klart, varig og tilgjengelig”.

Et side av bevissikringen er bevisvekt. Spørsmålet er om elektroniske dokumenter kan ha den samme bevisvekten som det papirdokumenter har. Hovedregelen i norsk rett er den såkalte frie bevisvurderingen. Dette gjelder både i straffe- og sivile saker. Dommeren skal,

³⁰ Kartleggingsprosjektet s. 4

etter en samvittighetsfull prøvelse av de foreliggende bevis, "avgjøre hvilket saksforhold som skal legges til grunn", jfr. tvistemålsloven § 183.

For elektroniske dokumenter vil bevisvekten være avhengig av de tekniske og/eller organisatoriske forhold rundt forsendelse og lagring av disse. I Justisdepartementets brev av 5. mai 1999³¹, står følgende: "*Vi antar at utskriften av elektroniske dokumenter i kombinasjon med sakkyndige erklæringer om at det er anvendt tekniske metoder med høy bevisverdi, vil ha stor overbevisningskraft (min uth.)*." Det må derfor være på det rene at et elektronisk dokument kan ivareta krav om bevissikring.

Det kan også bemerkes at elektroniske dokumenter er gitt bevisverdi i andre lover, jfr. for eksempel i den nye Lov om bokføring (bokføringsloven) av 19. november 2004 nr. 73 Regnskapsdokumentasjon kan lagres elektronisk og må kunne gjengis, jfr. Forskrift om bokføring av 1. desember 2004 nr. 1558 kap. 7.

Det må i denne sammenhengen poengteres at det er ikke noe rettslig krav som fordrer papir.³²

2.3.7.7 Hensynet til originalitet

Et papirdokument kan være i original og dermed unikt. Dette innebærer at det normalt vil være mulig å skille mellom originaler og kopier fordi det vil være et kvalitetstap (generasjonstap) mellom de. Begrunnelsen til at man stiller krav om at dokument skal presenteres i original, er nettopp et ønske om å sikre at dokumentets innhold er riktig og at de ikke er blitt endret. På denne bakgrunn kan en utsteder selv utstede et antall papiroriginaler. Det mulig å la papirdokumenter være bærer av en rettighet som for eksempel et omsetningsgjeldsbrev³³ eller et konnossement. Det vises til min drøftelse av

³¹ Se note 6

³² Andersen, Mads Bryde *IT-retten* 2. utg. København, 2005 s. 207

³³ Ot.prp.nr.108 (2000-2001)

original og kopi nedenfor i kapittel 2.3.9.

2.3.7.8 Subjektive hensyn

2.3.7.8.1 Papirets symbol- og varslingsfunksjon

Papirbasert kommunikasjon kan ha to subjektive funksjoner; én symbolfunksjon og én varslingsfunksjon, men andre subjektive funksjoner utelukkes ikke. Med symbolfunksjon menes at mottakeren av et brev kan ut i fra konvolutten, det fortrykte brevpapiret, bruk av stempel mv. vurdere om det er viktig eller ikke. Gjennom lang tradisjon og særlige rettsregler som knytter virkninger til et spesielt dokument er benyttet, har papirdokumentet fått en egenverdi ved at det fremstår som noe spesielt tillitsvekkende.³⁴ Et eksempel på dette er sjekker (benyttes ennå) og omsetningsgjeldsbrev.

Varslingsfunksjonen skal sikre at den som ønsker å gjennomføre en handling tenker seg om og er klar over hvilken konsekvens handlingen kan ha.³⁵ På denne måten kan skriftlighet ha en beskyttelsesfunksjon for partene. Dette hensynet kan illustreres med et eksempel om formalkravene til oppsigelse i arbeidsforhold, jfr. Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62 § 15-4 (1). Her heter det at ”oppsigelse skal skje skriftlig”. Formfeil ved oppsigelsen vil normalt føre til ugyldighet, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-5 (1).

Tidsmomentet vil også inngå som en del av varslingsfunksjonen. Papirbasert kommunikasjon krever en rekke forberedelser i form av å skrive det ned riktig i motsetning til for eksempel muntlige avtaleinngåelse.

Symbol- og varslingsfunksjonene som papirbasert kommunikasjon ivaretar, må ses i særlig sammenheng til kravene om underskrift.

³⁴ Kartleggingsprosjektet s. 27

³⁵ Kartleggingsprosjektet s. 3

Det er ikke noe i veien for at også de subjektive hensynene kan ivaretas ved elektronisk kommunikasjon. En e-post kan merkes med viktighetsnivå eller med for eksempel lesebekreftelse. En annen mulighet er å bruke elektronisk signatur. Slik sett er også symbolfunksjonen ivaretatt. Likevel er det slik at disse hensynene må ivaretas ved praksis over tid.

2.3.7.9 Oppsummering av skriftlighetskravet

Det må være klart at kravet om skriftlighet, ikke er et krav om papir. Slik sett er ”*skriftlighet*”, et teknologinøytralt begrep slik at det ikke vil være noe hinder for elektronisk kommunikasjon. En avklaring må skje ved at det enkelte skriftlighetskravet tolkes. I den forbindelse må det også ses hen til hvilke hensyn som begrunner formkravet, og det må vurderes om elektroniske meldinger kan vareta hensynene på en tilfredsstillende måte. Ut i fra hensynene må man vurdere om det medium og kommunikasjonsform man har valgt, er godt nok. Dersom det i et regelverk stilles krav om "*skriftlig*", men det ikke er ønskelig at det kan skje elektronisk, har det gode grunner for seg at det heretter bør stilles tilleggskrav; for eksempel "*skriftlig på papir*".

2.3.8 Krav om underskrift

2.3.8.1 Innledning til krav om underskrift

En forutsetning for å stille krav om underskrift er at det som underskrives er i skriftlig form. Det innebærer at hensynene bak skriftlighet som det er redegjort for overfor i kapittel 2.3.7, også gjelder ved krav om underskrift.³⁶ Det må understrekes at det som hovedregel ikke er noe absolutt vilkår om underskrift for at en avtale er bindende³⁷, med mindre partene har avtalt noe annet. I de fleste forretnings situasjoner som avtale om kjøp av varer og tjenester m.m. finnes kun et begrenset antall situasjoner der norsk lovgivning krever avtale i skriftlig form undertegnet av partene.

³⁶ Kartleggingsprosjektet s. 4

³⁷ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s.108

Konsekvensene av at dokumentet ikke er undertegnet vil være forskjellige. En avtale blir normalt ikke ugyldig om kravet ikke er oppfylt, men kan få betydning for rettsforholdet mellom partene. Selv om det ikke stilles krav om underskrift, vil et signert dokument ha en høy bevisverdi. En underskrift på et dokument kan for eksempel brukes som bevis på at en person har godtatt vilkårene i dokumentet.

Underskrift på papir eller lignende har eksistert i lang tid. Bruk av håndskreven underskrift på papir har tradisjonelt vært brukt for å gi uttrykk for en viljeshandling (manifestering) eller bare for å identifisere avsenderen. Å sette underskriften på et stykke papir skjer ofte ut fra bevisstheten om den alminnelig gjeldende sedvane om at enighet, som er oppnådd etter en forutgående forhandling, besegles på denne måten.

Derfor er dagens lovgivning bygget rundt papirbasert underskrift. Ved å stille krav om underskrift ønsker partene akkurat å sikre tilknytningen mellom en person og innholdet i det undertegnede dokumentet,³⁸ selv om det ikke trenger være noe rettlig krav som ligger bak. Dette er de to grunnleggende funksjonene ved en underskrift i avtalesammenheng.

Spørsmålet blir om hensynene bak krav om underskrift kan ivaretas med med elektronisk kommunikasjon. Som ved krav om skriftlighet må dette besvares ut i fra en helthetsvurdering sett ut i fra hvilke hensyn og funksjoner underskrift skal ha i den aktuelle bestemmelsen.

2.3.8.2 Hensynet til opphav (ekthet) og innholdsintegritet

Papiret har tradisjonelt hentet sin styrke i fra den forbindelsen det er mellom opphavsmannens skrevne dokument som gir en formodning om autensitet.³⁹ Det innebærer selvsagt er at denne formodningen er sterkest når hele dokumentet er håndskrevet, fordi det

³⁸ Kartleggingsprosjektet s. 43

³⁹ Andersen, Mads Bryde *IT-retten* 2. utg. København, 2005 s. 803

personlige preget her er størst. Formålet med skriftlig underskrift, er som nevnt å sikre identiteten (avsender eller utsteder) og avtalens innhold. Håndskreven signatur gir i utgangspunktet ingen autentisering, dersom man ikke har en signaturprøve å sammenligne den med.⁴⁰ Av den grunn endrer ikke dette oppfatningen om at en underskrift på papir gir tillit til at dokumentet er ekte.⁴¹ Skriftlig signering må gjøres av et individ, slik at det i denne sammenheng alltid er en person som undertegner. Det er forøvrig ikke den samme automatiske koblingen mellom en person og en elektronisk signatur. En mottaker kan ikke uten videre være sikker på hvem som har brukt den elektroniske signaturen. Signaturen kan brukes av annen, med eller uten rett til det, uten at mottakeren kan se det.

Autentisering av en skriftlig avtale må ses i sammenheng til bevissikring som det ble redegjort for ovenfor i kapittel 2.3.7.6.

Med dataintegritet menes vanligvis at mottaker kan verifisere at innholdet i en melding eller dokument ikke har blitt endret bevisst eller tilfeldig fra det tidspunkt meldingen ble avsendt til den ble mottatt.⁴² UNCITRALs modellov artikkel 8 (3) bokstav a definerer integritet (integrity) som at informasjonen er komplett og uendret, med unntak av eventuelle påtegninger og forandringer grunnet normal fremgangsmåte ved kommunikasjon, lagring eller fremleggelse.

En mottaker av et papirdokument kan ikke alltid kontrollere om en side er blitt utskiftet, forandret eller har uønskede tillegg. Med underskrift på papir vil det være mulig å oppdage eventuelle endringer som er gjort i ettertid. Alle sidene i et dokument kan også paraferes slik at hensynet er ivaretatt.

⁴⁰ Ot.prp.nr.108 (2000-2001) kap. 2.2.2.

⁴¹ Kartleggingsprosjektet s. 43

⁴² Ot.prp.nr.108 (2000-2001) kap. 2.2.1.

2.3.8.3 Hensynet til avslutningsfunksjon og ikke-benekting

En underskrift markerer slutten av et dokumentet og at det ikke er et utkast.⁴³ Det innebærer at signaturen gjør det klart at det underskrevne dokumentet klart representerer en komplett erklæring av en eller flere parters vilje, og at det ikke er et utkast som parten eller partene ikke ment å være bundet av.⁴⁴ Hensynet må til avslutningsfunksjon må ses i sammenheng med integritethensynet.

Ikke-benekting er et hensyn som gir mottakeren av et dokument en rimelig grad av sikkerhet for at den angitte avsender ikke senere kan nekte å ha sendt dokumentet. Hvis avsenderen av et dokument har behov for å vite med en viss grad av trygghet at sendingen er mottatt, må imidlertid mottakeren ved en handling gi fra seg en kvittering for mottaket, slik at han eller hun ikke senere kan nekte å ha mottatt dokumentet.

2.3.8.4 Elektronisk signatur

Den digitale verden har ikke umiddelbart noen ekvivalent til en håndskrevet signatur. Underskrift på papir gjøres ut i fra man *er*, mens en elektronisk signatur baserer seg på noe man *har*. Om en regel om underskrift (på papir) skal kunne erstattes eller likestilles av en elektronisk signatur beror derfor som utgangspunkt på en fortolkning av den aktuelle regelen. Her spiller det også en rolle hva slags teknologi som er tilgjengelig og godkjent av myndighetene for slik bruk..

Elektronisk signatur er et teknologinøytralt og overordnet fellesbegrep som kan dekke flere metoder eller teknikker for å knytte en person sammen med et dokument. Én mulig teknikk kan være å tegne navnetrekket sitt nederst på dokumentet ved hjelp av mus, spesialpenn eller liknende. Digital signatur er en av flere mulige teknikker som kan brukes til elektronisk signering. Den kan også benyttes til å bekrefte hvem man kommuniserer med, og kan da for eksempel benyttes til å erstatte passord ved pålogging til datasystemer

⁴³ Kartleggingsprosjektet s. 5

⁴⁴ Ot.prp.nr.108 (2000-2001) kap. 2.2.1.

og tjenester på Internett. Brukt slik fungerer den digitale signaturen som en elektronisk ID.

I motsetning elektronisk kommunikasjon har lovgiver her gitt en lov for elektronisk signatur. Loven baseres seg blant annet på Europaparlamentets og Rådets direktiv 199/93/EF om et felles rammeverk for elektroniske signaturer (13. desember 1999).

Bakgrunnen for direktivet var at utviklingen av elektronisk handel over åpne globale nett nødvendiggjør elektroniske signaturer med tilhørende tjenester som sørger for autentisering.

Esignaturloven definerer begrepet elektronisk signatur som “data i elektronisk form som er knyttet til andre elektroniske data og som brukes som autentiseringsmetode.”, jfr. § 3 nr. 1. Loven har som hovedformål “å legge til rette for en sikker og effektiv bruk av elektronisk signatur ved å fastsette krav til kvalifiserte sertifikater, til utstederne av disse sertifikatene og til sikre signaturfremstillingssystemer”, jfr. esignaturloven § 1. Den gir ikke en generell rett til å kommunisere elektronisk, men dersom det stilles krav om underskrift for å få en bestemt rettsvirkning og disposisjonen kan gjennomføres elektronisk, “oppfyller en kvalifisert elektronisk signatur alltid et slikt krav” jfr. esignaturloven § 6. Videre heter det i § 6 i.f. at “en elektronisk signatur som ikke er kvalifisert, kan oppfylle et slikt krav.” Her gjelder det et ytterligere kvalifikasjonskrav i de enkelte tilfeller. Hva som ligger i kravene til elektronisk signatur, behandles ikke i denne oppgave jfr. avgrensningene som nevnt i innledningen.

Esignaturoven får ikke innvirkning på nasjonal retts bestemmelser om formkrav, for eksempel krav til håndskreven underskrift.⁴⁵ Andre typer av elektroniske signaturer, med andre sikkerhetskrav, kan oppfylle krav om underskrift. Med dette ønsker man å markere at også andre, mindre kompliserte elektroniske signaturer, i særlige tilfeller vil kunne være tilstrekkelig.

Så fremt man benytter seg av en "sikker nok" elektronisk signatur, vil den i minst like stor

⁴⁵ Kartleggingsprosjektet s. 50

grad som en håndskreven underskrift, være en garanti for at et dokument virkelig stammer fra den som anføres som utsteder.

Fordelen ved en digital signatur er at den i tillegg til å sikre identiteten på avsenderen også sikrer dokumentets integritet, dvs. at man kan være sikker på at innholdet i det signerte dokumentet ikke har blitt forandret på vei til mottaker. Hvis teksten er blitt forandret på vei til mottakeren vil dette oppdages. Også hensynet til ikke-benektning vil være ivaretatt ved bruk av kvalifisert elektronisk signatur.

Et godt eksempel på at kvalifisert elektronisk signatur kan anvendes på lik linje som skriftlig håndskrevet signatur på papir, er Lånekassens tilbud om elektronisk behandling av gjeldsbrev. Studenter kan nå ved hjelp av et smartkort signere gjeldsbrevet på en PC koblet op mot Internett.

2.3.9 Krav om original og kopi

2.3.9.1 Innledning

I en rekke lover og regler oppstilles det krav om at dokumenter skal være originalt og unikt. Det kan dreie seg om å sikre dokumentets innhold og i blant dets layout.⁴⁶

Kravene om originalitet, kopi er knyttet til papirbaserte dokumenter og papirbasert kommunikasjon⁴⁷ slik at skriftlighet på papir oppfyller disse kravene.

Et originalt papirdokument innehar den egenskapene at det ikke endres over tid og at det som regel bare finnes én original, og således at det kun kan være på ett sted av gangen.⁴⁸

⁴⁶ Kartleggingsprosjektet s. 3

⁴⁷ Kartleggingsprosjektet s. 6

⁴⁸ Kartleggingsprosjektet s. 64

2.3.9.2 Original

Hensynene med krav til original er å sikre dokumentets autenticitet og integritet, jfr. denne oppgaves kapittel 2.3.8.2, og er normalt begrunnet ut i fra at det er større mulighet for å oppdage at dokumentet er blitt endret ved å forlange å se originalen.⁴⁹

Spørsmålet er om begrepet "*original*" kan brukes ved elektronisk kommunikasjon, eller om det må endres. Som nevnt er original et begrepet som først og fremst er knyttet til papirbaserte dokumenter. Original må forstås som noe ekte og opprinnelig, men kan i enkelte sammenhenger også knyttes til selve besittelsen av et dokument. Ved papirkopier er det mulig å skjelne mellom original og en kopi, men i en digital sammenheng vil kopien være identisk med originalen.

UNCITRALs modellov art. 8 regulerer begrepet original. Der loven krever at opplysningene skal presenteres eller beholdes i original form oppfylles dette ved å sikre dokumentets innholdsintegritet (at informasjonen ikke er endret bevisst eller tilfeldig ved forsendelse eller lagring) og at denne informasjonen er tilgjengelig, dvs. at dataene er lesbare for mottakeren. Modelloven krever altså ikke at det elektroniske dokumentet skal være det unike dokumentet, altså det som først ble laget. Dette løser ikke problemstillingen der lovverket knytter rettigheter til selve besittelsen av originalen, for eksempel et omsetningsgjeldsbrev. Hvis original skal defineres som det medium informasjonen ble fiksert første gang, er det ikke mulig å tale om originale elektroniske dokumenter, tatt i betraktning at mottaker alltid vil få en kopi av dokumentet.⁵⁰

Bruk av digital signatur vil kunne sikre at informasjonen ikke endres, jfr. kapittel 2.3.8.4 i denne fremstillingen. Også bruk av ny teknologi som for eksempel digital vannmerking muliggjør at begrepet "original" fortsatt kan brukes ved elektronisk kommunikasjon. Dokumenter som er vannmerket digital inneholder en høyfrekvent, usynlig "bildestøy" som

⁴⁹ Kartleggingsprosjektet s. 66

⁵⁰ Kartleggingsprosjektet s. 66

ikke har noen funksjon. Vannmerket, en logo, copyrighttekst eller lignende, legges inn som et dataskapt hologram i samme høye frekvens, og skjules i bildestøyen uten å bli synlig i selve dokumentet. Siden det ligger i en annen frekvens enn selve dokumentinformasjonen, kan hologrammet hentes ut igjen for å sjekkes uten at bildet blir påvirket.

Uautoriserte forsøk på å endre dokumentinnholdet vil ødelegge vannmerket. Siden hele merket kan hentes ut selv fra bare en liten del av dokumentet, kan det også vise hvilken del som er blitt manipulert. Fordelen med slik vannmerking er at man ikke trenger noen krypteringsnøkkel. Det blir rett og slett ødelagt hvis noen prøver å endre dataene.

Da som nevnt hensynet bak formkravet original er å sikre dokumentets opphav og innhold, er begrepsbruken "*original*" således mer et spørsmål om smak enn ren juss dersom man ønsker å benytte seg av begrepet original også i forhold til elektronisk kommunikasjon. Man kan godt kalle et elektronisk dokument for originalt sett ut i fra hensynene til autentisitet og integritet.

Begrepet original vil komme til kort når det knyttes rettsvirkninger til selve besittelsen av et dokument. Her kan løsningen være å opprette dataregistre som ivaretar dette hensynet.

2.3.9.3 Kopi

En kopi av et elektronisk dokument vil ikke bli utsatt for et generasjonstap. Kopien er like god som originalen. Dette betyr at mottaker av et elektronisk dokument selv kan lage flere nye "originaler" av dokumentet. Det vil dermed være tilstrekkelig for avsender å sende inn dokumentet én gang dersom det skjer elektronisk. Det gjelder så vel ved krav om én original som når det stilles krav om at alle eller flere eksemplarer skal være i "original hvis øvrige hensyn er ivaretatt. Som nevnt ovenfor vil mottaker av et elektronisk dokument kunne produsere de ytterligere eksemplarer som han ønsker. Kostnadene ved dette vil være marginale. Det skal også bemerkes at det ikke er noe til hinder for å sende et elektronisk dokument videre til annen mottaker. Det er teknisk mulig å beholde den opprinnelige signaturen og også selv signere dokumentet, slik at mottaker kan verifisere både avsenders

og den opprinnelige avsenderens identitet (autentisere), samt sikre at dokumentet ikke er blitt endret underveis (integritet).

2.3.10 Krav om dokument

Begrepet ”dokument” anvendes i lovgivningen en rekke steder. Selve dokumentbegrepet er tradisjonelt knyttet til papir. Egenskapene til et dokument er at informasjonen kan leses eller overføres i ettertid. De viktigste funksjonene papirdokumentet har hatt, er som informasjonsbærer, bestandighetsfunksjon, bevissikringsfunksjon og en symbolsk funksjon. Spørsmålet blir om dokumentbegrepet er begrenset til papirdokumenter eller også omfatter elektroniske dokumenter.

Spørsmålet kan neppe besvares generelt, men må vurderes i tilknytning til de enkelte rettsområder.

I Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) av 19. mai 2006 nr. 16 § 4 (1) er dokument definert som et “ei logisk avgrensa informasjonsmengd som er lagra på eit medium for seinare lesing, lytting, framsyning, overføring eller liknande.” Definisjonen er teknologinøytral slik her vil for eksempel et elektronisk dokument falle inn under ordlyden. Det har gode grunner for seg å trekke en analogi til dokumentbegrepet i andre rettsområder der dette ikke er særskilt definert, slik dokument også kan være elektronisk dokument. Dette er også en allmenn oppfatning i praksis.

2.3.11 Oppsummering om formkrav

Det er på det rene at det ikke eksisterer en konsistent bruk av de forskjellige begrepene i henhold til formkrav norsk lovgivning. Det er mange ulike begrunnelser for eksisterende formkrav og det er mange hensyn som man kan ønske å ivareta selv, om ikke alle er relevante ved hvert tilfelle. Samme begrep kan ha forskjellig betydning i forskjellige sammenhenger. Dessuten kan samme ord ha forskjellig betydning etter som det er benyttet i en bestemmelse fra 1900-tallets begynnelse eller i dag.

Fremstillingen har pekt på noen de hensyn formkrav skal ivareta. Det må konkluderes med at i bestemmelser som ikke eksplisitt tillater elektronisk kommunikasjon, men oppstiller formkrav for avtaleinngåelse, kan elektronisk kommunikasjon rettsgyldig tillates hvis hensynene bak formkravet er ivaretatt.

3 ELEKTRONISK AVTALEINNGÅELSE

3.1 Innledning

Avtaleloven fra 1918 inneholder regler om avtaleslutning. Loven er et resultat av nordisk samarbeid, hvorav alle de nordiske land har en nesten lik avtalelov. I en rettskildesammenheng vil derfor de nordiske lovforarbeider være relevante for tolkingen av den norske bestemmelsene for lovgivningen på dette området.

Som nevnt innledningsvis i denne oppgaven er utgangspunktet ved inngåelse av avtaler, utveksling av tilbud og aksept. Systemet med tilbud og aksept illustrerer to grunnleggende sider ved enhver form for avtaleinngåelse; begge parter må binde seg og partene må være enige.

Selv om avtaleloven gjelder ”på formuerettens område” jfr. avtl. § 41, kan loven også få analogisk anvendelse på mange ikke-formuerettslige avtaler.⁵¹

Avtaleloven er gammel og tar ikke høyde for moderne inngåelsesprosesser som for eksempel telefaks og e-post, men om formidling av tilbud og aksept foregår via vanlig brev eller e-post skal i utgangspunktet gå ut på ett.⁵²

⁵¹ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 25

⁵² Andersen, Mads Bryde *IT-retten* 2. utg. København, 2005 s. 819

Som redegjort for i kapittel 2.1, eksisterer det som hovedregel ikke noe formkrav for å inngå rettslig bindende avtale etter norsk avtalerett, med mindre særlig hjemmel foreligger. Avtalelovens regler om avtaleslutning er deklatoriske, jfr. avtaleloven kapittel 1, selv om dette ikke kommer tydelig frem.⁵³ Dette innebærer at partene selv kan bli enige om når rettslig avtalebinding oppstår mellom dem. Spørsmålet i denne sammenhengen blir om når partene anses bundet av sine digitale dispositive utsagn. Disse utsagnene kan sendes med tradisjonell e-post eller man aksepterer vilkår som fremkommer på dataskjermen ved å klikke på en akseptknapp. Et annet relevant spørsmål er om eller når det oppstår løftevirkninger alene fra en hjemmeside på Internett.

3.2 Mediets rettslige betydning

Norsk avtalerett sonderer mellom kommunikasjon som foregår muntlig og skriftlig. Et eksempel er avtalelovens § 3 som omhandler tilbud som er fremsatt muntlig. I en muntlig dialog når de kommuniserende parter hverandre i samme øyeblikk. Den er dermed umiddelbar. For eksempel vil en utilsiktet avgivelse av et tilbud kunne oppklares der og da eller partene kan raskt oppklare eventuelle misforståelser. Med papirkommunikasjon vil det være et tidsrom mellom de kommuniserende partene, slik at den blir middelbar, noe som også er tilfelle med elektronisk kommunikasjon.

Som utgangspunkt kan partene fritt avtale hva slag medium de vil skal benyttes for avtaleinngåelsen. Avtalepartene kan for eksempel bli enige om at aksept ikke kan gis med elektronisk kommunikasjon.

Men hva med tilfeller der partene ikke tidligere har kommunisert elektronisk?

Spørsmålet må besvares ut i fra en konkret helthetsvurdering i hvert enkelt tilfelle.

Et utgangspunkt må være at en part må velge en type medium som innehar høy sannsynlighet for mottakelse av den andre. Her vil det være et skille mellom bedrifter som har en offisiell e-postadresse og private. Det må stilles større krav til en bedrift om å

⁵³ Hov, *Jo Kommentar til avtaleloven*. Norsk Lovkommentar, elektronisk utgave 2005, note 3

regelmessig sjekke e-posten. Videre må man se på hvilken praksis partene har innført seg i mellom og vurdere om mottakeren med rette kan forvente at det valgte medium kan brukes til forpliktende kommunikasjon.⁵⁴

3.3 Avtalelovens hovedregel om tilbud

Avtaleloven § 7 angir hovedregelen om når et tilbud blir bindende for avgiver.

Tilbudet forplikter løftegiveren, men ikke allerede fra det tidspunkt det er avgitt.

Forpliktelsen oppstår først når tilbudet er kommet frem til løftemottagerens kunnskap⁵⁵, det såkalte ”løfteprinsippet”. Prinsippet kan utledes antitetisk og forutsetningsvis av avtl. § 7.⁵⁶

Selve ordlyden er teknologinøytral, jfr. ”kommet frem”. Det avgjørende for tilbudets løftevirkninger er at det har kommet til den andre parts ”kunnskap”. Fra det tidspunktet kan som hovedregel ikke tilbudet tilbakekalles, slik at det av den grunn oppstår rettslig binding for den som kommer med utsagnet. Regelen i avtl. § 7 er først og fremst utformet med tanke på skriftlige tilbud.⁵⁷ At løftet er kommet til adressatens kunnskap, betyr at det må være opptatt i adressatens bevissthet, gjennomlest og forstått. Spørsmålet blir om tilbud fremsatt elektronisk har de samme rettsvirkningene som ved tradisjonell skriftlig og muntlig kommunikasjon.

Avtaleloven § 3 inneholder en særregel om tilbud sendt med brev eller telegram, sett ut i fra datidens teknologi. Det vil være naturlig å tolke bestemmelsene som eksempler på medier som kan være bærere av informasjon. Med andre ord har det gode grunner for seg at tilbud meddelt ved hjelp av e-post er å anse som skriftlig tilbud, da opplysningene fremkommer som tekst.

⁵⁴ Andersen, Mads Bryde *IT-retten* 2. utg. København, 2005 s. 813

⁵⁵ Woxholt, Geir *Avtalerett*. 5. utg. Oslo, 2003 s. 72

⁵⁶ Woxholt, Geir *Avtalerett*. 5. utg. Oslo, 2003 s. 72

⁵⁷ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 22

Til forskjell fra skriftlig papirkommunikasjon blir elektroniske data matematisk bearbeidet fra det tidspunktet avsender klikker ”send” fra et e-postprogram. Under denne oversendelse av informasjon i et nettverk skjer det rent teknisk utallige reproduksjoner av den aktuelle informasjonen. Denne reproduksjonen skjer ved en prosess som består i at data som blir oversendt i nettverket blir splittet opp i små deler kalt ”packets”. Datapakkene blir lest av datamaskiner i nettverkets knutepunkter, kjent som ”rutere”, og blir deretter dirigert i riktig retning. En e-postmelding kan for eksempel fordeles i ulike pakker som passerer ulike rutere og servere på sin vei til sluttdestinasjonen. Den informasjonen som transporteres over Internett kommer derfor, i deler eller i sin helhet, til automatisk å bli mellomlagret på andres servere og rutere. Slik mellomlagring er nødvendig for at overføringen skal kunne gjennomføres. Her er det grunn til å reise spørsmål om hvilken informasjonsteknisk begivenhet utgjør ”kommet frem” i et datanettverk.

Det kan også oppstå forskjeller i fra tekst mellom avsenderen tilbud og det mottakeren leser på skjermen grunnet dataformatforskjeller. Noe som ikke vil være tilfelle ved å benytte blekk eller trykk på papir. Hva som kjennetegner et tilbud er ikke lovregulert, jfr. avtalelovens regler. Det vil her være naturlig å bygge på en analogi fra e-handelslovens og angrettløvens regler om vilkår som fremsettes elektronisk for forbrukere. Det følger av e-handelsloven § 11 at vilkårene for stiftelse av rettigheter og plikter må fremstå på en klar og tydelig måte. Også i Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven) av 21. desember 2000 nr. 105 § 7 (2) står det at ”opplysningene skal gis på en klar og forståelig måte”. Overført til tradisjonell e-postkommunikasjon mellom parter, vil tilbudet bli bindende når det leses uforandret på en dataskjerm av mottakeren. Men det vil også være tilstrekkelig at hovedinnholdet av tilbudet (aksepten) er opptatt i adressatens bevissthet, ikke nødvendigvis at dette gjelder alle detaljer.⁵⁸ Det må være en forutsetning at tilbudet kommer frem med samme meningsinnhold for mottaker.

⁵⁸ Hov, *Jo Kommentar til avtaleloven*. Norsk Lovkommentar, elektronisk utgave 2005, noter til § 7

3.4 Sondring mellom tilbud og oppfordring

Avtaleloven sonderer mellom tilbud og oppfordringer til å gjøre tilbud, jfr. avtl. § 9.

Hva som skal regnes som tilbud vil bero på den faktiske situasjonen. I noen tilfeller vil selve henvendelsen fra for eksempel en selger være tilbudet, mens i andre tilfeller vil bestillingen være det.

En selgers henvendelse til en kjøper, kan skje til flere potensielle samtidig, for eksempel på en hjemmeside. Spørsmålet blir om dette er et bindende tilbud eller en oppfordring. Som ved skriftlige henvendelse på papir (avisannonser, brosjyrer m.m.) må spørsmålet behandles konkret i hver enkelte tilfelle. Det fremgår av av avtl. § 9 at hvis noen har gjort det klart at henvendelsen ikke er å anse som et tilbud, er det en oppfordring. Et eventuelt klikk på en virtuell bestillingsknapp på hjemmesiden, vil da i utgangspunktet være det avtalestiftende moment (tilbudet). I de tilfellene der det ikke er fremsatt noe forbehold om tilbudsvirkninger, er rettstilstanden noe uklar. Professor Geir Woxholt hevder på sin side at det er en del usikkerhet rundt spørsmålet.⁵⁹ I følge professor Bryde Andersen er det i dansk juridisk teori en alminnelig oppfatning at bestillingsinformasjon i reklame, annonser osv., alene skal anses som oppfordringer til å gjøre et tilbud.⁶⁰ Motsetningsvis følger det av dansk rettspraksis⁶¹ at annonsering som fremtrer som skilting i et utstillingsvindu må betraktes som et tilbud, som blir akseptert ved kundens bestilling. Disse dommene danner grunnlaget for at det etter dansk teori er nærliggende å anta at den samme slags type annonsering på en hjemmeside i form av tilbud om om varer osv., er å anse som tilbud.

Det finnes med andre ord to ulike utgangspunkter for når avtale skal anses å ha kommet i stand. Det første alternativet er at hjemmesiden oppfattes som ett tilbud og at kunden aksepterer tilbudet ved å gjennomføre bestillingen slik dette resulterer i at en avtale kommer i stand. Det andre alternativet er at hjemmesiden oppfattes som en oppfordring til å gjøre tilbud med den konsekvens at kundens bestilling er et tilbud som således aksepteres

⁵⁹ Woxholt, Geir *Innledning til kontraktsretten* Jussens Venner (JV-1996-213) s. 228

⁶⁰ Andersen, Mads Bryde *IT-retten* 2. utg. København, 2005 s. 819

⁶¹ U 1985.877 H og U 1991.43 H

av en bekreftelse fra selger. Den siste løsningen innebærer at for eksempel ved varemangel, kan selger velge å ikke inngå en forpliktende avtale med kunden.

Problemstillingen er også behandlet i rapporten "Reklamens bindende virkning"⁶², utgitt av Nordisk Ministerråd. I rapporten konkluderes det med, litt forenkelt, at det bør innføres regler som gjør reklamebudskapet bindende for markedsføreren. Det vil si at forbrukeren, så sant han er i god tro, bør ha krav på å få kjøpt varen til annonsert pris, og hvis det er utsolgt, å få kjøpt tilsvarende vare til annonsert pris. I tillegg skal forbrukeren ha krav på erstatning fra butikken for det tap han har lidt ved å stole på reklamen, typiske reisekostnader for distansen mellom hjemsted og butikk. Rapporten anbefaler at det settes i gang et fellesnordisk lovgivningsinitiativ som avklarer spørsmålet.

Hva som er et tilbud eller en oppfordring må etter denne drøftelsen bero på en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Men reelle hensyn med støtte i forbrukerpraksis tilsier at en forbruker bør stille noe sterkere enn en næringsdrivende hvis det som fremkommer på en hjemmeside er uklart.

3.5 Tilbakekall

3.5.1 "Re-integra"

Regelen om re integra bygger på en analogi med avtl. § 39⁶³, jfr. avtalelovens forarbeider og juridisk teori. Regelen innebærer at det i noen begrensede tilfeller kan være mulig å tilbakekalle et løfte *etter* det har kommet til adressatens kunnskap. Spørsmålet blir om det skal stilles andre krav ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Et sentralt vilkår ved et slikt tilbakekall vil være at det foreligger "særlige grunner". Noe som må bero på en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Ordlyden "særlige grunner" indikerer at det skal svært mye til. Rent praktisk åpner bruk av e-post for økt sjanse for feilsending. Også

⁶² Nordisk Ministerråd *Reklamens bindende virkning*. TemaNord 2001:549

⁶³ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 94

feil eller virus i datasystemene kan sende ut mail utilsiktet. Her kan den angivelige avgiveren av en feilsendt e-post påberope seg at e-posten som følge av for eksempel datavirus ikke er et uttrykk for vedkommendes definitive vilje. Synspunktet har støtte i juridisk teori hvor det må det fastholdes at en digital meddelse må kunne føres tilbake til en avtalerettslig forpliktende viljeserklæring (kausalforløp) for å ha rettsvirkning⁶⁴. Med dette menes at en datamaskin i seg selv ikke kan ha noen egen ”vilje” som kan avgi viljeserklæringer.

Det bør også i vurderingen legges vekt på om avsender har handlet culpøst. Men det er ikke noe som kan tyde på at det er en lavere terskel for å påberope seg dette her enn ellers for ordinær papirkommunikasjon i henhold til re integra. Oppgaven her går ikke inn på de andre materielle vilkårene for re intergra-regelen, da disse anses å ikke være relevante for hva slags teknologi som anvendes.

3.5.2 Angrerett

Angrettsloven regulerer forholdet mellom forbrukere og næringsdrivende, jfr. lovens § 1 og kan fravikes ved avtale med det unntak at forbrukeren ikke kan bli dårligere stilt, jfr. angrerettloven § 3. Inn under definisjonen ”fjernsalg” inngår kommunikasjon ved hjelp av Internett, jfr. § 6 bokstav a og b. Det følger videre av forarbeidende til blant annet e-handelsloven at også angrettsloven er relevant ved elektronisk handel og forretningsdrift⁶⁵ sammenhold med disse lovene. Det samme er lagt til grunn i proposisjonen med forslag til endringer i lover for å fjerne rettslige hindringer for elektronisk kommunikasjon.⁶⁶ Denne proposisjonen omhandler også lover som allerede åpner for elektronisk kommunikasjon og derfor ikke bør endres, herunder angrettsloven. Denne forståelsen er også lagt til grunn av Forbrukerombudet og lagt til grunn i praksis.

⁶⁴ Andersen, Mads Bryde *IT-retten* 2. utg. København, 2005 s. 808

⁶⁵ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 6.

⁶⁶ Ot.prp.nr.108 (2000-2001) s. 158

Loven gjelder ikke for kjøp under kr. 300,- inklusive fraktkostnader, jfr. § 2. Svært mange avtaler vil dermed falle utenfor lovens virkeområde, for eksempel vil vanligvis kjøp av CD-plater over Internett falle utenfor.

På gitte vilkår gis forbrukeren en rett til å løse seg fra en allerede bindende inngått avtale, slik at i forhold til ordinær avtalepraksis, stilles forbrukeren her i en særstilling. Selv om avtale er inngått og varen er mottatt av forbrukeren, kan avtalen i utgangspunktet reverseres, jfr. angrettloven § 11. Et praktisk eksempel på fjernsalg som reguleres av angrettloven, er kjøp av en vaskemaskin fra Elkjøp på bedriftens nettsider. Her er det bare å klikke på det produktet man vil ha, avtale betalingsform for deretter å effektivere bestillingen. Etter å ha mottatt varen hjemme, kan kjøper returnere varen og få pengene tilbake, hvis vilkåren i angrettloven er oppfylt.

I det store og hele omhandler angrettloven kjøp av fysiske varer der avtalepartene ikke er tilstede samtidig, herunder ved bruk av elektronisk kommunikasjon. Et særskilt spørsmål som dukker opp er salg av programvare der forbruker benytter en PC for å bestille. Salget kan foregå på to måter: Man bestiller en databærer for programvare (for eksempel en DVD) over Internett som fysisk mottas av forbrukeren, likt eksempelet med Elkjøp over. En annen metode er å bestille programvare fra en hjemmeside, som deretter lastes direkte ned til forbrukerens harddisk. Med stadig raskere internettforbindelse hos forbrukerne, blir det sistnevnte mer og mer vanlig.

Det første man må ta stilling til er om programvare er en vare eller tjeneste, jfr. angrettloven § 1. En naturlig forståelse av ordet "vare", er at det må være noe fysisk. I de tilfellene der man bestiller programvare som blir lagret på et flyttbart medium som for eksempel en DVD, er selve bæreren av informasjonen fysisk. Men det er ikke det kunden har kjøpt i all hovedsak. Kunden har kjøpt den immaterielle delen, altså programvaren. Denne programvaren må som regel kopieres inn på kundens datamaskin, slik at den kan installeres der. Først da har kunden fått produktet sitt.

Paragraf 12 i angrerettloven inneholder unntak og begrensninger i angreretten. Bestemmelsen hører inn under lovens kapittel 4 – Angrett ved kjøp av varer. Et vesentlig vilkår for å holde angretten i hevd, er at varen kan leveres tilbake i vesentlig samme stand, hvis kjøper har vært aktsom jfr. angrettsloven § 12 (1). Det vil for såvidt ikke være noe problem med tanke på programvare, men her kan kjøper kopiere programvaren til sin maskin, for deretter å angre seg kjøpet. Denne faren for mislighold (piratkopiering) er noe av bakgrunnen for bestemmelsen i angrettloven § 12 (2) 1. pkt. hvor det står at “ved annet fjernsalg enn telefonsalg kan angreretten ikke gjøres gjeldende for lyd- eller bildeopptak eller datamaskinprogram der forbrukeren har brutt forseglingen”. Ut i fra denne bestemmelsens ordlyd tolket i kontekst med kapitteloverskriften, er det nærliggende å trekke den konklusjon at programvare som selges på fysiske bærere, er varer. Det samme vil gjelde musikk- og bildeopptak innbrent på DVD- og CD-plater. Noe som igjen innebærer at forbrukeren har angrett med mindre forseglingen er brutt der selger har opplyst på en tydelig måte at angretten bortfaller ved å bryte forseglingen, jfr. angrettloven § 12 (2) 2. pkt.

Når det gjelder programvare som leveres elektronisk, er ikke konklusjonen like opplagt. Det må også her tas stilling til om programvaren er en vare eller tjeneste. Per i dag finnes det ikke noe digitalt forseglingssystem som kan benyttes, slik som ved salg av programvare på for eksempel en DVD. Selve nedlastingen har samme karakter som innlastningen av programvare fra en DVD eller et annet ekstern digitalt medium. Begge formene fører til en kopi på brukerens harddisk. Slik sett er forseglingen allerede brutt når nedlastningsprosessen starter. Dette spørsmålet ble tatt opp i høringsrunden til angrettlovens i forarbeidene.⁶⁷ Departementet konkluderer med at ved elektronisk levering av programvare vil reglene om angrett for tjeneste, jfr. angrettlovens § 21. (3) komme til anvendelse. I bestemmelsen fremkommer det at det kan avtales at forbrukeren kan betale for den del av tjenesten som er mottatt, for så å beholde angretten for resten. Dette vil innebære at forbrukeren mister angretten når programvaren lastes ned i sin helhet.

⁶⁷ Ot.prp.nr.36 (1999-2000) s. 103

Synspunktet er rimelig. Det vil være uforholdsmessig dyrt og vanskelig å fremstille forseglingsystemer som kan kontrollere at forbrukeren sletter sin programvare. Forøvrig er det opp til programvareprodusenten å lage løsninger, slik at forbrukeren kan prøve programvaren i en periode (trialware) eller at programmet kan testes ut på en hjemmeside før forbrukeren kjøper det.

Ut i fra denne betrakningen blir det slik at der forbrukeren kjøper programvare på for eksempel en DVD, vil programvaren bli definert som vare. Leveres programvaren elektronisk, er det en tjeneste. Da bestemmelsene er utferdiget på forskjellige måter, på bakgrunn av om det er en vare eller tjeneste, vil det nok være slik at retten til å gå fra en allerede bindende avtale står sterkere ved kjøp av programvare som ikke leveres elektronisk.

Videre må handel over Internett ses i sammenheng med avtaleloven og e-handelsloven. Vilkår om at betingelsene skal fremstå som klare tydelige jfr. angrettslovens § 9 og e-handelsloven § 11 må innebære at opplysningene må fremkomme på dataskjermen. Disse kravene behandles grundigere i kapittel 3.7 om e-handel.

3.5.3 Feilskrift

Feilskrift eller annen lignende feiltagelse, reguleres av avtaleloven § 32. Første ledd i bestemmelsen regulerer den forvanskning som skjer ved selve avgivelsen av viljeserklæringen, mens andre ledd omhandler selve befordringen. Etter ordlyden i § 32 (2) gjelder bestemmelsen bare for telegrafering. Spørsmålet blir om feilskrift etter avtalelovens bestemmelser får anvendelse på elektronisk kommunikasjon.

Dagens datateknologi medfører fare for økt feilskrift. Forskjeller i dataformater kan endre opprinnelig tekst, slik at det fremkommer annerledes hos mottaker. Ikke minst kan datavirus spre innhold fra en datamaskin til en annen utilsiktet. For eksempel hvis en person lagrer et utkast til et tilbud i en kladdemappe i mailprogrammet. Et datavirus kan her sende ut tilbudet eller at et tilbud som er ment for én person når flere mottakere. Da det

ikke ligger tekniske hensyn bak regelen, jfr. juridisk teori⁶⁸, tilsier reelle hensyn at det grunn til å anvende avtalelovens § 32 (2) analogisk på elektronisk kommunikasjon. Det bør bemerkes at regelen om at avgiveren ikke er bundet av et forvansket utsagn, er unntak fra det såkalte ”tillitsprinsippet” i avtaleretten.

3.6 Aksepten

3.6.1 Utgangspunkt

Utgangspunktet for at en rettslig bindende avtale kommer i stand, er at tilbudet aksepteres. Som nevnt i kapittel 3.3 om tilbud, fremgår det at avsender blir bundet av sitt utsagn når det har kommet til adressatens kunnskap. For akseptantens del vil aksepten være et påbud og et løfte. Påbudet binder løftegiver når det har ”kommet frem”, mens akseptens løftevirkning inntreer først når det har kommet til tilbyders ”kunnskap”, jfr. avtaleloven §§ 2 og 3. Hva som etter avtaleloven anses som å ”kommet frem”, kan ikke beskrives helt nøyaktig. Etter forarbeidene til avtaleloven har en melding som hovedregel “kommet frem” til adressaten når den er brakt under slike ytre forhold at avgiveren etter livets alminnelige regler kan regne med at tilbyderen umiddelbart blir kjent med den, slik at det beror på han selv om dette skal skje eller ikke.⁶⁹ I andre tilfeller vil en melding ikke få rettsvirkninger før meldingen har kommet til adressatens kunnskap, jfr. avtaleloven § 7. Det fastslås her at et tilbud eller et svar på et tilbud kan kalles tilbake innen tilbudet eller svaret har kommet til adressatens kunnskap. Avsender blir med andre ord ikke bundet av meldingen før adressaten har fått kunnskap om den. Skjæringstidspunktet for når en melding anses mottatt vil kunne variere fra rettsområde til rettsområde. Rettsvirkningene av aksepten er at tilbyderen blir endelig bundet i en endelig avtale. Blir tilbudet ikke akseptert, opphører tilbyderen å være bundet ved akseptfristens utløp.

⁶⁸ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 240

⁶⁹ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 100

3.6.2 Når inntreffer aksepten ved elektronisk kommunikasjon?

Som ved skriftlig kommunikasjon på papir mellom parter, kan det ved elektronisk kommunikasjon oppstå spørsmål om når en melding har ”kommet frem”. Den generelle rettsoppfatningen er at for eksempel et brev har kommet frem når det ligger i mottakerens postkasse. Det samme vil etter juridisk teori gjelde med et brev som blir lagt i adressatens postboks, selv om denne er på postkontoret.⁷⁰ Slik sett inntreffer påbudsvirkningen for løftegiver når han eller hun har tilgang til brevet. Hensynet som ligger bak regelen er at avsender ikke skal kunne sno seg unna løftevirkningene ved å skylde på at det ikke foreligger noe aksept.

Aksept av et tilbud ved hjelp av en datamaskin, kan være noe mer komplisert.

Her går meldingen som forklart i kapittel 3.3 via flere terminalpunkter for så å havne på en mailserver som er tilknyttet mottakers e-postadresse. Den mest utbredte måten å motta e-post på i dag, er at man benytter seg av et e-postprogram som sjekker mailserveren, for så å laste ned innholdet til brukerens datamaskin. En annen måte er å benytte seg av en webleser (for eksempel Internet Explorer) som gir adgang til å lese av e-posten direkte på mailserveren der mailboksen ligger. For tilbud fremsatt på en hjemmeside fremkommer aksepten i tilbyders eget datasystem eller hos den leverandør som drifter hjemmesiden.

Det som kompliserer bildet ytterligere er at flere e-postprogrammer har et filter for uønsket e-post. Såkalt ”*spam-filter*”. Dette filteret kan også ligge på selve e-postserveren, slik at mail ikke lastes ned. Det kan også være et problem med at mailboksen er full, slik at meldinger ikke når frem. Det er heller ikke uvanlig at personer kan ha flere e-postadresser samtidig.

Derfor hersker det mer usikkerhet i dag om meldingen har kommet frem ved bruk av elektronisk kommunikasjon, enn ved ordinær postgang.

⁷⁰ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 101

I avtalerettlig forstand reiser dette spørsmål om når en melding anses å være ”kommet frem” til adressaten når man benytter seg av elektronisk kommunikasjon. Selve ordlyden er teknologinøytral. Ut i fra dagens teknologi blir dette et spørsmål om aksepten har kommet frem når den ligger på en ekstern mailserver eller når mottaker faktisk laster ned meldingen på sin PC. I regjeringens lovforslag om å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon i lovverket blir problemstillingen rundt begrepet ”kommet frem” behandlet i forhold til forvaltningsloven med virkning for flere andre lover.⁷¹ Der anses en melding å ha kommet frem når den andre parten kan skaffe seg tilgang til meldingen. Etter e-handelsloven §12 (2) vil ”Bestilling og bekreftelse som avgis elektronisk, anses mottatt når parten som den er adressert til, har tilgang til den.” Men selv om mottaker har tilgang til e-posten, løser ikke dette spørsmålet om hvor i terminalprosessen e-posten må befinne seg for at adressaten har “tilgang”.

Spørsmålet er også behandlet i professor Erik Røsægs i artikkel , tidligere henvist til i kapittel 2.3.3. Det uttales her at det synes å være bred enighet om at skjæringspunktet ved elektronisk post er når budskapet er kommet frem til mottakers tjenermaskin (mailserver). Synspunktet er sammenfallende med forarbeidende til e-handelsloven § 12 (2).⁷² Men i følge professor Jo Hov er en melding kommet frem når den er tilgjengelig i mottakerens datamaskin.⁷³ Han baserer sitt syn på en analogi fra telefaksen, der meldingen først har kommet frem når den skrives ut på papir hos mottakernes faxmaskin. Det fremgår av lovkommentaren til avtaleloven⁷⁴ (skrevet av professor Hov) at: ”*Like med postkasse må regnes postboks på postkontor. Er brev sendt rekommandert, anses det for å være kommet frem når meldeseddel er kommet i adressatens postkasse og denne dessuten har hatt rimelig tid til å hente sendingen på postkontoret (min uth.)*”. Videre: ”*Er aksepten sendt ved telefaks, er den kommet fram når den er tatt i mot på mottakerens telefaksmaskin.*”

⁷¹ Ot.prp.nr.108 (2000-2001) kap. 3.5.4.4.

⁷² Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 45

⁷³ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 101

⁷⁴ Hov, Jo *Kommentar til avtaleloven*. Norsk Lovkommentar, elektronisk utgave 2005

Likedan vil et utsagn som formidles ved hjelp av e-post, som utgangspunkt være kommet fram når det er kommet fram til mottakerens datamaskin (min uth.)”⁷⁵

Etter mitt skjønn vil det være mer naturlig å sammenligne en postboks med en ekstern mailserver og postkassen med tilgangen til mail etter at den er lastet ned til mottakernes datamaskin. Mailprogrammene opererer også med begrepet ”postkasse” slik at en analogi av det såkalte ”postkasseprinsippet” virker mer opplagt og rimelig.

Svaret må bli at en melding må anses å ”kommet frem” når adressaten har teknisk mulighet for å lese den. Denne konklusjonen har støtte i øvrig nordisk juridisk teori.⁷⁶

Når det gjelder spørsmålet om akseptfrist som reguleres av avtaleloven § 2, fremgår det av andre ledd at ”tilbudet gjort i brev, regnes fristen fra den dag, brevet er datert. Er tilbudet gjort i telegram, regnes fristen fra det øieblik, det er indlevert til avsendelsesstedets telegrafstation.” Valg av medier i bestemmelsen må ses ut i fra hva som var tilgjengelig ved lovens tilblivelse. Med støtte i juridisk teori⁷⁷ vil her være rimelig å trekke en analogi fra telegram til bruk av for eksempel e-post, slik at frister beregnes etter klokkeslett og ikke dag.

3.7 E-handel

3.7.1 Innledning til e-handel

Det blir for flere bedrifter stadig mer aktuelt å tilby sine varer og tjenester ved hjelp av Internett. Bare i Norge har 83% av befolkningen tilgang til Internett⁷⁸ og det er myndighetenes mål at det i løpet av 2007 skal det være etablert ordninger som sikrer at alle som ikke selv har tilgang til Internett, har et tilbud om å få utført tjenester på nett i sitt

⁷⁵ Norsk Lovkommentar til avtaleloven, note 10

⁷⁶ Andersen, Mads Bryde *IT-retten* 2. utg. København, 2005 s. 813

⁷⁷ Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002 s. 107

⁷⁸ eNorge 2009 s. 6

nærmiljø.⁷⁹ I stedet for at kunden møter opp i butikken, kan varesortimentet tilbys på en hjemmeside og avtale om handel slutføres der. Digitalt salg av programvare, musikkopptak m.m. muliggjør at kunden kan laste ned produktet direkte til sin datamaskin. Banker og andre finanstjenester tilbyr i stor skala sine tjenester nå online. Jeg vil i den videre fremstilling belyse hvilke krav som regelverket stiller til en elektronisk salgsprosess og avtaleinngåelse.

Den slags type virksomhet som beskrevet ovenfor, går under begrepet ”elektronisk handel”, ofte brukt med forkortelsen e-handel.

I St.meld.nr.41 (1998-1999) Om elektronisk handel og forretningsdrift defineres begrepet e-handel som: *“alle former for kommersielle transaksjoner og forretningsvirksomhet over elektroniske nett. Transaksjonene kan være knyttet til bestilling, betaling [...], men kan også omfatte overføring av digitaliserte varer og tilgang til tjenester.”*. Det er senere endret av eNorge 2005⁸⁰ til: *“Elektronisk forretningsdrift er forretningsprosesser utført i digitale nettverk - innen en virksomhet eller integrert i verdikjeden mellom flere virksomheter”*. Denne oppgave legger eNorge 2005s definisjon til grunn.

På EU-nivå har man forsøkt å harmonisere de nasjonale lovene med flere forskjellige direktiver som har mer eller mindre har tilknytning til handel der det er distanser mellom kjøper og selger.

Sentrale lover på e-handelsområdet er ehandelsloven, angrerettloven, forbrukerkjøpsloven og personopplysningsloven. I disse lovene er det gitt en rekke regler som til sammen legger hovedgrunnlaget for hvilke plikter og rettigheter en forbruker har ved e-handel, men også mellom næringsdrivende. Alminnelige avtalerettslige regler og praksis vil i tillegg komme til anvendelse.

⁷⁹ eNorge 2009 s. 7

⁸⁰ eNorge 2005 s. 11

Elektronisk handel og forretningsdrift inndeles ofte i tre segmenter:

- B2B: “Business to business”, som er en betegnelse for elektronisk samhandling mellom bedrifter i bedriftsmarkedet.
- B2C: “Business to consumer”, som er betegnelse for elektronisk samhandling mellom bedrifter og forbrukere i privatmarkedet. Som beskrevet ovenfor er den vanlige fremgangsmåten her at selger tilbyr sitt varesortiment på en hjemmeside. Forbrukeren kan deretter “plukke” varer som havner så i en virtuell handlevogn. Kunden trykker deretter på en virtuell knapp ofte med ordlyden “gå til kasse”. Deretter dukker en side opp med avtalevilkår som kunden kan akseptere. Aksepteres betingelsene går man videre til betaling osv.
- B2G: “Business to government”, er en betegnelse for elektronisk samhandling mellom bedrifter og myndigheter. Behandles ikke i denne oppgaven.

Fremstillingen vil her se på de spesielle reglene som kommer til anvendelse når salget skjer over Internett med bruk av PC. De fleste kravene vil kunne fravikes ved avtale i kjøp mellom næringsdrivende (B2B), men ikke til ugunst for forbruker ved B2C.

3.7.2 E-handelsloven

Den 1. juli 2003 trådte Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester av 23. mai 2003 nr. 35 (ehandelsloven) i kraft. Loven gjennomførte EUs direktiv om elektronisk handel⁸¹, jfr. Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Formålet med direktivet og dermed også loven er å bidra til det indre markedes virkemåte ved at det sikres fri bevegelighet for informasjonssamfunnstjenester mellom

⁸¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked

medlemsstatene.⁸²

Direktivets artikkel 9 nr. 1 fastsetter at det skal være mulig å inngå avtaler elektronisk, og at medlemsstatene særlig skal påse at de rettslige betingelsene som gjelder for inngåelse av avtaler ikke fører til at slike avtaler mister sin rettsvirkning og gyldighet fordi de er inngått elektronisk. Direktivet gjør imidlertid unntak for blant annet formkrav ved kjøp av fast eiendom, visse typer av sikkerhetsavtaler og avtaler innenfor familie- og arveretten.⁸³

Lovens virkeområde omfatter ”elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester og offentlige myndigheters regulering av og kontroll med slike tjenester”, jfr.

ehandelsloven § 1 (1). Hva som menes med informasjonssamfunnstjenester fremgår av legaldefinisjonen i lovens § 1 (2), der begrepet blir definert som ”enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker, samt enhver tjeneste som består i å gi tilgang til, eller overføre informasjon over, et elektronisk kommunikasjonsnett, eller i å være nettvært for data som leveres av tjenestemottakeren.”

Det kan i forskrifts form bestemmes hva som kan regnes som en informasjonssamfunnstjeneste, jfr. ehandelsloven § 1 (4). Per i dag foreligger det ingen slik forskrift med slike definisjoner. Selve definisjonen i loven er hentet fra artikkel 2 bokstav a i direktivet om elektronisk handel, der det står at informasjonssamfunnstjenester skal tolkes slik det er definert i direktiv 98/34/EF⁸⁴, som senere er endret ved direktiv 98/48/EF. Selv om lovgiver ved avtalelovens tilblivelse ikke hadde sett for seg avtaleslutning ved hjelp av elektroniske medier, har vi nå en lov som vil virke supplerende til blant annet avtaleloven regler⁸⁵.

⁸² Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 5

⁸³ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF art. 9

⁸⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/34/EF av (med endringer etter direktiv 98/48/EF)

⁸⁵ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 6

Begrepet “tjeneste” kan tolkes som arbeid eller bistand og utelukker for eksempel salg av fysiske varer. Ut i fra en slik isolert fortolkning av ordlyden, vil for eksempel salg av fysiske gjenstander bestilt i en nettbutikk falle utenfor lovens virkeområde, mens å tilby advokatråd via en webside vil falle innenfor tjenestebegrepet. Dette samsvarer også med direktivets presisering om at det koordinerte regelområdet ikke omfatter krav som gjelder varer som sådanne, og ikke levering av varer og tjenester som ikke ytes med elektroniske midler.

Videre er det et vilkår at tjenesten “ytes mot vederlag”, noe som taler for en økonomisk motytelse. Men i fortalen til direktivet punkt 18 presiseres det at begrepet informasjonssamfunnstjenester også omfatter tjenester som ytes uten vederlag for mottakeren, så fremt tjenesten utgjør en form for økonomisk virksomhet. Departementet konkluderer med at elektronisk avtaleinngåelse faller innenfor definisjonens område og at det ikke trengs noen ytterligere presiseringer i lovteksten.⁸⁶

Rent praktisk må dette forstås som at det å muliggjøre avtaleslutning over Internett ved salg av fysiske varer, skal fylle ehandelslovens krav. Her betaler kunden for varen, men fordi avtaleslutningen foregår elektronisk, kommer ehandelsloven til anvendelse. Dette er også lagt til grunn i praksis.

I følge forarbeidene omfatter vederlagskravet alle typer av økonomiske aktiviteter, også om selve betalingen ikke skjer av mottakeren av tjenesten.⁸⁷ Slik sett vil markedsføring over Internett falle innefor lovens virkeområde, da det indirekte er forbrukeren som betaler for markedsføringen ved å kjøpe varen.

I tillegg er det verdt å merke seg at uttrykket “vanligvis ytes mot vederlag” er av departementet valg i stedet for “næringsvirksomhet”. Begrunnelsen er at begrepet “tjenesteyter” er ment å omfatte all virksomhet av økonomisk karakter, uavhengig av

⁸⁶ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 21

⁸⁷ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 55

formålet med virksomheten⁸⁸. Det har sin bakgrunn i at begrepet har av EU-domstolen blitt tolket til å omfatte alle typer av økonomiske aktiviteter.

Kravet til vederlag medfører at fysiske personers anvendelse av e-post eller tilsvarende individuell elektronisk kommunikasjon utenfor deres handels- eller næringsvirksomhet, men brukt til kontraktsinngåelse, ikke er noen informasjonssamfunnstjeneste etter ehandelslovens rettsregler. Slik elektronisk kommunikasjon vil da reguleres av alminnelige avtalerettslige regler.

Vederlagstjenesten skal kumulere med at den “formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker” jfr. ehandelsloven § 1 (2) bokstav a. Med “elektronisk” menes her informasjon som digitalt behandles mellom en avsender og mottaker. Elektronisk kommunikasjon over Internett går inn under denne betegnelsen, mens for eksempel en tjeneste ikke er formidlet elektronisk dersom innholdet er materielt, selv om det innebærer bruk av elektroniske innretninger, for eksempel penge- eller billettautomater (pengesedler og togbilletter). Dette betyr blant annet at det å ta ut penger i en minibank ikke er en informasjonssamfunnstjeneste, men overføring av penger ved bruk av Internettbank vil være en slik tjeneste.

Til definisjonen stilles også krav om bruk av elektroniske midler for behandling og lagring av data. Dette betyr at nedlastning av dataprogrammer eller annen digital informasjon omfattes, mens salg av digital informasjon på for eksempel en DVD vil falle utenfor. Men som nevnt ovenfor, vil ehandelsloven komme til anvendelse hvis bestillingen er gjort via en nettbutikk på Internett.

“Over avstand” er naturlig å tolke som at de avtaleinngående partene ikke er fysisk tilstede sammen. Denne forståelsen er også lagt til grunn i direktiv 98/48/EF, slik at for eksempel undersøkelse eller behandling på et legekantor ved hjelp av elektronisk utstyr, men der

⁸⁸ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 55

pasienten er fysisk til stede eller søking i en elektronisk katalog i en butikk der kunden er fysisk til stede mv., faller utenfor definisjonen. Spillehaller som tilbyr dataspill for brukere på stedet, blir ikke omfattet, mens den som gjør dataspillene tilgjengelig online til spillehaller vil være omfattet.

Endelig er det etter ehandelsloven § 1 (2) bokstav a, et absolutt vilkår at tjenesten formidles etter en "individuell anmodning fra en tjenestemottaker". Også betegnet som "on demand". I dette ligger at kunden kan velge tid og sted for anmodningen. Kommunikasjonsformen er èn til èn og ikke èn til mange. For eksempel vil "on demand" være en tjeneste som tilbyr kjøp av en musikkfil for nedlasting eller en elektronisk ordrebekreftelse mv. Tradisjonell kringkasting som for eksempel TV-sendinger og radio, faller utenfor da dette er èn til mange. I følge forarbeidene er det tidspunktet som er avgjørende for når seernes mottaksutstyr tar imot eller eventuelt lagrer tjenesten⁸⁹. Det må presiseres at dersom informasjonssamfunnstjenester tilbys parallelt med kringkastningstjenester, for eksempel ved at skjermen er delt i flere deler, vil de ulike regelsett gjelde for de respektive tjenestene. Dette til tross for at enkeltdelene for brukeren kan fortone seg som en integrert tjeneste. Digital-TV vil åpne for flere slike muligheter.

I grenselandet ligger såkalte "*near-on demand*"-tjenester. En slik tjeneste kan være for eksempel en film (her; på Internett) som starter èn gang i timen, slik at kunden må forholde seg til noen faste tider. Det har gode grunner for seg for å ikke tolke dette som en individuell anmodning, slik at denne tjeneste faller utenfor informasjonssamfunnstjenestebegrepet.

Oppsummert betyr dette således at begrepet informasjonstjenester omfatter, men ikke avgrenset til blant annet følgende tjenester:

- Internettaksess, e-post og søkemotorer.
- Online informasjon og informasjons- og underholdningstjenester, herunder blant annet

⁸⁹ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 56

online databaser, online aviser.

- Næringsdrivende som on-line markedsfører sine produkter, tjenester og sitt selskap.
- Salg online av varer, for eksempel bøker, blomster, CD og biler. (Levering av disse fysiske varene vil ikke omfattes av begrepet informasjonssamfunnstjeneste).
- Tjenester som tilbyr fri tilgang til utdrag av musikk, video eller elektroniske spill for utprøving.

Da ehandelsloven er ment å utfylle allerede gjeldende rett på området, er det viktig å merke seg at selv om loven er en spesiallov, skal den ikke vike ved motstrid i andre lover og bestemmelser⁹⁰.

3.7.2.1 Etableringslandprinsippet

Direktivet inneholder også et prinsipp om hjemlandskontroll. I korthet går prinsippet ut på at selskaper innenfor EØS som driver ehandel skal følge reguleringen i det land selskapet er etablert. Prinsippet er implementert i ehandelsloven §§ 4 og 5. Det er et unntak i direktivet for forbrukere, som gis beskyttelse etter sitt eget lands rett. Unntaket byr i praksis på særlige problemstillinger. Et eksempel er kjøp av musikk i digital form over Internett. Ofte er det slik at kjøper (her; forbruker) må akseptere ugunstige avtalevilkår før nedlastning kan skje. Det følger av Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34 § 3 (1) at det ikke kan stilles vilkår til ugunst for forbrukeren. Rettsvirkningen av slike vilkår er at de må kjennes ugyldige i Norge. De fleste største nettbutikkene som selger digitale musikkfiler, er i dag etablert utenfor Norge slik at hvordan dette skal håndheves byr på juridiske utfordringer.

3.7.2.2 Opplysningsplikt

Ehandeloven stiller krav om tre ulike opplysningsplikter for de som driver ehandel (informasjonssamfunnstjenester). Disse er knyttet til den generelle virksomheten, jfr.

⁹⁰ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s 55

ehandelloven § 8, til elektronisk markedsføring, jfr. §§ 9 og 10 og til elektronisk avtaleinngåelse jfr. §§ 11 og 12. Denne oppgaven vil ta for seg hva som kreves av opplysninger for elektronisk avtaleinngåelse og hvordan de teknisk skal tilfredstille kravene. Elektronisk markedsføring behandles ikke.

3.7.2.3 Opplysningsplikt om virksomheten

Ehandelslovens § 8 gir en oversiktlig oppregning av hvilke opplysninger om virksomheten som skal fremkomme på hjemmesiden. Etter § 8 (1) 1. pkt. skal en tjenesteyter ved utøving av sin virksomhet “alltid gi informasjon om navn, adresse, elektronisk postkasse og øvrige opplysninger som gjør det mulig å komme i direkte forbindelse med tjenesteyteren”. Dette er et krav som allerede er regulert av angrerettloven. Imidlertid gjelder angrerettloven kun i forbrukerforhold, og var derfor behov for å innføre samme bestemmelser i annet regelverk som gjelder for tjenestemottakere som ikke er forbrukere.

Hensynet bak regelen begrunnes med at både myndigheter, andre næringsdrivende og forbrukere har interesse av å vite hvem som står bak en tjeneste, enten for å kunne føre tilsyn med eller for å kunne kommunisere med vedkommende. Med tjenesteyterens navn siktes det her til den enkelte persons navn dersom tjenesteyteren er en fysisk person, eller tjenesteyterens firma slik det er registrert i offentlige registre. Adressen vil være den registrerte forretningsadressen (postadressen), eventuelt kontor- og besøksadresser dersom disse ikke er de samme. Videre vil vilkåret “øvrige opplysninger” være virksomhetens telefonnummer og eventuelt telefaxnummer.⁹¹

I første ledd andre punktum regnes det opp ytterligere opplysninger som skal gis i tillegg til de andre opplysningene, i den grad de er relevante for den enkelte tjenesteyter. For tjenestemottakeren er det viktig å kunne foreta nærmere undersøkelser av at vedkommende faktisk har de nødvendige forutsetninger for å kunne yte en tjeneste av tilstrekkelig god

⁹¹ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 60

kvalitet. Ved yrkesvirksomhet som er betinget av formell godkjenning, skal ytterligere opplysninger om dette gis, jfr. bestemmelsens andre ledd. Et eksempel her kan være et firma som gir skatteråd online mot betaling. Det skal i slike tilfeller fremkomme hvilke godkjenninger firmaet har.

Informasjonen etter ehandelloven § 8 (1 og 2) skal gjøres “enkelt og direkte tilgjengelig for tjenestemottakere og offentlige myndigheter”, jfr. bestemmelsens tredje ledd. Disse kravene er teknologinøytrale slik hvordan opplysningene fremkommer, vil kunne variere fra hva slags type medie som blir brukt.

3.7.2.4 Krav til presentasjon av avtalevilkår

Ehandelloven § 11 oppstiller krav til tjenesteyter om opplysningsplikt ovenfor tjenestemottakeren. Før en elektronisk bestilling skal foretas, må de lovpålagte opplysningene være fremsatt på en på en “klar, forståelig og utvetydig måte”, jfr. § 11 (1). Som nevnt ovenfor reguleres dette også i angrerettloven.

I praksis innebærer dette at avtalevilkårene presenteres på en enkel og oversiktlig måte. Det bør oppstilles et krav om at kjøperen får direkte tilgang til avtalen eller kun ved hjelp av et ”klikk” (lenking). Avtaleteksten må derfor komme frem og bli vist for kjøperen. Det vil ikke være tilstrekkelig at kjøperen kun får tilgang på avtalen. Den tekniske løsningen må være slik at kjøperen alltid og i alle tilfeller må arbeide seg gjennom avtalevilkårene (scrolle) for å komme videre i avtaleinngåelsen før en eventuell bekreftelsesknapp blir virksom. Slik blir oppfordringen til å sette seg inn i avtalevilkårene maksimal.

Næringsdrivendes presentasjon av avtalevilkårene kan ha betydning for om vilkårene anses akseptert av forbrukeren, og derfor om avtale er inngått. Dersom vilkårene har blitt presentert på en klar og tydelig måte, og forbrukeren har gode muligheter til å gjøre seg kjent med vilkårene, må vilkårene og avtalen normalt anses for akseptert.

Etter ehandelloven § 11 (1) bokstav a, skal tjenesteyter opplyse om “relevante atferdsregler

som tjenesteyteren følger og om og hvor disse er tilgjengelige elektronisk,” Hva som inngår i “atferdsregler” er ikke etter ordlyden helt opplagt, men i følge forarbeidende⁹² menes blant annet bransjenormer.

Videre skal det etter bokstav b opplyses om “de forskjellige tekniske etappene som er knyttet til avtaleinngåelsen”. Dette er begrunnet ut i fra et sikkerhetshensyn. Kunden skal på forhånd kunne sette seg inn hvordan den elektroniske avtaleprosessen fungerer.

Etter bokstav c skal det opplyses “om en inngått avtale vil bli arkivert av tjenesteyteren, og om den vil være tilgjengelig”. Avtalevilkårene må presenteres på en måte som gjør det mulig for kjøper å kopiere og lagre vilkårene. Hensynet bak dette kravet er at kjøper skal kunne skaffe seg kunnskap om vilkårene knyttet til avtaleinngåelsen og i tillegg beholde en egen kopi av avtalen dersom dette er ønskelig.

Etter bokstav d må tjenesteyter opplyse om de tekniske midlene til å finne og rette inntastingsfeil. Når avtaleinngåelsen teknisk er tilrettelagt slik at mottakeren kan finne og rette feil vil mottakeren føler seg tryggere i avtalesituasjonen. Videre motvirker dette at feil oppstår og at noen blir forpliktet uten å måtte ønske dette jfr tredje ledd.

Dette kravet kan oppfylles ved å gi kjøper en oversikt over hva som er bestilt og hvilke opplysninger som er gitt før endelig bestilling sendes til selger. Deretter må den tekniske løsningen være slik at feil i bestillingen kan rettes på en enkel måte.

Etter bokstav e må tjenesteyter opplyse om hvilket språk avtalen kan inngås på. Ofte vil flere språk kunne være tilgjengelige. I så fall bør det klargjøres om mottakeren kan velge språk.

3.7.2.5 Etter bestillingen

Det følger av ehandelsloven § 12 (1) at “dersom en tjenestemottaker foretar en bestilling

⁹² Ot.prp.nr.36 (1999-2000)

elektronisk, skal tjenesteyteren alltid og uten ugrunnet opphold sende en elektronisk bekreftelse om at bestilling er mottatt.” I dette ligger at kunden må oppgi en e-postadresse som bekreftelsen kan sendes til. Ordlyden “uten ugrunnet opphold” må tolkes som relativt straks det er mulig. Da det er fullt mulig og vanlig å sende slike bekreftelser nesten samtidig med at bestillingen er utført, bør vilkåret her tolkes som nesten med en gang. Ordrebekreftelsen sikrer at kjøper får kunnskap om at den elektroniske bestillingen er kommet frem til selger slik at avtale er inngått. Ved salg av varer over Internett vil også angrerettloven komme til anvendelse dersom det er tale om et forbrukerkjøp, og den samlede kjøpesummen (inkludert frakt- og tilleggs kostnader) som forbrukeren skal betale er over 300 kroner.

Når det gjelder spørsmålet om fra hvilket tidspunkt avtalen kan sies å være inngått, har juridisk teori stort sett lagt seg på det tidspunktet forbrukerens bestilling er kommet frem til tjenesteyterens maskin (server). Denne konklusjonen synes nå bekreftet gjennom ehandelsloven § 12 andre ledd, jfr. kommentarene til § 12 i Ot.prp. nr. 31 (2002-2003).

4 KONKLUSJON

Hensikten med denne oppgaves fremstilling har vært å belyse og drøfte problemstillinger ved inngåelse av avtaler gjort med elektronisk kommunikasjon. Det vises i denne sammenhengen til oppgavens oppsummeringer og delkonklusjoner under hvert område. Det må likevel spesielt trekkes frem at når det gjelder spørsmålet om elektronisk avtaleinngåelse rettsgyldig kan tillates, må svaret bli ja, innefor formuerettens område. Elektronisk kommunikasjon har ennå ikke like godt innarbeidet praksis som bruk av papirkommunikasjon i en rettslig sammenheng, men vil dette øke i tiden fremover. En annen viktig konklusjon er at der formkravet innebærer skriftlighet, vil det som hovedregel ikke utelukke elektronisk kommunikasjon. Ønsker lovgiver en bestemmelse om at skriftlighet kun gjelder på papir, må dette eksplisitt nevnes.

Det er fra lovgivers side alltid et behov for at bestemmelser skal være teknologinøytrale. På en annen side kan det her være fare for at lovgivningen henger etter når ny teknologi anvendes i rettslige sammenhenger. Dels fordi i motsetning til papirkommunikasjon, skjer det på det tekniske området stadig en utvikling. Ikke nok med at teknologien blir mer avansert. Den konvergerer også, noe som innebærer at der ett teknisk apparat tidligere hadde få funksjoner innefor ett område, vil tekniske apparater slå sammen funksjoner og virkeområder til ett apparat.

De funn arbeidet med denne oppgaven har ført til med tanke på oppgavens problemstilling, er forsåvidt positive i forhold til myndighetens mål om økt anvendelse av elektronisk kommunikasjon. Det har gode grunner for seg å anvende prinsippet om ”funksjonell ekvivalens” i modelloven til UNCITRAL i det videre arbeidet for å tilrettelegge for elektronisk kommunikasjon på andre rettsområder. Her gjenstår mye ennå, som for eksempel på områder innenved arv- og familierett, tinglysning og sivil- og straffeprosessregler.

5 KILDEREGISTER

5.1 Litteraturliste

Andersen, Mads Bryde *IT-retten*. 2. utg. København, 2005

Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002

Hov, Jo *Kommentar til avtaleloven*. Norsk Lovkommentar, elektronisk utgave 2005

Woxholt, Geir *Avtalerett*. 5. utg. Oslo, 2003

Woxholt, Geir *Innledning til kontraktsretten*. Jussens Venner (JV-1996-213)

5.2 Forarbeider, direktiver mv.

Kartleggingsprosjektet - Kartlegging av bestemmelser i lover, forskrifter og instruksjoner som kan hindre elektronisk kommunikasjon. Utgitt av Nærings- og handelsdepartementet, publikasjonsnummer K-0628 B

NOU 2001:10 Uten penn og blekk - Bruk av digitale signaturer i elektronisk samhandling med og i forvaltningen

Ot.prp.nr. 36 (1999-2000). Om lov om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven)

Ot.prp.nr.82 (1999-2000). Om lov om elektronisk signatur

Ot.prp.nr.108 (2000-2001). Om lov om endringer i diverse lover for å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon

Ot.prp.nr.9 (2001-2002). Om lov om endringer i diverse lover for å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon

Ot.prp.nr.31 (2002-2003). Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

Innst.O.nr.6 (2001-2002). Innstilling fra næringskomiteen om lov om endringer i diverse lover for å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked

Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/93/EF av 13. desember 1999 om en fellesskapsramme for elektroniske signaturer

Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/34/EF av 22. juni 1998 om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter (med endringer etter direktiv 98/48/EF)

UNCITRAL - Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996

5.3 Lover

Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven) av 21. desember 2000 nr. 105

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62

Lov om arv m.m. (arveloven) av 3. mars 1972 nr. 05

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 04

Lov om bokføring (bokføringsloven) av 19. november 2004 nr. 73

Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester av 23. mai 2003 nr. 35 (ehandelsloven)

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

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

Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) av 19. mai 2006 nr. 16

Lov om pakkereiser og reisegaranti (pakkereiseloven) av 25. august 1995 nr. 57

Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1927 nr. 13

5.4 Domregister

Danske rettsavgjørelser:

U 1985.877 H

U 1991.43 H

5.5 Andre kilder

Nordisk Ministerråd *Reklamens bindende virkning*. Om kontraktsrettslige og markedsrettslige rettsvirkninger av reklame etter nordisk rett, TemaNord 2001:549

eNorge 2005 – det digitale spranget, utgitt av Nærings- og handelsdep. i 2002

eNorge 2009 – det digitale spranget, utgitt av Moderniseringsdep. i 2005
