

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Bankers ansvar ved misbruk av BankID i nære relasjoner

Nærmere om aktsomhetsvurderingen i parforhold

Kandidatnummer: 513

Leveringsfrist: 25. november 2021

Antall ord: 17 481



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>TEMA OG PERSPEKTIVER .....</b>	<b>1</b>
1.1	Innledning .....	1
1.2	Presentasjon av problemstillingen .....	4
1.3	Avgrensninger .....	5
1.4	Rettskildebildet og metodiske tilnærminger .....	6
1.5	Begrepsavklaring .....	8
1.6	Fremstillingen videre .....	10
<b>2</b>	<b>RETTLIGE UTGANGSPUNKTER VED MISBRUK AV BANKID TIL LÅNEOPPTAK.....</b>	<b>11</b>
2.1	Kort om hvordan erstatningsspørsmålet ved misbruk av BankID til låneopptak blir løst i dag – Høyesteretts tilnærming .....	14
2.2	Hvordan skal spørsmålet løses når ny finansavtalelov trer i kraft? .....	17
2.2.1	Overordnet om ny finansavtalelov .....	17
2.2.2	Innebærer lovforslaget en realitetsendring? .....	18
2.2.2.1	Betydningen av skyldgrader for aktsomhetsvurderingen.....	19
<b>3</b>	<b>MOMENTER SOM MÅ TAS HENSYN TIL NÅR AKTSOMHETS NORMEN I PARFORHOLD SKAL FASTLEGGES.....</b>	<b>22</b>
3.1	Betydningen av at innehaver og bedrager bor i samme husholdning .....	22
3.1.1	Betydning av passord som eneste skranke mot misbruk .....	23
3.1.2	Hva kan forventes av innehavere i parforhold når det gjelder håndtering av passord? .....	24
3.2	Kan passord som eneste skranke tilsi skjerpet aktsomhetsplikt for innehavere i parforhold? .....	27
3.3	Grensen mellom grov uaktsomhet og forsett .....	30
<b>4</b>	<b>KAN TIDLIGERE UNDERRETTS PRAKSIS OPPRETTHOLDES?.....</b>	<b>37</b>
4.1	Presentasjon av utvalgte lagmannsrettsavgjørelser .....	37
4.1.1	LB-2020-55377 .....	37
4.1.2	LB-2018-192525 .....	38
4.2	Sammenligning og analyse .....	40
<b>5</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>44</b>
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>46</b>

# 1 Tema og perspektiver

## 1.1 Innledning

Det har de siste årene blitt rettet en del medieoppmerksomhet rundt digitale identitetstyverier hvor bankkunder ender opp som den store taperen.<sup>1</sup> Taperen fordi bankkunden blir kjent erstatningsansvarlig overfor banken begrunnet med at kunden har opptrådt uaktsomt ved bruk eller oppbevaring av BankID-brikke og/eller passord. Oppmerksomheten rettes særlig mot saker der identitetstyveriet blir foretatt av bankkundens nærstående familiemedlemmer ved bruk av kundens BankID til å ta opp forbrukslån.

Jeg ble inspirert til å skrive om BankID-problematikken under mitt frivillige engasjement i Ung økonomi ved Gatejuristen. Ung økonomi er et gratis retts hjelpstiltak for ungdom under 26 år. Under oppholdet mitt jobbet jeg blant annet med identitetstyverisaker, hvor BankID ble misbrukt til å foreta en rekke disposisjoner, herunder låneopptak, i innehaverens navn.

Da jeg jobbet med disse sakene og begynte å søke etter relevant rettspraksis til støtte for våre klienters saker, oppdaget jeg raskt at bankkunder i saker hvor deres nærstående hadde stått for misbruket ble erstatningsansvarlige i flere saker. Dette under henvisning til uaktsom opptreden ved at nærstående fikk tak i kundens personlige identifikasjon. Ved å gjennomgå relevant rettspraksis fikk jeg inntrykk av at retten nærmest automatisk la til grunn at BankID-innehaveren har opptrådt uaktsomt når hans eller hennes nærstående har fått tak i deres kodebrikke og passord. I enkelte tilfeller ser man at erstatningsansvar har blitt statuert selv om gjerningspersonen blir domfelt for bedrageri. Dermed blir skylden for misbruket veltet over på kunden i svært stor grad.<sup>2</sup>

Samtidig ble jeg kjent med historiene til menneskene som har blitt utsatt for misbruket. Ofte ble det hevdet at det ikke var mulig for dem å forhindre at misbruket fant sted. Dette støttes også av funn i rettspraksis, hvor det å sitte i sofaen og betale regninger ved siden av sin ektefelle ble ansett som uaktsomt (17-197796TVI-HAUG). I en annen sak ble det lagt til grunn at innehaver hadde opptrådt uaktsomt fordi retten ikke kan vite hvordan ektefellen hadde fått tak i passordet, og så lenge ektefellen har lyktes i å få tak i det, så har innehaver ikke opptrådt så aktsomt som hun burde (18-148150TVI-BERG/1).

Privatpersoner har som regel begrensede ressurser og dermed verken råd eller praktisk mulighet til å fremskaffe bevis i saken, samt mangler forutsetninger for å kunne forstå seg på eventuelle

---

<sup>1</sup> Se for eksempel: Hambro og Kjørven (2020), Bjørndal (2020).

<sup>2</sup> Se Kjørven (2021), hvor Marte Eidsand Kjørven også skriver om at: «[det]har [...] utviklet seg en omfattende underrettspraksis der ofre for identitetstyveri i stor utstrekning er holdt økonomisk ansvarlige for konsekvensene av forbrytelsen de er utsatt for.»

tekniske bevis som motparten eventuelt fremlegger. Slike saker blir derfor ofte veldig belastende for den berørte.

Marte Eidsand Kjørven, professor ved Universitetet i Oslo og forsker på temaet, synes også å være av samme oppfatning, hvor hun basert på sine funn uttaler at sakene som ender opp i retten ofte gjelder særlig sårbare grupper. Det kan eksempelvis være personer med kort botid i Norge, familier med ulike utfordringer slik som rusproblemer eller spillavhengighet, i tillegg til økonomiske utfordringer. Hun påpeker videre at svindelofrene i slike saker blir møtt av pågående kreditorer, og har begrensede muligheter for rettshjelp, noe som medfører «*et større strukturert<sup>3</sup> problem*».<sup>4</sup> Basert på erfaringene mine i Ung økonomi, kan jeg si meg enig i dette.

Mens BankID-innehaver forsøker å bestride kravet påløper det omkostninger, og rentene ved misligholdte lån vokser seg store. Dette fører i sin tur til store konsekvenser for den berørte som risikerer å bli stående med hele tapet mens prosessen med å bestride kravet pågår. Dersom kravet bestrides av innehaver, banken avviser anførselene og varsler rettslige skritt, vil mange av de særlig sårbare gruppene vegre seg for å forfølge saken videre og godta kravet for å unngå prosessrisikoen. Dette fordi innehaver potensielt risikere å pådra seg enda mer gjeld hvis hen taper saken. I lys av tidligere rettspraksis som viser at innehavere ofte ikke får medhold i retten, er prosessrisikoen en reell bekymring.

Lånebedrageri ved misbruk av digital signatur er et fenomen som har vokst frem gradvis med innføring av BankID som identifikasjonsmetode. Ifølge en årlig undersøkelse om omfanget av identitetstyveri utført av Norsk senter for informasjonssikring (NorSIS) i 2016, har 4,2 % av den norske befolkningen blitt utsatt for identitetstyveri. Dette tilsvarer 150 000 av den norske befolkningen.<sup>5</sup> Til sammenligning var det 3,9 % som oppga at de har blitt utsatt for identitetstyveri året før.<sup>6</sup> Undersøkelsen utført i januar 2021 viser at over 100 000 innbyggere har blitt utsatt for identitetstyveri de siste to årene, noe som tilsvarer 3,6 % prosent av de spurte.<sup>7</sup> NorSIS synes å bruke begrepet identitetstyveri og identitetskrenkelse om hverandre i sine undersøkelser. Begrepet identitetskrenkelse defineres som:

«Identitetskrenkelse er uberettiget bruk av både stjålet og fiktiv identitet, med forsett om å oppnå en økonomisk vinning for seg selv eller andre, eller å påføre tap eller ulempe for andre.»<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Trolig feil sitering i artikkelen, antar at det siktes til «strukturelt».

<sup>4</sup> Feratovic (2020).

<sup>5</sup> Norsk senter for informasjonssikring (2017).

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Norsk senter for informasjonssikring (2021).

<sup>8</sup> Norsk senter for informasjonssikring (2017).

Definisjonen som NorSIS har lagt til grunn for sine undersøkelser er generell og skiller ikke mellom ulike disposisjonskategorier, slik som kjøpsavtaler eller låneavtaler. Det er derfor uklart hvor stor andel som utgjør saker hvor BankID ble misbrukt til å ta opp eksempelvis forbrukslån. Undersøkelsen gir likevel en viss pekepinn på omfanget av identitetstyverier ved misbruk av BankID generelt.

Det finnes dessverre ingen sikre tall på hvor mange identitetstyverisaker som har vært oppe for rettsapparatet. Dette skyldes at finansinstitusjoner ikke har en rapporteringsplikt om antall saker hvor BankID har vært misbrukt til å ta opp lån i en annens navn. Kjørven har forsøkt å innhente data på hvor mange saker om misbruk av BankID har vært behandlet i rettsapparatet. Ved henvendelse til Kjørven har jeg fått opplyst at data ble innhentet ved direkte henvendelse til domstoler, hvor søkekriteriet var saksparter. Som aktuelle saksparter for søket ble det valgt banker som pekte seg klart ut som de verste når det gjelder forfølgning av svindelofre. Det ble funnet 53 saker, hvorav i 47 av sakene hadde banken fått medhold. Kjørven opplyser imidlertid at det er grunn til å frykte store mørketall, da det eksempelvis er umulig å oppdrive tall på hvor mange slike saker har blitt behandlet og avsluttet i forlikrådet.<sup>9</sup>

All den tid det er grunner for å anta at mye av misbruket skjer i nære relasjoner, eksempelvis blant ektefeller, må det også tas høyde for at misbruket i mange tilfeller ikke blir kjent for omverdenen.<sup>10</sup> Dette understrekes av undersøkelsen utført av NorSIS, hvor det fremgår at kun 22 % av de som var rammet av identitetstyveri anmeldte forholdet til politiet.<sup>11</sup> Politianmeldelse er ingen nødvendighet for å bestride en ugyldig disposisjon, likevel vil mange rent faktisk anmelde forholdet i den tro at det vil kunne styrke deres sak. Tallet på villigheten til å anmelde forholdet gir derfor en viss indikasjon på omfanget av problemet. Det er derfor grunner til å anta at omfanget av slike saker er mye større enn ulike data tilsier, og bør utredes grundigere for at BankID-brukerens rettssikkerhet skal kunne sikres på en mest hensiktsmessig måte.

Det finnes per i dag ingen lov som regulerer erstatningsansvar ved misbruk av BankID til å ta opp lån i en annens navn. Dette i motsetning til situasjoner hvor BankID blir misbrukt til å foreta uautoriserte betalingstransaksjoner, som er regulert i finansavtaleloven av 1999 § 35, som begrenser kundens ansvar overfor banken. Når det gjelder misbruk av BankID i andre relasjoner, slik som låneopptak, finnes det ingen særregulering. Spørsmålet om kundens ansvar i saker hvor BankID misbrukes til å ta opp lån i en annens navn avgjøres på bakgrunn av alminnelig avtalerett og erstatningsrettslige regler utviklet gjennom fast og langvarig

---

<sup>9</sup> Feratovic (2020).

<sup>10</sup> Finans Norge (2020).

<sup>11</sup> Norsk senter for informasjonssikring (2021).

høyesterettspraksis og juridisk teori. BankID-innehaverens ansvar må videre ses i sammenheng med de plikter som følger av BankID-avtalen, samt relevant lovgivning på området som kan være veiledende.

Det har for øvrig blitt vedtatt en ny finansavtalelov som forventes å tre i kraft første kvartal 2022.<sup>12</sup> Kommende lov vil erstatte finansavtaleloven av 1999, og vil blant annet gjennomføre det reviderte betalingstjenstedirektivet ((EU) 2015/2366) ofte omtalt som PSD2, betalingskontodirektivet (2014/92/EU) og boliglåndirektivet (2014/17/EU). Den nye finansavtaleloven tar sikte på å modernisere den gamle loven ved å forenkle regelstrukturen, og gjøre begrepsbruken lettere å forstå. Den nye lovens sentrale formål er å styrke forbrukervernet og presisere lovverket. Lovgiver søker videre å gjøre loven mer effektiv ved å i større grad gjøre reglene like for ulike typer «finansielle tjenester».<sup>13</sup> Ny finansavtalelov er ment å gi bedre vern for bankkunder som har blitt utsatt for misbruk av BankID. Den nye finansavtalen favner videre enn nåværende lov ved at den i tillegg til å regulere ansvarfordelingen ved uautoriserte betalingstransaksjoner, også regulerer konsekvensene i tilfeller hvor BankID blir misbrukt i forbindelse med andre finansielle tjenester, slik som låneavtaler.<sup>14</sup> Det reiser spørsmålet om hva kommende lovregulering vil innebære for bankkunders rettsstilling sammenlignet med rettstilstanden i dag.

## 1.2 Presentasjon av problemstillingen

Problemstillingen jeg skal ta for meg er aktsomhetsvurderingen ved misbruk av BankID i parforhold til låneopptak. Med denne oppgaven ønsker jeg primært å redegjøre for aktsomhetsvurderingen i spørsmål om kundens erstatningsansvar overfor banken ved misbruk av BankID til å ta opp lån når misbruket skjer i et parforhold. Jeg ønsker å undersøke hvilken aktsomhetsnorm som tidligere har blitt lagt til grunn, og hvilke endringer den nye finansavtaleloven innebærer for aktsomhetsvurderingen. Jeg vil forsøke å kartlegge i hvilken grad den nye finansavtaleloven innebærer en realitetsendring sammenlignet med gjeldende rett når det gjelder aktsomhetsspørsmålet. Herunder om tidligere praksis kan opprettholdes med den nye finansavtaleloven som forventes å tre i kraft første kvartal 2022.

Videre vil jeg med denne fremstillingen forsøke å belyse hvilke særlige utfordringer som reiser seg i forbindelse med aktsomhetsvurderingen når misbruket skjer i et parforhold. Jeg vil se på kundens og bankens muligheter til å forhindre at misbruk finner sted, herunder hvem som står nærmest til å forhindre eventuelle misbruk når det gjelder låneavtaler. Jeg vil videre undersøke

---

<sup>12</sup> Lovvedtak 24 (2020–2021). Dato for ikrafttredelse er ikke fastsatt enda.

<sup>13</sup> Innst.104 L (2020–2021) s. 1.

<sup>14</sup> Se punkt 2.2 hvor jeg redegjør nærmere for dette.

hvilke særskilte rettslige utfordringer bankkunden møter på når misbruket nettopp skjer i en relasjon som kjennetegnes av sterke emosjonelle bånd og tillit mellom de involverte, herunder kundens stilling i møte med en finansinstitusjon. Hvor strenge krav til aktsom opptreden stilles det, og hvilke krav er det grunnlag for å stille? Målet med fremstillingen er å redegjøre for problemer knyttet til aktsomhetsvurderingen i identitetstyverisaker i parforhold, samt hvordan de eventuelt kan og bør avhjelpes.

### 1.3 Avgrensninger

Oppgavens tema gir rom for drøfting av flere ulike aspekter og problemstillinger ved misbruk av BankID. Av oppgavetekniske grunner og begrensninger knyttet til en 30 studiepoengoppgave er jeg imidlertid nødt til å foreta en rekke avgrensninger. Jeg vil fokusere på aktsomhetsvurderingen spisset mot nære relasjoner i tilfeller hvor BankID misbrukes til låne- og kredittopptak, og vil ikke behandle øvrige vilkår for erstatningsansvar. Spørsmålet om lemping av ansvaret vil heller ikke bli behandlet.

Oppgaven avgrenses videre mot uautoriserte betalingstransaksjoner som er regulert i finansavtaleloven av 1999, men relevante reguleringer knyttet til betalingstransaksjoner vil bli berørt når de kan være av relevans for aktsomhetsvurderingen i tilfeller der BankID misbrukes til å inngå avtaler i innehaverens navn.

Av hensyn til oppgavens omfang vil spørsmålet om avtalebinding ikke bli behandlet.<sup>15</sup> I det følgende forutsetter jeg derfor at disposisjonen ikke kan gjøres gjeldene overfor BankID-innehaver basert på avtalerettslige ugyldighetsregler. Spørsmålet er hvorvidt BankID-innehaver er erstatningsansvarlig overfor banken for det tapet banken har lidt etter erstatningsrettslige regler. Innehaverens reklamasjonsplikter, som i noen tilfeller også kan gi grunnlag for erstatningsansvar, behandles heller ikke i denne fremstillingen.

Kommende finansavtalelov sonderer mellom tre grader av skyld. Ettersom skyldgradene grov uaktsomhet og forsett vil kunne ha størst praktisk betydning i nære relasjoner velger jeg å fokusere kun på disse. Av plasshensyn, samt at oppgavens hovedfokus ligger på inngangsvilkårene for erstatningsansvar, vil behandlingen av skyldgrader være begrenset til hovedtrekk i skyldgradsvurderingen.

---

<sup>15</sup> Se Werenskjold (2020) som behandler dette aspektet i et menneskerettslig perspektiv.

## 1.4 Rettskildebildet og metodiske tilnærminger

Hovedutfordringen med oppgaven er en kompleks rettskildesituasjon på BankID-feltet, hvor aktsomhetsnormen må fastlegges ut ifra flere ulike kilder. Til dette hører også at vi ved årsskifte vil få en ny finansavtalelov som regulerer erstatningsspørsmålet direkte i motsetning til situasjonen i dag, hvor spørsmålet blir løst på ulovfestet grunnlag.

Ettersom lovforslaget ikke har trådt i kraft enda er rettskildegrunnlaget som kan kaste lys over loven begrenset. Analysen av kommende rett vil derfor i utgangspunktet måtte baseres på loven selv og forarbeider. Lovforslaget er også til en viss grad omtalt av Høyesterett i sak HR-2020-2021-A, slik at avgjørelsen vil være relevant når innholdet i normen etter ny finansavtalelov skal fastlegges.

Den nye finansavtaleloven, som jeg redegjør for i punkt 2.2, forutsetter fremdeles at vilkårene for erstatning etter alminnelig erstatningsrett må være oppfylt for at ansvar skal inntre, slik at aktsomhetsvurderingen fremdeles vil være relevant selv når loven trer i kraft.<sup>16</sup> Kommende lov stadfester videre i § 3-19 (1) at innehaver skal bruke BankID i samsvar med BankID-avtalen, og ta alle rimelige forholdsregler for å beskytte den personlige sikkerhetsanordningen. Høyesterett har også i HR-2020-2021-A, som jeg vil redegjøre for i punkt 2.1, knyttet vurderingen etter gjeldende rett til innehavers plikter etter BankID-avtalen, og med analogi fra finansavtaleloven oppstilt aktsomhetsnormen som en vurdering av hvorvidt innehaver har tatt «alle rimelige forholdsregler» for å beskytte elementene i sikkerhetsordningen.<sup>17</sup> Samtidig innføres det med ny lov en ansvarsbegrensning, hvor omfanget av innehaverens ansvar vil være betinget av hvilken skyldgrad innehaver utviser.

Når aktsomhetsnormen skal kartlegges må det derfor fremdeles tas hensyn til BankID-avtalen som signeres ved tildeling av BankID, finansrettslig lovgivning og alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Slik at vurderingstemaet i utgangspunktet forblir det samme, men vurderingen må ta hensyn til formålet med loven, og det praktisk viktige ved lovens ikrafttredelse blir sontringen mellom skyldgrader.

Misbruk av BankID i parforhold reiser en rekke særskilte utfordringer som ikke gjør seg gjeldene i andre typetilfeller, slik som misbruk der det er en utenforstående tredjepart som står for misbruket. Dette kan gjøre det påkrevd at aktsomhetsnormen nyanseres og tilpasses typetilfellet. Dette aspektet har verken blitt behandlet i Høyesterett eller juridisk teori. Spørsmålet har i midlertid kommet opp for underretter. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å

---

<sup>16</sup> Dette fremgår av ny finansavtalelov § 3-20 som viser til «ellers gjeldende rettsregler» som forutsetning for erstatningsansvar. Dette er en henvisning til alminnelige erstatningsrettslige regler.

<sup>17</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 54.



analysere aktuelle underrettsavgjørelser når jeg skal kartlegge aktsomhetsnormen i parforhold, herunder vurdere hvorvidt tidligere rettspraksis kan opprettholdes.

Underrettspraksis har i utgangspunktet begrenset rettskildemessig vekt. Likevel har alle domstolsavgjørelser i alminnelighet generell relevans som kan tillegges vekt når rettsanvender skal fastlegge et rettsspørsmål.<sup>18</sup> Underrettsavgjørelsers vekt og relevans kan sies å være relativ og beror på hvorvidt det er mulig å slutte fra den argumenter som berører rettsspørsmålet en søker å løse, samt hvor god og grundig argumentasjonen i dommen er.<sup>19</sup> I mangel av andre mer autoritative kilder, samt at de aller fleste saker blir avsluttet i underinstanser, er underrettsavgjørelser likevel illustrerende for rettsstilstanden og har mest praktisk betydning for rettssikkerheten til BankID-innehavere.

En annen utfordring med oppgaven er at de fleste avgjørelser fra underinstanser ble avsagt før dommen i Høyesterett, noe som begrenser deres rettskildemessige vekt ytterligere. Jeg har imidlertid funnet en lagmannsrettsavgjørelse som tar for seg aktsomhetsvurderingen i parforhold som ble avsagt etter HR-2020-2021-A, og oppstilte en skjerpet aktsomhetsplikt for innehaver. Avgjørelsen er derfor illustrerende for hvilke utslag HR-2020-2021-A har hatt i praksis. Dette styrker avgjørelsens relevans i forhold til oppgavens tema. Avgjørelsen illustrerer hvordan en underrett har tolket og anvendt normen som Høyesterett har oppstilt. Dens rettskildemessig verdi i forhold til innehavernes rettssikkerhet vil imidlertid avhenge av om lagmannsretten følger Høyesteretts føringer. Avgjørelsen utgjør derfor et godt grunnlag for analyse av rettsstilstanden etter gjeldende rett slik den har blitt tolket av lagmannsretten etter at vi har fått avklart en rekke spørsmål i Høyesterett. For å ha et bredere analytisk grunnlag av rettsstilstanden har jeg funnet en lagmannsrettsavgjørelse som ble avsagt før avgjørelsen i Høyesterett. Denne avgjørelsen legger et annet utgangspunkt til grunn enn lagmannsrettsdommen som ble avsagt etter HR-2020-2021. Vurderingene som ble foretatt i denne avgjørelsen siteres videre i forarbeidene til ny finansavtalelov som et eksemplet på avvikende utgangspunkt fra tidligere rettspraksis, noe som også gjør denne avgjørelsen særlig interessant både i forhold til gjeldende og kommende rett. Avgjørelsene representerer derfor to ytterpunkter for hvilken aktsomhetsnorm som har blitt til grunn i slike saker.

Ettersom avgjørelsene direkte berører forskningsspørsmålet mitt, finner jeg det derfor interessant å foreta en særskilt analyse av lagmannsrettens rettslige argumentasjon i disse sakene i lys av kommende finansavtalelov, HR-2020-2021-A, samt det øvrige rettskildebildet. Lagmannsrettsavgjørelsene vil også ha relevans i den løpende argumentasjonen i oppgaven, men jeg velger å trekke disse avgjørelser ut til en særskilt analyse. Dette er et metodisk grep

---

<sup>18</sup> Høgberg og Sunde (2019) s. 271.

<sup>19</sup> Ibid. s. 271 og 272.

jeg har valgt for å kunne foreta en inngående analyse, og sammenligne avgjørelsens begrunnelse for normene som har blitt lagt til grunn. Avgjørelsene vil i denne sammenheng tjene som to eksempler på hvordan spørsmålet kan løses. Formålet med denne fremgangsmåten er å kartlegge hvilken aktsomhetsnorm som hittil har blitt lagt til grunn i identitetstyverisaker der misbruket skjer i et parforhold, herunder om praksisen er i tråd med rettskildebildet.

Både nåværende og kommende finansavtalelov, samt øvrig regelverk som regulerer krav til BankID-ordninger søker å gjennomføre EU-rettslig regelverk. EU-rettslige reguleringer som søkes gjennomført i norsk lov er derfor også relevante å se hen til når aktsomhetsnormen skal fastlegges, og kan tjene som tolkningsbidrag. Jeg vil derfor trekke inn relevant EU-rettslig regelverk der det er nødvendig for å belyse relevante aspekter ved aktsomhetsvurderingen.

## 1.5 Begrepsavklaring

BankID defineres gjerne som personlig elektronisk legitimasjon for sikker identifisering og signering på nett.<sup>20</sup> BankID er å anse som en sterk kundeautorisering, og tilsvarer høyeste sikkerhetsnivå som er påkrevd for å blant annet få tilgang til helseopplysninger og andre tjenester som krever høyeste sikkerhetsnivå, altså sikkerhetsnivå 4.<sup>21</sup> Sterk kundeautorisering er definert i betalingsdirektivet ((EU) 2015/2366) art. 4 nr. 30 som:

«[...]autentisering basert på bruk av **to eller flere elementer** som er kategorisert som kunnskap (noe bare brukeren vet), besittelse (noe bare brukeren har) og iboende egenskap (noe brukeren er), som er så **frittstående i forhold til hverandre at brudd på ett kriterium ikke innebærer risiko for brudd på de andre, og som er utformet på en slik måte at autentiseringsopplysningenes fortrolighet er sikret.**»<sup>22</sup>

Betalingsdirektivet gjelder ikke direkte for BankID når det benyttes til låneopptak. De samme kravene fremgår imidlertid også av forordning EU 2015/1502 punkt 2.2.1 jf. punkt 1. 2) bokstav a, b og c, jf. forordning EU 910/2014 om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske signaturer, som er gjennomført i norsk rett gjennom lov om elektroniske tillitstjenester, og gjelder for BankID i alle sammenhenger.

Med parforhold sikter jeg til samlivsformer som ekteskap, samboerskap og partnerskap. Når det gjelder forståelsen av begrepet samboerskap legger jeg til grunn for oppgaven definisjonen av begrepet slik det er fremstilt i arveloven. Definisjonen kan variere fra rettsområde til

---

<sup>20</sup> Vipps AS; Bankid.no (u.å.).

<sup>21</sup> Digitaliseringsdirektoratet; eid.difi.no (u.å.)

<sup>22</sup> Mine uthevinger.

rettsområde, men jeg finner arvelovens definisjon best egnet i denne sammenheng. Dette fordi den forsøker å gi en riktig forståelse av hva samboerskap innebærer rent praktisk og økonomisk på formuerettens område. Selv om definisjonen er knyttet til arverett er den generelt utformet og gir uttrykk for allmenn oppfatning av hva samboerskap er, og har dermed overføringsverdi til andre formuerettslige rettsområder. Det fremgår av arveloven § 2 tredje ledd at som samboer regnes:

«[..]en person over 18 år som bor sammen med en annen person over 18 år i et ekteskapsliknende parforhold. Personene regnes som samboere selv om de bor fra hverandre for en tid på grunn av utdanning, arbeid, sykdom, institusjonsopphold eller liknende. To personer som ikke kan inngå ekteskap etter ekteskapsloven § 3, regnes ikke som samboere. Personene regnes heller ikke som samboere hvis en av dem er gift eller samboer med en annen.»

Definisjonen skal forstås i tråd med definisjonen i arvelova av 1972 § 28 a.<sup>23</sup> Det fremgår av forarbeidene til arvelova av 1972 § 28 a, at ekteskapsliknende parforhold innebærer et etablert parforhold som er ekteskapsliknende innrettet. Samt at det på formuerettens området ofte innebærer at personene har til en viss grad felles økonomi, eller visse forutsetninger om ivareta hverandre økonomisk over tid. Dette skal imidlertid ikke forstås som et krav, men vil være et viktig moment i helhetsvurderingen etter arveloven.<sup>24</sup>

Selv om samboerskap kan sies å skille seg fra et ekteskap når det gjelder den rettslige reguleringen av disse samlivsformene, kjennetegnes begge former av at partene bor i samme husholdning, og deler det økonomiske ansvaret for den. Når det gjelder aktsomhetsvurderingen foreligger det derfor ikke grunnlag for stille ulike krav til en samboers og ektefelles opptreden når det gjelder aktsomhetsplikten.

Samtlige former for samliv kjennetegnes av at personene har en kjærlighetsrelasjon til hverandre, bor sammen og deler ansvaret for felles husholdning.<sup>25</sup> Videre spiller tillit en fundamental rolle i ethvert parforhold, og utgjør dermed grunnpilaren i slike relasjoner.<sup>26</sup>

Begrepet «tillit» kan defineres som tro på eller følelse av at den andre er til å stole på.<sup>27</sup> Tillit kan videre bygge på ulike grunnlag, slik som følelser eller kunnskap. Der grunnlaget for tilliten er kunnskap bygger den på egne eller andres erfaringer om hvorvidt en person er til å stole på.

---

<sup>23</sup> Prop.107 L (2017–2018) s. 281.

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.73 (2007–2008) s. 46.

<sup>25</sup> Wikipedia (2018).

<sup>26</sup> Veien til Helse: Blogg om helse og livsstil (2018).

<sup>27</sup> Det norske akademis ordbok (u.å).

Tillit basert på følelser etableres normalt uten inngående overveielser, og kan ha sitt utspring i eksempelvis forelskelse.<sup>28</sup> Når det gjelder parforhold av mer langvarig karakter slik som ekteskap/samboerskap vil det være naturlig at tilliten i utgangspunktet springer fra følelser og styrkes eller svekkes over tid i takt med økende kunnskap og erfaringer med hverandre.

Någjeldende lov og kommende lov har noe forskjellig begrepsbruk når den som bruker BankID omtales. Av forenklingshensyn vil jeg i fremstillingen benytte begrepet BankID-innehaver, som jeg mener er den mest treffende og nøytrale betegnelsen i denne sammenheng. BankID-innehaver vil i erstatningsrettslig sammenheng være ensbetydende med skadevolder, og begrepene vil bli brukt om hverandre der det er hensiktsmessig.

## **1.6 Fremstillingen videre**

I det videre vil jeg undersøke hvilken aktsomhetsnorm gjelder i identitetstyverisaker der BankID misbrukes i et parforhold, og hvilke avveininger som må foretas.

I kapittel 2 vil jeg først redegjøre for det rettslige utgangspunktet når spørsmål om erstatningsansvar ved misbruk av BankID til låneopptak skal løses. I punkt 2.1 redegjør jeg med utgangspunkt i HR-2020-2021-A for hvordan spørsmålet blir løst etter gjeldende rett. Deretter redegjør jeg i punkt 2.2 for den nye finansavtaleloven, og tar stilling til hva lovforslaget innebærer for løsning av erstatningsspørsmålet.

I kapittel 3 tar jeg for meg aspekter ved aktsomhetsvurderingen som gjør seg særlig relevante når aktsomhetsnormen i parforhold skal fastsettes. Herunder når et pliktbrudd kan anses som grovt eller forsettlig.

Derneft vil jeg i kapittel 4 foreta en analyse og vurdering av tidligere nevnte avgjørelser fra Borgarting lagmannsrett som tar for seg aktsomhetsvurderingen i parforhold. Jeg vil undersøke hvilken tilnærming som er best i tråd med rettskildebildet, herunder om praksisen kan opprettholdes. Avgjørelsene vil i den sammenheng tjene som to eksempler på hvordan spørsmålet har blitt løst i praksis hittil. Jeg vil foreta en selvstendig analyse av begge avgjørelser, hvor jeg sammenligner utgangspunktene som har blitt lagt til grunn og vurderer det i lys av rettskildebildet jeg redegjør for i kapittel 3.

Avslutningsvis vil jeg i kapittel 4 foreta en kort oppsummering av mine funn, og peke på viktigste grunntrekk som bør tas hensyn til i aktsomhetsvurderingen i parforhold.

---

<sup>28</sup> Gulbrandsen (2019).

## 2 Rettslige utgangspunkter ved misbruk av BankID til låneopptak

Det klare avtalerettslige utgangspunktet er at falsk signatur, digitalt eller fysisk, er en sterk ugyldighetsgrunn som kan gjøres gjeldende overfor en aktsom godtroende medkontrahent.<sup>29</sup> Selv om avtalen blir tilsidesatt som følge av ugyldighet, oppstår spørsmålet om erstatningsansvar overfor medkontrahenten.

Som nevnt innledningsvis finnes det per i dag ingen lovregler som regulerer erstatningsansvaret ved misbruk av BankID til låneopptak, og spørsmålet løses etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Ved ikrafttredelse av ny finansavtalelov, vil vi få en direkte lovregulering av erstatningsansvaret. Den nye finansavtaleloven som jeg vil redegjøre for i punkt 2.2 forutsetter imidlertid fremdeles at vilkårene for erstatning etter «ellers gjeldende rettsregler» må være oppfylt for at ansvar skal inntre.<sup>30</sup> Spørsmålet om erstatning vil derfor fremdeles bli løst med utgangspunkt i alminnelige erstatningsrettslige regler utviklet gjennom fast og langvarig praksis og teori.

For at BankID-innehaver skal bli ansvarlig må det foreligge et ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng mellom handlingen eller unnlåtelsen og tapet. Vilråene økonomisk tap og årsakssammenheng volder som regel ingen særlige utfordringer, og problematiseres normalt ikke i identitetstyverisaker. Det er spørsmålet om det foreligger et ansvarsgrunnlag, hvor utgangspunktet er det alminnelig skyldansvaret, som saken står om. Spørsmålet i slike saker blir altså om BankID-innehaver er ansvarlig for bankens tap fordi hen har opptrådt uaktsomt.

Skyldansvarets utgangspunkt er at den som volder en skade ved å opptre uforvarlig blir erstatningsansvarlig.<sup>31</sup> Det betyr at culpanormen får anvendelse på alle ansvarssituasjoner med mindre det foreligger hjemmel for et annet ansvarsgrunnlag.<sup>32</sup>

Det grunnleggende vurderingstemaet formuleres noe ulikt i litteraturen, men kjernen i normen er handle- og unnlåtelsesplikter.<sup>33</sup> Grunnkravet kan også formuleres som et spørsmål om hvorvidt skadevolder kunne og burde ha handlet annerledes. Det ulovfestede vurderingstemaet må imidlertid tilpasses ansvarssituasjonen.<sup>34</sup> Når det gjelder rene formueskader, som er

---

<sup>29</sup> Prop.92 LS (2019–2020) s. 175, Hov og Høgberg (2009) s. 353.

<sup>30</sup> Lovvedtak 24 (2020–2021) § 3-20 (1).

<sup>31</sup> Wilhelmsen og Hageland (2017) s. 87, Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 68.

<sup>32</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 68.

<sup>33</sup> Wilhelmsen og Hageland (2017) s. 87.

<sup>34</sup> Ibid. s. 100.

situasjonen ved misbruk av BankID, er utgangspunktet at det er rettmessig å påføre andre formuestap og det er eventuelle innskrenkinger i individers handlefrihet som krever særskilt grunnlag.<sup>35</sup> For rene formuestap vil fastleggelsen av handlenormen typisk ta utgangspunkt i hvilke forpliktelser skadevolder generelt er underlagt, skadevolders forventningsskapende adferd og skadelidtes berettigede forventninger (forventningskriteriet).<sup>36</sup> For øvrig baseres den erstatningsrettslige vurderingen av forventningene til reaksjonen på tapsrisikoen på en bredere normativ avveining av relevante rettskilder.<sup>37</sup>

Aktsomhetsnormen kan dermed sies å utgjøre en rettslig standard som fordrer at normen konstrueres for hvert enkelt typetilfellet med utgangspunkt i relevante momenter som har betydning for aktsomhetsnormen. Etableringen av handlenormen bygger imidlertid på en forholdsvis lik struktur, uavhengig av tapstypen og typetilfellet.<sup>38</sup> Det er videre sikker rett at culpanormen i utgangspunktet er objektiv.<sup>39</sup> At normen er objektiv innebærer at det er den samme aktsomhetsnormen som gjelder for alle på det samme livsområdet.<sup>40</sup>

Skyldansvarsregelen, slik den er utformet gjennom teori og rettspraksis, gir anvisning på en sammensatt helhetsvurdering bestående av både subjektive og objektive elementer. Det objektive elementet omfatter brudd på etablerte handlingsnormer som følger av blant annet handlingens skadeevne, risikoens alminnelige synbarhet for skadevolder og handlingsalternativer. Med det subjektive elementet siktes det til unnskyldningsgrunner på skadevolder og skadelidtes side som kan frita for skyldansvar.<sup>41</sup> Dette kan også uttrykkes som et spørsmål om rolleforventninger, slik Høyesterett har sitert det i HR-2020-2021-A avsnitt 57. Det sentrale i vurderingen er risikobetraktninger, hvor det ses hen til den risikoutsatte gruppens forhold til handlingens/risikokildens skadeevne. Når aktsomhetsnormen skal oppstilles må det tas hensyn til skadelidtes adferd, og skadevolders forventninger til den risikoutsatte gruppen av skadelidte. Det er kun risikofaktorer som er synbare for skadevolder som vektlegges.<sup>42</sup>

Oppsummeringsvis kan det sies at etablering av aktsomhetsnormen handler om hvilke krav og forventninger objektivt sett kan stilles til skadevolders reaksjon på skade- eller tapsrisiko, mens unnskyldningsgrunner handler om en vurdering av skadevolders og skadelidtes subjektive

---

<sup>35</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 121.

<sup>36</sup> Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 90.

<sup>37</sup> Ibid. s. 100.

<sup>38</sup> Ibid. s. 100.

<sup>39</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 56.

<sup>40</sup> Lødrup og Asland (2013) s. 47.

<sup>41</sup> Kjelland (2017) s. 87.

<sup>42</sup> Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 284.

forhold. Helhetsvurderingen består dermed i en avveining av ulike faktorer som må tilpasses det aktuelle typetilfellet generelt og det konkrete faktum i en aktuelle saken.<sup>43</sup>

En forutsetning for å få tildelt BankID er at den som ønsker å benytte seg av ordningen må signere BankID-avtalen, krav til innehaverens handlemåte må derfor ses i sammenheng med BankID-avtalen som regulerer innehaverens plikter. Det fremgår av avtalens punkt 4.1 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.»<sup>44</sup>

Etter naturlig språklig forståelse pålegger avtalen innehaver en positiv forpliktelse til å ikke overlate eller røpe sine personlige sikkerhetslementer for noen. Avtalen utdyper ikke nærmere hva som legges i «må ikke røpes for noen» eller «overlates», men det henvises til finansavtalelovens § 34 (1) som regulerer bruk av betalingsinstrument. Det fremgår av bestemmelsen at innehaver skal bruke BankID i samsvar med avtalevilkårene, og ta «alle rimelige forholdsregler for å beskytte de personlige sikkerhetsanordningene.» Finansavtaleloven § 34 omfatter ikke misbruk av BankID til låneopptak, men den samme adferdsnormen har blitt lagt til grunn på ulovfestet grunnlag i saker der BankID har blitt misbrukt til låneopptak.<sup>45</sup> Forpliktelsene i avtalen må derfor ses i lys av henvisningen til finansavtalelovens § 34 (1) og tolkes i en bredere kontekst. Dette innebærer at det ved tolkning av avtalen i tillegg til alminnelig ordlydsfortolkning, må foretas en bredere rimelighetsvurdering av hvilke tiltak som kan anses som rimelige i den konkrete situasjonen. Det betyr at forpliktelser etter avtalen må tolkes slik at resultatet blir rimelig.<sup>46</sup> Kommende finansavtalelov § 3-19 lovfester dette utgangspunktet for misbruk av BankID til låneopptak, og har samme ordlyd som finansavtaleloven § 34.<sup>47</sup> Det innebærer at avtalevilkårene også etter ny lov vil måtte tolkes i lys av tilsvarende ordlyd i lovforslagets § 3-19.

---

<sup>43</sup> Kjelland (2017) s. 87.

<sup>44</sup> DNB Bank ASA (u.å.). Avtalens utforming kan variere noe fra bank til bank. I denne fremstillingen benytter jeg DNB Bank ASA sine avtalevilkår.

<sup>45</sup> Se punkt 2.1 hvor jeg redegjør for Høyesteretts tilnærming til spørsmålet.

<sup>46</sup> Kjørven, Høgberg og Woxholth synes å være av samme oppfatning, se Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt 2.

<sup>47</sup> Se punkt 2.2.2.

## 2.1 Kort om hvordan erstatningsspørsmålet ved misbruk av BankID til låneopptak blir løst i dag – Høyesteretts tilnærming

HR-2020-2021-A gjelder ikke misbruk i parforhold, men er den første og foreløpig eneste høyesterettsavgjørelsen som omhandler BankID-misbruk, og er helt sentral i aktsomhetsvurderingen på området. Avgjørelsen klargjør de erstatningsrettslige utgangspunktene i saker hvor BankID misbrukes til å låneopptak, og banken fremsetter krav om erstatning overfor BankID-innehaver. Høyesterett løfter frem relevante forhold på skadevolder og skadelidtes side, og gir anvisning på hva som etter rettens syn anses som rimelig risikofordeling. Avgjørelsen har derfor en overføringsverdi til andre typetilfeller.

I saken hadde et ektepar misbrukt en manns BankID til å ta opp et forbrukslån. Spørsmålet i saken var om banken hadde krav på å få sitt tap erstattet av BankID-innehaver som ble utsatt for misbruket. Høyesterett foretok en avveining av risikoen innehaver skapte ved å opptre uforsiktig med sin oppbevaring av kodebrikken, opp mot den tapsrisikoen som banken skapte ved å tilrettelegge for at BankID kan benyttes til låneopptak av betydelige beløp. Basert på den konkrete risikoavveiningen og skadepotensialet konkluderte retten enstemmig med at BankID-innehaver ikke hadde opptrådt uaktsomt, selv om han kunne bebreides for måten kodebrikken ble oppbevart på.

Det sentrale utgangspunktet for vurderingen var hvorvidt innehaver har «handlet innenfor atferdsnormer som gjelder på området».<sup>48</sup> Høyesterett oppstilte med henvisning til BankID-avtalen og analogi fra finansavtalelovens regulering av erstatningsansvaret ved misbruk av konto og betalingsinstrument i § 34 utgangspunktet for vurderingen av hvorvidt innehaver kan anses for å ha opptrådt uaktsomt, som et spørsmål om innehaver har tatt alle rimelige forholdsregler for beskytte seg mot misbruk.<sup>49</sup> Førstvoterende foretok så en presisering av innholdet i normen, og påpekte at vurderingen av hva som anses som rimelige forholdsregler må bygge på hva som er praktisk mulig uten at det medfører en urimelig stor byrde for BankID-innehaver, eller vil gjøre bruken av BankID-systemet upraktisk.<sup>50</sup>

Normen som Høyesterett oppstilte er objektiv, men synes også å være dynamisk og gir rom for relativisering. Hvilke forholdsregler som anses som rimelige må dermed vurderes konkret og tilpasses situasjonen som normen anvendes på. Hva som anses som rimelige forholdsregler kan med andre ord variere ut ifra situasjonen, og normen må tilpasses til den konkrete situasjonen den anvendes på. Slik at rettsanvender må se på hvilke krav stilles det til en persons adferd i en

---

<sup>48</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 53.

<sup>49</sup> Ibid. avsnitt 54.

<sup>50</sup> Ibid. avsnitt 98.



gitt rolle, handlingsalternativer og forventinger i lys av hva en normalt forstandig person ville ha gjort i en tilsvarende situasjon.<sup>51</sup>

Høyesterett legger i sin vurdering av ansvarsgrunnlaget stor vekt på bankens rolle som skadelidt, og hvilke forventinger som kan stilles til bankens opptreden. Førstvoterende påpeker i lys av lovforslaget til ny finansavtalelov at i tilfeller der den skadelidte tilhører en gruppe som kan forventes selv å iverksette tiltak for å unngå tap, må det få betydning når det tas stilling til om BankID-innehaver i det enkelte tilfelle har opptrådt uaktsomt.<sup>52</sup> Høyesterett oppstiller dermed skadelidtes forhold som et sentralt og viktig moment i helhetsvurderingen av ansvarsgrunnlaget. Det sentrale med dette vurderingsmomentet er hvem som har skapt tapsrisikoen og hvilken av partene som er nærmest til å iverksette tiltak for å forhindre at tapet inntreffer. Risikobetraktninger inntar dermed en sentral plass i vurderingen av innehaverens aktsomhet, og kan sies å være avgjørende for utfallet i dommen. Slik vektlegging av skadelidtes forhold tilsier høy terskel for at innehaver skal bli pålagt ansvar i slike typetilfeller.

Videre slår Høyesterett fast at forpliktelsen om å ta rimelige forholdsregler omfatter kodebrikke og passord hver for seg. Det vil si at innehaver i utgangspunktet har et selvstendig ansvar til å påse at alle elementene hver for seg er beskyttet. Det er etter dette i utgangspunktet ikke tilstrekkelig for å unngå erstatningsansvar at eksempelvis passord ikke har blitt «røpet» for andre.<sup>53</sup> Høyesterettsvurdering tyder dermed på at det er tilstrekkelig for å etablere ansvar at innehaver har opptrådt uaktsomt ved bruk eller oppbevaring av kun et av flere elementer som inngår i BankID-sikkerhetsanordningen.

Når det gjelder innehaverens omgang med passord er det interessant å merke seg at det i denne saken ble fremlagt nye opplysninger for Høyesterett om innehaverens bruk av BankID som ble utslagsgivende for rettens vurdering. Lagmannsrettens bevisvurdering ble dermed overprøvd, og førstvoterende viste til at det nye bevisbildet tilsa at lagmannsrettens resonnement om hvordan gjerningspersonene fikk tak i passordet ikke lenger kunne opprettholdes.<sup>54</sup> Endringene i bevisbildet tilsa at BankID-innehaver selv benyttet BankID kort tid før misbruket inntraff, og at svindleren mest sannsynlig tilegnet seg passordet gjennom overvåkning, og ikke ved at passordet enten var skrevet ned i nærheten av kodebrikken eller at koden var lett å gjette seg til, slik som lagmannsretten la til grunn som mest sannsynlig hendelsesforløp. Det er også verdt å bemerke at årsaken til lagmannsrettens feilaktige konklusjon rundt hendelsesforløpet skyldes at banken tidligere hadde fremlagt mangelfull logg over innehaverens innlogginger.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Dette støttes også av øvrig høyesterettspraksis og juridisk litteratur, se f.eks.: Kjelland (2017) s. 86.

<sup>52</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 61.

<sup>53</sup> Ibid. avsnitt 97.

<sup>54</sup> Ibid. avsnitt 86.

<sup>55</sup> Loggen var mangelfull i den forstand at bare annenhver side var kopiert/skrevet ut.

Dette viser at sakens opplysning i det store og hele er avhengig av bevisene som banken sitter på og fremlegger. Som avgjørelsen her viser kan bevisene banken fremlegger være mangelfulle, uten at den private parten har noen forutsetninger for å kunne oppdage og imøtegå dette. Noe som i sin tur kan lede til uriktige domsresultater, og true rettssikkerheten til innehaverne av BankID. Dette aspektet kan gjøre seg særlig gjeldende der misbruket skjer i et parforhold, hvor bevissituasjonen kan by på særlige utfordringer ved at partene bor i samme husholdning, og det kan være stor tvil om hvordan svindleren fikk kunnskap om passordet. Særlig fordi det eneste beviset den private parten råder over i slike saker er deres egen forklaring. Samt, som jeg viser i punkt 3.1, at passord i realiteten er den eneste skranken mot misbruk i parforhold. Dette viser også at bevisspørsmålet og aktsomhetsvurderingen i slike saker til en viss grad kan være sammenblandet.

Det avgjørende spørsmålet for Høyesterett var dermed om BankID-innehaver var erstatningsansvarlig på grunn av uforsiktig oppbevaring av kodebrikken.

I den konkrete saken hadde innehaver oppbevart kodebrikken over lengre tid på sin arbeidsplass mens han var på ferie. Førstvoterende kom i utgangspunktet frem til at innehaver hadde opptrådt klanderverdig med sin oppbevaring av kodebrikke, men i lys av bankens svake kontroll- og sikkerhetsrutiner konkluderte retten med at det ikke forelå grunnlag for ansvar.<sup>56</sup> Dette tilsier at terskelen for ansvar ligger høyt, og at det i utgangspunktet kreves at innehaver må ha opptrådt kvalifisert klanderverdig for å komme i ansvar.

For øvrig uttaler førstvoterende i et obiter dictum at når det gjelder oppbevaring av kodebrikke at «[...] det bare i særlige tilfeller [kan] være aktuelt å anse oppbevaring hjemme som uaktsomt. Det vernet som ligger i at bolig er låst og normalt ikke er tilgjengelig for andre enn husholdningsmedlemmer og deres gjester, må vanligvis være tilstrekkelig til å oppfylle aktsomhetskravet».<sup>57</sup> Dette er en viktig presisering når det gjelder oppbevaring av kodebrikke. Det er uklart hvilke «særlige tilfeller» som ifølge Høyesterett kan føre til at oppbevaring av kodebrikke i hjemmet blir å anse som uaktsomt. Formuleringen synes imidlertid å gi anvisning på en konkret vurdering, hvor det kreves særlige holdepunkter for at oppbevaring hjemme skal anses som uaktsomt. Selv om saken ikke gjaldt misbruk i nære relasjoner, mener jeg at uttalelsen kan tas til inntekt for at oppbevaring av kodebrikken i eget hjem, også i parforhold, ikke kan anses som uaktsomt. Slik at det i et parforhold i utgangspunktet ikke kan forventes at innehaver skal iverksette særlige tiltak for å beskytte kodebrikken. En slik forventning kunne ha ført til urimelig stor byrde for innehaver, om det i det hele tatt er mulig å iverksette tiltak som kan forhindre at andre i husholdningen får hånd om kodebrikken.

---

<sup>56</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 103 og 104.

<sup>57</sup> Ibid. avsnitt 99.

## **2.2 Hvordan skal spørsmålet løses når ny finansavtalelov trer i kraft?**

### **2.2.1 Overordnet om ny finansavtalelov**

Lovforslaget utvider finansavtalelovens anvendelsesområde til å gjelde ulike typer finansavtaler, som etter lovens definisjon omfatter blant annet avtaler om «finansielle tjenester» og «finansoppdrag», jf. lovforslaget § 1-3 (1).

Begrepet «finansielle tjenester» er i og for seg ikke et nytt begrep, men någjeldende lov inneholder ingen definisjon av hva begrepet omfatter. Det fremgår imidlertid av NOU 1994: 19 s. 110 at begrepet sikter til tjenester som er regulert i loven, altså avtaler om innskudd, lån, garanti og kausjon, samt oppdrag slik som finans- og rådgivningsoppdrag. Begrepet videreføres i den nye finansavtaleloven og får nå en egen definisjon i § 1-3, hvor det fremgår at begrepet omfatter «alle banktjenester, kredittjenester og betalingstjenester og alle tjenester som gjelder investering og individuelle pensjoner». Låne- og kredittavtaler har følgelig også tidligere vært omfattet av loven, men någjeldende lov inneholder i motsetning til ny finansavtalelov, ingen regulering av konsekvensene ved misbruk av BankID i forbindelse med andre finansielle tjenester enn betalingsoppdrag. Ny finansavtalelov innebærer derfor enn utvidelse av lovens virkeområdet, ved å også regulere innehaverens plikter og ansvar ved misbruk av BankID også i andre tilfeller, herunder låne- og kredittavtaler, jf. §§ 3-16 – 3-21. BankID-innehaverens plikter og ansvar for tap med utmålingsregler er regulert i henholdsvis §§ 3-19 og 3-20.

Utgangspunktet etter kommende finansavtalelov § 3-20 er at det er tjenesteyter som er ansvarlig for tap som oppstår som følge av BankID-misbruk. For det tilfellet det skulle være aktuelt med ansvarliggjøring av BankID-innehaver, følger det av lovforslagets § 3-20 første ledd at tjenesteyteren ikke kan gjøre gjeldende overfor innehaver større erstatningsansvar enn de egenandeler som følger av bestemmelsens etterfølgende ledd. Bestemmelsen oppstiller så et skille mellom tre grader av skyld, hvorav innehaver svarer med inntil 450 kr med mindre hen «ikke kunne ha oppdaget misbruket på forhånd og heller ikke har opptrådt svikaktig», 12 000 kr ved grovt uaktsom pliktunntatelse, og fullt erstatningsansvar ved forsettlig pliktbrudd, jf. § 3-20 (2), (3) og (4). En slik regulering samsvarer i stor grad med reglene for misbruk av konto og betalingsinstrument i gjeldende lov § 35, som videreføres i den nye lovens § 4-30 med noen mindre endringer.<sup>58</sup> Dersom det kan konkluderes med at vilkårene for erstatning foreligger, må det videre vurderes om forsømmelsen utgjør et simpelt, grovt eller forsettlig pliktbrudd.

---

<sup>58</sup> Innst.104 L (2020-2021). s. 7.

## 2.2.2 Innebærer lovforslaget en realitetsendring?

Forutsetningen for at BankID-innehaver skal være erstatningsansvarlig etter kommende finansavtalelov er at ansvar kan pålegges «etter ellers gjeldende rettsregler», jf. ny finansavtalelov § 3-20. Dette er en henvisning til alminnelige erstatningsrettsligerelger, hvor ansvaret er betinget av skyld hos den påståtte skadevolder. Skyldspørsmålet skal dermed også etter den kommende loven avgjøres etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Dette tilsier at tidligere praksis i utgangspunktet forblir relevant selv når loven trer i kraft.

Etter kommende lov må innehaverens ansvar ses i sammenheng med plikter knyttet til bruk av BankID som elektronisk signatur. Det fremgår av lovens § 3-19 at BankID skal brukes i «samsvar med vilkårene for utstedelse og bruk og [innehaver] skal ta alle rimelige forholdsregler for å beskytte personlig sikkerhetsinformasjon som er knyttet til de elektroniske signaturfremstillingsdataene». Etter naturlig språklig forståelse innebærer dette at det må foretas en todelt vurdering, hvor det først må kartlegges hvilke plikter innehaver har i henholdt til BankID-avtalen, og deretter må det vurderes om innehaver har tatt «alle rimelige forholdsregler» for å oppfylle sine plikter.

Begrepet «rimelig» er et vagt begrep som har karakter av å være en rettslig standard, hvilket nødvendigvis må føre til at hva som anses som rimelig må vurderes konkret ut ifra den aktuelle konteksten og situasjonen begrepet anvendes på. Hva som anses som rimelig i en type situasjon vil nødvendigvis ikke være rimelig i en annen sammenheng. Ordlyden gir derfor en anvisning på en konkret situasjonsbestemt vurdering av hva som anses som rimelige forholdsregler. Kravet til opptreden må dermed relativiseres utfra hvilke faktiske handlingsalternativer og muligheter innehaver har for å forhindre misbruk. Dersom innehaver i realiteten har begrensede eller ingen lett gjennomførbare alternative handlingsmåter kan ansvar ikke pålegges.

Det er slik vurderingstemaet også har blitt fremstilt av Høyesterett i HR-2020-2021-A etter gjeldende rett. Førstvoterende knyttet aktsomhetsvurderingen etter gjeldende rett an til avtalevilkårene som godtas ved opprettelsen av BankID, og ved analogi fra finansavtalelovens regler om misbruk av konto og betalingsinstrument utledet at det sentrale vurderingstemaet må være hvorvidt innehaver har tatt «alle rimelige forholdsregler».<sup>59</sup> Den kommende finansavtaloven synes dermed kun å kodifisere utgangspunktet, som i dag også gjelder på ulovfestet grunnlag. Utgangspunktet for vurderingen vil derfor i hovedsak fremdeles være slik det har vært hittil. Dette medfører at argumentasjonen i rettspraksis før lovens ikrafttredelse forblir aktuell å se hen til. Dette gjelder særlig avgjørelser som tar hensyn til den nye loven, slik som Høyesterett gjorde i HR-2020-2021.

---

<sup>59</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 54-55.

Dette er i imidlertid ikke ensbetydende med at terskelen for ansvar som hittil har blitt lagt til grunn i rettspraksis samsvarer med hva som ønskes oppnådd med lovforslaget.

Det påpekes i Prop.92 LS (2019–2020) på side 175 at det i rettspraksis gjennomgående har blitt «[...] lagt til grunn en meget streng aktsomhetsnorm for innehaver». I den forbindelse trekkes LB-2018-192525 inn som eksempel på annen rettsoppfatning. Henvisningen til LB-2018-192525 kommenteres ikke nærmere, og det er noe uklart hva departementet ønsker å gi uttrykk for gjennom denne henvisningen.

Sammenhengen i departementets argumentasjon og formålet bak lovforslaget om styrket forbrukervern tilsier imidlertid at avgjørelsen til en viss grad har vært veiledende for hvilken rettstilstand som ønskes oppnådd. Dette særlig i lys av departementets uttalelse på side 183, hvor det uttales at:

«Slik departementet ser det, er det et klart behov for en bedre beskyttelse av enkeltpersoner enn det som følger av dagens regler.»<sup>60</sup>

Komiteen har fulgt denne argumentasjonslinjen og har særlig trukket frem eksempler på misbruk i parforhold hvor innehavere, som etter rettens syn ikke beskyttet passord og kodebrikke godt nok, ble ansett for å ha opptrådt uaktsomt eller grovt uaktsomt.<sup>61</sup> Det ble i sammenheng med dette uttalt at det «[...] har ført til at ofre må betale forbruksbanker enorme summer for lån de ikke selv har tatt opp og heller ikke visste om. I lovforslaget forsøker man å klargjøre reglene og styrke svindelofres stilling.»<sup>62</sup>

Dette tilsier etter mitt syn at lovgivers ønske, særlig når det gjelder misbruk i parforhold, er å lempe innehaverens ansvar. Samt at LB-2018-192525 til en viss grad kan tjene som et eksempel for etterfølgelse.

### *2.2.2.1 Betydningen av skyldgrader for aktsomhetsvurderingen*

Innføringen av skyldgrader reiser spørsmålet om hvilke utslag det skal ha for aktsomhetsnormen, herunder hvilke utslag det gir for vurderingen av aktsomhetsvurderingen i parforhold. Det kan spørres om det i BankID-saker må legges til grunn en mildere aktsomhetsnorm enn ellers.

---

<sup>60</sup> Prop.92 LS (2019–2020) s. 183.

<sup>61</sup> Innst. 104 L (2020–2021) s. 20.

<sup>62</sup> Innst. 104 L (2020–2021) s. 20.

Komiteen har i Innst. 104 L (2020-2021) s. 21 uttalt at:

«[ . . ] man i lovforslaget innfører grenser for hvor mye en BankID-innehaver som er blitt svindlet, maksimalt må dekke av bankens tap. [...] Forslaget vil føre til at dagens praksis i domstolene, der bankens tap ofte blir veltet over på svindelofferet, ikke vil fortsette. Nå som bankene i større grad må dekke tapet selv, vil det også føre til at bankene får et incentiv til å sette opp sikrere løsninger som forhindrer svindelforsøk».

Uttalelsen tyder på at innføringen av ansvarsbegrensningen har som formål å redusere innehavernes ansvar overfor bankene, herunder styrke deres rettsstilling. Spørsmålet er imidlertid om dette også skal ha innvirkning på hvilken aktsomhetsnorm som skal legges til grunn i slike saker.

Det alminnelige erstatningsrettslige utgangspunktet er at skyldgraden er uten betydning når aktsomhetsnormen skal fastsettes. Det er normalt tilstrekkelig med simpel uaktsomhet for å komme i ansvar.<sup>63</sup> Høyesterett har imidlertid vist i HR-2020-2021-A at terskelen for ansvar ved misbruk av BankID skal ligge høyere, og at det kreves kvalifisert klanderverdig opptreden for at innehaver skal komme i ansvar etter gjeldende rett.<sup>64</sup>

Kommende lovs § 3-20 er en spesialbestemmelse som oppretter en sontring mellom skyldgrader, hvor det sentrale vil være grensen mellom grov uaktsomhet hvor erstatningsansvaret begrenses til 12 000 kr og forsett som innebærer fullt ansvar. Hovedregelen etter § 3-20 er at banken må bære tapet, men dersom innehaver utviser grov uaktsomhet eller forsett vil banken likevel kunne kreve erstatning. Slik at innehaverens ansvar gjøres betinget av at hen har opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig.

Loven må tolkes i tråd med formålet og de hensyn som søkes ivaretatt. Ettersom forslaget søker å styrke innehavernes rettsstilling og plassere større del av ansvaret på bankene, tilsier dette at innføringen av skyldgradene i hvert fall ikke har ment å utvide grensen for innehavernes ansvar. Med andre ord kan innføringen av skyldgrader ikke innebære at grensen for erstatningsansvar utvides, eksempelvis ved at det skal mindre til for at kravet til synbarhet og påregnelighet i aktsomhetsvurderingen blir oppfylt. Når det i forslaget er uttrykt et ønske om styrket forbrukervern, har det formodningen mot seg at aktsomhetsnormen skal være strengere enn hittil, snarere tvert om. Ettersom forslaget søker å styrke innehavernes rettsstilling og plassere større del av ansvaret på bankene, tilsier dette at innføringen av skyldgradene i hvert fall ikke

---

<sup>63</sup> Wilhelmsen og Hageland (2017) s. 138-140.

<sup>64</sup> Se punkt 2.1.

har ment å utvide innehavernes ansvar, men snarere lempe det gjennom å ilegge banken hovedansvaret for tap.

Departementets uttalelse i Prop.92 LS (2019–2020) på side 183 om at ved finansielle tjenester vil «[...] tjenesteyterens risiko generelt være noe skjerpet, og at pseudounderskriverens eventuelle erstatningsansvar tilsvarende er noe mer lempelig sammenlignet med hva som gjelder for pseudodisposisjoner på andre rettsområder, der uaktsomhet kan medføre et ansvar for pseudounderskriveren», støtter dette. Uttalelsen tilsier at det i utgangspunktet kreves mer en simpel uaktsomhet for å etablere ansvar for innehaver. Dette må tas hensyn til i aktsomhetsvurderingen. Dette kan i sin tur medføre at tidligere praksis som har lagt til grunn en strengere aktsomhetsplikt for innehaver ikke vil kunne opprettholdes når ny lov trer i kraft. Hvorvidt dette er meningen med innføringen av skyldgrader er imidlertid ikke helt klart.

### **3 Momenter som må tas hensyn til når aktsomhetsnormen i parforhold skal fastlegges**

I dette kapittelet vil jeg redegjøre for momenter som gjør seg særlig relevante når aktsomhetsnormen skal fastlegges i parforhold.

#### **3.1 Betydningen av at innehaver og bedrager bor i samme husholdning**

BankID er ansett som sterk kundeautorisering som er ment å gi høyeste sikkerhetsnivå.<sup>65</sup> Definisjonen av sterk kundeautorisering, som jeg har redegjort for i punkt 1.5, forutsetter at sterk kundeautorisering foreligger kun hvis kravene til to eller flere elementer er oppfylt. Elementene må være frittstående i forhold til hverandre, slik at brudd på ett kriterium ikke skal medføre brudd på andre elementer i løsningen og som er utformet slik at opplysningenes/elementenes fortrolighet er sikret, er oppfylt.<sup>66</sup> Kravene er dermed i utgangspunkt tilfredsstillt for BankID.

Når innehaver bor i samme husholdning med andre, og har begrenset med muligheter til å holde kodebrikken sikret slik at andre husstandsmedlemmer ikke enkelt kan få tak i den, kan det ikke sies at kodebrikken er noe «bare» innehaver har. Når det heller ikke kan stilles krav til oppbevaring av kodebrikken som vil utgjøre urimelig stor byrde for BankID-innehaver, eller gjøre bruken av BankID upraktisk, herunder at oppbevaring i hjemmet normalt ikke kan anses som uforsvarlig,<sup>67</sup> tilsier det at BankID ikke ivaretar innehavernes sikkerhet tilstrekkelig i alle sammenhenger da sikkerhetsnivået må anses betydelig svekket når flere innehavere bor i samme husholdning. Dette er særlig aktuelt i parforhold, hvor medlemmene i husholdningen eksempelvis ikke har egne rom som de kan låse, og det er upraktisk å bære kodebrikken på seg til enhver tid. Sikkerhetsanordningen kan derfor sies å svikte i situasjoner der innehaver bor i samme husholdning med andre som enkelt kan få tak i hverandres kodebrikke. Dette kan tilsi at BankID-ordningen ikke lever opp til det sikkerhetsnivået den er ment å ivareta. Noe som reiser spørsmålet om BankID generelt er egnet til bruk som sikker identifikasjon, samt hvilke utslag sikkerhetsanordningen med hensyn til risikobetraktninger skal gi i en aktsomhetsvurdering.

I HR-2020-2021-A uttalte Høyesterett i avsnitt 32 at:

---

<sup>65</sup> Digitaliseringsdirektoratet; Eid.difi.no (u.å.)

<sup>66</sup> Se punk 1.5.

<sup>67</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 99.



«Selv om fødselsnummeret er en personopplysning som skal beskyttes, er det i praksis mange muligheter for at andre kan bli kjent med dette. Fødselsnummeret kan dermed ikke anses som en del av sikkerhetssystemet.»

Dette var i utgangspunktet ikke et stridsspørsmål mellom partene, og kan dermed sies å være uten betydning for den konkrete saken. Likevel finner jeg uttalelsen av interesse i relasjon til hva som kan anses å være en del av sikkerhetssystemet i parforhold. Noe som i sin tur er relevant i aktsomhetsvurderingen, herunder hvilke krav kan stilles til skadelidte og skadevolder. Uttalelsen understreker etter min mening generelle svakheter ved BankID som sikkerhetsanordning. Samt at passord i realiteten er den eneste skranken mot misbruk i parforhold, hvor fødselsnummer og kodebrikke i praksis ikke er mulig å beskytte og bare utgjør illusoriske beskyttelselementer i sikkerhetsanordningen.

I situasjoner der innehaver bor i en husholdning med andre kan innehaver vanskelig sies å ha overlatt BankID til andre, så lenge det ikke kan kreves at det holdes innelåst i en safe som bare innehaver kjenner koden til. Det sentrale spørsmålet i parforhold vil dermed være knyttet til hvorvidt innehaver har opptrådt uaktsomt med sin håndtering av passord, herunder hvilken betydning passord som eneste skranke mot misbruk skal tillegges i aktsomhetsvurderingen.<sup>68</sup>

### 3.1.1 Betydning av passord som eneste skranke mot misbruk

I situasjoner der de to øvrige elementene med sikkerhetsanordningen ikke er mulig å beskytte i samme husholdning, står innehaver igjen bare med passord som eneste beskyttelse mot misbruk. I praksis tilsvarende det laveste sikkerhetsnivå, på lik linje med innlogging til sosiale medier, slik som en konto på Facebook. Den eneste forskjellen er at konsekvensene kan bli betraktelig større. Dette medfører at innehaver i slike situasjoner har svært begrensede muligheter til å beskytte seg selv mot misbruk. Dette utgjør en svakhet ved sikkerhetsanordningen som banken står nærmest til å gjøre noe med.

Jeg finner støtte for dette i EUs forordning nr. 910/2014 om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske signaturer. Det fremgår av forordningens vedlegg II punkt 1. bokstav d) at tilbyder av elektroniske signaturfremstillingsdata som brukes til fremstilling av elektronisk signatur blant annet skal sikre at innehaver:

«[...]på en pålitelig måte kan hindre andre i å bruke de elektroniske signaturfremstillingsdataene som brukes til fremstilling av elektroniske signaturer.»

---

<sup>68</sup> Det har også vært den sentrale problemstillingen i LB-2020-55377 og LB-2018-192525, som jeg kommer tilbake til i punkt 4.1.

En naturlig språklig forståelse tilsier en plikt for tilbyder av anordningen og tjenesteyter som tilbyr elektronisk signatur til å sørge for at sikkerhetsanordningen gir tilsiktet sikkerhet i alle sammenhenger. Dermed også at sikkerhetsanordningen tilpasses situasjoner hvor det oppstår særlige utfordringer med å beskytte elementene i sikkerhetsanordningene. Selv om BankID-systemet oppfyller de formelle kravene til sikker kundeautorisasjon,<sup>69</sup> oppfyller det ikke hensynene bak forordningen når systemet ikke gir tilsiktet sikkerhet i nære relasjoner. Der sikkerhetsanordningen ser ut til å svikte, plikter tilbyder av løsningen å sikre at innehaver har muligheter til å forhindre misbruk.

Dette er særlig relevant der BankID brukes utenfor det som kan betegnes som det opprinnelige bruksområdet for BankID, nemlig betalingstransaksjoner. Når bruksområdet utvides, tilsier det at sikkerhetsanordningen må tilpasses til den økte risikoen som utvidelse av bruksområdet innebærer.<sup>70</sup> Risikoen vil kunne avhjelpes gjennom endringer i sikkerhetssystemets utforming, eksempelvis ved bruk av biometriskedata istedenfor passord. Alternativt gjennom ytterligere sikkerhets- og kontrolltiltak ved avtaleinngåelse.

Dersom dette ikke gjøres til tross for at risikoen må anses å være kjent for bankene, kan det være uttrykk for at bankene har akseptert tapsrisikoen i tilfeller der misbruket foretas av noen innehaver bor sammen med. Banken som frivillig utsetter seg for en risiko som den har kunnskap om hva innebærer, kan ikke kreve erstatning for risikoen som realiserer seg.<sup>71</sup> Dette har vært en kjent risiko for bankene i mange år.<sup>72</sup> Det tilsier også at bankene må sette i verk tiltak, hvis ikke, vil bankene i utgangspunktet måtte bære tapet. Svakheter ved sikkerhetsordningen må derfor få utslag i aktsomhetsnormen som legges til grunn i slike saker.

### 3.1.2 Hva kan forventes av innehavere i parforhold når det gjelder håndtering av passord?

I mange tilfeller vil passord enkelt kunne tilegnes gjennom overvåking eller være lett å gjette seg til etter flere års samliv. Dette kan nødvendigvis ikke likestilles med at passord «røpes for noen» eller kan knyttes til at innehaver har opptrådt uforsiktig. Slik Høyesterett gir uttrykk for i HR-2020-2021-A avsnitt 92 vil en bedrager i alminnelighet ha flere muligheter til «å få tilgang til et passord uten å være avhengig av at innehaver opptrer uforsiktig». Dette må i

---

<sup>69</sup> Se punkt 3.1.

<sup>70</sup> HR-2020-2021-A støtter dette synspunktet, se avsnitt 58-61 hvor Høyesterett problematiserer utvidet bruk av BankID.

<sup>71</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 104 siste setning, se også Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 293.

<sup>72</sup> Se Finans Norge (2013) punkt 8. Rapporten tilsier at risikoen har vært kjent i bransjen helt siden 2013. Se også Finans Norge (2020).

utgangspunktet gjelde såfremt innehaver ikke opptrer skjødesløst/klanderverdig med sin håndtering av passord.

I parforhold kan det vanskelig sies at inntasting av passord når ektefellen befinner seg i umiddelbar nærhet, og kan få med seg passordet, kan karakteriseres slik. En bedrager som har en etablert tillitsrelasjon til innehaver vil naturligvis ha enda flere muligheter til å tilegne seg passord gjennom overvåking. Det er ikke ensbetydende med at innehaver har en oppfordring til å reagere så fremt tillitsbåndet i forholdet står sterkt, og innehaver ikke har noen holdepunkter for utvise særlig forsiktighet. Mer til det mindre betraktninger tilsier at en innehaver i utgangspunktet ikke kan forventes å utvise større forsiktighet overfor sin ektefelle/samboer enn en tredjeperson. En karakterisering av adferden som uforsvarlig i slike situasjoner vil også samsvare dårlig med hensyn bak lovforslaget som forsøker å klargjøre reglene og styrke innehavernes rettsstilling med henvisning til at tidligere rettspraksis førte til uheldige resultater.<sup>73</sup>

Terskelen for hva som anses som uforsiktig vil naturligvis måtte differensieres ut ifra omstendighetene og relasjonens art. Tillit kan som nevnt sies å være grunnsteinen i parforhold og aktsomhetskravet kan ikke ses adskilt fra dette. Vurderingen av hva som anses som uforsiktig håndtering må derfor knyttes an til tillitsforholdet mellom ektefeller og relasjonens art. I lys av HR-2020-2021-A og formålet bak lovforslaget skal det imidlertid svært mye til for at tilegnelse av passord gjennom overvåking eller gjetting kan karakteriseres som uaktsomt. Tingrettspraksisen, som jeg nevner i punkt 1.1, er derfor etter mitt syn ikke helt treffende.

Når det gjelder tilfeller der passord deles med ektefellen/samboeren vil det i utgangspunktet utgjøre brudd på BankID-avtalen. Situasjonen vil derfor i slike tilfeller kunne stå seg annerledes, og forholdet vil i utgangspunktet kunne karakteriseres som uaktsomt som følge av pliktbruddet.

Etter mitt syn kan brudd på avtalen alene imidlertid ikke være tilstrekkelig for å kunne konstatere uaktsomhet i alle tilfeller. Det erstatningsrettslige systemet bygger på at en kan bebreides.<sup>74</sup> Graden av bebreidelse står derfor helt sentralt for om det foreligger ansvarsgrunnlag, om handlingen utgjør et simpelt, grovt eller forsettlig pliktbrudd. Kjørven, Høgberg og Woxholth har også, i tilknytning til sin vurdering av forsettlikvilkåret, påvist at den tekniske koblingen av vurderingen til avtalepliktene, ikke alltid er helt treffende. Dette fordi

---

<sup>73</sup> Innst. 104 I (2020-2021) s. 20, se også punkt 2.2.2.

<sup>74</sup> Se punkt 2 hvor jeg redegjør for rettslige utgangspunkter.

kjernen i vurderingen, uansett må være hvor klanderverdig handlingen er.<sup>75</sup> Etter mitt skjønn må dette også gjelde i relasjon til aktsomhetsvurderingen generelt.

Det kan tenkes at avtalen legger opp til en for streng norm, eller at normen ikke reflekterer virkeligheten i alle sammenhenger. Slik jeg har vist i punkt 2 siste avsnitt, må plikter etter avtalen tolkes slik at resultatet blir rimelig. Etter mitt syn må vurderingen derfor nyanseres noe ut ifra sammenhengen opplysningene deles i. Selv om avtalen pålegger innehaver en plikt til å ikke dele BankID med andre, må det i aktsomhetsvurderingen vurderes i hvilken grad plikten rent praktisk er mulig å etterleve i alle sammenhenger. Vurderingen må videre ta hensyn til om innehaver rent faktisk hadde handlingsalternativer og kunne forhindre misbruket.<sup>76</sup> Det må også vurderes om andre momenter i aktsomhetsvurderingen trekker i motsatt retning. Her sikter jeg særlig til forhold på tjenesteyterens side, som både Høyesterett og departementet, løfter frem som et viktig moment i helhetsvurderingen.<sup>77</sup>

Det kan tenkes at innehaver eksempelvis lever i en voldelig relasjon med bedrageren uten reell innflytelse på egen livssituasjon. Et eksempel på hvor dette har vært tilfellet er 17-201534TVI-OTIR/06. Saken gjaldt en innehaver som over en lengre periode hadde blitt utsatt for familievold og innehaverens ektefelle misbrakte hennes BankID til å ta opp lån. Lånet ble misligholdt, og banken fremmet et erstatningskrav mot innehaveren. Tingretten kom frem til at innehaver hadde opptrådt uaktsomt ved at hun visste at hennes voldelige ektefelle hadde tilgang til hennes BankID og kjente passordet, men ikke foretok seg noe.

Retten i 17-201534TVI-OTIR/06 uttalte at «det er ikke godtgjort at familievoldsregimet var årsaken til hennes [innehaverens] unnfallenhet» samt at flere momenter tydet på at kvinnen «selv sto for kreditten [...], eller i det minste at det var en omforent beslutning med ektemannen». Tingretten kom frem til dette selv om innehaverens ektefelle ble dømt for grov familievold mot innehaver, og innehaver forklarte at det ville blitt bråk dersom hun protesterte mot ektefellens bruk av hennes BankID.<sup>78</sup> I lys av straffedommen kan frykten for ektefellens reaksjon sies å være klart berettiget. Avgjørelsen tyder derfor på at retten ikke viet tilstrekkelig oppmerksomhet til at kvinnen levde i en voldelig relasjon og hadde begrensede muligheter til å forhindre misbruket.

I avtaleretten er det rettslige utgangspunktet at disposisjoner, som rettstridig fremtvinges gjennom vold eller trusler som er egnet til å fremkalle berettiget frykt for liv og helbred, fører

---

<sup>75</sup> Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt 6.

<sup>76</sup> Kjelland (2017) s. 86.

<sup>77</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 61 og 104, Prop.92 LS (2019–2020) s. 183-184.

<sup>78</sup> 17-105912MED-FOLL.

til ugyldighet, jf. avtaleloven § 28 første ledd.<sup>79</sup> Erstatningsansvar med henvisning til et presumert interessefellesskap, som i voldelige relasjoner kan sies å være ikke-eksisterende ved at innehaver ikke har noen reell mulighet til å påvirke interessefellesskapet og potensielt frykter for eget liv, har derfor formodningen mot seg og fører til dårlig sammenheng i regelverket.

En slik tilnærming er videre uforenlig med det erstatningsrettslige utgangspunktet som tar hensyn til forhold på skadevoldersiden, herunder handlingsalternativer. Når en innehaver lever i en voldelig relasjon, hvor hen daglig utsettes for vold og trusler, både mot seg selv og eventuelle felles barn, kan det vanskelig sies at innehaver har en reell mulighet til å forhindre misbruk. I slike tilfeller kan det derfor ikke bli tale om ansvar.

### **3.2 Kan passord som eneste skranke tilsi skjerpet aktsomhetsplikt for innehavere i parforhold?**

Parforhold skaper et særlig rom for misbruk og det kan spørres om dette, av preventive grunner, gir innehavere som lever i parforhold en særlig sterk oppfordring til beskytte passordet sitt da dette i realiteten er deres eneste beskyttelse mot misbruk. Dette kan ses på som et spørsmål om rimelig risikofordeling. Spørsmålet har også blitt tatt opp i LB-2020-55377, som jeg kommer tilbake til i punkt 4.1, hvor jeg foretar en særskilt analyse av rettens argumentasjon i saken.

Et sentralt moment i vurderingen vil være handlingens skadeevne, herunder om den var eller burde vært synbar for innehaver. Det kan også formuleres som et spørsmål om skaden og det potensielle omfanget av eventuell skade var påregnelig for innehaver.

Prevensjonshensynet er et av flere relevante hensyn som begrunner erstatningsansvar i norsk rett. Det finnes flere eksempler fra høyesterettspraksis hvor reelle hensyn blir lagt til grunn på erstatningsrettens område.<sup>80</sup> Reelle hensyn blir også gjennomgående beskrevet i juridisk teori som del av gjeldende rett.<sup>81</sup> Noe som kan sies å styrke reelle hensyns status på erstatningsrettens område.

Prevensjonshensynet uttrykker et ønske om å forebygge risikoen, og tilsier at den som råder over risikoen og kan iverksette kontroll- og sikkerhetstiltak bør ha ansvaret for eventuelle tap.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Se Werenskjold (2020) hvor hun behandler dette aspektet i et menneskerettslig perspektiv.

<sup>80</sup> Se f.eks. Rt. 1969 s. 109 og Rt. 2001 s. 1221.

<sup>81</sup> Se f.eks. Kjelland (2017) s. 85.

<sup>82</sup> 07-159206ASI-BORG/01.

Prevensjonshensynet kommer også til uttrykk i Høyesteretts vurdering i HR-2020-2021-A, ved at Høyesterett problematiserer forebyggingsmuligheter.<sup>83</sup>

Som nevnt innledningsvis kjennetegnes parforhold av at relasjonen er tillitsbasert, og ektefeller vil normalt ha en fellesinteresse om å ivareta hverandre økonomisk og sosialt. Misbruk i parforhold skiller seg derfor vesentlig fra situasjoner der det er en tredjeperson som står for misbruket, og den særlige risikoen avhjelpestil en viss grad av tillitsbåndet mellom ektefeller. Dette aspektet problematiser også i begge lagmannsrettsavgjørelser som jeg vil komme tilbake til i punkt 4.1.

Det innebærer også at det i alminnelighet vil være en forskjell i hvor nærliggende og synlig risikoen for misbruk og tapspotensialet ved deling av BankID må antas å være avhengig av omstendighetene rundt, herunder hvem opplysningene deles med. Det er nærliggende å legge til grunn at dersom opplysningene deles med ektefellen, vil de fleste som lever i en sunn parrelasjon gå ut ifra at dette ikke innebærer noen særlig fare for misbruk som kan medføre betydelig økonomisk tap. Delvis fordi relasjonen karakteriseres av stor grad av tillit, samt fordi skadepotensialet ved misbruk av BankID er uoversiktlig og innehavere ikke helt er klare over skadepotensialet ved misbruk av BankID. Skadepotensialet er for øvrig generelt vanskelig å forespeile, i motsetning til eksempelvis misbruk av bankkort, hvor innehaver må antas å kjenne til hvor mye penger hen har på konto. Høyesterett har i sin vurdering lagt vekt på at selv om innehavere:

«[...] generelt må forventes å være klar over risikoen for misbruk, og at dette kan lede til økonomisk tap knyttet til urettmessige betalingstransaksjoner, fremstår det ikke på samme måte som nærliggende at BankID skal kunne benyttes som eneste grunnlag for inngåelse av avtaler i innehaverens navn som medfører ansvar for meget store pengebeløp.»<sup>84</sup>

Tillit betyr som nevnt å stole på hverandre, og det gir lite mening å kreve at en skal utvise større varsomhet overfor en man stoler på enn tredjepersoner. Å pålegge innehavere i parforhold en strengere aktsomhetsplikt enn hva som gjelder i forhold til tredjepersoner ville utgjøre et angrep på grunnleggende verdier i samfunnet, og dermed føre til en brist mellom retten og samfunnet retten søker å regulere.

Samtidig kan relasjoner være forskjellige slik at risikoen for misbruk kan være mer synlig i enkelte relasjoner enn andre. Eksempelvis i tilfeller der ektefellen har et spillavhengighet som

---

<sup>83</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 61 og 104.

<sup>84</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 106.

hen ikke han styre, og tidligere har forsøk å føre innehaver bak lyset. Tillit er videre ikke statisk, og kan styrkes og svekkes over tid eller som følge av ulike hendelser. Aktsomhetsnormen som anlegges i nære relasjoner må ta hensyn til dette, og at forhold kan arte seg ulikt. Det kan først være grunn til å kreve større varsomhet når det foreligger konkrete holdepunkter for det, slik at ansvaret gjenspeiler realiteten. Dersom konkrete holdepunkter kan påvises rundt skadestidspunktet, kan det av preventive grunner tilsi ansvar for innehaver. Dette nødvendiggjør at relasjonens art adresseres helt konkret i hver enkelt sak. Likevel er dette bare et av flere momenter som må tas hensyn til i vurderingen, og innehaver må innrømmes en viss grad slingringsmann før adferd som kan kritiseres skal anses som erstatningsbetingende uaktsom.<sup>85</sup> På generelt grunnlag kan det ikke forventes at innehavere er klare over at BankID kan benyttes som eneste grunnlag for opplåning.<sup>86</sup>

Vurderingen må også ta hensyn til skadelidtes forhold til risikoen. Tapsrisikoen må i alminnelighet antas å være godt kjent for bankene som har lagt opp til at BankID kan benyttes til opplåning.<sup>87</sup> Det påpekes av departementet i Prop.92 LS (2019–2020) på s. 185 at risikoen ved misbruk av BankID til låneopptak er klart større sammenlignet med kontooverføring men at:

«dette skyldes de grensene betalingstjenesteytere har satt for størrelsen på betalingstransaksjoner som kunden kan gjennomføre ved bruk av tjenesten. Slik departementet ser det, er det ikke noe som skulle hindre kredittyttere i å innføre lignende sikkerhetstiltak ved utbetaling av kreditt.»

Bankene råder selv over risikoen som de utsetter seg og innehavere for ved å tilrettelegge for betydelig opplåning kun ved bruk av BankID. Det må derfor tas hensyn til i vurderingen at skadelidte i slike saker er finansielle institusjoner som råder over fremgangsmåten, og har de beste forutsetninger for å vurdere og forebygge risikoen.

Jeg finner også støtte for dette i HR-2020-2021-A, hvor førstvoterende la avgjørende vekt på at skadelidte i saken var en profesjonell aktør som har tilrettelagt for låneopptak kun ved bruk av BankID og «dermed bevisst [har] valgt en handlemåte som innebar klar risiko for tap».<sup>88</sup> Selv om det ikke kan forventes at bankene iverksetter særlige kontroll- og sikkerhetstiltak ved bruk av BankID innenfor dens vanlige bruksområdet har situasjonen seg annerledes der BankID benyttes til låneopptak.<sup>89</sup> Når bankene er kjent med risikoen, og likevel velger å utsette seg for det, kan det tyde på bevisst aksept av risikoen fra bankenes side. Jo mer synlig risikoen er for

---

<sup>85</sup> HR-2018-1234-A avsnitt 41.

<sup>86</sup> Ibid. avsnitt 106.

<sup>87</sup> Se Finans Norge (2013) punkt 8. Rapporten tilsier at risikoen har vært kjent i bransjen helt siden 2013.

<sup>88</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 104.

<sup>89</sup> HR-2020-2021-A avsnitt 61.

banken, desto høyere blir terskelen for å kunne anse innehaverens opptreden som erstatningsbetingende uaktsom.<sup>90</sup>

Prevensjonshensynet blir best ivaretatt når ansvar plasseres hos den som har en reell mulighet til å påvirke risikoen. På BankID-feltet skapes risikoen i det store bildet av bankene som tilbyr store kreditter gjennom elektronisk saksbehandling ved bruk BankID som eneste identifikasjon av kunden. Bankene har størst kontroll over risikoen knyttet til misbrukssituasjoner. Prevensjonshensynet tilsier dermed at risikoen bør plasseres hos bankene som skaper, og kan fjerne eller redusere, skaderisikoen. Bankene har videre langt flere pulveriseringsmuligheter enn en privatperson gjennom å forsikre seg mot slike skader eller tapsføre med skattefordel. Skadelidtes forhold må derfor tillegges særlig vekt i den konkrete helhetsvurderingen.

### **3.3 Grensen mellom grov uaktsomhet og forsett**

Det praktisk viktige tilfellet hvor spørsmålet om forsett og grov uaktsomhet kan komme på spissen i parforhold er situasjoner hvor passordet har blitt delt med ektefellen. Dette fordi, som jeg har vist i punkt 3.2, kun i svært sjeldne tilfeller kan bli tale om uaktsomhet der passordet i parforhold har blitt tilegnet gjennom overvåkning eller gjetting.

I dette kapittelet vil jeg forsøke å redegjøre for når deling av passord kan karakteriseres som grovt uaktsomt og når det kan karakteriseres som forsettlig. Forutsetningen er at passordet har blitt delt, og det konkluderes med at innehaver har opptrådt uaktsomt.

Det følger av kommende finansavtalelov § 3-20 (3) at innehaver svarer med egenandel inntil 12 000 kr «dersom tapet skyldes at rettighetshaveren grovt uaktsomt har unnlatt å oppfylle sine plikter etter § 3-19 første og annet ledd». Lovforslaget § 3-20 (3) slår videre fast at innehaver svarer for bankens tap uten ansvarsbegrensning, dersom hen har «misligholdt en eller flere av sine plikter etter § 3-19 første og annet ledd forsettlig slik at rettighetshaveren måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at de elektroniske signaturfremstillingsdataene kunne bli misbrukt.»

Bestemmelsen knytter an begrepet grov uaktsomhet til unnlattelse av å oppfylle sine plikter, mens forsett knyttes an til forsettlig mislighold av plikter som innehaver «måtte forstå» kan innebære en «nærliggende fare» for misbruk. En naturlig språklig forståelse av «unnlatt» tilsier at innehaver har forsømt å oppfylle sine plikter etter avtalen. Deling av BankID informasjon vil i utgangspunktet oppfylle pliktbruddvilkåret, men som jeg har visst i punkt 3.1.2 er det ingen automatikk i dette. Unnlattelsen må i tillegg kunne klassifiseres som grov uaktsom.

---

<sup>90</sup> Se f.eks. Hagstrøm og Stenvik s. 446.



Begrepet mislighold er i alminnelighet ensbetydende med pliktbrudd. For at kravet til forsett skal være oppfylt må det foreligge en frivillig forsettlig overgivelse av BankID-informasjonen. I tillegg må det vurderes om innehaver «måtte forstå» at pliktbruddet kunne innebære «en nærliggende fare» for misbruk. Det må følgelig foretas en vurdering i to ledd. Det må først vurderes hvorvidt innehaverens opptreden utgjør et forsettlig pliktbrudd, deretter om handlingen faller inn under forsettsbestemmelsen fordi innehaver «måtte forstå» at det kunne føre til misbruk.

BankID-avtalen er en standardavtale som inngås en gang, og som gjerne løper i mange år. Det er også allment kjent at de færreste leser, og har oversikt over, ulike former for standardavtaler de har signert, herunder hvilke forpliktelser de har påtatt seg i medhold av standardavtalen. Avtalen er for så vidt jeg vet også bare tilgjengelig på norsk og engelsk. Det er allment kjent at mange personer med innvandrerbakgrunn kan mangle språklige forutsetninger for å forstå innholdet i avtalen.<sup>91</sup> Det kan derfor tenkes at innehaver kan være i villfarelse med hensyn til innholdet i pliktene, men også faktiske forhold. Forsett krever at innehaverens kunnskap dekker både faktiske og rettslige forhold.<sup>92</sup> Rettsvillfarelse innebærer at dersom du ikke vet at du bryter en plikt i avtalen, så kan du heller ikke ha handlet forsettlig. For eksempel hvis en person ikke behersker språket avtalen er utformet på, og banken heller ikke på andre måter har gitt innehaver informasjon om at passord ikke skal deles med andre, herunder ektefellen, så vil innehaver kunne sies å være i rettslig villfarelse. Forsettsvilkåret vil da ikke være oppfylt.

I de følgende forutsettes det at pliktbruddvilkåret er oppfylt, og spørsmålet er om forholdet også kan karakteriseres som grovt uaktsomt eller forsettlig.

Det fremgår av Innst. 104 L (2020–2021) på side 23 at forståelsen av begrepet forsett er ment å samsvare med «alminnelige regler om skadeserstatning», og forsett foreligger når skadevolderen holder det for mest sannsynlig («måtte forstå») at den aktuelle skaden vil inntreffe som et resultat av skadelidtes handling». Med andre ord kreves det sannsynlighetsovervekt i relasjon til tapet for at forsettskravet skal være oppfylt. Marte Kjørven, Alf-Petter Høgberg og Geir Woxholth problematiserer dette i sin artikkel som omhandler forsettskravet ved uautoriserte betalingstransaksjoner etter gjeldende og kommende lov. I artikkelen kartlegges innholdet i forsettskravet og det påvises at det kan være grunnlag for å anlegge en kontraktsrettslig innfallsvinkel når innholdet i finansavtalelovens forsettsbegrep skal fastlegges, slik at det ikke nødvendigvis kreves sannsynlighetsovervekt i alle sammenhenger.<sup>93</sup> Kjørven,

---

<sup>91</sup> Solberg, Klein og Waheed (2021).

<sup>92</sup> Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021), punkt 7.5.

<sup>93</sup> Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021), punkt 9.

Høgberg og Woxholth anfører at komiteens merknad ikke samsvarer med hvordan forsettsvilkåret er forstått i kontraktsretten ellers, altså at det kan være tilstrekkelig at det foreligger grov uaktsomhet i forhold til faren for tap. Ifølge Kjørven, Høgberg og Woxholth reiser dette tvil om hvordan forsettsbegrepet skal forstås, men det er ifølge forfatterne klart at det minst kreves grov skyld i relasjon til tapet.<sup>94</sup> Selv om artikkelen er knyttet til bestemmelsen om uautoriserte betalingstransaksjoner, er spørsmålene nært beslektet, og det fremgår av forarbeidene at forsettsbegrepet skal forstås på samme måte etter begge reguleringer.<sup>95</sup>

I komiteens innstilling trekkes det frem som eksempel at innehaver som får «bistand til å betale regninger på en slik måte at hjelperen får kjennskap til personlig sikkerhetsinformasjon, ikke nødvendigvis har handlet med forsett». Det legges til grunn at bedrager for å kunne misbruke en annens BankID må ha tilgang til elementene i BankID'en. Altså at det ikke holder at bedrager kjenner til innehaverens passord, så lenge hen ikke også har fritt tilgang til kodebrikken som er nødvendig for å inngå avtalen. Når kjennskap til passordet ikke er tilstrekkelig til å utføre misbruk, fordi bedrager også må ha rådighet over kodebrikken, vil kjennskap til passordet «heller ikke alene være tilstrekkelig for å si at vedkommende måtte forstå at det forelå en nærliggende fare for misbruk.» Slik at innehaver i slike tilfeller vil kunne påberope seg ansvarsbegrensningen etter § 3-20 tredje ledd, altså grov uaktsomhet.<sup>96</sup>

Spørsmålet er imidlertid hvordan dette skal forstås i situasjonen der svindler bor i samme husholdning med innehaver og passord, slik jeg redegjør for i punkt 3.1, er den eneste beskyttelsen.

Hensynet bak lovforslaget samt rimelighetsbetraktninger taler for at uttalelsen ikke kan tolkes dithen at svindlerens kjennskap til passord og enkle tilgang til kodebrikke heller i denne sammenheng vil være ensbetydende med at innehaver «måtte forstå» at det innebærer fare for misbruk. Uttalelsen tyder på at det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt den konkrete situasjonen utgjorde en fare for misbruk. Slik at den mest nærliggende tolkning må være at det kreves klare holdepunkter for at innehavers opptreden skal kunne karakteriseres som forsettlig i slike tilfeller.

Etter mitt syn kan deling av passord med ektefellen *per se*, vanskelig tilsi at innehaver «måtte forstå» at det forelå nærliggende fare for misbruk. Dette med mindre det foreligger konkrete holdepunkter for det i den konkrete saken.

---

<sup>94</sup> Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021), punkt 9.

<sup>95</sup> Innst.104 L (2020–2021) s. 23.

<sup>96</sup> Ibid. s. 21 og 22.

Risikoen for misbruk vil utgangspunktet alltid kunne sies å være til stede, det må imidlertid antas at slik risiko ikke vil være like til stede og like synlig i parforhold som i forhold til tredjemenn. Samt at risikoen ved misbruk av BankID i alminnelighet er uoverskuelig. Dette med mindre konkrete holdepunkter tilsier noe annet. I denne vurderingen vil graden av klander knyttet til subjektive forhold hos innehaver ha særlig betydning.<sup>97</sup> I innstillingen uttales det at forsettsbegrepet skal forstås slik 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».<sup>98</sup> Eksemplene tyder på at graden av sårbarhet og digitalkompetanse vil stå sentralt i helhetsvurderingen. Når det skal tas stilling til graden av utvist klanderverdighet må det derfor ses hen til subjektive forhold hos innehaver. Kjørven, Høgberg og Woxholth synes også å være samme omfatning og påpeker at innehaverens erfaring og kunnskap vil være relevante momenter i vurdering.<sup>99</sup>

Det tilsier at det i parforhold må foretas en vurdering av den konkrete relasjonen mellom innehavere og ektefellen/samboeren. Dette fordi, slik jeg har redegjort for i punkt 3.2, rettsanvender i slike relasjoner ikke kan presumere at en slik fare i parforhold i alminnelighet er til stede. Kjørven, Høgberg og Woxholth skriver i sin artikkel at i «nærliggende fare for misbruk» må det sentrale være om det i den *konkrete* situasjonen var en fare for misbruk ettersom deling av sikkerhetsinformasjon alltid vil innebære en *generell* risiko for misbruk,<sup>100</sup> og synes derfor å være av samme oppfatning.

Så lenge ektefellene bor sammen vil bedrager i utgangspunktet ha fri tilgang til kodebrikken, slik at misbruk kan gjennomføres relativt enkelt. Deling av passord som eksemplifiseres i innstillingen, vil i parforhold i utgangspunktet være nok til å utføre misbruk, da andre sikkerhetslementer ellers vil være lett tilgjengelig for svindleren. Dette skyldes imidlertid svakheter ved hvordan BankID som sikkerhetsanordning er utformet, og manglende sikkerhets- og kontroll rutiner gjennom elektronisk saksbehandling. Finansinstitusjoner bidrar dermed til den økte risikoen.

Sett i sammenheng med relasjonens tillitsbaserte karakter, lovens formål og kjente svakheter ved sikkerhetsanordningen tilsier det etter mitt syn at terskelen for å konstatere forsett ved deling av passord i samlivstilfeller bør ligge høyere enn ellers. Det må foreligge klare holdepunkter for at innehaver i det konkrete tilfellet «måtte forstå» at deling av passord med

---

<sup>97</sup> Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021) punkt. 10.

<sup>98</sup> Innst.104 L (2020–2021) s. 22.

<sup>99</sup> Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021), punkt 10.

<sup>100</sup> Ibid. punkt 9.

ektefellen kan innebære en fare for misbruk. Slik at det i parforhold i utgangspunktet må anlegges en helt konkret vurdering i lys av relasjonens art, hvor graden av klander må være svært stor for kunne konstatere forsett, selv om passordet har blitt delt med bedrageren som har enkel tilgang til resten av elementene i sikkerhetsanordningen.

Eksemplifisering i innstillingen tyder på at deling av passord i utgangspunktet vil kunne karakteriseres som grov uaktsom. Etter mitt syn taler gode grunner for at dette utgangspunktet bør nyanseres noe. Siden relasjonen karakteriseres av stor grad av tillit og passord er den eneste beskyttelsen i slike tilfeller, mener jeg at slik kjennskap heller ikke automatisk kan tilsi at innehaver har opptrådt grovt uaktsomt.

Begrepet «grovt uaktsomt» forstås i alminnelighet som et krav om at det må foreligge et markert avvik fra hva som anses som forsvarlig adferd på det aktuelle livsområdet. Det må altså dreie seg om adferd som er sterkt klanderverdig og gir grunnlag for sterk bebreidelse.<sup>101</sup> Hva som vil anses som et markert avvik fra forsvarlig adferd må avgjøres helt konkret. Hvis avviket ikke er større enn det andre ellers gjør fra tid til en annen, kan det vanskelig karakteriseres som grovt.<sup>102</sup> Etter mitt syn vil ikke enhver deling av passord med sin ektefelle automatisk oppfylle denne karakteristikken.

Lovens formål, relasjonens tillitsbaserte art og svakheter ved BankID ordningen tilsier etter mitt syn at vurdering av grov uaktsomhet også bør være gjenstand for en konkret helhetsvurdering, hvor samlivets varighet og karakter tillegges betydning. Etter mitt syn må vurderingen ta hensyn til hva som med rimelighet kan forventes av innehaver med hensyn til sikkerhetstiltak. Det må antas at jo lengre ekteskapet har vært desto mer berettiget vil tilliten mellom ektefellene kunne være, slik at deling av passord i mindre grad vil kunne karakteriseres som uforsiktig, selv om det utgjør et pliktbrudd. Deling av passord med ektefellen etter 15 års samliv vil naturligvis kunne stille seg annerledes enn der forholdet er nytt. Når det gjelder relasjonens karakter mener jeg at det også må ses hen til i hvilken grad tilliten mellom ektefellene har vært begrunnet basert på tidligere erfaringer i økonomiske forhold. Herunder innehaverens forhold til familieøkonomien. Hvis innehaver har stolt blindt på partneren, og har over flere år overlatt økonomistyringen ukritisk til den andre, uten selv å ha kontroll på hva som foregår, vil adferden kunne karakteriseres som svært klanderverdig. Dette selv om relasjonen har vært langvarig. Slik at samlivets varighet og karakter må vurderes samlet. Situasjonen kan imidlertid være en annen i relasjoner hvor partnerne gjennom flere år har delt passord seg imellom i forbindelse med daglig økonomistyring uten problemer, og ektefellen plutselig tar opp et lån i den andres navn. Jeg mener at dersom innehaver i slike tilfeller har en rimelig

---

<sup>101</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 137, Rt. 1989 s. 1318, Rt. 2004 s. 1942.

<sup>102</sup> Nygaard (2007) s. 216.

forklaring på hvorfor passord har blitt delt med ektefellen, og det forut for misbruket ikke kan påvises endringer i relasjonens karakter som burde tilsi større varsomhet enn tidligere, at forholdet i utgangspunktet ikke vil kunne karakteriseres som grovt. LB-2018-192525, som jeg kommer tilbake til i punkt 4.1, har anlagt tilsvarende tilnærming i aktsomhetsvurderingen.

Relasjonens tillitsbaserte karakter i forhold til graden av utvist klander har også blitt problematisert i nemndspraksis. Et eksempel er sak BKN-2004-165.<sup>103</sup> Saken gjaldt riktig nok ikke misbruk av BankID, men den kan etter min mening likevel tjene som et eksempel på tillitens betydning i parforhold. Vedtaket er gammelt, og gjaldt spørsmålet om grov uaktsomhet etter finansavtaleloven § 35, slik den lød ved vedtakelsen i 1999 frem til ordlydsendringen i 2009. Ordlyden ble endret fra en generell vurdering, til at vurderingen ble knyttet til plikter i avtalen. Likevel, illustrerer den at tillit gjennomgående problematiseres som et reelt hensyn i saker hvor misbruk skjer i parforhold.

I BKN-2004-165 hadde kortholders fraseparerte ektefelle misbrukt hans kort for til sammen 9 900 kr. Kortholder hadde latt kort og kode være igjen i ektefellenes felles bolig da han flyttet ut. Kort og kode var oppbevart separat i to forskjellige skjenker. Saken ble avgjort under dissens. Nemdas flertall kom fram til at kortholder kunne bebreides for å ikke ha tatt med seg kort eller kode da han flyttet ut, eller sperret/hentet kortet da han husket at kortet ble liggende i boligen. Nemndas flertall kom likevel til at adferden ikke kunne karakteriseres som grov. Nemnda knyttet vurderingen an til relasjonenes art, som ikke tilsa at ektefellen forut for separasjonen «hadde misbrukt kortholders tillit i økonomiske forhold som det foreliggende». Mindretallet var enig i at hva som anses som uforsvarlig må knyttes an til endringene i forholdene, men var uenig i hvilke forhold skal anses som en endring som tilsier større varsomhet. Mindretallet uttalte at «[d]en oppbevaring som på et gitt tidspunkt kunne anses som forsvarlig, kan fremstå som uforsvarlig etter at det, som her, inntreffer endringer i forholdene», og anså selve separasjonen og utflyttingen som en slik endring av forholdene som tilsa «at kortholders fortsatte oppbevaring av kort og kode i tidligere felles hjem, må karakteriseres som markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte». Både flertallet og mindretallet er følgelig enige om at det må foretas en helt konkret vurdering av relasjonens art, og at oppbevaring av kortet og koden i felles hjem, slik at ektefellen har tilgang til det, i utgangspunktet ikke kan karakteriseres som grovt pliktbrudd.

---

<sup>103</sup> Det finnes nyere avgjørelser ved andre former for nære relasjoner som anlegger en strengere norm. Ettersom oppgavens hovedfokus ligger på parforhold, og jeg kun ønsker å finne frem til en hensiktsmessig måte til hvordan spørsmålet kan tilnærmes rent praktisk, valgte jeg å avgrense søket til misbrukstilfeller blant ektefeller og samboere. Nyere praksis anlegger som nevnt en strengere norm, antageligvis ikke i parforhold, men det tilsier at praksis også i disse relasjoner ville ha vært strengere.

Et annet eksempel hvor tillit ble tillagt betydning er BKN-2002-033. I denne saken hadde kortholders fraseparerte og angivelig kriminelle ektefelle misbrukt hennes bankkort for til sammen 24 000 kr. Ektefellen stjal kortet som var oppbevart på soverommet under et besøk i ektefellenes felles bolig. I likhet med sak BKN-2004-165 hadde nemda vektlagt i sin vurdering at det ikke forelå konkrete holdepunktet for at kortholder før misbruket har hatt grunn til mistanke om at ektefellen kunne utøve bedrageri. Kortholders manglende iverksettelse av sikkerhetstiltak når ektefellen hadde tilgang til boligen for samvær med barn ble følgelig ikke ansett som grovt uaktsomt.

Etter mitt syn kan derfor ektefellens kjennskap til passord ikke være ensbetydende med grov uaktsomhet i alle sammenhenger, og hver sak må vurderes helt konkret, hvor det sentrale må være relasjonens art og karakter. I lys av eksemplene i forarbeidene skal det imidlertid mye til for at deling av passord ikke skal anses som grovt uaktsomt.

Det er noe usikkert, men deling av passord alene i parforhold kan etter mitt syn ikke automatisk tilsi at innehaver har opptrådt forsettlig ei grovt uaktsomt, selv om deling av passord utgjør et pliktbrudd. Etter mitt syn må det kreves klareholdepunktet for at deling av passord ikke skal anses som grovt uaktsomt og terskelen vil i utgangspunktet måtte legges høyt, men det kan tenkes unntak. Det sentrale for om handlingen anses som simpelt, grov uaktsom eller forsettlig må naturligvis være graden av klanderverdigheten i handlingen. Skyldgradene må forstås i tråd med den funksjonen de har i loven, nemlig å skjerpe innehaverens ansvar i takt med graden av klander.<sup>104</sup> Graden av klander må naturligvis være større ved forsett enn grov uaktsomhet. Det er imidlertid vanskelig å fastsette konkret hvor terskelen skal ligge, da vurderingene til en viss grad glir over i hverandre. Tapspotensialet ved misbruk av BankID kan i alminnelighet sies å være lite kjent og uoverskuelig. Det avgjørende må være i hvilken grad tapsrisikoen har vært synbar for innehaver. Dette må naturligvis bero på en helhetsvurdering av de konkrete omstendighetene rundt misbruket. I lys av formålet med loven bør innehaver ved eventuelt tvil om skyldgraden kunne påberope seg ansvarsbegrensningen etter § 3-20 tredje ledd. Etter mitt syn tilsier relasjonens tillitsbaserte art og svakheter ved BankID-ordningen at det må anlegges en noe lempeligere aktsomhetsvurdering i nære relasjoner enn ellers, også når skyldgraden skal bestemmes. Slik at terskelen for at adferden kan karakteriseres som forsettlig vil ligge svært høyt, og det er kun i helt spesielle tilfeller forsett kan komme på tale i parforhold.

---

<sup>104</sup> Kjørven, Høgberg og Woxholth (2021), punkt 10.

## **4 Kan tidligere underrettspraksis opprettholdes?**

I dette kapittelet vil jeg foreta en analyse av to lagmannsrettsavgjørelser som tar for seg aktsomhetsvurderingen i parforhold. Det sentrale spørsmålet i begge sakene var hvorvidt BankID-innehaver hadde opptrådt uaktsomt ved sin håndtering av passord, herunder hvilken aktsomhetsnorm som skal legges til grunn når misbruket skjer i en relasjon preget av tillit, hvor innehaver og misbruker bor i samme husholdning.

Med utgangspunkt i lagmannsrettens argumentasjon i LB-2020-55377 og LB-2018-192525, vil i jeg i lys av rettskildebildet jeg har redegjort for ovenfor, vurdere hvilke aktsomhetskrav stilles det, og om praksisen kan opprettholdes. Avgjørelsene vil i den sammenheng tjene som to eksempler på hvordan spørsmålet har blitt løst, herunder vurderingen av hvilken fremgangsmåte er best i tråd med rettskildebildet. Samt hvilken løsning er mest hensiktsmessig i lys av de særlige utfordringer som ligger i aktsomhetsvurderingen når misbruk skjer i parforhold, samsvarer best med rettsfølelsen, og er best egnet til å føre til det mest rimelige resultater.

I det følgende vil jeg først presentere begge avgjørelser hver for seg. Deretter vil jeg i punkt 4.2 foreta en sammenligning og vurdering av sakene i lys av rettskildebildet.

### **4.1 Presentasjon av utvalgte lagmannsrettsavgjørelser**

#### **4.1.1 LB-2020-55377**

Spørsmålet i saken var om BankID-innehaveren var ansvarlig for bankens tap som følge av at BankID-innehaverens samboer hadde misbrukt hans personlige identifikasjon til å inngå kredittkortavtale med banken hvor kredittgrensen ble satt til 50 000 kr. Det angis imidlertid i dommen at hovedstolen var på 73 528, 92 kr, og det er var beløpet som utgjorde bankens påståtte tap. Det fremgår av dommen at paret hadde vært samboere fra 2006 og hadde to felles barn. BankID-innehaver var selvstendig næringsdrivende, mens samboeren som misbrukte hans BankID til å inngå en rekke låne- og kredittavtaler med diverse banker var hjemmeværende. Ifølge avgjørelsen ble forholdet anmeldt av BankID-innehaver kort tid etter at han oppdaget misbruket. Noe senere flytter paret fra hverandre. Innehaver ble frikjent for alle krav i tingretten, men en bank anket dommen. I lagmannsretten ble innehaver pålagt ansvar. Dommen er avsagt enstemmig.

Lagmannsretten oppstiller innledningsvis det rettslige utgangspunktet for vurderingen, og fastslår kort at utgangspunktet er alminnelige erstatningsregler, og at BankID-innehaverens ansvar også fremgår av avtalen om BankID som har et eget punkt om vern av passord.

Retten går deretter videre til å se på HR-2020-2021-A og presenterer enkelte utdrag fra Høyesteretts vurdering, hvor det blant annet vises til finansavtalelovens regler om misbruk av konto og betalingsinstrument, samt lovforslaget til ny finansavtalelov.<sup>105</sup>

Lagmannsretten oppstiller på bakgrunn av dette vurderingsnormen i saken, hvor det avgjørende er hvorvidt innehaver har opptrådt uaktsomt med oppbevaring av passordet holdt opp mot kredittytters manglende iverksettelse av kontrolltiltak. Herunder at det må foretas en avveining av rolleforventninger til skadelidtes og skadevolder.<sup>106</sup>

Retten tar så opp den sentrale utfordringen med bruk av BankID i nære relasjoner, nemlig at passord er den eneste reelle beskyttelsen BankID-innehaver har mot misbruk i et parforhold. Det påpekes at misbruk i parforhold kun kan forhindres ved at innehaver holder sitt personlige passord skjult, herunder at opptreden som muliggjør at andre får kjennskap til passordet er, på sett og vis, en kalkuleret risiko innehaver tar ved å ikke ha beskyttet passordet sitt tilstrekkelig godt. Dermed må innehaveren bære konsekvensene av et eventuelt misbruk. I lys av dette oppstiller lagmannsretten en skjerpet aktsomhetsplikt for innehaver og uttaler at:

«Av preventive grunner mener lagmannsretten at nettopp det forholdet at man bor sammen og har tillitt til hverandre, tilsier en særlig aktsomhetsplikt for å beskytte sitt passord.»

Uttalelsen viser at lagmannsretten forankrer den særlig strenge aktsomhetsplikten med henvisning til prevensjonshensynet, og begrunner dette med at passordet i praksis er den eneste skranken mot misbruk fra ektefelle/samboer, samt henviser til interessefellesskapet som et parforhold representerer. Lagmannsrettens etterfølgende subsumpsjon og konklusjon tyder klart på at prevensjonshensynet ble tillagt avgjørende vekt for utfallet i saken.

#### 4.1.2 LB-2018-192525

Saken gjaldt spørsmålet om BankID-innehaverens erstatningsansvar overfor banken som følge av at BankID-innehaverens ektefelle hadde misbrukt hennes BankID til å ta opp to store forbrukslån på tilsammen 790 000 kr. I likhet med LB-2020-55377 var spørsmålet i denne saken hvorvidt BankID-innehaver hadde utvist erstatningsbetingende uaktsomhet ved at innehaverens tidligere ektefelle tilegnet seg hennes BankID. I denne saken kom retten imidlertid enstemmig frem til at BankID-innehaver ikke hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt.

---

<sup>105</sup> Se punkt 2.1.

<sup>106</sup> Høyesterett behandler dette aspektet i avsnitt 58-61, og 104-105.



Retten redegjør innledningsvis for det rettslige utgangspunktet i vurderingen. Førstvoterende viser først til juridisk teori og redegjør ut fra dette for grunndefinisjonen av skyld, hvor det sentrale er handle – eller unnlattelsesplikter, altså hvordan adferd i en gitt situasjon skulle ha vært. Førstvoterende presiserer så med henvisning til tidligere høyesterettspraksis at skadevolder må tilkjennes et visst rom for feilvurderinger.

Videre tar lagmannsretten for seg BankID-avtalen som en relevant kilde i kartleggingen av innehaverens plikter ved bruk av BankID. Retten oppstiller med utgangspunkt i finansavtaleloven § 34 første ledd, vurderingsnormen som et spørsmål om hvorvidt innehaver har tatt alle rimelige forholdsregler for å beskytte henholdsvis kodebrikke og det personlige passordet.

Førstvoterende slutter fra de gjennomgåtte kildene at BankID som gyldig form for elektronisk signatur med et stort skadepotensialet som misbruk fører til, medfører at det må legges en streng aktsomhetsnorm til grunn for vurderingen. Likevel med et visst spillerom for adferd som kan kritiseres uten at adferden må anses erstatningsbetingende uaktsom. Retten presiserer videre at ansvaret ikke er objektivt.

Førstvoterende setter så dette om mot situasjoner hvor anordningen brukes av medlemmer i samme husholdning, og fastslår at det personlige passordet i slike tilfeller i realiteten er den eneste beskyttelsen innehaver har mot misbruk. Ifølge retten innebærer dette en sikkerhetsmessig sårbarhet for misbruk i nære relasjoner, som i sin tur innebærer en kjent sikkerhetsrisiko avveid mot fordelene med ordninger som forutsettes kompensert gjennom «de tillitsbånd som må forutsettes å være til stedet i de fleste ekteskap». Førstvoterende slutter fra dette at det er banken som er nærmest til å avhjelpe denne risikoen, og påpeker at alternativet er kompensasjon gjennom urealistiske krav til innehavers aktsomhet og en overføring av bankens tap gjennom et objektivt ansvarsgrunnlag eller omvendt bevisbyrde. Noe som det ifølge retten ikke foreligger rettslig grunnlag for. Det er uklart hvilken vekt retten tillegger dette argumentet da retten ikke kommenterer dette uttrykkelig, men avgjørelsens systematikk tyder på at dette ble ansett som avgjørende for utfallet i saken.

Lagmannsretten oppstiller dermed i utgangspunktet også en streng norm, men relativiserer den i lys av risikobetraktninger og hva som var praktisk mulig for skadevolder og skadelidte å gjøre i den konkrete situasjonen. Det kan ses på som en henvisning til skadevolders handlingsalternativer, og skadelidtes risikoskapning.

Retten fastslår at det kreves konkrete holdepunkter for at innehaver ikke har gjort det som med rimelighet kan forventes for å skjule passord, også for ektefellen. Dersom ansvar skulle pålegges uten slike klare og konkrete holdepunkter ville det ifølge retten i realiteten innebære

ansvar på objektivt grunnlag. Førstvoterende bemerker også at det i et slikt saksforhold er nærmest umulig for innehaver å bevise sin uskyld, da det eneste innehaver råder over er dens egen forklaring. Retten viser her en klar kobling mellom bevisspørsmålet og aktsomhetsvurderingen. Jeg mener at rettens uttalelse på dette punkt er å forstå som en henvisning til at det i saksforhold som det foreliggende, må stilles strenge krav til bankenes bevisførsel uten at retten sier dette uttrykkelig.

I den konkrete subsumpsjonen, knyttet til det personlige passordet, foretar retten en vurdering av om det i saken forelå konkrete forhold som kunne tilsi et skjerpet aktsomhetskrav til innehaver. Retten ser i forbindelse med det på relasjonen mellom ektefellene, særlig med henblikk på gjerningsmannens historikk med psykiske utfordringer, rusmisbruk, kriminelle fortid, samt økonomiske problemer som innehaver bidro med å løse for å bevare familiehjemmet. I lys av at innehaver ikke kjente til gjerningsmannens kriminelle fortid, samt hennes forklaring om at mannen i perioden under misbruket fungerte helt vanlig og det var ingenting ved hans adferd som vekket reaksjoner, fant ikke retten grunnlag for å oppstille skjerpet aktsomhetskrav for innehaver. Lagmannsretten synes her å legge avgjørende vekt på innehaverens forklaring som retten finner konsistent og troverdig, noe som retten påpeker også understøttes av innehaveren har anmeldt forholdet. Videre bemerkes det av retten at innehaver avsluttet det 20 års lange ekteskapet med felles barn når hun oppdaget misbruket, noe som ifølge retten er et viktig argument for at det ikke forelå noen omstendigheter ved relasjonen mellom ektefelle som kunne tilsi skjerpet aktsomhetskrav til innehaver.

## 4.2 Sammenligning og analyse

Begge avgjørelser synes å bygge på noe lignende vurderinger og legger til grunn at tillitt er grunnsteinen i et parforhold. Retten i LB-2020-55377 fant imidlertid at interessefellesskap mellom samboere/ektefeller, bosituasjonen og at relasjonen er tillitsbasert, av preventive grunner *per se* tilsa en skjerpet aktsomhetsplikt. Dette selv om misbruket også i denne saken ble anmeldt og førte til oppløsning av forholdet. I den samlede vurderingen av om innehaver har opptrådt uaktsomt uttalte lagmannsretten i LB-2020-55377 at:

«[...]passordet [er] i praksis den eneste skranken mot misbruk av BankID fra ektefelle/samboer. Det tilsier en særlig aktsomhetsplikt, også på grunn av interessefellesskapet. I vår sak er det ingenting som tilsier at B – selv om ektefellene nå ikke lenger bor sammen – har noe å tape på si at A er helt uten skyld i misbruket, slik hun også gjorde.»

Ved å vektlegge interessefellesskapet på denne måten kan rettens uttalelse gi inntrykk av at retten implisitt påstår at innehaver ikke bare har opptrådt uaktsomt, men kan ha vært delaktig i bedrageriet, herunder at samboerne forklarer seg falskt. Noe som kan sies å være uheldig og ikke hører til i en aktsomhetsvurdering.

Retten i LB-2020-5537 påpeker videre at innehaver tidligere hadde gitt samboeren sitt firesifrede passord, og at det ikke foreligger opplysninger som kunne tilsi at tillitsforholdet mellom ektefellene har blitt svekket i senere tid, og dermed kunne tilsi at innehaver endret sitt forhold til deling av passordet med ektefellen. I denne saken synes dette argumentet imidlertid å være mer knyttet til bevisvurdering og forklaringens troverdighet enn selve aktsomhetsvurderingen. Denne forståelsen støttes av retten i neste setning uttaler at «[L]agmannsretten finner det derfor ikke sannsynlig at han har tatt rimelige forholdsregler for å beskytte sitt nye passord mot hennes innsyn når hun hjalp ham å betale regninger.»

Det avgjørende for rettens oppstilling av skjerpet aktsomhetsplikt i LB-2020-2021-A synes derfor å være interessefellesskapet, herunder at passord er den eneste skranken mot misbruk i et parforhold. Dette selv om misbruket også i denne saken førte til oppløsning av ekteskapet, noe som retten i LB-2018-192525 treffende påpekte, i utgangspunktet styrker at misbruket kom uventet på innehaver og ingenting ved samlivet gav innehaver forvarsel om at partneren ikke var til å stole før misbruket fant sted. Rettens slutning på dette punkt bygger i hovedsak på prevensjonshensynet, og synes å skille seg vesentlig fra vurderingen i LB-2018-192525. Som jeg fremholder i punkt 3.2 er prevensjonshensynet relevant, men i lys av øvrig rettskildebilde ikke tilstrekkelig til å begrunne skjerpet aktsomhetskrav for ektefeller/samboere.

Jeg mener at rettens begrunnelse på dette punkt er for svak og sparsommelig, og mangler tilstrekkelig rettskildemessig forankring. Etter min mening gir verken HR-2020-2021-A, BankID-avtalen, eller kommende finansavtalelov grunnlag for å oppstille en særlig streng aktsomhetsnorm i parforhold. Sett i lys av dette bærer lagmannsrettens bruk av prevensjonshensynet preg av å være korrigerende for rettstilstanden. Altså fravikes utgangspunktet som øvrige rettskildefaktorer legger opp til, noe som gjør det påkrevd med mer utfyllende begrunnelse enn at løsningen anses som hensiktsmessig av preventive grunner. Selv om prevensjonshensynet i utgangspunktet er relevant er det likevel bare tale om ett av flere relevante hensyn som gjør seg gjeldene i saken. Dessuten problematiserer retten ikke prevensjonshensynets effektivitet og relevans i det konkrete typetilfellet. Som jeg fremholder i punkt 3.2 blir prevensjonshensynet best ivaretatt når ansvar plasseres hos den som skaper risikoen og har reelle påvirkningsmuligheter. Når det gjelder misbrukssituasjoner er det bankene som i det vesentlig råder over risikoen. Prevensjonshensynet tilsier dermed, i motsetning til rettens resonnement i LB-2020-55377, at banken bør bære tapet. Slik at denne argumentasjonslinjen ikke kan opprettholdes.

Rettens henvisning til interessefellesskapet har en side til at relasjonen er tillitsbasert. Tillit er som nevnt grunnpilaren i enhver sunn parrelasjon og betyr å stole på hverandre. Relasjonens tillitsbaserte karakter tilsier mindre grad av varsomhet i parforhold enn overfor tredjemenn.<sup>107</sup> Ved at retten i LB-2020-55377 henviser til at interessefellesskapet mellom partene, som i grunn er basert på tillit, tilsier skjerpet aktsomhetsplikt, trekker retten derfor en ulogisk slutning. Utgangspunktet som retten har lagt til grunn i LB-2020-55377 kan etter dette sies å være uforenlig med grunnleggende verdier i et samliv, slik som tillit til hverandre. Med et slik utgangspunkt oppstår det en brist mellom retten og verdiene i samfunnet som lover og regler søker å regulere. Gjennom vektlegging av interessefellesskapet i et parforhold i innehaverens disfavør angriper retten grunnleggende verdier i et samliv, og oppstiller en aktsomhetsnorm som i praksis kan være umulig å etterleve. Dette kan i sin tur kan føre til at ansvaret i utgangspunktet blir pålagt på objektivt grunnlag.

En regel som presumerer et interessefellesskap vil potensielt også kunne ramme særlig sårbare grupper urimelig hardt. Slik jeg har vist i punkt 3.1-3.3, kan forhold arte seg ulikt, noe som aktsomhetsvurderingen også må ta hensyn til.

En generell regel som oppstiller skjerpet aktsomhetsplikt med henvisning til interessefellesskapet, er derfor dårlig egnet som utgangspunkt for aktsomhetsvurderingen i nære relasjoner, slik som parforhold. Et sentral moment i aktsomhetsvurderingen er hvorvidt skadevolder burde og kunne ha handlet annerledes. Skjerpet aktsomhetsplikt som et generelt utgangspunkt begrunnet i forutsatt interessefellesskap gjenspeiler dårlig det alminnelige erstatningsrettslige utgangspunktet, da den ikke tar høyde for at relasjoner kan være ulike og interessefellesskap ikke alltid er en realitet.

Jeg mener at LB-2020-55377 bygger på en feilaktig forståelse av grunnleggende hensyn bak erstatningsansvaret, og stiller urealistiske krav til opptreden i parrelasjoner. Avgjørelsen er etter min mening lite treffende, og vil ikke kunne følges når ny finansavtalelov trer i kraft. Den nye finansavtaleloven søker å klargjøre ansvarfordelingen mellom bank og innehaver, og gir uttrykk for at innehaverens ansvar ønskes lempet i forhold til rettstilstanden slik den har vært hittil. En skjerpet aktsomhetsplikt ville derfor stride mot lovens ånd, slik at praksis som på generelt grunnlag anlegger en skjerpet aktsomhetsplikt for innehavere i parforhold ikke vil kunne opprettholdes.

Retten i LB-2018-192525, oppstilte i utgangspunktet også en streng norm, men relativiserte i lys av risikobetraktninger og hva som var praktisk mulig for skadevolder og skadelidte å gjøre i den konkrete situasjonen. Det kan ses på som en henvisning til skadevolders

---

<sup>107</sup> Se pkt. 3.2 hvor jeg problematiserer dette.

handlingsalternativer, og skadelidtes risikskapning. Utgangspunkt i LB-2018-192525, med vurdering av om det foreligger konkrete holdepunkter i det enkelte forhold som tilsier skjerpet aktsomhet, reflekterer bedre forventinger til hvordan innehaver i et parforhold skal opptre. Det er først når det foreligger særlige holdepunkter for at det ikke foreligger grunnlag for å opptre med slik tillit som et samliv i utgangspunktet bygger på, at innehaver kan sies å ha en særskilt oppfordring til utvise skjerpet aktsomhet.

Jeg mener at rettens argumentasjon i denne saken er bedre forankret og nyansert. Ved å påpeke svakheter ved sikkerhetsanordningen og nyansere dette opp mot det konkrete typetilfeller med risikobetraktninger knyttet til dette, problematiserer retten indirekte rolleforventningene til partene. Dette synes å være godt i tråd med normen som Høyesterett oppstilte i HR-2020-2021-A, samt generelle erstatningsrettslige betraktninger. Slik jeg viser i punkt 2.2.2 har lovforslaget trukket frem avgjørelsen som et eksempel på et avvikende utgangspunkt fra øvrig rettspraksis på området som i stor grad hadde lagt en streng aktsomhetsnorm til grunn. Jeg mener at henvisningen gir uttrykk for at normen som retten oppstilte i denne saken anses å være best i tråd med rettstilstanden som ønskes oppnådd med regulering av erstatningsansvaret ved misbruk av BankID til låneopptak i nære relasjoner. Samtidig ønsker jeg å bemerke at det påpekes i Prop.92 LS (2019–2020) på side 183, at bankenes risiko skal:

«[...]generelt være noe skjerpet, og at pseudounderskriverens eventuelle erstatningsansvar tilsvarende er noe mer lempelig sammenlignet med hva som gjelder for pseudodisposisjoner på andre rettsområder, der uaktsomhet kan medføre et ansvar for pseudounderskriveren.»

Slik at utgangspunktet om generelt skjerpet ansvar for innehaver, som retten i LB-2018-192525 gav uttrykk for, ikke er helt treffende. Det generelle utgangspunktet etter kommende lov må følgelig være en skjerpet risiko for bankene, hvor vurderingen av innehaverens aktsomhet må ta hensyn til konkrete omstendigheter rundt misbruket.

## 5 Avslutning

Kommende finansavtalelov sikter på å forbedre innehavernes rettsstilling, og gi finansinstitusjoner incentiver om å forbedre sikkerhets- og kontrollrutiner gjennom å pålegge dem hovedansvaret for tap. Dette må få betydning når lovens ansvarsregler skal tolkes. Det er imidlertid usikkert hvilke utslag loven rent faktisk vil gi, og mange spørsmål fremstår fremdeles som uavklarte.

Den ny finansavtaleloven innfører en sondringen mellom skyldgrader. Dette medfører at ansvarets omfang gjøres betinget av hvilken skyldgrad innehaber utviser. Som jeg har vist kan tilegnelse av passord gjennom overvåkning eller gjetting i utgangspunktet ikke medføre uaktsomhet. Parforhold kan arte seg ulikt og den konkrete vurderingen må etter mitt syn ta hensyn til relasjonens art og hva som med rimelighet kan forventes med hensyn til innehaverens håndtering av passord gitt konkrete omstendigheter i saken. Det må foretas en helt konkret vurdering som må knyttes an til relasjonens art, men som jeg har vist i punkt 3.1.1, vil terskelen for ansvar der passord har blitt tilegnet gjennom overvåkning eller gjetting ligge høyt. Implisitt innebærer det at tidligere rettspraksis, slik som eksempelvis 17-197796TVI-HAUG hvor retten la til grunn at det å sitte i sofaen ved siden av ektefellen og betale regninger var uaktsomt, ikke har vært helt treffende. Spørsmålet om ansvarsbegrensningen på 12 000 kr ved grov uaktsomhet eller forsett med fullt ansvar, vil derfor være av mest praktisk betydning der passord har blitt delt med ektefellen.

Passord er i realiteten den eneste skranken mot misbruk i parforhold. Innehavere i parforhold utgjør dermed en gruppe som *per se* er særlig utsatt for misbruk. Risikoen avhjelpes til en viss grad av at parforhold er tillitsbaserte og ektefeller/samboere har normalt et ønske om ivareta hverandre sosialt og økonomisk. Dette kan imidlertid ikke bety at innehavere i parforhold skal stilles dårligere enn andre når misbruk først inntreffer. I det store bildet skyldes den særlige risikoen at BankID-systemet i praksis ikke leverer tilsiktet grad av sikkerhet i alle sammenhenger. Den særlige risikoen skyldes også bankenes risikoskapende virksomhet hvor lånoptak enkelt kan gjennomføres kun ved bruk av elektronisk signatur. Både kommende finansavtalelov og HR-2020-2021-A gir utrykk for at kravene til bankens opptreden generelt bør være skjerpet på BankID-feltet. Dette er en henvisning til risikobetraktninger, og hvem av partene som står nærmest til å forhindre at skadepotensialet realiserer seg. I misbrukstilfeller er det finansinstitusjoner som har størst innvirkning på risikoen og de beste forutsetninger til å avhjelpe den.

I lys av ansvarsbegrensningenes funksjon i loven, må innehaverens ansvar skjerpes i takt med graden av bebreidelse. Etter mitt syn tilsier risikobetraktninger, samt hensyn bak lovforslaget at terskelen for å konstatere forsett i parforhold bør ligge høyt. Slik at innehaver i tvilstilfeller

bør kunne påberope seg ansvarsbegrensningen på 12 000 kr etter kommende finansavtalelov § 3-20 tredje ledd.

Analysen av lagmannsrettsavgjørelser viser at praksisen hittil har vært sprikende, hvor til og med en og samme domstol har anlagt to vidt forskjellige terskler for ansvar. LB-2020-55377, som ble avsagt etter HR-2020-2021-A og tilsynelatende tar hensyn til føringer fra Høyesterett, synes å ha misforstått sentrale hensyn bak skyldansvaret og anlagt en for streng norm. Avgjørelsens risikoplassering samsvarer etter min mening dårlig med rettskildebildet på området, og tilnærmingen som retten har lagt til grunn er ikke helt treffende.

LB-2018-1925252 foretok en, etter min mening, fornuftig avveining av momenter som gjør seg særlig relevante med hensyn til misbrukssituasjonens karakter og har i lys av dette anlagt en mildere norm, som i større grad er i tråd med erstatningsrettslige prinsipper og føringer som vi nå har fått fra Høyesterett.

Praksisen fra lagmannsretten viser hvor uklar rettstilstanden har vært, og understreker viktigheten av klare føringer fra lovgivers hold eller prejudikater for å unngå forskjellsbehandling og vilkårlighet.

For at den nye finansavtalelovens incentiv skal bli oppnådd, må det etter mitt syn anlegges et forbrukervennlig tilnærming når spørsmål om erstatningsansvar skal løses. Inntil bankene har forbedret svakheter ved sikkerhetsanordningens utforming eller iverksatt effektive kontrollrutiner, må det etter mitt syn anlegges en mildere aktsomhetsnorm for grupper som kan sies å være særlig sårbare for misbruk.

## Litteraturliste

### Bøker og artikler

Bjørndal, Bente. «BankID-offer får drahjelp av Forbrukerrådet: – Når ofrene utsettes for svindel, blir de stående nærmest rettsløse.» *Dagens Næringsliv*, 10.05.2020.

<https://www.dn.no/jus/forbrukerradet/hoyesterett/tonemolvarberset/bankid-offer-far-drahjelp-av-forbrukerradet-nar-ofrene-utsettes-for-svindel-blir-de-staende-narmest-rettslose/2-1-804041>

Hentet 19.11.2021.

Digitaliseringsdirektoratet; eid.difi.no. «Hjelp og veiledning: ulike sikkerhetsnivå» (u.å.).

<https://eid.difi.no/nb/sikkerhet-og-informasjonskapsler/ulike-sikkerhetsniva>

Hentet 23.11.2021.

Det norske akademis ordbok. «Tillit.» (u.å.).

<https://naob.no/ordbok/tillit>

Hentet 15.09.2021.

Feratovic, Laila. «Mener rettsstaten svikter ofre for ID-tyveri.» *E24*, 14.01.2020.

<https://e24.no/privatoekonomi/i/dO0BGj/mener-rettsstaten-svikter-ofre-for-id-tyveri>

Hentet 20.09.21.

Finans Norge. «Mange gode hjelpere må veiledes.» *Finans Norge*, 01.04.2020.

<https://www.finansnorge.no/aktuelt/nyheter/forbruker-og-finanstrender/forbruker-og-finanstrender-2020/mange-gode-hjelpere-ma-veiledes/>

Hentet 19.11.2021.

Gulbrandsen, Trygve. «Hva er tillit?» *Sosiologen*, 29.10.2019.

<https://sosiologen.no/essay/essay/hva-er-tillit/>

Hentet 19.11.2021.

Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik. *Erstatningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

Hambro, Cathrine og Marte Eidsand Kjørven. «BankID-misbruk og erstatningsrett – hvordan ble det så galt?» *Rettt24*, 03.08.2020.

<https://rett24.no/articles/bankid-misbruk-og-erstatningsrett--hvordan-ble-det-sa-galt>

Hentet 19.11.2021.



Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. *Alminnelig avtalerett*. 2. oppl., Oslo: Papinian, 2012.

Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyenhagen Sunde (Red.). *Juridisk metode og tenkemåte*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.

Kjelland, Morten. *Erstatningsrett- en lærebok*. 2. oppl., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.

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

DOI: [10.18261/issn.1504-3061-2021-06-03](https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2021-06-03)

Kjørven, Marte Eidsand. «BankID-svindel og økonomiske justismord.» *Lov og rett* Vol.35 (1), (2021) p.5-6.

DOI: [10.18261/issn.1504-3061-2021-01-02](https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2021-01-02)

Lødrup, Petter og John Asland. *Oversikt over erstatningsretten*. 8. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2013.

Norsk senter for informasjonssikring. «ID-tyveri øker i antall og omfang.» *Norsk senter for informasjonssikring*, 15.02.2017.

[ID-tyveri øker i antall og omfang - \(norsis.no\)](https://norsis.no/ID-tyveri-øker-i-antall-og-omfang-(norsis.no))

Hentet 19.11.2021.

Norsk senter for informasjonssikring. «Ny undersøkelse: Over 100 000 nordmenn har opplevd ID-tyveri de siste to årene.» *Norsk senter for informasjonssikring*, 03.03.2021.

<https://norsis.no/ny-undersokelse-over-100-000-nordmenn-har-opplevd-id-tyveri-de-siste-to-arene/>

Hentet 19.11.2021.

Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. 6. utg., Bergen: Universitetsforlaget, 2007.

Solberg, Åsne, Martine Klein og Zunera Waheed. «Volden ingen snakker om.» *Dagbladet*, 16.02.2021

<https://www.dagbladet.no/meninger/volden-ingen-snakker-om/73527532>

Hentet 19.11.2021

Veien til Helse; Blogg om helse og livsstil. «4 grunnpilarer i et forhold.» *Veien til Helse; Blogg om helse og livsstil*, 06.12 2018

<https://veientilhelse.no/grunnpilarer-i-et-forhold/>

Hentet 29.10.21

Vipps AS; Bankid.no. «Hva er BankID?» (u.å.).

<https://www.bankid.no/privat/los-mitt-bankid-problem/ofte-stilte-sporsmal/generelt-om-bankid/hva-er-bankid/>

Hentet 23.11.2021.

Werenskjold, Kiperberg Kari. «BankID-svindel i nære relasjonar: Spørsmålet om avtalebinding i lys av det menneskerettslege vernet mot økonomisk vald.» Oslo: Det juridiske fakultetet, 2020.

<https://www.duo.uio.no/handle/10852/84678>.

Hentet 19.11.2021.

Wikipedia. «Samliv.» 01.04.2018.

<https://no.wikipedia.org/wiki/Samliv>

Hentet 23.11.2021.

Wilhelmsen, Trine-Lise og Brigitte Hagland. *Om erstatningsrett - med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*. 1. utg., Oslo: Gyldendal Norske Forlag, 2017.

## **Norske rettskilder**

### **Lover**

1918	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).
1972	Lov om arv m.m. (arvelova).
1999	Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).
2019	Lov om arv og dødsboskifte (arveloven).
Lovvedtak 24 (2020–2021)	Lov om finansavtaler (finansavtaleloven).

### **Forarbeider**

NOU 1994: 19	Finansavtaler og finansoppdrag. Delutredning nr 1.
Ot.prp.nr.73 (2007–2008)	Om lov om endringer i arveloven mv. (arv og uskifte for samboere).
Prop.107 L (2017–2018)	Lov om arv og dødsboskifte (arveloven).

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).

### **Rettspraksis**

Rt. 1969 s. 109.

Rt. 2001 s. 1221.

LB-2018-192525.

HR-2020-2021-A.

LB-2020-55377.

### **Upubliserte rettsavgjørelser**

Bergen tingretts dom av 29.01.2019, i sak 18-148150TVI-BERG/1.

Borgarting lagmannsretts dom av 23.11.2008, i sak 07-159206ASI-BORG/01.

Follo tingretts dom av 06.11.2017, i sak 17-105912MED-FOLL.

Haugaland tingretts dom av 13.06.2018, i sak 17-197796TVI-HAUG.

Oslo tingrett dom av 18.05.2018, i sak 17-201534TVI-OTIR/06.

### **Nemndspraksis**

BKN-2002-033.

BKN-2004-165.

### **Internasjonale kilder**

Forordning 910/2014

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) nr. 910/2014 av 23. juli 2014 om elektronisk Identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske transaksjoner i det indre marked og om oppheving av direktiv 1999/93/EF [eIDAS-forordningen transaksjoner basert på eID].

Forordning 2015/1502

KOMMISJONENS GJENNOMFØRINGSFORORDNING (EU) 2015/1502 av 8. september 2015 om fastsettelse av

tekniske minstespesifikasjoner og minstekrav til framgangsmåter for sikkerhetsnivåene for elektroniske identifikasjonsmidler i henhold til artikkel 8 nr. 3 i europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 910/2014 om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske transaksjoner i det indre marked.

Direktiv 2015/2366

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV (EU) 2015/2366 av 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked, om endring av direktiv 2002/65/EF, 2009/110/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 og om oppheving av direktiv 2007/64/EF [Betalingstjenestedirektivet 2015 (PSD 2)].

### **Rapporter og avtaler**

DNB Bank ASA. «Avtalevilkår for PersonBankID og AnsattBankID – PDS.» Ver. 1.1. (u.å). [https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/bankid/dnb\\_pds\\_personal-v1.1.pdf](https://www.bankid.no/globalassets/dokumenter/apne-sider/bankid/dnb_pds_personal-v1.1.pdf)

Hentet 19.11.2021.

Finans Norge. «Elektroniske kredittavtaler: De ulike stadier for en elektronisk kredittavtale og de juridiske problemstillinger som oppstår underveis.» 14.10.2013.

<https://www.finansnorge.no/contentassets/0bcdecfea95948fab9525848189d1548/last-ned-rapporten/rapport-fra-arbeidsgruppe-om-juridiske-problemstillinger-ved-elektroniske-kredittavtaler.pdf>

Hentet 19.11.2021.