

**BA-ritgerð
í lögfræði**

Rafræn tilboðsgerð og afturköllun

Hvert er samspil nýrrar tækni og laga á sviði samningaréttar?

Orri Heimisson

Leiðbeinandi: Hulda Árnadóttir, hdl.

Apríl 2018

EFNISYFIRLIT

1	Inngangur	3
2	Reglur samningaréttar um tilboð og afturköllun	4
3	Viðhorf löggjafans til rafrænna samskipta í íslenskri lagaframkvæmd	5
3.1	Almennt	5
3.2	Lög um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga nr. 7/1936.....	6
3.3	Lög um neytendalán nr. 33/2013.....	7
3.4	Lög um fasteignakaup nr. 40/2002 og lög um lausafjárkaup nr. 50/2000.....	7
3.5	Lög um lagaskil á sviði samningaréttar nr. 43/2000	8
3.6	Lög um rafrænar undirskriftir nr. 28/2001	9
4	Rafræn samskipti loforðsgjafa og loforðsmóttakanda	10
4.1	Almennt um rafræna samninga	10
4.2	Rafrænar undirritanir	11
4.2.1	Almennt	11
4.2.2	Fullgild rafræn undirskrift	12
4.2.3	Aðrar rafrænar undirskriftir	14
4.3	Aðrar rafrænar aðferðir við tilboðsgerð og afturköllun.....	14
4.3.1	Almennt	14
4.3.2	Tegundir rafrænna miðla	14
4.3.3	Álitamál varðandi rafræna samninga.....	15
4.3.4	Stofnun rafrænna samninga	16
4.3.5	Hvenær telst yfirlýsingin vera komin til aðila?	16
4.3.6	Hvenær hefur samþykki borist?.....	18
4.3.7	Formskilyrði tilboðs og samþykkis í rafrænum viðskiptum.....	19
4.3.8	Sönnun um stofnun og efni samninga	20
4.3.9	Fölsun	20
4.3.10	Áhættuþættir	21
5	Niðurstöður	23
	Heimildaskrá	25

1 Inngangur

Á síðustu árum hefur átt sér stað hröð tækniþróun sem teygir anga sína inn á svið lögfræðinnar með margvíslegu móti. Í ritgerð þessari verður fjallað um álitafni sem varða rafræn samskipti í tengslum við tilboðsgerð og afturköllun á sviði samningaréttar.

Hefðbundið er í samningarétti að áskilja tiltekin atriði varðandi samskipti loforðsgjafa og loforðsmóttakanda varðandi hvenær tilboð telst hafa verið gert, hvenær það telst afturkallað og hvenær samningur telst vera kominn á. Hér undir eiga m.a. atriði um sönnun, skuldbindingargildi samninga o.fl.

Í I. kafla laga um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga nr. 7/1936 (hér eftir skammstöfuð smnl.) er gerð grein fyrir því hvernig samningur kemst á fyrir tilstilli tilboðs og samþykkis. Þau ákvæði sem fjalla um þetta taka fyrst og fremst mið af þeirri aðstöðu að aðilar komi sér saman um samningskjör og aðra þætti samningsgerðar, annaðhvort bréflaga eða með öðrum sambærilegum hætti. Loforð, sem þarf að samþykkja svo kominn sé á löggildur samningur, nefnast tilboð.¹

Í ritgerð þessari verða reifaðar hefðbundnar meginreglur samningaréttar varðandi tilboð og afturköllun. Þá verða reifuð dæmi um viðhorf löggjafans varðandi rafræn samskipti og hvernig þau endurspeglast í íslenskri lagaframkvæmd. Því næst verður sjónum beint að ýmsum spurningum varðandi rafræn samskipti samningsaðila og verður þar reynt að svara því hvort rafræn samskipti séu, hvað varðar tilboðsgerð og afturköllun, jafn gild að settum lögum og bréflæg og hvaða álitafni vakna þegar notuð er ný tækni til að koma á samningi. Umfjöllunin mun m.a. beina sjónum að rafrænum undirskriftum og undir hvaða kringumstæðum þess konar undirskriftir uppfylla kröfur þegar lög kveða á um að samningar skuli gerðir skriflega. Könnuð verða sjónarmið varðandi svokallaðar fullgildar rafrænar undirritanir en einnig annars konar rafrænar undirritanir og skoðað hvaða álitamál koma til sögunnar, t.d. þegar samningur kemst á með tölvupósti, á vefsíðum á veraldarvefnum eða með öðrum sambærilegum rafrænum hætti. Helstu álitamál samninga sem gerðir eru með rafrænum hætti varða stofnun slíkra samninga, sönnun í tilviki ágreinings milli aðila, lagalegt skuldbindingargildi samnings og sjónarmið um áhættutöku. Að lokum verða dregnar saman helstu niðurstöður.

¹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 84-85.

2 Reglur samningaréttar um tilboð og afturköllun

Loforð er ein tegund löggerninga sem ætlað er að stofna rétt. Ólafur Lárusson skilgreinir hugtakið nánar á þá leið að „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“.²

Loforð sem þarfnast samþykkis er nefnt tilboð. Eftir að loforð hefur verið samþykkt telst vera kominn á samningur milli samningsaðila og felst í samþykkinu yfirlýsing loforðsmóttakanda um að hann gangist við því sem tilboðið kveður á um. Samþykki er bæði ákvöð og loforð, en það bindur tilboðsgjafa við tilboð sem hann setur fram og skuldbindur einnig móttakanda til að efna loforðið.³ Þegar aðili fær tilboð í hendurnar hefur hann úr nokkrum valkostum að velja. Hann getur ákveðið að samþykkja tilboðið í þeirri mynd sem það birtist honum, hafnað því, komið með gagntilboð eða ákveðið að gera ekkert.⁴

Réttaráhrif loforða byggjast að mestu leyti á skuldbindingagildi þeirra, en það merkir að unnt er að knýja loforðsgjafa til efnda með atbeina dómstóla. Nauðsynlegt er að átta sig á því strax hvenær loforð telst vera skuldbindandi. Meginreglan er sú að loforð telst skuldbindandi þegar það er komið til vitundar loforðsmóttakanda. Ekki er skilyrði að loforðsmóttakandi hafi kynnt sér efni loforðsins ítarlega heldur nægir að hann viti að ákveðinn aðili hafi lofað honum einhverju, t.d. í formi tilboðs, og geri sér grein fyrir meginefni þess.⁵

Eftir að loforð hefur verið sent til loforðsmóttakanda hefur loforðsgjafi undir venjulegum kringumstæðum lokið skyldum sínum, a.m.k. ef um tilboð er að ræða. Hann getur þó komið í veg fyrir að loforð, sem hann hefur gefið, öðlist réttaráhrif með því að afturkalla það, ef skilyrði fyrir afturköllun eru fyrir hendi. Afturköllun loforðs er ákvöð og bindur hún því móttakanda hennar um leið og hún er komin til hans. Loforðsgjafi getur afturkallað loforð sitt, þangað til loforðið er komið til vitundar loforðsmóttakanda, sbr. 7. gr. smnl. þar sem kemur fram að afturköllun tilboðs sé gild ef hún er komin til gagnaðila áður en eða samtímis því, að tilboðið eða svarið kom til vitundar hans.⁶ Það er meginregla í samningarétti að aðili getur ekki skuldbundið gagnaðila með einhliða yfirlýsingu, en þessi regla á rætur sínar að rekja til meginreglunnar um samningsfrelsi aðila. Ákvaðir eru mikilvæg undantekning frá þessari

² Ólafur Lárusson: *Kaflar úr kröfuretti*, bls. 13.

³ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 85.

⁴ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 86.

⁵ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 69.

⁶ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 71.

meginreglu og verður því að setja henni ákveðnar skorður. Ákvaðargjafi verður t.d. að hafa fullnægjandi ástæðu til að beita ákvöð.⁷

Yfirlýsing um loforð getur verið bæði skrifleg og munnleg.⁸ Almennt er viðurkennt að löggerningar þurfi ekki að vera formbundnir en það merkir í raun að það skiptir venjulega ekki máli hvort löggerningur eða samningur hafi orðið til munnlega eða skriflega. Þó er ljóst að á löggerningum þarf ávallt að vera einhvers konar form og einnig getur það skipt máli, varðandi sönnunarstöðu, í hvers konar formi samningur er gerður. Formkröfur um gerð löggerninga geta átt sér stoð í lögum, samkomulagi milli aðila, eðli máls eða venju. Sú venja hefur myndast í réttarframkvæmd að mikilvægir löggerningar eða samningar séu gerðir á skriflegan máta.⁹ Lögbundna kröfu um skriflega samningsgerð má t.d. finna í lögum um fasteignakaup nr. 40/2000 (hér eftir fkpl.) en einnig eru til ólögbundnar venjur og má þar nefna að samningar um skipa- og bifreiðakaup ber að meginreglu að gera skriflega.¹⁰ Áhugavert er að velta því fyrir sér hvort samningar sem gerðir eru á rafrænan máta fullyrði skilyrðum varðandi formkröfur í samningsgerð og þá sérstaklega þegar löggjafinn hefur gert það að skilyrði að samningar skuli vera gerðir á skriflegan hátt eða venja hefur myndast um þau efni.

3 Viðhorf löggjafans til rafræna samskipta í íslenskri lagaframkvæmd

3.1 Almennt

Reglur og lög er varða meginreglur samningaréttar, þ.á m. reglur um tilboð, samþykki, afturköllun, ógildingarheimildir o.fl. ná langt aftur í tímann. Réttarheimildir samningaréttarins eru mörg þúsund ára gamlar og má nefna t.d. lögbók Hammúrabís þar sem fram koma ýmsar reglur um réttarvernd samninga.¹¹ Lög og reglur á sviði samningaréttar hafa þó vitaskuld þróast og breyst með tímanum og fullyrða má að á síðustu áratugum hafa orðið miklar breytingar á lagaumhverfi á Íslandi sem og erlendis og þá sérstaklega vegna nýrrar tækni sem hefur umbreytt mörgum sviðum lögfræðinnar.

Langflestar reglur sem finna má í smnl. gilda jafnt um skriflega, munnlega sem og rafræna samninga. Það er hins vegar álitamál hvernig beita skuli þeim reglum í tengslum við rafræna samninga og stendur þá tvennt til boða. Annars vegar er sá möguleiki fyrir hendi að laga

⁷ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 78.

⁸ Ólafur Lárusson: *Kaflar úr kröfurétti*, bls. 13.

⁹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 41.

¹⁰ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 40-41.

¹¹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 23.

ákvæði samningalaga að nýrri tækni og mynda þannig nýja sýn á ákvæðin í framkvæmd. Hinn möguleikinn er sá að setja nýjar reglur í ákveðnum tilvikum. Almennt er lagt til grundvallar að heimfæra ný tilvik sem mest undir gildandi lagareglur og viðhalda þannig sem mestum stöðugleika, í stað þess að vera alltaf að búa til nýjar.¹²

Varðandi setningu reglna um rafræn samskipti ber einnig að huga að nokkrum hlutum. Má hér fyrst nefna að það er alls ekki sjálfgefið að ný tækni kalli á nýjar reglur. Eins og fyrr segir getur verið best að beita gildandi lagareglum og lagasjónarmiðum um álitæfni sem varða rafræn samskipti. Á móti kunna að standa hagsmunir viðskiptalífsins af því að myndaðar séu skýrar reglur um slík samskipti.¹³

3.2 Lög um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga nr. 7/1936

Óhjákvæmilegt er að byrja umfjöllun þessa á því að skoða stuttlega smnl. Í lögunum eru einungis taldar upp nokkrar meginreglur um almenna hluta samningaréttarins og geyma því lögin ekki tæmandi reglur um svið samningaréttarins.¹⁴

Eins og fjallað var um í kafla 3.1 er meginreglan sú að reyna að laga ákvæði gildandi laga að nýrri tækni eftir bestu getu og er því ljóst að ákvæði smnl. gilda að svo miklu leyti að lög eða stjórnvaldsfyrirmæli mæli ekki fyrir um hið gagnstæða.

Í III. kafla smnl. er að finna almenn fyrirmæli um gildi samninga. Vert er að skoða 36. gr. a-d sem gilda um neytendasamninga. Ákvæðin gilda um samninga, m.a. samningsskilmála, 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 fyrir annan aðilanna. Í úttekt Gunnars Thoroddsen og Skúla Magnússonar á íslenskum lögum með tilliti til rafrænna viðskipta kemur fram að ekkert sé því til fyrirstöðu að ákvæði 36. gr. a-d eigi við um rafræn viðskipti.¹⁵

Í 39. gr. smnl. er að finna svohljóðandi ákvæði: „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“. Í fljótu bragði virðist ekkert benda til þess að reglan geti ekki átt við um rafræn viðskipti. Samskipti í tölvupósti fara t.d. þannig fram að sendandi flytur skeyti til netþjóns síns og í kjölfarið kemur netþjónn hans skeytinu áfram til viðtakandans sem hefur þá kost á að kynna sér efni þess. Það virðist því ekki vera nein

¹² Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 90.

¹³ *Rafræn viðskipti*, bls. 10.

¹⁴ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 35.

¹⁵ *Rafræn viðskipti*, bls. 102-103.

vandkvæði sem koma upp þegar skoðað er ákvörðun afhendingar og afhendingartíma skeytis en við ákveðnar aðstæður getur þó hugbúnaður sendanda heimilað honum að afturkalla skeyti sitt, jafnvel þó að það hafi verið komið af stað. Þetta á þó fremur rétt á sér við sendingar í lokuðum kerfum frekar en opnum.¹⁶

Hér er einungis gefin nokkur sýn á að smnl. taka að einhverju leyti til rafrænna samskipta við samningsgerð en skoðuð verður nokkur önnur ákvæði smnl. seinna í þessari ritsmíði og þá sérstaklega ákvæði um lúta að almennum atriðum um hvenær yfirlýsing telst vera komin til aðila í rafrænum samskiptum, sbr. 2. gr. smnl. og sjónarmið um afturköllun þegar tilboð eru gerð rafrænt, sbr. 7. gr. smnl.

3.3 Lög um neytendalán nr. 33/2013

Til álita getur komið, hvort lög hindri að gerðir séu rafrænir samningar milli samningsaðila ef tiltekið er í lögum að samningur skuli vera skriflegur. Í 5. og 6. gr. eldri laga um neytendalán nr. 121/1994 var tekið fram að lánessamningar yrðu að vera skriflegir og með því var útilokað að slíkir samningar yrðu gerðir á rafrænan máta.¹⁷ Í lögum nr. 33/2013 um neytendalán kemur fram í 1. mgr. 12. gr. að lánessamningar skulu vera skráðir á pappír eða vera á öðrum varanlegum miðli. Í 5. gr. laganna er fjallað um skilgreiningar á hugtökum og þar kemur fram í t. lið 1. mgr. greinarinnar útskýring á hugtakinu „varanlegur miðill“. Samkvæmt skilgreiningunni er varanlegur miðill, tæki sem gerir neytanda kleift að geyma upplýsingar, sem beint er til hans persónulega, óbreyttar þannig að hann geti afritað þær og flett upp í þeim í hæfilegan tíma. Í athugasemdum við einstakar greinar frumvarps til laga nr. 33/2013 er svo skýrt tekið fram varðandi r-lið 1. mgr. 5. gr. frumvarpsins (t-liður 1. mgr. 5. gr. laganna) að undir hugtakið „varanlegan miðil“ falli t.d. geisladiskar, harðir diskar sem og vefsíður sem uppfylla áðurgreind skilyrði.¹⁸ Ljóst er því að markmið nýrrar löggjafar á sviði neytendalána var m.a. að víkka gildissvið lagana og taka mið af nýrri tækniþróun á umræddu sviði.

3.4 Lög um fasteignakaup nr. 40/2002 og lög um lausafjárkaup nr. 50/2000

Í 1. mgr. 7. gr. laga um fasteignakaup nr. 40/2002 (hér eftir fkpl.) kemur fram að samningur um kaup á fasteign er bindandi þegar skriflegt tilboð hefur verið samþykkt af móttakanda þess með undirskrift. Í 3. mgr. 7. gr. fkpl. er svo tilgreint að til skriflegs forms og undirskrifta skv. lögum þessum telst rafrænt form og undirskriftir hafa sama gildi samkvæmt fyrir mælum í

¹⁶ Rafræn viðskipti, bls. 61.

¹⁷ Rafræn viðskipti, bls. 104.

¹⁸ Þskj. 228, 141. lögþ. 2012-13, bls. 33 (óbirt í A-deild Alþt.)

lögum. Í athugasemdum við 7. gr. í frumvarpi til fkpl. kemur fram að leggja beri að jöfnu við skriflegt form rafrænt form og undirskriftir og er þar átt við lög nr. 28/2001, um rafrænar undirskriftir, sbr. einkum 4. gr. þeirra laga.¹⁹

Í 91. gr. laga nr. 50/2000 um lausafjárkaup (hér eftir lkpl.) er fjallað um formskilyrði kaupa skv. lkpl. og segir þar að kaup þurfi hvorki að gera né staðfesta skriflega, og um þau gilda engar aðrar formkröfur. Verður því að telja að lkpl. eigi við um rafræn viðskipti.

Af þessari stuttu útlistun má sjá að þar sem lög tilgreina ekki neitt sérstakt form má telja að rafræn samskipti séu jafngild skriflegum og munnlegum. Einnig má túlka það sem svo að þar sem lög kveði á um að samninga skuli gera skriflega þurfi að taka fram sérstaklega ef markmiðið er að leyfa samninga á rafrænan máta, þ.e. með rafrænni undirskrift, eins og kemur fram í fkpl.

3.5 Lög um lagaskil á sviði samningaréttar nr. 43/2000

Vert er að fjalla stuttlega um lagaskil á sviði samningaréttar en um það efni gilda lög nr. 43/2000 um lagaskil á sviði samningaréttar. Í 1. gr. laganna er gildissviðið afmarkað og þar kemur fram að ákvæði laganna eigi við um allar einkaréttarlegar samningsskuldbindingar sem tengjast fleiri en einu landi þegar taka þarf afstöðu til þess hvaða landslögum skuli beitt.

Þegar aðilar gangast að samningsgerð með rafrænum hætti eru þeim yfirleitt engin landfræðileg takmörk sett og þetta á auðvitað helst við um rafræn viðskipti sem fara fram í opnum kerfum eins og á veraldarvefnum. Aðilar geta því stofnað til samnings og innt af hendi greiðslur hvar sem er í heiminum og er augljóslega mikil hagkvæmni falin í þessu. Margar spurningar vakna þó og þá helst varðandi hvers lands lög gildi um samninginn. Aðilar geta stundað viðskipti án þess að vita neitt um það frá hvaða landi samningsaðilinn er. Að vísu gefa lénsheiti vefsíðu ákvæðnar vísbendingar um það efni, ef viðskipti fara fram á veraldarvefnum, en svo þarf þó ekki að vera, t.d. getur aðili fengið úthlutað lénsheiti einhvers lands án þess að starfsemi hans fari fram í því landi.²⁰

Í II. kafla laga nr. 43/2000 um lagaskil á sviði samningaréttar er fjallað um meginreglur um lagaskil og í 3. gr. er að finna ákvæði um samninga um lagaskil. Samningsaðilar geta þannig samið sín á milli hvaða lög skuli gilda um samninginn. Í 4. gr. kemur svo fram mikilvæg regla um álitafnin sem hér er um að ræða. Í greininni er fjallað um það hvaða lög skulu gilda þegar ekki hefur verið samið um lagaval. Þar kemur fram í 1. mgr. greinarinnar að hafi samningur ekki að geyma ákvæði um það hvers lands lögum skuli beita, sbr. 3. gr., skal

¹⁹ Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 1455.

²⁰ *Rafræn viðskipti*, bls. 126.

beita lögum þess lands sem samningur hefur sterkust tengsl við. Þetta er mjög matskennd regla og ef skoðaðar eru athugasemdir um 4. gr. sem fylgdu frumvarpi til laga nr. 43/2000 má sjá að miðað var við að setja nánari leiðbeiningarreglur um það hvernig bæri að ákvarða hvaða land samningur hefur sterkust tengsl við. Mikilvægustu leiðbeiningarregluna er að finna í 2. mgr. 4. gr. en þar kemur fram að litið skuli svo á að jafnaði að samningurinn hafi sterkust tengsl við það land þar sem sá aðili býr sem efna á aðalskyldu samningsins, en hér er þá átt við aðalskuldara en ekki peningaskuldara.²¹

3.6 Lög um rafrænar undirskriftir nr. 28/2001

Lög um rafrænar undirskriftir tóku gildi 7. maí 2001 og eru þau byggð á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins frá 13. desember 1999.²²

Í 1. gr. laganna er kveðið á um réttaráhrif rafrænna undirskrifta og að markmiðið sé að stuðla að öruggri og árangursríkri notkun þeirra með því að mæla fyrir um kröfur til fullgildra rafrænna undirskrifta, fullgildra vottorða og starfsemi vottunaraðila sem gefa út slík vottorð. Í 2. gr. er gildissviðið afmarkað og segir þar að löggin gildi um rafrænar undirskriftir og starfsemi vottunaraðila með staðfestu á Íslandi.

Í sumum tilvikum gera lög áskilnað um undirskrift samningsaðila og hljóta þýðingarmestu réttaráhrif undirskriftar að endurspeglast í þeirri sönnun sem hún er talin veita varðandi tiltekinn samning.²³ Í grófum dráttum má segja að hvers kyns persónuleg staðfesting samningsaðila með rafrænum hætti teljist vera rafræn undirskrift.²⁴

Helstu reglur laga nr. 28/2001 varða undirskriftir sem eru vottaðar með „fullgildu vottorði“ vottunaraðila og nefnast „fullgildar rafrænar undirskriftir“. Slíkri undirskrift er ætlað að veita sama lagagildi og skriflegum undirskriftum gagnstætt því sem á við um undirskriftir sem ekki eru vottaðar með þeim hætti sem löggin greina.

Ljóst er að sjónarmið geta komið upp varðandi formleg skilyrði tilboðsgerðar og afturköllunar á sviði rafrænna viðskipta á ákveðnum vettvangi. Verður í næsta kafla reynt að svara þeim spurningum sem hafa vaknað þegar samningar milli aðila eru gerðir rafrænt og þá helst varðandi stofnun rafrænna samninga, hvort rafræn viðskipti samræmist formskilyrðum um tilboð, samþykki og afturköllun og hvaða sjónarmið gilda um sönnunargildi og áhættutöku við slíka samningsgerð.

²¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 701.

²² Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 123.

²³ *Rafræn viðskipti*, bls. 36.

²⁴ *Rafræn viðskipti*, bls. 37.

4 Rafræn samskipti loforðsgjafa og loforðsmóttakanda

4.1 Almenn um rafræna samninga

Löggerningar eru venjulega skilgreindir á þann hátt að þeir séu viljayfirlýsingar sem ætlað er að stofna rétt, breyta rétti eða fella hann niður. Samningar eru sú tegund löggerninga sem hvað mesta þýðingu hefur fyrir viðskipti. Með samningi er átt við loforð sem eru flest þess eðlis að þau öðlast ekki skuldbindingargildi fyrr en þau hafa verið samþykkt af gagnaðila og telst þá vera um gagnkvæmt samningssamband að ræða.²⁵

Samningar geta stofnast á margvíslegan hátt. Þannig getur hvers konar tjáning manna, t.d. undirskrift, munnleg staðfesting eða jafnvel látbragð, leitt til þess að á kemst löglegur samningur milli samningsaðila.²⁶ Tjáning manna á rafrænum grundvelli getur að sjálfsögðu falið í sér samskonar skuldbindingu og fyrrgreind atriði og almennt er viðurkennt að slík tjáning geti verið fullnægjandi grundvöllur fyrir samningsgerð.²⁷ Til skýringar á þessu má minnst á að sú háttsemi að smella á takka á heimasíðu seljanda á veraldarvefnum til að gefa til kynna samþykki eða staðfestingu virðist fullnægja þeim skilyrðum sem sett eru um viljatjáningu.²⁸ Þá eru einnig tilboð, samþykki og eftir atvikum afturköllun í samningsgerð, sem send eru í tölvupóst, talin vera gild, svo lengi sem hægt er að staðfesta að viljayfirlýsing þess sem sendi tölvupóstinn komi frá honum og að efnið sé hið sama og það átti að vera.²⁹

Í lögum nr. 30/2002 um rafræn viðskipti og aðra rafræna þjónustu er fjallað um rafræna samninga. Í 1. gr. laganna er gildissviðið afmarkað og segir þar í 1. mgr. að lögin gildi um rafræn viðskipti og aðra rafræna þjónustu. Í IV. kafla laganna er fjallað um rafræna samninga og segir þar í 1. mgr. 8. gr. að ef gerð er krafa um skriflegan samning í lögum, stjórnvaldsfyrirmælum eða með öðrum hætti er fullnægjandi að mæta þeirri kröfu með rafrænum samningi, enda sé samningurinn aðgengilegur báðum aðilum og unnt að varðveita hann.

Í meginatriðum má því ganga út frá því að sömu grundvallarsjónarmið felist í stofnun rafrænna samninga og stofnun samninga almennt.³⁰

²⁵ Ólafur Lárusson: *Kaflar úr kröfurétti*, bls. 15.

²⁶ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 40.

²⁷ *Rafræn viðskipti*, bls. 29.

²⁸ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 95.

²⁹ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 95.

³⁰ *Rafræn viðskipti*, bls. 29.

4.2 Rafrænar undirritanir

4.2.1 Almenn

Í kafla 3.6 var lauslega farið yfir gildandi lög um rafrænar undirskriftir nr. 28/2001 og þá helst hvert markmið og gildissvið laganna sé.

Rafræna undirskrift³¹ má í stuttu máli útskýra sem hvers kyns perónulega staðfestingu aðila með rafrænum hætti. Rafrænar undirskriftir gegna því sama hlutverki og eiginhandarundirritun í víðtækasta skilningi hugtaksins.³² Hlutverk rafrænnar undirskriftar er svo þríþætt. Í fyrsta lagi er henni ætlað að tryggja gæði gagna og gæta að því að gögnum hafi ekki verið umbreytt eða eytt frá sendingu eins aðila til annars. Í öðru lagi staðfestir rafræn undirskrift uppruna gagnanna, þ.e. undirritunin tryggir það að einn aðili geti ekki sent upplýsingar í nafni annars. Loks er hlutverk rafrænnar undirskriftar að staðfesta sendingu skeytis. Með öðrum orðum getur sendandi ekki neitað því að hafa sent ákveðnar upplýsingar ef sendingin er undirrituð rafrænt.³³

Í 3. gr. laga nr. 28/2001 um rafrænar undirskriftir er fjallað um orðskýringar laganna. Í 1. tölul. 1. mgr. 3. gr. segir að rafræn undirskrift sé gögn í rafrænu formi sem fylgja eða tengjast rökrænt öðrum rafrænum gögnum og eru notuð til að sannprófa frá hverjum hin síðarnefndu gögn stafa. Í 3. tölul. sömu málsgreinar er fjallað um fullgilda rafræna undirskrift og er hún skýrð sem útfærð rafræn undirskrift sem er studd fullgildu vottorði og gerð með öruggum undirskriftarbúnaði. Að lokum er í 11. tölul. fjallað um fullgilt vottorð og segir þar að vottorð sé fullgilt ef það hefur að geyma upplýsingar sem kveðið er á um í 7. gr. laganna og er gefið út af vottunaraðila sem fullnægir skilyrðum V. kafla laganna. Í 1. mgr. 4. gr. laganna segir svo að ef undirskrift er skilyrði réttaráhrifa samkvæmt lögum, stjórnvaldsfyrirmælum eða af öðrum orsökum fullnægir fullgild rafræn undirskrift ætíð slíku skilyrði. Ákvæði 1. mgr. er því þó ekki til fyrirstöðu að aðrar rafrænar undirskriftir geti uppfyllt sömu skilyrði, sbr. 2. mgr. 4. gr. laganna.

Þrátt fyrir að notast sé við heitið „rafræn undirskrift“ er ekki þar með átt við um hefðbundna undirskrift þar sem aðili skrifar nafn sitt sjálfur með eigin hendi. Það getur þó auðvitað verið að aðili notist við svokallaðann rafpenna og framkvæmi undirskrift þannig en í hugtakinu felast einnig aðrar aðferðir til að fullnægja skilyrðunum.

³¹ Rafrænar undirskriftir eru jafnan nefndar „electronic signatures“ eða „digital signatures“ á ensku.

³² *Rafræn viðskipti*, bls. 37.

³³ *Rafræn viðskipti* (skýrsla Ríkisendurskoðunar), bls. 60.

Algengasta aðferðin er án efa notkun dulmálslykla en fjallað verður nánar um slíka dulkóðun í næsta kafla hér að neðan.³⁴

4.2.2 Fullgild rafræn undirskrift

Eins og kom fram hér að ofan er fullgild rafræn undirskrift útskýrð í 3. tl. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 28/2001 um rafrænar undirskriftir. Í frumvarpi því sem fylgdi lögnum segir að frumvarpið fjalli að meginstefnu til aðeins um svokallaðar fullgildar rafrænar undirskriftir, það er að segja undirskriftir sem fullnægja tilteknum ströngum öryggiskröfum og þjónustu þeim tengdum.³⁵ Frumvarpið kveður á um þá meginreglu að fullgild rafræn undirskrift skuli alltaf vera jafngild eiginhandarundirritun þegar lög, stjórnsýslufyrirmæli eða annað mælir fyrir um að handrituð undirskrift sé nauðsynleg.³⁶

Mikil norræn samvinna var til staðar við sköpun sameiginlegs ramma um rafrænar undirskriftir og við setningu laga nr. 28/2001 héldu sérfræðingar Norðurlandanna reglulega fundi til að tryggja samræmingu og miðla þekkingu og reynslu hvers lands.³⁷

Fullgild rafræn undirskrift er án efa mikilvæg í nútíma viðskiptasamfélagi. Þegar sammingsgerð fer fram á rafrænan hátt er í mörgum tilvikum nauðsynlegt að tryggja sem mesta sönnun fyrir því að þegar tilboð er sent, samþykki kemst á og til sammings er stofnað, að sammingsaðilar séu þeir sem þeir segjast vera. Eiginhandarundirritun hefur venjulega verið besta leiðin til að tryggja þessa sönnun enda staðfestir það á einstakan hátt frá hverjum undirskriftin og þar með samþykkið stafar. Það er þó augljóst að eiginhandarundirritun er ekki án galla og fölsun er t.d. ekki óþekkt fyrirbæri þegar kemur að slíkum hefðbundnum undirskriftum. Rafrænar undirskriftir bjóða nú upp á jafn mikla tryggingu, ef ekki meiri, fyrir því að ná fram slíku gildi og sönnun fyrir því að tilboð, samþykki eða afturköllun stafi frá ákveðnum aðila.³⁸

Rafrænar undirskriftir, og þá sérstaklega þær sem skilgreina má sem fullgildar, eru ekki taldar leysa allan vanda sem getur komið upp varðandi rafræna sammingsgerð en ljóst er að þær auka öryggi í viðskiptum og ein helsta leið til þess að gera það er með svokallaðri dulkóðun en að henni verður nú vikið hér í stuttu máli. Dulritun er notuð til að framkalla rafrænar undirskriftir (sem notaðar eru til að ná fram áreiðanleika og heiðarleika í

³⁴ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 99.

³⁵ Alþt. 2000-01, A-deild, bls. 3406.

³⁶ Alþt. 2000-01, A-deild, bls. 3407.

³⁷ Alþt. 2000-01, A-deild, bls. 3394.

³⁸ Martin Hogg: *Secrecy and Signatures*, bls. 38.

samningsgerð) og til að dulkóða þær undirskriftir eða önnur gögn, svo sem tölvupósta eða viðskiptaskjöl. Með því næst trúnaður milli samningsaðila.³⁹

Með dulkóðun er því átt við að upplýsingum er komið til viðtakanda á þann hátt að þær séu einungis skiljanlegar þeim aðila. Rafrænar undirskriftir grundvallast á þeirri hugmynd að ákveðin persónuleg staðfesting er send á viðtakanda sem getur þá staðreynt að hún komi frá þeim aðila sem staðfestingin ber með sér. Einnig á viðtakandi ekki að geta sent sambærilega staðfestingu við þá sem hann hefur mótttekið frá öðrum aðila. Dulkóðun upplýsinga hjálpar að tryggja þetta.⁴⁰

Þegar kemur að rafrænum undirskriftum hefur notkun svokallaðrar Public Key-dulkóðunar (hér eftir nefnd opinber dulkóðun), mikla þýðingu. Opinber dulkóðun byggist á tveimur aðskildum en tengdum dulmálslyklum en þessi lykjar nefnast einkalykill (e. private key) og opinber lykill (e. public key). Yfir einkalyklinum ræður sendandi upplýsinga einn og skapar hann með lyklinum rafræna undirskrift með því að koma upplýsingum í dulkóðað form. Viðtakandi hefur síðan aðgang að opinbera lyklinum og með honum getur aðilinn lesið eða skoðað upplýsingarnar sem hafa verið dulkóðaðar.⁴¹ Hægt er að fara fleiri leiðir til að dulkóða upplýsingar en ekki verður nánar farið út í þær hér. Dæmið að ofan er eingöngu til að sýna fram á það hvernig öryggi getur verið tryggt með þessum hætti í rafrænni samningsgerð.

Ljóst er að notkun fullgildra rafrænna undirskrifta hefur mikla þýðingu þegar kemur að rafrænum samskiptum og þá sérstaklega þegar samningsaðilar gera á milli sín rafrænan samning í formi tilboðs og samþykkis. Með setningu laga nr. 28/2001 um rafrænar undirskriftir var markmiðið að kveða á um réttaráhrif rafrænna undirskrifta og stuðla að öruggari og árángursríkari notkun þeirra með því að mæla fyrir um kröfur til fullgildra rafrænna undirskrifta og einnig fullgildra vottorða. Eins og kemur fram í athugasemdum við 4. gr. frumvarps til laga nr. 28/2001 má sjá að ef gerð er krafa um undirskrift í lögum, stjórnvaldsfyrirmælum eða með öðrum hætti uppfyllir rafræn undirskrift ávallt þá kröfu. Krafan er ætíð uppfyllt svo lengi sem löggjöf hindrar ekki að gerningur sé gerður með rafrænum hætti.⁴²

Samkvæmt því sem hér hefur verið leitt í ljós geta fullgildar rafrænar undirskriftir gegnt að fullu sama hlutverki og eiginhandarundirskriftir þegar um tilboð, samþykki og afturköllun á sviði samningaréttar er að ræða.⁴³

³⁹ Martin Hogg: *Secrecy and Signatures*, bls. 38.

⁴⁰ *Rafræn viðskipti*, bls. 39.

⁴¹ *Rafræn viðskipti*, bls. 39-40.

⁴² Alþt. 2000-01, A-deild, bls. 3407.

⁴³ *Rafræn viðskipti*, bls. 44.

4.2.3 *Aðrar rafrænar undirskriftir*

Fjallað hefur verið hér að ofan um rafrænar undirskriftir og þá helst um fullgildar rafrænar undirskriftir og hvaða skilyrði þarf að uppfylla til þess að slík undirskrift geti talist gild. Lög nr. 28/2001 voru sett m.a. til að stuðla að öryggi í viðskiptum og öðrum samskiptum í opnum kerfum, t.d. á veraldarvefnum. Áhyggjur hafa ávallt verið þær að rafræn samskipti skorti öryggi og stafar það af því að menn standi ekki augliti til auglitis. Helstu áhyggjuefnin hafa verið þau að sendandi hafi möguleika á að neita því að hafa sent upplýsingar, að unnt sé að breyta upplýsingum eftir móttöku þeirra, að óvissa sé um að gagnaðili sé sá sem hann segist vera og að óvissa ríki um að upplýsingum hafi ekki verið breytt við sendingu milli aðila.⁴⁴

Með fullgildri rafrænni undirskrift hefur verið þróuð aðferð til að takast á við þessi óvissuatriði en meiri áhætta og áhyggjuefni geta ríkt þegar um annars konar rafrænar undirskriftir er að ræða.

Í 2. mgr. 4. gr. laga nr. 28/2001 um rafrænar undirskriftir má sjá að tekin eru af tvímæli um að ekkert er því til fyrirstöðu að aðrar rafrænar undirskriftir en þær sem teljast fullgildar geti uppfyllt skilyrði um undirskrift samkvæmt lögum, stjórnvaldsfyrirmælum eða af öðrum orsökum. Eðli málsins samkvæmt er þó ljóst að meiri vandamál geta komið upp varðandi ýmis atriði en í næstu köflum hér að neðan verður vikið að því hvaða atriði geta komið til álita við samningsferli aðila þegar rafræn undirskrift er til staðar.

4.3 **Aðrar rafrænar aðferðir við tilboðsgerð og afturköllun**

4.3.1 *Almennt*

Eins og í ljós hefur verið leitt þá er ekki um mörg vafamál að ræða þegar fullgildar rafrænar undirskriftir eru notaðar við samþykki á tilboði við stofnun samnings. Í nútímasamfélagi er þó algengara að samningar verði til án slíkra fullgildra rafrænna undirskrifta. Í þessum kafla verður fjallað um aðrar leiðir sem unnt er að fara við stofnun samninga rafrænt og álitamál sem geta risið í því sambandi. Leit í dómasöfnum virðist sýna að íslenskir dómstólar hafa ekki enn sem komið er fengist við álitaeftirbúnað sem hafa beina þýðingu fyrir ritgerðarefnið. Eftirfarandi umfjöllun er því byggð alfarið á fræðilegri umfjöllun.

4.3.2 *Tegundir rafrænna miðla*

Samningar sem gerðir eru með rafrænum hætti geta komið til með mjög margvíslegu móti. Í víðasta skilningi fela rafræn viðskipti þó í sér að viðskipti eru gerð með hvers kyns nútíma

⁴⁴ Alpt. 2000-01, A-deild, bls. 3389.

samskiptatækjum og miðlum svo sem með textaskilaboðum, í gegn um smáforrit, með tölvupóstsamskiptum eða á heimasíðum á veraldarvefnum.

4.3.3 Álitamál varðandi rafræna samninga

Rafrænir samningar myndast aðallega með tvennum hætti, þ.e. annað hvort á vefsíðum fyrirtækja á veraldarvefnum þar sem notendur fara í gegn um ferli sem lýkur með því að einstaklingar smella á takka til að samþykkja tilboðið eða í gegn um tölvupóst þar sem samskiptin líkjast hefðbundnum bréfaskriftum. Þegar viðskipti fara fram á netinu eru þau oft á milli aðila sem þekkjast ekki og einnig er oft ekki um langtímasamband að ræða. Eru þá tilboðin gerð í svokölluðu „opnu kerfi“ sem er opið fyrir alla sem hyggjast nýta sér tilboðið. Hins vegar geta rafrænir samningar orðið til í svokölluðum „lokuðum kerfum“, en slík samskipti byggjast á sérstökum samningi milli einstakra fyrirtækja sem er einungis gerður á milli þeirra og lokaður óviðkomandi aðilum. Ljóst er að minni álitamál eiga við um rafræn samskipti í svokölluðum lokuðum kerfum vegna þeirrar tryggingar sem kerfin bjóða upp á en í slíkum kerfum er oft stuðst við rafrænar undirskriftir.⁴⁵ Umfjöllunin í framhaldinu mun taka mið af því og verður meira fjallað um rafræn viðskipti á veraldarvefnum og viðskipti sem fara fram í tölvupóstsamskiptum eða á öðrum sambærilegum miðlum.

Eins og áður hefur verið vikið að gilda hefðbundnar reglur um rafræna samningsgerð eftir því sem á við en ljóst er að ekki allar lagareglur falla jafnvel að þeim álitamálum sem hafa myndast í kjölfar nýrrar tækni á sviði samningaréttar. Álitamálin sem myndast geta verið margvísleg, en nú verða nefnd nokkur þeirra sem verða svo skoðuð ítarlegar í næstu köflum hér á eftir.

Það fyrsta sem ber að nefna er hvernig stofnað sé til rafrænna samninga. Samningar stofnast þegar tilboð hefur verið samþykkt en þegar vikið er að rafrænum samningum er ekki ávallt ljóst hvenær tilboðið hefur verið samþykkt, hvenær það er bindandi og undir hvaða kringumstæðum hægt er að afturkalla tilboðið. Í bókinni *Alþjóðlegir viðskiptasamningar* tekur Hafliði K. Lárusson dæmi um það þegar samþykki er sent með tölvupóst og spyr: „Kemst samningur á þegar kaupandi sendir samþykki, þegar samþykkið berst til vefþjóns seljanda, þegar búið er að vista samþykkið í tölvu seljandans eða þegar seljandinn opnar póstinn og les töluvskeytið?“⁴⁶

Í öðru lagi er vert að skoða hvenær yfirlýsingin telst vera komin til aðila þegar tilboð eru gerð með rafrænum miðli og hvaða sjónarmið eigi við um samþykki og afturköllun samnings

⁴⁵ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 89.

⁴⁶ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 91.

í kjölfarið. Í þriðja lagi getur risið álitamál um hvort rafrænir samningar uppfylli almenn skilyrði þegar lög eða stjórnvaldsfyrirmæli kveða á um að samningar skuli gerðir skriflega.

Að lokum er ljóst að þegar samningar eru gerðir rafrænt geta vaknað spurningar um hvort meiri hættu sé á fölsun eða hvort ýmsir áhættuþættir séu ríkari en þegar samningar eru gerðir á hefðbundinn máta.

4.3.4 Stofnun rafrænna samninga

Þegar tilboð hefur verið samþykkt telst hafa stofnast samningur. Í flestum samningssamböndum er það augljóst hver er tilboðsgjafi og hver er tilboðsmóttakandi. Í skriflegum samningssamböndum sem og rafrænum verða bæði tilboð og samþykki að lúta ákveðnum skilyrðum svo að gildur samningur teljist hafa stofnast. Í rafrænum samskiptum er ekki ávallt vitað hvort það sé seljandi eða sá sem kaupir vöru sem gerir tilboðið.⁴⁷

Þegar viðskiptavinur fer inn á heimasíðu fyrirtækis eða einstaklings geta birst honum alls kyns upplýsingar um vörur sem fyrirtæki eða einstaklingur hyggst selja. Túlka mætti aðstæðurnar svo að með því að samþykkja kaup á vöru á vefsíðu hafi viðskiptavinur gengist að tilboði seljanda og með því hafi komist á gildur samningur. Aðstaðan kann hins vegar að vera þveröfug og hefur það stundum verið túlkað svo að vörur inn á vefsíðu fyrirtækis eða einstaklings séu einungis auglýsing og að viðskiptavinur geri svo tilboð í vöruna. Seljandinn getur svo kosið að samþykkja tilboð viðskiptavinarins og með því kemst á gildandi samningur.⁴⁸

4.3.5 Hvenær telst yfirlýsingin vera komin til aðila?

Eins og áður hefur komið fram verður loforð almennt bindandi þegar það er komið til vitundar loforðsmóttakanda. Áður en loforðið er komið til vitundar móttakanda er það ekki skuldbindandi sem þýðir m.a. að afturköllun er heimil. Hér að framan var fjallað almennt um afturköllun en skv. 7. gr. smnl. verður tilboð afturkallað ef afturköllunin var komin til loforðsmóttakanda áður eða samtímis því sem tilboðið kom til vitundar hans. Afturköllun er ákvöð sem þýðir að afturköllunin verður skuldbindandi þegar hún er komin til móttakanda.⁴⁹

Í flestum tilvikum er ekki vafi á því, í rafrænum samskiptum, hvenær yfirlýsing er komin til vitundar móttakanda. Yfirlýsingin kemst oftast til vitundar móttakanda á sambærilegan hátt og skriflegar yfirlýsingar. Þó ber hér að nefna að yfirlýsingin verður að vera skiljanleg og

⁴⁷ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 94-95.

⁴⁸ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 95.

⁴⁹ *Rafræn viðskipti*, bls. 59.

móttakandi yfirlýsingarinnar verður að geta nálgast efni hennar á aðgengilegan hátt. Ef þetta skilyrði er ekki uppfyllt, t.d. vegna þess að móttakandi hefur ekki réttan eða nauðsynlegan tölvubúnað til þess að móttaka yfirlýsinguna eða geta kynnt sér efni hennar, er yfirlýsingin ekki komin til vitundar hans. Fram að þeim tíma getur afturköllun átt sér stað með lögmætum hætti.⁵⁰

Þónokkur önnur álitamál geta komið upp varðandi hvenær yfirlýsing telst komin til móttakanda í skilningi smnl. Í athugasemdum við 2. gr. smnl. segir að með orðunum „komið til“ sé átt við, að svarið sé komið þangað, sem almennt má búast við, að tilboðsgjafi geti kynnt sér það, ef hann vill. Í kjölfarið eru nefnd dæmi, t.d. bréf afhent á heimili eða skrifstofu viðtakanda, látið í bréfkassa á hurð hjá honum eða í pósthólf hans. Ef þessar athugasemdir eru virtar má sjá að líklegast þyrftu rafrænar upplýsingar að uppfylla það lágmarksskilyrði að teljast aðgengilegar fyrir móttakanda þeirra. Ef upplýsingarnar eru það ekki, er eins og áður var sagt, ekki talið að þær séu komnar til móttakanda, þrátt fyrir það að hann hafi móttekið gögnin.⁵¹

Næst er vert að skoða þau tilvik þegar upplýsingarnar uppfylla þessi almennu skilyrði um aðgengileika. Ef móttakandi hefur tök á því að móttaka upplýsingarnar og skoða þær, þarf að velja því fyrir sér hvenær þær hafa komið til móttakanda. Meginreglan er ennþá sú að að miða verður við þá stund þegar móttakandi átti kost á því að kynna sér efni upplýsinganna. Í flestum tilvikum þarf ekki að vera svo mikil óvissa um þetta álitaefni, t.d. þegar upplýsingar eru sendar á tölvupóstfang móttakanda, en þá myndi hugbúnaður sendanda geta gefið svar um tímasetningu sendingar og hvort að sendingin hafi borist á réttan stað.⁵²

Að lokum er forvitnilegt að velja því fyrir sér hversu rýman afturköllunarrétt loforðsgjafa hefur þegar yfirlýsing er komin til móttakanda. Almennt er viðurkennt að því óformlegra sem loforð er, því rýmri rétt hefur loforðsgjafi til að afturkalla það.⁵³ Telja verður að t.d. óformleg samskipti í formi textaskilaboðs eða í tölvupósti gætu leitt til rýmri réttar til afturköllunar.

Ofangreind atriði þarf oftast að meta út frá almennum reglum samningaréttar. Jafnvel þótt ákvæði samningalaga hafi ekki tekið mið af þeirri nýju tækni sem átti eftir að myndast á næstu áratugum er ekki þar með sagt að þau geti ekki tekið á álitaefnum þessum.

⁵⁰ *Rafræn viðskipti*, bls. 59.

⁵¹ *Rafræn viðskipti*, bls. 60.

⁵² *Rafræn viðskipti*, bls. 60.

⁵³ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 73.

4.3.6 Hvenær hefur samþykki borist?

Mikilvægt er fyrir samningsaðila að vita hvenær samþykki hefur borist vegna þess að frá þeim tíma teljast þeir bundnir við samning og skapa þeir sér þá ákveðna ábyrgð sem lýsir sér m.a. annars í því að afturköllun er ekki heimil eða í öllu falli miklum vandkvæðum búin.⁵⁴ Almenna reglan er sú að samningur kemst á þegar staðfesting er send til tilboðsgjafa. Frá þessari almennu reglu er þó mikilvæg undantekning þegar samþykki er sent í pósti. Þessi undantekningarregla hefur verið nefnd „póstreglan“ og lýsir hún sér þannig að ef bréf eða samskonar póstsending inniheldur samþykki á tilboði telst samningur kominn á þegar það er sent en ekki þegar það er komið til móttakanda. Reglan er hönnuð til að koma í veg fyrir óvissu og hún veitir tilboðsgjafa staðfestingu á því að samþykkið muni standast jafnvel þótt aðilinn sem annast póstflutninginn misfarist á einhvern hátt með sendinguna.⁵⁵

Þegar þarf að heimfæra þessa reglu á þá tækni sem notast er við þegar rafrænir samningar eru annars vegar þarf að skilja á milli samninga sem annars vegar eru gerðir með tölvupósti eða tölvuskeytum og hins vegar samninga sem gerðir er á veraldarvefnum og þá helst inn á heimasíðum fyrirtækja eða einkaaðila.⁵⁶

Tölvupóstur eða rafpóstur er oft talinn vera jafngildi hefðbundna póstkerfisins. Af þeim sökum virðist póstreglan gilda um tölvupóstsamskipti.⁵⁷ Póstreglan er þó talin gilda vegna þess að hefðbundnar póstsendingar eru hraðvirkar og áreiðanlegar. Vafamál er hvort tölvupóstur verði talinn uppfylla sömu skilyrði og hefðbundinn póstur. Tölvuskeyti geta misfarist eða brenglast í sendingu og þess vegna er ekki hægt að fullyrða að póstreglan gildi um slík skeyti.⁵⁸

Samningar á veraldarvefnum eru orðnir mjög algengir nú til dags og er þar helst að nefna samninga sem stofnað er til með því að smella á takka á vefsíðu sem uppfyllir skilyrði um samþykki. Slíkir samningar hafa stundum verið nefndir „click wrap“ samningar. Aðal munurinn á slíkum samningum og samningum sem komast á í gegn um tölvupóst er sá að samskipti á veraldarvefnum eru tafarlaus.⁵⁹ Í þessum tilvikum virðist gilda önnur regla sem nefnd hefur verið móttökureglan en þá stofnast samningur þegar samþykki berst viðtakanda og ólíkt póstreglunni kemst samningur ekki á ef samþykki misferst í sendingu.⁶⁰

⁵⁴ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 96.

⁵⁵ Andrew D. Murray: *Entering Into Contracts Electronically: The Real W.W.W.*, bls. 22.

⁵⁶ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 97.

⁵⁷ Andrew D. Murray: *Entering Into Contracts Electronically: The Real W.W.W.*, bls. 22-23.

⁵⁸ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 97.

⁵⁹ Andrew D. Murray: *Entering Into Contracts Electronically: The Real W.W.W.*, bls. 25.

⁶⁰ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 96-97.

4.3.7 Formskilyrði tilboðs og samþykkis í rafrænum viðskiptum

Eins og fjallað var um í inngangskafli þessarar ritsmíði geta tilboð og samþykki verið gerð í hvaða formi sem er, þ.e. skriflega, munnlega eða með öðrum hætti sem getur túlkast sem viljayfirlýsing loforðsgjafa eða loforðsmóttakanda.

Talið er að sú aðferð að samþykkja tilboð á netinu, hvort sem það er inn á vefsetri seljanda eða í tölvupósti, fullnægi þeim skilyrðum sem lög setja um viljayfirlýsingu samningsaðila.⁶¹

Þó að venjulega sé viðurkennt að rafrænir samningar milli samningsaðila fullnægi skilyrðum laga á sviði samningarréttar um formskilyrði getur verið skilyrði í lögum um að samningar annars konar yfirlýsingar í tengslum við þá skuli vera skriflegar. Þá hefur einnig verið talið að ákveðnir samningar geti eingöngu verið skriflegir, vegna venju sem myndast hefur á því samningssviði sem samningurinn er gerður.⁶² Venja er t.d. að mikilvægir löggerningar og þar með samningar skuli vera skriflegir en hér má m.a. nefna samninga um fasteigna-, skipa- og bifreiðakaup.⁶³ Í athugasemdum með frumvarpi til laga um fasteignakaup segir varðandi 7. gr., sem fjallar um form samninga, að kaupsamningar um fasteignir eigi að vera skriflegir, þ.e. að frá þeim eigi a.m.k. á endanum að vera gengið skriflega. Einnig segir að fleiri löggerningar tengdir fasteignakaupum séu skriflegir. Tilboð eru það venjulega og samþykki á tilboðum eru oftast rituð á þau.⁶⁴ Í kafla 3.4 var fjallað um þetta álitefni og komist að því að þegar löggjafinn setur skilyrði um að samningar skuli vera gerðir skriflega fullnægi fullgild rafræn undirritun ávallt þeirri kröfu.

Sú spurning getur þó vaknað hvort telja megi að rafrænir samningar séu skriflegir. Til að svara þeirri spurningu þarf að skoða hvað rafrænir samningar eru í raun og veru. Slíkir samningar eru mynstur úr rafhleðslum og eyðum sem mögulegt er að senda á milli fjarskiptatækja eða tölva með rafboðum. Yfirleitt er þó hægt að lesa rafrænar upplýsingar af tölvuskjá eða einfaldlega prenta upplýsingarnar út á pappír. Að því sögðu er venjulega viðurkennt að rafrænir samningar geti verið jafngildir skriflegum ef þeir uppfylla það skilyrði að vera aðgengilegir og einnig varðveitanlegir. Þótt svo að rafrænir samningar uppfylli framangreind skilyrði er augljóst að þeir eru ekki skriflegir samningar í raun og veru. Þegar skilyrði er sett um skriflega yfirlýsingu er vísað til þess að orð séu prentuð á pappír eða annað áþreifanlegt efni. Rafræn tjáning fer hins vegar fram með ákveðnum boðum sem hægt er svo að lesa með ákveðnum hugbúnaði. Rafræn tjáskipti geta auðvitað þjónað sama tilgangi og skrifleg samskipti en ekki er fortakslaust hægt að túlka það svo að rafrænir samningar uppfylli

⁶¹ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 95.

⁶² *Rafræn viðskipti*, bls. 30-31.

⁶³ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 41.

⁶⁴ Alpt. 2001-02, A-deild, bls. 1454.

alltaf skilyrði laga um að samningar séu skriflegir.⁶⁵ Ekki verður þó séð að íslenskir dómstólar hafi þurft að leysa úr því álítaefni enn sem komið er.

4.3.8 *Sönnun um stofnun og efni samninga*

Í fyrri umfjöllun hafa verið rakin suttlega sjónarmið um hvort rafrænn samningur uppfylli skilyrði um sönnun þegar hann sé skriflegur eða undirritaður. Skal nú vikið að álítaefnum sem varða stofnun og efni rafrænna samninga fyrir dómstólum.

Það er meginregla í íslenskum rétti að dómari sker úr því hvort staðhæfing um umdeild atvik teljist sönnuð, sbr. 44. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála (hér eftir eml.). Dómara ber því að meta hver beri sönnunarbyrðina og hvort sönnun hafi tekist. Almenna reglan er því sú að sönnun er óformbundin. Í ljósi þess má telja að íslenskar réttarreglur setji ekki skorður við því að rafrænir samningar eða rafræn gögn séu lögð fram í dómsmáli og að dómari meti sönnunargildi þeirra.⁶⁶

Rafræn gögn hafa alla þá kosti til að teljast næg sönnun eða jafnvel betri þegar kemur að því að meta stofnun og efni samnings. Hvert tilvik þarf þó að meta sjálfstætt og getur þar aukin tækni við rafræna samningsgerð, t.d. rafrænar undirskriftir, aukið við sönnunargildi.⁶⁷

Að lokum má nefna að ef ágreiningsmál koma upp varðandi rafrænar undirskriftir gilda venjulega almennar reglur samningaréttar varðandi afhendingu sönnunargagna við málsmeðferð, þ.m.t. reglur um sannprófun sönnunargagna og vægi sem sönnunargögnum er gefið.⁶⁸

4.3.9 *Fölsun*

Fölsun hefur verið skýrð á tvo vegu. Annars vegar fölsun á nafni sem um er að ræða, þegar löggerningur stafar ekki frá þeim aðila sem undirskrift gerningsins ber með sér. Hins vegar er um að ræða fölsun á efni löggernings en það á sér t.d. stað þegar aðili breytir fjárhæð þeirri sem löggerningur hljóðar upp á, í leyfisleysi. Það eru engin ákvæði í smnl. um fölsun, en það er meginregla að sá sem verður fyrir slíku af hálfu annars aðila verður ekki bundinn við samninginn.⁶⁹

Eins og áður hefur fram komið hafa rafræn samskipti og viðskipti aukist gífurlega á síðustu árum og áratugum. Þessi nýja tækniþróun á sviði samningaréttar hefur marga kosti í

⁶⁵ Rafræn viðskipti, bls. 32.

⁶⁶ Rafræn viðskipti, bls. 62.

⁶⁷ Rafræn viðskipti, bls. 63.

⁶⁸ Stephen Mason: *Electronic Signatures*, bls. 351.

⁶⁹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 275.

för með sér, m.a. að hægt er að stunda viðskipti þótt samningsaðilar séu víðsfjarri hvorum öðrum. Þetta auðveldar viðskipti, gerir þau ódýrari og fjölbreyttari. Þessi hagkvæmni er þó samt ekki án ókosta og hefur verið nefnt að erfitt sé að ganga úr skugga um ýmis atriði í tengslum við samningsgerðina, svo sem um efni samnings, persónu gagnaðila og öryggi sendinga. Þessi óvissuatriði eru þó mismunandi eftir því hvort aðilar eiga samskipti í gegnum opin eða lokuð kerfi.

Þegar samningsaðilar stunda viðskipti í gegnum opin kerfi eins og á vefsíðum fyrirtækja á veraldarvefnum geta margir ókostir komið til sögunnar. Helst má þar nefna að þriðji aðili getur mögulega fylgst með samskiptum seljanda og viðskiptavinar og tekið upplýsingar í því skyni að senda þær frá annari tölvu en þess sem er réttmætur samningsaðili. Einnig má nefna að aðili geti breytt gögnum eftir móttöku á þeim. Þetta er einungis brot af þeim ókostum sem nefndir eru í tengslum við rafræn viðskipti.

Rafrænar undirskriftir hafa stundum verið taldar vera svarið við þessum ókostum og er ljóst að slíkt úrræði eru til þess fallin að auka öryggi í bæði samskiptum og viðskiptum á veraldarvefnum sem og í öðrum rafrænum samskiptum. Það er þó ljóst að rafrænar undirskriftir leysa ekki allan vanda og er það augljóst að ómögulegt er að sporna við öllum vanda sem getur komið upp í netsamskiptum.⁷⁰

4.3.10 Áhættuþættir

Í allri samningsgerð eru ákveðnir áhættuþættir til staðar og er rafræn samningsgerð að engu leyti frábrugðin skriflegri samningsgerð þegar kemur að þeim þáttum. Í þessum kafla verða skoðuð nokkur atriði sem geta valdið því að vafi leiki á því hvor samningsaðila skuli bera áhættuna.

Í fyrsta lagi ber að nefna að rafræn samskipti geta farið úrskeiðis á þann veg að þær upplýsingar eða boð sem eru send séu annars efnis þegar þau koma til móttakanda. Í 32. gr. smnl. er kveðið á um afbökun en þar segir í 1. mgr. að 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 um að mistök hefðu átt sér stað. Í 2. mgr. er síðan fjallað um löggerninga sem sendir eru í símskeyti og í 3. mgr. er fjallað um sök og tilkynningaskyldu sendanda.⁷¹

Sú spurning vaknar, þegar um afbökun er að ræða, hvor samningsaðila eigi að bera áhættuna af slíkri afbökun. Ljóst er að þegar afbökun verður rakin til sakar ber sá maður

⁷⁰ Rafræn viðskipti, bls. 38-39.

⁷¹ Rafræn viðskipti, bls. 68.

áhættuna sem bar ábyrgð á saknæmu háttseminni. Þetta gildir jafnt um rafræna samninga og annars konar samninga. Við sakarmatið myndi m.a. koma til álita hversu tryggilega sendandi stóð að sendingu, t.d. með tilliti til vél- og hugbúnaðar hans og einnig hvernig viðtakandi á kost á því að staðfesta upplýsingarnar sem koma til hans, t.d. með samanburði tætigilda⁷², vottun þriðja aðila og beiðni um staðfestingu sendanda.⁷³

Aðstæður við rafræn samskipti geta verið vandasarar, m.a. að því leyti að samningsaðilar geta ekki séð hvorn annan og þá ekki vitað hvort sá aðili sé í raun sá sem hann segist vera eða feli einhver atriði sem geta skipt máli við samningsgerð. Þegar stunduð eru viðskipti í gegnum tölvupóstasamskipti eða á veraldarvefnum getur verið að aðila sé ókunnugt um hvort gagnaðili sé fjárráða. Sú spurning getur vaknað hvort atriði séu öðru vísi við þær aðstæður þegar samningsgerð fer fram rafrænt. Í fljótu bragði sýnist ekki vera tækt að telja að sérsjónarmið eigi við um rafræn viðskipti ófjárráða manns þrátt fyrir að það kunni að vera erfitt að vita hvort aðili sé í raun fjárráða eða ekki. Með rafrænum undirskriftum og vottunum þriðja aðila er hægt að komast hjá óvissu og vandræðum sem þessum en á meðan óvissa liggur enn fyrir og ekki hefur verið beitt þeim leiðum sem að ofan eru greindar verður seljandi að bera áhættuna af því að gagnaðili hans sé ófjárráða.⁷⁴

Að lokum má nefna að sjónarmið um afturköllun hafa fengið mikið vægi þegar samningar eru ekki gerðir augnliti til augnlits, eins og t.d. samningar á veraldarvefnum. Áhættan getur verið meiri þegar aðilar geta ekki séð vöruna eða varninginn sem þeir hyggjast kaupa og eru upplýsingarnar sem þeir fá oft takmarkaðri heldur en ef þeir væru t.d. að kaupa vöru í verslun. Spurningin sem vaknar er því sú hvort afturköllunarheimild kaupanda sé víðtækari í slíkum rafrænum viðskiptum. Í sumum tilvikum hefur verið talið rétt að gefa kaupanda nokkra daga til þess að skoða hlutinn og síðan ákveða hvort hann vilji halda sig við samninginn eða ekki. Hefur þetta verið talið auka öryggi og veitir kaupanda meira traust til rafrænna viðskipta.⁷⁵ Ekki er þó ljóst hvort þessi heimild sé algild og ekki verður séð að dómstólar hér á landi hafi þurft að taka á álitmálum er þetta varðar.

⁷² „Tætting felst í því að upplýsingum er komið í tiltekið samþjappað stafrænt form, nefnt tætigildi (hash value eða hash result), sem eingöngu er bundið viðkomandi upplýsingum“. *Rafræn viðskipti*, bls. 40.

⁷³ *Rafræn viðskipti*, bls. 68-69.

⁷⁴ *Rafræn viðskipti*, bls. 70.

⁷⁵ Jan M. Smiths: *Contract Law*, bls. 114.

5 Niðurstöður

Á síðustu árum og áratugum hefur ný tækni mótast hratt. Tilkoma veraldarvefsins hefur haft margvísleg áhrif á samningsgerð einstaklinga og rafræn viðskipti bjóða aðilum upp á alls konar tækifæri sem ekki stóðu til boða áður fyrr.

Ljóst er að eitt mikilvægasta atriði viðskipta hverju sinni er gagnkvæmt traust samningsaðila. Rafræn viðskipti eru ekki undanþegin þessari mikilvægu forsendu og er því nauðsynlegt að aðilar treysti viðskiptaháttum sem fara fram með rafrænum miðlum og þeirri tækni sem notuð er. Einnig verður aðilum að vera ljóst hvaða réttarreglur gildi um viðskipti þeirra ef ágreiningur kemur upp.

Í ritgerð þessari er reynt að varpa ljósi á þau álitafæni sem geta risið þegar samningsgerð fer fram með rafrænum hætti og þá sérstaklega hvað varðar tilboðsgerð, samþykki og heimild til afturköllunar. Lagareglur á sviði samningaréttar gilda í meginatriðum jafnt um rafræna og hefðbundna samninga en almennt er lagt til grundvallar að best sé að halda sem mestum stöðugleika í almennu lagaumhverfi og reyna því eftir bestu getu að heimfæra ný tilvik undir gildandi lagareglur.⁷⁶

Samningar eru venjulega ekki formbundnir samkvæmt íslenskum lögum og merkir það að þeir geta verið gerðir bæði skriflega og munnlega.⁷⁷ Niðurstaða þessarar ritgerðar er sú að heimilt er að stofna til rafrænna samninga en álitamál geta risið þegar lög eða venjur áskilja að samningar skuli gerðir skriflega. Þá vakna spurningar um það hvort rafrænir samningar uppfylli þá kröfu. Með lögum nr. 28/2001 um rafrænar undirskriftir var sett regluverk sem hafði það að markmiði að stuðla að öruggri og árangursríkari notkun rafrænna undirskrifa við samningsgerð. Af lögunum og lögskýringargögnum með þeim má ráða að þegar lög eða stjórnvaldsfyrirmæli mæla fyrir um að eiginhandarundirritun sé nauðsynleg uppfylli fullgild rafræn undirskrift ávallt þeirri kröfu.⁷⁸

Þegar aðilar stofna til samnings með rafrænum hætti getur það gerst á margvíslega vegu, svo sem með tölvupóstsamskiptum, á vefsíðum eða með notkun farsíma og smáforrita. Þannig er mjög auðvelt að stofna til skuldbindinga milli aðila án tillits til þess hvar þeir eru staðsettir. Mikil hagkvæmni er augljóslega fólgin í þessu fyrirkomulagi en samhliða vakna spurningar um áhættuþætti í samningsgerðinni, sönnunarbyrði, skuldbindingargildi o.fl. Meginreglan er sú að loforð um tilboð og samþykki á því, hvort sem það fer fram á vefsetri seljanda, í tölvupósti eða með öðrum sambærilegum hætti fullnægir þeim skilyrðum sem lög setja um

⁷⁶ *Rafræn viðskipti*, bls. 10.

⁷⁷ Ólafur Lárússon: *Kaflar úr kröfurétti*, bls. 13.

⁷⁸ Alþt. 2000-01, A-deild, bls. 3407.

viljayfirlýsingu samningsaðila.⁷⁹ Ljóst er þó að meta þarf hvert tilvik sérstaklega. Fullgildar rafrænar undirritanir samkvæmt ákvæðum laga nr. 28/2001 veita sambærilega tryggingu fyrir skuldbindingargildi löggerninga og hefðbundnar undirritanir.

Þegar fullgildrar rafrænar undirritunar nýtur ekki við í rafrænum viðskiptum geta vaknað spurningar um réttaráhrif rafrænna aðgerða samningsaðila, þ.e. hvort tilboð hafi verið gert með skuldbindandi hætti, það samþykkt eða afturkallað. Hér undir eiga m.a. sjónarmið um fölsun og þá sérstaklega hvort það sé erfiðara að staðreyna að samskipti stafi raunverulega frá þeim aðila sem efnið ber með sér. Þá hefur verið bent á þann ókost að þriðji aðili getur mögulega fylgst með rafrænum samskiptum seljanda og viðskiptavinar og tekið upplýsingar í því skyni að senda þær frá annarri tölvu en þess sem er réttmætur samningsaðili. Einnig má nefna að rafræn samskipti geta farið úrskeiðis á þann veg að þær upplýsingar eða boð sem eru send séu annars efnis þegar þau koma til móttakanda.

Í ljósi þeirrar meginreglu íslensks réttar að löggerningar séu almennt ekki formbundnir verður að telja að rafræn tilboðsgerð og samskipti samningsaðila sem henni tengjast, þar á meðal samþykki og afturköllun, geti að sínu leyti haft fullt skuldbindingargildi í flestum tilvikum. Einna helst geta komið upp álitamál um sönnun ef deilt er um hvort skuldbindandi samningar hafi komist á fyrir tilstilli rafrænna samskipta. Úr slíkum ágreiningi yrði væntanlega leyst með tilliti til atvika hvers máls og með hliðsjón af meginreglu íslensks réttarfars um frjálst sönnunarmat dómara.

⁷⁹ Hafliði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*, bls. 95.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Andrew D. Murray: „Entering Into Contracts Electronically: The Real W.W.W. *Law and the Internet. A Framework for Electronic Commerce*. Ritsstj. Lilian Edwards and Charlotte Waelde. Oregon 2000, bls. 17-35.

Haflíði K. Lárusson: *Alþjóðlegir viðskiptasamningar*. Reykjavík 2001.

Jan M. Smiths: *Contract Law. A Comparative Introduction*. 2. útgáfa. Massachusetts. 2017.

Martin Hogg: „Secrecy and Signatures - Turning the Legal Spotlight on Encryption and Electronic Signatures“. *Law and the Internet. A Framework for Electronic Commerce*. Ritsstj. Lilian Edwards and Charlotte Waelde. Oregon 2000, bls. 37-54.

Ólafur Lárusson: *Kaflar úr kröfurétti*. Reykjavík 1943.

Páll Sigurðsson: *Samningaréttur. Yfirlit um meginreglur íslensks samningaréttar*. 4. útgáfa. Reykjavík 2004.

Rafræn viðskipti. Ríkisendurskoðun, Reykjavík 2000.

Rafræn viðskipti. Umfjöllun um íslensk lög. Iðnaðar- og viðskiptaráðuneytið, Reykjavík 1999.

Stephen Mason: *Electronic Signatures in Law*. 4. útgáfa. London 2017.