

IVR

Rit 99-2

RAFRÆN VIÐSKIPTI

UMFJÖLLUN UM ÍSLENSK LÖG

Febrúar 1999

Gunnar Thoroddsen

Skúli Magnússon

ISBN 9979-871-35-0

© Gunnar Thoroddsen & Skúli Magnússon 1998. Úttektina er óheimilt að afrita eða gefa út með nokkrum hætti, að hluta eða í heild, án skriflegs leyfis höfunda.

Formáli viðskiptaráðherra

Rafræn viðskipti eru að gjörbylta hefðbundnum viðskiptaháttum. Viðteknar viðskiptavenjur breytast, milliliðum fækkar, viðskiptakostnaður minnkar, nánara samband ríkir á milli fyrirtækja og neytenda og nýir markaðir og vörur spretta upp. Hver sá sem hefur aðgang að Netinu getur boðið fram vörur og þjónustu og náð til neytenda hvar sem er í heiminum og með sama hætti getur neytandi keypt vörur og þjónustu á hinu sameiginlega markaðstorgi heimsins óháð tíma og stað.

Talið er að rafræn viðskipti verði helsta uppspretta hagvaxtar þegar ný öld gengur í garð. Rafræn viðskipti skapa ný sóknarfæri fyrir fyrirtæki og neytendur. Tækifæri fyrirtækja felast t.d. í opnum alþjóðlegum markaði, styttri afhendingartíma og minni útgjöldum. Ávinningur neytenda getur t.d. falist í alþjóðlegu vöruvali, skjótri úrlausn á þörfum og lægra verði.

Þrátt fyrir gríðarlegan vöxt rafrænna viðskipta eru enn ljón á veginum sem nauðsynlegt er að stjórnvöld og einkaaðilar fjarlægi í sameiningu. Þannig þarf að skapa traust á viðskiptunum, tryggja öryggi gagna og persónuupplýsinga og neytendavernd.

Þessi úttekt Gunnars Thoroddsen og Skúla Magnússonar á íslenskum lögum með tilliti til rafrænna viðskipta er unnin að tilstuðlan iðnaðar- og viðskiptaráðuneytis. Vonast ráðuneytið til að hún nýtist sem best til frekari stefnumótunar á þessu sviði hér á landi. Hlutverk stjórnvalda er að tryggja að rafræn viðskipti njóti viðurkenningar að lögum þannig að frjór jarðvegur skapist fyrir íslenskt viðskiptalíf til að vera í fararbroddi á þessu sviði.

Finnur Ingólfsson

Formáli höfunda

Úttekt þessi var unnin fyrir iðnaðar- og viðskiptaráðuneytið samkvæmt sérstökum verksamningi sem undirritaður var 15. október 1998. Markmið hennar er að gera grein fyrir því í meginatriðum hvort og þá hvaða íslensk lagaákvæði taka til rafræna viðskipta, hvort heldur er innanlands eða í samskiptum við erlenda aðila. Úttektin er liður í undirbúningi ráðuneytisins að mótun stefnu og setningu reglna á sviði rafræna viðskipta. Verkefnið var ekki afmarkað frekar og undirrituðum falið að skilgreina efnistöð nánar. Við gerð úttektarinnar var tekið mið af gildandi lögum í árslok 1998.

Reykjavík 4. janúar 1999.

Gunnar Thoroddsen

Skúli Magnússon

Efnisyfirlit

1	INNGANGUR.....	9
1.1	NOKKUR SJÓNARMÍÐ UM SETNINGU REGLNA UM RAFRÆN VIÐSKIPTI.....	10
1.2	AFMÖRKUN EFNIS.....	11
1.3	HELSTU NIÐURSTÖÐUR.....	12
2	ALÞJÓÐLEG STEFNUMÓTUN OG LÖGGJAFARSTARF.....	15
2.1	SAMEINUÐU ÞJÓÐIRNAR.....	15
2.1.1	UNCITRAL.....	15
2.1.2	Fyrirmynd UNCITRAL að lögum um rafræn viðskipti.....	16
2.2	OECD.....	18
2.3	ICC.....	19
2.4	EVROPUBANDALAGIÐ.....	19
2.4.1	Evrópubandalagið og upplýsingasamfélagið.....	20
2.4.2	Fjórfrælsið og rafræn viðskipti.....	21
2.4.3	Reglur sem lúta að markaðssetningu.....	22
2.4.4	Heimildir EB til setningar reglna um rafræn viðskipti.....	23
2.4.5	Stefnumótun Nefndarinnar: Orðsending um rafræn viðskipti frá 1997.....	23
2.4.6	Meginsjónarmið um setningu reglna.....	24
2.4.7	Frumvarp til tilskipunar um rafræn viðskipti.....	27
2.4.8	Niðurstaða um Evrópurétt.....	28
3	RAFRÆNIR SAMNINGAR.....	28
3.1	INNGANGUR.....	28
3.2	MEGINREGLUR UM LOFORD OG STOFNUN SAMNINGA SAMKVÆMT ÍSLENSKUM RÉTTI ...	29
3.2.1	Formkröfur til samninga og rafrænir samningar.....	30
3.2.2	Lagaskilyrði um að samningar og aðrar yfirlýsingar skuli vera skriflegar.....	30
3.2.3	Eru rafrænir samningar skjöl?.....	33
3.2.4	Niðurstaða um formkröfur.....	35
3.3	RAFRÆNAR UNDIRSKRIFTIR.....	36
3.3.1	Hvað er rafræn undirskrift?.....	37
3.3.2	Þýðing rafrænna undirskrifta.....	38
3.3.3	Dulkóðun.....	39
3.3.4	Sending, staðreynsla og vottun.....	41
3.3.5	Meginsjónarmið um vottun og eftirlit.....	42
3.3.6	Meginsjónarmið um óheimila notkun rafrænna undirskrifta o.fl.....	43
3.3.7	Meginsjónarmið um réttaráhrif rafrænna undirskrifta.....	44
3.3.8	Erlendar reglur um rafrænar undirskriftir.....	45
3.3.9	Niðurstaða um rafrænar undirskriftir.....	58
3.4	STOFNUN SAMNINGA Í RAFRÆNU FORMI.....	59
3.4.1	Hvenær er yfirlýsing „komin til“ aðila?.....	59
3.4.2	Hvenær hefur orðsending verið send?.....	61
3.4.3	Niðurstaða um reglur um stofnun samninga.....	61
3.5	SÖNNUN UM STOFNUN OG EFNI SAMNINGA.....	62
3.5.1	Meginreglan um frjálst sönnunarmat og forræði aðila yfir sakarefninu.....	62
3.5.2	Rafrænir samningar og skjöl.....	63
3.5.3	Erlendar reglur.....	64
3.5.4	Niðurstaða um sönnunaratríði.....	67

3.6	ÓGILDINGARREGLUR SAMNINGARÉTTAR	68
3.6.1	<i>Afbökun löggernings</i>	68
3.6.2	<i>Lögræðisskortur</i>	70
3.6.3	<i>Ósanngjarnir samningsskilmálar</i>	70
3.6.4	<i>Niðurstaða um ógildingarástæður samningaréttar</i>	70
3.7	EDI.....	70
3.7.1	<i>Samningur um EDI-samskipti</i>	72
3.7.2	<i>Samningur um réttarsamband aðila</i>	72
3.7.3	<i>Meginreglan um samningsfrelsi aðila</i>	73
4	GREIÐSLUR OG GREIÐSLUKERFI	74
4.1	STAÐGREIÐSLUVIÐSKIPTI OG VIÐSKIPTI MEÐ GREIÐSLUFRESTI.....	75
4.2	MEGINSJÓNARMÍÐ UM EFNDASTAÐ PENINGAGREIÐSLU.....	76
4.3	MEGINSJÓNARMÍÐ UM GREIÐSLUHÁTT PENINGA.....	76
4.4	MEGINSJÓNARMÍÐ UM GJALDMÍÐIL	78
4.5	RAFRÆN GREIÐSLUKERFI	78
4.5.1	<i>Rafrænar millifærslur og rafrænir tékkar</i>	79
4.5.2	<i>Greiðslukort</i>	80
4.5.3	<i>Notkun kreditkorta á Netinu</i>	83
4.5.4	<i>Örugg notkun kreditkorta á Netinu</i>	84
4.5.5	<i>Niðurstaða um notkun greiðslukorta í rafrænum viðskiptum</i>	86
4.5.6	<i>Raffé</i>	86
4.5.7	<i>Raffé og einkaréttur ríkisins til útgáfu peninga</i>	92
4.5.8	<i>Refsilög</i>	93
4.6	REGLUR EB UM RAFRÆNA GREIÐSLUMÍÐLUN	96
4.7	NÍÐURSTAÐA UM RAFRÆN GREIÐSLUKERFI OG RAFFÉ.....	98
5	NEYTENDAVERND.....	98
5.1	EES OG NEYTENDAVERND	100
5.2	HELSTU RÉTTARHEIMILDIR ÍSLENSKS RÉTTAR	102
5.2.1	<i>Ákvæði laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga</i>	102
5.2.2	<i>Ákvæði samkeppnislaga nr. 8/1993</i>	103
5.2.3	<i>Ákvæði laga nr. 121/1994 um neytendalán</i>	104
5.2.4	<i>Ákvæði laga nr. 96/1992 um húsgöngu og fjarsölu</i>	104
5.2.5	<i>Niðurstaða um neytendavernd</i>	104
6	FRÍÐHELGI EINKALÍFS OG PERSÓNUVERND.....	105
6.1	INNGANGUR	105
6.2	RAFRÆN SPOR	107
6.3	RÉTTUR TIL NAFNLEYNDAR.....	109
6.4	HELSTU RÉTTARHEIMILDIR	110
6.4.1	<i>Stjórnarskrá</i>	110
6.4.2	<i>Hegningarlög</i>	112
6.4.3	<i>Lög um skráningu og meðferð persónuupplýsinga</i>	113
6.4.4	<i>Fjarskiptalög</i>	116
6.4.5	<i>Önnur atriði</i>	119
6.5	NÍÐURSTAÐA UM FRÍÐHELGI EINKALÍFS OG PERSÓNUVERND.....	126
7	LAGASKIL Í RAFRÆNUM VIÐSKIPTUM	126
7.1	INNGANGUR	126
7.2	LÖGSAGA	127
7.3	VARNARÞINGSREGLUR.....	128
7.4	HVAÐA LANDSLÖG BER AÐ LEGGJA TIL GRUNDVALLAR?	129

7.5	REFSILÖGSAGA ÍSLANDS	133
7.5.1	<i>Forráðasvæðisreglan (territorialprincíp)</i>	134
7.5.2	<i>Afmörkun forráðasvæðisreglunnar með tilliti til starfsemi erlendra aðila</i>	134
7.5.3	<i>Aðrar lögsögureglur</i>	136
8	VÖRUMERKI OG LÉNSHEITI	136
9	FJARSKIPTI OG SAMKEPPNI Á FJARSKIPTAMARKAÐI.....	140
9.1	INNGANGUR	140
9.2	AÐGANGUR AÐ FJARSKIPTANETUM.....	140
9.3	SAMTENGING FJARSKIPTANETA	141
9.4	FJARSKIPTARÉTTUR OG RAFRÆN VIÐSKIPTI.....	143
10	ÖNNUR ATRÍÐI.....	143
10.1	INNGANGUR.....	143
10.2	SKATTAR OG TOLLAR	144
10.3	SKRÁNING OG GEYMSLA GAGNA	144
10.4	REFSI- OG BÓTAÁBYRGÐ ÞJÓNUSTUAÐILA Á FJARSKIPTAMARKAÐI	144
10.5	HUGVERKARÉTTUR	145
10.6	ÓLÖGLEGT EFNI Á NETINU OG TJÁNINGARFRELSI.....	145

1 Inngangur

Rafræn viðskipti eru langt frá því ný af nálinni. Um langan tíma hafa ýmis viðskipti einstaklinga, fyrirtækja og stofnana farið fram að öllu leyti eða hluta með rafrænum miðlum. Á skömmum tíma hafa rafræn viðskipti hins vegar vaxið hratt um allan heim. Því er spáð að árið 2000 verði heildarvelta rafrænna viðskipta 200 billjónir ECU. Árið 1996 höfðu 86 milljónir manna aðgang að Internetinu eða Netinu eins og það verður nefnt hér á eftir. Áætlað er að þegar árið 2000 verði þeir orðnir 250 milljónir. Talið er að innan Evrópusambandsríkjanna einna hafi um 400.000 ný störf orðið til á árunum 1995-1997 beinlínis í tengslum við rafræn samskipti og upplýsingasamfélagið.

Samkvæmt þessu er ljóst að viðskiptaumhverfi heimsins mun á næstunni taka verulegum breytingum. Ein mikilvægasta forsenda viðskipta á hverjum tíma er gagnkvæmt traust aðila. Rafræn viðskipti munu ekki ná þeirri útbreiðslu sem æskileg er ef aðilar viðskiptalífsins hafa ekki þá trú og reynslu að viðskipti þeirra með rafrænum miðlum geti verið a.m.k. eins örugg og trúverðug og hefðbundin viðskipti. Tveir helstu máttarstólpar trausts í rafrænu viðskiptaumhverfi eru annars vegar sú tækni sem notuð er við viðskiptin og lagaumhverfi þeirra hins vegar. Tölvu- og nettæknin þarf að tryggja viðskiptaaðilum hnökralaus og hröð samskipti. Þá verða aðilar að geta gengið að tilteknum grunnreglum vísu þannig að réttarstaða þeirra sé ljós ef ágreiningur verður. Rétt lagaumhverfi, lagað að þörfum viðskiptalífsins, getur þannig vegið þungt á metunum við þróun rafrænna viðskipta á næstu árum.

Um tíma var rætt um það að viðskipti á Netinu væru ótrygg, dýr í uppsetningu og skiluðu sér seint fjárhagslega, ef þá nokkurn tíma. Þessi skoðun á æ minna fylgi að fagna. Sífellt fleiri bætast í raðir þeirra sem sjá sér hag í því að stunda verslun og samskipti henni tengd með rafrænum miðlum. Hvati þessara breytinga felst einkum í þeim beinu fjárhagslegu hagsmunum sem eru samfara breyttum aðferðum. Bent hefur verið á að viðskiptahagsmunirnir felist einkum í eftirfarandi:

- minni kostnaði við miðlun upplýsinga;
- minni kostnaði við öflun upplýsinga;
- minni kostnaði við birgðahald;
- auðveldari aðlögun framleiðsluvara að þörfum viðskiptavina;
- möguleikanum á því að stunda viðskipti án tillits til fjarlægða;
- skilvirkari starfsemi rekstrareininga.

Vart verður sagt að unnt sé að telja upp hagsmuni sem þessa á tæmandi hátt enda má ætla að þeir ráðist nánar af eðli þess rekstrar sem í hlut á hverju sinni. Til að mynda má gera ráð fyrir að í sumum tilvikum skipti það miklu fyrir samkeppnisstöðu fyrirtækis að hafa í boði þá tækni og þann búnað sem gera því

kleift að eiga rafræn samskipti, án þess þó að meginþunginn í starfsemi þess beinist að rafrænni upplýsingamiðlun eða rafrænum viðskiptum.

Rafræn viðskipti (Electronic Commerce) er almennt heiti yfir hvers konar viðskipti sem stofnað er til eða stunduð eru á rafrænan hátt. Rafræn viðskipti teljast ýmist þau sem að öllu leyti fara fram með rafrænum miðlum eða einungis að hluta. Ýmiss konar upplýsingaþjónusta eða sala á hugbúnaði sem seldur er og afhentur um net, telst til dæmis til rafrænna viðskipta sem að öllu leyti fara fram með rafrænum hætti (bein rafræn viðskipti). Hins vegar verða einnig önnur viðskipti talin til rafrænna viðskipta, t.d. rafræn pöntun á vöru eða þjónustu þar sem afhending fer fram eftir hefðbundnum leiðum, t.d. í pósti (óbein rafræn viðskipti). Þessi aðgreining milli beinna og óbeinna rafrænna viðskipta þjónar í sjálfu sér engum sérstökum tilgangi öðrum en þeim að benda á að ekki verður talið upp með tæmandi hætti hvað fallið getur undir rafræn viðskipti. Í þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir verður enginn greinarmunur gerður á þessu tvennu.

Rafræn viðskipti bjóða aðilum viðskiptalífsins upp á nánast óteljandi ný tækifæri. Sífellt kemur fram ný tækni sem opnar nýjar leiðir sem engan hefði órað fyrir áður. Fjöldamörg ríki og alþjóðasamtök hafa á undanförunum misserum brugðist við þróun rafrænna viðskipta með því að móta stefnu og setja reglur sem taka mið að þeim spám sérfræðinga að viðskiptaumhverfið muni á næstu árum taka grundvallarbreytingum. Með sama hætti hafa íslensk stjórnvöld að undanförunu í auknum mæli beint sjónum að þeim þörfum sem skapast í breyttu viðskiptaumhverfi. Mikilvægt er að íslensk stjórnvöld fylgist vel með þróun mála í rafrænum viðskiptum og lagi íslenskt viðskiptaumhverfi að nýjum þörfum. Miklu skiptir að viðskiptalífið hér búi við sömu forsendur og nágrannaríkin í þessum efnun því að annars geta Íslendingar ekki staðið jafnfætis öðrum í samkeppni.

1.1 Nokkur sjónarmið um setningu reglna um rafræn viðskipti

Um gerð reglna í breyttu umhverfi upplýsingasamfélagsins þykir rétt að hafa nokkur orð.

Í fyrsta lagi ber að hafa í huga að ekki er sjálfgefið að ný tækni og breyttar aðferðir í samskiptum manna kalli á nýjar reglur. Þannig má telja það almenna meginreglu að beita beri hefðbundnum lagareglum, dómafordæmum, lagasjónarmiðum og réttarheimildum öðrum við lausn vandamála sem skapast í upplýsingasamfélaginu. Þá grunnreglu er mikilvægt að hafa í huga við lagasetningu um rafræn viðskipti á næstu árum. Reglur á m.ö.o. ekki að setja reglanna vegna. Á móti þessu sjónarmiði verður hins vegar að veða þá hagsmuni viðskiptalífsins að um rafræn viðskipti gildi skýrar og aðgengilegar reglur. Þetta gæti þannig leitt til þess að rétt þætti að setja ný lög eða breyta reglum þótt rétt túlkun gildandi réttarheimilda hefði að óbreyttu leitt til sömu niðurstöðu. Með þessu væri reglum beitt til þess að að ýta undir þróun rafrænna viðskipta.

Í öðru lagi skiptir verulegu máli að reglur á sviði rafrænna viðskipta séu tæknilega hlutlausar. Það er forsenda hagkvæmni á upplýsingaöld að framleiðendur tæknibúnaðar og aðrir hagsmunaaðilar viðskiptalífsins fái sjálfir að móta þær aðferðir og lausnir sem hagfelldastar þykja hverju sinni. Löggjafinn má ekki vera slíkri þróun fjötur um fót. Þannig gætu lög hindrað eðlilega þróun ef þau skilgreindu um of þá tækni sem beita ber eða tengdu réttaráhrif við tilteknar tæknilausnir. Með því væri framleiðendum tæknibúnaðar beint inn á tilteknar brautir sem engin trygging er fyrir að gefi besta raun þegar til lengdar lætur.

Í þriðja lagi er afar mikilvægt að Íslendingar lagi löggjöf sína eins vel og kostur er að þeim reglum sem gilda í viðskiptaumhverfi annarra þjóða. Með aðild Íslendinga að EES er þessi lagasamræming að mestu leyti tryggð. Miklu skiptir hins vegar að láta ekki dragast lengur en nauðsynlegt er að innleiða í íslensk lög þær reglur sem gildi fá á evrópska efnahagssvæðinu. Hér má nefna þá hugmynd að settur verði á fót sérstakur starfshópur á vegum íslenskra stjórnvalda og hagsmunaaðila sem hafi það hlutverk að fylgjast með þróun mála og leggja til á hverjum tíma æskilegar aðgerðir og úrbætur. Starfshópurinn gæti einnig gert tillögur um skipulega kynningu og fræðslu á þessu sviði upplýsingasamfélagsins, en almenn uppfræðsla er mikilvægur hvati frekari þróunar. Með því að stofna slíkan ráðgjafarhóp mætti leggja raunhæfan grunn að því að ná þeim markmiðum stjórnvalda að Ísland standi jafnfætis öðrum ríkjum að því er varðar lagaumhverfi rafrænna viðskipta.

1.2 Afmörkun efnis

Eins og fyrr segir er úttekt þessari ætlað að gefa yfirlit um helstu reglur íslensks réttar sem við koma rafrænum viðskiptum. Þó ber að hafa í huga að slík umfjöllun verður aldrei tæmandi. Nánast eru óteljandi þau svið lögfræðinnar sem með einum eða öðrum hætti geta tengst rafrænum viðskiptum. Hér hefur því sá kostur verið valinn að takmarka umfjöllun við þau svið ein sem lúta að viðskiptum með rafrænum miðlum með beinum hætti. Ljóst er að rök má færa fyrir því að ýmis önnur álitæfni sem ekki er fjallað um í þessari úttekt eða einungis er lauslega minnst á ættu að koma til athugunar.

Úttektin hefst á því að dregin eru saman helstu efnisatriði og niðurstöður. Í 2. kafla er fjallað um alþjóðlega stefnumótun og löggjafarstarf. Þar er fjallað um nokkrar þær stofnanir sem ætla má að hafi mesta þýðingu fyrir þróun löggjafar á sviði rafrænna viðskipta á næstu árum. 3. kafla fjallar um rafræna samninga. Gerð er grein fyrir helstu sérkennum slíkra samninga og þeim álitæfnum sem vakna vegna sérstöðu þeirra. Í 4. kafla er rætt um greiðslur og greiðslukerfi í rafrænum viðskiptum. Reifuð eru sjónarmið um efndir rafrænna samninga í samanburði við hefðbundna samninga. Þá er fjallað um ýmis greiðslukerfi sem notuð eru eða fyrirsjáanlegt er að nái útbreiðslu. Neytendavernd eru síðan gerð skil í 5. kafla. 6. kafla fjallar um friðhelgi einkalífs og persónuvernd. Þar eru reifaðar helstu réttarheimildir og sjónarmið um skráningu og meðferð

persónuupplýsinga. Lagaskil í rafrænum samningum eru rædd í 7. kafla. Fjallað er um lögsögu- og varnarþingsreglur auk helstu sjónarmiða sem teljast ráða því hvaða lög beri að leggja til grundvallar við lausn álitaeftna í rafrænum viðskiptum milli landa. Samspil vörumerkja og lénsheita er rætt í 8. kafla og að lokum er stuttlega vikið að nokkrum reglum á sviði fjarskipta í kafla 9. Í 10. kafla er vikið að nokkrum álitaeftnum sem snerta rafræn viðskipti en haldið hefur verið utan þessarar úttektar af ástæðum sem áður eru nefndar.

1.3 Helstu niðurstöður

Helstu niðurstöður úttektarinnar eru eftirfarandi:

1. *Alþjóðleg löggjöf og stefnumótun.* Mikið kveður að starfsemi ýmissa alþjóðlegra stofnana og samtaka á vettvangi rafrænna viðskipta. Vegna eðlis þeirra viðskipta er mikilvægt að íslenskur réttur sé í takt við alþjóðlega þróun. Sérstaka þýðingu í þessu sambandi hefur stefnumótun og fyrirhuguð reglusetning stofnana Evrópubandalagsins vegna aðildar Íslands að EES. Með hliðsjón af væntanlegum reglum EB munu löggjafanum verða verulegar skorður settar um setningu reglna um rafræn viðskipti. Mjög óráðlegt er að setja sérstakar íslenskar reglur um ýmis atriði slíkra viðskipta, t.d. rafrænar undirskriftir, sem hreyfa þarf við innan fárra ára vegna tilkomu EES-reglna um sömu atriði.
2. *Stofnun og gildi rafrænna löggerninga.* Þrátt fyrir meginreglu íslenskra laga um frjálst form löggerninga hefur það margvíslega þýðingu að lögum. Þær formkröfur sem sérstaklega koma til álita með hliðsjón af rafrænum löggerningum eru annars vegar kröfur um að gerningur skuli vera skriflegur og hins vegar að hann skuli vera undirritaður. Ekki er fortakslaust unnt að fullyrða að íslenskir dómstólar muni skýra réttarreglur, sem áskilja eða binda þýðingu við að löggerningur eða aðrar upplýsingar tengdar löggerningi skuli vera skriflegar, á þá leið að löggerningar sem stofnað er til með rafrænum hætti njóti sömu stöðu og skriflegir. Þá er ekki fortakslaust unnt að fullyrða að íslenskir dómstólar muni telja rafrænar staðfestingar (þ.á m. rafrænar undirskriftir) ígildi eiginhandarundirskrifta.
3. *Rafrænar undirskriftir.* Ekkert er því til fyrirstöðu að teknar séu upp rafrænar undirskriftir samkvæmt gildandi lögum. Um starfsemi vottunaraðila færi m.a. samkvæmt lögum nr. 121/1989 um skráningu og meðferð persónuupplýsinga. Réttarreglur sem áskilja eða binda þýðingu við undirskriftir geta þó staðið í vegi fyrir notkun rafrænna undirskrifta þar sem þær eiga við. Á svipaðan hátt veldur það óhagræði að ekki er fortakslaust hægt að fullyrða hvort og hvenær íslenskir dómstólar muni telja rafrænar undirskriftir hafa sama sönnunargildi og eiginhandarundirskriftir. Þá leikur vafi á um ýmis atriði varðandi starfsemi og ábyrgð vottunaraðila og samband hans við undirritanda og viðtakanda undirritunar.
4. *Sönnun.* Með hliðsjón af meginreglu íslenskra laga um frjálst sönnunarmat

dómstóla er ekkert því til fyrirstöðu að dómstólar taki tillit til sönnunargildis rafrænna upplýsinga. Þetta getur þó verið háð því að rafrænum gerningum og rafrænum undirskriftum sé veitt almenn viðurkenning með lögum.

5. *Samningsgerð*. Engin sérstök vandkvæði eru á því að beita ákvæðum laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, um samningsgerð sem fram fer á grundvelli rafrænna samskipta.
6. *EDI (Electronic Data Interchange)*. EDI-samskipti fara fram á grundvelli samnings hlutaðeigandi aðila. Samningur aðila og almenn sjónarmið samninga- og kröfuréttar ráða réttarsambandi þeirra.
7. *Ógildingarreglur*. Ógildingarreglur samningaréttar eiga við um rafræna löggerninga á sama hátt og aðra löggerninga. Einhver vafi leikur á því hvort og hvenær 2. mgr. 32. gr. laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga á við um rafræn samskipti.
8. *Friðhelgi einkalífs og persónuvernd*. Vernd persónuupplýsinga er ein mikilvægasta forsenda þróunar í rafrænum viðskiptum. Mikilvægt er að einstaklingar hafi þá trú á og reynslu af rafrænum viðskiptum að einkamál þeirra fái að fara leynt og friðhelgi einkalífs þeirra verði ekki fórnað á altari upplýsingasamfélagsins. Slíkur ótti mundi hamla þróun og draga úr hag allra hlutaðeigandi. Í megindráttum tryggir íslensk löggjöf á þessu sviði réttindi einstaklinga og vernd þeirra upplýsinga sem leynt skulu fara. Nokkrar breytingar er þó rétt að gera með hliðsjón af tilskipunum Evrópubandalagsins. Undirbúningur í þá veru virðist hins vegar vera langt á veg kominn.
9. *Rafræn greiðslumiðlun*. Hefðbundin sjónarmið samninga- og kröfuréttar eiga við um rafræna greiðslumiðlun. Rafræn greiðslumiðlun er nokkuð fjölbreytt þótt sérstaklega kveði að notkun kreditkorta. Rafræn viðskipti virðast ekki valda neinum sérstökum lagalegum vandamálum í sambandi við notkun kreditkorta. Þróunin gengur í þá átt að tryggja öryggi kreditkortaviðskipta í rafrænum viðskiptum í æ ríkara mæli.
10. *Lén og vörumerki*. Lén og vörumerki eru náskyld en ýmislegt skilur þó á milli. Lénshéiti hafa á undanförunum árum fengið aukið vægi í viðskiptum sem auðkenni á vöru eða þjónustu. Ekki verður þó séð að þörf sé sérstakra reglna í þessum efnum, enda um að ræða tæknisvið í örri þróun og viðbúid að forsendur geti gjörbreyst á skömmum tíma.
11. *Raffé*. Auk rafrænnar notkunar hefðbundinna greiðslumiðla, s.s. kreditkorta, er mögulegt að gera rafrænar upplýsingar þannig úr garði að þær hafi sjálfstætt peningalegt gildi. Slíkum upplýsingum er hægt að koma fyrir á örgjörvakortum eða í minni einmenningsstólva. Umfjöllun um raffé sem hefur sjálfstætt gildi án tillits til lögeyris eða gjaldmiðils tiltekins ríkis þykir að svo stöddu óraunhæf. Útgáfa slíks raffjár gengur og berlega gegn einkarétti Seðlabanka Íslands til útgáfu peninga. Raffé getur einnig vísað til

gjaldmiðils tiltekens ríkis, yfirleitt þannig að það sé innleysanlegt fyrir einhvern slíkan lögeyri. Telja verður að slíkt raffé sé ekki sjálfstæður gjaldmiðill og því sé einkaréttur Seðlabankans til útgáfu slíks raffjár ekki til fyrirstöðu. Sú niðurstaða er þó ekki alveg vafalaus. Hins vegar hindrar 154. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 útgáfu slíks raffjár ef ekki eru til staðar heimildir í lögum. Slíkar heimildir er e.t.v. að finna að einhverju leyti í lögum um viðskiptabanka, sparisjóði og lánastofnanir. Þetta þarf þó að meta með hliðsjón af hverju raffjárkerfi fyrir sig.

12. *Neytendavernd.* Ýmsar reglur íslensks neytendaréttar taka til rafrænna viðskipta. Auk þessa er að finna í samkeppnislögum nr. 8/1993 ýmsar heimildir sem hægt er að nýta við setningu sérstakra reglna um ýmis atriði rafrænna viðskipta. Íslenskar reglur um neytendavernd eru undir sterkum áhrifum Evrópuréttar. Á þeim vettvangi hafa þegar verið settar ýmsar reglur um neytendavernd í rafrænum viðskiptum auk þess sem í ráði er að setja frekari reglur sem tryggja slíka vernd.
13. *Lagaskil.* Íslenskar varnarþingsreglur eru rúmar hvað varðar heimildir til málshöfðunar fyrir íslenskum dómstólum. Lugano-samningurinn, sbr. lög nr. 68/1995, takmarkar nokkuð þessar heimildir en tryggir þó íslenskum neytendum í langflestum tilvikum möguleika á því að höfða mál fyrir íslenskum dómstólum vegna rafrænna viðskipta. Íslenskar réttarreglur um lagaskil (eða lagaval) eru mjög almennar og óljósar enda er að mjög takmörkuðu leyti við settar reglur eða alþjóðlega samninga að styðjast.
14. *Íslensk refsilögsaga.* Íslensk refsilögsaga er nokkuð skýr hvað varðar háttsemi íslenskra þegna og annarra sem búsettir eru á Íslandi (þegnreglan). Álitafni um íslenska refsilögsögu lúta fyrst og fremst að því hvenær brot telst fullframið innan íslensks yfirráðasvæðis (forræðissvæðisreglan). Í því sambandi verður að gera greinarmun á því hvort erlendur aðili býður íslenskum aðilum á virkan hátt vöru eða þjónustu með rafrænum hætti eða hvort þeir sækja slíkar vörur eða þjónustu algerlega að eigin frumkvæði.

Lagt er til að eftirfarandi breytingar verði gerðar á íslenskum lögum vegna rafrænna viðskipta. Tillögurnar ber þó alls ekki að skýra sem tæmandi upptalningu æskilegra breytinga á íslenskum lögum vegna rafrænna viðskipta. Einungis er um að ræða mat undirritaðra á þeim ráðstöfunum sem brýnast virðist að grípa til.

1. *Rafræn sammingsgerð.* Við leggjum til að settar verði almennar reglur sem tryggja að löggerningar sem stofnað er til með rafrænum hætti njóti sambærilegrar stöðu og hefðbundnir löggerningar. Reglur sem þessar ættu fyrst og fremst að miða að því að rafrænir gerningar hefðu sömu réttaráhrif og skriflegir gerningar að uppfylltum ákveðnum lágmarksskilyrðum. Þá er æskilegt að settar verði almennar reglur um réttaráhrif rafrænna staðfestinga (þ.á m. rafrænna undirskrifa) með hliðsjón af réttarreglum sem binda þýðingu við eiginhandarundirskriftir. Þessar reglur ættu að vera almenns

eðlis, tæknilega hlutlausar og nógu sveigjanlegar til þess að gefa dómstólum svigrúm til mats með hliðsjón af örri tækniþróun.

2. *Rafrænar undirskriftir.* Við leggjum til að beðið verði með setningu reglna um rafrænar undirskriftir þar til fyrir liggur hvaða reglur verða settar á vettvangi EB um efnið. Fram að þeim tíma myndu almenn ákvæði um rafrænar staðfestingar (sbr. 1. lið) gilda um rafrænar undirskriftir. Sérstök ákvæði um rafrænar undirskriftir sem til kæmu síðar og væntanlega tækju mið af tilskipun EB um efnið yrðu þá slíku almennu ákvæði til fyllingar.
3. *Raffé.* Við leggjum til að tekin verði af tvímæli í lögum um útgáfu raffjár. Það er háð pólitísku mati hversu víðtækar slíkar heimildir eiga að vera. Þó virðist liggja nokkuð beint við að a.m.k. bönkum, sparisjóðum og lánastofnunum verði veittar slíkar heimildir með breytingum á 44. gr. laga nr. 113/1993 um viðskiptabanka og sparisjóði og 8. gr. laga nr. 123/1993 um lánastofnanir aðrar en viðskiptabanka og sparisjóði.

2 Alþjóðleg stefnumótun og löggjafarstarf

2.1 Sameinuðu þjóðirnar

Á vegum Sameinuðu þjóðanna hefur verið unnið að stefnumótun og samningu reglna um ýmis atriði sem varða rafræn viðskipti. Hér verður stuttlega vikið að störfum UNCITRAL (United Nations Committee on International Trade) og UN/ECE (United Nations Economic Commission for Europe).

2.1.1 UNCITRAL

Árið 1985 samþykkti UNCITRAL (United Nations Committee on International Trade) ályktun um lagalegt gildi tölvufærðra skráa (Recommendations on the Legal Value of Computer Records). Meginefni þeirrar ályktunar var að ríki gerðu nauðsynlegar breytingar á löggjöf sinni til þess að tölvufærðum skráum væru tryggð ekki lakari áhrif að lögum en skráum færðum með hefðbundnum hætti. Allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna samþykkti ályktunina í desember 1985.¹

Í júní 1996 samþykkti UNCITRAL fyrirmynd að lögum um rafræn viðskipti.² Lagafyrirmyndin var síðan samþykkt af Allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna í desember 1996.³ Efni laganna er rakið í stuttu máli hér á eftir. Starf á vegum

¹ Resolution 40/71, paragraph 5(b), of 11 December 1985.

² Model Law on Electronic Commerce adopted by the United Nations Commission on International Trade Law. Lagafyrirmyndina má nálgast á slóðinni: www.un.or.at/uncitral/en-index.htm.

³ Resolution 51/162 of 16 December 1996.

UNCITRAL viðvirkjandi rafrænum viðskiptum hefur síðan beinst sérstaklega að vandamálum tengdum rafrænum undirskriftum og gerð lagafyrirmynda um það efni. Undirbúningsnefnd á vegum UNCITRAL hefur þegar lokið við samningu draga að fyrirmynd að lögum um rafrænar undirskriftir.⁴ Þá stefnir undirbúningsnefndin að því að fjalla ítarlegar um málefni sem varða lögsögu ríkja og lagaskil í rafrænum viðskiptum í náinni framtíð.⁵

Þær reglur og ákvarðanir sem hér eru nefndar eru að sjálfsögðu ekki skuldbindandi fyrir aðildarríki Sameinuðu þjóðanna heldur er um að ræða tilmæli um að haga reglusetningu á ákveðinn hátt og aðstoð við löggjafarstarf. Þó er ekki útilokað að heimildir sem þessar kunni að koma til álita hjá dómstólum við lögskýringar þegar aðstæður eru þannig að skýrar reglur skortir. Einnig mætti nýta reglur sem þessar af ýmsum aðilum, t.d. í milliríkjaviðskiptum og við samningagerð. Að síðustu er rétt að nefna að enn sem komið er virðist ekki vera í bígerð að hefja undirbúning að gerð alþjóðlegs samnings um rafræn viðskipti á vegum Sameinuðu þjóðanna.

2.1.2 Fyrirmynd UNCITRAL að lögum um rafræn viðskipti

Tilgangurinn með fyrirmynd UNCITRAL að lögum um rafræn viðskipti er einkum sá að tryggja þeirri tegund viðskipta sambærilega stöðu og hefðbundnum viðskiptum. Sú aðferð sem liggur lögnum til grundvallar miðar að því að tryggja að rafrænir gerningar hafi sömu verkan að lögum og geti þar af leiðandi gegnt sama hlutverki að landsrétti og gerningar byggðir á rituðum skjölum (functional equivalent approach). Samkvæmt framangreindu er leitast við að setja sérstakar reglur um rafræna gerninga *einungis að því marki* sem sérstaða slíkra gerninga leiðir til þess að slíkar reglur séu nauðsynlegar til þess að rafrænir gerningar geti gegnt sama hlutverki í viðskiptum. Að öðru leyti er miðað við að um þessa gerninga gildi almennar reglur viðkomandi landsréttar. Í stuttu máli er þannig leitast við að tryggja rafrænum gerningum sömu réttaráhrif og gerningum grundvölluðum á hefðbundnum skjölum með því að kveða sérstaklega á um þau tilvik þar sem rafrænir gerningar eru að einhverju leyti eðlisólíkir hefðbundnum gerningum.

Meginregla lagafyrirmyndaðinnar kemur fram í 5. gr. en þar segir:

Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message.

Í fyrirmyndinni er gert ráð fyrir að rafrænir gerningar fullnægi skilyrðum í lögum um að gerningur sé skriflegur að uppfylltum ákveðnum

⁴ Draft Uniform Rules on Electronic Signatures. Sjá skýrslu the Working Group on Electronic Commerce á 32. öðrum fundi þess í Vín 19.-30. janúar 1998.

⁵ Um lögsögu ríkja og lagaskil var haldin sérstök ráðstefna á vegum OECD í nóvember 1997.

grundvallarskilyrðum (6. gr.). Þá er gert ráð fyrir því að lagaskilyrðum um undirskrift sé fullnægt ef hægt sé að sannreyna að gerningur stafi frá tilteknum aðila með aðferðum sem eru áreiðanlegar með tilliti til allra aðstæðna (7. gr.). Um þetta atriði, rafrænar undirskriftir, fer nú fram gerð sérstakrar ítarlegri lagafyrirmyndar eins og áður segir. Gert er ráð fyrir því að rafræn gögn geti fullnægt lagaskilyrðum um að teljast frumskjöl að fullnægðum ákveðnum skilyrðum og mælt er fyrir um viðurkenningu rafrænna gagna fyrir dómstólum (8. og 9. gr.). Þá eru í lögnum frávíkjanleg ákvæði um stofnun samninga, s.s. hvenær yfirlýsing er send, móttækin, komin til móttakanda o.s.frv. (11. til 15. gr.). Síðasti hluti laganna fjallar sérstaklega um samninga á sviði flutningaréttar (16. til 17. gr.). Lögin eru opin í annan endann, ef svo má að orði komast, með því að hægt er að bæta við reglum um fleiri afmörkuð réttarsvið, t.d. váttryggingarétt, neytendarétt o.s.frv.

Okkur er ekki kunnugt um að neitt ríki hafi lögfest lagafyrirmynd UNCITRAL. Í frumvarpi Nefndar EB til tilskipunar um rafrænar undirskriftir er þó vísað til lagafyrirmyndarinnar í formála. Við samningu íslenskra reglna er skynsamlegt að hafa hliðsjón af lagafyrirmynd UNCITRAL. UN/ECE

Árið 1979 samþykkti vinnuhópur á vegum UN/ECE (United Nations Economic Commission for Europe) tilmæli um staðfestingu á verslunarskjöllum með öðrum hætti en undirskrift.⁶ Störf á vegum UN/ECE í tengslum við rafræn viðskipti hafa hins vegar fyrst og fremst varðað svokölluð EDI-samskipti (Electronic Data Interchange) sem rædd eru í sérstökum kafla hér síðar. Árið 1987 var svokallaður UN/EDIFACT-staðall (United Nations Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport) búinn til en hann hefur reglulega verið uppfærður síðan. UN/EDIFACT-staðallinn hefur að geyma nauðsynlega tæknilega staðla varðandi EDI-samskipti. UN/EDIFACT er m.a. notaður við EDI-samskipti á Íslandi.⁷

Árið 1995 samþykkti sérstakur vinnuhópur UN/ECE (Working Party on Facilitation of International Trade Procedures) tilmæli um notkun UN/EDIFACT.⁸ Samkvæmt tilmælunum eiga ríki m.a. að hvetja til notkunar UN/EDIFACT-staðalsins með því að nota hann sjálf í opinberri stjórnsýslu. Í tengslum við EDI-samskipti hefur einnig verið unnið að gerð samningsfyrirmyndar um lagaleg atriði EDI-samskipta (Model Interchange Agreement for the International Commercial Use of Electronic Data Interchange). Tilmæli um notkun þessarar samningsfyrirmyndar voru samþykkt

⁶ Authentication of Trade Documents by Means Other than Signature. Recommendation No. 14, second edition, adopted by the Working Party on Facilitation of International Trade Procedures, Geneva, March 1979.

⁷ Í 1. gr. tollalaga nr. 55/1987, eins og þeim var breytt með lögum nr. 69/1996, er t.d. vísað til UN/EDIFACT.

⁸ Recommendation No. 25, adopted by the Working Party on Facilitation of International Trade Procedures, Geneva, September 1995.

af framangreindum vinnuhópi UN/ECE árið 1995.⁹ Tilmælin varða þó aðeins notkun EDI í milliríkjaviðskiptum. Með samningsfyrirmyndinni er reynt að samræma lagalega hlið EDI á sama hátt og tæknilega hlið þess. Öllu regluverki UN/ECE um EDI er komið fyrir í sérstakri skrá, UN/TDID (United Nations Trade Data Interchange Directory).¹⁰

2.2 OECD

Á vegum OECD hafa verið samdar fjölmargar skýrslur og ráðstefnur haldnar um rafræn viðskipti og skyld atriði, s.s. um upplýsingasamfélagið almennt, skattamálefni, raffé, neytendavernd og rafræn viðskipti smárra og meðalstórra fyrirtækja.¹¹ Þau störf OECD sem hins vegar skipta mestu fyrir rafræn viðskipti eru stefnumótun og leiðbeiningar um dulkóðun og öryggi gagna í rafrænum samskiptum. Þessi starfsemi OECD hefur m.a. haft áhrif á lagasetningu EB um þessi efni. Í náninni framtíð má líklega búast við að undirbúningsvinna OECD leiði af sér tilmæli og leiðbeiningareglur um ýmis atriði tengd rafrænum viðskiptum, t.d. um neytendavernd og skattamál.

OECD-ráðið samþykkti í september 1980 tilmæli um leiðbeiningar vegna verndunar einkalífs og gagnaflutnings (Privacy Guidelines).¹² Leiðbeiningareglunum er bæði ætlað að stuðla að samræmingu á löggjöf varðandi verndun einkalífs og frelsi í gagnaflutningi milli landa. Með yfirlýsingu frá 1985 um flutning gagna milli ríkja er einnig leitast við að liðka fyrir frelsi í gagnaflutningum til þæginda í rafrænum viðskiptum. Í nóvember 1992 samþykkti OECD-ráðið tilmæli um leiðbeiningar um öryggi gagnakerfa (Security Guidelines).¹³

Í mars 1997 samþykkti Ráð OECD tilmæli um leiðbeiningar vegna dulkóðunar (Guidelines for Cryptography Policy). Í reglunum er kveðið á um hvaða atriða ríki skuli taka tillit til þegar settar eru reglur um dulkóðun að landsrétti og á alþjóðlegum vettvangi. Með leiðbeiningareglunum er reynt að stuðla að samræmingu í dulkóðun rafrænna upplýsinga. Í leiðbeiningunum er lögð áhersla á rétt einstaklinga til að dulkóða samskipti sín, á frelsi markaðarins til bættrar dulkóðunartækni og afleiðingar þessa fyrir friðhelgi einkalífs og aðgang

⁹ Recommendation No. 26, adopted by the Working Party on Facilitation of International Trade Procedures, Geneva, March 1995.

¹⁰ UN/TDID má nálgast á slóðinni www.unece.org/trade/untdid/Welcome.html.

¹¹ Sjá t.d. skýrsluna Global Information Infrastructure - Global Information Society (GII-GIS) sem var studd á fundi ráðherra OECD-ríkja á fundi 1995 og Sacher skýrsluna frá 1997 um rafræn viðskipti.

¹² Recommendation concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows Of Personal Data.

¹³ Recommendation concerning Guidelines for the Security of Information Systems.

yfirvalda að dulkóðuðum gögnum. Leiðbeiningareglurnar mæla hins vegar ekki fyrir um neina sérstaka dulkóðunartækni.

2.3 ICC

Sérstök nefnd á vegum ICC (International Chamber of Commerce) samdi svokallaðar UNCID-reglur (Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission). UNCID-reglurnar sem birtar voru árið 1987 eru hluti af UN/EDIFACT-staðlinum og birtar í UN/TDID (United Nations Trade Data Interchange Directory) sem minnst er á í kafla 2.1.3.

Af nýlegri stefnumótun á vegum ICC má nefna GUIDEC (General Usage for International Digitally Ensured Commerce) frá 6. nóvember 1997 sem á að vera grundvöllur frekari stefnumótunar í rafrænum viðskiptum. GUIDEC styðst við UNCITRAL-lagafyrirmyndina sem nefnd er hér að framan en er um margt ítarlegri, t.d. hvað varðar rafrænar undirskriftir. GUIDEC verður ekki rakið efnislega hér en þó skal bent á að um er að ræða áhugaverða tilraun til þess að móta heildstætt regluverk um rafræn viðskipti.¹⁴ Þá má nefna reglur ICC um auglýsingar á Netinu (Revised Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet: Principles for Responsible Advertising and Marketing over the Internet, World Wide Web, Online Services and Electronic Networks) frá 2. apríl 1998 sem vísa um margt til annarra reglna ICC um auglýsingar og leggja áherslu á sjálfræði markaðarins um efnið.

ICC stendur fyrir sérstakri áætlun um rafræn viðskipti (The ICC Electronic Commerce Project (ECP)). Auk GUIDEC er innan ramma áætlunar unnið að frekari reglum um rafræn viðskipti á vegum sérstaks vinnuhóps (Electronic Trade Practices Working Group). Þá er stefnt að því að staðlaðir samningar og önnur gögn til rafrænnar samningsgerðar geti staðið til boða á Netinu innan tíðar (E-terms service). Að lokum má nefna að ICC hefur ásamt öðrum¹⁵ unnið að uppsetningu viðskiptakerfis á Netinu (The World Chambers Network sem kynnt var 12. nóvember 1998). Kerfið er í raun eins konar markaðstorg þar sem aðilar geta boðið og spurst fyrir um vöru og þjónustu frá öðrum.

2.4 Evrópubandalagið

Vegna aðildar Íslands að evrópska efnahagssvæðinu hafa reglur Evrópubandalagsins (EB) ríka þýðingu fyrir Ísland.¹⁶ Raunar er af þessari

¹⁴ Texta GUIDEC má finna á slóðinni www.iccwbo.org/guidec2.htm.

¹⁵ The Trade Information Network of the UN/G77 Conference of Chambers of Commerce, the Paris Chamber of Commerce and Industry, og the International Business Network for World Commerce and Industry Ltd. (IBNET).

¹⁶ Í umfjölluninni hér á eftir verður rætt um Evrópubandalagið (EB) fremur en Evrópusambandið (ESB). Þessi orðanotkun styðst við þau rök að lög EES eiga að rekja að

ástæðu álitamál hvort fjalla eigi um reglur Evrópuréttar í þeim hluta þessarar úttektar sem lýtur að alþjóðlegri stefnumótun og löggjöf. Hér er sá kostur tekinn að gera í þessum kafla grein fyrir stefnumótun og löggjafarstarfi EB í stórum dráttum en fjalla nánar um réttarheimildir Evrópuréttar í umfjöllun um íslenskan rétt eftir því sem við á.

2.4.1 Evrópubandalagið og upplýsingasamfélagið

2.4.1.1 Inngangur

Í upphafi er rétt að geta þess að gerðar hafa verið fjölmargar samþykktir og ályktanir og tilmælum hefur verið komið á framfæri ásamt því að ýmis undirbúningsvinna hefur farið fram hjá hinum ýmsu stofnunum EB um upplýsingasamfélagið og ýmis atriði því tengd.¹⁷ Í stuttu máli má segja að stofnanir EB hafi mikinn áhuga á þróun tölvutækni og samskiptum með aðstoð tölva þótt lítið hafi verið sett af bindandi reglum beinlínis um þessi efni enn sem komið er. Þessi áhugi þarf ekki að koma á óvart með hliðsjón af þeim möguleikum sem hin nýja tækni gefur til félagslegs og efnahagslegs samruna Evrópu.

Líta má á framtíðarsýn stofnana EB til rafrænna viðskipta sem hluta af stærri heildarsýn yfir hlutverk EB í upplýsingasamfélaginu. Í þessu sambandi koma mjög til athugunar ýmis svið Evrópuréttar sem hafa mikil áhrif á rafræn viðskipti án þess þó að þar sé fjallað um þau sem slík. Sérstaklega má nefna reglur og stefnumótun um frelsi í fjarskiptamálum, ýmsa staðla vegna tölvusamskipta og vara sem tengjast tölvum, neytendavernd, persónuvernd, reglur um banka og fjármálastofnanir og setningu reglna og stefnumótun vegna tilkomu evrunnar. Um þessi mikilvægu atriði Evrópuréttar verður að einhverju leyti fjallað í tengslum við íslenskan rétt þar sem það þykir eiga við. Hins vegar viljum við ekki draga dul á að í úttekt sem þessari er þess ekki kostur að fjalla um afstöðu Evrópuréttar til rafrænna viðskipta í nútíð og framtíð með neinum fullnægjandi hætti.

2.4.1.2 Innri markaður Evrópu og rafræn viðskipti

Þegar athuguð eru markmið EB er ljóst að reglur Evrópuréttar hljóta með ýmsum hætti að tengjast rafrænum viðskiptum. Í fyrsta lagi geta ólíkar reglur aðildarríkjanna um rafræn viðskipti verið til þess fallnar að hindra frjálsan flutning vara, vinnuafls, þjónustu og fjármagns. Með öðrum orðum geta ólíkar reglur aðildarríkjanna um rafræn viðskipti leitt til viðskiptahindrana og þannig unnið gegn innri markaði EB. Að þessu leyti fela hinir nýju viðskiptahættir í sér

meginstefnu rætur til stofnsáttmála EB, Rómarsamningsins frá 1957, og afleiddra reglna settra með heimild í honum. Önnur starfsemi ESB en EB, s.s. samstarf um utanríkis- og öryggismál og samstarf í dóms- og innanríkismálum, kemur EES hins vegar lítið við.

¹⁷ Sjá t.d. samþykkt Ráðsins um nýjar stefnuáherslur vegna upplýsingasamfélagsins frá 21. nóvember 1996.

hættu á því að innri markaður EB brotni upp í svæði eftir hefðbundnum landamærum aðildarríkjanna. Ekki þarf að fjölyrða um að slík þróun gengi berlega gegn markmiðum EB um hinn innri markað, sbr. 7. gr. a Rómarsamningsins. Upp að ákveðnu marki koma almennar reglur Rómarsamningsins um fjórfrelsið í veg fyrir að aðildarríkjunum geti haldist uppi slíkar viðskiptahindranir. Að því leyti sem þessar almennu reglur gera það ekki er hins vegar tilefni til setningar reglna af hálfu stofnana EB.

Í annan stað bjóða rafræn viðskipti vegna alþjóðlegs eðlis síns upp á ýmsa möguleika til þess að stuðla að auknum samruna evrópskra markaða og gera þannig hinn innri markað EB að raunverulegum einsleitum markaði. Rafræn viðskipti geta þannig gefið innri markaði EB nýja vídd, svo að notað sé orðalag Mario Monti sem veitir málaflokknum forstöðu í Nefnd EB.

2.4.2 Fjórfrelsið og rafræn viðskipti

Almennar reglur Rómarsamningsins um frjálstan flutning vara, vinnuafls, þjónustu og fjármagns hafa í för með sér ýmsar takmarkanir á valdi aðildarríkjanna til lagasetningar um rafræn viðskipti.¹⁸ Sömu takmarkanir leiða að meginstefnu af samningnum um EES. Sérstaklega koma til athugunar ákvæði 30. gr. Rómarsamningsins um frjálstan flutning vara, 52. gr. um staðfesturétt og 59. gr. um frjálstan flutning þjónustu.

Samkvæmt nýlegum dómafordæmum Evrópudómstólsins er sömu sjónarmiðum að mestu leyti beitt við skýringu á öllum fjórfrelsisákvæðum Rómarsamningsins.¹⁹ Í grófum dráttum má segja að regla landsréttar sem felur í sér hvers konar hindrun fjórfrelsisins þurfi að fullnægja eftirfarandi skilyrðum:

- a) fela ekki í sér mismunun á grundvelli þjóðernis;
- b) styðjast við veigamikil rök sem byggð eru á almannahagsmunum;
- c) vera til þess fallin að ná lögmætu markmiði sínu;
- d) ganga ekki lengra en nauðsynlegt er með hliðsjón af lögmætu markmiði sínu.

Huga þarf að reglum Evrópuréttar við nánast hverju einustu reglusetningu um rafræn viðskipti, e.t.v. að undanskildum reglum um hrein samningaréttarleg atriði. Þannig koma reglur Evrópuréttar til álita við setningu reglna um

¹⁸ Sbr. sérstaklega 30., 48., 52., 59. gr. og 73. gr. b Rómarsamningsins. Við gildistöku Amsterdam-samningsins munu greinar Rómarsamningsins verða númeraðar að nýju. Í úttektinni eru núgildandi númer notuð.

¹⁹ Sjá sérstaklega Bosmann-dóminn frá 15. desember 1995 (C-415/93) um 48. gr. Rómarsamningsins um frjálstan flutning vinnuafls og Gebhard ECR [1995] I 4165 um 52. gr. Rómarsamningsins um staðfesturétt og Alpine Investments ECR [1995] I 1141 um 59. gr. samningsins.

auglýsingar, neytendavernd og leyfisbindingu starfsemi, svo eitthvað sé nefnt. Reglur sem þessar geta ótvírætt falið í sér viðskiptahindranir sem þarf að réttlæta með vísan til framangreindra sjónarmiða. Auk þessa getur verið um afleiddar reglur að ræða sem reisa enn frekari skorður við setningu reglna um tiltekin efni.

Sjónarmið Evrópuréttar þarf einkum að hafa í huga þegar leyfisbinda á starfsemi. Þegar lög aðildarríkis áskilja leyfi hefur það yfirleitt í för með sér að aðila frá öðru aðildarríki er óheimil leyfis skyld starfsemi á yfirráðasvæði ríkisins nema að fengnu leyfi. Þetta á við hvort sem um er ræða framboð á þjónustu samkvæmt 59. gr. Rómarsamningsins eða staðfesturétt samkvæmt 52. gr. hans. Almennt má segja að aðildarríkjunum hafi gengið fremur illa að réttlæta hömlur á framboði þjónustu milli landa á þeim grundvelli að sá sem hana býður hafi ekki fengið tilskilið leyfi í ríkinu. Í samræmi við þau sjónarmið sem nefnd voru hér að framan hefur Evrópudómstóllinn tekið afstöðu til þess hvort leyfisbinding styddist við einhver lögmat rök eða tilgang. Þessu næst hefur verið kannað hvort leyfisbinding gengi eigi lengra en nauðsynlegt var, m.a. með hliðsjón af því öryggi sem eftirlit eða leyfi heimalands tryggði.²⁰ Aðildarríkin hafa nokkru rýmri heimildir til þess að áskilja leyfi þegar aðili óskar eftir því að staðfesta sig á yfirráðasvæði ríkisins samkvæmt 52. gr. Rómarsamningsins. Þetta styðst m.a. við þau rök að aðili getur ekki bæði vikið sér undan eftirliti heimaríkis og þess ríkis sem hann leitast við að staðfesta sig í. Sömu megin sjónarmið eiga þó við um heimild til leyfisbindingar í þessum tilvikum eins og þegar um framboð þjónustu er að ræða.²¹ Þessi almennu sjónarmið geta einnig haft þýðingu þegar um skýringar á afleiddum reglum EB er að ræða.²²

2.4.3 Reglur sem lúta að markaðssetningu

Evrópu dómstóllinn hefur allt frá dómi sínum í svokölluðu Keck-máli lagt til grundvallar að aðildarríkjunum væri heimilt að setja reglur að vild um markaðsetningu (*national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements*) að því tilskyldu að þessar reglur tækju jafnt til allra þeirra sem stunduðu viðskipti á yfirráðasvæði ríkis og reglurnar hefðu að lögum og í raun sömu áhrif á markaðsetningu innlendra og innfluttra vara frá öðrum aðildarríkjum.²³ Dómurinn hefur síðan skýrt afstöðu sína í eftirfarandi

²⁰ Sjá t.d. Säger v. Dennemayer ECR [1991] I 4221 um 59. gr. Rómarsamningsins.

²¹ Sjá t.d. Gebhard, áður tilv.

²² Sjá t.d. dóm í máli De Agostini (C-34/95, 35/95, 36/95) frá 9. júlí 1997. Í málinu var deilt um lögmati sænskra reglna sem bönnuðu sjónvarpsauglýsingar tiltekins efnis. Málið valt m.a. á skýringu á tilskipun 89/450/EEC um sjónvarpsútsendingar en við skýringu á reglum tilskipunarinnar komu mjög til álita þau almennu sjónarmið sem reifuð eru í meginmáli.

²³ ECR [1993] I 6097, grein 16.

dómsmálum m.a. þannig að svipuð sjónarmið eigi við um heimildir ríkis til þess að setja reglur um framboð á þjónustu.²⁴

Dómvenja Evrópudómstólsins hefur væntanlega fyrst og fremst þýðingu í sambandi við rafræn viðskipti með hliðsjón af hugsanlegum reglum um auglýsingar. Íslenska ríkið myndi að meginstefnu hafa heimildir til slíkrar reglusetningar, t.d. um auglýsingar á Netinu. Þá leiðir af Keck heimild til þess að setja reglur um ýmsa viðskiptahætti, t.d. hvernig vara er boðin fram, hvaða upplýsingar eru veittar við sölu og hvernig verðlagningu á vöru er háttað. Um sum þessara atriða, t.d. um ýmsar auglýsingar og neytendavernd, er þó að finna afleiddar reglur Evrópuréttar sem reisa nokkrar skorður við setningu reglna að landsrétti.

2.4.4 Heimildir EB til setningar reglna um rafræn viðskipti

Enga almenna heimild til reglusetningar um rafræn viðskipti er að finna í Rómarsamningnum. Ef setja á reglur verður að vera til staðar einhver tiltekin heimild til þess. Ýmis ákvæði Rómarsamningsins snerta rafræn viðskipti með einum eða öðrum hætti, s.s. ákvæði sem lúta að fjarskiptum og tækni- og iðnaðarþróun, svo eitthvað sé nefnt. Sú heimild sem helst kemur þó til álita í sambandi við setningu reglna um rafræn viðskipti er 100. gr. a Rómarsamningsins sem kveður á um setningu reglna varðandi innri markað EB. Ljóst er að stofnanir EB hafa skýrt heimild til þess að setja reglur samkvæmt ákvæðinu mjög rúmt enda má e.t.v. segja að næstum allt ósamræmi í regluverki aðildarríkjanna komi á einn eða annan hátt niður á samkeppnistöðu fyrirtækja og réttlæti þannig aðgerðir af hálfu EB.²⁵ Þær reglur sem setja á um rafræn viðskipti styðjast við 100. gr. a, t.d. tilskipun um rafrænar undirskriftir og tilskipun um rafræn viðskipti. Hér ekki ætlunin að fjalla ítarlega um heimildir EB til setningar reglna um rafræn viðskipti. Hins vegar er rétt að hafa í huga að heimildir EB til þessa eru rúmar og eru því ekki til fyrirstöðu að verulega kveði að reglum Evrópuréttar á Íslandi vegna EES-samningsins.²⁶

2.4.5 Stefnuþótun Nefndarinnar: Orðsending um rafræn viðskipti frá 1997

Í orðsendingu Nefndar EB frá því í apríl 1997 er fjallað um framtíðarsýn EB eins og hún kemur Nefndinni fyrir sjónir og mótun heildarstefnu um rafræn

²⁴ Sjá t.d. Leclerc ECR [1995] I 179 um bann við tilteknum sjónvarpsauglýsingum; Alpine Investments ECR [1995] I 1141 um bann við símasölu að fyrirvaralausum.

²⁵ Sem dæmi um reglur sem settar hafa verið á grundvelli 100. gr. A og sætt hafa gagnrýni má nefna reglur um ósanngjarna skilmála í neytendasamningum, reglur um bann við ákveðnum tegundum tóbaks og reglur um bann við tóbaksauglýsingum.

²⁶ Um heimildir stofnana EB til setningar reglna um rafræn viðskipti má til hliðsjónar benda á dóm Evrópudómstólsins um svokallaða EDICOM-áætlun (ECR [1996] I-1689).

viðskipti.²⁷ Afstaða Nefndarinnar veitir vísbendingu um það hvaða reglur hún mun hafa frumkvæði um að settar verði í náninni framtíð.

Það höfuðmarkmið sem fram kemur í orðsendingu framkvæmdastjórnarinnar er að hvetja til vaxtar og viðgangs rafrænna viðskipta í Evrópu og styrkja þannig samkeppnisstöðu evrópskra fyrirtækja, sérstaklega með hliðsjón af sterkri stöðu Bandaríkjanna og Suðaustur-Asíu í þessum efnum. Í þessu sambandi bendir framkvæmdastjórnin á að Evrópa búi yfir mikilli tæknikunnáttu og að tæknilega standi Evrópa á traustum grunni, s.s. að því er varðar fjarskiptakerfi. Fjögur meginmarkmið eru tilgreind í orðsendingunni:

- a) *Að tryggja tæknilegar forsendur rafrænna viðskipta og hlúa að þeim.* Með þessu er stefnt að því að gera aðgang að rafrænum viðskiptaháttum ódýran, auðveldan og öruggan. Í þessu sambandi kemur til sérstakrar athugunar tilhögun samskiptaþjónustu og samskiptakerfa Evrópu og samræming þeirra innbyrðis.
- b) *Að koma á fót samræmdum og hagfelldum lagaramma fyrir rafræn viðskipti í ESB.* Slíkur lagarammi á að virka sem hvatning til fyrirtækja til þess að fjárfesta í nauðsynlegum búnaði og kerfum til þess að stunda rafræn viðskipti og auka í framhaldi af því traust neytenda á hinum nýju viðskiptaháttum. Þessi lagarammi verður reistur á hefðbundnum sjónarmiðum Evrópuréttar um fjórfrelsið. Þar sem þessar almennu reglur duga ekki til mun lagasetning EB verða reist á gagnkvæmri viðurkenningu og eftirliti heimaríkis. Þá er bent á að rafræn viðskipti séu virðisaukaskattsskyld með sama hætti og önnur viðskipti og engin nauðsyn sé á að leggja á þau sérskatta.
- c) *Að bæta viðskiptaumhverfi rafrænna viðskipta með kynningu á möguleikum þeirra fyrir fyrirtækjum og neytendum.* Í þessu sambandi er bent á mikilvægi menntunar og starfsþjálfunar.
- d) *Að vinna að alþjóðlegri sátt og samræmingu á grundvelli evrópskrar stefnumótunar.* Með þessu er lögð áhersla á að hagkvæmni rafrænna viðskipta velti ekki aðeins á samræmingu á vettvangi ESB heldur einnig samræmingu á alþjóðlega vísu.

2.4.6 Megin sjónarmið um setningu reglna

Af þeim atriðum sem talin eru upp hér að ofan skiptir atriði b) mestu máli fyrir efni þessarar úttektar. Sú aðferð sem Nefndin kveðst munu beita við setningu reglna er í samræmi við ráðandi viðhorf til lagasamræmingar frá því að

²⁷ A European Initiative in Electronic Commerce; Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; COM(97)157.

einingarlög Evrópu (Single European Act) tóku gildi árið 1987.²⁸ Samkvæmt þessu er stefnt að því að setja aðeins reglur þar sem slíkt er nauðsynlegt vegna reglna landsréttar sem fela í sér viðskiptahindranir en aðildarríkjunum er heimilt að viðhalda á grundvelli undanþága Rómarsamningsins frá fjórfrelsinu. Þegar þessi lágmarkssamræming (minimum harmonisation, harmonisation of essential requirements) hefur farið fram er mælt fyrir um gagnkvæma viðurkenningu aðildarríkjanna á reglum og eftirliti hvers annars.²⁹ Með hliðsjón af þessu er áætlun Nefndarinnar um reglusetningu sundurliðuð:

- a) *Staðfesturéttur fyrirtækis og framboð þjónustu milli landa.* Hér koma sérstaklega til álita ýmis leyfi og önnur skilyrði sem aðildarríkin áskilja eða kunna að áskilja þegar fyrirtæki býður þjónustu í öðru aðildarríki eða vill staðfesta sig í öðru aðildarríki. Í annan stað er vakin athygli á því að vegna eðlis rafrænna viðskipta sé erfitt að skilgreina hvar aðili sé og þar með undir eftirliti hvaða ríkis hann sé. Nefndin hyggst m.a. taka þetta atriði til athugunar með hliðsjón af því hversu langt Brussel- og Rómarsamningurinn frá 1981 ná í þessu sambandi.³⁰ Nefndin hefur þegar lagt fram frumvarp til tilskipunar um rafræn viðskipti þar sem tekið er að verulegu leyti á þessum atriðum.
- b) *Framboð og markaðssetning þjónustu rafræns eðlis.* Ólíkar reglur um auglýsingar, framboð vöru o.s.frv. geta verið fyrirtækjum fjötur um fót við að nýta möguleika rafrænna viðskipta á evrópska vísu og kemur til athugunar hvort bæta þurfi úr því með setningu reglna. Þá er vakin athygli á því að samkvæmt gildandi lögum sé aðildarríkjunum heimilt að setja fjármálaþjónustu ákveðnar skorður á grundvelli almannahagsmuna. Afleiðing þessa sé sú að veilur séu í innri markaði rafrænnar fjármálaþjónustu. Nefndin hefur þess vegna þegar lagt til frumvarp að tilskipun um fjarsamninga í fjármálaþjónustu.³¹

²⁸ Sbr. svokallað *New Approach to harmonisation*. Sjá sérstaklega Council Resolution 85/C on a new approach to technical harmonisation and standards. *New Approach* miðar að því að setja sérstakar reglur aðeins þar sem slíkt er nauðsynlegt þar sem aðildarríkjunum er heimilt að halda uppi reglum sem fela í sér viðskiptahindranir. Á grundvelli slíkrar samræmingar er mögulegt að mæla fyrir um gagnkvæma viðurkenningu aðildarríkjanna hvers á annars reglum og eftirliti.

²⁹ Sjá t.d. reglur um samræmingu laga vegna banka og fjármálastofnana sem þegar hafa verið leiddar í lög á Íslandi, sbr. tilskipun 205/84/EEC og 89/646/EEC. Þetta regluverk EB byggist á þremur megin sjónarmiðum: lágmarkssamræmingu reglna aðildarríkjanna, eftirliti heimaríkis með starfsemi banka og einu leyfi.

³⁰ Sjá nánar um þessa samninga kaflann um lagaskil. Nefndin tilkynnti 18. nóvember sl. að hún muni leggja fram frumvarp að tilskipun um rafræn viðskipti þar sem tekið yrði á leyfisbindingu og heimild til starfsemi rafrænna viðskipta.

³¹ Frumvarp þessa efnis var lagt fram 14. október 1998. Nefndin hefur einnig þegar gefið út

- c) *Samningaumleitanir og samningagerð*. Tilskipun um fjarsamninga sem tekur til rafrænna viðskipta hefur verið gefin út og almennar reglur (sbr. reglur um ósanngjarna skilmála í neytendasamningum og reglur um villandi auglýsingahætti) og sértækari reglur (sbr. reglur um neytendalán og pakkaferðir) hafa þegar verið settar. Aðrar reglur sem lúta að neytendavernd verða settar áður en langt um líður. Þá er bent á að ýmis ákvæði í landsrétti aðildarríkjanna um stofnun og gildi samninga séu rafrænum viðskiptum fjötur um fót, s.s. reglur um formaskilyrði samninga, undirskriftir, sönnun o.s.frv. Nefndin hyggst gera nauðsynlegar ráðstafanir til þess að þessum hömlum verði aflétt og rafrænir samningar fái fulla viðurkenningu. Boðuð er sérstök orðsending um neytendamál. Þá er bent á að reglur um bókhald og endurskoðun verði að laga að rafrænum viðskiptum. Þær reglur geti ennfremur stofnað einsleitni innri markaðarins í hættu með ýmsu móti. Nefndin hyggst hefja viðræður við aðildarríkin um mögulegar úrbætur í þessu efni.
- d) *Tilbúningur og móttaka raffjár*. Rafræn viðskipti munu ekki blómstra nema til staðar sé örugg og skilvirk rafræn greiðslumiðlun sem auðvelt er að nota. Fram kemur að Nefndin, Evrópska fjármálastofnunin (EMI) og aðildarríkin séu að skoða viðeigandi lagaumgjörð fyrir útgáfu raffjár. Nefndin hefur þegar lagt fram tvö frumvörp til tilskipana sem bæta eiga úr. Annað frumvarpið á að breyta tilskipunum 77/80/EEC og 89/646/EEC um banka og fjármálastofnanir. Hitt frumvarpið felur í sér sérstakar reglur um raffé og útgáfu þess. Þá hyggst Nefndin fjalla ítarlegar um hvernig samkeppnisreglur taki til þessarar þjónustu og hvernig vörnum gegn fölsun raffjár verði við komið.

Eins og þegar hefur að nokkru verið rakið hafa ýmsar reglur samkvæmt framangreindri áætlun þegar verið settar. Hér má nefna tilmæli Nefndarinnar nr. 97/498/EC um greiðslumiðlun með rafrænu greiðslutæki og sérstaklega um samband útgefanda og notanda sem varða EES. Þá hafa verið settar ýmsar reglur um vernd gagnagrunna, tölvuforrita og frjálsan flutning rafrænna gagna á innri markaðinum.³² Tilskipun 97/7/EC um fjarsölu tekur einnig sérstaklega til netviðskipta. Þá má minnst á ýmsar heimildir sem eru eldri en framangreind orðsending Nefndarinnar og hafa þýðingu fyrir rafræn viðskipti, s.s. tilmæli 94/820/EC um lagaleg atriði EDI ásamt samningsfyrirmynd sem varða EES og

tilmæli um rafræna greiðslumiðlun: Tilmæli nr. 97/489/EC: Commission Recommendation of 30 July 1997 concerning transactions by electronic payment instruments and in particular the relationship between issuer and holder.

³² Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases og tilskipun 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs. Sjá einnig tilskipun 95/46/EC og tilskipun 94/66/EC.

tilmæli nr. 87/598/EEC um evrópskar reglur varðandi rafrænar greiðslur.³³ Þá hafa frumvörp til tilskipana um ýmis atriði þegar verið lögð fram. Hér má nefna frumvarp til tilskipunar um ákveðin atriði höfundarréttar og önnur atriði í upplýsingasamfélaginu sem varða EES³⁴ og frumvarp til tilskipunar um rafrænar undirskriftir sem einnig varðar EES og gerð eru skil í kaflanum um rafrænar undirskriftir hér síðar. Þá ber að nefna að Nefndin tilkynnti 18. nóvember sl. að lagt yrði fram frumvarp um rafræn viðskipti sem mun varða EES.

2.4.7 Frumvarp til tilskipunar um rafræn viðskipti

Frumvarp Nefndarinnar um rafræn viðskipti er byggt á þeim grundvallarhugmyndum um lagasamræmingu sem áður eru raktar, þ.e. lágmarkssamræmingu á reglum um rafræn viðskipti og gagnkvæma viðurkenningu aðildarríkjanna.³⁵ Í samræmi við þetta eiga aðildarríkin að setja reglur um ýmis atriði rafrænna viðskipta. Þannig skulu aðildarríkin tryggja að aðilar sem bjóða rafræna upplýsingamiðlun gegn endurgjaldi gefi viðskiptamönnum ákveðnar upplýsingar um sig sjálfa og skilmála sína. Aðildarríkjunum er hins vegar óheimilt að krefjast sérstaks leyfis af þessum aðilum. Sérstaklega er kveðið á um að gera megi samninga með rafrænum hætti og að aðildarríkin skuli tryggja lagalega stöðu slíkra samninga svo að fullnægjandi sé. Þá er kveðið nánar á um hvenær samningur telst kominn á í rafrænum viðskiptum og hvernig staðfestingum á slíkum samningum skuli háttað. Sérstaklega er fjallað um ábyrgð upplýsingamiðlara, m.a. með hliðsjón af milliliðum sem ekki eiga frumkvæði að sendingum, og kveðið með skýrum hætti á um hvenær þeir baki sér ábyrgð. Loks er kveðið á um það í frumvarpinu hvar upplýsingamiðlari telst vera og þar af leiðandi undir eftirlit hvaða ríkis hann fellur. Við þetta er því að bæta að frumvarpið tekur einnig til viðskipta í lögvernduðum starfsgreinum, s.s. viðskipta lögmanna og fasteignasala, og mælir nánar fyrir um hvernig rafrænum viðskiptum þessara aðila skuli háttað.

Þrátt fyrir að frumvarpið hafi að geyma nokkuð ítarlegar reglur um ýmis atriði rafrænna viðskipta ætti lögleiðing þess ekki að hafa í för með sér setningu margra reglna af hálfu Íslands. Reglur frumvarpsins eru, eins og áður segir, í raun lítið annað en nánari útfærsla á almennum sjónarmiðum Evrópuréttar með tilliti til rafrænna viðskipta. Fremur er því um það að ræða að aðildarríkin og samningsaðilar EES þurfi að kanna hvort löggjöf þeirra um rafræn viðskipti

³³ Commission Recommendation of 8 December 1987 on a European Code of Conduct relating to electronic payment (Relations between financial institutions, traders and service establishments, and consumers) (87/598/EEC).

³⁴ Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society (Official Journal C 108, 07/04/1998 p. 0006).

³⁵ COM (1998) 586 final.

fullnægi kröfum Evrópuréttar. Um hugsanlega íslenska lögleiðingu tilskipunarinnar, ef að lögum verður, verður ekki rætt sérstaklega í þessari úttekt.

2.4.8 Niðurstaða um Evrópurétt

Ljóst er að stofnanir EB munu kveða á um öll meginatriði rafrænna viðskipta á allra næstu árum og hafa raunar þegar gert það að nokkru leyti. Reglurnar um þessi viðskipti munu einkum varða EES vegna tengsla sinna við innri markað EB. Íslandi mun þannig verða skylt að lögleiða þessar reglur með svipuðum hætti og aðildarríkjum EB.

Samkvæmt framangreindu þykir mega fullyrða að íslensk lagasetning um rafræn viðskipti verði að taka ríkt tillit til þróunar mála innan EB. Löggjafinn mun í veigamiklum atriðum hafa mjög lítið svigrúm til sjálfstæðrar lagasetningar um efnið. Ástæða er því til þess að fylgjast grannt með þróun mála hjá EB. Þrátt fyrir þetta má ekki gera of lítið úr þýðingu þess að móta íslenska stefnu sem tekur til rafrænna viðskipta. Reglur EB veita nánast undantekningarlaust ákveðið svigrúm til setningar reglna. Íslenskri stefnu í rafrænum viðskiptum er því alls ekki ofaukið. Í annan stað þarf það vandlegar athugunar við að lögleiða reglur EB á Íslandi svo að íslenskar reglur geti þjónað því markmiði að skapa trausta og skýra lagaumgjörð um rafræn viðskipti; íslensk lögleiðing EES-reglna um rafræn viðskipti getur m.ö.o. tekist bæði vel og illa. Í þriðja lagi hlýtur ýmiss konar kynning á nýjum reglum að vera mjög vel til þess fallin að skapa traust á rafrænum viðskiptum en slík starfsemi mun að mestu leyti verða í verkahring íslenska ríkisins.

3 Rafrænir samningar

3.1 Inngangur

Löggerningar eru almennt taldar hvers konar viljayfirlýsingar manna sem ætlað er að stofna rétt, breyta rétti eða fella hann niður. Samningar eru ein tegund löggerninga og án efa sú tegund sem mesta þýðingu hefur fyrir viðskipti og það efni sem hér er til umfjöllunar. Með samningi er almennt átt við loforð sem er þess eðlis að það verður ekki skuldbindandi nema til komi samþykki einhvers annars aðila. Samningur er þannig tvíhliða löggerningur sem grundvallast á viljayfirlýsingum tveggja eða fleiri aðila sem háðar eru hvor annarri. Oftast er um að ræða loforð og samþykki loforðs af hálfu beggja aðila samnings og eru slíkir gerningar almennt nefndir gagnkvæmir samningar. Ólafur Lárusson setur fram eftirfarandi skilgreiningu á loforði:

Loforð er [...] viljayfirlýsing manns (loforðsgjafa), er felur í sér skuldbindingu af hans hálfu, og er beint til annars manns, eins

eða fleiri (loforðsmóttakanda), og komin til vitundar hans fyrir tilstilli loforðsgjafans.³⁶

Samningar stofnast eins og aðrir löggerningar með einhvers konar tjáningu manna eða annarri háttsemi sem jafngildir tjáningu. Menn geta þannig orðið samningsbundnir með undirskrift, með því að kinka kolli, með því að neyta einhverra gæða eða jafnvel með því að hafast ekkert að. Það er almennt viðfangsefni samningaréttar hvenær tjáningu ber að túlka sem viljayfirlýsingu með tiltekin réttaráhrif.

Tjáning manna með aðstoð rafrænna miðla getur augljóslega falið í sér vilja til þess að stofna til loforðs og almennt má fullyrða að tjáskipti manna með rafrænum hætti geti verið fullnægjandi grundvöllur samninga. Nægir í þessu sambandi að benda á að viljatjáning manna með aðstoð loftskeyta, síma, símskeyta og símbréfa hefur óumdeilanlega verið talin gildur háttur á loforðsgjöf. Í aðalatriðum má þannig ganga út frá því að sömu meginsjónarmið gildi um stofnun samninga á grundvelli rafrænna tjáskipta og um stofnun samninga almennt. Í þessum kafla verður leitast við að gera nokkra grein fyrir þeim sérsjónarmiðum sem eiga við um samninga sem stofnað er til með rafrænum hætti eða rafræna samninga eins og slíkir samningar munu verða nefndir. Að öðru leyti vísast um efnið til almenns samningaréttar.

3.2 Meginreglur um loforð og stofnun samninga samkvæmt íslenskum rétti

Sú meginregla er almennt talin gilda að íslenskum rétti að samningar séu ekki bundnir eða háðir ákveðnu formi.³⁷ Með þessu er átt við að til samnings geti stofnast án tillits til þess hvort hann er í einu formi eða öðru, s.s. í skriflegu, munnlegu eða rafrænu formi.

Frá þessari meginreglu eru ýmsar undantekningar. Páll Sigurðsson segir í Samningarétti sínum að þessar undantekningar geti stuðst við lög, samkomulag aðilanna sjálfra, eðli máls eða venju.³⁸ Almennt má og fullyrða að þrátt fyrir meginregluna hafi form samninga ótvíræða raunhæfa þýðingu. Mikilvæg réttaráhrif geta verið bundin við tiltekið form samnings, jafnvel þótt ekki varði gildi sjálfs samningsins. Þannig verður ýmsum sérreglum um samninga, t.d. reglum um víxla og tékka, ekki beitt nema löggerningur sé í sérstöku lögákveðnu formi. Tiltekið form getur verið skilyrði þess að réttarvernd gagnvart þriðja manni sé tryggð, sbr. t.d. reglur um þinglýsingar. Vanræksla á því að gegna formkröfum getur jafnvel varðað refsingu eða missi réttinda. Þá

³⁶ Ólafur Lárússon, Kaflar úr Kröfurétti [1950] bls. 15.

³⁷ Sbr. t.d. Ólafur Lárússon, áður tilv., bls. 24; Páll Sigurðsson, Samningaréttur [1987] bls. 40.

³⁸ Sjá Pál Sigurðsson, áður tilv., bls. 40. Páll nefnir aðeins tvö dæmi þar sem tiltekið form er skilyrði fyrir gildi löggernings. Sjá nánar bls. 43.

hefur form samninga verulega þýðingu sem sönnun fyrir stofnun og nánara efni samnings, t.d. fyrir dómstólum, en um það efni verður rætt sérstaklega hér á eftir.

3.2.1 Formkröfur til samninga og rafrænir samningar

Skilyrði um form samninga eru margvísleg og styðjast ekki endilega við sams konar rök. Þannig styðjast t.d. formskilyrði þinglýsingarlaga nr. 39/1978 um undirritun og vottun við þau rök að tryggja beri eftir því sem frekast er unnt að samningsaðili hafi í raun og veru skuldbundið sig samkvæmt samningi og verið hæfur til samningsgerðarinnar. Reglur laga nr. 121/1994 um neytendalán styðjast fremur við þau rök að neytanda sem samningsaðila séu að fullu ljósar þær skuldbindingar sem hann tekur á sig samkvæmt samningi. Svona mætti lengi telja. Í tilvikum sem þessum verður tæplega séð að efnisrök regna sem áskilja tiltekið form standi til þess að rafrænir samningar njóti eða eigi að njóta nokkurrar sérstöðu. Þar sem lög áskilja þannig að samningar skuli vera vottaðir, undirritaðir, dagsettir, að fram komi tiltekin efnisatriði, að fylgt skuli staðfestu samningsformi, að samning skuli staðfesta af opinberum aðila o.s.frv. virðast engin sérsjónarmið eiga við um rafræna samninga samanborið við hefðbundna samninga. Með öðrum orðum eiga þessi ákvæði laga við um rafræna samninga með sama hætti og skriflega og engin ástæða er til breytinga á því ástandi.

Þegar rætt er um sérstöðu rafrænna samninga virðist rétt að líta einkum til þriggja tegunda formskilyrða. Í fyrsta stað er hér um að ræða reglur sem kveða á um að samningar skuli vera skriflegir og binda við það tiltekin réttaráhrif. Slíkar reglur er víða að finna í settum lögum en einnig geta þær vafalaust stuðst við venju og aðrar réttarheimildir. Í annan stað koma til athugunar reglur sem með einum eða öðrum hætti kveða á um skjöl og eftir atvikum frumskjöl og frumrit. Þessar tvær tegundir skilyrða fléttast að sjálfsögðu mjög saman þar sem skjöl eru yfirlétt skrifleg. Í þriðja lagi er um að ræða reglur sem áskilja undirskrift eða binda einhver réttaráhrif við undirskrift. Það efni er rætt í sérstökum kafla síðar.

3.2.2 Lagaskilyrði um að samningar og aðrar yfirlýsingar skuli vera skriflegar

Skilyrði settra laga um að samningar og yfirlýsingar þeim tengdar skuli vera skrifleg er víða að finna í settum lögum. Rétt er að áréttta að hér er sjónum eingöngu beint að skilyrðum um að samningur skuli vera í skriflegu formi en ekki *frekari* skilyrðum, s.s. að samningur skuli vera undirritaður, vottfestur o.s.frv.³⁹ Þá er ekki útilokað að tilteknir samningar skuli vera skriflegir

³⁹ Hér skulu einungis nefnd nokkur dæmi þar sem m.a. er áskilið að samningur skuli vera skriflegur: Samkvæmt 5. gr. laga nr. 121/1994 um neytendalán skal samningur um neytendalán vera skriflegur; samkvæmt lögum um framkvæmd útboða nr. 65/1993 þarf útboð að vera

samkvæmt venju sem um þá samningagerð hefur myndast.⁴⁰

Telja má víst að ákvæði laga um að samningur sé skriflegur styðjist við fleiri en ein rök. Veigamest þessara raka eru líklega þau að skriflegur samningur er sönnun fyrir því að til hans hafi verið stofnað og upplýsir ennfremur um efni samningsins, a.m.k. að vissu marki. Af öðrum rökum lagaáskilnaðar um að samningar skuli vera skriflegir má nefna eftirfarandi atriði sem þó fléttast nokkuð saman:

- 1) að stuðla að því að samningsaðilar geri sér glögga grein fyrir þeim skuldbindingum sem þeir takast á hendur með samningi;
- 2) að tryggja að samningur sé aðgengilegur og tiltækur öðrum aðilum en samningsaðilum;
- 3) að tryggja að sönnunargagn um tilvist og efni samnings sé til staðar óbreytt í langan tíma, eftir atvikum í vörslum opinberra aðila;
- 4) að gera mögulega fjölföldun samnings til hagsbóta fyrir aðila og aðra sem hagsmunu eiga að gæta vegna samnings;
- 5) að gera kleift að leggja fram samning fyrir opinberum aðilum, þ.á m. dómstólum;
- 6) að auðvelda geymslu og skráningu gagna;
- 7) að gera opinbert eftirlit mögulegt, s.s. eftirlit með ráðningarkjörum, greiðslu skatta, bókhaldi o.s.frv.
- 8) að tryggja að samningur sé skriflegur þar sem slíkt er beinlínis skilyrði fyrir gildi hans.

skriflegt, svo og gerð tilboðs; í 6. gr. sjómannalaga nr. 35/1985 er mælt fyrir um að ráðningarsamningur háseta skuli vera skriflegur; í 3. gr. laga nr. 53/1989 um gerðardóma er mælt fyrir um að gerðarsamningur skuli vera skriflegur; 34. gr. samningalaga nr. 7/1936 um málamyndagerminga takmarkast við skriflega gerninga; samkvæmt 80. gr. hjúskaparlaga nr. 31/1993 skal kaupmáli vera skriflegur; samkvæmt 4. gr. húsaleigulaga nr. 36/1994 skal húsaleigusamningur vera skriflegur; samkvæmt 11. gr. laga nr. 133/1994 um atvinnuréttindi útlendinga skal ráðningarsamningur vera skriflegur; samkvæmt 42. gr. laga nr. 70/1996 um ríkisstarfsmenn skal ráðningarsamningur vera skriflegur; samkvæmt 4. gr. laga nr. 23/1997 um gerð samninga um hlutdeild í afnotarétti orlofshúsnæðis skulu slíkir samningar vera skriflegir; samkvæmt 6. gr. laga nr. 38/1938 um stéttarfélag og vinnudeilur skulu kjarasamningar vera skriflegir; í lögum nr. 20/1954 um váttryggingarsamninga er mælt fyrir um að ýmis fyrirmæli váttryggingartaka skuli skrifleg; í lögum nr. 63/1970 um skipan opinberra framkvæmda er mælt fyrir um að þátttaka ríkissjóðs í kostnaði vegna áætlunargerðar sé háð skriflegu samþykki fjármálaráðuneytisins á þeim samningi; í 48. gr. laga nr. 76/1970 um lax- og silungsveiði er mælt fyrir um að ábúendur lögbýlis eða eigendur eyðijarða skuli gera með sér skriflegan samning um hver fari með atkvæði jarðarinnar; í höfundarlögum nr. 73/1972 er mælt fyrir um að ýmsar ráðstafanir höfundar eigi að vera skriflegar.

⁴⁰ Páll Sigurðsson segir í Samningarétti sínum að venja sé fyrir því að mikilvægir samningar séu skriflegir. Samningaréttur [1987] bls. 41.

Að þessu viðbættu eru skriflegir samningar yfirleitt undirritaðir en um það efni er nánar rætt hér síðar.

3.2.2.1 Eru rafrænir samningar skriflegir?

Rafrænir samningar eru, eins og aðrar rafrænar upplýsingar, í raun ekkert annað en mynstur úr rafhleðslum og eyðum sem hægt er að senda á milli tölva með rafboðum. Frumstæðasti hátturinn á framsetningu þessara mynstra er stafræn framsetning í tvítölukerfi (þ.e. með stöfunum 0 og 1). Rafrænar upplýsingar eru hins vegar að öllu jöfnu aðgengilegar með viðeigandi vél- og hugbúnaði með sambærilegum hætti og skriflegar upplýsingar. Samkvæmt þessu er yfirleitt hægt að lesa rafrænar upplýsingar af skjá eða prenta þær á blað. Ef rafrænir samningar fullnægja því lágmarksskilyrði að vera aðgengilegir virðist einsýnt að rafrænir samningar geti fyllilega gegnt öllum þeim hlutverkum skriflegra samninga sem áður eru talin. Reyndar má leiða veigamikil rök að því að rafrænir samningar séu á ýmsan hátt betur til þess fallnir að þjóna því hlutverki sem skriflegum samningum er ætlað, t.d. hvað varðar sönnun fyrir stofnun og efni sammings og varðveislu hans.⁴¹ M.ö.o. virðast rafrænir samningar að öllu jöfnu geta gegnt sama hlutverki og skriflegir samningar og þjónað sömu hagsmunum á sambærilegan eða betri hátt, að uppfylltu því lágmarksskilyrði að þeir séu aðgengilegir og varðveitanlegir. Þessi niðurstaða á ekki einungis við um áskilnað settra laga heldur væntanlega einnig um skilyrði sem byggjast á venju, eðli máls eða samningi aðila. Aðilar ættu þó ávallt að geta samið svo um á grundvelli almenns sammingsfrelsis að yfirlýsingar þeirra á milli skuli vera á pappír eða í öðru tilteknu formi.

Þrátt fyrir framangreind efnisrök er augljóst að rafrænir samningar eru ekki skriflegir samningar í venjulegum skilningi þess orðs. Með skilyrðum um að samningar skuli vera skriflegir er vísað til ákveðinnar tækni við viljatjáningu. M.ö.o. er vísað til þess að orð séu letruð eða prentuð á pappír eða annað ápreifanlegt efni. Rafræn tjáskipti fara hins vegar fram með rafrænum boðum sem skiljanleg eru með aðstoð ákveðins vél- og hugbúnaðar. Þetta séreðli rafrænna tjáskipta leiðir til ýmissa álitamála við sammingsgerð sem rædd eru hér síðar. Hér skal það aðeins nefnt að gögn í rafrænu formi er ekki fortakslaust hægt að telja skrifleg í skilningi laga, jafnvel þótt þau geti ótvírætt þjónað sama hlutverki að uppfylltum ákveðnum lágmarksskilyrðum.

Samkvæmt framangreindu verður ekki hjá þeirri niðurstöðu komist að telja að einhver vafi leiki á því hvort íslenskir dómstólar myndu telja rafræna samninga uppfylla skilyrði laga um að samningar séu skriflegir, en ekki verður séð að íslenskir eða norrænir dómstólar hafi enn beinlínis leyst úr því álitaefni. Reyndar eru skilyrði laga um að samningar skuli vera skriflegir svo mörg og fjölbreytileg að ólíklegt er að leyst yrði úr þessu álitaefni í einu afmörkuðu

⁴¹ Á sjónarmiðum sem þessum er t.d. byggt í athugasemdum við lagafyrirmynd UNCITRAL. Mads Bryde Andersen lýsir einnig svipuðum sjónarmiðum í *Praktisk Aftaleret* [1995] bls. 165.

dómsmáli. Allt þetta mælir með því að sett séu í lög almenn fyrirmæli sem tryggja stöðu rafrænna samninga að þessu leyti.

3.2.2.2 *Hverjum skilyrðum þurfa rafrænar yfirlýsingar að fullnægja?*

Eins og þegar hefur verið nefnt, þá verða yfirlýsingar í rafrænu formi að fullnægja ákveðnum lágmarksskilyrðum svo þeim verði jafnað til skriflegra yfirlýsinga. Rafrænar upplýsingar eru í stuttu máli mjög óaðgengilegar án viðeigandi vél- og hugbúnaðar. Rafrænum yfirlýsingum í tengslum við samningsgerð verður þannig ekki jafnað til skriflegra upplýsinga nema hinar rafrænu upplýsingar séu aðgengilegar móttakanda og varðveitanlegar. Í þessu sambandi má t.d. benda á 6. gr. lagafyrirmyndar UNCITRAL þar sem lagt er til að látin verði gilda almenn regla um að rafrænar upplýsingar, þ.á m. samningar og yfirlýsingar í tengslum við þá, teljist jafngilda skriflegum:

(1) Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

(2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being in writing.

3.2.3 **Eru rafrænir samningar skjöl?**

Með skjali er almennt átt við einhvers konar áþreifanlegt eða efnislegt plagg með lettri, myndum eða öðrum táknum. Orðið skjal er að finna í fjölmörgum settum lagaákvæðum, stundum sem hluta af samsettu orði, t.d. aðflutningsskjöl í 98. gr. tollalaga nr. 55/1987. Þannig mæla lög t.d. fyrir um móttöku skjala og varðveislu, áritun og stimplun skjala, afhendingu og aðgang að skjölum, opinber skjöl og einkaskjöl o.s.frv. Um orðið skjal verður reyndar að segja að það virðist tæplega hafa ótvíræða merkingu samkvæmt þeim fjölmörgu lagaákvæðum sem það kemur fyrir í. Í skjalahugtaki refsiréttar, sbr. XVII. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um skjalafals og önnur brot, er varða sýnileg sönnunargögn, er án efa að finna ítarlegustu skýringuna á orðinu skjali. Nokkur leiðbeining um skjalahugtak íslenskra laga er sú breyting sem nauðsynlegt þótti að gera á XVII. kafla hegningarlaga með lögum nr. 30/1998 til þess að taka af tvímæli um skjalahugtak refsiréttar að þessu leyti. Þar segir nú að fölsun og skyld afbrot taki til sams konar háttsemi þótt um sé að ræða tölvutæk gögn.

Að okkar mati er erfitt að slá nokkru föstu um hvernig dómstólar myndu skýra þau fjölmörgu fyrirmæli laga þar sem kveðið er á um skjöl. Hér verður aðeins bent á að sömu sjónarmið eiga ekki fortakslaust við um rafræn gögn og hefðbundin pappírsskjöl. Þannig eru ýmis skjöl stimpluð samkvæmt lögum um stimpilgjald en þau fyrirmæli virðast ekki óbreytt geta átt við um rafræn gögn.

Þá grundvallast þinglýsingarlög nr. 7/1978 augljóslega á því að um sé að ræða pappírsskjöl og miðast meðferð skjala (t.d. móttaka, áritun, stimplun, geymsla o.s.frv.) við að svo sé.

Samkvæmt framangreindu þykir varhugavert að setja fram nokkrar almennar fullyrðingar um það hvort rafræn gögn geti talist skjöl í skilningi laga. Slíkt virðist mjög verða að fara eftir mati með hliðsjón af viðeigandi lagareglum. Sömuleiðis er ekki fortakslaust hægt að leggja eiginleika rafrænna gagna að jöfnu við við eiginleika skjala, sbr. t.d. það sem áður segir um þinglýsingar og stimplun. Við þetta er það að athuga að rafrænum gögnum verður yfirleitt komið í skjallett form með tiltölulega auðveldum hætti, t.d. með útprentun. Þetta einkenni rafrænna gagna leiðir vafalaust til þess að fyrirmæli laga um skjöl gefa almennt ekki tilefni til meiriháttar vandkvæða nema þegar frumrit skjala eru áskilin en í slíkum tilvikum verður rafrænum gögnum að öllu jöfnu ekki jafnað til skjala eins og rætt verður um í tengslum við viðskiptabréf. Einnig ber að athuga að frumrit skjala hafa þá almennu þýðingu að vera sönnun fyrir stofnun og efni samnings. Frumrit eru og almennt talin áreiðanlegri sönnun en t.d. afrit, ljósrit eða símbref af frumriti. Að því er þetta atriði varðar, þ.e. sönnun fyrir stofnun og efni samnings, geta rafræn gögn haft svipaða eiginleika og frumrit að uppfylltum nánari skilyrðum. Þetta efni er rætt hér síðar í kafla um sönnun.

3.2.3.1 *Geta rafrænir samningar verið viðskiptabréf?*

Nátengd álitamálum um skjöl og frumrit skjala er spurningin um það hvort rafrænir gæningar geti talist viðskiptabréf. Ólafur Lárusson segir að reglan sé sú að öll þau bréf sem ganga á milli manna með sama hætti og skuldabréf gera, þannig að þörf sé á því að samskonar reglur gildi um þau og skuldabréf, teljist viðskiptabréf. Viðskiptabréf hafa samkvæmt þessu almennt þá eiginleika að tiltekin réttaráhrif geta verið bundin við bréfið sjálft, þ.e. frumrit skjals og handhöfn þess.⁴² Af þessum ástæðum hefur viðskiptabréfahugtakið almennt verið bundið við áþreifanleg bréf eða bréf úr pappír. Af tæknilegum ástæðum kann það að vera nokkrum erfiðleikum bundið að tengja réttaráhrif sem þessi við rafræna samninga. Slíkt er þó alls ekki útilokað eins og fjallað mun verða um í tengslum við rafræna greiðslumiðla. Oftast eru þó rafrænar upplýsingar þannig úr garði gerðar að frumgagn verður ekki greint frá eftirlíkingu. Því virðist almennt hæpið að binda réttindi almennt við handhöfn rafrænna gagna. Samkvæmt þessu verður að telja að rafrænir samningar geti almennt ekki talist til viðskiptabréfa.⁴³ Hins vegar geta sett lög kveðið svo á að um tiltekna rafræna

⁴² Ólafur Lárusson, áður tilv., bls. 60.

⁴³ Per Christiansen og Jan Børland segja um verðbréfahugtak norsks réttar í *Verdipapirhandelloven med kommentarer, lov om verdipapirhandel av 14. juni 1985 nr. 61*, að rafræn verðbréf geti ekki talist til verðbréfa þrátt fyrir að þeim sé veitt sambærileg staða með lögum. Svipuð skoðun virðist koma fram í 34. gr. laga nr. 131/1997 um rafræna skráningu verðbréfa en þar segir að sé rafréf gefið út og skráð samkvæmt lögnum sem víxill skuli fylgja

samninga skuli fara samkvæmt reglum um viðskiptabréf, eftir atvikum þannig að réttaráhrif viðskiptabréfareglanna séu bundin við tiltekna skráningu í stað handhafnar. Þá getur slíkt væntanlega einnig leitt af samningi aðila eða venju ef eðli hins rafræna samnings leyfir það.⁴⁴ Þá er ekki útilokað að eðli rafrænna samninga leiði til þess að viðskiptabréfareglur verði taldar taka til þeirra eins og síðar verður rætt í tengslum við raffé. Slíkt mat hlýtur að grundvallast á því hvort þau rafrænu gögn sem samningur styðst við geti gengið manna á milli með svipuðum hætti og skuldabréf gera.⁴⁵

Að öllu ofangreindu athuguðu verður að telja að rafrænir gerningar geti að öllu jöfnu ekki talist viðskiptabréf. Til þess að reglum um viðskiptabréf verði beitt um rafræna gerninga þarf að kveða nánar á um hvaða atriðum rafræns samnings viðskiptabréfareglurnar tengjast. Þetta hefur raunar verið gert að íslenskum rétti með lögum nr. 131/1997 um rafræna skráningu verðbréfa, en ljóst er að verðbréfahugtak laganna tekur m.a. til viðskiptabréfa. Samkvæmt 16. og 19. gr. laganna eru svipuð réttaráhrif bundin við skráningu rafræns verðbréfs í verðbréfamiðstöð og handhöfn.

Þrátt fyrir að rafrænir gerningar geti samkvæmt lögum nr. 131/1997 öðlast sambærileg réttaráhrif og viðskiptabréf með skráningu í verðbréfamiðstöð virðist rafrænt eðli rafrænna samninga hamla þeim á ýmsan annan hátt. Þannig virðist vandséð að rafbréfi verði þinglýst, t.d. ef um er að ræða rafrænt veðskuldabréf. Þá er ekki ljóst hvort rafbréf (t.d. rafbréf sem ætlað er sama hlutverk og víxlum og skuldabréfum) eru stimpilskyld samkvæmt lögum nr. 38/1978 um stimpilskyldu og hvernig stimplun verði hagað samkvæmt lögnum ef svo yrði talið.⁴⁶

3.2.4 Niðurstaða um formkröfur

Meginregla íslensks réttar er að gerð samninga sé ekki formbundin. Mikilvæg undantekning frá þeirri reglu er áskilnaður um að samningar skuli vera

þeim lagareglum sem um víxla gilda eftir því sem við getur átt. Samkvæmt þessu virðist slíkur rafrænn gerningur ekki vera víxill samkvæmt 1. gr. víxillaga nr. 93/1933 heldur er honum með þessu sköpuð sambærileg staða að lögum og víxli.

⁴⁴ Almennt má semja um að bréf skuli lúta reglum um viðskiptabréf sem það annars myndi ekki gera (sbr. t.d. Ólafur Lárússon, Kaflar úr kröfurétti [1950] bls. 62). Ef þetta á að eiga við um rafrænan samning verður að vera hægt að jafna hinum rafrænum gögnum sem hann styðst við til bréfs þannig að unnt sé að binda réttaráhrif við handhöfn þeirra og samningurinn geti gengið manna á meðal með sambærilegum hætti og bréf. Hörður Helgason telur þetta geta átt við sumar tegundir raffjár í kandidatsritgerð sinni um raffé frá 1998.

⁴⁵ Ólafur Lárússon, Kaflar úr kröfurétti [1950], bls. 60.

⁴⁶ Í þessu sambandi má benda á að þau skjöl sem stimpilskyld eru samkvæmt lögum um stimpilgjald nr. 36/1978 skulu vera það óháð heiti eða formi, sbr. 5. gr. laganna. Þetta breytir því þó ekki að vafi leikur á því hvort "víxill" í rafrænu formi er yfirleitt víxill í skilningi laganna. Þá virðist II. kafli laganna eingöngu gera ráð fyrir því að pappírsskjöl séu stimpluð.

skriflegir. Vafasamt er hvort rafrænir samningar geta talist skriflegir í skilningi þeirra fjölmörgu og fjölbreytilegu lagaákvæða sem binda einhverja þýðingu við að gerningur sé skriflegur. Þá er einnig óvíst hvort viðskiptavenjur yrðu ætíð skýrðar á þá leið að þær heimili aðilum yfirlýsingar í rafrænu formi. Þegar þau rök eru metin sem liggja til grundvallar skilyrðum um að samningar og aðrar yfirlýsingar skuli vera skriflegar þykir hins vegar augljóst að þessum skilyrðum ætti að vera fullnægt þegar um er að ræða yfirlýsingar í rafrænu formi enda séu hinar rafrænu upplýsingar aðgengilegar á svipaðan hátt og skriflegar.

Samkvæmt þessu virðist æskilegt að taka af vafa um stöðu rafrænna gerninga að þessu leyti með lagasetningu ef tryggja á sambærilega stöðu þeirra á við hefðbundna löggerninga. Þó verður að hafa í huga að í einstökum tilvikum gæti reynst óæskilegt að rafrænum gerningi sé jafnað til skriflegs gernings. Við lagasetningu væri væntanlega hægt að koma til móts við þetta með því að kveða á um heimild ráðherra til að undanskilja tiltekin ákvæði settra laga með reglugerð.

3.3 Rafrænar undirskriftir

Sett lög áskilja í ýmsum tilvikum undirskrift sammingsaðila. Ýmis og ólík réttaráhrif geta verið bundin undirskrift. Þannig getur skjal t.d. skort víxilgildi ef ekki er til staðar undirskrift útgefanda samkvæmt 1. gr. víxillaga nr. 93/1933. Þá verður skjali ekki þinglýst nema það sé undirritað, sbr. þinglýsingarlög nr. 7/1978. Þýðingarmestu réttaráhrif undirskriftar hljóta þó að teljast sú sönnun sem almennt er viðurkennt að undirskrift veiti um tengsl aðila við tiltekinn samning.

Undirskrift er persónuleg eða bundin persónu manna. Hver undirskrift greinir sig frá öðrum undirskriftum með mismunandi rithætti, stafagerð, þrýstingi á skriffæri, o.s.frv. Undirskrift undir samningstexta veitir þannig veigamikla sönnun fyrir því að tiltekin einstaklingur hafi komið að samningnum. Á svipaðan hátt hefur það líkurnar með sér að sá sem ritar nafn sitt undir samningstexta hafi í raun og veru lýst yfir vilja sínum á þann hátt sem nánar segir í samningstextanum. Undirskrift samkvæmt þessu þjónar þannig því meginhlutverki að upplýsa um það hverjir séu aðilar sammings og veita sönnun fyrir því að þessir aðilar hafi í raun og veru gengist undir þær skuldbindingar sem fram koma í samningstextanum.

Réttaráhrif undirskriftar eru þó ekki ótvíræð eða fortakslaus og verður að meta þýðingu undirskriftar í hverju tilviki með hliðsjón af öðrum atriðum, s.s. efni og aðdraganda sammings, hæfi aðila og ytri aðstæðum. Undirskriftir geta verið falsaðar, þær geta verið fengnar með nauðung eða svikum, þær geta verið gefnar til málamynda af hálfu viðkomandi þannig að ekki sé til staðar raunverulegur sammingsvilji o.s.frv. Þrátt fyrir mikilvægi undirskrifta sem sannana fyrir stofnun og efni sammings verður að hafa í huga að þær eru alls ekki fortakslaus sönnunargögn.

Undirskriftir gegna einnig oft öðrum mikilvægum hlutverkum. Þannig getur undirskrift þjónað þeim tilgangi að votta ýmis atriði, t.d. að einhver annar aðili hafi raunverulega ritað nafn sitt, hæfi hans til þess að gera það og dagsetningu. Undirskrift getur verið sönnunargagn um að ákveðinn aðili hafi verið á ákveðnum stað á ákveðnum tíma. Lagaáskilnaður um undirskrift getur einnig verið reistur á þeim rökum að t.d. neytandi geri sér betur ljóst en ella að hann sé að takast á hendur ákveðnar samningsskuldbindingar.

Bein álitamál um undirskriftir að íslenskum rétti hafa yfirleitt staðið um mat á því hvort undirskrift stafaði frá þeim aðila sem hún bar með sér að stafa frá eða hvort um fölsun undirskriftar væri að ræða. Einnig hafa undirskriftir komið til sérstakrar athugunar við mat á gildi og efni samnings að öðru leyti, s.s. í tengslum við löggerningshæfi. Hins vegar hefur þótt liggja nokkuð skýrt fyrir *hvað væri undirskrift* og hefur þá verið við það miðað að viðkomandi aðili ritaði nafn sitt með eigin hendi á pappír eða annað áþreifanlegt efni.⁴⁷ Mads Bryde Andersen segir þó að í dönskum rétti hafi ýmsar sjálfvirkar staðfestingar hlotið aukna viðurkenningu, t.d. símbréfsskýrslur.⁴⁸ Slíkt hlýtur þó einungis að eiga við um þýðingu undirskriftar sem sönnunar fyrir stofnun og efni samnings en getur vart talist fullnægja beinum lagaáskilnaði um undirskrift.

3.3.1 Hvað er rafræn undirskrift?

Segja má að hvers kyns persónulega staðfestingu aðila með rafrænum hætti megi nefna rafræna undirskrift. Samkvæmt þessu er rafræn undirskrift einhverjar rafrænar upplýsingar sem eru þess efnis eða eðlis að þær eiga aðeins að geta stafað frá tilteknum aðila svipað og eiginhandarundirritun. Rafrænar undirskriftir eru með þessu skilgreindar með hliðsjón af hlutverki eiginhandarundirskrifta.⁴⁹ Nú þegar er farið að nota ýmsa tækni sem talist gæti til rafrænna undirskrifta í víðasta skilningi, t.d. PIN-númer, leyniorð og afritun eiginhandarundirritunar með tölvuskanna. Hugtakið rafræn undirskrift í umfjöllun um rafræn viðskipti er þó almennt ekki skýrt svo rúmt. Í eiginlegum skilningi og þeim sem hér verður stuðst við telst rafræn undirskrift það þegar tiltekinn búnaður eða aðferð er notað til þess að brensla efni sendingar, í heild eða að hluta, og afbrenslun sendingarinnar staðfestir rétt efni sendingar, uppruna hennar og sendanda.⁵⁰

⁴⁷ Í tengslum við víxilrétt hefur undirskrift verið túlkuð þröngt, t.d. þannig að ekki dygði prentun nafns, sbr. t.d. Lyfrd. 1916:903.

⁴⁸ Áður tilv. bls. 176.

⁴⁹ Í 1. mgr. 1. gr. tollalaga nr. 55/1987, sbr. lög nr. 69/1996, er t.d. að finna eftirfarandi skilgreiningu á rafrænni (stafrænni) undirskrift: Með stafrænni undirskrift er tryggt að rammaþykki hafi borist frá tilgreindum sendanda og innihaldi þess hafi ekki verið breytt.

⁵⁰ Frá tæknilegu sjónarhorni er rafræn undirskrift einfaldlega tiltekna rafrænar upplýsingar. Þessar upplýsingar eru eins og aðrar rafrænar upplýsingar táknaðar með rahleðslum og eyðum í

Mikilvægt er að hafa hugfast að persónuleg staðfesting í rafrænu formi er ekki nauðsynlega bundin einhverri sérstakri tækni eða hugbúnaði. Mismunandi tækni getur þjónað sömu markmiðum þótt reyndar byggist rafrænar undirskriftir nú að mestu leyti á tiltekinni tækni við dulkóðun. Í náinni framtíð má hins vegar fastlega búast við að tæknilegum möguleikum við að tryggja rafrænar undirskriftir fleygi fram þótt ekki verði sú þróun séð nákvæmlega fyrir. Af þessu leiðir hins vegar að ástæða er til þess að löggjöf um rafrænar undirskriftir sé tæknilega hlutlaus að svo miklu leyti sem mismunandi tækni getur þjónað sömu hagsmunum. Þannig er líklegra að löggjöf standist tímans tönn. Ef frumvarp Nefndar EB um rafrænar undirskriftir nær staðfestingu á vettvangi EB er slíks hlutleysis reyndar krafist af aðildarríkjunum og eftir atvikum aðilum EES.

3.3.2 Þýðing rafrænna undirskrifa

Rafræn viðskipti hafa meðal annars þann kost að þau er hægt að stunda þrátt fyrir að miklar fjarlægðir skilji samningsaðila að. Þetta hefur hins vegar þann ókost í för með sér að þeim eru færri aðferðir tiltækar til þess að ganga úr skugga um ýmis mikilvæg atriði sem varða samningsgerðina, t.d. um persónu gagnaðila, efni samnings og öryggi sendinga. Ýmsar hættur leynast þarna en vandkvæðin eru þó mismunandi eftir því hvort samskiptin eiga sér stað í opnum eða lokuðum netkerfum.

Þegar um er að ræða opin netkerfi eins og Netið hafa þessir ókostir verið nefndir helstir (ensk heiti eru höfð í svigum til glöggvunar): Óviðkomandi þriðji aðili getur hugsanlega fylgst með samskiptunum og misnotað þær upplýsingar sem hann aflar sér, t.d. með því senda upplýsingar undir því yfirskini að þær séu sendar frá tölvu annars aðila (Identity Interception). Skyld þessu er það þegar aðili þykist vera annar en sá sem hann er til þess að öðlast friðindi einhvers annars (Masquerade). Óviðkomandi aðili sem afritar samskipti aðila getur sent þessi gögn síðar í öðrum tilgangi, t.d. lykilorð, jafnvel þótt gögnin séu dulkóðuð og honum óskiljanleg (Replay). Hugsast getur að aðili breyti gögnum eftir móttöku þeirra (Manipulation). Aðili getur neitað því að hafa tekið við gögnum eða sent þau (Reputation). Aðili getur stíflað samskiptarásir, t.d. með sendingu mikils magns gagna til ákveðins aðila, og þannig komið í veg fyrir að samskipti

minni tölvu sem eftir atvikum er mögulegt að flytja til annarrar tölvu með sendingu rafboða og gera þannig aðgengilegar öðrum. Frumstæðasti hátturinn á framsetningu rafrænna upplýsinga er stafræn (digital) framsetning, þ.e. framsetning í tvenndarkerfi með tölustöfunum 0 og 1. Rafrænar upplýsingar má yfirleitt setja fram með stafrænum hætti og stafrænar upplýsingar styðjast yfirleitt við rafræna miðla þótt auðvitað sé þetta ekki algilt. Samkvæmt framangreindu virðist lítil efnislegur merkingarmunur vera á heitonum “stafræn undirskrift” (digital signature) og “rafræn undirskrift” (electronic signature) en bæði heitin virðast vera notuð nokkuð jöfnum höndum í erlendum gögnum. Þó er heitið “rafræn undirskrift” líklega rýmra en stafræn undirskrift og vísar síður til ákveðinnar tækni við undirskrift. Verður það heiti notað í þessari umfjöllun.

geti átt sér stað (Denial of Service). Aðili getur breytt slóð þannig að sendandi gagna sendi þau í raun til annars aðila en ætlunin var, t.d. þannig að sendandi fari inn á falska heimasíðu og gefi þannig óviðkomandi aðila ýmsar upplýsingar, t.d. aðgangsorð o.s.frv. (Misrouting). Þá getur aðili fylgst með samskiptum án þess að kanna efni þeirra, t.d. í þeim tilgangi að fá upplýsingar um hvað sé á seyði hjá ákveðnum aðila (Traffic Analysis).

Því verður ekki haldið fram að rafrænar undirskriftir leysi allan þann vanda sem talinn er upp hér að framan. Líklegast er að aldrei verði algerlega komið í veg fyrir misnotkun miðils eins og Netsins. Rafrænar undirskriftir og dulkóðun geta hins vegar aukið öryggi í viðskiptum og samskiptum almennt að verulegu leyti. Slíkt öryggi er til þess fallið að lækka kostnað og verð á vöru og þjónustu. Það er einnig til þess fallið að skapa traust á rafrænum viðskiptum, auka þau og lækka þannig verð. Rafrænar undirskriftir hafa einnig mikla þýðingu vegna notkunar rafrænna greiðslumiðla sem síðar verður rætt um.

3.3.3 Dulkóðun

Í tengslum við tæknilegan þátt rafrænna undirskrifa kemur dulkóðun mjög við sögu.⁵¹ Með hvers konar dulkóðun er upplýsingum komið þannig fyrir að þær eru eingöngu skiljanlegar þeim sem hefur undir höndum viðeigandi dulmálslykil. Til þess að rafrænar upplýsingar geti veitt tryggingu fyrir persónulegri staðfestingu aðila í rafrænu formi þarf staðfestingin að vera þannig að óviðkomandi aðilar geti ekki notað hana í nafni annars aðila. Rafrænar undirskriftir grundvallast í stuttu máli á þeirri hugmynd að persónuleg staðfesting sé send með þeim hætti að viðtakandi geti sannreynt að hún stafi frá tilteknum aðila en jafnframt þannig að viðtakanda sé ókleift að senda staðfestingu sambærilega við þá sem hann hefur mótttekið frá öðrum aðila. Með dulkóðun upplýsinga er þetta mögulegt.

Sú aðferð við dulkóðun sem líklega hefur mesta þýðingu í sambandi við rafrænar undirskriftir er svokölluð Public Key-dulkóðun (hér eftir nefnd opinber dulkóðun). Þessi tegund dulkóðunar er t.d. höfð til hliðsjónar í drögum að lagafyrirmynd UNCITRAL um rafrænar undirskriftir og einnig í frumvarpi til tilskipunar EB um sama efni.⁵² Opinber dulkóðun byggist í grófum dráttum á tveimur aðskildum en tengdum dulmálslyklum. Yfir öðrum (private key) einkalykli, ræður sendandi upplýsinga einn og notar hann til þess að koma upplýsingum í dulkóðað form og skapa rafræna undirskrift. Hinn lykillinn er opinber lykill (public key) eða aðgengilegur viðtakanda með einhverjum hætti. Með opinbera dulmálslyklinum getur viðkomandi lesið þær upplýsingar sem

⁵¹ Um dulkóðun almennt hefur staðið talsverður styr. Sérstaklega hefur verið deilt um hvernig eftirliti og refsivörslu yrði fyrir komið í tengslum við dulkóðaðar upplýsingar og flutning þeirra milli manna. Um þetta efni er rætt í 6. kafla.

⁵² Þessar reglur eru þó tæknilega hlutlausar þannig að þær útiloka ekki aðrar aðferðir.

hafa verið dulkóðaðar með einkalyklinum. Einkalykil aðila má t.d. geyma í einmenningstölvu og vernda eftir atvikum með leyniorði. Opinbera lykilinn má t.d. gera aðgengilegan með opinberri skráningu, dreifingu til ákveðinna aðila eða geyma hann hjá sérstökum vottunaraðila.⁵³ Sendandi upplýsinga getur einnig dulkóðað upplýsingar með opinberum lykli viðtakanda sem tryggir að aðeins viðtakandi getur lesið þær.

Ásamt notkun tveggja dulmálslykla hefur *tæting* upplýsinga (hash function) mikla þýðingu við rafræna undirritun og staðfestingu rafrænna undirskrifa. Tæting felst í því að upplýsingunum er komið í tiltekið samþjappað stafrænt form, nefnt tætigildi (hash value eða hash result), sem eingöngu er bundið viðkomandi upplýsingum (þessar upplýsingar eru stundum nefndar fingrafar upplýsinga en einnig mætti nefna þær kennimark eða kennitölu upplýsinga). Þeim upplýsingum sem mynda rafræna undirskrift er m.ö.o. gefið ákveðið tölugildi sem eingöngu er bundið þessum upplýsingum. Ef upplýsingunum er breytt af ásettu ráði eða þær breytast af tilviljun breytist tætigildið. Tæting gerir móttakanda þannig kleift að ganga úr skugga um að upplýsingar hafi ekki breyst frá upprunalegu horfi með því að bera saman tvö tætigildi.⁵⁴ Þetta myndi yfirleitt gerast sjálfvirkt með hugbúnaði notanda þannig að annaðhvort væri tiltekin færsla staðfest eða henni hafnað.

⁵³ Digital signatures are created and verified by using cryptography, the branch of applied mathematics that concerns itself with transforming messages into seemingly unintelligible form and back into the original form. Digital signatures use what is known as “public key cryptography“, which is often based on the use of algorithmic functions to generate two different but mathematically-related “keys” (i.e., large numbers produced using a series of mathematical formulae applied to prime numbers). One such key is used for creating a digital signature or transforming data into a seemingly unintelligible form, and the other one for verifying a digital signature or returning the message to its original form. Computer equipment and software utilizing two such keys are often collectively referred to as “cryptosystems” or, more specifically, “asymmetric cryptosystems” where they rely on the use of asymmetric algorithms. (UNCITRAL, prep. report on electronic signatures, para 18; www.un.or.at/uncitral/en-index.htm)

⁵⁴ In addition to the generation of key pairs, another fundamental process, generally referred to as a “hash function”, is used in both creating and verifying a digital signature. A hash function is a mathematical process, based on an algorithm which creates a digital representation, or compressed form of the message, often referred to as a “message digest”, or “fingerprint” of the message, in the form of a “hash value” or “hash result” of a standard length which is usually much smaller than the message but nevertheless substantially unique to it. Any change to the message invariably produces a different hash result when the same hash function is used. In the case of a secure hash function, sometimes termed a “one-way hash function”, it is virtually impossible to derive the original message from knowledge of its hash value. Hash functions therefore enable the software for creating digital signatures to operate on smaller and predictable amounts of data, while still providing robust evidentiary correlation to the original message content, thereby efficiently providing assurance that there has been no modification of the message since it was digitally signed. (UNCITRAL, prep. report, para 23.)

3.3.4 Sending, staðreynsla og vottun

Þegar skjal eða upplýsingar er undirritað með rafrænum hætti afmarkar sendandi þær upplýsingar sem undirrita á með rafrænni undirskrift. Að þessu loknu sér hugbúnaður í tölvu sendandans um að tæta þessar upplýsingar sem á að senda (skeytið) og gefa þeim tiltekið tætigildi (hash value). Með þessu fá upplýsingarnar þannig tiltekið stafrænt form eða kennimark sem auðkennir þær frá öðrum upplýsingum eða gögnum. Sendandi breytir síðan tætigildinu í rafræna undirskrift með því að nota einkalykil sinn. Rafræn undirskrift samkvæmt þessu er þannig dulkóðað tætigildi. Rafræn undirskrift er þannig bundin við ákveðinn einkalykil og ákveðnar upplýsingar.⁵⁵

Þegar viðtakandi hefur mótttekið hina rafrænu undirskrift ásamt því skeyti eða upplýsingum sem undirskrift vísar til (t.d. viðfest skjal) fara fram tvær aðgerðir sem lúta annars vegar að því að staðreyna uppruna skeytis og hins vegar að því að ganga úr skugga um að mótteknar upplýsingar séu þær sömu og sendar voru.

Í fyrsta lagi notar viðtakandi opinbera lykilinn til þess að leysa úr dulkóðun undirskriftar og fær þannig fram undirskrift og tætigildi (hash value). Með þessu getur viðtakandi verið viss um að meðfylgjandi skeyti stafi frá tilteknum einkalykli. Staðfestingarhugbúnaður viðtakanda sem notar hinn opinbera dulmálslykil mun m.ö.o. ekki staðfesta rafræna undirskrift ef hún er ekki búin til með með ákveðnum einkalykli sem opinberi lykillinn viðurkennir. Í annan stað tætir staðfestingarhugbúnaður viðtakanda það skeyti sem rafrænni undirskrift er ætlað að staðfesta með sömu tætiadferð (hash function) og beitt var af sendanda. Ef sama tætigildi kemur upp fyrir skeytið og fram kemur í rafrænu undirskriftinni er tryggt að skeytið er óbreytt frá því að það var undirritað. Staðfestingarhugbúnaður viðtakanda mun ekki staðfesta undirskrift ef tætigildi hennar er ekki í samræmi við tætigildi skeytis.⁵⁶ Það sem hér er lýst myndi

⁵⁵ To sign a document or any other item of information, the signer first delimits precisely the borders of what is to be signed. The delimited information to be signed may be referred to as the “message”. Then a hash function in the signer’s software computes a hash result unique (for all practical purposes) to the message. The signer’s software then transforms the hash result into a digital signature using the signer’s private key. The resulting digital signature is thus unique to both the message and the private key used to create it. Typically, a digital signature (a digitally signed hash result of the message) is attached to its message and stored or transmitted with its message. However, it may also be sent or stored as a separate data element, so long as it maintains a reliable association with its message. Since a digital signature is unique to its message, it is useless if permanently disassociated from its message. (UNCITRAL, prep. report, para 24-25.)

⁵⁶ Digital signature verification is the process of checking the digital signature by reference to the original message and a given public key, thereby determining whether the digital signature was created for that same message using the private key that corresponds to the referenced public key. Verification of a digital signature is accomplished by computing a new hash result of the original message by means of the same hash function used to create the digital signature. Then, using the public key and the new hash result, the verifier checks whether the digital signature was created using the corresponding private key, and whether the newly computed

yfirleitt gerast á sjálfvirkan hátt með aðstoð hugbúnaðar.

Með framangreindum aðgerðum er hins vegar eingöngu tryggt að undirskrift hafi verið búin til með ákveðnum einkalykli því ólíkt eiginhandarundirskrift hefur rafræn undirskrift engin líkamleg tengsl við ákveðna persónu. Þannig er ekki með einkalykli tryggt að sá sem notar lykilinn sé sá sem hann segist vera. Auðvitað getur ríkt ákveðið traust milli aðila, t.d. aðila sem eiga viðskipti í lokuðum kerfum, um að ákveðin undirskrift stafi frá réttum aðila. Slíkt þarf hins vegar ekki að vera raunin, sérstaklega í opnu kerfi eins og á Netinu þar sem aðilar þekkjast e.t.v. ekki neitt. Ef viðtakandi á að geta verið viss um að réttur aðili hafi notað tiltekinn einkalykil þurfa að koma til frekari tryggingar viðvirkjandi úthlutun, skráningu og notkun einkalykla. Þessu til viðbótar verða aðilar að geta treyst þeirri tækni sem beitt er við að skapa og staðreyna rafrænar undirskriftir.

3.3.5 Meginsjónarmið um vottun og eftirlit

Komið er til móts við framangreinda hagsmuni með atbeina þriðja aðila sem gefur lykla út, hefur eftirlit með notkun þeirra og vottar að lykill hafi verið notaður af réttum aðila. Slíkir vottunaraðilar (certification authorities) hafa þannig umsjón og eftirlit með tilteknu vottunarkerfi rafrænna undirskrifa. Fleiri slík kerfi geta tengst saman, eftir atvikum þannig að eitt kerfi sé byggt á öðru. Slík stigskipt kerfi eru nefnd *public key infrastructure* (PKI).

Hið opinbera getur að sjálfsgöðu tekið að sér vottun. Ef tilskipun EB sem rætt verður um hér síðar verður staðfest getur ríki hins vegar ekki hindrað einkarekna vottunarstarfsemi og vottunarstarfsemi opinbers aðila væri þá undirorpin íslenskum og evrópskum samkeppnisreglum. Í öllum tilvikum verður hið opinbera þó að koma að vottun með einhverju opinberu eftirliti. Opinbert eftirlit og stjórnun hlýtur a.m.k. að miðast við eftirfarandi atriði:

- 1 að opinber lykill eigi við einkalykil sama notanda;
- 2 að dulkóðunartækni vottunaraðila sé örugg;
- 3 að vottunaraðilar séu raunverulega í stakk búnir til þess að gefa út bæði einkalykla og opinbera lykla með tryggilegum hætti;
- 4 að stuðla að því að ólík dulkóðunarkerfi séu samrýmanleg sín á milli.

Ásamt vottun um að réttur aðili hafi notað tiltekinn einkalykil getur vottun

hash result matches the original hash result which was transformed into the digital signature during the signing process. The verification software will confirm the digital signature as “verified” if: (1) the signer’s private key was used to sign digitally the message, which is known to be the case if the signer’s public key was used to verify the signature because the signer’s public key will verify only a digital signature created with the signer’s private key; and (2) the message was unaltered, which is known to be the case if the hash result computed by the verifier is identical to the hash result extracted from the digital signature during the verification process. (UNCITRAL, prep. report, para 26-27.)

beinst að ýmsum öðrum atriðum sem geta þjónað viðskiptahagsmunum aðila. Þannig getur vottunaraðili eftir atvikum staðfest greiðslugetu, fjárræði og forræði bús. Þá gæti vottunaraðili til dæmis haldið skrá yfir vottun og þannig staðfest hvenær viðskipti áttu sér stað.⁵⁷

3.3.6 Meginsjónarmið um óheimila notkun rafrænna undirskrifta o.fl.

Rafrænar undirskriftir er unnt að misnota á svipaðan hátt og eiginhandarundirskriftir, t.d. með því að óviðkomandi aðili noti tiltekinn einkalykil. Þá geta rafrænar undirskriftir verið fengnar með svikum, nauðung, gefnar til málamynda o.s.frv. Í þessu sambandi verður fyrst stuttlega minnst á sjónarmið er varða skaðabótaábyrgð vottunaraðila en síðan sjónarmið er varða skaðabótaábyrgð notanda.

Eins og áður segir eru rafrænar undirskriftir jafnan vottaðar af tilteknum þriðju aðilum. Vottorð geta verið talsvert breytileg að efni og misítarleg. Vottun mun samt sem áður a.m.k. beinast að því að staðfesta að réttur aðili hafi notað tiltekinn einkalykil. Ef vottorð reynist rangt, eftir atvikum með þeim afleiðingum að samningur er ógildur og tjón hlýst af, kemur til athugunar hvort samningsaðili sem treyst hefur vottorði öðlist skaðabótarétt á hendur vottunaraðila. Slíkar skaðabætur getur auðvitað leitt af stöðluðum samningsskilmálum vottunaraðilans þar sem nánar getur verið kveðið á um bótagrundvöll og bótafjárhæð. Einnig koma til álitu almenn sjónarmið kröfu- og skaðbótaréttar um skaðabætur innan og utan samninga. Um þessi atriði verður fjallað nokkuð síðar. Hér skal eingöngu bent á að með löggjöf má taka af tvímæli um bótaskyldu vottunaraðila og eftir atvikum kveða nánar á um bótarétt og fjárhæð bóta. Ef frumvarp að tilskipun EB um rafrænar undirskriftir nær staðfestingu og verður í framhaldi af því hluti af EES-samningnum verður væntanlega skylt að taka af tvímæli um þetta í lögum. Samkvæmt frumvarpinu virðist hins vegar óheimilt að takmarka heimildir vottunaraðila til þess að takmarka bótaábyrgð sína með samningsskilmálum eða fyrirvara í vottorði.⁵⁸

Bótaréttur hlýtur að vera háður nánara efni útgefins vottorðs. Ef vottað er um

⁵⁷ To provide the confidence described above, a PKI may offer a number of services, including the following: (1) managing cryptographic keys used for digital signatures; (2) certifying that a public key corresponds to a private key; (3) providing keys to end users; (4) deciding which users will have which privileges on the system; (5) publishing a secure directory of public keys or certificates; (6) managing personal tokens (e.g., smart cards) that can identify the user with unique personal identification information or can generate and store an individual's private keys; (7) checking the identification of end users, and providing them with services; (8) providing non-repudiation services; (9) providing time-stamping services; (10) managing encryption keys used for confidentiality encryption where the use of such a technique is authorized. (UNCITRAL, prep. report, para 30.)

⁵⁸ Heimildir vottunaraðila til slíks myndu einnig takmarkast nokkuð af 36. og 36. gr. a –d samningalaga nr. 7/1936.

fleiri atriði en rétta undirskrift, t.d. fjárræði, forræði bús, umboð eða prókúru, eiga svipuð sjónarmið við um skaðabótaskyldu. Með settum reglum um bótaábyrgð vottunaraðila væri ótvírætt komið til móts við hagsmuni þeirra sem reiða sig á útgefin vottorð. Raunar væru hagsmunir slíkra aðila e.t.v. betur tryggðir þannig en þegar um eiginhandarundirskrift er að ræða þar sem sjaldnast er um ábyrgð þriðja aðila að ræða. Hins vegar þarf að hafa í huga að íþyngja vottunaraðilum ekki um of með ströngum bótareglum til þess að þjónusta þeirra verði ekki óhóflega kostnaðarsöm. Hljóti áður nefnt frumvarp að tilskipun staðfestingu hefur Alþingi hins vegar mjög takmarkað svigrúm til mats um þetta atriði eins og áður segir.

Í annan stað koma til athugunar sjónarmið er varða skyldur notanda einkalykils og hugsanlega skaðabótaskyldu hans. Notandi mun í flestum tilvikum verða bundinn af samningi við vottunaraðila um notkun og meðferð einkalykils. Þannig mun notanda væntanlega verða skylt samkvæmt samningi aðila að tilkynna eins fljótt og unnt er ef einkalykill hefur komist í annarra manna hendur. Einnig leiða almenn sjónarmið samningaréttar um gagnkvæma tillitssemi samningsaðila (loyalitätsprincíp) til svipaðrar niðurstöðu. Samkvæmt þessu gæti vottunaraðili átt endurkröfu á notanda í tilvikum þar sem einkalykill hans hefur verið notaður af óviðkomandi aðila vegna gáleysis notanda og vottunaraðili hefur orðið skaðabótaskyldur gagnvart þriðja manni.

Hér er staðan í raun ekki ólík skyldum handhafa greiðslukorts gagnvart greiðslukortafyrirtæki. Um skyldur og bótaábyrgð handhafa greiðslukorta er ekki að finna nein fyrirmæli í settum lögum að íslenskum rétti. Samningur aðila og almenn sjónarmið samninga- og kröfuréttar hafa fyrst og fremst ráðið efni þessa réttarsambands. Ef ekki kæmu til sérstakar reglur myndu svipuð sjónarmið eflaust eiga við um samband notanda og vottunaraðila. Það er svo háð pólitísku mati hvort rétt sé að setja reglur um atriði sem þessi. Ef það yrði gert væri tilgangurinn að líkindum sá að tryggja stöðu notanda gagnvart vottunaraðila, eftir atvikum með ákvæðum um hámarksbætur og öðrum ófrávíkjanlegum ákvæðum um hvað teldist til gálausrar og bótaskyldrar meðferðar einkalykils. Frumvarp að tilskipun EB um rafrænar undirskriftir virðist ekki haggja heimildum löggjafans til setningar reglna um þessi atriði.

3.3.7 Meginsjónarmið um réttaráhrif rafrænna undirskrifta

Samkvæmt því sem nú hefur verið sagt um rafrænar undirskriftir geta þær gegnt sömu hlutverkum og eiginhandarundirskriftir og væntanlega gott betur. Af þessu leiðir að æskilegt er að með lagasetningu séu tekin af tvímæli um að rafrænar undirskriftir njóti sambærilegrar stöðu að lögum og eiginhandarundirskriftir að uppfylltum ákveðnum skilyrðum. Slíkt mun væntanlega einnig verða skylt ef frumvarp að tilskipun EB um rafrænar undirskriftir nær staðfestingu og verður hluti EES-samningsins. Samkvæmt framangreindu ættu rafrænar undirskriftir að teljast undirskriftir í þeim tilvikum sem lög áskilja slíkt enda séu þær jafn áreiðanlegar og eiginhandarundirskriftir. Þá ættu rafrænar undirskriftir að hafa

sambærilega þýðingu eða réttaráhrif og eiginhandarundirskriftir að öðru leyti. Við setningu reglna um þetta atriði mætti t.d. hafa hliðsjón af 7. gr. lagafyrirmyndar UNCITRAL þar sem segir:

(1) Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if:

(a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and

(b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.

(2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the absence of a signature.

3.3.8 Erlendar reglur um rafrænar undirskriftir

Töluverður skriður er víða kominn á undirbúning að lagasetningu um rafrænar undirskriftir. Hér verða fyrst og fremst reifaðar reglur sem telja verður að hafi sérstaka þýðingu fyrir íslenska lagasetningu um efnið. Annars vegar verður nokkuð ítarlega rætt um frumvarp að tilskipun EB sem getur haft beina þýðingu fyrir hugsanlega íslenska lagasetningu vegna EES-samningsins. Hins vegar verða drög að dönskum reglum stuttlega rædd.

3.3.8.1 Frumvarp að tilskipun EB um rafrænar undirskriftir

Þegar hefur verið minnst á frumvarp Nefndar EB að tilskipun um rafrænar undirskriftir í tengslum við afstöðu Evrópuréttar til rafrænna viðskipta. Frumvarpið er tvímælalaust einn mikilvægasti hluti áætlaðar lagasetningar um rafræn viðskipti á vettvangi EB. Frumvarpið er reist á 100. gr. a Rómarsamningsins sem fjallar um lagasetningu vegna innri markaðar EB. Af þessu leiðir að tilskipunin hefur þýðingu fyrir Evrópska efnahagssvæðið eins og tekið er fram í frumvarpinu.

Ekki er hægt að sjá fyrir hversu langan tíma meðferð frumvarpsins mun taka hjá Ráðinu og Þinginu en mat á slíku getur verið nokkuð erfitt. Því síður er hægt að spá fyrir um líkur á því að frumvarpinu verði breytt í meðförum Ráðsins og Þingsins. Með hliðsjón af því danska frumvarpi sem rætt verður hér á eftir er alls ekki ólíklegt að t.d. fulltrúar Danmerkur muni fara fram á breytingar í Ráðinu hvað varðar leyfisbindingu vottunaraðila. Ef frumvarpið verður staðfest óbreytt munu aðildarríkin (og væntanlega einnig EFTA-ríki EES eftir nánari

ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar) hafa frest til 31. desember 2000 til þess að leiða tilskipunina í lög sín.

Með hliðsjón af því hversu mikilvægt frumvarpið kann að verða fyrir íslenska lagasetningu þykir rétt að rekja efni þess nokkuð ítarlega.

3.3.8.1.1 Markmið og forsendur

Tilskipuninni er ætlað að skapa heildstæðan og viðeigandi lagaramma um rafrænar undirskriftir og tryggja á þeim grundvelli samræmda lagalega viðurkenningu rafrænna undirskrifta. Þrátt fyrir að til grundvallar frumvarpinu liggi sú skoðun að opinber dulkóðun eins og sú sem lýst er hér að framan sé mikilvægur hluti rafrænna undirskrifta er jafnframt talið æskilegt að reglur séu svo sveigjanlegar að þær taki til annarra aðferða við staðfestingu. Tilskipuninni er þannig ætlað að vera tæknilega hlutlaus að svo miklu leyti sem mismunandi tækni getur þjónað sambærilegu hlutverki.

Tilskipuninni er ekki ætlað að taka til viðskipta innan lokaðra kerfa, t.d. innan kerfis einstaks fyrirtækis eða banka. Um þessi viðskipti fer samkvæmt samningi aðila og almennum sjónarmiðum viðkomandi landsréttar um samninga. M.ö.o. er ekki talin þörf á því að setja reglur um rafrænar undirskriftir við aðstæður sem þessar.

Samkvæmt frumvarpinu eiga vottunaraðilar að geta starfað án sérstaks leyfis. Ef vottunaraðili uppfyllir ákveðin skilyrði ætti hann þó að geta fengið opinbera staðfestingu á starfsemi sinni en slík staðfesting er ekki skilyrði starfsemi. Þrátt fyrir að vottunaraðili geti boðið ýmiss konar þjónustu, þ.e. vottað um fjölda atriða auk undirritunar, er með frumvarpinu aðeins stefnt að því að setja reglur beinlínis um rafrænar undirskriftir og vottun þeirra.

Eitt af meginmarkmiðum frumvarpsins er að tryggja að rafrænar undirskriftir hafi sömu réttaráhrif og eiginhandarundirskriftir. Slík viðurkenning rafrænna undirskrifta á að grundvallast á hlutrænum skilyrðum sem ekki eru strangari en nauðsynlegt er með hliðsjón af áreiðanleika rafrænna undirskrifta. Þannig eiga réttaráhrif rafrænnar undirskriftar ekki að standa og falla með því að undirskriftin er rafræn, að engin vottun hefur átt sér stað eða að vottunaraðili hefur ekki fengið opinbera staðfestingu.

Æskilegt er talið með hliðsjón af innri markaðinum að sömu grundvallarreglur gildi um vottunaraðila. Slíkt er m.a. til þess fallið að stuðla að gagnkvæmri viðurkenningu rafrænna undirskrifta milli aðildarríkjanna. Þá eiga sameiginlegar grundvallarreglur um skaðabótaábyrgð vottunaraðila að stuðla að auknu trausti neytenda og fyrirtækja og annarra sem byggja viðskipti á rafrænum undirskriftum.

Að lokum er tilskipuninni ætlað að stuðla að gagnkvæmri viðurkenningu rafrænna undirskrifta milli EB-ríkja og ríkja utan EB með ráðagerð um samninga á alþjóðavettvangi. Sérstaklega þykir æskilegt að vottunaraðili innan EB geti vottað um undirskriftir sem stafa frá aðilum utan EB. Af síðastgreindu

leiðir að aðildarríkjum EB verða ströng takmörk sett við gerð slíkra samninga án aðildar EB en slíkt á að sjálfsögðu ekki við um aðila EES.

3.3.8.1.2 *Gildissvið og skilgreiningar*

Samkvæmt 1. gr. frumvarpsins er tilskipuninni aðeins ætlað að taka til viðurkenningar rafrænna undirskrifa og kveða á um vottun þeirra. Tilskipunin á ekki að taka til annarra þátta samningsgerðar, gildis samninga eða lagaáskilnaðar um hvenær undirritunar er krafist.

Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. frumvarpsins er rafræn undirskrift í skilningi tilskipunarinnar undirskrift í stafrænu formi í gögnum, fest við gögn eða röklega tengd gögnum og notuð af undirritanda til þess að staðfesta að hann samþykki efni gagnanna. Undirskrift samkvæmt þessu verður að fullnægja eftirfarandi skilyrðum:

- a) að tengjast undirritanda einum;
- b) að tilgreina undirritanda;
- c) að vera búin til með aðferð sem aðeins er á valdi undirritanda;
- d) að tengjast gögnum þannig að hvers konar eftirfarandi breyting á gögnunum komi í ljós.

Undirritunartæki (signature creation device) þýðir samkvæmt tilskipuninni einhver einstæð gögn, s.s. dulmál, einkadulmálslykill eða eitthvert áþreifanlegt tæki sem notað er af undirritanda til þess að búa til rafræna undirskrift (3. mgr. 2. gr.). Staðreynslutæki (signature verification device) þýðir einhver einstæð gögn, s.s. dulmál, opinber dulmálslykill eða eitthvert áþreifanlegt tæki, sem notað er til þess að staðreyna undirskrift (4. mgr. 2. gr.). Fullgilt vottorð (qualified certificate) þýðir vottorð í stafrænu formi sem tengir undirritunartæki við einstakling, staðfestir að hann sé sá sem hann er og uppfyllir skilyrði viðauka I frumvarpsins (5. mgr. 2. gr.). Vottunaraðili (certification service provider) merkir einstakling eða lögaðila sem gefur út vottorð um rafrænar undirskriftir eða veitir almenningi aðra þjónustu tengda rafrænum undirskriftum (6. mgr. 2. gr.). Undirritunarbúnaður (electronic signature device) merkir vél- og hugbúnað eða viðeigandi hluta þessa búnaðar sem vottunaraðili notar til starfsemi sinnar (7. mgr. 2. gr.).

3.3.8.1.3 *Markaðsaðgangur og meginreglur innri markaðarins*

Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. frumvarpsins skulu aðildarríkin ekki binda vottunaraðilastörfsmenn því skilyrði að vottunaraðili hafi fengið leyfi til starfsemi sinnar. Aðildarríkin geta hins vegar, ef þau vilja, sett reglur um opinbera staðfestingu vottunaraðila samkvæmt hlutlægum viðmiðum eftir umsókn vottunaraðila. Slík viðmið skulu byggð á hlutrænum sjónarmiðum og mega á engan hátt mismuna vottunaraðila á grundvelli þjóðernis (2. mgr. 3. gr.). Nefndin hefur heimild til þess að setja staðla um undirritunarbúnað sem birta skal í stjórnartíðindum EB. Aðildarríkjunum er þá skylt að sjá til þess að útgefin

vottorð styðjist við undirritunarbúnað sem er í samræmi við þessa staðla (3. mgr. 3. gr.). Þá er tekið fram að aðildarríkin geti sett frekari skilyrði fyrir notkun rafrænna undirskrifa í opinberri stjórnýslu en slík skilyrði verða þó að vera byggð á hluttrænum sjónarmiðum og jafnræði (4. mgr. 3. gr.).

Í 1. mgr. 4. gr. frumvarpsins segir að aðildarríki eigi að beita reglum settum samkvæmt tilskipuninni gagnvart vottunaraðilum sem staðfestu eiga í aðildarríkinu. Jafnframt er mælt fyrir um að aðildarríkjunum sé óheimilt að hamlu vottun aðila á sínu yferráðasvæði sem staðfestur er í öðru aðildarríki. Þá eiga aðildarríkin að tryggja frjálsan flutning undirritunartækja sem samræmast tilskipuninni á innri markaði EB (2. mgr. 4. gr.). Um þetta er vísað til viðauka II þar sem fram koma öryggiskröfur til undirritunarbúnaðar sem vottunaraðili notar. Einnig getur Nefndin látið útbúa staðla sem nánar kveða á um þessi atriði samkvæmt 3. mgr. 3. gr. frumvarpsins. Þetta hefur þá almennu þýðingu að aðildarríkin geta ekki vísað til almennra undanþága Rómarsamningsins frá frjálsum flutningi vara, sbr. sérstaklega 36. gr. Rómarsamningsins (sbr. 13. gr. EES).⁵⁹

3.3.8.1.4 Réttaráhrif

Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. frumvarpsins skulu aðildarríkin tryggja að rafrænni undirskrift sé ekki synjað réttaráhrifa á þeim grundvelli einum að undirskriftin er í rafrænu formi, að hún er ekki studd fullgildu vottorði eða að hún er ekki studd vottorði vottunaraðila sem hlotið hefur opinbera staðfestingu. Aðildarríkin skulu tryggja að undirskriftir sem styðjast við fullgilt vottorð, útgefið af vottorðsaðila sem fullnægir skilyrðum viðauka II frumvarpsins, séu annars vegar talin fullnægja lagalegum áskilnaði um undirskrift og hins vegar að þau megi leggja fram sem sönnunargögn við málsmeðferð fyrir dómi með svipuðum hætti og eiginhandarundirskriftir (2. mgr. 5. gr.).

3.3.8.1.5 Skaðabótaábyrgð

Samkvæmt 1. mgr. 6. gr. frumvarpsins skulu aðildarríkin tryggja að vottunaraðili beri skaðabótaábyrgð vegna útgáfu fullgilds vottorðs gagnvart þeim sem með réttu átti að mega treysta eftirfarandi atriðum varðandi vottorð:

- a) sannleiksgildi allra upplýsinga sem fram komu í fullgilda vottorðinu frá og með þeim degi sem það var gefið út, nema vottunaraðili hafi tiltekið annað;
- b) að farið hafi verið að fyrirmælum tilskipunarinnar við útgáfu fullgilds vottorðs;
- c) að sá einstaklingur sem tilgreindur var í fullgildu vottorði hafi á útgáfutíma vottorðs haft umráð yfir undirritunartæki samsvarandi því staðfestingartæki sem vottorð tilgreinir eða veitir;

⁵⁹ Hér er beitt þeirri hefðbundnu aðferð að kveða á um lágmarkskröfur og frjálsan flutning vara á þeim grundvelli. Lágmarkskröfurnar geta síðan verið nánar útfærðar í stöðlum.

- d) að undirritunar- og staðreynslubúnaður vottunaraðila virki á réttan hátt.

Aðildarríkin skulu tryggja að vottunaraðili sé ekki ábyrgur vegna villu í fullgildu vottorði ef aðilinn getur sýnt fram á að hann hafi gert allar þær ráðstafanir sem raunverulega mátti ætlast til af honum til þess að sannreyna viðkomandi upplýsingar með forsvaranlegum hætti (2. mgr. 6. gr.). Aðildarríkin skulu tryggja að vottunaraðili geti sett skilyrði eða kveðið á um leyfilega notkun vottorðs. Þá skal vottunaraðili ekki bera skaðabótaábyrgð vegna notkunar sem ekki samræmist þessum skilyrðum (3. mgr. 6. gr.). Aðildarríkin skulu tryggja að vottunaraðili geti tilgreint hámarksfjárhæð tilfærslna sem eru vottaðar. Vottunaraðili skal ekki bera skaðabótaábyrgð vegna hærri fjárhæða en sem nemur því hámarki (4. mgr. 6. gr.). Ekkert í þessum ákvæðum (6. gr.) skal haggja við fyrirmælum tilskipunar 91/13/EEC um ósanngjarna skilmála í neytendasamningum (5. mgr. 6. gr.).⁶⁰ Samkvæmt þessu ákvæði virðist aðildarríki vera óheimilt að kveða á um lágmarksfjárhæð skaðabóta því slíkt er komið undir samningi aðila.⁶¹

3.3.8.1.6 Viðurkenning vottorða upprunninna utan EB

Í 7. gr. frumvarpsins segir að aðildarríkin skuli tryggja að vottorð útgefin af vottunaraðila í þriðja landi (ríki utan EB og eftir atvikum EES) njóti sömu stöðu og vottorð sem gefin hafa verið út af vottunaraðila sem staðfestu hefur innan EB enda sé eftirfarandi skilyrðum fullnægt:

- a) vottunaraðili fullnægi skilyrðum tilskipunarinnar og hafi fengið opinbera staðfestingu samkvæmt skoðunarkerfi einhvers aðildarríkis;
- b) vottunaraðili sem hefur staðfestu innan bandalagsins og fullnægir skilyrðum viðauka II ábyrgist vottorð vottunaraðila með sama hætti og eigin vottorð;
- c) vottun eða vottunaraðili sé viðurkenndur samkvæmt tví- eða fjöhlíða samningi milli EB og þriðju landa eða alþjóðlegra stofnana.

Þá kemur fram að Nefndin mun leitast við að liðka til fyrir gagnkvæmri viðurkenningu vottunaraðila á alþjóðavettvangi með samningarviðræðum. Af séreðli EES leiðir að íslenska ríkið hefur allt að einu fullar heimildir til þess að gera alþjóðlega samninga um gagnkvæma viðurkenningu vottorða.

3.3.8.1.7 Gagnavernd

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. frumvarpsins skulu aðildarríkin tryggja að vottunaraðilar og opinberir aðilar sem umsjón hafa með opinberri staðfestingu og eftirliti með vottunaraðilum virði ákvæði tilskipana 95/43/EC og 97/66/EC

⁶⁰ Um lögleiðingu tilskipunar 91/13/EEC á Íslandi, sjá 36. gr. a-d samningalaga nr. 7/1936.

⁶¹ Ríkjum er þó almennt heimilt að mismuna eigin þegnum (reverse discrimination). Slík mismunun getur þó vart talist heppileg með tilliti til samkeppnisstöðu íslenskra aðila.

sem lúta að gagnavernd. Að efni þessara tilskipana er nánar vikið síðar í þessari úttekt. Aðildarríkin skulu tryggja að vottunaraðili safni persónulegum gögnum aðeins að því marki sem nauðsynlegt er til útgáfu vottorða. Gögnum má ekki safna eða vinna í öðrum tilgangi án samþykkis þess sem gögnin varða (2. mgr. 8. gr.).

Aðildarríkin skulu tryggja, að beiðni undirritanda, að útgefið vottorð tilgreini eingöngu dulnefni í stað raunverulegs nafns undirritanda (3. mgr. 8. gr.). Með því á að staðfesta þau mikilvægu réttindi einstaklinga og annarra aðila að eiga þess kost að stunda rafræn viðskipti án þess að þurfa að láta uppi nafn eða annað auðkenni gagnvart viðsemjanda.

Aðildarríkin skulu tryggja að þegar undirritandi notar dulnefni séu opinberum aðilum fengin gögn um hver hann er eftir beiðni þar að lútandi og með samþykki viðkomandi einstaklings. Þar sem lögum samkvæmt er nauðsynlegt vegna rannsóknar opinbers máls vegna brota á reglum um rafrænar undirskriftir að ljóstra því upp hver notað hefur dulnefni skal skráð að það hafi verið gert og viðkomandi einstaklingi tilkynnt um afhendingu gagnanna eins fljótt og unnt er eftir að rannsókn málsins lýkur (3. mgr. 8. gr.).

3.3.8.1.8 Önnur atriði

Í 9. til 10. gr. frumvarpsins er að finna ákvæði um stofnun sérstakrar nefndar sem fjalla á um rafrænar undirskriftir og vera Nefndinni til ráðgjafar. Skylt er að leita álits nefndarinnar ef breyta á skilyrðum sem vottunaraðilar eiga að uppfylla samkvæmt viðauka II og ef setja á staðla um undirritunarbúnað samkvæmt 3. gr. frumvarpsins.

Í 11. gr. er að finna ákvæði um atriði varðandi landsrétt aðildarríkjanna sem þeim er skylt að upplýsa Nefndina um eins fljótt og unnt er. Í 12. gr. kemur fram að Nefndin skuli endurskoða framkvæmd tilskipunarinnar og skila skýrslu fyrir árslok 2002 hið síðasta. Í þeirri skýrslu skal m.a. taka tillit til þróunar í tækni og lagasetningu. Samkvæmt 13. gr. skulu aðildarríkin hafa sett nauðsynleg lög og stjórnvaldsfyrirmæli til lögleiðingar tilskipunarinnar fyrir árslok árið 2000, eins og áður segir, og tilkynna það Nefndinni. Í lögum aðildarríkjanna sem lögleiða tilskipunina skal annaðhvort vísað þar til hennar eða það gert við opinbera birtingu laganna.

3.3.8.1.9 Viðaukar I og II

Í viðauka I frumvarpsins eru reglur um efni fullgildra vottorða. Samkvæmt viðaukanum skal eftirfarandi koma fram í vottorði:

- a) tilgreining vottunaraðila sem gefur vottorð út;
- b) áreiðanleg tilgreining nafns eða dulnefnis þess sem vottað er um;
- c) önnur einkenni þess sem vottað er um, s.s. heimilisfang, umboð, greiðslugeta, lánstraust, virðisaukaskattsnúmer eða annað skattskráningarnúmer, ábyrgðir eða aðrar heimildir eða leyfi;

- d) staðreynslutæki sem samsvarar undirritunartæki sem sá hefur umráð yfir sem vottað er um;
- e) gildistími vottorðs;
- f) tilgreiningarnúmer vottorðs;
- g) rafræn undirskrift þess vottorðsaðila sem gefur vottorð út;
- h) takmörk leyfilegrar notkunar vottorðs ef einhver eru;
- i) takmörk bótaábyrgðar vottorðsaðila og hámark þeirra færslna sem vottorðið tekur til ef einhver eru.

Í viðauka II er getið um þau skilyrði sem vottorðsaðili verður að fullnægja ef vottorð frá honum eiga að teljast fullgild í skilningi frumvarpsins. Samkvæmt þeim verður vottunaraðili að:

- a) geta sýnt fram á nauðsynlegan áreiðanleika við vottun;
- b) geta afturkallað vottorð með skjótum og öruggum hætti;
- c) geta staðreynt með viðeigandi hætti hver sá er sem vottað er um og hæfi hans;
- d) hafa starfslið með sérkunnáttu, þjálfun, reynslu og réttindi nauðsynleg til starfseminnar o.s.frv.;
- e) nota áreiðanleg kerfi og undirritunartæki sem koma í veg fyrir að upplýsingum sé breytt og tryggja að þau sé ekki hægt að misnota; einnig að undirritunartæki tryggi dulkóðun og tæknilegt öryggi við staðreynslu undirskriftar;
- f) gera viðeigandi ráðstafanir gegn fölsun vottorða og tryggja leynd ef vottunaraðili sér sjálfur um gerð einkadulmálslykla;
- g) hafa nægilegt fjárhagslegt bolmagn til þess að starfa í samræmi við tilskipunina og þá sérstaklega að geta svarað skaðbótakröfum, t.d. með viðeigandi tryggingu;
- h) halda skrá yfir allar viðeigandi upplýsingar um útgefin vottorð og halda þeim til haga í hæfilegan tíma, sérstaklega til þess að geta afhent gögn til nota í dómsmálum. Slíkar skrár mega vera í rafrænu formi;
- i) hafa ekki í sinni vörslu eða afrita einkadulmálslykla sem vottunaraðili lét einstaklingum í té nema viðkomandi beinlínis óski eftir því;
- j) upplýsa neytendur áður en þeir gera samning með skýrum, skiljanlegum og tryggilegum hætti um nákvæma skilmála og skilyrði fyrir notkun vottorðs þ.á m. ábyrgðartakmarkanir, opinbera staðfestingu og málsmeðferð við kvartanir og úrlausn deilumála.

3.3.8.2 Lögleiðing tilskipunar EB á Íslandi

Ef umrætt frumvarp fær staðfestingu Ráðsins og Þingsins og verður síðan staðfest af Sameiginlegu EES-nefndinni munu Íslendingar verða að laga íslenskan rétt að ákvæðum tilskipunarinnar. Við sérhverja lögleiðingu tilskipunar vakna spurningar um það að hve miklu leyti gildandi réttur tryggir samræmi við tilskipun að óbreyttum lögum.

Rétt er að geta þess í upphafi að líklegt er að íslenskir dómstólar myndu telja rafrænar undirskriftir, sérstaklega þær sem studdar eru fullgildu vottorði, jafngilda eiginhandarundirskriftum við skýringu laga. Þá má telja nokkuð víst að íslenskir dómstólar myndu ekki hafna almennt rafrænum undirskriftum sem sönnunargögnum í dómsmálum eða telja rafrænt eðli þeirra eitt og sér leiða til þess að þær hefðu minni þýðingu við sönnunarmat en ella. Einnig mætti leiða líkur að því að óbreytt íslensk lög leiði til skaðabótaskyldu vottunaraðila.

Þrátt fyrir þetta er ljóst að nokkur vafi leikur á um ýmis þau atriði sem frumvarpið tekur til. Tilskipunin miðar að því að taka af allan vafa um gildi rafrænna undirskrifa og skapa þeim skýran lagagrundvöll. Það hefur mikla þýðingu fyrir þróun rafrænna viðskipta að helstu meginreglur séu skýrar og óumdeildar. Slíkar reglur gegna því mikilvæga hlutverki að skapa traust í viðskiptum og minnka líkurnar á því að upp komi deilur sem byggjast á óljósri réttarstöðu samningsaðila. Samkvæmt þessu verður að teljast æskilegt, ef ekki beinlínis skylt, að setja í íslensk lög og stjórnvaldsfyrirmæli fyrirmæli sem fylgja efnislega tilskipuninni, nái hún staðfestingu.

Eðlilegast virðist að meginefni tilskipunarinnar yrði lögleitt með lagasetningu og ákvæðum tilskipunarinnar fylgt nokkuð ítarlega og jafnvel bætt við öðrum fyrirmælum, t.d. um réttarsamband vottunaraðila og þess aðila sem vottað er um. Hugsa mætti sér að ákvæði um lögleiðingu yrðu hluti af heildarlögum um rafræn viðskipti. Að okkar mati er þó æskilegra að setja almenn lög um rafræna samningsgerð þar sem kveðið væri á um jafngildi rafrænna undirskrifa og eiginhandarundirskrifa að ákveðnum almennum skilyrðum uppfylltum en sérstök lög um rafrænar undirskriftir yrðu þá slíkum almennum ákvæðum til nánari fyllingar. Slík aðferð hefur einnig þann kost að hægt er að setja lög um rafræna samningsgerð þegar í stað meðan beðið er þróunar mála á vettvangi EB.

Þau ákvæði sem einsýnt þykir að fylgja verði með nákvæmni eru 1. og 2. gr. um gildissvið og skilgreiningar, 5. gr. um réttaráhrif, 6. gr. um skaðabótaábyrgð og 7. gr. um vottorð frá ríkjum utan EB (og væntanlega EES). Þá þyrfti væntanlega einnig að hnykkja á 2. ml. 1. mgr. 4. gr. og taka af tvímæli um að vottorð upprunnin frá öðrum ríkjum EES njóti sambærilegrar stöðu og innlend.

Í 3. og 4. gr. frumvarpsins koma fram fyrirmæli sem beint er til aðildarríkjanna og ekki er ástæða til þess að setja í lög að öðru leyti en áður er sagt. Í tengslum við opinbera staðfestingu vottunaraðila samkvæmt 2. mgr. 3. gr. frumvarpsins er væntanlega einfaldast að veita ráðherra heimild til setningar nánari reglna um slíkt með reglugerð, eftir atvikum með tilgreiningu þeirra almennu viðmiða sem

nefnd eru í málsgreininni.

Líklega er einna vandasamasta atriðið við hugsanlega lögleiðingu tilskipunarinnar eftirlits- og stjórnýsþátturinn. Það er einnig hann sem valda mun ríkinu einhverjum kostnaði til frambúðar. Að óbreyttu mun verða óheimilt að leyfisbinda starfsemi vottunaraðila. Samkvæmt þessu mun verða nauðsynlegt að gera breytingar á lögum nr. 121/1989 um skráningu og meðferð persónuupplýsinga til samræmis við fyrirmæli tilskipunarinnar. Ákvæði 25. gr. laganna á væntanlega við um vottunaraðila en samkvæmt því er þeim sem annast tölvuþjónustu fyrir aðra óheimilt án starfsleyfis, sem tölvunefnd veitir, að varðveita eða vinna úr upplýsingum um einkamálefni sem falla undir V. kafla þar sem fjallað er um fjárhagsmálefni og lánstraust. Hér vakna þó spurningar um hvort starfsemi sem ekki lýtur beinlínis að vottun á undirskrift heldur öðrum atriðum, svo sem lánstrausti og forræði bús, falli undir bann frumvarpsins við leyfisbindingu. Reglur tilskipunarinnar taka eingöngu til vottunar á undirskrift en ekki til annarra atriða, þannig að væntanlega er tilskipunin slíki leyfisbindingu ekki til fyrirstöðu. Ef slík starfsemi, t.d. vottun um fjárhag, yrði gerð leyfisskyld þyrfti þó að gæta almennra sjónarmiða Evrópuréttar.

Í annan stað kemur til álita hvaða aðili sé heppilegastur til þess að hafa eftirlit og umsjón með vottun. Það hlýtur að verða háð mati löggjafans en á það skal þó bent að tölvunefnd er samkvæmt núgildandi lögum ætlað að tryggja persónuvernd og framfylgja reglum um hana.⁶² Ekkert er þó því til fyrirstöðu að eftirlit verði falið fleiri en einum stjórnýsluaðila, t.d. ráðuneyti, og öðrum aðilum, t.d. tölvunefnd.

Í þriðja stað þyrfti að huga að leyfilegum refsingum vegna starfsemi sem bryti í bága við reglur tilskipunarinnar. Í þessu sambandi kemur til álita að hvaða marki fyrirmæli laga nr. 121/1989 um skráningu og meðferð persónuupplýsinga eru fullnægjandi.

Samkvæmt því sem nú hefur verið sagt um Evrópurétt eru allar horfur á því að reglur um rafrænar undirskriftir verði háðar reglum EB og EES. Að þessu athuguðu hlýtur að teljast heppilegt að laga íslenskar reglur að væntanlegum reglum EES, a.m.k. að því marki sem sæmileg vísar er fyrir því að reglur frumvarpsins verði staðfestar óbreyttar.

3.3.8.3 *Danskt frumvarp til laga um rafrænar undirskriftir*

Lokið var við samningu dansks frumvarps til laga um rafrænar undirskriftir (udkast til lov om digital signatur) í febrúar 1998 og það þá sent til umsagnar ýmissa aðila. Það vekur athygli að við gerð frumvarpsins virðist ekki hafa verið höfð nein hliðsjón af þróun mála á vettvangi EB. Þannig er hugtakanotkun frábrugðin og reglur að sumu leyti ósamrýmanlegar því frumvarpi að tilskipun

⁶² Tölvunefnd myndi væntanlega hafa eftirlit með reglum sem leiddi af tilskipunum 95/76/EC og 97/66/EC, sbr. 8. gr. frumvarpsins.

sem rakið var hér að framan.

Samkvæmt 1. gr. frumvarpsins ber að stuðla að og tryggja örugga og skilvirka notkun stafrænna miðla með því að kveða á um lágmarkskröfur til svokallaðra lyklamiðstöðva (nøglecenter) og stafrænna undirskrifta (digitale signaturer) með tilheyrandi lykлавottorðum. Lögin eiga enn fremur að tryggja sambærilega stöðu stafrænna samskipta og samskipta með pappír á öllum þeim sviðum þar sem stafræn samskipti geta þjónað sama markmiði og samskipti með pappír. Einnig eiga þau að skylda opinbera aðila til þess eiga stafræn samskipti við þá aðila sem óska þess. Samkvæmt þessu er tilgangur laganna þríþættur: að gera ákveðnar lágmarkskröfur til vottunarstarfsemi, gera stöðu stafrænna boða sambærilega skriflegum boðum og skylda opinbera aðila til þess að eiga stafræn samskipti við þá sem þess óska.

Samkvæmt 2. gr. frumvarpsins eiga lögin að taka til lyklamiðstöðva og til þeirra lykлавottorða sem þær gefa út og tengja lykлавpar við stafræna undirskrift einstaklings eða lögaðila, þannig að viðtakandi skeytis og meðfylgjandi stafrænnar undirskriftar geti fengið vissu um sendanda, að skeytið stafi frá honum og að efni þess hafi ekki verið breytt. Lögin eiga einnig að taka til samskipta opinberra aðila við einstaklinga og lögaðila.

Samkvæmt 3. gr. frumvarpsins eiga lögin ekki að taka til greiðslumiðlunar eða greiðslna sem lög um greiðslukort taka til. Kerfi sem bæði má nýta til stafrænnar undirritunar og greiðslumiðlunar skal gera þannig úr garði að neytandinn geti greint á milli þessa tvenns við einstaka ráðstöfun.

3.3.8.3.1 Skilgreining stafrænnar undirskriftar

Samkvæmt 1. mgr. 4. gr. frumvarpsins merkir lykлавpar samkvæmt lögnum einkaundirskriftarlykill og opinber undirskriftarlykill sem eru innbyrðis háðir þannig að stafrænt skeyti sem hægt er að afkóða með víðeigandi opinberum undirskriftarlykli sé einungis hægt að kóða með einkalyklinum. Samkvæmt 3. mgr. 4. gr. frumvarpsins merkir stafræn undirskrift samkvæmt lögnum það tölugildi sem fæst við að upplýsingar eru kóðaðar með aðstoð rafræns undirskriftarkerfis (et system til digital signatur) og einkaundirritunarlykli í lykлавpari stafrænnar undirskriftar. Í 3., 4. og 5. mgr. 4. gr. frumvarpsins eru orðin lyklamiðstöð (nøglecenter), lykлавhafi (nøgleindhaver) og tímaáritun (tidsstempel) skilgreind.

Samkvæmt þessu er skilgreining á stafrænni undirskrift ekki tæknilega hlutlaus eins og t.d. frumvarp að framangreindri tilskipun eða drög að lagafyrirmynd UNCITRAL um rafrænar undirskriftir. Í danska frumvarpinu er stafræn undirskrift beinlínis skilgreind með vísan til opinberrar dulkóðunar, sbr. umfjöllun hér að framan. Þrátt fyrir að dulkóðun sem þessi sé án efa sú sem nú virðist mikilvægust er afar óheppilegt að lagareglur fastskorði með þessum hætti rafrænar undirskriftir við tiltekna tækni enda er sú tækni sem rafrænar undirskriftir byggjast á í örri þróun.

Samkvæmt 5. gr. frumvarpsins merkir heimiluð lykلاميðstöð (autoriseret nøglecenter) einstakling eða lögaðila sem hefur fengið leyfi Telestyrelsen til að:

- 1) gefa út heimiluð lykлавottorð eða
- 2) gefa út lykлавottorð vegna heimilaðra stafrænna undirskrifta.

Í 2. og 3. mgr. 5. gr. frumvarpsins eru síðan heimiluð lykлавottorð og heimilaðar rafrænar undirskriftir skilgreindar með vísan til lágmarkskrafna laganna um þetta.

3.3.8.3.2 Réttaráhrif stafrænna undirskrifta

3. kafli frumvarpsins fjallar um notkun rafrænna undirskrifta. Þar er kveðið á um þrjár leiðir til þess að gera rafrænar undirskriftir sambærilegar eiginhandarundirskriftum. Ætlun höfunda frumvarpsins virðist vera sú að ein leið verði valin eftir að ýmsir aðilar hafa tjáð sig um frumvarpið.

Fyrsta leiðin (model framelding) felst í því að þar sem lög áskilja undirskrift sé því skilyrði fullnægt með heimilaðri rafrænni undirskrift. Ráðherra er þó heimilt að undanskilja ákveðin lagaákvæði. Ákvæðinu er ekki ætlað að taka gildi fyrir en 1. janúar 2001 eða degi síðar en tilskipun EB.

Önnur leiðin (model tilmælding) felst í því að þar sem lög áskilja undirskrift sé því skilyrði fullnægt með heimilaðri rafrænni undirskrift án heimildar ráðherra til þess að undanskilja ákveðin ákvæði. Ákvæðið á að taka gildi um leið og lögin.

Þriðja leiðin (kombinationmodellen) er svipuð þeirri fyrstu nema að því leyti að samkvæmt henni getur ráðherra kveðið svo á að rafrænar undirskriftir fullnægi skilyrðum laga.

Ekki er kveðið á um sönnunargildi eða almenn réttaráhrif rafrænna undirskrifta og hefur það verið gagnrýnt, m.a. í umsögn IT-sikkerhedsrådet.⁶³

3.3.8.3.3 Leyfisbinding

Samkvæmt 14. gr. frumvarpsins þarf leyfi Telestyrelsen til þess að gefa út heimiluð lykлавottorð eða lykлавottorð til heimilaðrar stafrænnar undirskriftar. Þá er kveðið nánar á um skilyrði fyrir útgáfu leyfis og afturköllun þess.

Þessi fyrirmæli danska frumvarpsins virðast vera í beinu ósamræmi við frumvarp EB um rafrænar undirskriftir sem rætt er hér að framan. Eins og áður segir áskilur 5. gr. frumvarps umræddrar tilskipunar að rafræn undirskrift sé viðurkennd, óháð því hvort vottunaraðili hefur fengið einhverja opinbera staðfestingu en danska frumvarpið virðist ekki gera ráð fyrir slíku. Einnig er mögulegt að ákvæðið gangi sem slíkt gegn fyrirmælum 59. gr.

⁶³ Sjá nánar Ruth Nielsen í IT rettslige emner [1998], bls. 85.

Rómarsamningsins hvað varðar vottorð sem stafa frá öðrum aðildarríkjum.⁶⁴

3.3.8.3.4 *Skadabætur*

Reglur frumvarpsins taka einvörðungu á réttarsambandi vottunaraðila og þess sem reiðir sig á vottorð. Samkvæmt þessu er ekki fjallað um samband undirritanda og viðtakanda vottorðs eða samband undirritanda og vottunaraðila. Reglurnar fela í sér hreina hlutræna ábyrgð vottunaraðila vegna ýmissa atriða og virðast vera óundanþægar hvað varðar bótafjárhæð. Reglur frumvarps EB gera hins vegar ráð fyrir því að geti vottunaraðili sýnt fram á að hann hafi gert allt sem í hans valdi stóð til þess að tryggja að vottorð væri rétt, þá eigi hann að vera undanskilinn bótaábyrgð (2. mgr. 6. gr. frumvarpsins). EB-frumvarpið gerir einnig ráð fyrir því að vottunaraðili geti takmarkað bótaábyrgð sína. Dönsku reglurnar virðast hér enn í ósamræmi við frumvarp EB.

3.3.8.4 *Er æskilegt að hafa hliðsjón af frumvarpinu við setningu reglna hér á landi?*

Samkvæmt því sem hefur verið rakið um dönsku frumvarpsdrögin eru þau í veigamiklum atriðum í ósamræmi við frumvarp Nefndar EB um rafrænar undirskriftir. Þá eru reglur danska frumvarpsins ekki tæknilega hlutlausar sem er eins og áður sagði óæskilegt þegar litið er til framtíðar. Hugtakanotkun þess er heldur ekki sérlega skýr eða gagnleg. Einnig kemur fram í frumvarpinu óþarfa hræðsla við að veita rafrænum undirskriftum sambærilega stöðu og eiginhandarundirskriftum sem er tvímælalaust sú stefna sem mörkuð hefur verið af EB og UNCITRAL, svo einungis stefnumótun þessara tveggja aðila sé nefnd. Að lokum virðast þær kvaðir sem dönsku frumvarpsdrögin leggja á vottunaraðila með tilliti til leyfa og skadabóta ekki til þess fallnar að stuðla að framgangi rafrænna viðskipta. Í stuttu máli eru dönsku frumvarpsdrögin ekki heppileg fyrirmynd íslenskrar lagasetningar.

3.3.8.5 *Rafrænar undirskriftir að íslenskum rétti*

Íslensk lög banna að engu leyti notkun rafrænna undirskrifta í viðskiptum. Á stöðu þeirra leikur þó ýmis vafi. Eins og áður hefur verið sagt er hins vegar vafasamt hvort rafrænar undirskriftir myndu teljast fullnægja skilyrðum settra laga sem áskilja undirskrift og hversu langt íslenskir dómstólar myndu ganga í þá átt að veita rafrænum undirskriftum sambærilega stöðu og eiginhandarundirskriftum.

Vottunaraðili virðist þurfa að fá leyfi tölvunefndar til starfsemi sinnar, sbr. 1. mgr. 25. gr. laga nr. 121/1989 um skráningu og meðferð persónuupplýsinga, og starfsemi hans myndi að öðru leyti lúta þeim lögum.

Við rafræna undirskrift koma yfirleitt við sögu þrjár aðilar: sendandi eða undirritandi, viðtakandi og, eftir atvikum, vottunaraðili. Hér verður stuttlega

⁶⁴ Sbr. t.d. Säger v. Dennemayer ECR [1991] I 4221.

gerð grein fyrir nokkrum megin sjónarmiðum sem eiga við um samband þessara aðila að óbreyttum lögum.

3.3.8.5.1 Samband sendanda og viðtakanda

Rafræn undirskrift er mikilvæg sönnun fyrir því að sendandi hafi raunverulega gengist við efni tiltekings samnings og þannig gefið viðtakanda viljayfirlýsingu tiltekings efnis. Um samband þessara aðila er nánar rætt á öðrum stöðum í þessari úttekt, s.s. um stofnun samnings, sönnunaratriði og neytendavernd.

3.3.8.5.2 Samband sendanda og vottunaraðila

Samband sendanda og vottunaraðila ræðst að megin stefnu af samningi þessara aðila. Í slíkum samningi yrði vafalaust kveðið á um meðferð á einkalykli, varðveislu hans, bótaskyldu einkalykilshafa gagnvart vottunaraðila o.s.frv. Samband þessara aðila er að sumu leyti sambærilegt sambandi kortafyrirtækis og korthafa en um greiðslukort hafa ekki verið sett almenn lög á Íslandi, ólíkt því sem er annars staðar á Norðurlöndum.⁶⁵ Samningur aðila lýtur almennum reglum samningaréttar. Í þessu sambandi ber sérstaklega að athuga að ákvæði 36. gr. laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggæringa, um ósanngjarna samningsskilmála og ákvæði 36. gr. a - d sömu laga, um neytendasamninga, setja samningsfrelsi aðila einnig nokkrar skorður.

Um samband aðila fer einnig að nokkru samkvæmt lögum nr. 121/1989 um skráningu og meðferð persónuupplýsinga en í 3. og 4. mgr. 25. gr. þeirra laga segir:

Starfsleyfishafa skv. 1. mgr. er, án samþykkis frá skráreiganda, óheimilt að nota upplýsingar þær, sem hann hefur veitt viðtöku, til annars en að framkvæma þá þjónustu sem samningur hans og skráreiganda varðar eða afhenda öðrum upplýsingarnar til vinnslu eða geymslu. Þegar sérstaklega stendur á, svo sem vegna skyndilegrar bilunar í tölvubúnaði, er aðilja þó heimilt að láta framkvæma tölvuvinnslu hjá öðrum enda þótt síðargreindi aðilinn hafi ekki starfsleyfi til slíkrar vinnslu. Gögnin og vinnslan skulu þó eftir sem áður vera á ábyrgð þess sem upphaflega tók að sér verkið að því er varðar ákvæði laga þessara.

Starfsleyfishafa er skylt að beita viðeigandi ráðstöfunum til þess að koma í veg fyrir að upplýsingar verði misnotaðar eða þær komist í hendur óviðkomandi. Dómsmálaráðherra getur í reglugerð sett nánari ákvæði um vörslu og meðferð tölvugagna hjá þeim sem annast tölvuþjónustu fyrir aðra.

Í IX. og X. kafla laganna er að finna fyrirmæli um skráningu og varðveislu

⁶⁵ Hér má til hliðsjónar benda á H 1996:3267 og H 1993:1240 sem báðir varða samskipti ábyrgðarmanns tryggingarvixils og greiðslukortafyrirtækis. Þá eru í samkeppnislögum ákvæði um eftirlit með greiðslukortastarfsemi.

upplýsinga og eftirlit sem myndu eiga við um vottunaraðila.

3.3.8.5.3 Samband viðtakanda og vottunaraðila

Um samband viðtakanda vottorðs og vottunaraðila myndi fara samkvæmt almennum sjónarmiðum samninga- og kröfuréttar. Á grundvelli almenns athafna- og samningsfrelsis er vottunaraðila heimilt að kveða á um meðferð, leyfilega notkun og gildistíma vottorðs. Þá er vottunaraðila einnig vafalaust heimilt að gera fyrirvara um bótaábyrgð sína eða takmarka hana við tiltekna fjárhæð með áskilnaði í vottorði. Allur áskilnaður vottunaraðila verður þó að vera í samræmi við fyrirmæli III. kafla samningalaga nr. 7/1936 og má þannig ekki vera ósanngjarn eða óhæfilega íþyngjandi fyrir þann sem tekur við vottorði.

Um bótaábyrgð vottunaraðila færi samkvæmt skilmálum vottunaraðila og almennum sjónarmiðum þar sem þeim sleppti. Samkvæmt þessu myndi bótaábyrgð vottunaraðila líklega grundvallast á sök nema vottunaraðili tæki á sig strangari ábyrgð. Nokkuð erfitt er að fjalla um nánari atriði sakarmats við aðstæður þar sem vottorð reynist rangt. Þó má benda á að væntanlega felst í vottorðsgjöf ábyrgðaryfirlýsing (garanti) um að þær upplýsingar sem þar koma fram séu réttar. Þetta mælir með ströngu sakarmati eða jafnvel ábyrgð án sakar á vissum atriðum vottorðs (sjá til hliðsjónar 2. mgr. 42. gr. laga nr. 39/1922 um lausafjárkaup). Væntanlega myndi sönnunarbyrðin um að vottorðsaðili hafi gert allar viðeigandi ráðstafanir til þess að ganga úr skugga um að upplýsingar væru réttar hvíla á honum með hliðsjón af möguleikum hans til slíkra ráðstafana og stöðu að öðru leyti.⁶⁶

3.3.9 Niðurstaða um rafrænar undirskriftir

Heimilt er að nota rafrænar undirskriftir í viðskiptum að óbreyttum íslenskum lögum. Margt er þó óljóst um einstök álitaefni. Í fyrsta lagi áskilja lög í ýmsum tilvikum undirskrift. Í slíkum tilvikum er ekki hægt að fullyrða að dómstólar myndu telja slíkum áskilnaði fullnægt með rafrænni undirskrift. Í annan stað er ekki hægt að fullyrða með öryggi að íslenskir dómstólar myndu almennt binda sömu réttaráhrif við rafrænar undirskriftir og eiginhandarundirskriftir. Í þriðja lagi skortir skýran lagaramma fyrir starfsemi vottunaraðila.

Að okkar mati er æskilegt að kveða á um það með lögum að rafrænar undirskriftir njóti sambærilegrar lagalegrar stöðu og eiginhandarundirskriftir að uppfylltum ákveðnum lágmarksskilyrðum. Mat á þýðingu rafrænnar undirskriftar ætti hins vegar ekki að vera of bundið, þannig að dómstólar gætu metið gildi rafrænnar undirskriftar eftir efni og aðstæðum á svipaðan hátt og gildi eiginhandarundirskrifta. Við nánari könnun á fyrirmælum laga um undirskriftir er ennfremur ekki útilokað að rétt þætti að undanskilja tiltekin

⁶⁶ Um dóma sem varða samband kreditkortafyrirtækis við móttakanda kreditkorta má benda á dóm Hæstaréttar í máli nr. 189/1997 frá 18. desember 1997: SÁÁ gegn Greiðslumiðlun hf. Visa Ísland.

lagafyrirmæli slíkum almennum fyrirmælum, t.d. með því að veita ráðherra reglugerðarheimild til slíks.

Vegna eðlis rafrænna viðskipta er augljóst að íslensk löggjöf verður að vera í takt við erlendan rétt. Af samningnum um EES leiðir einnig ýmsar takmarkanir á því hvernig haga má íslenskri löggjöf, sérstaklega hvað varðar starfsemi vottunaraðila og gildi erlendra vottorða. Að þessu athuguðu virðist liggja nokkuð beint við að taka ríkt tillit til þeirra sjónarmiða sem frumvarp EB er byggt á. Reyndar virðist ekki skynsamlegt að setja í íslensk lög ítarlegar reglur um rafrænar undirskriftir fyrir en frumvarp að tilskipun EB hefur hlotið staðfestingu eða ljóst er hverjar reglur muni gilda á þeim vettvangi.

3.4 Stofnun samninga í rafrænu formi

Réttaráhrif samninga felast í skuldbindingargildi þeirra sem einkum kemur fram í því að unnt er að leita aðstoðar ríkisvaldsins til fullnustu og efnda þeirra. Í lögum nr. 7/1936 um samninga, umboð og ógilda löggerninga (hér eftir skst. SML) er kveðið á um ýmis atriði viðvíkjandi stofnun og gildi samninga. Lögin taka til samningsgerðar með rafrænum aðferðum eins og annarrar samningsgerðar. Hér verður eingöngu rætt um þau atriði viðvíkjandi samningsgerð með rafrænum aðferðum sem telja má frábrugðin hefðbundinni samningsgerð og þar sem sérstök sjónarmið gætu átt við vegna sérstaks eðlis rafrænna samskipta. Að öðru leyti verður um efnið að vísa til almenns samningaréttar.

3.4.1 Hvenær er yfirlýsing „komin til“ aðila?

Loforð verða almennt bindandi þegar þau koma til vitundar loforðsmóttakanda. Fram að þeim tíma er loforðið ekki skuldbindandi sem m.a. lýsir sér í því að það verður afturkallað. Samkvæmt 7. gr. SML verður tilboð þannig afturkallað ef afturköllun var komið til loforðsmóttakanda áður eða samtímis því sem tilboð kom til vitundar hans. Afturköllun tilboðs er ákvöð og um ákvaðir almennt gildir að þær verða skuldbindandi þegar þær eru komnar til móttakanda. Af öðrum mikilvægum ákvöðum má t.d. nefna samþykki tilboðs samkvæmt 2. gr. SML og einnig fjölmargar yfirlýsingar sem gefnar eru eftir að til samnings hefur stofnast, t.d. uppsögn og riftun.

Skilyrðið um að yfirlýsing verði að koma til vitundar móttakanda til þess að hún verði skuldbindandi sýnist ekki valda neinum sérstökum vandkvæðum í tengslum við rafræn samskipti. Yfirlýsing kemst til vitundar móttakanda á sambærilegan hátt og skriflegar yfirlýsingar. Svo að þetta megi vera verður yfirlýsing að vera skiljanleg móttakanda eða efni hennar aðgengilegt honum með einhverjum hætti (t.d. með þýðingu þriðja manns). Ef móttakandi hefur þannig ekki nauðsynlegan vél- og hugbúnað til þess að hann geti kynnt sér efni rafrænna upplýsinga er yfirlýsingin ekki komin til vitundar hans, jafnvel þótt hann hafi mótttekið gögn. Fram að þeim tíma verður loforð ótvírætt afturkallað

samkvæmt 7. gr. SML.

Nokkur álitamál geta risið í tengslum við ákvörðun um það hvenær yfirlýsing telst komin til aðila í skilningi SML. Í athugasemdum við 2. gr. SML segir svo um orðalagið „komin til“ að átt sé við að svar sé komið þangað sem búast megi við að tilboðsgjafi geti kynnt sér það ef hann vill, t.d. bréf afhent á heimili skrifstofu viðtakanda, látið í bréfkassa á hurð hjá honum eða í pósthólf hans. Samkvæmt þessu verða sendar rafrænar upplýsingar að uppfylla það lágmarksskilyrði að vera í formi sem búast má við að sé aðgengilegt viðtakanda. Ef rafrænar upplýsingar eru sendar í formi sem búast má við að óaðgengilegt sé viðtakanda af einhverjum ástæðum, t.d. vegna vél- og hugbúnaðar sendanda og viðtakanda, vegna dulkóðunar sendanda o.s.frv., eru upplýsingarnar ekki komnar til viðtakanda, jafnvel þótt hann hafi mótttekið gögnin sem slík. Eftir atvikum myndi viðtakanda stundum vera skylt að tilkynna sendanda um að upplýsingar frá honum séu óaðgengilegar, sbr. til hliðsjónar 4. gr. SML um það þegar samþykki berst of seint. Þá má einnig hugsa sér að viðtakandi geti látið einhvern þriðja aðila koma upplýsingum í skiljanlegt form innan einhvers hæfilegs tíma, t.d. með svipuðum hætti og sá sem fær skriflegt samþykki tilboðs á tungumáli sem hann ekki skilur getur látið þriðja aðila þýða það á sína eigin tungu.

Ef upplýsingar eru almennt skiljanlegar viðtakanda með þeim vél- og hugbúnaði sem hann ræður yfir vakna spurningar um hvenær þær hafi komið til viðtakanda. Enn verður að miða við meginregluna um hvenær búast mátti við að viðtakandi gæti kynnt sér efni upplýsinga. Ef upplýsingar eru t.d. aðgengilegar viðtakanda hjá vefþjóni hans eða jafnvel komnar í minni einmenningstölvu hans eru þær honum augljóslega aðgengilegar ef hann á annað borð hefur áhuga á því að kynna sér þær. Oft myndi málið liggja nokkuð skýrt fyrir með því að viðtakandi hefði gefið sendanda upp ákveðið tölvupóstfang eða að tölvupóstfang hans er opinberlega skráð. Þá myndi hugbúnaður sendanda oft geta sagt til um hvort skeyti hafi komist á áfangastað.

Að lokum skal hér minnst á 2. og 3. gr. SML um samþykkisfresti. Samkvæmt 2. gr. verður samþykki tilboðs að hafa komið til tilboðsgjafa áður en samþykkisfrestur er útrunninn. Í 3. gr. segir að ef enginn samþykkisfrestur er tiltekinn verði samþykki að vera komið til hans áður en liðinn er sá tími, sem hann mátti ætla að til þess þyrfti, er hann gerði tilboðið. Sé eigi annað ljóst af atvikum málsins skal frestur þessi reiknaður svo að gert sé ráð fyrir að tilboðið komi fram á réttum tíma, að gagnaðili hafi nægilegan tíma til umhugsunar áður en hann svarar og að svari hans seinki eigi á leiðinni. Sé tilboð gert með símskeyti skal svara því með símskeyti ef svarið kemur eigi jafnsnemma fram með öðrum hætti. Samkvæmt þessu myndi tilboðshafa vera eftir atvikum skylt að notast við rafræn tjáskipti ef hann vildi tryggja að samþykki bærisk innan samþykkisfrests.

Þau atriði sem hér hefur verið minnst á verður að meginstefnu að meta í hverju tilviki fyrir sig samkvæmt almennum sjónarmiðum samningaréttar. Jafnvel þótt

rafræn samskiptatækni sé tiltölulega ný af nálinni eru framangreind álitamál í meginatriðum gamalkunn og engin ástæða til þess að ætla að til þurfi að koma sérstakar reglur um efnið.

3.4.2 Hvenær hefur orðsending verið send?

Um ýmsar tilkynningar nægir að þær séu sendar af stað á nógu tryggilegan hátt. Þannig segir t.d. í 39. gr. SML:

Nú hefur maður afhent tilkynningu skv. 4., 6., 9., 19., 28. og 32. gr. laga þessara til flutnings með síma, pósti eða öðru því flutningstæki sem gilt þykir að nota og kemur það þá eigi honum að sök þótt þeirri tilkynningu seinki eða hún komist eigi til skila.

Sambærileg regla kemur einnig fram í 61. gr. laga nr. 39/1922 um lausafjárkaup og 2. mgr. 33. gr. laga nr. 20/1954 um váttryggingarsamninga.

Páll Sigurðsson segir í Samningarétti sínum að reglan sé ekki algild, t.d. verði að telja að hún eigi einungis við um grandalausán tilkynningargjafa. Um þessi atriði og nánara efnislegt inntak reglunnar er fjallað í almennum samningarétti. Í fljótu bragði virðist ekkert því til fyrirstöðu að reglurnar eigi við um rafræn tjáskipti. Þannig fara sendingar tölvupósts oft þannig fram að sendandi flytur skeyti (þ.e. afhendir tilkynningu) til netþjóns síns sem sér um að koma því áfram til viðtakanda eða netþjóns viðtakanda þar sem skeytið er honum aðgengilegt. Ákvörðun afhendingar og afhendingartíma skeytis virðist því ekki vera neinum sérstökum erfiðleikum bundin. Í vissum tilvikum getur hugbúnaður sendanda þó gert honum kleift að afturkalla skeyti, jafnvel þótt það hafi verið sent af stað, en slíkt á þó fyrst og fremst við um sendingar í lokuðum kerfum.⁶⁷

40. gr. SML tiltekur að tilkynning sé send í flutningstæki sem gilt þykir að nota. Ákvæðið er auðvitað komið nokkuð til ára sinna og miðast orðalag þess við tækni þess tíma þegar það var samið. Í seinni tíð hefur verið almennt viðurkennt að dönskum rétti að gagnaflutningur með símbréfstækjum og EDI uppfylli skilyrði samsvarandi ákvæðis dönsku samningalaganna.⁶⁸ Við tölvupóstsendingar er yfirleitt notað svipað kerfi til gagnaflutnings og almennt séð virðist ekkert vera því til fyrirstöðu að þessi háttur á sendingu gagna sé gildur í skilningi 40. gr. Þetta gæti þó þurft að meta nánar með hliðsjón af hverju tilviki fyrir sig og af áreiðanleika viðkomandi gagnaflutningskerfis.

3.4.3 Niðurstaða um reglur um stofnun samninga

Ítarlega mætti fjalla um reglur samningaréttar um stofnun samninga með hliðsjón af rafrænum viðskiptum þótt hér sé látið nægja að benda á meginreglur

⁶⁷ Sjá nánar Internet.Jura, áður tilv., bls. 95.

⁶⁸ Internet.Jura, áður tilv., bls. 97.

og helstu sjónarmið. Í stuttu máli ráðast þessi atriði af skýringu á gildandi réttarheimildum. Engin þörf sýnist vera á því að setja nánari reglur um þessi atriði en þegar eru til staðar.

3.5 Sönnun um stofnun og efni samninga

Hér að framan hefur þegar að nokkru verið rætt um sönnunatriði í tengslum við þýðingu þess að samningar séu skriflegir, undirritaðir, o.fl. Undanfarandi umfjöllun miðaðist þó fremur við beinan lagaáskilnað um atriði sem þessi og þá hvort rafrænir samningar gætu og/eða ættu að teljast fullnægja slíkum áskilnaði. Í þessum kafla verður stuttlega vikið að almennum álitamálum viðvíkjandi sönnun um stofnun og efni rafræns samnings fyrir dómstólum. Ekki verður hjá því komist að þessi umfjöllun skarist nokkuð við það sem áður hefur verið sagt um formskilyrði og rafrænar undirskriftir.

Í tengslum við meðferð dómsmála mætti einnig fjalla almennt um möguleika á pappírslausri meðferð dómsmála í hluta eða heild, þ.e. pappírslausu réttarhari. Sérstaklega eru slíkir möguleikar áhugaverðir með hliðsjón af meðferð ýmissa minniháttar mála, s.s. meðferð gjaldþrotamála og áritunar aðfarabeidna, svo eitthvað sé nefnt. Slík meðferð myndi þó vart hafa neina þýðingu nema þau skjöl sem lögð eru fram með beiðni séu einnig í rafrænu formi (t.d. fjárnámsgerðir, skuldabréf o.s.frv.). Þrátt fyrir að þetta efni sé í sjálfu sér áhugavert þykir því ekki tilefni til þess að fjalla nánar um það í þessari úttekt.

3.5.1 Meginreglan um frjálst sönnunarmat og forræði aðila yfir sakarefninu

Í 44. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála (hér eftir skst. EML) kemur fram sú meginregla að dómari skeri úr því hverju sinni hvort staðhæfing um umdeild atvik telst sönnuð. Samkvæmt þessu er það almennt komið undir mati dómarans hvort sönnun hafi tekist eða hver beri hallann af ónógri sönnun. Samkvæmt þessu er hin almenna regla sú að sönnun og mat á sönnunarbyrði sé óformbundið samkvæmt íslenskum rétti. Við þetta er það að athuga að íslensk lög hafa þrátt fyrir framangreinda meginreglu að geyma ýmis sérstök fyrirmæli um sönnun og sönnunarbyrði. Þá ræðst sönnunarmat mjög af efnisreglum viðkomandi réttarsviðs og skyldum aðila samkvæmt þeim. Í samræmi við framangreind sjónarmið er aðilum ennfremur að meginreglu til í sjálfsvald sett á hverjum málsástæðum þeir reisa málatilbúnað sinn og hver gögn þeir leggja fram þeim til stuðnings, sbr. 46. gr. EML.

Samkvæmt framangreindu eru íslenskar réttarreglur því almennt ekki til fyrirstöðu að gögn í rafrænu formi séu með einum eða öðrum hætti lögð fram í dómsmálum og að dómari meti sönnunargildi þeirra. Hafa rafræn gögn, t.d. bókhaldsgögn úr tölvufærðu bókhaldi, raunar verið lögð fram athugasemdalaust fyrir íslenskum dómstólum um langt skeið. Venjulega hefur þetta þó verið gert þannig að gögnin hafa verið prentuð út og lögð fram sem skjöl. Dómskjöl þurfa

að vera aðgengileg við alla meðferð máls, t.d. við aðalmeðferð, sbr. 103. gr. EML. Íslenskir dómstólar hafa almennt yfir að ráða nægilegum tölvukosti og tengingum til þess að mögulegt væri að leggja fram gögn á tölvudisklingum eða jafnvel senda þau beint í tilekna tölvu viðkomandi héraðsdóms. Aðstæður og tölvukostur í dómsölum hamla því hins vegar að unnt sé að lesa og vísa til rafræna gagna við beina meðferð málsins, sérstaklega fyrir lögmenn sem ekki hafa tölvu fyrir framan sig í dómsal. Þá taka reglur um skjalavörslu dómstóla fyrst og fremst mið af áþreifanlegum skjölum.

Þessi atriði sem og venjur dómstóla í þessum efnum gera það að verkum að rafræn gögn munu almennt lögð fram í útprentuðu formi eða sem skjöl.

3.5.2 Rafrænir samningar og skjöl

Hér að framan er rætt um hvort rafræn gögn geti talist skjöl í skilningi laga. Athygli var vakin á því að lagaákvæði um skjöl eru mjög fjölbreytt og erfitt að slá föstum almennum sjónarmiðum um skýringu þeirra. Þá var komist að þeirri niðurstöðu að í a.m.k. sumum tilvikum ættu nokkuð ólík sjónarmið við um skjöl og rafræn gögn, t.d. með tilliti til móttöku, meðferðar og geymslu opinberra aðila. Um þýðingu rafræna gagna í tengslum við sönnun eiga þessi sérsjónarmið hins vegar almennt ekki við. Rafræn gögn geta verið jafn góð eða betri sönnun fyrir stofnun og efni samnings. Slíkt þarf þó að meta eftir því hversu trygg gögnin eru í hverju tilviki fyrir sig. Aukin tækni við rafræna samningsgerð, t.d. notkun rafræna undirskrifta, getur hins vegar vafalaust gert rafræn gögn að jafn tryggilegum sönnunargögnum og undirrituð skjöl.

Í X. kafla EML er mælt fyrir um skjöl og önnur sýnileg sönnunargögn. Í 67. til 69. gr. er fjallað um skyldu til afhendingar skjala. Í sambandi við þessi ákvæði skiptir litlu hvort rafræn gögn eru talin til skjala eða ekki því í 70. gr. er mælt fyrir um að sambærilegum reglum verði beitt um önnur sýnileg sönnunargögn. Þeim reglum verður án vafa beitt um rafræn gögn. Ef rafræn gögn eru dulkóðuð mætti t.d. kalla viðkomandi vörslumann fyrir sem vitni og leggja fyrir hann að þýða gögnin eftir því sem lög heimila. Dómari sem stendur frammi fyrir því að meta sönnunargildi rafræna gagna, t.d. áreiðanleika rafræna undirskrifta og efni undirritaðrar yfirlýsingar, getur nýtt sér heimildir 2. mgr. 2. gr. EML til að kveðja til sérfróða meðdómendur. Sömuleiðis gætu aðilar óskað mats- og skoðunargerðar um þessi atriði samkvæmt IX. kafla EML.

Í 71. og 72. gr. EML er mælt fyrir um sérstakt sönnunargildi tiltekinna skjala. Samkvæmt 71. gr. EML teljast opinber skjöl ófölsuð og efnislega rétt þar til annað sannast. Þýðingarmeira vegna þess efnis sem hér er rætt um er 72. gr. EML sem kveður á um að einkaskjal með eiginhandarnafni útgefanda teljist gefið út af honum með því efni sem það hefur að geyma þar til hið gagnstæða er sannað eða gert sennilegt. Í 2. mgr. 72. gr. EML er svo nánar rætt um meðferð máls ef fölsun er borið við, m.a. það að dómari getur þá eftir kröfu aðila lagt fyrir hlutaðeiganda að gefa sýnishorn af rithönd sinni.

Af þeim ástæðum sem þegar hafa verið ræddar á öðrum stað í þessari úttekt er vafasamt hvort rafræn gögn, undirrituð með rafrænni undirskrift, myndu verða talin til einkaskjala í skilningi 72. gr. EML. Ef ákvæðið er skýrt samkvæmt orðanna hljóðan er ljóst að svo er ekki enda eru rafræn gögn ekki eiginleg skjöl og rafrænar undirritanir eru ekki eiginlegar eiginhandarundirritanir. Auk þessa er tæplega rétt að beita reglu 72. gr. um rafrænar undirskriftir nema undirskriftirnar séu áreiðanlegar með svipuðum hætti og eiginhandarundirskriftir. Samkvæmt framangreindu myndi regla 72. gr. EML tæplega eiga við um rafræna samninga undirritaða með rafrænum undirskriftum. Hins vegar er alls ekki útlokað að dómstólar myndu beita svipuðum sjónarmiðum við mat á rafrænum samningum (t.d. á grundvelli lögjöfnunar, meginreglna laga eða eðlis máls), eftir atvikum eftir að hafa kannað áreiðanleika efnis rafrænna upplýsinga og undirskriftar, þótt erfitt sé að slá neinu föstu um efnið.

Við þetta er því að bæta að frumrit skjala hafa almennt meira sönnunargildi en eftirrit þeirra. Styðst sú regla að nokkru við 72. gr. EML sem nefnd er hér að framan. Eins og áður er rætt er erfiðleikum bundið að skilgreina frumrit rafræns samnings þar sem ekki er um að ræða ápreifanlegt skjal sem er undirritað. Þannig má segja að þau gögn sem viðtakandi fær í hendur séu afrit af þeim gögnum sem sendandi útbjó. Þau gögn sem samningsaðili legði fram fyrir dómi væru þannig eftirlíking í bókstaflegri merkingu. Eins og rætt hefur verið í tengslum við rafrænar undirskriftir er hins vegar tæknilega hægt að staðreyna efni þess skjals sem ritað var undir með tiltekinni rafrænni undirskrift. Ef rafræn gögn eru þannig þess eðlis að unnt er að sannreyna að þau séu þau sama efnis og þau sem ritað var undir virðist ekkert mæla á móti því að þau njóti sömu stöðu að lögum og frumrit. Líklegast er að íslenskir dómstólar myndu haga sönnunarmati þannig að sérstakt eðli gagna sem þessara hefði áhrif við mat á sönnun og sönnunarbyrði. Sá vafi sem er á þessu gæti þó réttlæt að sett væri almenn regla um efnið sem þó takmarkaði ekki um of svigrúm dómstóla.

3.5.3 Erlendar reglur

Hér verður stuttlega gerð grein fyrir erlendum reglum sem sérstaka þýðingu þykja hafa fyrir íslenska lagasetningu um efnið. Þessar reglur hafa flestar áður verið ræddar í tengslum við formaskilyrði samninga og rafrænar undirskriftir.

3.5.3.1 Lagafyrirmynd UNCITRAL og drög að frekari reglum

Lagafyrirmynd UNCITRAL er byggð á þeim sjónarmiðum sem lýst hefur verið hér að framan. M.ö.o. miða reglurnar að því að tryggja rafrænum gerningum sambærilega stöðu og skriflegum gerningum ef rafrænir gerningar tryggja sömu hagsmuni a.m.k. jafn vel og skriflegir. Samkvæmt 5. gr. lagafyrirmyndarinnar skal það ekki hafa áhrif á lagalegt gildi eða réttaráhrif upplýsinga að þær eru í rafrænu formi. Samkvæmt því sem þegar er sagt um íslenskan rétt verður að telja að þessari reglu sé þegar fylgt að íslenskum rétti. Í 6. gr.

lagafyrirmyndarinnar er mælt fyrir um almenna reglu um sambærilega viðurkenningu rafrænna gagna og skriflegra. Í 7. gr. er sérstaklega kveðið á um undirskriftir. Í 8. gr. lagafyrirmyndarinnar er síðan sérstaklega fjallað um þýðingu frumrita:

(1) Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by a data message if: (a) there exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise; and (b) where it is required that information be presented, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be presented.

(2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being presented or retained in its original form.

(3) For the purposes of subparagraph (a) of paragraph (1):

(a) the criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and

(b) the standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances.

Í 9. gr. lagafyrirmyndarinnar er sérstaklega fjallað um sönnunarfærslu og sönnunarmat fyrir dómi.

(1) In any legal proceedings, nothing in the application of the rules of evidence shall apply so as to deny the admissibility of a data message in evidence: (a) on the sole ground that it is a data message; or, (b) if it is the best evidence that the person adducing it could reasonably be expected to obtain, on the grounds that it is not in its original form.

(2) Information in the form of a data message shall be given due evidential weight. In assessing the evidential weight of a data message, regard shall be had to the reliability of the manner in which the data message was generated, stored or communicated, to the reliability of the manner in which the integrity of the information was maintained, to the manner in which its

originator was identified, and to any other relevant factor.

Hér er í raun um talsverða endurtekningu eða áréttingu á fyrri reglum að ræða viðvíkjandi sönnunarfærslu fyrir dómi sérstaklega. Ef efnisreglur svipaðar þeim sem fram koma í 5., 6., 7., og 8. gr. yrðu leiddar í lög á Íslandi má telja fullvíst að staða rafrænna gerninga sem sönnunargagna um stofnun og efni samnings fyrir dómi væri tryggð án þess að sérstaklega þyrfti að kveða á um það. Reglan hittir líklega frekar í mark í réttarkerfum þar sem sönnun er með formbundnari hætti en gerist hér. Regla 2. mgr. felur reyndar í sér ágæta leiðbeiningu um sönnunarmat og hefur þannig upplýsingagildi en bætir vart neinu við almenn sjónarmið íslensks réttarfars.

Um framangreindar reglur lagafyrirmyndar UNCITRAL er það almennt að segja að þær veita ágæta leiðbeiningu um helstu atriði lagasetningar um rafræn viðskipti. Þær eru almennar, tæknilega hlutlausar og binda ekki hendur dómstóla um of við mótun reglna um rafræn viðskipti til frambúðar. Hins vegar er mörgum reglum UNCITRAL-lagafyrirmyndarinnar beinlínis ofaukið með hliðsjón af íslenskum rétti sem að mörgu leyti er þegar í samræmi við reglur hennar.

3.5.3.2 Frumvarp að tilskipun EB um rafrænar undirskriftir og rafræna samninga

Frumvarp að tilskipun EB um rafrænar undirskriftir hefur að geyma mikilvæga sönnunarreglu í 5. gr. sem áður hefur verið rakin. Reglan tekur hins vegar eingöngu til rafrænna undirskrifta og vottorða vottunaraðila. Í 1. mgr. 5. gr. frumvarpsins er að finna almenna reglu um að rafrænt eðli undirskrifta skuli eitt og sér ekki útiloka viðurkenningu eða réttaráhrif. Sama á við ef undirskrift styðst ekki við fullgilt vottorð í skilningi frumvarpsins. Óþarft virðist að leiða þessa reglu í íslensk lög sem útiloka örugglega ekki sönnunargildi rafrænna undirskrifta vegna rafræns eðlis þeirra.

Í 2. mgr. 5. gr. er svo að finna mikilvæga reglu sem skoða mætti sem nánari útfærslu á skilyrðum 7. gr. lagafyrirmyndar UNCITRAL. Í ákvæðinu er kveðið á um hvenær má skoða rafræna undirskrift sem jafngilda eiginhandarundirritunar, bæði í skilningi sérstakra lagaákvæða og sem sönnunargagn í dómsmálum.

Ef tekin yrði sú stefna að lögfesta fyrst í stað almennt ákvæði um rafrænar undirskriftir í almennri löggjöf um rafræna samningagerð gæti síðari lögfesting tilskipunar EB þannig verið því almenna ákvæði til skýringar og fyllingar án þess að um ósamræmi væri að ræða. Reglur frumvarpsins einar og sér eru hins vegar ófullnægjandi að því leyti að þær fjalla eingöngu um rafrænar undirskriftir en ekki önnur atriði s.s. skilyrði um að gerningur sé skriflegur, að hann sé í frumriti o.s.frv. Í frumvarpi Nefndarinnar til tilskipunar um rafræn viðskipti er hins vegar kveðið sérstaklega á um gildi rafrænna samninga. Í 1. mgr. 9. gr. frumvarpsins segir eftirfarandi:

Member States shall ensure that their legislation allows contracts to be concluded electronically. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither prevents the effective use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effects and validity on account of their having been made electronically.

3.5.3.3 *Danskt frumvarp til laga um rafrænar undirskriftir*

Í dönsku frumvarpsdrögunum er fjallað um þrjár mismunandi leiðir sem fara má til þess að stuðla að jafngildi rafrænna undirskrifa samkvæmt ákvæðum laga sem mæla fyrir um að samningar skuli undirritaðir. Hins vegar er í frumvarpsdrögunum engin almenn regla um jafngildi eiginhandarundirritunar og rafrænnar undirritunar sambærileg þeim sem áður hefur verið bent á að séu í lagafyrirmynd UNCITRAL og frumvarpi að tilskipun EB. Þá er í frumvarpsdrögunum ekki kveðið sérstaklega á um sönnunargildi rafrænna undirskrifa. Einnig er því við að bæta að samkvæmt frumvarpinu gætu ákveðnar rafrænar undirskriftir fallið utan reglna frumvarpsins, t.d. undirskriftir sem ekki samræmdust skilgreiningu þess á rafrænni undirskrift og undirskriftir sem veittar væru samkvæmt vottunarkerfi aðila sem ekki hefði fengið tilskilið leyfi. Samkvæmt framangreindu er umhugsunarefni hvort reglur danska frumvarpsins þjóni því yfirlýsta markmiði sínu að gera stöðu rafrænna tjáskipta sambærilega stöðu skriflegra tjáskipta.

3.5.4 **Niðurstaða um sönnunatriði**

Íslenskar réttarreglur útiloka engan veginn að rafræn gögn verði notuð sem sönnunargögn eða hafi þýðingu um mat á sönnun. Hins vegar er erfitt að spá nákvæmlega fyrir um það hvernig íslenskir dómstólar myndu meta tiltekin rafræn gögn, til dæmis rafrænar undirskriftir. Í því efni mun væntanlega ráða mestu áreiðanleiki þeirrar tölvutækni sem á í hlut hverju sinni.

Ef ákveðið yrði að setja reglur um þessi atriði væri æskilegt að hafa í huga meginreglu íslensks réttarfars um frjálst sönnunarmat dómstóla. M.ö.o. væri ekki rétt að binda hendur þeirra um of með ítarlegum og formbundnum reglum. Í þessu sambandi virðist óþarfi að kveða sérstaklega á um sönnunargildi rafrænna upplýsinga svipað og gert er í 9. gr. lagafyrirmyndar UNCITRAL. Efnisreglur sem kvæðu á um sambærilega stöðu rafrænna gerninga og skriflegra gerninga og rafrænna undirskrifa og eiginhandarundirskrifa að uppfylltum ákveðnum almennum skilyrðum sýnast nægilegar í þessum efnum. E.t.v. kæmi til greina að setja almenna reglu um sambærilega stöðu rafrænna gerninga og frumrita að uppfylltum ákveðnum almennum skilyrðum, sbr. 8.gr. lagafyrirmyndar UNCITRAL. Einnig mætti einfaldlega bæta við 72. gr. EML nýrri málsgrein sem mælti fyrir um að ákvæðum 72. gr. yrði beitt þegar um er að ræða rafræna gerninga eftir því sem við gæti átt. Ákvæði sem þessi virðast þó strangt til tekið ekki nauðsynleg ef framangreindar efnisreglur hafa á annað borð

verið lögleiddar. Hins vegar gæti þetta verið til þess fallið að taka af vafa um gildi rafrænna samninga og stuðla að auknu trausti á rafrænni samningsgerð.

3.6 Ógildingarreglur samningaréttar

Ógildingarreglur íslensks samningaréttar koma einkum fram í III. kafla SML en auk þess er að finna ýmis sérákvæði um ógildi samninga í öðrum lagaboðum. SML var breytt með lögum nr. 14/1995 til samræmis við reglur EES um neytendasamninga, sbr. 36. gr. a –d, en um þau fyrirmæli er rætt á öðrum stað í þessari úttekt í tengslum við neytendavernd.

Rafrænir samningar þurfa eins og samningar almennt að vera gildir svo að þeir hafi tilætluð réttaráhrif. Að meginstefnu eiga almenn sjónarmið samningaréttar við um ógildi rafræna samninga. Hér verður einungis fjallað um ógildi rafrænna samninga að því marki sem sérstakt eðli slíkra samninga þykir gefa tilefni til.

3.6.1 Afbökun löggernings

Rafræn samskipti geta farið úrskeiðis þannig að þau boð sem send eru séu annars efnis þegar þau eru móttækin. Í 32. gr. SML er kveðið á um afbökun löggernings:

Löggerningur, sem vegna misritunar eða annarra mistaka af hálfu þess er gerði hann hefur orðið annars efnis en til var ætlast, er ekki skuldbindandi fyrir þann sem gerði hann ef sá maður, sem löggerningnum var beint til, vissi eða mátti vita að mistök hefðu átt sér stað.

Nú er löggerningur sendur í símskeyti og aflagast hann í meðförum símans og er hann þá eigi skuldbindandi fyrir sendanda í þeirri mynd sem hann kemur fram í, og það enda þótt móttakandi sé grandalaus. Sama gildir sé munnlegum löggerningi, sem boðbera er falið að skila, skilað röngum.

Eigi sendandi sök á mistökunum skal honum skylt að bæta móttakanda það tjón sem hann hefur orðið fyrir af þeim. Nú fær sendandi vitneskju um mistökin og skal hann þá, án ástæðulausrar tafar, skýra gagnadilja frá því ef hann ætlar að bera þau fyrir sig. Að öðrum kosti gildir löggerningurinn svo sem hann var er hann kom til móttakanda nema því aðeins að móttakandi hafi vitað um mistökin eða mátt um þau vita.

1. og 3. mgr. 32. gr. SML á bersýnilega við um rafræna samninga. Meiri vafi er á því hvort 2. mgr. 32. gr. SML verður beitt um sendingu rafrænna gagna samkvæmt rýmkandi lögskýringu eða lögjöfnun.

Þegar um afbökun upplýsinga er að ræða rís sú spurning hvor aðila, sendandi eða viðtakandi, eigi að bera áhættuna af afbökun. Þegar afbökun verður rakin til sakar (eftir atvikum eftirfarandi sakar, sbr. 2. ml. 3. mgr. 32. gr. SML) er ljóst

að sá sem ábyrgð ber á hinni saknæmu háttsemi ber áhættuna af afbökun. Slík sjónarmið eiga við um rafræna samninga eins og aðra samninga. Við sakarmat myndi m.a. koma til álita hversu tryggilega sendandi hefur staðið að sendingu, t.d. með tilliti til vél- og hugbúnaðar hans og hvernig viðtakandi getur staðfest móttækna upplýsingar, t.d. með samanburði tætigilda, vottun þriðja aðila, beiðni um staðfestingu sendanda o.s.frv.

Regla 2. mgr. 32. gr. SML tekur hins vegar til þess þegar báðir aðilar eru grandalausir um afbökun. Reglan hefur að geyma undantekningu frá því almenna sjónarmiði íslensks réttar að aðili sé bundinn við það sem gagnaðili má með réttu ætla að felist í yfirlýsingu gagnaðila (svokölluð traustkenning). Í athugasemdum við ákvæðið er undantekningin réttlætt með því að viðtakandi geti sagt sér sjálfum að engin vissa sé fyrir því að yfirlýsing hafi komist til hans í sömu mynd og hún hafði er sendandi gaf hana. Af þessum ástæðum, segir í athugasemdum, eru undantekningar látnar gilda um þau tvö tilfelli sem nefnd eru í ákvæðinu.

Framangreind rök ákvæðisins virðast ekki eiga skýlaust við um rafræn samskipti. Telja verður að rafræn miðlun upplýsinga sé mun öruggari en sending símskeytis eða sending skilaboða með sendiboða. Mjög má efast um hvort rök reglunnar, um að viðtakandi geti sagt sér það sjálfur að engin vissa sé fyrir því að upplýsingarnar séu í þeirri mynd sem sendandi gaf, eigi við um rafræna miðlun upplýsinga. Þetta hlýtur þó nokkuð að fara eftir mati hverju sinni á viðkomandi rafrænum samskiptum. Í annan stað mælir það gegn rýmkun ákvæðis SML að um er að ræða undantekningarreglu frá annars almennt viðurkenndu sjónarmiði samningaréttarins. Í þriðja stað koma til athugunar þeir hagsmunir viðskiptalífsins að aðili verði að geta treyst þeim rafrænu upplýsingum sem hann móttækur.

Í Aftalaleloven med kommentarer [1993] segja Lennart Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard að samsvarandi ákvæði dönsku samningalaganna beri að rýmka þannig að þau nái einnig til „...telex, telefax, teletex og EDI“. Ekki er þessi fullyrðing nánar rökstudd en m.a. vísað til Mads Bryde Andersen, Lærebog í edb-ret, frá 1991. Ummæli Mads Bryde Andersen í riti hans Praktisk Aftaleret [1995] eru hins vegar ekki jafn fortakslaus. Andersen segir að góð rök standi til þess að beita ákvæðinu um tiltekna ótrygga rafræna upplýsingamiðlun (mindre sikre former for elektronisk kommunikation) en tekur einnig fram að mikill munur sé á þeim tilvikum sem nefnd eru í ákvæði samningalaganna og nútíma EDI-samskiptum. Á þessi atriði hefur ekki reynt fyrir dönskum dómstólum.

Væntanlega verður ekki meira fullyrt um þetta atriði en að meta verði þau rafrænu samskipti sem um er að ræða í hverju tilviki fyrir sig. Slíkt mat grundvallast á því hvort viðtakandi mátti treysta því að upplýsingar væru þær sömu og sendandi gekk frá. Samkvæmt framangreindu virðist réttast að líta svo á að ákvæði 2. gr. 32. gr. SML eigi ekki fortakslaust við um rafræna samningsgerð heldur fari slíkt eftir aðstæðum og mati hverju sinni.

3.6.2 Lögræðisskortur

Um löggerninga ófjárráða aðila er kveðið á í lögræðislögum nr. 71/1997. Í 1. mgr. 76. gr. laganna segir að löggerningar ólögráða manns, sem hann hafði ekki heimild til að gera, bindi hann ekki. Í reglu 78. gr. laganna er kveðið á um riftun og skilaskyldu vegna riftunar.

Við viðskipti á Netinu getur aðstaðan verið sú að aðila sé ókunnugt um hvort viðskiptamaður hans er fjárráða. Ekki sýnast nein rök standa til þess að sérsjónarmið eigi við um rafræn viðskipti ólögráða manns þrátt fyrir að það kunni að vera erfiðleikum bundið fyrir aðila að fullvissa sig um fjárræði viðskiptamanns síns. Með rafrænum undirskriftum og vottunum þriðja aðila mætti koma í veg fyrir vandkvæði sem þessi. Meðan svo er ekki gert verður verslunarmaður að bera áhættuna af því að viðskiptamaður hans sé ófjárráða fremur en hinn ófjárráða aðili sjálfur.

3.6.3 Ósanngjarnir samningsskilmálar

Samkvæmt 1. mgr. 36. gr. SML má víkja samningi til hliðar í heild eða að hluta eða breyta honum ef það yrði talið ósanngjarnt eða andstætt góðri viðskiptavenju að bera hann fyrir sig. Hið sama á við um aðra löggerninga. Við mat skv. 1. mgr. skal líta til efnis samnings, stöðu samningsaðila, atvika við samningsgerðina og atvika sem síðar komu til.

Hér er þess ekki kostur að fjalla ítarlega um 36. gr. SML. Hér verður aðeins bent á að þær aðstæður sem eru til staðar á Netinu geta ýtt undir það að 36. gr. SML komi til álita. Fyrst og fremst á þetta við um viðskipti neytenda en um þau efni er rætt síðar. Þannig geta þessi viðskipti byggst á stöðluðum samningsskilmálum annars aðila sem gagnaðili hefur lítil tók á að hafa áhrif á. Hér koma t.d. til álita samningsákvæði um ábyrgðir, galla o.fl. Um þetta efni verður að vísa til almenns samningaréttar.

3.6.4 Niðurstaða um ógildingarástæður samningaréttar

Ógildingarreglur samningaréttar eiga við um rafræna samninga. Viðvíkjandi ógildingarreglunum leikur helst vafi á því hvort 2. mgr. 32. gr. SML eigi við um rafræna upplýsingamiðlun og þá að hvaða marki. Hagfelldast virðist að dómstólar leysi úr þessum vandkvæðum á grundvelli almennra sjónarmiða samningaréttar. Í stuttu máli virðist engin þörf á því að endurskoða ógildingarreglur SML við lagasetningu um rafræn viðskipti.

3.7 EDI

Með EDI (Electronic Data Interchange) er átt við rafrænan flutning gagna frá

einni tölvu til annarrar samkvæmt fyrirfram ákveðnum staðli, þannig að hin fluttu gögn eru í tilteknu formi og kallast EDI-skeyti.⁶⁹ EDI-skeyti er sneið gagna (segment), búin til samkvæmt fyrirfram ákveðnum staðli, í rafrænu formi, tilbúin til sjálfvirkrar vinnslu. EDI-skeyti greina sig þannig frá t.d. tölvupósti að því leyti að tölvukerfi viðtakanda vinnur sjálfvirkt úr mótteknum gögnum í því formi sem þau berast.

EDI-samskipti fara almennt fram í lokuðum kerfum (intranet) eða með sérstökum gagnflutningslínunum (t.d. Value Added Network, skst. VAN), yfirleitt undir umsjón þriðja aðila (VAN operator).⁷⁰ Sendingarháttur EDI-gagna er þó ekki í öllum tilvikum rafrænn. Aðili getur komið EDI-gögnum til viðtakanda með því til dæmis að senda tölvudiskling í pósti.

Öryggi EDI-samskipta felst einkum í því að notast er við öruggt gagnaflytningakerfi. Óviðkomandi aðilar eiga þannig ekki að hafa aðgang að því. Slíkt öryggi er sérstaklega tryggt með VAN-flytningakerfum. Það er svo enn hægt að auka með ýmsum aðferðum sem þegar hafa verið nefndar í tengslum við samskipti í opnum kerfum, t.d. með dulkóðun og rafrænum undirskriftum. Við þetta er því að bæta að flytningur EDI-gagna í opnum kerfum, s.s. á Netinu, eykst stöðugt. Við slíkan flytning er öryggi ekki eins mikið og þegar gögn eru flutt í lokuðum kerfum eða VAN-flytningakerfum. Það má bæta með svipuðum aðferðum og ræddar hafa verið hér að framan í tengslum við opin kerfi.⁷¹ Í framtíðinni má eflaust búast við að blönduðum EDI-lausnum sem eftir atvikum fela í sér notkun á rafrænum undirskriftum og dulkóðun fjölgi á Netinu.

EDI er einkum ætlað að auðvelda sjálfvirka vinnslu gagna, minnka vinnu við skjalagerð, koma í veg fyrir mistök við skjalagerð og einfalda skjalavörslu, allt með það að markmiði að auka skilvirkni og minnka kostnað. Þrátt fyrir að tæknilega séu EDI-samskiptum lítil takmörk sett um efni henta þau sérstaklega vel þegar um er að ræða mikið magn upplýsinga í sama formi. Þannig er hægt að hugsa sér að EDI-skeyti (eða rammaseyti) samsvari útfylltu eyðublaði eða formi, t.d. þegar um er að ræða pöntun eða beiðni, staðfestingu einhverra tiltekinna upplýsinga, jafnvel fjárgreiðslu.

EDI-samskipti eiga sér talsvert langa forsögu sem ekki eru tók á að fjalla um

⁶⁹ EDI er þýtt sem SMT [skst. fyrir skjalasending milli tölva] í 1. gr. tollalaga nr. 55/1987, sbr. lög nr. 69/1996. EDI-skeyti er þýtt sem rammaseyti í sömu lagagrein.

⁷⁰ Samkvæmt 1. gr. tollalaga nr. 55/1987 skulu EDI-gögn send á slíkum línunum, sbr. svokallaðar X 400-línur.

⁷¹ Svokallað Light EDI tekur mið af opnum kerfum. Sendandi upplýsinga fer þá inn á vefsíðu viðtakanda og setur fram upplýsingar samkvæmt því formi sem birtist þar. Hugbúnaður viðtakandans sendir síðan gögnin sem EDI-skeyti í tölvu viðtakanda þar sem gögnin eru unnin. Af þessu leiðir að EDI-gagnaflytningur er aðeins í eina átt eða frá einum aðila til annars. Á vegum Margmiðlunar hf. er nú unnið að gerð kerfis sem þessa í samvinnu við Icepro.

hér.⁷² Hér á landi hafa EDI-samskipti tíðkast um nokkurt skeið. Sérstaklega hefur notkun EDI við tollafgreiðslu stuðlað að notkun EDI en með breytingum á tollalögum nr. 55/1987 árið 1996 var sérstaklega búið í haginn fyrir slíka afgreiðslu og kveðið á um að samskipti við töllyfirvöld fari að mestu fram með EDI frá og með 1. júlí árið 2000.⁷³ Upplýsingar um íslenska notendur EDI má nú finna á heimasíðu Icepro.⁷⁴

3.7.1 Samningur um EDI-samskipti

Til þess að EDI-samskipti geti átt sér stað þurfa aðilar að koma sér saman um fjölmörg tæknileg atriði viðvíkjandi þeim. Þannig þarf tölvubúnaður aðila að sjálfsgöðu að vera samhæfður ef einhver samskipti eiga yfirleitt að fara fram. Einnig þarf búnaðurinn að vera samhæfður hvað varðar form og úrvinnslu þeirra gagna sem eru send, t.d. merkingu skeyta, merkingu tiltekinna skammstafanna, merkingu tiltekinna gagna o.s.frv. Til þess að koma til móts við þessar þarfir hafa verið þróaðir ýmsir staðlar sem gilda um EDI samskipti.

Sá EDI-staðall sem einkum er notaður í ríkjum Evrópu, þ.á m. á Íslandi, er hinn svokallaði UN/EDIFACT-staðall (United Nations Rules for Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport). EDIFACT hefur að geyma nauðsynlega staðla, skrár og leiðbeiningar um EDI-samskipti sem taka sérstaklega mið af viðskiptum með vörur eða þjónustu milli tveggja sjálfstæðra tölvukerfa. EDIFACT-staðallinn er birtur í sérstakri skrá sem nefnd er UNTDID (United Nations Trade Data Interchange Directory) og er á vegum UN/ECE (United Nations Economic Commission for Europe) og viðhaldið samkvæmt sérstökum reglum.⁷⁵ Í sumum tilvikum hafa fyrirtæki eða jafnvel heilar atvinnugreinar komið sér upp eigin stöðlum (proprietary EDI systems) sem stundum taka þó eitthvert mið af EDIFACT.

3.7.2 Samningur um réttarsamband aðila

Auk hinna tæknilegu atriða sem nefnd eru hér að ofan ræður samningur um EDI-samskipti (EDI interchange agreement) réttarsambandi aðila. Mjög misjafnt er hversu ítarlega er kveðið á um lagaleg atriði í EDI-samningum en

⁷² Umfjöllun um þróun EDI má t.d. finna á síðu ECE: www.unece.org/trade/untdid

⁷³ Sjá nánar lög nr. 121/1996.

⁷⁴ Sjá www.chamber.is

⁷⁵ UNTDID-skráin hefur að geyma: the UN/EDIFACT Application Level Syntax Rules (ISO 9735); the UN/EDIFACT Message Design Guidelines (MDG); the UN/EDIFACT Syntax Implementation Guidelines (SIG); the UN/EDIFACT Data Element Directory, EDED (a subset of UNTDED); the UN/EDIFACT Code List, EDCL; the UN/EDIFACT Composite Data Element Directory, EDCL; the UN/EDIFACT Segment Directory, EDSD; the UN/EDIFACT United Nations Standard Message Directory (UNSM), EDMD; Uniform Rules of Conduct for the Interchange of Trade Data by Teletransmission (UNCID); Explanatory material.

EDIFACT hefur ekki að geyma ítarlega umfjöllun um þessi efni. Íslenskar venjur í þessu sambandi virðast t.d. ekki standa til þess að ítarlega sé kveðið á um ýmis lagaleg atriði sem varða EDI-samskipti. Um þetta efni hafa verið útbúnar samningsfyrirmyndir af ýmsum ríkisstofnunum og alþjóðlegum stofnunum.

Elsti alþjóðlegi samningsstaðallinn um EDI-samskipti er að öllum líkindum reglur ICC (International Commercial Chamber) frá árinu 1987, svokallaðar UN-CID-reglur (Uniform Rules of Conduct for Interchange Trade by Teletransmission). Þessar reglur hafa verið þýddar á íslensku og kynntar af Icepro hér á landi og eru hluti af EDIFACT-staðlinum.

Nefnd Evrópubandalagsins hefur sent frá sér tilmæli til aðildarríkjanna um lagaleg atriði EDI ásamt samningsfyrirmynd. Tilmælin varða einnig EES.⁷⁶ Þau eru svohljóðandi:

1. That economic operators and organizations conducting their trading activities by EDI use the European Model EDI Agreement and its commentary, as set out in the Annexes hereto;

2. That Member States facilitate the use of this 'European Model EDI Agreement' and provide the most appropriate measures to that end.

Samningsfyrirmynd Nefndarinnar (European Model EDI Agreement) er nokkuð ítarleg og er þess ekki kostur að gera hér grein fyrir henni til hlítar. Í samningsfyrirmyndinni er vísað til EDIFACT-staðalsins og annarra alþjóðlegra og evrópskra staðla um tæknileg atriði. Aðilar gætu þó að sjálfsgöðu samið um annað. Þá er kveðið á um stofnun og gildi samnings, lagalega viðurkenningu aðila á EDI-skeytum, meðferð og staðfestingu á þeim, ráðstafanir til tryggingar EDI-skeyta gagnvart óviðkomandi þriðja aðila, verndun og skráningu upplýsinga og bótaábyrgð aðila. Samningsfyrirmynd Nefndarinnar virðist ekki vera notuð hér á landi. Í samræmi við tilmæli Nefndarinnar mætti hins vegar leggja það til að íslensk stjórnvöld hlutuðust til um kynningu fyrirmyndarinnar, t.d. í samvinnu við Icepro.

3.7.3 Meginreglan um samningsfrelsi aðila

EDI-samskipti byggjast á samningi aðila og eftir atvikum á samningi þeirra beggja við einhvern þriðja aðila sem hefur umsjón með gagnaflutningskerfi. EDI-samningar fela þannig í sér fjölmörg atriði, lagaleg atriði, framkvæmdatriði og tæknileg atriði. Réttarsamband aðila ræðst m.ö.o. af efni

⁷⁶ Tilmæli 94/820/EC: Commission recommendation of 19 October 1994 relating to the legal aspects of

electronic data interchange (Text with EEA relevance).

samnings þeirra og almennum sjónarmiðum samningaréttar.

Um EDI-samskipti gilda almennt svipuð sjónarmið og um rafræn viðskipti yfirleitt. Ýmis áskilnaður í lögum, s.s. reglur sem áskilja að samningur sé skriflegur, undirritaður o.s.frv., geta staðið í vegi fyrir notkun þessarar tækni. Um þessi atriði hefur áður verið rætt.

Þar sem þeir aðilar sem stunda EDI-samskipti eru yfirleitt bókhalds- og virðisaukaskattsskyldir, sbr. lög nr. 145/1994 um bókhald og lög nr. 50/1988 um virðisaukaskatt, kemur til álita hvort þessi lagafyrirmæli torveldi EDI-samskipti með reglum um geymslu fylgiskjala. Geymsluhagræði það sem fylgir notkun rafrænna gagna er auðvitað til lítils ef lög mæla fyrir um að rafræn gögn þurfi að geyma í útprentuðu formi. Nefnd á vegum fjármálaráðuneytisins hefur unnið að endurskoðun bókhaldsreglna í þessu augnamiði og er búist við að hún ljúki störfum fljótlega.

Samkvæmt framangreindu hlýtur löggjafinn fyrst og fremst að láta sig EDI-samskipti varða með setningu almennra reglna um rafræn viðskipti en síður með því að setja sérstakar reglur um EDI. Hið opinbera getur hins vegar hvatt til og stutt EDI með margvíslegum óbeinum hætti. Þannig getur hið opinbera stutt EDI-samskipti með því að gera tæknilega staðla aðgengilega í íslensku viðskiptalífi eins og raunar hefur verið gert í samvinnu við EDI-félagið og Icepro. Í annan stað getur hið opinbera gert aðgengilegar samningsfyrirmyndir, t.d. samningsfyrirmynd EB sem rædd er hér að framan. Þá hefur EDI-notkun hins opinbera vafalaust verulega þýðingu í sambandi við það hve þessi tækni er almennt notuð og viðurkennd og ber mönnum t.d. saman um að notkun íslenskra tollyfirvalda á EDI hafi mjög stuðlað að útbreiðslu EDI-samskipta á Íslandi.

4 Greiðslur og greiðslukerfi

Markmið rafrænna samninga eins og annarra samninga er að þeir séu efndir. Í efndum felst það sem skuldari á að greiða (með athöfn eða athafnaleysi) og það sem kröfuhafi á rétt á að fá eða öðlast.⁷⁷ Til efnda heyrir einnig að greiðslur fari fram á réttum tíma og á réttum stað. Með fullum efndum fullnægir skuldari skyldu sinni gagnvart kröfuhafa og þar með lýkur kröfuréttarsambandi aðila. Fáí kröfuhafi ekki fullar efndir samkvæmt aðalefni samnings (þ.e. efndir in natura) hefur það yfirleitt þær afleiðingar að honum eru til taks vanefndaúrræði, t.d. riftun, skaðabætur og afsláttur. Efndir samninga og afleiðingar vanefnda eru fyrirferðarmikið viðfangsefni kröfuréttar sem ekki eru tók á að ræða til neinnar hlítar í úttekt sem þessari. Hér verða efndir rafrænna samninga athugaðar lítið eitt með hliðsjón af sérstöku eðli þessara samninga. Í því sambandi kemur fyrst og fremst til álita hvernig fé- eða peningagreiðslum samkvæmt rafrænum samningum verður nánar háttað í rafrænum viðskiptum. Um greiðslur að öðru

⁷⁷ Páll Sigurðsson, Kröfuréttur [1992], bls. 127.

leyti vísast til almenns kröfuréttar.

4.1 Staðgreiðsluviðskipti og viðskipti með greiðslufresti

Með staðgreiðslukaupum er átt við að aðili taki við hagsmunum samkvæmt samningi (t.d. söluhlut, þjónustu, o.s.frv.) um leið og hann borgar fyrir þá. Ef hins vegar einhver tími á að líða á milli greiðslna aðila er um að ræða viðskipti með greiðslufresti. Í kaupum með greiðslufresti getur greiðsla kaupverðs þannig farið fram eftir að söluhlutur hefur verið afhentur. Greiðslurnar geta farið fram í áföngum og er þá um afborgunarkaup að ræða.

Um staðgreiðsluviðskipti gilda nokkuð ólíkar reglur samanborið við kaup með greiðslufresti.⁷⁸ Sérstaklega koma hér til álita ákvæði 14. til 16. gr. laga nr. 39/1922 um lausafjárkaup (hér eftir skst. KPL) sem eftir atvikum geta átt við önnur viðskipti en lausafjárkaup samkvæmt löggjöfnun eða rökum sínum. Í 14. gr. KPL kemur fram sú meginregla um staðgreiðsluviðskipti að seljandi sé ekki skyldur til þess að láta af hendi söluhlut nema kaupverðið sé samtímis greitt enda sé kaupandi ekki skyldur til þess að láta af hendi kaupverð nema hann fái samstundis söluhlut til umráða. Regla 15. gr. KPL kveður á um staðgreiðslukaup þegar svo hefur verið um samið að söluhlut skuli senda frá afhendingarstað. Samkvæmt ákvæðinu heimilar regla 14. gr. KPL þá seljanda ekki að láta vera að senda hlutinn en varna má hann því að kaupandi fái hlutinn í sínar vörslur meðan kaupverðið er enn ógreitt. Þetta getur seljandi gert t.d. með póströfu eða með því að nota farmskírteini sbr. 16. gr. KPL.

Staðgreiðsluviðskipti þurfa ekki nauðsynlega að snúast um greiðslu peninga gegn afhendingu einhverrar vöru eða þjónustu. Um staðgreiðsluviðskipti er einnig að ræða ef aðilar taka við fullnaðargreiðslum á sama tíma enda þótt hvorug greiðslan feli í sér peninga. Þannig getur t.d. annar aðilinn greitt með kröfu á hendur þriðja manni eða ávísun í stað reiðufjár. Slík viðskipti teljast þá skipti fremur en kaup, en um skipti verður þó beitt svipuðum sjónarmiðum og um kaup sbr. 2. mgr. 2. gr. KPL.

Staðgreiðsluviðskipti eru þau viðskipti sem veita báðum aðilum einna mest öryggi með tilliti til efnda kröfu. Ljóst er að aðferðir við staðgreiðsluviðskipti á Netinu hafa verulega þýðingu fyrir þróun rafrænna viðskipta. Hefðbundnir greiðslumiðlar eru hins vegar rafrænum staðgreiðsluviðskiptum nokkuð til fyrirstöðu. Ef seljandi vöru á Netinu (t.d. ákveðinna rafrænna gagna) vill selja hana gegn staðgreiðslu verður kaupandinn að geta greitt fyrir vöruna um leið og (rafræn) afhending fer fram. Slíkt getur í stórum dráttum einungis gerst ef kaupandinn hefur tök á því að inna af hendi greiðslu með rafrænum hætti. Slíka greiðslu er t.d. unnt að inna af hendi með millifærslu peninga á bankareikning seljanda, greiðslu með kreditkorti eða með raffé.

⁷⁸ Sbr. t.d. lög um neytendalán nr. 121/1994.

Um staðgreiðsluviðskipti er því við að bæta að erfitt er að sjá að 14. gr. KPL geti átt við um rafræn viðskipti. Ákvæðið gerir ráð fyrir því að aðilar kaupsamnings séu báðir á sama stað og að hönd selji hendi með nánast bókstaflegum hætti. Í rafrænum viðskiptum eru greiðslur ætíð sendar með rafrænum hætti, jafnvel þótt sendingartími sé e.t.v. mjög skammur. Sjórnarmið 15. og 16. gr. KPL eiga því fremur við um rafræn viðskipti en 14. gr. KPL. Í þessu sambandi kemur til athugunar hvort eða hvernig seljandi geti varnað því að kaupandi fái söluhlut í sínar vörslur meðan kaupverðið er ógreitt en í því sambandi reynir á aðild milliliðs eða þriðja aðila að greiðslukerfi.

4.2 Meginsjónarmið um efnadastað peningagreiðslu

Sú meginregla hefur almennt verið talin gilda að íslenskum rétti að greiðslustaður peningagreiðslu sé hjá kröfuhafa enda standi samningur aðila ekki til annars. Í settum lögum er þó að finna nokkur ófrávíkjanleg fyrirmæli um efnadastað peningagreiðslu.⁷⁹ Sérreglur gilda einnig um greiðslu handhafaviðskiptabréfa, víxla og tékka, sbr. 3. mgr. 2. gr. víxillaga nr. 93/1933 og 2.-3. mgr. 3. gr. tékkalaga nr. 94/1933, sem ekki verða gerðar að umtalsefni hér.

Almennt er við það miðað að greiðsla hafi réttilega farið farið fram ef hún er komin til kröfuhafa á gjalddaga. Við mat á greiðslustað koma þannig til svipuð sjónarmið og áður eru rædd í tengslum við stofnun samninga og 7. gr. SML.⁸⁰ Ef skuldari greiðir með rafrænum greiðslumiðli verður samkvæmt þessu að telja að greiðsla sé réttilega komin til kröfuhafa ef hún er komin á þann stað þar sem skuldari mátti ætla að greiðslan væri kröfuhafa aðgengileg. Greiðsla er þannig ótvírætt greidd ef hún hefur verið send á tölvupóstfang sem kröfuhafi gaf upp og hefur þannig borist tölvu eða netþjóni kröfuhafa. Sama á að sjálfsögðu við ef greiðsla hefur verið færð inn á bankareikning kröfuhafa með rafrænum hætti. Kröfuhafi getur almennt gefið skuldara nánari fyrirmæli um hvert hann eigi að senda greiðslu, a.m.k. ef þetta veldur skuldara ekki neinu óhagræði.

4.3 Meginsjónarmið um greiðsluhátt peninga

Rafrænar greiðslur geta verið með fleiri en einum hætti. Í rafrænni greiðslu getur t.d. falist ávísun (t.d. á tiltekinn bankareikning), krafa á hendur þriðja manni (t.d. við notkun kreditkorts) eða eiginleg peningagreiðsla í rafrænu formi. Samkvæmt þessu verður að kanna að hvaða marki skuldari hefur val um hvers konar greiðsluform hann notar við efndir kröfu, þ.á m. hvort honum sé heimilt að fullnægja peningagreiðsluskyldu með rafrænum greiðsluhætti.

⁷⁹ Samkvæmt 2. mgr. 32. gr. húsaleigulaga er t.d. leigjanda ávallt heimilt að inna greiðslu af hendi í banka eða senda hana í pósti með sannanlegum hætti.

⁸⁰ Sjá nánar Bernhard Gomard, *Obligationsret 1. del* [1989], bls. 122-123.

Almennt gildir sú regla að kröfuhafi peningagreiðslu geti ákveðið greiðsluhátt eins lengi og sá háttur er í samræmi við það sem almennt gerist í sambærilegum kröfuréttarsamböndum enda standi samningur ekki til annars, sbr. til hliðsjónar meginreglu 5. gr. KPL. Skuldari getur því aðeins mótmælt þeim greiðsluhætti sem kröfuhafi mælir fyrir um að það valdi honum sérstöku óhagræði eða kostnaði.⁸¹ Skuldari hefur þó einnig nokkurt svigrúm til þess að velja greiðsluhátt.

Áður var almennt talið að skuldara bæri skylda til þess að efna fjárhagslega skyldu sína með greiðslu peninga. Bernhard Gomard segir um danskan rétt að þar í landi sé þó almennt viðurkennt að skuldari geti innt af hendi skyldu sína með tékka, millifærslu peninga á reikning kröfuhafa, með póstgírói, jafnvel þótt greiðsla eigi sér stað svo seint að kröfuhafi geti ekki innleyst tékka.⁸² Páll Sigurðsson bætir við í Kröfurétti [1992] að efndir geti ekki talist hafa farið fram fyrir en útséð er um hvort innistæða er fyrir tékka. Sama telur hann eiga við um önnur viðskiptabréf. Páll virðist einnig vera þeirrar skoðunar að skuldari geti, ef hann kýs, greitt með tékka og þurfi þá kröfuhafi að kanna hvort innistæða sé fyrir honum. Þetta byggir Páll á því hversu almenn notkun tékka er. Um greiðslur með greiðslukortum segir Páll hins vegar að gegni öðru máli með hliðsjón af sérstöku fyrirkomulagi greiðslukorta, enda hafi kröfuhafi ekki skuldbundið sig til annars.⁸³ Þó ber að hafa í huga varðandi greiðslukort að seljandi hefur yfirleitt gert samning við greiðslukortafyrirtæki um að taka við slíkum kortum. Til athugunar kemur hvort loforð hans til greiðslukortafyrirtækis feli í sér skyldu gagnvart korthöfum til að taka við greiðslukorti (þ.e. svokallað þriðja manns loforð).⁸⁴

Samkvæmt framangreindu er það mjög háð atvikum og því sem almennt tíðkast hvaða greiðslur teljast til réttar efnda peningakröfu. Almennt verður að telja að greiðslu með kreditkorti verði ekki jafnað til peningagreiðslu og að kröfuhafa sé ekki skylt að taka við slíkri greiðslu enda standi samningur ekki til annars. Ýmsa rafræna greiðslumiðla sem ræddir verða nánar hér á eftir, t.d. raffé, er erfiðara að segja til um. Væntanlega verður að meta hvort kröfuhafa er skylt að taka við slíkum greiðslum með hliðsjón af því hvort það valdi honum óhagræði og hvað almennt er tíðkanlegt í slíkum viðskiptum. Með svipuðum hætti verður að meta hvort kröfuhafi geti krafist þess að skuldari greiði með tilteknum

⁸¹ Gomard, áður tilv., bls. 121.

⁸² Gomard, áður tilv., bls. 122.

⁸³ Hér virðast geta komið upp nokkuð flókin fræðileg álitamál um það hvort samningur kröfuhafa við greiðslukortafyrirtæki sé grundvöllur skyldu hans gagnvart skuldara til þess að taka við greiðslukorti.

⁸⁴ Lúðvík Örn Steinarsson kemst að þeirri niðurstöðu í kandiðatsritgerð sinni um greiðslukortaviðskipti [1994] að skylda til þess að taka við greiðslukorti sé til staðar þegar kortmóttakandi hefur tekið á sig slíka skyldu gagnvart kortaútgefanda að ákveðnum skilyrðum uppfylltum.

rafrænum greiðslumiðli. Í rafrænum viðskiptum myndi háttur á greiðslufyrirkomulagi líklega liggja fyrir þegar við stofnun samnings.

4.4 Meginsjónarmið um gjaldmiðil

Aðilar geta almennt samið um í gjaldeyri hvaða lands krafa skuli efnd enda sé slíkur samningur í samræmi við ófrávíkjanleg ákvæði laga um gjaldeyrismál. Ef ekki er samið um þetta atriði er það almennt viðurkennd regla að skuldari geti efnt kröfu með greiðslu lögeysis viðkomandi lands.⁸⁵ Þegar um milliríkjaviðskipti er að ræða kemur til álita hvaða landslög gildi um efndir peningaskuldar. Oft myndu lög þess lands þar sem peningagreiðslu á að efna ráða efndum og þar með gjaldeyri. Um þetta atriði er nánar fjallað í kaflanum um lagaskil hér síðar.

4.5 Rafræn greiðslukerfi

Peningar hafa verið fluttir milli staða með rafrænum hætti um langt árabil. T.d. hafa bankar getað flutt peninga sín á milli í svokölluðu SWIFT-kerfi (Society for Worldwide Interbank Financial Transactions). Bankar hafa einnig komið sér upp lokuðum rafrænum kerfum sem hafa verið samtengd. Á grundvelli þeirra hafa verið starfræktir hraðbankar og rafræn greiðslukortaviðskipti átt sér stað. Þá hafa viðskiptavinir bankanna einnig getað notast við þessi kerfi bankanna og framkvæmt ýmsar aðgerðir í hraðbönkum eða síma, s.s. millifærslur og greiðslu reikninga. Kerfi sem þessi eru lokuð og er öryggi þeirra fyrst og fremst tryggt með aðgangi, eftirliti og stjórnun kerfisins.⁸⁶

Þegar um opin kerfi er að ræða, s.s. Netið, getur kerfið sem slíkt ekki tryggt að færslur séu öruggar. Eins og rætt var um í tengslum við rafrænar undirskriftir verður að tryggja með öðrum hætti að óviðkomandi þriðji aðili fái ekki aðgang að þeim upplýsingum sem ganga á milli aðila. Umfjöllun um þá tækni sem notuð er til þess að tryggja netþjóna, þau tölvukerfi sem á bakvið netþjónana standa og einmenningstölvur og samskipti þeirra í milli gegn aðgangi óviðkomandi þriðja aðila er utan efnismarka þessarar úttektar. Í grófum dráttum má þó segja að þær tæknilausnir sem nú er notast við á Netinu byggist á dulkóðun, sem tryggir samskipti gagnvart óviðkomandi aðilum. Þessar aðferðir gera það kleift að senda upplýsingar, t.d. kreditkortanúmer, með öruggum hætti. Hins vegar tryggja þær ekki öryggi greiðslumiðlunarinnar sjálfrar, þ.e. að viðtakandi greiðslu fái í raun og veru greiðslu í hendur.⁸⁷

⁸⁵ Sjá t.d. Pál Sigurðsson, Kröfurétt, áður tilv., bls. 131-133.

⁸⁶ Í eftirfarandi umfjöllun verður litið að mestu fram hjá EDI-viðskiptum sem fram fara með svokölluðum VAN-línum (Value Added Networks), lokuðum kerfum banka og greiðslukortafyrirtækja (EFTPOS; Electronic Funds Transfer at Point of Sale).

⁸⁷ Hér má minnst á svokallað SSL (Secure Socket Layer). Með SSL er samskiptamál Netsins

Helstu greiðslumiðlum, sem notaðir eru í Netviðskiptum í dag, má skipta í þrjá meginflokka:

- 1) rafrænar millifærslur milli bankareikninga og rafrænar ávísanir;
- 2) greiðslur með kreditkortum;
- 3) greiðslur með raffé.

Þessi mismunandi greiðslukerfi eru ólík um margt. Mismunandi kostir þeirra og gallar leiða til þess að kerfin hafa ólíkt notkunargildi. Til að mynda er raffé heppilegur máti ef greiða á lágar fjárhæðir eða ef greiðandinn vill njóta nafnleyndar í viðskiptunum. Með kreditkortum fær korthafi gjaldfrest til lengri eða skemmri tíma. Rafrænar millifærslur henta hins vegar ágætlega í staðgreiðsluviðskiptum þar sem háar fjárhæðir skipta um hendur. Með hliðsjón af þessum ólíku þörfum sem kerfunum er ætlað að þjóna verður að telja ólíklegt að aðeins eitt og sama greiðslukerfið verði notað í öllum rafrænum viðskiptum í framtíðinni.

4.5.1 Rafrænar millifærslur og rafrænir tékkar

Rafrænar millifærslur af einum bankareikningi yfir á annan hafa tíðkast um langt skeið á Íslandi með samtengdum tölvukerfum bankanna. Á síðustu árum hafa viðskiptamenn getað fengið aðgang að reikningum sínum á Netinu eða með svokölluðum innhringiaðgangi og framkvæmt þar ýmsar aðgerðir, t.d. millifærslur yfir á reikninga í öðrum íslenskum bönkum. Öryggi við þessar aðgerðir hefur fyrst og fremst byggst á notkun leyniorða og leyninúmera ásamt því að samskipti við netbanka eru dulkóðuð. Í sambandi við þessar millifærslur kemur til athugunar hvernig aðili getur orðið sér úti um sönnun fyrir því að færsla hafi átt sér stað. Hefðbundna aðferðin er auðvitað sú að kvittun er send í pósti til annars eða beggja aðila. Eins og áður hefur verið rætt í tengslum við rafrænar undirskriftir er hins vegar tæknilega mögulegt að útbúa slíkar kvittanir með rafrænum hætti, t.d. með rafrænni undirskrift banka sem vísaði til tiltekinnar færslu.

Nokkuð skyld beinum millifærslum er notkun svokallaðra rafrænna tékka. Rafrænir tékkar eru líkt og hefðbundnir tékkar ávísun útgefanda á úttekt af

(TCP/IP) dulkóðað þannig að upplýsingar sem sendar eru frá einni tölvu til annarrar, t.d. upplýsingar um kreditkortanúmer, eru í dulkóðuðu formi og eiga því að vera óaðgengilegar óviðkomandi þriðja manni ef hann kemst yfir þær. SSL hefur einnig aðra möguleika sem stuðla að öryggi, t.d. getur notandi staðreynt að hann sé í raun á þeirri vefsíðu sem gefin er í skyn. SSL á þannig að tryggja að notandi eigi samskipti við réttan aðila á Netinu og ennfremur að samskiptin séu óaðgengileg óviðkomandi þriðja aðila. Með þessu er að nokkru leyst úr öryggisvandamálum rafrænna viðskipta. Hins vegar tryggir þetta netverslunarmann lítt gagnvart viðskiptamanni. SSL má þannig e.t.v líkja við samskipti í gegnum síma; ef ákveðið númer er valið getur viðkomandi verið nokkuð viss um að hann sé að tala við réttan aðila og að samskipti séu ekki hleruð. SSL tækni er til staðar í þeim vefhugbúnaði sem ráðandi er á markaðnum, þ.e. vefsíða Netscape og Microsoft.

tilteknnum bankareikningi. Í rafrænum „tækka“ felst þannig áskorun til þriðja manns (banka) um að greiða tilteknnum aðila ákveðna peningaupphæð. Tékkaþafi framvísar tékkanum til rafrænnar greiðslujöfnunarstöðvar (Automated Clearing House; ACH) sem síðan sér um flytja peninga af reikningi tékkaútgefanda til tékkaþafa (Electronic Funds Transfers; EFT). Við öll þessi samskipti er unnt að nota tækni til þess að auka öryggi viðskiptanna, t.d. rafrænar undirskriftir og dulkóðun. Vottun þriðja aðila sem áður er rædd getur falið í sér ábyrgð á heimild tékkaútgefanda og greiðslugetu hans svipað og framvísun bankakorts í hefðbundnum tékkaviðskiptum. Um slíka vottun hefur áður verið rætt.

Rafrænir tékkar virðast ekki notaðir á Íslandi í neinum mæli. Rafrænir tékkar eru að öllum líkindum ekki tékkar í skilningi tékkaþafa nr. 94/1933 enda ekki skjöl. Þó er líklegt að við túlkun á ýmsum álitaeftum í tengslum við réttarstöðu aðila í slíkum tékkaviðskiptum megi hafa hliðsjón af ákvæðum tékkaþafa, eftir atvikum með lögjöfnun.

Rafrænir tékkar virðast vera notaðir þó nokkuð í Bandaríkjunum.⁸⁸ Alríkislög um rafrænan flutning fjár (Electronic Fund Transfer Act) skylda hins vegar aðila til þess að geyma prentað afrit færslu en þau ákvæði hafa þótt draga mjög úr hagkvæmni við pappírslausar peningafærslur.

Um stöðu rafrænna tékka að íslenskum rétti er margt óljóst. Væntanlega myndu lög nr. 131/1997 um rafræna skráningu verðbréfa geta átt við um slík rafréfi en verðbréfaþagtak laganna tekur t.d. ótvírætt til víxla á rafrænu formi sbr. 34. gr. laganna. Réttarvernd rafræns tékka gagnvart þriðja manni myndi þannig vera bundin við skráningu í verðbréfamistöð, sbr. 16. gr. laganna. Sjaldnast myndi þó rafrænum tékku vera ætlað að gegna sama hlutverki og viðskiptabréfum heldur væri þeim fyrst og fremst ætlað að vera greiðslutæki. Langt mál mætti hafa um hvernig reglur tékkaþafa nr. 94/1933 og almennar viðskiptabréfareglur snerta rafræna tékka en slík umfjöllun þykir að svo stöddu ekki hafa raunhæfa þýðingu. Engin íslensk lagaákvæði mæla hins vegar gegn því að rafrænir tékkar verði teknir upp á Íslandi þótt nokkur óvissa sé um lagalega stöðu þeirra samkvæmt framangreindu.

4.5.2 Greiðslukort

Greiðslukort er algengur greiðslumiðill á Netinu.⁸⁹ Greiðslukort voru í upphafi hönnuð til nota í handstýrðum þrykkivélum en síðari tíma kort hafa almennt að geyma upplýsingar sem lesnar verða með rafrænum hætti, einkum þannig að

⁸⁸ Fyrirtækið FreeCheck í Bandaríkjunum hefur markaðssett með ágætum árangri rafræna tékka með tilheyrandi rafrænni greiðslujöfnun (Automated Clearing House; ACH).

⁸⁹ Greinargóða umfjöllun um greiðslukortaviðskipti er að finna í kandiðatsritgerð Lúðvíks Arnar Steinarssonar hdl. frá 1994. Við umfjöllun okkar um greiðslukort höfum við m.a. stuðst við ritgerð Lúðvíks.

upplýsingarnar eru geymdar á segulrönd sem komið er fyrir í kortinu.

Greiðslukort gegna margvíslegu hlutverki. Þau geta verið sem skilríki og trygging fyrir ábyrgð þriðja aðila, t.d. við útgáfu tékka, og þau eru notuð til þess að öðlast aðgang að kerfi kortaútgefanda eða öðru kerfi sem hann á aðild að, t.d. við töku peninga úr hraðbanka. Það hlutverk sem hér kemur hins vegar til athugunar er þegar greiðslukort er notað sem greiðslutæki gagnvart þriðja manni.

Þegar það er gert eru viðskipti grundvölluð á þríhliða samningssambandi: samningi korthafa við kortútgefanda, samningi kortmóttakanda við kortútgefanda og samningi kortmóttakanda við korthafa. Ef eitthvað fer úrskaiðis þarf að gæta þess vandlega að halda þessum mismunandi samböndum aðgreindum.

Við greiðslu með greiðslukorti þjónar kortið sjálf því hlutverki að vera skilríki fyrir heimild korthafans til viðkomandi ráðstöfunar. Til þess að tryggja að handhafi korts hafi í raun þessa heimild koma oft fram á korti upplýsingar sem kortviðtakandi getur borið saman við eitthvert sönnunargagn sem tengt er handhafa kortsins, t.d. rithandarsýnishorn eða ljósmynd. Við rafræn viðskipti er þetta hins vegar sjaldnast hægt af augljósum ástæðum. Svipuðu hlutverki og greiðslukortið þjóna hin svokölluðu PIN-númer. PIN-númer eru á Íslandi einkum notuð við töku peninga úr hraðbönkum en víða erlendis eru þau einnig notuð við greiðslu með korti. Korthafi stimplar þá PIN-númer sitt í beinlínutengdan kortlesara (posa) til þess að færsla geti átt sér stað. Skilyrði þess að þessi háttur á notkun korts sé öruggur er að kortmóttakanda verði ekki kunnugt um PIN-númer korthafa. Af þessum ástæðum geta PIN-númer ekki án sérstakra ráðstafana þjónað hlutverki sínu í rafrænum viðskiptum. Auk þessa má nefna að öryggi PIN-númera er háð ýmiss konar annmörkum. Þannig eru PIN-númer með tiltölulega lágt tölulegt gildi (oftast fjögurra stafa númer) sem eykur hættuna á því að þau verði uppgötvuð af óviðkomandi þriðja aðila.

Um greiðslukort hafa ekki verið sérstök lög á Íslandi en nokkur bein fyrirmæli um greiðslukortastarfsemi er að finna í 8. kafla samkeppnislaga nr. 8/1993. Ýmis fyrirmæli settra laga hafa þó verulega þýðingu í sambandi við notkun greiðslukorta. Sérstaklega má nefna ákvæði sem á einn eða annan hátt varða leyfilega samningsskilmála, t.d. 36. gr. og 36. gr. a - c, SML.

4.5.2.1 Mismunandi tegundir greiðslukorta

Hugtakið greiðslukort er nokkuð ónákvæmt og nær yfir kort sem ólík eru að gerð og hlutverki. Greiðslukort má þannig flokka nánar með ýmsum hætti. Þannig mætti flokka greiðslukort samkvæmt þeirri tækni sem notuð er til þess að búa þau til, s.s. upphleypt kort, segulrandarkort og örgjörvakort (Smart Cards). Kort með segulrönd og örgjörvakort geta falið í sér upplýsingar sem hægt er að lesa og senda með rafrænum hætti. Í annan stað má flokka kort með hliðsjón af lagalegri þýðingu eða hlutverki þeirra. Samkvæmt þessu má nefna a.m.k. eftirfarandi fjóra meginflokka greiðslukorta:

- a) *Debetkort* (skuldfærslukort). Þessi kort eru tengd tilteknum bankareikningi korthafa og eru eingöngu til rafrænna nota. Korthafi framvísar kortinu og korthafi lætur kortlesara (posa) lesa hinar rafrænu upplýsingar kortsins auk þess sem upplýsingar um þá fjárhæð sem skuldfæra á á reikning korthafa eru skráðar. Heimild er síðan fengin til færslunnar með sjálfvirkum hætti, eftir atvikum með því að útbúnaður kortmóttakanda hefur samband við kerfi bankans símleiðis. Upplýsingarnar eru í framhaldinu sendar bankanum (eftir atvikum eftir að færslum eins dags hefur verið safnað saman). Líta má á þær upplýsingar sem sendar eru til bankans sem ávísun korthafans á reikning sinn til handa kortmóttakanda. Þessi ávísun hefur þó þá sérstöðu, t.d. í samanburði við tékka, að viðkomandi banki hefur ábyrgst greiðslu hennar með því að heimila færsluna enda sé ekki um misnotkun kortsins að ræða.
- b) *Kreditkort* (greiðslufrestskort, veltukort, charge cards, travel and entertainment cards). Þessi kort eru ekki tengd tilteknum bankareikningi korthafa og notkun þeirra getur verið með öðrum hætti en rafrænum. Korthafi framvísar kortinu og kortmóttakandi skráir niður upplýsingar kortsins með rafrænum (t.d. með kortlesara) eða handvirkum hætti (t.d. með kortasleða), sendir upplýsingarnar til kortútgefanda sem greiðir honum í samræmi við samning þeirra. Kortútgefandi krefur síðan korthafa um greiðslu eftir tiltekið tímabil sem ræðst af samningi kortaútgefanda og korthafa.
- c) *Lánskort* (credit cards). Þessi kort eru ekki tengd tilteknum bankareikningi og má nota með öðrum hætti en rafrænum. Um þessi kort á hið sama við og kreditkort að því undanskildu að korthafi er ekki krafinn um greiðslu eftir tiltekið tímabil heldur er um að ræða lán til lengri tíma sem greiðist niður í samræmi við samning korthafa og kortútgefanda. Kort sem þessi virðast aldrei hafa komist í almenna notkun á Íslandi.
- d) *Myntkort* (raffjarkort, cash cards). Þessi kort hafa ólíkt framangreindum kortum eigið verðgildi sem hægt er að ráðstafa með kortinu. Verðgildi þess er yfirleitt skráð með rafrænum hætti á kortið, t.d. á segulrönd eða örgjörva. Við notkun kortsins breytast þær upplýsingar sem skráðar eru á það þannig að verðgildi kortsins minnkar þar til það verður loks verðlaust nema það sé hlaðið að nýju.⁹⁰ Dæmi um frumstæðar gerðir þessara korta eru t.d. símakort. Tæknilega fullkomnari kort eru hins vegar örgjörvakort sem geta geymt mikið magn upplýsinga og tryggt með ýmsum hætti að kortið sé öruggt greiðslutæki. Í kortum sem þessum getur verið mögulegt að varðveita raffé, svo sem síðar verður rætt.

Notkun debetkorta í rafrænum viðskipum krefst þess að notandinn hafi sjálfur kortalesara sem tengdur er við einkatölvu hans. Nokkur stórfyrirtæki hafa þegar hafið framleiðslu á slíkum búnaði til dreifingar með einmenningstölvum. Enn

⁹⁰ Kortið sjálf getur þó einnig haft eigið verðgildi, t.d. veitt rétt til greiðslu skilagjalds.

sem komið er hafa þau tæki þó ekki hlotið útbreiðslu á markaðnum og því er notkun debetkorta sem greiðslumiðill á Netinu sjaldgæf. Um notkun myntkorta verður rætt síðar í tengslum við raffé. Eftirfarandi umfjöllun miðast því fyrst og fremst við kreditkort.

4.5.3 Notkun kreditkorta á Netinu

Kreditkort hafa verið notuð á Netinu með þeim hætti að korthafi hefur einfaldlega gefið gagnaðila (kortmóttakanda) upp raðnúmer kortsins. Með þessu er kortið sjálft ekki nýtt með rafrænum hætti heldur eru þær upplýsingar sem það hefur að geyma sendar með rafrænum hætti. Þær tryggingar sem kortið sjálft á að veita, t.d. með sýnishorni af eiginhandaráritun og ljósmynd, nýtast ekki. Raunar hefur „kortmóttakandi“ enga tryggingu fyrir því að sá sem sendir upplýsingar hafi í raun og veru kortið í höndum, hvað þá að hann hafi heimild til notkunar kortsins. Í viðskiptum sem þessum er kreditkort þannig notað á allt annan hátt en upprunaleg hönnun þeirra gerði ráð fyrir.⁹¹ Það öryggi sem kortið á að veita sem skilríki fyrir heimild korthafa er ekki til staðar. Öryggi samskiptanna sjálfra (þ.e. gagnvart ágangi óviðkomandi þriðja manns) er stundum, en þó ekki alltaf, tryggt með dulkóðun.

Afleiðingar þess að kort er notað í heimildarleysi ráðast af samningi aðila og almennum sjónarmiðum samningaréttar samkvæmt íslenskum rétti. Samkvæmt þessu má í aðalatriðum segja sá aðili sem ber minnsta áhættu í kortaviðskiptum sem þessum sé korthafinn sjálfur. Þannig myndi korthafi aðeins í undantekningartilvikum bera ábyrgð á færslum sem gerðar hefðu verið með korti eða kortanúmeri hans af óviðkomandi þriðja manni. Slíkt kæmi líklega því aðeins til greina að um væri að ræða vanrækslu korthafa sem ekki hefði tilkynnt um stolið eða tapað kort, eftir atvikum með hliðsjón af því hvort korthafi hefði sýnt af sér gáleysi þegar atvik átti sér stað.⁹² Áhættuskipting milli kortmóttakanda og kortútgefanda er nokkuð flóknari. Samkvæmt samningi kortmóttakanda og kortútgefanda ber hinum fyrrnefnda yfirleitt skylda til þess að kanna hvort kort (eða kortanúmer) sé á svokölluðum vákortalista, gildistíma korts, undirskrift og mynd á korti og einnig að leita heimildar kortútgefanda þegar um tiltekna fjárhæðir er að ræða. Í samræmi við þetta myndi það yfirleitt vera kortmóttakandi sem bæri áhættuna af því að kort væri misnotað af óviðkomandi þriðja aðila í rafrænum viðskiptum á Netinu enda hefði hann í flestum tilvikum sýnt af sér gáleysi með því einu að taka við kortupplýsingum án þess að kanna upplýsingar kortsins, s.s. mynd og undirskrift.⁹³

⁹¹ Sama má segja um notkun kreditkorta í fjarsöluviðskiptum, s.s. við sjónvarpssölu, símasölu og þess háttar.

⁹² Sjá nánar Lúðvík Örn Steinarsson, áður tilv., bls. 45 til 50.

⁹³ Sjá nánar Lúðvík Örn Steinarsson, áður tilv., bls. 52 o.áfr. Um réttarsamband kortmóttakanda og kortútgefanda má vísa til Hæstaréttardóms í máli nr. 189/1997 frá 18. desember 1997: SÁÁ

Samkvæmt framangreindu má sjá að notkun kreditkorta í viðskiptum á Netinu er ýmsum annmörkum háð. Þrátt fyrir að korthafi beri e.t.v. í fæstum tilvikum skarðan hlut frá borði valda þessir annmarkar því að einungis tiltölulega stórir aðilar sem geta tekið á sig afföll vegna misnotkunar kreditkorta geta stundað viðskipti sem þessi. Þá hljóta þessi afföll að koma fram í verði og standa almennt viðskiptum á Netinu fyrir þrifum.⁹⁴ Sú staðreynd að viðskipti hafa í raun farið fram í töluverðum mæli á Netinu með þessum hætti sýnir hins vegar að e.t.v. ber ekki að hafa allt of miklar áhyggjur af því að öryggisatriði muni verði stórfelld hindrun í vegi netviðskipta. Hitt ræður e.t.v. meiru um framtíð kreditkorta í rafrænum viðskiptum á netinu að færslugjöld kreditortafyrirtækja eru talsvert há. Ýmist er að gjöld þessi eru lögð á korthafann eða móttakanda korts. Hér á landi eru færslugjöldin jafnan lögð á móttakanda korts þótt þau bitni sjálfsgagt óbeint á korthafa í formi hækkaðs vöruverðs. Innheimta færslugjalda veldur því að kreditkort eru óheppilegur greiðslumáti í rafrænum viðskiptum með lágur fjárhæðir.

4.5.4 Örugg notkun kreditkorta á Netinu

Ýmsar lausnir hafa verið fundnar upp til þess að gera kreditkort að öruggu greiðslutæki á Netinu. Hér verða nokkrar lausnir nefndar:

4.5.4.1 *Secure Electronic Transaction (SET)*

Secure Electronic Transaction Protocol (SET) er öryggiskerfi eða staðall fyrir slíkt kerfi sem greiðslukortafyrirtækin Visa og MasterCard hafa hannað í samstarfi við fyrirtækin Verisign, Netscape og Microsoft. SET felur reyndar mun meira í sér en öryggiskerfi við notkun kreditkorta þar sem það tekur á öryggi rafrænna viðskipta í heild. SET-staðalinn má eflaust nota til viðskipta með önnur greiðslutæki en kreditkort, t.d. debetkort og raffé sem síðar verður rætt um. SET-kerfi hefur frá því í apríl 1997 verið tekið upp á vegum Visa í 39 ríkjum þegar þessi orð eru skrifuð, m.a. Noregi, Danmörku og Svíþjóð.

Með SET er leitast við að tryggja að þær upplýsingar sem fram koma við viðskipti séu öruggar og óaðgengilegar þriðja aðila, að aðilar geti staðreynt hverjir þeir eru og heimildir hvor annars og þeir geti staðreynt að upplýsingar sem móttæknar eru séu þær sömu og voru sendar. Þetta er gert með samnýtingu ferns konar tækni: samhverfri dulkóðun, ósamhverfri dulkóðun (Public Key cryptology), tætingu (hash function) og rafrænum undirskriftum. Í meginatriðum er SET byggt á þeim sjónarmiðum sem rakin voru áður um dulkóðun og rafrænar undirskriftir þótt frá því séu ákveðin frávik sem ekki verða rakin ítarlega hér. Um kerfið er einnig það að segja að þrátt fyrir að sú

gegn Greiðslumiðlun hf. Visa Ísland

⁹⁴ Heine, Grønbæk og Holdt nefna í bók sinni Internet.Jura [1996] að PBS í Danmörku hafi neitað að greiða kreditortafærslur sem gerðar hafi verið með þessum hætti á Netinu. Sjá bls. 116 o.áfr.

tækni sem notuð er sé flókin er viðeigandi hugbúnaður gerður þannig úr garði að ferlið sem á sér stað er að mestu leyti sjálfvirkt. Notkun SET fyrir korthafa og kortmóttakanda er þannig mjög einföld.

Í SET eru samskipti korthafa og kortmóttakanda dulkóðuð með opinberri dulkóðun (Public Key encryption) með þeim hætti að korthafi (þ.e. tölvu hans) fær opinberan lykil kortmóttakanda sendan. Með hinum fengna opinbera lykli getur korthafi sett saman skeyti þar sem fram koma upplýsingar um kortnúmer og kaup á vörum. Kortmóttakandi fær þó ekki vitneskju um kortnúmer og nafn viðkomandi þar sem upplýsingarnar eru í dulkóðuðu formi og aðeins skiljanlegar hugbúnaði kortútgefanda. Auk þess sem samskipti aðila eru dulkóðuð skiptast tölvur þeirra á rafrænum vottorðum (SET Secure Electronic Transaction digital certificate) sem fela í sér upplýsingar um tengsl þeirra við þá lykila sem eru notaðir og viðeigandi banka eða fjármálastofnun. Vottorð aðila eru staðfest (og þar með veitt heimild til færslu) af viðkomandi banka eða fjármálastofnun með rafrænni undirskrift hennar.

Vottunarkerfi SET er alþjóðlegt og lagskipt. Einn vottunaraðili úthlutar vottorðum til undirvottunaraðila og svo e.t.v. koll af kolli þannig að SET-vottorð mynda eitt heildarkerfi. Í vottorði aðila er þannig að finna tilvísanir til þess aðila sem gaf vottorð út (t.d. Visa Íslands) og einnig þess fyrirtækis sem gaf þeim aðila heimild til útgáfu vottorða (Visa International). Þannig fæst staðfesting á viðskiptum þótt korthafi og kortmóttakandi hafi gert samning við Visa-fyrirtæki í mismunandi löndum, svo dæmi sé tekið.

4.5.4.2 *First Virtual*

First Virtual Holdings Inc. hefur líklega orðið fyrst fyrirtækja til þess að markaðssetja greiðslukerfi sem tekur mið af netviðskiptum. Kerfið grundvallast á því að báðir samningsaðilar hafi gert samkomulag við First Virtual og opnað reikning hjá fyrirtækinu. Kaupandi sækir um reikning hjá First Virtual, gefur upp kreditkortareikning og fær úthlutað leyninúmeri (Virtual Pin). Þegar viðskipti eiga sér stað gefur kaupandi seljanda upp leyninúmer sitt ásamt upplýsingum um umbeðin viðskipti með tölvuskeyti. Tölvuskeyti seljanda er sent First Virtual sem síðan sendir kaupanda tölvuskeyti þar sem farið er fram á staðfestingu hans á viðskiptunum. Ef kaupandi staðfestir viðskiptin dregur First Virtual umrædda fjárhæð af kreditkortareikningi hans (með því að hafa samband við kreditkortaútgefanda í gegnum lokað kerfi) og leggur hana inn á reikning seljanda. Kreditkortanúmer er aldrei sent á Netinu en seljanda verður hins vegar óhjákvæmilega kunnugt um nafn kaupanda.

First Virtual byggir lausn sína á notkun kreditkorta en hún felur ekki í sér neins konar greiðslur sem flokka mætti sem raffé. Kerfinu er í raun aðeins ætlað að tryggja örugga notkun kreditkorta um opin netkerfi en það felur ekki í sér neina nýjung að öðru leyti. Óvíst er um framtíð First Virtual í samkeppni við önnur greiðslukerfi, t.d. SET.

4.5.4.3 *CyberCash og CyberCoin*

CyberCash er önnur lausn í netviðskiptum, hönnuð af First Virtual Holdings Inc. og byggð á notkun kreditkorta. Notandi CyberCash vistar sérstakan hugbúnað, CyberWallet, á einmenningstölvu sína og fær sérstakan dulmálslykil og aðgangsorð. Samhliða þessu er stofnuð skrá hjá CyberCash um það greiðslukort sem notandi hyggst nýta. Í viðskiptum við aðila sem er aðili að CyberCash-kerfinu getur notandi valið CyberCash-íkon á vefsíðu seljanda. Við slíkt val fer CyberWallet-hugbúnaður notandans í gang (svonefnt veski opnast) og notandi gefur upplýsingar um kreditkort sitt o.s.frv. Upplýsingarnar eru svo sendar í dulkóðuðu formi til seljanda sem sendir þær til CyberCash Gateway Server sem sendir þær til kortútgefanda (í gegnum lokað kerfi). Ef kortútgefandi heimilar færsluna sendir CyberCash Gateway Server staðfestingu í dulkóðuðu formi til seljanda og kaupin fara fram. CyberCoin er greiðslukerfi sem virkar á líkan hátt og CyberCash en er ætlað til mjög smárra greiðslna.

Upplýsingar um greiðslukort eru hér sendar á Netinu í dulkóðuðu formi. Kaup fara ekki fram fyrr en fengist hefur staðfesting kortútgefanda sem veitir seljanda vissu fyrir öruggri greiðslu. Hins vegar verður seljanda kunnugt um nafn kaupanda. Það hlýtur að vera megingallinn á þessum greiðsluhætti að báðir sammingsaðilar þurfa að hafa gerst aðilar að CyberCash/CyberCoin-kerfunum. CyberCash hefur aðlagð kerfi sitt að SET-staðlinum sem áður hefur verið ræddur.

4.5.5 **Niðurstaða um notkun greiðslukorta í rafrænum viðskiptum**

Hefðbundin notkun kreditkorta í netviðskiptum er nokkrum annmörkum háð, sérstaklega með hliðsjón af hagsmunum kortmóttakanda. Samhverf dulkóðun getur að einhverju marki tryggt samskipti með kortnúmer o.fl. gegn ágangi óviðkomandi þriðja manns en veitir enga vissu um hver korthafi er og heimildir hans. SET felur í sér tilraun til þess að gera kreditkort að gildandi greiðslutæki á Netinu en framtíðin verður að leiða í ljós hvort sú tilraun heppnast eða hvort greiðslukort víkja fyrir öðrum greiðslumiðlum í netviðskiptum. Þó ber að hafa í huga að þótt margar hættur felist í notkun greiðslukorta í opnum netkerfum, eru þær engu meiri en gengur og gerist við hefðbundna notkun þessara korta. Til dæmis má vel rökstyðja að mun öruggara sé að senda um Netid upplýsingar á vefsíðu móttakanda um númer og gildistíma korts heldur en að afhenda það á veitingastað þar sem þjónninn hverfur frá með kortið í lengri eða skemmri tíma.

4.5.6 **Raffé**⁹⁵

Þeir rafrænu greiðsluhættir sem fjallað hefur verið um hér að framan miða allir

⁹⁵ Um raffé hefur Hörður Helgason fjallað í kandiðatsritgerð sinni um raffé og greiðsluhugtak kröfuréttar frá 1998. Einnig má vísa til skýrslu starfshóps Seðlabankans um rafrænar greiðslur frá 21. júní 1998.

að því að flytja peninga frá einum aðila til annars um netkerfi. Með rafrænum millifærslum milli bankareikninga eða rafrænna tékka, er í raun átt við hefðbundinn flutning á peningum af einum bankareikningi yfir á annan. Eini munurinn er sá að beiðni um flutning og flutningurinn sjálfur er hvort tveggja rafrænt. Þegar um er að ræða kreditkort öðlast kortmóttakandi kröfu um peninga á hendur kortútgefanda og kortútgefandi á hendur korthafa á sambærilegan hátt og þegar um venjulega notkun kreditkorts er að ræða. Við notkun kreditkorts er því til stofnað til kröfu í rafrænum samskiptum en engin sérsjónarmið eiga við um efndir kröfunnar.

Með raffé (electronic money; e-money) er ekki einungis átt við að færsla peninga fari fram með rafrænum hætti eins og í framangreindum tilvikum heldur eru verðmætin sjálf einnig í rafrænu formi. Í sem almennustum orðum felur raffé þannig í sér einhverjar rafrænar upplýsingar sem hafa peningalegt gildi. Í stað hluta úr pappír og málm felst peningalegt gildi raffjár í rafhleðslum og eyðum sem geymdar eru í minnisrásum. Raffé er komið fyrir og það varðveitt með sama hætti og aðrar rafrænar upplýsingar, t.d. á hörðum diskum einmenningstölvu eða örgjörvakorti (Smart Card). Við gerð raffjár verður að tryggja að hinar rafrænu upplýsingar geti gegnt sama hlutverki og áþreifanlegir peningar, s.s. að rafféð verði ekki falsað eða fjölfaldað. Til þess að ná megi þessum markmiðum verða að koma til flóknar tæknilegar lausnir sem fela í sér dulkóðun, rafrænar undirskriftir o.fl.

Raffé má í grófum dráttum skipta í tvo flokka eftir því hvaða samband hinar rafrænu upplýsingar hafa við einhvern lögeyri, þ.e. gjaldmiðil sem gefinn er út af seðlabanka einhvers ríkis (venjulega í formi seðla og myntar, a.m.k. enn sem komið er). Annars vegar getur raffé grundvallast á og vísað til gjaldmiðils tiltekins ríkis, t.d. þannig að upphaflegur viðtakandi raffjár greiði fyrir það með lögeyri og móttakandi raffjár geti innleyst það fyrir slíkan lögeyri hvenær sem er. Hins vegar má hugsa sér að raffé sé ekki innleysanlegt í lögeyri neins ríkis. Slíkt raffé má e.t.v. kalla eiginlegt raffé þar sem um er að ræða sjálfstæðan gjaldmiðil svipaðan þeim sem gefinn er út af seðlabönkum. Með öðrum orðum myndi slíkt raffé hafa fjárgildi, ekki í krónum og aukum, heldur eigið gildi (eða gengi) sem réðist af markaðslögmálum. Eiginlegt raffé gefur tilefni til ýmissa álitafna stjórnsýslu- og refsiréttarlegs eðlis enda er hér mjög komið inn á svið opinberrar hagstjórnar.

Raffé getur verið nafnlaust eða nafnbundið. Þegar um nafnbundið raffé er að ræða eru upplýsingar um upphaflegan viðtakanda skráðar og ennfremur upplýsingar um þá sem hafa mótttekið það sem greiðslu. Við slíkt raffé er yfirleitt notast við rafrænar undirskriftir sem sagt geta til um nafn framseljanda. Þegar um raffé sem þetta er að ræða er þannig hægt að rekja slóð notenda raffjársins til baka. Þegar um nafnlaust raffé er að ræða eru þessar upplýsingar hins vegar ekki skráðar eða þeim er haldið leyndum með einhverjum hætti. Við nafnlaust raffé er yfirleitt notast við rafrænar undirskriftir sem ekki koma upp um nafn framseljanda (t.d. með dulkóðun). Nafnleysi raffjár er stundum talið til

helstu kosta þess en nokkuð er breytilegt milli raffjárkerfa hversu vel nafnleysi er tryggt.

Raffé getur verið beinlínutengt (on-line) þannig að færsla fari ekki fram nema að höfðu sambandi við þriðja aðila eða millilið (banka eða fjármálastofnun). Raffé getur einnig verið þannig gert að ekki þurfi atbeina þriðja aðila til færslu (off-line).

4.5.6.1 *Kostir raffjár*

Kostir raffjár eru margir með hliðsjón af hagfræðilegum eiginleikum, einkum í sambandi við minnkaðan kostnað við myntsláttu og annan beinan kostnað við gerð áþreifanlegra peninga.⁹⁶ Hvað varðar beina hagsmuni þeirra einstaklinga sem stunda viðskipti hefur raffé líklega þá kosti helsta að það getur verið öruggt, skiptanlegt og nafnlaust. Þegar raffé er geymt á örgjörvakortum læstum með lykilorðum hefur það verulegt öryggi í för með sér fyrir handhafa fjárins. Notkun raffjár er hins vegar ekki bundin við Netið. Þegar eru komin á markað örgjörvakort víða um heim sem nota má til dæmis til að greiða fyrir vörur úr sjálfsölum, fyrir símtöl, dagblöð eða lestarmiða. Raffé er mun skiptanlegra en hefðbundnir peningar því færslukostnaður við hverja greiðslu er mjög lítill. Því er talið að raffé muni verða mikið notað í viðskiptum á Netinu. Reyndar telja ýmsir að raffé muni mjög bæta rekstrarforsendur þeirra sem selja vörur eða þjónustu á netinu því með útbreiðslu þess muni opnast nýir áður óþekktir markaðir. Með raffé muni neytendur verða fáanlegir til þess að greiða fyrir ýmsa minniháttar þjónustu eða upplýsingar með aurum eða broti úr eyri, sem ekki hefur verið fýsilegur kostur til þessa.⁹⁷

Raffé getur verið nafnlaust, þ.e. nafn þess sem það innir af hendi þarf ekki að koma fram við þann sem tekur á móti fénu. Þrátt fyrir að þetta einkenni sé hér talið til kosta er ljóst að það er jafnframt einn helsti ókostur þess með tilliti til refsivörsluhagsmuna. Þrátt fyrir að peningaseðlar og mynt séu nafnlaus er mun erfiðara að færa peninga frá einum aðila til annars en raffé. Sérstaklega geta landamæri ríkja verið þrándur í götu þess sem flytja vill peninga frá einu landi til annars vegna tollskoðunar, eftirlits í bönkum o.s.frv. Með raffé aukast hins vegar möguleikar á tilfærslu peninga milli landa án hættu á slíku eftirliti. Ýmis brotastarfsemi, t.d. verslun með eiturylf og barnaklám, gæti nýtt sér raffé af þessum ástæðum. Þá er nokkur hætta á því að nafnlaust raffé sé notað til peningaþvættis án þess að mögulegt sé að gera viðeigandi ráðstafanir.⁹⁸

Erlendis hefur mikið verið rætt um raffé í tengslum við friðhelgi einkalífs og

⁹⁶ Um þetta efni má vísa til skýrslu starfshóps Seðlabankans, áður tilv.

⁹⁷ Hörður Helgason, áður tilv., gagnrýnir réttilega að með 1. gr. laga nr. 36/1998 um breytingu á lögum nr. 22/1968 sé ráðherra veitt heimild til þess að ákveða að fjárhæð sérhverrar kröfu eða reiknings skuli greind og greidd með heilli krónu.

⁹⁸ Nánari umfjöllun um þessi atriði má finna í skýrslu starfshóps Seðlabankans, áður tilv.

opinbert eftirlit og refsivörslu. Einstaklingar geta yfirleitt notað peninga með nafnleynd. Samkvæmt íslenskum rétti eru einstaklingar þó skyldugir til þess að upplýsa um ýmsar ráðstafanir sínar, t.d. í skattframtali. Þá hefur ríkið um árábil haft viðurkenndar heimildir til þess að afla upplýsinga um athafnir einstaklinga, t.d. með hlerun síma, skoðun á bréfaskiptum o.s.frv. Bókhalds- og virðisaukaskattsskyldum aðilum er gert að halda ítarlegar skrár og halda til haga fylgiskjölum vegna starfsemi sinnar. Engin rök sýnast standa til þess að rafræn viðskipti njóti neinnar sérstöðu hvað þetta varðar. Við umræðu um rétt einstaklinga til þess að stunda viðskipti og greiðslur með leynd er síðan rétt að hafa í huga að hvorki lög né siðferði standa til þess að einstaklingar eigi „rétt“ á því að brjóta fyrirmæli laga, t.d. um barnaklám eða peningaþvætti, svo eitthvað sé nefnt. Ríkisvaldinu sem fulltrúa almannahagsmuna er að sjálfsögðu bæði heimilt og skylt að gera ráðstafanir til þess að sporna gegn slíkum brotum. Hins vegar verður að hafa í huga þá grundvallarreglu íslensks réttar um friðhelgi einkalífs sem felst í 71. gr. stjórnarskrárinnar. Af henni virðist mega álykta að einstaklingar eigi almennt rétt á því að hafa samskipti sín á milli án þess að láta nafns síns getið. Takmarkanir á þessum rétti verða aðeins gerðar ef það er talið brýnt með vísan til sérstakra hagsmuna og því aðeins að þær gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til verndar þeim hagsmunum. Í þessu felst að lög sem bönnuðu almennt notkun raffjár nema því aðeins að nafn greiðanda og/eða viðtakanda komi fram stæðust væntanlega ekki grundvallarreglu stjórnarskrár um friðhelgi einkalífs. Hins vegar mætti hugsa sér að útgefendur raffjár eða vottunaraðilar hefðu í ákveðnum tilvikum og eftir atvikum að undangengnum dómsúrskurði skyldu til þess að láta uppi tilteknar upplýsingar um færslur raffjár eða önnur gögn.

4.5.6.2 Aðferðir til þess að koma í veg fyrir fjölföldun raffjár

Þar sem rafrænar upplýsingar má afrita með auðveldum hætti án þess að munur sjáist á frumgerð og eftirgerð skiptir sköpum um raffé hvernig til tekst að koma í veg fyrir slíka fjölföldun. Ef raffé er beinlínutengt (on line) er slíkt auðvelt enda skráir þá þriðji aðili (t.d. banki) að hvaða marki fénu hefur verið ráðstafað. Þriðji aðili synjar þá um staðfestingu á færslu ef fénu hefur þegar verið eytt.⁹⁹

Aðferðir við að koma í veg fyrir fjölföldun raffjár sem ekki er beinlínutengt (off line) eru nokkuð breytilegar eftir því hvort raffjárkerfi notast við einmenningstölvur eða gjörvakort.

Ef fullkomið örgjörvakort er notað er hægt að koma í veg fyrir fjölföldun með því að bæta við kísilflögu (observer chip) sem skráir það fé sem er ráðstafað eða eytt. Ef notandi reyndi að eyða sama fé tvisvar kæmi þessi búnaður í veg fyrir færslu. Ef notandi reyndi að eiga við flöguna sjálfa myndi hann hins vegar eyðileggja kortið og féð.

⁹⁹ Raunar eru skilin milli þessarar tegundar raffjár og hefðbundinna rafrænna millifærslna milli bankareikninga ekki alls kostar skýr.

Ef einmenningstölva eða ófullkomnara örgjörvakort er notað koma fremur til athugunar aðferðir við að ljóstra upp um tvínotkun raffjár. Þær rafrænu upplýsingar sem rafféð mynda fela þá m.a. í sér dulkóðaðar upplýsingar um tvínotkun ákveðins aðila. Vitneskja um þetta á að koma í veg fyrir að notandi reyni tvínotkun.

4.5.6.3 Nokkrar tegundir raffjár

Hér verða reifuð stuttlega nokkur raffjárkerfi til skýringar. Rétt er að taka fram að engan veginn er um tæmandi upptalningu að ræða.¹⁰⁰

4.5.6.3.1 Ecash

Ecash er framleitt af fyrirtækinu DigiCash og hefur verið í notkun síðan árið 1995, m.a. í Finnlandi og Svíþjóð. Ecash-kerfið byggist á opinberri dulkóðun (public key cryptology) sem á að tryggja að ferli fjár verði ekki rakið. Til þess að nota Ecash verður notandi og móttakandi að stofna reikninga hjá banka sem gefur Ecash út og skrá sig hjá DigiCash og fá nauðsynlegan hugbúnað. Hugbúnaður notanda raðar saman af tilviljun 100 stafa númeri sem er notað til þess að tákna mynt og númerin eru send hlutaðeigandi banka. Bankinn skuldfærir umbeðna fjárhæð á reikning notanda og gefur síðan myntina út með því að bæta eigin númerum við númeraröð myntar. Bankinn hefur þannig ekki vitneskju um hvaða myntir hann hefur gefið út, aðeins að tiltekin fjárhæð hefur verið gefin út til ákveðins aðila. Tiltekin mynt verður þannig ekki rakin til ákveðins notanda. Notandi hefur nú raffé til umráða á hörðum diskum einmenningstölvu sinnar sem hann getur ráðstafað til þeirra sem eru aðilar að Ecash-kerfinu.

Við viðskipti sendir notandi beiðni til gagnaðila um að greiða með Ecash. Gagnaðili sendir boð til tölvu notanda um að senda umrædda fjárhæð. Að fengnu raffé sendir gagnaðili það til bankans sem gaf það út. Bankinn kannar hvort fénu hafi verið ráðstafað áður með því að kanna þær númeraraðir sem bætt var við númeraraðir myntarinnar. Ef ráðstöfun er heimil eyðileggur bankinn myntina og leggur fjárhæðina inn á reikning gagnaðila. Gagnaðili sendir notanda staðfestingu og færslunni er þá lokið.

Samkvæmt framangreindu getur Ecash ekki farið um hendur fleiri manna eins og t.d. seðlar og myntir; eftir hverja færslu berst Ecash aftur til útgefanda. Þá er Ecash tengt tilteknum gjaldmiðli og innleysanlegt samkvæmt honum. Ecash er þannig ekki eiginlegt raffé eða sjálfstæður gjaldmiðill í þeim skilningi sem lagður var til grundvallar hér að framan.

Líta má á það ferli sem hér fer fram sem framsal kröfu á hendur útgefanda. Réttur til greiðslu frá honum er skýrlega bundinn handhöfn hinna rafrænu upplýsinga sem mynda raffé. Upplýsingarnar eru þannig notaðar sem skilríki

¹⁰⁰ Kerfi sem ekki eru nefnd eru m.a. Millicent, Danmønt og Proton og NetBil. Um efnið má einnig að einhverju leyti vísa til skýrslu starfshóps Seðlabankans, áður tilv.

fyrir kröfurétti á svipaðan hátt og handhafaviðskiptabréf. Fjalla mætti um kröfuréttarlega hlið Ecash í löngu máli, m.a. með hliðsjón af því hvort og hvernig almennar reglur kröfuréttar, reglur um viðskiptabréf og loks reglur um peninga eigi við um Ecash og svipuð greiðslutæki. Þannig leikur vafi á hvaða reglur gilda um mótbárumissi notanda Ecash gagnvart útgefanda, t.d. ef Ecash er notað af öðrum aðila en honum í heimildarleysi og um umboðsskort er þannig að ræða, ef gagnaðili beitir svikum, ef notandi er ólögráða og svo mætti lengi telja. Ljóst er að Ecash er ætlað að þjóna sama hlutverki og venjulegir peningar og mælir það með ríkum réttindamissi eiganda Ecash, þ.e. réttindamissi með svipuðum hætti og þegar um venjulega peninga er að ræða. Þá má einnig nefna að samkvæmt lögum nr. 131/1997 um rafræna skráningu verðbréfa myndi réttarvernd Ecash (sem að öllum líkindum er verðbréf í skilningi laganna) vera háð skráningu í verðbréfamiðstöð en væntanlega hefur slík skráning litla þýðingu fyrir greiðslumiðil eins og Ecash.¹⁰¹

4.5.6.3.2 *Mondex*

Mondex er kerfi sem greiðslukortafyrirtækið MasterCard stendur fyrir og er byggt á örgjörvakorti sem á að geta tekið við, varðveitt og skilað frá sér fé. Ásamt þessu skráir kortið upplýsingar um greiðslur samkvæmt kortinu. Kort neytanda getur skráð síðustu 10 færslur en kort verslunarmanns síðustu 300. Með öflugri gerð örgjörva er stefnt að því að auka þessa geymslugetu enn frekar.

Mondex-kort eru gefin út af banka og tengd bankareikningi. Korthafi flytur peninga inn á kortið og getur þaðan í frá ráðstafað þeim. Til ráðstöfunar með korti notar korthafi leyniorð. Sérstakt 16 stafa númer tengt korthafa færirst frá korti yfir á kort með hverri einustu færslu. Þetta númer kemur einnig fram í þeim upplýsingum sem kortið heldur um þær færslur sem fram hafa farið með því. Þar sem fé verður aðeins flutt af einu Mondex-korti yfir á annað er Mondex lokað kerfi.

Til þess að unnt sé að nota kortið verður að koma því fyrir í sérstökum lesara. Korttæknin notast við rafrænar undirskriftir til þess að staðreyna heimildir korthafa til ráðstöfunar. Dulkóðun tryggir að boð milli tveggja korta komist óbreytt á leiðarenda og að þau séu óaðgengileg óviðkomandi þriðja aðila. Mikilvægur eiginleiki Mondex er að þau gera tveimur aðilum kleift að færa fé sín á milli án þess að styðjast við atbeina þriðja aðila. Þessi eiginleiki býður hins vegar heim tilraunum til falsana korta og tilraunum til þess að „falsa“ raffé og koma því í umferð með korti. Af þessum ástæðum er farið sérstaklega leynt með samskiptamál Mondex auk þess sem kortið er uppfært reglulega. Þetta á ennfremur að minnka hættuna á misnotkun korta, t.d. vegna þjófnaðar. Þá hafa kortin að geyma búnað sem gerir það að verkum að ýmsar óvenjulegar ráðstafanir loka kortinu. Kortalesarar fyrir Mondex geta verið tengdir við ýmiss

¹⁰¹ Um nánari umfjöllun má vísa til Harðar Helgasonar, áður tilv.

konar búnað, t.d. einmenningstölvur, og þannig nýst við netviðskipti.

Mondex er samkvæmt framansögðu tengt bankareikningi og innleysanlegt í gjaldmiðli viðkomandi lands. Ekki er þannig um eiginlegt raffé eða sjálfstæðan gjaldmiðil að ræða í þeim skilningi sem lagður var til grundvallar að framan. Kortið á að tryggja nafnleynd í viðskiptum en ljóst er að tæknilega er mögulegt að rekja þær færslur sem átt hafa sér stað.¹⁰²

4.5.6.3.3 *Visa Cash*

Visa Cash byggist á notkun örgjörvakorts svipað og Mondex. Tvær gerðir eru af Visa Cash-kortum: einnota kort með ákveðnu verðgildi og endurnýtanleg eða endurhlaðanleg kort. Ætlunin er að einnota kort verði fánleg úr sjálf söllum (Card Dispensing Machines; CDMs) í framtíðinni þar sem hægt er að greiða fyrir þau með ýmsum hætti. Endurnýtanleg kort eru án tiltekins verðgildis og þau er hægt hlaða á sérstökum stöðum og í sérstökum vélum (Automated Teller Machines; ATMs). Visa Cash nýtir SET-tækni sem rædd hefur verið hér að framan. Stefnt er að því að Visa Cash nýstist til netviðskipta innan skamms tíma en svo er ekki enn.

Samkvæmt framangreindu byggist Visa Cash á tilfærslu peninga, t.d. af bankareikningi, á örgjörvakort þaðan sem peningum má ráðstafa með rafrænum hætti. Ekki er því um að ræða eiginlegt raffé eða sjálfstæðan gjaldmiðil í þeim skilningi sem lagður var til grundvallar að framan.

4.5.6.4 *Eiginlegt raffé*

Með eiginlegu raffé er átt við fé sem ekki hefur nein tengsl við eða er ekki búið til eða innleysanlegt í lögeyri tiltekins lands. Tæknilega er því ekkert til fyrirstöðu að slíkt fé sé búið til með svipuðum hætti og ræddur hefur verið hér að framan. Hins vegar hefur slíkt fé ekki enn verið hannað eða markaðssett svo kunnugt sé enda hafa ríki almennt einkarétt til myntsláttu á yfirráðasvæðum sínum. Tal um fé sem þetta virðist fljótt á litið óraunhæft. Þau raffjárkerfi sem nefnd hafa verið hér að framan fela ekki í sér að fé sé búið til á svipaðan hátt og að einstaklingur ákveði að hefja eigin myntsláttu með stofnun einkaseðlabanka. Þess í stað er rafrænum upplýsingum veitt verðmæti með því að þær eru gefnar út og innleysanlegar í tilteknum gjaldmiðli. Það raffé sem hér hefur komið til álita á þannig óhjákvæmilega upphaf sitt og endalok í lögeyri einhvers ríkis.

4.5.7 **Raffé og einkaréttur ríkisins til útgáfu peninga**

Um einkarétt ríkisins til útgáfu peninga er kveðið á í lögum um gjaldmiðil Íslands nr. 22/1968 og lögum nr. 36/1986 um Seðlabanka Íslands. Í lögum um gjaldmiðil Íslands segir eftirfarandi:

Seðlabanki Íslands hefur einkarétt til að láta gera og gefa út

¹⁰² Sjá nánar um gagnrýni á nafnleynd Mondex Internet.Jura, áður tilv., bls. 154.

peningaseðla og láta slá og gefa út peninga úr málm.

Sambærilegt ákvæði er að finna í 5. gr. laga um Seðlabanka Íslands:

Seðlabankinn hefur einkarétt til að gefa út peningaseðla og láta slá og gefa út mynt eða annan gjaldmiðil er geti gengið manna á milli í stað peningaseðla eða löglegrar myntar.

Eins og áður segir útiloka þessi fyrirmæli laga útgáfu eiginlegs raffjár af hálfu annarra aðila en Seðlabanka Íslands. Ummæli laganna um „annan gjaldmiðil“ sem geti gengið manna á milli í stað peningaseðla eða löglegrar myntar gefa hins vegar tilefni til spurninga um lögmæti raffjár almennt.

Í athugasemdum við 5. gr. þess frumvarps sem varð að lögum nr. 36/1986 kemur aðeins fram að einkaréttur Seðlabankans samkvæmt lögum nr. 22/1968 sé með þessu felldur inn í lögin.¹⁰³ Samkvæmt þessu virðist ætlunin ekki hafa verið sú að regla laga nr. 36/1986 yrði efnislega frábrugðin reglu laga nr. 22/1968 þrátt fyrir að bætt hafi verið við ummælum um „annan gjaldmiðil“.

Að okkar mati ber að leggja áherslu á að óeiginlegt raffé hefur ekki sjálfstætt peningalegt gildi heldur er verðmæti þess háð eða tengt ákveðnum gjaldmiðli. Verðmætið felst þannig í raun í kröfu um greiðslu í tilteknum gjaldmiðli. Slíkt raffé er þannig útgefið gegn greiðslu einhvers í gjaldmiðli tiltekins ríkis og er jafnframt innleysanlegt í slíkum gjaldmiðli. Þannig myndi slíkt raffé sem gefið væri út á Íslandi vera algerlega háð gengi íslensku krónunnar og verðgildi þess reiknað í þeim gjaldmiðli. Með þessum rökum sýnist okkur líklegast að slíkt raffé geti ekki talist annar gjaldmiðill í skilningi laganna.¹⁰⁴ Á þessu kann þó e.t.v. að leika einhver vafi.¹⁰⁵

4.5.8 Refsilög

4.5.8.1 Inngangur

Ákvæði 150. til 154. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um fölsun og önnur brot vegna gjaldmiðils standa vörð um einkarétt ríkisins til útgáfu peninga. Í 154. gr. almennra hegningarlaga segir:

Sektum eða fangelsi allt að 3 mánuðum skal sá sæta, sem án heimildar í lögum býr til, flytur inn eða lætur úti handhafabréf, sem notuð kunna að verða til þess að ganga sem gjaldmiðill manna á milli, hvort heldur almennt eða innan sérstaks flokks manna, eða vænta má, að notuð verði á þann hátt. Ákvæði

¹⁰³ Alþingistíðindi A-5, þskj. 877, bls. 3297 o.áfr.

¹⁰⁴ Hörður Helgason, áður tilv., ræðir hugtakið “gjaldmiðill” nokkuð ítarlega með hliðsjón af orðanotkun annarra laga og kemst að svipaðri niðurstöðu. Sjá bls. 49-53.

¹⁰⁵ Í skýrslu starfshóps Seðlabankans er komist að annarri niðurstöðu. Sjá bls. 33 o.áfr.

Þessarar greinar taka ekki til erlendra peningaseðla.

Á öðrum stað í þessari úttekt var rætt um hvort rafrænar upplýsingar gætu talist bréflegar eða skjallegar. Í stuttu máli var niðurstaðan sú að rafrænar upplýsingar væru ekki bréflegar í eðli sínu en meta þyrfti það hverju sinni hvort hlutaðeigandi lagaákvæði ætti við. Um allt raffé er það segja að því er ótvírætt ætlað að gegna sama hlutverki og áþreifanlegir peningar sem eru handhafabréf. Eftir atvikum myndi það væntanlega leiða af samningi aðila og eðli máls að um raffé færi samkvæmt svipuðum reglum og um handhafabréf. Samkvæmt framangreindu sýnist líklegt að raffé geti talist handhafabréf í skilningi 154. gr. almennra hegningarlaga, jafnvel þótt það sé ekki bréflégt. Hins vegar kemur til nánari athugunar hvort raffé er gjaldmiðill í skilningi ákvæðisins.

4.5.8.2 Danskur réttur

Ákvæði 154. gr. almennra hegningarlaga er efnislega samhljóða 170. gr. dönsku hegningarlaganna:

Med bøde eller hæfte indtil 3 måneder straffes den som uden hjemmel i lovgivningen forfærdiger, indfører eller udgiver på ihændeherens lydende forskrivninger, der fremtræder som bestemt til i snævre eller videre kredse at benyttes som betalingsmiddel mand og mand imellem, eller som må forventes at ville blive benyttet på denne måde. Uden for foranstående bestemmelse falder fremmede pengesedler.

Ekki hefur mikið verið fjallað um þetta ákvæði dönsku hegningarlaganna af þarlendum fræðimönnum.¹⁰⁶ Þá veita danskir dómur ekki leiðbeiningar um afstöðu þess gagnvart raffé. Í ritinu Internet.Jura telja höfundar hins vegar augljóst að ákvæðið taki til raffjár án þess þó að það sé rökstutt nánar.¹⁰⁷ Höfundar telja í samræmi við þetta að breyta þurfi ákvæðinu eða veita raffé lagaheimild til samræmis við ákvæðið. Athygli ber einnig að vekja á því að danska ákvæðið mælir fyrir um „forskrivninger“ eða skuldbindingar í stað bréfs eins og íslenska ákvæðið gerir.

4.5.8.3 Nánar um 154. gr. almennra hegningarlaga

Í athugasemdum við 154. gr. þess frumvarps sem varð að almennum hegningarlögum segir það eitt að ákvæðið komi í stað laga nr. 41/1901 um bann gegn verðmerkjum og vöruseðlum. Í 1. gr. þeirra laga segir eftirfarandi:

Enginn má búa til, flytja inn eða gefa út neins konar verðmerki, hvorki myntir né seðla, er gengið geta manna á milli sem gjaldeyrir, hvort sem ætlast er til, að verðmerkin séu innleyst með peningum eða vörum. Þó er

¹⁰⁶ Sjá t.d. Kommenteret straffelov speciel del, Vagn Greve, Bent Unmack Larsen og Per Lindegaard [1988], bls. 131. Sjá til hliðsjónar t.d. U 1933:1089 V og U 1942:446 Ø.

¹⁰⁷ Áður tilv., bls. 160.

brauðútgefendum heimilt að gefa út brauðseðla, eins og tíðkæzt hefur til þessa.

Flutningsmaður þess frumvarps sem varð að lögum um bann gegn verðmerkjum og vöruseðlum, Hannes Hafstein, skýrði efni frumvarpsins þannig:

Eitt af blómunum í vendi hins íslenska verzlunar-ólags er það, að ýmsir kaupmenn eru nú farnir að taka sér vald til peningasláttu og seðlaútgáfuréttar. Í ýmsum héruðum ganga manna á milli sem gjaldeyrir peningar, sem eru mjög áþekkir almennum peningum, nema í því, að efni þeirra er einskysvert, og gildi þeirra takmarkað við vörur frá sérstakri verzlun [...] Við slíkt fyrirkomulag er margt að athuga frá hálfu hins opinbera. Fyrst er það, að þessi verðmerki hafa ekki neitt fast gildi, sökum þess að kaupmaðurinn einn ræður verðinu á vörunni, og getur sett það eins hátt og hann vill, og þar með gefið eins lítið og hann vill fyrir verðmerkin. Í öðru lagi er það, að ef seðill eða »peningur« týnist – og slíkt skeður oft á sæ – þá er það beinn ágóði fyrir kaupmanninn [...] Einstaka menn eiga ekki að hafa ágóða af óhöppum annara. Að eins hið opinbera getur haft og veitt þann rétt að græða á peningasláttu og seðlaútgáfu [...] Í þriðja lagi er engin vissa fyrir, að kaupmenn þeir, er slíka aðferð kynnu að nota eftirleidis, geti leyst inn þessa »peninga« sína; þeir geta verið komnir á höfuðið áður en handhafi hefir tækifæri til, að taka vörur út á þá.¹⁰⁸

Rök frummælanda eru einkum byggð á því að sanngirnissjónarmið mæli gegn því fyrirkomulagi að kaupmenn gefi út skuldaviðurkenningar þegar þeir hafi nánast um það sjálfðæmi hvernig þeir greiði skuldina. Þessi rök eiga hins vegar ekki við um fyrirmæli ákvæðisins um að einu gildi þótt verðmerki séu innleysanleg í peningum eða vörum. Um það efni virðist frummælandinn einkum hafa í huga að einungis ríkið eigi að græða á peningasláttu. Óneitanlega mælir þessi forsaga ákvæðisins fremur með rúmri lögskýringu á gjaldmiðilshugtaki 154. gr. almennra hegningarlaga. Samkvæmt þessu virðist það koma út á eitt að óeiginlegt raffé er innleysanlegt í krónum og aurum eða öðrum lögeyri.

Ef hugtakið gjaldmiðill er skýrt svo rúmt að það verður talið ná til innleysanlegs raffjár vakna reyndar spurningar um ýmsar aðrar kröfur sem eru til þess fallnar að ganga manna á meðal sem greiðslur, t.d. víxla og ýmis önnur viðskipta- og verðbréf. Með svipuðum hætti vakna spurningar um hvort útgáfa ýmissa greiðslu- og vildarkorta fyrirtækja sé útgáfa gjaldmiðils í skilningi 154. gr. almennra hegningarlaga. Slíkt virðist vera skoðun höfunda Internet.Jura en þar eru jafnframt raktar lagaheimildir til slíkrar útgáfu. Um flest þessi fyrirbæri er

¹⁰⁸ Alþingistíðindi, AB-deild [1901], bls. 1020 o.áfr.

þó það að segja að lagaheimildir virðast vera til staðar, a.m.k. að því er varðar greiðslukort.¹⁰⁹

Samkvæmt 44. gr. laga nr. 113/1993 um viðskiptabanka og sparisjóði og 8. gr. laga nr. 123/1993 um lánastofnanir aðrar en viðskiptabanka og sparisjóði er greiðslu- og peningamiðlun meðal heimillar starfsemi banka og lánastofnana. Álitaefni er hvort þessar heimildir megi þegar skýra svo rúmt að þær taki yfir útgáfu raffjár. Við notkun Ecash, svo dæmi sé tekið, er það í rauninni sú fjármálastofnun sem gefur út féð sem færir krónur og aura frá einum aðila til annars. Við aðrar tegundir raffjár þar sem útgefandi kemur ekki við sögu við færslur er þetta hins vegar meira vafamál (svo kallað off-line raffé). Þetta yrði væntanlega að athuga nánar með hliðsjón af hverju tilviki fyrir sig en framangreind fyrirmæli laga virðast í fljótu bragði veita heimild til útgáfu raffjár a.m.k. að einhverju marki.

Samkvæmt framangreindu virðist útgáfa raffjár að meginstefnu óheimil án sérstakrar lagaheimildar. Væntanlega kemur einna helst til álita hvort breyta eigi framangreindum ákvæðum laga um banka og sparisjóði þannig að slík útgáfa sé heimil. Í samræmi við þetta væri þá útgáfa raffjár undir sama eftirliti og önnur starfsemi banka og sparisjóða sem vart getur talist óeðlilegt. Slíkt myndi enn fremur vera í samræmi við þær reglur sem Nefnd EB hefur gert tillögu um og minnst er á í 2. kafla.

4.6 Reglur EB um rafræna greiðslumiðlun

Nefnd EB hefur sent frá sér tilmæli um rafrænar greiðslur. Tilmælin bera með sér að varða EES.¹¹⁰ Þau eru að sjálfsögðu ekki bindandi en rétt er að taka fram að sum þau viðmið sem sett eru fram gæti einnig leitt af skýringu á ákvæðum Rómarsamningsins (og Oporto-samningsins hvað varðar EES). Þá ber aðildarríkjunum og aðilum EES að sýna markmiðum EB og EES hollustu, sbr. 5. gr. Rómarsamningsins og 3. gr. EES-samningsins. Nefndin tekur jafnframt fram að fari aðildarríkin ekki að tilmælunum muni Nefndin leggja til bindandi reglur um efnið. Tilmæli Nefndarinnar varða einkum samband útgefanda eða umsjónaraðila greiðslukerfis og notanda. Þau taka m.a. til raffjár, s.s. raffjár á endurnýtanlegum kortum eða í einmenningsvélum. Tilmæli Nefndarinnar bera það með sér að aukin notkun rafrænna greiðslumiðla er almennt talin æskileg með hliðsjón af innri markaði EB og hagsmunum fyrirtækja og neytanda.

Í tilmælunum eru skilgreind nánar ýmis hugtök í upphafsákvæðum þeirra. Með rafrænu greiðslutæki (electronic payment instrument) er bæði átt við raffjártæki

¹⁰⁹ Sjá samsvarandi heimild í 5. lið 44. gr. laga nr. 113/1993 um viðskiptabanka og sparisjóði og 8. gr. laga nr. 123/1993 um lánastofnanir aðrar en viðskiptabanka og sparisjóði.

¹¹⁰ Commission Recommendation (97/489/EC) of 30 July 1997 concerning transactions by electronic payment instruments and in particular the relationship between issuer and holder (Text with EEA relevance).

(electronic money instrument) sem er búnaður sem hægt er að hlaða með raffé og aðgangskrefi (remote access payment instrument) sem gerir notanda kleift að hafa aðgang að fé á reikningi sínum hjá fjármálastofnun, t.d. með greiðslukorti.

Í 3. til 4. gr. tilmællanna koma fram reglur um hvaða skilyrðum samningar um rafræn greiðslutæki þurfi að fullnægja og skilyrði um hvernig færslur fari fram. Þá eru raktar þær upplýsingar sem notandi á að fá í hendur eftir að færsla hefur átt sér stað. Þessi fyrirmæli eru talsvert ítarleg og er ekki ástæða til þess að rekja þau nánar hér.

Í 5. til 8. gr. eru skyldur fjármálastofnunar og notanda nánar skilgreindar. Skyldur notanda eru mjög almennt orðaðar og svipar til skyldna handhafa kredit- eða debet-korts samkvæmt íslenskum samningsskilmálum. Skaðabótaábyrgð notanda eru sett ákveðin takmörk, m.a. þannig að skaðabótaábyrgð hans vegna taps eða þjófnaðar á rafrænu greiðslutæki á ekki að nema hærri fjárhæð en 150 ECU nema þegar notandi sýnir af sér stórkostlega vanrækslu. Þá er kveðið á um heimildir fjármálastofnunar til þess að breyta samningi aðila, trúnaðar- og þagnarskyldu hennar og ýmsar aðrar skyldur til þess að reka greiðslukerfið með forsvaranlegum hætti. Einnig er kveðið á um skaðabótaskyldu fjármálastofnunar vegna óheimillar notkunar greiðslutækis og vegna mistaka og villna við færslur. Samkvæmt 9. gr. er fjármálastofnun skylt að gera notanda kleift að tilkynna um þjófnað, tap o.s.frv. á hvaða tíma sólarhrings sem er. Þá er í 10. gr. mælt til þess að aðildarríkin tryggja skilvirka málsmeðferð til lausnar ágreiningsmála milli fjármálastofnunar og notanda greiðslutækis. Að lokum er mælt til þess að aðildarríkin hafi breytt löggjöf sinni til samræmis við tilmælin eigi síðar en 31. desember 1998.¹¹¹

Auk framangreindra tilmæla um raffé gaf Nefndin út tvenn tilmæli um greiðslukortastarfsemi árið 1987 og 1988 þar sem m.a. er fjallað um rafræna greiðslumiðlun. Í tilmælunum er að finna ýmis ákvæði um upplýsingar til notanda, ábyrgð þeirra og samninga þeirra við kortútgefanda.¹¹²

Eins og áður er getið hefur Nefndin lagt fram frumvarp til tilskipana um ýmis atriði sem varða raffé og rafræna greiðsluhætti. Nefndin hefur þannig lagt fram frumvarp um fjarsamninga um fjármálaþjónustu þar sem skerpt er á neytendavernd. Þá hefur Nefndin lagt fram tvö frumvörp sem varða útgáfu

¹¹¹ Hér má einnig benda á ályktun Evrópuþingsins frá 20. febrúar 1998 um orðsendingu Nefndarinnar varðandi aukið traust neytenda á rafrænum greiðsluháttum á innri markaðnum (Resolution on the Commission communication to the European Parliament, the Council, the European Monetary Institute and the Economic and Social Committee 'Boosting customers' confidence in electronic means of payment in the single market' (COM(97)0353 C4-0486/97). Í ályktuninni er hvatt til þess að settar verði bindandi reglur um rafrænar greiðslur og tilmælum þess efnis beint til Nefndarinnar. Þá kemur fram sú skoðun að vafi sé á því að hve miklu leyti tilmæli Nefndarinnar sem rakin eru hér að ofan eigi við um greiðslur á Netinu ásamt því að tilmælin séu óskýr um ýmis önnur mikilvæg atriði.

¹¹² Sjá tilmæli 87/858/EEC og 88/598/EEC.

raffjár. Annað þeirra mun fela í sér breytingu á reglum tilskipana 77/80/EEC og 89/646/EEC um bankastarfsemi sem þegar hafa verið lögleiddar á Íslandi. Með þessu verður útgáfa raffjár felld undir hið almenna regluverk um bankastarfsemi þótt ekki verði alfarið um jafn ströng skilyrði að ræða. Í síðara frumvarpinu eru reglur um skilgreiningu raffjár, leyfi, eigið lágmarksfé, stjórnun, ráðstafanir gegn peningabætti o.fl.

4.7 Niðurstaða um rafræn greiðslukerfi og raffé

Þær lausnir sem bjóðast við peningagreiðslur í rafrænum viðskiptum eru margar og fjölbreytilegar. Sumar lausnir eru byggðar á notkun hefðbundinna greiðslutækja, sérstaklega kreditkorta. Aðrar lausnir við greiðslur í rafrænum viðskiptum, raffjárkerfi, byggjast á því að gefa tilteknum rafrænum upplýsingum peningalegt gildi þannig að greiðslur megi varðveita á og ráðstafa með örgjörvakorti eða einmenningstölvu. Þau raffjárkerfi sem hönnuð hafa verið fram til þessa grundvallast í öllum tilvikum á gjaldmiðli tiltekins ríkis eða lögeyri. Ekki er þannig um að ræða eiginlegan tilbúning fjár með sjálfstætt verðgildi óháð lögeyri. Svonefnt eiginlegt raffé virðist því að svo stöddu ekki raunhæft umfjöllunarefni. Almennar reglur um gildi rafrænna gerninga ásamt lagamma um rafrænar undirskriftir yrðu vafalaust til þess að styrkja lagalega stöðu væntanlegra raffjárkerfa. Um stöðu neytenda eiga við svipuð sjónarmið og um rafræn greiðslukerfi almennt. Án lagasetningar færi um stöðu neytenda samkvæmt samningum og almennum sjónarmiðum samningaréttar líkt og gerist um greiðslukortaviðskipti.

Að öllum líkindum standa reglur um einkarétt Seðlabanka Íslands til útgáfu peninga ekki í vegi fyrir raffjárkerfum enda felst sjaldnast í raffé útgáfa sjálfstæðs gjaldmiðils. Sú niðurstaða er hins vegar ekki alveg vafalaus. Hins vegar virðast ákvæði 154. gr. almennra hegningarlaga gera starfrækslu raffjárkerfa óheimila án sérstakrar lagaheimildar. Gildandi lög um banka og lánastofnanir má skýra á þá leið að þau heimili starfrækslu raffjárkerfa að einhverju marki en slíkt verður að meta með hliðsjón af hverju kerfi fyrir sig. Nokkuð beint virðist liggja við að kveða skýrt á um heimildir til útgáfu raffjár, a.m.k. í lögum um banka og lánastofnanir, ef ætlunin er á annað borð að greiða fyrir þessum greiðsluháttum. Er sú niðurstaða einnig í samræmi við þær tillögur sem settar hafa verið fram á vettvangi EB á síðustu mánuðum.¹¹³

5 Neytendavernd

Víða erlendis hefur neytendavernd mjög verið rædd með hliðsjón af rafrænum viðskiptum. Í rafrænum viðskiptum er aðstaðan yfirleitt sú að neytandi hefur ekki tækni á því að skoða og rannsaka vöru. Staðan er þannig ekki ósvipuð því þegar sala í gegnum síma eða sjónavarp á sér stað. Þá getur verið erfitt fyrir

¹¹³ Um þessi atriði má vísa til skýrslu starfshóps Seðlabankans, áður tilv.

neytanda að koma fram hefðbundnum vanefndaúrræðum vegna fjarlægðar frá seljanda sem er e.t.v. með starfsemi sína í annarri heimsálfu. Þá getur neytandi verið í lakari stöðu en seljandi hvað varðar heildaryfirsýn yfir viðskiptin og afleiðingar þeirra. Sjónarmið sem þessi, sem fæst eru þó ný af nálinni, hafa verið talin leiða til þess að setja ætti ýmsar reglur um neytendavernd í rafrænum viðskiptum. Einkum hefur í umræðu um neytendavernd verið fjallað um peningagreiðslu neytandans, m.a. í tengslum við raffjargreiðslur sem fjallað hefur verið um að nokkru hér að framan.¹¹⁴ Það er hins vegar einnig gamalkunnugt sjónarmið að reglur um neytendavernd geti verið til þess fallnar að torvelða viðskipti, gera þau kostnaðarsamari og hækka þannig verð á vöru og þjónustu, neytendum til tjóns. Það er að sjálfsögðu fyrst og fremst pólitískt álitamál hversu langt á að ganga í neytendavernd almennt og í rafrænum viðskiptum sérstaklega.

Í þessu sambandi má benda á að íslensk neytendavernd hefur að mestu leyti byggst á reglum almenns eðlis fremur en því að sérstakar reglur væru settar um tiltekin viðskipti. Þannig er t.d. ekki að finna að íslenskum rétti sérstök lög um greiðslukortaviðskipti svipað og annars staðar á Norðurlöndum en frumvarp þess efnis hefur nokkrum sinnum verið lagt fram á Alþingi en ekki hlotið afgreiðslu. Skortur á sérstökum fyrirmælum sem þessum þarf þó ekki endilega að leiða til þess að staða neytenda sé lakari þegar allt kemur til alls. Almennar reglur geta verið æskilegar þegar um öra tækniþróun er að ræða. Þær gefa dómstólum svigrúm til mats með hliðsjón af breyttri tækni og aðstæðum viðskipta. Reglurnar mynda þá ramma utan um fordæmisrétt dómstóla sem er mun sveigjanlegri en ítarleg sett lagafyrirmæli. Að sjálfsögðu hafa þó almennar reglur þann galla að nokkuð erfitt er að segja nákvæmlega fyrir um niðurstöður dómstóla á meðan dómafordæmi skortir.

Samkvæmt framangreindu má mæla með því að varlega verði farið í setningu sérstakra reglna um neytendavernd í rafrænum viðskiptum, a.m.k. á meðan ekki hefur reynt á hversu langt almennar reglur íslensks réttar um neytendavernd duga í þessu efni. Setning sérstakra reglna um efnið kann þó að verða óhjákvæmileg vegna aðildar Íslands að EES eins og síðar verður rætt.

Í þessum kafla verða taldar upp þær íslensku réttarheimildir sem á einn eða annan hátt eru til þess fallnar að tryggja stöðu neytenda í rafrænum viðskiptum. Eins og annars staðar í þessari úttekt er einkum höfð hliðsjón af rafrænum viðskiptum á Netinu. Áður er þó rétt að ræða í stuttu máli hvernig aðild Íslands að EES hefur áhrif á heimildir og skyldur löggjafans til setningar reglna um neytendavernd.

¹¹⁴ Evrópuþingið hefur farið fram á að settar verði bindandi reglur um rafræna greiðslumiðla á netinu, sbr. fyrri umfjöllun um raffé. Nokkuð ítarlega umfjöllun um neytendavernd og raffé má finna í Internet.Jura, áður tilv., bls. 171 o.áfr.

5.1 EES og neytendavernd

Eitt af stefnumiðum EB er að stuðla að aukinni neytendavernd, sbr. 3. gr. (s) Rómarsamningsins.¹¹⁵ Í samræmi við þetta eru í 11. kafla hans sérstök ákvæði um neytendavernd. Meira máli skiptir þó að reglur um hana tengjast mjög fjórfrelsinu. Þannig geta reglur sem beint eða óbeint styðjast við sjónarmið um neytendavernd verið til þess fallnar að hindra frjálsan flutning vara, vinnuafls, þjónustu og fjármagns samkvæmt Rómarsamningnum og Oporto-samningnum. Þetta hefur einkum tvenns konar afleiðingar: Annars vegar geta reglur um neytendavernd talist ósamrýmanlegar ákvæðum Rómarsamningsins og EES. Hins vegar leitast stofnanir EB við að samræma reglur um neytendavernd þannig að komið sé í veg fyrir viðskiptahindranir af þessum sökum. Verða þessi tvö atriði nú rædd nokkru nánar.

Ákvæði 100. gr. (a) Rómarsamningsins hafa að geyma mikilvægustu heimild EB til reglusetningar vegna innri markaðarins og líklega sömuleiðis mikilvægustu og áhrifaríkustu lagasetningarheimild EB almennt. 100. gr. (a) var bætt við Rómarsamninginn með einingarlögum Evrópu (Single European Act) sem gengu í gildi 1987. Mikilvægasta atriði 100. gr. (a) er að reglur vegna innri markaðarins verða settar með auknum meirihluta í Ráðinu. Samkvæmt 3. mgr. 100. gr. (a) skal Nefndin við samningu frumvarpa til reglna varðandi innri markaðinn leggja til grundvallar hátt stig neytendaverndar. Þær reglur sem settar eru á grundvelli 100. gr. (a) munu nær undantekningarlaust hafa þýðingu varðandi EES vegna tengsla svæðisins við innri markað EB.

Á grundvelli 100. gr. (a) (og 100. gr., sem eftir tilkomu 100. gr. (a) hefur mjög takmarkaða þýðingu), hafa verið settar ýmsar reglur um neytendavernd. Dæmi eru reglur um skaðsemisábyrgð,¹¹⁶ reglur um ósanngjörn ákvæði í neytendasamningum¹¹⁷, reglur um neytendalán,¹¹⁸ reglur um samninga sem stofnað er til utan starfsstöðvar verslunarmanns,¹¹⁹ svo eitthvað sé nefnt. Ákvæði þessara tilskipana hafa þegar verið leidd í íslensk lög. Þá er hér ótalinn sá fjöldi tilskipana sem varða vörumerkingar, gerð og öryggi vara o.s.frv.

Í tengslum við neytendavernd EB og rafræn viðskipti ber sérstaklega að gefa gætur tilskipun 97/7/EC um fjarsölu sem lögleiða ber fyrir árið 2000. Reglur tilskipunarinnar munu m.a. taka til viðskipta á Netinu. Í henni er kveðið á um ýmsar upplýsingar sem skylt er að veita neytanda áður en til kaupa er stofnað (4. gr.). Þá skal neytandi hafa a.m.k. 7 daga til þess að ógilda samning án þess að til

¹¹⁵ Með gildistöku Amsterdam-samningsins verða greinar Rómarsamningsins númeraðar að nýju. Hér eru gildandi númer lagagreina notuð.

¹¹⁶ Dir. 85/374 EEC.

¹¹⁷ Dir. 93/13 EEC.

¹¹⁸ Dir. 87/102 EEC.

¹¹⁹ Dir. 85/577 EEC.

bótaskyldu stofnist og óháð ástæðum þess að hann krefst ógildingar (6. gr.). Þá er kveðið á um skyldu aðildarríkjanna til þess að tryggja að neytandi geti afturkallað greiðslu samkvæmt greiðslukorti ef beitt hefur verið svikum í viðskiptunum (8. gr.). Fjárhagslegar greiðslur eða peningafærslur falla utan tilskipunarinnar en um reglur Evrópuréttar þar að lútandi hefur verið rætt í kaflanum um raffé. Samkvæmt framangreindu er það mat sem hinn íslenski löggjafi á um reglusetningu um neytendavernd í netviðskiptum þegar takmarkað af reglum tilskipunarinnar. Mun lengra mál mætti hafa um efni hennar og framkvæmd lögleiðingar þess en slíks er ekki kostur í þessari úttekt.

Ef um engar afleiddar reglur Evrópuréttar er að ræða fer um heimild aðildarríkjanna til setningar reglna um neytendavernd samkvæmt almennum ákvæðum Rómarsamningsins (og Oporto-samningsins hvað varðar EES). Evrópudómstóllinn hefur margoft fjallað um reglur sem á óbeinan hátt hafa falið í sér viðskiptahindranir en verið réttlættar með vísan til neytendaverndar af hálfu aðildarríkis.¹²⁰ Samkvæmt dómafordæmum geta slíkar reglur því aðeins staðist ákvæði Rómarsamningsins að þær séu settar í þágu almannaheilla og gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til þess að ná settu marki (þ.e. að þær séu í samræmi við meðalhóf).¹²¹ Þessi meginsjónarmið eiga nú við hvort sem um er að ræða frjálsan flutning vöru, vinnuafls, þjónustu eða fjármagns.¹²² Þegar athuguð eru dómafordæmi Evrópudómstólsins má segja að aðildarríkjunum hafi gengið illa að fullnægja kröfum hans um meðalhóf. Áréttu ber að fyrrgreindar heimildir aðildarríkjanna geta orðið enn takmarkaðri þegar settar hafa verið sérstakar reglur um tiltekin atriði á vettvangi EB.

Að lokum ber að minnast dómafordæma Evrópudómstólsins um reglur sem lúta að markaðssetningu eða söluhátti vara (selling arrangements). Samkvæmt ítrekuðum dómafordæmum dómstólsins geta aðildarríkin sett reglur um söluhátt vara að vild enda taki þær til allra þeirra sem stunda verslun á yfirráðasvæði ríkis með sama hætti (lagalega og raunverulega) og hafi sömu áhrif á markaðsetningu innfluttra vara (frá öðrum aðildarríkjum) og innlendra vara.¹²³ Samkvæmt þessu geta aðildarríki t.d. sett reglur um afgreiðslutíma verslana, auglýsingar (t.d. bannað tilteknar auglýsingar) og verðlagningu (t.d. bannað undirverðlagningu í smásölu) án þess að þurfa að réttlæta þessar reglur

¹²⁰ Einungis nokkur dæmi af fjölmörgum eru: Nefndin gegn Þýskalandi (bjórmálið), ECR [1987] 1227; 3 Glocken GmbH (pastamálið), ECR [1988] 4233; Reisebüro Broede (einkaréttur lögmanna) frá 12. desember 1996 (C-3/95); Säger v. Dennemayer (einkaréttur til höfundarréttarlögmanna), ECR [1991] I-4221.

¹²¹ Sbr. “Cassis de Dijon”, ECR [1979] 649.

¹²² Sbr. sérstaklega Bosmann-dóminn frá 15. desember 1995 (C-415/93); Gebhard (C-55/94) og Alpine Investments BV, ECR [1995] I-1141.

¹²³ Keck og Mithouard frá 24. nóvember 1993 (C-267, 268/91). Sjá t.d. einnig Franzén frá 23. október 1997 (C-189/95) um áfengiseinkasölu í Svíþjóð og Agostini frá 1997, áður tilv., sem fjallaði um sænskar reglur um auglýsingar sem beint var til barna.

samkvæmt framangreindum sjónarmiðum. Þau sjónarmið virðast einnig eiga við um boðna þjónustu.¹²⁴ Evrópuréttur stendur samkvæmt þessu ekki í vegi fyrir því að löggjafinn setji reglur um hvernig vara og þjónusta er kynnt og boðin á Netinu. Hitt er svo annað mál hvernig takast myndi að framfylgja slíkum reglum

Samkvæmt framangreindu þarf að huga mjög vel að reglum Evrópuréttar í tengslum við íslenska neytendavernd. Annars vegar er um að ræða sérstakar afleiddar reglur sem lögleiða þarf með réttum hætti. Hins vegar er um að ræða meginreglur Evrópuréttar um fjórfrelsið sem setja löggjafanum skorður um hvaða reglur er heimilt að setja. Rétt er að taka fram að neytendaréttur EB er efnismikill og þarfnast sérstakrar umfjöllunar sem er utan efnismarka þessarar úttektar.

5.2 Helstu réttarheimildir íslensks réttar

Í úttekt sem þessari eru hvorki tök á né tilefni til að gera ítarlega grein fyrir íslenskum neytendarétti. Eftirfarandi umfjöllun takmarkast því við að reifa og vísa til þeirra reglna sem þýðingu þykja hafa fyrir efnið.

5.2.1 Ákvæði laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga

III. kafli laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga (hér eftir skst. SML) hefur að geyma almenn fyrirmæli um gildi samninga. Þegar hefur verið rætt nokkuð um 36. gr. SML í tengslum við stofnun og efni samninga. Regla 36. gr. SML myndi einnig hafa þýðingu um samningsskilmála í tengslum við raffé og rafræna greiðslumiðlun.

Ákvæði 36. gr. a-d SML fjalla sérstaklega um neytendasamninga. Ákvæðunum var bætt við SML með lögum nr. 14/1995 til samræmis við reglur tilskipunar 93/13 EEC um ósanngjörn ákvæði í neytendasamningum. Ákvæðin gilda um samninga, m.a. samningsskilmála, sem ekki hefur verið samið um sérstaklega enda séu samningarnir liður í starfsemi annars aðilans, atvinnurekanda, en í meginatriðum ekki liður í starfsemi hins aðilans, neytanda. Ákvæðin gilda einnig um samninga milli neytenda sem atvinnurekandi stendur að fyrir annan aðilanna. Á atvinnurekandanum hvílir sönnunarbyrðin ef sýna þarf fram á að samið hafi verið sérstaklega um tiltekna skilmála og samningurinn falli ekki undir reglur laganna um neytendasamninga.

Samkvæmt 36. gr. b SML skal skriflegur samningur sem atvinnurekandi gefur neytanda kost á vera á skýru og skiljanlegu máli. Komi upp vafi um merkingu samnings sem nefndur er í 1. mgr. 36. gr. a skal túlka samninginn neytandanum í hag. Samkvæmt 36. gr. c skal við mat á því hvort neytendasamningur sé

¹²⁴ Sbr. Alpine Investment, áður tilv., um hollenskar reglur sem bönnuðu þarlandum aðilum símasölu (cold calling).

ósanngjarn í skilningi 36. gr. SML líta til atriða og atvika sem nefnd eru í 2. mgr. 36. gr., m.a. skilmála í öðrum samningi sem hann tengist. Þó skal eigi taka tillit til atvika sem síðar komu til, neytanda í óhag. Samningur telst ósanngjarn stríði hann gegn góðum viðskiptaháttum og raski til muna jafnvægi milli réttinda og skyldna samningsaðila, neytanda í óhag. Ef slíkum skilmála er vikið til hliðar í heild eða að hluta eða honum breytt, skal samningurinn að kröfu neytanda gilda að öðru leyti án breytinga verði hann efndur án skilmálans. Samkvæmt 36. gr. d eru samningsákvæði sem vísa til laga ríkja utan EES og veita neytanda lakari vernd ógild enda tengist samningurinn náíð landsvæði aðila EES.

Ekkert er því til fyrirstöðu að ákvæði 36. gr. a-d SML eigi við um rafræn viðskipti.

5.2.2 Ákvæði samkeppnislaga nr. 8/1993

Í 6. kafla samkeppnislaga nr. 8/1993 eru ákvæði um eftirlit með óréttmætum viðskiptaháttum. Ákvæði 21. til 23. gr. mæla fyrir um gerð og efni auglýsinga og annarra upplýsinga sem gefnar eru í tengslum við viðskipti. Með heimild í 30. gr. gæti Samkeppnisráð sett nánari reglur um þessi atriði með hliðsjón af rafrænum viðskiptum, t.d. viðskiptum á Netinu.

Í 7. kafla samkeppnislaga er ákvæði um eftirlit með gagnsæi markaðarins. Samkvæmt 31. gr. skal fyrirtæki sem selur neytendum vöru eða þjónustu merkja vöru sína og þjónustu með söluverði eða sýna það á svo áberandi hátt á sölustaðnum að auðvelt sé fyrir neytendur að sjá það. Samkeppnisstofnun getur sett nánari ákvæði um verðmerkingar með opinberri tilkynningu. Slík ákvæði gætu t.d. falið í sér viðmið um þessi atriði í netviðskiptum.

Í 8. kafla samkeppnislaga eru ákvæði um greiðslukortastarfsemi. Þau ákvæði hafa tvímælalaust þýðingu fyrir greiðsluhætti í netviðskiptum enda eru kreditkort, a.m.k. að svo stöddu, algengur greiðsluháttur í netviðskiptum. Samkvæmt 35. gr. laganna skal þess gætt að viðskiptakjör neytenda verði eigi lakari í greiðslukortaviðskiptum hér á landi en almennt gerist í helstu viðskiptaríkjum Íslendinga. Samkvæmt 36. gr. laganna skal tilkynna Samkeppnisstofnun um útgáfu greiðslukorta og heldur stofnunin skrá yfir útgefendur. Samkvæmt 37. gr. laganna skal tilkynna um viðskiptaskilmála gagnvart korthöfum til Samkeppnisstofnunar og hefur Samkeppnisráð heimild til að leggja bann við skilmálum sem fela í sér óréttmæt skilyrði.

Samkvæmt framangreindu er nauðsynlegur lagarammi og stjórnsýslueftirlit með neytendavernd að verulegu leyti til staðar í samkeppnislögum. Til greina gæti komið að rýmka ákvæði þeirra þannig að 8. kafli þeirra tæki einnig til útgáfu raffjár og starfrækslu raffjárkerfa og samningsskilmála í því sambandi.

5.2.3 Ákvæði laga nr. 121/1994 um neytendalán

Ákvæði laga nr. 121/1994 um neytendalán hafa að geyma ákvæði sem einkum myndu hafa þýðingu vegna notkunar kreditkorta í netviðskiptum. Lögunum er ætlað að breyta íslenskum rétti til samræmis við tilskipun 87/102 EEC um sama efni. Samkvæmt 5. og 6. gr. laganna skal lánssamningur vera skriflegur og í honum skulu koma fram tilteknar upplýsingar. Skilyrðið um að samningur skuli vera skriflegur hindrar að lánssamningar samkvæmt lögunum verði gerðir með rafrænum hætti, t.d. á Netinu, eins og rætt er um á öðrum stað í þessari úttekt. Ef lögum yrði breytt á þann hátt að rafrænir gerningar almennt fullnægi skilyrði laga um að gerningar séu skriflegir myndu efnisreglur laga um neytendalán að sjálfsögðu taka til rafrænt veittra neytendalána.

5.2.4 Ákvæði laga nr. 96/1992 um húsgöngu og fjarsölu

Samkvæmt 1. gr. laga nr. 96/1992 um húsgöngu og fjarsölu eiga lögin m.a. við um fjarsölu þar sem neytandi gerir samning um kaup á vöru á grundvelli pöntunarlista eða annars konar vörukynningar seljanda án þess að eiga þess kost að skoða vöruna.¹²⁵ Lögin hafa að geyma ýmis nánari fyrirmæli um gildissvið sitt sem ekki verða rædd hér. Meginefnisregla þeirra samkvæmt 5. gr. er sú að neytandi hefur 7 daga frest til þess að falla frá samningi innan 10 daga frá því neytanda berast upplýsingar um söluskilmála.

Lögin eru ekki sett með hliðsjón af netviðskiptum, sbr. hins vegar tilskipun 97/7 EC sem áður er um rætt. Lögin virðast hins vegar fljótt á litið geta átt við um ýmis rafræn viðskipti, a.m.k. viðskipti þar sem seljandi á þess ekki kost að skoða vöru. Með setningu reglna til samræmis við tilskipun 97/7 EC munu netviðskipti neytenda almennt verða felld undir svipaða reglu og fram kemur í 5. gr. laganna.

5.2.5 Niðurstaða um neytendavernd

Viðvíkjandi neytendavernd koma reglur Evrópuréttar mjög við sögu. Vegna aðildar Íslands að EES ber íslenskum stjórnvöldum skylda til þess að leiða ýmsar reglur um neytendavernd í íslensk lög. Þegar litið er yfir íslenskar reglur um neytendavernd kemur raunar í ljós að þær eiga í stórum dráttum uppruna sinn í Evrópurétti. Í annan stað leiða almennar reglur EES til þess að íslensku lagasetningarvaldi eru almennt ákveðin takmörk sett við setningu reglna sem tryggja eiga neytendavernd. Allt leiðir þetta til þess að Íslandi eru í raun settar nokkuð þröngar skorður varðandi setningu sérstakra reglna um neytendamál í netviðskiptum. Það er síðan pólitískt álitaeftni að hvaða marki æskilegt er að setja sérstakar reglur innan heimilla marka, sérstaklega með hliðsjón af þeirri

¹²⁵ Lögin eiga að breyta íslenskum rétti til samræmis við tilskipun 85/577 EEC. Ítarlegri reglur um fjarsölu sem m.a. taka beinlínis mið af netviðskiptum eru í tilskipun 97/7 EC sem minnst hefur verið á áður.

litlu reynslu sem komin er á netviðskipti íslenskra neytenda.

Íslensk lög hafa þegar að geyma ýmis almenn fyrirmæli sem styrkja stöðu neytenda í netviðskiptum. Að okkar mati ætti að kanna vandlega hvort raunverulega er þörf á sérstökum reglum um rafræn viðskipti með hliðsjón af þeirri vernd sem þessar reglur veita nú þegar. Auk þessa heimila samkeppnislög nr. 8/1993 setningu frekari reglna um ýmis atriði netviðskipta. Ákvæði samkeppnislaga gætu væntanlega einnig nýst við eftirlit með samningsskilmálum neytenda í rafrænum greiðslukerfum þegar slík greiðslukerfi byggjast á notkun korta. Til þess að sömu reglur geti átt við um kortlaust raffé þarf væntanlega að breyta samkeppnislögum. Við þetta er því að bæta að útgáfa raffjár myndi að líkindum einnig falla undir eftirlit Fjármálaeftirlitsins, sbr. lög nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, enda væri slík starfsemi heimil (eftir atvikum með lagabreytingum) samkvæmt viðeigandi lögum um viðskiptabanka, sparisjóði og lánastofnanir. Líklegra væri þó óheppilegra að Fjármálaeftirlitið hefði eftirlit með viðskiptaskilmálum neytenda við útgefanda en Samkeppnisstofnun sem sinnir svipuðu hlutverki við eftirlit með greiðslukortastarfsemi.

6 Friðhelgi einkalífs og persónuvernd

6.1 Inngangur

Friðhelgi einkalífs þeirra sem nota Netið eða önnur netkerfi er eitt þeirra mála sem hæst ber þegar þróun nettækni er til umræðu. Ljóst er að nákvæmar skrár um hreyfingar manna á Netinu, tölvupóst og önnur samskipti með hjálp tölvunets kunna að geyma viðkvæmar persónuupplýsingar um hagi manna, áhugasvið, fjárhag, skoðanir og hugðarefni.

Þegar rætt er um friðhelgi einkalífs, persónuvernd og friðhelgi persónuupplýsinga í rafrænum viðskiptum er rétt að gera greinarmun á tvenns konar réttarvernd þótt nán tengsl séu á milli. Annars vegar eru það mikilvæg mannréttindi að óviðkomandi geti ekki komist yfir og kynnt sér efni þeirra gagna sem geyma persónuupplýsingar. Slíkar upplýsingar geta verið fólgnar í sendingum gagna sem fara um opin eða lokuð netkerfi en vera má að séu einnig geymdar í einstaka tölvum og á tölvudiskum. Hins vegar er það almennur réttur þeirra sem fara á milli hinna ýmsu netkerfa að njóta nafnleyndar.

Með aukinni notkun Netsins í rafrænum viðskiptum hefur umræðan um nafnleynd einstaklinga aukist. Sjónir manna beinast einkum að því hvort einstaklingar eigi að geta farið á milli heimasíðna, sent tölvupóst, notað spjallrásir og hvaðeina annað án þess að netþjónustufyrirtæki eða þeir aðilar sem heimsóttir eru hverju sinni geti vitað um og skráð hver er á ferðinni. Skrár og yfirlit með upplýsingum um hvaða heimasíður einstaklingar heimsækja, hvenær og hversu lengi, hvert þeir senda eða hvaðan þeir fá tölvupóst, burt séð frá efni tiltekinna sendinga, kunna einar og sér að geyma viðkvæmar upplýsingar.

Friðhelgi einkalífs er mikilvæg forsenda þróunar rafrænna viðskipta. Kemur það til af þeirri einföldu staðreynd að flestum einstaklinum er eðlilega umhugað um einkalíf sitt. Hafi þeir ekki nægilega tryggingu fyrir því að geta notað tölvur og netkerfi án þess að eiga það á hættu að viðkvæmum upplýsingum um þá sé safnað án vitundar þeirra eða samþykkis, munu þeir ekki nota hina nýju tækni í sama mæli og annars væri.

Hvernig má draga úr hættunni á því að áhyggjur einstaklinga um að einkalíf þeirra verði borið á torg hamli þróun rafrænna viðskipta? Ætla má að í þeim efnum hafi einkum þrír þættir þýðingu. Í fyrsta lagi er mikilvægt að lagareglur um skráningu og meðferð persónuupplýsinga veiti næga vernd hverju sinni. Hvað næg vernd er kann auðvitað að vera umdeilanlegt. Hins vegar má orða það almenna viðmið að næg vernd sé sá lagarammi sem samræmist best ýrtruðu kröfum einstaklinga um friðhelgi einkalífs. Auk þess sem mikilvægt er að lagareglur tryggi með fullnægjandi hætti friðhelgi einkalífs, þá er engu að síður mikilvægt að eftirlit með söfnun persónuupplýsinga sé fullnægjandi og brugðist sé við ef brotið er á rétti einstaklings.

Í öðru lagi er með aðstoð ýmissa tæknilausna hægt að koma til móts við kröfur einstaklinga um vernd persónuupplýsinga í rafrænum viðskiptum. Slíkri tækni má í grófum dráttum skipta í tvennt. Annars vegar er um að ræða ýmsa dulkóðunartækni sem umbreytir efni gagna í eitthvert það form að óviðkomandi sé ómögulegt að lesa innihaldið. Hins vegar er til ýmis hugbúnaður sem varar notandann við því ef óviðkomandi aðili reynir að lesa eða skrá einhverjar upplýsingar sem notandinn hefur ekki samþykkt aðgang að.

Í þriðja lagi er afar mikilvægt að einstaklingurinn sjálfur sé vel upplýstur um þær hættur á friðhelgisbrotum sem kunna að stafa af rafrænum viðskiptum. Til að mynda eru sjálfsagt hlutfallslega fáir tölvunotendur sem gera sér fulla grein fyrir því hvaða afleiðingar það getur haft að skrá tiltekna persónuupplýsingar á heimasíðum hinna ýmsu fyrirtækja. Væntanlega eru líka margir sem átta sig ekki á því að tilteknir aðilar hafa oft greiðan aðgang að tölvupósti og öðrum gögnum tölvu sem þeir e.t.v. héldu að enginn kæmist í nema þeir. Ætla má að þekking og skilningur einstaklinga á því hvernig öruggast sé að miðla viðkvæmum upplýsingum um tölvunet eða geyma í tölvum slíkar upplýsingar sé ein helsta tryggingin fyrir friðhelgi einkalífs þeirra í rafrænum viðskiptum.

Engum íslenskum lögum er beinlínis ætlað að taka til skráningar persónuupplýsinga á Netinu. Því verður við úrlausn álitamála um friðhelgi einkalífs í þessu samhengi að beita almennum reglum um söfnun og skráningu persónuupplýsinga auk almennra grundvallarreglna um friðhelgi einkalífs.

Hér á eftir er ætlunin að gera grein fyrir helstu reglum íslensks réttar um friðhelgi einkalífs. Það ber hins vegar að hafa í huga þegar rætt er um friðhelgi einkalífs og tölvutækni að söfnun og nýting persónuupplýsinga er ekki bundin við landamæri. Því þarf auk íslensks réttar að huga að því hvaða reglur gilda í öðrum löndum. Vitaskuld verður þó ekki gerð tæmandi grein fyrir reglum allra

ríkja heldur mun umfjöllunin aðeins beinast að nokkrum meginreglum sem beint eða óbeint tengjast íslenskum reglum.

6.2 Rafræn spor

Rafræn spor mætti kalla þær skrár í tölvutæku formi sem geyma upplýsingar um það sem notandi tölvunets hefur sent, hvað hann hefur móttengið, um hvaða upplýsingar hann hefur beðið, hvenær hann hefur beðið um þær, hvaða vefmiðlara hann notar o.s.frv. Eins og áður sagði kunna slík rafræn spor að geyma upplýsingar um einkamálefni. Sem dæmi mætti nefna skrá sem segði til um að tiltekinn notandi væri tíður gestur á heimasíðu trúarsamtaka, hann hefði óskað eftir upplýsingum og ráðgjöf í tengslum við kynsjúkdóm, fyllt út umsóknareyðublað vegna starfsauglýsingar á Netinu, gerst áskrifandi að tímariti fyrir samkynhneigða eða pantað tvær tylftir af rauðum rósum og látið senda til annarrar konu en eiginkonu sinnar.

Nafnleynd í rafrænu netumhverfi merkir að notandi geti farið um netin, sótt og skráð upplýsingar án þess að láta nokkuð uppi um persónu sína. Mjög umdeilt er hvort notandi tölvuneta eigi réttmæta kröfu á slíku. Hér vegast á tvenns konar hagsmunir. Annars vegar eru einkahagsmunir notandans af því að geta nýtt sér hina ýmsu þjónustu sem í boði er á Netinu án þess að skráð sé hvað hann gerir og hvenær. Hins vegar eru hinir opinberu hagsmunir sem snúa að því að einhvers konar skráning á því hver á í hlut er nauðsynleg lögreglu til þess að upplýsa megi afbrot sem framin eru á eða í tengslum við Netið.

Algengast er að notandi fái aðgang að Netinu með því að kaupa aðgang og leyfi hjá netþjónustuaðila (skammstafað NÞA hér á eftir). Fjölmargir starfrækja slíka þjónustu hér á landi.¹²⁶ Ýmsar upplýsingar um ferðir viðskiptavina NÞA á netinu eru venjulega skráðar hjá NÞA. Eðlilegar ástæður kunna að liggja að baki því. NÞA hefur til að mynda hagsmuni af því að skrá hjá sér hvaða netmiðlara viðskiptavinir nota á netferðum sínum svo hann geti séð til þess að tæknibúnaður hans fullnægi á hverjum tíma þeim tækniröfum sem netmiðlarinn gerir.

Þá eru upplýsingar einnig skráðar hjá hinum ýmsu vefþjónum sem geyma vefsíður og aðra vefi á Netinu. Slíkir vefþjónar skrá gjarna hvaða upplýsingar eru sóttar á viðkomandi vef, hvenær heimsóknin á sér stað, hvaðan hún kemur,¹²⁷ stærð skjala sem sótt eru og fleira þess háttar. Algengt er að upplýsingar af þessu tagi séu notaðar í markaðstilgangi til þess að meta kröfur eða væntingar ólíkra markhópa.

Við hefðbundna skráningu hjá vefþjónum kemur fram svokallað IP-fang. IP-

¹²⁶ Sbr. til dæmis Internetþjónustu Nýherja hf., Skímu hf. og Íslandía Internet hf.

¹²⁷ Hér er um að ræða skráningu á svokölluðu IP-fangi en það er það auðkenni þess vefþjóns sem fyrirspurnin er gerð í gegnum, sbr. hér síðar.

fang auðkennir þann vefþjón eða þá tölvu sem tiltekin fyrirspurn eða heimsókn kemur frá. Með einfaldri fyrirspurn á Netinu er hægt að komast að því hvaða einstaklingur, stofnun eða félag er skráð fyrir viðkomandi IP-fangi. Það er hins vegar mismunandi hvaða upplýsingar IP-fangið gefur í raun um það hvaða einstaklingur eða tölva átti í hlut. Í flestum tilvikum hafa margar tölvur eða útstöðvar aðgang að Netinu í gegnum sama netþjóninn. Netþjónninn hefur tiltekið skilgreint IP-fang sem gefið er upp út á við þegar útstöðvarnar tengjast í gegnum hann. Sem dæmi má nefna að fyrirtæki kann að hafa IP-fangið 192 22 1 185. Þegar starfsmaður fyrirtækisins ferðast um á Netinu segir IP-fangið einungis til um að einhver frá fyrirtækinu hafi heimsótt tiltekinn vef en ekki hvaða starfsmaður það var. Eins og áður sagði kaupa einstaklingar einnig oftast aðgang að Netinu í gegnum sérstaka NPA. Slíkur þjónustuaðili hefur tiltekið IP-fang sem upp er gefið þegar einhver viðskiptavina hans fer um á Netinu. Í mörgum tilvikum getur IP-fangið þannig að minnsta kosti leitt að því verulegar líkur með aðstoð annarra upplýsinga að tiltekinn einstaklingur hafi átt í hlut.

„Cookies“ nefnist það sem margir telja ógna hvað mest friðhelgi einstaklinga á Netinu. Cookies er textaskrá sem hefur að geyma tilteknar grunnupplýsingar um heimsókn notanda á tilteknum vefjum og er geymd á hörðum diskum í tölvu notandans. Cookies-skrá er framkölluð af vefmiðlaranum og er almennt ætluð til hagræðis og til þess að auðvelda notanda að nýta sér þjónustu sem býðst á Netinu. „Cookies“ eru til dæmis notaðar í tengslum við skráningu aðgangsorða sem notuð eru á Netinu. Eftir að notandinn skráir aðgangsorðið í fyrsta sinn eru upplýsingar um það geymdar í Cookies-skránni. Þegar notandinn kemur svo aftur síðar, þá eru upplýsingar úr skránni sóttar og notandinn er ekki spurður um aðgangsorðið aftur.

Þótt margs konar hagkvæmni sé tengd Cookies-skrám kann notkun þeirra að ógna friðhelgi einkalífs notandans. Notkun Cookies-skráa felur jafnan í sér að tiltekinn notandi er auðkenndur. Auðkennið felst í því að sá vefþjónn sem skráði ákveðna „cookie“ á vél notandans mun ávallt þekkja viðkomandi vél aftur. Hafi notandinn engar frekari upplýsingar veitt vefþjóninum liggja þó ekki aðrar upplýsingar fyrir en um það að tiltekin tölva með tiltekinni „cookie“ sé á ferðinni. Ógnin stafar hins vegar af því að hafi notandinn í upphafi skráð persónuupplýsingar á vefsíður vefþjónsins og vefþjónninn á sama tíma geymt „cookie“ á hörðum diskum notandans er einfalt fyrir vefþjóninn að tengja persónuupplýsingarnar við viðkomandi Cookies-skrá. Með þessu getur sá sem rekur vefþjóninn ekki einungis fylgst með og skráð tilteknar ferðir um þá vefsíðu sem á í hlut, heldur einnig hvaða einstaklingur er á ferðinni.

Samkvæmt lögum nr. 121/1989 um skráningu og meðferð persónuupplýsinga er meginreglan sú að kerfisbundin skráning upplýsinga um einkamálefni einstaklinga er óheimil. Það er erfitt að meta það almennt hvort notkun „cookies“ feli í sér brot á þeim lögum eða öðrum lögum tengdum friðhelgi einkalífs enda hlýtur það að ráðast nokkuð af atvikum hverju sinni. Þó virðist mega leiða rök að því að oft muni notkun Cookies-skráa ekki fela í sér brot á

lögum. „Cookie“ sem slík felur ekki í sér neina hættu á því að persónuupplýsingar verði skráðar. Forsenda þess að um persónuupplýsingar geti verið að ræða er sú að sá sem í hlut á gefi upp nafn sitt eða annað auðkenni. Slíkt mætti í mörgum tilvikum túlka sem samþykki viðkomandi fyrir skráningu tiltekinna upplýsinga. Hins vegar er ljóst að í mörgum tilvikum varðar notkun Cookies-skráa beinlínis við lög. Þetta á sérstaklega við í þeim tilvikum þar sem upplýsingum er safnað í ákveðnum tilgangi, t.d. vegna sölu á tiltekinni þjónustu, en eru svo notaðar í öðrum og óskyldum tilgangi. Slíkt fer þá oftast einnig fram án vitneskju þess sem í hlut á. Í sumum tilvikum kann skráning upplýsinga með þessum hætti einnig að varða við lög vegna eðlis þeirra upplýsinga sem safnað er.

6.3 Réttur til nafnleyndar

Eins og áður hefur verið vikið að verður það að teljast meginregla að íslenskum rétti að einstaklingar eigi rétt á að njóta nafnleyndar í rafrænum viðskiptum nema ótvíræð lagaheimild standi til annars. Dæmi eru mörg í íslenskri löggjöf þar sem talið hefur verið eðlilegt að gera slíkar undantekningar. Sammerkt slíkum undantekningum er að þeir hagsmunir sem þjónað er þykja veða þyngra en réttindi einstaklinga um nafnleynd. Samkvæmt 1. mgr. 33. gr. laga um meðferð opinberra mála skal t.d. sakborningur við yfirheyrslu spurður um nafn, kennitölu, stöðu og heimili. Á grundvelli laga um þjóðskrá og almannaskráningu nr. 54/1962 eru margvíslegum upplýsingum um einstaklinga safnað, svo sem um nöfn, heimilisfang, fjölskyldustærð, kennitölu, trúfélag o.fl. Í fasteignaskrá eru upplýsingar um eigendur fasteigna og í bifreiðaskrá upplýsingar um eigendur, tryggingafélag og tegund bifreiðar.

Þessar undantekningar frá hinni almennu reglu um nafnleynd þykja eðlilegar með tilliti til þeirra hagsmuna sem þjónað er í hverju tilviki. Fyrir tjónþola í árekstri bifreiða er til að mynda mikilvægt að hann geti komist að því hver er eigandi þeirrar bifreiðar sem tjóni olli. Meðal annars með vísan til þeirra hagsmuna bera bifreiðar númeraspjöld sem rekja má til réttis eiganda bifreiðar. Réttarvörsluhagsmunir réttlæta einnig að upplýsingar um aðsetur einstaklinga liggi fyrir. Margvísleg skráning fer einnig fram á tekjum manna og eignum sem réttlætt verður með vísan til hagsmuna ríkisins af því að hafa eftirlit með skattheimtu.

Með hliðsjón af rafrænum viðskiptum má því spyrja hvort einhverjir ríkir hagsmunir réttlæti að þeim sem þau stunda verði gert að bera einhver sérstök auðkenni svo viðsemjendur eða aðrir geti komist að því hver er á ferðinni. Fyrir lögreglu sem rannsakar afbrot á Netinu er til að mynda mikilvægt að geta séð frá hvaða tölvu upplýsingar voru sendar eða í hvaða tölvu þær voru sóttar. Þá hefðu skatta- og tollayfirvöld hagsmuni af því að skrá hvaða einstaklingar eða fyrirtæki hafa flutt inn hugbúnað eða tónlist um Netið frá útlöndum til Íslands.

Gera verður ráð fyrir því að ýmsir hagsmunir geti réttlætt lagareglur sem skyldi

aðila í rafrænum viðskiptum til að láta uppi nafn sitt eða annað auðkenni. M.ö.o. verður að ganga út frá því að sömu reglur gildi í rafrænum viðskiptum og þeim viðskiptum sem eiga sér stað með hefðbundnum hætti. Sem dæmi má nefna að virðisaukaskattskyldur aðili sem gerir reikning í rafrænu formi yrði eftir sem áður að láta virðisaukaskattsnúmer koma fram í sendingunni. Hins vegar yrði vart hægt að gera kröfu um skráningu persónuauðkenna t.d. í því tilviki þegar einstaklingur býður einhverja húsmuni til sölu á Netinu. Á sama hátt verður við það að miða að reglur sem skylda menn almennt til þess að láta uppi nafn sitt eða auðkenni í rafrænum viðskiptum án þess að til þess liggi sérstakar ástæður og lagaheimild standist illa grundvallarreglur um friðhelgi einkalífs. Til dæmis myndi reglugerð samgöngumálaráðherra, sem skyldaði menn sem kaupa vörur um fjarskiptanet til þess að láta ávallt rita undir með nafni og kennitölu, væntanlega ekki standast 71. gr. stjórnarskrárinnar. Slíka reglu mundi bæði skorta lagastoð að óbreyttum lögum og þau sérstöku rök sem þarf til að réttlæta undantekningu frá meginreglunni um að einstaklingar hafi rétt á því að njóta nafnleyndar í samskiptum sín á milli.

6.4 Helstu réttarheimildir

6.4.1 Stjórnarskrá

Í 71. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. l. nr. 97/1995, kemur fram grundvallarregla íslensks réttar um friðhelgi einkalífs.¹²⁸ Í friðhelgi einkalífs felst fyrst og fremst réttur manns til að ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Þá er einnig litið svo á að tilfinningalíf og tilfinningasambönd við aðra njóti verndar samkvæmt ákvæðinu. Ákvæði stjórnarskrárinnar um friðhelgi einkalífs var breytt með lögum nr. 97/1995. Breyting ákvæðisins fól í sér nokkra rýmkun á efni þess, þar sem ákvæðið tók samkvæmt orðalagi áður aðeins til friðhelgi heimilisins. Að því leyti er breytingin mikilvæg að ákvæðið tekur nú beinlínis til einkalífs og friðhelgi fjölskyldu. Þrátt fyrir þetta var litið svo á fyrir umrædda stjórnarskrárþreyingu að einkalíf og fjölskylda nyti friðhelgi samkvæmt óskráðum grundvallarreglum íslenskrar löggjafar.¹²⁹

Mikið hefur verið rætt um það á síðustu árum hvernig skilgreina eigi friðhelgi einkalífs gagnvart sífellt vaxandi og víðtækari tölvuskráningu ýmissa

¹²⁸ Greinin hljóðar svo: *Allir skulu njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu.*

Ekki má gera líkamsrannsókn eða leit á manni, leit í húsakynnum hans eða munum, nema samkvæmt dómsúrskurði eða sérstakri lagaheimild. Það sama á við um rannsókn á skjölum og póstsendingum, símtölum og öðrum fjarskiptum, svo og hvers konar sambærilega skerðingu á einkalífi manns.

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. má með sérstakri lagaheimild takmarka á annan hátt friðhelgi einkalífs, heimilis eða fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra.

¹²⁹ Sjá athugasemdir við 9. gr. laga nr. 97/1995.

upplýsinga sem beint eða óbeint tengjast tilteknum persónum. Spurningin snýr annars vegar að heimild til skráningar slíkra upplýsinga en hins vegar að meðferð þeirra í höndum skráningaraðila.

Eins og áður er vikið að má telja það eina grundvallarforsendu eðlilegrar þróunar rafrænna viðskipta að einkalíf neytenda og þeirra sem slík viðskipti stunda sé tryggt. 71. gr. stjórnarskrárinnar er m.a. ætlað að veita slíka vernd. Því fer fjarri að öll skráning upplýsinga um einstaklinga sé bönnuð samkvæmt 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í greinargerð með frumvarpi til stjórnskipunarlaganna þar sem gerðar voru breytingar á 71. gr. er sérstaklega vikið að því að tilteknar almennar opinberar skrár falli utan gildissviðs ákvæðisins. Til að mynda verður ekki talið að stjórnarskráin komi í veg fyrir opinbera skráningu um menn í þjóðskrá.¹³⁰ Með sama hætti verður að gera ráð fyrir að kjörskrá og skattskrá falli utan verndar ákvæðisins.¹³¹ Ekki er þó með öllu ljóst hvar mörkin liggja nákvæmlega í þessum efnunum.

Jafnvel þótt lítið verði svo á að skráning persónuupplýsinga í tilteknar almennar opinberar skrár geti verið heimil, þá er ótvírætt að meðferð þeirra getur verið með þeim hætti að það varði við ákvæði 71. gr. um friðhelgi einkalífs. Til að mynda má efast um að ákvæði 98. gr. laga nr. 75/1981 um tekjuskatt og eignarskatt standist friðhelgisvernd stjórnarskrárinnar. Í 2. mgr. 98. gr. segir að þegar lokið er álagningu skatta og kærumeðferð, sbr. 99. gr., skuli skattstjórar semja og leggja fram skattskrá fyrir hvert sveitarfélag í umdæminu en í henni skal tilgreina álagðan tekjuskatt og eignarskatt hvers gjaldanda og aðra skatta eftir ákvörðun ríkisskattstjóra. Þá segir enn fremur að skattskrá þessi skuli liggja frammi til sýnis í tvær vikur á hentugum stað í hverju sveitarfélagi. Þá kemur fram í lokamálslið ákvæðisins að heimil sé „opinber birting á þeim upplýsingum um álagða skatta, sem fram koma í skattskrá, svo og útgáfa þeirra upplýsinga í heild eða að hluta“. Ótvírætt er að upplýsingar um fjárhag einstaklinga eru af þeim toga að þær falla undir vernd stjórnarskrárinnar um friðhelgi einkalífs. Ekki verður séð að nægir hagsmunir standi til þess að brjóta svo á þeirri friðhelgi sem gert er með opinberri birtingu og útgáfu þessara upplýsinga.

Að því er varðar nánar tiltekna flokka upplýsinga sem heimilt er að skrá og vinna með vísast til eftirfarandi umfjöllunar um lög um skráningu og meðferð persónuupplýsinga.

Í 2. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar er tryggt vernd gegn því að brotið sé gegn friðhelgi einkalífs í þágu rannsóknar opinberra mála. Segir í ákvæðinu að ekki megi gera líkamsrannsókn eða leit á manni, leit í húsakynnum hans eða munum, nema samkvæmt dómsúrskurði eða sérstakri lagaheimild. Þá segir: „Það sama á

¹³⁰ Í 2. mgr. 24. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi er það talið til réttinda hvers barns að vera skráð strax eftir fæðingu, sem tryggir m.a. að það geti síðar leitað gagna um fæðingu sína og uppruna.

¹³¹ Alþingistíðindi, 118. löggjafarþing, 1994-1995, þingskj. 279.

við um rannsókn á skjölum og póstsendingum, símtölum og öðrum fjarskiptum, svo og hvers konar sambærilega skerðingu á einkalífi manns.“ Mikilvægt er að ákvæðið tekur þar með beinlínis til hvers kyns fjarskipta og sams konar skerðingar á einkalífi manna. Því mun stjórnarskrárákvæðið standast tækniþróun framtíðarinnar. Til að mynda er ótvírætt að greinin tekur til tölvupósts, gagna í tölvutæku formi og öðru nú óþekktu formi sem falið getur í sér persónuupplýsingar.

Í 71. gr. stjórnarskrárinnar felst sú skylda ríkisins að forðast afskipti af einkalífi manna og persónulegum högum. Segja má að þeirri skyldu fullnægi ríkisvaldið með því annars vegar að tryggja að stjórnvöld og aðrir fulltrúar ríkisvaldsins virði grundvallarreglur um friðhelgi einkalífs í samskiptum sínum við þegnana. Hins vegar er skyldunni sinnt með því að tryggja í lögum og öðrum reglum fullnægjandi einkalífsvernd gagnvart stjórnarskrá. Slík trygging felst annars vegar í refsilöggjöf sem leggur viðurlög við friðhelgisbrotum en hins vegar í því að setja skýrar reglur um öflun, skráningu og meðferð persónuupplýsinga og um rétt skráðs aðila til upplýsinga um það sem skráð hefur verið.

6.4.2 Hegningarlög

Í 25. kafla almennra hegningarlaga er fjallað um ærumeiðingar og brot gegn friðhelgi einkalífs. Ákvæði 228. gr. taka til þess er maður hnýsist í bréf, skjöl, dagbækur eða önnur slík gögn sem hafa að geyma upplýsingar um einkamál annars manns. Hafi hann komist yfir gögnin með brögðum, opnað bréf, farið í læsta hirslu eða beitt annarri áþekkri aðferð, þá varðar það sektum eða fangelsi allt að einu ári.

Ótvírætt er að ákvæðið getur átt jafnt við þótt þau gögn eða upplýsingar sem fjallað er um séu geymd í tölvutæku formi. Þannig mundi ákvæðið beinlínis taka til þess ef maður hefur á ólögmetan hátt fengið aðgang að tölvukerfi og „hnýsist“ svo í gögn sem hafa að geyma upplýsingar um einkamál annars manns. Ákvæðið myndi sömuleiðis taka til kerfisstjóra tölvukerfis sem færi út fyrir eðlilegar heimildir sínar til þess að kynna sér efni einstakra sendinga. Líkt og er með bréf, skjöl og þess háttar pappírsgögn, þá verða atvik væntanlega að bera það með sér að aðgangur óviðkomandi sé ekki heimill. Ef til að mynda aðgangur að tölvukerfi er takmarkaður með aðgangs- eða leyriorði eða gögnin dulkóðuð þannig að sérstakan greiningarlykil þarf til þess að lesa þau, þá myndu slík atvik bera með sér að upplýsingarnar eigi að fara leynt.

Algengt er hins vegar að tilgangurinn með innbrotum í tölvukerfi sé alls ekki sá að „hnýsast“ í gögn sem geyma upplýsingar um einkamál manna. Oftar er að innbrot eru framin til þess eins að brjótast inn. Takist viðkomandi að brjótast í gengum tiltekna múra aðgangshindrana er markmiðinu náð. Reyndar er algengt að slíkir afbrotamenn skilji eftir sig viljandi einhverjar vísbendingar um veru sína en oft án þess að valda neinu tjóni. Þegar svo er, þá er tæplega hægt að fella brotið undir ákvæði hegningarlaga um eignaspjöll eða krefja um skaðabætur

vegna fjártjóns.

Til þess að taka af öll tvímæli í tilvikum sem þessum var nýverið bætt málsgrein við 228. gr. hegningarlaga. Í ákvæðinu segir að sama refsing liggja við því ef maður á ólögmetan hátt verður sér úti um aðgang að gögnum eða forritum annarra sem geymd eru í tölvutæku formi.¹³²

Með orðalaginu „á ólögmetan hátt“ er fyrst og fremst átt við að aðgangur sé heimildarlaus.¹³³ Í þessu felst að sá sem t.d. brýtur upp aðgangstakmarkanir tölvukerfis, dulkóðunarlykil eða kemst með öðrum slíkum hætti yfir og opnar tölvuskrár sem geyma upplýsingar um einkamál er brotlegur samkvæmt ákvæðinu. Þó verður að ætla að það sé ekki fortakslaust skilyrði að aðgangur að viðkomandi tölvukerfi eða tölvu sé hindraður með sérstökum öryggisbúnaði. Ýmis atvik og aðstæður geta með sama hætti borið með sér að aðgangur óviðkomandi er bannaður. Til dæmis mætti hugsa sér tvo starfsmenn, A og B, sem nota sömu tölvuna í vinnunni. Báðir vinna hálfv starf, annar fyrir hádegi og hinn eftir hádegi. Starfsmennirnir vita báðir um aðgangsorð til þess að opna skjöl og forrit sem geymd eru í tölvunni. Þeir hafa komið því þannig fyrir að þeir geyma persónuleg gögn hvor í sinni möppunni á hörðum diskum tölvunnar. Ef starfsmaður A tekur upp á því einn morguninn að opna skrár, tölvupóst eða aðrar hirslur starfsmanns B, sem honum mátti vera ljóst að hann hefði ekki heimild til, yrði hann brotlegur við ákvæði 228. gr. hegningarlaga.

6.4.3 Lög um skráningu og meðferð persónuupplýsinga

Um skráningu og meðferð persónuupplýsinga gilda samnefnd lög nr. 121/1989 (hér eftir nefnd SMP). Lögin taka til hvers konar kerfisbundinnar skráningar og annarrar meðferðar persónuupplýsinga. Samkvæmt 1. gr. laganna skiptir ekki máli hvort skráning persónuupplýsinga er vélræn eða handunnin. Þar með virðist heldur ekki skipta máli hvort gögn sem fela í sér persónuupplýsingar eru rafræn eða í pappírformi. Hins vegar er það skilyrði fyrir því að skráning falli undir ákvæði laganna að hún fari fram á kerfisbundinn hátt. Með kerfisbundinni skráningu er átt við söfnun og skráningu ákveðinna og afmarkaðra upplýsinga í skipulagsbundna heild. Tilviljanakenndar möppur eða gögn falla því utan ákvæða laganna, jafnvel þótt gögnin geymi viðkvæmar persónuupplýsingar. Lögin gilda um skráningu upplýsinga af hálfu atvinnurekenda, fyrirtækja, félaga, stofnana og skráningu á vegum opinberra aðila.

Í SMP eru persónuupplýsingar skilgreindar sem *upplýsingar sem varða einkamálefni, fjárhagsmálefni eða önnur málefni einstaklinga, stofnana, fyrirtækja eða annarra lögpersóna sem sanngjarnt er og eðlilegt að leynt fari*. Nauðsynlegt er að upplýsingarnar eigi við um tiltekinn einstakling eða aðila.

¹³² Sbr. 4. gr. 1. nr. 30/1998

¹³³ Alþingistíðindi, 122. löggjafarþing, 1997-1998, þingskj. 771.

Hins vegar er ekki nauðsynlegt að hann sé nafngreindur beinlínis heldur nægir að hann sé sérgreindur með nafnnúmeri, kennitölu eða öðru skráningarauðkenni sem unnt er að persónugreina með eða án greiningarlykils.

Athygli vekur að lögin taka til málefna stofnana, fyrirtækja og lögpersóna og skilgreina slíkar upplýsingar sem persónuupplýsingar. Samkvæmt tilskipun EB um gagnavernd, sem vikið verður að síðar, taka þær reglur hins vegar eingöngu til einstaklinga. Því verður þó ekki haldið fram að stofnunum, fyrirtækjum eða lögpersónum öðrum beri engin vernd gegn skráningu viðkvæmra upplýsinga. Hins vegar má spyrja hvort það sé heppileg leið að telja slíkar upplýsingar í flokki með upplýsingum um málefni einstaklinga. Slíkar upplýsingar eru í eðli sínu um margt ólíkar upplýsingum um lögaðila og má gera ráð fyrir að um þær gildi að einhverju leyti önnur sjónarmið við úrlausn einstakra álitafna.

Um heimild til skráningar gilda tvenns konar meginreglur samkvæmt 3. gr. SMP. Annars vegar er kerfisbundin skráning persónuupplýsinga einungis heimil ef hún er eðlilegur þáttur í starfsemi viðkomandi aðila og tekur einungis til þeirra er tengjast starfi hans eða verksviði, svo sem viðskiptamanna, starfsmanna eða félagsmanna. Í þessu felst að fyrirtæki sem t.d. stundar rafræn viðskipti um almenningsnet með bækur og geisladiska er óheimilt að skrá heilsufarsupplýsingar viðskiptavina sinna. Hins vegar gildir um tiltekna upplýsingar sú almenna regla að óheimilt er að skrá þær. Þessara flokka upplýsinga er getið í 1. mgr. 4. gr. laganna. Þannig er óheimilt að skrá eftirfarandi upplýsingar um einkamálefni einstaklinga:

- upplýsingar um litarhátt, kynþátt, stjórnmalaskoðanir og trúarbrögð;
- upplýsingar um það hvort maður hafi verið grunaður, ákærður eða dæmdur fyrir refsiverðan verknað;
- upplýsingar um kynlíf manna og heilsuhagi, lyfja-, áfengis- og vímuefnanotkun;
- upplýsingar um veruleg félagsleg vandamál og upplýsingar um svipuð einkalífssatriði og greinir í liðum a-d.

Frá hinu beina banni um skráningu þessara upplýsinga gilda hins vegar nokkrar undantekningar. Í fyrsta lagi kann skráning að fara fram samkvæmt sérstakri heimild í lögum. Dæmi af slíku má finna á sviði heilsugæslu, í ákvæðum læknaþaga og lögum um gagnagrunna á heilbrigðissviði. Í öðru lagi er skráning heimil ef fyrir liggur samþykki þess sem á í hlut eða hann hefur sjálfur látið upplýsingarnar í té. Algennt er að persónuupplýsingar séu skráðar á almenningsnetum með einmitt þeim hætti að hinn skráði lætur þær sjálfur í té. Samkvæmt ákvæðum laganna er slík kerfisbundin skráning beinlínis heimil. Í flestum tilvikum veitir viðkomandi upplýsingarnar til þess að fá tiltekna þjónustu eða vöru og má því gera ráð fyrir því að söfnun, skráning og vinnsla upplýsingana eigi sér einungis stað í tengslum við það. Það er skilyrði slíkrar skráningar að upplýsinga sé aflað við þær aðstæður að hinum skráða geti eigi

dulist að ætlunin er að skrá viðkomandi upplýsingar. Samkvæmt ákvæðum SMP er skráningaraðila í slíkum tilvikum óheimilt að nota upplýsingarnar í öðrum tilgangi en þeim sem þeirra er aflað til, sbr. 3. gr. Eins og fram er komið eru mörg dæmi þess að pottur sé brotinn í þessum efnum og upplýsingarnar séu nýttar til annars en hinn skráði mátti gera ráð fyrir. Í þriðja lagi er skráning upplýsinga heimil, jafnvel þótt framangreind skilyrði séu ekki fyrir hendi, með sérstöku leyfi tölvunefndar. Skilyrði slíkrar heimildar er samkvæmt 3. mgr. 4. gr. SMP að ótvírætt sé að skráningaraðila sé brýn nauðsyn vegna starfsemi sinnar að skrá upplýsingarnar.

Ákvæði 5. gr. SMP felur í sér þá meginreglu að óheimilt er nema með sérstakri heimild í lögum eða með samþykki hins skráða að skýra frá þeim upplýsingum sem falla undir flokka upplýsinga samkvæmt 1. mgr. 4. gr. og getið er um hér að framan.

Samkvæmt 6. gr. SMP er óheimilt að tengja saman skrár sem geyma persónuupplýsingar nema ef um er að ræða skrár sama skráningaraðila. Þó er sérstaklega tekið fram að heimilt sé að tengja við skrá upplýsingar um nafn, nafnnúmer, kennitölu, fyrirtækjanúmer, heimilisfang, aðsetur og póstnúmer, enda þótt slíkar upplýsingar séu sóttar í skrá annars aðila. Tölvunefnd getur veitt undanþágu frá þessu banni í ákveðnum tilvikum.

Sérstakt leyfi tölvunefndar þarf til þess að selja eða afhenda úr skrám nöfn eða heimilisföng tiltekinna hópa eða einstaklinga eða annarra aðila. Sá sem slíkt leyfi fær má einungis hafa í skrám sínum upplýsingar um:

- nafn, heimilisfang, kennitölu, nafnnúmer, fyrirtækjanúmer og starf;
- eitthvað það sem aðgengilegt er í opinberum skrá, svo sem fyrirtækjaskrá.

Samkvæmt 21. gr. SMP er skylt að láta þess getið í útsendu efni ef skrár eru nýttar til þess að árita bréf, tilkynningar, dreifirit eða þess háttar. Slík tilkynning skal koma fram á áberandi stað á því sem sent er út þar sem þess er getið að dreift sé eftir skrá í vörslu viðkomandi fyrirtækis eða stofnunar. Þá skal einnig upplýst um það að þeir sem kynnu að óska eftir því að losna undan slíkum sendingum framvegis geti skrifað eða hringt til réttis aðila og fengið nöfn sín afmáð af útsendingarskrá.

Tölvuþjónusta er í skilningi SMP sérhver starfsþáttur í sjálfvirkri gagnavinnslu með tölvutækni. Í SMP eru sérstök ákvæði um skráningu þeirra sem annast tölvuþjónustu fyrir aðra. Í 25. gr. laganna segir að þeim sem slíkt stunda óheimilt án starfsleyfis tölvunefndar að varðveita eða vinna úr tilgreindum upplýsingum um einkamálefni. Hér er um að ræða:

- upplýsingar sem falla undir 1. mgr. 4. gr., þ.e. hinn sérstaki flokkur viðkvæmra persónuupplýsinga;
- upplýsingar um fjárhagsmálefni og lánstraust;

- eða að unnið sé að samkeyrslu upplýsinga þar sem tölvunefnd hefur veitt heimild til slíkrar samkeyrslu.

Þeir sem varðveita hins vegar í eigin þágu og vinna úr þessum upplýsingum þurfa ekki starfsleyfi. Bankar og sparisjóðir sem varðveita fjárhagsupplýsingar um eigin viðskiptavinum og vinna úr þeim í eigin þágu þurfa því ekki starfsleyfi. Ef annar aðili annaðist slíka tölvuvinnslu fyrir slík fyrirtæki væri hann starfsleyfisskyldur.

Þagnarskylda gildir um starfsmenn starfsleyfishafa samkvæmt 5. mgr. 25. gr. laganna og skulu þeir, áður en þeir taka til starfa, undirrita þagnarheit.

Í 4. mgr. 25. gr. laganna eru mikilvæg ákvæði um vernd þeirra gagna sem safnað er. Þar segir að starfsleyfishafa sé skylt að beita viðeigandi ráðstöfunum til þess að koma í veg fyrir að upplýsingarnar verði misnotaðar eða þær komist í hendur óviðkomandi. Hvorki er í lögunum né í greinargerð útlistað nánar hvað telst „viðeigandi ráðstöfun“. Eðlilegast virðist hins vegar að álykta sem svo að slíkar viðmiðanir taki breytingum eftir því sem tölvutækninni fleygir fram. Með öðrum orðum virðist mega álykta sem svo að viðeigandi öryggisráðstöfun til verndar persónuupplýsingum sé sú aðferð sem almennt er viðurkennt á hverjum tíma að veiti fullnægjandi vernd en þó með sanngjarnri hliðsjón af kostnaði og fyrirhöfn. Þannig mundi almennt vera gerð sú krafa að starfsleyfishafi hefði á hverjum tíma nýlega útgáfu af hugbúnaði sem ætlaður er til þess að verjast innbrotum eða koma í veg fyrir að aðgangshindranir séu rofnar með öðrum hætti. Sá sem veldur tjóni vegna vanrækslu við gæslu upplýsinga um ofangreind einkamálefni yrði samkvæmt almennum skaðabótareglum utan samninga bótaskyldur gagnvart þeim sem orðið hefur fyrir tjóni vegna vanrækslunnar. Að auki mundi slíkt geta valdið starfsleyfissviptingu samkvæmt 38. gr. SMP.

6.4.4 Fjarskiptalög

Markmið fjarskiptalaga er að tryggja örugg fjarskipti og sem hagkvæmasta fjarskiptaþjónustu. Í lögunum er hugtakið fjarskiptavirki skilgreint sem hvers konar tæki, tækjahlutar, leiðslur, búnaður og því um líkt sem sérstaklega er ætlað til að koma á fjarskiptum eða reka þau, hvort heldur er til sendingar eða móttöku.

Um leynd og vernd fjarskipta er fjallað í 10. kafla fjarskiptalaga. Þar kemur fram að allir þeir sem starfa við fjarskiptavirki, hvort sem um er að ræða starfsmenn rekstrarleyfishafa eða aðra, skulu skyldir, bæði meðan þeir gegna starfinu og eftir að þeir hafa látið af því, að halda leyndu fyrir óviðkomandi aðilum öllu því sem um fjarskiptavirkin fer, hvort sem um er að ræða efni skeyta eða samtala eða það hvort fjarskipti hafa átt sér stað og milli hverra.

3. mgr. 17. gr. fjarskiptalaga felur í sér mikilvæga reglu um heimild þeirra sem starfrækja fjarskiptaþjónustu til þess að skrá persónuupplýsingar. Þar segir að rekstrarleyfishöfum skuli vera heimilt að skrá upplýsingar um fjarskipti sem um

fjarskiptavirki þeirra fara enda sé um að ræða lið í reikningsfærslu gagnvart viðkomandi notanda. Ákvæðið felur ótvírætt í sér að fjarskiptaleyfishafa, t.d. netþjónustuaðila, er óheimilt að stunda víðtækari skráningu en beinlínis er nauðsynlegt vegna reikningsfærslu viðskipta. Þannig mundi til að mynda skráning á því hvaða heimasíður tiltekinn viðskiptavinur heimsækir vera bönnuð.

Í 2. mgr. 17. gr. fjarskiptalaga segir að ekki megi án undangengins dómsúrskurðar heimila óviðkomandi aðilum að sjá skeyti eða önnur skjöl sem um fjarskiptavirkin fara eða hlusta á fjarskiptasamtöl eða hljóðrita þau. Um aðgang lögreglu að upplýsingum um fjarskipti skal fara samkvæmt lögum um meðferð opinberra mála. Ákvæðið áréttar þannig reglu 2. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar.

Fyrir skömmu gekk dómur í Hæstarétti¹³⁴ þar sem kveðið var á um skyldu Islandia Internet ehf. sem netþjónustuaðila til að láta lögreglu í té tilteknar upplýsingar um ferðir eins af viðskiptavinum fyrirtækisins á Netinu. Nánar tiltekið segir í dómsorði að Islandia Internet ehf. beri að láta lögreglu í té „*upplýsingar, sem varnaraðili [Islandia Internet] hefur tiltækar, um hvaða skráðu notendur internetmiðlara hans kunnir að hafa unnið spjöll og gert breytingar á heimasíðum Garðaskóla og Garðalundar 1. nóvember 1998*“.

Sá rökstuðningur sem leiðir til niðurstöðu Hæstaréttar er um margt umhugsunarverður og gefur ákveðnar vísbendingar um meðferð hliðstæðra mála í framtíðinni. Hæstiréttur kemst að þeirri niðurstöðu að ríkir almanna- og einkahagsmunir réttlæti að lögregla fái aðgang að þeim upplýsingum sem um var beðið. Það sem vekur hins vegar athygli er að Hæstiréttur virðist líta svo á að ríkir almanna- og einkahagsmunir séu jafnan fyrir hendi þegar lögregla hefur einhverja hagsmuni af því að rannsaka afbrot með þessum hætti.

Bæði í fjarskiptalögum, eins og áður sagði, og í lögum um meðferð opinberra mála er gert ráð fyrir því að lögregla geti í þágu rannsóknar opinbers máls fengið dómsúrskurð um aðgang að tilteknum upplýsingum, þ.á m. um um símtöl við tiltekinn síma eða fjarskipti við tiltekið fjarskiptatæki. Lögin gera ráð fyrir því að slíkan úrskurð megi því aðeins fá að a) ástæða sé til að ætla að upplýsingar sem skipt geta miklu fyrir rannsókn máls fáiast með þessum hætti og b) að rannsókn beinist að broti sem varðað getur að lögum átta ára fangelsi eða ríkir almannahagsmunir eða einkahagsmunir krefjist þess.¹³⁵ Í umræddu máli beindist rannsókn að broti gegn 249. gr. a og 257. gr. almennra hegningarlaga. Samkvæmt ákvæðunum varðar það 6 ára fangelsi annars vegar ef maður á ólögmetan hátt breytir, bætir við eða eyðileggur tölvuvélbúnað eða gögn eða forrit sem geymd eru í tölvutæku formi eða hefur með öðrum hætti gert

¹³⁴ Hrd. í máli nr. 448/1998, uppkv. 13. nóvember 1998, Ríkislögreglustjóri gegn Islandia Internet ehf.

¹³⁵ Sjá 87. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála.

ráðstafanir sem eru til þess fallnar að hafa áhrif á niðurstöðu tölvuvinnslu og hins vegar ef maður breytir, bætir við, þurrkar út eða eyðileggur með öðrum hætti án heimildar gögn eða forrit sem geymd eru í tölvutæku formi og ætluð eru til tölvuvinnslu.

Þegar borin eru saman ákvæði tilvitnaðra hegningarlaga annars vegar og ákvæði laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála virðist nærtækast að álykta sem svo að upplýsingar verði aðeins fengnar lögreglu um Internet-notkun sakborninga í undantekningartilvikum, þ.e. þegar ríkir almanna- og einkahagsmunir krefjast þess. Reyndar leiðir þá túlkun beinlínis af orðalagi tilvitnaðra ákvæða enda nær refsing samkvæmt hegningarlagaákvæðunum ekki því 8 ára lágmarki sem lögin um meðferð opinberra mála gera ráð fyrir. Það sé því alls ekki almenna reglan að lögregla hafi aðgang að slíkum upplýsingum heldur sé það aðeins í sérstökum tilvikum.

Í forsendum Hæstaréttar er hins vegar vísað til þess að með þeirri háttsemi sem grunur beindist að mætti ætla að færi gæfist á því að fá aðgang að gögnum annarra og komast þannig að upplýsingum um einkahagi þeirra eða rjúfa eftir atvikum friðhelgi einkalífs þess sem brot beindist gegn. Í málinu hafi því verið borið við að þeir sem áttu í hlut kunni að hafa komist í „viðkvæm gögn“. Þá segir í dómi Hæstaréttar:

Eins og háttað er þeim verknaði, sem málið varðar, er vandséð hvaða úrræði sóknaraðili [lögregla] hefur önnur til að upplýsa brotið en þau, sem hann krefst hér að fá að beita. Augljóst er að það sama getur að öðru jöfnu átt við um sambærileg brot. Er þannig hætt við að mjög geti dregið úr varnaðaráhrifum þeirra ákvæða almennra hegningarlaga, sem áður er getið, ef rannsókn á brotum gegn þeim er háð þeim takmörkunum að ekki verði aflað gagna á borð við þau, sem krafa sóknaraðilja í þessu máli tekur til.

Eins og áður sagði geta ýmsar þær skrár sem netþjónustuaðilar halda og geyma í fórum sínum um notkun viðskiptavina geymt viðkvæmar persónuupplýsingar sem skylt er að leyna. Rétt eins og húsleit og símahlerun sætir ströngum takmörkunum samkvæmt lögum ætti aðeins í sérstökum undantekningartilvikum að heimila lögreglu að yfirfara upplýsingar sem safnað hefur verið með þessum hætti hjá netþjónustuaðilum. Í dómi Hæstaréttar virðist hins vegar gengið lengra og við það miðað að þegar brot beinast að tölvum, hugbúnaði eða tölvugögnum hafi lögregla „að öðru jöfnu“ heimild til þess að yfirfara viðkvæmar persónuupplýsingar. Þannig beri almennt að verða við beiðni lögreglu um heimild til aðgangs að upplýsingum enda „vandséð hvaða úrræði [lögregla] hefur önnur til að upplýsa brotið“ en þau að yfirfara persónuupplýsingar sem geymdar eru í tölvuskrám.

Það verður að teljast óheppileg þróun ef Hæstiréttur lítur svo á að í hvert sinn sem lögregla á ekki annars kost vegna rannsóknar afbrota en að lesa upplýsingar

sem skráðar hafa verið á tölvutækt form, þá vegi rannsóknarhagsmunir þyngra en hagsmunir einstaklinga um friðhelgi einkalífs. Það er mikilvæg grundvallarregla að upplýsingar sem varða einkamálefni, fjárhagsmálefni eða önnur málefni einstaklinga fái að fara leynt. Þessi þýðingarmiklu mannréttindi hafa nú á dögum ríkara vægi þegar skráning margs konar persónuupplýsinga hefur færst í vöxt með tilkomu nýrrar tölvutækni.

Hvað sem þessum dómi Hæstaréttar líður má ljóst vera að ákvæði fjarskiptalaga, laga um meðferð opinberra mála og stjórnarskrár um skyldu til þess að afla dómsúrskurðar í tilvikum sem þessu eru í fullu gildi.

Að lokum má benda á ákvæði 3. mgr. 17. gr. fjarskiptalaga. Ekki verður annað séð en að þær upplýsingar sem dómsorðið skyldar netfyrirtækið til þess að láta í té hafi verið efnismeiri en nauðsyn bar til svo reikningsfæra hafi mátt viðskipti hlutaðeigandi. Því virðist sem fyrirtækið hafi alls enga heimild haft til skráningar þeirra upplýsinga sem dómurinn veitir lögreglu aðgang að.

6.4.5 Önnur atriði

Því fer fjarri að öllum reglum er varða friðhelgi einkalífs og persónuvernd í rafrænum viðskiptum verði gerð tæmandi skil í úttekt sem þessari. Flest alþjóðasamtök og hagsmunaaðilar á sviði viðskipta milli ríkja hafa látið málið til sín taka með einhverjum hætti. Hér verður aðeins getið nokkurra áður ónefndra reglna sem þykja hafa sérstaka þýðingu.

6.4.5.1 Mannréttindasáttmáli Evrópu

Ákvæði 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) verndar friðhelgi einkalífs. Þar segir að sérhver maður eigi rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta. Þá skuli opinber stjórnvöld eigi ganga á rétt þennan nema samkvæmt því sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, almannaheilla eða efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.

Að því leyti er viðkemur umfjöllun um rafræn viðskipti má telja að ákvæði MSE samsvari að mestu ákvæðum 71. gr. stjórnarskrárinnar.

6.4.5.2 Sáttmáli Evrópuráðsins frá 1981 og tilmáli Evrópuráðsins

Sáttmáli Evrópuráðsins um vernd einstaklinga við vélræna vinnslu persónuupplýsinga var samþykktur árið 1981. Sáttmáli þessi, oft nefndur gagnaverndarsáttmálinn, setur fram meginreglur um réttindi einstaklinga við vélræna vinnslu persónuupplýsinga og skyldar ríki til að tryggja þegnum sínum lágmarksréttindi á þessu sviði. Hann var undirritaður af Íslands hálfu 27. september 1982 og síðan fullgiltur árið 1990.

Efni sáttmálans má skipta í þrjá meginþætti. Í fyrsta lagi er fjallað um nokkur grundvallaratriði sem ríkjum ber að kveða á um í lögum. Hér er t.d. um að ræða

ákvæði um gæði gagna, sérstaka flokka upplýsinga sem njóta eiga sérstakrar verndar, öryggi gagna og viðurlög. Í öðru lagi fjallar gagnaverndarsáttmálinn um streymi upplýsinga milli ríkja, þar sem sett er fram meginreglan um að slíkt streymi skuli vera óhindrað að uppfylltum tilteknum skilyrðum. Þá fjallar sáttmálinn í þriðja lagi um skipulag gagnkvæmrar aðstoðar milli landa.

Ekki er ástæða til þess að hafa langt mál um nánara efni gagnaverndarsáttmálans enda eru ákvæði hans flest samhljóða þeim íslensku lögum sem fjallað hefur verið um. Reyndar segir beinlínis í þingsályktunartillögu til fullgildingar sáttmálans að núgildandi lög um skráningu og meðferð persónuupplýsinga, sbr. l. nr. 121/1989, uppfylli öll þau skilyrði sem sáttmálinn setur.

Á grundvelli gagnaverndarsáttmálans hefur Evrópuráðið samþykkt fjölda tilmæla sem ætlað er að vera meginreglum sáttmálans til fyllingar og gilda um afmörkuð svið:¹³⁶

- Recommendation N° R(97) 18 on the protection of personal data collected and processed for statistical purposes (30 September 1997)
- Recommendation N° R(97) 5 on the protection of medical data (13 February 1997)
- Recommendation N° R(95) 4 on the protection of personal data in the area of telecommunication services, with particular reference to telephone services (7 February 1995)
- Recommendation N° R(91) 10 on the communication to third parties of personal data held by public bodies (9 September 1991)
- Recommendation N° R(90) 19 on the protection of personal data used for payment and other operations (13 September 1990)
- Recommendation N° R(89) 2 on the protection of personal data used for employment purposes (18 January 1989)
- Recommendation N° R(87) 15 regulating the use of personal data in the police sector (17 September 1987)
- Recommendation N° R(86) 1 on the protection of personal data for social security purposes (23 January 1986)
- Recommendation N° R(85) 20 on the protection of personal data used for the purposes of direct marketing (25 October 1985)
- Recommendation N° R(83) 10 on the protection of personal data used for scientific research and statistics (23 September 1983)
- Recommendation N° R(81) 1 on regulations for automated medical data

¹³⁶ <http://www.coe.fr/dataprotection/edocs.htm>

banks (23 January 1981)

- Resolution (74) 29 on the protection of individuals vis-à-vis electronic data banks in the public sector
- Resolution (73) 22 on the protection of privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the private sector.

Tilmæli þessi hafa mismikla þýðingu fyrir rafræn viðskipti en mörg þeirra veita þó leiðbeiningar um einstaka álitæfni. Ekki þykir þó tilefni til að reifa einstök tilmæli hér.

Þá hefur Evrópuráðið nýverið sett fram leiðbeiningar um persónuvernd á Netinu sem beint er bæði til notenda og netþjónustuaðila.¹³⁷ Leiðbeiningarnar felast einkum í almennum ábendingum þar sem meðal annars er bent á ábyrgð einstaklingsins sjálfs til þess að verja sig brotum gegn friðhelgi einkalífs.

6.4.5.3 Tilskipun EB nr. 95/46

Ein mikilvægasta réttarheimild Evrópuréttarins er varðar persónuvernd á sviði rafrænna viðskipta er tilskipun Evrópusambandsins númer 95/46/EB frá 24. október 1995 um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga.

Tilskipunin hefur ekki verið gerð að hluta EES-réttarins. Þó er hún sett á grundvelli 100. gr. a. Rómarsamningsins. Þegar höfð eru í huga markmið tilskipunarinnar, efnisreglur hennar og mikilvægi fyrir viðskipti innan Evrópska efnahagssvæðisins er vandséð hvers vegna tilskipunin hefur ekki verið tekin upp í EES-rétt af sameiginlegu EES-nefndinni en full ástæða virðist til þess, svo tryggja megi einsleitar reglur á efnahagssvæðinu að þessu leyti.¹³⁸

Hér að neðan verður farið yfir helstu ákvæði tilskipunarinnar. Helstu reglum hennar má skipta í nokkra meginþætti. Í upphafi tilskipunarinnar eru almennt orðaðar meginreglur um lögmæti vinnslu persónuupplýsinga. Reglur þessar eru misjafnar eftir því hvers kyns upplýsingar er um að ræða hverju sinni. Þá fjallar tilskipunin um rétt skráðs aðila til þess m.a. að fá aðgang að upplýsingum, hafa uppi andmæli við söfnun og skráningu þeirra eða til þess að fá upplýsingar um það hvað hefur verið skráð. Einnig er fjallað um skyldur skrásetjara upplýsinga sem lúta að því hvort upplýsingar séu réttar, trúnaði, tilkynningarskyldu o.fl.

Eftirfarandi umfjöllun miðast vitanlega við reglur tilskipunarinnar sem þýðingu hafa fyrir rafræn viðskipti. Ákvæði hennar eru einkum mikilvæg í tvennum

¹³⁷ <http://www.coe.fr/dataprotection/elignes.htm>

¹³⁸ Undirritaðir hafa þó upplýsingar um það að dómsmálaráðuneytið hafi nú þegar lokið við gerð frumvarps um persónuvernd sem ætlað er að lögfesta meginreglur tilskipunarinnar. Eftir því sem næst verður komist hefur frumvarpið þegar verið kynnt í ríkisstjórn og líklegt er að það hljóti afgreiðslu úr þingflokki stjórnarflokkana nú á næstu vikum. Ef það gengur eftir er viðbúið að frumvarpið verði lagt fram á Alþingi snemma ársins 1999.

skilningi. Annars vegar eru þau leiðbeiningar um háttsemi fyrirtækja og stofnana við skráningu og meðferð viðkvæmra upplýsinga en hins vegar eru reglur tilskipunarinnar mikilvægar fyrir þróun rafrænna viðskipta í framtíðinni. Traust almennings og trú á því að réttlátlega sé staðið að söfnun og varðveislu persónuupplýsinga er ein mikilvægasta forsenda þess að fólk fái til þess að nýta hina nýju tækni til samskipta. Því er ljóst að það eru beinir hagsmunir þeirra sem bjóða vöru eða þjónustu í rafrænum miðlum að þeir tryggi að ekki sé gengið of nálægt friðhelgi einkalífs einstaklinga.

6.4.5.3.1 Gildissvið

Í tilskipuninni eru persónuupplýsingar skilgreindar sem *allar upplýsingar um persónugreindan eða persónugreinanlegan einstakling („hinn skráða“)*. Gert er ráð fyrir því að maður teljist persónugreinanlegur ef unnt er að *persónugreina hann, beint eða óbeint, svo sem með tilvísun í kennitölu eða einn eða fleiri þætti sem sérkenna hann í líkamlegu, lífeðlisfræðilegu, andlegu, efnalegu, menningarlegu eða félagslegum tilliti.*¹³⁹ Þá er mikilvægt að hafa í huga að vinnsla persónuupplýsinga táknar samkvæmt tilskipuninni aðgerð eða röð aðgerða, rafrænna eða annarra en rafrænna. Þannig telst söfnun, skráning, kerfisbinding, geymsla, aðlögun eða breyting, heimt, leit, notkun, miðlun með framsendingu, dreifing eða aðrar aðferðir til að gera upplýsingarnar tiltækar, samtenging eða samkeyrsla, aðgangstakmörkun, afmáun eða eyðilegging, allt til vinnslu persónuupplýsinga.

Tilskipunin tekur aðeins til persónuupplýsinga um einstaklinga. Hún nær því ekki til lögaðila eins og áður nefnd ákvæði SMP gera. Tilskipunin tekur til vinnslu persónuupplýsinga með rafrænum hætti að hluta eða í heild og auk þess vinnslu með öðrum aðferðum en rafrænum á persónuupplýsingum sem eru geymdar eða geyma á í skráningarkerfi. Hún nær hins vegar ekki til starfsemi sem fellur utan gildissviðs laga Evrópubandalagsins. Tilskipunin tekur heldur ekki til vinnslu sem varðar almannaöryggi, landvarnir, öryggi ríkis eða starfsemi ríkis vegna refsilaga. Þannig virðist tilskipunin ekki takmarka aðildarríkin í því að setja reglur um aðgengi lögreglu að persónuupplýsingum vegna rannsóknar opinberra mála, eftir atvikum að undangengum dómsúrskurði.

¹³⁹ Sjá 2. gr. tilskipunar nr. 95/46/EB.

6.4.5.3.2 Nokkrar meginreglur

Í 6. gr. tilskipunarinnar eru ákvæði um gæði gagna sem safnað er. Þar segir að persónuupplýsingar skuli vinna með sanngjörnum og lögmætum hætti. Upplýsingarnar skulu fengnar með skýrt tilgreindum og lögmætum markmiðum og frekari vinnsla þeirra verður að samrýmast þeim markmiðum. Þá skulu upplýsingarnar vera nægilegar, viðeigandi og ekki umfram það sem nauðsynlegt er miðað við markmiðin með söfnuninni og/eða vinnslunni. Upplýsingarnar skulu einnig vera eins áreiðanlegar og kostur er og geymdar í því formi að ekki sé unnt að persónugreina hinn skráða lengur en þörf er á miðað við markmiðin með söfnun upplýsinganna eða frekari vinnslu þeirra.

Í II. þætti tilskipunarinnar er fjallað um lögmæta vinnslu upplýsinga. Segir þar að vinnsla persónuupplýsinga sé aðeins heimil ef:

- hinn skráði gefur ótvírætt samþykki sitt;
- vinnslan er nauðsynleg vegna framkvæmdar samnings sem hinn skráði er aðili að eða í því skyni að gera ráðstafanir að beiðni hans;
- vinnslan er nauðsynleg til að uppfylla tilteknar lagaskyldur;
- vinnslan er nauðsynleg til að vernda brýna hagsmuni hins skráða;
- vinnslan er nauðsynleg vegna verks sem unnið er í þágu almannahagsmuna við beitingu opinbers valds;
- vinnslan er nauðsynleg til að ábyrgðaraðili¹⁴⁰ eða þriðji aðili eða aðilar, sem upplýsingunum er miðlað til, geti gætt lögmætra hagsmuna sinna, nema grundvallarréttindi og frelsi hins skráða gangi fyrir.

Greinarmunur er hins vegar gerður á persónuupplýsingum eftir eðli þeirra. Mun strangari reglur gilda um vinnslu persónuupplýsinga sem varða kynþátt eða uppruna, stjórnmalaskoðanir, trúar- eða heimspekiskoðanir og þátttöku í stéttarfélagi og vinnslu upplýsinga um heilsuhagi eða kynlíf. Meginreglan er sú að vinnsla slíkra upplýsinga sé með öllu óheimil, með nokkrum undantekningum þó. Til að mynda er slík vinnsla heimil ef hinn skráði veitir afdráttarlaust samþykki sitt, ef vinnslan er nauðsynleg til að vernda brýna hagsmuni hins skráða eða ef vinnslan tengist upplýsingum sem hinn skráði hefur skilmerkilega gert opinberar eða er nauðsynleg til þess að unnt sé að stofna, hafa uppi eða verja réttarkröfur. Athygli vekur að upplýsingar um fjárhagsmálefni eru ekki taldar til þeirra flokka upplýsinga sem njóta strangari verndar.

Í tilskipuninni er kveðið á um skyldu þeirra sem fara með persónuupplýsingar til

¹⁴⁰ Ábyrgðaraðili er samkvæmt tilskipuninni einstaklingur eða lögpersóna, opinbert yfirvald, stofnun eða annar aðili sem ákveður, einn og sér eða í samvinnu við aðra, markmið og aðferðir við vinnslu persónuupplýsinga.

að veita skráðum aðila tilteknar upplýsingar. Þannig á skráður aðili til dæmis rétt á að fá vitneskju um markmið með vinnslu upplýsinganna, viðtakendur þeirra og hvort hinum skráða sé heimilt að að leiðrétta upplýsingar um sig.

Þá geymir tilskipunin einnig mikilvægar reglur um skyldu þeirra sem starfa með persónuupplýsingar til þess að tryggja að gerðar séu viðeigandi tæknilegar og skipulagslegar ráðstafanir til að vernda persónuupplýsingar gegn aðgangi óviðkomandi aðila.

Ákvæði 23. gr. tilskipunarinnar kveða á um skyldu aðildarríkja EB til þess að tryggja skaðabótarétt þeirra sem bíða tjón vegna ólögmatrar vinnslu persónuupplýsinga. Þá er einnig gert ráð fyrir því að aðildarríkin setji reglur um refsíabyrgð þeirra sem í hlut eiga.

6.4.5.3.3 Miðlun til þriðju landa

IV. kafli tilskipunarinnar fjallar um miðlun persónuupplýsinga til þriðju landa. Ákvæði kaflans hafa mikla þýðingu fyrir framtíð rafrænna viðskipta. Í stuttu máli er gert ráð fyrir því að í ákveðnum tilvikum hindri eða banni aðildarríkin miðlun persónuupplýsinga til ríkja heimsins sem ekki veita, „með hliðsjón af öllum aðstæðum“ nægilega vernd persónuupplýsinga.

Í 1. mgr. 25. gr. segir að aðildarríkin skuli kveða á um að miðlun persónuupplýsinga sem eru í vinnslu eða eru ætlaðar til vinnslu að miðlun lokinni, skuli því aðeins heimil til þriðju landa að viðkomandi þriðja land tryggi nægilega vernd og að því tilskyldu að farið sé að innlendum ákvæðum sem samþykkt eru á grundvelli tilskipunarinnar.

Við mat á því hvort viðkomandi þriðja land veiti fullnægjandi vernd ber m.a. að hafa hliðsjón af eðli upplýsinganna, markmiðum og tímalengd fyrirhugaðra vinnsluaðgerða, hvert upprunalandið eða endanlegt viðtökuland er, lagareglum viðkomandi lands og af því hvaða reglur gildi í viðkomandi ríki um góðar viðskiptavenjur og öryggisráðstafanir.

Ekki skal það metið hér hvort eða hvaða ríki heimsins falli í flokk þeirra sem þykja veita ónóga vernd í þessu sambandi. Þó má geta þess að bandarískir fræðimenn hafa um nokkurt skeið haft af því áhyggjur að bandarískar réttarreglur og viðskiptavenjur veiti ekki fullnægjandi vernd eftir mælikvarða Evrópusambandsríkja. Víst má telja að íslenskar réttarreglur veiti næga vernd í skilningi tilskipunarinnar.

6.4.5.3.4 Eftirlit og tilkynningar

Í tilskipuninni er gert ráð fyrir því að aðildarríkin feli opinberri stofnun að bera ábyrgð á eftirliti með beitingu ákvæða hennar. Meginreglan er sú að þeir ábyrgðaraðilar, sem hyggjast framkvæma rafræna vinnsluaðgerð, skuli tilkynna það slíku opinberu eftirliti. Hér er því um að ræða annars konar reglu en SMP byggja á, því þar er meginreglan að vinnsla skuli fara fram að fengnu leyfi tölvunefndar.

Þá er gert ráð fyrir því að skipaður verði sérstakur starfshópur til þess að fjalla um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga. Í hópnum eigi sæti fulltrúar eftirlitsvalds frá hverju aðildarríki auk fulltrúa yfirvalds eða yfirvalda sem starfi fyrir stofnanir og aðila bandalagsins og fulltrúa framkvæmdastjórnarinnar. Starfshóp þessum er m.a. ætlað að fjalla um mál sem tengjast beitingu innlendra ákvæða sem samþykkt eru á grundvelli tilskipunarinnar, skila álitum til framkvæmdastjórnarinnar um hve viðtæk verndin sé innan bandalagsins í samanburði við reglur þriðju ríkja og vera auk þess ráðgefandi um setningu reglna í framtíðinni.

Eins og áður sagði var nýverið samþykkt í ríkisstjórn frumvarp til laga um persónuvernd. Eftir því sem næst verður komist hefur frumvarpið enn ekki hlotið afgreiðslu úr þingflokki stjórnarflokkanna. Undirritaðir hafa heimildir fyrir því að ákvæði frumvarpsins taki mjög mið af efni tilskipunarinnar og það sérstaklega með hliðsjón af reglum hennar um tilkynningar og eftirlit.

6.4.5.4 Tilskipun EB nr. 97/66

Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 97/66 fjallar um persónuvernd og friðhelgi einkalífs í fjarskiptum. Tilskipunin setur reglur um skráningu persónuupplýsinga og vernd þeirra á almenningum og í fjarskiptum hvers konar. Þar sem efni tilskipunarinnar er nátengt tilskipun 95/46 er henni einkum ætlað að vera til fyllingar ákvæðum hennar á þessu tiltekna sviði.

Samkvæmt tilskipuninni hvílir sú skylda á þeim sem veita fjarskiptaþjónustu að sjá til þess að nauðsynlegar ráðstafanir séu gerðar til þess að vernda öryggi persónuupplýsinga sem skráðar hafa verið. Þá geymir tilskipunin ákvæði um trúnaðarskyldu þjónustuaðila og takmarkanir á aðgangi yfirvalda að fjarskiptum einstaklinga. Ólíkt 95/46/EB, sem aðeins tekur til upplýsinga um einstaklinga, þá ná ákvæði 97/66/EB einnig til upplýsinga um lögaðila.

Meginregla tilskipunar er sú að öllum upplýsingum sem skráðar hafa verið um fjarskipti aðila skuli eytt þegar fjarskiptunum lýkur og vistun þeirra þjónar ekki lengur sérstökum tilgangi fjarskiptanna vegna. Undantekningar frá þessari reglu eru þó gerðar þar sem það er nauðsynlegt til þess að reikningsfærsla vegna fjarskiptaþjónustunnar geti farið fram. Þessi ákvæði fela þannig í sér sams konar reglu og kemur fram í 3. mgr.17. gr. íslensku fjarskiptalaganna.

Sérstakar reglur eru settar um réttindi aðila þegar fjarskiptatækni gefur móttakanda símtals færi á að sjá úr hvaða númeri er hringt. Þar segir að í slíkum tilvikum eigi aðili rétt á því geta með einföldum hætti og án kostnaðar leynt númerinu sem hann hringir úr. Þá segir um símaskrár og þess háttar upplýsingaskrár að í þeim skuli eingöngu vera þær upplýsingar sem nauðsynlegar eru til þess að auðkenna notendur fjarskiptaþjónustu. Ef skráin á að geyma frekari upplýsingar en þær ber að leita samþykkis notanda.

Undirrituðum er kunnugt um það að fljótlega sé væntanleg reglugerð sem að mestu leyti á að vera samhljóða tilskipun 97/66. Reglugerðin verður sett með

stoð í 17. gr. fjarskiptalaga.

6.5 Niðurstaða um friðhelgi einkalífs og persónuvernd

Íslenskar reglur um friðhelgi einkalífs, persónuvernd og vernd persónuupplýsinga eru að flestu leyti fullnægjandi með tilliti til rafrænna viðskipta. Mikilvægt er að ákvæði stjórnarskrár og þær meginreglur sem leiddar verða af ákvæðum settra laga eru sæmilega rúm og virðast þannig geta staðist tímans tönn. Nokkrar breytingar er þó nauðsynlegt að gera á einstökum ákvæðum íslenskra laga með hliðsjón af tilskipunum EB en fæstar þeirra lúta að mikilvægum efnisatriðum um vernd persónuupplýsinga í rafrænum viðskiptum.

Ör framþróun í netækni og á sviði rafrænna viðskipta leggur þær skyldur á herðar stjórnvöldum að vel verði fylgst með því að friðhelgi einkalífs verði veitt fullnægjandi vernd á hverjum tíma. Slíkt eftirlit er best komið í höndum sérhæfðs stjórnvalds sem líkja mætti við tölvunefnd. Trú einstaklinga á því að þeir njóti þess réttar, bæði að lögum og í reynd, að eiga rafræn samskipti án þess að það bitni á friðhelgi einkalífs þeirra er ein mikilvægasta forsenda framþróunar í rafrænum viðskiptum.

7 Lagaskil í rafrænum viðskiptum

7.1 Inngangur

Mikilvægt einkenni rafrænna viðskipta er að þeim eru yfirleitt engin landfræðileg takmörk sett. Sérstaklega á þetta við þegar um er að ræða viðskipti í opnu kerfi eins og á Netinu. Aðilar geta þannig stofnað til samnings og eftir atvikum innt af hendi greiðslur samkvæmt honum um allan heim frá sama stað. Í þessu felst að sjálfsögðu megin kostur rafrænna viðskipta en þessi kostur leiðir einnig til ýmissa spurninga um það hvers lands lög eigi við um viðskiptin. Þannig getur t.d. aðili auðveldlega átt viðskipti við annan aðila án þess að hafa hugmynd um það í hvaða landi gagnaðili dvelst, í hvaða landi starfsemi hans fer fram, í hvaða landi netþjónn hans er o.s.frv. Lénshéiti á vefsíðu gagnaðila er reyndar oft merkt ákveðnu landi (t.d. .is, .uk eða .dk) en með því er alls ekki sagt að raunveruleg starfsemi gagnaðila fari fram í því landi. Þá er tæknilega ekkert því til fyrirstöðu að netþjóni sé úthlutað lénshéiti ákveðins lands þrátt fyrir að hann hafi litla sem enga starfsemi í því landi. Engar samræmdar lagareglur eru um úthlutun lénshéita hvað þetta varðar þótt úthlutendur í sumum löndum geri kröfu um ákveðin tengsl við landsvæði viðkomandi lands.¹⁴¹

¹⁴¹ Í Bandaríkjunum eru 6 lénshéiti notuð: -com, -edu, -net, -org, -mil og -gov. Verulegur fjöldi tölva frá öðrum löndum er skráður á fyrstu fjögur lénshéitin. Í Svíþjóð eru hins vegar gerðar nokkuð strangar kröfur um tengsl við landsvæði sænska ríkisins vegna úthlutunar lénshéitis. Í ráðgerðri tilskipun Nefndar EB um rafræn viðskipti sem fjallað hefur verið um hér að framan í tengslum við Evrópurétt er sérstaklega skilgreint í hvaða landi aðili telst vera. Það er gert á

Samkvæmt framangreindu geta netviðskipti valdið nokkuð sérstökum vandkvæðum þótt álitamál um lagaskil séu í megindráttum gamalkunn og vel rannsökuð í alþjóðlegum einkamálarétti.

Nokkuð ólíku máli gegnir um lagaskil og lögsögu í refsímálum samanborið við einkamál. Um einkamál gildir almennt sú regla að aðilum er heimilt að semja um varnarþing, hver landslög gildi um samnings samband þeirra sem og önnur atriði. Frá meginreglunni um samningsfrelsi um varnarþing og lagaskil er þó að finna veigamiklar undantekningar sem styðjast við reglur EB um neytendavernd.¹⁴² Reglur um refsilögsögu ríkja eru hins vegar ófrávíkjanlegar eðli málsins samkvæmt. Um refsilögsögu verður rætt síðast í þessum kafla en að öðru leyti miðast umfjöllunin við einkamálarétt.

Í tengslum við reglur íslensks réttar um varnarþing og lagaskil koma til álita ýmsar reglur og önnur viðmið sem unnið hefur verið að því að móta á alþjóðlegum vettvangi. Aðildarríki EB hafa gert með sér samninga um hvort tveggja: svokallaðan Brussel-samning frá 27. september 1968 um dómsvald og um fullnustu dóma í einkamálum og Rómarsamning frá 19. júní 1980 um lagaskil vegna samninga. Aðildarríki EB og EFTA gerðu með sér samning um dómsvald og fullnustu dóma, Lugano-samninginn frá 16. september 1988, sem í öllum meginatriðum hefur að geyma sömu efnisreglur og Brussel-samningurinn. Lugano-samningurinn hefur lagagildi á Íslandi, sbr. lög nr. 68/1995. Ísland er hins vegar ekki aðili að samningi um lagaval, hliðstæðum Rómarsamningnum frá 1980. Ásamt evrópsku löggjafarstarfi hafa reglur um varnarþing komið til athugunar hjá ýmsum alþjóðlegum stofnunum. Á vegum UNCITRAL er t.d. unnið að sérstakri könnun á lagaskilareglum með hliðsjón af netviðskiptum. Þá hafa ýmsar alþjóðlegar reglur um verslunarrétt og samningsstaðlar sem samdir hafa verið á grundvelli þeirra að geyma ákvæði um varnarþing og lagaval.¹⁴³

7.2 Lögsaga

Samkvæmt 1. mgr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála (skst. EML) hafa dómstólar vald til að dæma um hvert það sakarefni sem lög og landsréttur ná til nema það sé skilið undan lögsögu þeirra samkvæmt lögum, samningi, venju eða eðli sínu. Heyri sakarefni ekki undir dómstóla vísar dómari máli frá dómi.

grundvelli þess hvar starsemi aðila er raunverulega án tillits til staðsetningar netþjóns og lénsheitis.

¹⁴² Sjá sérstaklega 36. gr. d SML, sbr. tilskipun 93/13/EEC.

¹⁴³ Í 15. kafla frumvarps til laga um lausafjárkaup sem lagt hefur verið fyrir Alþingi er að finna sérreglur um alþjóðleg kaup. Alþjóðleg kaup samkvæmt frumvarpinu eru nánar skilgreind í 5. gr. þess, m.a. á þann veg að þær eigi ekki við um kaup milli aðila með atvinnustarfsemi á Norðurlöndunum eða neytendakaup. Með frumvarpinu er stefnt að því að íslenskar reglur séu í samræmi við samning SP um lausafjárkaup, United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods, frá 1980 (CISG). Sjá um frumvarpið í heild þskj. 254 — 227. mál (123. löggjafarþing 1998-1999).

Almennt er viðurkennt að lögsaga íslenskra dómstóla samkvæmt framangreindu nái ekki einungis til dómsúrlausnar sem um fer samkvæmt íslenskum efnisrétti enda er t.d. í 2. mgr. 44. gr. EML beinlínis vísað til þess að mál kunni að vera grundvallað á erlendri réttarreglu. Samkvæmt þessu verður að skilja skýrt á milli lögsögureglna og lagaskilareglna; íslenskir dómstólar kunna að hafa lögsögu þótt leggja beri erlendar réttarreglur til grundvallar við úrlausn máls. Sakarefni verður að uppfylla ýmis önnur skilyrði til þess að íslenskir dómstólar séu bærir til þess að leysa úr því en þau atriði þykir ekki ástæða til þess að ræða hér.

7.3 Varnarþingsreglur

Samkvæmt framangreindu eru íslenskir dómstólar almennt til þess bærir að leysa úr málum vegna rafrænna viðskipta, þ.á m. netviðskipta. Til þess að mál verði lagt fyrir tiltekinn dómstól í tiltekinni þinghá verður þó að vera til staðar heimilt varnarþing.¹⁴⁴ Ef mál er höfðað á röngu varnarþingi vísar dómari því frá samkvæmt 2. mgr. 24. gr. EML. Þeir dómstólar sem mál vegna rafrænna viðskipta fellur undir eru yfirleitt almennir héraðsdómstólar, sbr. 1. og 2. gr. laga nr. 92/1989 um aðskilnað dóms- og umboðsvalds í héraði.

Um varnarþing gilda ákvæði V. kafla EML. Varnarþingsákvæði EML fela í sér heimildir en ekki skyldu til vals á varnarþingi. Samkvæmt 3. mgr. 42. gr. EML er aðilum ennfremur heimilt að semja um meðferð máls í hvaða þinghá sem er og fer þá um gildi slíks samnings samkvæmt almennum sjónarmiðum samningaréttar. Mest nýtta varnarþingið í íslenskri réttarframkvæmd er án efa heimilisvarnarþing, sbr. 32. og 33. gr. EML. Þessum ákvæðum verður augljóslega ekki beitt gagnvart erlendum aðilum sem engin tengsl hafa við íslenskt yfirráðasvæði. Öðrum varnarþingsákvæðum verður hins vegar beitt um erlenda aðila samkvæmt beinum fyrirmælum 43. gr. EML nema annað leiði af samningi við erlent ríki. Í þessu sambandi koma til sérstakrar athugunar ákvæði 37. gr. EML sem mjög gæti nýst íslenskum aðila sem átt hefði netviðskipti við erlendan aðila. Samkvæmt ákvæðinu getur aðili höfðað mál á eigin heimilisvarnarþingi vegna kaupa á vöru eða þjónustu. Íslenskir aðilar hafa samkvæmt þessu talsvert víðtækar heimildir til málshöfðunar fyrir íslenskum dómstólum vegna rafrænna viðskipta við erlendan aðila. Önnur varnarþingsákvæði, s.s. 1. mgr. 35. EML um efnadastadarvarnarþing, gætu einnig nýst íslenskum aðila en það ákvæði gefur tilefni til nokkuð flókinna álitamála um hvar (þ.e. í hvaða landi) efna skal samning.

Meginfrávikið frá reglum EML um íslenskt varnarþing erlendra aðila er að finna í lögum nr. 68/1995 um Lugano-samninginn um dómsvald og fullnustu dóma í einkamálum. Efni samningsins er mikið og engin leið að gera neina

¹⁴⁴ Í undantekningartilvikum getur mál verið undanþegið íslenskri lögsögu, jafnvel þótt aðili eigi varnarþing hér á landi, t.d. þegar aðili á úrlendisrétt. Slíkar undantekningar hafa ekki ýkja raunhæfa þýðingu fyrir það efni sem hér er til umfjöllunar.

fullnægjandi grein fyrir því hér. Af lögum nr. 68/1995 leiðir að vegna aðila sem búsettur er í EFTA- eða EB-ríki er skylt að gæta ákvæða Lugano-samningsins við val á varnarþingi sbr. 3. gr. samningsins. Þetta getur leitt til takmarkana á hinum víðtæku heimildum EML.

Í 4. kafla Lugano-samningsins eru sérstök ákvæði um neytendavarnarþing sem að nokkru má jafna til 37. gr. EML. Ákvæði 4. kafla eru þó þrengri þar sem þau eru bundin við mál sem maður (neytandi) höfðar í tilgangi sem telja verður að varði ekki atvinnu hans og varðar tiltekin efni sem nánar eru talin upp í samningnum. Mikilvægast í þessu sambandi er að neytendavarnarþing tekur til samnings neytanda um að látið sé af hendi lausafé eða þjónusta enda hafi (a) undanfari samningsins verið sérstakt tilboð til neytanda í því ríki þar sem hann á heimili og (b) neytandinn gert þær ráðstafanir sem nauðsynlegar voru til samningsgerðarinnar í því ríki. Reglur 4. kafla Lugano-samningsins ættu samkvæmt þessu í megindráttum að gera íslenskum neytendum kleift að höfða mál fyrir íslenskum dómstólum vegna viðskipta á Netinu. Ákvæði 15. gr. samningsins setja varnarþingssamningum takmörk, þannig að slíkir samningar eru einungis heimilir gagnvart neytanda ef þeir eru gerðir eftir að ágreiningur er risinn.

Lugano-samningurinn hefur að geyma ýmsar fleiri varnarþingsreglur sem átt gætu við í rafrænum viðskiptum en ekki er unnt að gera grein fyrir hér. Þá eru í samningnum fyrirmæli um fullnustu dóma í samningsríkjum vegna tiltekinna krafna sem átt gætu uppruna sinn í rafrænum viðskiptum. Slíkar reglur hafa að sjálfsögðu verulega þýðingu í sambandi við raunhæfa möguleika aðila til þess að ná fram réttindum sínum ef gagnaðili á engar eignir á íslensku yfirráðasvæði sem geta verið andlag fullnustugerða.

7.4 Hvaða landslög ber að leggja til grundvallar?

Þrátt fyrir að heimilt sé að höfða mál fyrir íslenskum dómstólum er ósagt hvaða lög gildi um sakarefnið. Milli aðildarríkja ESB gildir Brussel-samningurinn svokallaði sem áður hefur stuttlega verið minnst á. Ísland er hins vegar ekki aðili að honum eða öðrum alþjóðlegum samningum um lagaskil. Í þessu sambandi gildir sú meginregla að aðilum er frjálst að semja um hvaða lög gildi um réttarsamband þeirra enda sé slíkur samningur ekki andstæður allsherjarreglu og að öðru leyti gildur samningur. Sú regla er þó bundin ýmsum takmörkunum hvað varðar neytendaviðskipti. Í 36. gr. d SML er að finna þetta ákvæði:

Ef ákvæði samnings tengist náíð landsvæði EES-ríkja þannig að samningurinn sé t.d. gerður þar eða einhver samningsaðilja búi þar og samningsákvæði kveður á um að löggjöf lands utan Evrópska efnahagssvæðisins skuli gilda um samninginn skal ákvæðið ekki gilda um ósanngjarna samningsskilmála ef neytandinn fær við það lakari vernd gegn slíkum skilmálum en

samkvæmt viðeigandi löggjöf lands á efnahagssvæðinu.

Við athugun á því hvort samningsskilmálar séu ósanngjarnir koma ýmis önnur fyrir mæli sem uppruna sinn eiga í Evrópurétti til álita, t.d. reglur um fjarsölu, sbr. lög nr. 96/1992 um húsgöngu og fjarsölu og tilskipun 97/7/EC um fjarsölu sem enn hefur ekki verið lögfest. Í aðalatriðum má segja að réttarstaða neytanda á EES-svæðinu eigi aldrei að verða lakari en ella vegna samningsákvæða um að lög lands utan svæðisins gildi um samnings sambandið. Um stöðu neytenda á EES-svæðinu er einnig því við að bæta að neytendaréttur EES-ríkjanna er orðinn býsna samræmdur vegna löggjafarstarfs stofnana EB. Í mörgum tilvikum myndi það gilda einu hvaða lög EES-aðila yrðu lögð til grundvallar.

Um samningsfrelsi aðila er einnig rétt að benda á að til greina getur komið að aðilar semji um að um lögskipti þeirra fari samkvæmt alþjóðlegum kaupalögum, t.d. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods frá 1980 (CISG). Um slíka samninga myndi einkum vera að ræða þegar samningur væri flókinn eða varðaði verulega hagsmuni enda nær t.d. CISG ekki til neytendakaupa samkvæmt orðum sínum.¹⁴⁵ Fyrir Alþingi hefur nú verið lagt frumvarp til laga um lausafjárkaup þar sem gert er ráð fyrir því að um tiltekin alþjóðleg kaup fari í meginatriðum samkvæmt CISG-samningnum.¹⁴⁶ Með þessu er stefnt að því að aðlaga íslenskan kauparétt CISG-reglunum með því að setja sams konar efnisreglur í íslensk lög og samningurinn hefur að geyma (transformation). Í athugasemdum við frumvarpið kemur fram að samhliða frumvarpi til laga um lausafjárkaup hafi verið lagt fram frumvarp um heimild ríkisstjórnarinnar til fullgildingar CISG.

Ef aðilar hafa ekki samið um hvaða landslög eigi við um lögskipti þeirra koma til álita almenn sjónarmið íslensks lagaskiláréttar. Um þetta efni er ekki fyrir að fara settum lagaákvæðum.¹⁴⁷ Þá veldur sérstökum vandkvæðum hversu fátt er um dómsúrlausnir sem veita leiðbeiningu um lagaskil.¹⁴⁸ Þegar litið er á þau dómsmál þar sem um milliríkjavíðskipti hefur verið að ræða sést að íslenskir dómstólar dæma almennt samkvæmt íslenskum lögum. Væntanlega verður einnig því aðeins dæmt samkvæmt erlendum réttarreglum að aðili beinlínis

¹⁴⁵ Um CISG, sjá Pál Sigurðsson, Kauparétt [1988], bls. 333 o.áfr.

¹⁴⁶ Í 1. mgr. 88. gr. frumvarpsins (áður tilv.) er að finna svofellda reglu: Í alþjóðlegum kaupum skal við túlkun á ákvæðum laganna taka tillit til þess að nauðsynlegt er að samræma beitingu þeirra reglna sem byggðar eru á samningi Sameinuðu þjóðanna frá 1980 um alþjóðleg lausafjárkaup, svo og alþjóðlegs eðlis þeirra. Einnig skal taka tillit til nauðsynjar á heildarleika og góðrar trúar í alþjóðlegum viðskiptum.

¹⁴⁷ Frumvarp til laga um lausafjárkaup (áður tilv.) hefur að geyma sérreglur um alþjóðleg kaup. Hins vegar eiga þessar sérreglur ekki við um ýmis mikilvæg kaup, s.s. neytendakaup. Í fljótu bragði virðist það leiða af reglum frumvarpsins að um neytendakaup fari alfarið samkvæmt íslenskum reglum. Sjá nánar athugasemdir við 3. mgr. 3. gr. frumvarpsins.

¹⁴⁸ Hér má e.t.v. benda á H 1979:1142, H 1981:1243, H 1982:1665, H 1982:1890, H 1983:1599, H 1984:15 þar sem í öllum tilvikum var dæmt samkvæmt íslenskum lögum.

krefjist þess og færi sönnur á efni þessara réttarreglna, sbr. 2. mgr. 44. gr. EML.

Við mat á því hvaða landslög gilda um samningssamband er ekki sjálfgefið að sömu lög gildi um stofnun og gildi samnings, efndir samnings og vanefndaúrræði. Almennt má segja að dómari myndi væntanlega styðjast við reglur alþjóðlegs einkamálaréttar við úrlausn um lagaskil, a.m.k. að því marki sem íslensk fordæmi leiddu ekki til annarrar niðurstöðu.¹⁴⁹ Samkvæmt þessu myndi dómari leitast við að beita efnisreglum þess lands sem málsefnið hefði hve sterkust tengsl við. Þeir kostir sem almennt séð koma einkum til greina við lagaval eru 1) lög þess lands þar sem dæmt er (lex fori), 2) lög þess lands þar sem samningurinn var gerður (lex loci contractus), 3) lög þess lands þar sem efna á samninginn (lex loci solutionis), 4) lög þess lands þar sem skuldari er heimilisfastur (domicilprincip) eða 5) þar sem skuldari á ríkisfang (nationalitetsprincip).¹⁵⁰ Um þessa upptalningu má þegar segja að kostur 2) kemur oft ekki til greina varðandi rafræna samninga sem gerðir eru á Netinu enda kunna slíkir samningar að vera gerðir samtímis í tveimur löndum eða fleiri.¹⁵¹

Eins og áður segir er ekki sjálfsagt að sömu sjónarmið um lagaskil eigi við um öll atriði samningssambands. Við álitamál sem lúta að efndum samnings, t.d. eiginleikum greiðslna (göllum) og réttu tímamarki greiðslna (greiðsludrætti) kemur einkum til skoðunar hvar greiðslu átti að efna, sbr. framangreindan kost 3).¹⁵² Efnastaður í rafrænum viðskiptum er ekki ótvíræður því venjulega myndu efndir fara fram í tveimur löndum, t.d. þannig að seljandi vöru ætti að afhenda hana íslenskum kaupanda á Íslandi og kaupandi ætti að greiða seljanda peninga í öðru landi. Í þessum tilvikum myndi í megindráttum gilda sú regla að um atriði sem vörðuðu réttar efndir færi samkvæmt lögum þess lands þar sem efndir færu fram. Þannig má segja með nokkurri vissu að um galla og greiðsludrátt greiðslu sem inna ætti af hendi á Íslandi færi samkvæmt íslenskum lögum. Sama myndi og eiga við um vanefndaúrræði vegna þessa, t.d. skaðabætur, afslátt og riftun. Eftir atvikum gæti þó verið talið að skuldara bæri

¹⁴⁹ Verði frumvarp til laga um lausafjárkaup (áður tilv.) að lögum mun meginreglan um alþjóðleg kaup, sbr. 5. gr. frumvarpsins, verða sú að um réttarsamband aðila fari samkvæmt CISG-samningnum frá 1980. Í 2. mgr. 88. gr. frumvarpsins segir síðan: Úr álitaefnum vegna atvika, sem samningur Sameinuðu þjóðanna fjallar um en hann leysir ekki úr með afgerandi hætti, skal leysa í samræmi við meginreglur samningsins og að öðru leyti í samræmi við þau landslög sem beita ber samkvæmt reglum alþjóðlegs einkamálaréttar.

¹⁵⁰ Páll Sigurðsson, Kauparéttur [1987], bls. 327.

¹⁵¹ Þó má hugsa sér að aðilar komi saman á markaðstorgi á vefsíðu í þriðja landi og geri þar samninga og jafnvel inni af hendi greiðslur.

¹⁵² Í 3. mgr. 88. gr. frumvarps til laga um lausafjárkaup (áður tilv.) segir: Um kröfu um beinar efndir, sem ákvarða skal hér á landi eða á grundvelli íslenskra réttarreglna, gilda ávallt ákvæði laga

þessara, sbr. 28. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna.

að efna samning sinn í því landi sem hann er búsettur í, t.d. ef íslenskur skuldari greiddi fyrir vöru eða þjónustu með millifærslu á íslenskan bankareikning. Ef efndastaður peningagreiðslu væri hins vegar annað land myndu framangreind sjónarmið mæla með því að um dráttarvexti og önnur vanefndaúrræði færi samkvæmt lögum þess lands þar sem greiðslu átti að efna.¹⁵³ Í þessu sambandi er ennfremur ekki útilokað að íslenskir dómstólar myndu nýta alþjóðlega samninga eftir því sem þeir gætu átt við við túlkun og skýringu viðeigandi lagaákvæða, sbr. sérstaklega CISG sem áður er nefndur.¹⁵⁴ Um það atriði almennt hvar efndir eiga sér stað verður hins vegar að vísa til almenns kauparéttar.

Lagaskil vegna stofnunar og gildis samnings gefa tilefni til flókinna álítaefna enda eru þau lönd þar sem samningur er gerður a.m.k. tvö. Þegar um er að ræða viðamikinn samning er yfirleitt samið um atriði sem þessi, t.d. að um samningin fari samkvæmt lögum ákveðins lands eða jafnvel alþjóðlegum kaupalögum, t.d. CISG.¹⁵⁵ Þegar um er að ræða viðaminni samninga, t.d. neytendasamninga, þarf sú hins vegar ekki að vera raunin. Í þessu sambandi ber þó að athuga að oft myndi engu skipta hvaða landslögum yrði beitt þar sem lögin myndu hvort sem er í báðum tilvikum leiða til sömu efnislegu niðurstöðu. Hvað varðar neytendasamninga myndi slík niðurstaða almennt eiga við um EES.

Ógildingarreglur samningarétta eru náskyldar sjónarmiðum um allsherjarreglur (public order). Almennt verður að telja mjög ólíklegt að íslenskir dómstólar myndu fallast á skuldbindingargildi samnings sem gengi gegn íslenskum ógildingarreglum. Þá er ennfremur ólíklegt að íslenskir dómstólar myndu fallast á ógildi samnings af ástæðum sem ekki eru viðurkenndar að íslenskum rétti, t.d. vegna þess að samningur er ekki í ákveðnu formi.¹⁵⁶ Ef farið væri fram á ógildi samnings á þeim grundvelli að hann væri í rafrænu formi og um það vísað til erlendra réttarreglna myndu íslenskir dómstólar líklega ekki taka slíka málsástæðu til greina. Samkvæmt þessu er líklegast að íslenskir dómstólar

¹⁵³ Samkvæmt dönskum rétti, sbr. lov nr. 122/1964 om hvilket lands retsregler, der skal anvendes på løsøre køb af international karakter, gildir sú meginregla að leggja skal lög lands seljanda til grundvallar. Löggin eru reist á Haag-samningnum frá 1955 (Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods). Samkvæmt því sem greinir í meginmáli myndi engin slík almenn regla gilda að íslenskum rétti.

¹⁵⁴ Hér má enn vísa til frumvarps til laga um lausafjárkaup (áður tilv.) þar sem þetta viðhorf er lögfest.

¹⁵⁵ Reglur CISG eiga væntanlega einnig við um stofnun og gildi tiltekinna alþjóðlegra samninga samkvæmt 3. og 1. mgr. 88. gr. frumvarps til laga um lausafjárkaup (áður tilv.).

¹⁵⁶ 92. gr. frumvarps til laga um lausafjárkaup (áður tilv.) gerir ráð fyrir undantekningu frá þessu. Í 91. gr. frumvarpsins er almennt kveðið á um að samningar séu óformbundnir. Þá segir í 92. gr.: Ákvæði 91. gr. eiga ekki við í alþjóðlegum kaupum ef annar samningsaðilinn hefur atvinnustöð sína í samningsríki þar sem ekki eru í löggjöf viðurkenndir aðrir samningar en þeir sem eru gerðir skriflega, enda hafi ríkið gefið yfirlýsingu í samræmi við 96. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um alþjóðleg lausafjárkaup frá 1980.

myndu leggja íslenskan samningarétt til grundvallar mati á hugsanlegu ógildi samnings.

Um mat á því hvort til samnings hafi stofnast er nokkru erfiðara að segja. Almennt má segja um íslenskan og norrænan samningarétt að þessi réttarkerfi geri minni kröfur en ýmis önnur til stofnunar samnings, t.d. hvað varðar form hans og hversu ítarlega hefur verið samið um ýmis atriði, t.d. kaupverð. Hér myndi afstaða samningsaðila sjálfra og tengsl samnings við eitt land öðru fremur koma mjög til álita. Í þessu sambandi gæti einnig verið rétt að líta til þess að t.d. í viðskiptum á Netinu á aðili þess stundum lítinn sem engan kost að gera sér grein fyrir því í hvaða landi viðsemjandi hans raunverulega er. Lénshæiti vefsíðu eða tungumál gæti þó gefið aðila tilefni til þess að treysta því að samningsaðili hans væri raunverulega í því landi sem vefsíðan eða tungumálið gæfi til kynna. Einnig gæti komið til greina að líta til þess að eigandi vefsíðu hefur mun betri aðstöðu til þess að hafa áhrif á lagaval en viðsemjandi hans og gera viðsemjendum slíkt ljóst með stöðluðum samningsskilmálum á vefsíðu. Samkvæmt framangreindu er mjög erfitt að setja fram nokkrar skýrar leiðbeiningar um atriði sem þessi. Ef íslenskum réttarheimildum yrði beitt gæti komið til greina að hafa hliðsjón af alþjóðlegum samningum við skýringu þeirra, t.d. CISG, þar sem þessir samningar eiga við.¹⁵⁷

7.5 Refsilögsaga Íslands

Kveðið er á um refsilögsögu Íslands í 4. til 11. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (skst. HGL).¹⁵⁸ Í refsilögsögu felst bæði vald til þess að setja refsilög og framfylgja þeim með rannsókn, dómi og refsifullnustu. Ef mál fellur undir íslenska refsilögsögu fer samkvæmt þessu um málið samkvæmt íslenskum lögum hvað varðar rannsókn, málsmeðferð, heimfærslu háttsemi til refsíákvæða og ákvörðun viðurlaga. Samkvæmt 11. gr. HGL skal beita lögsögureglum laganna með þeim takmörkunum sem leiðir af þjóðarétti. Reglur þjóðaréttar, einkum reglur sem lúta að úrlendisrétti, hafa þannig þýðingu við ákvörðun íslenskrar refsilögsögu. Í annan stað geta refsiréttarreglur annarra ríkja haft þýðingu í sambandi við efnislega niðurstöðu máls sem fellur undir íslenska refsiréttarlögsögu, sbr. einkum 8. gr. HGL um brot framin erlendis.

Um íslenska refsilögsögu mætti hafa langt mál þótt ekki verði gert hér. Eftirfarandi umfjöllun miðast við það að veita yfirlit yfir gildandi lögsögureglur með hliðsjón af þeim helstu brotum sem komið geta upp í tengslum við rafræn viðskipti.

¹⁵⁷ Sbr. áður tilv. frumvarp til laga um lausafjárkaup.

¹⁵⁸ Um refsilögsögu almennt má vísa til Jónatans Þórmundssonar, Refsiréttur almenni hlutinn I [1989], bls. 9 o.áfr., og Stephan Hurwitz, Den danske kriminalret almindeleg del [1971], bls. 94 o.áfr. Í umfjöllun um íslenska refsilögsögu er einkum stuðst við nefnt rit Jónatans Þórmundssonar.

7.5.1 Forráðasvæðisreglan (territorialprincíp).

Meginregla íslensks refsiréttar kemur fram í 4. gr. HGL. Samkvæmt ákvæðinu skal refsa samkvæmt íslenskum lögum fyrir afbrot framin innan yfirráðasvæðis íslenska ríkisins. Reglan gildir óháð því hvort um er að ræða íslenska eða erlenda aðila. Ýmis álitamál rísa í tengslum við afmörkun yfirráðasvæðis íslenska ríkisins sem ekki er ástæða til þess að ræða hér.¹⁵⁹ Samkvæmt reglunni er ljóst að öll starfsemi á íslensku landsvæði, s.s. gerð og starfræksla netþjóna og vefsíðna, viðtaka og greiðsla peninga og viðtaka og afhending vara fellur undir íslenska refsilögsögu. Þetta atriði íslenskrar refsilögsögu virðist ekki gefa tilefni til neinna sérstakra álitamála í tengslum við rafræn viðskipti. Hitt er svo annað mál hvernig eftirliti og refsivörslu verður fyrirkomið á skilvirkan hátt en um það atriði verður ekki fjöllyrt hér.

7.5.2 Afmörkun forráðasvæðisreglunnar með tilliti til starfsemi erlendra aðila

Starfsemi erlendra aðila getur valdið nokkrum vafa í tengslum við forráðasvæðisreglu 4. gr. HGL. Sérstaklega á þetta við þegar erlendur aðili býður vöru eða þjónustu í opnu kerfi, s.s. á Netinu, og hún er aðgengileg aðilum á Íslandi með einum eða öðrum hætti. Brot sem hér koma til greina geta verið margvísleg og varðað bæði HGL og sérrefsilög, t.d. varðað framboð á barnaklámi, hvatningu til afbrota, fjárhættuspil, brot á höfundar- og vörumerkjarétti, brot á reglum um peningabætti, brot á neytendalöggjöf, róg og ærumeiðingar og jafnvel brot á fánalögum.

Um brot sem að einhverju leyti binda refsinaemi við afleiðingar verknaðar gildir ákvæði 7. gr. HGL:

Nú er refsing að einhverju leyti bundin að lögum við afleiðingar verknaðar, og skal þá líta svo á, að verkið sé einnig unnið þar, sem þessar afleiðingar gerast eða er ætlað að koma fram.

Það er ekki skilyrði þess að ákvæðið eigi við að háttsemi sé refsiverð í því landi þar sem hún er framin. Ef afleiðingar brots koma fram á íslensku yfirráðasvæði er litið svo á að brotið sé framið á Íslandi.

Nokkur vafi er á því hvort reglan taki einungis til tjónsbrot sem fullframin eru þegar afleiðingar eru komnar fram. Jónatan Þórmundsson telur að reglan eigi einnig við brot þar sem fullframningarstigið er fært fram (þ.e. þar sem brotalyfing kveður á um að háttsemi sé til þess fallin að hafa ákveðnar afleiðingar án þess þó að þessar afleiðingar þurfi að vera komnar fram, sbr. t.d. 155. gr. HGL). Hins vegar telur hann hæpið að ákvæðið taki til brota sem lýst er

¹⁵⁹ Sjá um þetta t.d. Jónatan Þórmundsson, áður tilv., bls. 9 o.áfr.

algerlega án tillits til afleiðinga og fullframin eru við verknað sem slíkan.

Ef 7. gr. HGL á ekki við verður brot að vera fullframið innan íslensks yfirráðasvæðis. Ákvörðun um fullframingu ýmissa brota sem ekki binda réttaráhrif við að tiltekna afleiðingar komi fram getur verið nokkrum erfiðleikum bundin þegar um rafræna upplýsingamiðlun er að ræða. Hinn erlendi aðili er í raun og veru utan íslensks yfirráðasvæðis, jafnvel þótt hann geti framið ákveðnar athafnir á Íslandi með aðstoð þessarar tækni. Í þessu sambandi er rétt að greina á milli mismunandi aðferða við að bjóða eitthvað á vefsíðum. Í fyrsta lagi kann að vera um að ræða virka markaðssetningu vöru eða þjónustu sem beinlínis er beint að íslenskum aðilum (active marketing). Í annan stað getur verið um að ræða markaðssetningu sem ekki er sérstaklega beint að íslenskum aðilum þótt þeir eigi slík viðskipti að eigin frumkvæði (passive marketing).¹⁶⁰ Í þriðja lagi koma til álita aðstæður þar sem einungis er um að ræða að tiltekna upplýsingar hafi verið settar á vefsíðu einhvers staðar íslenskum aðila til tjóns eða óhagræðis.

Ef um er að ræða markaðssetningu vöru eða þjónustu sem m.a. er beint að íslenskum aðilum myndi brot í flestum tilvikum teljast framið innan íslensks yfirráðasvæðis. Sem dæmi má taka að ef erlendur aðili byði íslenskum aðilum klám í skilningi 210. gr. HGL með auglýsingum og tilboðum, t.d. með sendingu tölvuskeyta eða auglýsingum á heimasíðum íslenskra netþjóna, félli slík háttsemi vafalaust undir íslenska refsilögsögu. M.ö.o. væri um að ræða dreifingu á klámi innan íslensks yfirráðasvæðis.

Ef ekki er um að ræða bein tilboð eða auglýsingar sem beint er að íslenskum aðilum en þeir hafa engu að síður tækifæri til viðskipta á við erlendan aðila er staðan önnur. Hinn erlendi aðili er þá utan íslensks yfirráðasvæðis og hefur ekkert aðhafst til þess að fremja refsiverða háttsemi innan þess. Hann hefur m.ö.o. engin tengsl við íslenskt yfirráðasvæði að þeim tengslum undanskildum sem komið hefur verið á af íslenskum aðila. Í slíku tilviki sýnist ótækt að íslensk refsilögsaga nái til háttsemi hins erlenda aðila nema ákvæði 7. gr. HGL eigi við en slíkt myndi líklega sjaldnast vera raunin um afbrot tengd rafrænum viðskiptum. Ef íslenskur aðili aflaði sér t.d. að eigin frumkvæði barnakláms í skilningi 3. mgr. 210. gr. HGL með viðskiptum við erlendan aðila á Netinu næði íslensk refsilögsaga að öllum líkindum ekki til hins erlenda aðila. Að sjálfsögðu hefði hinn íslenski aðili hins vegar gerst sekur við 210. gr. HGL, eftir atvikum bæði með því að flytja efnið inn í landið og með því að hafa það í vörslum sínum. Við þetta er því að bæta að skilin milli beinnar markaðssetningar eða framboðs sem félli undir íslenska refsilögsögu og þeirra tilvika þegar íslenskur aðili hefur sjálfur frumkvæði af viðskiptum geta verið óskýr. T.d. getur verið um það að ræða að íslenskur aðili skrái sig á vefsíðum á lista sem ganga e.t.v.

¹⁶⁰ Ákvæði frumvarps til tilskipunar um rafræn viðskipti sem áður er vitnað til, sbr. kafla 2.4.7, hafa að geyma sérstakar reglur um að þjónustuaðili verði undanþeginn ábyrgð í slíkum tilvikum að uppfylltum tilteknum skilyrðum.

milli ýmissa þjóðenda vöru og þjónustu sem síðan senda tilboð til íslenskra aðila. Meginreglan hlýtur hins vegar að vera sú að sá aðili sem vitandi vits býður aðila á íslensku yfirráðasvæði vöru eða þjónustu til kaups verður að gæta íslenskra refsilaga. Til þess aðila sem ekki gerir slíkt verða ekki sömu kröfur gerðar. Ef önnur niðurstaða yrði almennt lögð til grundvallar væri aðili sem setti efni á vefsíðu raunar þar með kominn undir refsilögsögu nánast allra ríkja heims (þ.e. í öllum þeim löndum þar sem einhver hefur aðgang að Netinu).

Til viðbótar framangreindum aðstæðum getur verið um það að ræða að uppsetning vefsíðu í öðru landi brjóti gegn hagsmunum íslensks aðila. T.d. getur verið um að ræða brot gegn skráðu vörumerki eða höfundarrétti. Í tilvikum sem þessum gilda þau meginsjónarmið sem rakin eru hér að framan, að háttsemi hins erlenda aðila verður að hafa einhver tengsl við íslenskt yfirráðasvæði. Til greina gæti komið að telja að svo sé þegar birtar upplýsingar eru á íslenskri tungu enda eru flestir úr þeirra hópi manna sem hana skilur á Íslandi.

7.5.3 Aðrar lögsögureglur

Auk forráðasvæðisreglunnar hafa HGL að geyma ákvæði sem rýmka íslenska refsilögsögu umfram það sem áður er rætt. Samkvæmt þegnreglu 5. gr. HGL er heimilt að refsa íslenskum ríkisborgurum og mönnum búsettum á Íslandi samkvæmt íslenskum hegningarlögum ef brot er jafnframt refsivert samkvæmt lögum þess lands sem brotið var framið í. Af 2. mgr. 8. gr. HGL leiðir þó að ákvörðun viðurlaga má ekki fara fram úr því sem hefði orðið samkvæmt lögum hins erlenda ríkis. Í 6. gr. HGL er að finna ýmis tilvik sem falla undir íslenska refsilögsögu vegna þeirra hagsmuna sem brotin varða (hagsmunareglan) sem ekki er ástæða til þess að fjalla sérstaklega um hér.

8 Vörumerki og lénsheiti

Um vörumerki gilda vörumerkjalog nr. 45/1997 (hér eftir nefnd VML). Samkvæmt 1. gr. VML geta atvinnurekendur með skráningu öðlast einkarétt til þess að nota vörumerki sem sérstök auðkenni fyrir vörur, verk eða þjónustu sem þeir hafa til sölu í atvinnurekstri sínum. Vörumerki merkir öll skráningarhæf auðkenni hvort sem þau eru í raun skráð eða ekki.

Vörumerkjaréttur getur stofnast við skráningu, notkun eða markaðsfestu. Vernd sú sem felst í vörumerkjarétti er í megindráttum jafnrík hvernig svo sem rétturinn stofnast. Margir kostir felast hins vegar í skráningu merkja hjá Einkaleyfastofu enda kjósa flestir sem verðmæti telja í merki sínu að fara þá leið.

Lénsheiti merkir það nafn eða auðkenni sem vísar til tiltekins netþjóns sem geymir tiltekna heimasíðu. Lénsheiti mætti því með réttu kalla netfang því það geymir heimilisfang eiganda lénsheitisins á netinu. Í raun er lénsheiti aðeins

umritun svokallaðs IP-fangs (IP-address) sem er kerfi hliðstæðra netfanga og lénsheiti eru. IP-fang þykir henta illa sem tilvísun á heimasíður þar sem IP-fangið er í töluformi. Lénsheiti er hins vegar tiltekið safn bókstafa og annarra leyfilegra tákna sem vísa til ákveðins IP-fangs.

Lénsheiti eru samsett úr fyrirfram ákveðinni endingu annars vegar, t.d. –com, –gov, –edu, –uk o.s.frv. og hins vegar af auðkenni að eigin vali.¹⁶¹ Fyrri hluti lénsheitisins er til dæmis nafn fyrirtækis, vöru eða þjónustu.

Lén sem vísar til tiltekins lands (eins og t.d. –is fyrir Ísland eða –dk fyrir Danmörku) verður aðeins skráð í því landi hjá sérstökum skráningaraðila. Hvert land hefur einn slíkan skráningaraðila (hostmaster).¹⁶² Á Íslandi er það ÍSNET sem annast skráningu lénsheita sem enda á –is.

Til þess að fá skráð lén hér á landi eða erlendis þarf að óska eftir skráningu hjá viðkomandi skráningaraðila. Skilyrðin til þess að hljóta skráningu eru mismunandi eftir því hvaða land á í hlut. Mismunandi er til að mynda hvaða skilríkjum þarf að framvísa til þess að sýna fram á rétt yfir tilteknum nöfnum. Sama meginreglan, „fyrstur kemur, fyrstur fær“, virðist hins vegar gilda víðast hvar um forgang til skráningar tiltekinna nafna.

Þessar reglur gilda um úthlutun léna hjá ISNET:¹⁶³

- Léni er einungis úthlutað til íslenskra aðila,¹⁶⁴ eða aðila með starfsemi á Íslandi.
- Hver aðili fær allajafna einungis úthlutað einu léni. Þó getur aðili fengið skráð aukalén sé fyrir hendi skráning umbeðins nafns hjá fyrirtækjaskrá Hagstofu eða í vörumerkjaskrá Einkaleyfastofu. Með umsókn þarf þá að fylgja staðfesting slíkrar skráningar.
- Nafn léns skal vera nafn fyrirtækis, stofnunar eða aðila.¹⁶⁵ Nota má styttingu

¹⁶¹ Endingin er nefnd Top level Domain og merkir annars vegar tiltekið land utan Bandaríkjanna (nTLD, National Top Level Domain), t.d. is (Ísland), dk (Danmörk) eða uk (Bretland). Hins vegar gefur endingin til kynna hvers kyns upplýsingar eða þjónustu megi finna á viðkomandi stað (gTLD, Generic Top Level Domain), t.d.com (commercial), gov (government) og edu (education).

¹⁶² Sjá yfirlit um alla hostmasters hjá www.alldomains.com

¹⁶³ Sjá <http://www.isnet.is/is/dom-skraning.html>

¹⁶⁴ Aðili merkir hér löglega skráð fyrirtæki, stofnun eða félagasamtök (í fyrirtækjaskrá Hagstofu) með eigin kennitölu og nafn. Ekki er nóg að vera skráður í utangarðsskrá Hagstofu, slík skráning jafngildir einstaklingsskráningu.

¹⁶⁵ Á heimasíðu Intís segir nánar um nafn léns: “Fyrirtæki getur einnig notað nafn þekkrar vöru og þjónustu í sinni eigu, sé fyrirtækið almennt þekkt undir slíku vöru- eða þjónustunafni. Umsækjandi er eindregið hvattur til að athuga í firmaskrá og félagaskrá hvort umbeðið nafn er þegar skráð af öðrum aðila til að firra sig hættu á að upp komi deilur þegar/ef eigandi nafns tengist. INTIS getur (að undangengnum dómsúrskurði) þurft að umskrá umdeilt lén.”

eða skammstöfun á nafni, þó þannig að í því séu einungis stafir úr enska stafrófinu og engin sértákn.

- Léni er einungis úthlutað til aðila sem tengjast Internetinu.
- Óheimilt er að skrá nafn þriðja aðila undir úthlutaðu léni.
- Umsókn um lén skal vera undirrituð af löglegum fulltrúa þess aðila sem sækir um. Sé þess óskað skal fylgja staðfesting á tilvist aðila.
- INTIS áskilur sér rétt til að hafna umbeðnu nafni falli það ekki að hefðum og almennum reglum á Internetinu.¹⁶⁶

Með aukinni almennri notkun netsins verða lén sífellt mikilvægari. Þeir sem nota netið venjast því smátt og smátt að fyrirtæki og stofnanir skrá lén með sama eða sams konar nafni og auðkennir þjónustu þeirra utan netsins. Neytandi sem leitar að upplýsingum um verð á verkfærum mundi til dæmis heimsækja www.husasmidjan.is eða www.byko.is, án þess að hafa fyrir því vissu fyrirfram að þar sé að finna heimasíður Húsasmíðjunnar hf. og Byko hf. Hann gerir einfaldlega ráð fyrir því og í þessu tilviki, sem oftast, hefur hann á réttu að standa. Því má ljóst vera að lén geta þjónað sama tilgangi og vörumerki með því að vera „sérstök auðkenni fyrir vöru eða þjónustu til að nota í atvinnustarfsemi“, sbr. 1. gr. VML. Áleitinn spurning vaknar hins vegar þegar annar en eigandi tiltekins vörumerkis fær skráð lén með sama eða svipuðu nafni og vörumerkið. Í tilviki Húsasmíðjunnar mætti til dæmis hugsa sér að óviðkomandi aðili fengi skráð husasmidjan.is og byði til sölu verkfæri og timbur á heimasíðu sinni.

Samkvæmt 4. gr. VML veitir vörumerkjaréttur eiganda vernd gegn því að aðrir noti heimildarlaust í atvinnuskyni vörumerki er villst verði á og merki hans.

Í nokkrum grundvallaratriðum er munur á léni annars vegar og vörumerki hins vegar. Í fyrsta lagi er vörumerkjaréttur byggður á skráningu vörumerkis í tiltekinn flokk, sbr. 16. gr. VML, þar sem fyrirfram er ákveðið einkenni vörunnar eða þjónustunnar sem um er að ræða. Vörumerkjaréttur tryggir eiganda merkis gegn því að aðrir noti merki hans með þeim hætti að villst verði á merki hans og annars en vel er hugsanlegt að tveir eða fleiri aðilar hafi sams konar eða lík merki í mismunandi vörumerkjaflokkum. Til dæmis mætti hugsa sér að skráð verði vörumerkið Epli í flokki 31 sem heiti á verslun með ávexti en samtímis verði það skráð í flokki 9 sem framleiðanda tölvubúnaðar. Af tæknilegum ástæðum verður lén hins vegar aðeins skráð einu sinni með sama nafninu. Aðeins er hægt að hafa eitt www.epli.is eða eitt www.epli.com.

¹⁶⁶ Hér er átt við nöfn sem gætu valdið misskilningi hjá notendum varðandi hlutverk fyrirtækis umsækjanda; Almenn TLD (net.is com.is edu.is gov.is org.is og int.is), almennir gTLD (skv. núverandi tillögu; web.is, shop.is, firm.is, nom.is, arts.is og rec.is), nöfn þekkrar netþjónustu (usenet.is, ftp.is, www.is, who.is, telnet.is, irc.is, nic.is o.s.frv.), eiginnöfn (internet.is, island.is, iceland.is o.s.frv.) og nöfn sem valdið geta tæknilegum vandkvæðum af ýmsum toga (svo sem eins-stafs nöfn og nöfn sem í eru einungis tölustafir), sjá <http://www.isnet.is/is/dom-rule/s6.html>.

Í annan stað eru lén frábrugðin vörumerkjum að því leyti að þau eru alþjóðleg. Meginreglan er að vörumerkjaréttur er ávallt staðbundinn. Vilji einhver öðlast rétt á nýju markaðssvæði í öðru landi verður hann að skrá merkið í viðkomandi landi eða tryggja rétt til merkisins með notkun á þeim stað.

Ljóst er að skráning léns veitir ekki sjálfkrafa rétt til tiltekins vörumerkis. Skráning lénsins www.barnaleikir.is veitir lénshafa engan sérstakan rétt á vörumerkinu „barnaleikir“. Þannig eru engin bein tengsl milli skráningar léns sem fram fer hjá skráningaraðilum léna hér á landi eða erlendis og skráningar hjá Einkaleyfastofu á vörumerki. Jafnframt er ljóst að skráning vörumerkis hjá Einkaleyfastofu eða notkun þess veitir ekki beinan rétt til skráningar léns með sama nafni. Á hinn bóginn getur notkun léns sem vörumerkis skapað notandanum rétt til vörumerkis með sama heiti. Þá er einnig hugsanlegt að eigandi léns geti með notkun þess brotið á rétti þess sem hefur vörumerkjarétt á sama eða líku merki.

Þess eru mörg dæmi að fyrirtæki sem hugðust flytja hluta starfsemi sinnar yfir á netið hafi rekist á að nafn fyrirtækisins eða nafn á þekktri vöru þess hefur verið frátekið af öðrum. Í mörgum tilvikum er um að ræða einstaklinga eða lítil fyrirtæki sem sérstaklega hafa skráð þekkt lén sem eru samhljóða þekktum merkjum í þeim tilgangi að selja þau eigendum vörumerkjanna. Meðal þeirra fyrirtækja sem orðið hafa fyrir barðinu á slíkum aðilum má nefna McDonald's, Coca-Cola Company, NASDAQ og Viacom. Hins vegar eru mörg dæmi þess að tilgangur þess sem skráir lénsheitið eða leitar skráningar sé að nota það til sölu á eigin vöru eða þjónustu.

Fjöl margar spurningar vakna við þessar aðstæður. Sumar þeirra snúa að grundvallarreglum vörumerkjaréttar eins og því hvort eðlilegt sé að fella skráningu léna með einhverjum hætti að skráningu vörumerkja almennt. Mörgum spurningum þessu tengdum verður hins vegar svarað með vísan til hefðbundinna sjónarmiða og meginreglna í vörumerkjarétti eins og hann hefur þróast í árunna rás.

Líklegast verður að telja og heppilegast að lögfræðileg álitafni í tengslum við skráningu og rétt til lénsheita verði leyst á grundvelli núgildandi vörumerkjaréttar. Því verður alls ekki mælt með því hér að sérstakar reglur verði settar um úthlutun lénsheita sem taki mið af því hvort eða hvaða vörumerkjarétt umsækjandi um lénsheiti hefur. Hafa verður í huga að nafnakerfi netsins er í verulegum atriðum frábrugðið skráningarkerfi vörumerkjaréttar. Ekki verður séð hvernig skráningarkerfi Netsins verður fellt að kerfi vörumerkjaréttar án mikilla breytinga sem raska mundu öllu kerfi vörumerkja. Þá er einnig óheppilegt að binda hendur einkaaðila sem úthluta lénsheitum til umsækjenda á grundvelli samnings þannig að þeim sé gert að yfirfara vörumerkjaréttindi umsækjenda. Einnig verður að hafa í huga að kerfi léna og þýðing þeirra gagnvart vörumerkjum er ný af nálinni. Eins og fyrr er vikið að eru lén takmörkuð auðlind því aðeins verður skráð eitt lén með sama nafni. Alls óvíst er hvort það kerfi lénsheita sem nú þekkist verður það sem auðkennir vörur og þjónustu

þeirra sem stunda viðskipti á Netinu í framtíðinni. Reyndar má líklegast telja, ef haft er í huga hvernig nettækninni hefur fleygt fram á síðustu árum, að fljótlega verði kerfi þessu umbýlt með nýrri tækni sem ryðji úr vegi mörgum af þeim vandamálum sem nú þekkjast.

9 Fjarskipti og samkeppni á fjarskiptamarkaði

9.1 Inngangur

Á undanförunum árum og misserum hafa orðið gífurlegar breytingar á lagaumhverfi fjarskiptamála í Evrópu. Fjarskiptamálum var þannig skipað að ríkisreknar stofnanir önnuðust jafnan flesta þætti fjarskiptaþjónustu og það oftast í skjóli einokunar. Hér á landi kom það í hlut Póst- og símamálastofnunar að starfrækja fjarskiptaþjónustu í samræmi við slíkt einkaleyfi. Einkaleyfi til fjarskiptaþjónustu var rökstutt meðal annars með vísan til almannahagsmuna. Sérleyfi þótti eðlilegt á meðan verið var að byggja upp grunnnetin og voru tekjur af fjarskiptaþjónustu gjarnan nýttar beint eða óbeint til öflugrar uppbyggingar almennra fjarskiptaneta. Litið var á aðgang að fjarskiptum sem öryggisatriði og hluta af neyðarþjónustu við almenning. Tæknibreytingar og þróun fjarskiptaþjónustu hafa kallað á grundvallarbreytingar á hinu lagalega umhverfi fjarskiptamála. Í frumvarpi til núgildandi fjarskiptalaga eru þessi rök reifuð með hliðsjón af þeim breytingum sem orðið hafa:

- Uppbyggingu almennra fjarskiptakerfa er að mestu lokið.
- Með samruna tals, gagna og myndar í stafrænu kerfi er tæknilega erfitt að halda einni þjónustu, talsímþjónustu, utan samkeppni.
- Það er almenn krafa viðskiptalífsins að samkeppni verði heimiluð á þessu sviði eins og öðrum. Talið er að það flýti fyrir nýrri þjónustu og þróun tækninnar og auki hagkvæmni fyrir notendur. Tilskipanir Evrópusambandsins mæla fyrir um samkeppni á öllum sviðum fjarskipta. Ef íslensk löggjöf fylgir ekki löggjöf annarra Evrópuríkja versnar samkeppnisstaða Íslendinga gagnvart öðrum löndum. Þá kallar aukin samkeppni á breytt afskipti stjórnvalda.
- Tryggja verður að öllum standi til boða ákveðin grunnþjónusta á sanngjörnu verði og að allir eigi jafnan aðgang að markaðnum, þar á meðal að grunnnetinu. Það geti stjórnvöld ýmist tryggt með því að setja ákveðin skilyrði fyrir leyfisveitingum eða með því að setja ákveðnar leikreglur þar að lútandi.

9.2 Aðgangur að fjarskiptanetum

Ákvæði íslensku fjarskiptalaganna, sbr. l. nr. 143/1996, eiga sér meðal annars rætur í þeirri réttarþróun sem orðið hefur í fjarskiptamálum innan Evrópusambandsins. Árið 1987 gaf framkvæmdastjórn þess út svokallaða

Grænbók um fjarskiptamál þar sem lagður var grunnur að áætlun um samkeppni á evrópska fjarskiptamarkaðnum og að þróun innri markaðar fjarskiptaþjónustu í Evrópu. Í þeim anda er tilskipun ráðherraráðsins nr. 90/387 sem myndar ramma um aðgang aðila í þjónustuhlutverki á fjarskiptamarkaði að tilteknum fjarskiptanetum sem fyrir eru.

Með tilskipuninni eru settar reglur um „opinn aðgang“ að fjarskiptanetum (Open Network Provision eða ONP) þar sem þeim sem veita fjarskiptaþjónustu er tryggður aðgangur að almennum fjarskiptanetum. Nánar tiltekið fjallar tilskipunin um samhæfingu skilyrða fyrir greiðum aðgangi að almennum fjarskiptanetum. Samræmdar reglur og skilmálar um frjálstan aðgang að netum voru taldar grundvöllur þess að samkeppni á sviði fjarskiptaþjónustu kæmist á. Þá segir að skilmálar fyrir frjálsum aðgangi að netum megi ekki takmarka aðgang að almennum fjarskiptanetum nema af ástæðum sem byggjast á tilteknum grundvallarkröfum, s.s. kröfum um:

- rekstraröryggi netsins;
- tryggingu á samstæði netsins;
- rekstrarsamhæfni mismunandi þjónustukerfa (í rökstuddum tilvikum);
- verndun gagna eftir atvikum.

Nú er svo komið að þróun í átt að fullu frelsi á fjarskiptamarkaði er langt á veg komin enda var aðildarríkjum Evrópusambandsins gert að fjarlægja hindranir fyrir frjálstri samkeppni fyrir 1. janúar 1998.

Ein af nauðsynlegum forsendum þess að samkeppni geti í raun átt sér stað í fjarskiptum, bæði í hefðbundinni talsímaþjónustu og ýmiss konar virðisaukandi þjónustu, er sú að nýir aðilar geti átt greiðan aðgang að fjarskiptanetum þeim sem fyrir eru. Beinn aðgangur að tilteknum tengipunktum og aðstöðu til tengingar er nauðsynlegur til þess að samtenging geti orðið. Til viðbótar við slíkan beinan aðgang að fjarskiptanetum er þeim sem ætla að bjóða fjarskiptaþjónustu einnig nauðsynlegt að fá aðgang að annars konar aðstöðu og upplýsingum. Þannig er skylt að veita aðgang að upplýsingum um notendur, tæknilegar upplýsingar um tækjakost og fleira sem er forsenda hagkvæmrar samtengingar.

9.3 Samtenging fjarskiptaneta

Ákvæði VII. kafla fjarskiptalaga skylda rekstrarleyfishafa til að heimila samtengingu við „fjarskiptanet“ sitt sé eftir því leitað. Ákvæði þessi eru sérstaklega mikilvæg fyrir aðgang nýrra aðila sem komast vilja inn á fjarskiptamarkaðinn. Fjarskiptanet er samkvæmt fjarskiptalögum skilgreint sem „innviðir fyrir almenn fjarskipti sem gera kleift að flytja merki milli skilgreindra nettengipunkta með rafþræði, örbylgjum, ljóstæknilegum aðferðum eða með öðrum rafsegulaðgerðum“, sbr. 2. gr. fjarskiptalaga. Nettengipunktur er hins vegar skv. 2. gr. skilgreindur sem „allar efnislegar tengingar og tækniforskriftir

varðandi aðgang að þeim sem eru hluti af almenna fjarskiptanetinu og nauðsynlegar fyrir aðgang og skilvirk fjarskipti um viðkomandi net“.

Skylda til samtengingar, sem sérstaklega er lögfest í íslenskum rétti, er náskyld reglu samkeppnisréttar um svokallaða „nauðsynlega aðstöðu“ (Essential Facilities doctrine). Í reglunni felst að þegar aðili býr að einhverri tiltekinni aðstöðu, tækni eða aðgangi sem hefur lykilhlutverki að gegna í aðgengi að tilteknum markaði, þá beri honum að veita samkeppnisaðila aðgang að þeirri aðstöðu sinni. Fyrirtæki sem býr að aðstöðu eins og hún er skilgreind samkvæmt þessari reglu er markaðsráðandi í merkingu 86. gr. Rómarsáttmálans.

Þann 22. ágúst sl. birtist í stjórnartíðindum EB sérstök tilkynning um beitingu reglna í tengslum við aðgengissamninga á fjarskiptamarkaði (C 265/2). Í tilkynningunni er gerð grein fyrir því að samkvæmt lögum EB falli samningar um aðgengi og samtengingu fjarskiptaneta meðal annars undir reglur samkeppnisréttarins. Í tilkynningunni er vikið að þeim ýmsu spurningum og álitaeftum sem vaknað geta í samningaferli um samtengingu fjarskiptaneta. Gerð er grein fyrir því hvaða tilvik geti réttlætt takmarkanir á aðgengi og hvaða sjónarmið séu lögmæt með tilliti til samkeppnisreglna EB. Eitt af þeim tilvikum sem nefnd eru er ef það fjarskiptafyrirtæki sem ræður yfir aðgengi að fjarskiptaneti takmarkar aðgang nýs aðila að þeirri aðstöðu (facilities) sem nauðsynleg er til þess að samtenging sé raunhæf. Spurt er hvort því fyrirtæki sem ræður aðgengi að fjarskiptaneti beri samkvæmt reglum samkeppnisréttarins að veita fyrirtæki sem vill bjóða fjarskiptaþjónustu slíkan aðgang. Í tilkynningunni segir:

In the transport field, the Commission has ruled that a firm controlling an essential facility must give access in certain circumstances. The same principles apply to the telecommunications sector. If there were no commercially feasible alternatives to the access being requested, then unless access is granted, the party requesting access would not be able to operate on the service market. Refusal in this case would therefore limit the development of new markets, or new products on those markets, contrary to Article 86(b), or impede the development of competition on existing markets. A refusal having these effects is likely to have abusive effects.

Í greinargerð með íslensku fjarskiptalögum segir að veruleg samkeppnishindrun geti falist í synjun aðgangs að almennum fjarskiptanetum, t.d. í því verði sem viðkomandi setur upp fyrir að veita öðrum aðgang að neti sínu. Ljóst er að fleira en óhæfileg krafa um verð getur talist synjun aðgangs að almennu fjarskiptaneti. Þannig mundi til dæmis óhæfilegur töf á heimild til tengingar eða skortur á nauðsynlegum upplýsingum um tæki og tækni eða notendur fjarskiptaþjónustu teljast slík hindrun.

Í 6. gr. fjarskiptalaga segir að setja megi skilyrði um að rekstrarleyfishafi

fullnægi á hverjum tíma þeim tilskipunum og reglum sem gilda á evrópska efnahagssvæðinu og þeim skuldbindingum sem Ísland undirgengst samkvæmt gildandi alþjóðasamningum á sviði fjarskiptamála. Þróun síðustu ára um allan heim og rétt túlkun á gildandi alþjóðasamningum sýnir að til þess er ætlast að fyrrverandi einokunaraðili á fjarskiptamarkaði veiti nýjum fjarskiptaleyfishöfum beinan aðgang að viðskiptavinum til þess að þeir geti keppt á fjarskiptamarkaði á jafnréttisgrundvelli.

Meginregla fjarskiptalaga er sú að samtenging fjarskiptaneta og skilmálar hennar fari eftir samningi viðkomandi fjarskiptaleyfishafa. Hins vegar er gert ráð fyrir því, sbr. 2. mgr. 12. gr., að náist slíkt samkomulag ekki geti aðilar leitað til Póst- og fjarskiptastofnunar sem þá skal leita sátta með aðilum. Reynist slík sáttaumleitan hins vegar árangurslaus getur stofnunin að kröfu aðila tekið ákvörðun um skilmála samtengingarinnar.

Ákvæði 1. mgr. 13. gr. fjarskiptalaga felur í sér reglur um það hvaða gjöld fjarskiptaleyfishafa er heimilt að leggja á vegna samtengingar við fjarskiptanet annars fjarskiptaleyfishafa. Þar segir að verðlagning rekstrarleyfishafa á þjónustu fyrir afnot annars rekstrarleyfishafa af fjarskiptaneti skuli taka mið af raunkostnaði þess sem viðkomandi fjarskiptanet rekur að teknu tilliti til hæfilegs hagnaðar. Ákvæði þetta er samhljóða ákvæðum tilskipana EB um sama efni sem þó fela í sér ítarlegri reglur um útreikning gjaldskrár og kostnaðarbókhald fjarskiptaleyfishafa.

9.4 Fjarskiptaréttur og rafræn viðskipti

Fjarskiptaréttur og rafræn viðskipti eru nátengt lögfræðileg efni enda eru fjarskiptanet eins konar samgöngukerfi rafrænna viðskipta. Sú þróun fjarskiptaréttar sem átt hefur sér stað á síðustu árum og áratug hefur sérstaklega tekið mið af viðskiptum um fjarskiptanet og má reyndar segja að slíkar þarfir hafi verið einn helsti hvati breytinga sem orðnar eru í fjarskiptarétti og fyrir er lýst.

Eins og rætt hefur verið hér á undan er mikilvægt að íslenskar réttarreglur um rafræn viðskipti taki sem mest mið af reglum annarra þjóða þar sem rafræn viðskipti eru í eðli sínu óbundin landamærum. Með sama hætti er nauðsynlegt að íslensk fjarskiptalög, túlkun þeirra og beiting, séu í sem mestu samræmi við reglur annarra ríkja.

10 Önnur atriði

10.1 Inngangur

Eins og segir í inngangi að úttekt þessari hefur hér ekki verið getið fjölmargra sviða lögfræðinnar sem með einum eða öðrum hætti gætu talist varða rafræn viðskipti. Hér verður í stuttu máli minnst á nokkur svið sem efninu tengjast,

einkum í þeim tilgangi að vekja athygli á mikilvægi þeirra.

10.2 Skattar og tollar

Mikilvægt er að laga ýmsar reglur skattaréttar að þróun í rafrænum viðskiptum. Hefðbundnar reglur um eftirlit, innheimtu og álagningu opinberra gjalda eru í meginatriðum byggðar á forsendum sem varða tiltekna landfræðilega staðsetningu greiðenda eða starfsemi þeirra. Rafræn viðskipti eru hins vegar ekki bundin við nein sérstök landamæri. Þar af leiðandi vakna ýmsar spurningar um rétt ríkja til álagningar vegna tiltekinna viðskipta sem e.t.v. hafa jafn mikil tengsl við mörg ríki á sama tíma. Þannig er þörf ýmissa reglna til þess að koma í veg fyrir tvísköttun skattaðila. Þá eru ýmis gögn og upplýsingar úr rekstri skattaðila í rafrænum viðskiptum annars konar og óaðgengilegri skattyfirvöldum þegar viðskipti eru í rafrænu formi. Þetta kallar á nýjar reglur og breyttar aðferðir við eftirlit og upplýsingagjöf gagnvart yfirvöldum. Margar reglur skatta- og tollaréttar taka einnig mið af því að vörur séu í áþreifanlegu formi. Þannig hefur til dæmis innflutningur á bókum, tímaritum og tónlist farið um hendur yfirvalda með einhverjum hætti og álagning gjalda byggst á því. Nú á dögum eru margar af þessum vörum hins vegar komnar í rafrænt form sem breytir mjög forsendum eftirlits yfirvalda. Með slíku breyttu formi vara og sendingarmáta þeirra verður minni þörf fyrir margs konar milliliði milli framleiðanda og neytanda. Vegna þess vakna ýmsar spurningar um forsendur virðisaukaskatts og ýmissa staðgreiðsluskatta.

Yfirvöld um allan heim fást nú við að leita svara við þessum álitaeftum. Þar sem rafræn viðskipti hafa oft óljósa landfræðilega tengingu er mikilvægt að þjóðir heimsins samræmi aðgerðir og reglusetningu á þessu sviði. Afar mikilvægt er að Íslendingar taki virkan þátt í slíkri samræmingu og móti reglur sem samsvara reglum annarra ríkja í þessum efnunum.

10.3 Skráning og geymsla gagna

Til þess að fyrirtæki og neytendur geti haft raunverulegan hag af rafrænum viðskiptum er mikilvægt að reglur um bókhald og aðra lögbundna skráningu tengdar rekstri fyrirtækja verði lagaðar að nýjum þörfum. Rafvæðing upplýsinga í fyrirtækjum nýtist ekki til þeirrar hagræðingar sem stefnt er að ef yfirvöld halda fast við kröfur um að gögn verði geymd í bréflegu formi. Í flestum vestrænum ríkjum stendur nú yfir endurskoðun reglna sem gera kröfur um bréflega framsetningu og geymslu gagna.

10.4 Refsi- og bótaábyrgð þjónustuaðila á fjarskiptamarkaði

Ýmis þjónusta tengd aðgangi að Netinu býðst nú fyrirtækjum, stofnunum og almenningi. Flest fyrirtæki og einstaklingar tengjast Netinu í gegnum slíka netþjónustuaðila gegn greiðslu sem ýmist er miðuð við notkun eða fast gjald

fyrir tiltekið tímabil. Eftir því sem Netið verður mikilvægari þáttur í viðskiptum fyrirtækja og í samskiptum manna á milli yfirleitt eykst hlutverk netþjónustuaðilanna. Þjónusta þeirra býr til hið nauðsynlega samgöngukerfi þeirra sem stunda viðskipti á netinu. Oftast er um að ræða þjónustu við móttöku og geymslu tölvupósts, vistun heimasíðu, aðgengi er veitt að fréttahópum, spjallrásum o.þ.h. Því er mikilvægi þessara aðila verulegt. Að sama skapi skiptir miklu máli hvaða bóta- eða refsiaðbyrgð þeir bera.

Aðilar sem bjóða þjónustu við tengingu inn á Netið, vistun heimasíðu eða sendingu tölvupósts geta vitanlega borið skaðabóta- og refsiaðbyrgð eftir almennum reglum rétt eins og aðrir aðilar í þjónustu. Meginreglan er sú að íslenskum rétti að ábyrgð stofnast við saknæma hegðun. Þannig gæti netþjónustuaðili til dæmis orðið bótaskyldur gagnvart viðskiptavinum sínum ef tjón yrði rakið til þess að hann gætti ekki sem skyldi að afritun tölvupóstsendinga, öryggi eða uppsetningu tæknibúnaðar. Með sama hætti gæti t.d. stofnast refsiaðbyrgð ef slíkur aðili ætti hlutdeild í refsiverðum brotum gegn hagsmunum viðskiptavina sinna.

Í meginatriðum gilda um ábyrgð þessara aðila hefðbundnar reglur samninga-, skaðabóta- og refsiréttar. Vart verður séð að aukin rafræn viðskipti kalli á sérstakar reglur á þessum sviðum.

10.5 Hugverkaréttur

Á sviði hugverkaréttar skapast fjölmörg vandamál við aukna rafvæðingu viðskipta. Netinu hefur stundum verið líkt við stóra afritunarstöð. Í því felst ágæt lýsing á því vandamáli sem höfundar og aðrir rétthafar hugverka eiga við að etja þar sem hin nýja tækni gerir afritun og stuld hugverka bæði ódýran og einfaldan. Við þessu þarf að bregðast. Að því er varðar efni hugverkaréttinda má hins vegar segja að í meginatriðum verndi núgildandi löggjöf rétthafa nægilega. Hin nýju vandamál sem vaknað hafa í upplýsingasamfélaginu snúa hins vegar að framkvæmd þeirrar réttarverndar.

10.6 Ólöglegt efni á Netinu og tjáningarfrelsi

Víða um heim hafa menn áhyggjur af sívaxandi framboði ólöglegs efnis á Netinu. Nýrra aðferða er þörf við löggæslu til að stemma stigu við þeim vanda. Sérstaklega er þörf samræmdra aðgerða með öllum þjóðum heims því dreifing þessa efnis er ekki bundin við lögsögumörk tiltekinna ríkja. Hins vegar er mikilvægt að ganga ekki of hart fram í þessum efnum á kostnað tjáningarfrelsis þegnanna.