

UiO : **Det juridiske fakultet**

Avtalebinding ved misbruk av elektroniske signaturer

Med en spesialstudie av forholdet mellom avtalebinding og nye regler om ansvarsbegrensning ved falske digitale signaturer i den nye finansavtaleloven

Kandidatnummer: 618

Leveringsfrist: 25.11.2021

Antall ord: 16.777



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Bakgrunn og introduksjon til temaet.....	1
1.2	Metode	2
1.3	Begrepsavklaringer og avgrensninger.....	3
1.4	Fremstillingen i det videre	4
2	OM ELEKTRONISKE SIGNATURER OG SIGNATURENS BETYDNING FOR SPØRSMÅLET OM DET ER INNGÅTT BINDEDE AVTALE.....	5
2.1	Hva er en elektronisk signatur?.....	5
2.2	Hva er den elektroniske signaturens betydning for spørsmålet om det er inngått bindende avtale?.....	6
3	UTGANGSPUNKT: EN SIGNATUR PÅFØRT AV EN ANNEN KAN IKKE FØRE TIL BINDEDE AVTALE.....	9
4	KAN PSEUDOUNDESKRIVER BLI BUNDET AV AVTALEN SELV OM DEN ELEKTRONISKE SIGNATUREN ER PÅFØRT AV EN ANNEN?	12
4.1	Innledende bemerkninger.....	12
4.2	Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver på grunn av samtykke til signeringen?	12
4.2.1	Hvilke krav må stilles til pseudounderskrivers samtykke for at det skal kunne danne grunnlag for avtalebinding?	14
4.2.2	Hva skjer hvis samtykket er beheftet med en ugyldighetsgrunn?	15
4.3	Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver når signaturfremstillingsdataene frivillig er overlevert til tredjeperson?.....	19
4.4	Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver på grunn av uaktsomhet?	22
4.5	Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver på grunn av manglende varsling?	28
4.6	Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver på grunn av etterfølgende godkjenning?.....	30
5	OM FORHOLDET MELLOM AVTALEBINDING OG NYE REGLER OM ANSVARSBEGRENSNING VED FALSKE DIGITALE SIGNATURER I FINANSAVTALELOVEN	31

5.1	Overordnet om forholdet mellom avtalebinding og nye regler i finansavtaleloven om ansvarsbegrensning ved misbruk	31
5.2	Når kommer finansavtaleloven § 3-20 til anvendelse?	33
5.3	I hvilke tilfeller kan pseudounderskriver påberope seg ansvarsbegrensningene i finansavtaleloven § 3-20 når signaturen er påført av en annen?	36
5.4	Oppsummering	41
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	42
	LITTERATURLISTE.....	43
	Litteratur/juridisk teori	43
	Lover og forarbeider.....	46
	Norske rettskilder	46
	Internasjonale rettskilder	47
	Utenlandske nasjonale rettskilder	47
	Rettspraksis	47
	Norske rettskilder	47
	Utenlandske rettskilder	47

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og introduksjon til temaet

I de senere årene har digitaliseringen skutt fart i Norge. En del av denne utviklingen har vært fremveksten av elektroniske løsninger for digital autentisering og signatur (eID). En av de største aktørene innen digital autentisering og signatur er BankID. Ifølge selskapet selv kan BankID benyttes til 509 ulike formål, herunder signering av leiekontrakter, endring av folkeregistrert adresse og som digital signatur ved signering av låneavtaler.¹ Digitaliseringen har altså betydning innenfor en rekke rettsområder, og den digitale utviklingen reiser mange ulike spørsmål om hvordan bakgrunnsretten skal tolkes og anvendes ved bruk av ny teknologi i rettslige disposisjoner. I denne avhandlingen vil jeg se nærmere på hvordan regler om avtaleinngåelse og ugyldighet skal forstås i møte med elektroniske signaturer.

Digitaliseringen har også ført med seg et potensiale for misbruk som er langt større enn hva man tidligere har sett.² Norsk senter for informasjonssikkerhet (NorSIS) fant i en undersøkelse at over 100.000 nordmenn ble utsatt for ID-tyveri de to siste årene.³ En slik form for ID-tyveri er opptak av lån i en annens navn. Dette er en svindelmetode som kan påføre svindelofferet store tap, ved at det ofte er tale om store beløp og flere banker. Lovgiver har fulgt utviklingen og sett «et klart behov for en bedre beskyttelse av enkeltpersoner enn det som følger av dagens regler».⁴ Et større vern av forbrukere ved denne typen misbruk er derfor forsøkt innført gjennom vedtakelsen av ny finansavtalelov (heretter kalt finansavtaleloven 2020).⁵ Loven ble vedtatt i desember 2020, men har ennå ikke trådt i kraft.

Avhandlingen tar for seg noen av de rettslige spørsmålene som aktualiseres ved bruk av elektronisk signatur. Hovedproblemstillingen er om det er mulig for innehaveren av eID å bli bundet av en avtale hvis den elektroniske signaturen er påført av en annen enn innehaveren selv. Problemstillingen reiser flere rettslige spørsmål som når en avtale er rettslig bindende, når en avtale er ugyldig på grunn av falsk, og om det kan tenkes unntak fra utgangspunktet om at en avtale ikke er bindende dersom signaturen ikke er påført av løftegiver selv.

Først skal avhandlingen ta for seg de alminnelige avtalerettslige utgangspunktene som vil gjelde for alle avtaler. Deretter gjennomføres en spesialstudie av betydningen av avtalerettslige utgangspunktene for avtaler om finansielle tjenester. Spørsmålet her vil være i hvilken den som

¹ Jf. BankID (2021)a.

² Jf. Giertsen (2021) s. 207.

³ Jf. NorSIS (2021).

⁴ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 184.

⁵ Lov 18. desember 2020 om finansavtaler (finansavtaleloven).

har fått sin elektroniske identitet misbrukt kan påberope seg ansvarsbegrensningene i finansavtaleloven 2020. En slik tilnærming innebærer en undersøkelse av samspillet mellom nye regler i finansavtaleloven og den alminnelige avtaleretten.

1.2 Metode

Problemstillingen reiser spørsmål om hvordan rettsanvendere skal ta standpunkt til spørsmål om avtalebinding og ugyldighet i lys av samfunnsutviklingen. For å besvare et slikt spørsmål er det nødvendig å anvende juridisk metode. En henvisning til bruk av «juridisk metode» angir likevel ingen spesifikk fremgangsmåte. Metoden må tilpasses problemstillingen som skal drøftes og tilgjengelig kildemateriale. I det videre skal jeg derfor drøfte noen av de særlige metodespørsmålene som avhandlingens tema reiser.

Det finnes mange kilder som er relevante for hva som skal til for at en avtale er bindende på generelt grunnlag. Disse kildene gjelder imidlertid i liten grad spørsmål om avtalebinding på grunn av en *elektronisk* signatur. Hverken lov eller rettspraksis gir særlig veiledning til besvarelse av denne problemstillingen. Sentralt for avhandlingen blir derfor en rettsystematisk undersøkelse av hvordan tradisjonelle avtalerettslige utgangspunkter får anvendelse på et nytt fenomen: digitalt identitetstyveri. Dette medfører samtidig at formålsbetraktninger blir sentralt i avhandlingen. Særlig aktuelt i dette tilfellet er hensynet til omsetningslivet satt opp mot hensynet til den som eier signaturen – skal man beskytte den som stoler på signaturen, eller den som får signaturen sin misbrukt?

En del av litteraturen er relativt knapp. For ett av spørsmålene finnes de mest substansielle drøftelsene i svensk og dansk litteratur. På avtalerettens område er dette relevante kilder fordi avtaleretten bygger på et fellesnordisk samarbeid, slik jeg kommer tilbake til senere i oppgaven.⁶ Svenske og danske rettskilder kan likevel ikke legges ukritisk til grunn i anvendelsen av norsk rett. Det må hensyntas at gjeldende rett kan ha utviklet seg ulikt i de ulike jurisdiksjonene. Dette kildebildet har derfor skapt noen utfordringer i arbeidet med avhandlingen og fordrer en løpende vurdering av kildenes relevans og vekt. Dette temaet kommer jeg derfor tilbake til på relevante punkter i det videre.

Rettskildemessig har litteratur mindre vekt enn andre, autoritative kilder.⁷ I fravær av autoritative kilder som adresserer oppgavens problemstilling, kan juridisk litteratur i større grad enn ellers tjene til å belyse uavklarte spørsmål. Bruk av litteratur som kilde er særlig aktuelt når det som i denne oppgaven skal tas standpunkt til spørsmål som gjelder en samfunnsutvikling

⁶ Jf. Hagstrøm (2011) s. 88, Giertsen (2021) s. 24.

⁷ Jf. Askeland (2019) s. 462.

som ikke er reflektert i nyere lov, forarbeider eller rettspraksis.⁸ Litteraturen må vurderes kritisk ut fra hvilken overbevisningskraft den har.⁹ Med dette mener jeg at det blant annet må ses hen til hvor grundig en drøftelse er, og om kilden gir uttrykk for en enighet i fagmiljøet eller om det er en enkeltstående drøftelse.¹⁰

Spørsmålet om finansavtaleloven 2020s betydning for den alminnelige avtaleretten har en annen rettskildesituasjon. Her finnes det både lov og forarbeider. Loven er imidlertid ikke trådt i kraft, slik at det ikke finnes praksis eller litteratur tilknyttet den aktuelle bestemmelsen.

Forarbeidene til den nye loven er relativt utfyllende, men sier lite konkret om spørsmålet jeg drøfter. Det er imidlertid mulig å bruke uttalelser i forarbeidene for å utlede hva lovgiver har vektlagt som relevante hensyn, for å få veiledning i hvordan avveiningen bør gjøres. Det er grunn til å tro at noen av spørsmålene som gjelder avtaler om finansielle tjenester, vil avklares når ny lov har fått noe tid til å virke.

1.3 Begrepsavklaringer og avgrensninger

Innehaveren av elektronisk identifikasjon kalles i finansavtaleloven 2020 for «rettighetshaver».¹¹ Dette er et nøytralt begrep i så måte at det kun betegner hvem som har rett til å bruke signaturfremstillingsdataene, og jeg benytter begrepet der det er naturlig i avhandlingen. I forarbeidene til finansavtaleloven 2020 brukes begrepet «pseudounderskriver» om en rettighetshaver som har fått sin elektroniske signatur misbrukt.¹² Begrepet betegner den som fremstår som løftegiver eller løftemottager, uten å faktisk være det.¹³ I avhandlingen vil jeg i hovedsak benytte begrepet «pseudounderskriver» for å understreke at det ikke er rettighetshaver selv som har påført signaturen.

Det kan tenkes flere måter å betegne vedkommende som gjennomfører signeringen, som da i denne avhandlingen forutsettes å ikke være rettighetshaver. Ofte er det tale om svindel og andre typer misbruk, og da vil «svindler» kunne være en dekkende betegnelse. Det blir imidlertid misvisende i noen av de tilfellene jeg vil drøfte nedenfor, da det også kan være tale om situasjoner hvor pseudounderskriver er fullt innforstått med at avtalen inngås. Jeg har valgt å ta utgangspunkt i forarbeidene til finansavtaleloven 2020 også her, og vil betegne vedkommende

⁸ Jf. Mestad (2019) s. 106, Askeland (2019) s. 462.

⁹ Jf. Mestad (2019) s. 106.

¹⁰ Jf. Askeland (2021) s. 462.

¹¹ Begrepet er legaldefinert i finansavtaleloven 2020 § 3-16 (1) b: «en fysisk person som har rett til å fremstille en elektronisk signatur som kan benyttes til å inngå avtale om finansiell tjeneste».

¹² Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 182.

¹³ Jf. Woxholth (2017) s. 281. Woxholth og andre benytter begrepet “pseudoavgiver”, som i denne sammenheng betyr det samme.

som «tredjeperson».¹⁴ Som begrep er det passende fordi det fremhever at den som påfører signaturen er utenforstående til avtalen, det er tale om en tredjepart som ikke selv får hverken rettigheter eller forpliktelser etter avtalen.

Avhandlingen er avgrenset til spørsmålet om avtalebinding for privatpersoner. Videre er den skrevet med tanke på situasjoner der medkontrahent er næringsdrivende. Mange av drøftelsene vil nok ha relevans også i tilfeller der det er tale om to privatpersoner eller to næringsdrivende, men det er mulig at hensynene vil slå noe forskjellig ut.

1.4 Fremstillingen i det videre

Det overordnede spørsmålet i avhandlingen er i hvilke tilfeller pseudounderskriver kan bli bundet til en avtale, når den elektroniske signaturen er påført av en annen enn ham selv. For å svare på spørsmålet er det nødvendig å fastlegge hva som er det avtalerettslige utgangspunktet. Her er det sentralt både å vurdere hvilken betydning signaturen har for spørsmålet om det er inngått bindende avtale (kapittel 2), og hva som skal til for at en avtale rammes av ugyldighetsgrunnen falsk (kapittel 3).

Videre vil jeg vurdere fem mulige unntak fra utgangspunktet om at en avtale signert av en annen ikke er bindende (kapittel 4): Samtykke til den konkrete disposisjonen, uaktsomhet hos pseudounderskriver, frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata, manglende varslings, og etterfølgende godkjenning. Spørsmålet er om disse omstendighetene gjør at pseudounderskriver kan bli bundet av avtalen selv om den er signert av tredjeperson.

Når utgangspunktet og rekkevidden av eventuelle unntak er fastlagt, vil jeg gå over i en vurdering av hvordan ikrafttreden av finansavtaleloven 2020 påvirker spørsmålet om pseudounderskrivers ansvar ved misbruk av elektronisk signatur (kapittel 5). Spørsmålet er hvorvidt pseudounderskriver kan påberope seg ansvarsbegrensningene i finansavtaleloven 2020, selv om avtalen ville vært bindende etter alminnelig avtalerett. Her vil jeg ta utgangspunkt i lovens ordlyd, sammenholdt med forarbeider og systembetragtninger, for å kartlegge hva som menes med «misbruk» i lovens forstand. Jeg vil så vurdere hvordan de fem mulige unntakene fra det avtalerettslige utgangspunktet forholder seg til den nye reguleringen i finansavtaleloven 2020. Formålet med undersøkelsen er å klargjøre rekkevidden av forbrukervernet som loven innfører, utover det som er direkte regulert i loven.

¹⁴ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 183.

2 Om elektroniske signaturer og signaturens betydning for spørsmålet om det er inngått bindende avtale

2.1 Hva er en elektronisk signatur?

I avhandlingen skal jeg behandle avtalerettslige konsekvenser av bruk av elektronisk signatur. I dette kapitlet vil jeg redegjøre for det avtalerettslige utgangspunktet om muligheten for å inngå avtaler, samt hva som skal til for at bindende avtale er inngått. Opp mot det vil jeg vurdere hvilken betydning den elektroniske signaturen har for spørsmålet om det er inngått bindende avtale. Under dette punktet vil jeg derfor først si noe om hva en elektronisk signatur er, og hvilke krav som stilles til rettslige virkninger av elektroniske signaturer etter lov om elektroniske tillitstjenester.¹⁵

Loven gjennomfører EUs forordning 910/2014 om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske transaksjoner i det indre marked (eIDAS-forordningen).¹⁶ Forordningen har til formål å «sikre et velfungerende marked og oppnå et passende sikkerhetsnivå for elektronisk identifikasjon og tillitstjenester». ¹⁷ Begrepet «elektronisk signatur» defineres på følgende måte i eIDAS-forordningen art. 25: «data i elektronisk form, der er vedhæftet eller logisk tilknyttet andre data i elektronisk form, og som anvendes af underskriveren til at skrive under med». ¹⁸ En naturlig forståelse av dette er at en elektronisk signatur er en digital løsning hvor informasjon kobles sammen på en slik måte at det er egnet til å gi sikkerhet for at underskriveren er den han gir seg ut for å være.

I Norge finnes det flere systemer for kvalifisert elektronisk signatur, herunder BankID. Dette er en elektronisk tjeneste som både kan brukes til digital identitet og til å skape digitale signaturer.¹⁹ En «kvalifisert elektronisk signatur» er en signatur som oppfyller kravene i eIDAS-forordningen art. 26.²⁰ Den må være entydig knyttet til underskriveren, kunne identifisere vedkommende, genereres ved bruk av elektroniske signaturfremstillingsdata med høy grad av tillit, og det må være mulig å se hvilke endringer som er gjort etter signeringen. Etter eIDAS-forordningen skal en kvalifisert elektronisk signatur ha samme rettsvirkning som en fysisk signatur.²¹ Det vil si at de alminnelige avtalerettslige reglene gjelder tilsvarende for

¹⁵ Lov 15. juni 2018 om gjennomføring av EUs forordning om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske transaksjoner i det indre marked (lov om elektroniske tillitstjenester).

¹⁶ Jf. lov om elektroniske tillitstjenester § 1.

¹⁷ Jf. Forordning 910/2014/EU art. 1.

¹⁸ Jf. Forordning 910/2014/EU art. 3 (10).

¹⁹ Se BankID (2021)b.

²⁰ Jf. Forordning 910/2014/EU art. 3 (12).

²¹ Jf. Forordning 910/2014/EU art. 25 (2).

kvalifiserte elektroniske som for fysiske signaturer, slik at vurderingen i prinsippet blir lik enten signaturen er fysisk eller elektronisk.

2.2 Hva er den elektroniske signaturens betydning for spørsmålet om det er inngått bindende avtale?

Reglene om når en avtale er bindende følger dels av avtaleloven, og dels av ulovfestet rett.²² Et sentralt utgangspunkt i avtaleretten er prinsippet om privat autonomi, altså selvbestemmelsesrett. Det betyr at en person står fritt til å avtale det han ønsker, med den han ønsker.²³ En begrensning i privatautonomien ligger i at det ikke kan inngås avtaler som strider mot lov og ærbarhet, men ellers vil de fleste typer avtaler fritt kunne inngås.²⁴

Et annet prinsipp er formfrihetsprinsippet. Det betyr at avtaler kan inngås i den form en selv ønsker.²⁵ Alle typer disposisjoner vil altså i utgangspunktet kunne være grunnlag for en avtale – muntlig, skriftlig, eller gjennom atferd. For eksempel kan det komme til uttrykk ved en fysisk bevegelse eller ved å sende en emoji, så vel som ved å møte opp i medkontrahentens forretningslokaler og signere fysisk på et dokument.²⁶ Avtaleretten er teknologinøytral, og den anvendes på en rekke nye måter som ikke nødvendigvis passer så godt med det opprinnelige rammeverket.

Avtalelovens system legger opp til en modell der avtaler inngås gjennom utveksling av partsutsagnene tilbud og aksept.²⁷ Partsutsagnene anses som et uttrykk for partenes vilje, og kan også kalles viljeserklæring.²⁸ Det vil si at utsagnet er en erklæring av hva parten ønsker at skal skje. Gjennom å fremsette et tilbud kan løftegiver signalisere til løftemottager at han ønsker å inngå en avtale. Løftemottager står da fritt til å akseptere eller avslå løftegivers tilbud, og på den måten indikere hvorvidt han ønsker at det skal inngås en bindende avtale dem imellom.²⁹ Et tilbud er bindende for løftegiver når det kommer til medkontrahentens (løftemottagers) kunnskap, og motsatt blir aksepten bindende for løftemottager når løftegiver får kunnskap om denne.³⁰ Spørsmålet om når et utsagn er kommet til noens «kunnskap» kan drøftes nærmere, men jeg går ikke nærmere inn på dette spørsmålet her, da det ikke har betydning for

²² Jf. Giertsen (2021) s. 14.

²³ Jf. Woxholth (2021) s. 27.

²⁴ Jf. Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov) 5-1-2.

²⁵ Jf. Woxholth (2021) s. 31.

²⁶ Jf. Giertsen (2021) s. 123

²⁷ Jf. Woxholth (2017) s. 63.

²⁸ Jf. Giertsen (2021) s. 16.

²⁹ Jf. Hov (2009) s. 128.

³⁰ Jf. Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) § 7. Se også Woxholth (2017) s. 66.

avhandlingens problemstilling. Virkningen av at det foreligger bindende tilbud og bindende aksept, er at det er inngått en bindende avtale mellom partene.³¹ Partene har da en plikt til å oppfylle avtalens innhold.³²

Utenfor de rene tilfellene av tilbud og aksept som direkte reguleres av avtaleloven, oppstiller litteraturen ulike disposisjonskriterier utledet av rettspraksis for når en skal avtale anses inngått. Det sentrale i en slik rettslig vurdering blir å avgjøre om løftegivers vilje kommer til uttrykk på en slik måte at medkontrahtenten får en berettiget forventning om at løftegiver ønsker å binde seg.³³ For å avgjøre dette spørsmålet legges det blant annet vekt på om det fantes en felles forståelse av avtalen mellom partene og hva som i alminnelighet kan forstås med det aktuelle utsagnet eller handlingen.³⁴ Også andre kriterier kan være relevante, for eksempel om utsagnet generelt sett er egnet til å stifte rett og plikt, eller om utsagnet er såpass klart at det gav motparten berettigede forventninger om hva løftegiver mente.³⁵

På bakgrunn av gjennomgangen av avtalerettslig teori ovenfor kan man slå fast at en signatur ikke *i seg selv* bindende etter norsk rett. For å ha innvirkning på bindingsspørsmålet må signaturen anses som et uttrykk for løftegivers vilje til å binde seg.³⁶ Formfriehtsprinsippet gjør at man kan inngå avtaler i den form man vil, og utover dette vil man ofte måtte ta stilling til flere momenter for å vurdere om en avtale er inngått.³⁷ En avtale kan for eksempel være inngått uten at det foreligger en signatur. Det kan typisk skje der partene har møttes flere ganger eller på annen måte utvekslet idéer og tanker om avtalen, og hvor den ene parten da har fått berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand.³⁸ Signatur er heller ikke nødvendig hvis partenes atferd kan anses som et tilbud eller en aksept, for eksempel ved kjøp av varer i en dagligvarebutikk.³⁹ En avtale kan også anses å være uten bindende virkning selv om den er signert.⁴⁰ Manglende binding kan blant annet skyldes mangler ved disposisjonsviljen, for eksempel at avtalen rammes av en ugyldighetsgrunn.⁴¹

En underskrift er imidlertid, i forhold til mange andre disposisjoner, en relativt sikker indikasjon på at løftegiver har ment å binde seg. Udsen beskriver underskriftens egenskaper med

³¹ Jf. Hov (2009) s. 132.

³² Jf. Hov (2009) s. 132

³³ Jf. Rt. 2001 s. 1288. Se også Woxholth (2021) s. 71.

³⁴ Jf. Giertsen (2021) s. 56.

³⁵ Jf. Woxholth (2017) s. 69.

³⁶ Jf. Hultmark (1997) s. 23.

³⁷ Jf. Giertsen (2021) s. 51.

³⁸ Jf. Rt. 1998 s. 946.

³⁹ Jf. Hov (2009) s. 92.

⁴⁰ Jf. Hov (2009) s. 108.

⁴¹ Jf. Avtaleloven kap. 3.

begrepene «autentisitet, integritet og uavviselighet».⁴² Med «autentisitet» menes at medkontrahenten kan være sikker på at løftegiver står inne for innholdet av avtalen.⁴³ «Integritet» betegner det forhold at innholdet ikke er blitt endret siden underskriften fant sted.⁴⁴ «Uavviselighet» vil si at den som står inne for innholdet av avtalen, altså løftegiver, ikke senere kan fragå disposisjonen.⁴⁵ Samlet sett vil en disposisjon med disse egenskapene være egnet til å gi medkontrahenten berettigede forventninger om at løftegiver har ment å binde seg, slik at avtale som regel vil anses inngått dersom det foreligger en signatur fra løftegiver.

På bakgrunn av formfriheten kan det oppstå kompliserte spørsmål der det må tas stilling til hva partene har ment og hva de med rimelighet kunne legge i hverandres utsagn. Hultmark illustrerer med et eksempel: Det er forskjell på hva man kan legge i et muntlig løfte som gis kl. 3 på natten under en vill fest, og et løfte som fremkommer i et signert brev skrevet på et selskaps brevpapir.⁴⁶ Eksempelet får frem betydningen av å kunne sannsynliggjøre at løftegiver har ment det medkontrahenten har oppfattet og basert seg på. Jo flere holdepunkter man har i form av fysiske bevis og kontekst som tid og sted, jo sikrere blir det at medkontrahentens forventninger var berettigede.

Ved elektroniske signaturer vil tilfellet ofte være at medkontrahenten ikke har andre holdepunkter enn signaturen å forholde seg til. Det kan skape spørsmål om i hvilken grad signaturen faktisk er et uttrykk for pseudounderskrivers vilje.⁴⁷ Imidlertid er systemet lagt opp slik at avtaler også kan inngås gjennom tilbud og aksept via elektroniske signaturer.⁴⁸ Når det da er påført en elektronisk signatur på en avtale hvor dette er eneste mulige måte å signalisere vilje til å binde seg, må dette i de fleste tilfeller anses å være et sterkt holdepunkt for at løftegiver har ment å inngå bindende avtale. Men dette betyr derimot ikke at en påført signatur alltid er et uomtvistelig bevis for at bindende avtale er inngått. I finansavtaleloven 2020 § 3-6 tredje ledd er det for eksempel angitt at bruken av elektronisk signatur ikke i seg selv er tilstrekkelig til å bevise at det er pseudounderskriver som har inngått avtalen.⁴⁹ Merk likevel at dette gjelder i tilfeller der pseudounderskriver nekter for å ha inngått avtalen. Det gjelder altså ikke spørsmålet om medkontrahent *i utgangspunktet* kan stole på at signaturen gir uttrykk for pseudounderskrivers vilje, men er et uttrykk for at en signatur ikke nødvendigvis er et bevis for at pseudounderskriver har ønsket å binde seg.

⁴² Jf. Udsen (2002) s. 16.

⁴³ Jf. Udsen (2002) s. 17.

⁴⁴ Jf. Udsen (2002) s. 18.

⁴⁵ Jf. Udsen (2002) s. 18.

⁴⁶ Jf. Hultmark (1997) s. 23.

⁴⁷ Jf. Udsen (2002) s. 49.

⁴⁸ Jf. Giertsen (2021) s. 51.

⁴⁹ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-6.

Oppsummert kan en elektronisk signatur være en klar indikasjon på at rettighetshaver har ment å binde seg til avtalen. Det må likevel gjøres en konkret vurdering av hvorvidt det foreligger en utveksling av bindende tilbud og aksept mellom partene. At signaturen er elektronisk røkker ikke ved det avtalerettslige utgangspunktet. Måten avtaler inngås på elektronisk kan likevel gjøre at det eksisterer færre holdepunkter for å vurdere hvorvidt det er inngått en bindende avtale. Fraværet av andre holdepunkter skal likevel ikke forstås slik at den elektroniske signaturen skal få større vekt i vurderingen av om bindende avtale er inngått enn ellers ved bruk av fysisk signatur.

3 Utgangspunkt: En signatur påført av en annen kan ikke føre til bindende avtale

Det helt klare utgangspunktet er at man ikke kan bindes av rettslige disposisjoner fremsatt av andre.⁵⁰ Dette er fordi en signatur påført av en annen, ikke gir uttrykk for pseudounderskrivers vilje.⁵¹ Det foreligger ingen disposisjon fra den som angivelig skal ha avgitt tilbudet eller aksepten. Erklæringen er derimot avgitt av noen som utgir seg for å være løftegiver eller løftemottager.⁵² Når det ikke foreligger en viljeserklæring fra den som angivelig skal ha inngått avtalen, er det ikke inngått bindende avtale.

En betegnelse på det forhold at det er inngått avtale i en annens navn, er falsk.⁵³ Man bruker begrepet «falsk» når avtalen i sin helhet er inngått av en annen enn pseudounderskriver, mens begrepet «forfalskning» brukes der innholdet av avtalen er endret.⁵⁴ Begge deler kan nok forekomme ved elektronisk signatur, men jeg vil i denne avhandlingen begrense meg til falsk da de to tilfellene kan reise noe ulike spørsmål. Som nevnt i kapittel 2 har elektroniske signaturer de samme rettsvirkningene som fysiske signaturer. Det vil si at de avtalerettslige reglene gjelder tilsvarende for elektroniske signaturer. Spørsmålet om når en avtale rammes av ugyldighetsgrunnen falsk blir derfor det samme, enten signaturen er fysisk eller elektronisk.⁵⁵

I avtaleretten skilles det mellom sterke og svake ugyldighetsgrunner.⁵⁶ Sterke ugyldighetsgrunner kan gjøres gjeldende selv om medkontrahenten er i god tro, mens

⁵⁰ Jf. Hov (2007) s. 237.

⁵¹ Jf. Giertsen (2021) s. 222

⁵² Jf. Hov (2009) s. 353

⁵³ Jf. Woxholth (2021) s. 309.

⁵⁴ Jf. Hov (2007) s. 237.

⁵⁵ Jf. Giertsen (2021) s. 223

⁵⁶ Jf. Woxholth (2017) s. 268.

medkontrahtenten må være uaktsom eller i ond tro dersom det er tale om en svak ugyldighetsgrunn.⁵⁷ Falsk er en sterk ugyldighetsgrunn, noe som vil si at pseudounderskriver ikke blir bundet av avtalen selv om medkontrahtenten skulle være i god tro. Som Hov poengterer: «Det er sikkert nok at den som tilsynelatende har avgitt utsagnet (pseudoavgiveren), ikke er bundet i disse tilfellene. Han vil jo ikke ha noen som helst sjanse til å beskytte seg mot misbruk av denne typen».⁵⁸

Falsk er en ulovfestet ugyldighetsgrunn, og det finnes lite rettspraksis og teori om temaet.⁵⁹ Det gjør at det finnes få holdepunkter for hvilke momenter som skal vurderes i avgjørelsen av om en avtale rammes av falsk. Kanskje er dette fordi løsningen i mange tilfeller er åpenbar. Slik Hov viser til i sitatet over, er det ganske selvsagt at en ikke blir bundet av en falsk avtale når en ikke har noen mulighet til å forhindre at den inngås. Noen eksempler på hva som utgjør falsk finnes likevel. I litteraturen vises det typisk til at noen uberettiget utsteder en sjekk fra pseudounderskrivers sjekkhefte eller at noen signerer et gjeldsbrev ved å etterligne pseudounderskrivers signatur.⁶⁰ Det synes ikke å oppstilles andre vilkår enn at noen andre enn pseudounderskriver har handlet i dennes navn, og det vil typisk kunne skje ved at vedkommendes signatur blir etterlignet.

Et fellestrekk ved tilfellene som nevnes i teorien er at det dreier seg om situasjoner der signaturen er det eneste som gir uttrykk for løftegivers disposisjonsvilje. Denne formen for avtaleinngåelse var nok mindre utbredt før. Avtaler ble for en stor del inngått mens partene befant seg i samme rom. Da hadde man mulighet til å kontrollere at det ble handlet med rette vedkommende, og man kunne lettere fange opp om noe virket mistenkelig. I dag er det langt flere avtaler som inngås ved at partene sitter hver for seg, og i mange tilfeller er den digitale signaturen det eneste holdepunktet man har for at medkontrahtenten ønsker å forplikte seg.

Woxholth trekker frem at falsk nok er en ugyldighetsgrunn som sjeldent er så aktuell i dag, og det påberopes ikke ofte for domstolene.⁶¹ Han påpeker likevel at mulighetene for falsk er blitt større med de «moderne teknikker» som finnes i dag, men mener at disse teknikkene også gjør det lettere å oppdage falske og forfalskede dokumenter.⁶² Avtaleinngåelse ved elektronisk signatur er en slik type «moderne teknikk», der avtaler nå kan inngås uten at partene fysisk møter hverandre.⁶³ Et konkret eksempel på dette løftes av arbeidsgruppen nedsatt av

⁵⁷ Jf. Woxholth (2017) s. 268.

⁵⁸ Jf. Hov (2007) s. 237.

⁵⁹ Jf. Woxholth (2017) s. 281.

⁶⁰ Jf. Andersen (2013) s. 368, Arnholm (1964) s. 275.

⁶¹ Jf. Woxholth (2021) s. 309.

⁶² Jf. Woxholth (2021) s. 309.

⁶³ Jf. Giertsen (2021) s. 223.

Justisdepartementet i rapport om elektronisk tinglysing fra 2010.⁶⁴ Her pekes det på hvilke utfordringer man står overfor dersom tinglysing skal kunne gjøres ved bruk av elektronisk signatur, hvor man da kan få tilfeller av falsk. Også Prop. 92 LS (2019-2020) om ny finansavtalelov drøfter problemstillingen.⁶⁵ Det vises til at bruken av elektroniske signaturer er blitt langt mer utbredt, og at dette har ført med seg en økt risiko for misbruk.⁶⁶

Det kan stilles spørsmål ved om de «moderne teknikker» har medført at det er blitt lettere eller vanskeligere å inngå en avtale i en annens navn. På den ene siden kan man si at det er lettere å skrive under med en falsk fysisk underskrift, fordi dette ikke krever annet enn en penn og kanskje en kopi av pseudounderskrivers faktiske signatur. Imidlertid vil falske signaturer sjelden være så vellykkede at de fremstår identisk med den signaturen den skal etterligne. Det er også gode muligheter i dag for å undersøke underskriften med henblikk på å få den verifisert. En elektronisk signatur krever derimot at man har tilgang til signaturfremstillingsdata, noe som for eksempel ved BankID vil si at man må ha tilgang på både en kodebrikke, et personlig passord og en pin-kode. Dette er vanskeligere tilgjengelig enn muligheten for å skrive et navn med en penn. På den annen side, hvis man først har skaffet seg tilgang til dette, vil signaturen utad fremstå identisk med pseudounderskrivers egen underskrift. Dessuten har utviklingen medført at man i dag kan inngå avtaler uansett hvor man befinner seg, noe som gjør at potensialet for misbruk er langt større. Det gjør at det kanskje kan være lettere å inngå avtaler i andres navn nå enn det var før, i alle fall dersom man har skaffet seg tilgang til de digitale signaturfremstillingsdataene.

Uavhengig av denne diskusjonen, er det klart at de avtalerettslige reglene gjelder tilsvarende for avtaler enten de er inngått med elektronisk eller fysisk signatur. Er den elektroniske signaturen påført av en annen enn pseudounderskriver, er avtalen som hovedregel falsk og derfor ikke bindende.⁶⁷

⁶⁴ Jf. Justis- og politidepartementet (2010).

⁶⁵ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) kap. 18.2.

⁶⁶ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 183.

⁶⁷ Jf. Giertsen (2021) s. 223.

4 Kan pseudounderskriver bli bundet av avtalen selv om den elektroniske signaturen er påført av en annen?

4.1 Innledende bemerkninger

Utgangspunktet er som nevnt at en avtale ikke er bindende for pseudounderskriver dersom en annen har påført den elektroniske signaturen. Dette er fordi det ikke foreligger bindende tilbud eller aksept fra pseudounderskriver, slik at avtalen i utgangspunktet rammes av ugyldighetsgrunnen falsk. Spørsmålet er om det likevel kan være inngått en bindende avtale selv om signaturen er påført av en annen. I dette kapittelet vil jeg drøfte fem mulige unntak fra hovedregelen: Samtykke til den konkrete signeringen (4.2), frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata (4.3), uaktsomhet (4.4), passivitet (4.5), og etterfølgende godkjenning (4.6).

4.2 Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver på grunn av samtykke til signeringen?

I det videre vil jeg drøfte situasjonen der pseudounderskriver gir tredjeperson beskjed om å inngå en bestemt avtale på hans vegne, og tredjeperson gjør nettopp dette. Spørsmålet er om pseudounderskriver da kan bli bundet til avtalen. Spørsmålet om pseudounderskriver kan bli bundet i et tilfelle der signaturfremstillingsdataene (f.eks. BankID-passord og brikke) er overlevert frivillig, men uten at det er gitt samtykke til den konkrete disposisjonen, drøftes nedenfor i punkt 4.3.

Det er sikker rett, og fastslått av Høyesterett, at «[u]tgangspunktet i norsk rett er formfrihet ved inngåelse av avtaler».⁶⁸ Dette vil si at det er opp til partene selv å definere hva som skal til for at de skal være bundet, og at erklæringen om at binding ønskes kan fremkomme på den måten partene selv ønsker.⁶⁹ Det sentrale er, som nevnt i kapittel 2, at medkontrahenten får en rimelig grunn til å tro at parten ønsker å inngå bindende avtale.⁷⁰ Formfrihetsprinsippet tilsier da at en slik erklæring kan komme via en tredjeperson, for eksempel ved at denne foretar den fysiske handlingen – for eksempel bruker BankID-brikken - som skal til for at det er gitt bindende tilbud eller aksept.

Et klassisk eksempel på at en avtale kan inngås via en tredjeperson, er bruk av fullmakt. Fullmakt er en betegnelse på det forhold at person A opptrer på vegne av person B, slik at A

⁶⁸ Jf. HR-2017-971-A, avs. 36.

⁶⁹ Jf. Giertsen (2021) s. 53.

⁷⁰ Jf. Rt. 2001 s. 1288.

inngår en avtale med C som får virkning for B og C.⁷¹ A står selv utenfor avtalen.⁷² Det kan spørres om reglene om fullmakt får anvendelse i en situasjon der pseudounderskriver har overlatt til en annen å påføre den digitale signaturen på sine vegne. En person ber for eksempel ektefellen om å signere en felles avtale om boliglån på dennes vegne, og oppgir nødvendig sikkerhetsinformasjon til at ektefellen kan påføre digital signatur for begge. Spørsmålet fremstår imidlertid særlig aktuelt for tilfeller der signaturfremstillingsdata er overlatt til en annen, og denne så inngår en avtale som ligger utenfor hva pseudounderskriver har bedt om. Jeg vil derfor foreta drøftelsen av fullmaktsspørsmålet under punkt 4.3. Resultatet jeg kommer til vil være gjeldende også for tilfeller der det gis et samtykke til den konkrete disposisjonen.

Når begrunnelsen for at en avtale rammes av falsk er at disposisjonen ikke inneholder en viljeserklæring fra pseudoavgiver, er det lite naturlig å betegne forholdet som falsk hvis pseudounderskrivers vilje kommer til uttrykk via en tredjeperson. Fra rettspraksis kan det vises til Rt. 1936 s. 459, hvor førstvoterende uttaler at det vil være «stridende mot den almindelige rettsfølelse hos oss at behandle det forhold som dokumentfalsk at man underskriver en annens navn med dennes samtykke, men uten angivelse av fullmaktsforholdet».⁷³ Saken var en straffesak, og uttalelsen er gitt i anledning spørsmålet om det forelå dokumentfalsk, men synspunktet har likevel overføringsverdi til sivile rettsforhold. Fra nyere tid kan det vises til en dom fra Eidsvidating lagmannsrett, hvor det fremgår at saksøkte ble avtalerettslig forpliktet til en låneavtale fordi han «medvirket til eller samtykket til at lånene skulle tas opp i hans navn».⁷⁴ En lagmannsrettsdom har ikke i seg selv så stor rettskildemessig verdi, men her tjener den som et eksempel på et utslag av formfrihetsprinsippet som ikke fremstår veldig kontroversielt og nok er uttrykk for en relativt fast og ensartet rettsoppfatning.⁷⁵

Det kan spørres om formfriheten begrenses av avtalen mellom pseudounderskriver og leverandør av signaturfremstillingsdata. For eksempel gir BankID-avtalen regler om at man ikke kan overlate brikke eller røpe passord til noen. I avtalens punkt 4.2. står det at

«BankID er personlig og skal ikke overdras eller på annen måte overlates til eller brukes av andre enn Kunden eller Brukeren. Passord, personlige koder og andre sikkerhetsprosedyrer må ikke røpes for noen, heller ikke overfor politiet, Utsteder eller husstandsmedlemmer.»⁷⁶

⁷¹ Jf. Hov (2009) s. 179.

⁷² Jf. Woxholth (2021) s. 230.

⁷³ Jf. Rt. 1936 s. 459.

⁷⁴ Se LE-2020-150864 – LE-2020-150885.

⁷⁵ Jf. Mestad (2019) s. 94

⁷⁶ Se Avtalevilkår for PersonBankID og AnsattBankID – PDS.

Selv om avtalen pålegger pseudounderskriver en plikt, er det kun medkontrahenten i BankID-avtalen som direkte kan påberope seg brudd på avtalen, da det ikke er en tredjemannsavtale⁷⁷. Så lenge avtalen mellom rettighetshaver og medkontrahent er bindende ut fra en avtalerettslig vurdering, er avtalen gyldig selv om inngåelsen av avtalen samtidig medfører et brudd på BankID-avtalen.

På bakgrunn av formfrihetsprinsippet bør altså tredjeperson kunne, med pseudounderskrivers samtykke, gi en erklæring som medfører at medkontrahenten får berettigede forventninger om at pseudounderskriver ønsker å binde seg. Det er ingenting som på dette punktet prinsipielt skiller elektroniske signaturer fra fysiske signaturer.

4.2.1 Hvilke krav må stilles til pseudounderskrivers samtykke for at det skal kunne danne grunnlag for avtalebinding?

Når utgangspunktet er at en avtale kan inngås ved at man gir samtykke til tredjeperson som utfører handlingen på pseudounderskrivers vegne, blir neste spørsmål hvilke krav man må stille til samtykket for at det skal kunne danne grunnlag for avtalebinding.

Som nevnt i kapittel 2, inngås avtaler vanligvis ved utveksling av viljeserklæringene tilbud og aksept. Når pseudounderskriver ber tredjeperson om å inngå en avtale på hans vegne, må dette også anses å være en avtale dem imellom. Kriteriene som ble oppstilt i kapittel 2 kan gi veiledning for hvordan samtykket bør vurderes. Momenter som kan belyse kriteriene må sammenfattes til en helhetsvurdering der spørsmålet er om tredjeperson har fått berettigede forventninger om at han kunne inngå avtalen på vegne av pseudounderskriver. Jeg vil i det følgende gå gjennom noen relevante momenter.

For det første må det avgrenses mot utsagn som er rent fortellende, eller som på annen måte ikke gir uttrykk for en viljeserklæring fra pseudounderskrivers side.⁷⁸ Med dette kan man forstå utsagn hvor det ikke med rimelighet kan sies at pseudounderskriver har ment å stifte rett eller plikt. I situasjonen med elektronisk signatur kan det tenkes at et typisk fortellende utsagn vil være at pseudounderskriver forteller at han har lagt BankID-brikken i skuffen eller at han ønsker å ta opp et lån på kr. 100.000. Uten andre holdepunkter kan ikke utsagn som dette sees som noe annet enn en opplysning. Derimot kan det stille seg annerledes hvis pseudounderskriver sier «jeg ønsker at du skal hjelpe meg å levere skattemeldingen». Det gir klart uttrykk for en vilje.

⁷⁷ Om tredjemannsavtaler, se Hov (2009) s. 172.

⁷⁸ Jf. Hov (2009) s. 67.

For det annet må det vurderes hvor klart utsagnet er.⁷⁹ Her siktes det til hvor klar ordlyden eller handlingen fremstår, objektivt sett. Det kan neppe knyttes rettsvirkninger til at pseudounderskriver legger BankID-brikke og passord i tredjepersons hånd og sier «jeg vil ha hjelp med denne», da dette isolert sett ikke er nok til å gi en berettiget forventning om hva pseudounderskriver ønsker. Det kan være annerledes dersom han gir beskjed om at han vil ha hjelp til å overføre et bestemt beløp til en bestemt person. Er derimot tilfellet at utsagnet er uklart eller vagt, vil det som regel ikke være nok til å danne et bindende tilbud eller aksept.

For det tredje må det vurderes om utsagnet er fullstendig.⁸⁰ Her siktes det til om de fleste nødvendige opplysninger er gitt, eller om det gjenstår momenter av betydning. I tilfellet med elektronisk signatur kan det tenkes at pseudounderskriver har bedt om at det skal inngås en avtale, men ikke opplyst hverken pris eller når det skal skje. Det vil tale mot at tredjeperson skal kunne inngå avtalen på vegne av pseudounderskriver. Motsatt vil et utsagn typisk være fullstendig hvis alle relevante momenter er nevnt, som tidspunkt, kostnad, innhold av avtalen e.l.

I helhetsvurderingen vil disse momentene kunne belyse hvorvidt tredjeperson hadde berettigede forventninger om at han kunne påføre pseudounderskrivers signatur. Dersom vurderingen viser at tredjeperson hadde slike berettigede forventninger, vil det være en klar indikasjon på at tredjepersons påføring av den elektroniske signaturen er et uttrykk for pseudounderskrivers vilje til å binde seg til avtalen med medkontrahtenten.

4.2.2 Hva skjer hvis samtykket er beheftet med en ugyldighetsgrunn?

Et viktig spørsmål er hva som skjer hvis samtykket fra pseudounderskriver til tredjeperson er beheftet med en ugyldighetsgrunn. Problemstillingen som oppstår er om man må vurdere avtalens gyldighet etter reglene om falsk, eller om avtalens gyldighet må vurderes ut fra reglene om den ugyldighetsgrunnen som rammer samtykket. Dette er nok et praktisk viktig spørsmål. Ikke sjelden ser man at misbruk av elektronisk ID skjer i samlivsforhold preget av psykisk eller fysisk vold, eller at pseudounderskriver på ulike måter blir tvunget til å gi fra seg signaturfremstillingsdata.⁸¹ Misbruket av elektronisk signatur kan da være en kombinasjon av eksempelvis grov tvang og falsk.⁸²

⁷⁹ Jf. Hov (2009) s. 69.

⁸⁰ Jf. Hov (2009) s. 70.

⁸¹ Se Werenskjold (2020) for en fremstilling av denne problemstillingen.

⁸² Jf. Giertsen (2021) s. 223.

I avtaleretten skilles det som nevnt mellom sterke og svake ugyldighetsgrunner.⁸³ Rammes en avtale av en sterk ugyldighetsgrunn, som falsk, umyndighet eller grov tvang, kan ugyldighet gjøres gjeldende selv om medkontrahent er i god tro.⁸⁴ Dersom samtykket for eksempel er fremtvunget ved grov tvang, vil altså pseudounderskriver ikke være bundet av avtalen selv om medkontrahenten ikke kjente til at det forelå forhold som gjorde at tredjeperson ikke hadde rett til å inngå avtalen på pseudounderskrivers vegne.⁸⁵ For pseudounderskriver blir resultatet da det samme enten man følger de regler som rammer samtykket, eller reglene om falsk som rammer selve avtalen: Avtalen er ugyldig, og han blir ikke bundet.

Er det derimot tale om en svak ugyldighetsgrunn, for eksempel svik, lett tvang eller villfarelse, må medkontrahenten imidlertid være uaktsom eller i ond tro for at ugyldigheten skal kunne gjøres gjeldende.⁸⁶ Dette gjør at spørsmålet om hvilken ugyldighetsgrunn som gjelder er særlig aktuelt for tilfeller der samtykket rammes av en svak ugyldighetsgrunn: Vil avtalens ugyldighet være betinget av at medkontrahenten ikke er i god tro?

Spørsmålet er ikke direkte drøftet i litteraturen. Det er imidlertid drøftet for fullmaktstilfellene, og det kan ha overføringsverdi å undersøke hva som er lagt til grunn som løsning her, da det i begge tilfeller er tale om en avtale inngått via tredjeperson. I litteraturen fremgår det at spørsmålet om en fullmakts gyldighet må avgjøres i to ledd, både (1) overfor fullmektig og (2) overfor medkontrahent.⁸⁷ Det skilles mellom fullmakter som kommer til uttrykk for medkontrahent (selvstendige fullmakter), og fullmakter som bare er meddelt fullmektigen (uselvstendige fullmakter).⁸⁸ For selvstendige fullmakter er det slik at *medkontrahenten* må være i ond tro eller uaktsom for at avtalen ikke skal være bindende, dersom fullmaktsdisposisjonen fra fullmaktsgiver til fullmektig rammes av en svak ugyldighetsgrunn.⁸⁹ Når det gjelder uselvstendige fullmakter er det annerledes: En avtale inngått via en slik fullmakt blir ugyldig dersom *fullmektigen* kjente eller burde kjenne til at fullmakten var rammet av en svak ugyldighetsgrunn.⁹⁰ En fullmektig som truer til seg signaturfremstillingsdata for selv å kunne inngå avtalen i fullmaktsgivers navn, vil naturligvis ikke være i god tro. For uselvstendige fullmakter vil fullmaktsgiver altså ikke bli bundet selv om medkontrahenten er i god tro, hvis fullmektigen ikke er det. Når det ikke foreligger gyldig fullmakt, vil disposisjonen overfor medkontrahent være ugyldig som følge av falsk.

⁸³ Jf. Woxholth (2017) s. 268.

⁸⁴ Jf. Woxholth (2017) s. 268.

⁸⁵ Jf. Woxholth (2017) s. 236.

⁸⁶ Jf. Woxholth (2017) s. 269.

⁸⁷ Jf. Hov (2007) s. 349, Lassen (1992) s. 62, Woxholth (2017) s. 235.

⁸⁸ Jf. Hov (2007) s. 350, Lassen (1992) s. 63, Woxholth (2017) s. 236.

⁸⁹ Jf. Lassen (1992) s. 64.

⁹⁰ Jf. Lassen (1992) s. 63.

Grunnen til denne forskjellen er at disposisjoner gjort på grunnlag av uselvstendige fullmakter kun er gyldige i den utstrekning fullmektigen faktisk hadde rett til å foreta dem.⁹¹ Dersom fullmakten rammes av en svak ugyldighetsgrunn, og fullmektigen kjenner eller burde kjenne til dette, foreligger ingen rett til å disponere på fullmaktsgivers vegne. Da kan heller ikke medkontrahtenten bygge rett på fullmektigens disposisjon. Dette blir annerledes ved selvstendige fullmakter. Der bygger ikke medkontrahtenten på hva fullmektigen forteller, men på ytre forhold skapt av fullmaktsgiver, for eksempel et fullmaktsbrev eller et ansettelsesforhold.⁹² I disse tilfellene tilsier hensynet til omsetningslivet at en godtroende medkontrahtent skal kunne stole på de avtaler som inngås.

Spørsmålet er så hvilket av disse tilfellene som er mest overførbart til det at pseudounderskriver gir samtykke til at tredjeperson påfører signaturen. Et fellestrekk med de uselvstendige fullmaktene er at samtykket kun eksisterer i det indre forholdet mellom pseudounderskriver og tredjeperson. Det er ikke synlig for medkontrahtent. Det kan tilsi at man bør følge de reglene som gjelder for uselvstendige fullmakter, slik at avtalen vil rammes av falsk dersom samtykket er rammet av en svak ugyldighetsgrunn. Også hensynet til sammenheng i regelverket kan tale for denne løsningen. Det kan argumenteres for at det vil være urimelig overfor pseudoavgiver dersom bindingsspørsmålet løses forskjellig ut fra hvilken måte svindleren har gått frem på, når falskneriet uansett er det mest fremtredende elementet i situasjonen.⁹³

Selv om situasjonen med samtykke til tredjepersons signering har fellestrekk med den uselvstendige fullmakten, kan det tenkes at denne løsningen ikke blir riktig. Dette fordi reglene om at en uselvstendig fullmakt ikke binder uten at fullmaktsgiver har gitt fullmektig rett til det, er begrunnet i at en medkontrahtent ikke er like beskyttelsesverdig dersom han velger å stole på opplysninger som ikke kommer fra fullmaktsgiver.⁹⁴ Utad fremstår det jo i vårt tilfelle for medkontrahtenten som om han handler med pseudounderskriver selv. En normal avtalesituasjon med elektronisk signatur ligner slik sett mer på tilfellet med en selvstendig fullmakt, ved at medkontrahtenten normalt skal kunne stole på at disposisjonen er gyldig og foretatt av rette vedkommende. Dette kan tilsi at man bør følge de reglene som gjelder for selvstendige fullmakter, altså at spørsmålet om avtalens gyldighet må avgjøres ut fra regelen om den ugyldighetsgrunn som rammer samtykket. Da vil en medkontrahtent i god tro kunne holde

⁹¹ Jf. avtaleloven § 11 annet ledd.

⁹² Jf. Lassen (1992) s. 63.

⁹³ Jf. Giertsen (2021) s. 223.

⁹⁴ Jf. Hov (2009) s. 194.

pseudounderskriver bundet til avtalen, selv om samtykket er gitt under for eksempel tvang eller utnyttelse.⁹⁵

Dersom det er slik at også disposisjonen overfor medkontrahent blir vurdert etter reglene om den ugyldighetsgrunn som rammer samtykket, oppstår spørsmålet om hvordan man skal vurdere medkontrahentens gode tro. Som påpekt tidligere er det typisk for avtaler inngått ved elektronisk signatur at medkontrahtenten ikke har andre holdepunkter enn signaturen å forholde seg til. Det gjør at en vurdering av hva medkontrahtenten forstod eller burde forstå i kontraheringsøyeblikket, sjelden vil gi noe annet resultat enn at vedkommende er i god tro. Det kan være annerledes dersom det er tale om et allerede etablert kundeforhold og disposisjonen er ukarakteristisk, men dette vil nok gjelde relativt få tilfeller.

Finans Norge har drøftet problemstillingen om god tro-vurderingen i en rapport fra 2013. Her heter det at:

«Ved mindre alvorlige tilfeller av tilblivelsesmangler kan avtalen bli ugyldig dersom banken kjente eller burde kjenne til omstendighetene ... Med en elektronisk saksbehandling vil det være vanskeligere å oppdage eller unngå denne type forhold i avtalesituasjonen. Det kan reises spørsmål ved om den omstendighet at avtalen inngås elektronisk, uten noe personlig møte mellom banken og kunden, endrer vurderingen av når det foreligger aktsom god tro hos banken. Dersom det kan legges til grunn at banken ville ha oppdaget ugyldighetsgrunnen ved et fysisk møte, antar arbeidsgruppen at bankene må være forberedt på å bære denne tilleggsrisikoen ved elektroniske avtaler.»⁹⁶

Her ser det ut til at Finans Norge mener at en god tro-vurdering må ta utgangspunkt i hva som ville vært tilfellet dersom avtalen ble inngått fysisk. Bevismessig er dette en vanskelig vurdering å foreta, særlig der det er tale om tvang som ikke er fysisk eller veldig uttalt. Synspunktet gir uansett en indikasjon på at dette er et tap som en profesjonell medkontrahent ofte er nærmere til å dekke, da denne har mulighet til å pulverisere tapet. Det kan også være gode grunner til heller å bruke denne modellen enn å legge opp til en vurdering der medkontrahtenten så godt som alltid vil være i god tro, jf. over. Dersom en slik beskyttelse skal ha realitet for pseudounderskriver, bør vurderingen gi en rimelig mulighet for å konstatere ugyldighet.

Giertsen fremmer et annet poeng når det gjelder medkontrahtentens gode tro, særlig når det er tale om en finansinstitusjon eller annen profesjonell motpart. Han fremholder at medkontrahtentens aktsomhetsplikt innebærer å ha gode nok rutiner til å fange opp misbruk av

⁹⁵ Jf. avtaleloven §§ 29, 31.

⁹⁶ Se Finans Norge (2013) s. 63.

elektroniske signaturer.⁹⁷ Har ikke den profesjonelle parten det, er resultatet at de ikke har vært i aktsom god tro og dermed er ansvarlig for tapet.⁹⁸ Poenget er gjort i forbindelse med spørsmålet om pseudounderskrivers erstatningsansvar, og er altså ikke nevnt i direkte sammenheng med spørsmålet som drøftes i dette underkapittelet. Det har likevel overføringsverdi som et generelt syn på hvordan risikoen for misbruk bør fordeles, og hvilke momenter som er relevante i den forbindelse.

Oppsummert synes det ikke å være helt klart ut fra gjeldende rett hva som skjer med en avtale inngått ved elektronisk signatur, når den elektroniske signaturen er påført av en annen enn pseudounderskriver og samtykket til dette rammes av en svak ugyldighetsgrunn. Det er imidlertid gode grunner til å gi pseudounderskriver den samme beskyttelsen uavhengig av hvilken metode som brukes for å oppnå tilgang til den elektroniske signaturen. Det vil tilsi at man enten sidestiller situasjonen med tilsvarende spørsmål for uselvtendige fullmakter, eller at man lar falskneriet være det avgjørende momentet slik at spørsmålet vurderes etter reglene om falsk. Da vil hovedregelen være at avtalen ikke er bindende for pseudounderskriver dersom samtykket rammes av en svak ugyldighetsgrunn.

Konklusjonen er at en avtale inngått ved elektronisk signatur påført av tredjeperson kan bli bindende for pseudounderskriver, dersom han har samtykket til det. Det må imidlertid gjøres en vurdering der man ser på om tredjeperson hadde berettigede forventninger til at han kunne foreta den konkrete disposisjonen, og det må vurderes hvorvidt samtykket er beheftet med en ugyldighetsgrunn. Dersom samtykket er ugyldig kan det tenkes ulike måter å nærme seg problemstillingen på, men hensynet til beskyttelse av pseudounderskriver kan tilsi at disposisjonen overfor medkontrahent vurderes etter reglene om falsk.

4.3 Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver når signaturfremstillingsdataene frivillig er overlevert til tredjeperson?

Et aktuelt spørsmål er i hvilken grad pseudounderskriver kan bindes ved frivillig å overgi signaturfremstillingsdata til tredjeperson. Her sikter jeg til situasjonen der pseudounderskriver ikke har bedt tredjeperson inngå den aktuelle avtalen, men hvor han frivillig har overlevert signaturfremstillingsdata. Det kan for eksempel være med beskjed om å inngå en låneavtale på kr. 100.000, eller med en mer generell beskjed om å ta seg av økonomien for vedkommende.

En sentral problemstilling her er, som nevnt i 4.2, hvorvidt overgivelsen av signaturfremstillingsdata utgjør en fullmakt til å handle på pseudounderskrivers vegne. Dersom

⁹⁷ Jf. Giertsen (2021) s. 223.

⁹⁸ Jf. Giertsen (2021) s. 224.

det er tilfellet, vil pseudounderskriver i noen tilfeller kunne bli bundet av tredjepersons disposisjon på hans vegne selv om disposisjonen ligger utenfor instruksene som ble gitt til tredjeperson.⁹⁹

Dersom det vil utgjøre en fullmakt, er det mest nærliggende at det er tale om en tillits- eller kombinasjonsfullmakt. Det er en type ulovfestet fullmakt som fungerer som en slags sekkebetegnelse som kan romme flere typer tilfeller. Det typiske er at faktum ikke passer inn i de tradisjonelle fullmaktstypene, men at fullmaktsgiver har opptrådt på en slik måte at han ut fra rimelighetshensyn bør anses bundet.¹⁰⁰ Vurderingstemaet er om medkontrahenten ut fra «forskjellige omstendigheter i samvirke har hatt grunn til å tro at han handlet med en representant som kunne binde en oppdragsgiver».¹⁰¹ En slik vurdering kan i utgangspunktet synes å passe godt på tilfellet der pseudounderskriver utstyrer den andre med det nødvendige for å inngå en avtale i hans navn, enten tredjeperson da inngår den avtalen det er bedt om eller en annen avtale. Imidlertid er det sentrale poenget ved en fullmakt at trepartsforholdet er synlig utad: Medkontrahenten er klar over at den han handler med, handler på vegne av fullmaktsgiver.¹⁰² Det gjør at reglene om fullmakt ikke passer så godt i dette tilfellet, fordi medkontrahenten her ikke er klar over at det er en annen enn pseudounderskriver som påfører signaturen.

Karstoft uttaler imidlertid for dansk retts vedkommende at «[e]n frivillig, forsætlig og bevidst overladelse af NemID-koder mv. til tredjemand udgør som udgangspunkt en fuldmagt med særlig tilværelse til at handle på NemID-indehaverens vegne».¹⁰³ NemID tilsvare BankID i Danmark¹⁰⁴. Det er uklart hva hun bygger resonnementet på, da henvisningen i teksten peker på kilder som mener det motsatte.¹⁰⁵ I forarbeidene til den danske e-signaturloven, som Karstoft viser til, heter det at

«[d]en blotte overgivelse af den private nøgle med tilhørende adgangskode til en anden antages næppe i sig selv at indebære, at den pågældende herved får fuldmagt eller i øvrigt kan anses som legitimeret til at indgå aftaler på certifikatindehaverens vegne.»¹⁰⁶

⁹⁹ For en fremstilling av reglene om dette, se eksempelvis Lassen (1992).

¹⁰⁰ Jf. Woxholth (2017) s. 220.

¹⁰¹ Jf. Lassen (1992) s. 36. Vurderingstemaet ble tiltrådt av Høyesterett i Rt. 2011 s. 410, se avs. 34-35.

¹⁰² Jf. Woxholth (2021) s. 230.

¹⁰³ Jf. Karstoft (2019) s. 340.

¹⁰⁴ Se mer om dette i note 131.

¹⁰⁵ Jf. Karstoft (2019) s. 340, note 5.

¹⁰⁶ Jf. E-signatures retsvirkninger, pkt. 7.4.2 og note 90.

Det samme fremgår av Udsens avhandling.¹⁰⁷ Det virker derfor ikke som om Karstofts uttalelse gir uttrykk for noen omforent oppfatning i Danmark. På bakgrunn av dette bør resonnementet nok ikke tillegges vekt som argument for at frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata likevel skal anses som et fullmaktsforhold.

Spørsmålet er ikke spesifikt drøftet for norsk retts vedkommende, bortsett fra i en dom fra Glåmdal tingrett, hvor en pseudounderskriver ble kjent avtalerettslig forpliktet etter læren om ulovfestet representasjon.¹⁰⁸ Den norske tingrettsdommen har begrenset rettskildemessig verdi, og i fravær av andre autoritative kilder hva gjelder norsk rett, bør heller ikke denne tas til inntekt for at frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata skal anses som et fullmaktsforhold..¹⁰⁹

Selv om det ikke er tale om en fullmakt, kan det tenkes andre grunnlag for binding ved overlevering av signaturfremstillingsdata til tredjeperson. Et slikt mulig grunnlag er identifikasjon mellom pseudounderskriver og tredjeperson som uberettiget bruker pseudounderskrivers signaturfremstillingsdata. Det vil si spørsmålet om pseudounderskriver hefter for tredjepersons forsettlig misbruk av signaturen, når pseudounderskriver ikke selv var forsettlig ved overleveringen.¹¹⁰ Kjørven, Høgberg og Woxholth drøfter dette spørsmålet i forbindelse med ny finansavtalelovs regler om ansvarsbegrensning ved uautoriserte betalingsstransaksjoner.¹¹¹ Her konkluderes det med at det er noe usikkerhet knyttet til hvorvidt slik identifikasjon gjelder etter finansavtaleloven 1999 ved overlevering av et betalingsinstrument til tredjeperson, men at det i alle fall ikke gjelder etter finansavtaleloven 2020.¹¹² Spørsmålet er om det kan oppstilles et generelt prinsipp om identifikasjon ved overlevering av signaturfremstillingsdata.

I en fotnote i artikkelen pekes det på at det ikke nødvendigvis gjelder en regel om identifikasjon for alle tilfeller der det benyttes BankID til avtaleinngåelse, selv om det skulle gjøre det etter finansavtaleloven 1999.¹¹³ Begrunnelsen for dette synes å være at dagens eventuelle regel om identifikasjon henger igjen fra finansavtaleloven slik den var før gjennomføringen av EU-direktivet PSD1.¹¹⁴ Denne gjennomføringen erstattet en særskilt regel om betalingskort med en generell regel om betalingsinstrument, som også omfatter BankID og lignende

¹⁰⁷ Jf. Udsen (2002) s. 92.

¹⁰⁸ Se TGLOM-2020-36796.

¹⁰⁹ Jf. Askeland (2019) s. 462.

¹¹⁰ Jf. Kjørven (2021) pkt. 10.

¹¹¹ Jf. Kjørven (2021) pkt. 10.

¹¹² Jf. Kjørven (2021) pkt. 10.

¹¹³ Jf. Kjørven (2021) note 35.

¹¹⁴ Jf. Kjørven (2021) pkt. 10.

betalingsinstrumenter.¹¹⁵ Som forfatterne av artikkelen påpeker, er det stor forskjell på hva noen legitimeres til ved overgivelsen av et bankkort kontra overgivelsen av en elektronisk signatur.¹¹⁶ På et bankkort vil ansvaret naturlig være begrenset til det beløp som står på kontoen, mens en elektronisk signatur vil kunne benyttes til å inngå en lang rekke avtaler med store økonomiske konsekvenser for pseudounderskriver.¹¹⁷ Det er et sterkt argument mot at det skal gjelde en generell regel om identifikasjon mellom pseudounderskriver og tredjeperson i tilfeller der signaturfremstillingsdataene er frivillig overlevert.

Spørsmålet synes å være noe uavklart. Ut fra poenget om at det er stor forskjell på konsekvensen av identifikasjon når det gjelder bankkort og elektronisk identitet, kan systembetraktninger tilsi at det ikke bør være mulig å bli forpliktet på bakgrunn av identifikasjon ved frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata. Når det da heller ikke er tale om en fullmakt, virker det mest nærliggende å konkludere med at pseudounderskriver ikke kan bli forpliktet til en avtale inngått av tredjeperson på bakgrunn av frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata.

4.4 Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver på grunn av uaktsomhet?

Et spørsmål som har vært drøftet i den juridiske teorien, er hvorvidt uaktsomhet hos pseudounderskriver kan føre til at han blir bundet av avtalen, eller om han kun kan bli erstatningsansvarlig. I situasjonen med misbruk av elektronisk identitet kan uaktsomhet eksempelvis forekomme i form av at pseudounderskriver har skrevet ned passordet og oppbevart det sammen med brikken, eller at passordet er det samme som han bruker til innlogging på en annen tjeneste og som andre kjenner til. Spørsmålet har særlig betydning for avtaler der det er en lovbestemt begrensning på erstatningsansvaret, eller der det kan tenkes at ansvaret vil lempes. Det er fordi det da vil bli en betydelig forskjell i hvilket beløp pseudounderskriver ender opp med å bli ansvarlig for ettersom ansvaret bygger på avtale- eller erstatningsgrunnlag.

En analyse av norsk juridisk teori viser at spørsmålet om hvorvidt uaktsomhet kan lede til avtalerettslig binding ikke er helt avklart. Flertallet av forfattere synes likevel å slutte opp om et utgangspunkt om at avtalerettslig binding er utelukket ved falsk.

Woxholth skriver at «ved falsk er avgiveren overhodet ikke bundet ... Uaktsomhet hos pseudoavgiveren kan imidlertid føre til at hun blir erstatningsansvarlig for godtroende

¹¹⁵ Jf. Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 185.

¹¹⁶ Jf. Kjørven (2021) pkt. 10.

¹¹⁷ Jf. Kjørven (2021) pkt. 10.

løftemottagers negative kontraktsinteresse»¹¹⁸. Hans oppfatning synes altså å være at uaktsomhet ikke kan medføre avtalerettslig binding, kun erstatningsrettslig forpliktelse. Hauge tar også til orde for denne løsningen.¹¹⁹

Hov skriver «[d]et kan imidlertid tenkes at også det rene falskneri får rettsvirkninger for den som står oppført som avgiver ... Men selv om pseudoavgiveren har vært uaktsom, blir han antakelig likevel ikke bundet av utsagnet. Derimot kan uaktsomheten føre til at han blir ansvarlig for den negative kontraktsinteresse»¹²⁰. Det synes som om også Hov legger til grunn at uaktsomhet først og fremst kan føre til ansvar for den negative kontraktsinteresse. Men bruken av ordet «antakelig» gjør at det kan virke som han åpner for at uaktsomhet hos pseudounderskriver også kan føre til avtalebinding.

Også Giertsen uttrykker seg noe forbeholdent. Han skriver at det kan

«oppstå spørsmål om uaktsomheten leder til binding. Svaret er i hovedsak nei, sett i lys av at det i lang tid har vært lagt til grunn at uaktsomhet ved falsk ikke stifter binding overfor en godtroende løftemottaker, som i dette tilfellet er banken.»¹²¹

Her vises det til at det har vært «lagt til grunn» at uaktsomhet ikke kan føre til avtalebinding, men det tas ikke egentlig stilling til hvorvidt dette bør være løsningen. Formuleringen «i hovedsak» tyder også på at det kan være en mulighet for at slik binding likevel er mulig, men da kanskje bare i særlige tilfeller. En angivelse av aktuelle tilfeller finnes i en fotnote, der Giertsen viser til en fotnote i en artikkel av Aagaard.¹²² Her fremholdes det at binding kan være aktuelt i tilfeller der

«innehavarens påstående att avtalet har slutits av någon annan framstår som mycket osannolikt eller då innehavaren själv medvetet har lämnat över behörighetsfunktionerna till någon annan, trots att denna förstod eller måste ha förstått att mottagaren skulle komma att använda dem».¹²³

Giertsen mener at dette synspunktet kan være hensiktsmessig også for norsk rett. Jeg forstår Giertsen slik at han mener at den helt klare hovedregelen er at uaktsomhet ikke kan føre til

¹¹⁸ Jf. Woxholth (2021) s. 309.

¹¹⁹ Jf. Hauge (2009) s. 110, Giertsen (2021) s. 223.

¹²⁰ Jf. Hov (2007) s. 238.

¹²¹ Jf. Giertsen (2021) s. 223.

¹²² Jf. Giertsen (2021) s. 223 note 378.

¹²³ Jf. Aagaard (2021) s. 238 note 13, gjengitt i Giertsen (2021) s. 223 note 378.

avtalebinding, men at det kan være mulig der det er tale om svært klanderverdige forhold hos pseudounderskriver.

Arnholm uttaler seg i en litt annen retning enn de foregående forfatterne har gjort. Han løfter spørsmålet, og skriver at det kan «være tvil om han slipper med å erstatte den negative kontraktsinteresse, eller om man skal ta skrittet helt ut og behandle ham som om sjekken var ekte». ¹²⁴ Han viser til Hessler, som for svensk retts vedkommende legger til grunn at erstatning er hovedregelen, men at det nok er gode grunner for å la vedkommende bli forpliktet av selve avtalen. ¹²⁵ Hessler trekker frem som et poeng at spørsmålet om avtalebinding som følge av uaktsomhet er en langt enklere vurdering enn etter erstatningsretten, der det må tas stilling til både ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng. ¹²⁶

Arnholm og Hessler peker begge på at resultatet som oftest vil bli det samme for pseudounderskriver: Om han må betale sjekkens pålydende som følge av erstatning eller avtalebinding har ingen betydning. ¹²⁷ Med dette premisset lagt til grunn, kan det argumenteres for at en bør velge den løsningen som retts teknisk fremstår best. Imidlertid har innføringen av elektroniske signaturer medført at det kan inngås en lang rekke forskjellige avtaler med forskjellige konsekvenser, der avtalebinding og erstatning ikke nødvendigvis er like størrelser. I rapport om elektronisk tinglysing, avgitt til Justis- og politidepartementet i 2010, pekes det på problematikken som kan oppstå dersom en person uberettiget tinglyser i en annens navn. ¹²⁸ Dette er et godt eksempel på at virkningen for pseudounderskriver ikke er identisk om konsekvensen blir avtalebinding eller negativ kontraktsinteresse: Enten må huset anses overdratt til en annen, eller så kan han erstatte det tapet den andre led ved å stole på at bindende avtale var inngått. På bakgrunn av de endrede samfunnsforholdene kan det nok sies at Arnholms vurdering her ikke bør tillegges for mye vekt.

På Arnholms tid var sjekken det typiske eksempelet på en avtale som inngås uten at partene er til stede, slik at medkontrahenten kun har sjekken å forholde seg til. De fleste avtaler av betydning ble inngått ved en prosedyre der selve signaturen kun var en formalitet, og der partene hadde flere holdepunkter for å vurdere at de handlet med rette vedkommende. Hessler peker på den annen side – på åttitallet, tjue år etter utgivelsen av Arnholms bok – på at sjekkbøker er blitt langt mer utbredt og påkrevet, og mener at det bør gjøre terskelen høyere for å la ansvar inntre. ¹²⁹ Overført til nåtiden kan parallellen trekkes dit at elektroniske signaturer er blitt svært

¹²⁴ Jf. Arnholm (1964) s. 275.

¹²⁵ Jf. Arnholm (1964) s. 275, Hessler (1981) s. 90.

¹²⁶ Jf. Hessler (1981) s. 91.

¹²⁷ Jf. Arnholm (1964) s. 275, Hessler (1981) s. 91.

¹²⁸ Jf. Justis- og politidepartementet (2010) .

¹²⁹ Jf. Hessler (1981) s. 77.

utbredt, og noe man er mer eller mindre pålagt å bruke. Innføringen av elektroniske signaturer har ført til at man har langt flere tilfeller der medkontrahentens eneste holdepunkt er pseudounderskrivers signatur. Dette er et argument mot at det skal være mulig å bli avtalerettslig forpliktet ved uaktsomhet, særlig dersom pseudounderskrivers ansvar kan bli større enn hva som er tilfellet ved erstatningsansvar.

Selv om spørsmålet har vært underlagt noe debatt i Norge, er det lite diskutert i senere år og etter innføringen av elektroniske signaturer. Det synes som om dagens teoretikere i hovedsak legger til grunn at uaktsomhet hos pseudounderskriver som hovedregel kun kan medføre erstatningsansvar, og det er noe uavklart om avtalebinding kan inntre på nærmere vilkår. I Danmark har det imidlertid vært en utvikling i motsatt retning. Der har det blitt avsagt to kjennelser i Højesteret, hvor innehaveren av NemID¹³⁰ blir kjent avtalerettslig forpliktet etter å ha opptrådt uaktsomt. Det er også avsagt en dom der pseudounderskriver ikke ble ansvarlig hverken på avtalerettslig eller erstatningsrettslig grunnlag, men hvor de samme rettslige utgangspunktene blir drøftet.¹³¹

I U.2019.1192 var pseudounderskriver skyldig 15.000 kr i narkogjeld. For å betale gjelden tilbake ble han presset til å gi fra seg kredittkort med kode, kopi av pass, kodekort og personlig passord til NemID. Det ble søkt om og innvilget lån og kreditt til en totalsum av ca. 400.000 kr i hans navn.

U.2019.1197 gjaldt en sak der pseudounderskriver ble kontaktet av to venner på Facebook. De bad om hans hjelp til å skaffe 40.000 kr for å bistå en annen felles venn som hadde behov for penger. Pseudounderskriver ble bedt om å overlevere NemID og passord. Han følte seg truet, og gjorde derfor som han fikk beskjed om. Deretter ble det søkt om og innvilget et lån på ca. 43.000 kr i hans navn.

Begge sakene gjaldt spørsmål om tvangsfullbyrdelse av gjeldsbrev. Rettens begrunnelse er identisk i de to sakene. Det vises til at det må gjøres en konkret vurdering der sentrale momenter er

«under hvilke omstændigheder tredjemand er kommet i besiddelse af indehaverens nøgle (brugernavn, adgangskode og nøglekort til NemID), om indehaveren har haft kendskab til, at tredjemand er kommet i besiddelse af de pågældende oplysninger, og

¹³⁰ NemID er den danske ekvivalenten til BankID. Det er en betalings- og identifiseringsløsning der brukeren må oppgi et personlig passord samt en kode fra et kode-kort. På samme måte som BankID i Norge kan NemID brukes til å avgi en kvalifisert elektronisk signatur. Se NemID (2021).

¹³¹ Jf. U.2021.2320.

om innehaveren har gjort, hvad der var muligt for at forhindre misbrug, f.eks. ved at spærre sit NemID så hurtigt som mulig»¹³²

Retten fant i begge sakene at pseudounderskriver hadde handlet med en slik grad av uaktsomhet at de heftet på avtalerettslig grunnlag for låneopptakene, selv om signaturen var påført av en annen enn dem selv.

Selve begrunnelsene er relativt knappe, men avgjørelsene viser i stor grad til uttalelser i forarbeidene til endring av retsplejeloven. I forarbeidene er det inntatt et utdrag fra en «betenkning» avgitt av et utvalg nedsatt av det danske Justitsministeriet.¹³³ Det er særlig dette utdraget som har relevans for fastleggelsen av rettsregelen om at uaktsomhet kan føre til avtalebinding selv om signaturen er påført av noen andre enn pseudounderskriver. I betenkningen drøftes hva som må anses som gjeldende rett i Danmark. Her vises det til at det klare utgangspunktet er at en falsk avtale ikke binder pseudounderskriver.¹³⁴ Det fastslås likevel at man unntaksvis kan få situasjoner der pseudounderskrivers handlinger eller unnlater kan føre til avtalebinding.¹³⁵ Til støtte for dette utsagnet vises det til avtalerettslig litteratur, herunder Udsens avhandling om ansvarsspørsmål ved digitale signaturer.¹³⁶ Antakelig må det kreves en kvalifisert form for uaktsomhet, noe som i følge drøftelsen over også kan tenkes å gjelde dersom dette rettsgrunnlaget blir aktuelt i Norge.¹³⁷ Et minstekrav synes å være at pseudounderskriver kjenner til at NemID er havnet på andres hender, og at han har unnlatt å foreta nødvendige eller anbefalte skritt for å unngå videre tap, slik som å sperre brikken.

Hauge påpeker at det kan stilles spørsmål ved om Udsens forståelse av den øvrige danske litteraturen er korrekt.¹³⁸ Jeg går ikke inn i en drøftelse av dette spørsmålet. Hauges kritikk er fra 2009. Det er mulig det var et betimelig spørsmål den gang, men de tre høyesterettsavgjørelsene må nå anses å ha bekreftet det Udsen og betenkningen fremholder. Det synes derfor klart at dansk rett åpner for at uaktsomhet hos pseudounderskriver kan føre til at denne blir bundet av en avtale inngått ved en elektronisk signatur som er påført av en annen.

Spørsmålet er hvilken betydning dette får på det norske utgangspunktet, som er basert på juridisk litteratur. I og med at spørsmålet til dels må ansees uavklart i norsk rett, kan praksis fra

¹³² Jf. U.2019.1192 på s. 1197, U.2019.1197 på s. 1202.

¹³³ Jf. Betenkning om e-signatures retsvirkninger, nr. 1456 fra 2004.

¹³⁴ Jf. Betenkning 1456, 2004 s. 32.

¹³⁵ Jf. Betenkning 1456, 2004, s. 32.

¹³⁶ Jf. Betenkning 1456, 2004, s. 32, fotnote 87.

¹³⁷ Jf. Karstoft (2019) s. 340.

¹³⁸ Jf. Hauge (2009) s. 110.

den danske domstolen ha innvirkning.¹³⁹ Dette vil bero på hvordan den danske avtaleretten er overførbart til norsk avtalerett.¹⁴⁰

Den norske avtaleloven er et resultat av et fellesnordisk lovsamarbeid som foregikk på slutten av 1800- og begynnelsen av 1900-tallet.¹⁴¹ Selv om lovene i Danmark, Norge og Sverige er avvikende på noen punkter, gir de i hovedsak en lik regulering av sentrale avtalerettslige spørsmål.¹⁴² Ikke alle spørsmål er regulert i loven. For de ulovfestede tilfellene kan det derfor tenkes at det vil være større variasjon landene imellom. Imidlertid vil nok mange av de samme hensynene ligge til grunn for de ulovfestede som for de lovfestede spørsmålene, slik at løsningen i mange tilfeller vil bygge på de samme avveiningene og dermed gi et noenlunde likt resultat. Det gjør at man ofte kan se hen til dansk og svensk rettspraksis i avgjørelsen av avtalerettslige spørsmål der den norske retten er uklar.¹⁴³

Udsen fremholder at oppfattelsen i norsk og svensk rett er at uaktsomhet ikke kan medføre at pseudounderskriver kan bli bundet av en avtale der signaturen er falsk, men at dansk rett har en slik mulighet.¹⁴⁴ Også Aagaard poengterer at det synes å være en forskjell i hvordan spørsmålet er håndtert i Danmark kontra Sverige og Norge.¹⁴⁵ Det fremstår imidlertid som om hun mener at avtalebinding kan være en aktuell løsning i tilfeller der pseudounderskriver har opptrådt særlig klanderverdig, og at forskjellen til dansk rett består i at man i Danmark har en lavere terskel for å konstatere avtalerettslig binding på grunnlag av uaktsomhet. Spørsmålet er nok ikke helt avklart i Sverige heller. I eldre litteratur synes det å være enighet om at rettsstilstanden tilsier at pseudoavgiver kun kan bli erstatningsansvarlig og ikke avtalerettslig forpliktet.¹⁴⁶ Disse eldre verkene har imidlertid begge blitt publisert før man fikk muligheten for å signere elektronisk, slik at det kan tenkes at Aagaards betraktninger er mer i takt med tiden.

Den norske litteraturen synes som nevnt å være relativt omforent om at uaktsomhet hos pseudounderskriver ved falsk som hovedregel kun kan medføre erstatningsansvar. På bakgrunn av uttalelser hos Giertsen og Hov, samt Aagaard, kan det imidlertid tenkes at det er mulig også etter norsk rett dersom pseudounderskriver har handlet svært klanderverdig. De danske dommene er såpass snevert begrunnet at de har liten overføringsverdi i seg selv, men det kan tenkes at en domstol i Norge vil benytte dem som støtteargument for at den løsningen Hov og

¹³⁹ Jf. Woxholth (2017) s. 47.

¹⁴⁰ Jf. Giertsen (2021) s. 24

¹⁴¹ Jf. Andersen (2013) s. 53.

¹⁴² Jf. Arnholm (1964) s. 2.

¹⁴³ Jf. Woxholth (2017) s. 47.

¹⁴⁴ Jf. Udsen (2006) pkt. 4.3.3.

¹⁴⁵ Jf. Aagaard (2021) s. 239.

¹⁴⁶ Jf. Averstén (1998) s. 52, Hessler (1981) s. 90.

Giertsen åpner for skal bli resultatet i en konkret sak. Dersom Høyesterett gjør dette, vil man kunne få en endring av rettsstilstanden i Norge. Men slik rettskildebildet ser ut i dag, er en litt usikker konklusjon at det nok ikke mulig for pseudounderskriver å bli bundet til en avtale signert av en annen, på grunnlag av uaktsomhet.

4.5 Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver på grunn av manglende varsling?

I litteraturen er det diskutert hvorvidt pseudounderskriver har plikt til å varsle godtroende medkontrahent når avtalen er inngått ved falsk.¹⁴⁷ I forlengelsen av dette er det også et spørsmål hva som er virkningen av utelatt varsling for pseudounderskriver, dersom han har slik plikt: Blir han avtalerettslig bundet, eller kun erstatningsansvarlig?¹⁴⁸ Dette er spørsmålene som skal drøftes i det videre.

Hauge problematiserer hva som er grunnlaget for varslingsplikten. Som hun påpeker, vil plikten i noen tilfeller være kontraktsfestet.¹⁴⁹ Dette gjelder for avtaler inngått ved bruk av BankID, hvor avtalens pkt. 4.2. gir kunden en plikt til å underrette utsteder «snarest mulig» etter at hun får mistanke om eller blir kjent med «at BankID og/eller tilhørende passord og personlig kode er kommet bort eller at uvedkommende har fått kjennskap til passord/personlig kode».¹⁵⁰ Etter avtalen har pseudounderskriver altså plikt til å melde fra til utstederen av BankID, dersom hun blir kjent med eller mistenker at noen har signert med hennes elektroniske signatur.

Har pseudounderskriver også plikt til å melde fra til medkontrahent? Hov tar til orde for at det må finnes en slik plikt.¹⁵¹ Begrunnelsen for dette er at hensynet til pseudounderskrivers eventuelle motvilje mot å angi en falskner, når dette for eksempel er et familiemedlem, ikke kan få så stor vekt at det går utover godtroende tredjemanns berettigede forventninger.¹⁵² Her ser man at hensynet til omsetningslivet og det å kunne stole på ektheten av en avtale blir vektlagt. Dette må også være et sterkt argument når det gjelder elektronisk signatur, som i enda større grad enn en fysisk signatur kan brukes til å validere en persons identitet. Også Woxholth synes å legge til grunn at man har en plikt til å varsle medkontrahenten.¹⁵³

Både Hov og Woxholth viser til avgjørelsen Rt. 1918 s. 689. Saken gjaldt en forretningsmann som i over to år forholdt seg passiv, selv om han mottok varsler fra banken som viste at det var

¹⁴⁷ Jf. Hov (2007) s. 238.

¹⁴⁸ Jf. Hov (2007) s. 238.

¹⁴⁹ Jf. Hauge (2009) s. 303.

¹⁵⁰ Se Avtalevilkår for PersonBankID og AnsattBankID – PDS.

¹⁵¹ Jf. Hov (2007) s. 238.

¹⁵² Jf. Hov (2007) s. 238.

¹⁵³ Jf. Woxholth (2021) s. 309.

utstedt en rekke vekslers i hans navn. Førstvoterende bemerker at pseudounderskriver ikke varsler banken, men «fortsetter forholdet, som om alt var i orden».¹⁵⁴ Det legges vekt på at pseudounderskriver var en forretningsmann og at falskneriet hadde pågått over lengre tid. Dette kan tilsi at varslingsplikten ikke vil inntre i tilfeller der det kun er inngått én avtale, og at det har betydning om falskneriet skjer i pseudounderskrivers private eller profesjonelle sfære.

Det synes altså som om rettstilstanden i Norge er slik at pseudounderskriver har en plikt til å varsle medkontrahent. Det kan likevel hende at plikten først blir aktuell dersom det er falskneri som foregår over noe lengre tid eller der pseudounderskrivers forhold tilsier at han har en særlig oppfordring til å være oppmerksom på at slikt kan skje. På den annen side er dette standpunktet hentet fra en svært gammel avgjørelse. Det kan hevdes at samfunnet og retten har endret seg i såpass stor grad at synspunktet ikke lenger kan legges til grunn. Som Hauge påpeker, kan det til og med i noen tilfeller inntre en varslingsplikt overfor potensielle medkontrahenter hvis pseudounderskriver er kjent med at det er sannsynlighet for at misbruk kan ha skjedd – typisk ved tap av kort og kode. Dette må være et uttrykk for at varslingsplikten lettere vil inntre på områder hvor man er kjent med at falskneri kan skje.

Det vil imidlertid i mange tilfeller være problematisk å vite hvem man eventuelt skal varsle. BankID kan benyttes som både elektronisk signatur og autentisering på svært mange forskjellige tjenester og måter, og det kan neppe forventes at en pseudounderskriver skal helgardere seg og kontakte alle potensielle medkontrahenter. Det bør nok legges til grunn at pseudounderskrivers varslingsplikt først inntre når han har en mistanke, eventuelt når han har faktisk kunnskap om forholdet.

Både Woxholth og Hov mener at manglende varsling kun kan medføre et erstatningsansvar, og at det ikke vil føre til at pseudounderskriver blir bundet av avtalen.¹⁵⁵ Også Giertsen og Hauge mener at erstatning er utgangspunktet.¹⁵⁶ Hauge stiller imidlertid spørsmål ved riktigheten av at falsk behandles annerledes enn ugyldighetsgrunnene grov og mekanisk tvang, hvor manglende varsling fører til at pseudounderskriver blir bundet av avtalen.¹⁵⁷ Selv om dette synspunktet nok kunne diskuteres videre, må dagens rettstilstand anses fastslått fordi løsningen for grov og mekanisk tvang er hjemlet i lov og forarbeider, hvilket ikke er tilfellet for falsk.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Jf. Rt. 1918 s. 689, s. 690.

¹⁵⁵ Jf. Hov (2007 s. 238), Woxholth (2021) s. 309.

¹⁵⁶ Jf. Giertsen (2021) s. 222, Hauge (2009) s. 303.

¹⁵⁷ Jf. Hauge (2009) s. 303.

¹⁵⁸ Jf. Hauge (2009) s. 303.

I de tilfeller hvor pseudounderskriver har en plikt til å varsle, vil manglende varslingsplikt kun føre til erstatningsansvar der det foreligger årsakssammenheng mellom den manglende varslingsplikt og medkontrahtentens økonomiske tap.¹⁵⁹ Det vil si at dersom en falsk elektronisk signatur brukes til å inngå én avtale, og pseudounderskriver ikke oppdager dette før etter at medkontrahtenten har ytt sin del og dermed fått sitt økonomiske tap, vil varslingsplikten være uten reell betydning.

Oppsummert synes det altså å kunne oppstilles en plikt for pseudounderskriver til å varsle medkontrahtenten, når han blir klar over eller får en mistanke om misbruket. Manglende reklamasjon kan likevel ikke føre til at pseudounderskriver blir bundet til avtalen. Pseudounderskriver blir kun erstatningsansvarlig, og kun dersom det er adekvat årsakssammenheng mellom den manglende varslingsplikt og det økonomiske tapet.

4.6 Kan en avtale inngått ved elektronisk signatur bli bindende for pseudounderskriver på grunn av etterfølgende godkjenning?

Ovenfor (4.2) har jeg drøftet hvorvidt en avtale inngått ved falsk elektronisk signatur kan bli bindende for pseudounderskriver på grunn av samtykke til signeringen. Dette er en godkjenning som kommer før disposisjonen. I dette delkapittelet vil jeg behandle spørsmålet om pseudounderskriver kan bli bundet av en avtale som er ugyldig på grunn av falsk, dersom han i ettertid godkjenner disposisjonen. Et annet ord for dette er ratihabisjon.¹⁶⁰

Det har vært diskutert i litteraturen hvorvidt pseudounderskriver ensidig har mulighet til å godkjenne en falsk avtale. Hauge drøfter spørsmålet under forutsetning av at manglende reklamasjon hos pseudounderskriver ikke kan føre til avtalerettslig binding, slik også konklusjonen er i denne avhandlingen.¹⁶¹ På den ene siden vil medkontrahtenten ha behov for å få avklart forholdet, slik at pseudounderskriver ikke ensidig bør kunne godkjenne disposisjonen.¹⁶² Medkontrahtenten bør da kunne fragå avtalen under henvisning til at den er falsk, uten at pseudounderskriver på egenhånd kan bestemme at avtalen likevel skal være bindende for begge parter. På den annen side har medkontrahtenten inngått en avtale i god tro og bør ha innrettet seg etter denne, slik at han ikke bør ha mulighet til å gå fra avtalen under henvisning til at den er inngått ved falsk.¹⁶³ I mange tilfeller vil jo også gjensidig binding til avtalen være et gode for medkontrahtenten. Det kan tilsa at pseudounderskriver bør ha en slik mulighet til å godkjenne avtalen.

¹⁵⁹ Jf. Woxholth (2021) s. 310.

¹⁶⁰ Jf. Hov (2009) s. 441

¹⁶¹ Jf. Hauge (2009) s. 323.

¹⁶² Jf. Hauge (2009) s. 323.

¹⁶³ Jf. Hauge (2009) s. 323.

Woxholth og Hov synes begge å legge sistnevnte løsning til grunn.¹⁶⁴ Arnholm er noe mer reservert.¹⁶⁵ For svensk retts del legger Hessler også uforbeholdent til grunn at pseudounderskriver har rett til å ratihabere avtalen.¹⁶⁶ På bakgrunn av at det er mer eller mindre konsensusen i teorien, må rettstilstanden i norsk rett i dag sies å være at pseudounderskriver har mulighet til å ensidig godkjenne en avtale inngått ved falsk elektronisk signatur. Vedkommende kan altså bli avtalerettslig forpliktet av avtalen, dersom den godkjennes i etterkant.

5 Om forholdet mellom avtalebinding og nye regler om ansvarsbegrensning ved falske digitale signaturer i finansavtaleloven

5.1 Overordnet om forholdet mellom avtalebinding og nye regler i finansavtaleloven om ansvarsbegrensning ved misbruk

Som nevnt i avhandlingens innledning, forekommer det mange tilfeller av digitalt identitetstyveri der en person utgir seg for å være en annen. Situasjonen jeg har drøftet fremstår særlig aktuell for avtaler om finansielle tjenester, der identitetstyveriet skjer med det mål for øyet å bruke dennes identitet til å ta opp lån.¹⁶⁷ Gjeldende finansavtalelov (heretter finansavtaleloven 1999)¹⁶⁸ regulerer kun ansvar etter uautoriserte betalingstransaksjoner, slik som kortbelastninger og kontooverføringer.¹⁶⁹ Pseudounderskrivers ansvar for avtaler om finansielle tjenester er ulovfestet, og må i dag avgjøres etter alminnelige kontrakts- og erstatningsrettslige regler.¹⁷⁰ Det betyr at rettighetshaver blir bundet til kontrakten så langt dette følger av alminnelige regler om avtalebinding, som jeg har gjort rede for i foregående punkter. I tillegg gjelder den alminnelige culpanormen, slik at pseudounderskriver blir ansvarlig for hele det økonomiske tapet dersom han har opptrådt uaktsomt.¹⁷¹

I 2020 ble det vedtatt en ny finansavtalelov (heretter finansavtaleloven 2020), som ennå ikke er trådt i kraft. En av de store endringene er at loven regulerer rettighetshavers ansvar ved misbruk

¹⁶⁴ Jf. Hov og Høgberg s. 442, Woxholth (2021) s. 309.

¹⁶⁵ Jf. Arnholm (1964) s. 351.

¹⁶⁶ Jf. Hessler (1981) s. 69.

¹⁶⁷ Et lån er en avtale om finansielle tjenester, og er regulert av finansavtaleloven 2020. Se finansavtaleloven 2020 § 1-3 (2) jf. § 1-7 (1).

¹⁶⁸ Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

¹⁶⁹ Jf. finansavtaleloven 1999 § 35. Se også HR-2020-2021 avs. 36, hvor det uttales at det ikke finnes lovregulering av spørsmålet.

¹⁷⁰ Jf. HR-2020-2021 avs. 36.

¹⁷¹ Jf. HR-2020-2021 avs. 51.

av elektronisk signatur til å inngå avtale om finansielle tjenester.¹⁷² Med den nye loven innføres en spesialregulering av ansvarsspørsmålet for misbruk av elektronisk signatur til inngåelse av avtaler om finansielle tjenester, se §§ 3-16 til 3-21. Det følger av § 3-20 (1) at «[e]rstatningsansvar som tjenesteyteren kan gjøre gjeldende mot rettighetshaveren i samsvar med ellers gjeldende rettsregler for misbruk av elektroniske signaturfremstillingsdata, kan ikke overstige de egenandeler som følger av annet til femte ledd». Pseudounderskriver svarer med inntil kr. 450 dersom han kunne oppdaget misbruket på forhånd eller han har opptrådt svikaktig.¹⁷³ Har pseudounderskriver handlet grovt uaktsomt, svarer han med inntil kr. 12.000.¹⁷⁴ Dersom pseudounderskriver forsettlig har misligholdt sine plikter etter finansavtaleloven § 3-19¹⁷⁵, kan han holdes ansvarlig for det fulle beløpet han er ansvarlig for etter «ellers gjeldende rettsregler».¹⁷⁶

Etter ordlyden er det klart at de nye reglene begrenser pseudounderskrivers *erstatningsansvar* etter den alminnelige culperegelen. Spørsmålet er imidlertid om reglene også får betydning for hvorvidt en avtale om finansielle tjenester er bindende etter alminnelige avtalerettslige regler eller omfanget av forpliktelsene hvis en slik avtale er bindende.

Det klare utgangspunktet, slik det fremgår i forarbeidene, er at en disposisjon ikke er avtalerettslig bindende for den som er utsatt for et identitetstyveri.¹⁷⁷ Dette samsvarer godt med det avtalerettslige utgangspunktet om at en avtale er ugyldig og derfor ikke er bindende dersom den er inngått ved at noen andre har påført pseudounderskrivers elektroniske signatur, slik jeg viste i kapittel 3. Hovedregelen er også at finansinstitusjonen er ansvarlig for tapet, med mindre det helt eller delvis kan flyttes til pseudounderskriver etter reglene i finansavtaleloven 2020 § 3-20.

I kapittel 4 har jeg vurdert fem mulige grunnlag for avtalebinding når signaturen er påført av en annen. Jeg fant at pseudounderskriver kan bli bundet dersom han har samtykket til signeringen og dersom han gir en etterfølgende godkjennelse. Selv om jeg fant at hverken uaktsomhet, frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata eller manglende varsling kunne medføre avtalebinding, er disse konklusjonene usikre. Det gjør at det er aktuelt å vurdere forholdet mellom alminnelig avtalerett og finansavtalelovens regler for alle disse tilfellene. Påvirker

¹⁷² Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20.

¹⁷³ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20 (2).

¹⁷⁴ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20 (3).

¹⁷⁵ Pliktene innebærer å bruke signaturfremstillingsdataene i samsvar med vilkårene for utstedelse og bruk, og å ta alle rimelige forholdsregler for å beskytte signaturfremstillingsdataene, jf. finansavtaleloven 2020 § 3-19 (1).

¹⁷⁶ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20 (4).

¹⁷⁷ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020), s. 83.

finansavtalelovens regulering spørsmålet om avtalebinding for avtaler om finansielle tjenester? Dersom det er slik at uaktsomhet, frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata eller manglende varsling kan føre til avtalebinding, kan pseudounderskriveren likevel påberope seg reglene i ny finansavtalelov for begrensning av de avtalerettslige forpliktelsene han i så fall har pådratt seg? Det er disse spørsmålene som skal drøftes i det følgende. Dette spørsmålet er av stor betydning, fordi en avtalerettslig forpliktelse i utgangspunktet gjør at pseudounderskriver må oppfylle avtalen og altså blir ansvarlig for det fulle beløpet. Kan han påberope seg ansvarsbegrensningene, vil ansvaret bli redusert.

I det følgende vil jeg først undersøke for hvilke situasjoner lovgiver har ment at finansavtaleloven 2020 § 3-20 skal komme til anvendelse (punkt 5.2). Det sentrale blir å kartlegge om tilfeller av uaktsom eller frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata ligger innenfor begrepet «misbruk av elektronisk signatur», jf. § 3-16.¹⁷⁸ Det kan være at noen tilfeller både kan føre til avtalerettslig binding og samtidig falle innenfor virkeområdet til finansavtaleloven 2020 § 3-20. Spørsmålet blir da om pseudounderskriver kan påberope seg ansvarsbegrensningene i § 3-20 for å begrense det *avtalerettslige* ansvaret for oppfyllelse av kontrakten, eller om disse reglene kun kan brukes til å redusere et eventuelt *erstatningsansvar* (punkt 5.3).

5.2 Når kommer finansavtaleloven § 3-20 til anvendelse?

Finansavtaleloven 2020 § 3-20 gjelder «[a]nsvaret for tap ved misbruk av elektronisk signatur».¹⁷⁹ Bestemmelsen angir at rettighetshavers erstatningsansvar må begrenses til å ligge innenfor de positivt angitte beløpsbegrensningene i bestemmelsens øvrige ledd.¹⁸⁰ Det sentrale vilkåret i bestemmelsen er at den kommer til anvendelse når det foreligger «misbruk av elektroniske signaturfremstillingsdata».¹⁸¹ Begrepet «misbruk» er legaldefinert i finansavtaleloven 2020 § 3-16 om «[d]efinisjoner og virkeområde». Misbruk foreligger ved «tap, tyveri eller uberettiget tilegnelse av elektroniske signaturfremstillingsdata», se § 3-16 (1) bokstav d.¹⁸²

Ordlyden «tap, tyveri eller uberettiget tilegnelse» tilsier at lovgiver har ment å dekke tre typetilfeller som i alle fall kan karakteriseres som misbruk. «Tap» kan forstås som tilfellet der pseudounderskriver har mistet de elektroniske signaturfremstillingsdataene, eller de på annen måte er kommet på avveie. En naturlig forståelse er der pseudounderskriver har forlagt BankID-

¹⁷⁸ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20.

¹⁷⁹ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20.

¹⁸⁰ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20 (1).

¹⁸¹ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20 (1).

¹⁸² Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-16 (1) b.

brikken, eller der han blir klar over at noen er blitt kjent med det personlige passordet. «Tap» er et ord som ikke refererer spesifikt til en handling foretatt av den ene eller den andre part. Tvert imot er det naturlig å forstå «tap» som et ord som kun beskriver det forhold at noe er borte, uten å si noe om hvem som har forårsaket det.

En naturlig språklig forståelse av «tyveri» er at det tilsvarer den strafferettslige definisjonen: at noen «tar en gjenstand som tilhører en annen, med forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning ved å selge, forbruke eller på annen måte tilegne seg den».¹⁸³ Det kan antakelig ikke oppstilles et krav om at tredjeperson faktisk kan dømmes for tyveri, men definisjonen gir anvisning på de viktigste momentene som må foreligge for at det skal være snakk om et tyveri. Det vil si at tredjeperson tar en ting som tilhører pseudounderskriver – signaturfremstillingsdata – med det mål for øye å bruke den til å oppnå egen vinning. I motsetning til «tap» vil tyveri naturlig dreie seg om de tilfellene der tredjeperson aktivt har gått frem for å skaffe seg tilgang til signaturfremstillingsdataene, for eksempel ved å ta pseudounderskrivers BankID-brikke eller en lapp der han har skrevet ned det personlige passordet.

En alminnelig språklig forståelse av «tilegnelse» er at en tar noe i sin besittelse eller gjør noe til sitt. Ordlyden peker i likhet med «tyveri» på en aktiv handling fra tredjeperson. «Uberettiget» vil si at den som tilegner seg tingen, ikke hadde rett til det. En «uberettiget tilegnelse» foreligger altså når en annen enn pseudounderskriver tar signaturfremstillingsdata i sin besittelse uten å ha rett til det. I motsetning til «tyveri» er det ikke naturlig å innfortolke et krav om vinnings hensikt, slik at det også kan foreligge en «uberettiget tilegnelse» dersom tredjeperson for eksempel ved en feil tar med seg pseudounderskrivers jakke hvor BankID-brikken ligger i lomma.

Ordlyden gir etter dette anvisning på at misbruk kan foreligge både i tilfeller der det er uklart hvordan signaturfremstillingsdataene er kommet på avveie, i tilfeller der pseudounderskriver selv er å klandre for at andre har fått tilgang til dataene, og i tilfeller der misbruket fullt og helt skyldes tredjepersons opptreden.

I bestemmelsens forarbeider uttales det at «med «misbruk» av elektroniske signaturfremstillingsdata siktes det til tap, tyveri og uberettiget bruk eller tilegnelse av elektroniske signaturfremstillingsdata som brukes til å fremstille kvalifisert elektronisk signatur».¹⁸⁴ Dette gir liten veiledning utover den ordlydsfortolkningen som allerede er foretatt.

¹⁸³ Jf. lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 321.

¹⁸⁴ Jf. prop. 92 LS (2019-2020) s. 182.

Forarbeidene kan imidlertid bidra til å kaste lys over hvilke tilfeller lovgiver har ment at skulle være omfattet, ved å analysere de eksempler som gis.

Justiskomiteén gikk på noen punkter bort fra justisdepartementets lovforslag. Komiteéns mindretall, som fikk flertall i Stortinget, har i sin innstilling inntatt noen eksempler på tilfeller der de mener at forsettsansvar blir for strengt, slik at det kun skal være grov uaktsomhet. Lovforslaget innebærer en egenandel på 12.000 kroner dersom pseudounderskriver har opptrådt grovt uaktsomt, og fullt ansvar for pseudounderskriver ved forsettlig pliktbrudd, se § 3-20.

Justiskomiteen peker på at «eldre personer og personer som ikke kan språket godt, og som har behov for hjelp av andre til å betale regninger, også [vil] være dekket av egenandelen på 12 000 kroner istedenfor å måtte være ansvarlig for hele tapet som en eventuell svindel forårsaker».¹⁸⁵ Selv om diskusjonen egentlig gjelder hva som er innholdet av forsettskravet, kan utvelgelsen av eksemplene også tjene til å vise hva lovgiver har ment at skal falle innenfor bestemmelsens virkeområde. Begge disse tilfellene må være ment å omfatte det at en person fysisk får hjelp til å bruke innretningen, for eksempel ved at et barnebarn gjør det for en besteforelder. Dette er også tilfeller hvor pseudounderskriver selv er den som utstyrer tredjeperson med signaturfremstillingsdataene. Det kan tilsi at pseudounderskriver etter lovgivers synspunkt i disse tilfellene skal kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i finansavtaleloven 2020, fordi det er ment at den vurderingen som skal foretas er om det foreligger et forsettlig pliktbrudd.

Begge disse tilfellene gjelder særlig sårbare grupper av forbrukere, som trenger hjelp til å benytte den tekniske løsningen. Det kan tenkes at eksemplene er tatt inn i komitéinnstillingen for å gi uttrykk for at det må gjøres en vurdering hvor det også ses hen til pseudoavgivers konkrete situasjon. Her kan det være tilfellet at de konkrete brukergruppene vanligvis ville ha oppsøkt en bankfilial for å betale regninger og inngå låneavtaler. Når dette tilbudet er sterkt redusert, kan innstillingen også forstås slik at det er rimelig at finansinstitusjonen selv bærer en del av risikoen for at ikke alle kunder mestrer den digitale omstillingen. Det er derfor ikke nødvendigvis et uttrykk for at deling av opplysninger ikke kan være ansett for å falle utenfor definisjonen av «misbruk», men det sier noe om at det må gjøres en bredere vurdering.

Til sist kan det ses hen til reglene om ikke-godkjente betalingstransaksjoner i finansavtaleloven 2020 § 4-30. I forarbeidene er det lagt til grunn at bestemmelsen i § 3-20 bygger på denne, slik at det er relevant å undersøke hva som gjelder her.¹⁸⁶ Begrepet «ikke-godkjent betalingstransaksjon» er definert i finansavtaleloven 2020 § 4-2 (1): «En betalingstransaksjon anses som godkjent bare dersom betaleren har gitt sitt samtykke til at betalingstransaksjonen

¹⁸⁵ Jf. Innst. 104 L (2020-2021) s. 22.

¹⁸⁶ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 183.

gjennomføres».¹⁸⁷ Her gis det anvisning på at det kun er de transaksjonene rettighetshaver positivt har samtykket til, som anses som godkjente. Det tilsier at det samme bør gjelde for vurderingen av når en elektronisk signatur er misbrukt, slik at begrepet «misbruk» omfatter alle tilfeller der pseudounderskriver hverken selv har påført signaturen eller samtykket til at noen andre påfører signaturen på hans vegne.

Etter dette kan det se ut til at både Stortingsproposisjonen og Komitéinnstillingen legger opp til en ganske vid forståelse av «misbruk», selv om ordlyden kan forstås noe snevrere. Oppsummert kan det sies at det foreligger «misbruk av elektronisk signatur» når de elektroniske signaturfremstillingsdataene uberettiget er brukt av en annen enn pseudounderskriver.

5.3 I hvilke tilfeller kan pseudounderskriver påberope seg ansvarsbegrensningene i finansavtaleloven § 3-20 når signaturen er påført av en annen?

Jeg vil nå gå over til å vurdere hvorvidt pseudounderskriver kan påberope seg ansvarsbegrensningene når signaturen er påført av tredjeperson, i tilfellene som ble behandlet i kapittel 4.

Det følger av § 3-20 (1) at «[e]rstatningsansvar som tjenesteyteren kan gjøre gjeldende mot rettighetshaveren i samsvar med ellers gjeldende rettsregler for misbruk av elektroniske signaturfremstillingsdata, kan ikke overstige de egenandeler som følger av annet til femte ledd».¹⁸⁸ I Innst. 100 L, justiskomiteéns innstilling til Stortinget for vedtakelsen av finansavtaleloven 2020, er det presisert at

«det ikke er hele tapet, men bare det tapet tjenesteyteren kan kreve erstattet etter alminnelige regler, som utgjør maksgrensen for rettighetshaverens egenandelsansvar. Det innebærer blant annet at ansvaret kan lempes eller settes ned som følge av alminnelige regler om lemping eller skadelidtes medvirkning.»¹⁸⁹

Det vil si at pseudounderskriver kun kan holdes ansvarlig for det beløpet som gjenstår etter at ansvaret er lempet, dersom lemping er aktuelt.

Et spørsmål er hva som menes med «ellers gjeldende rettsregler». I proposisjonen står det om dette at

¹⁸⁷ Jf. Finansavtaleloven 2020 § 4-30 (1) jf. § 4-2 (1).

¹⁸⁸ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20 (1).

¹⁸⁹ Jf. Innst. 104 L (2020-2021) s. 21.

«Det vil i praksis si regler om erstatningsansvar utenfor kontrakt, eller i kontrakt om det forut for misbruket eksisterer en avtale mellom rettighetshaveren og tjenesteyteren som regulerer kundens plikter for oppbevaring og håndtering av signaturløsningen. Som et utgangspunkt vil disposisjonen være ugyldig, slik at spørsmålet om avtalebinding vil bero på om rettighetshaveren har opptrådt klanderverdig». ¹⁹⁰

Her synes det som om departementet har ment at ansvar etter «ellers gjeldende rettsregler» skal være erstatningsansvar i eller utenfor kontrakt. Henvisningen til «avtalebinding» gjør likevel at denne forståelsen er noe usikker: Menes det her at det også gjelder spørsmål om en avtale er bindende? Er det slik at bestemmelsen kommer til anvendelse selv om avtalen ikke er ugyldig? Eller er det en skrivefeil, slik at det egentlig skulle stå for eksempel «spørsmålet om ansvar»? Uavhengig av denne diskusjonen kan det imidlertid spørres om bestemmelsen uansett må få innvirkning på spørsmålet om pseudounderskrivers ansvar, enten det er direkte omfattet av bestemmelsen eller ei.

Det kan være at noen tilfeller både kan føre til avtalerettslig binding og samtidig falle innenfor virkeområdet til finansavtaleloven 2020 § 3-20. I kapittel 4 konkluderte jeg med at hverken frivillig overlevering av signaturfremstillingsdata eller uaktsomhet i seg selv kan føre til avtalebinding. Konklusjonene er imidlertid usikre, slik at det er et aktuelt spørsmål å belyse særlig for disse tilfellene. Tilfellene har store likhetstrekk med de situasjonene som ble nevnt i komitéinnstillingen, og som da ble behandlet som spørsmål om skyldgrad i forbindelse med erstatningsansvarets omfang. ¹⁹¹ Vil det samme faktumet både kunne føre til fullt ansvar etter alminnelig avtalerett, og begrenset ansvar etter finansavtalelovens erstatningsregel? Hvilken løsning skal man da velge? Lovgiver har i forarbeidene uttalt at det er «et klart behov for en bedre beskyttelse av enkeltpersoner enn det som følger av dagens regler». ¹⁹² Lovgiver bygger dessuten på utgangspunktet, slik det fremgår i forarbeidene, om at en disposisjon ikke er avtalerettslig bindende for den som er utsatt for et identitetstyveri. ¹⁹³

Det må forstås slik at lovgivers intensjon er at en person som ikke selv har inngått en avtale om finansielle tjenester, ikke skal bli ansvarlig for mer enn de fastsatte grensene i loven. Det vil da være en omgåelse av lovgiverviljen dersom medkontrahenten kan holde pseudounderskriver fullt ut ansvarlig på avtalerettslig grunnlag, når det er ment at det samme tilfellet ikke skal føre til fullt ansvar etter loven. Derfor bør pseudounderskrivers ansvar begrenses i tråd med reguleringen i finansavtaleloven § 3-20, uavhengig av om medkontrahenten kunne holdt

¹⁹⁰ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 358.

¹⁹¹ Jf. Innst. 104 L (2020-2021) s. 22.

¹⁹² Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 183.

¹⁹³ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 183.

vedkommende ansvarlig for det fulle beløpet på avtalerettslig grunnlag. Dette skal forklares noe nærmere i fortsettelsen, med utgangspunkt i de situasjonene jeg har gjennomgått i kapittel 4.

Det første tilfellet, som drøftet i kapittel 4.2, er der pseudounderskriver har gitt samtykke til at disposisjonen skal foretas. Jeg fant at pseudounderskriver kan bli avtalerettslig forpliktet på dette grunnlaget. Drøftelsen over viser at ansvarsbegrensningene kommer til anvendelse når det foreligger *uberettiget* bruk. Dersom pseudounderskriver har samtykket til disposisjonen, er det lite naturlig å anse bruken som uberettiget, og det foreligger da ikke misbruk av den elektroniske signaturen. Pseudounderskriver bør altså ikke kunne påberope seg ansvarsbegrensningene når signaturen er påført av en annen med pseudounderskrivers samtykke.

I kapittel 4.3 drøftet jeg hvorvidt pseudounderskriver kan bli bundet til avtalen på grunnlag av uaktsomhet. Jeg fant at det ikke var mulig, men at denne konklusjonen er usikker og kan nok endre seg dersom retten utvikler seg slik den har gjort i Danmark. I dette avsnittet drøfter jeg under forutsetning av at uaktsomhet kan føre til avtalebinding, slik at det oppstår spørsmål om pseudounderskriver skal svare fullt ut eller om han kan påberope seg ansvarsbegrensningene. Her har lovgiver gitt en klar regulering i finansavtaleloven 2020, ved at pseudounderskriver ved simpel uaktsomhet kun er ansvarlig for kr. 450, og ved grov uaktsomhet svarer for kr. 12.000.¹⁹⁴ Som nevnt kan ikke lovgiverviljen omgås ved å holde pseudounderskriver ansvarlig på et avtalerettslig grunnlag. Det ville medføre en uthuling av det forbrukervernet loven gir.¹⁹⁵ Dersom uaktsomhet kan medføre avtalebinding, må pseudounderskriver altså kunne påberope seg ansvarsbegrensningene i finansavtaleloven 2020 § 3-20.

Neste tilfelle er der pseudounderskriver frivillig har overlevert signaturfremstillingsdataene til tredjeperson, men ikke har gitt beskjed om at den konkrete disposisjonen skal foretas. Av drøftelsen i kapittel 4.4 fant jeg at dette ikke kan binde pseudounderskriver fordi det ikke utgjør en fullmakt, og fordi det ikke gjelder en generell regel om identifikasjon.¹⁹⁶ Artikkelen resonnementet om identifikasjon bygger på, gjelder riktignok pseudounderskrivers ansvar for uautoriserte betalingstransaksjoner etter finansavtaleloven 2020 § 4-30.¹⁹⁷ I forarbeidene er det lagt til grunn at § 3-20 skal bygge på denne.¹⁹⁸ Både § 3-20 og § 4-30 gjelder elektroniske signaturfremstillingsdata slik som BankID, og det er altså den samme risikoen for misbruk som gjør seg gjeldende i begge tilfeller. Det kan endatil argumenteres for at risikoen for økonomisk

¹⁹⁴ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-20 (2) og (3).

¹⁹⁵ Jf. finansavtaleloven 2020 § 1-9.

¹⁹⁶ Jf. Kjørven (2021) pkt. 10.

¹⁹⁷ Jf. Kjørven (2021) pkt. 10.

¹⁹⁸ Jf. Prop. 92 LS (2019-2020) s. 183.

tap er større i § 3-20-tilfellene, fordi tapet ved uautoriserte betalingstransaksjoner¹⁹⁹ naturlig avgrenses til det beløp pseudounderskriver har på den aktuelle kontoen. I de fleste tilfeller vil dette være mindre enn beløpet man kan bli ansvarlig for dersom det tas opp et lån. De samme hensynene gjelder altså her, og det er muligens enda større grunn til å beskytte pseudounderskriver.

Et annet poeng er at lovgiver har forutsatt at frivillig overlevering kan utgjøre grovt uaktsomt eller forsettlig pliktbrudd etter finansavtaleloven 2020 § 3-20 (4).²⁰⁰ Dette fremgår av drøftelsen i kapittel 5.2. Lovgiver har her gitt en klar indikasjon på at denne typen tilfeller er omfattet av lovreguleringen. Det må derfor legges til grunn at pseudounderskriver kan påberope seg ansvarsbegrensningene selv om signaturfremstillingsdataene er frivillig overlevert til tredjeperson.

Vurderingen blir noe annerledes for spørsmålet om manglende varsling og etterfølgende godkjenning. Her er utgangspunktet at avtalen er ugyldig, slik at spørsmålet blir 1) om det er mulig å likevel bli bundet, og 2) om ansvarsbegrensningene da kan påberopes.

Som nevnt i kapittel 4 er det noe uenighet om hvorvidt manglende varsling etter falsk kan medføre avtalebinding, eller om en kun blir erstatningsansvarlig. Det er også et spørsmål om det i det hele tatt kan oppstilles en plikt til å varsle, og i så fall overfor hvem den gjelder. I finansavtaleloven 2020 § 3-19 er det gitt regler om pseudounderskrivers varslingsplikt. Bestemmelsen lyder:

«Rettighetshaveren taper sin rett til ansvarsbegrensning etter § 3-20 dersom rettighetshaveren ikke varsler om misbruk av elektroniske signaturfremstillingsdata uten ugrunnet opphold etter å ha fått kjennskap til misbruket. Det samme gjelder dersom rettighetshaveren ikke har varslet om misbruk senest 13 måneder etter at rettighetshaveren måtte forstå at et misbruk har funnet sted. Retten til ansvarsbegrensning tapes likevel først 13 måneder etter at rettighetshaveren ble kjent med misbruket, dersom tjenesteyteren har unnlatt å gi rettighetshaveren transaksjonsopplysninger eller annen relevant informasjon hvor transaksjon eller avtale som misbruket har ledet til, fremgår, og som etter loven her skal gis til tjenesteyterens kunder»²⁰¹

En alminnelig språklig forståelse av bestemmelsen er at pseudounderskriver har to varslingsfrister å forholde seg til: Én relativ frist «uten ugrunnet opphold» etter at han har

¹⁹⁹ Jf. finansavtaleloven 2020 § 4-30.

²⁰⁰ Jf. Innst. 104 L (2020-2021) s. 22.

²⁰¹ Jf. finansavtaleloven 2020 § 3-19 tredje ledd.

faktisk kunnskap om at signaturfremstillingsdataene er misbrukt, og én absolutt frist på 13 måneder etter at han «måtte forstå» at det hadde skjedd misbruk. Den siste fristen kan gis et senere utgangspunkt, ved faktisk kunnskap om misbruket, dersom tjenesteyter har misligholdt sine opplysningsplikter etter loven.

Her er det altså innført en spesiell regulering av plikten, slik at det ikke er et tvilsomt spørsmål om pseudounderskriver har plikt til å varsle. Det er også innført en regulering av konsekvensen av unnlatt varsling. Etter lovens ordlyd blir ikke pseudounderskriver bundet til avtalen, og taper ikke muligheten til å fremme innsigelser mot avtalen, men han mister retten til ansvarsbegrensning. Det vil si at pseudounderskriver kan holdes erstatningsansvarlig ved unnlatt varsling. Til forskjell fra den alminnelige avtaleretten er det ikke et vilkår at det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom finansinstitusjonens tap og den manglende varslingen. Det gjør at reguleringen kan sies å være strengere for avtaler om finansielle tjenester enn for andre typer avtaler.

Selv om pseudounderskriver mister muligheten til å gjøre ansvarsbegrensningene gjeldende, kan det være at han likevel ikke skal svare erstatning tilsvarende medkontrahentens fulle tap. Som nevnt er det beløpet ferdig lempet som er gjenstand for erstatning etter finansavtaleloven 2020 § 3-20. Pseudounderskriver vil altså miste muligheten til å påberope seg ansvarsbegrensningene ved unnlatt varsling, men erstatningskravet vil kunne bli lavere enn hva som ville blitt resultatet dersom pseudounderskriver ble bundet til avtalen.

I kapittel 4.5 drøftet jeg hvorvidt pseudoavgiver har mulighet til å gi en etterfølgende godkjennelse av disposisjonen ved falsk, noe som har vært litt omdiskutert i teorien. Selv om det fremstår noe uavklart, trekker rettskildene totalt sett i retning av at pseudoavgiver har mulighet til å gi en etterfølgende godkjennelse med den konsekvens at avtalen blir bindende. Spørsmålet er om det samme resultatet kan legges til grunn for avtaler om finansielle tjenester.

Dersom et annet resultat skulle være løsningen her, måtte det være fordi det er særlige hensyn til medkontrahenten som gjør at det avtalerettslige utgangspunktet ikke kan legges til grunn. Finansavtaleloven er ufravikelig til ugunst for forbrukere,²⁰² men legger ikke de samme føringene for hvordan en avtale rammer tjenesteyter, som jo ikke har status som forbruker.²⁰³ Loven oppstiller altså ikke noen skranke når det gjelder anvendelsen av alminnelig avtalerett overfor den profesjonelle part. Forbrukerhensynet gjør seg heller ikke gjeldende overfor pseudounderskriver i dette henseendet. Pseudounderskriver må selv kunne velge om han ønsker

²⁰² Jf. finansavtaleloven 2020 § 1-9.

²⁰³ Jf. finansavtaleloven 2020 § 1-4 (1) og (3).

å fastholde en avtale som egentlig er ugyldig, så lenge han har mulighet til å holde seg til utgangspunktet om at avtalen er ugyldig.

Det kan bemerkes at det nok er en lite praktisk problemstilling. Ved misbruk av elektronisk signatur til inngåelse av avtale om finansielle tjenester vil pseudounderskriver sjelden se noe til pengene, slik at det vanskelig kan tenkes at han ville ønske å være bundet til avtalen. Det kan imidlertid være tilfeller der for eksempel et boliglån er tatt opp av én partner i begge navn, uten den andres kunnskap. Hvis den uvitende partneren da ikke har mulighet til å ratihabere den ugyldige delen av avtalen, vil konsekvensen kunne være at boligen må selges. Det kan føre til urimelige resultater, og taler for at det bør være mulig for pseudounderskriver å godkjenne avtaler som ikke er bindende fordi de rammes av ugyldighetsgrunnen falsk. I slike tilfeller kan man også tenke seg at andre hensyn kan gjøres gjeldende, slik som hensynet til barnets beste dersom det er tale om en familie.

Hvis pseudounderskriver gir en etterfølgende godkjenning slik at avtalen blir gyldig, er det lite naturlig å la ansvarsbegrensningene komme til anvendelse. Når avtalen i utgangspunktet er ugyldig, har pseudounderskriver mulighet til å påberope seg ansvarsbegrensningene. Om han da velger å la avtalen bli gyldig og bindende, er det rimelig å legge til grunn at avtalen da vil være bindende fullt ut og at ansvarsbegrensningene ikke kan påberopes.

5.4 Oppsummering

Som den forutgående drøftelsen viser, bør det være mulig for pseudounderskriver å påberope seg ansvarsbegrensningene i finansavtaleloven 2020 selv om han etter en vurdering av det samme faktum kan holdes avtalerettslig forpliktet til avtalen. Lovgivers uttalte mål om forbrukervern bør ikke kunne uthules ved at det anvendes et avtalerettslig grunnlag, når det samme faktum ville gi et begrenset ansvar dersom pseudounderskriver blir holdt ansvarlig på erstatningsrettslig grunnlag. Dette gjelder imidlertid ikke i de tilfellene der pseudounderskriver før eller etter avtaleinngåelsen har gitt sin godkjenning til at avtalen om finansielle tjenester kunne inngås. I disse tilfellene bør pseudounderskriver være fullt ut ansvarlig, fordi avtaleinngåelsen da er i samsvar med pseudounderskrivers disposisjonsvilje.

6 Avsluttende bemerkninger

Utgangspunktet for denne avhandlingen var å undersøke i hvilke tilfeller en innehaver av elektronisk signatur kan bli bundet til en avtale, når signaturen er påført av en annen enn pseudounderskriver selv. Det var også et formål å undersøke hva som vil være forholdet mellom den alminnelige avtaleretten og avtaler som reguleres av finansavtaleloven 2020

Jeg har vist at avtaleretten er lik enten signaturen er fysisk eller elektronisk, og at det har ført til ny aktualitet for den tidligere lite brukte ugyldighetsgrunnen falsk. Den klare hovedregelen er fortsatt at en avtale ikke er bindende når signaturen er påført av en annen enn pseudounderskriver selv, men som jeg har vist, kan det tenkes unntak. Her ser man at jussen må forstås i lys av digitaliseringen og samfunnsutviklingen. Et viktig funn var at den danske rettstilstanden synes å ha avveket noe fra den norske og svenske når det gjelder muligheten for å bli bundet til en avtale på grunnlag av uaktsomhet. Kanskje vil oppmerksomhet rundt temaet medføre at man ikke får denne utviklingen i norsk rett.

Dersom det likevel skulle bli tilfellet, har jeg vist at pseudounderskriver vil være beskyttet av det forbrukervernet som finansavtaleloven 2020 innfører, dersom det er tale om en avtale om finansielle tjenester. Dette er en markant forskjell fra dagens rettstilstand, hvor den som har fått sin identitet misbrukt i et slikt tilfelle risikerer fullt ansvar selv ved simpel uaktsomhet.²⁰⁴ Lovgivers intensjon om å verne forbrukeren kan ikke omgås ved å oppstille et – noe usikkert – avtalerettslig grunnlag.

²⁰⁴ Jf. HR-2020-2021-A, avs. 36.

Litteraturliste

Litteratur/juridisk teori

- Aagaard (2021) Aagaard, Marianne M. Rødvei. «Kreditgivares erstatningsanspraak efter obehørig anvendning av bank-id. Kommentar till Høyesteretts avgjørende HR-2020-2021-A» Svensk Juristtidning nr. 2 (2021) <https://svjt.se/svjt/2021/239> [lest 29.10.21]
- Andersen (2013) Andersen, Mads Bryde. *Grundlæggende aftaleret*. 4. utg., København: Gjellerup, 2013
- Arnholm (1964) Arnholm, Carl Jacob. *Privatrett, II Avtaler*. Oslo: Johan Grundt Tanum, 1964
- Askeland (2019) Askeland, Bjarte. «Rettsoppfatninger som rettskilde» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 452-475.
- Aversten (1998) Aversten, David. *Digitala signaturer och ansvarsproblem. Framförallt nyckelinnehavarens och Certification Authority's ansvar mot förlitande part*. Stockholm: Institutet för rättsinformatik, 1998
- BankID (2021) BankID. «Avtalevilkår for PersonBankID og AnsattBankID – PDS» https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/bankid/dnb_pds_personal-v1.1.pdf [lest 28.10.21]

- BankID (2021a) BankID (a). «509 ting å bruke BankID til». <https://www.bankid.no/privat/bruksomrader/> [lest 08.10.21]
- BankID (2021b) BankID (b). «Om oss». <https://www.bankid.no/privat/om-oss/> [lest 08.10.21]
- Finans Norge (2013) Finans Norge. *Elektroniske kredittavtaler. De ulike stadier for en elektronisk kredittavtale og de juridiske problemstillinger som oppstår underveis.* 2013. <https://www.finansnorge.no/contentassets/0bcdecfea95948fab9525848189d1548/last-ned-rapporten/rapport-fra-arbeidsgruppe-om-juridiske-problemstillinger-ved-elektroniske-kredittavtaler.pdf> [lest 08.11.21]
- Giertsen (2021) Giertsen, Johan. *Avtaler*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2021
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011
- Hauge (2009) Hauge, Hilde. *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*. Oslo: Universitetsforlaget, 2009
- Hessler (1981) Hessler, Henrik. *Obehöriga förfaranden med värdepapper*. 2. utg., Stockholm: P A Nordstedt & Söners förlag, 1981
- Hov (2007) Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett I*. 4. utg., Oslo: Papinian, 2007
- Hov (2009) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. *Alminnelig avtalerett*. Oslo: Papinian, 2009
- Hultmark (1997) Hultmark, Christina. *Elektronisk handel och avtalsrätt*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 1997
- Justis- og politidepartementet (2010) Justis- og politidepartementet ved arbeidsgruppe. *Elektronisk tinglysing. Forslag til endringer i tinglysningsloven mv. for å tilrettelegge for elektronisk tinglysing*. Oslo: 2010 (<https://www.regjeringen.no/contentassets/37019>)

- Karstoft (2004) Karstoft, Susanne. *Elektronisk aftaleret*. København: G. E. C. Gads Forlag, 2004
- Karstoft (2019) Karstoft, Susanne. «Misbrug af NemID til optagelse af lån». *Ugeskrift for Retsvæsen*, U.2019B, s. 339-348. [lest i Karnov Danmark]
- Kjørven (2021) Kjørven, Marte Eidsand, Alf Petter Høgberg og Geir Woxholth. «BankID-opplysninger på avveie – om vilkårene for aktivering av forsettsansvaret etter finansavtaleloven § 35 (3) og ny finansavtalelov § 4-30 (4)». *Lov og Rett* årg. 60, nr. 6 (2021) s. 335-366 [lest i idunn.no]
- Lassen (1992) Lassen, Birger Stuevold. *Kontraktsrettslig representasjon*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 1992
- Mestad (2019) Mestad, Ola. «Retten kilder og anvendelse» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77-113.
- Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (2021) Nasjonal kommunikasjonsmyndighet. «Om regelverket - eIDAS-forordningen». <https://www.nkom.no/internett/elektronisk-id-og-tillitstjenester/eidas-forordningen> [lest 07.10.21]
- NemID (2021) Nemid. «Digital signatur» (2021) <https://www.nemid.nu/dk-da/om-nemid/historien-om-nemid/digital-signatur/> [lest 29.09.21]
- NorSIS (2021) NorSIS. «Ny undersøkelse: Over 100 000 nordmenn har opplevd ID-tyveri de siste to årene» (2021) <https://norsis.no/ny-undersokelse-over-100-000-nordmenn-har-opplevd-id-tyveri-de-siste-to-arene/> [lest 21.10.21]
- Udsen (2002) Udsen, Henrik. *Den digitale signatur – ansvarsspørsmål*. København: Forlaget Thomson, 2002
- Udsen (2006) Udsen, Henrik. «Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelseslære». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* årg. 119, nr. 1 (2006), s. 104-152 [lest i idunn.no]

- Werenskjold (2020) Werenskjold, Kari Kiperberg. *BankID-svindel i nære relasjonar. Spørsmålet om avtalebinding i lys av det menneskerettslege vernet mot økonomisk vald*. Masteroppgave ved Universitetet i Oslo, 2020 [lest i DUO]
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 10. utg., Oslo: Gyldendal, 2017
- Woxholth (2021) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 11. utg., Oslo: Gyldendal, 2021

Lover og forarbeider

Norske rettskilder

Lover

- 1687 Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov [Norske Lov]
- 1918 Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer [avtaleloven]
- 1999 Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag [finansavtaleloven]
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff [straffeloven]
- 2018 Lov 15. juni 2018 om gjennomføring av EUs forordning om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske transaksjoner i det indre marked [lov om elektroniske tillitstjenester]
- 2020 Lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler [finansavtaleloven]. *Ikke i kraft*

Forarbeider

- Ot.Prp. Nr. 94 (2008-2009) Om lov om endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av de privatrettslige bestemmelsene i direktiv 2007/64/EF)
- Prop. 92 LS (2019-2020) Lov om finansavtaler (finansavtaleloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 125/2019 og 130/2019 av 8. mai 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2014/17/EU om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål (boliglåndirektivet) og delegert kommisjonsforordning (EU) nr. 1125/2014
- Innst. 104 L (2020-2021) Innstilling fra justiskomiteen om Lov om finansavtaler (finansavtaleloven)

Internasjonale rettskilder

Forordning 910/2014/EU Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 910/2014 af 23. juli 2014 om elektronisk identifikation og tillidstjenester til brug for elektroniske transaktioner på det indre marked og om ophævelse af direktiv 1999/93/EF [eIDAS-forordningen]

Utenlandske nasjonale rettskilder

Betænkning nr. 1456 *e-signatures retsvirkninger*, 2004 [lest i Karnov Danmark]

Rettspraksis

Norske rettskilder

Rt. 1918 s. 689

Rt. 1936 s. 459

Rt. 1998 s. 946

Rt. 2001 s. 1288

Rt. 2011 s. 410

HR-2017-971-A

HR-2020-2021-A

LE-2020-150864 – LE-2020-150885

TGLOM-2020-36796

Utenlandske rettskilder

U.2019.1192 [lest i Karnov Danmark]

U.2019.1197 [lest i Karnov Danmark]

U.2021.2320 [lest i Karnov Danmark]