

## **SENSORVEILEDNING FOR OPPGAVE 2 FJERDE AVDELING – HØST 2005**

Hvilke hensyn bør være avgjørende for utformingen av reglene om bevisbyrde i sivile saker?

Oppgaven har form av en de lege ferenda-oppgave. Poenget er altså at kandidatene skal prøve å få frem de reelle hensyn bak reglene om bevisbyrde. Men for at en de lege ferenda-oppgave ikke skal skli ut i ren synsing, bør kandidatene kunne illustrere sine synspunkter med eksempler, som gjerne kan vært hentet fra praksis, eller fra gjeldende lovgivning.

Oppgaven spør om hvilke hensyn som bør ligge bak "utformingen" av bevisbyrdereglene. Det kan være grunn til å understreke at utformingen til dels skjer fra lovgoverens side, til dels fra utkrystallisertes visse bevisbyrderegler i rettspraksis.

Det sentrale stoffet finnes i Rettergang I s. 261 – 273. Etter min oppfatning er det lite behov for en utfyllende sensorveiledning i tillegg.

"Bevisbyrderegler" defineres på ulike måter. En vanlig definisjon er hvem av partene en eventuell tvil skal gå ut over. Med et slikt utgangspunkt må en også forklare hva som ligger i begrepet "tvil". En annen definisjon er at bevisbyrdereglene angir hvor høy grad av sannsynlighet som må til før en bestemt kjensgjerning skal legges til grunn for en dom.

### **1. Hensynet til materielt riktige dommer**

Et sentralt poeng er å løse tvinnsituasjoner slik at vi får flest mulig materielt riktige dommer.

Det har i etter hvert blitt en nokså allment akseptert oppfatning, at dette hensynet i sivile saker ivaretas best gjennom det såkalte "overvektsprinsippet", som innebærer at når dommeren er i tvil, så han legge til grunn det alternativ som fremsto som mest sannsynlig. For ut fra de store talls lov, vil vi da få flere riktige avgjørelser enn uriktige avgjørelser.

Overvektsprinsippet gir ingen løsning der begge alternativene fremstår som akkurat like sannsynlige. Men dette er antakelig en situasjon som ikke vil forekomme ofte. Selv om en umiddelbart oppfatter begge alternativer som like sannsynlige, vil en ny gjennomtenkning av sakskomplekset vanligvis føre til at det ene alternativet likevel vil fremstå som mer sannsynlig enn det andre. Og skulle dommeren likevel fortsatt være i villrede, fikk han etter Eckhoffs oppfatning (TfR 1949 s. 304) rett og slett se til å bestemme seg – og ikke som Buridans esel sulte i hjel mellom to like fristende høydotter.

## 2. Hensyn som kan tale for å fravike overvektsprinsippet

Overvektsprinsippet er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt.  
Undertiden må en kreve mer enn bare sannsynlighetsovervekt.

### a. Konsekvensene av en uriktig dom

Lovgrunnen for hovedregelen om bevisbyrde i straffesaker – at tiltalte bare kan dømmes hvis det foreligger en ganske høy grad av sannsynlighet – skyldes at skal en først ta feil, så er det mye bedre at feilen går ut på at tiltalte frifinnes, enda han er skyldig, enn at han dømmes, enda han er uskyldig. Men også i sivile saker kan det være slik at feil i én retning er mye verre enn feil i annen retning. Illustrerende er "Adopsjonsdommen" i Rt. 1939 s. 365 (Referert i Rettgang I s. 266).

Det ser ut til å være en ganske utbredt oppfatning at kjensgjerninger som på en eller annen måte stiller en part i et uheldig lys – f.eks. at han har utvist uaktsomhet, opptrådt uredelig o.l. – bare kan legges til grunn hvis det foreligger en markert sannsynlighetsovervekt. Denne oppfatningen kommer bl.a. til uttrykk ved begrepet «omvendt bevisbyrde», som ofte brukes som betegnelse på lovregler som bare fritar en erstatningsansvarlig part for erstatning hvis det foreligger en markert sannsynlighetsovervekt for at han ikke har utvist skyld. Regler med slikt innhold har vi bl.a. i bofl. § 35 (3), tomtefestel. §§ 22 og 27 og agentl. § 8.68

At en bare kan legge til grunn at det foreligger uaktsomhet der det foreligger en kvalifisert sannsynlighetsovervekt for dette, kan en se som en særlig variant av at konsekvensene av en uriktig dom i én retning er verre enn en uriktig dom i motsatt retning. Jo større grad av forsømmelighet en dom vil tillegge en part, jo høyere bør en stille kravet til sannsynlighet.

Vi har en nokså klar rettspraksis for at det kreves en forholdsvis høy grad av sannsynlighet før en kan legge til grunn at det foreligger sterkt kritikkverdige forhold, se f.eks. Rt. 1985 s. 211, Rt. 1995 s. 1641 og Rt. 1990 s. 688. Det samme ble lagt til grunn i Rt. Rt. 1996 s. 864 (Ringvolddommen) og Rt. 1999 s. 1363 (Karmøydommen). (De to siste dommene ble av EMD ansett for å være i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6, men det var fordi en part ble ilagt erstatning til tross for at han var frifunnet for straffekravet. Uten hensyn til dette viser avgjørelsene at det kreves en meget høy grad av sannsynlighet for å legge til grunn kjensgjerninger som anses som særlig moralsk belastende.

### b. Atferdsregulering

Et annet hensyn som av og til anføres for å legge bevisbyrden på en part – altså for å kreve en høy sannsynlighetsgrad for å kunne legge til grunn en bestemt kjensgjerning som taler i hans favør – er at en derved kan påvirke folks atferd på en eller annen måte

Denne tankegangen har særlig dukket opp i to varianter.

For det første har det vært hevdet at den part som har best sjanse til å sikre seg bevis for noe, bør ha bevisbyrden for det han har latt være å skaffe seg bevis for. En har forestilt seg at en slik regel vil påvirke

folk til å sikre seg bevis når de har sjansen til det. Et slikt synspunkt ble gjort gjeldende i i Rt. 1964 s. 132 (Flyskidommen), Rt. 1990 s. 688 og i Rt. 1976 s. 239. (r269referert i Rettergang I s.

For det andre har det vært hevdet at en ved å legge bevisbyrden på den som på en eller annen måte kan bebreides, kan påvirke hans og andres fremtidige atferd på andre måter. Men å tro at en kan påvirke folks atferd ved å flytte beviskravet litt rundt 50 %-punktet, innebærer sannsynligvis en overvurdering av bevisbyrdereglenes betydning. Når folk ber om kvittering, er det ikke bevisbyrdereglene de har i tankene – men de vil sikre seg mot å betale to ganger. Bevisbyrdereglene vil jevnlig over ikke ha noen innflytelse på måter folk oppfører seg på, fordi folk ikke vet hva de går ut på. Derimot kan det at en i tvilssituasjoner velger en løsning som går ut over den som på en eller annen måte burde ha handlet annerledes, være rimelig ut fra andre hensyn. Er det tvil om hvorvidt gjeld er betalt eller ikke, vil muligens en avgjørelse i disfavør av den som ikke har sikret seg kvittering, rent psykologisk være lettere å akseptere for den som taper.

#### c. Ensartet løsning av tvilsspørsmål

Det er videre mulig at en ved å flytte beviskravet fra 50 %-punktet til et høyere eller lavere punkt på sannsynlighetsskalaen, kan oppnå at bestemte tvilsspørsmål blir løst på samme måte. Men for at en skal kunne oppnå noe slikt, må en forestille seg at det finnes bestemte sakstyper, hvor 50/50-tilfelle inntrer forholdsvis ofte, mens f.eks. 30/70 situasjonene er sjeldne.

Dette har i alle fall undertiden vært fremført som argument. Men egentlig tror jeg dette er nokså spekulativt. Det er ikke lett å finne saksområder hvor det er realistisk å anta at 50/50 situasjonene virkelig opptrer hyppigere enn f.eks. 30/70 situasjonene

#### d. Nyansering av den materielle retten

Ved å flytte beviskravet kan en også nyansere den materielle retten.

Flere steder i kontraktslovgivningen møter vi regler som gjør erstatningsplikt avhengig av bestemte vilkår, men hvor misligholderen også må tilveiebringe en høyere sannsynlighetsgrad enn 50 % for at vilkårene ikke er til stede. Et eksempel er reglene om kontrollansvar i kontraktslovgivningen. Etter kjl. § 27 er en selger bare ansvarsfri for forsinkelse som ligger utenfor hans kontroll. Allerede dette innebærer et strengt ansvar for selgeren. Men for å slippe erstatningsplikt må han også godtgjøre – det vil si bringe til veie en kvalifisert sannsynlighetsovervekt for – at forsinkelsen skyldes forhold som ligger utenfor hans kontroll. Dermed legges lista for ansvarsfrihet enda høyere. Et eksempel har vi i Rt. 2001 s. 1062 (Nucleusdommen - avsagt etter at Rettergang I kom ut). En anbylder hevdet at det var begått feil ved anbudskonkuransen, og at han skulle ha vært tildelt anbuddet dersom alt hadde gått riktig for seg. Høyesterett gjorde gjeldende at reglene om anbud var spesielle, og reglene om erstatning på grunn av feil måtte utformes med elementer både fra reglene om erstatning i kontraktsforhold

og reglene om erstatning utenfor kontraktsforhold. Det ble bl.a. fremhevet at det måtte være et visst spillerom for feil ved vurdering av anbud. Dette innebar også at en bare burde kunne kreve erstatning dersom det forelå ”klar sannsynlighetsovervekt” for at en ville fått anbuddet dersom feilen ikke var blitt begått. Et annet eksempel på at bevisbyrdereglene brukes til å nyansere den materielle retten, har vi i de regler som ofte omtales som regler om «omvendt bevisbyrde». Dette er en betegnelse som brukes der ansvar i kontraktsforhold er avhengig av skyld, men hvor den som har begått kontraktsbrudd, må «godtgjøre» e.l. at han ikke har utvist skyld. I så fall skjer det en skjerpning av ansvaret i retning av objektivt ansvar. Betegnelsen «omvendt bevisbyrde» bygger på at regelen ellers er den motsatte – det vil si at en ellers bare vil få medhold i at det foreligger skyld hvis det foreligger en kvalifisert sannsynlighet for dette.

Regler av denne typen er ganske vanlig i kontraktslovgivningen. Slike regler har vi f.eks. i hvtjl. § 28 (3), bofl. § 35 (3), agentl. § 8 (1), tomtefestel. §§ 22 og 27 og sjøl. §§ 275 og 278. Et eksempel på bruk av bevisbyrderegler for å nyansere den materielle retten, har vi også i kkl. § 100 (3).

Jo Hov