



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 27.11.2021

Saksnr.: 21-070115ASD-ELAG/

Dommere:

Lagdommer	Kjersti Lund
Lagdommer	Bjørn Eirik Hansen
Ekstraordinær lagdommer	Ola P. Svor

Ankende part	A	Advokat Amund Noss Advokat Andrea Nyland Haugen
Ankemotpart	Sparebank 1 Østlandet	Advokat Bjørn Ove Myhrsveen

Ingen begrensninger i adgangen til offentlig gjengivelse

Saken gjelder bankens ansvar for kundens tap som følge av uautoriserte betalingstransaksjoner som følge av såkalt «olgasvindel».

I april 2016 opprettet A bankkonto i SpareBank 1 Østlandet. Hun inngikk avtale om e-bank og BankID den 11. april 2016. Det er uomtvistet at det fremgår av sistnevnte avtale at personbankID er personlig og ikke skal overdras eller på annen måte overlates til eller brukes av andre enn kunden. Videre fremgår det av avtalevilkårene at passord, personlige koder og andre sikkerhetsprosedyrer, ikke må røpes for noen, heller ikke overfor politiet, banken eller husstandsmedlemmer.

Den 29. mai 2020 ble A oppringt av en mann som utga seg for å være ansatt i Sparebank 1. Vedkommende spurte om A hadde søkt om lån, hvilket hun avkreftet. A ble deretter satt over til en annen angivelig ansatt i banken, som skulle hjelpe henne med å slette lånesøknaden. Mannen ba henne om å oppgi personnummer, kode fra BankID-kodebrikke og passord. I tidsrommet fra kl. 1329 til kl. 1345 oppga hun kode fra kodebrikken ni ganger. Opplysningene hun ga ble benyttet til å gjennomføre fire banktransaksjoner i tidsrommet kl. 1340 til 1345 på til sammen 240 336 kroner.

Etter å ha avsluttet telefonsamtalen ble A oppmerksom på en SMS hun hadde fått fra banken om at telefonnummeret hennes var endret i nettbanken. Hun fikk dermed mistanke om at hun kunne være utsatt for svindel, og hun oppsøkte banken umiddelbart. Banken avdekket at det var foretatt en innlogging i As nettbank med hennes BankID, hvorpå det ble gjort en endring i hennes kontaktinformasjon. Deretter ble beløpsgrensen for transaksjoner i nettbanken økt til 400 000 kroner, og de fire transaksjonene gjennomført. Banken fikk avverget overføring av deler av beløpet, slik at det endelige tapet utgjør 153 240 kroner. Hun innga kundeklage til banken samme dag.

Banken avslo hennes krav om tilbakebetaling av 153 240 kroner under henvisning til finansavtaleloven § 35 tredje ledd tredje punktum, idet deling av påloggingsinformasjon var å anse som et forsettlig brudd på plikten til å beskytte kode og passord. Saken ble oversendt til Finansklagenemnda Bank, som 24. september 2020 fant at A hadde handlet grovt uaktsomt og at hun dermed skulle betale en egenandel på 12 000 kroner i henhold til finansavtaleloven § 35 tredje ledd andre punktum. Banken varslet i brev 15. oktober 2020 at den ikke ville følge nemndas uttalelse i saken, og A tok ut stevning for Glåmdal tingrett 30. oktober 2020.

Tingretten avsa dom den 2. mars 2021 med slik slutning:

1. SpareBank 1 Østlandet frifinnes.
2. SpareBank 1 Østlandet dømmes til å betale A, født 02.12.1946, sakskostnader for tingretten med 147 248 kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.

A anket dommen til Eidsivating lagmannsrett, som ved beslutning 25. mai 2021 ga samtykke til fremme av anken, jf. tvisteloven § 29-13 første ledd. Ankeforhandling ble holdt i Hamar tinghus 26. og 27. oktober 2021. Bevisførselen fremgår av rettsboken.

A har anket over tingrettens bevisbedømmelse og lovanvendelse og har i hovedsak gjort gjeldende:

A har bevisst gitt informasjon om kode og passord over telefon, og dette utgjør objektivt sett et pliktbrudd. Det er også årsakssammenheng mellom pliktbruddet og tapet. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å konstatere forsett i henhold til finansavtaleloven § 35 tredje ledd tredje punktum, idet det må stilles krav om bevissthet både om pliktbruddet og om tapspotensialet.

Kravet om forsett er for det første ikke oppfylt i denne saken fordi A hadde manglende bevissthet om pliktbruddet. Forsett krever at kunden forsto at den faktiske handlingen innebar et pliktbrudd. A trodde hun kunne gi banken koden over telefon i det – som etter hennes subjektive oppfatning – var en nødssituasjon.

Det aktuelle vilkåret om ikke å røpe passord og koder til andre er uhensiktsmessig utformet i avtalen. Forutsetningen for å kunne logge seg inn i nettbanken, er at kode og passord oppgis til banken. Det er måten det deles på som utgjør pliktbruddet. Det fremstår intuitivt at passordet ikke skal gis til uvedkommende, men ikke like intuitivt at passordet ikke skal deles med banken. Det burde vært kommunisert tydelig til denne brukergruppen at passord ikke skal deles med banken over telefon.

Subsidiært, gitt at vurderingstemaet er om hun «kan bebreides» for manglene kunnskap om pliktbrudd, er heller ikke dette kriteriet oppfylt. Dette ble også lagt til grunn av Finansklagenemnda.

Det gjelder ikke et objektivt ansvar for rettsvillfarelse. Når skyldkravet er forsett, må uansett hele tanken om ansvar for egen rettsvillfarelse forlates. Selv om det foreligger ansvarsgrunnlag i form av rettsvillfarelse, er ikke dette ensbetydende med at det foreligger forsettlig pliktbrudd iht. finansavtaleloven § 35 tredje ledd tredje punktum.

For det andre kan kravet om forsett heller ikke være oppfylt i denne saken fordi A manglet bevissthet om tapspotensialet. Forsett krever at kunden måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt. A var i faktisk villfarelse og trodde hun snakket med banken. Hun forsøkte å hjelpe banken med å løse et problem. Følgelig hadde hun ingen bevissthet om tapspotensialet.

En slik forståelse av forsettsbegrepet i finansavtaleloven § 35 tredje ledd tredje punktum finner støtte i både erstatningsretten og kontraktsretten. Hverken fra et erstatningsrettslig eller et kontraktsrettslig ståsted er det tilstrekkelig for å konstatere forsett at det foretas en bevisst handling som formelt innebærer et pliktbrudd. Det kreves bevissthet om normbruddet, og bevissthet om et taps- eller skadepotensiale.

Også lovforarbeidene taler for en slik forståelse av forsettsbegrepet. Det vises særlig til forarbeidene til lovendringen i 2009 (NOU 2008:21), der det fremgår at forsettet må henseile seg på både selve handlingene og konsekvensen av handlingene. Det har ikke kommet til noe senere, som skulle tilsi en annen praktisering av regelverket.

Nemndspraksis om olgasvindel-sakene er omfattende og konsistent, og konkluderer med at kunden ikke kan anses å ha opptrådt forsettlig.

Ny finansavtalelov § 3-20 fjerde ledd, er en kodifisering av gjeldende rett. Dette underbygges av uttalelser fremsatt under komitébehandlingen i Stortinget.

I utenlandsk rett legges det på ulike måter til grunn at kunden må ha opptrådt klanderverdig i relasjon til en konkret og synbar risiko for tap.

Det samlede rettskildebildet viser at pliktbrudd ikke i seg selv er tilstrekkelig til å konstatere forsett. Det er et gjennomgående trekk ved forsettsbegrepet på ulike rettsområder, at det kreves bevissthet om tapspotensialet. Det skal gjøres en bredere vurdering hvor det ses hen til graden av klanderverdighet.

A har nedlagt slik påstand:

1. SpareBank 1 Østlandet plikter å tilbakeføre kr 141 240 til As konto, med tillegg av forsinkelsesrente fra 1. juli 2020.
2. A tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

SpareBank 1 Østlandet har i hovedsak gjort gjeldende:

I avtalevilkårene for e-bank fremgår det at kunden skal bruke Bank-ID brikke i samsvar med vilkårene for utstedelse og bruk, ta alle mulige rimelige forholdsregler for å beskytte personlig påloggingsinformasjon, og ikke notere slik at informasjon kan forstås av andre. I avtalevilkårene for BankID fremgår det at kunden skal gjøre seg kjent med dokumentasjonen før tjenesten tas i bruk, at personlig BankID ikke skal overlates til andre, at kode og passord ikke skal røpes for noen andre, og at dette omfatter husstandsmedlemmer, politi og banken. Ved den konkrete avtaleinngåelsen ble bankens rutiner fulgt, og det ble presisert overfor A at kode og passord heller ikke skal deles med banken. Kunderådgiver forsikret seg om at A forsto dette.

Banken har gjennomført en rekke informasjonstiltak for å advare mot ulike typer svindel. I informasjonsarbeidet brukes særlig nettbank, bankens hjemmesider, sosiale medier og omtale i medier for øvrig. Banken skal kunne legge til grunn at det er riktig person som identifiserer seg ved bruk av BankID, uten å treffe andre tiltak.

Forsett iht. finansavtaleloven § 35 tredje ledd tredje punktum, foreligger når BankID-innehaver bevisst utstyrer en annen person med kode og passord. Det er slik vilkåret er praktisert av domstolene og finansklagenemda. Aktsomhetsvurderingen skal foretas med utgangspunkt i vilkårene. De såkalte phishing-sakene gir liten veiledning, idet disse tilfellene ikke innebærer en bevisst deling av kode og passord.

Det kreves ikke faktisk kunnskap eller bevissthet om det aktuelle avtalevilkåret for å kunne konstatere forsett. Det ville i så fall være å oppstille en rettsregel som oppfordrer til ikke å lese avtalevilkår, ikke følge med når det blir forklart, og ikke følge med på annen informasjon som gis av banken.

Det er objektivt ansvar for rettsvillfarelse. Den som signerer dokumenter uten å forvise seg om hva som står der, er ansvarlig for innholdet. Skyldes et mislighold uvitenhet om forpliktelsen, er det objektivt ansvar for misligholdet.

Subsidiært gjøres det gjeldende at A uansett hadde kunnskap om avtalevilkåret. Hun har signert på avtalen, og hun fikk vilkåret presisert ved inngåelsen av avtalen. At hun faktisk hadde denne kunnskapen underbygges av vitnet Strømmans forklaring om As uttalelser i banken like etter hendelsen.

Hvis hun ikke skulle anses å ha slik kunnskap, kan rettsvillfarelsen uansett ikke anses unnskyldelig. A ble tydelig informert om at hun ikke skulle røpe kode og passord, og finansklagenemndas avgjørelse bygger derfor ikke på riktig faktisk grunnlag.

A har opptrådt forsettlig. Hun opplyste fødselsnummer, kode og passord over telefon til en mann hun tidligere aldri hadde snakket med. All dialog tidligere hadde foregått i bankens lokaler og med kunderådgiver Rolstad. Hun har aldri søkt om lån, og det burde i seg selv vekke mistanke. Hun opplyste selv at hun aldri tidligere har blitt bedt av banken om å opplyse kode og passord. Hun delte koden ni ganger i løpet av en 16 minutters telefonsamtale. Hun fikk ingen forklaring på hvorfor hun måtte oppgi koden så mange ganger. Det er vanskelig å se for seg at det er mulig å opptre mer klanderverdig enn dette. Hvis dette ikke er forsettlig, får bestemmelsen ingen selvstendig betydning ved siden av bestemmelsen om svik.

Det gjelder ikke et tilleggsvilkår om at BankID-innehaver måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for misbruk.

Forarbeidene til gjeldende finansavtalelov kan ikke forstås på denne måten. Dette harmonerer ikke med banklovkommisjonens øvrige kommentarer. Banklovkommisjonens forslag ble ikke støttet av departementets arbeidsgruppe. Departementet forkastet banklovkommisjonens forslag.

Hverken banklovkommisjonens utredning, arbeidsgruppens delrapport, departementets forarbeider, nemnds- eller rettspraksis kan forstås slik at det gjelder et slikt tilleggsvilkår.

Heller ikke erstatnings- og forsikringsrettslig teori kan tas til inntekt for et slikt tilleggskrav. Teorien må ses i den kontekst den hører hjemme. Erstatningsrettslig teori passer ikke i denne sammenhengen. I olgasvindel-sakene er det ikke banken som har påført kunden økonomisk tap, men kundens egne handlinger.

Subsidiært gjøres det gjeldende at vilkåret er oppfylt, ved at A måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for misbruk. Hun har fått understreket viktigheten av at kode og passord ikke deles, herunder med banken. Det må tillegges avgjørende

betydning at hun delte koden ni ganger. Først da hun delte koden for femte gang, ble det foretatt transaksjoner på kontoen. Hun måtte på det tidspunktet vite at det var nærliggende fare for misbruk. Under enhver omstendighet måtte hun forstå underveis i samtalen at det var fare for misbruk. Hun må derfor uansett dekke noe av tapet selv.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. SpareBank 1 Østlandet tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

Det er enighet om at A i det minste har handlet grovt uaktsomhet ved å unnlate å oppfylle sine forpliktelser etter finansavtaleloven § 34 første ledd. Også lagmannsretten legger dette til grunn for sin vurdering. Spørsmålet lagmannsretten skal ta stilling til er om hun har handlet forsettlig i henhold til § 35 tredje ledd tredje punktum. Det springende punkt i saken er dermed forsettsbegrepets innhold, nærmere bestemt om det kreves en form for bevissthet om pliktbruddet eller om hun kan holdes tilnærmet objektivt ansvarlig for pliktbruddet som følge av læren om rettsvillfarelse. Det er videre et spørsmål i saken om forsettet også må dekke faren for økonomisk tap som følge av pliktbruddet.

I finansavtaleloven § 34 reguleres plikter ved bruk av betalingsinstrument. Av bestemmelsens første ledd fremgår følgende:

En kunde som har rett til å bruke et betalingsinstrument, skal bruke det i samsvar med vilkårene for utstedelse og bruk, og skal herunder ta alle rimelige forholdsregler for å beskytte de personlige sikkerhetsanordningene knyttet til betalingsinstrumentet så snart instrumentet er mottatt. I tillegg skal kunden uten ugrunnet opphold underrette institusjonen, eller den institusjonen har oppgitt, dersom kunden blir oppmerksom på tap, tyveri eller uberettiget tilegnelse av betalingsinstrumentet, eller på uautorisert bruk.

I § 35 reguleres misbruk av konto og betalingsinstrument. Bestemmelsens første tre ledd lyder slik:

Institusjonen er ansvarlig for tap som skyldes uautoriserte betalingstransaksjoner, med mindre noe annet følger av paragrafen her. En betalingstransaksjon er uautorisert dersom kunden ikke har gitt samtykke til transaksjonen, jf. § 24.

Kunden svarer med inntil kr 1.200 for tap ved uautoriserte betalingstransaksjoner som skyldes bruk av et tapt eller stjålet betalingsinstrument dersom personlig sikkerhetsanordning er brukt, eller som skyldes uberettiget tilegnelse av et betalingsinstrument dersom kunden har mislyktes i å beskytte de personlige sikkerhetsanordningene og personlig sikkerhetsanordning er brukt.

Kunden svarer for hele tapet ved uautoriserte betalingstransaksjoner dersom tapet skyldes at kunden ved grov uaktsomhet har unnlatt å oppfylle en eller flere av sine

forpliktelser etter § 34 første ledd. Dersom betalingstransaksjonen har skjedd ved bruk av et elektronisk betalingsinstrument, svarer kunden likevel bare med inntil kr 12.000. Dersom tapet skyldes at kunden forsettlig har unnlatt å oppfylle forpliktelsene etter § 34 første ledd, skal kunden bære hele tapet. Det samme gjelder dersom tapet skyldes at kunden har opptrådt svikaktig.

Det er uomtvistet at A objektivt sett har begått et pliktbrudd iht. § 34 første ledd første punktum, idet hun ikke har overholdt vilkårene om at kode og passord ikke skal røpes for andre, slik det fremgår i avtale om BankID punkt 9. I dette kontraktsvilkåret fremgår det også uttrykkelig at kode og passord heller ikke skal oppgis til «banken».

Det er videre på det rene at det er foretatt fire uautoriserte betalingstransaksjoner på As konto, idet transaksjonene ble foretatt uten hennes samtykke, jf. finansavtaleloven § 24. Spørsmålet er hvorvidt det er banken eller A som skal være ansvarlig for det tapet som skyldes disse uautoriserte betalingstransaksjonene.

Som det fremgår av § 35 første ledd er hovedregelen at banken er ansvarlig for tap som skyldes uautoriserte betalingstransaksjoner. Bankens ansvar reduseres i takt med økt grad av klanderverdighet hos kunden i bestemmelsens andre og tredje ledd. Banken anses ansvarsfri ved grov uaktsomhet for betalingstransaksjoner som har skjedd på andre måter enn ved bruk av elektronisk betalingsinstrument, samt ved kundens forsettlige eller svikaktige opptreden i tilfeller den uautoriserte betalingstransaksjonen har skjedd ved bruk av elektronisk betalingsinstrument.

Det foreligger ikke rettspraksis som direkte omhandler spørsmålet, og heller ikke rettspraksis som i særlig grad belyser tolkningsspørsmålet. Det foreligger noe praksis fra Finansklagenemnda/Bankklagenemnda, som lagmannsretten kommer tilbake til.

Heller ikke forarbeidene til bestemmelsen går i særlig grad inn på det nærmere innholdet i forsettsbegrepet. Bestemmelsens ordlyd ble endret ved lov 19. juni 2009, blant annet som ledd i gjennomføringen av de privatrettslige bestemmelsene i betalingstjenestedirektivet. Forut for at betalingstjenestedirektivet ble vedtatt, var allerede Banklovkommisjonen nedsatt. Kommisjonen fikk som overordnet mandat 13. mars 2007 å vurdere spørsmålet om sikkerhet ved bruk av nettbank og behovet for endringer i finansavtaleloven, herunder spørsmålet om en ansvarsbegrensning for bankkunder. Det ble lagt til grunn at kommisjonen også skulle vurdere risikoen for at kunder selv gjør feil generelt, også ved bruk av andre nettbaserte betalingstjenester enn nettbank, jf. NOU (2008:21) punkt 1.1.

Betalingstjenestedirektivet ble vedtatt 13. november 2007. Finansdepartementet nedsatte 9. januar 2008 en arbeidsgruppe med utredningsmandat å foreslå hvordan direktivet skulle gjennomføres i norsk rett. Banklovkommisjonens og arbeidsgruppens arbeid var til dels overlappende, jf. NOU (2008:21) punkt 1.2:

I Banklovkommisjonens mandat vedrørende sikkerheten ved blant annet bruk av nettbank, er det sentrale temaet ansvars- og tapsregulering i forholdet mellom kunde og institusjon i tilfeller hvor nettbaserte betalingsoverføringer ikke er blitt gjennomført på riktig måte som følge av feilbruk på kundens side.

Finansdepartementet har opplistet tre nærliggende løsningsalternativer for slike oppståtte tapssituasjoner. For det første om finansinstitusjonen kan bli erstatningsansvarlig dersom den tilbyr betalingssystemer med manglende sikkerhet eller lignende. For det andre om kunden har en begrenset tapsrisiko (en egenandel) ved egne feil, det vil si at finansinstitusjonen må dekke tap over et gitt beløp. For det tredje om finansinstitusjonen skal gis en rett til å korrigere feilbetalingen.

En del av disse spørsmålene er til dels regulert i betalingstjenestedirektivet, og vil nødvendigvis inngå i arbeidsgruppens utredning. Verken Finans- eller Justisdepartementet så imidlertid et behov for å endre eller supplere Banklovkommisjonens mandat. I brev av 22. mai fra arbeidsgruppen til Finansdepartementet, uttrykte dessuten gruppen at den ikke kunne se problemer knyttet til avgrensning av gjennomføring av direktivet som et oppdrag, og vurdering av særlige ansvarsregler knyttet til bruk av nettbank mv. Banklovkommisjonen har lagt dette til grunn i det videre utredningsarbeidet.

I Ot.prp. nr. 94 (2008-2009), som ledet frem til lovendringen 19. juni 2009, bygget departementets lovforslag derfor dels på NOU (2008:21) og dels på arbeidsgruppens delrapport avgitt 16. februar 2009.

Banklovkommisjonen foreslo følgende ordlyd for bestemmelsen om ansvarsfordeling mellom bank og kunde:

§ 37b. Utsiktet og urettmessig bruk av nettbasert betalingstjeneste

(1) Kontohaveren svarer med en egenandel på inntil kr 1.200 for tap som følge av utsiktet eller urettmessig betalingsoverføring ved feilbruk eller misbruk av nettbasert betalingstjeneste når personlig kode og annen lignende sikkerhetsprosedyre eller sikkerhetsverktøy (nødvendig brukerlegitimasjon) er brukt for å få utført et betalingsoppdrag. (...)

(2) Kontohaveren svarer med inntil kr 12.000 for tap som følge av utsiktet eller urettmessig betalingsoverføring i tilfelle som nevnt i første ledd når betalingsoverføringen er gjort mulig ved grov uaktsomhet av kontohaveren, eller av noen som nødvendig brukerlegitimasjon er overlatt til. (...)

(...)

(4) Ansvarsgrensene etter første og annet ledd gjelder ikke tap som er oppstått ved feilbruk eller misbruk av den nettbaserte betalingstjenesten, og som er forsettlig voldt av kontohaveren eller noen som nødvendig brukerlegitimasjon er overlatt til. Ansvarsgrensen gjelder heller ikke ved feilbruk som følge av at kontohaveren eller noen som nødvendig brukerlegitimasjon er overlatt til, da betalingsordren ble gitt, bevisst har oversett en særskilt varslingsordning etablert for å hindre slik feilbruk. (...)

I Banklovkommisjonens utredning punkt 6.3.3 Ubegrenset ansvar, uttales følgende til forslaget:

Banklovkommisjonen har videre foreslått bestemmelser som i særlige tilfelle pålegger kontohaveren fullt ansvar for tap som skyldes feilbruk eller misbruk av den nettbaserte betalingstjenesten. Dette gjelder for det første de tap som er en følge av feilbruk eller misbruk som må anses voldt ved forsett utvist av brukeren eller noen brukeren har overlatt nødvendig brukerlegitimasjon til. Det er imidlertid viktig å merke seg at forsettet – i samsvar med vanlige skyldprinsipper – må henspeile seg på både selve handlingene og konsekvensen av handlingen. I enkelte tilfeller vil det kunne være tvil om det foreligger forsett fra kundens side eller ikke.

(...)

Når det gjelder tap som oppstår som følge av urettmessig bruk, antar Banklovkommisjonen at tapet normalt må anses voldt forsettlig dersom kunden har overlatt brukerlegitimasjonen til et familiemedlem som i betydelig grad har belastet kontoen eller belastet den ut over den grensen kontohaveren har fastsatt. I slike tilfeller kan for øvrig fullmaktsbetraktninger føre til samme resultat. I tilfelle hvor en tredjemann har tilegnet seg nødvendig brukerlegitimasjon og misbrukt kontoen, vil forholdet sjelden være at kunden bevisst har utvist en så høy grad av uforsiktighet ved oppbevaringen av den nødvendige brukerlegitimasjonen at tapet kan sies å være voldt ved forsettlig handlemåte fra kundens side. (...)

Kan kunden bebreides for å ha oppbevart kode og annet sikkerhetsverktøy skjødesløst og forholdsvis lett tilgjengelig for uvedkommende, vil således kundens handlemåte normalt måtte karakteriseres som grov uaktsomhet i forhold til tap som oppstår som følge av urettmessig bruk. (...)

Som det fremgår ovenfor bemerkes det særlig til kravet om forsett som grunnlag for kundens ubegrensede ansvar for påført tap, at «*forsettet – i samsvar med vanlige skyldprinsipper – må henspeile seg på både selve handlingene og konsekvensen av handlingen*». Dette trekker i retning av at kommisjonen la til grunn for sitt forslag at kravet til forsett i det minste fordrer en bevissthet om så vel handlingen/pliktbruddet som konsekvensen/tapet, og at dette fulgte av gjeldende rett på området.

Også forut for lovendringen i 2009 var det regler om ansvarsfordeling mellom bank og kunde der kundens forsettlige handling ble tillagt vekt. Dagjeldende bestemmelse i finansavtaleloven § 35 gjaldt misbruk av betalingskort, og ga anvisning på en tilsvarende ansvarsfordeling som i dag, med hovedregel om at banken var ansvarlig for kundens tap, med en gradvis reduksjon av ansvar med økende grad av klanderverdighet hos kunden. Fjerde ledd lød som følger:

Begrensningene i annet og tredje ledd gjelder ikke dersom kontohaveren eller noen kortet er overlatt til, forsettlig har muliggjort bruken av kortet. (...)

Lagmannsretten kan ikke se at forarbeidene til denne bestemmelsen kaster nevneverdig lys over forståelsen av forsettsbegrepet i finansavtalelovens bestemmelser om ansvarsfordeling mellom bank og kunde.

Departementets forslag til § 35 i Ot.prp. nr. 94 (2008-2009) er likelydende som ordlyden i dagens lovbestemmelse. Det fremgår av punkt 15.1.1. at departementet, som følge av innføringen av betalingstjenestedirektivet, ikke fant det riktig å ha en felles bestemmelse om tapsfordeling i tilfeller av henholdsvis andres misbruk og kundens egne feil som grunnlag for påført tap, slik Banklovkommisjonens forslag gikk ut på.

I proposisjonens punkt 15.2.1 og 15.2.2 gis en oversikt over rettstilstanden forut for endringen for henholdsvis misbruk av konto generelt, som ble regulert i § 34 og misbruk av betalingskort, som ble regulert i § 35, jf. ovenfor. For misbruk av konto generelt, jf. § 34, var bankens ansvar begrenset av kundens grove uaktsomhet eller forsett, og bestemmelsen ga ikke nærmere foranledning for drøftelse av forsettsbegrepet. Av betydning for forståelsen av forsettsbegrepet i dagjeldende § 35 fjerde ledd gis det liten veiledning i proposisjonen. Under punkt 15.2.2 uttales kun:

Ansvarsbegrensningene etter § 35 annet og tredje ledd gjelder ikke der kontohaveren eller noen kortet er overlatt til, forsettlig har muliggjort bruken av kortet eller unnlatt å underrette institusjonen snarest mulig etter å ha fått kjennskap til irregulær bruk. Innholdet i forsettsbegrepet utdypes ikke.

I kapittel 20.1 med merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget til endringene i finansavtaleloven § 35, uttales følgende:

Paragrafen gjennomfører betalingstjenestedirektivet artikkel 60 og artikkel 61, og er omtalt i punkt 15 i proposisjonen. Den erstatter reglene i gjeldende §§ 34 og 35 i finansavtaleloven. Den særlige regelen om misbruk av betalingskort i den gjeldende § 35 videreføres ikke, siden bestemmelsen her gir en samlet regulering for alle typer av uautoriserte betalingstransaksjoner og betalingsinstrumenter.

(...)

Fjerde ledd gjennomfører direktivet artikkel 61 nr. 4 og 5. Departementet har foretatt en rent språklig endring av annet punktum i tråd med høringsuttalelsen fra Finansnæringens Hovedorganisasjon og Sparebankforeningen.

I punkt 15.3.3. som omhandler andres misbruk av konto og betalingsinstrument, direktivets ansvarsregulering, uttales:

I artikkel 61 nr. 3 gir direktivet statene mulighet til å begrense ansvaret som ellers påligger betaleren etter artikkel 61 nr. 1 og 2 i tilfeller der betaleren ikke har handlet svikaktig eller med forsett har unnlatt å oppfylle sine forpliktelser etter artikkel 56. Ved svik eller forsettlig opptreden fra betaleren gir direktivet dermed ikke mulighet for reduksjon av betalerens ansvar. I slike tilfeller har betaleren handlet svært klanderverdig og må pålegges et ubegrenset ansvar for tapet, på samme måte som etter gjeldende norsk rett.

Heller ikke i omtalen av direktivets bestemmelser, gis en nærmere redegjørelse for forsettsbegrepet.

Med unntak av Banklovkommisjonens uttalelse, jf. ovenfor, er det nærmere innholdet i forsettsbegrepet i finansavtaleloven § 35, således hverken forut for lovendringen i 2009 eller i henhold til dagens ordlyd, omtalt i forarbeidene. Når kommisjonens uttalelse hverken er nærmere omtalt eller utdypet, kan den etter lagmannsrettens syn i seg selv ikke anses som uttrykk for en etablert forståelse eller praksis.

A har gjort gjeldende at ny finansavtalelov er en kodifisering av gjeldende rett, og at den nye bestemmelsen om ansvarsfordeling mellom kunde og bank gir anvisning også på hvordan dagens bestemmelse skal forstås og praktiseres.

Ny finansavtalelov ble vedtatt 18. desember 2020, men har ennå ikke trådt i kraft. Det fremgår av ny finansavtalelov § 4-30 fjerde ledd, at kunden, ved ikke godkjente betalingstransaksjoner, svarer for hele tapet dersom tapet skyldes at kunden forsettlig har misligholdt sine plikter «slik at kunden måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt». Det fremgår av forarbeidene til loven at departementet opprinnelig foreslo at kunden skulle svare for hele tapet dersom tapet skyldtes «forsettlige forhold på kundens side», jf. utkast til ny finansavtalelov § 4-30 fjerde ledd, Prop. 92 LS (2019-2020).

I proposisjonen punkt 18.1 gis det en oversikt over gjeldende rett. Forsettsbegrepet i dagens finansavtalelov § 35 er imidlertid ikke nærmere omtalt. I punkt 18.2 5 redegjøres det for departementets forslag. I avsnittet «nærmere om departementets forslag» uttales det at det kan være uklart hva som nærmere ligger i skyldkravet forsett på privatrettens område. Videre uttales det på side 168:

Det kan derfor være behov for å angi nærmere hva som ligger i forsettskravet i de foreslåtte reglene om ansvar for misbruk av elektronisk signatur. Et ubegrenset ansvar for rettighetshaveren bør være forbeholdt tilfeller der rettighetshaveren med forsett har satt seg ut over tjenesteyterens sentrale interesser eller tilsidesetter sikkerhetsordninger som er avgjørende at blir fulgt ved normal bruk av signaturløsningen, for eksempel ved at sikkerhetsordningene for de elektroniske signaturfremstillingsdataene med forsett deles med andre. Men departementet ser ikke behov for å gå så langt som å kreve at forsettet må omfatte tapet.

(...)

Departementet går imidlertid ikke inn for en slik løsning. Det avgjørende for departementet er at samme system og sikkerhetsordninger kan benyttes til å gjennomføre både uautoriserte betalingstransaksjoner og andre disposisjoner. Departementet foreslår derfor at ansvarsreglene utformes tilnærmet likt med ansvarsreglene som gjelder for uautoriserte betalingstransaksjoner. Etter departementets vurdering kan en regel som stiller krav om at skylden også må omfatte følgene av pliktbruddet, stå i et spenningsforhold til ordlyden i artikkel 74 nr.1 annet ledd i det reviderte betalingstjenestedirektivet.

For å avgjøre om rettighetshaveren har utvist forsett, er det uten betydning om rettighetshaveren eventuelt ikke er kjent med eller misforstår sine forpliktelser etter

loven eller avtalen («rettsvillfarelse»). Rettighetshaverens villfarelse om sine forpliktelser ved håndtering av sikkerhetsordninger som er fastsatt i signaturtilbyderens brukervilkår, kan imidlertid anses unnskyldelig etter alminnelige regler, se nedenfor. Tjenesteyteren har dermed en selvstendig oppfordring til å gjøre rettighetshaveren kjent med sikker bruk av elektronisk signatur i tilknytning til finansielle tjenester.

Siden rettighetshaverens villfarelse om sine plikter normalt ikke vil være unnskyldelig, vil en rettighetshaver som med forsett gir sine signaturfremstillingsdata og sikkerhetsordninger til en tredjeperson, som utgangspunkt måtte bære hele ansvaret.

Uttalelsene gjelder konkret misbruk av elektronisk signatur ved avtale om finansielle tjenester, men anes relevant også for vurderingen av forsettsbegrepets innhold for så vidt gjelder betalingstransaksjoner.

Ved stortingsbehandlingen av forslaget ble det imidlertid gjort endringer i lovens § 4-30, jf. Innst. 104 L (2020-2021). På side 21 i innstillingen uttales det følgende om forsettsbegrepet knyttet til bestemmelsen om elektronisk signatur:

Samtidig ønsker disse medlemmer å presisere den nærmere forståelsen av forsettsbegrepet. I motsetning til hva departementet har uttalt på side 186 i proposisjonen, legger disse medlemmer til grunn at forsettskravet er oppfylt bare dersom rettighetshaveren måtte forstå at mislighold av pliktene etter § 3-19 første og annet ledd kunne innebære en nærliggende fare for at de elektroniske signaturfremstillingsdataene kunne bli misbrukt. Forslaget innebærer at en rettighetshaver som har fått bistand til å betale regninger på en slik måte at hjelperen får kjennskap til personlig sikkerhetsinformasjon, ikke nødvendigvis har handlet med forsett.

(...)

Disse medlemmer viser til at de foreslåtte endringene innebærer at personer som blir lurt til å oppgi personlig sikkerhetsinformasjon knyttet til de elektroniske signaturfremstillingsdataene, ikke vil få ansvaret for hele tapet som svindelen forårsaket.

(...)

Disse medlemmer foreslår derfor en tilsvarende endring av ordlyden i § 4-30 fjerde ledd.

Uttalelsen fra disse komitemedlemmene må anses å utgjøre begrunnelsen for endringen, da lovvedtaket er i samsvar med komitemedlemmenes forslag. Rettskildemessig finner lagmannsretten at uttalelsene neppe kan tillegges særlig vekt ved tolkningen av gjeldende rett.

I Bankklagenemndas avgjørelse BKN-2005-163 uttales følgende om forsettsbegrepet i sak som gjaldt misbruk av betalingskort:

Banken hevder prinsipalt at kortholder kan holdes ansvarlig for hele tapet og har henvist til forsettbestemmelsen i finansavtaleloven (fil.) § 35 (4), jf § 35 (2). Det fremgår av nevnte bestemmelser at finansinstitusjonen kan holde kortholder ansvarlig for hele tapet etter andres urettmessige bruk av kontohavers betalingskort hvis kontohaver «forsettlig har muliggjort bruken av kortet». Etter nemndas oppfatning innebærer dette forsettkravet at kortholder ved sin opptreden i drosjen må ha holdt det for sikkert eller overveiende sannsynlig at kortet ville bli misbrukt. Det er således ikke tilstrekkelig for å statuere ansvar etter forsettbestemmelsen i fil. § 35 (4) at selve tapet av kort og kode ligger innenfor kortholders forsett. Bankklagenemnda finner at det må legges til grunn at kontohaver ikke anså det som overveiende sannsynlig at hans Visakort ville bli misbrukt verken da han leverte betalingskortet til drosjesjåføren ved starten av drosjeturen eller da han tastet inn PIN-koden på taksameteret. Visakortet ble overlevert slik det normalt gjøres som ledd i en ordinær betaling for en drosjetur. Kortholder kan således ikke sies å ha muliggjort misbruket ved forsett ved å gi fra seg kortet. Nemnda bemerker at heller ikke tapet av kortet kan sies å ligge innenfor kortholders forsett. Da kontohaver noe senere tastet inn koden, hadde han fått tilbake et Visakort som tilsynelatende var hans eget kort. Nemnda er derfor av den oppfatning at kontohaver heller ikke ved denne handlingen holdt det for overveiende sannsynlig at hans Visakort ville bli misbrukt.

I avgjørelsen synes nemnda å legge til grunn et forsettsbegrep som langt på vei sammenfaller med Banklovkommisjonens uttalelser om forsettsbegrepet, når det uttales at «Bankklagenemnda finner at det må legges til grunn at kontohaver ikke anså det som overveiende sannsynlig at hans Visakort ville bli misbrukt». Nemnda synes altså å knytte kravet om forsett – her i form av sannsynlighetsforsett – også til faren for misbruk/tap.

I Finansklagenemnda Banks avgjørelse FinKN-2021-156 uttales følgende om forsettsbegrepet:

Som allerede nevnt, erkjenner kontohaveren å ha gitt fra seg BankID-opplysninger til personer som hun oppfattet som representanter for Microsoft. Hun har dermed forsettlig unnlatt å oppfylle sine plikter etter finansavtalel. § 34 første ledd. Det er ikke en del av forsettsvilkåret at kontohaveren må ha forstått at utleveringen av opplysningene kunne føre til misbruk av hennes bankkonti, til skade for henne selv eller for banken. Ut fra lovens regler og det hendelsesforløpet som nemnda legger til grunn, finner nemnda at kontohaveren etter § 35 tredje ledd må bære hele tapet selv.

Her synes det som nemnda forlater synspunktet som lå til grunn for avgjørelsen fra 2005, idet det uttales uttrykkelig at det ikke er en del av forsettsvilkåret at kontohaveren må ha forstått (eller holdt det for overveiende sannsynlig) at utleveringen av opplysningene kunne føre til misbruk av hennes bankkonti/tap.

I Finansklagenemnda Banks avgjørelse FinKN-2020-706, som gjelder As sak (og som har sammenfallende vurdering for de øvrige elleve olgasvindel-sakene brakt inn for nemnda), er forsettsebegrepet drøftet slik av nemndas flertall:

Slik saken er opplyst, må flertallet legge til grunn at forbrukeren oppga sikkerhetsopplysningene til svindleren uten å være seg bevisst vilkårenes bestemmelse om at opplysningene ikke skal røpes for banken. Det må legges til grunn at hun ga opplysningene til svindleren i god tro, i den forstand at hun ikke kan ha vært klar over at hun etter vilkårene ikke kunne gi opplysningene til banken. En slik feiloppfatning hos forbrukeren utelukker i utgangspunktet ikke forsettlig brudd på pliktene, slik de er beskrevet i avtalevilkårene. Det må etter flertallets oppfatning likevel være rom for en helhetsvurdering av situasjonen. (...)

Forbrukerens manglende kjennskap til egne plikter i henhold til avtalevilkår er en form for rettslig villfarelse eller rettsuvitenhet. Flertallet er ikke kjent med rettspraksis om praktiseringen av forsettskrav i en sak som denne. Fra andre rettsområder er det kjent at aktsom rettsvillfarelse kan utelukke skyld og ansvar. Klarest er dette på strafferettens område, se straffeloven § 26. Også på privatrettens område kan aktsom rettsvillfarelse frita for skyld og ansvar. Et eksempel er erstatningsdommen i Rt. 1995 s. 1350, som gjaldt mulig uaktsomhetsansvar for eiendomsmegler og takstmann som følge av at en leilighet ikke lovlig kunne leies ut, og hvor Høyesterett unnlot å ta stilling til en tvilsom rettsforståelse fordi ingen av de to "kan bebreides for en eventuell rettsvillfarelse på dette punkt". Den tanken som det her gis uttrykk for, må gjelde minst like sterkt i forbrukerforhold. Saken som nå er til behandling i Finansklagenemnda, gjelder verken straff eller erstatning. Selv om man skal være forsiktig med å trekke slutninger fra andre rettsområder, mener flertallet at lovgivning og rettspraksis som nevnt kan bidra til å vise at rettslig villfarelse som ikke kan bebreides vedkommende part, kan ha betydning ved vurderingen av om lovfestede eller ulovfestede skyldkrav er oppfylt.

Flertallet er av den oppfatning at forbrukeren i saken ikke kan bebreides for manglende kjennskap til forbudet mot å røpe engangskoder og passord for banken.

Slik lagmannsretten forstår nemnda, avgjøres saken ut i fra den betraktning at A var i unnskyldelig villfarelse om BankID-avtalens forpliktelser, altså i unnskyldelig villfarelse om egen rettslige situasjon.

Det er etter dette lagmannsrettens syn at det av nemndspraksis vanskelig kan utledes noen entydig eller etablert forståelse av forsettsbegrepet i finansavtaleloven § 35.

Det strafferettslige forsettsbegrepet kan etter lagmannsrettens syn ikke uten videre legges til grunn på privatrettens område. Forsett i strafferetten utgjør som hovedregel minimumskravet for å kunne konstatere subjektiv skyld for handling som oppfyller de objektive vilkårene i et straffebud. For at handlingen skal anses straffverdig, kreves sterk grad av klanderverdighet hos gjerningsmannen. Klanderverdigheten knyttes igjen opp til overtredelse av straffebud med strenge krav til klarhet. I strafferetten er det følgelig en omfattende forsettslære, som i straffeloven § 22 nå er kodifisert og beskrevet som at noen

begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud a) med hensikt (hensiktsforsett), b) med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen (sannsynlighetsforsett) eller c) holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om dette skulle være tilfellet (eventuelt forsett). Det fremgår uttrykkelig av bestemmelsen at forsett foreligger selv om lovbyteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig (rettsvillfarelse).

Vurderingen av om det foreligger forsett i strafferettslig sammenheng anvendes således etter gitte og strenge rammer. Etter lagmannsrettens syn er formålet og grunnlaget for forsettsvurderingen i ulike privatrettslige sammenhenger vesensforskjellig fra den strafferettslige. Det er eksempelvis ikke naturlig å sammenligne en kontraktsklausul med et straffebud for deretter å anvende straffelovens forsettsbegrep på forholdet. Forståelsen av kontraktsforholdet vil i mange sammenhenger være for sammensatte til at en slik anvendelse av det strafferettslige forsettsbegrepet vil være treffende.

Det foreligger ikke juridisk teori som direkte omhandler forsettsbegrepet i finansavtaleloven, ut over Marte Eidsland Kjørven, Alf Petter Høgberg og Geir Woxholth's artikkel i Lov og Rett 2021 nr. 6. I artikkelen BankID-opplysninger på avveie – om vilkårene for aktivering av forsettsansvaret etter finansavtaleloven § 23 (3) og ny finansavtalelov § 4-30 (4) omhandles olgasvindel-sakene generelt og nærværende sak spesielt. As anførsler i denne saken sammenfaller i det alt vesentligste med vurderingene og konklusjonene i denne artikkelen.

I Hagstrøms Obligasjonsrett, 2. utgave side 479 flg. drøftes forsettsbegrepet på kontraktsrettens område. Det redegjøres innledningsvis for at det i kontraktsretten har vært «diskutert om forsettlig kontraktsbrudd forutsetter at forsettet omfatter følgene, eller om det er tilstrekkelig at det foreligger bevissthet om overtredelse av kontraktens normer». For så vidt gjelder kategorien «forsettlige tilsidesettelser av forskjellige former for kvalitetssikringsprosedyrer i kontrakten» uttales det at «bevisst tilsidesettelse av vitale prosedyrer innebærer et så betydelig lojalitetsbrudd at karakteristikken forsett er på plass, uavhengig av om parten har hatt et begrunnet håp om et lykkelig utfall», side 482. Videre uttales det på side 483 at «Løsningen bør således være at *bevisst tilsidesettelse av kvalitetssikringsprosedyrer som er helt sentrale for et vellykket resultat*, og som følger direkte av kontrakten, eller må anses som en kontraktsmessig forpliktelse pga. lovgivning eller faste faglige normer, regnes som forsettlig kontraktsbrudd».

Slik lagmannsretten ser det, kan brudd på sikkerhetsbestemmelsene i BankID-avtalen til en viss grad sammenlignes med situasjonen nevnt ovenfor. Det er tale om helt sentrale sikkerhetselementer som utgjør bærende forutsetninger for bruken av Bank-ID ved banktransaksjoner. Dette taler for at det skal legges til grunn et krav om bevissthet om tilsidesettelse av kontraktsvilkåret for at handlingen skal anses forsettlig.

A har forklart at hun ikke var kjent med vilkåret om at passord og kode ikke skulle deles med banken. Lagmannsretten legger til grunn at hun har fått seg presentert disse vilkårene, og at hun har signert på avtalen hvor vilkårene uttrykkelig fremgår. Banken gjør gjeldende at A etter læren om rettsvillfarelse skal anses å ha handlet forsettlig, når hun ikke har overholdt vilkårene hun gjennom avtalen har forpliktet seg til å følge.

A handlet grovt uaktsomt da hun oppga kode og passord til svindlerne, og hun har akseptert at dette legges til grunn for ansvarsfordelingen mellom henne og banken. Lagmannsretten er derfor enig med banken i at A ikke kan anses å ha vært i unnskyldelig rettsvillfarelse. Spørsmålet er imidlertid hvilken plass læren om rettsvillfarelse har i en situasjon som dette.

På strafferettens område fremgår det uttrykkelig at rettsvillfarelse ikke er til hinder for å konstatere forsett. Slik må det nødvendigvis være for å opprettholde en effektivt strafferettspleie med straff som normativt tiltak for å hindre de mest uønskede handlingene fra sine borgere. På kontraktsrettens område er det sikker rett at kontraktspartene selv har ansvar for å gjøre seg kjent med kontraktsforpliktelsene og har risiko for egen rettslig villfarelse. Som hovedregel vil det være et tilnærmet objektivt ansvar for mislighold av kontrakt som skyldes uriktig rettsoppfatning. Under en slik synsvinkel vil en også på kontraktsrettens område eksempelvis kunne pålegges erstatningsansvar for tap som oppstår hos motparten som følge av manglende etterlevelse av kontrakten, og hvor dette skyldes uvitenhet om en kontraktsbestemmelse.

Ansvar for den rettslige forståelse av egne forpliktelser i kontrakt, vil etter lagmannsrettens syn også være utgangspunktet for vurderingen av forholdet mellom banken og kunden etter inngått avtale om BankID. A vil dermed, etter kontrakten, utvilsomt være forpliktet til å overholde vilkårene, og hun vil som utgangspunkt være ansvarlig for eget tap som følge av unnlatt etterlevelse av kontrakten som beror på egen forståelse av forpliktelsen. I denne saken er det imidlertid flere omstendigheter som taler for at læren om tilnærmet objektivt ansvar for egen rettsvillfarelse ikke skal gis anvendelse.

Etter lagmannsrettens syn bør det tillegges betydelig vekt at det spørsmålet denne saken gjelder er ansvarsfordeling mellom bank og kunde på et lovregulert område, der hovedregelen er at banken er ansvarlig for kundens tap. Allerede av den grunn skiller dette tilfellet seg noe fra de rent kontraktsrettslige forpliktelsene som alene reguleres av kontrakten, og hvor generelle rettsregler angående fordeling av ansvar som hovedregel vil være basert på at det er tale om plassering av risiko mellom presumptivt likeverdige kontraktsparter.

Lagmannsretten viser til at den aktuelle bestemmelsen i finansavtaleloven er en særregulering av ansvarsfordeling på et konkret rettsområde, hvor kunden er gitt et særskilt vern mot tap, mens banken er pålagt et vidtrekkende ansvar. Ved den nærmere reguleringen av ansvarsfordelingen korresponderer kundens ansvar for tapet med graden av klanderverdighet knyttet til den handlingen som har forårsaket tapet. Grensen for bankens ansvar går ved kundens forsettlige unnlattelse av å oppfylle forpliktelsene etter § 34 første ledd, dvs. bruk av betalingsinstrument i samsvar med vilkårene for utstedelse og bruk.

Dersom kunden på handlingstidspunktet er uvitende om eget brudd på vilkårene, foreligger det etter lagmannsrettens syn ikke slik grad av klanderverdighet at det er tale om forsettlig brudd på kontrakten i lovens forstand. Ved vurderingen av skyld – herunder graden av bebreidelse – kan det i en slik situasjon ikke oppstilles noe klart skille mellom faktisk- og rettslig villfarelse. Lovens krav om forsett for å frita banken for ansvar, utelukker etter

lagmannsrettens syn ordinære betraktninger om ansvar for egen forståelse av kontraktsbestemmelsene (rettsvillfarelse). I slike situasjoner, på dette særregulerte området, må det etter lagmannsrettens syn derfor kreves en bevissthet hos kunden om at det begås et brudd på vilkårene, for at banken skal være fri for betalingsansvar. Der kunden ikke har slik bevissthet om normbruddet, foreligger det ikke – ut i fra lovens system og formål – et tilstrekkelig klanderverdig forhold på kundens side.

Lagmannsrettens tolkningsresultat kan umiddelbart synes å være mindre forenlig med departementets uttalelse om rettsvillfarelse i Prop. 92 LS (2019-2020) side 168, slik det er gjengitt ovenfor. Til dette bemerkes det at uttalelsene om forsettsvilkårets nærmere innhold er kortfattede og til dels fremstår som generelle. Videre er uttalelsene knyttet til spørsmålet om hvorvidt forsettet også må omfatte tapet ved misbruk av elektronisk signatur. Lagmannsretten finner derfor ikke at departementets uttalelse kan tillegges slik vekt at resultatet kan bli et annet enn det som fremgår ovenfor.

Lagmannsretten finner heller ikke at anførsler om at en slik rettslig forståelse vil gi kunden incitament til å unnlate å sette seg inn i kontraktsvilkårene kan tillegges særlig vekt ved vurderingen. Det samme gjelder anførselen om at en slik forståelse av forsettsbegrepet vil innebære at er lite igjen av bestemmelsen ved siden av bestemmelsen om svik.

Etter lagmannsrettens syn var A seg ikke bevisst at hun tilsidesatte kontraktsvilkårene da hun oppga kode og passord til svindlerne som henvendte seg til henne den 29. mai 2020. Hun var i den villfarelse at hun snakket med en representant for banken, og hun var seg ikke bevisst at hun etter avtalen ikke hadde adgang til å oppgi kode og passord til bankens ansatte personlig i den konkrete situasjonen som oppsto. Svindlerne fremsto utvilsomt som svær profesjonelle, og det vises til at A var én av mange fornærmede i straffesak mot fire tiltalte som alle ble domfelt for grove bedragerier for til sammen i underkant av 18 millioner kroner ved Søndre Østfold tingrett den 28. juni 2021. Det fremgår av dommen at målgruppen for bedrageriene var norske pensjonister, fortrinnsvis kvinner. Bedrageriene må anses kynisk rettet mot en særlig utsatt og sårbar gruppe, og antallet fornærmede viser at A ikke var alene om å bli forledet. Svindlerne etablerte en forståelse av det forelå en form for nødtilfelle – hvor As medvirkning var nødvendig for å stoppe utbetalingen av et lån hun ikke hadde søkt om. Det ble skapt et inntrykk av tidsnød, og det legges til grunn at A oppfattet det slik at banken (dvs. svindleren) skapte en forventning om hennes medvirkning ved å handle slik hun ble instruert om å gjøre.

Det er ikke tvilsomt at handlingen var grovt uaktsomt av A, at hun måtte forstå, i alle fall i løpet av samtalen, at banken ikke ville spurt henne gjentatte ganger om slike opplysninger. Den grove uaktsomheten knytter seg imidlertid i større grad til at hun burde forstått at det ikke var en representant for banken hun snakket med, snarere enn at hun etter kontrakten hadde forpliktet seg til ikke å oppgi kode og passord til banken. Det forelå dermed ikke noe grunnlag for en stadig økende bevissthet om selve normbruddet. Lagmannsretten kan ikke anse det sannsynliggjort at hun på noe tidspunkt i samtalen forsto at hun snakket med en annen enn en representant for banken, eller at hun ved sin handling brøt kontraktsforpliktelsen. Først etter telefonsamtalen, og etter at hun hadde blitt oppmerksom på SMS fra banken om at hun hadde endret kontaktinformasjon i nettbanken,

fattet hun mistanke om at hun var utsatt for svindel. Manglende bevissthet om kontraktsbruddet innebærer etter lagmannsrettens syn at hun ikke kan anses for å ha handlet forsettlig i lovens forstand.

Banken har anført at A var seg pliktbruddet bevisst da hun oppga koden til svindlerne. Det er vist til vitneforklaring fra Strømman, som på det aktuelle tidspunktet var finansiell rådgiver i banken, og som tok imot A da hun kom til banken. Han uttalte for retten at A umiddelbart sa at «hun jo visste at hun ikke skulle gjøre sånt» eller lignende da hun ankom banken etter å ha fått mistanke til svindelen. Lagmannsretten kan ikke se at en slik uttalelse, etter at hun har blitt klar over forholdet, innebærer noen skylderkjennelse. Uttalelsen bærer preg av selvbekreftelse etter å ha blitt svindlet, og ikke for at hun, underveis i samtalen, visste at hun brøt avtalevilkårene med banken.

Banken har videre gjort gjeldende at hun i alle fall på et tidspunkt i samtalen, etter å ha oppgitt pinkoden flere ganger, oppfattet at hun brøt kontraktsforpliktelsene. Lagmannsretten kan ikke se at hverken den omstendighet at hun ikke hadde søkt lån, eller at hun måtte oppgi pinkoden flere ganger, medførte faktisk bevissthet om kontraktsbruddet. Hun kan derfor ikke anses for å ha handlet forsettlig for deler av hendelsesforløpet, og banken kan dermed ikke delvis fritas for ansvaret for å dekke As tap som følger av finansavtaleloven § 35 tredje ledd andre punktum.

Etter dette skal A ikke anses å ha handlet forsettlig i lovens forstand, og banken er ansvarlig for hennes tap etter fradrag av en egenandel på 12 000 kroner. Det er krevd forsinkelsesrenter av 141 240 kroner fra 1. juli 2020. Rentekravet er ikke bestridt og lagmannsretten avsier dom i samsvar med As påstand.

Med det resultat lagmannsretten har kommet til, er det ikke nødvendig å ta stilling til om forsettsbegrepet i finansavtaleloven § 35 tredje ledd tredje punktum, også innebærer et krav om at kunden måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt.

Sakskostnader

A har vunnet saken og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på å få erstattet sine kostnader ved saken. Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å anvende unntaksregelen i bestemmelsens tredje ledd.

Sakskostnader for lagmannsretten er krevd erstattet med 633 478 kroner inkl. mva, for 200 timers arbeid med saken samt faktiske utgifter med 8 478 kroner. I tillegg kommer ankegebyr med 32 374 kroner. Lagmannsretten finner at antallet timer er for høyt sett hen til tvistegenstandens verdi og sakens kompleksitet. Det er både arbeid frem til inngitt anke – 60 timer – og mellom inngitt anke og frem til muntlig forhandling – 120 timer – som anses høyere enn nødvendig for å forberede saken på en forsvarlig måte. Antallet timer som anses rimelig og nødvendig frem til inngitt anke, settes skjønnsmessig til 30 timer og frem til muntlig forhandling settes timetallet skjønnsmessig til 90. Med en timesats på 2 500 kroner innebærer det en reduksjon av kravet med til sammen 150 000 kroner. Sakskostnader tilkjennes etter dette med 358 478 kroner. Inkl. mva og rettsgebyr utgjør det tilkjente beløp 480 472 kroner.

Dommen er enstemmig.

SLUTNING

1. SpareBank 1 Østlandet skal innen 14 – fjorten – dager fra forkynnelsen av denne dommen betale 141 240 – etthundreogførtientusentohundreogførti – kroner til A, med tillegg av forsinkelsesrente fra 1. juli 2020.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler SpareBank 1 Østlandet 480 472 – firehundreogåttitusenfirehundreogsyttito – kroner til A innen 14 – fjorten – dager fra forkynnelsen av denne dommen.

Kjersti Lund

Bjørn Eirik Hansen

Ola P. Svor