

UiO : **Det juridiske fakultet**

Hva utgjør en uautorisert betalingstransaksjon etter finansavtaleloven?

Kandidatnummer: 217

Leveringsfrist: 10.11.2019

Antall ord: 36 866



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	Problemstilling og fremstilling	3
1.2	Introduksjon til temaet og dets aktualitet	3
1.3	Typetilfeller av uautoriserte betalingstransaksjoner	5
1.4	Metode og rettskildebilde	6
1.4.1	Rettskildebruk, rettskildebilde og metodiske utfordringer	6
1.4.2	Bruk av forarbeider	8
1.4.3	Bruk av skandinaviske kilder	8
1.4.4	Bruk av underretts- og nemndspraksis	9
1.4.5	Bruk av kontrakter	10
2	HVA ER EN BETALINGSTRANSAKSJON?	10
2.1	Innledende bemerkninger	10
2.2	Handlingen	11
2.2.1	Betalingstjenestene	11
2.2.2	Innbetaling, overføring eller uttak	13
2.3	Iverksettingen	14
2.3.1	Betalingsordre	14
2.3.2	Betydning av hvem som iverksetter: «push- og pull transactions»	14
2.3.3	Betalingsinstrument	15
2.4	Betaler og betalingsmottaker	19
2.4.1	Aktørene	19
2.4.2	Betalingsmottaker	19
2.4.3	Betaler	21
2.5	Midler og konto	24
2.5.1	Definisjon og størrelsen på beløpet	24
2.5.2	Pengesedler og mynter	24
2.5.3	Elektroniske penger	26
2.5.4	Innskudd og kreditt	27
2.5.5	Konto	27
2.6	Underliggende forpliktelser	28
2.7	Oppsummerende bemerkninger	28
3	BETALERENS SAMTYKKE TIL BETALINGSTJENESTETILBYDER	28
3.1	Innledende bemerkninger	28
3.2	På hvilken måte skal samtykket gis?	29
3.2.1	Samtykke for «push- og pull transactions»	29
3.2.2	Partenes avtale	30
3.2.3	Hvem kan gi samtykke?	32
3.2.4	Sperring avskjærer samtykke	35
3.3	Når må samtykket foreligge?	36
3.4	Hva skal samtykket omfatte?	38
3.4.1	Samtykket må dekke betalingstransaksjonen	38
3.4.2	Samtykket kan få utilsiktet innhold	38
3.4.3	Samtykket behøver ikke å angi nøyaktig beløp	41
3.5	Samtykkets gyldighet	42

3.5.1	Anvendelsen av nasjonale regler om ugyldighet	42
3.5.2	Ugyldighet overfor betalingstjenestetilbyder	44
3.5.3	Habilitetsmangler	45
3.5.4	Tilblivelsesmangler	46
3.5.5	God tro	48
3.6	Oppsummerende bemerkninger	50
4	BETALERENS SAMTYKKE VED BRUK AV REPRESENTANT	50
4.1	Innledende bemerkninger	50
4.2	En avledning av betalerens samtykke	51
4.3	Når representanten er en betalingsinitieringstjenestetilbyder	53
4.4	Når representanten er en fysisk person	54
4.5	Representantens opptreden i strid med betalerens samtykke	58
4.6	Oppsummerende bemerkninger	58
5	BEVISSPØRSMÅL	59
5.1	Innledende bemerkninger	59
5.2	Om bevistema, bevisbyrde og beviskrav	59
5.3	Bevisbyrden	61
5.3.1	Plassering av bevisbyrde for autorisering?	61
5.3.2	Bevisbyrden for autentisering	64
5.3.3	Bevisbyrden for en betalingstransaksjon som ikke er autentisert	64
5.3.4	Bevisbyrden for en betalingstransaksjon som er autentisert	66
5.4	Beviskravet	70
5.4.1	Utgangspunkt	70
5.4.2	Endret beviskrav ved særlig belastende faktum	71
5.5	Noen omstendigheter vektlagt i praksis	74
5.5.1	Bevisbedømmelsen i praksis	74
5.5.2	Omstendigheter rundt autentiseringen og autentiseringen i seg selv	75
5.5.3	Sannsynlighet for kjøp av varer eller tjenester	75
5.6	Oppsummerende bemerkninger	76
6	AVSLUTNING.....	77
7	KILDELISTE.....	79

1 Innledning

1.1 Problemstilling og fremstilling

Oppgavens problemstilling er hva som utgjør en «uautorisert betalingstransaksjon» etter finansavtaleloven.¹ Klassifiseringen av om en betalingstransaksjon regnes som autorisert eller uautorisert, betinges av om det er samtykket til den etter finansavtaleloven § 24 (2) 1. pkt.

Hovedproblemstillingen reiser tre underproblemstillinger: For det første er spørsmålet hvilke disposisjoner som utgjør «betalingstransaksjoner». For det andre må det undersøkes hva som ligger i termen «samtykke» i relasjonen mellom betaler og betalingstjenestetilbyderen. For det tredje er spørsmålet om betaleren kan gi samtykke via andre, og i så fall hvordan og i hvilken utstrekning dette kan gjøres.

Bevis inngår ikke som del av hva som er nødvendig for å klargjøre hva som er en uautorisert betalingstransaksjon. For spørsmålene nevnt her vil en eventuell tvist, særlig relatert til det andre og tredje spørsmålet, i praksis ofte avgjøres etter bevisets stilling. Siden spørsmålet om bevis har så stor praktisk betydning, er det er hensiktsmessig å behandle det. Bevisspørsmål vil bli behandlet samlet avslutningsvis. Problemstillingene vil for øvrig bli behandlet i den rekkefølgen de her er presentert.

Problemstillingen er utformet med utgangspunkt i spørsmålet om når det materielt sett er tale om en uautorisert betalingstransaksjon. Det avgrenses mot dette både mot de prosessuelle reglene som reklamasjon, og de materielle reglene som avgjør størrelsen på en eventuell tilbakeføring. Perspektivet som anlegges, er altså når en bruker av betalingstjenester med rette kan *påberope* reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner. Dette er altså et spørsmål når reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner kommer til anvendelse.

Problemstillingen er forsøkt besvart med utgangspunkt i at det er en forbruker² som skal påberope reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner. Finansavtaleloven § 24 (2) er ufravikelig.³ Det er derfor i utgangspunktet uten betydning for spørsmålet om det er tale om en uautorisert betalingstransaksjon, altså om det er en forbruker eller næringsdrivende som har foretatt betalingstransaksjonen. Andre bestemmelser som behandles i denne oppgaven, vil imidlertid kunne fravikes ved avtale.⁴

1.2 Introduksjon til temaet og dets aktualitet

Måten vi foretar betalinger på har endret seg drastisk på få år. I 2018 var det ingen personer over 18 år som bare benyttet seg av fysiske betalingsmidler, slik som kontanter og sjekker.⁵ Samme år benyttet 80 % seg av kort for å foreta betalinger, uavhengig av størrelsen på beløpet.⁶ Alle voksne personer i Norge benytter derfor på en eller annen måte nettbank og/eller mobilbank for betaling, og dette i stor utstrekning.

¹ Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

² Forbruker regnes som en «fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet», jf. finansavtaleloven § 2 (1) 2. pkt.

³ Jf. finansavtaleloven § 2 (2) 2. pkt.

⁴ Jf. finansavtaleloven § 2 (2) 1. pkt. Reglene om tapsfordeling i § 35 eller tilfeller der beløp ikke er endelig godkjent i § 33 a vil eksempelvis kunne fravikes utenfor forbrukertilfeller.

⁵ Finans Norge (2018a) lysbilde 53.

⁶ Finans Norge (2018a) lysbilde 4.

Finansinstitusjoner er tilbydere av betalingstjenester, altså tjenester som muliggjør innskudd, overføring og uttak av penger.⁷ Ved betaling med bankkort eller overføringer i nettbank, benytter kunden seg av disse tjenestene. En betaling er nå i betydelig større grad enn før blitt et flerpartsforhold: Den rettslige relasjonen ved en betaling deles ikke lenger bare av kreditor og debitor, men også av deres respektive betalingstjenestetilbydere. Det er forholdet mellom kunden og dennes betalingstjenestetilbyder som hovedsakelig er av interesse for denne oppgaven.

Utviklingen i hvordan vi foretar betalinger, er muliggjort av digital teknologi. Det nye handlingsmønsteret har ført til effektive og enkle måter for å betale, overføre og ta ut penger. Som på andre områder følger de teknologiske nyvinninger med seg utfordringer. Svindel i forbindelse med uautoriserte betalingstransaksjoner er ett eksempel på utfordringene som har oppstått ved de nye betalingsløsningene. En uautorisert betalingstransaksjon er en overføring eller et uttak av penger som det ikke er samtykket til. At en betalingstransaksjon bare skal gjennomføres når den som har rett til å disponere pengene gir uttrykk for at overføring eller uttak av disse skal finne sted, er et helt grunnleggende og nødvendig utgangspunkt. Eksempler på uautoriserte betalingstransaksjoner gis nedenfor i punkt 1.3, og som det vil fremgå av disse, muliggjøres de i stor grad av teknologi. Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner er ikke begrenset til å gjelde betalingstransaksjoner som skjer elektronisk, men det er de elektroniske betalingstransaksjonene som vil vies størst plass i denne oppgaven.

Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner kommer til uttrykk i finansavtaleloven kapittel 2, del V om «andres misbruk av konto og betalingsinstrument». Reglene er utformet som ledd i implementeringen av tilsvarende regler i direktiv om betalingstjenester i det indre marked,⁸ heretter kalt betalingstjenestedirektivet. Direktivet har sin bakgrunn i behovet for effektive og sikre løsninger.⁹ Det er forutsetninger for økonomisk vekst.¹⁰ Beskyttelse gjennom reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner er et eksempel på regler som er utformet for å ivareta betalingsbrukeres sikkerhet. Dette er en forutsetning for at de vil ta i bruk nye teknologiske løsninger, som igjen stimulerer til økonomisk vekst.

Reglene om misbruk av andres konto og betalingsinstrument går i korthet ut på at det er finansinstitusjonen som i utgangspunktet må bære det økonomiske ansvaret dersom noen har foretatt betalingstransaksjoner uten betalerens samtykke.¹¹ Når en betalingstransaksjon er foretatt uten samtykke, er den uautorisert i lovens forstand. Til tross for at det er tale om en uautorisert betalingstransaksjon, kan kontohaveren bli helt eller delvis ansvarlig for tapet som ble overført eller tatt ut uten dennes samtykke. Dette kalles gjerne selvrisiko, og den er aktuell dersom kontohaveren på noen måte har bidratt til at betalingstransaksjonene kunne finne sted.

Hva som i seg selv utgjør en uautorisert betalingstransaksjon, har imidlertid, så vidt meg bekjent, ikke vært gjenstand for nærmere analyse. Spørsmålet er med få unntak ikke behandlet i EU-domstolen eller i skandinaviske domstoler.¹² Spørsmålet om grensedragningen mellom autoriserte og uautoriserte betalingstransaksjoner er heller ikke viet nevneverdig plass i lovforberedelser eller juridisk teori.

⁷ Betalingstjenester defineres og forklares nedenfor i punkt 2.2.1.

⁸ Direktiv 2007/64/EF.

⁹ KOM (2005) 603 s. 2.

¹⁰ KOM (2005) 603 s. 2.

¹¹ Jf. finansavtaleloven § 35 (1) jf. § 24.

¹² De aktuelle sakene behandles løpende i teksten.

Denne uteblivende oppmerksomheten kan etter min mening imidlertid ikke skyldes at spørsmålet er upraktisk eller unødvendig. Spørsmålet om man står overfor en uautorisert betalingstransaksjon, og når dette kan sies å være bevist, er helt sentrale spørsmål. Motstykket til en uautorisert betalingstransaksjon, er en autorisert betalingstransaksjon. I slike tilfeller vil betaleren ikke ha krav på å få tilbakeført penger. Finansinstitusjonen har da en plikt til å gjennomføre transaksjonen.¹³ Betaleren er ikke bare avhengig av at ingen andre skal kunne disponere pengene sine, hun er også avhengig av å selv kunne disponere dem. Om det foreligger en «uautorisert betalingstransaksjon», har dermed betydning for hvilke rettigheter og plikter betalingstjenestetilbyderen og betaleren har.

1.3 Typetilfeller av uautoriserte betalingstransaksjoner

Fordi oppgaven handler om grensdragningen for de tilfellene som faller innenfor betegnelsen «uautoriserte betalingstransaksjoner», blir det å foregripe oppgavens vurderingstema å skulle etablere en fullgod definisjon allerede i innledningen. Under denne deloverskriften vil jeg likevel peke på noen typetilfeller av uautoriserte betalingstransaksjoner.

Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner blir påberopt på bakgrunn av et vidt spekter av faktiske hendelser: Både der kunden selv har iverksatt betalingstransaksjonen, og i tilfeller der den er iverksatt av andre. Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner kommer, som jeg vil vise, imidlertid ikke til anvendelse i alle tilfellene som illustreres her. Som den klare hovedregelen kommer ikke reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner til anvendelse der betaleren selv har iverksatt betalingstransaksjonen. Typetilfellene som er inntatt her, er ment å gi eksempler på misbruk, og grensdragningen mellom hvilke tilfeller som er omfattet av virkeområdet til reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner.

Der betalingstransaksjoner er iverksatt av andre, kan den uautoriserte bruken for det første skyldes at en nærstående av kontohaveren, for eksempel en partner eller et barn, kan ha fått tilgang til betalingsinformasjonen og misbrukt denne.¹⁴ Det kan også skyldes at betalingsinstrumentet er mistet av kortholder eller stjålet, og deretter misbrukt.¹⁵

Misbruk av andre kan også skyldes at betalingstjenestebrukeren er blitt lurt til å sette andre i stand til å foreta betalingstransaksjoner på sine vegne. *Phishing* er en betegnelse på e-poster som sendes fra svindlere, men som ser ut som de stammer fra en kjent aktør, gjerne som mottaker allerede står i avtaleforhold med.¹⁶ I e-posten står det eksempelvis at betalingsinformasjonen må oppdateres, og det er inntatt en lenke mottakeren kan følge for å gjøre dette. Fordi lenken er konstruert av svindlerne, vil mottakeren ha oppgitt sin betalingsinformasjon til svindlerne som dermed kan misbruke denne.

Det kan også være tale om tilfeller hvor uttak og overføringer har funnet sted på bakgrunn av teknologisk manipulasjon. Misbrukerne kan i visse tilfeller lage en kopi av kontohavers kort som er koblet til dennes konto.¹⁷ «Datainnbrudd» eller «hacking» er også en måte å få

¹³ Reglene om dette fremgår også av kapittel 2 i finansavtaleloven, men vil ikke bli nærmere behandlet her.

¹⁴ Se for eksempel FinKN-2018-272 og FinKN-2016-61 som begge angår misbruk foretatt av kortholdernes sønner.

¹⁵ Se for eksempel FinKN-2019-469, FinKN-2019-467 og FinKN-2015-285.

¹⁶ Kjørven (2019).

¹⁷ Udsen (2019) s. 580.

kontroll over en annens konto for deretter å kunne misbruke denne. For denne typen handlinger er det ofte mer eller mindre profesjonelle aktører som står bak.

I tilfellene der *betaleren selv* har iverksatt betalingstransaksjonen, er ofte grunnlaget for påstanden at betalingstransaksjonen gikk ut på noe annet, eller noe mer enn betaleren ønsket eller hadde ment å iverksette. Dette skjer som regel på bakgrunn av at kunden mener seg lurt, truet eller satt i en stilling der vedkommende ikke er i stand til å samtykke. Når kunden er lurt til å foreta en betalingstransaksjon, kan dette ha skjedd på bakgrunn av såkalt *vishing*.¹⁸ Vishing har mange likhetstrekk med phishing, men betaleren blir kontaktet via telefon i stedet for e-post. Offeret blir oppringt, for eksempel av noen som utgir seg for å være fra dennes finansinstitusjon, og blir forklart at det er fare for at kontoen vil bli tappet, og at pengene kan føres over på en sikker konto oppringer gir anvisning på. Til forskjell fra ved phishing vil betaleren altså ved vishing ofte selv iverksette betalingstransaksjonen.¹⁹

Ved vishing-tilfeller har betaleren ofte foretatt en betalingstransaksjon hun med kjennskap om de faktiske forholdene ellers aldri ville foretatt. Det kan også være at kunden blir lurt med hensyn til omfanget av transaksjonen, for eksempel hva den skal brukes til,²⁰ eller hva den endelige summen blir.²¹ Svindel som phishing, vishing og overbelastning av kort må antas å være metoder som har oppstått med bruk av elektroniske betalinger. Svindelen kan selvsagt også gjennomføres på mer tradisjonelle måter. Eksempler på dette er investeringer i selskaper som ikke har til hensikt å følge sine forretningsmodeller, eller frierbrev fra amerikanske soldater eller nigerianske prinser.

Dette er altså beskrivelser av noen av tilfellene hvor reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner ofte blir påberopt. Som et utgangspunkt er reglene bare anvendelige i den førstnevnte gruppen tilfeller, altså der det er andre enn betaleren selv som har iverksatt betalingstransaksjonen. Det er imidlertid ikke alltid de kommer til anvendelse i slike tilfeller heller, på samme måte som de ikke alltid er avskåret i tilfeller der betaleren selv har iverksatt betalingstransaksjonen. Dette blir tema for henholdsvis kapittel 4 og 3.

Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner angår forholdet mellom betaleren og dennes betalingstjenestetilbyder. Forhold mellom betaleren og betalingsmottakeren kan under noen omstendigheter være av interesse, men da formulert som et spørsmål om hvilken innvirkning dette forholdet har på relasjonen mellom betaleren og betalingstjenestetilbyderen. Forholdet til en eventuell misbruker er ikke regulert, og vil måtte vurderes etter alminnelige erstatningsrettslige og strafferettslige regler.

1.4 Metode og rettskildebilde

1.4.1 Rettskildebildbruk, rettskildebilde og metodiske utfordringer

Dette er en rettsdogmatisk oppgave. Jeg tar altså sikte på å klarlegge hva som er gjeldende rett. Fordi reglene som skal undersøkes stammer fra betalingstjenestedirektivet, forutsetter

¹⁸ Kjørven (2019).

¹⁹ Fra Finansklagenemndas praksis kan FinKN-2019-115 nevnes som eksempel.

²⁰ Se for eksempel FinKN-2017-334 der betaleren gå til innkjøp av et nettbrett i Spania. I den forbindelse ble kjøperen lurt til å tro at Google måtte ha en garanti på 50.000 kroner i 24 timer som senere skulle bli tilbakebetalt. Betaleren hadde iverksatt betalingen, og fikk ikke disse tilbakebetalt verken fra selger eller Google.

²¹ I FinKN-2014-337 hadde betaleren foretatt et kjøp på et spansk minimarked og blitt belastet for 16.000 kroner. Klageren mente at hun ikke kunne ha foretatt kjøp som rettferdiggjorde en slik sum.

oppgaven bruk av både norsk og EØS-rettslig juridisk metodelære. Jeg anser disse for å være kjent. Jeg vil imidlertid kommentere noen spesielle metodiske utfordringer og særegenheter. Andre, mer spesifikke metodespørsmål enn de som er behandlet her, vil jeg ta for meg fortløpende.

Der de relevante EØS-rettslige kildene finnes i offisiell oversatt versjon på norsk, viser jeg til disse. Til tross for at disse har gyldighet på lik linje som EU-medlemmenes språkversjoner, kan denne sett i lys av homogenitetsprinsippet neppe kan tillegges nevneverdig vekt i en tolkning.²² Jeg har derfor gjennomgående holdt den norske ordlyden opp mot tilsvarende i dansk, svensk og engelsk utforming. Ved mistanke om språklige uoverensstemmelser har jeg sammenlignet oversettelser, ved bruk av ordbøker og andre oversettelsesverktøy. Der det ikke finnes en offisiell norsk versjon av EU/EØS-kildene, referer jeg til den danske språkversjonen.

Avgjørelsene fra EU-domstolen som vil bli referert i denne oppgaven, er alle såkalte prejudisielle avgjørelser. Prejudisielle avgjørelser er truffet i medhold av Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåte,²³ artikkel 267. Avgjørelsene treffes på bakgrunn av et spørsmål relatert til EU-retten som er oppstått i rettssystemet i en av medlemsstatene, og som forelegges EU-domstolen for uttalelse.²⁴ Tolkningssvaret er bindende for den nasjonale domstolen.²⁵ For andre enn den foreleggende domstolen må EU-domstolens avgjørelser på vanlig måte anses for å være tungtveiende rettskilder som ikke bør fravikes med mindre det finnes særlige grunner for dette.²⁶

I utgangspunktet skal det være samsvar mellom hva som utgjør en uautorisert betalingstransaksjon etter finansavtaleloven og betalingstjenestedirektivet. Som jeg vil komme tilbake til, gir ikke de EU/EØS-rettslige kildene grunnlag for å kunne trekke slutninger som er nødvendige for å besvare problemstillingen. De nasjonale kildene vil nødvendigvis måtte få større plass i rettsanvendelsen når direktivet er uklart. Dette vil bli behandlet nærmere der det er aktuelt, men er kommentert her for å forklare utformingen av problemstillingen.

Det relativt sparsommelige rettskildematerialet utgjør en metodisk utfordring for oppgaven. Det foreligger riktignok lov, direktiv, forarbeider til disse, samt noen avgjørelser fra EU-domstolen. Disse adresserer imidlertid ikke på langt nær alle spørsmål som reiser seg. For spørsmål der slutninger ikke kan utledes av primærkildene, vil det kunne være en glidende overgang mellom drøftelser de lege lata og de lege ferenda. Vurderinger med hensyn til resultatets godhet er også av stor betydning EU/EØS-retten.²⁷

Betalingsstjenestedirektivet som danner utgangspunktet for reglene i finansavtaleloven, er allerede erstattet av det andre reviderte betalingsstjenestedirektiv,²⁸ heretter kalt

²² EØS-avtalen artikkel 129 nr. 1 første og tredje ledd slår fast at de norske oversettelsene av EØS-avtalen og dens rettsakter har samme gyldighet som EU-medlemmenes språkversjoner. Om den praktiske betydningen, se Fredriksen (2018) s. 326-327.

²³ Traktat om den Europæiske Unions funktionsmåte (TEUF).

²⁴ Sejersted (2011) s. 138.

²⁵ Sejersted (2011) s. 138.

²⁶ Fredriksen (2018) s. 315.

²⁷ Sejersted (2011) s. 240.

²⁸ Direktiv EU/2015/2366. Direktivet hadde frist for implementering i EU 13. januar 2018, jf. artikkel 115 nr. 2.

betalingstjenestedirektiv 2. Betalingstjenestedirektiv 2 er ikke implementert i EØS-avtalen. EØS-komiteen har besluttet at det reviderte direktivet skal innlemmes i EØS-avtalen.²⁹ Beslutningen er nå til parlamentsbehandling.

Betalingstjenestedirektiv 2 viderefører i stor grad bestemmelsene om autorisering og uautoriserte betalingstransaksjoner fra betalingstjenestedirektivet. Av pedagogiske grunner vil jeg løpende sette inn de aktuelle referansene til betalingstjenestedirektiv 2. For spørsmålet om uautoriserte betalingstransaksjoner er det først og fremst reguleringen av betalingsinitieringstjenester,³⁰ sterk kundeautentisering³¹ og bevis,³² som er endret. Disse vil bli behandlet kort der det har sin naturlige plass i oppgaven.

Et nytt forslag til finansavtalelov som innfører dette direktivets bestemmelser, har allerede vært på høring.³³ Uavhengig av om dokumentet skal klassifiseres som etterarbeid eller ikke, vil den selvstendige vekten av høringsnotatet i alle tilfeller være begrenset.³⁴

1.4.2 Bruk av forarbeider

Forarbeider til direktiver spiller en sentral rolle ved tolkning av sekundærretten i EU på privatrettens område.³⁵ Forarbeidene til betalingstjenestedirektivet vil derfor også benyttes i denne oppgaven. Fortalen benyttes først og fremst til å klarlegge formålet med bestemmelsene.³⁶

For norske forarbeiders vedkommende er det i litteraturen hevdet at dersom motivene er utarbeidet i forbindelse med gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser, må de i utgangspunktet tillegges mindre vekt enn når dette ikke er tilfelle.³⁷ Den reduserte vekten ved implementering av folkerettslige bestemmelser begrunnes i at forarbeidene i slike tilfeller ikke begrunner utformingen av nye regler.³⁸ Dette unntaket gjelder imidlertid ikke når de aktuelle direktivene gir medlemsstatene stort spillerom ved gjennomføringen, eller der direktivet er generelt i formen og overlater de nærmere detaljene til lovgiver.³⁹ Dette må gjelde på samme måte der de EU/EØS-rettslige kildene ikke gir mulighet til å kunne trekke klare slutninger. Der forarbeidene medfører noe annet enn å forklare tilpassingen av de overnasjonale reglene, må disse tillegges den vekten de alminneligvis ville blitt tillagt etter norsk metodelære.

1.4.3 Bruk av skandinaviske kilder

I denne oppgaven er det tidvis sett hen til hvordan spørsmålene er blitt behandlet i Sverige og Danmark. Det er ikke hensikten å gi en komparativ fremstilling av hvordan disse landene har behandlet spørsmålet om autorisering av betalingstransaksjoner, men det ses hen til disse for å

²⁹ EØS-komiteens beslutning av 14. juni 2019, nr. 165/2019.

³⁰ Betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 64 nummer 2, 2. pkt.

³¹ Betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 74 nummer 2, 1. pkt.

³² Betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 72 nummer 2, 2. pkt.

³³ Justis- og beredskapsdepartementet (2017).

³⁴ Ulike forståelser legges til grunn i Boe (2012) kapittel 12 og Eckhoff (2001) s. 95.

³⁵ Riesenhuber (2017) s. 246.

³⁶ Riesenhuber (2017) s. 248.

³⁷ Sejersted (2011) s. 202-203.

³⁸ Sejersted (2011) s. 203.

³⁹ Sejersted (2011) s. 203.

få innblikk i rettspraksis og teoretiske drøftelser.⁴⁰ Dette kan ha betydning for hvilken løsning som skal anses som mest hensiktsmessig i norsk rett.⁴¹

I forarbeidene til finansavtaleloven er danske og svenske løsninger brukt som forbilde eller inspirasjon i stor utstrekning. Det er konferert med nordiske land der det har vært usikkerhet om hvordan direktivets bestemmelser skal forstås eller hvilken løsning landene har benyttet.⁴² Av de svenske forarbeidene fremkommer det også at utarbeidelsen skjedde i kontakt med norske forbindelser.⁴³ De nære forbindelsene gjør det naturlig å se hen til hvordan også den etterfølgende forståelsen i disse landene har uttrykt seg. Der alminnelige avtalerettslige betraktninger vil komme inn, tilsier også det nordiske samarbeidet som ligger til grunn at det kan være særlig relevant å se hen til andre nordiske løsninger.⁴⁴ Dette er av språklige hensyn her begrenset til Sverige og Danmark.

Betalingstjenestedirektiv 2 er trådt i kraft for Danmark og Sverige som EU-medlemmer.⁴⁵ Kilder knyttet til både de gamle bestemmelsene som bygget på betalingstjenestedirektivet og de nåværende bestemmelsene som bygger på betalingstjenestedirektiv 2, er tatt med. Som nevnt er endringene mellom de to betalingstjenestedirektivene i hovedsak sammenfallende når det gjelder oppgavens tema, og kildene knyttet til de nye bestemmelsene vil også være relevante. Den nærmere bruken av kilder vil behandles der de metodiske spørsmålene oppstår.

1.4.4 Bruk av underretts- og nemndspraksis

Tvister mellom forbrukere og betalingstjenestetilbydere behandles i hovedsak i Finansklagenemnda Bank (heretter kalt Finansklagenemnda) og tidligere i Bankklagenemnda. Høyesterett har ikke eksplisitt tatt stilling til betydningen av avgjørelser fra Finansklagenemnda eller Bankklagenemnda. I noen saker har andre utenrettslige tvisteløsningsorganer blitt kommentert, men det er som regel bare ansett som relevant dersom det kan påvises en festnet praksis.⁴⁶ Det vil i så fall ikke være uttalelsene som har verdi som rettskilde, men selve praksisen.⁴⁷

Noen saker som angår uautoriserte betalingstransaksjoner, behandles i underrettene. Hvilken betydning avgjørelser fra underrettene skal ha, er et omdiskutert spørsmål.⁴⁸ I utgangspunktet skal ikke avgjørelsene fra underretten tillegges vekt utover deres overbevisningskraft, med mindre de har dannet grunnlag for en fast praksis eller rettsoppfatning.⁴⁹ Det er ikke klart akkurat når grensen for en fast praksis eller rettsoppfatning er etablert, men sett i lys av antallet lagmannsrettsavgjørelser og publiserte tingrettsavgjørelser, må det kunne sies at det ikke er tilstrekkelig avgjørelser til å kunne gi uttrykk for fast praksis eller rettsoppfatning.

All den tid underrettspraksis ikke kan tillegges vekt utover sin argumentasjonskraft, må dette i alle fall gjelde for praksis fra Finansklagenemnda. Både avgjørelser fra underrettene og

⁴⁰ Lilleholt (2017) s. 33.

⁴¹ Lilleholt (2017) s. 33.

⁴² Se for eksempel Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 158.

⁴³ SOU 2005: 108 s. 25.

⁴⁴ Se for eksempel Eckhoff (2001) s. 287, 290.

⁴⁵ Implementert i betalingsloven [Danmark] og betaltjänslagen [Sverige].

⁴⁶ Se for eksempel Rt. 2007 s. 1274 (avsnitt 45), Rt. 1987 s. 744 (på s. 748), og Rt. 1984 s. 248.

⁴⁷ Sml. Skoghøy (2018) s. 227.

⁴⁸ Se for eksempel Skoghøy (2018) s. 226-227.

⁴⁹ Skoghøy (2018) s. 227.

Finansklagenemnda vil i oppgaven benyttes som illustrasjonsmateriale med mindre annet er nevnt.

1.4.5 Bruk av kontrakter

For reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner er avtalen mellom kunden og dennes finansinstitusjon blant annet bestemmende for hvordan samtykke skal gis, jf. finansavtaleloven § 24 (3).⁵⁰ Det er derfor hensiktsmessig å undersøke hvordan slike avtaler er utformet for å kunne analysere regelen nærmere. Jeg har tatt utgangspunkt i det som antas å være de tre største bankene etter markedsandel i henholdsvis Norge, Sverige og Danmark for å få et bredt grunnlag.⁵¹

Kontraktene benyttes som empiriske kilder til å undersøke hvordan slike avtaler typisk utformes både nasjonalt og i sammenlignbare medlemsstater. Kontraktene benyttes derfor ikke som rettskilder.

2 Hva er en betalingstransaksjon?

2.1 Innledende bemerkninger

En uautorisert betalingstransaksjon består av to komponenter: en betalingstransaksjon og et fravær av autorisering. Denne delen tar for seg denne første komponenten med spørsmålet om hvilke disposisjoner som utgjør betalingstransaksjoner. «Betalingstransaksjon» er definert i finansavtaleloven § 12 (1) bokstav a som en «handling som iverksettes av en betaler eller betalingsmottakere for å innbetale, overføre eller ta ut midler, uten hensyn til eventuelle underliggende forpliktelser mellom betaleren og betalingsmottakeren».

Definisjonen i finansavtaleloven er hentet uten endringer fra betalingstjenestedirektivets artikkel 4, nummer 5.⁵² Definisjonen gir altså anvisning på hvilken handling som skal iverksettes, hvem som skal iverksette den og hva som er gjenstand for handlingen. Disse komponentene danner utgangspunkt for de videre underpunktene i denne delen av oppgaven.

Om det er tale om en disposisjon som kan påberopes som uautorisert, beror imidlertid ikke utelukkende på om disposisjonen faller innenfor legaldefinisjonen i § 12 (1) bokstav a. For at en betalingstransaksjon skal kunne påberopes som uautorisert, må den også falle innenfor det generelle virkeområdet til reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner.

Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner er plassert i kapittel 2 i finansavtaleloven. Etter § 9 (1) 1. punktum er det avgjørende for om en betalingstransaksjon er omfattet av virkeområdet til kapittel 2 at den er å anse for å være en betalingstjeneste etter § 11. Tilsvarende er det etter artikkel 2 nummer 1 i betalingstjenestedirektivet også avgjørende for om reglene kommer til anvendelse om det er tale om en «betalingstjeneste».⁵³

«Betalingstjeneste» er en samlebetegnelse for forretningsvirksomheter innenfor finansavtalelovens og betalingstjenestedirektivets område. Gjennomføring av

⁵⁰ Med tilsvarende krav i betalingstjenestedirektivet artikkel 54 nummer 2. Bestemmelsen er videreført i betalingstjenestedirektiv 2, artikkel 64, nummer 2.

⁵¹ For Norge er dette DNB Bank, Nordea Norge og Danske Bank Norge, se Finans Norge (2018b). For Sverige er dette Nordea, Handelsbanken og SEB, se Svenska Bankföreningen (2019). For Danmark er dette Danske Bank, Jyske bank og Sydbank, se Finanstilsynet (2019).

⁵² Definisjonen er videreført i det det betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4, nummer 5.

⁵³ Dette gjelder også i betalingstjenestedirektiv 2, med tilsvarende henvisning som i det første direktivet.

betalingstransaksjoner er en form for betalingstjeneste, men ikke alle betalingstransaksjoner er å regne for å være betalingstjenester i finansavtalelovens forstand. Paragraf 12 (1) bokstav a må derfor sammenholdes med § 11 for å kunne ta stilling til om en disposisjon som er foretatt, kan påberopes som uautorisert dersom det ikke er samtykket til den. Disse spørsmålene vil behandles mer eller mindre parallelt i fremstillingen nedenfor.

Etter finansavtaleloven § 9 (1) og (4) kommer reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner uavhengig av om de utføres som ledd i en rammeavtale om betalingstjenester eller etter en avtale om en enkeltstående betalingstransaksjon.

2.2 Handlingen

2.2.1 Betalingstjenestene

Finansavtaleloven § 11 tar sikte på å regulere hvordan «betalingstjenester» skal forstås i «kapitlet her», altså kapittel 2 i finansavtaleloven. Bestemmelsen implementerer artikkel 4, nummer 3, jf. vedlegget til direktivet og artikkel 3 i betalingstjenestedirektivet.⁵⁴ Etter direktivets artikkel 4 nummer 3 skal betalingstjeneste forstås som «enhver forretningsvirksomhet som er oppført i vedlegget».⁵⁵ Den språklige utformingen i finansavtaleloven og vedlegget i betalingstjenestedirektivet er ulik,⁵⁶ men innholdsmessig må regelsettene antas å være sammenfallende. Unntakene i § 11 (2) er hentet fra betalingstjenestedirektivets artikkel 3.⁵⁷

Finansavtaleloven § 11 (1) inneholder en liste over de betalingstjenestene som er omfattet av kapittel 2, med tilhørende unntak i annet ledd. Det er summen av tjenestene som er inkludert i § 11 første ledd, unntatt tilfellene nevnt i annet ledd som vil utgjøre betalingstjenester som faller innenfor kapitlets virkeområde.⁵⁸ Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner kan derfor bare påberopes dersom betalingstjenesten er omfattet av første ledd og ikke er unntatt etter annet ledd.

Med unntak av bokstav c, som omhandler utstedelse og innløsning av betalingsinstrumenter, omfatter de øvrige betalingstjenester i § 11 første ledd betalingstransaksjoner i form av innskudd, overføringer og uttak. Utstedelse og innløsning av betalingsinstrumenter vil ikke bli behandlet i det videre fordi det ikke innebærer innskudd, overføring eller uttak. Jeg vil likevel bemerke at betalingstjenestetilbyderens håndtering av denne betalingstjenesten vil kunne få betydning etter § 34 (2).

Uttak av penger omfattes av § 11 (1) bokstav a som i tillegg til innskudd på konto og øvrige transaksjoner, omtaler «tjenester som gjør det mulig å (...) ta kontanter ut av en konto». Det betyr for eksempel at uautorisert uttak i minibank omfattes av reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner.

Overføringer omfattes av § 11 (1) bokstavene b, d, og e. Overføring ved bruk av teleutstyr etter bokstav e kommenteres nedenfor under punkt 2.3.3. Pengeoverføringer etter bokstav k omtales under punkt 2.5. Både betalingstransaksjoner etter bokstav e og k faller likevel i stor

⁵⁴ Tilsvarende betalingstjenestedirektiv 2, men med visse endringer.

⁵⁵ Se artikkel 4 nummer 3 også i betalingstjenestedirektiv 2.

⁵⁶ Se også Grøttjord (2014) s. 85.

⁵⁷ Se betalingstjenestedirektiv 2, artikkel 3.

⁵⁸ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 28, Ot.prp. 94 (2008-2009) s. 19, første spalte, Grøttjord (2014) s. 82.

grad inn under den mer omfattende betalingstjenesten inntatt i bokstav b som tillater «gjennomføring av betalingstransaksjoner».

Unntakene i § 11 (2) som er aktuelle for spørsmålene i denne oppgaven vil bli behandlet der de har sin naturlige plass i fremstillingen. Jeg tar imidlertid ikke sikte på å gi en uttømmende fremstilling av disse, og tar bare for meg unntakene jeg antar har interesse for oppgaven.

En sentral avgjørelse fra EU-domstolen for vurderingen av hvilke betalingstjenester som er omfattet av betalingstjenestedirektivets område, er C-295/18 (MSC).⁵⁹ En betalingskonto tilhørende selskapet Mediterranean Shipping Company (heretter kalt MSC) var gjenstand for en rekke direkte debiteringer foretatt av et annet selskap, Agente de Navegação (AN). Det kontohavende selskapet (MSC) hadde ikke samtykket til de direkte debiteringene. EU-domstolen måtte ta stilling til om debiteringene var å forstå som «betalingstjenester», og dermed omfattet av virkeområdet til direktivet.

Kun ved å sammenholde definisjonene av betalingstjenester, betalingstransaksjon, direkte debitering⁶⁰ og betaler⁶¹, fant EU-domstolen at det ikke kunne slutes om tilfellet var omfattet av «betalingstjeneste».⁶² Ut fra en kontekstuell og formålsrettet tolkning ble det avgjort at tilfellet er «omfattet av begrepet ”betalingstjenester”».⁶³

Domstolen la særlig vekt på at dersom uautoriserte betalingstransaksjonene saken angikk hadde vært utelukket fra virkeområdet til direktivet, ville «en del av disse betraktninger ikke alene være uten mening, men også være til hinder for gjennomførelsen af de mål, som forfølges med dette direktiv, og som fremgår af disse betraktninger».⁶⁴ En uautorisert direkte debitering er altså å forstå som en betalingstjeneste etter direktivet, til tross for at det ikke er omfattet av oppstillingen av de aktuelle betalingstjenestene.

Disse betraktningene må antas å gjelde for andre betalingstransaksjoner enn direkte debiteringer. Dette kan delvis utledes av avsnitt 47 hvor det uttales at formålet ikke ville blitt realisert «[h]vis uautoriserede betalingstransaksjoner *som de i hovedsagen omhandlede direkte debiteringer* var udelukket fra anvendelsesområdet» (min utheving). De aktuelle direkte debiteringene fremstår på denne måten mer som et eksempel på uautoriserte betalingstransaksjoner, og betraktningene gjelder generelt for uautoriserte betalingstransaksjoner.

Begrunnelsen for å inkludere de direkte debiteringene i forståelsen av «betalingstjeneste» gjør seg i like stor grad gjeldende for øvrige betalingstransaksjonstyper. De ulike typene vil bli behandlet nedenfor. Som det vil fremgå, er det ingenting ved dem som tilsier at de ikke også vil kunne påberopes som uautoriserte.

⁵⁹ Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Português SA og Caixa General de Depósitos SA.

⁶⁰ Direkte debitering forklares i punkt 2.3.2 nedenfor.

⁶¹ Om forståelsen av denne termen, se punkt 2.4.3 nedenfor.

⁶² Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Português SA og Caixa General de Depósitos SA, avs. 38.

⁶³ Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Português SA og Caixa General de Depósitos SA, avs. 48.

⁶⁴ Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Português SA og Caixa General de Depósitos SA, avs. 47.

2.2.2 Innbetaling, overføring eller uttak

Handlingen som skal iverksettes, skal etter § 12 (1) bokstav a foretas «for å innbetale, overføre eller ta ut midler». Den omstendighet at en betalingstransaksjon er uautorisert fordi noen setter inn penger på en konto uten samtykke, anser jeg for å være så urealistisk at jeg avgrenser mot innbetalinger i det videre. I denne oppgaven er det altså overføringer og uttak det siktes til ved omtale av betalingstransaksjoner om ikke annet er nevnt.

For at det skal være tale om en betalingstransaksjon, må det altså være tale om et uttak, overføring eller innskudd. Med dette avgrenses det språklig sett mot handlinger som utvidelse av kredittgrense, inngåelse av investeringsavtaler og, kanskje mest aktuelt, låneopptak. Disse disposisjonene faller også utenfor definisjonen av betalingstjeneste etter § 11.

Disse typene av handlinger er svært effektive for misbrukere for å oppnå økonomisk vinning ved identitetstyveri. En identitetstyv vil for eksempel ved å misbruke en annens BankID kunne ta opp lån i dennes navn. Svindleren kan få pengene utbetalt til sin konto, en konto som er opprettet i fornærmedes navn, men som disponeres av misbrukeren, og/eller til den fornærmedes konto for deretter å ta ut eller overføre lånebeløpene. Et interessant spørsmål som faller utenfor denne oppgavens problemstilling, er om reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner kan anvendes analogisk på slike tilfeller. I høringsnotatet til ny finansavtalelov er det foreslått en erstatningsregel for misbruk av elektroniske sertifikater med reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner som modell.⁶⁵

Handlingen det er tale om, er en iverksettelse som foretas «for å» foreta overføringer eller uttak. Etter sin ordlyd er det altså ikke et krav om at overføringen eller uttaket skal være fullført for at det er tale om en betalingstransaksjon. Dette innebærer at reservasjon av beløp på konto teknisk sett kan være uautoriserte.

Når en betaler foretar en korttransaksjon, kan det reserveres et beløp på konto som opphører når betalingstransaksjonen endelig gjennomføres.⁶⁶ Det kan også reserveres større beløp enn hva som belastes, for eksempel som garanti ved leie av hotellrom eller bil.⁶⁷ Etter gjeldende rett har adgangen til å reservere beløp derfor vært regulert av alminnelig avtalerett.⁶⁸ I betalingstjenestedirektiv 2 er det innført en ny regel om at størrelsen på reservasjonen må godkjennes.⁶⁹

At det må oppstilles krav om samtykke for reservasjon av beløp innebærer imidlertid ikke at det er tale om en uautorisert betalingstransaksjon. Dette skyldes nettopp at det ikke foretas en forflytning av midler fra betalerens konto, bare en midlertidig frysing av disse. Reglene om tilbakeføring etter § 37 (1) 1. pkt vil i slike tilfeller ikke være anvendelige. Til tross for at ordlyden åpner for at reservasjoner kan være omfattet, innebærer systembetragtninger at så ikke kan være tilfelle.

At betaler skal foreta en handling «for å» iverksette eller tillate en overføring eller et uttak, må kobles opp mot at det er denne delen av en betalingstransaksjon betaleren kan påvirke. Den

⁶⁵ Justis- og beredskapsdepartementet (2017) s. 27.

⁶⁶ Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 91.

⁶⁷ Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 91.

⁶⁸ Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 91.

⁶⁹ Betalingstjenestedirektiv 2, artikkel 75 nr. 1.

faktiske gjennomføringen av overføringen eller uttaket er det opp til finansinstitusjoner og tekniske tilbydere å gjennomføre. Dersom en betalingstransaksjon blir uriktig gjennomført, må betaleren påberope seg finansavtaleloven § 40 som gjelder ansvar der betalingstransaksjoner ikke gjennomføres korrekt. Der betalingstransaksjonen ikke skulle vært gjennomført, fordi betaleren ikke har iverksatt en handling «for å» foreta en overføring eller et uttak, vil reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner kunne påberopes.

2.3 Iverksettingen

2.3.1 Betalingsordre

Betalingstransaksjonen er en handling «som iverksettes» av betaler eller betalingsmottakeren. Iverksettingen skjer ved at det gis en betalingsordre. Betalingsordre er definert i finansavtaleloven § 12 (1) bokstav b som en «anmodning fra en betaler eller betalingsmottaker til en institusjon om å foreta en betalingstransaksjon».⁷⁰ I betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nummer 16 brukes «enhver instruks» i stedet for «anmodning», men meningsinnholdet må antas å være det samme.⁷¹ Anmodningen er altså en henstilling om å iverksette en betalingstransaksjon.

På samme måte som det i definisjonen av betalingstransaksjon følger at den kan iverksettes av betaler eller betalingsmottaker, fremgår det også av definisjonen av betalingsanmodning at denne kan utstedes av enten betaler eller betalingsmottaker. Hvem som regnes som henholdsvis betaler og betalingsmottaker, vil bli behandlet nedenfor under punkt 2.4.

2.3.2 Betydning av hvem som iverksetter: «push- og pull transactions»

Betalingstransaksjoner kan altså iverksettes «av en betaler eller betalingsmottaker» etter § 12 (1) bokstav a. Betalingsordren gis altså enten av betaler eller betalingsmottaker. Betalingstransaksjoner deles inn i to grupper avhengig av om det er betaler eller betalingsmottaker som har iverksatt betalingstransaksjonen.

Inndelingen beskriver på hvilken måte midlene forflyttes fra betalers konto. For betalingstransaksjoner gitt av betaler selv, «dyttes» eller «skyves» pengene ut fra dennes konto.⁷² Dette omtales derfor som «push transactions».⁷³ Dersom det er betalingsmottaker som iverksetter betalingen, «trekkes» pengene fra kontoen tilhørende betaleren.⁷⁴ Dette omtales derfor som «pull transactions». «Push- og pull- transactions» omtales også som henholdsvis «kreditoverføringer»⁷⁵ og «debetoverføringer»⁷⁶. Jeg benytter de engelske termene i det videre da de synes å være mer innarbeidet i omtale av transaksjonstypene også i skandinavisk sammenheng.

«Pull transactions» er betalingstransaksjoner som er iverksatt «av» eller «via» betalingsmottaker.⁷⁷ Det er altså tale om betalingstransaksjoner som er iverksatt av en annen

⁷⁰ Definisjonen tilsvarende betalingstjenestedirektivets artikkel 4, nummer 16. Tilsvarende i betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4, nummer 13.

⁷¹ I betalingstjenestedirektiv 2 er det videreført med «instruks», til forskjell fra «enhver instruks», se artikkel 4 nummer 13.

⁷² Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 25, 185.

⁷³ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 25.

⁷⁴ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 26, 185.

⁷⁵ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 25.

⁷⁶ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 26, 185.

⁷⁷ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 26.

enn betaleren.⁷⁸ Der betalingstransaksjonen er iverksatt «via betalingsmottaker», kommer denne med en henstilling til betaleren om å gi en betalingsordre. Eksempler på dette er korttransaksjoner hvor betaleren utsteder en betalingsordre etter at betalingsmottakeren har tatt initiativ til dette, for eksempel i butikk.⁷⁹

Betalingstransaksjoner iverksatt «av betalingsmottaker» er direkte debiteringer. Direkte debitering er etter § 12 (1) bokstav j å forstå som «betalingstjeneste for belastning av betalerens konto der betalingstransaksjonen iverksettes av betalingsmottakeren på grunnlag av betalerens samtykke meddelt til betalerens egen institusjon, betalingsmottakerens institusjon eller betalingsmottakeren»⁸⁰. Direkte debitering er inntatt som eksempel på hva som er omfattet av betalingstjeneste i § 11 (1) bokstav b hvor betalingstransaksjoner «(...) herunder overføringer av midler som står på en konto eller er dekket av en kredittlinjene, ved *direkte debitering* (...)» (min utheving) er omfattet. Ved en direkte debitering kan altså betalingsmottakeren hente ut penger av betalerens konto. Både gjentatte og enkeltstående debiteringer er omfattet. Det følger også av § 11 (1) bokstav b hvor «direkte debiteringer, *herunder direkte engangsdebiteringer*» (min utheving) er omtalt. Avtalegiro var da finansavtaleloven ble vedtatt den vanligste formen for direkte debitering i Norge.⁸¹

Betalingstransaksjoner iverksatt «av betaler» er «push transactions». Betaleren iverksetter betalingstransaksjonen uten innblanding fra betalingsmottakeren. Med innblanding siktes det her til innblanding i form av faktisk, teknisk igangsetting. Annen innblanding, for eksempel en muntlig anmodning av betalingsmottakeren, er uten betydning, se også nedenfor punkt 2.6 om underliggende forpliktelser. Et eksempel på en betalingstransaksjon iverksatt «av betaler», er uttak i minibank eller overføring i nettbank.

Inndelingen mellom «push- og pull transactions» har betydning for hvordan samtykke til betalingstransaksjonen skal gis. Som det vil fremgå nedenfor av del 3, er en betalingstransaksjon autorisert av betaleren dersom denne har utstedt en betalingsordre, altså iverksatt betalingstransaksjonen. Dersom betalingstransaksjonen er iverksatt av betalingsmottaker, kreves det samtykke fra betaleren. Skillet har, som det vil fremgå, også betydning for tilbakekall av samtykke.

Inndelingen har imidlertid ikke betydning for om de skal anses for å falle innenfor virkeområdet til betalingstjenestedirektivet og finansavtaleloven. Det er ingenting ved transaksjonenes karakter som tilsier at ikke også uautoriserte «push transactions» er omfattet av virkeområdet. Drøftelsene tilknyttet sak C-295/18⁸² (MSC) i punkt 2.2.1 gjør gjeldende for alle betalingstransaksjonstyper.

2.3.3 Betalingsinstrument

Etter Finansavtaleloven § 12 (1) bokstav c skal «betalingsinstrument» forstås som «personlig instrument eller sett av prosedyrer som er avtalt mellom kunden og institusjonen, og som kunden benytter for å iverksette en betalingsordre». Betalingsinstrumenter er altså kundens

⁷⁸ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 35, andre spalte.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 35, andre spalte til s. 36, første spalte.

⁸⁰ Definisjonen fra betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nummer 28. Videreført i betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4 nummer 23.

⁸¹ Se for eksempel Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 86, første spalte.

⁸² Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Portugês SA og Caixa General de Depósitos SA.

måte å iverksette en betalingstransaksjon på. Del V i finansavtaleloven gjelder nettopp «[a]ndres misbruk av konto og *betalingsinstrument*» (min utheving). I forarbeidene nevnes betalingskort, mobiltelefon og nettbank som eksempler på betalingsinstrumenter.⁸³

Flere av tilfellene i § 11 (2) unntar betalingstransaksjoner foretatt med visse betalingstjenester fra virkeområdet til kapittel 2. Disse vil bli behandlet fortløpende. Det følger antitetisk av unntakene at betalingstransaksjonen må være iverksatt med et betalingsinstrument som ikke er unntatt virkeområdet for at det skal være tale om en betalingstransaksjon som kan påberopes som uautorisert på grunn av misbruk av betalingsinstrumentet.

Utover unntakene i annet ledd legger ikke finansavtaleloven begrensninger på hvilke typer betalingsinstrumenter som kan benyttes for å utstede betalingsordre.⁸⁴ Spørsmålet blir derfor i første omgang hvilke instrumenter som er omfattet. Dette er altså et spørsmål om hva som er omfattet av definisjonen og samtidig ikke unntatt fra virkeområdet etter § 11 (2).

Definisjonen finansavtaleloven bygger på, er i betalingstjenestedirektivet inntatt i artikkel 4 nummer 23. Den skal etter denne bestemmelsen forstås som «enhver personlig innretning og/eller ethvert sett av framgangsmåter som er avtalt mellom betalingstjenestebrukeren og betalingstjenestebyteren, og som benyttes av betalingstjenester for å iverksette en betalingsordre».⁸⁵

I EU-domstolens sak C-616/11⁸⁶ (T-mobile) ble det drøftet hvordan definisjonen nærmere skal forstås. Det østeriske teleselskapet T-mobile mente at et sett av prosedyrer de tilbød for å foreta betalingstransaksjoner, ikke var personlige, og derfor heller ikke omfattet av definisjonen. De ville da ikke vært omfattet av reguleringene om forbud mot gebyr i nasjonal rett. Retten pekte på at de ulike språkversjonene i direktivet gir opphav til ulike forståelser fordi «personlig» etter sin ordlyd utelukkende viser til «instrument» i noen språkdrakter, mens det i andre viser både til både «instrument» og «sett av prosedyrer».

EU-domstolen kom til at et sett av prosedyrer for iverksettelse av betalingstransaksjoner ikke må være personlige for å være omfattet av definisjonen. Utslagsgivende for vurderingen synes å være at betalingstjenestedirektivet omhandler også upersonlige betalingsinstrumenter som eksplisitt er omfattet av virkeområdet. Domstolen uttalte i den forbindelse at det «følger nødvendigvis af eksistensen af et sådant ikke-personaliseret betalinginstrument, at begrebet betalingsinstrument (...) kan omfatte et ikke-personaliseret sæt af prosedurer, der er aftalt mellem brugeren og udbyder af betalingstjenester, og som brugeren bruger for at initiere en betalingsordre».⁸⁷ Av avgjørelsen følger det altså at både fysiske betalingsinstrumenter og sett av prosedyrer som benyttes til å iverksette betalingstransaksjoner, kan være upersonlige.

At et instrument er «personlig»⁸⁸ innebærer etter avgjørelsen at det «skal give udbyderen af betalingstjenester mulighed for at verificere, at betalingsordren er initieret af en bruger, der har den nødvendige tilladelse.»⁸⁹ Dette må forstås slik at bruken av betalingsinstrumentet

⁸³ Ot.prp. nr. 94 (2008–2009) s. 171, andre spalte.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 94 (2008–2009) s. 17, første spalte.

⁸⁵ Med noen språklige endringer videreført i betalingstjenestedirektiv 2 i artikkel 4 nummer 14.

⁸⁶ Sag C-616/11 T-Mobile Austria GmbH mod Verein für Konsumenteninformation.

⁸⁷ Sag C-616/11 T-Mobile Austria GmbH mod Verein für Konsumentinformation, avsnitt 35.

⁸⁸ På dansk «personaliseret», engelsk «personalised» og svensk «personliga».

⁸⁹ Sag C-616/11 T-Mobile Austria GmbH mod Verein für Konsumentinformation, avsnitt 33.

åpner for bruk av autentisering. Autentisering defineres i finansavtaleloven § 12 bokstav q som en «prosedyre som gjør det mulig for institusjonen å verifisere bruken av et bestemt betalingsinstrument, herunder dets personlige sikkerhetsanordninger».⁹⁰ Et personlig fysisk betalingsinstrument er eksempelvis kredittkort. Et eksempel på en personlig prosedyre er overføring ved bruk av nettbank.⁹¹ Et annet eksempel på en personlig prosedyre, er BankID. BankID kan utgjøre både et betalingsinstrument og autentiseringsmetode.⁹² Denne dobbeltheten trekkes frem som et argument for å likestille misbruk av elektroniske sertifikater og betalingsinstrumenter.⁹³

På samme måte som et personlig betalingsinstrument åpner for autentisering av bruk, vil et upersonlig betalingsinstrument ikke åpne for en slik mulighet. For slike betalingsinstrumenter er det mulig å avtale seg bort fra reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner også i forbrukerforhold etter artikkel § 35 (6). Dersom det ikke er avtalt unntak for reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner, vil det være av betydning for bevisvurderingen at betalingsinstrumenter ikke har denne muligheten (se punkt 5.3.3). Det må kunne antas at det er mest praktisk med anførsler om uautoriserte betalingstransaksjoner foretatt med personlige betalingsinstrumenter.

En type betalingstjenesteinstrument som «bare kan benyttes til å kjøpe varer eller tjenester hos en leverandør i dennes forretningslokaler eller innenfor et begrenset nettverk av leverandører eller for et begrenset utvalg av varer eller tjenester»⁹⁴ kan også benyttes til å iverksette betalingstransaksjoner. Som eksempel nevnes det i forarbeidene bensinkort hos en bensinstasjonskjede.⁹⁵ Denne kategorien av betalingsinstrumenter er plassert i § 11 (2) bokstav n. Plasseringen i § 11 (2) tilsier at denne typen betalingsinstrumenter i utgangspunktet er unntatt fra virkeområdet. Etter andre punktum i samme bestemmelse er det imidlertid bestemt at «§§ 34 til 37 skal likevel gjelde for slike betalingsinstrumenter». Unntaket gjelder ikke tilsvarende etter betalingstjenstedirektivet. Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner kan derfor påberopes også for misbruk av slike betalingsinstrumenter etter finansavtaleloven. At reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner «likevel» skal gjelde for slike betalingsinstrumenter, understreker at reglene ikke kommer til anvendelse for de øvrige betalingsinstrumentene som er unntatt fra virkeområdet.

Disse betalingsinstrumentene vil også ofte være småpengeinstrumenter. Et småpengeinstrument skal etter § 12 (1) bokstav r være et instrument som «utelukkende gjelder individuelle betalingstransaksjoner på høyst 30 euro, eller som har en beløpsgrense på 150 euro, eller som ikke på noe tidspunkt lagrer mer enn 150 euro».⁹⁶ Et småpengeinstrument er altså et betalingsinstrument hvor pengene er lagret direkte på kortet, og transaksjonene har begrenset størrelse.

⁹⁰ Definisjonen er hentet fra betalingsdirektivets artikkel 4 nummer 19 og er videreført i betalingstjenstedirektiv 2 i artikkel 4 nummer 29.

⁹¹ Sag C-616/11 T-Mobile Austria GmbH mod Verein für Konsumenteninformation, avsnitt 60.

⁹² Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 25.

⁹³ Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 7.

⁹⁴ Med visse språklige endringer hentet fra betalingstjenstedirektivets artikkel 3, bokstav k. Samme referanse i betalingstjenstedirektiv 2.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 20, andre spalte.

⁹⁶ Definisjonen er i betalingstjenstedirektivet ikke inntatt med de andre definisjonene i artikkel 4, men følger av artikkel 34 nummer 1 og 53 nummer 1.

Det finnes mange typer kort som isolert sett oppfyller disse beskrivelsene, som for eksempel gavekort og reisekort. For at disse betalingsinstrumentene skal kunne iverksette betalingstransaksjoner som kan påberopes som uautoriserte, må de, som alle betalingsinstrumenter, imidlertid være koblet opp mot en finansinstitusjon, jf. finansavtaleloven § 1 (1). En avtale om et betalingsinstrument, uavhengig av om det knytter seg til en betalingskonto, kredittlinje, eller midler som er lagret på selve kortet, vil utgjøre en rammeavtale.⁹⁷

Til tross for at Peders Ruter-reisekort isolert sett oppfyller beskrivelsen her, er ikke Ruter en finansinstitusjon eller lignende⁹⁸. Peder har da ingen han kan fremme krav mot når Hans misbruker kortet hans. Den praktiske betydningen for denne typen betalingsinstrumenter er derfor antagelig ikke veldig stor. Dersom Bank Norwegian hadde lansert et eget betalingskort som bare kunne benyttes på Norwegian-fly, ville betalingstransaksjoner foretatt med dette kunne blitt påberopt som uautoriserte etter § 11 (2) bokstav n dersom de ikke var samtykket til.

Mobiltelefoner og annet teleutstyr kan være betalingsinstrumenter. Det følger av Finansavtaleloven § 11 (1) bokstav e at betalerens samtykke kan meddeles «ved hjelp av telekommunikasjons-, digital- eller IT-utstyr, og betalingen skjer til operatøren av nettverket eller kommunikasjons- eller IT-systemet som bare opptrer som et mellomledd mellom kunden og leverandøren av varer eller tjenester».⁹⁹ Her vil teleutstyret utgjøre et betalingsinstrument. Tilbyderen av mobilabonnementet vil i slike tilfeller opptre som et såkalt betalingsforetak. Betalingsforetak regnes som «lignende institusjon» som finansforetak etter finansavtaleloven § 1 (1) bokstav g.¹⁰⁰

Etter dette vil for eksempel en donasjon til Røde Kors foretatt ved å sende en SMS med teksten REDDLIV til 2272 være omfattet av virkeområdet da teleoperatøren her bare opptrer som et mellomledd mellom giveren og organisasjonen. Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 11 (2) bokstav m som gjør unntak for denne typen tjenester hvor teleoperatøren «ikke utlukkende opptrer som mellomledd» mellom kunden og realdebitor. Kjøp direkte fra telefirmaet, for eksempel ved kjøp av utvidet mobildata, vil derfor ikke være omfattet. Førstnevnte donasjon vil altså kunne være uautorisert, men ikke kjøpet av mobildata. Dersom betalingsinstrumentet befinner seg på mobiltelefonen, for eksempel i form av en applikasjon (app), er det denne som utgjør betalingsinstrumentet, ikke mobiltelefonen. VIPPS og Apple Pay er eksempel på tilfeller som ikke er omfattet av § 11 (1) bokstav e. Samtykke formidlet gjennom bruk av denne typen tjenester behandles i punkt 4.3.

Et spørsmål er om det er av betydning om en overføring eller uttak er foretatt med et forfalsket betalingsinstrument. Avhengig av hvordan betalingsinstrumentet er utformet, kan det være mulig å kopiere det.¹⁰¹ Spørsmålet om hvilken betydning det har at en betalingstransaksjon er foretatt på denne måten er ikke direkte kommentert verken i finansavtaleloven eller betalingstjenestedirektivet med tilhørende forarbeider.

⁹⁷ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 47.

⁹⁸ Se nedenfor i punkt 2.4.1.

⁹⁹ Tilsvarende betalingstjeneste nr. 7 i betalingstjenestedirektivets vedlegg. Bestemmelsen er ikke videreført i betalingstjenestedirektiv 2.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 18, andre spalte. Se også nedenfor i punkt 2.4.1.

¹⁰¹ Udsen (2019) s. 580, Trzaskowski (2017) s. 548-549.

I forarbeidene til finansavtaleloven vurderes det imidlertid om reglene om fordeling av tapet mellom betaler og betalingstjenestetilbyder kan gjøres gjeldende i tilfeller av skimming og hacking.¹⁰² Dette gjøres på samme måte i svenske forarbeider.¹⁰³ Der er det i forbindelse med forfalskede betalingskort bare drøftet om det finnes tilfeller hvor betalingstjenestebrukeren kan holdes ansvarlig. Det følger implisitt av dette at det foreligger en betalingstransaksjon. Denne vil være uautorisert.¹⁰⁴ Et annet resultat hadde også vært vanskelig å forene med formålet til reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner. Disse må anses for å være vedtatt for å sikre betalingstjenestebrukere effektive og sikre løsninger på betalingstjenestenes område.

Etter dette er uekte betalingsinstrumenter i utgangspunktet ikke til hinder for at det foreligger en betalingstransaksjon. Dette vil også være i samsvar med alminnelig avtalerett, hvor falske erklæringer ikke kan binde den angivelige løftegiveren.¹⁰⁵ Forholdet mellom samtykke og ugyldighet vil bli behandlet nedenfor i punkt 3.5. De kopierte betalingsinstrumentene må utgjøre kopiere som ville falt innenfor virkeområdet til kapittel 2. Etter dette vil for eksempel ikke en betalingstransaksjon iverksatt ved en forfalsket sjekk kunne påberopes som en uautorisert betalingstransaksjon fordi sjekker er unntatt virkeområdet etter § 11 (2) bokstav g.

2.4 Betaler og betalingsmottaker

2.4.1 Aktørene

De involverte aktørene i en betalingstjenestetransaksjon er betaleren, betalingsmottakeren, betalingstjenestetilbyderen og leverandørene av de tekniske løsningene. Den siste gruppen er i all hovedsak unntatt virkeområdet etter § 11 (2). De privatrettslige reglene i finansavtaleloven og betalingstjenestedirektivet regulerer forholdet mellom betalingstjenestetilbyderne og deres kunder, altså ikke relasjonen mellom betalingstjenestetilbyderne og aktører i betalingssystemene.¹⁰⁶ Hvem som er betalingstjenestetilbyder, defineres i av finansavtaleloven § 1 (2) og finansforetaksloven § 1-3 jf. finansavtaleloven § 9 (1) 1.pkt. Jeg går ikke nærmere inn på spørsmålet om hvem som skal regnes som betalingstjenestetilbyder. Jeg benytter termene «betalingstjenestetilbyder» og «finansinstitusjon» om hverandre.

For spørsmålet om betalingstransaksjoner er det imidlertid av størst betydning å avgjøre hvem som skal regnes som betaler og betalingsmottaker. Betydningen av om det er betaler eller betalingsmottaker som iverksetter betalingstransaksjonen, er redegjort for ovenfor. For dette delkapittelet er spørsmålet hvem som skal regnes som henholdsvis betalingsmottaker og betaler, og hvilken betydning dette har for spørsmålet om det er tale om en betalingstransaksjon.

2.4.2 Betalingsmottaker

Betalingsmottaker defineres i § 12 (1) bokstav f som «fysisk eller juridisk person som er den tiltenkte mottakeren av midlene som inngår i en betalingstransaksjon». At det er den «tiltenkte» personen som skal regnes som betalingsmottaker, tilsier etter sin ordlyd at det er den betaleren har ment skal være mottaker av midlene, som regnes som betalingsmottakeren. Dette stemmer overens også med betalingstjenestedirektivet som i artikkel 4 nummer 9

¹⁰² Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 145. Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 135, første og annen spalte.

¹⁰³ SOU 2005:108 s. 265.

¹⁰⁴ Udsen (2019) s. 582

¹⁰⁵ Trzaskowski (2017) s. 548. Se også Woxholth (2017) s. 281.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 21, andre spalte.

utpeker den som «skal bli» mottaker av midlene som betalingsmottaker.¹⁰⁷ At det er den tiltenkte mottakeren fremkommer klart av øvrige språkversjoner av direktivets bestemmelser.¹⁰⁸ Etter sin ordlyd er altså den intenderte, og ikke den faktiske mottakeren, som regnes som betalingsmottaker i finansavtalelovens forstand. Som det vil fremgå av punkt 3.4.2 er det imidlertid betalingsmottakeren som blir utpekt gjennom den unike identifikasjonskoden som regnes som betalingsmottaker. Det er altså den som faktisk får midler overført til seg som regnes som betalingsmottaker, ikke den betaleren mente skulle få dem.

Det kan stilles spørsmål ved om det må foreligge en betalingsmottaker for at det skal være tale om en betalingstransaksjon. Dette kan også formuleres som et spørsmål om betaler og betalingsmottaker må være ulike personer for at det skal regnes som en betalingstransaksjon. Ved uttak og innskudd fremstår det som ganske klart at betaler og betalingsmottaker kan være samme person. Spørsmålet er imidlertid ikke like opplagt for overføringer. Overføringer mellom betalerens egne kontoer omtales gjerne som kontointerne betalingstransaksjoner eller kontointerne omdisponeringer.¹⁰⁹

Omdisponeringer mellom kundens egne kontoer foretatt uten samtykke ligger ikke i kjernen av hva reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner er ment å gi vern mot. Det kan imidlertid oppstå tap ved mislighold for debiteringer når kunden ikke har dekning på konto eller ved tapte renteinntekter. Jeg tar med dette imidlertid ikke stilling til om slike tap kan kreves dekket etter reglene i § 35.

Spørsmålet er aktuelt der flere personer disponerer en eller flere konti sammen, for eksempel par i ekteskaps- eller samboerrelasjoner. Hans har fått tilgang til sin ektefelles innloggingsmuligheter. Han overfører 10.000 kroner fra ektefellens sparekonto til deres felles regningskonto, og bruker pengene på egne forlystelser. Pengene er overført mellom ektefellens egne kontoer, og spørsmålet om de kan påberopes som uautoriserte, avhenger av om omdisponeringer er omfattet.

Om betaler og betalingsmottaker må være to ulike personer, er også høyst aktuelt i tilfeller hvor en person er blitt utsatt for identitetstyveri. Dersom Peder har opprettet en konto i Hans' navn og overfører penger fra Hans' virkelige sparekonto, vil dette fremstå som en kontointern disposisjon. Slike situasjoner ligger nærmere hva reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner er ment å beskytte mot. Spørsmålet glir også over i om begge skal regnes som «betaler». Dette vil bli behandlet i neste punkt.

Grøttjord og Rosén uttrykker usikkerhet om slike kontointerne transaksjoner kan regnes som betalingstransaksjoner.¹¹⁰ De argumenterer for at slike overføringer ikke er å regne for å være betalingstransaksjoner fordi ordlyden i definisjonen av «betalingstransaksjon» forutsetter at det foreligger både en betaler og en betalingsmottaker.¹¹¹

I de norske forarbeidene er det imidlertid lagt til grunn at «også overføringer mellom betalingskontoer innen en og samme institusjon, og overføringer der betaleren og mottakeren

¹⁰⁷ Videreført i betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4, nummer 9.

¹⁰⁸ Til illustrasjon: dansk «tiltenkt», svensk «avsedd», engelsk «intended recipient».

¹⁰⁹ Grøttjord (2014) s. 93.

¹¹⁰ Grøttjord (2014) s. 93.

¹¹¹ Grøttjord (2014) s. 93.

er en og samme person», er omfattet av betegnelsen betalingstransaksjon.¹¹² Dette standpunktet er inntatt med henvisning til definisjonen av «bruker av betalingstjenester» i betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nummer 10.¹¹³

«Betalingstjenestebruker» er der definert som en «fysisk eller juridisk person som bruker en betalingstjeneste enten som betaler eller som betalingsmottaker, *eller begge deler*» (min utheving).¹¹⁴ Dette tilsier at man kan opptre som betaler og betalingsmottaker på en og samme gang. Denne begrepsbruken er ikke videreført i finansavtaleloven, men blir altså tatt til inntekt for å konstatere at kontointerne betalingstransaksjoner er omfattet. Forarbeidsuttalelsen og betalingsdirektivets definisjon av betalingstjenestebruker taler altså for at kontointerne omdisponeringer omfattes av forståelsen av hva som utgjør en betalingstransaksjon. System- og formålsbetraktninger fører til at det ikke kan oppstilles et krav om at det må foreligge både en betaler og en betalingsmottaker, i alle fall ikke at disse ikke kan være en og samme person.

Det fremgår ikke av ordlyden av definisjonen av «betalingstransaksjon» at betalingsmottakeren må være kjent for betaleren. Dette er et krav for visse betalingstransaksjoner, for eksempel i § 26 (4) hvor «avtalen skal på en entydig måte identifisere betalingsmottakeren». I det klare flertallet av overføringer vil betalingsmottakeren være kjent for betalingsmottakeren, men det kan ikke utledes som et generelt krav.

Et innskudd etter deponeringslova¹¹⁵ hvor betaleren ikke vet hvem som er endelig mottaker, er deretter ikke til hinder for at det er tale om en betalingstransaksjon. Handlingen omfattes av ordlyden i § 11 (1) om tjenester som gjør det «mulig å sette inn (...) kontanter».

2.4.3 Betaler

«Betalere» defineres i finansavtaleloven § 12 (1) bokstav e som «fysisk eller juridisk person som er innehaver av en konto og tillater en betalingsordre fra denne kontoen, eller dersom vedkommende ikke har noen konto, som gir en betalingsordre». Denne bestemmelsen gjennomfører betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nummer 8.¹¹⁶

Hvem som skal regnes som betaler, avhenger etter denne definisjonen av om betalingstransaksjonen knytter seg til en konto eller ikke. Om den knytter seg til en konto, er betaler en fysisk eller juridisk person som er «innehaver» av denne kontoen, og som også «tillater» en betalingsordre fra denne. Dersom betalingstransaksjonen derimot ikke er knyttet til en konto, regnes betaler som den fysiske eller juridiske personen som «utsteder en betalingsordre».

Bestemmelsen må forstås slik at man regnes som betaler ikke bare om man er innehaver av konto og tillater en betalingsordre knyttet til denne, men også når man er innehaver av en konto og utsteder en betalingsordre. Betaleren er den som har kompetanse til å utstede eller tillate en betalingsordre.

¹¹² Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 19, andre spalte.

¹¹³ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 19, andre spalte. «Bruker av betalingstjenester» er trolig en henvisning til den danske ordlyden «bruger af betalingstjenester». I den norske språkdrakten av betalingstjenestedirektivet omtales det som «betalingstjenestebruker». Henvisningen i betalingstjenestedirektiv 2 er den samme som i det første direktivet.

¹¹⁴ Betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nummer 10. Samme henvisning i betalingstjenestedirektiv 2.

¹¹⁵ Lov om deponering i gjeldshøve.

¹¹⁶ I betalingstjenestedirektiv 2 i artikkel 4 nummer 8.

Det er særlig tre spørsmål som må adresseres når det vurderes hvem som skal regnes som «betaler». Det gjelder for det første tilfeller hvor det ikke er foretatt noen disposisjoner fra betaler, verken i form av å gi betalingsordre eller å tillate en slik. For det andre gjelder det tilfellene hvor betalingstransaksjonen er foretatt av noen som ikke skal regnes som betaler slik dette forstås i finansavtalelovens og betalingstjenestedirektivets forstand. Endelig er det tilfellene hvor det på bakgrunn av identitetstyveri er opprettet rammeavtaler som gjør at det oppstår spørsmål om hvem som er den egentlige betaleren

Det første typetilfellet omfatter altså situasjoner hvor det er foretatt overføringer eller uttak uten innblanding av «betaler». Kontohaver har altså verken samtykket til eller iverksatt en betalingsordre. Det er med andre ord tale om en «pull transaction» uten samtykke. I EU-domstolens sak C-295/18 (MSC) som omtalt over,¹¹⁷ var det ikke bare spørsmål om uautoriserte debiteringer er omfattet av «betalingstjenester» slik dette forstås i betalingstjenestedirektivet. Det var også spørsmål om selskapet som var utsatt for debiteringen, omfattes av betegnelsen «brukeren af betalingstjenester» i direktivets artikkel 58. Betalingstjenestebroker er som nevnt definert som en person som «bruker en betalingstjeneste enten som betaler eller som betalingsmottaker, eller som begge».¹¹⁸ Domstolen kom til at selskapet etter ikke var omfattet av definisjonen etter sin ordlyd.¹¹⁹

Domstolen konkluderer imidlertid med at betegnelsen «brukeren af betalingstjenester» omfatter innehavere av betalingskontoer hvor det er foretatt direkte debitering uten innehaverens samtykke, som i dette tilfellet MSC.¹²⁰ Dette ble begrunnet i kontekstuell og formålsrettet tolkning. På samme måte for spørsmålet om handlingen omfattes av «betalingstjeneste», ville reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner ville bli helt uten mening dersom det debiterte selskapet ikke skulle kunne anses for å være bruker av betalingstjenester.

Vurderingene foretatt av EU-domstolen i denne saken har stor overføringsverdi til spørsmålet om hvem som skal regnes som betaler. For å klarlegge innholdet av «bruker af betalingstjenester» måtte domstolen se hen til definisjonene av «betaler» og «betalingsmottaker» i artikkel 4, nummer 7 og 8.¹²¹ Det uttales ikke eksplisitt, men fordi selskapet MSC ble utsatt for debiteringen, måtte det vurderes om denne har opptrådt som betaler. Når domstolen konkluderer med at innehaver av en konto som er utsatt for direkte debitering uten å ha samtykket til denne, er omfattet av definisjonen av betalingstjenestebroker, må dette også gjelde for forståelsen av «betaler». En annen forståelse av «betaler» vil være vanskelig å innpasse i forståelsen av «bruker af betalingstjenester». Kontekstuell tolkning tilsier at en person kan være betaler uten å ha samtykket til en betalingstransaksjon. De samme hensynene gjør seg gjeldende som for hvem som skal regnes som bruker av betalingstjenester. Det gjelder særlig at reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner vil være uten reelt innhold dersom tilfellene ikke er omfattet av termen.

¹¹⁷ Se punkt 2.2.1.

¹¹⁸ Betalingstjenestedirektivet artikkel 4 nummer 10. Samme henvisning i betalingstjenestedirektiv 2.

¹¹⁹ Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Português SA og Caixa General de Depósitos SA, avsnitt 52.

¹²⁰ Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Português SA og Caixa General de Depósitos SA, avsnitt 54.

¹²¹ Tilsvarende betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4 nummer 8 og 9.

I norsk juridisk teori er det tatt til orde for at det «[i] de tilfeller hvor det skjer en betalingstransaksjon uten noen form for tillatelse eller samtykke, vil det ikke foreligge noen betaler.»¹²² Denne påstanden bør imidlertid modereres etter avsigelsen av sak C-295/18. For at det skal være meningsfullt å snakke om uautoriserte betalingstransaksjoner, må det kunne sies å foreligge en betaler der det er foretatt en betalingstransaksjon uten samtykke fra kontohaver. Dette har støtte i sak C-295/18 (MSC)¹²³ og formåls- og systembetragtninger.

Det andre typetilfellet omhandler situasjoner hvor det er en annen enn den som er innehaver til kontoen som tillater eller utsteder en betalingsordre. Det er altså en annen, som ikke er kompetent til å handle som betaler, som utsteder eller tillater en betalingsordre. Dette er for eksempel tilfelle når Peder har stjålet betalingskortet til Hans og bruker dette til å foreta betalingstransaksjoner. Uautoriserte betalingstransaksjoner karakteriseres i de fleste tilfeller av at betalingstransaksjonene er foretatt av andre enn de som hadde kompetanse til å autorisere disse.

Dette typetilfellet skiller seg fra situasjonen over ved at prosedyren for å gi samtykke er fulgt, men av en annen enn «kontohaver». De samme perspektivene som legges til grunn i første typetilfelle, gjør seg imidlertid også gjeldende i denne situasjonen. Hvem som skal regnes som betaler når det er tale om betalingstransaksjoner, må, for at reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner skal ha et reelt innhold, også omfatte tilfeller hvor det er andre enn kontohaver som gir betalingsordre eller samtykke til denne.

I denne sammenhengen må definisjonen leses utvidende slik at det er «betaleren eller noen som utgir seg for å være denne», som har foretatt disposisjonene. Dersom det er foretatt en betalingstransaksjon i betalerens navn, må det anses for å være en betalingstransaksjon foretatt av betaleren. Denne vurderingen må ikke sammenblandes med spørsmålet om den som har handlet i betalerens navn, har hatt kompetanse til å gjøre det. Dette er spørsmål som behandles i del 4.

Det siste typetilfellet karakteriseres ved at det er opprettet en konto og/eller betalingsinstrument på bakgrunn av identitetstyveri, og at det deretter er foretatt betalingstransaksjoner. Både konto og betalingsinstrument vil for alle praktiske tilfeller være basert på kreditt som misligholdes av misbrukeren. Dette typetilfellet skiller seg fra de to foregående ved at det her er en annen enn offeret som har inngått rammeavtalen eller den enkeltstående avtalen. Spørsmålet blir da om det er den faktiske kontoinnehaveren, den som er registrert som kontoinnehaver, eller begge, som har status som betaler.

Dette er et spørsmål om avtalen som er inngått av misbrukeren, kan påberopes av offeret. På samme måte som i de to foregående typetilfellene må formålet med reglene være retningsgivende for hvordan «betaler» skal forstås. Etter vurderingen i typetilfellet over må man se hen til det formelle, altså om betalingstransaksjonen er foretatt i offeret sitt navn. For at offeret skal kunne få den beskyttelsen reglene er ment å gi, må man utover det rent formelle, også se hen til det reelle.

Dette må også gjelde dersom det i realiteten er en annen som har inngått avtaler med etterfølgende disposisjoner i sitt navn. I denne typen av tilfeller står vi overfor en situasjon

¹²² Grøttjord (2014) s. 95.

¹²³ Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Português SA og Caixa General de Depósitos SA.

hvor både misbrukeren og offeret begge må behandles som betaler i relasjon til § 12 (1) bokstav a. For at betalingstjenestebrukere skal få vernet reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner er ment å gi er det avgjørende at kontointerne omdisponeringer anses for å være betalingstransaksjoner.

Disse tre typetilfellene illustrerer at «betaler» er en misvisende term når det er tale om betalingstransaksjoner. At termen kan gi anvisning både til den som uten rett iverksetter og godkjenner en betalingstransaksjon på den ene siden, og den som lider tap og har plikt til for eksempel å reklamere på den annen, kan gi opphav til misforståelser. Definisjonen kan ikke legges ordrett til grunn, men leses med modifikasjonene nevnt her for at reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner skal kunne ha et reelt innhold.

2.5 Midler og konto

2.5.1 Definisjon og størrelsen på beløpet

Det som skal overføres eller tas ut ved handlingen, er «midler». Finansavtaleloven inneholder ingen definisjon av «midler», men derimot en definisjon av «betalingsmidler» i § 12 (1) bokstav d. Denne definisjonen omfatter «pengesedler og mynter samt innskudd og kreditt på konto og elektroniske penger som definert i lov 13. desember 2002 nr. 74 om e-pengeforetak § 1-1 annet ledd». Denne definisjonen implementerer betalingstjenestedirektivet artikkel 4 (1) nummer 15 som definerer midler som «pengesedler og mynter, kontopenger og elektroniske penger» med videre henvisning til e-penge-direktivet¹²⁴ artikkel 1 nummer 3 bokstav b. At termen er endret fra direktivets «midler» til «betalingsmidler» i finansavtaleloven er ikke kommentert i forarbeidene, men det er ingenting som tilsier at det ikke skal forstås i samsvar.¹²⁵

Det behøver ikke være bestemt hvilken størrelse på betalingstransaksjonen skal ha før den kan tillates. Dette fremgår blant annet av finansavtaleloven § 33 a som angår tilfeller der det er gjennomført betalingstransaksjoner uten at eksakt beløp er godkjent. Denne bestemmelsen behandles nærmere under punkt 3.4.3.

2.5.2 Pengesedler og mynter

Pengesedler og mynter utgjør altså midler. Finansavtaleloven gjelder i utgangspunktet for betalinger i alle valutaer.¹²⁶ Finansavtaleloven favner altså videre enn betalingstjenestedirektivet, som etter artikkel 2 nummer 2 begrenser virkeområdet til å gjelde bare for euro som medlemsstatenes valuta.¹²⁷

Det er imidlertid ikke all overføring og uttak av kontanter som er omfattet av reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner. Dette følger av § 11 (2) bokstavene a, d, e, f og l. Etter bokstav a er «kontante betalinger direkte fra betaleren til betalingsmottakeren uten mellomledd» unntatt virkeområdet til kapittel 2. Denne type tilfeller omfatter eksempler som kontante betalinger direkte fra kjøper til selger, som for eksempel en tyvekroning lagt på disken i bytte mot en wienerpølse.

I direktivet er dette unntaket formulert som at en betalingstransaksjon foretas «utelukkende i kontanter, direkte fra betaleren til betalingsmottakeren, uten medvirkning av en formidler».

¹²⁴ Direktiv 2000/46/EF.

¹²⁵ Se også Grøttjord (2014) s. 94.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 94 (2008–2009) s. 17, andre spalte.

¹²⁷ Virkeområdet for valuta er utvidet i betalingstjenestedirektiv 2 (artikkel 2 nummer 2 til 4).

Hensynet bak at kontante betalinger direkte fra betaler til betalingsmottaker er unntatt, skyldes at det «allerede finnes et felles betalingsmarked for kontanter», jf. direktivets fortale punkt 19. Slike betalingstransaksjoner er også vanskelig å plassere i utformingen av reglene til uautoriserte betalingstransaksjoner fordi betalingen skjer uten at en betalingstjenesteyter er involvert.

Det følger antitetisk av § 11 (2) bokstav a at dersom den kontante betalingen går via et mellomledd, er det i utgangspunktet tale om en betalingstransaksjon som faller innenfor virkeområdet. En kontant betaling med bruk av mellomledd som omfattes av virkeområdet, vil for eksempel være såkalte pengeoverføringer.

Pengeoverføringer er omfattet av virkeområdet etter § 11 (1) bokstav b, og definert i § 12 bokstav k.¹²⁸ Definisjonen bestemmer at betalingstjenesten er omfattet av virkeområdet når det «mottas midler fra en betaler uten at det opprettes en konto i betalingsmottakerens eller betalerens navn, utelukkende med sikte på å overføre et tilsvarende beløp til en betalingsmottaker eller institusjon på vegne av en betalingsmottaker og/eller der midlene tas imot på betalerens vegne og stilles til mottakerens rådighet». Det er altså tale om overføringer på vegne av betaleren til en betalingsmottaker uten at pengene går via verken betalerens eller betalingsmottakerens konti. Et eksempel på en slik tjeneste er pengeoverføringer av Western Union, hvor betaler kan levere inn kontanter i en filial, og betalingsmottakeren kan hente ut et tilsvarende beløp i en annen filial.

Etter § 11 (2) bokstav e er også «kontantuttak ved varekjøp» unntatt virkeområdet.¹²⁹ Dette er ifølge forarbeidene det som tar sikte på «cash-back-services», altså at man tar ut penger i et utsalgssted ved kjøp av annen vare.¹³⁰ Hvis Kari ber om å få ta ut 500 kroner i forbindelse med at hun handler inn til fredagstacoen, er betalingstransaksjonen mellom henne som betaler og KIWI som betalingsmottaker, fremdeles omfattet av virkeområdet, men utleveringen av de 500 kronene vil ikke være det.

På samme måte er «uttak av kontanter i kontantautomater» på vegne av én eller flere kortutstedere der «den som yter uttakstjenesten, ikke deltar i rammeavtalen med kunden som tar ut penger fra en konto» og «ikke yter andre betalingstjenester» unntatt virkeområdet etter § 11 (2) bokstav l. Et uautorisert uttak av penger kan for eksempel gjøres gjeldende overfor Martes finansinstitusjon, men ikke overfor selskapet som eier og drifter minibanken.

For unntakene både etter bokstavene e og l, skyldes unntaket trolig at tjenestene bærer preg av å være tekniske løsninger som ikke angår forholdet mellom betaler, betalingsmottaker og betalingstjenesteyteren. Unntakene påvirker derfor heller ikke betalingstransaksjonen foretatt fra betaleren til betalingsmottakeren.

¹²⁸ I betalingstjenestedirektivet artikkel 4 nummer 3 jf. Vedlegget nummer 6 og artikkel 4 nummer 13. I betalingstjenestedirektiv 2 med samme henvisning i vedlegget, og artikkel 4 nummer 22.

¹²⁹ Med noe endret ordlyd i artikkel 3 bokstav e i betalingstjenestedirektivet og tilsvarende i betalingstjenestedirektiv 2.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 19, andre spalte.

2.5.3 Elektroniske penger

I relasjon til elektroniske penger, er det i definisjonen av betalingsmidler inntatt en referanse til e-pengeforetaksloven.¹³¹ Dette er en inkurie da loven er opphevet.¹³² Referansen er trolig ment å være til finansforetaksloven¹³³ § 2-4. At e-penger er inkludert i virkeområdet, følger tilsvarende av betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nummer 15.¹³⁴ Elektroniske penger er å forstå som en «elektronisk lagret pengeverdi representert ved en fordring på utstederen, som er utstedt etter mottak av midler for å utgjøre betalingstransaksjoner, og som er anerkjent som betalingsmiddel av andre foretak enn utstederen», jf. finansforetaksloven § 2-4 (2) første punktum.

Den elektroniske lagrede pengeverdien er «utstedt etter mottak av midler». Det er altså tale om forhåndsbetalt kjøpekraft.¹³⁵ At den er «elektronisk lagret», avgrenser den mot for eksempel sjekker og gavekort. Disse vil være å betrakte som betalingsurrogater.¹³⁶ Sjekker er eksplisitt unntatt virkeområdet etter finansavtaleloven § 11 (2) bokstav g, jf. betalingstjenestedirektivets artikkel 3 bokstav g.¹³⁷ Lagringen kan skje på elektroniske kort og sentrale systemer som kan benyttes via data. At pengeverdien er representert «ved en fordring på utstederen», innebærer at brukeren har krav på å få innløst de elektroniske pengene til kontanter eller overføring til konto hos utsteder.¹³⁸

Et eksempel på bruk av e-penger er tjenesten DiggiPay fra selskapet Espos.¹³⁹ Tjenesten innebærer at man kan opprette en e-pengekonto og foreta betalinger fra denne. E-pengene er elektronisk lagret på en server. Betalingstransaksjoner foretatt med slike e-penger kan altså påberopes som uautoriserte. Et annet eksempel er betalingssystemet PayPal som fungerer på tilsvarende måter som DiggiPay.¹⁴⁰

E-penger er ikke det samme som kryptovaluta, som for eksempel Bitcoin og Monero. Dette er egne typer valuta, som krever en valutaveksling ved kjøp til forskjell fra elektroniske penger. De er heller ikke knyttet til finansinstitusjoner.¹⁴¹ Kryptovalutaen eksisterer på siden av e-pengene ved at det utgjør et eget, lukket system, uten statlig reguleringer om for eksempel utstedelse. Kryptovaluta er heller ikke inntatt i virkeområdet til EU-rettslig rammeverk.¹⁴² Dette innebærer at betalingstransaksjoner foretatt med kryptovaluta, ikke kan påberopes som uautoriserte uavhengig av om det er meddelt samtykke til transaksjonene eller ikke fordi de ikke vil være omfattet av virkeområdet.

¹³¹ Lov om e-pengeforetak.

¹³² Grøttjord (2014) s. 94 jf. Endringslov til betalingssystemloven og finansieringsvirksomhetsloven.

¹³³ Lov om finansforetak og finanskonsern.

¹³⁴ Tilsvarende betalingstjenestedirektiv 2, artikkel 4 nr. 25.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 92 (2001-2002) s. 2.

¹³⁶ Trzaskowski (2017) s. 510.

¹³⁷ Tilsvarende også betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 3 bokstav g.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 92 (2001-2002) s. 17, Trzaskowski (2017) s. 510.

¹³⁹ DiggiPay (2019).

¹⁴⁰ Trzaskowski (2017) s. 510.

¹⁴¹ Finanstilsynet (2018) s. 1.

¹⁴² Donnelly (2016) s. 838.

2.5.4 Innskudd og kreditt

Også «innskudd og kreditt på konto» skal regnes som betalingsmidler. Dette omtales i direktivet og forarbeidene som «kontopenger».¹⁴³ Av § 11 (1) bokstav b,¹⁴⁴ som definerer «gjennomføring av betalingstransaksjoner» som betalingstjeneste, inkluderes det «herunder overføringer av midler som står på en konto eller er dekket av en kredittlinje» og måtene dette kan gjøres på. Det er altså uten betydning om betalingstransaksjonen foretas på bakgrunn av betalerens egne penger eller kreditt.

2.5.5 Konto

Innskudd og kreditt er knyttet til konto. «Konto» forstås etter finansavtaleloven § 12 (1) bokstav h, som en konto som «benyttes for å gjennomføre betalingstransaksjoner». Finansavtalelovens definisjon av «konto» etter § 12 (1) bokstav h følger også av direktivets artikkel 4 nummer 14 hvor det omtales som «betalingskonto».¹⁴⁵ Del V i finansavtaleloven gjelder som nevnt «[a]ndres misbruk av *konto* og betalingsinstrument» (min utheving).

I sak C-191/17¹⁴⁶ var spørsmålet for EU-domstolen om en østerisk online-sparekonto falt innenfor definisjonen av «betalingskonto». I dommens avsnitt 31 ble meningsinnholdet til betalingskonto oppsummert å være «muligheten for – fra en konto – at foretage betalingstransaksjoner til og fra tredjemand er et grunnleggende element i begrebet betalingskonto». Utenfor definisjonen faller derfor konto «hvorfra sådanne betalingstransaksjoner ikke kan gjennomføres direkte». For å kunne foreta overføringer til tredjemann måtte man overføre pengene via en annen konto, såkalt referansekonto. Sparekontoen ble derfor ansett for ikke å utgjøre en betalingskonto.

Etter forarbeidene skal en konto forstås som «*alle* kontotyper som kan anvendes for betalingstransaksjoner» (min utheving).¹⁴⁷ Betalingstransaksjoner og betalingskontoer får derfor delvis sitt innhold fastlagt av hverandre. Den norske forståelsen av konto synes å favne videre enn hvordan definisjonen skal forstås etter betalingstjenestedirektivet. Det er i forarbeidene blant annet lagt til grunn at såkalt BSU-konto (Konto for Boligsparing for Ungdom) er omfattet av forståelsen av «konto».¹⁴⁸ Man kan ikke foreta betalinger direkte fra denne til tredjeparter, og denne ville derfor falt utenfor definisjonen i EØS-rettslig sammenheng.

Det er ingenting i veien for at den norske forståelsen favner videre enn direktivbestemmelsen. Den innskrenker ikke betalerens rettigheter eller plikter i direktivet. Den opprinnelige forståelsen kan derfor legges til grunn. Det er derfor ikke grunn til å tolke den norske bestemmelsen innskrenkende i lys av dommen. I høringsnotatet til ny finansavtalelov vises det også til forståelsen av konto lagt til grunn i de norske forarbeidene.¹⁴⁹

¹⁴³ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 171, andre spalte.

¹⁴⁴ Se tilsvarende betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nummer 3 jf. Vedlegget nummer 3 og 4, samme referanse i betalingstjenestedirektiv 2.

¹⁴⁵ Se også betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4 nummer 12.

¹⁴⁶ Sag C-191/17 Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte mod ING-DiBa Direktbank Austria Niederlassung der ING-DiBA AG.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 32, første spalte.

¹⁴⁸ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 45 jf. Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 38, andre spalte.

¹⁴⁹ Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 69.

2.6 Underliggende forpliktelser

En betalingstransaksjon foretas «uten hensyn til eventuelle underliggende forpliktelser» mellom betaleren og betalingsmottakeren. Grøttjord og Rosén peker på at dette åpner for at rene gavedisposisjoner således kan utgjøre en betalingstransaksjon fordi transaksjonen ikke behøver å innfri krav eller avtaler mellom partene.¹⁵⁰ Det følger også av ordlyden «eventuelle» at det ikke er nødvendig at det foreligger en underliggende forpliktelse. Som betaler er man derfor ikke pålagt å motivere overføringen eller uttaket.

At overføring eller uttak skjer uavhengig av underliggende forpliktelser, innebærer også at verken eksistensen eller omfanget av et eventuelt krav er av betydning. Om man blir løst fra sine kontraktsrettslige forpliktelser ved å foreta betalingstransaksjonen, eller at overføringen blir foretatt på grunnlag av en misforståelse av om det forelå en forpliktelse, er derfor en separat vurdering uten betydning for betalingstjenester og betalingstjenestetransaksjoner. Dette får særlig betydning for neste del hvor spørsmålet er når det er samtykket til betalingstransaksjonen.

2.7 Oppsummerende bemerkninger

En betalingstransaksjon er altså en av to komponenter som utgjør en uautorisert betalingstransaksjon. Det er ikke alle betalingstransaksjoner som kan påberopes som uautoriserte, de må også falle innenfor virkeområdet til kapittelet for å kunne påberopes.

Definisjonene som er nødvendige for å klarlegge hva en betalingstransaksjon er, er ikke utformet med tanke på uautoriserte betalingstransaksjoner. Det er flere definisjoner som språklig sett stenger for betalingstransaksjoner som etter formålsbetraktninger klart omfattes av virkeområdet. Dette gjelder for det første definisjonen av «betalingstjeneste» som etter sin ordlyd stenger for uautoriserte betalingstransaksjoner. Det gjelder for det andre definisjonen og bruken av «betaler» som stenger for at det i det hele tatt kan være betalingstransaksjoner som er uautoriserte. Betalingstransaksjoner foretatt uten samtykke og innblanding av kontohaver må anses å omfattes av finansavtalelovens og betalingstjenestedirektivets område.

Med dette utgangspunktet er det mange betalingstransaksjoner som kan påberopes som uautoriserte. De fleste betalingstjenester hvor betalingstjenestetilbyderen er mellommann, er omfattet av virkeområdet. Betalingstransaksjonene som faller utenfor virkeområdet, karakteriseres ved at de er foretatt uten direkte involvering av en betalingstjenestebruker, og/eller at det finnes et system for betalingsmidlene allerede.

Med unntak av spørsmålet om «betalingstransaksjoner» legger opp til analogisk anvendelse også på andre økonomiske disposisjoner (som opptak av kreditt og lån), vil det i praksis trolig heller oppstå spørsmål om det er gitt samtykke enn om det er tale om en betalingstransaksjon. Det er tema for del 3 og 4.

3 Betalerens samtykke til betalingstjenestetilbyder

3.1 Innledende bemerkninger

Det andre vilkåret for at det skal være tale om en uautorisert betalingstransaksjon, er nettopp at den er *uautorisert*. Etter finansavtaleloven § 35 (1) 2.pkt er en betalingstransaksjon uautorisert dersom kunden «ikke har gitt samtykke til transaksjonen, jf. § 24». Etter § 24 (2) kvalifiseres en betalingstransaksjon «bare som autorisert dersom betaleren har gitt samtykke til transaksjonen». En betalingstransaksjon er derfor bare autorisert dersom det er meddelt

¹⁵⁰ Grøttjord (2014) s. 93.

samtykke til den, og tilsvarende alltid uautorisert dersom det ikke er meddelt samtykke. Samtykke er altså det eneste og det absolutte vilkåret for at en betalingstransaksjon regnes som autorisert.¹⁵¹

Kravet om samtykke ble inntatt i finansavtaleloven som ledd i implementeringen av betalingstjenestedirektivets artikkel 54.¹⁵² Før denne endringen ble det ansett at loven bygget på en stilltiende forutsetning om et slikt krav.¹⁵³ Den nye bestemmelsen ble altså en klargjøring av dette kravet.

Forpliktelsen etter betalingstjenestedirektivet består for medlemsstatene i å «sikre at en betalingstransaksjon anses som godkjent bare dersom betaleren har gitt sitt samtykke til å gjennomføre betalingstransaksjonen», jf. artikkel 54 nummer 1. Det følger tilsvarende av samme artikkel, nummer 2, annet ledd, at «[d]ersom slikt samtykke ikke foreligger, skal en betalingstransaksjon anses for å være ikke-godkjent». De øvrige språkversjonene varierer mellom ordlyder som til norsk best oversettes med «samtykke» eller «godkjenning».¹⁵⁴ Også innad i samme språkversjon omtales uautoriserte betalingstransaksjoner som ikke-godkjente.¹⁵⁵ Språklig sett er «godkjenning», «autorisering», og «samtykket til» synonymer.

Det er ikke inntatt noen legaldefinisjon eller øvrig forklaring av hva som nærmere menes med «samtykke» verken i finansavtaleloven eller betalingstjenestedirektivet. I denne delen av oppgaven tar jeg sikte på å undersøke sentrale trekk ved kravet om samtykke for på denne måten undersøke hva det nærmere betyr. Først skal formen og prosedyren for samtykke undersøkes, deretter når det må foreligge, og så de innholdsmessige kravene. Deretter vil det undersøkes når et samtykke er gyldig, og hvilken betydning dette har.

3.2 På hvilken måte skal samtykket gis?

3.2.1 Samtykke for «push- og pull transactions»

Om og når det skal anses for å være gitt samtykke til en betalingstransaksjon, avhenger av om det er betaleren eller betalingsmottakeren som har iverksatt betalingstransaksjonen. Der betalingstransaksjonene iverksettes av betalingsmottakeren, må betaleren gi tillatelse til dette. Dette ligger rent språklig sett tettere opp mot «samtykke», men kravet om samtykke gjelder også tilfellene når betalingsorden er gitt av betaleren. Dette følger av at samtykke er det eneste og absolutte vilkåret for at en autorisering har funnet sted.

Dersom betaleren har gitt tillatelse til at en betalingstransaksjon iverksatt av betalingsmottakeren kan gjennomføres, er det klare utgangspunkt at den er samtykket til. Det samme gjelder om betaleren har gitt en betalingsordre, uavhengig av om iverksettelsen skjedde via betalingsmottaker eller ikke. Når samtykke er gitt, enten gjennom tillatelse eller ved betalingsordre, er altså betalingstransaksjonen samtykket til, og den er dermed autorisert.

¹⁵¹ Mavromati (2008) s. 218.

¹⁵² Se artikkel 64 i betalingstjenestedirektiv 2. Det er lagt inn at samtykke kan gis via betalingsinitieringstjenestetilbyder, men ellers er bestemmelsen sammenfallende med artikkel 54 i betalingstjenestedirektivet.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 83, første spalte.

¹⁵⁴ Se for eksempel dansk («samtykke») og engelsk («consent») for førstnevnte og svensk («har godkänt») for sistnevnte. I implementeringen av direktivet i Sverige er det imidlertid bestemt at en betalingstransaksjon ikke er godkjent dersom det ikke er meddelt samtykke, se punkt 3.2.2.

¹⁵⁵ For eksempel fortalen avsnitt 35 i betalingstjenestedirektivet.

Unntak fra dette kan tenkes om samtykket er ugyldig, og denne ugyldigheten kan gjøres gjeldende overfor betalingstjenestetilbyderen. Dette spørsmålet behandles nedenfor under punkt 3.5.

Der betaleren ikke selv har iverksatt betalingstransaksjonen, kan den være uautorisert, men den må ikke være det. Dette beror på om betaleren har gitt samtykke til at andre kan foreta betalingstransaksjonen. Dette behandles under i punkt 3.2.3.

3.2.2 Partenes avtale

Hvordan utstedelse av betalingsordre og tillatelse til direkte debitering skal gjennomføres, skal følge av partenes avtale. Dette følger av finansavtaleloven § 24 (3) som sier at samtykke til å gjennomføre en eller flere betalingstransaksjoner, skal «gis i den form og på den måte som er avtalt» mellom betaleren og dennes institusjon. Etter finansavtaleloven § 15 (2) bokstav b nummer 3 «skal» institusjonen gi kunden opplysning om «form og prosedyre for å gi og tilbakekalle samtykke til å gjennomføre en betalingstransaksjon» med henvisning til § 24 (3). For enkeltstående betalingstransaksjoner som ikke er omfattet av avtale, vil formen og prosedyren for samtykket opplyses i medhold av § 23 (1) 3. punktum som pålegger institusjonen å informere om relevante opplysninger i § 15 (2).

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 54 nr. 2 (1) og nr. 4 i betalingstjenestedirektivet som bestemmer at henholdsvis «form» og «framgangsmåten» for samtykket «skal» avtales mellom betaler og betalingsmottaker.¹⁵⁶

En gjennomgang av standardvilkår for rammeavtaler i de tre største bankene i henholdsvis Norge, Sverige og Danmark viser at form og prosedyre følger mer eller mindre implisitt av hvordan konto og betalingsinstrument kan brukes.¹⁵⁷ Formen følger som regel virkeområdet til de ulike betalingsinstrumentene, og de tekniske løsningene som for eksempel er valgt i nettbank. Fremgangsmåte og form følger derfor av bruksområdet og instruksjonene for som følger av de tekniske løsningene. Typiske løsninger som er fastsatt i avtale, er inntasting av PIN-kode etter å ha satt kortet inn i betalingsterminal eller minibank, og å opprette autogiro eller foreta enkeltbetalinger i nettbank etter prosedyrene det er lagt opp til der.

I forslaget til betalingstjenstedirektivet var det opprinnelig inntatt at samtykket skulle være «udtrykkelig» for at betalingstransaksjoner skulle anses for å være autoriserte.¹⁵⁸ Det ble under høringen påpekt av Det europeiske økonomiske og sosiale utvalg (EØSU) at et slikt krav ville være til hinder for effektiv og billig debitering.¹⁵⁹ Vilkåret om uttrykkelig samtykke for autorisering er ikke å gjenfinne i den endelige versjonen av direktivet. Det understreker at det er opp til partene å avtale formen for samtykket.

¹⁵⁶ Tilsvarende betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 64 nummer 2.

¹⁵⁷ Se for eksempel i Norge: DnB Standardavtale for Visa og Mastercard, punkt 7; Avtalevilkår Nordea Bankkort punkt 1 og 8; Danske banks Avtalevilkår for Kredittkort og Faktureringskort – Forbrukerforhold, punkt 1. I Sverige: SEB villkor Betalkonton och Betaltjänster – Privat, punkt 17; Swedbank Villkor Betal- och Kredittkort MasterCard, punkt 7 og 8; Handelsbanken Villkor för Handelsbankens Bankkort och Frikort, punkt 5 og 7. I Danmark: Danske Bank Kortbestemmelser for Mastercard Basis, punkt 1; Jyske Bank Dankort og Visa/Dankort, Brugeregler, punkt 2; Sydbank Regler for Sydbank Mastercard Private, punkt 2.

¹⁵⁸ KOM (2005) 603, artikkel 41 nummer 2.

¹⁵⁹ EØSU (2006) C/318/09, s. 53.

I betalingstjenestedirektiv 2 er det for bruk av de nye betalingstjenestene, betalingsinitieringstjenester og kontoopplysningstjenester innført krav om at det skal gis samtykke som er «uttrykkelig» etter artikkel 65 nr. 2 bokstav a. 66 nr. 2. Dette behandles nedenfor i punkt 4.3.

I Sverige er det etter den någjeldende betaltjänstlagen¹⁶⁰ krav om uttrykkelig samtykke for alle betalingstransaksjoner. Etter kapittel 5, § 3 er en betalingstransaksjon bare godkjent dersom «betalaren *uttryckligen* har lämnat sitt samtycke» (min utheving) til at den kan gjennomføres. Avtalefriheten er på så måte innskrenket for betalere og betalingstjenestetilbydere. Begrunnelsen for at samtykket må gis «uttryckligen» etter svensk rett, er ifølge forarbeidene at man ikke skal kunne gi samtykke på bakgrunn av passivitet.¹⁶¹ Det kreves altså en form for aktiv handling for å gi samtykke til en betalingstransaksjon etter svensk rett.

Kravet om at samtykket må være uttrykkelig gjelder imidlertid ikke for autorisering av eksakt beløp for reservasjoner i § 27 i kapittel 5 i samme lov.¹⁶² For slik godkjenning kreves det bare alminnelig samtykke ved at reservasjonen er «godkänt». Etter forarbeidene antas dette også å gjelde samtykke som er gitt passivt eller gjennom konkludent adferd.¹⁶³ I praksis vil dette gjerne skje i sammenheng med autorisering av reservasjonen, hvor det eksakte beløpet godkjennes passivt ved selve reservasjonen.

Spørsmålet om hvor klart et samtykke må være for å være godkjent, er ikke vurdert i de norske forarbeidene. Det kan i utgangspunktet tenkes å kunne avtales stilltiende samtykke.¹⁶⁴ Dette gjelder imidlertid selvsagt med begrensningen om at avtalevilkårene om hvordan samtykke kan og skal gis ikke kan være urimelige. I danske forarbeider trekkes avtalevilkår som går ut på at alle betalingstransaksjoner kan og skal samtykkes til i ettertid, eller at alle betalingstransaksjoner skal anses for å være autoriserte frem som eksempler på urimelige vilkår.¹⁶⁵

Avtalevilkårene som tilbys av de svenske bankene, er imidlertid utformet på tilsvarende måte som de norske og danske. Typiske avtalevilkår som tilbys norske forbrukere, vil derfor i realiteten innebære at samtykke gis uttrykkelig.

I tillegg til form og prosedyre for samtykket, kan begrensninger i adgangen til å gi samtykke avtales. Det følger av § 24 a første ledd at det «kan avtales belastningsgrenser» for et betalingsinstrument som benyttes til å samtykke til en betalingstransaksjon. Bestemmelsen implementerer betalingstjenestedirektivets artikkel 55 nr. 1.

At det er avtalt «belastningsgrenser» innebærer at det er lagt restriksjoner på bruken av betalingsinstrument, nærmere bestemt hvor mye som kan overføres eller tas ut over en gitt tidsperiode. I forarbeidene er det gitt eksempler på «beløpsgrenser som er fastsatt per uke».¹⁶⁶ Tilsvarende kan det også avtales begrensninger for andre tidsperioder, som dag og måned.

¹⁶⁰ Lag om betaltjänster.

¹⁶¹ Prop. 2017/2018:77 s. 153.

¹⁶² Implementering av artikkel 75 i betalingstjenestedirektiv 2.

¹⁶³ Prop. 2017/2018:77 s. 274.

¹⁶⁴ Karstoft (2012) s. 340.

¹⁶⁵ Forslag til lov om betalingstjenester, s. 93. Se også Karstoft (2012) s. 339-340.

¹⁶⁶ Ot.prp. nr. 94 (2008–2009) s. 118, første spalte.

Dette innebærer for eksempel at overføringer som overstiger 5000 kroner ikke vil kunne gjennomføres dersom dette er en beløpsbegrensning Peder og banken har avtalt.

Virkingen av at en betalingstransaksjon gjennomføres i strid med en beløpsbegrensning, vil være at det overskytende beløpet er uautorisert.¹⁶⁷ Betalingstransaksjoner foretatt innenfor beløpsbegrensningene, vil være gitt i samsvar med det avtalte samtykket.

Betalingstransaksjoner utenfor dette følger imidlertid ikke partenes avtale om samtykke, og vil derfor være uautoriserte.

I utgangspunktet må partene stå fritt til å avtale begrensninger i samtykket utover beløpsbegrensninger, så lenge dette ikke er til skade for forbrukeren etter § 2 (1) 1. punktum. Adgangen til å avtale begrensninger i samtykket ble anerkjent før § 24 a ble vedtatt.¹⁶⁸ Det må antas å være alminnelig avtalefrihet så lenge det ikke avtales noe til ugunst for forbrukeren.

Beløpsbegrensninger er altså ikke de eneste begrensningene som kan avtales mellom kunde og tilbyder. Hvor og hvordan man kan benytte betalingsinstrumentet sitt, er praktiske begrensninger som kan avtales. Det kan for eksempel avtales at kortet ikke skal kunne benyttes ved handel på internett, eller at det bare skal kunne benyttes i Europa.

Betalingstransaksjoner hvis beløp overstiger begrensninger som er avtalt i henhold til Finansavtaleloven § 24 a, vil som nevnt være å anse for uautoriserte.¹⁶⁹ For avtalebegrensninger som gjelder geografisk plassering eller netthandel, vil det imidlertid ikke kunne deles inn i autoriserte og uautoriserte deler av betalingstransaksjonen. Når det er avtalt at en betalingstransaksjon ikke kan gjennomføres på visse måter eller på visse steder, må konsekvensen være at hele betalingstransaksjonen er uautorisert. Samtykket vil her ikke være gitt i samsvar med partenes avtale etter § 24 (3). Slike avtalte begrensninger er i utgangspunktet mulige å avtale av hensyn til betaleren, slik at denne skal være sikker på at det ikke er mulig å foreta betalinger i strid med klargjorte ønsker.

Den viktigste garantien avtalen gir betaleren, er at overføringer og/eller uttak ikke kan skje uten at prosedyren for dette er fulgt. Betalingstjenestetilbyderen kan ikke senere si at det ble foretatt en autorisert betalingstransaksjon dersom betalingstransaksjonen ble iverksatt uten at samtykke ble gitt av betaleren slik det er avtalt.

Avtalens funksjon er derfor både å regulere hvordan samtykke kan og skal gis, og samtidig fungere som skranke for hvordan det ikke kan gis. Sistnevnte betyr både at samtykket ikke kan gis på andre måter enn avtalt, og eventuelt også begrensninger i hva samtykket kan gå ut på, hvem det kan gis til, og hvor.

3.2.3 Hvem kan gi samtykke?

Etter finansavtaleloven § 35 (1) 2.pkt er det «kunden» som skal gi samtykke etter § 24 for at betalingstransaksjonen skal anses for å være autorisert. Etter § 24 (2) 1.pkt har autorisering funnet sted dersom «betaleren» har gitt samtykke til betalingstransaksjonen.

Betalingstjenestedirektivet utpeker også «betaler» som den som skal gi samtykke i artikkel 54.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Grøttjord (2014) s. 151.

¹⁶⁸ Ot. prp. nr. 94 (2008-2009) s. 179, andre spalte, Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 160.

¹⁶⁹ Grøttjord (2014) s. 151.

¹⁷⁰ Tilsvarende i betalingstjenestedirektiv 2, artikkel 64.

Finansavtaleloven har ikke inntatt noen legaldefinisjon av «kunde», men forstås etter sin ordlyd og lovens system som den som står i avtaleforhold med institusjonen. «Betalere» er definert i § 12 (2) bokstav e. Om forståelsen av «betaler», se overfor i punkt 2.4.3. De ulike formuleringene synes ikke å innebære en meningsforskjell. Det er altså den eller de som er registrerte hos betalingstjenestetilbyderne som i utgangspunktet kan autorisere betalingstransaksjoner.

Det er også mulig for andre enn kontohaver å kunne disponere konto ved at kontohaver inngår avtale om dette med banken.¹⁷¹ Dette er vanlig for eksempel ved felles regnings- og brukskontoer for par eller andre i samme husstand.

Det er imidlertid ikke helt uvanlig å overlate sitt eget betalingsinstrument til andre som ikke er berettiget etter avtale med banken, for at disse skal kunne foreta en betalingstransaksjon på sine vegne. En varm sommerdag låner for eksempel Peder ut kortet sitt til Peder jr. for at han skal kunne sykle til butikken og kjøpe is og jordbær til hele familien. Eller når Kari låner kortet til sin gode venn Hans, som hun vet han oppbevarer i venstre skuff i gangen, og kjøper en flaske vin de begge kommer til å ha glede av. Situasjoner hvor andre enn den eller de som er berettiget etter en kontoavtale foretar betalingstransaksjoner, aktualiserer spørsmål om betalingstransaksjonen er autorisert.

Hvis det bare er den som har fått betalingsinstrumentet utstedt til seg som kan autorisere betalingstransaksjoner, vil alle betalingstransaksjoner foretatt av andre nødvendigvis måtte anses for å være uautoriserte. Hvis det derimot er tillatt for også andre enn betalingsinstrumentets rette eier å kunne autorisere en betalingstransaksjon, vil dette åpne for at transaksjoner kan autoriseres av flere enn den som står i kundeforhold med betalingstjenestetilbyderen.

I juridisk teori er det fremholdt at direktivets ordlyd sammenholdt med partenes avtale kan tilsi at muligheten for fullmakt er avskåret.¹⁷² Avtalene utpeker den eller de personene som står i avtaleforhold med betalingstjenestetilbyderen som berettigede til å foreta betalingstransaksjoner. De sier også at ikke andre enn de som er berettiget etter avtalen, skal foreta betalingstransaksjoner.¹⁷³

Avtalen regulerer, som kommentert over, hvordan samtykke skal gis. Dersom betalingstransaksjonen er foretatt i strid med partenes avtale, skal det i utgangspunktet innebære at det ikke er gitt samtykke til transaksjonen. Partenes avtale regulerer imidlertid også hvilke plikter betaleren har til å beskytte betalingsinstrument og personlige sikkerhetsanordninger. Dette følger av finansavtaleloven § 34 (1) 1. punktum som sier at

¹⁷¹ Se for eksempel DnB standardavtale for Visa og Mastercard, punkt 11; Nordea Bankkort, punkt 5; Danske bank i Norges Avtalevilkår for Kredittkort og Faktureringskort – Forbrukerforhold, punkt 8; Swedbank Villkor Betal- og Kredittkort MasterCard, punkt 1; Jyske Bank Dankort og Visa/Dankort, Brugeregler, punkt 5; Sydbank Regler for Sydbank Mastercard Private, punkt 1, under «Familiekort».

¹⁷² Geva (2009) s. 725.

¹⁷³ Se for eksempel DnB standardavtale for Visa og Mastercard, punkt 21; Nordea Bankkort, punkt 7; Danske Banks i Norges Avtalevilkår for Kredittkort og Faktureringskort – Forbrukerforhold, punkt 7; SEB villkor Betalkonton och betaltjänster – Privat, punkt 5.6; Swedbank Villkor Betal- og Kredittkort MasterCard, punkt 10; Handelsbanken Villkor för Handelsbankens Bankkort och Frikort, punkt 2; Jyske Bank Dankort og Visa/Dankort, Brugeregler, punkt 4; Sydbank Regler for Sydbank Mastercard Private, punkt 4.

kunden som har rett til å bruke et betalingsinstrument, «skal bruke det i samsvar med vilkårene for utstedelse og bruk». Dette er en henvisning til partenes avtale.

At betalingsinstrument ikke skal overlates til andre, og at personlig sikkerhetsanordning ikke skal røpes, sier noe om hvilken grad av forsiktighet betaleren må utvise for ikke å komme i kontraktsbrudd. Det har ikke betydning for om en betalingstransaksjon er autorisert eller ikke, kun om betaleren har opptrådt uaktsomt eller forsettlig. Dette er altså to ulike spørsmål. Et kontraktsbrudd fra betaler innebærer ikke at betalingstransaksjonen skal anses for å være uautorisert.

Dersom det beror på betalerens eget valg at en annen enn denne kan foreta betalingstransaksjoner, taler formålet med reglene med styrke for at samtykkekompetansen kan delegeres. Reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner er ment å beskytte kontohavere i tilfeller hvor man nettopp ikke har godkjent en transaksjon. Dersom betaleren har ønsket at en annen betaler skal foreta en overføring på sine vegne, er den nettopp godkjent. Det bør da ikke være rom for å kunne betegne betalingstransaksjonen som uautorisert. Man kan da ikke åpne for at betaleren kan påberope seg reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner. Reglene om selvrisiko vil kunne føre til at betaleren likevel må bære ansvaret. Å anse betalingstransaksjonen som uautorisert vil tvert imot være å undergrave formålet med bestemmelsene.

I forarbeidene til finansavtaleloven uttales det at betalingstjenestedirektivets regler om samtykke fra kunden «kan ikke anses til hinder for at en representant for kunden, for eksempel en fullmektig, kan samtykke til betalingstransaksjoner på kundens vegne. Slike representanter må anses å utlede sin rett fra kunden, og dermed for å kunne samtykke etter direktivet på dennes vegne så lenge de handler innenfor fullmakten de er gitt.»¹⁷⁴ Det fremgår ikke direkte av sammenhengen om det viser til personer som sammen med kontohaver har inngått avtale med banken om en slik kompetanse. Fordi kompetansen anses å være utledet «rett fra kunden» tilsier dette at det siktes til alminnelig avtalerettslig fullmakt. Uttalelsen er ikke kommentert i de øvrige forarbeidene.

Rettspraksis knyttet til spørsmålet om samtykke hvor en annen enn kontohaver har foretatt betalingstransaksjonene, er sparsommelig. I to saker fra underrettene konstateres det at det er uten betydning for resultatet om betalingstransaksjonene ble gjennomført av kontohaver selv eller noen på dennes vegne. Sakene LB-2016-34461 og LG-2016-86054 baserer seg på relativt likt faktum.

I den første saken var en mann blitt belastet for kjøp av varer og tjenester på et bordell i Torre Vieja, og i sistnevnte sak var en mann blitt belastet for drikkevarer på en nattklubb i Barcelona. I begge sakene nektet mennene for å ha samtykket til disse transaksjonene. I Borgarting Lagmannsrett ble det funnet bevist at kunden «enten selv har foretatt transaksjonene» eller «har samtykket til dem». Mannen fikk derfor ikke medhold i at det var tale om uautoriserte betalingstransaksjoner.

I saken fra Gulating Lagmannsrett ble det bemerket at det var overveiende sannsynlig at A hadde foretatt transaksjonene selv, men det var også mulig at han hadde latt andre foreta disse for seg. «Uansett fremstår det ut fra en samlet vurdering av omstendighetene som overveiende sannsynlig at transaksjonene er autoriserte av A». Disse sakene kan selvsagt ikke tillegges

¹⁷⁴ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 107

nevneverdig betydning. De kan ikke gi uttrykk for en fastnet praksis, og standpunktene er heller ikke begrunnet på en måte som gjør at de får betydning utover dette. De er imidlertid eksempler på at det er tale om et praktisk spørsmål.

Den svenske betaltjänstlagen definerer uautoriserte betalingstransaksjoner som «en transaksjon som gjennomføres utan samtycke från kontohavaren eller någon annan som enligt kontoavtalet är behörig att använda kontot». Her er det altså enda mer presist pekt på at det er den som har rettigheter eller plikter overfor betalingstjenestetilbyderen som kan autorisere en betalingstransaksjon. I forarbeidene til implementeringen av betalingstjenestedirektivet ble det imidlertid i forarbeidene slått fast at samtykke kan gis via en alminnelig fullmektig.¹⁷⁵

Fra Danmark finnes det ingen autoritative kilder som sier noe om mulighet for bruk av representant ved autorisering av betalingstransaksjoner. Det er lagt til grunn i dansk juridisk teori at det kan etableres fullmakt ved å sette noen i stand til å foreta betalingstransaksjoner på sine vegne.¹⁷⁶ Det er i dansk høyesterettspraksis konstatert at det kan tas opp lån i en annens navn ved bruk av NemID (tilnærmet lik norsk BankID)¹⁷⁷ til tross for at utstedelse av NemID også medfører et avtalerettslig forbud om å overlate denne til andre.¹⁷⁸ Sakene vil bli behandlet nærmere under punkt 4.4.

Det avgjørende må likevel være formålet med reglene. Dersom betaleren har gitt noen andre kompetanse til å kan gi samtykke på sine vegne, må det innebære at betalingstransaksjonen er autorisert. Ordlyden i direktivet og finansavtaleloven eller partenes avtale kan derfor ikke anses for å være til hinder for å la andre gjennomføre betalingstransaksjoner på egne vegne.

At det er «betaler» eller «kunden» som skal autorisere betalingstransaksjonen, må altså leses som at det er den som er berettiget etter avtalen, eller noen som er delegert kompetanse av denne, som kan gi eller tillate en betalingsordre. Det er altså mulig for en betaler å delegere samtykkekompetansen sin til en eller flere representanter. Problemet oppstår imidlertid når det er usikkerhet om det hele tatt er delegert kompetanse, hvor langt denne rekker, og konsekvensene av en eventuell overskridelse. Disse spørsmålene vil behandles i neste hoveddel (del 4).

3.2.4 Sperring avskjærer samtykke

Av finansavtaleloven § 34 (2) 2. punktum skal finansinstitusjonen «sørge for at kunden til enhver tid kan foreta underretning som nevnt i første ledd annet punktum(...)». Underretning i første ledd annet punktum innebærer at kunden skal underrette finansinstitusjonen eller den denne utpeker «dersom kunden blir oppmerksom på tap, tyveri eller uberettiget tilegnelse av betalingsinstrumentet, eller på uautorisert bruk».¹⁷⁹ Betaleren har altså både rett og plikt til å underrette om uautoriserte betalingstransaksjoner eller omstendigheter som kan føre til slike.

Når betaler har foretatt slik underretning som nevnt i første ledd annet punktum, skal finansinstitusjonen «hindre enhver bruk av et betalingsinstrument», jf. annet ledd, tredje punktum. Konsekvensen av at en eventuell betalingstransaksjon har funnet sted etter at

¹⁷⁵ SOU 2005:108 s. 242-243.

¹⁷⁶ Se for eksempel Karstoft (2009), Brenøe (2014).

¹⁷⁷ Kjørven (2019).

¹⁷⁸ Dansk høyesteretts saker 82/2018 og 87/2018.

¹⁷⁹ Reglene implementerer betalingstjenestedirektivets artikkel 57 nr. 1 bokstavene c og d. Videreført i betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 70 nummer 1, bokstavene c og d.

underretning har skjedd i samsvar med § 34 (2) 2. jf. 1.pkt, følger av § 35 (4). I følge denne bestemmelsen «svarer ikke kunden for tap som skyldes bruk av tapt, stjålet eller uberettiget tilegnet betalingsinstrument, med mindre kunden har opptrådt svikaktig». Med unntak av tilfeller av svik skal det derfor ikke anses for å være gitt samtykke til betalingstransaksjoner som er foretatt etter at kunden har underrettet finansinstitusjonen om tap, tyveri eller annen uberettiget tilegnelse av betalingsinstrumenter.

Etter § 34 (3) kan det avtales at reglene om sperring ikke skal gjelde for småpengeinstrumenter dersom det ikke er mulig å sperre instrumentet.

3.3 Når må samtykket foreligge?

Finansavtaleloven og betalingstjenestedirektivet inneholder regler om når samtykke kan gis, og om og når det kan trekkes tilbake. Utgangspunktet er at samtykke «kan gis før betalingstransaksjonen gjennomføres», og unntaksvis «etter gjennomføringen», jf. finansavtaleloven § 24 (2) 2. pkt.¹⁸⁰ Om samtykket skal gis etter gjennomføring, forutsetter dette at det er «avtalt mellom betaleren og dennes institusjon».

Det er altså ikke et absolutt krav at samtykket er gitt før betalingstransaksjonen gjennomføres, selv om dette trolig er tilfelle for de aller fleste transaksjoner. I hvilken grad dette praktiseres, avhenger altså av avtalene som er inngått mellom betaleren og dennes betalingstjenestetilbyder. Adgangen til å kunne avtale etterfølgende samtykke begrenses av generelle forbud mot urimelige avtalevilkår. I et dokument utarbeidet av Europakommisjonen med spørsmål og svar til direktivet, nevnes det at etterfølgende godkjenning kan tenkes i visse tilfeller av direkte debiteringer.¹⁸¹ Det er i avtalevilkårene jeg har undersøkt, ikke inntatt bestemmelser som gjør dette spørsmålet aktuelt.

Et samtykke kan i utgangspunktet tilbakekalles, jf. finansavtaleloven § 24 (4) 1.pkt.¹⁸² At samtykket tilbakekalles, innebærer at det opprinnelige samtykket som ville ha autorisert betalingstransaksjonen, ikke lenger foreligger. Dette medfører at betalingstransaksjonen ikke vil være autorisert ved eventuell gjennomføring. Tilbakekall av samtykke retter seg mot fremtidige betalingstransaksjoner. Samtykket kan altså ikke tilbakekalles for allerede gjennomførte betalingstransaksjoner. Tilbakekallet kan, på samme måte som et samtykke, rette seg mot enkeltstående så vel som gjentatte betalingstransaksjoner, jf § 24 (4) 2.pkt.¹⁸³

Muligheten til å tilbakekalle et samtykke begrenses i alle tilfeller inngående av at tilbakekallet må skje innenfor «tidspunktene angitt i § 28»¹⁸⁴. Etter § 28 (4) kan det avtales utvidet rett til tilbakekall. Fristen for tilbakekall av samtykke vil da bero på den konkrete avtalen.

I § 28 (2) reguleres tilbakekall for betalingstransaksjoner iverksatt «av eller via betalingsmottakeren», altså for såkalte «pull transactions»¹⁸⁵. Etter første punktum kan

¹⁸⁰ Jf. betalingstjenestedirektivet artikkel 54 nummer 1, 2. pkt, tilsvarende betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 64 nummer 1, 2. pkt.

¹⁸¹ European Services (2011), spørsmål 68.

¹⁸² Betalingstjenestedirektivet artikkel 54 nummer 3, betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 64 nummer 3.

¹⁸³ Betalingstjenestedirektivet artikkel 54 nummer 3, 2. pkt, betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 64 nummer 3, 2. pkt.

¹⁸⁴ Paragraf 28 implementerer artikkel 66 i betalingstjenestedirektivet, se tilsvarende artikkel 80 i betalingstjenestedirektiv 2.

¹⁸⁵ Se punkt 2.3.2 over.

tilbakekall ikke skje når betaleren har «gitt sin betalingsordre eller meddelt sitt samtykke til betalingsmottakeren». Etter annet punktum kan betaleren «[v]ed direkte debitering (...) tilbakekalle betalingsordren senest innen utgangen av virkedagen før den avtalte belastningsdagen». Ved en direkte debitering vil det, som nevnt over i punkt 2.3.2, være betalingsmottakeren som gir betalingsordren. Betaler har ved autorisering i slike tilfeller gitt en tillatelse til denne betalingsordren. Bestemmelsen må leses slik at det er tillatelsen som kan trekkes tilbake innen fristen.

Første og annet punktum gir sammenholdt uttrykk for at samtykke bare kan tilbakekalles for direkte debiteringer når betalingstransaksjonen er iverksatt av eller via betalingsmottakeren. Et samtykke gitt i forbindelse med en korttransaksjon kan derfor ikke tilbakekalles. Det er mulig å avtale at et samtykke kan tilbakekalles også for andre betalingstransaksjoner iverksatt av eller via betalingsmottaker enn direkte debitering. Dette følger av § 28 (4) 2.pkt. En slik adgang krever etter denne bestemmelsen samtykke til tilbakekallet fra betalingsmottakeren.

«Virkedag» defineres i § 12 bokstav o som «dag hvor den relevante institusjonen til betaleren eller betalingsmottakeren som er involvert i gjennomføringen av en betalingstransaksjon, holder åpent som påkrevd for slik gjennomføring».¹⁸⁶ I forarbeidene forstås «åpent» som muligheten for at transaksjonen faktisk kan gjennomføres.¹⁸⁷ Lillevik Sparebank «holder åpent som påkrevd» for å overføre nasjonale betalinger alle ukedager 8-20, men foretar betalinger til asiatiske land bare mandag, onsdag og fredag fra 8-15.¹⁸⁸

For betalingstransaksjoner iverksatt av betaleren hvor denne har satt med forfall en bestemt dag, kan det tilbakekalles innen utgangen av virkedagen før den avtalte dagen. Dette følger av § 28 (3) jf. § 26 a (2). Familien Ås skal leie en hytte i høstferien, og Kari legger inn betaling i sin nettbank en uke før avtalt overføring som er 27. september. Samtykket hennes er da gitt 20. september, og hun kan frem til utgangen av 26. september trekke det tilbake. Dette eksempelet forutsetter at banken hennes, som er den «relevante institusjonen» siden det er hun som gir betalingsordren, behandler denne typen betalingstransaksjoner 26. september.

Det følger implisitt av § 28 (3) jf. § 26 a (2) at når samtykke kan tilbakekalles så lenge forfallsdato er satt før den siste virkedagen før avtalt overføring. Hvis Kari legger inn betaling for hytteleie 27. september, vil hun ikke ha mulighet til å trekke samtykket tilbake. Dersom 26. september var en helligdag hvor betalingsinstitusjonen ikke gjennomfører betalingstransaksjoner, ville 25. september vært siste dag Kari kunne trukket tilbake samtykket fordi det er den siste dagen før avtalt dag betalingsinstitusjonen er «åpen».

Samtykket kan altså tilbakekalles innenfor fristene oppgitt i § 28. Om et samtykke er tilbakekalt, vil betalingstransaksjonen ikke være autorisert, til tross for at det opprinnelig ble samtykket til den. For at en betalingstransaksjon skal være autorisert, må det derfor foreligge samtykke, og dette skal ikke ha vært trukket tilbake. Skjæringstidspunktet settes til fristen hvor tilbakekall senest skulle finne sted, med mindre annet er avtalt.

¹⁸⁶ Bokstav o skal implementere betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nr. 27, videreført i betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4 nummer 37.

¹⁸⁷ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 127 og Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 103, første spalte.

¹⁸⁸ Inspirert av Grøttjord (2014) s. 99.

3.4 Hva skal samtykket omfatte?

3.4.1 Samtykket må dekke betalingstransaksjonen

Et samtykke kan autorisere serier av eller enkeltstående betalingstransaksjoner. Dette følger av § 24 (3) som omtaler autorisering av henholdsvis «en» og «gjentatte» betalingstransaksjoner. Hvilke opplysninger en betalingsordre eller tillatelse må inneholde, avhenger av betalingstjenesten og betalingsløsningen som er valgt.

Samtykket skal dekke betalingstransaksjonen. Som det følger av § 12 (1) bokstav a skal betalingstransaksjon forstås som en handling som iverksetter innbetaling, overføring eller uttak av midler uten hensyn til eventuelle underliggende forpliktelser mellom betaler og betalingsmottaker. Samtykket skal altså bare dekke iverksettingen av innskudd, overføring eller uttak. Som det vil fremgå av drøftelsene her, vil det innebære at samtykket kan få et utilsiktet innhold.

Det underliggende forholdet, uavhengig av om det er basert på kontrakt eller ikke, er som nevnt ikke av betydning for spørsmålet om det er meddelt samtykke.¹⁸⁹ Så lenge det er gitt betalingsordre av betaleren eller tillatelse dersom betalingsordren er gitt av betalingsmottakeren, er betalingstransaksjonen autorisert. Innsigelser mot finansinstitusjonen kan unntaksvis gjøres gjeldende på bakgrunn av underliggende forpliktelser. Dette gjelder dersom de underliggende forpliktelsene rammes av en ugyldighetsgrunn som kan gjøres gjeldende overfor betalingstjenesteyteren. Dette vil bli behandlet nedenfor under punkt 3.5.

Innsigelser kan også gjøres gjeldende etter finansavtaleloven § 54 b i visse tilfeller. Etter denne bestemmelsen kan «forbrukeren» overfor «annen kredittgiver enn selgeren» gjøre gjeldende «samme innsigelser og pengekrav på grunnlag av kjøpet som han kunne gjøre gjeldende mot selgeren» dersom «kreditten er gitt etter avtale mellom selgeren og kredittgiveren».¹⁹⁰ Dette gjelder også for «tjenesteytelser» etter tredje ledd.

Hvis for eksempel avtalen er inngått på bakgrunn av betalingsmottakerens svik som har lurt betaleren til å overføre penger til denne, kan kjøperen gjøre gjeldende krav på å være ubundet av avtalen.¹⁹¹ At innsigelser angående underliggende forhold unntaksvis kan gjøres gjeldende skyldes altså ikke at de anses for å være uautoriserte, men spesialreguleringen for forbrukerkjøp på kreditt i finansavtaleloven § 54 b.¹⁹²

3.4.2 Samtykket kan få utilsiktet innhold

En ikke helt upraktisk situasjon oppstår i det betaleren gir andre opplysninger enn tiltenkt ved en betalingsoverføring. Samtykket vil da få et annet innhold enn hva betaleren mente å gi. For eksempel kan man angi feil mottaker, dato for overføring eller beløp. Problemstillingen er gjenkjennelig fra den alminnelige avtaleretten som regulerer tilfeller av feilskrift i avtaleloven § 32. Finansavtaleloven inneholder en særregulering av dette tilfellet av stor praktisk betydning.

¹⁸⁹ Se punkt 2.6.

¹⁹⁰ Bestemmelsen gjennomfører artikkel 15 nr. 2 og 3 i direktiv 2008/48/EF (forbrukerkredittdirektivet).

¹⁹¹ Se også Grøttjord (2014) s. 340.

¹⁹² Bestemmelsen er en implementering av artikkel 15 nummer 2 og 3 i direktiv 2008/48/EF (forbrukerkredittdirektivet).

Paragraf 43 omhandler tilfeller hvor det er angitt feil unik identifikasjonskode. Paragraf 43 implementerer betalingstjenestedirektivet artikkel 74.¹⁹³ Unik identifikasjonskode er definert i § 12 bokstav i som «kombinasjon av bokstaver, tall eller symboler oppgitt av institusjonen til kunden, og som kunden skal benytte for utvetydig å identifisere en annen kunde og/eller dennes konto i forbindelse med en betalingstransaksjon».

Definisjonen i § 12 bokstav i er ment å implementere betalingstjenestedirektivets artikkel 4 nummer 21 som omtaler «entydig identifikasjonskode».¹⁹⁴ Definisjonen ble implementert som unik identifikasjonskode for å skille den fra bestemmelser som allerede omtalte entydig identifikasjonskode.¹⁹⁵ I forarbeidene pekes det på at det er vanskelig å gi definisjonen et helt klart innhold, men at norske kontonummer så vel som utenlandske kontonummer (IBAN-nummer) vil være omfattet.¹⁹⁶ At IBAN-nummer omfattes, følger også av EU-domstolens sak C-245/18 (Tecnoservice).¹⁹⁷

Av § 43 første ledd følger det at en betalingsordre «skal anses som korrekt gjennomført» dersom den er «gjennomført i samsvar med den unike identifikasjonskoden». På samme måte har betalingstjenestetilbyderen ikke ansvar «dersom den unike identifikasjonskoden kunden har oppgitt, ikke er korrekt». Dette innebærer altså at betaleren ikke kan gjøre gjeldende at betalingstransaksjonen fikk et utilsiktet innhold dersom den unike identifikasjonskoden hun oppga, utpekte en annen enn den hun hadde til hensikt. Peder kan ikke gjøre gjeldende at betalingstransaksjonen er uautorisert når han endte opp med å overføre penger til Marte i stedet for Hans fordi han tastet inn feil kontonummer.

I tredje ledd presiseres det at dette gjelder også «[d]ersom kunden i tillegg til identifikasjonskoden har oppgitt ytterligere informasjon». I slike tilfeller er betalingstransaksjonen korrekt gjennomført dersom den er «i samsvar med den unike identifikasjonskoden kunden har oppgitt». Til tross for at betaler derfor har opplyst navnet på personen eller selskapet hun ønsker å gjøre til betalingsmottaker, skal midlene overføres til den som identifiseres av identifikasjonskoden uavhengig av om disse er i uoverensstemmelse.

Den praktiske betydningen av denne bestemmelsen kommer til uttrykk ved at kunden bærer ansvaret for at identifikasjonskoden oppgis korrekt. Dette har til følge at hun ikke kan påberope reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner dersom samtykket fikk en annen betalingstransaksjon enn ønsket. Bestemmelsen er grunnlag for mange såkalte «authorised push transactions» eller «authorised push payment frauds».¹⁹⁸ Det finnes ingen god norsk oversettelse for «authorised push payments», men en mulig oversettelse er «autoriserte betalinger initiert av betaler» eller «autoriserte kreditoverføringer». Betegnelsene sikter til bestemmelser hvor det er tale om en autorisert betalingstransaksjon, men dette skyldes en form for svindel.¹⁹⁹

Ved authorised push payment transactions relatert til § 43 vil typisk den betaleren har oppgitt å være mottaker, ikke være den pengene overføres til fordi identifikasjonsnummeret tilhører en

¹⁹³ Betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 88.

¹⁹⁴ Betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4 nummer 33.

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 172, første og annen spalte.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 172, første og annen spalte.

¹⁹⁷ Sag C-245/18 Tecnoservice Int. Srl, under konkurs mod Poste Italiane SpA.

¹⁹⁸ Se for eksempel Kjørven (2019).

¹⁹⁹ Kjørven (2019).

annen. Datamaskinen til Hans Tastad blir for eksempel rammet av et virus, og blitt oppringt av «Microsoft» og forklart at de kan løse det hele for den nette sum av 20.000 kroner. Han taster inn kontonummeret mannen i telefonen har gitt ham, og skriver også i betalingsordren han fyller ut i nettbanken at pengene skal gå til teknologiselskapet. Pengene overføres til Peder Ås som er mannen bak svindelen, og dette har Hans samtykket til.

Et annet praktisk eksempel er falske og forfalskede fakturaer.²⁰⁰ Et eksempel til illustrasjon er hentet fra Bankklagenemnda.²⁰¹ Klager hadde mottatt en faktura fra et håndverkerfirma han hadde benyttet. En svindler hadde under postgangen endret firmaets kontonummer. Da mannen mottok fakturaen var den altså utstedt av firmaet han skyldte penger, det var registrert som mottaker, men kontonummeret tilhørte noen andre. Betalingstransaksjonen var riktig gjennomført, og mannen hadde ikke rett på tilbakebetaling.

At kontonummer og tekst ikke samsvarer behøver selvsagt ikke skyldes svindel. Betaleren kan også ha tastet feil nummer. Uavhengig av hva som er årsaken til diskrepansen mellom kontonummer, er resultatet at det ikke vil ha betydning for samtykket.

Jeg nevner for ordens skyld at finansinstitusjonen må «treffe rimelige tiltak» for å få pengene tilbakeført selv om den ikke kan holdes ansvarlig for overføringen, jf. finansavtaleloven § 43 (3). En undersøkelse av dette faller imidlertid utenfor drøftingen om når betalingstransaksjonen ikke er samtykket til, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

Paragraf 43 angår altså den «unike identifikasjonskoden». Etter noe uenighet internt i arbeidsutvalget,²⁰² konkluderte Justis- og politidepartementet med at «ansvaret for alle typer feilopplysninger fra kunden i utgangspunktet skal ligge på kunden selv»²⁰³. Standpunktet ble begrunnet i at det var et naturlig utgangspunkt at betaleren er ansvarlig for egne feil, og at dette var en oppfatning som ble delt av de øvrige nordiske landene. Å pålegge institusjonen ansvar for betalerens feil ville etter departementets syn også velte betalerens ansvar over på institusjonen, som ville kunne undergrave direktivets løsning. Etter dette må betaleren også anses for å ha autorisert en betalingstransaksjon ikke bare når mottakeren er en annen enn ønsket eller intendert, men også for eksempel når beløpet er feiltastet.

Etter § 43 a modereres utgangspunktet om at betaleren er ansvarlig for sine egne feil. Bestemmelsen sier at dersom betalingsordren «ved en feil har fått et annet innhold enn tilsiktet» og det benyttes personlig sikkerhetsanordning ved en nettbasert betalingstjeneste, og denne tjenesten «ikke gir den sikkerhet mot slik feilbruk som en kunde eller allmenheten med rimelighet kunne vente», kan tapet kreves dekket. Som det fremgår av forarbeidene, må det i utgangspunktet «ses hen til det enhver tid gjeldende regelverk og bransjenormer på området, men også til utnyttelsen av teknologiske muligheter.»²⁰⁴ Det er tale om et erstatningsansvar, altså ikke at betalingstransaksjonen er uautorisert.

²⁰⁰ Kjørven (2019).

²⁰¹ BKN-2010-151.

²⁰² Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 179-184.

²⁰³ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 158, første spalte.

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 190, andre spalte.

Bestemmelsen i § 43 a en særnorsk regel som ikke gjenfinnes i direktivet. Justis- og Politidepartementet drøftet om en slik regel kunne stride mot riktig implementering av betalingstjenestedirektivet, men fant at bestemmelsen ikke var til slikt hinder.²⁰⁵

Opprinnelig ble det foreslått å lage en felles regulering for andres misbruk av konto og betalerens egne feil ved nettbaserte overføringer.²⁰⁶ Forslaget ble ikke videreført fordi det ble ansett for ikke å utgjøre en tilstrekkelig tydelig gjennomføring av direktivet. Eventuelle feiltastinger betaler kan gjøre gjeldende overfor finansinstitusjonen, må derfor søkes erstattet som uriktig betalingstransaksjon etter § 40, og ikke som uautorisert betalingstransaksjon etter § 35.

Tilsynelatende defekter ved samtykket gir dermed ikke anledning til å påberope at det ikke er gitt samtykke dersom betalingsordren eller tillatelsen er gitt et annet innhold enn tilsiktet.

3.4.3 Samtykket behøver ikke å angi nøyaktig beløp

En betalingstransaksjon kan, men må ikke, spesifisere hvilket beløp som skal overføres fra betaler til betalingsmottaker for at overføringen skal kunne skje. Muligheten for å autorisere en betalingstransaksjon uten å angi eksakt beløp følger implisitt av finansavtaleloven § 33 a som angår «[t]ilbakebetaling der eksakt beløp ikke ble godkjent». Bestemmelsen tilsvarer betalingstjenestedirektivets artikler 62 og 63.²⁰⁷

Muligheten til å gi samtykke uten å spesifisere beløpet benyttes typisk når det er usikkert hva den endelige summen for varen eller tjenesten vil bli.²⁰⁸ Betalingsmottakeren vil da ha sikkerhet for betalingen, eksempelvis ved åpen regning når man lar betalingskortet ligge i baren.

At man belastes et større beløp enn ventet, innebærer etter forarbeidene ikke at betalingstransaksjonen er uautorisert.²⁰⁹ Det er manglende samtykke til iverksettingen av overføringen eller uttaket som gjør at en betalingstransaksjon er uautorisert, ikke om størrelsen på den avviker der beløpet ikke er avtalt på forhånd. Fordi belastningen ikke anses som uautorisert, kan ikke reglene i kapittel 2, del V påberopes av betaleren.

Etter § 33 a (1) bokstavene a og b har betaleren likevel rett til å få tilbakebetalt beløpet dersom beløpet ikke var autorisert, og det «oversteg hva betaleren med rimelighet kunne forvente». Behandlingen av denne bestemmelsen faller utenfor oppgavens tema da det ikke er en del av reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner.

Paragraf 33 a kommer altså bare til anvendelse når beløpet ikke var en del av autoriseringen. Dersom betalingstransaksjonen ble autorisert med bestemt beløp, for eksempel ved kjøp av melk på matbutikken, eller ved overføring av penger i nettbanken, er det tale om en autorisering ikke bare av betalingstransaksjonen, men også av beløpet. Det er imidlertid ikke tale om en uautorisert betalingstransaksjon dersom det overføres et større eller mindre beløp

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 158, første og annen spalte.

²⁰⁶ NOU 2008:21 s. 107, Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 137, første spalte.

²⁰⁷ Også i betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 75. Det presiseres at betaleren må samtykke til summen som reserveres.

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 88, første spalte.

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009), s. 87, andre spalte.

enn det autoriserte. Det er tale da om en uriktig gjennomført betalingstransaksjon. Ansvar må derfor gjøres gjeldende etter § 40, ikke etter § 35 jf. § 24.

En nyvinning i betalingstjenestedirektiv 2, er at det ikke kan foretas reservasjon av beløp uten at betaleren må samtykke til summen som kan reserveres.²¹⁰ Tilsvarende regulering finnes ikke i betalingstjenestedirektivet eller finansavtaleloven.²¹¹ Adgangen til å reservere beløp i forbindelse med potensielle betalingstransaksjoner beror derfor etter dagens rettstilstand på alminnelig avtalerett.²¹²

3.5 Samtykkets gyldighet

3.5.1 Anvendelsen av nasjonale regler om ugyldighet

Spørsmålet for denne delen er om samtykket kan være ugyldig, eventuelt på hvilken måte, og hva konsekvensene av dette i så fall vil være. På samme måte som det ikke er inntatt noen forklaring på hva som nærmere bestemt menes med samtykke i finansavtaleloven eller betalingstjenestedirektivet, fremgår det heller ikke når et samtykke kan være ugyldig. Det er ingen autoritative EU/EØS-kilder som regulerer dette spørsmålet. Spørsmålet om samtykkets gyldighet blir derfor samtidig et spørsmål om i hvilken grad man kan la alminnelige avtalerettslige regler om ugyldighet komme til anvendelse ved spørsmålet om det er gitt samtykke.

Å åpne for at de nasjonale ugyldighetsreglene kan komme til anvendelse, innebærer at det ikke vil bli rettsenhet fordi vilkåret forstås i lys av det enkelte lands ugyldighetsregler. Dette gjør at reglene om autorisering av betalingstransaksjon ikke vil være harmoniserte i alle EU/EØS-land. Hensynet til ensartede regler er et grunnleggende rettskildepriusipp i EØS-rettslig metode.²¹³ Harmoniserte regler fremgår også som en klar forutsetning ved vedtagelsen av direktivet. Dette kommer til uttrykk blant annet i betalingstjenestedirektivets fortale punkt 3 og 4 hvor det blant annet står at «[a]t nasjonale bestemmelser og en ufullstendig fellesskapsramme finnes side om side, fører til forvirring og manglende rettssikkerhet»²¹⁴ og «[d]et er derfor avgjørende at det opprettes en moderne og enhetlig ramme for rettslig ramme for betalingstjenester på fellesskapsplan(..)»²¹⁵.

Det er imidlertid flere steder i direktivet gitt klare anvisninger på at nasjonale regler kan og skal være bestemmende for hvordan reglene praktiseres i medlemsstatene. For eksempel gis det i fortalens punkt 33 uttrykk for at «[b]evis for og graden av påstått uaktsomhet bør vurderes i samsvar med nasjonal lovgivning». Av punkt 34 følger det at medlemsstatene «bør imidlertid kunne fastsette mindre strenge regler enn de som nevnt foran for å opprettholde eksisterende nivåer av forbrukervern og fremme tiltroen til sikker bruk av elektroniske betalingsinstrumenter». Av artikkel 45 nummer 5 som gjelder oppsigelse av rammeavtale, følger det at «[b]estemmelsene i denne artikkel berører ikke medlemsstatens lover og forskrifter om partenes rett til å oppheve rammeavtalen eller erklære den ugyldig».

Det er altså ikke lagt opp til fullstendig harmonisering på alle punkter i direktivet. Fortalens punkt 33 og artikkel 45 som gjør unntak for harmonisert forståelse når det kommer til

²¹⁰ Betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 75 nr. 1.

²¹¹ Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 91.

²¹² Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 91.

²¹³ Sejersted (2011) s. 223.

²¹⁴ Betalingstjenestedirektivets fortale avsnitt 3, siste punktum.

²¹⁵ Betalingstjenestedirektivets fortale avsnitt 4.

aktsomhetsregler, og regler om heving og gyldighet for rammeavtaler, har til felles at de gjør unntak for komplekse vurderinger som er vel etablert i nasjonal rett. Å fullt ut regulere når en betaler har vært uaktsom eller hvordan bevisbedømmelsen skal foretas på overnasjonalt nivå, er en omfattende oppgave. Det er trolig også overflødig, og kan tenkes å stride mot prinsippene om nærhet og forholdsmessighet. EU-lovgivning skal etter disse prinsippene bare vedtas dersom målene den ønsker å oppnå, ikke kan oppfylles tilstrekkelig av medlemsstatene selv.²¹⁶ Dette gjelder på samme måte som å regulere muligheten til å påberope at en avtale gir grunnlag for heving eller ugyldighet. At bestemmelser i direktivet, også de helt sentrale, må sees i lys av nasjonal rett, er altså en forutsetning direktivet selv gir uttrykk for. Dette må også gjelde for forståelsen av ugyldighetsreglens betydning for samtykke.

Å stenge for anvendelsen av nasjonale ugyldighetsregler vil utgjøre en vesentlig ulempe for forbrukere og andre brukere av betalingstjenester. Formålet med sikre betalingstjenester brukerne har tillit til, tilsier dette at ugyldighetsreglene må komme til anvendelse. Forståelsen av «samtykke» må i finansavtalelovens og betalingstjenestedirektivet leses utvidende til å gjelde «gyldig samtykke». Nasjonale regler om ugyldighet kan bare benyttes i den utstrekning det ikke strider med lovens eller direktivets system, for eksempel ved at det er særskilt regulert hvordan et spørsmål skal behandles. Nasjonale regler om feilskrift ved angivelse av personlig identifikasjonskode vil det for eksempel dermed ikke være anledning til å gå inn på.²¹⁷

I NOU 2008:21 er det inntatt betraktninger om ugyldighet og uautoriserte betalingstransaksjoner. Avtaleloven §§ 28-31 og §§ 33 og 36 trekkes frem som eksempler som kan påvirke reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner.²¹⁸ Det uttales at «så lenge kontohaveren ikke har utvist grov uaktsomhet eller forsett, kan ikke kontohaveren holdes ansvarlig for urettmessige belastninger, sml. også avtaleloven §§ 28-31 om ugyldige viljeserklæringer i forhold til svik mv.»²¹⁹ og at hovedregelen etter «§ 34²²⁰ er at kunden ikke står ansvarlig for andres misbruk av konto. Dette må også ses i sammenheng med avtalerettslige regler, se særlig avtaleloven § 33 og § 36. Falsk underskrift vil eksempelvis klart falle under avtalerettslige prinsipper om ugyldige viljeserklæringer. Kunden vil imidlertid kunne bli erstatningsansvarlig dersom han eller hun ved uaktsom opptreden har medvirket til misbruket»²²¹. Det legges i disse uttalelsene altså til grunn at ugyldighetsreglene kommer til anvendelse som moderasjon av tapsfordelingen etter § 35.

Uttalelsene er fremsatt i relasjon til ansvarsfordeling mellom betaler og betalingstjenesteyter, og ikke i spørsmålet om samtykke.²²² Det er etter min mening uriktig å si at ugyldighetsreglene i avtaleloven kan påvirke selve tapsplasseringen etter en uautorisert betalingstransaksjon. Disse bør heller tas inn i vurderingen av om det er gitt samtykke. Ugyldighetsreglene kommer til anvendelse på viljeserklæringer.²²³ Avtaleloven inneholder ingen definisjon av viljeserklæring, men det er forstått som disposisjoner som får rettsvirkning

²¹⁶ Fredriksen (2018) s. 178.

²¹⁷ Se punkt 3.4.2.

²¹⁸ NOU 2008:21, se henholdsvis s. 74, første spalte og s. 43, første spalte.

²¹⁹ NOU 2008:21 s. 74, første spalte.

²²⁰ Referansen er trolig ment å være til § 35.

²²¹ NOU 2008:21 s. 43, første spalte.

²²² NOU 2008:21 s. 43, første spalte og s. 74, første spalte.

²²³ Denne ordlyden brukes konsekvent i avtaleloven, og fremkommer blant annet av overskriften av kapittel 3 som kalles «[o]m ugyldige viljeserklæringer».

etter sitt innhold.²²⁴ Samtykke må forstås som en form for viljeserklæring. Det er altså viljeserklæringen – samtykket – som er gjenstand for en eventuell ugyldighet. Tapsfordelingen i seg kan ikke være ugyldig. Det må i så fall være en eventuell avtale om denne som er ugyldig. Det er ikke særlig praktisk, og heller ikke spørsmålet som blir drøftet av lovgiver.

Den eventuelle uaktsomme eller forsettlige medvirkningen som ligger til grunn for at en betalingstransaksjon ble iverksatt ved det ugyldige samtykket, er derimot forbeholdt vurderingen av tapsfordelingen mellom betaleren og betalingstjenesteyteren. For å foreta en vurdering av en eventuell tapsfordeling i en slik situasjon, er forutsetningen imidlertid at samtykket nettopp er ugyldig.

Avtalelovens ugyldighetsregler er anvendelige også på digitale medier.²²⁵ Det er uten betydning for reglens anvendelse om Peder ble utsatt for grov tvang etter avtaleloven § 29 til å tømme sparekontoen sin henholdsvis ved å undertegne et gjeldsbrev, eller foreta en overføring i nettbank.²²⁶

Virkingen av at iverksettelsen av en betalingsordre eller tillatelse til en slik er beheftet med en ugyldighetsgrunn som kan gjøres gjeldende overfor betalingsmottaker, er at det ikke foreligger et samtykke. Betalingstransaksjonen vil med det ikke være autorisert, jf. finansavtaleloven § 35 (1) 2.pkt jf. § 24 (2).

3.5.2 Ugyldighet overfor betalingstjenestetilbyder

De neste delkapitlene retter seg mot ugyldighet i forholdet mellom betaler og betalingsmottaker som kan påberopes overfor betalingstjenestetilbyder. Det kan tenkes at betaler kan påberope § 36 direkte overfor betalingstjenestetilbyder med påstand om at det er urimelig å gjøre samtykket gjeldende, men jeg vil ikke gå nærmere inn på dette.

En eventuell ugyldighet mellom betaler og betalingsmottaker er uten betydning så lenge den ikke kan gjøres gjeldende overfor betalingsmottaker. For de såkalte sterke ugyldighetsgrunnene vil ugyldigheten alltid kunne gjøres gjeldende overfor betalingstjenestetilbyderen.²²⁷ For de svake ugyldighetsgrunnene må betalingstjenesteyteren ikke ha vært i aktsom god tro for at ugyldigheten kan gjøres gjeldende.²²⁸ God tro vil behandles nedenfor i punkt 3.5.5.

Ugyldighetsregler deles gjerne inn i form-innholds-, habilitets- og tilblivelsesmangler.²²⁹ Formmangler, altså form som vilkår for gyldig disposisjon,²³⁰ er aktuelle i den forstand at mangel på samtykke i den formen som er avtalt, fører til at en betalingstransaksjon er uautorisert. Dette er behandlet over i punkt 3.2.2.

²²⁴ Høgberg (2014) note 2.

²²⁵ Udsen (2019) s. 538.

²²⁶ Udsen (2019) s. 538.

²²⁷ Woxholth (2017) s. 268.

²²⁸ Woxholth (2017) s. 269.

²²⁹ Woxholth (2017) s. 263.

²³⁰ Woxholth (2017) s. 263.

Innholdsmangler angår tilfeller der avtalens innhold er ugyldig.²³¹ Innholdsmangler som påvirker ugyldigheten mellom betaler og betalingsmottaker, kan i utgangspunktet ikke gjøres gjeldende overfor betalingstjenesteyteren. Dette skyldes at betalingstransaksjoner foretas uavhengig av underliggende forpliktelser, jf. punkt 2.6 over. I utgangspunktet er derfor avtalens innhold uten betydning for forholdet mellom betalingstjenesteyteren og betaleren. Avtalens innhold kan imidlertid spille inn ved andre forhold enn ugyldighet, for eksempel om en betalingstransaksjon foretas med den hensikt å hvitvaske kriminell virksomhet eller finansiere terrorvirksomhet. Disse forholdene reguleres av hvitvaskingsloven.²³²

Av de alminnelige reglene om ugyldighet er det altså først og fremst de såkalte habilitets- og tilblivelsesmanglene som er aktuelle. Disse vil bli behandlet i det videre.

3.5.3 Habilitetsmangler

Habilitet som ugyldighetsgrunn skal forhindre at personer blir bundet av avtaler til tross for at de ikke har tilstrekkelig evne til å ivareta sine interesser.²³³ Hovedskillet for habilitetsmangler trekkes mellom tilfeller hvor denne skyldes umyndighet eller mentale problemer og sykdommer. Det kan altså tenkes at et samtykke er ugyldig fordi det er avgitt av en umyndig og/eller en som har psykisk lidelse.

Ugyldighet som følge av sinnslidelse er ulovfestet, men regnes som sikker rett.²³⁴ En disposisjon er ugyldig dersom den er «motivert av sinnssykdom eller høygradig psykisk utviklingshemming» hos den handlende.²³⁵ Det er ikke klart om dette samtidig omfatter «bevisstløshet, tunge nevrologiske tilstander og andre mangler ved den mentale tilstand på grunn av rus, depresjon mv»²³⁶. Da dette spørsmålet er av mer generell karakter, og ikke bare gjør seg gjeldende for det som er forskningsspørsmålet i denne oppgaven, avgrensers jeg mot en generell utlegning av når en betaler ikke har gitt samtykke på grunn av sin mentale tilstand. Jeg nøyer meg med å bemerke at det er tale om en sterk ugyldighetsgrunn,²³⁷ og at en betalingstransaksjon som er motivert av en mental lidelse som faller inn under regelens virkeområde, dermed alltid vil være uautorisert.

Ugyldighet som følge av umyndighet er regulert i vergemålsloven.²³⁸ Den regulerer tilfeller der personer er umyndige som følge av alder og andre forhold. Alle personer under 18 år regnes som umyndige etter § 8, og er som følge av dette som utgangspunkt fratatt rettslig handleevne etter § 9. Personer over 18 år kan settes under vergemål dersom det er «behov for det» og de «ikke er i stand til å ivareta sine interesser» på grunn av «sinnslidelse, herunder demens, psykisk utviklingshemming, rusmiddelbruk, alvorlig spilleavhengighet eller alvorlig svekket helbred», jf. § 20 (1). På samme måte som mindreårige, er utgangspunktet at de er fratatt rettslig handleevne, jf. § 23.

Utgangspunktet om at personer under vergemål ikke har rettslig kompetanse, begrenses av en rekke regler. Paragrafene 12 (1) og 13 (1) er mest aktuelle for spørsmål om disponering av

²³¹ Woxholth (2017) s. 263.

²³² Lov om hvitvasking og terrorfinansiering.

²³³ Woxholth (2017) s. 270.

²³⁴ Woxholth (2017) s. 275.

²³⁵ Woxholth (2017) s. 275 med videre henvisning.

²³⁶ Woxholth (2017) s. 275.

²³⁷ Woxholth (2017) s. 275 med henvisning til Rt. 1995 s. 1540 (på s. 1544).

²³⁸ Lov om vergemål.

penger og angår henholdsvis disponering av midler den mindreårige (eller voksne) selv har tjent, og innkjøp i tilfeller der den mindreårige (eller voksne) har egen husholdning. Disse unntakene er plassert i kapittel 3 som gjelder vergemål for mindreårige, men etter § 23 kommer de til anvendelse også for voksne under vergemål. I slike tilfeller har mindreårige rettslig handleevne. Eventuelle disposisjoner som er foretatt innenfor disse reglene, er dermed ikke uautoriserte, med mindre andre forhold utover selve inhabiliteten påvirker samtykket.

Utover dette er disposisjoner foretatt under vergemål i utgangspunktet betraktet som en sterk ugyldighetsgrunn.²³⁹ Paragraf 14 (1) gjør imidlertid unntak fra dette utgangspunktet. En umyndig er etter denne bestemmelsen bundet av en avtale når han eller hun har «disponert med penger han eller hun har i sin besittelse» og medkontrahenten var i aktsom god tro. Denne legitimasjonsregelen gjelder tilsvarende for voksne under vergemål, jf. § 24.

Det klargjøres i forarbeidene at «penger» ikke bare innebærer kontanter, men også at «betalingskort uten kredittlement vil være omfattet når kortet lyder på den mindreåriges navn».²⁴⁰ Avgrensningen mot betalingskort mot kredittlement innebærer trolig at umyndige (verken barn eller voksne) skal få kredittkort utstedt til seg. Til tross for at forarbeidene bare omtaler kontanter og betalingskort, må «penger» også forstås som å inkludere elektroniske penger i samsvar med hvilke midler som kan påberopes som uautoriserte (se over punkt 2.5).

3.5.4 Tilblivelsesmangler

En tilblivelsesmangler er en betegnelse som brukes på tilfeller hvor det er noe galt med måten en avtale er kommet i stand på.²⁴¹ Tilblivelsesmangler som er særlig aktuelle for uautoriserte betalingstransaksjoner, er falsk, tvang og svik.

Falsk går ut på at en viljeserklæring fabrikkeres.²⁴² Regelen om falsk er ulovfestet og er å betrakte som en sterk ugyldighetsgrunn.²⁴³ Falskt samtykke ligger i kjernen av reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner. Til tross for at det er enklere å oppdage falsk gjennom moderne teknikker,²⁴⁴ viser det store antallet saker om uautoriserte betalingstransaksjoner og øvrige identitetstyverier at problemstillingen er høyst aktuell.²⁴⁵

I finansavtaleloven § 35 (2) reguleres tapsfordelingen i tilfeller som skyldes «bruk av et tapt eller stjålet betalingsinstrument», altså tilfeller hvor betalerens betalingsinstrument er benyttet til å gi inntrykk av at denne har samtykket til en betalingstransaksjon. Når Peder stjeler kortet til Hans og benytter dette til å kjøpe ny sofa på IKEA, fabrikkere han et samtykke som angivelig stammer fra Peder for å autorisere betalingen til varehuset. Det samme gjelder ved identitetstyveri hvor Hans inngår avtale om kredittkort i Karis navn. Nedenfor i punkt 4.4 gis det eksempler på grensedragning mellom falsk og representasjon.

Avtaleloven §§ 28 og 29 regulerer ugyldighet dersom man er blitt utsatt for tvang. Paragraf 28 kommer til anvendelse for viljeserklæringer som er «retsstridig fremtvunget ved vold mot person eller ved trusler, som fremkalder grundet frygt for nogens liv eller helbred». Paragraf

²³⁹ Giertsen (2014) s. 154, Woxholth (2017) s. 272.

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) s. 174, første spalte.

²⁴¹ Woxholth (2017) s. 279.

²⁴² Giertsen (2014) s. 170.

²⁴³ Giertsen (2014) s. 170, Woxholth (2017) s. 281.

²⁴⁴ Woxholth (2017) s. 281.

²⁴⁵ Se også Udsen (2019) s. 542.

29 kommer til anvendelse for viljeserklæringer som er «retsstridig fremkaldt ved anden tvang» enn den som er nevnt i § 28. Tvang etter § 29 omtales derfor ofte som «grov tvang»,²⁴⁶ og er i motsetning til § 28 en sterk ugyldighetsgrunn.²⁴⁷ «Tvang» er ikke definert i loven eller forarbeidene, men det sikter trolig til tilfeller hvor en part handler på en annen måte enn hun ellers ville gjort på grunn av trussel fra en annen part.²⁴⁸

I dansk høyesteretts sak 82/2018, var spørsmålet om en mann var bundet av et låneopptak på nesten 50 000 danske kroner foretatt i hans navn av en annen han hadde narkotikagjeld hos. Mannen anførte at han hadde levert fra seg de nødvendige opplysningene ved «trussel om umiddelbar anvendelse af vold» etter avtaleloven²⁴⁹ § 28 (1).²⁵⁰ Mannen ble funnet avtalerettslig forpliktet, så han kan ikke ha fått medhold i sin anførsel. Denne ble ikke utdypet, og en eventuell drøftelse av anførselen fremgår ikke av avgjørelsen.

Det kan tenkes at retten fant at den kom til anvendelse, men fordi den er betinget av medkontrahentens onde tro for å få virkning, og de ikke kunne konstatere dette, var det uten betydning. Det kan i alle fall ikke sluttes av dette at § 28 (1) ikke kommer til anvendelse ved trusler om umiddelbar anvendelse av vold til utlevering av betalingsinstrumenter. Saker fra Finansklagenemnda viser at §§ 28 og 29 påberopes som grunnlag for anførsler om uautoriserte betalingstransaksjoner i noen utstrekning.²⁵¹

I Rt. 1977 s. 608 måtte Høyesterett blant annet ta stilling til om utstedelsen av en pantobligasjon var ugyldig etter § 29. En dame ble truet av en av sin manns forretningsforbindelser om at denne sistnevnte ville anmelde hennes mann for underslag dersom hun ikke utstedte en garanti på 150 000 kroner. Høyesterett i avdeling kom enstemmig til at utstedelsen var ugyldig etter § 29. I vurderingen la retten vekt på at hun ikke fikk noen betenkningstid etter at trusselen ble fremsatt, at boligen som skulle tjene som sikkerhet var den eneste formuen hun hadde, at hun bodde der med sin mann og deres to mindreårige barn, samt at utpresseren måtte være klar over disse forholdene.

Til tross for at saken angikk pantobligasjoner, har saksforholdet for øvrig likhetstrekk med hvordan tvangssituasjoner etter § 29 kan utspille seg også for betalingstransaksjoner. I likhet med denne utstedelsen vil momenter som den økonomiske betydningen for offeret, så vel som konsekvensen utover det rent økonomiske, graden av press og tid til å områ seg, samt i hvilken grad utpresseren er klar over disse forholdene, være av betydning.

Svik etter § 30 er svært aktuelt som ugyldighetsgrunn for autorisering av betalingstransaksjoner. Paragraf 30 (1) 2.pkt gir uttrykk for en svak ugyldighetsgrunn som kommer til anvendelse hvis viljeserklæringen er «fremkalt ved svik» fra en tredjemann, og «den anden part kjendte eller burde ha kjendt» forholdet. Svik er ikke definert i loven, men klarlegges delvis i annet ledd. Det følger av bestemmelsen at svik innebærer å gi uriktige opplysninger om forhold av betydning for viljeserklæringen, eller å ha fortiet disse i uærlig hensikt.

²⁴⁶ Se for eksempel Woxholth (2017) s. 284-285, Giertsen (2014) s. 162.

²⁴⁷ Woxholth (2017) s. 284 og Giertsen (2014) s. 162.

²⁴⁸ Woxholth (2017) s. 284.

²⁴⁹ Aftaleloven.

²⁵⁰ 82/2018, s. 3.

²⁵¹ Se for eksempel FinKN-2014-338, BKN-2007-77 og BKN-2002-13. Se også Woxholth (2017) s. 285-286 og Hagstrøm (2005) s. 227 flg. med omtale og henvisning til Bankklagenemndas praksis.

I litteraturen er det hevdet at bestemmelsen er av svært liten praktisk betydning.²⁵² Dette skyldes at det er vanskelig å påvise bevisst svik, og at domstolene er tilbakeholdne med å stemple en avtale eller handlemåte som svikaktig.²⁵³ At svikbegrepet dekkes av § 33, gjør at denne ofte blir anført eller lagt til grunn i stedet for § 30. I tilfeller hvor det kan være aktuelt å påberope reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner, gjør imidlertid ikke disse innvendingene seg gjeldende. Svindel som grunnlag for å lure andre til å oppgi betalingsopplysninger eller foreta betalingstransaksjoner i («authorised push payments»), er utbredt. Det er ikke behov for å kvie seg for å stemple vishing-samtaler eller frierbrev fra angivelige utenlandske prinser som nettopp svindel. Ugyldighet etter § 30 er derfor egnet til å anvendes i slike tilfeller.

Å konstatere at avtaleforholdet mellom betaleren og svindleren er ugyldig, er imidlertid sjelden av verdi nettopp fordi avtalen er inngått med hensyn til å lure betaleren, og å gjøre det vanskelig eller umulig for denne å inndrive de tapte pengene igjen. § 30 kan imidlertid også påberopes overfor tredjeparter, forutsatt at denne ikke var i aktsom god tro.

3.5.5 God tro

Om en ugyldighetsgrunn kan gjøres gjeldende overfor betalingstjenestetilbyderen, avhenger altså ofte av om sistnevnte er i aktsom god tro. I avtaleloven § 39 er det formulert som et spørsmål om den annen part «ikke kjendte eller burde ha kjendt et bestemt forhold eller forøvrig var i god tro». Det er ikke inntatt en nærmere forklaring av hva dette innebærer i loven. Ikke å ha kjent til et forhold innebærer å ikke ha hatt positiv kunnskap om det. I relasjon til hva man «burde ha kjendt» til, er det i forarbeidene utdypet at man «ikke har positiv visshet om forholdet, men dog har en saa sterk mistanke om at det foreligger, at han efter god forretningsskik pligter at undersøke saken. Gjør han ikke det, ansees det som han har været i ond tro».²⁵⁴ En finansinstitusjon vil altså ikke være i god tro om den har mistanke om at det kan være tale om uautoriserte betalingstransaksjoner og ikke gjør undersøkelser i så henseende.

En finansinstitusjon kan i kraft av å være en juridisk person imidlertid ikke ha «kunnskap» om noe som helst. Problemet med at juridiske personer ikke kan ha kunnskap, ble adressert i saken inntatt i Rt. 2002 s. 696²⁵⁵. Førstvoterende uttalte at «[j]eg er klar over at det vil være fiksjon å tillegge et selskap som sådant kunnskap. Men slike konstruksjoner er også ellers funnet hensiktsmessig i forbindelse med etableringen av et regelsett for juridiske personer».²⁵⁶ Saken gjaldt krav om erstatning for mangel etter avhendingslova, men uttalelsen om en juridisk persons kunnskap har generell overføringsverdi. Dommen ble avsagt under dissens, men uenigheten rettet seg ikke mot dette spørsmålet.

At en finansinstitusjon kan ha mistanke om at det foretas uautoriserte betalingstransaksjoner, følger av muligheten til å sperre en kundes betalingsinstrument ved mistanke om dette eller ved svikaktig bruk, jf § 24 a (2) 1.pkt. Denne adgangen synes å være benyttet av de fleste

²⁵² Woxholth (2017) s. 286. Se også Giertsen (2014) s. 165.

²⁵³ Woxholth (2017) s. 286, Giertsen (2014) s. 165.

²⁵⁴ Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 96, andre spalte.

²⁵⁵ Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark).

²⁵⁶ Rt. 2002 s. 696, på s. 702.

aktørene.²⁵⁷ Bestemmelsen er klart formulert som en rettighet for finansinstitusjonen. Det foreligger derfor tilsynelatende ingen plikt til å sperre et betalingsinstrument ved en slik mistanke. En unnløstelse vil imidlertid kunne føre til at betaleren kan gjøre innsigelser om tilbyderens unnløstelse å «undersøke saken» i samsvar med god forretningsskikk. Betaleren vil da etter omstendighetene kunne påberope at finansinstitusjonen ikke var i god tro.

Finansinstitusjoner har tekniske løsninger som skal fange opp ulike forhold, slik som betalingstransaksjoner som kan være uautoriserte, eller som foretas for eksempel for å hvitvaske penger eller som skal finansiere terrorvirksomhet. Ved mistenkelige bevegelser på en betalers konto som overvåkes elektronisk, blir en ansatt i institusjonen varslet som må ta stilling til om bevegelsene fremstår som mistenkelige.²⁵⁸ Holdepunkter for mistanke om at det foreligger en uautorisert transaksjon er om det er foretatt mange transaksjoner til samme mottaker over kort tid, om den er foretatt et annet sted enn de andre transaksjonene og om overføringen skjer til en som tidligere har vært involvert i svindel. Hvilke krav som kan stilles til systemene som fanger opp potensielt uautoriserte betalingstransaksjoner, er ikke vurdert i betalingstjenestedirektivet, finansavtaleloven eller forarbeidene.

De tekniske løsningene som benyttes når samtykke gis kan også påvirke om betalingstjenesteyteren skal anses for å være i god tro. Krav om autentisering²⁵⁹ kan ses på som en forutsetning for at betalingstjenesteyteren er i god tro. Autentisering er altså en måte finansinstitusjonen kan bruke til å verifisere at det er betaleren som foretar betalingstransaksjonen. Personlig sikkerhetsanordning, for eksempel PIN-kode, tilsier at det er betaleren som har foretatt betalingstransaksjonen. Motsatt vil det vanskelig kunne aksepteres at betalingstjenesteyteren er i god tro dersom autentisering ikke er benyttet.

Betydningen av at det er benyttet personlig sikkerhetsanordning som autentiseringsmetode, kommer til uttrykk i tapsallokeringsregelen i § 35 (2). Dersom det er benyttet personlig sikkerhetsanordning (og betalingstransaksjonen er dermed autentisert), har betaleren et objektivt ansvar for å dekke tap opptil 1.200 kroner. Dersom det ikke er benyttet personlig sikkerhetsanordning, kommer ikke denne bestemmelsen til anvendelse.

I betalingstjenestedirektiv 2 skjerpes kravet til autentisering. Det følger av artikkel 74 nummer 2 at betaleren bare skal dele det økonomiske tapet dersom hun har handlet «svigagtig» og det ikke er brukt «stærk brukerautentisering». Dette medfører altså at betaleren ikke kan holdes ansvarlig for betalingstransaksjoner dersom det ikke er krevd sterk brukerautentisering, med unntak for svikaktig opptreden.

Dette kan sees på som at kravet for at betalingstjenestetilbyderen skal kunne holde betaleren ansvarlig, bygger på en forutsetning om at denne har gjort sitt til for å forsikre seg om at det faktisk er betaleren som gjennomfører transaksjonen. «Stærk brukerautentisering» defineres i

²⁵⁷ Se for eksempel i Norge: DnB standardavtale for Visa og Mastercard, punkt 22; Avtalevilkår Nordea Bankkort, punkt 19; Danske banks avtalevilkår for kredittkort og faktureringskort – forbrukerforhold, punkt 22. I Sverige: SEB villkor Betalkonton och Betaltjänster – Privat, punkt 5.3; Swedbank Villkor Betal- och Kreditkort MasterCard, punkt 13; Handelsbanken Villkor för Handelsbankens Bankkort och Frikort, punkt 12. I Danmark: Danske Bank Kortbestemmelser for Mastercard Basis, punkt 7; Jyske Bank Dankort og Visa/Dankort, Brugeregler, punkt 12.1; Sydbank Regler for Sydbank Mastercard Private, punkt 11.1.

²⁵⁸ Personlig kommunikasjon i samtale med kundebehandlere hos DnB og Danske Bank. Kundebehandlere kan ikke oppgi fullt navn. Samtaler 01.11.2019.

²⁵⁹ Som nevnt defineres «autentisering» i § 12 bokstav q som «en prosedyre som gjør det mulig for institusjonen å verifisere bruken av et bestemt betalingsinstrument, herunder dets personlige sikkerhetsanordninger».

artikkel 4 nummer 30 i betalingstjenestedirektiv 2 som «en autentifikasjon baseret på anvendelse af to eller flere elementer, der kategoriseres som viden (...), besiddelse (...), og iboende egenskab» hvor disse elementene er uavhengige av hverandre. Viten er typisk passord, besittelse kan være en kodebrikke og iboende egenskap kan være fingeravtrykk.

3.6 Oppsummerende bemerkninger

Samtykke er den eneste måten for at en betalingstransaksjon kan bli autorisert. Samtykke benyttes som en samlebetegnelse på tilfeller hvor betaleren selv enten har gitt en betalingsordre, eller tillatt en slik dersom det er betalingsmottakeren som har iverksatt den.

For at et samtykke skal kunne autorisere en betalingstransaksjon må det være gitt i samsvar med partenes avtale, ikke være tilbakekalt, ikke være foretatt med et sperret betalingsinstrument eller være ugyldig. Det er altså en delvis formell, delvis materiell forståelse av hva som utgjør et samtykke som må legges til grunn. Utgangspunktet er en formell forståelse i den forstand at samtykke skal anses for å være gitt dersom den avtalte prosedyren for dette er fulgt. Dette gjelder imidlertid ikke dersom det er tale om en ugyldighetsgrunn som kan gjøres gjeldende overfor betalingstjenestetilbyderen. Dette siste innebærer at forståelsen av samtykke må kompletteres av en materiell forståelse.

De standardiserte prosedyrene for hvordan samtykke skal gis synes relativt likt utformet i de skandinaviske landene. Reglene om ugyldighet er også i hovedsak sammenfallende. Dette gjør at det vil være en relativt ensartet forståelse i Skandinavia av når det er gitt samtykke til en betalingstransaksjon, men denne vil kunne skille seg fra andre deler av EU/EØS.

4 Betalerens samtykke ved bruk av representant

4.1 Innledende bemerkninger

Samtykke er som nevnt den eneste muligheten for at en betalingstransaksjon kan autoriseres. Som det fremgikk av punkt 3.2.3 kan en betaler gi sitt samtykke via andre, for eksempel ved å låne bort kredittkortet sitt og opplyse om koden og hva som ønskes kjøpt. Når en annen skal foreta betalingstransaksjoner på vegne av betaleren, må betaleren gi samtykke til dette. Når en betalingstransaksjon foretas av en annen enn betaleren selv, er det nettopp om denne handlingen er samtykket til eller ikke, som skiller den autoriserte betalingstransaksjon fra den uautoriserte. I det foregående kapittelet var spørsmålet hva som utgjør et samtykke i relasjonen mellom betaler og betalingstjenestetilbyder. I dette kapittelet er spørsmålet hva som utgjør et samtykke fra betaler til dennes representant.

Dersom betaleren velger å benytte seg av en representant må, det altså foreligge samtykke i to henseende: fra betaleren til dennes representant, og fra representanten til betalerens betalingstjenestetilbyder. Betalerens representant må benytte seg av den eller de standardiserte prosedyrene som er avtalt mellom betaleren og dennes tilbyder. Foruten at det er en annen enn betaleren som foretar betalingstransaksjonen, må denne iverksettes eller tillates på samme måte som det er angitt i betalerens og dennes betalingstjenestetilbyders avtale.

Beløpsbegrensninger angitt i Peder og Landkredits avtale gjelder likefullt om det var Hans som foretok betalingen.

Dersom representantens disposisjon blir rammet av en ugyldighetsgrunn som kan gjøres gjeldende overfor betalerens finansinstitusjon, må dette føre til at samtykket er ugyldig på samme måte som omtalt i punkt 3.5. For eksempel kan samtykket ikke gjøres gjeldende dersom Kari har foretatt en disposisjon på vegne av Peder, men den ble motivert av en pistolmunning plassert mellom skulderbladene hennes.

Det er altså et dobbelt krav om samtykke for at betalingstransaksjonen skal regnes som autorisert. Det er samtykket fra betaler til representanten som skal undersøkes i denne delen. Jeg tar ikke stilling til tilfeller hvor det foreligger særskilt grunnlag i form av avtale med finansinstitusjonen, eller i lov, for eksempel etter vergemålsloven eller ekteskapsloven²⁶⁰.

4.2 En avledning av betalerens samtykke

Det er ikke mulig å utlede hva som nærmere bestemt utgjør et samtykke i relasjonen mellom betaler og betalerens representant av de EU/EØS-rettslige kildene. Utgangspunktet må tas i alminnelige avtalerettslige betraktninger. Det er betalerens egen disposisjon som danner rett for en annen til å gjennomføre betalingstransaksjoner på dennes vegne. Det er betaleren som har kompetanse til å samtykke til betalingstransaksjoner. Betaleren kan delegere denne kompetansen i medhold av alminnelig avtalerettslig privatautonomi. Adgangen til å samtykke på vegne av en annen, er dermed avledet av betalerens samtykke.

Samtykke fra betaleren til representanten har nettopp avtalerettslig grunnlag. Samtykke som rettslig størrelse har store likhetstrekk med «rettshandel», «viljeserklæring» og «dispositivt utsagn» i den forstand at avgiver blir bundet ved fremsettelsen av dette.²⁶¹ På samme måte som i den alminnelige avtaleretten, gjelder prinsippet om formfrihet, og det kan ikke kreves at samtykket må gis for eksempel skriftlig.²⁶²

Btaleren delegerer kompetansen, men kan tilbakekalle representantens samtykke på samme måte som om den selv hadde gitt det opprinnelige samtykket. Tilbakekall kan skje overfor representanten eller overfor betalingsinstitusjonen innenfor de alminnelige fristene (se over punkt 3.3).

At representantens samtykke er avledet av betalerens samtykke, har også betydning der det opprinnelige samtykket ville vært beheftet med en ugyldighetsgrunn. Dersom Hans blir lurt til å foreta en såkalt «authorised push payment», men lar Kari gjennomføre den på sine vegne, er det like fullt tale om en betalingstransaksjon iverksatt av betaler. Dette har til følge at betalingstransaksjonen anses som autorisert. På samme måte vil det dersom Hans blir truet til å overføre sparepengene sine om han noen gang vil se familien sin igjen, like fullt være et ugyldig samtykke dersom Hans ber Kari om å foreta overføringen for seg.

Ved bruk av representant som skal opptre i en annens navn og for dennes regning, er det naturlig å tenke på fullmaktsinstituttet. Dette åpner for at en fullmektig kan inngå avtale på vegne av sin prinsipal.²⁶³ Avtalen er bindende overfor prinsipalen og medkontrahenten, men er inngått av fullmektigen på prinsipalens vegne. I de norske forarbeidene er fullmektiger gitt som et eksempel på representanter som kan samtykke til betalingstransaksjoner på kundens vegne.²⁶⁴ I de svenske forarbeidene utarbeidet som ledd i implementeringen av betalingstjenestedirektivet, behandles dette utelukkende som et spørsmål om fullmakt.²⁶⁵

²⁶⁰ Lov om ekteskap § 41.

²⁶¹ Jeg tar ikke med dette stilling til om det kan settes likhetstegn mellom betegnelse, men det er heller ikke nødvendig ut fra problemstillingen. Om forståelsen av termene, se Hov (2009) s. 81-83 med videre henvisninger.

²⁶² Woxholth (2017) s. 30, Giertsen (2014) s. 44.

²⁶³ Woxholth (2017) s. 209.

²⁶⁴ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 107. Se også over i punkt 3.2.3.

²⁶⁵ SOU 2005:108 s. 242-243. Se også over i punkt 3.2.3.

Når betalingstransaksjonene iverksettes elektronisk, fremstår det imidlertid som anstrengt å skulle forsøke å innpasse disse i en klassisk modell for fullmakt. Tilfellene vi her står overfor, skiller seg vesentlig fra de tradisjonelle fullmaktsforholdene ved at det for medkontrahenten ikke vil være synlig at den forholder seg til en representant, og ikke sin medkontrahent. Det er verken i teori eller praksis fremholdt at dette er et krav for at det skal være tale om et fullmaktsforhold,²⁶⁶ men problemstillingen har antagelig heller ikke vært særlig aktuell tidligere. Jeg utelukker ikke muligheten for at det er adgang til å behandle spørsmålene om elektronisk iverksatte betalingstransaksjoner som et spørsmål om fullmakt alene, men jeg velger altså å se på spørsmålet som et generelt spørsmål om kompetanse, ikke begrenset til fullmakt.

Uttalt bruk av fullmakt er sjelden i praksisen som finnes. Et tilsynelatende enkeltstående eksempel fra skandinavisk rett hvor det er benyttet ulovfestet fullmakt som forklaringsmodell for autorisering av betalingstransaksjoner, er en sak fra Svea Hovrätt²⁶⁷. Underretten konstaterte at en rekke omtvistede disposisjoner skal anses for å være autoriserte på bakgrunn av såkalt toleransefullmakt. Toleransefullmakt oppstår når medkontrahenten har berettigede forventninger til å utgå fra at det foreligger fullmakt på bakgrunn av passivitet fra prinsipalen.²⁶⁸ Dette ble formulert som at banken «har därmed haft rätt att utgå från att Michael Jarvas inte haft något att invända mot transaktionerna». Denne konklusjonen ble truffet blant annet at på bakgrunn av at han «under en tid av närmare sex år inte skulle ha reagerat på att, utöver sedvanliga utgifter, drygt 650 000 kr tagits ut från hans konton och att paret alltså levit långt över sina inkomster».

Det fremstår som anstrengt å benytte seg av toleransefullmakt som forklaringsmodell for hvorfor mannen ikke skulle få pengene tilbake da både den relative og absolutte reklamasjonsfristen var utløpt. Avgjørelsen er derfor en illustrasjon på at bankens forventninger er benyttet til å konstatere selvstendig fullmakt, men verken begrunnelsen eller avgjørelsens egenvekt fremstår som så robust at det bør anses som noe mer enn dette.

Motpartens berettigede forventninger ble også vektlagt i sak NJA 2017 s. 1105. Der ble det av Högsta Domstolen i Sverige uttalt at ettersom det var brukt elektronisk signering ved et låneopptak at «utgångspunkten att den elektroniska underskriften endast kan skapas av den som har tillgång till den personliga och hemliga koden *är ägnad att skapa en tillit hos mottagaren* – den förlitande parten – med innebörden att han eller hon ska kunna utgå från att en elektronisk handling kommer från den vars elektroniska underskrift har använts vid undertecknandet» (min utheving). Saken gjaldt spørsmål om bevis for elektronisk låneopptak og angår derfor ikke uautoriserte betalingstransaksjoner direkte. Autentisering av betalingstransaksjoner og elektronisk signering er ofte den samme. De faktiske forholdene i saken gjør det derfor interessant å undersøke betraktningenes overføringsverdi til våre spørsmål.

Svensk høyesterett trakk altså frem, og vektla, at motparten kan forvente at det er sertifikatnehaveren som har benyttet signaturen. Begrunnelsen for utsagnet er at den elektroniske underskriften bare kan skapes av den som har tilgang til den personlige og hemmelige koden. Utsagnet i seg selv kan stemme, men det er ikke tatt høyde for at

²⁶⁶ Til sammenligning har det blitt drøftet om prinsipalen kan være ukjent, se Lilleholt (2017) s. 67.

²⁶⁷ Svea Hovrätt mål nr. T 10321-11.

²⁶⁸ Lassen (1992) s. 33.

eventuelle misbrukere har flere muligheter til å fralure sertifikathavers personlige kode.²⁶⁹ I de aller fleste tilfeller vil det trolig være sertifikatnehaver som faktisk undertegner lånedokumenter eller autentiserer betalingstransaksjoner. Det innebærer imidlertid ikke at det er umulig for andre å misbruke sertifikatet til å foreta økonomiske disposisjoner i sertifikatnehaverens navn. Når misbruk av elektronisk signatur er en reell mulighet, er det vanskelig å se hvordan man kan begrunne en uforbeholden forventning hos motparten om at denne ikke skal være misbrukt.

Spørsmålet om betalingstransaksjonen er autorisert, er altså et spørsmål om det er gitt samtykke også når det benyttes representant. Det er til sammenligning ikke et spørsmål om legitimasjon. Dette er ikke en vurdering som nødvendigvis er sammenfallende med en fullmaktsvurdering fordi spørsmålet om autorisering ikke er et spørsmål om legitimasjon på samme måte som for fullmakt. Perspektiver og betraktninger fra fullmaktslæren vil imidlertid være en stor støtte i de videre drøftelsene.

Hvordan samtykket skal gis fra betaler til representant, beror på hvem eller hva som agerer som representant, og i hvilken sammenheng. Et praktisk viktig skille går mellom tilfeller der betalingstransaksjonen skal gjennomføres ved at representanten er en elektronisk tjeneste (betalingsinitieringstjeneste), og der representanten er satt i stand til å gi betalingsordre eller tillate en slik elektronisk. Denne inndeling danner grunnlaget for de neste punktene.

4.3 Når representanten er en betalingsinitieringstjenestetilbyder

Betalingsinitieringstjenester er en relativt ny tjeneste. De medfører at et samtykke kan formidles fra betaler til betalingsmottaker gjennom bruk av en elektronisk representant. De omtales i betalingstjenestedirektiv 2 som betalingsinitieringstjenester. I norsk sammenheng er det foreslått å bruke betegnelsen «betalingsfullmektig» i stedet for betalingsinitieringstjenester.²⁷⁰ Dette henspiller på at man i realiteten gir betalingsinitieringstjenestetilbyderen fullmakt til å iverksette en betalingstransaksjon på sine vegne. Jeg kommer her til å benytte meg av betegnelsen som benyttes i betalingstjenestedirektivet.

Betalingsinitieringstjenester er definert i betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 4 nummer 15 som «en tjeneste til initiering af en betalingsordre på anmodning af betalingstjenestebrugeren med hensyn til en betalingskonto hos en anden betalingstjenestebruger». Denne definisjonen gir altså anvisning på at betaler eller betalingsmottaker benytter betalingsinitieringstjenesten til å gi en betalingsordre fra eller til en betalingskonto som betalingstjenestebrukeren har hos en annen betalingstjenestetilbyder. Adgangen til å benytte betalingsinitieringstjenester følger av artikkel 64 nummer 2, 2. pkt.

Det som skiller betalingsinitieringstjenesten fra for eksempel et betalingsinstrument, er at det altså ikke nødvendigvis foreligger noen avtale mellom betaler og kontoførende finansinstitusjon om bruk av denne tjenesten. Betalingsinitieringstjenestetilbyderen er altså en annen enn den kontoførende betalingstjenestetilbyderen, men kan likevel iverksette betalingsordre fra den aktuelle kontoen.

²⁶⁹ Se for eksempel Eriksen (2019).

²⁷⁰ Justis- og beredskapsdepartementet (2017) s. 68.

Betalingsinitieringstjenester er en nyvinning i betalingstjenestedirektiv 2. De er ikke regulert i betalingstjenestedirektivet eller finansavtaleloven.²⁷¹ Betalingsinitieringstjenester benyttes uavhengig av dette. Tjensten VIPPS er svært utbredt i Norge med rundt 2,9 millioner brukere.²⁷² Betalingsinitieringstjenester på mobil er ikke å regne som en betalingstjeneste etter § 11 (1) bokstav e²⁷³ fordi tjenestetilbyderen ikke opptrer som «mellomledd mellom kunden og leverandøren av varer eller tjenester» i den forstand at beløpet ikke blir belastet regningen hos tilbyderen. Ved bruk av betalingsinitieringstjenester blir betalerens konto belastet direkte.

At betalingsinitieringstjenestene ikke er regulert, er likevel ikke til hinder for at samtykke kan formidles gjennom disse tjenestene. Den manglende reguleringen må først og fremst tenkes å ha betydning for tjenestetilbydernes markedsadgang. Adgangen til å la betaleren samtykke gjennom en betalingstjenestetilbyder er fortsatt basert på avtalerettslig grunnlag.

Etter artikkel 66 nr. 2 i betalingstjenestedirektiv 2 er autorisering av betalingstransaksjoner betinget av at betaleren har gitt «uttrykkelig samtykke»²⁷⁴ til betalingstjenesteyteren. Kravet for autorisering er altså ikke underlagt avtalefrihet på samme måte som samtykket til finansinstitusjonen. Det kan ikke utledes et krav om uttrykkelig eller eksplisitt samtykke ved bruk av betalingsinitieringstjenester av betalingstjenestedirektiv 2 ettersom det ikke har virkning for norsk rett. Spørsmålet er derfor om et krav om uttrykkelig samtykke bør oppstilles for bruk av betalingsinitieringstjenester på grunnlag av andre forhold.

I høringsnotatet til ny finansavtalelov foreslås det lovfesting av kravet for bruk av betalingsinitierings- og kontoopplysningstjenestene, men det kommenteres også at det er mulig at kravet allerede følger av alminnelig avtalerett.²⁷⁵ Dette skyldes at en «fullmakt er en form for ”uttrykkelig samtykke” til å opptre på vegne av en annen».²⁷⁶ Krav om uttrykkelig samtykke er foreslått «av hensyn til rettslig klarhet».

På samme måte som ved autorisering ved bruk av betalingsinstrumenter som betalingskort, er det begrenset hvor mange måter samtykke kan kommuniseres på. Dette er også grunnen til at avtalevilkårene for slike tjenester som oftest innebærer at samtykke gis uttrykkelig.²⁷⁷ Fordi betalingsinitieringstjenester er elektroniske tjenester, må samtykket kunne kommuniseres på en klar måte. Resultatet må antas å være et uttrykkelig samtykke.

Det er altså store faktiske likheter mellom hvordan betaler gir samtykke til betalingstjenestetilbyderen og til betalingstjenesteinitieringstjenesten. Begge former for samtykke er basert på avtalerettslig grunnlag. Etter dagens rettsstilstand er det imidlertid ingenting som pålegger betaleren og betalingsinitieringstilbyderen å inngå avtale om prosedyre og fremgangsmåte for samtykket.

4.4 Når representanten er en fysisk person

Samtykket betaleren gir til en fysisk representant og samtykket hun gir til en betalingstjenestetilbyder skiller, seg på flere måter. De mest åpenbare forskjellene består for

²⁷¹ Betalingstjenestedirektiv 2, fortalens punkt 29, Justis- og Beredskapsdepartementet (2017) s. 67-68.

²⁷² Finans Norge (2018c).

²⁷³ Som omtalt i punkt 2.3.3.

²⁷⁴ Se også svensk «uttryckliga godkännande» og engelsk «explicit consent».

²⁷⁵ Justis- og beredskapsdepartementet (2017), s. 73.

²⁷⁶ Justis- og beredskapsdepartementet (2017), s. 73.

²⁷⁷ Se punkt 3.2.2 om dette.

det første i at samtykket til en representant fra betaleren ikke må (og i realiteten neppe gis) i en form og prosedyre partene tidligere har inngått avtale om. For det andre er samtykket til en representant ikke formidlet gjennom standardiserte teknologiske løsninger, og det foreligger følgelig fysisk kontakt mellom betaler og representant. Tvert imot er det nærliggende å tro at de i de aller fleste tilfeller vil være bekjente. De to samtykkene som autoriserer én bestemt transaksjon, vil ikke ha sammenfallende prosedyre for hvordan de gis, og de innholdsmessige komponentene vil også ofte være avvikende.

Det er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig forutsetning at representanten fysisk er satt i stand til å gjennomføre en betalingstransaksjon på vegne av kontohaveren for at det skal være tale om en betalingstransaksjon. Uten at Peder har tilgang på kredittkortet til Kari og kjenner til PIN-koden til dette, hjelper det aldri så mye om Kari tydelig proklamerer at Peder kan benytte dette til å kjøpe togbilletter med. En overlevering av betalingsinstrument eller tilgang til nettbank vil kun utgjøre et samtykke dersom denne gir uttrykk om et ønske om at representanten skal benytte dette til et mer eller mindre spesifisert formål.

Overleveringen må skje frivillig og som ledd i et ønske om at betaleren ønsker å skape en rett for representanten for å kunne utgjøre et samtykke. Dette gjør at sakene 82/2018 og 87/2018 fra dansk høyesterett ikke har nevneverdig overføringsverdi til utnevning av representant for autorisering av betalingstransaksjoner. Sak 82/2018 ble kommentert over i punkt 3.5.4. 87/2018 bygger på tilnærmet likt faktum. Mannen påberopte seg at han ble truet til å gi fra seg de nødvendige opplysningene, for deretter å bli lurt til å ta ut penger av sin konto som stammet fra et lån de hadde tatt opp i hans navn, og gi disse til misbrukerne.

Begrunnelsen og konklusjonen er identisk formulert i de to sakene. I konklusjonen «tiltræder Højesteret af de grunde, der er anført af landsretten, at A har udvist en sådan grad af uagtsomhed, at han i forhold til Basisbank hæfter for låneoptagelsen på aftaleretligt grundlag, selv om underskriften ikke er tilføjet digitalt af ham selv». Det konkluderes altså med binding basert på «aftaleretligt grunnlag» begrunnet ut fra «uagtsomhet». Det fremgår imidlertid ikke av begrunnelsen eller konklusjonen verken hva uaktsomheten består i, eller hvilken grad av uaktsomhet mennene har utvist. Begrunnelsen i høyesterettsavgjørelsen er formulert i to setninger og leser:

«Afgørelsen af, om indehaveren bliver aftaleretligt forpligtet i tilfælde af, at tredjemand misbruger indehaverens digitale signatur, må træffes på grundlag af en konkret vurdering af det samlede hændelsesforløb. I denne vurdering indgår bl.a., under hvilke omstændigheder tredjemand er kommet i besiddelse af indehaverens nøgle (brugernavn, adgangskode og nøglekort til NemID), om indehaveren har haft kendskab til, at tredjemand er kommet i besiddelse af de pågældende oplysninger, og om indehaveren har gjort, hvad der var muligt for at forhindre misbrug, f.eks. ved at spærre sit NemID så hurtigt som muligt, jf. herved betænkning nr. 1456/2004 om e-signatures retsvirkninger, side 105-110.»

Som det fremgår av begrunnelsen, er momenter som inngår i vurderingen hentet fra forarbeidene til e-signaturloven.²⁷⁸ De aktuelle passasjene fra disse er inntatt i sin helhet. Det følger av disse blant annet at «certifikatindehaver efter omstændighederne vil kunne blive bundet af tredjemands uberettigede dispositioner under anvendelse af den digitale signatur, hvis certifikatindehaveren ved sin *adfærd uagtsomt har muliggjort eller lettet tredjemands*

²⁷⁸ Betænkning nr. 1456/2004.

misbruk af signaturen, og der som følge af certifikatindehaverens adfærd ut fra en konkret vurdering må antages at være etableret et fuldmagtsforhold mellem certifikatindehaveren og den, der uberettiget bruger den digitale signatur, eller hvis certifikatindehaveren efterfølgende godkender dispositionen» (mine uthevinger).

Synspunktene fra dansk høyesterett er vanskelig å forstå.²⁷⁹ Det kan ha sammenheng med utformingen av domsgrunner i Danmark som utarbeides av dommerne i fellesskap, også når det har vært uenighet.²⁸⁰ Domsgrunnene gir uttrykk for det dommerne kunne enes om.²⁸¹ Dette gjør det her vanskelig å la avgjørelsen tjene som inspirasjon for en norsk løsning.

At man kan bli avtalerettslig bundet ved å opptre uaktsomt rundt verdipapirer eller annet som muliggjør at andre kan skape en fullmakt, synes å ha støtte i dansk juridisk teori og hvordan denne oppfatter tidligere rettspraksis.²⁸² To saker fra underrettene tjener til illustrasjon.¹ I U.1992.753 hadde en kontorassistent utstedt sjekker med signatur-stempel. Assistenten hadde ikke rett til å disponere over kontoen, og sjekkene skulle i utgangspunktet ikke anses som gyldige. Retten kom imidlertid til at arbeidsgiveren hadde opptrådt så uforsiktig ved å gi assistenten mulighet til å foreta disposisjonene og ikke ført tilstrekkelig kontroll med henne. Arbeidsgiveren fikk ikke medhold i at pengene måtte tilbakeføres. I sak U.1996.568V hadde en person underskrevet to ark på anmodning fra sin søster som var ansatt i bank. Arkene hadde med bankens logo, men var ellers blanke. Søsteren påførte en gjeldsbrevtekst etter at broren hadde signert, uten at han var klar over dette. De angivelige gjeldsbrevene ble ansett for å være forfalskede av søsteren. Broren fikk imidlertid ikke medhold i at «gjeldsbrevene» kunne gjøres gjeldende fordi han hadde utvist «betydlig uforsigtighed», samt at finansinstitusjonen heller ikke hadde reagert på kontouttak i ettertid. Avgjørelsene er knapt begrunnet. Uaktsomhet ved avtalebinding synes å spille en annen rolle i dansk teoretisk avtalerett sammenlignet med den norske.²⁸³

Uavhengig av uaktsomhetens alminnelige betydning som avtalestiftende element, må det for uautoriserte betalingstransaksjoner legges til grunn at uaktsomhet ikke kan tas til inntekt for at det er gitt samtykke. Uaktsom omgang med betalingsinstrument er i finansavtaleloven sanksjonert i § 35 tredje ledd, og manglende reklamasjon i § 37 første ledd. Ved å åpne for uaktsomme utnevnelser av representant, enten ved uaktsom omgang med betalingsinstrument og passord til disse eller ved uaktsomt forsinket reklamasjon, vil reglene om dette i §§ 35 (3) og 37 (1) utvannes. Det er her en sanksjonering av tilfeller hvor det ble ansett uaktsomt ikke å melde fra etter at andre ble satt i stand til å foreta elektronisk signering på sertifikathavernes vegne.

Ettersom fullmakten ikke oppstår kun ved å sette en annen i stand til å foreta en elektronisk signering, men ved at det også har vært uaktsomt å ikke melde fra om dette, er det på grunn av særreguleringene i finansavtaleloven som følger av betalingstjenestedirektivet, ikke rom for å la disse synspunktene gjøre seg gjeldende også for autorisering av betalingstransaksjoner. Det kan derfor ikke regnes som et samtykke fra betalerens side at denne gjennom uaktsom handling eller unnløstelse har satt en annen i stand til å foreta betalingstransaksjoner på sine vegne.

²⁷⁹ Kjørven (2019).

²⁸⁰ Hjortnæs (2015) s. 636, Eckhoff (2001) s. 157.

²⁸¹ Hjortnæs (2015) s. 636, Eckhoff (2001) s. 157.

²⁸² Andersen (2013) s. 291, Udsen (2019) s. 542-543.

²⁸³ Hauge (2009) s. 93.

For at det skal være tale om et samtykke til å la en annen autorisere en betalingstransaksjon, er det derfor nødvendig både at representanten rent faktisk er i stand til å foreta den eller de aktuelle betalingstransaksjonene, og at dette skjer i kombinasjon med et uttrykk for et ønske fra betaleren. Om betaleren gir uttrykk for et ønske om at representanten skal foreta en eller flere betalingstransaksjoner på sine vegne, må klarlegges på bakgrunn av alminnelig avtaletolkning. Det kan i forbindelse med dette være nyttig å se hen til hvordan oppdragsfullmakt stiftes. Situasjonene er sammenlignbare i den forstand at prinsipalen gir sin fullmektig en mer eller mindre klar instruks til å handle på sine vegne. Slike handlinger og/eller utsagn må tolkes etter alminnelig avtalerett.²⁸⁴

På samme måte som ved oppdragsfullmakter, vil disposisjonene fra betaleren overfor representanten ofte inngå i en større kontekst.²⁸⁵ En henstilling om at noen skal foreta en betaling på sine vegne, må antas å som oftest bli fremsatt til noen betaleren allerede har en relasjon til. Henstillingen behøver ikke alltid være uttalt eller klart avgrenset. For eksempel har ekteparet Ås et relativt avslappet forhold til hvem sitt bankkort de benytter seg av når de bestiller og betaler for årets sommerferie på nett.

Det avgjørende er like fullt hvordan representanten med rette kunne forstå oppdraget.²⁸⁶ Dersom Hans mente at Peder bare kunne benytte kredittkortet hans til å bestille togbilletter, men Peder brukte det også for å bestille hotell, vil en manglende reaksjon fra Hans innebære at Peder også neste gang kan anta at han kan bestille både transport og overnatting til ferien. Tolkningsspørsmålene vil ofte være om oppdraget er tidsbestemt eller om den gjelder enkeltstående eller serier av betalingstransaksjoner.

Hensynet til hvordan representanten forstår oppdraget om å foreta en eller flere betalingstransaksjoner, er altså avgjørende for hvordan betalerens samtykke skal forstås. Dersom representanten handler utenfor betalerens samtykke, vil betalingstransaksjonen være uautorisert (se neste punkt). Betaleren risikerer i slike tilfeller å bli møtt med et regreskrav fra betalerens finansinstitusjon.²⁸⁷ Sikkerhet og forutberegnelighet for betalerens representant innebærer derfor at betalerens samtykke må forstås i lys av representantens berettigede oppfatning av dette.

Etter finansavtaleloven § 37 kan adgangen til å kreve tilbakebetaling avskjæres på bakgrunn av manglende reklamasjon. Om § 37 kommer til anvendelse, innebærer dette ikke at betalingstransaksjonen er autorisert. Passivitet kan imidlertid også unntaksvis tolkes som et uttrykk for enighet eller godkjenning.²⁸⁸ Betalingstransaksjonen vil da være autorisert på bakgrunn av betalerens passivitet.

Dersom betaleren har opptrådt på en slik måte at handlingsmåten hennes kan tolkes som at hun mer eller mindre motvillig har ment å akseptere en annen som sin representant, må det kunne tolkes som et stilltiende samtykke til at denne kunne autorisere

²⁸⁴ Lilleholt (2017) s. 69.

²⁸⁵ Lassen (1992) s. 42.

²⁸⁶ Lilleholt (2017) s. 71.

²⁸⁷ Dette er ikke regulert i finansavtaleloven eller betalingstjenestedirektivet, men følger av alminnelige regler om erstatning.

²⁸⁸ Lilleholt (2017) s. 50.

betalingstransaksjoner.²⁸⁹ En sak fra Finansklagenemnda Bank kan tjene som illustrasjon. I FinKN-2016-61 ble flere store beløp tatt ut av klagers konto. Det viste seg at det var sønnen, som led av spilleavhengighet, som hadde fått tak i farens betalingsdetaljer, og deretter benyttet hans midler til online gambling. Flertallet fant at klageren flere ganger hadde satt inn midler på kontoen når kontoen var i minus eller det var lite igjen. Innskuddsmønsteret tydet derfor på at han var klar over at det ble brukt penger fra kontoen, og at han satte inn nye midler tydet på at han aksepterte dette.

Nemndas flertall tok ikke stilling til om det var tale om samtykke etter § 24 (2) eller forsettlig unnlattelse av plikter etter § 35 (3). I dette tilfellet var det ikke bare utvist passivitet fra klagerens side, men også aktiv handling i form av overføringer til den aktuelle kontoen. Eksemplet står seg likevel dersom man tenker disse handlingene borte: Å være klar over at noen andre foretar betalingstransaksjoner på sine vegne over lengre tid og ikke reagere på dette, kan oppfattes som aksept.

I de tilfellene det ikke er mulig å dra opp de nærmere rammene for representantens kompetanse, må det som for oppdragsfullmakter gjelde visse begrensninger for representantens handlinger. Dersom representanten forsettlig motarbeider prinsippalens interesser, vil fullmaktens rammer være overskredet.²⁹⁰ Dette innebærer at fullmaktsgiverens interesser vil kunne utgjøre et utgangspunkt for å vurdere hvordan fullmaktens rammer skal trekkes opp. Hva som vil være i fullmaktsgivers interesser, må også vurderes konkret.

4.5 Representantens opptreden i strid med betalerens samtykke

Fordi representantens kompetanse til å autorisere en betalingstransaksjon er avledet og betinget av at betaleren har gitt representanten kompetanse til dette, kan ikke en betalingsordre som er gitt eller tillatt av en representant uten kompetanse, anses som samtykket til. Konsekvensen av dette må være at betalingstransaksjonen ikke er autorisert.

Dersom representanten oversteg de beløpsmessige rammene betaleren hadde fastsatt, må resultatet, på samme måte som ved beløpsbegrensninger avtalt mellom betaler og betalingstjenestetilbyder, bli at betalingstransaksjonen er autorisert innenfor samtykket. Hvis mangelen på samtykke fra betaleren skyldes at representanten har foretatt betalingstransaksjoner som lå helt utenfor samtykket, må hele betalingstransaksjonen anses for å være uautorisert. Dette gjelder på samme måte som for der det er foretatt betalingstransaksjoner i strid med betaler og betalingstjenestetilbyders avtale som ikke delvis kan være autorisert (se over punkt 3.2.2).

Til tross for at representanten opptrer i strid med samtykket, vil betaleren trolig ikke kunne kreve hele tapet dekket av finansinstitusjonen. Etter reglene om selvrisiko i § 35 andre og tredje ledd, vil finansinstitusjonen påberope seg brudd på de avtalefestede vilkårene for bruk, herunder ikke å sette andre i stand til å kunne foreta betalingstransaksjoner. Bedømmelsen av slike forhold faller utenfor oppgavens tema å vurdere.

4.6 Oppsummerende bemerkninger

En betaler kan altså velge å la andre formidle samtykket på sine vegne, det være seg gjennom elektronisk eller fysisk representant. Betalingstransaksjonen må samtykkes til i to henseende: både til den aktuelle finansinstitusjonen og til representanten. Uavhengig av om betalerens

²⁸⁹ Lassen (1992) s. 15.

²⁹⁰ Lassen (1992) s. 42-43.

representant er en fysisk person eller en elektronisk tjeneste, er samtykket fra betaleren basert på avtale.

Spørsmålet om samtykke til representanten er ikke et spørsmål om denne er legitimert til å gjennomføre betalingstransaksjoner, men om betaleren kan sies å ha gitt samtykke til at betalingstransaksjonen skal kunne finne sted. Dersom representanten handler utenfor betalerens samtykke, har denne ikke gitt samtykke til betalingstransaksjonen, og den vil dermed være uautorisert.

Samtykket til en fysisk representant skiller seg fra samtykke til den elektroniske representanten på flere måter ved at kommunikasjonen ikke er begrenset til standardiserte handlinger. Den fysiske representanten står ofte i en eller annen relasjon til betaleren. Samtykket til den fysiske representanten baserer seg på mer tradisjonelle avtalerettslige betraktninger enn de øvrige vurderingene i denne oppgaven.

Samtykket til en representant må formidles frivillig og så klart at det er mulig å vite hvor grensene for det går. På dette punktet kan det tenkes at det er en forskjell for eksempel mellom den norske og danske praktiseringen av reglene. Tilfeller hvor betaler uaktsomt har satt noen i stand til å foreta betalingstransaksjoner på sine vegne er et spørsmål om han eller hun kan holdes ansvarlig for deler av det økonomiske tapet etter § 35.

5 Bevissspørsmål

5.1 Innledende bemerkninger

Spørsmålene som er drøftet over, særlig i del 3 og 4, vil i praksis i stor utstrekning bli avgjort på bakgrunn av bevis. Påstander om at en betalingstransaksjon er samtykket til eller ikke, må på en eller annen måte sannsynliggjøres. Aktuelle spørsmål i så henseende er hva som skal bevises, hvem som må bevise det, og når dette skal anses for å være bevist. Bevisteorien forstås her som en betegnelse på retningslinjer til den som må bedømme bevisene,²⁹¹ og det er det som vil fremstilles nedenfor.

I sak C-449/13²⁹² slo EU-domstolen fast at bevisbedømmelse skal foregå etter medlemsstatenes nasjonale rett så lenge det ikke finnes holdepunkter for noe annet.²⁹³ Saken ble avsagt etter forbrukerkredittdirektivet,²⁹⁴ men utgangspunktet må antas å gjelde generelt med mindre annet er bestemt. I betalingstjenestedirektivets fortale, punkt 33, er det eksplisitt inntatt en henvisning til nasjonal lovgivning hva gjelder «bevis for og graden av påstått uaktsomhet». I mangel av andre holdepunkter må dette gjelde også for autorisering.

5.2 Om bevistema, bevisbyrde og beviskrav

I bevisretten er det vanlig å operere med termene bevistema, beviskrav og bevisbyrde. Det finnes flere teoretiske diskusjoner om den nærmere grensedragningen mellom disse. Jeg opererer her med en tradisjonell betydning av termene.

²⁹¹ Kolflaath (2004) s. 280.

²⁹² Sag C-449/13 CA Consumer Finance SA mod Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, født Savary, Florian Bonato.

²⁹³ Sag C-449/13 CA Consumer Finance SA mod Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, født Savary, Florian Bonato, avsnitt 23.

²⁹⁴ Direktiv 2008/48/EF.

Bevistema er betegnelsen på spørsmålet om hvilke faktiske forhold som skal bevises.²⁹⁵ Anne Robberstad har formulert et mulig bevistema til å være om kontohaver «ikke har gitt samtykke» etter § 35 (1).²⁹⁶ Bevistemaet bør imidlertid utformes i overensstemmelse med beviskravet.²⁹⁷ Det som skal bevises, må stå i kontrast til det alternative faktumet som kan bli lagt til grunn for en avgjørelse. For eksempel bør beviskravet utformes som et spørsmål om det er «mer sannsynlig²⁹⁸ at betalingstransaksjonen er samtykket til enn ikke».

Der det er flere omstridte faktiske omstendigheter av betydning for utfallet i en sak, oppstår det spørsmål om bevistemaet bør deles opp etter de ulike omstridte forholdene.²⁹⁹ For eksempel kan det være uenighet både om betalingstransaksjonen ble iverksatt uten PIN-kode på den ene siden, og om dette i så fall ble gjort av Peder Ås eller noen andre på den annen. Etter Magne Sandbergs anbefaling anses dette her som underordnede problemstillinger.³⁰⁰ Den overordnede problemstillingen vil fortsatt være om det er «mer sannsynlig enn ikke at betalingstransaksjonen er samtykket til», men de faktiske omstendighetene under dette kan deles opp. Det vil kunne gjøre det lettere å dele opp de ulike omstendighetene som er omstridt, samtidig som hele problemstillingen kan ses under ett.³⁰¹

Bevisbyrde forstås vanligvis som hvilken parts påstand som må være mer sannsynlig enn den andres.³⁰² Det er altså et spørsmål om hvem som må fremlegge bevis for at sin påstand skal legges til grunn. I våre tilfeller er dette et spørsmål om hvem som må legge frem bevis for påstanden om at betalingstransaksjonen er samtykket til eller ikke. Den parten som har bevisbyrden, må sannsynliggjøre at sin påstand er riktigere enn den andre partens påstand.³⁰³ Konsekvensen av at bevisbyrden ikke blir oppfylt, er at påstanden om faktum ikke kan legges til grunn. I en typisk sak vil Peder hevde at han ikke har autorisert de omtvistede betalingstransaksjonene, og Danske Bank vil hevde at det er nettopp det han har gjort. Bevisbyrden er altså spørsmålet om det er Peder eller Danske bank som har risikoen for at påstandene ikke er sannsynliggjort.

Med «bevisbyrde» er det her den objektive bevisbyrden det vises til. Objektiv bevisbyrde er et spørsmål om hvem det vil gå ut over om ikke tilstrekkelig bevis blir fremlagt.³⁰⁴ Den objektive bevisbyrden skiller seg fra den subjektive bevisbyrden, som også blir kalt «bevisføringsbyrde» eller «falsk bevisbyrde».³⁰⁵ Subjektiv bevisbyrde viser til den skiftende bevissituasjonen som oppstår når den ene part fremlegger et bevis, og det blir opp til den andre å fremlegge et bevis som kan dytte bevisbyrden over på den første parten igjen.³⁰⁶ Dersom Sbanken hadde bevisbyrden for å påvise at Marte Kirkerud hadde foretatt de omstridte betalingstransaksjonene selv, og førte tilstrekkelig bevis for dette, vil det være opp til Marte å føre bevis som igjen fører bevisbyrden tilbake på Sbanken.

²⁹⁵ Backer (2015) s. 279, Strandberg (2012) s. 407, 411, Hov (2017) s. 207.

²⁹⁶ Robberstad (2018) s. 295

²⁹⁷ Strandberg (2012) s. 407-408.

²⁹⁸ Beviskravet behandles nedenfor i punkt 5.4.

²⁹⁹ Strandberg (2012) s. 412 flg.

³⁰⁰ Strandberg (2012) s. 456-457.

³⁰¹ Strandberg (2012) s. 456.

³⁰² Strandberg (2012) s. 296, Hov (2017) s. 249.

³⁰³ Strandberg (2012) s. 409.

³⁰⁴ Backer (2015) s. 306, Strandberg (2012) s. 296, Hov (2017) s. 248-249.

³⁰⁵ Robberstad (2018) s. 293, Skoghøy (2017) s. 911-912.

³⁰⁶ Robberstad (2018) s. 293.

Med beviskrav menes hvor mye mer sannsynlig påstanden fra parten med bevisbyrden må være for at den skal legges til grunn.³⁰⁷

I finansavtaleloven § 35 (5) 2. pkt er det inntatt en bestemmelse om betalingstjenestetilbyders bevisbyrde i visse situasjoner. Denne vil behandles først for å ta stilling til hva denne omfatter. Deretter vil typiske spørsmål om bevisbyrde som ikke faller inn under § 35 (5) 2. pkt behandles, etterfulgt av spørsmålet om beviskrav. Hvilke omstendigheter som vektlegges i praksis, vil undersøkes før det avsluttes med oppsummerende bemerkninger.

5.3 Bevisbyrden

5.3.1 Plassering av bevisbyrde for autorisering?

Av finansavtaleloven § 35 (5) 2. pkt følger det at det «påhviler institusjonen å bevise at transaksjonen er autentisert, korrekt registrert og bokført og ikke rammet av teknisk svikt». Finansavtaleloven § 35 (5) første og annet punktum er ment å implementere betalingstjenestedirektivets artikkel 59.³⁰⁸

I den norske språkversjonen av denne artikkelen nummer 1 fremgår det at «dersom en betalingstjenestebruker nekter for å ha godkjent» en betalingstransaksjon, skal betalingstjenestetilbyderen bevise at «betalingstransaksjonen ble *godkjent*, nøyaktig registrert, bokført og ikke er påvirket av teknisk svikt eller andre feil» (min kursivering). Dette innebærer altså etter sin ordlyd at betalingstjenestetilbyderen må bevise at betalingstransaksjonen ble autorisert.³⁰⁹

I direktivets øvrige språkversjoner er det imidlertid «autentisering» i tillegg til registrering, bokføring, og fravær av tekniske feil som må bevises av tilbyderen, ikke «godkjenning».³¹⁰ Til tross for at den norske ordlyden tilsier at bevisbyrden også gjelder for godkjenningen av betalingstransaksjoner, må den sammenholdt med tilsvarende bestemmelse i direktivets øvrige språkversjoner ikke kunne tillegges vekt. Dette skyldes både at den norske språkversjonen er den tilsynelatende eneste med denne utformingen, og at norsk ordlyd generelt neppe kan tillegges vekt ved tolkning av rettsakter inkorporert gjennom EØS-avtalen, slik som betalingstjenestedirektivet.³¹¹

Den tilsynelatende samme feilen er også skjedd ved oversettelse av Europakommisjonens opprinnelige forslag i dansk språkdrakt hvor det fremgår at tilbyderen «skal levere bevis for,

³⁰⁷ Strandberg (2012) s. 18, Backer (2017) s. 280.

³⁰⁸ Bestemmelsen er videreført i betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 72. Denne bestemmelsen omfatter også tilfeller der det er benyttet betalingsinitieringstjenester. En viktig endring er inntatt i nummer 2, siste punktum hvor det fremgår at «[b]etalingstjenesteudbyderen, herunder i givet fald betalingsinitieringstjenesteudbyderen, skal fremlægge bevismateriale for at påvise svig eller grov forsømmelse fra betalingstjenestebrugerens side».

³⁰⁹ Se også Grøttjord (2014) s. 214.

³¹⁰ Se for eksempel dansk ordlyd «autenticeret», engelsk «authenticated», svensk «verifiseret» og fransk «authenticée».

³¹¹ Fredriksen (2018) s. 327.

at transaksjonen var autorisert». ³¹² I øvrige språkversjoner er dette imidlertid formulert som et krav om autentisering eller variasjoner av dette. ³¹³

Formen for autentisering ble tilsynelatende benyttet av Det Europeiske Økonomiske og Sosiale Utvalg (EØSU) som moment av betydning for plassering av bevisbyrden i dets innspill til Europakommisjonens forslag. ³¹⁴ Det foreslo at dersom transaksjonen er «gennemført med anvendelse af særlige sikkerhedsstræk, der er anerkendte som værende sikret mod misbrug, bør det forhold, at betaleren enten selv har autoriseret transaksjonen eller har handlet groft uagsomt gælde som prima facie-bevis». ³¹⁵ Forslaget fra utvalget ble ikke videreført. Dette bærer preg av å være en type naturlig formodning, ³¹⁶ som dermed ikke hører hjemme under spørsmålet om beviskrav eller bevisbyrde, men selve bevisbedømmelsen. ³¹⁷

Betalingstjenestedirektivets artikkel 59 plasserer dermed ikke bevisbyrden for autorisering på betalingstjenestetilbyderen. Artikkelen er implementert i samsvar med de øvrige språkversjonene i finansavtalen. Av § 35 (5) 2.pkt følger det at det «påhviler institusjonen å bevise at transaksjonen er autentisert, korrekt registrert og bokført og ikke rammet av teknisk svikt». Denne sier altså ingenting om bevisbyrde for autorisering.

Anne Robberstad har tatt til orde for at ordlyden «ikke har gitt samtykke» i finansavtaleloven § 35 (1) «kan tyde på at det er kunden som har bevisbyrden for beviset». ³¹⁸ Slik jeg leser bestemmelsen, er det vanskelig å kunne utlede noe om bevisbyrden. Den inneholder vilkåret for når en betalingstransaksjon er autorisert, men sier med dette ingenting om hvem som for eksempel må bevise, godtgjøre eller sannsynliggjøre dette. Robberstad har ikke begrunnet ordlydstolkningen, men jeg antar at hun finner støtte for sin tolkning i HR-2017-639-U ³¹⁹ med tilhørende lagmannsrettsavgjørelse ³²⁰. Avgjørelsen vil bli behandlet nedenfor under punkt 5.3.4.

Spørsmålet om plassering av bevisbyrde når reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner blir påberopt, er i forarbeidene bare drøftet i relasjon til uaktsomhet. ³²¹ Det ble konkludert med at man ikke skulle lovfeste en bevisbyrderegulering. Spørsmålet ble ikke drøftet for autorisering, og det er følgelig ingenting i forarbeidene som sier noe om hvem som har bevisbyrden for autorisering. Etter dette kan bevisbyrden ikke sies å ha blitt plassert verken på betaler eller betalingsmottaker. ³²² Bevisvurderingen vil måtte bero på såkalte alminnelige bevisregler. Jeg vil vurdere dette ut fra om det er benyttet autentisering ved iverksettelsen eller ikke.

³¹² KOM (2005) 603, artikkel 48 nr. 1

³¹³ KOM (2005) 603, artikkel 48 nr. 1, for eksempel engelsk «authenticated», svensk «verifisert» og fransk «authentifiée».

³¹⁴ EØSU (2006) C/318/09 s. 54.

³¹⁵ EØSU (2006) C/318/09 s. 54.

³¹⁶ Torvund (1983) s. 129.

³¹⁷ Hov (2017) s. 240.

³¹⁸ Robberstad (2018) s. 295.

³¹⁹ HR-2017-639-U (Nattklubb i Barcelona).

³²⁰ Lagmannsrettens avgjørelse har referanse LG-2016-86054.

³²¹ Se for eksempel Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 140, Ot.prp. 94 (2008-2009) s. 119, NOU 2008:21, s. 36, 74.

³²² Se også Grøttjord (2014) s. 214.

At uaktsomhet kommenteres i forarbeidene er problematisk når det fører til at spørsmålet om samtykke overses. I relasjon til § 35 (5) første punktum er det i forarbeidene for eksempel bare presisert at det kreves særskilte holdepunkter for å konstatere uaktsomhet selv om kort er benyttet,³²³ men det samme sies ikke om autorisering. At bevisvurderingen eventuelt blir strengere for å påvise uaktsomhet enn for autorisering, vil kunne føre til at betalingstjenestetilbydere heller anfører at det er tale om en autorisert betalingstransaksjon enn at betaleren har vært uaktsom når dette er mulig. Finansinstitusjonene oppfordres til å anføre at det ikke var autorisert, snarere enn at betaleren har handlet forsettlig eller uaktsomt.

På samme måte er det i betalingstjenestedirektiv 2 tatt inn en ny bestemmelse i artikkel 72 nr 2 siste punktum om bevis ved påstand om svik eller grov uaktsomhet. Det er i slike tilfeller betalingstjenestetilbyderen som «skal fremlægge bevismateriale for at påvise svig eller grov forsømmelse fra betalingstjenestebrukers side». Bestemmelsen sier riktignok ikke noe om bevis for autoriseringen av betalingstransaksjonene, men det kan tenkes at dette må innfortolkes. Hvis det aksepteres av betalingstjenestetilbyderen at betalingstransaksjonen er uautorisert, er denne pålagt å føre bevis for at den kom i stand ved at betaler handlet svikaktig ved for eksempel å røpe betalingsopplysningene til en annen som kunne foreta betalingstransaksjoner for deretter å påberope reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner. Det skaper en ubegrunnet forskjell fra situasjonen hvor betaleren anklages for selv å ha foretatt betalingstransaksjonen for deretter å påberope den som uautorisert.

Situasjonen er sammenlignbar med den i Rt. 2002 s. 1517. Saken gjaldt forsikring og spørsmålet om selskapet måtte reklamere da det mente at det ikke forelå et forsikringstilfelle. En mann hadde begrunnet et forsikringskrav med at bilen hans hadde blitt stjålet. Bilen ble funnet dagen etter i en grøftkant i et annet fylke. En sakkyndig konkluderte med at bilen var kjørt med riktig nøkkel. Forsikringsselskapet mente derfor at det ikke forelå noe tyveri. Etter sin ordlyd kom reklamasjonsbestemmelsen først til anvendelse når forsikringsselskapet mente at det forelå et forsettlig fremkalt forsikringstilfelle. Høyesterett uttalte i denne forbindelse at

«[s]elskapets innsigelse går i realiteten ut på at A har hatt en finger med i spillet da bilen ble borttatt. En innsigelse med slikt innhold, vil når den er uttrykkelig uttalt, utløse selskapets reklamasjonsplikt etter FAL³²⁴ § 4-14, hvis innsigelsen enten går ut på svik eller på forsettlig fremkallelse av forsikringstilfellet, jf. FAL § 4-9. Hvis det skulle gjelde noe annet når en slik innsigelse i stedet knyttes til at det ikke foreligger et forsikringstilfelle, vil det innebære en forskjell mellom ulike situasjoner som neppe vil virke forståelig for folk flest».

Selskapet ble pålagt reklamasjonsplikt i saken. Saken kan tas til inntekt for at det er grunn til å oppstille tilsvarende krav om bevis for betalingstjenestetilbyder ikke bare når det anføres at betaleren har vært uaktsom, men også når det anføres at det ikke er tale om en betalingstransaksjon. På samme måte som i saken fra Høyesterett, innebærer dette ofte en forskjell som virker ubegrunnet. På dette punktet kan det altså tenkes å medføre en endring i rettsstillingen. Saken og lignende tilfeller vil bli behandlet nærmere under punkt 5.4.2

³²³ Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) s. 186, første spalte.

³²⁴ Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven).

5.3.2 Bevisbyrden for autentisering

Av finansavtaleloven § 35 (5) 2.pkt følger det altså at det «påhviler institusjonen å bevise at transaksjonen er autentisert, korrekt registrert og bokført og ikke rammet av teknisk svikt». Etter finansavtaleloven § 12 bokstav q skal autentisering som nevnt forstås som «en prosedyre som gjør det mulig for institusjonen å verifisere bruken av et bestemt betalingsinstrument, herunder dets personlige sikkerhetsanordninger».³²⁵

«[B]okføring, korrekt registrering og teknisk svikt eller annen feil» er ikke definert i finansavtaleloven, forarbeidene eller betalingstjenestedirektivet. I forarbeidene til finansavtaleloven uttales det at «[b]estemmelsen slår fast at det er institusjonen som har bevisbyrden for at *transaksjonen ikke er rammet av teknisk svikt ved overføringen eller andre feil mv.* Etter ordlyden gjelder dette *feil knyttet til selve transaksjonsgjennomføringen*, for eksempel at en formidlende institusjon gjør en feil (...)»³²⁶ (mine uthevinger).

I arbeidsgruppens utredning er formålet med bestemmelsen antatt å være at «hvis kunden nekter for å ha godkjent en betalingstransaksjon, er det institusjonen som må bevise at en slik *transaksjon rent faktisk har skjedd*» (min utheving).³²⁷ Betalingsinstitusjonens bevisføringsplikt synes derfor å bestå i å redegjøre for de tekniske sidene ved betalingstransaksjonen, som for eksempel når og hvor den ble foretatt, og størrelsen på beløpet. At det er skjedd en teknisk svikt eller annen feil, forstås altså i forarbeidene som å angå den faktiske gjennomføringen av en betalingstransaksjon, som for eksempel feilbelastning.

I den svenske saken inntatt i NJA 2017 s. 1105 som er kommentert over, uttalte Högsta Domstolen at det gjennom bevisførselen var vist at det ble benyttet elektronisk signatur med høy sikkerhet, og at «[d]et har ikke framkommit något som tyder på att det vid aktuellt tillfälle fanns tekniska problem med det använda systemet. Utgångspunkten är därmed att underskriften på låneavtalet inte är manipulerad, utan att den har skapats genom identifiering av någon som använt sig av SI:s [sertifikatinnehaverens, min anmärkning] personliga kod.»³²⁸ Retten bygger altså her på en forutsetning om at det er mulig å bevise om underskriften er manipulert, altså skapt på annen måte enn hva autentiseringsløsningen legger opp til.

Bevis for at manipulasjon ikke er skjedd, må under forutsetning av at dette er mulig å bevise, omfattes av finansavtaleloven § 35 (5) 2.pkt. Det er trolig sammenlignbare teknikker som benyttes for å avdekke en eventuell manipulasjon ved autentisering av elektronisk signatur og autentisering av betalingsordre eller tillatelse. Det er i disse tilfellene, på samme måte som for autentisering, bokføring, registrering og teknisk svikt, betalingstjenestetilbyderen som er nærmest til å kunne belyse de faktiske forholdene.

5.3.3 Bevisbyrden for en betalingstransaksjon som ikke er autentisert

At autentisering ikke er benyttet for en betalingstransaksjon, kan for det første skyldes at betalingsinstrumentet ikke åpner for autentisering. Dette gjelder for eksempel for upersonlige betalingsinstrumenter. Det er for disse ikke mulig å kunne bevise autentisering, og dette er

³²⁵ Tilsvaret artikkel 4 nummer 19 i betalingstjenestedirektivet. Videreført også i betalingstjenestedirektiv 2, artikkel 4 nummer 29

³²⁶ Ot. prp. 94 (2008–2009) s. 189, første og annen spalte.

³²⁷ Arbeidsgruppen for betalingstjenestedirektivet (2009) s. 146.

³²⁸ NJA 2017 s. 1105, avsnitt 21 under «domskäl».

grunnen til at man for disse etter finansavtaleloven § 35 (6) kan avtale at reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner ikke kommer til anvendelse for disse. Reglene om tilbakeføring må kunne påberopes på vanlig måte dersom muligheten til å avtale seg bort fra reglene ikke er benyttet

En betalingstransaksjon kan for det andre iverksettes uten autentisering fordi betalingsløsningen som er benyttet, ikke krever dette. Ved noen nettkjøp er det for eksempel tilstrekkelig å fylle inn betalingsinformasjon for å kjøpe varer eller tjenester. Det vil derfor være tale om en betalingstransaksjon som ikke er autentisert.

Det kan for det tredje også tenkes at det skjer tekniske feil ved iverksetting av betalingstransaksjoner, slik at det ikke blir krevd autentisering for å gi eller akseptere en betalingsordre.

Finansavtaleloven § 35 (5) 2.pkt sier etter sin ordlyd ikke mer enn at finansinstitusjonen har bevisbyrden for at en betalingstransaksjon er autentisert. Det kan av ordlyden derimot ikke utledes at finansinstitusjonen har bevisbyrden for at betalingstransaksjonen er autorisert i tilfeller hvor betalingstransaksjonen er iverksatt *uten* autentisering. Uavhengig av hva som er grunnlaget for hvordan en betalingstransaksjon iverksettes uten autentisering, må bevisbyrden som utgangspunkt ligge på betalingstjenestetilbyderen.

Paragraf 35 (5) 1.pkt tilsier at det ikke alltid kan være betaler som har bevisbyrden i tilfeller hvor betalingstjenestetilbyderen har ført bevis for autentisering, korrekt registrering bokføring og tekniske forhold. Bestemmelsen sier at dersom kunden nekter for å ha autorisert en betalingstransaksjon, «skal bruken av et betalingsinstrument ikke i seg selv anses som tilstrekkelig bevis for at kunden har samtykket til transaksjonen».

Denne bestemmelsen angår bevisverdien til dokumentasjonen av at det er benyttet betalingsinstrument, men belyser også spørsmålet om bevisbyrde. Om å føre bevis for «at belastning er foretatt ved bruk av betalingskort med den tilhørende koden» fører til at kunden alltid skal måtte føre bevis, vil bestemmelsen om at det ikke er tilstrekkelig å påvise at betalingsinstrumentet er brukt, være overflødig. Tilbyderen har bevisbyrden for autentisering etter § 35 (5) 2.pkt, men autentisering er etter samme ledd, første punktum i seg selv ikke tilstrekkelig til å bevise at det er samtykket. For at bestemmelsen i første punktum skal kunne sies å ha et selvstendig og reelt innhold, kan ikke betalingstjenestetilbyder alltid ha oppfylt sin bevisbyrde bare ved å påvise at betalingsinstrumentet er benyttet.

Betalingstjenestedirektivet bygger som nevnt på en forutsetning av at brukerne av betalingstjenester kan stole på at de tilbys den sikkerheten som er nødvendig, og med det benytte seg av betalingstjenestene. Dersom det eneste som er nødvendig for å iverksette eller akseptere en betalingstransaksjon er betalingsinstrumentet eller informasjonen som står på dette, kan enhver som er i besittelse av dette gjennomføre en betalingstransaksjon. Reglene om selvrisiko for uaktsom oppbevaring av betalingsinstrument har til hensikt å fordele tapet mellom tilbyder og betaler dersom betaleren uaktsomt eller forsettlig har medvirket til at andre kan iverksette eller akseptere betalingstransaksjoner uten dennes samtykke.

Det følger antitetisk av § 35 (2) at betaleren ikke pålegges den objektive selvriskoen på 1200 kroner dersom et betalingsinstrument er benyttet uten personlig sikkerhetsanordning. Dette synes å bygge på en forutsetning om at betaler skal holdes helt skadesløs i slike tilfeller, nettopp fordi det er vanskelig å gardere seg helt mot at noen kan misbruke ens

betalinginstrumenter dersom dette kan benyttes uten personlig sikkerhetsanordning. For iverksettelse eller tillatelse av betalingsordre hvor dette er mulig, er det altså en klar risiko for misbruk. Denne må betalingstjenestetilbyder anses for å ha akseptert om og når dette tillates. For at denne regelen skal kunne realiseres, vil det måtte være betalingstjenestetilbyderen som har bevisbyrden i disse tilfellene.

5.3.4 Bevisbyrden for en betalingstransaksjon som er autentisert

Når betalingstransaksjonen er iverksatt eller akseptert i kombinasjon med autentisering fra betaler, er det ikke opplagt verken hvem som har bevisbyrden eller hva beviskravet er. Begge deler må bero på en konkret vurdering. En sak hvor dette spørsmålet ble satt på spissen, ble anket inn for Høyesterett og avvist av ankeutvalget i HR-2017-639-U (Nattklubb i Barcelona). Spørsmålet var om en mann kunne holdes ansvarlig for betalingstransaksjoner på underkant av 200.000 kroner foretatt på et utested i Barcelona. Disse transaksjonene var foretatt med betalingskort og PIN-kode. Anken ble ikke fremmet, men ble begrunnet. Utvalget uttalte at:

«(...) det påhviler betalingsinstitusjonen å påvise at belastning er foretatt ved bruk av betalingskortet sammen med den tilhørende personlige koden. Når dette – som her – er påvist, har kontohaveren bevisbyrden for at bruken av kortet likevel ikke skjedde med hans samtykke. Denne bedømmelsen foretas etter de vanlige bevisbedømmelsesregler».

At Høyesterett uttaler at situasjonen gjelder «-som her-», gir dette språklig sett inntrykk av at det aktuelle tilfellet utgjør et eksempel på en generell regel. Slik kan uttalelsen forstås som et uttrykk for subjektiv bevisbyrde på den måten at det er opp til betaleren å bevise at betalingstransaksjonen «likevel ikke skjedde» med betalerens samtykke når det er foretatt en betalingstransaksjon ved bruk av betalingsinstrument og autentisering.

Både i juridisk teori og i Finansklagenemnda er kjennelsen forstått som at bevisbyrden påhviler betalingstjenestebrukeren når finansinstitusjonen har ført bevis for at en betalingstransaksjon er foretatt med betalingskort og pinkode.³²⁹ I Finansklagenemnda er det lagt til grunn i et stort antall saker at «det følger av Høyesteretts ankeutvalgs beslutning HR-2017-639-U at det er kortholderen som har bevisbyrden for at transaksjoner som er gjort med betalingskort og personlig kode, ikke er gjort av kortholderen selv eller med hans samtykke».³³⁰

Anne Robberstad har i sin tolkning av bevisbyrden tatt inn en henvisning til lagmannsrettens uttalelse som klart plasserer bevisbyrden hos betaleren.³³¹ Avvisningen av anken er begrunnet i tvisteloven § 30-4 som gjelder avvisninger av anker der avgjørelsens betydning utenfor den utenforliggende sak eller andre forhold tilsier at anken ikke bør fremmes. Avvisningen

³²⁹ Se Robberstad (2018) s. 295 og FinKN-2017-408, FinKN -2018-375, FinKN-2018-367, FinKN-2018-366, FinKN-2018-309, FinKN-2017-749, FinKN-2017-675, FinKN-2018-49, FinKN-2018-47, FinKN-2018-9, FinKN-2018-759, FinKN-2018-758, FinKN-2019-306, FinKN-2019-304, FinKN-2019-15, 2019-15, f FinKN-2018-569, FinKN-2019-136, FinKN-2019-389, FinKN-2019-118, FinKN-2019-337, FinKN-2018-961, FinKN-2018-944, FinKN-2019-205, FinKN-2018-570, FinKN-2018-833, FinKN-2017-805, FinKN-2017-804, FinKN-2017-750, FinKN-2017-581, FinKN-2017-507, FinKN-2017-510 FinKN-2017-409, FinKN-2017-413, FinKN-2019-341.

³³⁰ Se referansene i noten over.

³³¹ Lagmannsrettens avgjørelse har referanse LG-2016-86054.

innebærer imidlertid ikke at perspektivene lagt til grunn i lagmannsrettsavgjørelsen gir uttrykk for gjeldende rett.³³²

Av finansavtaleloven § 35 (5) første punktum følger det at dersom betaleren nekter for at en betalingstransaksjon er uautorisert, «skal bruken av et betalingsinstrument ikke i seg selv anses som tilstrekkelig bevis for at kunden har samtykket til transaksjonen (...)». Denne bestemmelsen sier altså at å påvise bruk av kort ikke er tilstrekkelig for å bevise autorisering. Bestemmelsen må leses ordrett i lys av Høyesteretts avgjørelse, altså ved at bruk av kort *med PIN-kode* kan være tilstrekkelig for å bevise at kunden har gitt samtykke til en betalingstransaksjon.

Dette står tilsynelatende i motstrid til uttalelser fra Europakommisjonen. Denne har uttalt at bruken av en PIN-kode kan inngå i en bevisvurdering, men at det ikke er tilstrekkelig til å si om en transaksjon har blitt autorisert eller ikke.³³³ Det er presisert i dokumentet at svarene ikke har formell status som kommisjonsuttalelse og ikke er bindende.³³⁴ Uttalelsene er likevel blitt utformet i samsvar med det som antas å være Europakommisjonens oppfatning.³³⁵ Som skriftlig uttalelse har synspunktet svært begrenset rettskildemessig betydning. Hvis det kan tolkes som uttrykk for lovgiverviljen, må man derimot anta at det får betydelig større vekt. Lovgiverviljens betydning er større for direktiver og forordninger enn for traktater.³³⁶ Til tross for dette må det anses som en såpass perifer kilde at den ikke kan danne grunnlag for å fravike kjennelsen alene.

Alltid å legge Høyesteretts vurdering til grunn der PIN-kode er benyttet, vil imidlertid i realiteten føre til at betaler vil pålegges bevisbyrden dersom det er benyttet autentisering. Dette kan være betenkelig når det er uklart hva begrunnelsen for en slik løsning er. Sitatet sier ikke noe om hvem som hadde bevisbyrden før finansinstitusjonen fremla bevis for at betalingstransaksjonen ble foretatt med kort og pin-kode, eller om det var omstendigheter i sakspapirene som tilsa en slik løsning. Til dette kommer det at avgjørelsen er en ankenektelse, som til tross for at den kan tenkes å ha prejudikatsverdi, krever atskillig mindre for å fravike denne enn en avgjørelse fra avdeling.³³⁷

Fra svensk rettspraksis er det særlig to avgjørelser fra Högsta Domstolen som er av interesse for spørsmålet om bevisbyrde i spørsmålet om autorisering av økonomiske disposisjoner der autentisering er benyttet. Ingen av sakene er direkte relatert til bestemmelser som bygger på betalingstjenestedirektivet, men er på grunn av likhet i faktum likevel av egnet til å belyse problemstillingen.

Den første av de aktuelle sakene, er NJA 2017 s. 1105. Högsta Domstolen tok som nevnt stilling til bevisbyrden der en sertifikat innehaver påsto at noen hadde signert lånedokumenter digitalt uten hennes samtykke. Svensk høyesterett uttalte i denne forbindelse at:

«[o]m innehavaren hävdar att någon har obehörigen använt hans eller hennes elektroniska underskrift talar flera skäl för att innehavaren måste pretera någon

³³² Skoghøy (2018) s. 147.

³³³ European Services (2011) spørsmål 112 og 289

³³⁴ European Services (2011) s. 1

³³⁵ European Services (2011) s. 1

³³⁶ Riesenhuber (2017) s. 246-249.

³³⁷ Skoghøy (2018) s. 145-146.

bevisning avseende detta. (...) Det är innehavaren av den elektroniska underskriften som har möjlighet att kontrollera och skydda den säkerhetslösning som ska tillämpas på hans eller hennes sida, exempelvis en personlig kod. Det är vidare innehavaren som vet om han eller hon tidigare har gett någon annan tillgång till koden. Det är även innehavaren som kan känna till händelser som ger anledning til misstanke om t.ex. teknisk manipulation av hans eller hennes dator. Till detta kommer att utgångspunkten att en elektroniska underskriften endast kan skapas av den som har tillgång till den personliga och hemliga koden är ägnad att skapa en tillit hos mottagaren – den förlitande parten – med innebörden att han eller hon ska kunne utgå från att en elektronisk handling kommer från den vars elektroniska underskrift har använts vid undertecknandet.»

Ved å peke på de ulike omstendighetene som gjør at sertifikathaveren kunne unngått eller oppdagat misbruket, synes det å være hensynet til forhold sertifikatinnehaveren kunne bragt klarhet i å være bestemmende for plasseringen av bevisbyrden. I hvilken grad de omstendighetene domstolen peker på underbygger dette hensynet, kan i noen henseende diskuteres.

For det første er, i alle fall i Norge, men trolig også i Sverige, mulighetene til å fralure noen nødvendig informasjon for å kunne identifisere seg som og foreta disposisjoner på vegne av andre, avanserte.³³⁸ Det kan derfor hevdes at muligheten man har for å beskytte den personlige koden til den aktuelle sikkerhetsløsningen, ikke alltid er reell. Som kommentert i punkt 4.2, er jeg skeptisk til å kunne vektlegge mottakerens berettigede forventninger om at det er den aktuelle parten som har foretatt en disposisjon.

For det andre er det tvilsomt hvilken betydning det bør ha for plasseringen av bevisbyrde at det er innehaveren som er nærmest til å mistenke manipulasjon av ens datamaskin. En mistanke om at det er noen som har manipulert ens datamaskin eller sertifikat, må nettopp antas å være grunnlaget for søksmålet hvor man hevder seg ubundet av et låneopptak på bakgrunn av sertifikatmisbruk.

I dette tilfellet kan mistanken om manipulasjon tenkes å ha sammenheng med den omstendighet at det ved lesning av avgjørelsen fremstår som en mulighet at det var sønnen som hadde misbrukt hennes elektroniske signatur, og at det derfor ikke var tale om manipulasjon av datamaskinen. Dette svarer likevel ikke på hvorfor mistanken om datamanipulering skulle hatt betydning for bevisbyrden. Muligheten for dette er det mer hensiktsmessig å behandle under spørsmålet om beviskraft (se nedenfor i punkt 5.5).

Slik avgjørelsen er formulert, fremstår det altså som en reell mulighet at det er sønnen til saksøkte som står bak låneopptaket. Etter at midlene var tilgjengelige for kvinnen fra långiver, ble de overført til sønnen.³³⁹ Videre hadde det skjedd visse overføringer fra sønnens konto til långiver i samsvar med nedbetalingsplanen.³⁴⁰ Sønnen hadde under ed fornektet kjennskap til lånet.³⁴¹ Det forelå ingen uttrykkelig påstand fra kvinnens side om sønnens innblanding. Av hensyn til det sivilrettslige disposisjonsprinsippet kunne retten derfor trolig ikke lagt til grunn at det var sønnen som hadde foretatt låneopptaket. Slik domspremissene er formulert, er det

³³⁸ Eriksen (2019).

³³⁹ NJA 2017 s. 1105, avsnitt 24.

³⁴⁰ NJA 2017 s. 1105, avsnitt 24.

³⁴¹ NJA 2017 s. 1105, avsnitt 24.

imidlertid usikkert hva som egentlig er begrunnelsen for at kvinnen ikke ble ansett for å ha prestert tilstrekkelig bevis.

Det er altså uklart akkurat hvordan momentene ble vurdert av retten, men det er altså nærhet til mulige hypoteser om hva som er skjedd, som synes bestemmende for plassering av bevisbyrden.

Den andre saken av interesse, er inntatt i NJA 1992 s. 236. Spørsmålet for svensk høyesterett var i denne saken om en mann skulle få medhold i at han var blitt belastet et betydelig høyere beløp enn han hadde gått med på. Han mente at regningen var blitt forfalsket etter at han hadde undertegnet den, og at han var blitt belastet etter dette uriktige beløpet.

Domstolen fant at det var tale om en massehåndtering som kunne likestilles med uberettiget bruk av verdipapirer. Ved massehåndtering av verdipapirer var det lagt til grunn i svensk juridisk teori at det er pengedebitor som har bevisbyrden for sin påstand. I denne forbindelse la retten vekt på at det «skulle därför med all sannolikhet medföra avsevärda problem för kontokortsföretagen om de vid varje tillfälle som en kontokortsinnehavare gör en invändning om falsk inköpsnota skulle tvingas styrka inköpsnotans äkthet». Retten mente altså at det ville medføre store problem for finansinstitusjonene om de hadde bevisbyrden i alle tilfeller hvor en kortholder påberopte seg at transaksjoner var uautoriserte.

Mannen ble etter dette pålagt bevisbyrden for påstanden. Hvem som var nærmest til å kunne belyse de faktiske forholdene, og eventuelt sikre bevis for dette, må altså antas å være bestemmende for hvor bevisbyrden skulle plasseres. Til forskjell fra i NJA 2017 s. 1105 fikk mannen medhold i at disposisjonene ikke var foretatt av ham.

I de to svenske sakene ble bevisbyrden plassert hos den retten mente var nærmest til å klargjøre de faktiske forhold. Et slikt utgangspunkt er også anerkjent i norsk rett.³⁴² Begrunnelsene for hvorfor partene var nærmest til å klargjøre forholdene, og på hvilken måte de skulle gjort dette, er ikke åpenbare. Det gjør det vanskelig å benytte avgjørelsene som noe annet enn eksempler på faktiske situasjoner hvor spørsmål om bevis er blitt behandlet. Sakene kan vanskelig tjene som inspirasjon for hvordan spørsmålet om bevisbyrde mer generelt skal løses.

Det finnes ingen saker fra dansk høyesterett som avklarer spørsmålet. I dansk juridisk teori er det lagt til grunn at bevisbyrden for at det ikke er betaleren selv som har benyttet betalingsinstrumentet, ligger hos betaleren selv.³⁴³ Denne bevisbyrden blir imidlertid i praksis oppfylt ved at betaleren avgir en såkalt «tro-og-love erklæring».³⁴⁴ Dette er et skjema hvor betaleren redegjør for hendelseforløpet og sverger på at han eller hun ikke har foretatt de uautoriserte betalingstransaksjonene.³⁴⁵ I praksis vil altså den objektive bevisbyrden ligge hos betaleren, men betalingstjenestetilbyderen får den subjektive bevisbyrden etter at en slik erklæring er utfylt.³⁴⁶ Vanligvis oppstiller betalingstjenestetilbyderen også krav om at

³⁴² Hov (2017) s. 254, Jerkø (2017) s. 260-261.

³⁴³ Udsen (2019) s. 575, Trzaskowski (2017) s. 541, 542.

³⁴⁴ Udsen (2019) s. 575.

³⁴⁵ Trzaskowski (2017) s. 543.

³⁴⁶ Udsen (2019) s. 575.

forholdet må politianmeldes.³⁴⁷ Dette er antatt i noen tilfeller å avskrekke uredelige kunder fra å gjøre reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner gjeldende.³⁴⁸

Denne danske innfallsvinkelen er ikke nærmere begrunnet i teorien, men synes å bygge på en antitetisk tolkning av betalingsloven § 98 (1) som implementerer betalingstjenestedirektiv 2 artikkel 72 nummer 1.³⁴⁹ Fordi standpunktet ikke er begrunnet nærmere, er overføringsvekten av det svært begrenset. Den danske praksisen med endring av subjektiv bevisbyrde ved utfylling av skjema og eventuell politianmeldelse har heller ikke et motstykke i norsk praksis. Heller ikke de danske kildene gir derfor holdepunkter for hvordan spørsmålet om bevisbyrde skal eller bør løses.

Kildene knyttet til plasseringen av bevisbyrden for betalingstransaksjoner foretatt med autorisering gir ikke grunnlag for en klar slutning. Avgjørelsen fra Høyesteretts ankeutvalg³⁵⁰ tilsier isolert sett at bevisbyrden i slike tilfeller vil ligge hos betaler. Utover tilfeller som kan sammenlignes med faktum i saken, må det imidlertid være uklart om det er betaler eller betalingstjenestetilbyder som har bevisbyrden.

5.4 Beviskravet

5.4.1 Utgangspunkt

Hvilket beviskrav som skal legges til grunn, ble drøftet da direktivet ble vedtatt. Europakommisjonen hadde foreslått at der betalingstjenestebrukeren skulle føre bevis, ville det være tilstrekkelig å åpne for muligheten at betalingstransaksjonen ikke var autorisert.³⁵¹ I den danske språkdrakten kommer det til uttrykk i formuleringen «åpne for å støtte formodningen». Formuleringen er klarere i eksempelvis svensk og engelsk versjon hvor det formuleres som henholdsvis å «göra det rimligt» og «allow the presumption om at en betalingstransaksjon ikke var autorisert. Bestemmelsen om dette ble ikke videreført i den endelige direktivteksten. Dette tyder på manglende enighet, og det understreker utgangspunktet om at det er nasjonale bestemmelser også om beviskrav som skal legges til grunn.

Det er i de norske kildene ikke fremsatt uttalelser om beviskravet for uautoriserte betalingstransaksjoner. I norsk rett er det antatt at beviskravet på sivilrettens område er alminnelig sannsynlighetsovervekt.³⁵² Dette blir gjerne formulert som at man skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn.³⁵³ Dette vil være utgangspunktet også for autorisering av betalingstransaksjoner dersom ikke særlige hensyn taler for å fravike det. Unntak fra det alminnelige beviskravet behandles i neste punkt (5.4.2).

Det alminnelige beviskravet i svensk rett er strengere enn i norsk rett. I svensk rett er det antatt at det normale beviskravet i sivile saker er at påstanden må være «styrkt».³⁵⁴ På en skala over de ulike beviskravene er «helt säkert» plassert øverst, etterfulgt av «uppenbart», deretter

³⁴⁷ Trzaskowski (2017) s. 543.

³⁴⁸ Trzaskowski (2017) s. 543.

³⁴⁹ Bestemmelsen viderefører betalingstjenestedirektivets artikkel 59 nummer 1.

³⁵⁰ HR-2017-639-U

³⁵¹ KOM (2005) 603, artikkel 48.

³⁵² Strandberg (2012) s. 89, Hov (2017) s. 252, Backer (2017) s. 307, Jerkø (2017) s. 242.

³⁵³ Se for eksempel HR-2018-874-A, avsnitt 11, HR-2016-2579-A, avsnitt 33, Rt. 2014 s. 1161, avsnitt 21.

³⁵⁴ Nordh (2011) s. 80.

«styrkt», «sannolikt» og «antagligt» til slutt.³⁵⁵ I de nevnte sakene ble det uttalt at man skulle gjøre det «åtminstone antagligt att användandet av underskriften skett obehörigen».³⁵⁶

Beviskravet ble altså formulert slik at det måtte gjøres «åtminstone antagligt», eller på norsk «i det minste antagelig». «Antagligt» er altså det mildeste beviskravet i svensk rett, og dette ble lagt til grunn i begge avgjørelsene. Retten foretok altså en vesentlig lemping av beviskravet i de to sakene. Det fremgår ikke hva begrunnelsen for disse lempede beviskravene er utover at det i NJA 1992 s. 264 legges til grunn at det «ter det sig rimligt» å kreve at den saksøkte gjør påstanden sin antagelig. Manglende begrunnelse gjør også her at sakene bare tjener som eksempler på problemet i praksis heller enn en kilde til inspirasjon for norsk løsning.

Utgangspunktet er altså at det må kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt i spørsmålet om det er mer sannsynlig at en betalingstransaksjon er samtykket til enn ikke.

5.4.2 Endret beviskrav ved særlig belastende faktum

Som nevnt i forrige punkt kan utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt fravikes. Mest aktuelt for tilfellene som blir undersøkt i denne oppgaven, er endret beviskrav ved særlig belastende faktum. Høyesterett har i flere saker lagt til grunn at utgangspunktet kan fravikes der det anføres faktiske forhold som er belastende for en av partene.³⁵⁷ For å fravike overvektsprinsippet må det være tale om et faktum som er «kvalifisert klanderverdig, belastende eller infamerende».³⁵⁸ De tre vilkårene er i teorien ansett for å være alternative.³⁵⁹ I den juridiske teorien blir det også formulert som et unntak som baserer seg på at konsekvensen av en uriktig dom anses for å være mer graverende for den ene parten.³⁶⁰

At det er kvalifiserte forhold innebærer at det må være vesentlig mer belastende enn hva som er alminnelig i sivile saker.³⁶¹ Som nevnt i innledningen (punkt 1.2), er motstykket til en uautorisert betalingstransaksjon en autorisert betalingstransaksjon. Der det av betalingstjenestetilbyderen blir tilbakevist at det er tale om et uautorisert tilfelle, vil det i dette kunne ligge en påstand om at betalingstransaksjonen er autorisert. Å fremsette et krav om tilbakebetaling etter reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner man har samtykket til, er å forsøke å skaffe seg penger man ikke har rett på.

Å kreve tilbakebetaling av finansinstitusjonen ved i urette å hevde at en betalingstransaksjon er uautorisert, vil være straffbart etter straffeloven³⁶² § 371 om bedrageri. Etter denne bestemmelsen kan den som «med forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning», straffes. Anklager om bedrageri må for de aller fleste også oppfattes moralsk belastende. Det vil i slike tilfeller måtte bygge på en presumsjon om at faktum er så belastende, at beviskravet må endres.

³⁵⁵ Nordh (2011) s. 31.

³⁵⁶ NJA 2017 s. 1105, avsnitt 20, NJA 1992 s. 263.

³⁵⁷ Strandberg (2017) s. 58-59, 62 med videre henvisninger. Skoghøy (2017) s. 935, med videre henvisninger.

³⁵⁸ HR-2016-2579-A, avsnitt 42.

³⁵⁹ Strandberg (2017) s. 61.

³⁶⁰ Jerkø (2017) s. 257 flg., Backer (2017) s. 307.

³⁶¹ Strandberg (2017) s. 63.

³⁶² Lov om straff.

Jens Edvin Skoghøy trekker frem fire grupper av saker hvor Høyesterett har lagt til grunn et skjerpet beviskrav.³⁶³ Ett av disse er forsikringsbedrageri i form av forsettlig fremkallelse av et forsikringstilfelle. En forsettlig fremkallelse av et forsikringstilfelle har store likhetstrekk med det å påstå at en betalingstransaksjon er uautorisert når dette ikke er tilfelle. I begge tilfelle krever man urettmessig erstattet noe man selv er skyld i er tapt eller ødelagt.

Det kan også være at handlingen som er omstridt, i seg selv begrunner skjerpet beviskrav, ikke bare at man eventuelt gjør seg skyldig i bedrageri. Et eksempel som trolig ville vært tilstrekkelig kvalifisert, er saken inntatt i LG-2016-86054 som er introdusert over og ble nektet fremmet for Høyesterett i saken med referanse HR-2017-639-U. Kjøp av prostitusjon og bruk av kokain er handlinger som anses for å være i strid med både lov og moral. Slike anklager vil for de fleste oppleves tilstrekkelig inkarnerende til at alminnelig sannsynlighetsovervekt ikke er tilstrekkelig.

Det vil ikke alltid ligge en påstand om at betaleren forsøker å kreve penger vedkommende ikke har rett på dersom betalingstjenestetilbyderen påstår at betalingstransaksjonen er autorisert. Dette vil bero på hva som er omtvistet i saken. Uenigheten om det er spørsmål om en uautorisert betalingstransaksjon kan knytte seg til den rettslige forståelsen, altså om det foreliggende faktiske forholdet utgjør en uautorisert betalingstransaksjon. Peder og DnB er for eksempel uenige om Peder ga samtykke til at Hans kunne låne kortet hans da han ikke reagerte selv om han så at Hans lirket det ut av lommeboken hans.

For at det skal være aktuelt å la det skjerpede beviskravet komme til anvendelse, må det være tale om en påstand om betalers påståtte handling eller unnlattelse har funnet sted, ikke den rettslige vurderingen av denne. Uenigheten kan her gå ut på andre forhold enn at betalingstransaksjonen var uautorisert, for eksempel om Peder hadde glemt lommeboken sin på restauranten eller på stranden. For at det skal være aktuelt med en påstand som kan karakteriseres som så belastende at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt skal fravikes, må uenigheten rette seg mot et faktisk forhold som enten innebærer at betalingstransaksjonen er uautorisert, eller at betaleren forsøker å oppnå penger den ikke har krav på.

Et eksempel på et tilfelle hvor den ene partens anførsel medfører en anklage, er dommen inntatt i Rt. 2002 s. 1517, som omtalt over i punkt 5.3.1. Høyesterett pekte på at det ikke var noen realitetsforskjell mellom en situasjon hvor forsikringsselskapet påberoper svik, og en situasjon hvor de kun sier at det ikke er tale om et forsikringstilfelle.³⁶⁴ Det ligger implisitt i påstanden om at det ikke er tale om et forsikringstilfelle, at bilen ikke hadde vært utsatt for tyveri slik som forsikringstakeren mente. Dette var partene også enige om.

I forbindelse med dette uttalte Høyesterett at «[f]orholdet skiller seg dermed fra situasjoner der skaden eller tapet kan være oppstått på flere måter – eksempelvis kan en gjenstand som blir meldt stjålet på reise, i realiteten være mistet, skader på bygninger kan ha mange årsaker, hvorav noen dekkes av forsikringen, andre ikke.» Det ble også uttalt at «der tapet kan ha flere årsaker, vil ikke en anførsel om at et forsikringstilfelle ikke er sannsynliggjort, være belastende på samme måte som der det eneste alternativet er svik.»³⁶⁵

³⁶³ Skoghøy (2017) s. 935 med videre henvisninger.

³⁶⁴ Rt. 2014 s. 1517, på s. 1521.

³⁶⁵ Rt. 2014 s. 1517, på s. 1521.

Etter dette vil finansinstitusjonens anførsel trolig bare kunne anses tilstrekkelig belastende dersom betalerens bedrageri fremstår som det eneste alternativet. Det er dermed trolig ikke tilstrekkelig belastende for Peder at Danske Bank tilbakeviser hans påstand om at det er tale om en uautorisert betalingstransaksjon fordi hjemmehjelpen har misbrukt kredittkortet hans når det også er mulig at det var barnebarnet som stod bak, eller at han rett og slett hadde mistet kortet. Det er med andre ord ingen automatikk i at beviskravet må skjerpes i saker som omhandler autorisering av betalingstransaksjoner. Hvis det ikke implisitt i påstanden ligger en anklage om at betalingstransaksjonen egentlig er samtykket til, vil utgangspunktet være alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Saken inntatt i LG-2016-86054 kan tjene som eksempel på et tilfelle hvor påstanden om at betalingstransaksjonen ikke var autorisert, impliserer at mannen hadde samtykket til de aktuelle transaksjonene. Som nevnt mente mannen at han ikke hadde foretatt betalingstransaksjoner for i underkant av 200.000 kroner på en nattklubb i Spania. I tingretten ble det av hans finansinstitusjon anført at mannen «har selv godkjent transaksjonene og har betalt for de varer og tjenester han har kjøpt ved nattklubben i de åtte timene det er snakk om».³⁶⁶ Også uten denne eksplisitte anførselen måtte det etter omstendighetene fremstå som at påstandene var gjensidig utelukkende: Enten hadde mannen blitt fralurt kortet og blitt offer for uautoriserte betalingstransaksjoner, eller så hadde han foretatt dem selv eller gitt andre samtykke til å handle på sine vegne.

Det påståtte faktum som oppleves kvalifisert belastende, kan fremføres eksplisitt, men det må også være tilstrekkelig at det følger implisitt av finansinstitusjonens anførsler. Spørsmålet om det alminnelige beviskravet skal endres, må vurderes konkret i hver enkelt sak. Hvor belastende det vil være for betaleren dersom de anførte faktiske omstendighetene legges til grunn, må veies opp mot eventuelle andre hensyn som tilsier at utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt skal fastholdes.³⁶⁷ Som det klare utgangspunkt bør imidlertid anførsler om at betaleren påberoper seg reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner for å oppnå en uberettiget vinning, tilsi at beviskravet må endres.

Faktum som lå til grunn i ankenektelsen HR-2017-639-U er etter min mening egnet til å skjerpe beviskravet. Høyesterett tok ikke eksplisitt stilling til beviskravet i saken. Dersom betaleren ble pålagt den subjektive bevisbyrden etter at det ble ført bevis for at PIN-kode var benyttet, kan det imidlertid tyde på at Ankeutvalget ikke la en skjerpet bevisbyrde til grunn. Det kan selvsagt tenkes at Høyesterett vurderte de andre bevisene i saken, men det er det ikke mulig å si noe om. Jeg anser det for mer trolig at spørsmålet om beviskrav ikke ble problematisert i anken, og at Høyesterett derfor var bundet av partenes påstander etter disposisjonsprinsippet. At det var tale om et svært belastende faktum, ble ikke problematisert verken i tingretten eller lagmannsretten.

I sakene hvor det alminnelige beviskravet er blitt fraveket på grunnlag av belastende faktum, er beviskravet blitt skjerpet. Det har altså vært tale om tilfeller hvor den som fremsatte en belastende påstand, hadde bevisbyrden. Overført til våre saker, ville det altså vært tale om et skjerpet beviskrav for finansinstitusjonen.

Det er meg bekjent ingen saker som angår sammenlignbare tilfeller hvor privatpersonen har hatt bevisbyrden. Dette kan skyldes at parten som ble pålagt skjerpet bevisbyrde, hadde denne

³⁶⁶ Stavanger tingretts dom av 18.03.2016, TSTAV-2014-204842.

³⁶⁷ HR-2016-2579-A, avsnitt 38.

i utgangspunktet eller alltid vil ha den når påstander som er egnet til å fravike det alminnelige beviskravet fremføres. Det er imidlertid ingen logisk nødvendighet at beviskravet må skjerpes i tilfellene hvor utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt fravikes. Dette illustreres gjennom de svenske avgjørelsene hvor beviskravet lempes.³⁶⁸ Det kan imidlertid spørres om bevisbyrden burde plasseres på den parten som fremsetter de sterkt belastende påstandene.

Det er ikke entydig hva beviskravet er dersom det skal skjerpes eller lempes. Det kan synes ut som at beviskravet skjerpes proporsjonalt med hvor belastende faktum som anføres.³⁶⁹

5.5 Noen omstendigheter vektlagt i praksis

5.5.1 Bevisbedømmelsen i praksis

Når det kommer til bevis fremsatt ved påstander vedrørende uautoriserte betalingstransaksjoner, vil det som regel være en del usikkerhet knyttet både til den faktiske situasjonen og bevisene som skal belyse denne. Det er som nevnt mangel på bevis som er opphav til de største bevismessige problemene. Som Eivind Kolflaath påpeker i forbindelse med sin utlegging av fortellingsparadigmet: Bevisene må vurderes ut fra fortellingens kvalitet og dennes sammenheng med bevisene i saken.³⁷⁰ Selv ved mangel på bevis må retten se de bevisene, eller mangelen på sådanne, i sammenheng med det antatte hendelsesforløpet i en sak.

Finansavtaleloven § 35 (5) første punktum er en bestemmelse om beviskraft, altså hvilken verdi et bevis har i seg selv. Bestemmelsen sier som nevnt at dersom kunden benekter å ha autorisert en betalingstransaksjon, «skal bruken av et betalingsinstrument ikke i seg selv anses som tilstrekkelig bevis for at kunden har samtykket til transaksjonen (...)». Å påvise at et betalingsinstrument er benyttet, er et bevis. Bestemmelsen sier noe om hvilken vekt et slikt bevis alene kan tillegges, eller rettere sagt ikke tillegges. Som nevnt over i punkt 5.3.4 må bestemmelsen i utgangspunktet bare leses som at den kommer til anvendelse for betalingstransaksjoner hvor det ikke er benyttet autentisering. Utover denne bestemmelsen gjelder selvsagt prinsippet om fri bevisvurdering. Prinsippet om dommerens frie bevisvurdering som kommer til uttrykk i tvisteloven³⁷¹ § 21-2 (1), gjelder selvsagt også for saker om uautoriserte betalingstransaksjoner. Fri bevisvurdering innebærer at retten selv kan vurdere hvilke bevis som relevante og hvilken vekt disse skal tillegges.

En gjennomgang av praksis viser at det har utkrystallisert seg noen omstendigheter som gjennomgående tillegges vekt. Dette er for det første særlig omstendigheter rundt autentisering av betalingstransaksjoner samt autentiseringen i seg. Det er for det andre også sannsynligheten for at betaleren ville foretatt kjøp på stedet betalingstransaksjonene er foretatt. Behandlingen av omstendigheter vektlagt i praksis er dels et deskriptivt spørsmål, altså hvordan bevisene faktisk vurderes i praksis, og dels et normativt spørsmål, altså om denne vurderingen skal anses som god eller holdbar.

³⁶⁸ NJA 1992 s. 264 og NJA 2017 s. 1105.

³⁶⁹ HR-2016-2579-A avsnitt 42.

³⁷⁰ Koflaath (2004) s. 292.

³⁷¹ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister.

5.5.2 Omstendigheter rundt autentiseringen og autentiseringen i seg selv
Bruk av riktig kode på første forsøk er fremhevet av Finansklagenemnda i noen saker.³⁷² I Rt. 2004 s. 499 ble antallet forsøk før riktig PIN-kode ble benyttet, tillagt betydning i spørsmålet om nedskrivningen av koden hadde vært uaktsom. At det er benyttet kode ved bruk av betalingsinstrumentet, er i utgangspunktet ikke et moment som kan tillegges betydning ved spørsmålet om den er autorisert, jf. drøftelsen over i relasjon til § 35 (5) 2.pkt. Det bør motsetningsvis heller ha formodningen mot seg at det er tale om en autorisert betalingstransaksjon der PIN-koden først blir riktig etter en rekke forsøk. I hvilken grad PIN-kode er benyttet riktig på første forsøk, bør imidlertid isolert sett ikke tillegges nevneverdig vekt.

I Finansklagenemnda er det i flere saker lagt vekt på at betalingstjenestebrukerne ikke har mistet betalingskortene sine, men har hatt disse i besittelse da de påberopte uautoriserte betalingstransaksjonene var avsluttet. Eksempler til illustrasjon er sakene FinKN-2014-429 og FinKN-2018-367. FinKN-2017-84 gjaldt fire transaksjoner foretatt på en polsk nattklubb. Nemnda uttalte enstemmig at «[k]ortholderen har kortet i behold. Dette innebærer at transaksjonen må være gjort med kortholderens originale kort.» Her tar ikke Finansklagenemnda høyde for at betalingskort med relativt enkle grep kan kopieres. PIN-koden kan enten observeres ved inntasting, eller filmes av et strategisk plassert kamera. Synspunkter om at en betalingstransaksjon må være gjort med kortholders originale kort, er dermed en type påstand som må anvendes med forsiktighet.

Som nent over i punkt 5.3.1 mente det Europeiske Økonomiske og Sosiale Utvalget at graden av autentisering skulle få betydning for plassering av bevisbyrde.³⁷³ I NJA 2017 s. 1105 ble det lagt vekt på at det var brukt en form for elektronisk signering som «endast kan skapas av den som har tillgång till den personliga och hemliga koden». Dette kan se ut til å basere seg på et synspunkt at jo sikrere løsningen for signering (eventuelt betaling), desto større sannsynlighet er det for at det ikke er tale om en uautorisert handling. I betalingstjenestedirektiv 2 er tilnærmet den motsatte løsningen av dette lagt til grunn. Artikkel 74 nr. 2 pålegger betalingstjenestetilbyderen alt økonomisk tap der det ikke er benyttet sterk autentifikasjon, med mindre betaleren har handlet svikaktig.

5.5.3 Sannsynlighet for kjøp av varer eller tjenester

Typen lokale eller utsalgssted betalerne har oppsøkt, ser ut til å ha betydning for bevisbedømmelsen. Nemnda har for eksempel lagt vekt på at kontohaverne har befunnet seg på steder hvor det gjennomgående er stive priser, og det kan derfor ikke være overraskende med store belastninger.³⁷⁴ Dette må trolig henge sammen med sannsynligheten for at man kan glemme å ha foretatt betalingstransaksjoner, ikke vært klar over prisene eller andre omstendigheter som kan tenkes å oppstå på nattklubber, massasjeklubber og lignende steder.

På samme måte ble det i LG-2016-86054 ble det av lagmannsretten vektlagt at mannen hadde oppsøkt et bordell for å kjøpe seksuelle tjenester og forlot klubben med noen damer. Dette gjorde at lagmannsretten konkluderte med at betalingstransaksjonene var foretatt som betaling for dette. Motsetningsvis ble det i svensk høyesterett i NJA 1992 s. 263 lagt til grunn at det var tale om «mycket stora belopp» som tilsa at mannen ikke hadde godkjent beløpet på den tyske baren, til tross for at denne var lokalisert i «glädjekvarteren».

³⁷² Se for eksempel FinKN-2015-385 og FinKN-2014-533.

³⁷³ EØSU (2006) C/318/09 s. 54.

³⁷⁴ Se for eksempel FinKN-2014-355 og 356 og FinKN-2014-429.

Steder av den typen som omtales i forbindelse med mulighet for at det kan bli store regninger, har i noen få saker blitt trukket frem som etableringer hvor det praktiseres den typen svindel som anføres. Dette gjelder blant andre LG-2016-86054 hvor den aktuelle klubben var under etterforskning av spansk politi for lignende svindler som anført. Lagmannsretten uttalte i denne forbindelse at det «kan ikke uten videre sluttes fra etterforskningen i straffesaken i Spania, at A har vært utsatt for svindel. Det mønstret som er avtegnet gjennom etterforskningen der, skiller seg dessuten vesentlig fra hendelsesforløpet A selv har beskrevet».

I FinKN-2017-134 påberopte innklager at han var blitt dopet ned på en nattklubb i Spania og at kontoen hans etter dette hadde blitt belastet med i overkant av 30.000 kroner. Nemnda hadde tidligere behandlet en sak hvor klageren der hadde beskrevet det samme hendelsesforløpet på den samme klubben. Disse mennene kjente hverandre ikke. Nemnda avviste saken fordi det ikke fant det mulig å kunne treffe en konklusjon.

I FinKN-2018-309 hadde kortholders kredittkort blitt belastet på en polsk nattklubb for i underkant av 50.000 kroner. Nemnda uttalte at «det må regnes som en kjensgjerning at noen utesteder, blant annet i Polen, driver svindel med betalingskort.» Saken ble også avvist fra behandling fordi det ikke var holdepunkter for å konkludere med misbruk, samtidig som muligheten for kortsvindel ble ansett for å være nærliggende.

I forlengelsen av at betalingstjenestebrukeren hele tiden er i besittelse av betalingskortene sine, og at betalingstransaksjonene foretas på stedet betaleren har oppholdt seg, synes det som Finansklagenemnda anser betalingstransaksjonene som uautoriserte. Dette er ikke en uttalt vurdering i noen av sakene, men synes likevel å være gjennomgående. Motsatt av dette kan det utledes at dersom betaleren kan dokumentere at hun var et annet sted enn der betalingstransaksjonene ble foretatt, har det presumsjonen mot seg at hun har samtykket til dem. Dette blir i så fall et spørsmål om hun har gitt samtykke til at noen kan foreta betalingstransaksjon på sine vegne.

5.6 Oppsummerende bemerkninger

Om det er mer sannsynlig at en betalingstransaksjon er samtykket til enn ikke, er et svært viktig spørsmål i praksis. Til tross for dette er spørsmålet viet ingen eller liten plass i forarbeidene og juridisk teori. Bevisvurderingen er vanskelig, først og fremst fordi det ofte er mangel på bevis når man må ta stilling til om en betalingstransaksjon er autorisert. Ved mangel på bevis er det desto viktigere å kunne oppstille presumsjoner for hvem bevismangelen går utover og hva som forventes av bevisføring for å få medhold i sin påstand.

For spørsmål om autentisering er benyttet, er det betalingstjenestetilbyderen som har bevisbyrden. Bevisbyrden skal trolig også plasseres hos betalingstjenestetilbyder når det ikke er benyttet autentisering av betalingstransaksjonen, uavhengig av årsaken til dette. Dette vil trolig måtte bedømmes ut fra alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Presumsjonene utenfor disse tilfellene er imidlertid langt fra opplagte. Der betalingstransaksjoner er foretatt med autentisering, tilsier saker fra norsk og svensk høyesterett at bevisbyrden skal plasseres hos betaler. Begrunnelsene for denne plasseringen fremstår imidlertid ikke alltid som like gjennomarbeidet eller overbevisende. Utgangspunktet vil være alminnelig krav om sannsynlighetsovervekt. Det vil unntaksvis kunne tenkes en

skjerping eller lemping av beviskravet dersom betaler eksplisitt eller implisitt anklages for å påberope reglene når hun selv har gitt eller tillatt en betalingsordre.

6 Avslutning

Oppgavens siktemål har altså vært å undersøke hva som utgjør en uautorisert betalingstransaksjon etter finansavtaleloven § 24 (2). En «uautorisert betalingstransaksjon» er en betalingstransaksjon det ikke er samtykket til. For nærmere å klarlegge hva som ligger i termen, må «betalingstransaksjon» og «samtykke» sees i sammenheng. Hvilken type betalingstransaksjon det er tale om, har betydning for hvordan samtykke kan gis og til hvem.

Samtykke gis enten i form av en iverksettelse eller en tillatelse. Dersom betaleren har handlet selv (enten gitt betalingsordre eller tillatt en slik), er det klare utgangspunktet at betalingstransaksjonen er autorisert. Dette gjelder med forbehold om at iverksettelsen er gyldig etter alminnelige avtalerettslige gyldighetsregler.

På samme måte som at reglene angår forholdet mellom betaler og betalingstjenestetilbyder, er i utgangspunktet grunnen for at det ble gitt et samtykke til en betalingstransaksjon uten betydning. Det innebærer at det i utgangspunktet ikke spiller noen rolle hvor mye som ble overført, til hvem, og hvorfor, så lenge prosedyren for formidling av samtykket er gitt.

Dersom en annen enn kontohaver selv har foretatt en betalingstransaksjon, er det spørsmål om det er gitt samtykke til dette, eller ikke. «Samtykke» får et annet innhold om det retter seg mot betalingstjenestetilbyder eller en representant som skal formidle betalerens samtykke til betalingstjenestetilbyderen. Dersom det skal anses for å være gitt samtykke til en representant, regnes dennes handlinger som om de var betalerens egne. Dersom det ikke er gitt samtykke til at en annen skal foreta betalingstransaksjoner, er det ikke tale om en autorisert betalingstransaksjon. Betalerens eventuelle økonomiske ansvar vil da avgjøres av tapsfordelingsreglene i finansavtaleloven § 35.

Det finnes en rekke finansielle disposisjoner som eksplisitt eller implisitt er betinget av betalerens samtykke, som for eksempel å ta opp lån eller kredittlinjer. Disse faller imidlertid ikke innenfor forståelsen av hva som utgjør en uautorisert betalingstransaksjon, og vil ikke kunne anses som uautoriserte betalingstransaksjoner til tross for manglende samtykke.

Oppgaven har i stor grad vært et oppryddingsarbeid i å klarlegge definisjoner og sammenholde regler for å forsøke å gi et meningsinnhold til termen «uautoriserte betalingstransaksjoner». Som det særlig fremkom under del 2, og av forståelsen av betaler både i del 2 og del 3, er bestemmelsene i finansavtaleloven og betalingstjenestedirektivet ikke utformet med tanke på uautoriserte betalingstransaksjoner. Det har derfor vært nødvendig å ta i bruk system- og formålsbetraktninger for å kunne gi rom for reglene om uautoriserte betalingstransaksjoner. Meningsinnholdet av samtykke har langt på vei blitt utledet av andre bestemmelser som ikke direkte angår spørsmålet om autorisering.

Som også nevnt i innledningen, har spørsmålet om hva som utgjør en uautorisert betalingstransaksjon blitt viet overraskende liten oppmerksomhet. Dette fører til at det er vanskelig å trekke klare slutninger. Særlig for spørsmål om bevis er det stor usikkerhet om hvordan uautoriserte betalingstransaksjoner skal behandles.

Forståelsen av «uautoriserte betalingstransaksjoner» må sies å dekke de tradisjonelle tilfellene av betalingsinstrument- og kontomisbruk som for eksempel misbruk av stjålet betalingskort

og hacking. Ulike måter betalere kan svindles på, utvikles imidlertid hele tiden, for eksempel gjennom identitetstyveri. Jo mer elegante former for digitalt misbruk blir, desto mindre blir vernet uautoriserte betalingstransaksjoner i utgangspunktet er ment til å gi.

Betalingstransaksjoner som faller inn under definisjonen «authorised push payments» ligger ofte langt fra den intuitive oppfatningen folk flest har av hva man har «samtykket» til.

De faktiske omstendighetene rundt uautoriserte betalingstransaksjoner kommer til å endre seg ettersom nye former for misbruk unektelig vil utvikle seg. Som nevnt i innledningen er svindel i forbindelse med uautoriserte betalingstransaksjoner bare ett eksempel på utfordringene som har oppstått ved de nye betalingsløsningene.

7 Kildeliste

Litteratur

- Andersen (2013) Andersen, Mads Bryde. *Grundlæggende aftaleret*. 4.utg., Gjellerups forlag, 2013.
- Boe (2012) Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*, Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Backer (2015) Backer, Inge Lorange. *Norsk Sivilprosess*, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Brenøe (2014) Brenøe, Thomas. ”Brug af lagrede betalingskortdata ved internethandel og onlinetjenester” *Ugeskrift for Retsvæsen* (2014) 124.
- Donnelly (2016) Donnelly, Mary. ”Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II” *Computer Law & Security Review* (2016) 32 (6) 827-839.
- Diggipay (2019) Diggipay. <https://www.diggipay.no/> hentet 07.08.2019.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg., ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforl., 2001.
- Eriksen (2019) Eriksen, Jonny Rein. ”Det er en sikkerhetssvakheter i BankID” 2019 <https://www.digi.no/artikler/kommentar-det-er-en-sikkerhetssvakheter-i-bankid/460792> hentet 07.08.2019.
- European Services (2011) European Services. ”Your questions on PSD. Payment Services Directive 2007/64/EC. Questions and answers”. 2011 https://ec.europa.eu/info/system/files/faq-transposition-psd-22022011_en.pdf?fbclid=IwAR03o_3xNf3yscYtXfK-S3_ILNiAB3ogDkxYDkYpZMdD4oE1Ec6VoqL9fP0 hentet 04.06.2019.
- Finans Norge (2018a) ”Forbruker og finanstrender 2018”. 2018 <https://www.finansnorge.no/aktuelt/sporreundersokelser/forbruker-og-finanstrender/forbruker--og-finanstrender-2018/forbruker--og-finanstrender-2018/> hentet 03.02.2019.
- Finans Norge (2018b) ”Markedsandeler Forvaltningskapital – Markedsandeler 2018”. 2018 lastet ned fra <https://www.finansnorge.no/statistikk/bank> hentet 09.07.2019.
- Finans Norge (2018c) ”Bare tre av fire nordmenn har tatt i bruk vipps”. 2018 <https://www.finansnorge.no/aktuelt/sporreundersokelser/forbruker-og-finanstrender/forbruker--og-finanstrender-2018/pa-bare-tre-ar-har-tre-av-fire-nordmenn-tatt-i-bruk-vipps/> hentet 07.08.19.

- Finanstilsynet (2019) ”Pengeinstitutternes størrelsesgruppering – Pengeinstitutterne fordelt etter størrelse 2019” 2019 lastet ned fra <https://www.finanstilsynet.dk/Tal-og-Fakta/Statistik/Statistik-om-sektoren/Pengeinstitutternes-stoerrelsesgruppering> hentet 09.07.2019.
- Finanstilsynet (2018) ”ESMA, EBA og EIOPA advarer forbrukere mot risikoene ved kryptovalutaer” 2018 lastet ned fra <https://www.finanstilsynet.no/contentassets/c24dcc7bd0504a1d83b3c0fa7a7cee8f/esma-eba-og-eiopa-advarer-forbrukere-mot-risikoene-ved-kryptovalutaer.pdf> hentet 02.08.2019.
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Geva (2009) Geva, Benjamin. “Payment Transactions under the EU Payment Services Directive: A U.S. Comparative Perspective” *Penn State International Law Review* Vol 27 (2009).
- Giertsen (2014) Giertsen, Johan. *Avtaler*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Grøttjord (2014) Grøttjord, Børge og Karl Rosén. *Finansavtaleloven med kommentarer*. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2014.
- Hagstrøm (2005) Hagstrøm, Viggo. ”Grov tvang – en avtalerettslig antikvit? Noen betraktninger omkring en avgjørelse av den norske Bankklagenemnda”. I *Avtalslagen 90 år: Aktuell nordisk rettspraxis*. Boel Flodgren mfl red., Stockholm: Nordsteds Juridik, 2005.
- Hauge (2009) Hauge, Hilde. *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Hjortnæs (2015) Hjortnæs, Lars. ”Om Højesterets rolle– grænsen mellem politik og jura”. *Delvis holdt som foredrag på Nordiske Formueretsdage den 23. april 2015 i Hel- singør som indledning til sessionen: »Domstolenes rolle som lovgiver i nordisk formueret – traditionalisme eller aktivisme?«* <http://www.hoejesteret.dk/om/Personale/Documents/Om%20Højesterets%20rolle.pdf> hentet 01.08.2019.
- Hov (2009) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. *Alminnelig avtalerett*. Oslo: Papinian, 2009.
- Hov (2017) Hov, Jo. *Rettergang i sivile saker*. 3. utg., Oslo: Papinian, 2017.
- Høgberg (2014) Høgberg, Alf Petter. ”Kommentar til avtaleloven.” i *Gyldendal Rettsdata* 2014 hentet 31.10.2019.

- Jerkø (2017) Jerkø, Markus. *Bevisvurderingens rettslige rammer*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Karstoft (2009) Karstoft, Susanne. "Forældres hæftelse for umyndiges brug af mobiltelefoner, særligt med henblik på overtaksede sms'er" *Erhvervsjuridisk Tidsskrift* (2009) 119.
- Karstoft (2012) Karstoft, Susanne. *Lov om betalingstjenester og elektroniske penge*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2012.
- Kjørven (2019) Kjørven, Marte Eidsand. *Who Pays When Things Go Wrong? Online Financial Fraud and Consumer Protection*. Working paper, 2019 [Upublisert].
- Kolflaath (2004) Kolflaath, Eivind. "Bevisbedømmelse – Sannsynlighet eller fortellinger?" *Jussens Venner* (2004) 39, s. 279-304.
- Lassen (1992) Lassen, Birger Stuevold. *Kontraksrettslig representasjon*. Oslo: Universitetsforlaget, 1992.
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre. *Kontraksrett og obligasjonsrett*. Oslo: Cappelen Damm, 2017.
- Mavromati (2008) Mavromati, Despina. *The Law of Payment Services in the EU*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- Nordh (2011) Nordh, Robert. *Praktisk process VII: Bevisrätt B: Bevisböda oh beviskrav*. Uppsala: Iustus förlag, 2011.
- Riesenhuber (2017) Riesenhuber, Karl. "Interpretation of EU Secondary Law". I *European Legal Methodology*. Karl Riesenhuber red., Cambridge: Intersentia Ltd, 2017.
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 4. utg., Bergen, Vigmostad & Bjørke, 2018.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Strandberg (2017) Strandberg, Magne. "Beviskrav i sivile saker – kommentarer til HR-2016-2579-A om beviskrav for selvmord" *Tidsskrift for forretningsjus* Vol. 23 nr. 1 (2017) s. 50-73.

- Strandberg (2012) Strandberg, Magne. *Beviskrav i sivile saker*. Bergen: Fagbokforlaget, 2012.
- Svenska Bankföreningen (2019) ”De stora bankkoncernerna” 2019 <https://www.swedishbankers.se/fakta-och-rapporter/svensk-bankmarknad/de-stora-bankkoncernerna/> hentet 09.07.2019.
- Torvund (1983) Torvund, Olav. «Betalingssformidling – Rettsspørsmål ved automatisering av forbrukerrettede betalingssystemer – TERESA (25)» *Complex* (1983), s. 1-226.
- Trzaskowski (2017) Trzakowski, Jan (red.). *Internet-retten*. 3.utg., København: Ex Tuto Publishing, 2017.
- Udsen (2019) Udsen, Henrik. *IT-ret*. København: Ex Tuto Publishing, 2019.
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 10. utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2017.

Norske rettskilder

Lover

- 1939 Lov 17. februar nr. 2 lov om deponering i gjeldshøve (deponeringslova).
- 1989 Lov 16. juni 1989 nr. 69 lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven).
- 1991 Lov 4. juli 1991 nr. 47 lov om ekteskap (ekteskapsloven).
- 1999 Lov 25. juni 1999 nr. 46 finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).
- 2002 Lov av 13. desember 2002, nr. 74 lov om e-pengeforetak (e-pengeforetaksloven).
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 lov om straff (straffeloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
- 2010 Lov 26. mars nr. 9 lov om vergemål (vergemålsloven).
- 2011 Lov av 18. november 2011, nr. 42, endringslov til betalingssystemloven og finansavirksomhetsloven mv.
- 2015 Lov av 10. april 2015, nr. 17, lov om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven).

2018

Lov 1. juni 2018 nr. 23 lov om hvitvasking og terrorfinansiering
(hvitvaskingsloven).

Rettspraksis

Rt. 1977 s. 608
Rt. 1984 s. 248
Rt. 1987 s. 744
Rt. 1995 s. 1540
Rt. 2002 s. 696
Rt. 2002 s. 1517
Rt. 2004 s. 499

LG-2016-86054

LB-2016-34461

BKN-2002-13
BKN-2007-77
BKN-2010-151
FinKn-2014-337
FinKN-2014-338
FinKN-2014-355
FinKN-2014-429
FinKN-2014-533
FinKN-2015-285
FinKN-2015-385
FinKN-2016-61
FinKN-2017-334
FinKN-2017-408
FinKN-2017-409
FinKN-2017-413
FinKN-2017-507
FinKN-2017-510
FinKN-2017-581
FinKN-2017-675
FinKN-2017-749
FinKN-2017-750
FinKN-2017-804
FinKN-2017-805
FinKN-2018-9
FinKN-2018-47

Rt. 2007 s. 1274
Rt. 2014 s. 1161
Rt. 2014 s. 1517
HR-2016-2579-A
HR-2017-639-U
HR-2018-874-A

Stavanger tingretts dom av
18.03.2016, TSTAV-2014-204842.

FinKN-2018-49
FinKN-2018-272
FinKN-2018-309
FinKN-2018-375
FinKN-2018-366
FinKN-2018-367
FinKN-2018-569
FinKN-2018-570
FinKN-2018-758
FinKN-2018-759
FinKN-2018-833
FinKN-2018-944
FinKN-2018-961
FinKN-2019-15
FinKN-2019-115
FinKN-2019-118
FinKN-2019-136
FinKN-2019-205
FinKN-2019-304
FinKN-2019-306
FinKN-2019-337
FinKN-2019-341
FinKN-2019-389
FinKN-2019-467
FinKN-2019-469

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 63 (1917) *Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.*
- Ot.prp. nr. 92 (2001-2002) *Om lov om e-pengeforetak.*
- Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) *Om lov om endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av de privatrettslige bestemmelsene i direktiv 2007/64/EF).*
- Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) *Om lov om vergemål (vergemålsloven).*
- NOU 2008: 21 *Nettbankbasert betalingsoverføring – Utredning nr. 21 fra Banklovkommissjonen.*
- Arbeidsgruppen for betalingsstjenestedirektivet (2009) *Betalingstjenester: Forslag til gjennomføring i norsk rett av bestemmelsene om forholdet mellom institusjon og kunde mv. i direktiv 2007/64/EF: Delrapport til Finansdepartementet fra arbeidsgruppen for betalingsstjenestedirektivet. 16. februar 2009*
<https://www.regjeringen.no/contentassets/c8dfbb1bb98f41d3a5154fd3b4e9630b/delrapport-1.pdf> hentet 08.08.2018
- Justis- og beredskapsdepartementet (2017) *Høringsnotat – revisjon av finansavtaleloven. September 2017*
<https://www.regjeringen.no/contentassets/049a4c21f40d4144b083aaebd5e34ccd/horingsnotat-ny-finansavtalelov.pdf> hentet 08.08.2018

Internasjonale rettskilder

TEUF	<i>Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde.</i> Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
Direktiv 2000/46/EF	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2000/46/EF af 18. september 2000 om adgang til at optage og udøve virksomhed som udsteder af elektroniske penge og tilsyn med en sådan virksomhed [E-penge-direktivet].
Direktiv 2007/64/EF	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2007/64/EF av 13. november 2007 om betalingstjenester i det indre marked og om ændring av direktiv 97/7/EF, 2002/65/EF, 2005/60/ EF og 2006/48/EF samt oppeving av direktiv 97/5/EF [Betalingstjenestedirektivet].
Direktiv 2008/48/EF	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om forbruger kredittavtaler og om oppeving av rådsdirektiv 87/102/EØF [Forbruger kreditt direktivet].
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 [Betalingstjenestedirektiv 2].
KOM (2005) 603	Forslag til Europa-parlamentets og rådets direktiv om betalingstjenester i det indre marked og om ændring af direktiv 97/7/EF, 2002/12/EF og 2002/65/EF.
EØSU (2006) C/318/09	Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om Gennemførelse af Fællesskabets Lissabonprogram: Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om betalingstjenester i det indre marked og om ændring af direktiv 97/7/EF, 2000/12/EF og 2002/65/EF KOM(2005) endelig — 2005/0245 (COD)
EØS-komiteens beslutning nr. 165/2019.	EØS-komiteen <i>Decision of the EEA joint committee No 165/2019 of 14 June 2019 amending Annex IX (Financial services) to the EEA Agreement.</i> 14. juni 2019. https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2019%20-%20English/165-2019.pdf hentet 01.08.2019.

Rettspraksis

Sag C-295/18 Mediterranean Shipping Company mod Banco Comercial Portugês SA og Caixa General de Depósitos SA. ECLI:EU:C:2019:320.

Sag C-616/11 T-mobile Austria GmbH mod Verein für Konsumentinformation. ECLI:EU:C:2014:242.

Sag C-449/13 CA Consumer Finance SA mod Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, født Savary, Florian Bonato. ECLI:EU:C:2014:2213

Sag C-245/18 Tecnoservice Int. Srl, under konkurs mod Poste Italiane SpA ECLI:EU:C:2019:242

Sag C-191/17 Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte mod ING-DiBa Direktbank Austria Niederlassung der ING-DiBA AG. ECLI:EU:C:2018:466

Skandinaviske rettskilder

Lover

Aftaleloven LBK nr 193 af 02/03/2016 (Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område). [Danmark]

Betalingsloven LOV nr 652 af 08/06/2017 (Lov om betalinger). [Danmark]

Betaltjänstlagen Lag (2010:751) om betaltjänster. [Sverige]

Forarbejder

Forslag til lov om betalingstjenester Forslag til Lov om betalingstjenester, 28. januar 2009. <https://www.retsinformation.dk/pdfPrint.aspx?id=123118> hentet 04.11.2019 [Danmark]

Betænkning nr. 1456/2004 *e-signatures retsvirkninger*. [Danmark]

SOU 2005:108 *Betalingsansvar vid obehörig användning av kontokort m.m.* [Sverige]

Prop. 2017/2018:77 *Nya regler om betaltjänster*. [Sverige]

Rettspraksis

NJA 2017 s. 1105 [Sverige] 82/2018 [Danmark]

NJA 1992 s. 263 [Sverige] 87/2018 [Danmark]

Svea Hovrätt mål nr. T 10321-11 U.1992.753 [Danmark]

[Sverige]

U.1996.568V [Danmark]

Kontrakter

- DnB
Standardavtale
for Visa og
Mastercard <https://www.dnb.no/portalfront/dnb/nedlast/privat/avtaler/kontoavtale-vilkaar-visa-mastercard-E.pdf>
hentet 01.11.2019
- Avtalevilkår
Nordea
Bankkort <https://www.nordea.no/Images/152-82383/Cards%20-%20Avtalevilk%C3%A5r%20Nordea%20Bankkort.pdf>
- Danske banks
Avtalevilkår
for Kredittkort
og
Faktureringsk
ort –
Forbrukerforh
old <https://danskebank.no/nb-no/Bedrift/Mellomstore-bedrifter/Konto-og-kort/Kort/Documents/060.612.pdf>
hentet 01.11.2019
- SEB villkor
Betalkonton
och
Betaltjänster https://seb.se/pow/content/produkter/konton/A7479v_privat.pdf
hentet 01.11.2019
- Swedbank
Villkor Betal-
och Kreditkort
MasterCard https://www.swedbank.se/idc/groups/public/@i/@sc/@all/@kp/@privat/documents/productinformation/cid_2273897.pdf
hentet 01.11.2019
- Handelsbanke
n Villkor för
Handelsbanke
ns Bankkkort
och Frikort [https://www.handelsbanken.se/shb/inet/icentsv.nsf/vlookuppics/a_konton_&_kort_bankkort_villkor/\\$file/bankkort_villkor.pdf](https://www.handelsbanken.se/shb/inet/icentsv.nsf/vlookuppics/a_konton_&_kort_bankkort_villkor/$file/bankkort_villkor.pdf)
hentet 01.11.2019
- Danske Bank
Kortbestemme
lser for
Mastercard
Basis <https://danskebank.dk/PDF/PRISER-VILKAAR-FAKTAARK/Kort/Kortbestemmelser-for-MC-BASIS.pdf>
hentet 01.11.2019

Jyske Bank <https://www.jyskebank.dk/wps/wcm/connect/jfo/ec6db68048efda7db360bb37e02f256c/Visa+Dankort+brugerregler.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mQGXnNO>

hentet 01.11.2019

Sydbank https://www.sydbank.dk/wps/wcm/connect/sydbank/f7a66239-1ffe-40e1-b7ac-477947165f6e/MC+Private.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORSPACE.Z18_K2I01J41N85PE0Q04JD8SM2BH6-f7a66239-1ffe-40e1-b7ac-477947165f6e-mKt0gdM

hentet 01.11.2019