

UiO : **Det juridiske fakultet**

Ansvarsfordelingen mellom forbruker og banken ved tap som følge av «trygg konto»- svindel

Kandidatnummer: 576

Leveringsfrist: 25.04.24

Antall ord: 17 345



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Innledende om «trygg konto»-svindel	4
1.3	Avgrensninger.....	5
2	OVERORDNET OM RETTSKILDER OG METODE	6
2.1	Alminnelige utgangspunkter	6
2.2	EØS-rettslige kilder og metode.....	7
2.3	Finansklagenemndas praksis som rettskildefaktor.....	9
2.4	Fremstillingen videre	10
3	RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	10
3.1	Finansavtalelovens ansvarsfordelingssystem ved ikke godkjente betalingstransaksjoner	10
3.2	Nærmere om begrepet «betalingstransaksjon»	12
3.2.1	Innledning	12
3.2.2	Nærmere om «betaleren eller på dennes vegne»	12
3.2.3	Omfattes også interne overføringer av «betalingstransaksjon»?	13
4	KRAVET OM AT KUNDEN MÅ HA SAMTYKKET TIL AT TRANSAKSJONEN GJENNOMFØRES.....	13
4.1	Innledning	14
4.2	Når har kunden «samtykket» til en betalingstransaksjon?.....	14
4.2.1	Kreves det bevissthet fra kunden om mer enn selve bekreftelsehandlingen?.	14
4.2.2	Hva må kundens bevissthet omfatte utover bekreftelsehandlingen?	21
4.3	«Samtykke» i «trygg konto»-svindelsaker.....	24
4.3.1	Overføring til eksternt trygg konto	24
4.3.2	Overføring til «egen» trygg konto	26
4.3.3	«Test»-overføringer	27
4.4	Kort om betydningen for tilbakeføringsspørsmålet	29
5	ANSVARSFORDELING VED «GODKJENT» BETALINGSTRANSAKSJON SOM FØLGE AV «TRYGG KONTO»-SVINDEL	30
5.1	Innledning	30
5.2	Avtalerettslig ugyldighet?	31
5.3	Profesjonsansvar?.....	33

5.4	Lemping som følge av skadelidtes medvirkning	35
5.5	Vurdering av «trygg konto»-svindeltilfeller	35
5.6	Oppsummering	37
6	ANSVARSFORDELING VED «IKKE GODKJENT» BETALINGSTRANSAKSJON SOM FØLGE AV «TRYGG KONTO»-SVINDEL	38
6.1	Innledning	38
6.2	Nærmere om aktsomhetsvurderingen ved «trygg konto»-svindel	38
6.2.1	Kravet til pliktbrudd etter finansavtaleloven § 4-23.....	38
6.2.2	Vilkår om «sunn skepsis når du benytter BankID-passord eller koder»	38
6.2.3	Vilkår om «alle rimelige forholdsregler»	40
6.3	Erstatningsrettslig ansvarlig på annet grunnlag?	40
7	RETTSPOLITISK VURDERING	41
7.1	Bør det skilles mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner?	41
	LITTERATURLISTE.....	45

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

De fleste norske bankkunder anvender elektroniske betalingsløsninger.¹ Digitaliseringen har effektivisert mulighetene for å utføre betalinger, men innebærer også en risiko for misbruk. Ifølge Finanstilsynets risiko- og sårbarhetsanalyse for 2023, økte det samlede tapet som følge av ikke-godkjente betalingstransaksjoner fra 254 millioner kroner i andre halvår av 2022, til 407 millioner kroner i første halvår av 2023.² I tillegg finner svindlere stadig nye metoder for å bedra kunder og tilegne seg verdier.³

Når en bankkunde utsettes for eID-svindel⁴, oppstår spørsmålet om hvor tapet skal plasseres. Svindler vil selvsagt alltid kunne holdes ansvarlig, men er ofte vanskelig å identifisere og svært sjelden søkegod. Uenighet og tvist om ansvar oppstår dermed som regel mellom bank og svindlet bankkunde. Grovt sagt kan svindel ved misbruk av elektroniske betalingsløsninger deles inn i to hovedkategorier: avtalesvindel og transaksjonssvindel. I førstnevnte tilfelle misbrukes elektronisk ID (eID) til å stifte forpliktelser for innehaveren, for eksempel ved å signere en låneavtale, mens avtalegjensstanden (lånesummen) havner hos svindler. Det vil da være medkontrahent som retter krav mot svindelofferet på bakgrunn av den pseudosignerte avtalen. I sistnevnte tilfelle misbrukes eID til å overføre innestående på svindelofferets kontoer til svindler. I dette tilfellet er det svindelofferet som direkte har lidt tap, og som må rette krav mot banken om tilbakeføring av midlene.

Tidligere har tvister vedrørende ansvars plassering etter eID-svindel i stor grad omhandlet kundens grad av aktsomhet.⁵ Dette skyldes at svindler som regel skaffer seg tilgang til kundens eID-informasjon gjennom å forlede vedkommende til å oppgi den.⁶ I en rekke tilfeller der kunden har bestridt avtalekrav med påstand om svindel, eller varslet banken om ikke-godkjente betalingstransaksjoner, har motparten møtt svindelofferet med en påstand om at vedkommende

¹ Finans Norge (2021). En elektronisk betalingsløsning er et digitalt banksystem som muliggjør finansielle tjenester på nett, for eksempel å utføre betaling i nettbanken. For å anvende disse systemene, bruker nordmenn BankID som signatur og identifikator. Rutinene som anvendes ved elektroniske betalingsløsninger kan i gitte sammenhenger inngå som en del av et «betalingsinstrument».

² Finanstilsynet (2023).

³ Se f.eks. Svendsen (2022)

⁴ Med eID-svindel menes en «handling hvor en annens elektroniske identitet blir utnyttet for å begå bedrageri med økonomisk vinningsformål», jf. SODI (2022) s. 2.

⁵ Se f.eks. HR-2004-568-A, LB-2002-1943, LB-2001-1419 og FinKN-2023-717.

⁶ Se blant annet FinKN-2022-531 hvor kunden ble oppringt av svindler som utga seg for å være fra banken. Svindler fortalte kunden at hen var utsatt for svindel, og for å stanse svindelforsøket måtte kunden oppgi sin BankID-informasjon til svindler.

«forsettlig» har brutt sine plikter etter finansavtaleloven⁷ og BankID-avtalen⁸, og derfor er ansvarlig for tapet. Denne argumentasjonen har ofte ført frem, noe som har medført at mange svindelutsatte kunder har måttet bære hele det økonomiske tapet som følge av svindelen.⁹

De siste årene har det imidlertid skjedd en rettsutvikling. I HR-2020-2021-A, som omhandlet avtalesvindel, slo Høyesterett fast at vurderingen av kundens aktsomhet måtte gjøres i lys av bankens manglende risikosystemer.¹⁰ Sett opp mot bankens unnlater og bevisste risikoaksept, fremstod kundens uaktsomhet som en såpass lite fremtredende del av årsaksbildet at det ikke kunne knyttes ansvar til den. Videre har Høyesterett i HR-2022-1752-A slått fast at kunden ikke kan anses å ha handlet forsettlig dersom vedkommende ikke visste at hun brøt BankID-avtalen og finansavtaleloven da hun delte sin BankID-informasjon med det hun trodde var sin bank.¹¹ Ettersom den vanligste formen for transaksjonssvindel er såkalt «phishing»,¹² hvor kunden forledes til å oppgi eID-informasjon som deretter misbrukes til å gjennomføre betalinger, er det dermed i dag langt færre svindelutsatte kunder som må bære svindel tapet. Som en følge av denne rettsutviklingen, og fremveksten av nye svindel metoder, har det blitt stadig mer aktuelt for ansvarsfordelingen om *kunden selv* har gjennomført en disposisjon som følge av svindlers manipulasjon, eller om kunden har oppgitt eID-informasjon som deretter har blitt misbrukt.

Denne avhandlingen vil med utgangspunkt i en særegen form for transaksjonssvindel ta for seg ansvarsfordelingen mellom bank og svindeloffer. I løpet av 2023 registrerte DNB 108 tilfeller av såkalt «trygg konto»-svindel, med en samlet svindelsum på 48 millioner kroner.¹³ Svindlerne forleder i slike tilfeller kunden til å tro at kontoen hennes er utsatt for en form for angrep, og at hun må overføre innestående til en «trygg» konto. Denne kontoen disponeres av svindler, og

⁷ Finansavtaleloven av 2020 § 3-23, jf. PSD 2 artikkel 69 og Finansavtaleloven av 1999 § 34, jf. PSD 1 artikkel 56.

⁸ Avtale om BankID punkt 4.1.

⁹ Se til illustrasjon FinKN-2021-156, hvor kunden ble oppringt av svindler som utga seg for å være fra Microsoft. Kunden ble fortalt at hennes PC var i risikozonen for å bli utsatt for hacking, og at hun ved å oppgi sin BankID-informasjon skulle få hjelp med dette problemet. Kunden gjorde som hun ble fortalt, og svindler foretok syv transaksjoner ut av kundens kontoer. Kunden ble holdt ansvarlig for tapet da Finansklagenemnda fant at hun forsettlig hadde unnlatt å oppfylle sine plikter etter dagjeldende finansavtaleloven (1999) § 34 (1).

¹⁰ Jf. HR-2020-2021-A avsnitt 61.

¹¹ Jf. HR-2022-1752-A avsnitt 50. Forsettbegrepet i kontraktsretten er videre forstått slik at det, i tillegg til det nevnte av Høyesterett, kreves at kunden er grovt uaktsom i relasjon til faren for tap ved pliktbruddet, se Kjørven m.fl. s. 34. Dette følger nå direkte av finansavtaleloven § 4-30 (4), jf. «måtte forstå».

¹² Telenor (u.å.)

¹³ DNB (2024) s. 49. DNB oppgir å ha stanset overføring av 23 millioner, slik at det rene tapet for bankens kunder var 25 millioner.

idet svindelofferet overfører beløpet, er det så godt som tapt.¹⁴ «Trygg konto»-svindel kjennetegnes av at det er svært vanskelig å identifisere svindleren og holde vedkommende ansvarlig,¹⁵ slik at det i de aller fleste tilfeller oppstår spørsmål om det er banken eller kunden som skal bære tapet.

Temaet for avhandlingen er hvorvidt, og i så fall i hvilken grad, banken er ansvarlig overfor svindelutsatte kunder for tap som følge av «trygg konto»-svindel.¹⁶ Hovedregelen om ansvar som følge av transaksjonssvindel følger av finansavtaleloven¹⁷ § 4-30 (1), som slår fast at «betalingstjenesteyteren»¹⁸ er ansvarlig overfor kunden for tap som skyldes en «ikke godkjent betalingstransaksjon». Inngangsvilkåret for ansvarsbegrensningsreglene er følgelig at det har skjedd en betalingstransaksjon som ikke er godkjent av kunden. Tilsvarende inntreder det en plikt for betalingstjenesteyter til å tilbakeføre beløpet innen påfølgende virkedag når kunden bestrider ansvar for en «ikke godkjent betalingstransaksjon», jf. § 4-32 (1) første punktum. Det avgjørende for om betalingen skal anses godkjent eller ikke, er om kunden har «gitt sitt samtykke» til at den gjennomføres, jf. finansavtaleloven § 4-2 (1).¹⁹

Jeg vil for det første vurdere i hvilke tilfeller kundens gjennomføring av en betalingstransaksjon under «trygg konto»-svindel skal regnes som et «samtykke» til transaksjonen, med den følge at ansvarsbegrensningsreglene i finansavtaleloven ikke kommer til anvendelse. Vurderingen vil gjøres med hovedvekt på «trygg konto»-tilfellene, men det vil knyttes enkelte mer generelle refleksjoner til denne skillelinjen. Jeg vil deretter vurdere om banken kan holdes ansvarlig for

¹⁴ Som nevnt stanser bankenes sikkerhetssystemer en god del transaksjoner, men i en rekke tilfeller vil overføringene gjennomføres før de kan stanses. Bankenes plikt til å ha sikkerhetssystemer for å overvåke transaksjoner springer ut av forskrift om systemer for betalingstjenester § 5 og hvitvaskingsloven §§ 24 og 25.

¹⁵ Politiet (u.å.).

¹⁶ Se punkt 1.2.

¹⁷ Lov av 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven). Loven trådte i kraft 1. januar 2023, og erstatter Lov av 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven), heretter omtalt som finansavtaleloven (1999). Loven gjennomfører Europa-Parlaments og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 af 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked, om ændring af direktiv 2002/65/EF og 2013/26/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 og om ophævelse af direktiv 2007/64/EF (Betalingstjenestedirektivet), heretter omtalt som «PSD 2».

¹⁸ Finansavtaleloven § 1-5 (9) hvor «betalingstjenesteyter» er legaldefinert som «en tjenesteyter som tilbyr finansielle tjenester som er omfattet av kapittel 4».

¹⁹ Selv om betalingen ikke var godkjent, kan bankens ansvar reduseres med inntil kr. 450 hvis tapet skyldes tap, tyveri eller uberettiget tilegnelse av et betalingsinstrument, og kunden kunne ha oppdaget tapet, tyveriet eller den uberettigede tilegnelsen på forhånd, eller har opptrådt svikaktig, jf. finansavtaleloven § 4-30 tredje ledd. Ansvarer kan ytterligere reduseres med inntil kr. 12 000 dersom kunden har opptrådt med «grov uaktsomhet», jf. tredje ledd. Hvis kunden forsettlig har brutt sine plikter vil bankens ansvar bortfalle, jf. fjerde ledd. Bankens plikt til å tilbakeføre beløpet gjelder uavhengig av om kunden kan holdes ansvarlig for hele eller deler av beløpet som følge av klanderverdighet, men bortfaller der kunden svikaktig har medvirket til svindeltransaksjonen, jf. § 4-32 første og annet ledd. Hvorvidt tilbakeføringsplikten også gjelder der spørsmålet om samtykke er omtvistet er mer uklart, se punkt 4.4.

tap som følge av «godkjente» transaksjoner gjennomført under «trygg konto»-svindel på erstatningsrettslig grunnlag, og om bankens ansvar for «ikke godkjente» transaksjoner kan reduseres som følge av kundens klanderverdighet eller skyld. Til sist vil jeg reflektere over om det er hensiktsmessig at plassering av ansvar som følge av transaksjonssvindel er betinget av om det foreligger en «godkjent» eller «ikke godkjent» betalingstransaksjon, og vurdere finansavtalelovens ansvarssystem opp mot andre etablerte ansvarsregimer.

1.2 Innledende om «trygg konto»-svindel

Gjennom 2023 ble «trygg konto»-svindel en utbredt svindelmetode i Norge, og omfanget har på kort tid økt til å være like skadende som såkalt «vishing».²⁰ Typisk for «trygg konto»-svindel er at svindlerne utgir seg for å være seriøse og tillitvekkende aktører, som for eksempel polititjenestepersoner eller bankmedarbeidere. For å bygge opp under den falske identiteten manipuleres ofte telefonnummeret (såkalt «spoofing»), slik at det fremgår av svindelofferets telefondisplay at det er «Sparebank 1» eller «Politiet» som ringer.²¹ Når svindelofferet tar telefonen, kan en myndig, norsk stemme fortelle at det er store summer på vei ut av hennes kontoer. Nå gjelder det å handle raskt – hvis ikke svindelofferet gjør akkurat som «politiet» eller «banken» sier, vil pengene være tapt!²²

Løsningen som skisseres for å redde pengene, er at svindelofferet overfører dem til en «trygg» konto som i realiteten tilhører svindler.²³ Denne kontoen kan være en «ekstern» konto, slik at svindelofferet må legge inn en vanlig betalingsoverføring i nettbank. Juridisk rådgivning for kvinner (JURK) har som prosessfullmektig for svindelofre også erfart at svindler oppretter svindelofferet som disponent på en konto som tilhører svindler.²⁴ Når svindelofferet er opprettet som disponent, vil den aktuelle kontoen fremgå i kundens nettbankoversikt, slik at den fremstår

²⁰ DNB (2024) s. 49. «Vishing» er en svindelmetode hvor svindler ringer til svindelofferet, gjerne fra et kjent og tillitsvekkende telefonnummer, og får offeret til å oppgi sine BankID-opplysninger.

²¹ Politiet (2023).

²² Frykt for økonomisk tap, og tillit til autoriteter, er typiske psykologiske virkemidler ved sosial manipulasjon som medfører at offeret tar forhastede beslutninger og ikke forstår at de er utsatt for svindel, se Nätt (2020).

²³ Det er ulike måter å gjøre dette på, herunder å oppgi at «banken» har overført penger til svindelofferet etter et angivelig forsøk på låneopptak i offerets navn. Som en følge av dette må svindelofferet foreta testtransaksjoner «for å sjekke at systemet fungerer» igjen. I realiteten overfører svindelofferet penger til svindler, se eksempelvis FinKN-2023-664.

²⁴ Dette kan gjøres ved at svindler fyller ut og registrerer et skjema i sin nettbank. Kunden må så godkjenne dette med sin BankID, se Nordea (u.å.). Kunderådgiver i DNB har bekreftet at det også er slik det fungerer der. Svindler kan få svindelofferet til å godkjenne som ledd i svindelen, ved at svindelofferet tror at vedkommende stanser en pågående svindel, se f.eks. FinKN-2022-684. Det finnes også mange eksempler på at svindler får offeret til å oppgi sin BankID-informasjon, slik at svindler kan foreta godkjenningen selv, se eksempelvis FinKN-2023-609.

som en av offerets «egne» kontoer, og overføring til kontoen vil fremstå som en internoverføring. Idet svindelofferet forledes til å overføre beløpet til den aktuelle kontoen, fjerner svindleren vedkommende som disponent. For offeret fremstår det da som om kontoen har forsvunnet fra nettbanken, sammen med innestående beløp. Pengene er nå i svindlers hånd, og vil som regel overføres ut av landet og/eller byttes mot digital valuta eller omsettelige varer.²⁵

Telefonsamtalen med svindler kan vare i flere timer. Svindler skaper en legitim frykt for at offeret vil miste alt dersom hun ikke følger hans instruks, og legger et sterkt press på offeret for å få henne til å agere raskt. Ved bruk av sofistikerte, psykologiske virkemidler får svindler offeret til å avvike fra vanlig rutine og retningslinjer, og påvirker hennes evne til å ta rasjonelle valg.²⁶ Et eksempel på en teknikk som anvendes av «trygg konto»-svindlere, er at svindler understreker at offeret ikke må oppgi sin BankID-informasjon av hensyn til cybersikkerhet. At offeret selv gjennomfører transaksjonen passer dermed inn i det bildet svindler har tegnet, og styrker paradoksalt nok inntrykket av svindler som en tillitsperson.

Som følge av at kunden er manipulert til å selv gjennomføre transaksjonene, har finansforetak inntatt det standpunkt at finansavtalelovens ansvarsfordelingssystem ikke kommer til anvendelse ettersom kunden har «samtykket» til transaksjonen.²⁷

1.3 Avgrensninger

Ettersom problemstillingen i denne avhandlingen knytter seg til «trygg konto»-svindel, hvor svindelofferet som oftest er forbruker, vil kun avtaleforhold mellom forbruker og betalingstjenesteyter behandles. «Forbruker» er legaldefinert i finansavtaleloven § 1-4 (1) som «en fysisk person når avtalen har et formål som hovedsakelig ligger utenfor personens forretnings- eller yrkesvirksomhet». Forbrukeren vil i det følgende som regel omtales som «kunden» eller «svindelofferet». Med «betalingstjenesteyter» menes tilbyder av «finansielle tjenester eller finansoppdrag som ledd i næringsvirksomhet», jf. finansavtaleloven § 1-4 (3), jf.

²⁵ Se eksempelvis Martinsen og Ognedal (2022) hvor svindlerne brukte pengene til å kjøpe Rolex-klokker, gull og kryptovaluta. Til tross for at eID-svindel i stor grad har blitt brukt til å tilegne seg midler fra kundens alminnelige bankkontoer, åpner misbruk av eID også for at svindlere kan tilegne seg utbytte fra salg av kundens aksjer og fondsandeler. Dette kan gjøres ved at kunden selger sine aksjer og fond, og legger inn en transaksjon på beløpet ut fra sin bankkonto og inn til svindler. Videre kan svindlerne få hele kundens beholdning av verdipapirer overført til seg, ved at kunden fyller ut, og sender inn fullmaktsskjema via bankens nettsider, eller innlogget på Verdipapirsentralens nettsider.

²⁶ Nätt (2020).

²⁷ Se f.eks. FinKN-2023-355, FinKN-2022-978 og FinKN-2023-664.

§ 1-5 (9). Selv om «betalingstjenesteyter» omfatter flere ulike finansforetak, vil det her benyttes synonymt med foretak som har konsesjon til å drive bankvirksomhet, jf. finansforetaksloven § 2-7.

«Trygg konto»-svindel utføres ved bruk av elektroniske betalingsløsninger, og det vil derfor avgrenses mot betalingstransaksjoner ved hjelp av andre betalingsinstrumenter. Ettersom avhandlingen tar for seg tapsfordelingen transaksjonssvindel, vil det også avgrenses mot misbruk av elektronisk signatur, jf. finansavtaleloven § 3-20.

2 Overordnet om rettskilder og metode

2.1 Alminnelige utgangspunkter

Avhandlingen vil i utgangspunktet ha en rettsdogmatisk tilnærming til problemstillingene som behandles. Formålet er å klarlegge innholdet i reglene om ikke godkjente betalingstransaksjoner, for så å anvende disse på «trygg konto»-svindel. I tråd med juridisk metodelære vil det å klarlegge innholdet i rettsreglene innebære å tolke disse i lys av de relevante rettskildefaktorene, for så å vekte disse mot hverandre.²⁸ De relevante rettskildefaktorene vil behandles nærmere i det følgende.

Det primære utgangspunktet for å fastlegge innholdet i reglene om ikke godkjente betalingstransaksjoner, vil være den alminnelige, språklige fortolkningen av ordlyden.²⁹ Finansavtaleloven er også en del av norsk obligasjonsrett. Følgelig vil regler, praksis, teori og hensyn fra alminnelig kontraktsrett og erstatningsrett utgjøre viktige momenter og støtteargumenter for tolkningen.³⁰

Finansavtaleloven trådte i kraft 1. januar 2023. Gitt dens korte levetid, vil tilhørende forarbeider utgjøre viktige bidrag ved tolkning og fastleggelse av innholdet i reglene om ikke godkjente betalingstransaksjoner.³¹ En rekke bestemmelser i finansavtaleloven viderefører bestemmelsene i finansavtaleloven (1999). Dette gjelder blant annet finansavtaleloven § 4-30 om betalingstjenesteyterens og kundens ansvar ved misbruk av konto og betalingsinstrument, som i stor grad viderefører finansavtaleloven (1999) § 35. Dette gjelder også finansavtaleloven

²⁸ Boe (2010) s. 126.

²⁹ Mestad (2019) s. 81.

³⁰ Ibid. s. 93.

³¹ Ibid. s. 85.

§ 4-32, som i det vesentlige viderefører finansavtaleloven (1999) § 37.³² Det samme gjelder finansavtaleloven § 4-2 om samtykke, som viderefører finansavtaleloven (1999) § 24.³³

Til tross for at en del av bestemmelsene er videreført, vil ikke rettskilder tilknyttet de gamle bestemmelsene nødvendigvis ha direkte relevans ved fastlegging av innholdet i de nye bestemmelsene.³⁴ Ved mangel på uttalelser i rettspraksis og forarbeider tilknyttet de nye bestemmelsene, vil imidlertid rettskilder tilknyttet finansavtaleloven (1999) kunne gi noe veiledning.

Avhandlingen vil avslutningsvis søke å vurdere hensiktsmessigheten av skillet mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner. Ved vurderingen vil det anvendes en teleologisk tilnærming til regelverket, hvor system- og formålsbetraktninger, samt andre reelle hensyn, utgjør relevante argumenter.³⁵

2.2 EØS-rettslige kilder og metode

Finansavtaleloven gjennomfører en rekke direktiver³⁶ i norsk rett, deriblant de sivilrettslige reglene³⁷ i PSD 2.³⁸³⁹ For å fastlegge innholdet i de norske gjennomføringsreglene, må man først ta stilling til hva som er innholdet i de EU-rettslige bestemmelsene.⁴⁰ I overensstemmelse med EU-domstolens praksis, må EU-rettslige bestemmelser tolkes med utgangspunkt i ordlyden, men også dens kontekst og formål.⁴¹ Å tolke bestemmelsene i lys av deres kontekst, innebærer å se hen til sammenhengen de inngår i.⁴² Videre må bestemmelsene også fortolkes

³² Prop.92 LS (2019-2020) s. 383.

³³ Ibid. s. 278.

³⁴ Mestad (2019) s. 93.

³⁵ Bergo (2019) s. 211.

³⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/92/EU af 23. juli 2014 om sammenlignelighet af gebyrer i forbindelse med betalingskonti, flytning af betalingskonti og adgang til betalingskonti med basale funksjoner (Betalingskontodirektivet), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/17/EU af 4. februar 2014 om forbrukerkredittavtaler i forbindelse med fast eiendom til beboelse og om ændring af direktiv 2008/48/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 (Boliglånsdirektivet), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/48/EF om forbrukerkredittavtaler og om opphevelse af Rådets direktiv 87/102/EØF (Forbrukerkredittdirektivet) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/65/EF af 23. september 2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrukerne og om ændring af Rådets direktiv 90/619/EØF samt direktiv 97/7/EF (Direktiv om fjernsalg av finansielle tjenester til forbrukere).

³⁷ De offentligrettslige reglene i PSD 2 er gjennomført i betalingssystemloven og finansforetaksloven.

³⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 af 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked, om ændring af direktiv 2002/65/EF og 2013/26/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 og om opphevelse af direktiv 2007/64/EF (Betalningstjenestedirektivet).

³⁹ Prop.92 LS (2019-2020) s. 18.

⁴⁰ Fredriksen og Mathiesen (2019) s. 387.

⁴¹ Ibid. s. 392 og 404.

⁴² Ibid. 405.

slik at formålet fremmes.⁴³ PSD 2 har som mål å oppnå flere formål, herunder å fremme utviklingen av et sammenhengende indre marked av sikre elektroniske betalingsløsninger, samt å sikre et høyt nivå av forbrukerbeskyttelse ved bruk av slike betalingstjenester.⁴⁴

I norsk rett gjelder det folkerettslige presumpsjonsprinsippet. Prinsippet er utviklet i rettspraksis, og medfører at reglene i norsk rett, så langt det lar seg gjøre, må tolkes i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser.⁴⁵ Dette innebærer at bestemmelsene i finansavtaleloven, så vidt mulig, må tolkes i samsvar med PSD 2.

PSD 2 er et fullharmoniserende direktiv.⁴⁶ Medlemslandene kan således i utgangspunktet ikke innføre strengere eller lempeligere regler enn det som følger av direktivet.⁴⁷ Fullharmoniserende lovgivning følger av unionens formål om å skape et helhetlig, overnasjonalt rettssystem.⁴⁸ Dette gjelder også for PSD 2, hvis formål er å «[...] give større retssikkerhed og sikre ensartet anvendelse af de retlige rammer i hele Unionen».⁴⁹ Selv om EU-domstolen fastsetter direktivets innhold i øverste instans, vil det utfra en rettsenhetstankegang også være relevant å se hen til praktiseringen av aktuelle gjennomføringsbestemmelser i andre EU-land. På grunn av plasshensyn, vil jeg begrense meg til regelpraktisering i Sverige og Danmark.

PSD 2 er for tiden under revisjon. EU-kommisjonen har oversendt forslag til ny betalingstjenesteforordning («PSR»)⁵⁰ og et tredje betalingstjenestedirektiv («PSD 3»)⁵¹, som er ferdigbehandlet av EU-parlamentets finanskomite.⁵² Revisjonen følger evalueringen av PSD 2, som fant sted i 2022.⁵³ En av målsettingene er at reviderte direktiv i større grad skal bøte på de utfordringer som oppstår ved «trygg konto»-svindel.⁵⁴ Det er uvisst om forslaget vil vedtas slik det foreligger per dags dato, og usikkert når det vil tre i kraft. Utkastet vil likevel i begrenset

⁴³ Ibid. s. 410.

⁴⁴ PSD 2, fortaltepunkt 5 og 7.

⁴⁵ EØS-avtalen artikkel 3. Se en nærmere redegjørelse for presumpsjonsprinsippet i HR-2000-49-B på s. 1929.

⁴⁶ PSD 2 artikkel 107.

⁴⁷ Bergo (2019) s. 232.

⁴⁸ Fredriksen og Mathiesen (2019) s. 388.

⁴⁹ PSD 2, fortaltepunkt 6.

⁵⁰ Forslag til Europaparlamentets og Rådets forordning om betalingstjenester i det indre marked og om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010 (heretter COM/2023/367).

⁵¹ Forslag til Europaparlamentets og Rådets direktiv om betalingstjenester og elektroniske pengetjenester i det indre marked, om ændring af direktiv 98/26/EF og om op-hævelse af direktiv (EU) 2015/2366 og 2009/110/EF (heretter COM/2023/366).

⁵² Report on the proposal of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Regulation (EU) No 1093/2010 (heretter A9-0052/2023).

⁵³ EU-kommisjonen (2023).

⁵⁴ I.c.

grad kunne ha betydning for fastsetting av gjeldende rett.⁵⁵ Dette gjelder særlig uttalelser som bekrefter en etablert tolkning.⁵⁶

2.3 Finansklagenemndas praksis som rettskildefaktor

Finansklagenemnda Bank (FinKN) er et bransjebasert, utenrettslig tvisteorgan, som behandler tvister mellom tilsluttede finansforetak og deres forbrukerkunder.⁵⁷ Nemndas avgjørelser er ikke rettslig bindende, men dersom forbrukerkunden vinner frem og foretaket ikke gir en «begrunnet tilbakemelding» innen 21 dager, er det bundet av avgjørelsen.⁵⁸ Finansforetak som ikke aksepterer nemndas avgjørelse har plikt til å dekke motpartens sakskostnader ved domstolsbehandling i første instans, og ved videre saksgang dersom finansforetaket er den ankende part.⁵⁹ Behandling i nemnda er i utgangspunktet gratis for forbrukerkunden, og en rekke tvister om ansvarsfordeling etter ikke godkjente betalingstransaksjoner behandles av Finansklagenemnda i første instans.⁶⁰

Ettersom nemndas avgjørelser i utgangspunktet ikke er rettslig bindende, har de begrenset rettskildemessig vekt.⁶¹ Høyesterett er imidlertid ikke fremmed for en tilnærming til nemndspraksis som avviker fra dette utgangspunktet. I Rt. 1984 s. 248 åpner f.eks. Høyesterett for å tillegge avgjørelser fra Næringslivets Konkurransutvalg betydelig vekt.⁶² Av nyere rettspraksis kan det vises til HR-2005-2000-A, hvoretter avgjørelser fra Trygderetten skal tillegges vekt i den utstrekning de gir uttrykk for en fast og konsistent praksis. Det samme legges til grunn i HR-2007-1592-A vedrørende praksis fra Forbrukertvistutvalget.⁶³

Høyesterett har ikke uttrykkelig tatt stilling til vekten av FinKN-avgjørelser, men ser i HR-2022-1752-A hen til hva som følger av konsekvent nemndspraksis ved tolkningen av innholdet i finansavtaleloven (1999) § 35.⁶⁴ Selv om det ikke uttales hvordan praksisen vektes, viser det i alle tilfeller at FinKN-praksis er en høyst relevant rettskilde ved fastlegging av innholdet i finansavtalelovens regler om for ansvarsfordeling etter eID-svindel. Dette gjelder særlig der det

⁵⁵ Ny praksis fra EU-domstolen viser at slike uttalelser anvendes som argument for tolkningsresultatet, se Sag C-45/08 avsnitt 49.

⁵⁶ Fredriksen og Mathiesen (2019) s. 410.

⁵⁷ Finansklagenemndas vedtekter punkt 1.1-1.5.

⁵⁸ Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda punkt 14 og 15.

⁵⁹ Ibid. punkt 15. Dette følger også av finansforetaksloven § 16-3 (2).

⁶⁰ Finansklagenemndas årsrapport for 2022 viser at Finansklagenemnda Bank behandlet 1 896 saker. Tvister om ikke-godkjente betalingstransaksjoner har økt med 71,5 prosent sammenlignet med 2021, jf. s. 19.

⁶¹ Hallsteinsen (2018) s. 334.

⁶² Hagstrøm (2021) s. 58. Utvalget gir, i likhet med Finansklagenemnda, kun rådgivende uttalelser.

⁶³ Andenæs (2009) s. 99-100.

⁶⁴ Se HR-2022-1752-A avsnitt 46.

foreligger en langvarig og/eller omfattende nemndspraksis som er grundig fundamentert, og som underbygges av det øvrige rettskildebildet.

2.4 Fremstillingen videre

I punkt 3 vil det redegjøres for noen generelle rettslige utgangspunkter om ansvarsfordeling ved tap som følge av ikke godkjente betalingstransaksjoner.

I punkt 4 vil det redegjøres for hva som må til for at en kunde har «samtykket» til en betalingstransaksjon, herunder om transaksjoner gjennomført under «trygg konto»-svindel skal regnes som godkjente.

Punkt 5 og 6 vil belyse tapsfordeling mellom kunde og bank ved «trygg konto»-svindel under forutsetning av at det enten foreligger en godkjent eller ikke godkjent betalingstransaksjon.

I punkt 7 vil jeg foreta en rettspolitisk vurdering av hensiktsmessigheten ved at rettslig regulering av ansvarsfordeling for tap skiller mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner.

3 Rettslige utgangspunkter

3.1 Finansavtalelovens ansvarsfordelingssystem ved ikke godkjente betalingstransaksjoner

Hovedregelen har siden vedtakelsen av finansavtaleloven (1999) vært at betalingstjenesteyteren er ansvarlig for tap som oppstår ved misbruk av kundens betalingsinstrumenter.⁶⁵ I dag kommer dette til uttrykk i finansavtaleloven § 4-30 (1), hvorefter banken er ansvarlig overfor kunden for

⁶⁵ På vedtakelsestidspunktet skilte finansavtaleloven (1999) mellom misbruk av betalingskort (§ 35) og misbruk ved andre elektroniske instrumenter (§ 34). Utgangspunktet etter begge bestemmelsene var at banken var ansvarlig for tapet som følge av misbruket. Ved misbruk av betalingskort var kunden likevel ansvarlig for inntil 800 kroner «for tap som skyldes andres urettmessige bruk av betalingskort når tilhørende personlig kode eller annen lignende sikkerhetsprosedyre» var benyttet, og inntil 8 000 kroner dersom kunden ved grov uaktsomhet hadde muliggjort misbruket eller unnlatt å underrette banken snarest mulig. Ved misbruk av andre elektroniske instrumenter var kunden ansvarlig dersom «den som har foretatt disposisjonen, har legitimert seg i samsvar med reglene i kontoavtalen, og belastningen har vært mulig som følge av forsett eller grov uaktsomhet fra kontohaveren eller fra noen som etter kontoavtalen har rett til å belaste kontoen». Ansvaret var da begrenset til det innestående på kundens konto på belastningstidspunktet.

tap som skyldes «betalingstransaksjoner» som ikke er «godkjente».⁶⁶ Hovedregelen begrunnes av at betalingstjenesteyteren har langt bedre mulighet enn kunden til å iverksette tiltak for å unngå misbruk, og til å pulverisere tapet ved misbruk.⁶⁷

Unntak fra hovedregelen følger av finansavtaleloven § 4-30 (2), (3) og (4). Ved misbruk er kunden ansvarlig for inntil 450 kroner dersom tapet skyldes tap, tyveri eller uberettiget tilegnelse av kundens betalingsinstrument, og kunden «kunne ha oppdaget» dette på forhånd og/eller «har opptrådt svikaktig», jf. andre ledd. Videre svarer kunden for inntil 12 000 kroner dersom vedkommende ved grov uaktsomhet har «unnlatt å oppfylle sine plikter» etter §§ 4-23 (1) eller 4-24 (1)⁶⁸, og for hele tapet dersom hun «forsettlig» har misligholdt pliktene «slik at kunden måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt». Bankens ansvar reduseres altså i takt med økt grad av klanderverdighet hos kunden. Dette begrunnes i prevensjonshensyn, som taler for at kunden bærer ansvar dersom hun har vært sterkt delaktig i at tapssituasjonen har oppstått. Målet er at kunden skal håndtere sine elektroniske betalingsløsninger og -instrumenter med forsiktighet.⁶⁹

Når kunden varsler banken om en ikke-godkjent betalingstransaksjon, jf. § 4-24, inntreer en tilbakeføringsplikt, jf. finansavtaleloven § 4-32.⁷⁰ Betalingstjenesteyter må «straks, og senest innen utgangen av den påfølgende virkedagen, tilbakeføre beløpet og erstatte rentetap fra belastningstidspunktet», jf. § 4-32 (1). Tilbakeføringsplikten gjelder ikke der betalingstjenesteyteren har «rimelige grunner til mistanke om svik», og innen fire uker fra skriftlig innsigelse ble mottatt fra kunden reiser sak for domstolen eller Finansklagenemnda.⁷¹

Lovens system er følgelig at en kunde som utsettes for en ikke godkjent betalingstransaksjon skal varsle banken, som deretter skal tilbakeføre beløpet. Dersom banken mener at kunden må bære hele eller deler av tapet, skal den bringe forholdet inn for nemnd eller domstol, som avgjør

⁶⁶ For at ansvarsfordelingssystemet skal komme til anvendelse, fordrer det misbruk av et «betalingsinstrument», jf. finansavtaleloven § 1-5 (2). BankID er en form for elektronisk legitimasjon som anvendes for identifisering og signering på nett, jf. BankID (u.å.). Når BankID (eller tilsvarende instrument) benyttes med personlig passord og engangskode for å iverksette en betalingstransaksjon, er det lagt til grunn av EU-domstolen i Sak C-287/19 avsnitt 75 at et slikt sett av prosedyrer for å utføre en betalingstransaksjon i nettbanken, utgjør et «betalingsinstrument». Se tilsvarende HR-2020-2021-A avsnitt 38 og HR-2022-1752-A avsnitt 29.

⁶⁷ Prop.92 LS (2019-2020) s. 183.

⁶⁸ Etter § 4-23 (1) plikter kunden å bruke konto og betalingsinstrument i samsvar med vilkår for utstedelse og bruk og ta alle rimelige forholdsregler for å beskytte personlig sikkerhetsinformasjon, og etter § 4-24 (1) skal kunden uten ugrunnet opphold varsle betalingstjenesteyter når hun blir oppmerksom på tap, tyveri eller uberettiget bruk eller tilegnelse av et betalingsinstrument eller uberettiget kontotilgang. For en nærmere beskrivelse av vilkårene og vurdering av «trygg konto»-svindeltilfeller, se punkt 6.

⁶⁹ PSD 2, fortalepunkt nr. 71.

⁷⁰ Jf. også PSD 2 artikkel 73 nr. 1.

⁷¹ Prop.92 LS (2019-2020) s. 169. Lovgiver legger til grunn at «etablert klageorgan» skal forstås på samme måte som «utenrettslig tvisteorgan» i finansavtaleloven (1999) § 37. Finansklagenemnda utgjør et slikt organ.

ansvarsfordelingen.⁷² Hovedvilkåret er, som en ser, at det er tale om en ikke godkjent transaksjon. Dette vilkåret vil behandles i punkt 4. I det følgende vil jeg kort redegjøre for hva som er å anse som en «betalingstransaksjon», hvilket er en forutsetning for at ansvarsfordelingssystemet settes i bevegelse.

3.2 Nærmere om begrepet «betalingstransaksjon»

3.2.1 Innledning

For at en handling skal anses som en «betalingstransaksjon», er det i finansavtaleloven § 1-5 (6) fastlagt at den må være iverksatt av «betaleren eller på dennes vegne eller av betalingsmottakeren.» Legaldefinisjonen angir hvem som har rett til å gjennomføre en betalingsordre. Ordlyden gir to tolkningsspørsmål av betydning for hvem som kan påberope reglene om ikke godkjente betalingstransaksjoner. For det første må det klarlegges hvem som anses som «betaleren» eller noen som handler «på dennes vegne», og det for andre hvorvidt også interne overføringer omfattes av begrepet «betalingstransaksjon».

3.2.2 Nærmere om «betaleren eller på dennes vegne»

«Btaler» er legaldefinert i finansavtaleloven § 1-8 (3). Definisjonen omfatter etter sin ordlyd enhver som ved bruk av betalingsmidler oppfyller en forpliktelse, enten vedkommende har betalingskonto eller ikke. Det skilles mellom tilfeller hvor betaleren oppfyller en forpliktelse ved hjelp av et betalingsoppdrag fra en betalingskonto, typisk ved avtalegiro, eller ved betalingsoppdrag uten betalingskonto, eksempelvis ved kontant betaling.

Ordlyden indikerer at det kun er kontoinnehaver som anses som betaler, ettersom vedkommende må tillate betalingsoppdraget. Dette reiser spørsmål om det i tilfeller av identitetstyveri ikke foreligger en «betaler» i lovens forstand. Slik «betaleren» er definert i direktivet og i finansavtaleloven, vil ikke kunden kunne være «betaleren» i relasjon til den aktuelle transaksjonen, fordi det er svindler som iverksetter den.

En slik forståelse ville imidlertid harmonert svært dårlig med lovens ansvarsfordelingssystem, da det ville innsnevret virkeområdet til finansavtaleloven §§ 4-30 og 4-32 betraktelig. I både europeisk⁷³ og norsk⁷⁴ juridisk teori er det lagt til grunn at ordlyden ikke kan forstås på denne måten. Høyesterett har også lagt til grunn at ansvarsbegrensingsreglene kommer til anvendelse

⁷² Det er omdiskutert om denne regelen gjelder ved antatt godkjente betalingstransaksjoner, se Wold (2022) og EU-domstolens uttalelse i sak C-351/21 avsnitt 39. Dette omtales i punkt 4.4.

⁷³ Guimarães (2021) s. 148 fotnote nr. 27.

⁷⁴ Wold (2022) s. 110 fotnote nr. 64.

på svindeltransaksjoner.⁷⁵ Det legges følgelig til grunn at også tredjepersoner som utfører betalingstransaksjonen uten kontoinnehavers samtykke omfattes av begrepet «betaler».

Videre må transaksjonen, jf. § 1-8 (3), oppfylle en forpliktelse. Det indikerer at det må foreligge et krav eller en avtale mellom betaler og betalingsmottaker. Formuleringen er ny i finansavtaleloven, og samsvarer ikke med definisjonen i PSD 2.⁷⁶ Den er ikke nærmere beskrevet i forarbeidene. En streng ordlydsfortolkning vil innebære at transaksjoner uten noen underliggende forpliktelse, slik som svindeltransaksjoner, faller utenfor. Dette vil imidlertid skape direkte motstrid mellom definisjonen av «betaler» og definisjonen av «betalingstransaksjon», jf. § 1-5 (6), som omfatter handlinger som iverksettes «uten hensyn til eventuelle underliggende forpliktelser». Ettersom formuleringen hverken har støtte i ordlyden i direktivet, vil skape intern motstrid og strider mot lovens system, må «betaler» forstås som enhver som iverksetter en «betalingstransaksjon», uavhengig av om denne oppfyller en forpliktelse eller ikke.

3.2.3 Omfattes også interne overføringer av «betalingstransaksjon»?

Dersom svindler ved misbruk av kundens BankID har opprettet den «trygge kontoen» i hennes navn, vil overføringer til den aktuelle kontoen utgjøre interne overføringer. Dette reiser spørsmål om slike interne overføringer også er å anse som betalingstransaksjoner i henhold til finansavtaleloven § 1-5 (6).

Ordlyden kan synes å forutsette at det foreligger både en betaler og en betalingsmottaker. Dette støttes av Grøttjord og Rosén i deres lovkommentarer tilknyttet finansavtaleloven (1999) § 12.⁷⁷ I forarbeidene til finansavtaleloven (1999) er det imidlertid slått fast at også overføringer der betaleren og mottakeren er samme person, omfattes av definisjonen av «betalingstransaksjon».⁷⁸ I relasjon til ansvarsfordelingsreglene underbygges en slik forståelse også av tungtveiende hensyn om forbrukervern, som er et av lovens hovedformål.⁷⁹ Etter mitt syn må følgelig dette tolkningsresultat legges til grunn også etter finansavtaleloven 2020.

4 Kravet om at kunden må ha samtykket til at transaksjonen gjennomføres

⁷⁵ Se eksempelvis HR-2022-1752-A og HR-2004-568-A.

⁷⁶ PSD 2 artikkel 4 nr. 8.

⁷⁷ Grøttjord og Rosén (2014) s. 93. Ordlyden er videreført i finansavtaleloven § 1-5 (6).

⁷⁸ Ot.prp. nr. 92 (2008-2009) s. 19.

⁷⁹ PSD 2, fortalepunkt 7.

4.1 Innledning

Det følger av finansavtaleloven § 4-2 (1) at en betalingstransaksjon er godkjent «dersom betaleren har gitt sitt samtykke til at betalingstransaksjonen gjennomføres».⁸⁰ Motsetningsvis vil ikke betalingstransaksjonen være godkjent dersom betaleren ikke har samtykket. Begrepet «betaler» må her forstås slik at det gjelder kunden, ikke den som misbruker betalingsinstrumentet til å gjennomføre betalingstransaksjonen.

Samtykket skal gis i den form, og på den måten som er avtalt mellom betaleren og betalingstjenesteyter, jf. § 4-2 (2). Videre skal samtykket som utgangspunkt gis før betalingstransaksjonen gjennomføres, men kan også gis etter transaksjonen er gjennomført dersom dette er avtalt mellom betaleren og betalingstjenesteyteren, jf. tredje ledd. Samtykket kan også på visse vilkår trekkes tilbake, jf. fjerde ledd. Etterfølgende samtykke er likevel ikke aktuelt ved «trygg konto»-svindel, da transaksjonen gjennomføres i det kunden iverksetter den. Derfor vil heller ikke tilbakekallsregelen i fjerde ledd gi kunden noe ytterligere vern, ettersom fristen for tilbakekall sammenfaller med BankID-bekreftelsen, jf. § 4-7 (1).

Definisjonen i § 4-2 gir ingen nærmere beskrivelse av samtykkets *innhold*. Standardavtalen om BankID⁸¹ viser tilbake til reguleringen i finansavtaleloven, og gir dermed ingen ytterligere veiledning. Definisjonen – eller mangelen på sådan – reiser følgende spørsmål: Hva er innholdet i samtykkekravet? Og nærmere, i relasjon til «trygg konto»-svindel: utgjør kundens bekreftelseshandling som iverksetter betalingstransaksjonen et samtykke til at den gjennomføres?

4.2 Når har kunden «samtykket» til en betalingstransaksjon?

4.2.1 Kreves det bevissthet fra kunden om mer enn selve bekreftelseshandlingen?

Finansavtaleloven § 4-2 bygger på finansavtaleloven 1999 § 24, og gjennomfører PSD2 artikkel 64. Det følger av PSD 2 artikkel 64 nummer 1 at en betalingstransaksjon anses som «authorised» når «the payer has given consent to execute the payment transaction.»

En alminnelig språklig forståelse av at kunden har gitt sitt «consent» til gjennomføringen av en betaling tilsier, i likhet med det norske begrepet «samtykke», at kunden må ha tillatt eller sagt seg enig i at betalingen gjennomføres. For å kunne si seg enig i at noe skal skje, er det en grunnleggende forutsetning at man er kjent med hva det er som faktisk skal skje. Ordlyden kan

⁸⁰ Jf. også PSD 2 artikkel 64.

⁸¹ Avtale om BankID punkt 6.2.

således tilsi at man må se hen til kundens subjektive forståelse av situasjonen ved samtykkevurderingen. Det er imidlertid ikke gitt at man kommer til en slik forståelse av samtykkebegrepet basert på ordlydstolkning. Som jeg vil komme tilbake til, er direktivordlyden i gjennomføringsbestemmelsene i Sverige og Danmark i utgangspunktet forstått (tilnærmet) rent objektivt. Ved en slik tilnærming ansees kunden å ha «samtykket» så lenge hun har gjennomført bekreftelseshandlingen – i praksis ved å f.eks. bekrefte betalingsforespørselen gjennom å trykke på mobiltelefondisplayet.

Det finnes ikke rettspraksis fra EU-domstolen som klargjør det nærmere innholdet i direktivordlyden. I tråd med EU-rettslig metode, er det naturlig å se hen til direktivets formål, og i hvilken kontekst bestemmelsen inngår.⁸² Ansvarsfordelingssystemet ved ikke godkjente betalingstransaksjoner i PSD 2 søker blant annet å oppnå en høy grad av forbrukerbeskyttelse ved at forbrukerens eventuelle ansvar fordrer økende grad av klander.⁸³ Dette kan tale for en mer subjektiv tilnærming til samtykkebegrepet, ettersom forbrukerbeskyttelsen da utvides idet finansforetakenes må bære en større del av tapet som oppstår som følge av manipulasjonssvindler.

På den annen side vil dette kunne øke risikoen for at bankkunder svikaktig melder godkjente betalinger som ikke-godkjente, hvilket vil kunne være til skade for omsetningslivet.⁸⁴ Videre kan det argumenteres for at dersom finansforetakenes ansvar utvides til å dekke tilfeller der kundens atferd er en sentral forutsetning for at tapet har oppstått, vil dette svekke kundenes insentiv til å opptre med tilstrekkelig aktsomhet når de bruker BankID.⁸⁵ Hva gjelder det første argumentet kan det ikke sees at finansforetakene siden innføringen av finansavtaleloven 2020 (som endret ansvarsfordelingsreglene i favør forbrukerkundene) har påvist økt svikaktig atferd fra sine kunder. Argumenter om økt risiko for «moral hazard» kan på sin side imøtegåes ved å vise til at direktivets ansvarsfordelingssystem i seg selv gir kunden et insentiv om å anvende sine betalingsinstrumenter med forsiktighet.

På et mer overordnet plan kan det også henføres at sikkerhetsansvaret primært ligger hos finansforetakene – som tilbydere av et betalingsinstrument og en betalingsløsning kundene i praksis *må* bruke, og som har ledet til økt inntjening gjennom effektivisering, er det ikke urimelig å avkreve at finansforetakene selv besørger at disse er tilstrekkelig beskyttet mot

⁸² Fredriksen og Mathiesen (2019) s. 392 og 404.

⁸³ PSD 2 fortalepunkt 73.

⁸⁴ For et slikt argumentasjonsmønster, se innlegg fra informasjonsdirektør i Finans Norge, Tom Staavi, om utvidelsen av finansforetaks ansvar for tap som følge av misbruk av eID som signaturløsning, Staavi (2020).

⁸⁵ PSD 2, fortalepunkt 72.

misbruk.⁸⁶ Utover de reelle hensyn man kan lese ut av direktivets fortale, gir det imidlertid i seg selv lite veiledning om den konkrete forståelsen av samtykkebegrepet.

PSD 2 er for tiden under revisjon.⁸⁷ EU-parlamentets finanskomite har i revidert PSR-forslag presisert at det må tas «behørig hensyn til de betingelser, til hvorunder kunden godkente en transaksjon ved at give sin tilladelse hertil» ved vurderingen av samtykke.⁸⁸ Komiteen har i revisjonsarbeidet tillagt følgende fortalepunkt om samtykkevurderingen:

«With regard to the authorisation of payment transactions, permission should express the intention of the payer on the basis of full knowledge of relevant facts including the amount, recipient and purpose of the transaction. The intention of the payer, based on the full knowledge of relevant facts, at the time of transaction, should be assessed pursuant to national law.»⁸⁹

Dette antyder at lovgiver på EU-nivå er av den oppfatning at kunden må ha en mer eller mindre klar bevissthet om hva autorisasjonshandlingen knytter seg til for at det skal foreligge et gyldig samtykke. Videre kan henvisningen til at betalerens intensjon må vurderes utfra nasjonal rett tyde på at nasjonal avtalerett skal anvendes ved fastlegging av samtykke, noe jeg vil komme tilbake til.

Fortalepunktet i PSR-forslaget har lav rettskildemessig vekt, særlig fordi det ikke nødvendigvis vil bli stående i den endelige versjonen. Likevel kan det trekke i retning av at EU-lovgiver anerkjenner at det skal gjøres en bredere vurdering av omstendighetene rundt samtykkesituasjonen når man tar stilling til om en betalingstransaksjon er godkjent eller ikke. Det er ikke tilstrekkelig å alene konstatere at det er foretatt en autorisasjonshandling. I denne vurderingen er det ikke, hverken fra et ordlydsutgangspunkt eller under henvisning til sentrale formål om forbrukerbeskyttelse og trygge betalingstjenester, unaturlig å se hen til de bakenforliggende årsakene til forbrukerkundens autorisasjonshandling.

På systemnivå kan regellikhet i EU-retten videre tilsi at det i samtykkebegrepet må innfortolkes et subjektivt element, ettersom dette er lagt til grunn i andre rettsakter med tilsvarende ordlyd.⁹⁰

⁸⁶ Ibid. 7 og 47.

⁸⁷ EU-kommisjonen (2023).

⁸⁸ COM/2023/367, fortalepunkt 79.

⁸⁹ COM/2023/367, fortalepunkt 79a.

⁹⁰ Se Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger om fri uveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 94/16/EF (Personvernforordningen) artikkel 4 nr. 11: «frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring» og fortalen nr. 43 hvor det vises til at et samtykke må vurderes med «hensyn til alle

Disse regelsettene søker, i likhet med PSD 2, å styrke rettssikkerheten til forbrukere ved bruk av tjenester, og har således en viss overføringsverdi som øvrige komponenter av en felleseuropeisk forbrukerrett.⁹¹ Dette momentet underbygges etter mitt syn ytterligere ved at den samtykkevurderingen det reviderte PSR-forslaget legger opp til, ligger svært tett inntil de vurderingene som skal gjøres etter overnevnte rettsakter.

Vilkår og begreper i EU-lovgivningen skal i utgangspunktet antas å ha et selvstendig EU-rettslig innhold.⁹² Selv om direktivets ordlyd, fortale og etterarbeider kan tale for at direktivets samtykke-begrep skal forstås som antydning, er det i mangel på autoritative kilder på EU-rettslig nivå vanskelig å angi et klart og bestemt meningsinnhold i «consent» i PSD 2 artikkel 64. I mangel av autoritative kilder, har det i teorien vært diskutert om nasjonale avtalerettslige regler kan fungere som supplerende tolkningsfaktor.⁹³ Ørstavik har uttalt seg generelt om anvendelse av nasjonale avtalerettslige regler ved utgreiingen av innholdet i EU-rettslige begreper.⁹⁴ Som følge av at EU-retten ikke er et fullstendig rettssystem, anvendes nasjonale avtalerettslige regler som bindeledd for materielle regler som i utgangspunktet ikke er laget for å regulere avtaler. Slik utvikles egne avtalerettslige konsepter innenfor hvert rettsområde eller hvert medlemsland, hvilket kan skape rettslig usikkerhet. Dette er etter mitt syn relevant ved vurdering av samtykke-begrepet, hvor bruk av nasjonale avtalerettslige regler som tolkningsfaktor kan lede til rettsuensartethet mellom medlemslandene, og dermed havne på akkord med et av hovedformålene i PSD 2 om en enhetlig regulering.⁹⁵

Lovgivers uttalelser i forarbeidene til finansavtaleloven om avtalefrihet ved vurderingen av når et «samtykke» foreligger, samt henvisningen til at det «er mot denne bakgrunnen regler om samtykkekrav i finansavtaleloven må forstås», kan likevel tas til inntekt for at det kan sees hen til nasjonal avtalerett ved fastleggingen av innholdet i «samtykke».⁹⁶ Videre synes lovgiver å forutsette at ugyldighetsregler kan komme til anvendelse på samtykket.⁹⁷ PSD 2 inneholder også flere henvisninger til bruk av nasjonal rett som supplement til direktivets bestemmelser, herunder eksempelvis uttalelser i fortalen om at «beviset for og graden af den påstående

omstendigheter som kjennetegner den bestemte situasjonen.», og EU-domstolens presisering av innholdet i samtykkekravet i Opphavsdirektivet inntatt i C-301/15 avsnitt 37, hvor domstolen uttaler at «de betingelser, under hvilke et implicit samtykke kan antages at foreligge, skal fastsettes nøye [...]». Se også Fredriksen og Mathiesen (2019) s. 407.

⁹¹ Personvernforordningen, fortalepunkt 6 og 7.

⁹² C-279/12 avsnitt 42.

⁹³ Ørstavik (2023) s. 525.

⁹⁴ Ibid. s. 542-543.

⁹⁵ PSD 2, fortalepunkt 6.

⁹⁶ Prop.92 LS (2019-2020) s. 276.

⁹⁷ Ibid. s. 183. Uttalelsene ble gitt i forbindelse med finansavtaleloven § 3-20, men lovgiver har lagt til grunn at denne skal reguleres på samme måte som reglene om ikke godkjente betalingstransaksjoner etter § 4-30, jf. samme sted. Dette medfører at forarbeidsuttalelser tilknyttet § 3-20 også får relevans her.

forsømmelse bør generelt vurderes i henhold til national ret». ⁹⁸ Forarbeidsuttalelsene virker også å finne støtte i det reviderte PSR-forslaget, der det eksplisitt uttales at kundens intensjon må vurderes «pursuant to national law». ⁹⁹

I Norden er spørsmål om samtykke undergitt alternativ tvisteløsningsbehandling i ulike nemnder, og har ikke enda vært gjenstand for domstolskontroll. Finansklagenemnda har de siste årene avgjort flere saker om ansvarsfordeling der kunden har gjennomført betalingene selv. Selv om avgjørelsene i utgangspunktet har begrenset vekt, har Høyesterett anerkjent fast og langvarig nemndspraksis som en relevant rettskilde, noe som etter hvert kan sies å foreligge når det gjelder samtykkevurderingen. ¹⁰⁰ I alle tilfeller illustrerer nemndspraksisen ulike innfallsvinkler til samtykkevurderingen, og tjener til å belyse (direkte og indirekte) innslag av nasjonale avtalerettslige utgangspunkter.

Norsk nemndspraksis har gjennomgått en rettsutvikling. Innledningsvis virker nemnda å legge til grunn at samtykke foreligger ved autorisasjonshandling alene. Avgjørelsen i FinKN-2020-227 kan tjene til illustrasjon. Saken omhandlet kundens egen bekreftelse av betalingstransaksjoner som følge av sosial manipulasjon fra svindler. Nemnda uttaler at:

«Selv om transaksjonene skulle være gjort uten klagerens bevisste medvirkning og som ledd i svindel mot klageren, kan nemnda ikke uten videre legge til grunn at transaksjonene er blitt gjennomført uten kontohaverens gyldige samtykke etter finansavtalel. § 28 andre ledd. Samtykke gis gjennom autorisasjonsprosedyre ved bruk av BankID. Dersom klageren er blitt narret til å gjennomføre autorisasjonsprosedyre uten at han var klar over at det var dette som skjedde, kan det reises spørsmål om samtykkene til transaksjonene er ugyldige etter avtalerettslige regler. At transaksjonene eventuelt er ugyldige i forholdet mellom kontohaveren og betalingsmottakeren, innebærer ikke i seg selv at samtykkene til transaksjonene også er ugyldige i forholdet mellom kontohaveren og banken.»

Slik jeg forstår avgjørelsen, legger Finansklagenemnda til grunn at samtykke foreligger dersom autorisasjonsprosedyre ved bruk av BankID er gjennomført. Samtykkebegrepet tillegges altså i utgangspunktet et objektivt innhold, ved at kunden har samtykket så lenge hun har utført bekreftelseshandlingen selv. Samtykket kan likevel være beheftet av ugyldighet som følge etter

⁹⁸ PSD 2, fortalepunkt 72.

⁹⁹ A9-0052/2024 s. 27.

¹⁰⁰ Se HR-2022-1752-A avsnitt 46.

nasjonale avtalerettslige regler, men dette vil i så fall være i relasjon til betalingsmottaker, ikke finansforetaket.¹⁰¹

I Sverige og Danmark er den samme objektive tilnærmingen inntatt som utgangspunkt. I Sverige har forbrukerklageorganet Allmänna reklamationsnämnden (ARN) i flere avgjørelser uttalt at det foreligger et samtykke så lenge forbrukeren har benyttet sin BankID til å godkjenne transaksjonen uavhengig «om kontohavaren har lurats att utföra godkännandet eller har en felaktig uppfattning om vad transaktionen innebär eller vad en eventuell motprestation ska innehålla, eller vad hen över huvud taget gör när hen använder sitt betalningsinstrument.»¹⁰² I Danmark har Det finansielle ankenævn tilsvarende uttalt at når kunden selv gjennomfører transaksjonene foreligger det et samtykke «uanset at det må lægges til grund, at klageren blev narret og presset til at foretage transaktionerne i forbindelse med bedrageriske telefonopkald.»¹⁰³ Denne objektive forståelsen av innholdet i samtykke-begrepet virker å sammenfalle med den avtalerettslige forståelsen av at en rettslig, bindende disposisjon foreligger der løftemottaker gis berettiget forventning om at løftegiver ønsker å binde seg.¹⁰⁴ I en nylig avsagt avgjørelse har imidlertid ARN erkjent at det finnes tilfeller «där det som kontohavaren ger til känna [...] inte rimligen kan tillräknas hans eller hennes handlande. Det finns således situationer där ett samtycke inte kan anses föreligga, även om kontohavaren rent faktiskt har gökämt transaktionen».¹⁰⁵ Avgjørelsen antyder en utvikling fra tidligere praksis, ettersom subjektive forhold rundt kundens bekreftelseshandling tillegges betydning for vurderingen av om samtykke foreligger.

Nyere praksis fra Finansklagenemnda har beveget seg i samme retning, men går vesentlig lenger enn den svenske i å spille opp forhold på kundens side. Nemnda har i stadig større grad tillagt kundens *hensikt* bak bekreftelseshandlingen avgjørende betydning i samtykkevurderingen.¹⁰⁶ Til illustrasjon kan det sees hen til FinKN-2022-490. En kunde ble kontaktet av en person (S) som «etterforsket» tidligere svindelsaker på vegne av kundens bank. Kunden ble fortalt at det var kjent at han tidligere hadde tapt penger gjennom investeringssvindel, og at S ønsket kundens bidrag i den pågående etterforskningen. Kunden ga

¹⁰¹ Slik er også «samtykke» forstått i svensk litteratur, se blant annet Rødvei Aagaard (2024).

¹⁰² Se eksempelvis ARN-2019-11253, ARN-2019-14354 og ARN-2019-08258. I sistnevnte avgjørelse tok forbrukerklageorganet utgangspunkt i avgjørelsen fra Högsta Domstolen i NJA 2017 s. 1105 og la til grunn at en ikke godkjent transaksjon er en transaksjon som utføres av noen andre enn innehaveren av betalingsinstrumentet eller noen som har rett til å anvende dette. En lignende formulering anvendes i NJA 2021 s. 1017 på s. 11. Se Rødvei Aagaard (2023) fotnote 30 på s. 468.

¹⁰³ Se sag nr. 348/2022 og sag nr. 480/2022.

¹⁰⁴ Woxholth (2021) s. 71. Se også formuleringen av Høyesterett i HR-2017-971-A (Presentwater) avsnitt 41.

¹⁰⁵ ARN-2022-13993 hvor kunden gjennom en pistol mot hodet ble tvunget til å foreta transaksjoner til svindler. I lys av tidligere praksis, er mitt inntrykk at avgjørelsen gir uttrykk for en relativt snever unntaksregel.

¹⁰⁶ Se blant annet FinKN-2023-664, FinKN-2023-787, FinKN-2023-609, FinKN-2023-593, FinKN-2022-975, FinKN-2022-684, FinKN-2022-530 og FinKN-2022-490.

S tilgang til sin pc gjennom et fjernstyringsprogram, og logget selv inn i nettbanken på delt skjerm. Det ble foretatt flere transaksjoner ut av kundens kontoer, som han autentiserte med sin BankID. Finansforetaket anførte at kunden hadde samtykket til transaksjonene, og at det dermed ikke var ansvarlig for å tilbakeføre beløpet. Nemnda fant imidlertid at:

«(e)gen autorisering av betalinger vil i et tilfelle som dette måtte forutsette at klageren har brukt sin BankID eller samtykket til andres bruk av passord og koder fra sin BankID *med kjennskap til at det er nettopp dette – autorisering av betalinger – han utfører eller samtykker til*» (min kursivering).

Avgjørelsen ble fattet med utgangspunkt i finansavtaleloven (1999), men nemnda har i etterfølgende saker lagt til grunn det samme etter ny lov.¹⁰⁷

Nemnda har således utviklet en praksis hvor samtykkevurderingen fremstår som en tilnærmet «ren subjektiv» vurdering av kundens intensjon, og om denne dekker bestemte momenter ved den aktuelle betalingstransaksjonen. Selv om kunden gjennomfører transaksjonen, har vedkommende ikke samtykket dersom denne ikke samsvarer med det hun hadde til hensikt. Det kan virke som Finansklagenemnda dermed både har forlatt sin innledende bruk av nasjonale avtalerettslige regler som tolkningsfaktor i utgreiingen av samtykke-begrepet, og tillagt begrepet et autonomt, subjektivt tilsnitt. Denne tilnærmingen kan for øvrig sies å være i tråd med det «klassiske» overordnede målet om å etablere løftegivers *egentlige* vilje, hvoretter det sentrale er om disse «har ment å binde seg».¹⁰⁸

Hensynet til nordisk rettsenhet har en viss vekt, og kan tale for at norsk rett bør tolkes i samsvar med det som er lagt til grunn i Sverige og Danmark. Nordisk nemndspraksis er imidlertid sprikende, og gir ikke tydelig anvisning på hvordan samtykkebegrepet skal forstås. En kan f.eks. i Sverige spore en gryende anerkjennelse av at man ved vurderingen må se hen til forhold rundt samtykkesituasjonen, og ikke alene spørre om det foreligger en autorisasjonshandling fra kunden. Gitt de signalene som sendes fra EU-lovgiver i PSR-forslaget, kan det også virke som det vil være vanskelig å opprettholde en tilnærmet «objektiv» konstatering av autorisasjonshandlingen alene. Nordisk rettsenhet har i alle tilfelle ikke avgjørende vekt ved fastleggingen av EU-rettslige begreper, hvor rettsenhet innenfor det samlede EU/EØS-området er det sentrale.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Se FinKN-2023-664.

¹⁰⁸ Woxholth (2021) s. 70.

¹⁰⁹ HR-2020-2021-A avsnitt 60-61.

Oppsummert taler ordlyden «samtykke» etter mitt syn for at det kreves mer enn selve bekreftelseshandlingen for at det foreligger et samtykke. En mer subjektiv tilnærming har støtte i direktivets fortale og underliggende formål. Det ser også ut til å være enighet blant rettsanvendere og teoretikere¹¹⁰ i Norden om at begrepet har en subjektiv komponent, selv om det er uenighet om omfanget. En kan innvende at en for bred og «forbrukervennlig» forståelse vil kunne lede til uforsiktighet blant kunder, og at en mer objektiv vurdering er mer i tråd med en nasjonal, avtalerettslige tilnærming om løftemottakers berettigede forventninger. På den andre siden taler systemhensyn for at bankene bærer risiko for et produkt de har «påtvinget» allmennheten og som har ledet til økt lønnsomhet for finansnæringen.

Alt i alt taler rettskildebildet etter mitt syn samlet sett for at man må ta hensyn til omstendighetene rundt samtykkehandlingen, og at kundens subjektive oppfatning av hva hun samtykker til må tillegges vekt i vurderingen av om samtykke foreligger. Det spørsmålet som da oppstår, er *hva* kundens bevissthet må omfatte.

4.2.2 Hva må kundens bevissthet omfatte utover bekreftelseshandlingen?

Spørsmålet er hva kundens bevissthet må omfatte utover selve bekreftelseshandlingen. Etter mitt syn er et naturlig utgangspunkt at kunden må ha bevissthet om at det initieres en «betalingstransaksjon», da dette er den disposisjonen kundens samtykke knytter seg til ved svindeltransaksjoner, jf. finansavtaleloven § 4-2. Som redegjort for under punkt 3.2, tilsier ordlyden «transaksjon» en overføring av betalingsmidler fra en betaler til en mottaker. Videre hentyder «betaling» et oppgjør for en eller annen form for vare eller tjeneste. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier dermed at man ved en betalingstransaksjon oppfyller en forpliktelse ved en overføring av betalingsmidler fra en betaler til en betalingsmottaker.

Som konkludert med under punkt 3.2, vil imidlertid en forståelse av «betalingstransaksjon» hvor kunden må oppfylle en underliggende forpliktelse stride med legaldefinisjonen i § 1-5 (6). Anvendt på svindeltilfeller vil en slik forståelse av begrepet også være svært vid, ettersom kunden som oftest ikke vil ha til hensikt å oppfylle noen underliggende forpliktelse overfor svindler.

Som en naturlig følge av dette, må man etter mitt syn legge til grunn en forståelse av betaling som antyder en villet forflytning av penger fra en konto. Der kundens bevissthet omfatter betaling i denne forstand, har kunden i utgangspunktet samtykket til transaksjonen. Spørsmålet

¹¹⁰ Se Rødvei Aagaard (2024), hvor forfatteren viser til at samtykket må være «frivillig». Se også Kjørven m.fl. (2024), hvor forfatterne argumenterer for at kunden må ha hatt bevissthet om at hen utfører en betalingstransaksjon for at kunden skal anses å ha samtykket.

er om man kan «strekke» kravet om kundens bevissthet om betaling, slik at også øvrige forhold som formål med transaksjonen mv. tillegges betydning i samtykkevurderingen.

Slik jeg oppfatter Finansklagenemnda, legger også den til grunn en mer «folkelig» forståelse av betalingstransaksjonsbegrepet enn den som følger av legaldefinisjonen i finansavtaleloven. Nemnda har uttrykt at kundens bevissthet må omfatte «autorisering av betalinger».¹¹¹ Der kundens bevissthet omfatter det å foreta en betaling, har nemnda lagt til grunn at kunden har samtykket.¹¹² Som eksempel vises det til FinKN-2024-41, hvor kunden erkjente å ha gjennomført flere transaksjoner til kryptoplattformen Binance og en norsk bankkonto ved bruk av sin BankID. Nemnda konkluderte med at kunden hadde samtykket til de aktuelle transaksjonene fordi han hadde «bevissthet om at han medvirket til betalinger». Nemnda kommer imidlertid i flere saker til at kundens bevissthet ikke omfatter en betaling, selv om handlingen kunden hadde bevissthet om omfattes av definisjonen i finansavtaleloven § 1-5 (6).¹¹³ Det er altså noe uklart hva nemnda legger i at kunden må ha vært bevisst om at man medvirket til en betaling. Det er også noe uklart om nemnda også mener man kan trekke inn øvrige forhold. Eksempelvis konkluderer nemnda i ett tilfelle med at kunden ikke har samtykket til overføringer av penger til svindler ettersom kunden trodde overføringene utgjorde investeringer: «Dette ville ha vært gyldig samtykke dersom betalingene hadde vært i samsvar med kontohaverens formål [...]».¹¹⁴ Her kan det virke som det er visse enkeltheter ved selve betalingen kunden må ha hatt bevissthet om, hvilket i så fall kan sies å sammenfalle med EU-parlamentets finanskomité's reviderte PSR-forslag, hvor momenter som beløp, betalingsmottaker og betalingens formål trekkes frem.¹¹⁵

For å belyse bevissthetsvurderingen, kan det være tjenlig å først vise til tilfeller der samtykke er ansett å foreligge i praksis. I saker om «kjærlighetssvindler»,¹¹⁶ hvor kunden blir lurt til å overføre penger til en person de tror de har en romantisk relasjon til, har Finansklagenemnda lagt til grunn at kunden har samtykket «selv om overføringene finner sted under falske foregivender om kjærlighet og akutt behov for penger».¹¹⁷ Nemnda synes å vektlegge at

¹¹¹ FinKN-2022-490.

¹¹² Se FinKN-2024-65, FinKN-2024-41, FinKN-2023-37, FinKN-2022-1005 og FinKN-2017-463.

¹¹³ Se f.eks. FinKN-2022-975 hvor kunden ved å foreta bekreftelseshandlinger ved bruk av BankID, trodde hen godkjente innskudd på konto, men i realiteten godkjente utbetalinger. I denne saken fant nemnda at kunden ikke hadde samtykket under henvisning til at «(n)år klageren har tastet BankID for å kunne motta penger på sin konto, foreligger det ikke samtykke til transaksjonene [...]». Dette, til tross for at innskudd også omfattes av definisjonen av «betalingstransaksjoner» i finansavtaleloven § 1-5 (6).

¹¹⁴ FinKN-2022-975.

¹¹⁵ COM/2023/367, fortalepunkt 79a. Se også Prop.92 LS s. 278-279 hvor lovgivers uttalelse kan indikere at det er visse enkeltheter kunden må ha hatt bevissthet om, herunder beløpets størrelse og hvem som er faktisk betalingsmottaker i form av kontonummer eller lignende.

¹¹⁶ Se f.eks. FinKN-2024-65 og FinKN-2022-1005.

¹¹⁷ FinKN-2023-593.

kundens bevissthet omfatter at det foretas en betaling til en bestemt og intendert betalingsmottaker («kjæresten»). Nemnda har kommet til tilsvarende konklusjon i saker om såkalt «fakturasvindel». ¹¹⁸

En slik tilnærming underbygges av finansavtaleloven § 4-26¹¹⁹, hvorefter transaksjoner er «korrekt gjennomført» så lenge de når eieren av det angitte kontonummeret. Systembetragtninger kan tale for at et krav om at kunden skal ha bevissthet om å betale, ikke kan strekkes så langt at kunden må ha forstått hvem hun betaler til, så lenge kontonummeret samsvarer med mottaker av betalingsmidlene.¹²⁰ I motsatt tilfelle ville man etter mitt syn endt opp med en for «bred» kategori av transaksjoner som falt utenfor kundens samtykke. Dette ville harmonert dårlig med finansavtalelovens bestemmelser om korrekt gjennomførte transaksjoner, og ansvarsfordelingssystemet i § 4-30. Sakene om «kjærlighetssvindel» og «fakturasvindel» illustrerer videre hvordan kundens bevissthet om å betale omfattet beløpsstørrelsen, da kundene selv har lagt inn beløpet.

Det reviderte PSR-forslaget synes å legge opp til en helhetlig bedømmelse av samtykkesituasjonen. Praksis antyder at man skal se hen til hvorvidt kundens bevissthet omfatter den aktuelle betalingstransaksjonen som gjennomføres ved bekreftelseshandlingen, eller om denne strider med det kunden hadde tiltenkt.¹²¹ I vurderingen av kundens bevissthet om å gjennomføre betalingen, vil momenter som beløp, betalingsmottaker og formål, og hvorvidt disse samsvarer med det kunden tenkte, kunne være av betydning.¹²² At det samtidig åpnes for en bredere, konkret vurdering, vil kunne hensynte det faktum at mange ulike forhold kan lede til at en svindeltransaksjon finner sted. Dette er spesielt viktig ved vurderingen av samtykke, hvor mange tvister oppstår som følge av uenighet angående faktiske forhold.

Samlet taler dette, etter mitt syn, for at kundens bevissthet må omfatte at det gjennomføres en betaling i form av en villet forflytning av penger fra en konto. Det må foretas en konkret helhetsvurdering, hvor det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt kundens bekreftelseshandling iverksetter det kunden forutsatte at den skulle iverksette (betaling), eller om bekreftelseshandlingen, i strid med kundens forutsetninger, iverksetter noe annet. I det følgende

¹¹⁸ Se FinKN-2023-37, hvor svindler hadde forfalsket en faktura slik at det var svindlers kontonummer forbrukeren betalte til, og ikke den tiltenkte mottakeren. Finansklagenemnda konkluderte med at forbrukeren likevel hadde samtykket til transaksjonen.

¹¹⁹ Jf. også PSD 2 artikkel 88.

¹²⁰ Se også PSD 2, fortalepunkt 88 hvor det fremgår at dersom en «betalingstransaksjon når frem til den forkerte modtager som følge af en ukorrekt entydig identifikationskode, som betaleren har angivet, bør betalerens eller betalingsmodtagerens betalingstjenesteudbydere ikke være ansvarlige».

¹²¹ Se FinKN-2024-309.

¹²² COM/2023/367, fortalepunkt 79.

vil jeg med dette rettslige utgangspunktet vurdere svindelofferets «samtykke» i ulike tilfeller av «trygg konto»-svindel.

4.3 «Samtykke» i «trygg konto»-svindelsaker

4.3.1 Overføring til ekstern trygg konto

Her har kunden for eksempel overført penger fra sin egen konto til en «trygg» konto i et annet finansforetak tilhørende svindler. Til illustrasjon kan det sees hen til FinKN-2024-309, hvor kunden ble oppringt av en som utga seg for å være fra Kripos. Vedkommende oppga at kundens BankID var stjålet, og at hun derfor måtte overføre pengene sine til en trygg konto. Samtykkesituasjonen ved bekreftelseshandlingen har likhetstrekk med investeringssvindeltilfeller, hvor kunden blir lurt til å foreta transaksjoner under falske forutsetninger.¹²³ Det kan også til en viss grad trekkes paralleller til kjærlighetssvindel, hvor svindelofferet overfører penger til en person hun tror hun har et kjærlighetsforhold til.¹²⁴

I henhold til rettsregelen utformet i forrige punkt, er det sentrale spørsmålet hva kunden hadde bevissthet om at skulle skje ved bekreftelseshandlingen.

På den ene siden kan det at kunden overfører penger ut fra sin egen konto, til en ekstern konto som kunden vet tilhører en annen enn henne selv, i utgangspunktet tyde på at kunden har bevissthet om at hun gjennomfører en betaling. Dette kan underbygges av at det må antas at kunden har bevissthet om beløpet som overføres, da hun taster inn dette selv. Gitt at kunden også selv taster inn kontonummeret pengene skal overføres til, må det antas at kunden også har innsikt i hvem som er betalingsmottakeren, så lenge kontonummeret samsvarer med mottaker av betalingsmidlene. Som nevnt, utgjør disse naturlige deler ved en betalingstransaksjon, hvilket gir støtte for at kunden hadde bevissthet om at hun bekreftet en betaling. Ettersom kunden rent faktisk utfører en transaksjon til svindler ved bekreftelseshandlingen, kan det virke som dette i utgangspunktet er det kunden har til formål. I henhold til det jeg tidligere har redegjort for, er det imidlertid ikke slik at enhver bruk av BankID som utløser en betalingstransaksjon, medfører at kunden har bevissthet om gjennomførelsen av den aktuelle betalingstransaksjonen.

Ved denne svindeltypen kan det heller tyde på at kunden har til formål å sikre pengene sine mot svindel, hvilket kan tale for at kunden ikke hadde bevissthet om at hun utførte en betaling til

¹²³ Se f.eks. FinKN-2024-41.

¹²⁴ Se f.eks. FinKN-2022-1005. Se også FinKN-2024-65 for en kombinasjon av investeringssvindel og kjærlighetssvindel.

fordel for svindler. Herunder kan det argumenteres for at kunden, som følge av omfattende sosial manipulasjon fra svindler, har hatt begrensede muligheter for å forstå hva det er hun faktisk gjør.¹²⁵ For å underbygge dette, kan det trekkes frem nemndsavgjørelser hvor det tilsynelatende er lagt til grunn en relativt lav terskel for å fastslå at kundens intensjon ikke omfatter formålet med betalingstransaksjonen.¹²⁶ Etter mitt syn ville det imidlertid strukket samtykkevurderingen lenger enn det er dekning for dersom dette forholdet alene leder til en konklusjon om at kunden ikke har samtykket.

Til illustrasjon vises det til kjærlighetssvindeltilfellene, hvor kundens formål er «falske foregivender om kjærlighet og akutt behov for penger»,¹²⁷ men hvor kunden har bevissthet om at vedkommende foretar betalingstransaksjoner til fordel for svindler. Dersom formålet var avgjørende, ville kunden ikke anses å ha samtykket i slike tilfeller, selv om hennes bevissthet omfattet det faktum at hun bekreftet en betalingstransaksjon. Dette ville i praksis kunne innføre et objektivt ansvar for betalingstjenesteyter der kunden har bekreftet transaksjonen, hvilket jeg mener det ikke kan være dekning for å innføre. En slik omvelting av ansvarsfordelingssystemet, som også ville skapt et skille mellom tilfeller hvor svindelofferet selv bekrefter transaksjonen og der svindler gjør det i svindelofferets navn, krever etter mitt syn tydeligere rettskildemessig forankring. Det kan dermed ikke alene være avgjørende at kunden ble manipulert til å tro at formålet med transaksjonen var noe annet.

Det sentrale, er etter mitt syn, likevel at kunden, til tross for at hun kan anses å ha forstått at hun godkjente at penger gikk ut av kontoen, ikke synes å ha forstått at hun i realiteten bekreftet betalingstransaksjonen, ettersom kundens oppfatning av forholdene var at pengene skulle forflyttes til et sikkert sted. Den handlingen som kundens bekreftelseshandling iverksatte, samsvarer således ikke med det kunden hadde forutsatt.

Slik kan denne svindelmetoden sies å skille seg fra de ovennevnte kjærlighetssvindler og investeringsvindler, hvor det i praksis er slått fast at kunden har samtykket. Tilsvarende «trygg konto»-tilfellene, blir kunden i disse sakene manipulert til å foreta bekreftelseshandlinger som utløser transaksjoner. Ved kjærlighetssvindler og investeringsvindler innehar imidlertid kunden bevissthet om at det er en overføring av penger ut av egen «formuessfære» til fordel for mottakeren, kunden gjennomfører ved bekreftelseshandlingen. Dette underbygges av at kunden utfører transaksjonene i bytte mot en ytelse, enten i form av løfter om et romantisk forhold med

¹²⁵ Se blant annet uttalelser om sosial manipulasjon i FinKN-2022-593 angående kjærlighetssvindler, som har likhetstrekk med «trygg konto»-svindler.

¹²⁶ Se blant annet FinKN-2023-609 hvor nemnda fant at kunden ikke hadde samtykket til de aktuelle betalingstransaksjonene under henvisning til at kundens forutsetning var at disse skulle gå til investering, og ikke til svindler.

¹²⁷ FinKN-2023-593.

«svindler» ved kjærlighetssvindel, eller mot gevinst ved investeringssvindel. Dette er ikke tilfellet ved «trygg konto»-svindel, hvilket underbygger at kunden her ikke har bevissthet om at hun utfører en betaling til fordel for svindler.

Min konklusjon er således at svindelofferet ved overføring til en ekstern trygg konto i utgangspunktet antas å ikke ha samtykket til transaksjonene, jf. finansavtaleloven § 4-2, og at betalingstjenesteyter dermed som utgangspunkt skal bære ansvaret etter finansavtaleloven § 4-30 (1).

4.3.2 Overføring til «egen» trygg konto

Som nevnt under punkt 1.2, forekommer det at svindler oppfører svindelofferet som disponent på en av svindlers kontoer. I slike tilfeller vil disponentkontoen dukke opp i kontooversikten i svindelofferets nettbank. Når svindler oppfordrer svindelofferet til å overføre beløpet til den aktuelle kontoen, fremstår det for svindelofferet som om hun utfører en intern overføring mellom egne kontoer. Slike internoverføringer vil som nevnt utgjøre en betalingstransaksjon i lovens forstand, jf. finansavtaleloven § 1-5 (6).¹²⁸

Spørsmålet er om kunden ved å bekrefte overføring til svindler i den tro om at hun utfører en internoverføring til en «sikkerhetskonto» for å beskytte pengene mot svindel, samtykker til en betalingstransaksjon til en konto svindler eier.

Tilsvarende som ved forrige eksempel, må det antas at kunden er seg bevisst beløpets størrelse, hvilket kan tale for at kunden har bevissthet om at hun foretar en betaling til fordel for svindler. Motsatt kan det virke som kunden ikke har bevissthet om at hun foretar en betaling – i form av overføring av penger ut av konto – ved overføring til en «egen» trygg konto, ettersom internoverføringer vil falle utenfor en naturlig forståelse av hva det innebærer å utføre en betaling.

Banken vil imidlertid på sin side kunne argumentere for at kundens bevissthet omfattet overføring til en konto eid av svindler, ettersom det er dette som i realiteten skjer når kunden bekrefter transaksjonen. Dette kan underbygges av at kunden mottok melding fra banken når hun ble oppført som disponent, hvilket burde ledet til en forståelse av at overføringen ikke gjøres til «hennes» konto. På den andre siden vil kunden kunne fremheve at hun trodde det var hun selv som var betalingsmottaker, da kontoen figurerte i hennes kontooversikt i nettbanken. Dette kan videre underbygges av at overføring av penger til disponentkontoer, i nettbanken vil omtales som overføring, mens overføring av penger til en ekstern konto, omtales som

¹²⁸ Se behandlingen av dette under punkt 3.2.3.

betaling.¹²⁹ De overføringene som ble gjort, fremsto derfor ikke for kunden som overføringer til en annen persons konto, men som interne overføringer mellom kundens egne kontoer.¹³⁰

Vedrørende eventuell disponentmelding fra banken, kan det trekkes frem at kunden som følge av omfattende manipulasjon vil ha begrensede muligheter for å forstå at kontoen ikke tilhørte henne selv.¹³¹ Praksis fra Finansklagenemnda viser også at svindler vil bedyre at svindelofferet ser bort fra annen kommunikasjon, eller slå av telefonen.¹³² Legger man til grunn at kunden ikke har faktisk kunnskap om at overføringen skjer til en konto som ikke tilhører henne, er det etter mitt syn nærliggende å konkludere med at hun ikke har hatt bevissthet om å overføre til den faktiske betalingsmottakeren (svindler).

Ettersom utgangspunktet for vurderingen er om kunden har bevissthet om at hun foretar en betaling i form av forflytning av penger ut av egne kontoer til fordel for svindler, er det etter mitt syn et viktig poeng at kunden må forstå at pengene går ut til noen andre enn henne selv. Med det ovennevnte lagt til grunn, vil det tale for at kunden ikke har bevissthet om at hun bekrefter en betaling. Dette kan underbygges av at kundens bevissthet ikke nødvendigvis omfatter formålet med transaksjonen, til tross for at det må antas at kundens bevissthet omfattet beløpets størrelse.

I henhold til den utformede rettsregel, antas kunden som et resultat av dette i utgangspunktet å ikke ha samtykket. Etter mitt syn vil således kunden ikke ha samtykket ved overføringer til «egen» trygg konto, slik at betalingstransaksjonen ikke anses som godkjent, jf. finansavtaleloven § 4-2, og betalingstjenesteyter er i utgangspunktet ansvarlig for det påfølgende tapet, jf. finansavtaleloven § 4-30 (1).

4.3.3 «Test»-overføringer

For å illustrere «test»-transaksjoner kan FinKN-2023-664 tjene som eksempel. Kunden ble oppringt av en «Økokrim-etterforsker», og fortalt at en person ved navn C hadde forsøkt å ta opp lån i kundens navn. I saken har kunden opplyst om at vedkommende kjenner til en person ved navn C, som er kjent for å drive med tyveri. For å stanse svindelforsøket måtte kunden oppgi sin BankID-informasjon til svindler. Svindler misbrukte BankID-informasjonen til å overføre penger til kundens Vipps-konto. Kunden ble så bedt om å logge seg inn på Vipps, og

¹²⁹ Etter samtale med kunder i ulike banker, er det et likhetstrekk at det er slik det fremstår. Det tas imidlertid forbehold om at dette ikke er tilfellet i alle banker.

¹³⁰ Se tilsvarende i FinKN-2024-309.

¹³¹ Nätt (2020).

¹³² Se f.eks. FinKN-2023-664.

foreta «test»-transaksjoner «for å sjekke at systemet fungerte». Innestående på Vipps-kontoen ble oppgitt å være penger svindler hadde overført til kunden.

Spørsmålet blir dermed om kunden, i den tro at hun foretok «test»-transaksjoner «for å sjekke at systemet fungerte», var seg bevisst at hun i realiteten foretok betalingstransaksjoner til fordel for svindler.

Tilsvarende eksempelet med overføring til en ekstern trygg konto, kan det i utgangspunktet virke som kunden er seg bevisst at hun bekrefter en overføring av penger til svindler. Dette da selve handlingen i praksis er den samme, herunder at kunden iverksetter en overføring av penger ut av sine kontoer. Dette kan underbygges av at, til tross for at det kan være uvisst om kunden selv har tastet inn beløpet som ble overføring, eller om transaksjonene kommer opp som «Vipps-krav» som kunden godkjenner, vil nok kundens bevissthet omfatte beløpets størrelse, da beløpet har dukket opp på kundens skjerm ved bekreftelseshandlingen.

Det kan tenkes at kunden ikke oppfattet at Vipps-overføringene gikk til en annen enn henne selv, eller at hun, ved at det var tale om «test»-transaksjoner, ikke visste at det var noen mottaker i det hele tatt. I ovennevnte sak fra Finansklagenemnda var det eksempelvis uklart om kunden hadde kunnskap om hvem som var betalingsmottaker. Uavhengig av om kunden anvender Vipps, eller nettbanken, vil hun ha tastet inn angitt identifikasjonskode til betalingsmottakeren eller fått dette opp på skjermen. Det ville dermed virke urimelig dersom kunden skulle få medhold i at vedkommende var i villfarelse angående hvem som var reell betalingsmottaker. Slik jeg oppfatter kundens situasjon under denne svindelformen, må det etter mitt syn antas at kundens bevissthet som regel vil omfatte betalingsmottaker, hvilket taler ytterligere for at kunden var seg bevisst om at hun foretok en transaksjon til fordel for svindler.

Til tross for at formålet i denne saken skiller seg fra de ovennevnte svindeltilfellene, er flere av momentene som er gjennomgått ved behandlingen av spørsmålet om kundens bevissthet omfattet formålet med betalingstransaksjonen, også relevante her. Det vises dermed til den vurderingen som er gjort i de to tidligere svindeltilfellene. Særegent for denne svindeltypen er at kunden gjennomførte «betalingene i den tro at hun betalte med penger som betalingsmottakeren hadde satt inn på kontoen for å teste systemet»¹³³, hvilket var tilfellet i den nevnte saken. Formålet var dermed å test at systemet fungerte ved å overføre penger som ikke tilhørte kunden.

Følgelig kan kundens oppfatning av at hun foretok «test»-transaksjoner tale for at hun ikke var seg bevisst at hun faktisk foretok transaksjoner til fordel for svindler. Etter mitt syn kan nok

¹³³ FinKN-2023-664.

kundens bevissthet strekkes til at kunden forstod at det forelå en forflytning av penger. Men gitt at kunden ikke forstod at pengene i realiteten var hennes egne, kan kundens oppfatning av formålet tale for at kunden ikke hadde bevissthet om at hun foretok en betaling.

Etter en samlet vurdering, er det etter mitt syn sentralt for at kunden skal ha hatt bevissthet om at hun foretok en betaling, at hun forstod at hun overførte penger ut av egne kontoer. Gitt at dette ikke er tilfellet her, kan hun etter mitt syn ikke anses å ha samtykket, til tross for at kunden hadde bevissthet om beløpets størrelse og betalingsmottaker. Som følge av det dette, finner jeg at kunden ikke anses å ha samtykket ved «test»-overføringer, jf. finansavtaleloven § 4-2, og betalingstjenesteyter er i utgangspunktet ansvarlig for det påfølgende tapet, jf. finansavtaleloven § 4-30 (1).

4.4 Kort om betydningen for tilbakeføringsspørsmålet

Som nevnt i punkt 3.1 følger det av finansavtaleloven § 4-32 (1) at når kunden «bestriker å ha ansvar for en ikke godkjent betalingstransaksjon [...] skal betalingstjenesteyteren straks, og senest innen utgangen av den påfølgende virkedagen» tilbakeføre beløpet.¹³⁴ I Norge har oppfatningen vært at det følger direkte av PSD 2 at bankene må tilbakeføre det fulle beløpet, fratrukket 450 kroner, til tross for kundens eventuelle skyldansvar.¹³⁵ Her foreligger det imidlertid uenighet mellom medlemslandene.¹³⁶

Det er usikkert om norsk praksis knyttet til tilbakeføringsregelen er i overensstemmelse med direktivet. Ordlyden i finansavtaleloven § 4-32 gir to tolkningsalternativer: At tilbakeføringsplikten inntreer ved kundens *pretensjon* om at det har skjedd en ikke-godkjent betalingstransaksjonen, eller at den først inntreer ved en *stadfesting* av at det har skjedd en ikke-godkjent betalingstransaksjon.

Finansklagenemnda har i blant annet FinKN-2024-309 eksplisitt lagt til grunn det førstnevnte, og fastslått at betalingstjenesteyter har en tilbakeføringsplikt også i de tilfeller hvor de konkluderer med at kunden har samtykket.¹³⁷ EU-domstolen har lagt til grunn det motsatte ved

¹³⁴ Jf. også PSD 2 artikkel 73. Regelen om betalingstjenesteyteres plikt til tilbakeføring ved omstridte betalingstransaksjoner ble vedtatt ved finansavtaleloven (1999) § 37. Regelen er i stor grad blitt videreført, med unntak av endringer som følge av implementeringen av PSD 1, og senere PSD 2.

¹³⁵ Prop.92 LS (2019-2020) s. 173.

¹³⁶ I Sverige er det lagt til grunn at banken kan holde tilbake egenandelene som følge av kundens skyldansvar ved tilbakeføringen, se lag (2010:751) om betaltjänster 5 a kap. 1 § første ledd og SOU 2016:53 s. 267. Regelen fungerer dermed ikke som en prosessbyrderregel i Sverige.

¹³⁷ I FinKN-2024-309 uttaler nemnda at «Foretaket kan forstås slik at plikten til tilbakeføring bare gjelder når foretaket er enig med kontohaveren i at transaksjonen ikke er godkjent. Det kan etter flertallets syn ikke være

tolkning av PSD2 i sak C-351/21, og understreket at det må tas stilling til skillet mellom ikke godkjente og godkjente betalingstransaksjoner for å fastslå om tilbakeføringsplikten kommer til anvendelse.¹³⁸ Saken gjaldt muligheten til å gjøre gjeldende parallelle ansvarsregler, og ble avgjort etter PSD 1. Gitt sakens utfall, er det grunn til å stille spørsmål ved om den norske tilnærmingen kan opprettholdes. Som Wold trekker frem er imidlertid den løsning som er lagt til grunn av EU-domstolen lite tilfredsstillende. Ettersom tilbakeføringsplikten inntreffer før den materielle vurderingen av om kunden har samtykket til transaksjonen, begrunner han synspunktet med at man risikerer at bankene sjelden vil føle seg forpliktet til å tilbakeføre beløpet da de vil anføre at kunden har samtykket til transaksjonen.¹³⁹ Regelen vil da miste sin funksjon som prosessbyrderegel.

Diskusjonen er spesielt relevant ved «trygg konto»-svindel, ettersom kunden selv gjennomfører betalingstransaksjonen og banken dermed kan anføre at den ikke plikter å tilbakeføre beløpet med henvisning til betalingstransaksjonen er «godkjent».

5 Ansvarsfordeling ved «godkjent» betalingstransaksjon som følge av «trygg konto»-svindel

5.1 Innledning

Det økonomiske tapet som følge av svindel hvor svindelofferet har godkjent transaksjonen(e), faller i utgangspunktet utenfor ansvarsregimet i finansavtaleloven § 4-30. I enkelte tilfeller har kunden da anført nasjonale ugyldighetsregler som rettslig grunnlag for manglende samtykke. Dersom heller ikke dette fører frem, og kunden dermed ikke nyter det vernet spesialregelen i § 4-30 gir, vil finansforetaket likevel kunne holdes ansvarlig etter finansavtaleloven § 3-49 (1) for tap «som er forårsaket av at tjenesteyteren ikke har oppfylt sine plikter etter § 3-1 første ledd, og som tjenesteyteren med rimelighet kunne forutse som en mulig følge av pliktbruddet.»

I det følgende vil jeg forsøke å belyse hva som er utfallet ved godkjente betalingstransaksjoner, først ved en gjennomgang av hvorvidt avtalerettslig ugyldighet kan brukes på samtykket, og så ved en vurdering av erstatning som følge av at betalingstjenesteyter ikke har oppfylt sine plikter ved «trygg konto»-svindel.

en riktig forståelse av loven. Utgangspunktet og hovedregelen må være at beløpet skal tilbakeføres når kontohaveren bestrider ansvar etter § 4-30, selv om foretaket er uenig. Det gjelder ikke bare når uenigheten skyldes ulike oppfatninger av faktum, som når kontohaveren benekter kjennskap til transaksjonen mens foretaket mener at den er utført av kontohaveren selv.»

¹³⁸ Sag C-351/21 «ZG mod Beobank SA» avsnitt 39.

¹³⁹ Wold (2022) s. 96.

5.2 Avtalerettslig ugyldighet?

Nyere praksis fra ARN og Finansklagenemnda viser at nasjonale ugyldighetsregler anføres som rettslig grunnlag for manglende samtykke.¹⁴⁰ At nasjonale avtalerettslige ugyldighetsregler kan komme til anvendelse på avtalen mellom kunden og betalingstjenesteyter for bruk av betalingstjenester må være klart. Det er imidlertid mer uklart om ugyldighetsreglene også kan komme til anvendelse ved selve bruken av betalingstjenestene.

Som redegjort for under punkt 4.2, gir verken PSD 2 eller finansavtaleloven tydelig veiledning om hvorvidt nasjonale avtalerettslige regler, herunder ugyldighetsregler, kan anvendes direkte ved vurdering av samtykke. PSD 2 inneholder egne krav til gjennomføring og godkjenning av betalingstransaksjoner. Disse regelsettene er ikke basert på avtalerettslige regler og prinsipper som finnes innenfor hvert medlemsland, og systembetraktninger taler mot at nasjonale avtalerettslige regler som kan påvirke anvendelsen av disse reglene anvendes direkte. Å supplere direktivet med nasjonale regler om ugyldighet vil også kunne begrense EU-rettens mulighet til å sikre et effektivt indre marked.

På den andre siden kan det trekkes frem at en utfyllende regulering fra EU om de ugyldighetsregler som vil kunne anføres, vanskelig vil kunne gjennomføres fullt ut. Kundens mulighet til å påberope nasjonale ugyldighetsregler, vil også i tråd med direktivets formål kunne bidra til styrket forbrukervern.¹⁴¹ EU-parlamentets finanskomite legger i revidert PSR-forslag tilsynelatende til grunn at kundens intensjon skal vurderes i henhold til nasjonal avtalerett. Dette synes også forutsatt av lovgiver i forarbeidene til finansavtaleloven.¹⁴² I lys av de innledningsvis nevnte sakene, virker det også som det er enighet mellom de nordiske medlemslandene om at nasjonale ugyldighetsregler har en rolle å spille ved vurdering av om det foreligger en godkjent betalingstransaksjon.

Direktivets fullharmoniserende system setter begrensninger for bruk av ugyldighetsregler som utvider eller innskrenker kundens ansvar utover det ansvarsfordelingssystemet legger opp til.

¹⁴⁰ Se ARN-2022-13993 og FinKN-2023-609, hvor det ble anført henholdsvis grov tvang og svik. Kunden fikk medhold i begge tilfeller. Sistnevnte avgjørelse er ikke godtatt av banken, og saken venter på behandling i domstolen. I mål 18737-23, som skal inn for Stockholm tingrett i Sverige, er det anført at samtykke ikke foreligger fordi det er svikaktig fremkalt.

¹⁴¹ Se PSD 2, fortalepunkt 6 og 7. Se også HR-2013-642-S (Røeggen) hvor Høyesterett tilkjenner forbrukeren erstatning som følge av tilsidesettelse av avtalen mellom forbrukeren og banken i henhold til avtaleloven § 36, fremfor å anvende erstatningsrettslige regler.

¹⁴² Prop.92 LS (2019-2020) s. 183. Uttalelsene ble gitt i forbindelse med finansavtaleloven § 3-20, men lovgiver har lagt til grunn at denne skal reguleres på samme måte som reglene om ikke godkjente betalingstransaksjoner etter § 4-30, jf. samme sted. Dette medfører at forarbeidsuttalelser tilknyttet § 3-20 også kan få relevans her.

Det er likevel etter mitt syn ikke klart at det avskjærer bruk av nasjonal avtalerett ved fastsetting av om det foreligger en godkjent betalingstransaksjon. Ved en slik tilnærming oppstår det imidlertid egne problemstillinger. Ugyldighet er for det første i de fleste tilfeller kun relevant så langt ugyldighetsgrunnen kan gjøres gjeldende overfor betalingstjenesteyteren. Det må her trekkes et skille mellom de svake og de sterke ugyldighetsreglene, hvor de sterke ugyldighetsreglene i utgangspunktet ikke byr på problemer. Svake ugyldighetsgrunner fordrer imidlertid at betalingstjenesteyter har vært i ond tro om ugyldighetsgrunnen.¹⁴³ Ond tro likestilles med uaktsomhet.¹⁴⁴ Ettersom betalingstjenesteyter i de fleste tilfeller ikke har andre holdepunkter enn kundens bruk av BankID å forholde seg til, vil betalingstjenesteyteren være uvitende om de faktiske forhold som ligger til grunn for kundens bekreftelseshandling. I juridisk litteratur er det argumentert for at en god tro-vurdering i realiteten blir en aktsomhetsvurdering av forvaltningen av betalingssystemet, nærmere bestemt om banken har foretatt tilstrekkelig risikovurdering og kontroll ved bruk av deres betalingssystemer.¹⁴⁵

Synspunktet har støtte i Høyesteretts uttalelser inntatt i HR-2020-2021-A.¹⁴⁶ Her fremgår det at betalingstjenesteytere tilhører en gruppe som kan forventes at iverksetter tiltak for å unngå tap. Videre vektlegger retten at misbruket kunne vært unngått dersom banken hadde foretatt ytterligere kontrolltiltak. Saken gjaldt kundens erstatningsansvar overfor banken etter misbruk. Likevel kan argumentene betraktes som relevante for å belyse risikofordelingen tilknyttet bruk av elektroniske betalingsinstrumenter generelt, og hvilke faktorer som er relevante i den sammenheng. Høyesteretts uttalelse støtter opp under hensynet om at betalingstjenesteyteren, som en aktør som belager seg på kundens bruk av elektroniske betalingssystemer som gjør det vanskelig å oppdage svake ugyldighetsgrunner, må ta ansvar for å håndtere dette problemet. Bankens rolle som leverandør av elektroniske betalingssystemer medfører videre en forpliktelse til å forvalte disse på en forsvarlig måte, og gir også mulighet til å iverksette ekstra kontrolltiltak for å forbygge og oppdage misbruk.

Dersom det ikke kreves noe mer av betalingstjenesteyteren enn å bekrefte at betalingstransaksjonen er autentisert med kundens BankID, vil det kunne hevdes at beskyttelsen som reglene om svake ugyldighetsgrunner er ment å gi, har begrenset praktisk betydning i en digitalisert virkelighet. Imidlertid må de kravene som stilles til kontrolltiltak, vurderes med tanke på det store volumet av transaksjoner som bankene gjennomfører daglig, samt ønsket om effektiv gjennomføring av betalingstransaksjoner.

¹⁴³ Woxholth (2021) s. 296-297.

¹⁴⁴ Se «kjendte eller burde ha kjendt» i avtl. §§ 29, 30 (1), 31 (2) og 32 (1), jf. Woxholth (2021) s. 321.

¹⁴⁵ Se Norland og Kjørven (2022) s. 10-11.

¹⁴⁶ HR-2020-2021-A avsnitt 61 og 104, jf. Giertsen (2021) s. 223-224.

5.3 Profesjonsansvar?

Profesjonsansvaret for betalingstjenesteytere er søkt kodifisert i finansavtaleloven § 3-1 (1), hvor det heter at betalingstjenesteyteren skal opptre profesjonelt og «faglig forsvarlig ut fra de plikter som gjelder for tjenesten».¹⁴⁷ Bestemmelsen gir uttrykk for en rettslig standard, hvis innhold må utfylles med relevante kilder som fastslår atferdsnormen for tjenesten, slik som lov- og forskriftsbestemmelser, rettspraksis, reelle hensyn og bransjepraksis.¹⁴⁸ Avtalen mellom banken og kunden som regulerer bruk av betalingstjenester, kan i teorien pålegge banken plikter relevante for aktsomhetsnormen. Nærmere undersøkelser i enkelte standardavtaler, gir imidlertid ingen ytterligere veiledning.¹⁴⁹

Som tilbyder av betalingstjenester, plikter bankene å inneha systemer og rutiner for overvåkning av bekreftelsen av betalingstransaksjoner¹⁵⁰, og avvikende kundeatferd.¹⁵¹ Overvåkningssystemene skal blant annet sette banken i stand til å «afsløre uautoriserede eller svigagtige betalingstransaksjoner».¹⁵² Banken plikter dermed å ha systemer som kan oppdage om en betalingstransaksjon er godkjent eller ikke. Formålet med systemene – å oppdage og redusere faren for misbruk og svindel – indikerer at banken, også ved «godkjente» svindeltransaksjoner, må foreta undersøkelser for å stanse gjennomføringen. Dette reiser spørsmål om hvilke krav som stilles til at banken foretar ytterligere undersøkelser for å fastlegge forholdene rundt svindeltransaksjon, til tross for at denne antas godkjent.

Av RTS artikkel 18 nr. 2 bokstav c følger momenter banken må hensynta ved transaksjonsovervåkingen. Disse omfatter blant annet om kundens betaling, atferd eller oppholdssted avviker fra kundens normale handlingsmønster. I LB-2022-74994¹⁵³ trekker lagmannsrettens flertall frem at i vurderingen av om transaksjonene avviker fra kundens tidligere betalingshistorikk, er det sentralt å se hen til det totale omfanget av betalingstransaksjoner på svindeltidspunktet og hvorvidt det ble foretatt flere transaksjoner på kort tid. Videre følger det av bankenes krav til overvåkningssystemer at dersom en transaksjon

¹⁴⁷ Prop.92 LS (2019-2020) s. 349.

¹⁴⁸ Ibid. s. 83.

¹⁴⁹ Se eksempelvis DNBs «Kontoavtale, generelle vilkår for innskudd og betalingstjenester».

¹⁵⁰ Jf. forskrift om systemer for betalingstjenester § 5. Forskriften gjennomfører PSD 2 artikkel 97, samt delegert kommisjonsforordning (EU) 2018/389 (heretter RTS), som utfyller PSD 2.

¹⁵¹ Jf. Hvitvaskingsloven §§ 24 og 25.

¹⁵² Jf. RTS artikkel 2 nr. 1. Dette følger også av PSD 2, fortelepunkt 95.

¹⁵³ Saken gjaldt direktørbedrageri. Avgjørelsen er ikke rettskraftig da den er anket til Høyesterett. Denne er berammet i september 2024 med saksnummer 23-101291SIV-HRET. Saken ble i lagmannsretten avgjort etter skadeerstatningsloven § 2-1 om arbeidsgiveransvaret. At en eventuell erstatningsplikt bygger på brudd på aktsomhetsnormen for den gjeldende næringsvirksomhet, er imidlertid lik etter skl. § 2-1, som finansavtaleloven § 3-49.

oppfattes som mistenkelig, skal banken undersøke den nærmere. Hvis den fortsatt anses mistenkelig, skal kunden kontaktes. Her skal kunden stilles spørsmål angående formålet med transaksjonene, hvorfor mottakeren er den vedkommende er, og hvorfor det er foretatt flere transaksjoner til samme mottaker.

Lagmannsrettens mindretall legger avgjørende vekt på betalingstjenesteyters plikt til å gjennomføre betalingstransaksjoner i henhold til kundens betalingsordre, og at det dermed kreves tungtveiende argumenter for å stoppe betalingstransaksjoner som er godkjent av kunden. Herunder vises det imidlertid særlig til klare instruksjoner fra daglig leder i det aktuelle firmaet, og jeg anser ikke dette argumentet som like sterkt i saker hvor kunden er en privatperson. Etter mitt syn kan også ordlyden i finansavtaleloven § 4-6 (1) forstås slik at betalingstjenesteyter må kunne dokumentere at betalingsoppdraget faktisk er godkjent for at plikten til å gjennomføre transaksjonen inntreffer.

Flertallets tolkning av bankenes aktsomhetsnorm kan underbygges av bankenes rolle som tilbyder av profittgenererende elektroniske betalingstjenester. Det er nærliggende at bankene innehar rutiner som i tilstrekkelig grad fremskaffer, analyserer og formidler den risiko som realiseres ved bruk av betalingstjenestene, samt gir kunden tilstrekkelig beskyttelse mot den gitte risiko.¹⁵⁴ Som nevnt i punkt 5.2, kan reglene raskt bli ineffektive dersom bankene ikke er pålagt å gjennomføre nødvendige undersøkelser. Dette gjelder særlig i de automatiserte prosessene som finner sted ved elektroniske betalingssystemer.

Den omsorgsplikt bankene er underlagt etter finansavtaleloven har også gitt utslag i nemndspraksis, hvor Finansklagenemnda i FinKN-2023-592, fant at den aktuelle banken pliktet å gripe inn dersom det forelå indikasjoner på svindel mot kunden.¹⁵⁵ Finansklagenemndas tilnærming kan tilsi at den generelle standarden som redegjøres for av lagmannsrettens flertall i LB-2022-74994, suppleres av ulovfestede lojalitetsbetraktninger, hvoretter banken foretar ytterligere undersøkelser ved svindelindikasjoner, også når kunden har godkjent betalingstransaksjonen. Dette støttes av formålet med regelverket. Også hensynet til likebehandling tilsier at kunden ikke er bedre sikret ved ikke-godkjente betalingstransaksjoner, enn ved godkjente betalingstransaksjoner.

Samlet er det vanskelig å fastslå en generell aktsomhetsnorm for betalingstjenesteytere ved godkjente betalingstransaksjoner. Ut fra utgangspunktet om at banker må inneha systemer som

¹⁵⁴ PSD 2, fortalepunkt 7.

¹⁵⁵ Til tross for at kunden hadde godkjent betalingstransaksjonen, jf. finansavtaleloven § 4-2, fant nemnda at unnlattelse av å foreta passende skritt for å beskytte kunden mot svindel, medførte erstatningsansvar. Se også FinKN-2019-146.

avslører om en betalingstransaksjon er godkjent eller ikke, antas det at banken må foreta undersøkelser dersom overvåkningssystemene oppdager en mistenkelig betalingstransaksjon. Dersom banken er i tvil om en betalingstransaksjon er godkjent eller ikke, men likevel gjennomfører denne, vil banken anses ansvarlig for det påfølgende tapet. På den ene siden kan imidlertid ikke bankene pålegges en undersøkelsesplikt som går utover effektiviteten som søkes ved elektroniske betalingssystemer. På den andre siden må betalingstjenesteytere pålegges en aktsomhetsnorm som bidrar til etterlevelsen av deres plikt til å inneha sikre betalingssystemer som forhindrer misbruk, og beskytter bankkundene.

Etter mitt syn plikter banken etter dette å undersøke mistenkelige betalingstransaksjoner nærmere, og kontakte kunden dersom dette anses nødvendig. Herunder vil de momenter påpekt av flertallet i LB-2022-74994, gi veiledning i hvilke undersøkelser som utføres ved betalingstransaksjonen og i kontakt med kunden. Gitt at de nevnte momentene er til stede, bør banken arbeide for å stanse transaksjonene.

5.4 Lemping som følge av skadelidtes medvirkning

Det følger av skadeerstatningsloven § 5-1 at erstatningen kan settes ned helt eller delvis dersom den skadelidte har medvirket til tapet ved forsett eller uaktsomhet.¹⁵⁶ Kundens grad av skyld avhenger av hvorvidt kunden er å bebreide.¹⁵⁷ Bestemmelsen får anvendelse på finansielle tjenester, jf. finansavtaleloven § 3-49 (4). Ved helhetsvurderingen skal det tas hensyn til «atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers».

Bestemmelsens andre ledd klargjør at det også anses som medvirkning når den skadelidte har «latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade, eller etter evne å begrense skaden.» For forholdet mellom betalingstjenesteyter og forbrukerkunder er det vist til i forarbeidene til finansavtaleloven at «siden tjenesteyteren er underlagt et strengt ansvar, må det kreves nokså åpenbare feil hos kunden før erstatningen avkortes».¹⁵⁸

5.5 Vurdering av «trygg konto»-svindeltilfeller

Ettersom bankens og kundens opptreden ved «trygg konto»-svindel i stor grad er den samme ved de ulike tilfellene beskrevet under punkt 4.3, vil disse behandles samlet her. Nyanseforskjellene mellom svindeltilfellene adresseres løpende.

¹⁵⁶ I Ot.prp. nr. 75 (1983-84) s. 64 fremkommer det at bestemmelsen «omfatter både forsettlig medvirkning» og «alle grader av relevant uaktsomhet».

¹⁵⁷ HR-2015-1110-A avsnitt 38.

¹⁵⁸ Prop.92 LS (2019-2020) s. 256.

I den følgende vurderingen legger jeg til grunn at de aktuelle transaksjonene er blitt ført som mistenkelige av bankens sikkerhetssystemer, da manglende «flagging» vanskelig kan sies å medføre en etterfølgende undersøkelse av transaksjonen.

Praksis fra Finansklagenemnda illustrerer at de fleste svindelmetoder innebærer overføring av store pengesummer fra kunden til svindler, innenfor et kort tidsrom.¹⁵⁹ Som nevnt i punkt 1.2, innebærer også «trygg konto»-svindel en mulighet for svindler til å få ut større verdier, enn kun det innestående på kundens kontoer. Følgelig kan det antas at det ved «trygg konto»-svindel vil foretas transaksjoner på pengesummer som avviker fra kundens vanlige handlingsmønster, i form av det totale omfanget av transaksjoner, og at det utføres mange transaksjoner innenfor kort tid.

Angående spørsmålet om kundens oppholdssted avviker fra tidligere betalingshistorikk, kan det trekkes et skille mellom svindeltransaksjoner utført av svindler, som følge av at kunden har oppgitt sin BankID-informasjon¹⁶⁰, og svindeltransaksjoner utført av svindelofferet selv.¹⁶¹ I tilfeller hvor svindler iverksetter transaksjonen, vil oppholdsstedet avvike fra tidligere betalingshistorikk. Dette vil ikke være tilfellet der svindelofferet selv iverksetter transaksjonen. Hensynet til likebehandling tilsier likevel at dette ikke kan vektlegges rettslig. Dette underbygges av at bankene nå har kunnskap om at stadig flere svindelmetoder innebærer å lure svindelofferet til selv å autentisere betalingstransaksjonene. Det vil dermed kunne virke urimelig å tillegge kundens lokasjon avgjørende betydning ved vurderingen av bankens aktsomhet.

Ved kontakten med kunden er det, slik som redegjort ovenfor, naturlig at banken spør om kundens formål med transaksjonene, hvem som er mottaker og hvorfor, og hvorfor det foretas flere transaksjoner til vedkommende. Ved overføringer til en ekstern trygg konto, og ved «test»-overføringer, må det antas at kunden overfører penger til en person kunden ikke har overført penger til tidligere. Det bemerkes likevel at forbrukere tidvis foretar transaksjoner til ukjente tredjepersoner. Ved å spørre kunden om dette, vil banken imidlertid være bedre rustet til å undersøke om betalingsmottakerens identifikasjonskode samsvarer med den kunden opplyser at vedkommende er.

¹⁵⁹ Se eksempelvis FinKN-2024-208 hvor kunden ble forledet til å oppgi sin BankID-informasjon til det vedkommende trodde var en ansatt i banken, og i tillegg godkjente transaksjonene ved SMS. Det antatte økonomiske omfanget i saken var 949 550 kroner.

¹⁶⁰ Eksempelvis ved «test»-overføringer. Se punkt 4.3.3.

¹⁶¹ Eksempelvis ved overføring til ekstern eller intern «trygg konto». Se punkt 4.3.1 og 4.3.2.

Som redegjort for under punkt 5.3, vil de momenter påpekt av flertallet i LB-2022-74994, gi veiledning i hvilke undersøkelser som utføres ved betalingstransaksjonen og i kontakt med kunden. Denne gjennomgangen av «trygg konto»-svindeltilfeller viser at de nevnte momentene være til stede, og det er dermed nærliggende at banken plikter å foreta ytterligere undersøkelser, for så å arbeide for å stanse transaksjonene.

Som gjennomgangen av «trygg konto»-svindel i punkt 1.2 viser, anvender svindler flere virkemidler i den sosiale manipulasjonen av svindelofferet. Som følge av dette, er det naturlig at kunden lar seg lure. Til tross for at svindel er et omfattende samfunnsproblem som ofte omtales i mediene, og er godt kjent for de fleste bankkunder, er det vanskelig for kundene å følge med på utviklingen av nye svindelmetoder.

Det må nok likevel anses klanderverdig at kunden forårsaker så store tap som det vil kunne være tale om ved «trygg konto»-svindel. Videre taler prevensjonshensyn, og lojalitetshensyn for at erstatningen avkortes noe i takt med kundens klanderverdighet. Det kan imidlertid ikke være tale om noe forsettlig medvirkning fra kundens side. Dette kan sees i sammenheng med kundens bevissthet som redegjort for i kapittel 4, hvor det klarlegges at kunden ved «trygg konto»-svindel ikke har bevissthet om å påføre seg selv et tap, men heller sikre pengene mot pågående svindel.

5.6 Oppsummering

Betalingstjenesteyter plikter å ha systemer som overvåker kundens transaksjoner. Det er imidlertid utfordrende å fastsette en klar aktsomhetsnorm. Etter mitt syn taler de sterkeste argumenter for at banken plikter å undersøke mistenkelige betalingstransaksjoner nærmere, og kontakte kunden dersom dette anses nødvendig. Momentene som fremheves av flertallet i LB-2022-74994 indikerer hvilke undersøkelser som bør utføres ved betalingstransaksjonen og i kontakt med kunden. Ved «trygg konto»-svindeltilfeller vil de nevnte momentene være til stede, og det er dermed nærliggende at banken plikter å foreta ytterligere undersøkelser for så å arbeide for å stanse transaksjonene.

Grunnet det mulige omfanget av tapet ved «trygg konto»-svindel, samt kundens rolle som direkte årsak til tapet, er det nærliggende at kunden vil kunne anses å ha uaktsomt ha medvirket til tapet. I tråd med forarbeidene kreves det likevel klare feil av kunden før erstatningen avkortes som følge av skadelidtes medvirkning.¹⁶² Samlet taler det for at kundens erstatning som følge av et eventuelt brudd på aktsomhetsnormen av banken ikke settes ned, til tross for kundens uaktsomme medvirkning.

¹⁶² Prop.92 LS (2019-2020) s. 256.

6 Ansvarsfordeling ved «ikke godkjent» betalingstransaksjon som følge av «trygg konto»-svindel

6.1 Innledning

Hovedregelen er som nevnt at betalingstjenesteyter er ansvarlig for hele beløpet ved ikke godkjente transaksjoner, jf. § 4-30 første ledd. Ansvarer kan avkortes med inntil NOK 12 000 eller bortfalle helt dersom kunden «ved grov uaktsomhet» eller forsettlig har brutt «en eller flere av sine plikter etter § 4-23 første ledd og § 4-24 første ledd», jf. § 4-30 tredje og fjerde ledd.¹⁶³

Gitt at kunden ved «trygg konto»-tilfeller selv gjennomfører transaksjonene, reiser bestemmelsen to tolkningsspørsmål: Har kunden brutt sine plikter, og kan hun holdes ansvarlig på annet grunnlag enn finansavtalelovens ansvarsfordelingsregler. I det følgende vil jeg kort belyse mulige utfall ved ikke godkjente betalingstransaksjoner som følge av «trygg konto»-svindel.

6.2 Nærmere om aktsomhetsvurderingen ved «trygg konto»-svindel

6.2.1 Kravet til pliktbrudd etter finansavtaleloven § 4-23

Ansvarsavkortningene i § 4-30 kommer i spill ved pliktbrudd etter finansavtaleloven §§ 4-23 og 4-24. Varslingsplikten i § 4-24 vil i utgangspunktet slå likt ut i alle tilfeller hvor kunden gjør gjeldende en ikke godkjent betalingstransaksjon. Av plasshensyn vil den videre drøftelse knytte seg til pliktene i § 4-23.

Det følger av § 4-23 (1)¹⁶⁴ at «konto og betalingsinstrument skal brukes i samsvar med vilkårene for utstedelse og bruk. Så snart betalingsinstrumentet er mottatt, skal kunden ta alle rimelige forholdsregler for å beskytte personlig sikkerhetsinformasjon.» Bestemmelsen fastsetter således to ansvarsgrunnlag for kundens plikter, herunder kundens plikter som følger av avtalen med banken etter første punktum, og den selvstendige plikten i annet punktum.

6.2.2 Vilkår om «sunn skepsis når du benytter BankID-passord eller koder»

¹⁶³ Egenandelsatsen på 450 kroner behandles ikke nærmere her, ettersom tapet ved «trygg konto»-svindel ikke er forårsaket av «tap, tyveri eller uberettiget tilegnelse» av kundens betalingsinstrument

¹⁶⁴ Jf. også PSD 2 artikkel 69.

Kundens plikter ved bruk av BankID er nærmere presisert i BankID-avtalen punkt 4. I denne forbindelse er kravet om at kunden «må bruke sunn skepsis når du benytter BankID-passord eller koder» relevant. Vilåret er vidt, og omfatter antakelig alle tilfeller hvor kunden kan klandres for ikke å ha utvist nok aktsomhet ved bruk av sin BankID-informasjon. Gitt ordlydens nære tilknytning til «særlig hvis du mottar lenker [...] som krever at du taster inn BankID-passord og koder», tyder det på at vilåret er tiltenkt «spoofing»-svindeltilfellene. Dette kan videre underbygges av at de resterende pliktene fastlegger ulike måter kunden ikke skal gi bort sin BankID-informasjon. Det nærmere innholdet i vilåret beror på en konkret tolkning, men hvor den tolkning som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, veier tungt.

Betalingstjenesteyter står ikke fritt til å avtale strenge forpliktelser for kunden, ettersom lovens regler er ufravikelige, jf. § 1-9. Det følger av finansavtaleloven § 4-23 (1) tredje punktum at «vilkårene for utstedelse og bruk skal [...] stå i forhold til formålet». Å tolke vilåret på en annen måte enn den som følger av ordlyden, herunder at det også skal gjelde de tilfeller hvor kunden ikke gir bort sin BankID-informasjon, men anvender denne i svindel, vil videre stride med formålet i PSD 2 om forbrukerbeskyttelse, og at det er bankenes plikt å inneha sikkerhetssystemer som sikrer trygg bruk av betalingstjenester.¹⁶⁵ Finansklagenemnda har også konstatert at loven ikke kommer til anvendelse der kunden selv har bekreftet betalingen uten å dele BankID-informasjon.¹⁶⁶ Samlet taler dette, etter mitt syn at det vil stride med lovens ufravikelighet å tolke avtalevilkåret utvidende.

I alle tilfeller mener jeg at en såpass utvidende fortolkning vil kunne stride med forbrukeravtaledirektivet,¹⁶⁷ ettersom en utvidende tolkning vil kunne utvide forbrukernes plikter. Hvilke krav som stilles til avtalers innhold i forbrukerforhold, følger av forbrukeravtaledirektivet. Direktivet utgjør ikke bare en materiell skranke for hvilke avtalevilkår næringsdrivende kan fastsette i standardavtaler, men utgjør også en viktig tolkningsfaktor ved tolkningen av vilåret i BankID-avtalen.¹⁶⁸ Direktivet gir uttrykk for at forbrukere i møte med profesjonelle aktører skal inneha et særlig vern.¹⁶⁹ Det vil således stride med forbrukeravtaledirektivet, ordlyden og formålet bak PSD 2 dersom vilåret skulle tolkes utvidende til også å gjelde de tilfeller hvor kunden ikke har gitt bort sin BankID-informasjon, men anvendt denne i tråd med svindlers anmodninger. Følgelig taler dette for at kunden ved

¹⁶⁵ PSD 2, fortalepunkt 7.

¹⁶⁶ Se FinKN-2024-309.

¹⁶⁷ Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeravtaler (Forbrukeravtaledirektivet). Direktivet ble gjennomført i norsk rett ved endring av avtaleloven i 1995, herunder vedtaket av avtl. § 37.

¹⁶⁸ Forbrukeravtaledirektivet art. 5, jf. avtl. § 37 (1) nr. 3.

¹⁶⁹ HR-2013-642-S avsnitt 61.

«trygg konto»-svindel, kan anses å ha brutt plikten om å utvise «sunn skepsis når du benytter BankID-passord eller koder».

6.2.3 Vilkår om «alle rimelige forholdsregler»

Videre følger det av § 4-23 (1) annet punktum at kunden må ta «alle rimelige forholdsregler». Ordlyden er svært vid, og kan tolkes i den retning at kunden har brutt sin plikt så lenge kunden kan klandres for å ha vært utsatt for svindel. Ordlyden må imidlertid sees i sammenheng med det påfølgende «for å beskytte personlig sikkerhetsinformasjon». Dette taler for at ordlyden istedenfor må forstås slik at kunden har brutt sin plikt dersom kunden kan klandres for ikke å ha beskyttet sin BankID-informasjon, eksempelvis ved å ha delt denne med andre. Høyesteretts uttalelse om bestemmelsen inntatt i HR-2020-2021-A tyder på at det er slik den skal tolkes.¹⁷⁰ Gitt at kunden i «trygg konto»-tilfellene ikke gir bort sin BankID-informasjon til svindler, faller disse som utgangspunkt utenfor ordlyden.

En slik tolkning vil kunne underbygges av formålet bak PSD 2, hvoretter det skal søkes høy grad av forbrukerbeskyttelse, og hvor betalingstjenesteyter ilegges et særlig ansvar for å sikre trygge betalingstjenester. I tråd med denne tolkningen har Finansklagenemnda funnet at kunden ikke kan anses ansvarlig ved svindeltransaksjoner som kunden har autentisert selv.¹⁷¹ Motsetningsvis kan prevensjonshensyn tale for at kunden, som årsak til et eventuelt tap, burde ilegges strengere plikter for å forhindre tap som følge av svindel. Til dette kan det innvendes at de samme prevensjonshensyn taler for at betalingstjenesteyter er nærmest til å sikre at betalingstjenestene er sikre å bruke, og dermed burde ilegges en større del av ansvaret. Dersom kunden ikke holdes ansvarlig i tilfeller hvor kunden har utført svindeltransaksjonen selv, vil vi kunne få situasjoner hvor kunden er bedre beskyttet dersom kunden utfører transaksjonen selv, enn der hvor kunden gir fra seg sin BankID-informasjon.

Samlet taler likevel ordlyden, Høyesteretts uttalelse og formålsbetraktninger for at «alle rimelige forholdsregler» ikke skal tolkes utvidende til også å gjelde «trygg konto»-svindeltilfeller hvor kunden ikke har oppgitt sin BankID-informasjon til svindler.

6.3 Erstatningsrettslig ansvarlig på annet grunnlag?

Ettersom kunden etter dette ikke kan holdes ansvarlig ifølge ansvarsfordelingsreglene i finansavtaleloven § 4-30, reises spørsmålet om kunden kan holdes ansvarlig i henhold til alminnelige erstatningsrettslige regler. Det blir et spørsmål om nasjonale erstatningsrettslige

¹⁷⁰ HR-2020-2021-A avsnitt 46.

¹⁷¹ Se FinKN-2022-490.

regler kan supplere særreglene i finansavtaleloven og PSD 2 om ansvarsfordelingen ved ikke godkjente betalingstransaksjoner.

EU-domstolen har uttalt seg generelt om spørsmålet i sak C-351/21, hvor den fastslår at en ansvarsordning som følge av nasjonal lovgivning bare kan eksistere side om side med den som følger av direktivet dersom den nasjonale ordningen ikke berører den fullharmoniserende ordning i direktivet og «ikke er til fare for dette direktivs formål og effektive virkning».¹⁷² Videre presiserer EU-domstolen at det på denne bakgrunn ikke kan ses bort fra den avgjørende sontring mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner som direktivets ansvarsfordelingssystem bygger på.¹⁷³

Uttalelsen innebærer etter mitt syn at utfallet av en svindeltransaksjon, såfremt denne anses ikke godkjent i henhold til PSD 2 artikkel 64 (finansavtaleloven § 4-2), må vurderes etter ansvarsfordelingssystemet i PSD 2 artikkel 74 (finansavtaleloven § 4-30). Ved ikke godkjente betalingstransaksjoner er det dermed ikke mulig å påberope erstatning etter nasjonale erstatningsrettslige regler. Dette underbygges av direktivets fullharmoniserende karakter når det gjelder ansvarsfordelingssystemet ved ikke godkjente betalingstransaksjoner. Dommen ble avgjort i henhold til PSD 1, men det bør også gjelde tilsvarende for PSD 2.

7 Rettspolitisk vurdering

7.1 Bør det skilles mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner?

Formålet med denne avhandlingen har vært å vise ansvarsfordelingen mellom banken og svindeloffer med utgangspunkt i «trygg konto»-svindel. Som vist, er hovedregelen i finansavtaleloven § 4-30 klar: Banken skal bære ansvaret for tapet som følge av svindeltransaksjoner. Den angitte begrunnelsen har vært at bankene kan pulverisere tapet som følge av svindel, ved å spre dette over kundemassen.¹⁷⁴ Videre har befolkningens tillit til de elektroniske betalingssystemene stått sentralt, og ved å legge hovedansvaret for tapet på bankene skapes et insentiv til å utvikle sikre betalingsløsninger.¹⁷⁵

¹⁷² C-351/21 avsnitt 38.

¹⁷³ Ibid. avsnitt 39.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 91 (2008-2009) s. 129.

¹⁷⁵ PSD 2, fortalepunkt 4.

Som gjennomgangen av rettskildebildet og typetilfellene av «trygg konto»-svindel viser, må likevel kunden i flere tilfeller bære tap som følge av svindeltransaksjoner.¹⁷⁶ Dette skyldes i stor grad fremveksten av nye og sofistikerte svindelmetoder, som gjør at grensdragningen mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner kan bli avgjørende for ansvars plasseringen.

Et sentralt formål med PSD 2 var å sikre et enhetlig og klart regelverk på tvers av medlemslandene.¹⁷⁷ Hertil er det en avgjørende forutsetning at elektroniske betalingstjenester er sikre å bruke, og at kundene er tilstrekkelig beskyttet mot risikoen som følger av bruk av de nevnte betalingstjenestene.¹⁷⁸ Som vist i denne avhandlingen, er ikke dette formålet oppnådd ennå. For kundene, medfører dette store økonomiske konsekvenser. Det er likevel også uheldig for betalingstjenesteyterne, hvis virksomhet beror på tilliten til betalingssystemene.

Kunne en så tenke seg andre måter å løse utfordringene knyttet til tapsfordeling ved sosial manipulasjonssvindel rettslig? I Storbritannia er det valgt en annen ansvarsfordelingsmodell enn den vi har i Norge i dag. Som følge av en voldsom økning av svindel, er det vedtatt nye regler som i utgangspunktet visker ut skillet mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner. Ansvar for tap som følge av såkalt «authorised push payment fraud» (APP-svindel) er i stedet i utgangspunktet plassert hos betalingstjenesteyterne.¹⁷⁹ I USA virker lovgiver å trekke i samme retning. Etter dagens regelverk er kunden kun beskyttet ved ikke godkjente betalingstransaksjoner, men det er foreslått endringer som innebærer at kunden ikke skal bære tapet ved «fraudulently induced electronic fund transfer».¹⁸⁰ Den britiske lovendringen, og det amerikanske forslaget, bygger på en anerkjennelse av hvor sårbar forbrukerbankkunder er i møte med stadig mer profesjonalisert manipulasjonssvindel, og en erkjennelse av at bankene er best egnet til å forhindre at betalingssystemet misbrukes til kriminell virksomhet. Ved å utvide bankenes ansvar til å også omfatte svindeloverføringer som er autentisert av kunden, vil bankkundenes svindelbeskyttelse utvides samtidig som bankene får et sterkt insentiv til å utvikle bedre svindelbekjempende og -reducerende tiltak.

Til en løsning hvor bankene i utgangspunktet også bærer tap som skyldes transaksjoner kunden selv har autentisert, kan det innvendes at det er bankkundene som utgjør hovedårsaken til tap som følger av svindel. Et av hensynene bak utformingen av ansvarsfordelingssystemet i PSD 2 og finansavtaleloven var å bidra til å motvirke skjødesløs eller svikaktig atferd fra kundenes side. Etter mitt syn er det imidlertid mer i tråd med direktivets formål at kundens ansvar

¹⁷⁶ SODI (2022) s. 45.

¹⁷⁷ PSD 2, fortalepunkt 6.

¹⁷⁸ Ibid. 7.

¹⁷⁹ Payment Systems Regulator (2023)

¹⁸⁰ Wilson (2024)

vrderes etter en helhetlig tilnærming til aktsomhet, enn at ett bestemt forhold i svindelforløpet blir avgjørende. Ved en binær tilnærming til samtykkespørsmålet, som blir avgjørende for ansvarsfordelingen, avviker man fra lovens graderte ansvarsfordelingssystem for ikke-godkjente transaksjoner, til ugunst for forbrukeren. Videre er det mer samfunnsgunstig å søke å oppfylle direktivets hovedformål om trygge betalingsløsninger ved å gi betalingstjenesteyterne insentiver til å videreutvikle antisvindelsystemer. Her kan en trekke paralleller på en tradisjonell tilnærming i erstatningsretten om å tildele ansvaret til den som skaper risikoen for tap, og dermed har best forutsetninger for å håndtere tapet når risikoen realiseres.¹⁸¹

Betalingstjenesteyterne har også økt sin profitt som følge av kundenes (mer eller mindre pålagte) bruk av BankID og elektroniske betalingstjenester, og man kan med rette argumentere for at økt ansvar for tap i denne sammenheng simpelt hen er «cost of doing business».¹⁸² BankID og elektroniske betalingstjenester er nå en grunnleggende forutsetning for å være en del av det norske samfunnet, og den jevne forbruker har ikke noe annet valg enn å bruke dem.

Samtykkevurderingen har også et rettssikkerhetsperspektiv. Som vist i punkt 4.5, har utviklingen av svindelmetoder der kunden autentiserer betalingstransaksjonen selv ført til en diskusjon om bankenes tilbakeføringsplikt. Dersom kunden må anlegge sak for å få tilbakeført svindelbeløpet, kan dette utgjøre et prosessuelt hinder for realisering av materielle rettigheter. Svindelofre utgjør en sårbar gruppe, med begrensede økonomiske forutsetninger for å dekke kostnader til rettslig bistand og andre utgifter i forbindelse med en rettsprosess.¹⁸³ Rettslig bistand til tilbakeføring eller bestridelse av krav som følge av svindel er ikke et prioritert saksområde under ordningen for fri rettshjelp,¹⁸⁴ og i mangel på egne ressurser er svindelofre prisgitt bistand fra frivillige rettshjelpsstiltak som JURK og Jussbuss¹⁸⁵ for å kunne hevde sine rettigheter.

EU-parlamentets PSR-forslag viser at man anerkjenner at nye svindelmetoder utfordrer grensedragningen mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner. Ved å slå fast at forhold ved betalingstransaksjonens iverksettelse skal tillegges vekt ved vurderingen av om kunden har samtykket, beveger en seg i en mer forbrukervennlig retning. Til tross for at grensedragningen mellom godkjente og ikke godkjente betalingstransaksjoner opprettholdes, foreslås det dessuten økte muligheter for bankene til å stanse transaksjoner i strid med kundens

¹⁸¹ HR-2001-395 på s. 1657.

¹⁸² Finanstilsynet (2023).

¹⁸³ SODI (2022) s. 9.

¹⁸⁴ Rettshjelpsloven §§ 11 og 16.

¹⁸⁵ JURK og Jussbuss er studentdrevne rettshjelpsstiltak som gir fri rettshjelp til blant annet svindelofre.

ønsker.¹⁸⁶ Tilsvarende regler er foreslått i Storbritannia, hvor de utgjør et naturlig motstykke til betalingstjenesteytneres økte ansvar ved APP-svindel.¹⁸⁷ I Storbritannia vil dermed bankene kunne unngå å bli ansvarlig for tap som følge av svindeltransaksjoner, ved å stanse svindeltransaksjonene før tapet i det hele tatt oppstår. På denne måten kan man potensielt redusere de negative konsekvensene av bankenes økte ansvar ved svindel, samtidig som bankene gis incentiver til å utvikle overvåkningssystemer som er bedre i stand til å detektere svindeltransaksjoner.

Det blir dermed spennende å følge med på regelutviklingen på EU-nivå i tiden fremover. Gjennomgangen av sosial manipulasjonssvindel i denne avhandlingen viser etter mitt syn at vårt regelverk, slik er utformet i dag, ikke i tilstrekkelig grad sikrer formålet om å sikre forbrukerne trygge betalingstjenester.¹⁸⁸ Til det er det knyttet for stor usikkerhet rundt samtykkespørsmålet, og med det skapt en rettslig situasjon hvor svindel*metoden* kan bli avgjørende for ansvarsfordelingen. Dette kan minne om den situasjon som eksisterte mellom transaksjons- og lånesvindel under finansavtaleloven 1999, og taler etter mitt syn for at man burde hente inspirasjon fra den andre siden av den engelske kanal for hensiktsmessig regulering av sosial manipulasjonssvindel.

¹⁸⁶ A9-0052/2023 s. 88.

¹⁸⁷ Payment Systems Regulator (2023).

¹⁸⁸ PSD 2, fortalepunkt 6 og 7.

Litteraturliste

Litteratur:

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. 2. utg., Oslo: M.H. Andenæs, 2009.
- Bergo (2019) Bergo, Knut. «Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider». I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 176-238.
- Boe (2010) Boe, Erik Magnus. *Innføring i juss, Juridisk tekning og rettskildelære*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- DNB (2024) DNB. *Finansiell trygghet i en usikker verden*. Trusler og trender fra et DNB-perspektiv 2024. Oslo: 2024. https://www.dnb.no/portalfront/nedlast/no/om-oss/finansiell_trygghet_i_en_usikker_verden_no.pdf [hentet 07.02.24].
- EU-kommisjonen (2023) EU-kommisjonen. «Payment services: revised rules to improve consumer protection and competition in electronic payments». (28.06.2023) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qa_nda_23_3544 [hentet 23.01.2024]
- Finansklagenemnda (u.å.) Finansklagenemnda. (u.å.) «FinKN Bank». <https://www.finkn.no/Nemndene/FinKN-Bank> [hentet 12.02.24]
- Finansklagenemnda (2022) Finansklagenemnda. *Den som har rett, skal få rett! Årsrapport 2022*. Oslo: 2022. <https://www.finkn.no/Aktuelt?id=80#80> [hentet 20.02.24]
- Finans Norge (2021) Finans Norge. (24.mai 2021) «Verdens mest kontantløse samfunn»

- <https://www.finansnorge.no/artikler/2021/q2/verdens-mest-kontantlose-samfunn/> [hentet 20.02.24]
- Finanstilsynet (2023) Finanstilsynet. (14. februar 2023) «Bank og annen finansieringsvirksomhet».
<https://www.finanstilsynet.no/publikasjoner-og-analyser/arsrapport/arsrapport-2022/rapporter-fra-tilsynsomradene-for-2022/bank-og-annen-finansieringsvirksomhet/> [hentet 10.04.24]
- Finanstilsynet (2023) Finanstilsynet. *Risiko- og sårbarhetsanalyse (ROS) 2023*. Oslo: 3. mai 2023.
<https://www.finanstilsynet.no/contentassets/fbbc7ef2a0c9499fbb6fa68867ad697c/risiko-og-sarbarhetsanalyse-2023.pdf> [hentet 20.02.24]
- Forbrukertilsynet (2022) Forbrukertilsynet ved Bente Øverli, Tonje Drevland og Vegard Kleven. *Orientering til bankene – krav til bankenes tilbakeføring av forbrukers tap ved uautoriserte betalingstransaksjoner*. Skien: 2022.
<https://www.forbrukertilsynet.no/wp-content/uploads/2022/12/orientering-til-bankene-krav-til-bankenes-tilbakeforing-av-forbrukers-tap-ved-uautoriserte-transaksjoner.pdf> [hentet 03.04.24]
- Fredriksen og Mathiesen (2019) Haukeland Fredriksen, Halvard og Gjermund Mathiesen. «EU-rett som norsk rettskilde.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red, Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 386-419.
- Giertsen (2021) Giertsen, Johan. *Avtaler*. 4. utg., Oslo: Aschehoug, 2021
- Grøttjord og Rosén (2014) Grøttjord, Børge og Karl Rosén. *Finansavtaleloven: med kommentarer*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2014.
- Guimarães (2021) Guimarães, Maria Raquel. «The transposition of PSD2: Decree-Law 91/2018 of 12 November, the Portuguese experience and what may (or may not) change», i Elisabetta Bani, Vincenzo De Stasio, Antonella Sciarrone Alibrandi, red., *The transposition of PSD2 and open*

- banking. Bergamo University Press, 2021., s 141-167
(tilgjengelig via
https://aisberg.unibg.it/retrieve/e40f7b89-e356-afca-e053-6605fe0aeaf2/Vol_DeStasio_Banking_ebook.pdf
[hentet 26.02.24]
- Hagstrøm (2021) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 3. utg., ved Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger Berg Ørstavik.. Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
- Hallsteinsen (2018) Hallsteinsen, Peter. *Alminnelig obligasjonsrett*. 1. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2018.
- Kjørven m.fl. (2021) Kjørven, Marte Eidsand, Alf Petter Høgberg og Geir Woxholth. «BankID-opplysninger på avveie – om vilkårene for aktivering av fortsettsansvaret etter finansavtaleloven § 35 (3) og ny finansavtalelov § 4-30 (4)». *Lov og rett* årg. 60 nr. 6 (2021) s. 335-366. <https://www.idunn.no/doi/abs/10.18261/issn.1504-3061-2021-06-03> [hentet 15.04.24]
- Kjørven m.fl. (2024) Kjørven, Marte Eidsand, Ellen Bennin Brataas, Nathaniel Skar Eide m.fl. «Ansvar og egenandeler ved ikke godkjente betalingstransaksjoner etter finansavtaleloven». *Jussens Venner* Vol. 59. (2024) s. 55-102. <https://doi.org/10.18261/jv.59.1.3>
- Martinsen og Ognedal (2022) Martinsen, Håkon Hov og Anne Ognedal. «Slik lurte svindlerne eldre for nesten 18 millioner kroner.» *NRK*, 18. mai 2022, <https://www.nrk.no/ostfold/under-300-000-av-svindelpengene-etter-olga-bedrageri-av-eldre-er-gjort-rede-for-1.15968676> [hentet 07.03.24]
- Mestad (2019) Mestad, Ola. «Rettens kilder og anvendelse.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red, Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77-112.

- Nätt (2020) Nätt, Tom Heine. «Sosial manipulering (datasikkerhet).» (28.04.2020). https://snl.no/sosial_manipulering_-_datasikkerhet [hentet 21.02.24]
- Nordea (u.å.) Nordea. «Slik legger du til disponent på konto i Nordea». (u.å.) <https://www.nordea.no/privat/kundeservice/slik-gjor-du/legg-til-disponent.html> [hentet 21.02.24]
- Norland og Kjørven (2022) Utne Norland, Line og Marte Eidsand Kjørven. «Elektroniske signaturer og avtalebinding» I *Bruk og misbruk av elektronisk identifikasjon*. Marte Eidsand Kjørven, Maria Astrup Hjort og Tone Linn Wærstad red., 1. utg., Oslo: Karnov Group Norway, 2024, s. 6-24. [Lest i Lovdata Pro]
- Politiet (u.å.) Politiet. «Beskytt deg mot svindel og ID-tyveri». (u.å.) <https://www.politiet.no/rad/beskytt-deg-mot-svind-og-id-tyveri/#telefonsvind-og-id-tyveri> [hentet 20.02.24]
- Politiet (2023) Politiet. «Svindlere ringer fra norske telefonnumre og utgir seg for å være politi.» (04.12.23) <https://www.politiet.no/aktuelt-tall-og-fakta/aktuelt/nyheter/2023/12/04/telefonsvindlere-i-sor-ost/> [hentet 07.03.24]
- PSR (2023) Payment Systems Regulator. «PSR continues to take bold action on APP fraud as it publishes final reimbursement details ahead of 2024 implementation.» (19.12.2023). <https://www.psr.org.uk/news-and-updates/latest-news/news/psr-continues-to-take-bold-action-on-app-fraud-as-it-publishes-final-reimbursement-details-ahead-of-2024-implementation/> [hentet 13.02.24]
- SODI (2022) SODI ved Ellen Bennin Brataas, Mira Sofie Stokke og Amelia Svensson. *Rapport om misbruk av eID*. SODI-rapport 1/2022. Oslo: 2022. <https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/sodi/publikasjoner/rapporter-mv/sodi-rapport-1-2022.pdf>

- Staavi (2020) Staavi, Tom. «Kommentar: Myndighetene inviterer til millionsvindel med 12.000 kroner i egenandel.» *E24*, 15. januar 2020. <https://e24.no/privatoekonomi/i/kJGJJQ/kommentar-myndighetene-inviterer-til-millionsvindel-med-12000-kroner-i-egenandel> [hentet 08.04.24]
- Svendsen (2023) Lyng Svendsen, Helle. «Handelsbanken tok 139.000 kroner ut av kontoen til Mattias: - Jeg trodde jeg var under etterforskning». *Nettavisen*, 27. mai 2022. <https://www.nettavisen.no/okonomi/handelsbanken-tok-139-000-kroner-ut-av-kontoen-til-mattias-jeg-trodde-jeg-var-under-etterforskning/s/5-95-502434> [hentet 20.02.24].
- Telenor (u.å.) Telenor. «Svindelforsøk». (u.å.) <https://www.telenor.no/kundeservice/svindel/> [hentet 20.02.24]
- Wilson (2024) Wilson, Catharine. «Experts urge senators to act in the fight against financial fraud.» *Capital News Service*. 30. januar 2024, <https://cnsmaryland.org/2024/02/01/experts-urge-senators-to-act-in-the-fight-against-financial-fraud/> [hentet 13.02.24]
- Wold (2022) Wold, Webjørn. «Prosessbyrden ved betalingssvindel - Om bankens tilbakeføringsplikt ved ikke-godkjente betalingstransaksjoner.» I *Bruk og misbruk av elektronisk identifikasjon*. Marte Eidsand Kjørven, Maria Astrup Hjort og Tone Linn Wærstad red., 1. utg., Oslo: Karnov Group Norway, 2024, s. 88-115. [Lest i Lovdata Pro]
- Woxholth (2021) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 11. utg. Oslo: Gyldendal Akademiske, 2021.
- Ørstavik (2023) Ørstavik, Inger Berg (2023). «Norsk avtalerett og materielle EØS-regler.» I Christoffersen, Margrethe Buskerud; Høgberg, Alf Petter; Irgens-Jensen, Harald &

Knudsen, Gudmund (Red.), *Juss og mangfold. Festskrift til Geir Woxholth*. Gyldendal Akademisk, 2023, s. 525–544.

Rødvei Aagaard (2023)

Rødvei Aagaard, Marianne. «ARN och ubehöriga transaktioner». *Svensk Juristtidning*, ISSN 0039-6591 (2023) s. 457-469. [Lest i Svenske Karnov]

Rødvei Aagaard (2024)

Rødvei Aagaard, Marianne. «Tredjemans svikliga förledande – Kan en godkänd betalningstransaktion vara obehörig?» *Svensk Juristtidning*, (2024). https://svjt.se/content/tredjemans-svikliga-forledande-kan-en-godkand-betalningstransaktion-vara-obeorig#_ftn1 [hentet 03.04.24]

Norske rettskilder:

Lover og forskrifter

1918

Lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

1969

Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeerstatningsloven)

1980

Lov av 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelpsloven)

1999

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

2015

Lov av 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven)

2018

Lov av 01. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)

2019 Forskrift av 15. februar 2019 nr. 152 om systemer for betalingstjenester

2020 Lov av 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 75 (1983-84) *Om lov om endringer i erstatningslovgivningen (ansvar for dyr, regress, lemping m.m. og endringer i bilansvarslova)*

Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) *Om lov om endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av de privatrettslige bestemmelsene i direktiv 2007/64/EF)*

Prop.92 LS (2019-2020) *Lov om finansavtaler (finansavtaleloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 125/2019 og 130/2019 av 8. mai 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2014/17/EU om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål (boliglåndirektivet) og delegert kommisjonsforordning (EU) nr. 1125/2014.*

Rettspraksis

Rt. 1984 s. 248

HR-1995-132-B

HR-2000-49-B

HR-2001-395

HR-2004-568-A

HR-2005-2000-A

HR-2007-1592-A

HR-2013-642-S

HR-2015-1110-A

HR-2017-971-A

HR-2020-2021-A

HR-2022-1752-A

Underrettspraksis

LB-2001-1419

LB-2002-1943

LB-2022-74994

TOSLO-2019-2321

Praksis fra Finansklagenemnda

FinKN-2017-463

FinKN-2019-146

FinKN-2021-156

FinKN-2022-490

FinKN-2022-530

FinKN-2022-531

FinKN-2022-684

FinKN-2022-975

FinKN-2022-978

FinKN-2022-1005

FinKN-2023-37

FinKN-2023-355

FinKN-2023-593

FinKN-2023-609

FinKN-2023-664

FinKN-2023-717

FinKN-2023-787

FinKN-2024-41

FinKN-2024-65

FinKN-2024-135

FinKN-2024-208

FinKN-2024-309

Kontrakter og vedtekter

BankID

«Avtale om BankID.»
<https://bankid.no/bedrift/avtalevilkaar-for-bankid> [hentet 13.02.24]

DNB

«Kontoavtale, generelle vilkår for innskudd og betalingstjenester – gyldig fra 01.07.2023».
https://www.dnb.no/segp/portalfront/nedlast/no/privat/avtaler-vilkaar/Generelle_vilkaar_innskudd_og_betalings_tjenester_norsk.pdf [hentet 19.03.24]

Finansklagenemnda. «Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda», sist revidert 21.03.2023, <https://www.finkn.no/Om-oss/Regelverk/Saksbehandlingsregler-for-Finansklagenemnda> [hentet 20.02.24]

Finansklagenemnda «Vedtekter for Finansklagenemnda», sist revidert 14.04.2023, <https://www.finkn.no/Om-oss/Regelverk/Vedtekter-for-Finansklagenemnda> [hentet 12.02.24]

Internasjonale rettskilder:

Traktater og EU-rettsakter

A9-0052/2023 *Report on the proposal of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Regulation (EU) No 1093/2010*

COM/2023/367 *Forslag til Europaparlamentets og Rådets forordning om betalingstjenester i det indre marked og om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010*

COM/2023/366 *Forslag til Europaparlamentets og Rådets direktiv om betalingstjenester og elektroniske pengetjenester i det indre marked, om ændring af direktiv 98/26/EF og om ophævelse af direktiv (EU) 2015/2366 og 2009/110/EF*

Forordning (EU) 2016/679 *Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 94/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)*

Forordning 2018/389/EU *Kommissionens forordning (EU) 2018/389 af 27. november 2017 om supplerende regler til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 for så*

vidt angår reguleringsmæssige tekniske standarder for stærk kundeautentifikation og fælles og sikre åbne standarder for kommunikation [Delegerende forordning, RTS]

Direktiv 93/13/EØF

Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler [Forbrugeravtaledirektivet]

Direktiv 2002/65/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/65/EF af 23. september 2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugerne og om ændring af Rådets direktiv 90/619/EØF samt direktiv 97/7/EF og 98/27/EF

Direktiv 2007/64/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/64/EF af 13. november 2007 om betalingstjenester i det indre marked og om ændring af direktiv 97/7/EF, 2005/60/EF og 2006/48/EF og om ophævelse af direktiv 97/5/EF [Betalingstjenestedirektivet, PSD 1]

Direktiv 2008/48/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/48/EF af 23. april 2008 om forbrugerkreditaftaler og om ophævelse af Rådets direktiv 87/102/EØF.

Direktiv 2014/17/EU

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/17/EU af 4. februar 2014 om forbrugerkreditaftaler i forbindelse med fast ejendom til beboelse og om ændring af direktiv 2008/48/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010.

Direktiv 2014/92/EU

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/92/EU af 23. juli 2014 om sammenlignelighed af gebyrer i forbindelse med betalingskonti, flytning af betalingskonti og adgang til betalingskonti med basale funktioner.

Direktiv (EU) 2015/2366

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 af 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked, om ændring af direktiv 2002/65/EF, 2009/110/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr.

1093/2010 og om ophævelse af direktiv 2007/64/EF
[Betalingstjenestedirektivet, PSD 2].

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeide,
Oporto, 2. mai 1992. [Offisiell norsk oversettelse].

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sag C-287/19

DenizBank AG mod Verein Für
Konsumenteninformation. ECLI:EU:C:2020:897

Sag C-279/12

Fish Legal og Emily Shirley mod Information
Commissioner m.fl. ECLI:EU:C:2013:853.

Sag C-301/15

Marc Soulier og Sara Doke mod Premier ministre og
Ministre de la Culture et de la Communication.
ECLI:EU:C:2016:878

Sag C-45/08

Spector Photo Group NV og Chris Van Reamdonck mod
Commissie voor het Bank-, Financie- en
Assurantiewezen (CBFA). ECLI:EU:C:2009:806

Sag C-351/21

ZG mod Beobank SA. ECLI:EU:C:2023:215.

Praksis fra Allmänna Reklamationsnämnden

ARN-2019-11253

ARN-2019-14354

ARN-2019-08258

ARN-2022-13993

Praksis fra Det finansielle ankenævn

Sag nr. 348/2022

Sag nr. 480/2022.

