

# UNIVERSITETET I OSLO

## Retten til elektronisk ID

Erle Katrine Sivertsen  
Vitenskapelig assistent  
SODI-prosjektet, Institutt for privatrett

10.03.2022



# Innledende om temaet

- eID er forkortelse for elektronisk identifikasjonsmiddel. eID brukes for å bevise en persons identitet elektronisk.
- Staten har uttalt at det er et mål om at alle skal ha tilgang til eID på det sikkerhetsnivå de har behov for
- Områdegjennomgang av ID-forvaltningen og rapport fra Jussbuss viser at enkelte grupper ikke har mulighet til å skaffe seg eID på øverste sikkerhetsnivå med dagens system
- I dag er det fire aktører
  - MinID
  - BankID
  - Buypass
  - Commfides

# Problemstillinger

- Hovedproblemstillingen er om det gjelder en kontraheringsplikt for tilbydere av eID, og når det i så fall foreligger saklig grunn til kontraheringsnektelse.
- Underproblemstillinger:
  - I hvilken utstrekning er tilbydere av eID forpliktet til å kontrahere på grunnlag av diskrimineringsforbudet?
  - Har kontraheringsplikten større rekkevidde enn forpliktelsene etter diskrimineringsforbudet?

# Videre fremstilling

- Litt om betydningen av å ha eID på øverste sikkerhetsnivå
- Kort om de utvalgte gruppene som ikke får utstedt eID
- Rettslige utgangspunkter
  - Tilbydernes forpliktelser etter diskrimineringsforbudet
  - Mulige rettslige grunnlag for tilbydernes kontraheringsplikt
- Saklig grunn til kontraheringsnektelse

# Betydningen av å ha tilgang til eID på sikkerhetsnivå 4

- Noen offentlige tjenester som krever eID på øverste sikkerhetsnivå:
  - Helfo
  - Lånekassen
  - NAV
  - Helsenorge.no
- I tillegg krever en rekke private tjenester krever også eID på øverste sikkerhetsnivå, som Vipps og ruter-appen.



# Noen utvalgte grupper som ikke får utstedt eID

- Personer med bistand av verge
  - I «Regler om BankID» heter det i punkt 3.4 at BankID ikke skal utstedes til personer som helt eller delvis er fratatt sin rettslige handleevne
- Personer uten gyldig pass eller nasjonalt ID-kort
  - Typisk personer med midlertidig oppholdstillatelse
  - I Selvdeklarasjonsforskriften § 19 stilles det krav om pass eller nasjonalt ID-kort som legitimasjonsdokument
- Personer med kriminelt rulleblad
  - Blir avvist med henvisning til hvitvaskingsregelverket

# Rettslige utgangspunkter

# 1. Tilbydernes forpliktelser etter diskrimineringsforbudet

- Diskrimineringsforbudet følger av GrL. § 98, Idl. § 6 og en rekke internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.
  - I avhandlingen er det særlig den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) som er relevante.
- Fordi tilbyderne er private aktører tar jeg utgangspunkt i likestillings- og diskrimineringsloven ettersom både staten og private er pliktsubjekter.
- Tre vilkår for diskriminering:
  1. Forskjellsbehandling
  2. På grunn av et diskrimineringsgrunnlag
  3. Som ikke er lovlig



# Krav om forskjellsbehandling

- Forskjellsbehandling er ulik behandling av like saker.
- Både direkte og indirekte forskjellsbehandling er omfattet av diskrimineringsforbudet, jf. Idl. §§ 7 og 8
- Med direkte diskriminering «menes at en person **behandles dårligere enn andre** blir, har blitt eller ville blitt behandlet **i en tilsvarende situasjon, på grunn** av forhold som nevnt i § 6 første ledd».
  - Eksempel: tilbydernes avvisning av personer som bistås av verge
- Med indirekte forskjellsbehandling menes «enhver **tilsynelatende nøytral** bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille **personer dårligere enn andre, på grunn** av forhold som nevnt i § 6 første ledd».
  - Eksempel: legitimasjonskravet i selvdeklarasjonsforskriften § 19.

# Krav om tilknytning til et diskrimineringsgrunnlag

- I ldl. § 6 lister opp en uttømmende liste over relevante diskrimineringsgrunnlag:
  - «Diskriminering på grunn av **kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse** grunnlagene er forbudt».
- Ordlyden «på grunn av» innebærer et krav om årsakssammenheng. Tilsvarende krav til årsakssammenheng stilles i ldl. §§ 7 og 8.
- Listen i ldl. § 6 er uttømmende. Dette skiller seg fra SP art. 26 som har en ikke-uttømmende liste ved å forbyr diskriminering på grunnlag av «other status».
- For personer som bistås av verge er funksjonsnedsettelse det relevante diskrimineringsgrunnlaget
- For personer med manglende legitimasjonsdokumenter kan etnisitet være et relevant diskrimineringsgrunnlag

# Unntak for lovlig forskjellsbehandling

- Forskjellsbehandlingen utgjør ikke diskriminering dersom den er lovlig, jf. Idl. § 6 (4).
- Etter Idl. § 9 (1) a) til c) er forskjellsbehandlingen lovlig når:
  - Den følger et saklig formål
  - Er nødvendig for å oppnå formålet
  - Ikke er uforholdsmessig inngripende overfor de som forskjellsbehandles
- For personer som bistås av verge er det sentrale at det ikke foretas en konkret vurdering.

# Plikt til universell utforming og tilgjengelighet

- Tilgjengelighet er en grunnleggende forutsetning for at personer med nedsatt funksjonsevne skal ha mulighet til å utøve sine rettigheter og å delta i samfunnet.
- Etter CRPD art. 4 bokstav f er statene forpliktet til å «undertake or promote research and development of universally designed goods, services, equipment and facilities [...] to promote their availability and use, and to promote universal design in the development of standards and guidelines».
- CRPD er ikke inkorporert i norsk rett, men konvensjonen er ratifisert av Norge.
  - Reglene vil derfor ikke komme direkte til anvendelse i norsk rett, men vil kunne ha betydning ved tolkningen av de norske reglene, jf. Rt. 2000 s. 1811 (54).
- Etter CRPD art. 9 har statene en plikt til å «**take appropriate measures to ensure** to persons with disabilities **access**, on an **equal basis with others** to the physical environment, to transportation, to **information and communications**, including information and communications technologies and systems, and to other facilities and services open or provided to the public».
  - Tiltakene skal blant annet gjelde for informasjon, kommunikasjon og andre tjenester, herunder elektroniske tjenester, jf. nr. 1 bokstav b.

# Plikt til universell utforming og tilgjengelighet

- Plikten til universell utforming følger også av Idl. §§ 17 og 18.
- For IKT gjelder det en plikt til universell utforming av «hovedløsninger» som er rettet mot eller stilt til rådighet for brukere. Plikten gjelder slik at virksomhetens alminnelige funksjoner kan benyttes av flest mulig, uavhengig av funksjonsnedsettelse, jf. Idl. § 18.
- Dagens eID-ordninger har derfor en plikt til universell utforming. For personer med fysiske funksjonsnedsettelse er dette gjennomført, ved at f.eks. blinde kan bruke smarttelefon til å få lest opp koden.
- For personer som bistås av verge finnes det ikke en tilsvarende løsning. Plikten til universell utforming etter Idl. § 18 og tilgjengelighet etter CRPD art. 9 kan innebære at tilbyderne av eID har en plikt til å tilpasse eID-ordningen på en måte som gjør at personer med bistand av verge kan bruke den eller å tilby en verge eID.

## 2. Kontraheringsplikt for tilbydere av eID

- Kontraheringsplikt er en plikt til å slutte avtale med noen
- Kontraheringsplikten kan være total eller partiell
- Apoteker har en ubetinget ytelsesplikt for legemiddel som behøves straks, jf. apotekloven § 6-2 (3)
- Finansinstitusjoner har en partiell kontraheringsplikt, jf. finansavtaleloven § 14
- Kontraheringsplikt kan følge av lov eller ulovfestet rett

# Kontraheringsplikt etter finansavtaleloven § 14?

- Finansavtaleloven § 14 første ledd:
  - «Institusjonen kan ikke uten saklig grunn avslå å ta imot innskudd eller utføre betalingstjenester på vanlige vilkår»
- Finansavtaleloven gjelder for finansinstitusjoner, jf. § 1 (1). Buypass og Commfides faller derfor utenfor
- BankID kan derimot benyttes som et betalingsinstrument.
  - BankID kan derfor være en betalingstjeneste, jf. § 11 (1) c) jf. § 12 c)
  - Bankene har imidlertid alternative løsninger som f.eks. kodebrikke
  - BankID er først og fremst en eID
  - At BankID ikke er omfattet er også lagt til grunn av finansklagenemda

# Kontraheringsplikt etter diskrimineringsforbudet?

- Et mulig grunnlag for kontraheringsplikt for tilbydere av eID er diskrimineringsforbudet.
  - Etter Idl. § 6 er det forbudt å diskriminere på grunnlag av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene
- Gir ikke uttrykk for en kontraheringsplikt, men et generelt forbud mot å diskriminere
- En kontraheringsnektelse begrunnet i et av de opplistede diskrimineringsgrunnlagene, som ikke er lovlig etter Idl. § 9, er i strid med diskrimineringsforbudet
- Strl. § 186:
  - Straff for den som i ervervsmessig eller liknende virksomhet nekter en person varer eller tjenester når nektelsen skjer på grunnlag av personens nasjonalitet, religion eller livssyn, seksuelle orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, eller nedsatt funksjonsevne
  - Vil trolig ikke komme på spissen for tilbydere av eID, men danner et eksempel på kontraheringsplikt for å motvirke diskriminering.



# Kontraheringsplikt etter diskrimineringsforbudet?

- En svakhet med en kontraheringsplikt begrunnet i diskrimineringsforbudet er at den vil være begrenset av kravet til sammenheng med de opplistede diskrimineringsgrunnlagene i Idl. § 6.
- Det er derfor grunn til å undersøke om det gjelder en ulovfestet kontraheringsplikt utover de tilfellene som omfattes av diskrimineringsforbudet.
- Hensynet til å motvirke usaklig forskjellsbehandling vil imidlertid være et grunnleggende rasjonale bak en eventuell kontraheringsplikt

# Kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag?

- At det kan eksistere en kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2014 s. 36. Dommen gjaldt hvorvidt en skiskole hadde rett til å drive skiskole i anlegget.
- Som grunnlag for rett til bruk av heisanlegget for skiskolens medarbeidere påberopte skiskolen seg alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om kontraheringsplikt. Som svar på denne anførselen uttaler førstvoterende i avsnitt 81:
  - «*Når man tilbyr en standardisert tjeneste til allmennheten, slik skiheiser er, må det riktignok gjelde et saklighetskrav ved differensiering mellom kundegrupper.* På samme måte som man kan variere prisen for heiskort på grunnlag av alder eller for hvor lang tid heisene skal brukes, må det imidlertid også være mulig å kreve at den som benytter heisene til egen næringsvirksomhet, skal betale mer enn forbrukerkundene. Når Mosfjeld ikke har villet forhandle om prisen, kan jeg heller ikke i denne sammenheng se at det skal gå utover Hovden Alpinsenter at det ikke foreligger en pris som domstolene kan vurdere rimeligheten av»

# Kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag?

- De ulike eID-ordningene er standardiserte tjenester som tilbys allmennheten.
  - Utgangspunktet er at alle over 13 år med et norsk fødsels- eller d-nummer kan forespørre utstedelse av eID, jf. selvdeklarasjonsforskriften § 18.
- Etter den tidligere prisloven § 23 kunne forvaltningsorganet Prisrådet forby næringsdrivende å nekte forretningsforbindelse med en annen næringsdrivende eller forbruker dersom Prisrådet fant at «**nektelsen ville skade almene interesser eller virke urimelig overfor den annen part**».
  - Regelen ble opphevet av konkurranseloven av 1993. I forarbeidene blir ikke den materielle regelen uttrykkelig fraveket noe som kan tale for at lovgiver ikke har ment å oppheve den. Ingvald Falch argumenterer for et slikt syn i «Rett til nett» på s. 162-163.

# Kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag?

- På forsikringsrettens område ble det i teorien tidligere hevdet at det gjaldt en kontraheringsplikt for forsikringssselskapene på ulovfestet grunnlag. Trine-Lise Wilhelmsen begrunnet dette blant annet med **hensynet til likebehandling** og **betydningen av kontraheringsnektelse for den som ønsket forsikring**. I dag er kontraheringsplikten lovfestet i forsikringsavtaleloven.
  - De samme hensyn gjør seg gjeldene for tilbydere av eID.
- Et annet tilfelle hvor det ofte foreligger en kontraheringsplikt er ved konsesjon eller bevilgning.
  - Gjennom dagens system har staten overlatt eID på øverste sikkerhetsnivå til det private. Dette har enkelte likhetstrekk med konsesjonstilfellene.

# Kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag?

- I juridisk teori er det bred enighet om at det gjelder en kontraheringsplikt på ulovfestet grunnlag. Stang argumenterte for at det gjelder en kontraheringsplikt ved rettslig eller faktisk monopol. Tilsvarende er lagt til grunn av blant annet Arnholm, Selvig og Woxholth.
  - Samlet sett har de tre tilbyderne et faktisk monopol på eID på øverste sikkerhetsnivå.
- Reelle hensyn taler også for at det gjelder en ulovfestet kontraheringsplikt
- Sanksjonene for brudd på ldl. er erstatning og oppreisning. For brudd på plikten til universell utforming kan bedriften pålegges tvangsmulkt. Ingen av sanksjonene innebærer at personen får eID. En kontraheringsplikt vil pålegge tilbyderne å utstede eID, med mindre det foreligger saklig grunn til kontraheringsnektelse

# Saklig grunn til kontraheringsnektelse

# Når foreligger saklig grunn til kontraheringsnektelse?

- En ulovfestet partiell kontraheringsplikt. Tilbyderne kan nekte kontrahering når det foreligger «saklig grunn».
- Dersom personen som forespør utstedelse ikke oppfyller lovens krav foreligger det saklig grunn til kontraheringsnektelse
  - Et av grunnlagene for kontraheringsnektelse er manglende identifikasjonsdokumenter
    - Etter selvdeklarasjonsforskriften § 19 gjelder det krav om pass eller nasjonalt ID-kort. En nektelse på grunn av mangel på dette vil derfor være saklig grunn.

# Når foreligger saklig grunn til kontraheringsnektelse?

- Er det saklig grunn for kontraheringsnektelse når nektelsen er begrunnet i at personen ikke oppfyller vilkårene som tilbyderne har satt?
- Det følger av Rt. 2104 s. 36 at det er adgang til å stille vilkår for kontrahering selv om det foreligger kontraheringsplikt. Det gjelder imidlertid også et saklighetskrav for vilkårene som blir stilt, jf. avsnitt 81.
- I bransjestandarden «Regler for BankID» heter det at personer som helt eller delvis er fratatt rettslig handleevne ikke kan ha BankID.
- Praksis viser at personer med kriminelt rulleblad blir avvist under henvisning til hvitvaskingsregelverket
- Andre vilkår tilbyderne stiller:
  - RFID-brikke i passet, språk, alder, krav om kundeforhold



# Noen foreløpige rettspolitiske betraktninger

- Kontraheringsplikten rekker lenger enn diskrimineringsforbudet.
  - Forskjellsbehandling på grunnlag av kriminelt rulleblad er usaklig, men kan ikke være diskriminering etter Idl. § 6 fordi det ikke er tilknytning til et diskrimineringsgrunnlag.
- Staten har tatt i bruk et system som de private tilbyderne har grunn til å utforme på den måten de har gjort, og bruker det til offentlig forvaltning.
  - Resultatet av dette er dobbel diskriminering. Både diskriminering utført av tilbyderne og av staten