

# FORMUERETTEN I MØTE MED NY TEKNOLOGI

*Olav Torvund*

## Innledning

Noen hevder at den informasjonsteknologiske revolusjonen som skjer rundt oss vil medføre større samfunnsmessige endringer enn boktrykkerkunsten og den industrielle revolusjon. Jeg skal ikke gå inn i den diskusjonen, men nøyer meg med å konstatere at endringene er betydelige. Ingen sektor er uberørt av denne utviklingen, heller ikke retten. I denne artikkelen vil jeg se på noen av de utfordringer vi står overfor innen formueretten.

Teknologiens kjerneegenskaper er at store datamengder kan lagres, gjenfinnes og bearbeides, og ikke minst at data kan overføres over store avstander. Data kan lagres og formidles uavhengig av en fysisk databærer. Vi kan overføre data uten av vi samtidig må transportere papir eller andre fysiske medier.

Data lagres i digital form. Det vil si at alt representeres i form av tall. Tallene er representert i binær form, hvilket vil si at alt er representert i form av ett-tall og nuller. Disse tallene kan selvfølgelig representere tall, men de kan også representere tekst, lyd eller bilder. Når alt er representert i form av tall betyr det også at alle data kan bearbeides ved matematiske metoder, for eksempel for kryptering. Ved at alle data er representert i samme form kan også alle data bearbeides, lagres og overføres ved hjelp av det samme utstyret og i det samme nettverket.

Når data overføres gjennom telenettet skjer det ingen forflytting av data fra et sted til et annet. Det overføres signaler fra avsenderens datamaskin som representerer de data som overføres, og ved hjelp av disse signalene fremstilles en kopi hos mottaker – eller det fremføres lyd eller bilde, omtrent som ved radio- og fjernsynssendinger. Dette gjør det langt enklere å overføre data over avstand, men det betyr også at vi må gi slipp på den forutsetning at det et eller annet sted finnes en “original”, om vi skulle ha behov for noe slikt.

Informasjon i vid forstand har fått økt betydning. Dette kan være underholdningsinformasjon som film og musikk, styringsinformasjon i form av datamaskinprogrammer, forretningsinformasjon, personinformasjon, osv. Informasjon er et formuesgode.

Når dette har fått økt betydning og større økonomisk verdi, medfører det også at informasjon oftere vil være gjenstand for rettslig regulering eller rettslige

konflikter. Den retten som knytter seg til informasjon og informasjonshåndtering, så som opphavsrett, har fått en stadig større betydning.

Men alle transaksjoner er også informasjonshåndtering, fram til en eventuell fysisk levering. Rettigheter og plikter er abstrakte størrelser, og er i transaksjoner kun representert i form av informasjon. Når man tar i bruk en annen teknologi endres også informasjonshåndteringen i transaksjonen. Det er disse endringene og de rettslige konsekvenser av disse endringene som skal behandles nærmere i det følgende.

I mange tilfeller vil også selve oppfyllelsen være en informasjonstransaksjon. Det kan være overføring av for eksempel en lydfil eller et dataprogram. Men vel så ofte vil det bare være en melding om at de data som er registrert i et informasjonssystem er endret. Når vi får beskjed fra banken om at vår konto har blitt godskrevet eller belastet et beløp, så ser vi ingen ting til pengene. Vi får bare meldinger om endringer i bankens bokføring.

## Avtaler

### Er avtale inngått elektronisk bindende?

Jeg vet ikke hvor mange ganger jeg har fått dette spørsmålet. Enhver jurist vet at slike avtaler – i alle fall som hovedregel – vil være bindende. Når man godtar at bindende avtale om salg av et høyfjellshotell kan inngås ved en noe uklart telefonsamtale, da er selvfølgelig en avtale sluttet ved utveksling av e-postmeldinger også bindende.

Men at svaret på et litt feil stilt spørsmål er enkelt, betyr ikke at spørsmålene rundt elektroniske avtaler kan parkeres som løst. Vår oppgave som jurister er ikke bare å svare på de spørsmål som blir stilt, men å finne fram til og stille de relevante spørsmålene.

Vi har ingen generelle formkrav som vilkår for at avtaler er gyldige etter norsk rett. Men det finnes en rekke eksempler på formkrav for bestemte avtalityper. For ganske mange avtaler er det et vilkår at de skal inngås skriftlig. Et eksempel er en kontoavtale med en finansinstitusjon, se *finansavtl* § 16(1).

Når man møter slike krav blir spørsmålet om formkravene kan oppfylles ved hjelp av elektronisk kommunikasjon. Det følger av *finansavtal* § 8(2) at krav om skriftlighet etter denne loven som hovedregel kan oppfylles ved bruk av elektronisk medium, på visse nærmere angitte vilkår. I forarbeidene til loven sies bl.a. følgende om spørsmålet:<sup>1</sup>

1 *Ot.prp. nr 41 (1998-99)* avsnitt 7.1

“Departementet vil likevel understreke at man etter omstendighetene kan forstå et krav om skriftlighet utelukkende som et krav om bruk av *skrifte tegn*. I så fall vil et skriftlighetskrav kunne oppfylles også ved bruk av elektronisk kommunikasjon.”

Etter denne bestemmelsen stilles det krav om at avtalen skal ha vært tilgjengelig på avtaletidspunktet og at man skal ha brukt en betryggende måte for å autentifisere avtalen. Det kan også stilles krav til for eksempel lagring av den avtale som er inngått slik at den senere skal kunne hetes fram.

Vi kan ikke alltid gå ut fra at skriftlighetskrav kan oppfylles ved elektronisk kommunikasjon, slik at spørsmålet må vurderes konkret. I *finansavtl § 61* er det bestemt at § 8 *annet ledd* ikke gjelder for kausjonsavtaler. Så for slike avtaler må man fortsatt holde seg til penn og papir, eller noe tilsvarende. I forarbeidene begrunnes dette unntaket fra § 8 på denne måten:<sup>2</sup>

*Et krav om skriftlig avtaleinngåelse kan være begrunnet også ut fra andre hensyn enn behovet for bevissikring. Det kan bl a pekes på at en ordinær papirbasert avtaleinngåelse kan gi partene mer tid til å vurdere avtalens innhold før de blir rettslig bundet gjennom undertegning. Avtaleinngåelsen vil som oftest strekke seg over en viss tid, og «alvoret» ved f.eks en låneavtale blir understreket når kunden fysisk må innfinne seg i institusjonens lokaler for å undertegne avtalen. Det kan hevdes at man ved elektronisk avtaleinngåelse, der kunden på en enkel måte kan inngå avtalen hjemme eller på sitt eget kontor, kan risikere at de nevnte elementene ved avtaleinngåelsen i større eller mindre grad blir borte.*

I forbindelse med implementeringen av e-handelsdirektivet ble det foretatt en gjennomgang av norsk lovgivning for å legge til rette for bruk av elektronisk kommunikasjon – eller mer reelt: For å fjerne eventuelle bestemmelser som kunne hindre slik kommunikasjon.<sup>3</sup> Resultatet er at en lang rekke lover har bestemmelser med et innhold som ligner *finansavtal § 8(2)*. Men samtidig kan en slik revisjon paradoksalt nok ha medført at man lettere vil komme til at elektronisk kommunikasjon ikke vil oppfylle formkrav der dette ikke er uttrykkelig nevnt. Når man på de fleste områder har spesifikke lovbestemmelser om bruk av elektroniske kommunikasjon vil det være mer nærliggende å trekke en antitetisk slutning der slike bestemmelser eventuelt ikke finnes, enn

2 *Ot.prp. nr 41 (1998-99)* avsnitt 7.3

3 Resultatene av gjennomgangen, med lovendringsforlag på en rekke områder, finnes i *Ot.prp. nr 108 (2000-01)*.

det var i den perioden hvor spørsmålet kun var vurdert i forhold til finansavtaleloven.

Formkrav har imidlertid ikke bare betydning som gyldighetsbetingelser. Bruk av bestemt form kan også være et vilkår for å oppnå bestemte rettsvirkninger, selv om disposisjonen i seg selv er gyldig. Et velkjent eksempel er omsetningsgjeldsbrev. Hva slags form som brukes har ingen betydning for hovedforpliktelsens gyldighet og innhold. Men negotiabilitetsvirkningene forutsetter at man har benyttet en bestemt form.

Da *Verdipapirsentralen* ble etablert kunne man ha valgt å etablere et slikt system for obligasjoner (fordringer) uten å gjøre noen endringer i lovgivningen. Noen obligasjonsutstedende kredittforetak hadde allerede etablert sine egne systemer. Men da ville det ikke lenger ha vært omsetningsgjeldsbrev i form av ihendehaverobligasjoner som hadde blitt omsatt. Dette ville ha vært enkle krav. Fordringene hadde vært gyldige, og også enkle krav kan omsettes. Men man ville ha mistet negotiabiliteten. Det ville ikke ha vært en god løsning om de fordringer som faktisk blir omsatt i et marked skulle falle utenfor den lovgivning som er ment å skulle gjøre fordringene særlig egnet for å kunne omsettes på denne måten. Når det gjelder aksjer var situasjonen mer komplisert, og lovendringer var nødvendige.

Et annet eksempel er manuelle transaksjoner med debetkort. *Sjekkloven § 1* angir hva en sjekk skal inneholde. Sammenligner vi med den papirnotaen vi får man tar avtrykk av kortet med “strykejern”, ser vi at det viktigste kravet som ikke er oppfylt er at dokumentet må benevnes som “sjekk”. Hvis man hadde valgt å trykke dette magiske ordet på blankettene og gjort noen andre små endringer, ville disse transaksjonene ha fulgt sjekklovens regler. Når sjekklovens regler ikke er oppfylt får vi en transaksjon som er gyldig og bindende, men den faller utenfor denne lovreguleringen. At sjekkloven nok ikke ville være en særlig egnet regulering, er en annen sak. Det illustrerer likevel formens funksjon.

## Sekundære formkrav

Vi kan også møte en rekke *sekundære formkrav*. Med dette mener transaksjoner som forutsetter at en annen transaksjon er foretatt i en bestemt form. I Norge er det ikke krav om skriftlighet ved avtaler om fast eiendom. En muntlig avtale, eller en avtale inngått ved utveksling av elektroniske meldinger, vil derfor være gyldig og bindende mellom partene. Men tinglysingen forutsetter skriftlig avtale, for det er bare dokumenter som kan tinglyses. Dermed blir det i praksis ikke mulig å gjennomføre en eiendomstransaksjon uten at man på et stadium i prosessen setter opp et skriftlig dokument.

Kort tid etter SAS i sin tid introduserte elektroniske billetter skulle en forsker ved et av våre forskningsinstitutter en tur til Stockholm. Siden e-handel var hennes forskningstema ville hun selvfølgelig forsøke dette i praksis, og bestilte elektronisk billett. Det meste gikk greit helt til hun skulle hjem. Da gikk hun den sedvanlige turen innom ”Tax Free” butikken på Arlanda. I kassen ba de om hennes boardingkort. Hun forsøkte å forklare at hun reiste med elektronisk billett, og at hun derfor ikke hadde noe boardingkort. Men de måtte ha boardingkortet for å kunne selge henne varer, så hun måtte etterlate varene og reise hjem uten avgiftsfri kvote. Nok en gang var det sekundærtransaksjonen, som forutsatte at det var utstedt et dokument i hovedtransaksjonen, som skapte problemet. Men et system som hindrer at nordmenn får kjøpt sin avgiftsfrie kvote er sjanseløst i markedet, så det tok ikke lang tid før man hadde funnet en løsning på dette problemet.

Et sekundært formkrav med utilsiktede bivirkninger er *tvfbl* § 7-2. Etter denne kan et *gjeldsbrev* på visse vilkår være særskilt tvangsgrunnlag. En elektronisk melding eller innførsel i et register kan ikke være et gjeldsbrev. Det er derfor ikke mulig å gjøre en fordring eksigibel med mindre man bruker papir. Det innebærer for eksempel at fordringer registrert i Verdipapirsentralen ikke vil kunne gjøres eksigible.

Denne bestemmelsen har blitt en slags ”Flyvende hollender” i forhold til å legge til rette for elektronisk kommunikasjon. Bestemmelsens forgienger, § 3 nr 6 i de gamle tvangfullbyrdelsesloven ble oversett da det ble utarbeidet lovgivning om Verdipapirsentralen på midten av 1980-tallet. Spørsmålet ble på nytt oversett da vi fikk ny tvangfullbyrdelseslov i 1992. *Verdipapirsentralloven* ble erstattet av *verdipapirregisterloven* i 2002, men spørsmålet om eksigibilitet ble nok en gang oversett. Ikke i noen av disse tilfellene har man truffet noe bevisst valg om spørsmålet, det har ganske enkelt ikke blitt vurdert. Også ved den foreløpig siste korsvei, revisjon av lovgivning med sikte på å legge til rette for elektronisk kommunikasjon, slapp denne bestemmelsen unna. Tvangfullbyrdelsesloven ble ansett som en del av prosesslovgivningen, og alle prosesslover ble holdt utenfor gjennomgangen. Prosesslovgivningen er under revisjon, så kanskje vil lovgiver en gang vurdere også dette spørsmålet.

## Subjektive krav

Så lenge vi ikke gjør annet enn å endre kommunikasjonen mellom to personer, vil problemet stort sett gjelde formkrav. Om to personer utveksler meldinger pr e-post eller pr brev, betyr lite bare eventuelle formkrav er oppfylt.

Men ofte endres mer enn bare kommunikasjonsformen. Hvis et tilbud, for eksempel en bestilling, mottas og behandles i et automatisert system, når kom

da tilbudet til adressatens kunnskap? Det lar seg gjøre å fastslå når en melding har kommet fram. Men en datamaskin vet ingen ting. Det gir derfor ikke mening å spørre om når tilbudet kom til datamaskinens kunnskap. Vi kan komme rundt problemet ved å ty til fiksjoner. En mulighet er å si at løftet har kommet til "kunnskap" når det er registrert som mottatt i datasystemet, noe som i realiteten er å sette kunnskapstidspunktet lik mottakstidspunktet. Det kan også skyves noe, ved at systemet må ha begynt å behandle transaksjonen. Det vil også lett føre oss tilbake til det tidspunkt transaksjonen ble registrert, ellers vil vi stå overfor det ikke helt enkle spørsmålet om hvor langt prosessen må ha kommet før det inntreffer "kunnskap". Vi kan også velge å ta regelen på ordet, og si at løftet ikke har kommet til kunnskap før mottaker eller en person som opptrer på mottakers vegne, har fått kunnskap om dette.<sup>4</sup> Hvis også oppfyllelsen er automatisert, slik den gjerne vil være i for eksempel finansielle transaksjoner, vil mottaker som regel aldri få kunnskap om transaksjonen.

Jeg skal ikke her gå inn i en diskusjon om tilbakekallelsefristen ved transaksjoner som behandles automatisk. Jeg nøyer meg med å konstatere at det er et uavklart spørsmål, og at det i visse situasjoner kan ha avgjørende betydning for om man vil være bundet av en transaksjon eller ikke.

I avtaleretten kan det også være avgjørende om man har vært i god tro. Men det gir liten mening å spørre om hvorvidt en datamaskin er eller var i god tro. En datamaskin vet ikke, tror ikke og forstår ikke. Den tar alt bokstavelig og gjør det den blir bedt om, uansett hvor dumt eller urimelig dette måtte være.

## Broene brister

En rettslig regulering vil i prinsippet alltid ha følgende form: Hvis [nærmere angitte vilkår er oppfylt] så [inntreffer visse rettsvirkninger].

Alle som har forsøkt å lage en rettslig regulering har erfart at det kan være vanskelig å avgrense regelens anvendelsesområde. Man skal helst skjære ut et stykke av virkeligheten med kirurgisk presisjon, og knytte rettsvirkningen til dette presist avgrensede fenomenet. Vi skal inkludere alt hvor regelen skal anvendes, og utelukke alle de situasjoner hvor den ikke skal komme til anvendelse. I praksis er dette svært krevende, kanskje umulig. Vi kjenner ikke alle fenomener godt nok i alle dets varianter og avskygninger, og språket er ofte utilstrekkelig for presise avgrensninger.

En vei ut av eller rundt problemet kan være å benytte et indirekte avgrensningskriterium. Vi tar tak i ett typisk kjennetegn ved det fenomen som skal

4 Slik *Bryde Andersen* Grunlæggende aftaleret, s. 196.

reguleres, og knytter reguleringen til dette. Kanskje er det ikke denne egenskapen vi egentlig ønsker å regulere, men den gir en tilknytning til det som egentlig er reguleringens gjenstand. Og den blir enklere å forstå og kan gi en hensiktsmessig avgrensning. Denne egenskapen blir en bro mellom rettsvirkningen og det vi *egentlig* ønsker å regulere.

Noen ganger vil teknologien bidra til å gjøre broen unødvendig. Den blir en omvei og en flaskehals. Det skaper ikke akutte problemer, og disse lar seg stort sett løse over litt tid. En langt større utfordring er når broen fjernes eller brister. Da mister reglene kontakten med den virkelighet de var ment å skulle regulere.

En slik bro – om vi holder oss i det bildet – er *dokumentet*. Tradisjonelt har dokument vært et stykke papir med tegn. Det behøver ikke være papir. Går vi bakover i tid, var dokumentene av pergament. Og rettslig sett hadde det ikke hatt noen betydning om tegnene hadde vært hogd inn i en steinplate. Det hadde vært upraktisk å lagre og transportere (i fysisk forstand) slike dokumenter, men rettslig sett har de samme egenskaper som vi kjenner fra de dokumenter vi har hatt til nå.

Dokumentene er fysisk avgrenset. Vi har et stykke papir. Når vi refererer til dokumenter er det gjerne disse fysiske gjenstandene vi refererer til, selv om det vi ønsker å regulere er de data som dokumentet er bærer av. Rettsteknisk er det enkelt. I stedet for å anstrenge oss for å avgrense hvilke *data* en regulering skal omfatte, regulerer vi dette ved å si *de data som finnes på et identifiserbart stykke papir*. Så kommer noen og napper vekk papiret, og broen brister.

Vi kan ta en tur ut av formueretten. Reglene om innsyn i forvaltningen i *ful §§ 18–20*, gir rett til innsyn i *dokumenter*. I en rekke forvaltningssaker hentes opplysningene ut fra mange ulike registre og databaser. Dette gjelder ikke minst den forvaltningssak som vi alle stifter bekjentskap med en gang i året: Selvangivelsen. Hvis man har en enkel selvangivelse kan man sende en SMS-melding til ligningskontoret og bekrefte de opplysninger som man har blitt forelagt. Hvis vi ønsker innsyn i ligningsmyndighetenes dokumenter, får vi et problem. Man kan *produsere* et dokument som inneholder de data som beslutningen bygget på. Men dette vil ikke være et saksdokument i vanlig forstand.

Man har forsøkt å definere seg ut av problemet i forvaltningsloven. I *ful § 2 første ledd, bokstav f* er et dokument definert som følger:

*“dokument: en logisk avgrenset informasjonsmengde som er lagret på et medium for senere lesing, lytting, framføring eller overføring.”*

Det er kanskje et godt forsøk, men heller ikke så mye mer. For hva er en *logisk avgrenset informasjonsmengde*? Jeg skal ikke gjøre noe forsøk på å

forklare dette. Når man forsøker å bruke dette som et operativt kriterium for eksempel for å avgrense innsynsretten, ser man fort at dette kriteriet er uanvendelig i praksis.

Når broen brister tvinges vi til å ta stilling til de underliggende realiteter. Man kan gjerne si at vi må skjære igjennom transaksjonens overflate og innpakning, og vurdere dens innhold. Om vi fortsatt holder oss til forvaltningsretten, så må vi gå direkte til spørsmålet om hva slags opplysninger vi skal kunne ha innsyn i, uten å måtte gå veien om dokumentene. Dette betyr også at vi ikke kan skjule oss bak dokumentene.

Tinglysingen er et eksempel på at man, i alle fall i første omgang, har kapitulert overfor disse problemene. Utgangspunktet er at man kan tinglyse *dokumenter*. Det stilles videre krav til disse dokumentene. I *tingl § 4a* har man gitt hjemmel for å kunne ta i bruk elektronisk kommunikasjon. Stort sett inneholder bestemmelsen bare hjemler for å gjøre unntak fra tinglysingslovens regler. Foreløpig har man satt i gang et forsøk med elektronisk kommunikasjon ved tinglysing av salgspant i motorvogn. I de forskrifter som er gitt for dette forsøket har man i § 2 sagt at dokumentdefinisjonen i *ful § 2 første ledd, bokstav f* skal gjelde også på dette området. Men forsøket på å definere et "logisk dokument" fungerer ikke særlig bedre i forhold til tinglysning enn det gjør på forvaltningslovens område.

Probleme illustreres også av reglene om krav til dokumentene. I *tingl § 17* heter det:

*Skal et skjøte eller pantedokument som ikke er utstedt av offentlig myndighet, kunne anmerkes i grunnboken, må underskriften være bekreftet*

I forskriftene om tinglysing av salgspant i motorvogn har man gått helt bort fra dette, og sier ganske enkelt i § 5:

*Dokument om salgspant i motorvogn som sendes inn elektronisk behøver ikke være underskrevet.*

Her går man fra den ene ytterlighet til den andre: Fra krav om bekreftet underskrift til at det ikke kreves underskrift i det hele tatt. Det må legges til at man i *forskriftenes § 9, første ledd* har følgende bestemmelse:

*Oversendelsen av elektroniske dokumenter skal sikres i en teknologisk løsning som til enhver tid ivaretar sikkerheten med hensyn til autentisering, konfidensialitet, integritet og ikke-benektning.*



Man forutsetter at sikkerheten ivaretas. Det stilles ikke opp konkrete krav til hvordan den kan ivaretas, men man har innsett at papirløsningen ikke vil kunne fungere.

## Tradisjonelle konsepter og begreper utfordres

Da jeg skrev en kommentar til verdipapirsentralloven av 1985 forsøkte jeg å plassere verdipapirregistrene i forhold til det velkjente begrepsparet *real- og personalregister*. Dette var ikke enkelt. Ser man det fra utstedersiden har det karakter av å være et realregister: Det er register over hvem som for eksempel eier aksjer i selskapet. Ser man det derimot fra investorsiden blir det et register over hva den enkelte eier og heftelser registrert på vedkommende, altså et personalregister.

Etter hvert gikk det opp for meg at denne tradisjonelle inndelingen er bergrunnet i den teknologi man tradisjonelt har anvendt. Så lenge man baserer seg på en hengemappeteknologi må man holde seg til en og bare en sorteringsnøkkel. Man må enten sortere arkivet etter navn eller etter gjenstand. En databaseteknologi har ikke slike begrensninger. Man kan ha mange sorteringsnøkler og sortere etter mange indekser. Om vi overfører dette til tinglysingen vil det ikke lenger være noe problem å finne hvem som har rettigheter i en bestemt eiendom, hvem som har tinglyste krav mot en bestemt person, eller hvilket tinglyste rettigheter en person har. Det vil for eksempel være enkelt å finne alle pantsettelse til fordel for en bestemt panthaver.

Hvorvidt vi ønsker å ta mulighetene i bruk er et rettspolitisk spørsmål. Så lenge reglene er basert på den gamle teknologiens muligheter og begrensninger, vil reglene fremstå som omveier og flaskehals. Men de er ikke direkte hindringer for skifte av teknologi. De hindrer oss bare i å ta i bruk den nye teknologiens muligheter.

Men transaksjonene kan endre karakter på måter som gjør gamle løsninger uanvendelige. *Verdipapirregisterloven § 7-1* har regler om prioritet mellom kolliderende rettigheter. Disse reglene er basert på en illusjon om at man fortsatt har formuesgoder som det kan håndheves rettigheter i forhold til. På en verdipapirkonto kan det for eksempel være registrert 10.000 aksjer i Norsk Hydro. Det vil da fremstå som en beholdning på 10.000 Hydro, på samme måte som man på en pengekonto kan ha 10.000 EUR. Man har ikke 10.000 individualiserte aksjer, angitt med aksjenummer. Man kan ha pant i kontoen, og prioritetsreglene kan si noe om forholdet mellom flere pantheftelser. Men føres aksjer ut av en konto, vil rettigheter ikke kunne følge ikke-individualiserte verdipapirer. Det blir som å skulle spore penger gjennom betalingssystemet for å finne ut hvor de bestemte pengene som sto på en konto har havnet.

Man vil nok kunne følge overføringene, men da bare som overføringer av generisk bestemte verdier. Det kan tenkes at man vil ha et tilbakesøkingskrav eller et erstatningskrav, men det er noe annet enn en rettighet i de verdier som er overført. Man får et obligatorisk krav, mens man før hadde et tinglig krav. Men loven er fortsatt basert på at man har et tinglig krav.

Man vil ofte tvinges til å revurdere gamle løsninger. Under arbeidet med etablering av Verdipapirsentralen hadde jeg på et tidspunkt en ganske intens diskusjon med ledelsen i den danske Værdipapircentralen om forståelsen av en rettsvernsbestemmelse i den danske loven. Regelen var at to rettsstiftelser, for eksempel to erverv, registrert samme dag hadde lik rett. Det er en løsning vi kjenner fra tinglysingen, og den fungerer når man har et individualisert formuesgode. Men når to har kjøpt de samme obligasjonene så kan man i praksis ikke ha en løsning hvor de får obligasjonene i fellesskap. Den ene av kjøperne får dem, den andre ikke. Men når reglene sier at de har lik rett, blir det vanskelig. Jeg spurte om hva man ville gjøre dersom det skulle skje at to kolliderende rettsstiftelser ble registrert samme dag. Svaret var at den ene ville få obligasjonene, den andre ville få erstatning. Jeg insisterte på – og holder fortsatt fast ved – at den som måtte nøye seg med erstatning ikke hadde fått rettsvern.

Da jeg senere reflekterte over denne diskusjonen, gikk det opp for meg at vi i mange tilfeller slett ikke har behov for rettsvern. Den part som måtte nøye seg med et erstatningskrav kom like godt ut av det så lenge det bare var spørsmål om økonomiske verdier og den erstatningsansvarlige ikke har noen problemer med å oppfylle sin erstatningsplikt. Da jeg på midten av 1990-tallet var med på en utredning om elektronisk tinglysing, møtte jeg denne problemstillingen igjen. Som jurister har vi en ryggmargsrefleks som sier at vi i slike situasjoner må ha regler om rettsvern. Men i mange situasjoner bidrar de bare til å komplisere løsningene, uten at vi har behov for dem.

Hvis man må gå fra gård og grunn som følge av en tinglysningsfeil, vil det være en fattig trøst at man får dekket det økonomiske tapet. Men for en pant-haver vil en garanti mot økonomisk tap kunne gi like god sikkerhet som pant i eiendommen. For verdipapirer er bildet tilsvarende sammensatt. Når det gjelder obligasjoner vil garantier kunne fungere like godt som rettsvern – det er uansett bare økonomiske verdier som står på spill. Men gjelder det aksjer er det ikke sikkert at en erstatning vil kunne kompensere for at man mister kontrollen i et selskap.

Garantier er på de fleste måter enklere enn rettsvernssystemer. Når de i praksis kan gi like god sikkerhet bør man vurdere å velge slike løsninger – ikke minst siden rettsvern uansett vil være en illusjon i ganske mange tilfeller. På et mer generelt plan kan vi si at vi må frigjøre oss fra gamle løsninger og gammelt tankegods når vi møter ny teknologi.

## Nye infrastrukturer

Når jeg her bruker betegnelsen *infrastruktur* sikter jeg til *myke infrastrukturer*. Dette er organisatoriske strukturer, gjerne i form av nettverk. Disse organisasjonene behøver ikke eie fiber og kobber, jernbaneskinner, havner og veier.

Om vi spoler tiden tilbake til før 1984, kunne to personer ha møttes, inngått og gjennomført en avtale om salg av danske obligasjoner. Man kunne ha møttes på Hardangervidda, på Bali eller Everest Base Camp. Selger kunne hatt gjeldsbrevene (obligasjonene) i en dokumentmappe, og kjøper kunne hatt pengene i kontanter. De kunne ha blitt enige om prisen og utvekslet ytelsene. Rettslig sett er løsningen enkel.

En slik transaksjonsform har mange ulemper. Det er enkelt hvis begge parter faktisk er på samme sted. Men ved handel over avstand blir det vanskelig. For å kunne utveksle ytelsene må fysiske papirer fraktes fra et sted til et annet, og kontanter måtte ha vært fraktet den andre veien. I tillegg til at slik transport er tidkrevende og kostbar medfører den høy risiko.

I dag er det ikke noe problem om partene er på ulike steder. Selger kan gjerne sitte i Everest Base Camp mens kjøper er på Hardangervidda. De utveksler de nødvendige meldinger og transaksjonene blir registrert i de systemene som tar hånd om slikt.

Men om de faktisk skulle befinne seg i samme rom, så ville det likevel ikke ha vært mulig å gjøre opp transaksjonen der og da. De ville fortsatt ha måttet gjennomføre transaksjonene i de systemene som tar hånd om slikt.

I praksis vil både selger og kjøper måtte sende sine ordrer til Værdipapircentralen. (VP) Der ville ordrene ha blitt avstemt. Kjøper må samtidig sende en betalingsordre til sin bank. For å kunne opprettholde et prinsipp om ytelse mot ytelse, vil VP-transaksjonen og pengetransaksjonen måtte avstemmes mot hverandre før de kan gjennomføres. Systemet blir langt mer komplisert enn det var da vi kunne levere papirer, selv om det er enklere å foreta handelen.

I de fleste tilfeller hvor man går over fra dokumentbaserte til elektroniske transaksjonssystemer ser vi at vi får nye mellommenn. Hva disse egentlig gjør, vet vi lite om. Det hele fremstilles gjerne som hensiktsmessige løsninger på praktiske problemer, noe det også er. Men deres rolle kan ha betydning for transaksjonene, uten av vi vet hva slags betydning de har.

Bildet er meget sammensatt. Det kan være ren transport. Et enkelt elektronisk postsystem påvirker ikke transaksjonen. Om man får et avtaledokument oversendt som vedlegg til en e-post eller som gammeldags fotpost, har som regel ingen betydning.

Men tjenesteyterne gjør ofte langt mer. En enkel videreutvikling er registrering av trafikk, gjerne med ”tidstempling”. Det vil være e-postens versjon av rekommandert post. Tjenesten kan videre inneholde identitetskontroll og andre sikkerhetsløsninger. Systemene vil kunne være ganske sofistikerte. Det behøver ikke bare være et spørsmål om tilgang til systemet, men også om tilgang til ulike tjenester som tilbys gjennom systemet. Man kontrollerer fullmakter, leveringsavtaler m.m. i systemet. Her vekkes juristrefleksene, og man aner at det kan bli spørsmål om ansvar dersom disse tjenestene svikter.

Tjenestene kan utvikles videre slik at man ikke bare registrerer at meldinger har blitt utvekslet, men også innholdet i transaksjonene. Her nærmer man seg en modell som er kjent fra tinglysingen, og som vi ser tas i bruk på stadig flere områder. En annen og mer vanlig variant er at systemene er reservasjons- eller bestillingssystemer, for eksempel flybilletter eller hoteller.

En tredjepart kan også gå inn som direkte part i transaksjonen. Når vi betaler gjennom en bank driver ikke banken noen form for pengetransport. Jeg gir min bank et oppdrag om å overføre et beløp, hvilket vil si at min fordring mot banken (innskudd) reduseres noe, mens mottakers fordring økes tilsvarende. I praksis vil det gjerne være slik at beløpet overføres gjennom flere banker. Hvis jeg instruerer DnB NOR om å overføre et beløp til en mottaker som har konto i Nordea, vil min fordring mot DnB NOR reduseres, samtidig som Nordea får en tilsvarende fordring mot DnB NOR. Mottaker vil bli godskrevet beløpet ved at hans fordring mot Nordea øker, og denne fordringen balanseres av fordringen mot DnB NOR. De to bankene vil så gjøre opp via Norges Bank. Alle leddene er selvstendige transaksjoner, selv om de henger sammen. Jeg har en avtale med DnB NOR, ikke med Nordea. Mottaker har en avtale med Nordea, ikke med DnB NOR.

En clearert opsjon gjennomføres ved at clearingsentral går mellom selger og kjøper, og tar en posisjon i forhold til begge. Hvis A gir en kjøpsopsjon til B vil clearingsentralen være As motpart. A forplikter seg til å selge til clearingsentralen på avtalte vilkår dersom opsjonen gjøres gjeldende. Clearingsentralen gir så en kjøpsopsjon til B, og det er clearingsentralen som er forpliktet overfor B.

Verdipapirregistrene kombinerer gjerne funksjon som handels- og oppgjørssystem med rollen som et “tinglygingsregister”. Rettslig sett blir derfor systemene ganske kompliserte.

Vi vet lite om disse nye systemene som dukker opp. Noen få har blitt studert. Men de fleste er “svarte bokser” for oss jurister. Det skal nok skrives en del doktoravhandlinger om ulike systemer av denne type før vi eventuelt kan begynne å se et mønster som gjør det mulig å utvikle dette rettsområdets “alminnelige del”.

Når det etableres nye infrastrukturer får vi for det første et spørsmål om organisering. Dersom systemene i praksis blir monopoler eller i alle fall dominerende markedsaktører, kommer konkurranseretten inn. Hvis en nyetablert bank nektes adgang til betalingssystemene vil de i praksis ikke kunne drive bankvirksomhet. Et flyselskap som utestenges fra bestillingssystemene vil også kunne få store problemer. Men disse spørsmålene lar jeg ligge.

Slike systemer vil ofte være lukket selv om tilgangskriteriene kan være transparente og ikke-diskriminerende. I et papirbasert system kan hvem som helst skrive et brev eller fylle ut et dokument og sende det inn. I elektroniske systemer hvor transaksjoner eller transaksjonsdata skal kunne registreres direkte må det være et nettverk av enheter som har tilgang til systemet. Dette kan illustreres med forskrift for prøveprosjekt for elektronisk kommunikasjon ved tinglysing av salgspant i motorvogn § 3, hvor det heter:

*Bare brukere som er godkjent av Justisdepartementet og Løsøreregisteret kan sende inn elektroniske dokumenter. Godkjennelsen er personlig.*

Brukerne må altså forhåndsgodkjennes før de kan ta tjenesten i bruk. Videre må godkjennelsen være personlig. Her er det ikke åpning for noen ad hoc registrering når behovet måtte melde seg. Nå vil nok akkurat denne tjenesten først og fremst være aktuell for finansinstitusjoner, slik at det neppe er et stort problem i praksis.

For tjenester som skal være tilgjengelig for et stort antall brukere, blir dette vanskeligere. Det ville ha vært en byråkratisk og krevende løsning om for eksempel Verdipapirsentralen skulle ha måttet godkjenne alle som har registrerte verdipapirer. Stiller man krav om at alle utenlandske investorer også skal godkjennes etter slike prosedyrer, vil oppgaven kunne bli uoverkommelig ù om det da ikke blir så komplisert at mange av denne grunn ville unngå å investere i norske aksjer og obligasjoner.

Løsningen er at man benytter et eksisterende organisatorisk nettverk. Verdipapirsentralen har et nettverk av kontoførere, i praksis banker og meglerforetak. Man flytter så identifiseringen og godkjenningen av brukere ut til deltakerne i nettverket. På denne måten kan man nå helt ut til den enkelte forbruker, slik vi kjenner fra nettbankene.

Selv med et slikt nettverk kan det være et uoverkommelig krav at den sentrale enheten skal kjenne identiteten til alle som deltar i systemet. Så lenge vi holder oss til penger er dette ikke så problematisk, for det finnes ikke noe sentralt register over bankkonti og innestående på disse. Men verdipapirregistre illustrerer problemet. I praksis har man et stykke på vei resignert i forhold. Utenlandske investorer er som hovedregel ikke direkte registrert. Man baserer

seg på såkalt forvalterregistrering, hvor man har en konto hos en forvalter, gjerne en bank, og så er forvalteren registrert i Verdipapirsentralen med den samlede portefølje som forvaltes gjennom denne. Myndighetene liker ofte ikke forvalterregistrering, da dette gir muligheter for å skjule sin identitet bak en forvalter. Men man aksepterer det når man innser at det ikke finnes andre praktiske løsninger.

Hensikten her er ikke å se nærmere på noen av enkelttilfellene, men snarere å peke på en utvikling som man ser på mange områder. Her ligger det betydelige oppgaver for rettsvitenskapen.

## Internasjonalisering, deterritorialisering og reterritorialisering.

Internasjonaliseringen er så tydelig at det knapt er grunn til å gjøre mer enn å minne om den i en oversiktsartikkel som dette. Nettbaserte tjenester og digitale ytelser vil lett krysse landegrensene. Spørsmål om jurisdiksjon og lovvalg får en helt annen aktualitet enn hva de hadde for en del år siden. Men også disse dukker opp i nye varianter.

Går vi tilbake til eksemplet med danske obligasjoner, så var det før 1984 mulig å gjennomføre en slik transaksjon for eksempel i en hytte på Hardangervidda. Det ville være liten tvil om at kjøpsavtalen ville være underlagt norsk rett, selv om det hadde vært danske obligasjoner som ble omsatt. I dag behøver ikke partene å møtes. Den ene kan fortsatt være på Hardangervidda, mens den andre for eksempel er på Bali. Man får det man kan kalle en *deterritorialisering*. Men uansatt hvor partene måtte befinne seg og uansett hva de selv måtte avtale, så vil transaksjonen gjennomføres via VP utenfor København, og det som skjer der vil være underlagt dansk rett og dansk jurisdiksjon. Mens endepunktene i transaksjonen løsrives fra territoriet, vil vi få en sentral institusjon med en klar territoriell tilknytning. Vi får med andre ord også en *reterritorialisering*.

Så lenge man ikke kjenner organiseringen av de systemer vi benytter oss av vil den rettslige situasjonen være lite overblikkbare. Ved pengeoverføringer vil oppgjøret for alle beløp av betydning i praksis skje via sentralbanken i valutalandet. Betales det i NOK skjer oppgjøret i Norges Bank, oppgjør i EURO skjer via Den europeiske sentralbanken i Frankfurt, og oppgjør i USD skjer via Federal Reserve i New York.

Problemstillingen illustreres i de engelske dommene *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co*<sup>5</sup> og *Libyan Arab Bank v. Manufacturer Hanover Trust*.<sup>6</sup> Begge disse dommene kom opp etter at president Reagan den 8. januar

5 1 Lloyd's 259 [1988], [1989] 3 All ER 252.

6 [1989] 1 Lloyd's Rep 608

1986 utstedte en «Executive order» som bl.a. gikk ut på å fryse libyske innskudd i amerikanske banker. Den libyske banken hadde USD konti ved de to andre bankenes London-filialer, kombinert med en folio-konto i New York. Nær alle overføringer ut og inn fra de respektive London-konti gikk via New York. (Bakgrunnen for et slikt arrangement var at euro-dollar markedet ga høyere rente enn hva man kunne få på USD i USA.) Etter Reagans executive order, var det ulovlig etter New York rett å tillate den libyske banken å ta ut eller overføre sitt innskudd, mens det etter engelsk rett ville være et kontraktsbrudd ikke å gjøre det. Begge sakene ble avgjort etter engelsk rett, og de amerikanske bankene tapte. (I den første dommen kom retten til at det var én avtale som omfattet konti både i London og New York, og at den dels var underlagt engelsk rett, og dels New York rett. Situasjonen blir unektelig komplisert når begge lands rett kommer til anvendelse i samme sak, og det man er forpliktet til etter det ene lands rett er ulovlig og straffbart etter det andre landets rett.)

I den amerikanske dommen *Delbrueck & Co v. Manufacturers Hanover Trust Company*<sup>7</sup> får man en mer ordinær lovvalgssituasjon, som viser hvordan fremmed rett lett kan få betydning for overføringer mellom norske kontohavere. Dommen gjaldt overføring av USD fra en tysk bank til en annen. Da overføringen ble foretatt mellom de tyske bankers konti i to amerikanske banker, og avregningen skjedde i New York, ble New York rett lagt til grunn.

Mange har fått erfare dette i praksis uten at det har blitt rettsak om spørsmålet, hvis de har forsøkt å overføre USD til Cuba. På grunn av USAs boikott av Cuba stanses alle slike overføringer i USA, og beløpene blir stående på sperret konto i Federal Reserve.

## Metode

Man møter noen ganger spørsmålet om man anvender en særskilt metode når man arbeider med rettsspørsmål i skjæringsflaten mellom jus og teknologi. Spørsmålet er vanskelig å besvare fordi den rettsvitenskapelige forskningsmetode er så lite utviklet. Når jurister nokså upresist sier at de anvender “alminnelig juridisk metode”, så tenker man gjerne rettskildelære. Dette er en rettsanvendelsesmetode, hvor målet er å begrunne et standpunkt innenfor rammen av gjeldende rett. Rettsvitenskapen har et videre siktemål enn dette.

Når man møter ny teknologi er første utfordring å finne ut hva som faktisk skjer. Vi må åpne de “svarte boksene” og undersøke hva som skjer inne i dem. Man har ikke en noenlunde klart formulert juridisk problemstilling, og

7 609 F.2d 1047 (1979). Lovvalgsspørsmålet drøftes bare i førstinstansens avgjørelse, som finnes i 464 F. Supp. 989 (1979).

har dermed ikke kommet til det stadium hvor en metode for rettsanvendelse kommer til nytte. “Alminnelig juridisk metode” sier lite eller ingen ting om hvordan man finner ut av faktum.

Oppgaven er ofte krevende, som regel mer krevende enn de som ikke har forsøkt det er villige til å tro. Vår oppgave er å finne ut de rettslige relevante sider ved transaksjonen, og det kan man ikke gjøre uten juridisk innsikt. Det finnes derfor som regel ikke noen egnede beskrivelser. Man har reklamebrosjyrer med mye bilder og lite innhold, og man har detaljerte tekniske beskrivelser. Men det finnes lite på nivået i mellom. Vi trenger en funksjonell beskrivelse. Som regel er det ingen vei utenom å grave seg ned i detaljene ved hjelp av tekniske spesifikasjoner, for så å bygge opp en funksjonell beskrivelse ut fra dette.

Ganske ofte vil man havne et annet sted enn der man trodde da man startet. Det som forelå om betalingsformidling før jeg gikk løs på emnet hadde stort sett et transportrettslig utgangspunkt. Dette var også mitt utgangspunkt. Men etter hvert som jeg fikk bedre innsikt i hva som faktisk skjer, innså jeg at dette ikke var et holdbart grunnlag for rettslig analyse. Betalingssystemene er i sin kjerne bokføringssystemer – informasjonssystemer – hvor man holder rede på fordringsbalansene mellom aktørene. Det skjer ingen transport av “penger”. Alt som formidles er instruksjoner om endringer som skal foretas i bokføringen og bekreftelser på at dette er gjort. Dermed falt transportrettslige problemstillinger som “transportansvar” bort. Fordringene forsvinner ikke selv om det blir feil i bokføringen. Dermed måtte drøftelsen bygges på et annet grunnlag enn det jeg trodde da jeg startet. Dette er en erfaring som mange har gjort. De “svarte boksene” viser seg å inneholde noe annet enn det vi trodde da vi bare betraktet dem fra utsiden.

Når man har klart å redegjøre for faktum møter man gjerne ganske velkjente rettslige problemstillinger. Men veien dit er ofte lang. Derfra og ut vil man kunne anvende “alminnelig juridisk metode”, dog med den modifikasjon at rettskildematerialet ofte er så sparsomt at man ikke har noe særlig grunnlag for å uttale seg om “gjeldende rett”. Forskningsresultatene ligger gjerne i begrepsutvikling og problemforståelse, og ikke i å tilføye flere desimaler til svarene.

## Forskningsmessige utfordringer

Så langt har vi bare sette begynnelsen. Jeg tenker noen ganger på situasjonen som om vi har ryddet vei slik at vi har kommet oss ut av skogen og står foran et åpent landskap. Vi begynner å komme oss løs fra de mest bastante bindingene til det gamle. Men utfordringen ligger ikke i frigjøringen fra det gamle. Den ligger i forståelsen og analysen av det nye som vi så møter.



Vi må finne ut hva alle de nye aktørene i markedet egentlig gjør med transaksjonene, og beskrive deres roller i et rettslig perspektiv. Dette er første etappe, men vi må starte der. Først når vi begynner å forstå mer inngående hva som faktisk skjer vil vi bli i stand til å gjennomføre mer tradisjonelle rettslige analyser.