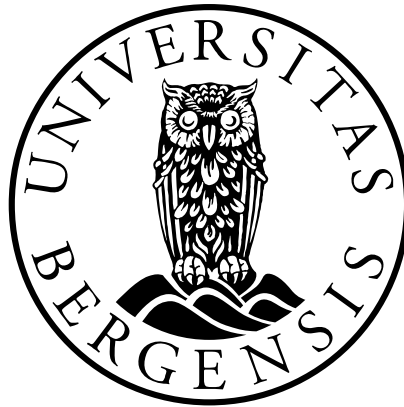


Beviskrav i avskjedssaker

Kandidatnummer: 212

Antall ord: 13 918



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[01.06.2015]

Innholdsfortegnelse

KAPITTEL 1: INNLEDNING	1
1.1 Problemstilling og aktualitet	1
1.2 Begrepsbruk	2
1.2.1 Beviskrav, bevisbyrde og bevistema	2
1.3 Rettskildesituasjonen	3
KAPITTEL 2: HOVEDREGLENE OM BEVISKRAV I NORSK RETT	7
2.1 Innledning	7
2.2 Rettskildebildet	7
2.3 Hvorfor stilles det krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt?	9
2.4 Kvalifisert sannsynlighetsovervekt	11
KAPITTEL 3: HVILKET BEVISKRAV GJELDER I AVSKJEDSSAKER?	13
3.1 Innledning	13
3.2 Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2014 s. 1161	15
3.2.1 Sakens faktum.....	15
3.2.2 Høyesteretts vurdering.....	16
3.3 Hva ligger i vilkåret om at det må foreligge faktiske omstendigheter som er særlig belastende for en part?	17
3.3.1 Innledning	17
3.3.2 Hva har Høyesterett sagt om terskelen i andre sivile saker der beviskravet har blitt skjerpet?	18
3.3.3 Kan det oppstilles en norm for når beskyldningens karakter medfører et skjerpet beviskrav?	22
3.4 Kan beviskravet skjerpes til tross for at faktum i seg selv ikke er tilstrekkelig belastende?.....	24
3.4.1 Innledning	24
3.4.2 Kan konsekvensene av en avskjed for arbeidstaker begrunne et skjerpet beviskrav?.....	26
3.5 Har Høyesterett med Rt. 2014 s. 1161 fastslått beviskravet i avskjedssaker generelt der faktum er sterkt belastende?.....	30
3.6 Alminnelig sannsynlighetsovervekt til tross for belastende faktum?	32
3.6.1 Tilfeller der hensynet til tredjeperson gjør seg gjeldende	32
3.6.2 Kan bevissikringshensynet begrunne anvendelse av det alminnelige beviskravet?	34
3.7 Kan det etter omstendighetene gjelde et ytterligere skjerpet beviskrav?.....	36
3.8 Avslutning.....	37
LITTERATURLISTE.....	39

KAPITTEL 1: INNLEDNING

1.1 Problemstilling og aktualitet

Avskjed er den mest alvorlige reaksjonsformen arbeidsgiver kan bruke mot en arbeidstaker som misligholder sine forpliktelser. Dersom en arbeidstaker blir avskjediget, innebærer dette at han/hun står uten arbeid og mister sitt livsgrunnlag på dagen. Nettopp fordi avskjed er en så alvorlig reaksjon, er terskelen for avskjed høy. Konsekvensen av avskjed, sammenholdt med at det kun er alvorlige pliktbrudd og annet vesentlig mislighold fra arbeidstakers side som gir grunnlag for avskjed, gjør at det stadig oppstår tvister om avskjedens rettmessighet. Uenigheten knytter seg ofte til faktum, og det er arbeidsgiver som i hovedsak må fremlegge bevis for de faktiske forholdene som danner grunnlag for avskjeden.¹ Hvilket beviskrav som legges til grunn kan dermed bli avgjørende for sakens utfall. Den gjennomgående oppfatningen i juridisk teori og underrettspraksis har vært at det gjelder et skjerpet beviskrav i avskjedssaker der det er spørsmål om å legge til grunn et for arbeidstaker belastende faktum.² Spørsmålet har imidlertid lenge savnet en bredere avklaring i Høyesterett.

Den 3. desember 2014 avsa Høyesterett en dom der spørsmålet ble satt på spissen, se Rt. 2014 s. 1161. Saken gjaldt en arbeidstaker som var avskjediget grunnet mistanke om at han urettmessig hadde tilegnet seg kontanter fra arbeidsgiver. Høyesterett konkluderte med at det måtte kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å anse arbeidsgivers påstand som bevist. Dette var fordi rettens konstatering av at vilkåret for avskjed var oppfylt ville være sterkt belastende for arbeidstaker. Avgjørelsen innebærer en bekreftelse av synspunktet som er blitt lagt til grunn i hovedvekten av juridisk teori og underrettspraksis. På tross av dette er det fremdeles flere spørsmål som savner en avklaring. Det er uklart hvorvidt dommen fastlegger et beviskrav i avskjedssaker generelt, eller om avgjørelsen må forstås på bakgrunn av faktum i saken. Dersom dommen oppstiller en generell regel om skjerpet beviskrav i avskjedssaker, vil det være interessant å undersøke om det er rom for unntak, hva unntakene eventuelt kan gå ut

¹ Se f.eks HR-2001-956

² Se som eksempel LB-2001-01114, LE-2013-189982, LB-2008-013510 og LB-2013-207759 og Jakhelln 2006 s. 477 og Fanebust 2001 s. 307 flg.

på og i hvilke tilfeller det kan være relevant å gjøre unntak. Dersom dommen ikke oppstiller en slik generell regel, er spørsmålet om det allikevel er mulig å oppstille en presis norm for når det skjerpede beviskravet kommer til anvendelse.

Oppgaven tar sikte på å klarlegge hvilket beviskrav som gjelder i avskjedssaker i dag, og i dette arbeidet står høyesterettsavgjørelsen sentralt. Oppgavens tema reiser særlig to overordnede problemstillinger. Den første problemstillingen tar for seg hva som ligger i vilkåret om at det må foreligge faktiske omstendigheter som er særlig belastende for en part. Herunder vil jeg undersøke hvilke hensyn som eventuelt kan begrunne unntak fra regelen om at beviskravet skjerpes ved særlig belastende faktum. Den andre problemstillingen tar for seg spørsmålet om Høyesterett med avgjørelsen i Rt. 2014 s. 1161 har fastlagt beviskravet i avskjedssaker generelt. Temaet for oppgaven er bevis for grunnlaget for avskjed og ikke bevis for eventuelle virkninger av at avskjeden var uberettiget. Med "avskjed" siktes det til handlinger fra arbeidsgivers side som tar sikte på å heve arbeidsavtalen med umiddelbar virkning for arbeidstaker. Jeg anvender begrepet slik det brukes i lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62. § 15-14. Av plasshensyn har jeg også avgrenset mot beviskrav ved oppsigelse, samt regler om avskjed etter forvaltningsloven og tjenestemannsloven.

1.2 Begrepsbruk

1.2.1 Beviskrav, bevisbyrde og bevistema

Med "beviskrav" menes det hvor sterkt et påstått faktum må være bevist for at en dommer kan legge det til grunn i en sak. Strandberg definerer beviskrav som en "*betingelse for at en faktumpåstand skal legges til grunn som faktum i en dom.*"³ Det er uenighet blant norske teoretikere om hvor mange forskjellige beviskrav det er hensiktsmessig å oppstille. Skoghøy mener det er behov for seks grader av sannsynlighet ved bevisvurderingen; mulig, sannsynlig, godtgjort, klar overvekt, åpenbart og sikkert.⁴ Ett alternativ er å operere med tre hovedformer

³ Strandberg 2012 s. 17

⁴ Skoghøy 2014 s. 876

av beviskrav, slik Graver gjør.⁵ Da begrenses de ulike beviskravene til alminnelig sannsynlighetsovervekt, kvalifisert sannsynlighetsovervekt og det strafferettslige beviskravet bevist utover enhver rimelig tvil. Grunnen til at en slik oppdeling er hensiktsmessig, er at beviskravet kvalifisert sannsynlighetsovervekt har et ubestemt innhold, som gjerne kan variere fra sak til sak, jf. Rt. 2005 s. 1322 (dommens avsnitt 28). Jeg kommer nærmere inn på hva som ligger i de ulike beviskravene i punkt 2.1.2.

Begrepet "bevisbyrde" benyttes i noe forskjellig betydning, ofte synonymt med beviskrav.⁶ I denne oppgaven er imidlertid bevisbyrdeproblematikken ikke så viktig ettersom det uansett er arbeidsgiver som har bevisbyrden i de aller fleste saker. I denne oppgaven benyttes begrepet for å beskrive hvem av partene som må fremlegge tilstrekkelig bevis for et bestemt faktum for å få medhold.

Med "bevistema" menes det faktum som skal bevises i den enkelte sak. Summen av alle bevistema er alt som skal bevises i den enkelte sak.⁷ I en avskjedssak vil det sentrale bevistemaet ofte være om arbeidstakeren har begått den/de handling(er) som er grunnlag for avskjeden.

1.3 Rettskildesituasjonen

Det finnes lite rettskilder som grundig behandler spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder i avskjedssaker. Det finnes kun én høyesterettsdom, og verken regler i lov eller forarbeider tar stilling til spørsmålet. Juridisk teori har i hovedsak behandlet problemstillingen overfladisk. Det finnes en del underrettspraksis, men avgjørelsene er for det meste konkret begrunnet, og tar i liten grad stilling til mer prinsipielle spørsmål. Høyesterettsdommen er uansett i dag den klart viktigste rettskilden. For å kunne avklare rekkevidden av Høyesteretts uttalelser hva gjelder beviskrav i avskjedssaker og hvilken betydning dommen har for rettstilstanden, forutsetter det at man har kjennskap til den norske prejudikatslæren. Jeg vil derfor presentere

⁵ Graver 2004 s. 467

⁶ NOU 2001:32 s. 459 og Hov 2010 s. 804

⁷ Strandberg 2012 s. 411

hovedtrekkene i den norske prejudikatslæren og deretter kort gjennomgå bruk av reelle hensyn ved tolkning av høyesterettsdommer.

En naturlig følge av at Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grunnloven § 88, er at Høyesteretts avgjørelser fungerer som modell for de underordnede domstolene.

Hvis ikke de underordnede domstolene tar Høyesterett sine avgjørelser til etterretning, vil avgjørelsen ikke stå seg dersom en eventuell anke slipper inn for Høyesterett.⁸ Den vanlige oppfatningen blant norske jurister er at Høyesteretts prejudikater er så godt som bindende for alle andre enn Høyesterett selv. En klar indikasjon på dette er at det finnes svært få eksempler på at en underordnet domstol eller et forvaltningsorgan fraviker en høyesterettsdom.⁹ Det vanlige er at de lavere domstolene holder fast ved den gamle oppfatningen og overlater til Høyesterett å endre kurs, til tross for at det foreligger både lovtekst, forarbeid og formålsbetraktninger som trekker i annen retning.¹⁰

En fordel med prejudikater er at de til en viss grad eliminerer den usikkerhet og mangel på forutsigbarhet som ofte råder der rettskildebildet ikke er entydig. At Høyesterett selv holder sterkt fast ved sin egen praksis, bidrar til å forsterke forutberegneligheten ytterligere. Også Høyesterett kan imidlertid fravike sine tidligere prejudikater til tross for at forutsigbarhetshensyn og rasjonalitetshensyn trekker i motsatt retning. At Høyesterett kan fravike sine prejudikater er viktig for å hindre at rettsutviklingen stanser opp. Typiske hensyn som taler mot å legge vekt på et prejudikat er svakheter i prejudikatet selv, eller at det har skjedd endringer i rettskildebildet i mellomtiden.¹¹ En slik fravikelse kan skje enten ved at Høyesterett direkte fraviker prejudikatet, at Høyesterett tolker prejudikatet så snevert at det ikke er tale om noen direkte fravikelse, eller det kan være at kursendringen skjer så gradvis at det vanskelig kan påpekes noe klart brudd med den tidligere oppfatningen.¹²

⁸ Eckhoff 2001 s. 155

⁹ Eckhoff 2001 s. 160

¹⁰ Eckhoff 2001 s. 161

¹¹ Fleischer 1998 s. 183-184

¹² Eckhoff 2001 s. 161

Selv om en Høyesterettsdom er klar hva gjelder konklusjonen og begrunnelsen for denne, er det ikke dermed sagt at anvendelsen og tolkningen av dommen er tilsvarende klar. I praksis er det å fastslå rekkevidden av en dom en av de sentrale utfordringene i prejudikatslæren. Mens fravik fra høyesterettsdommer skjer sjelden, stilles det derimot ofte spørsmål ved tidligere høyesterettsdommers relevans for den foreliggende saken. Dette skyldes blant annet at tolkning av høyesterettsdommer kan være utfordrende. En høyesterettsdom er ofte konkret begrunnet i sakens forhold, og det kan være usikkert om uttalelsene er ment å ha en rekkevidde utover den bestemte saken. En dom er først og fremst en avgjørelse av en konkret rettstvist mellom to eller flere bestemte parter, og dommen er rettskraftig bare mellom disse to partene, jf. tvl. § 19-15 (1). Premissene og avveiningene i et prejudikat blir hovedsakelig brukt som argumentasjonsmateriale i senere saker, eller for å fastslå hva som er gjeldende rett. Utfordringen for rettsanvenderen er å klarlegge hvilke deler av dommen man bør ta hensyn til når den fremtidige rettsstilstanden skal klarlegges.¹³

Det finnes ulike fremgangsmåter når en skal tolke en dom med sikte på å klarlegge dens rekkevidde. Fleischer fremhever fire ulike fremgangsmåter.¹⁴ Den første er anført ratio decidendi – altså den begrunnelse retten selv har anført som begrunnelse for sitt resultat. Konstruert ratio decidendi forekommer der man konstruerer den begrunnelse som burde vært gitt for den konklusjonen man kom til, men som ikke har vært anført i dommen. En tredje fremgangsmåte er å sammenlikne det faktum som ga grunnlag for prejudikatet med tilfellet en nå har fremfor seg. Jo likere faktum er på relevante punkter i de to sakene, dess sterkere argument er dette for å følge prejudikatet. I enkelte dommer kommer Høyesterett også med uttalelser som ikke er av betydning for domsresultatet – et obiter dictum. Slike uttalelser er ofte ikke like gjennomtenkte som ratio decidendi, og en skal derfor være varsom med å tillegge dem for stor vekt. Uttalelsene kan imidlertid gi et signal om hvilket standpunkt Høyesterett akter å innta i eventuelle senere saker.

Fordi det finnes lite kilder om oppgavens problemstilling, har reelle hensyn vært en sentral rettskildefaktor i arbeidet med å klarlegge hvilket beviskrav som gjelder i avskjedssaker. Det er generelt akseptert at reelle hensyn kan spille en mer sentral rolle på rettsområder der det

¹³ Fleischer 1998 s. 187-189

¹⁴ Fleischer 1995 s. 171-172

finnes lite andre rettskilder.¹⁵ Reelle hensyn defineres av Eckhoff som mer skjønnspregede vurderinger av resultatets godhet.¹⁶ Ved tolkning av en Høyesterettsdom gjør reelle hensyn seg gjeldende på flere ulike måter.

Et første eksempel er der reelle hensyn blir brukt som tolkningsfaktor der dommen er uklar fordi man må gå ut fra at Høyesterett har akseptert de samme hensyn som relevante. Er det ikke mulig å lese direkte ut av domspremissene hvilken av to mulige regler Høyesterett la til grunn, velger man den regel som man antar vil føre til et rimelig resultat i flest tilfeller. For det andre finnes det tilfeller der dommen ikke kan tolkes i én bestemt retning, slik at den ikke kan sies å gi svaret på det spørsmålet en selv er opptatt av. I slike tilfeller kan reelle hensyn være selvstendige rettslige argumenter for å utfylle den regel som er oppstilt i dommen. For det tredje kan reelle hensyn i seg selv være relevante argumenter ved løsning av en konkret rettstvist. Typiske hensyn med utpregede juridiske trekk er rettssikkerhetshensyn, forutsigbarhetshensyn og ønsket om et konsekvent og harmonisk regelverk.¹⁷ Hvilken vekt reelle hensyn vil ha ved avgjørelsen av et rettsspørsmål avhenger ifølge Eckhoff av resultatets godhet. Dette kan både dreie seg om at man har kommet frem til en generelt retts teknisk og innholdsmessig god regel, og om regelen anvendt på det konkrete spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til gir et godt resultat.¹⁸ Høyesterett uttaler sjelden eksplisitt at de har vektlagt rimelighetsbetraktninger ved avgjørelsen av en sak. Likevel er det nok slik at de fleste dommere ved tvil vil falle ned på den løsning som i den konkrete saken gir det mest rimelige resultatet.

Bruk av reelle hensyn i en sak om beviskrav vil ofte dreie seg om hensyn som allerede er etablert i den mer generelle beviskravslæren. Det vil si de hovedreglene og unntakene som allerede er etablert i tidligere norsk praksis og teori, og de hensyn som begrunner disse reglene. For å tolke og forstå Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2014 s. 1161 er det derfor sentralt å gå inn i disse reglene og hensynene. Reelle hensyn i denne konteksten blir dermed ikke helt åpne rimelighetsvurderinger slik Eckhoff skriver om, men det er heller tale om å trekke

¹⁵ Eckhoff 2001 s. 379-382

¹⁶ Eckhoff 2001 s. 366 og s. 371

¹⁷ Eckhoff 2001 s. 395-396

¹⁸ Eckhoff 2001 s. 371.

paralleller og sammenligne med hva Høyesterett har gjort i andre sammenhenger. En avgjørelse vil stå langt sterkere dersom avgjørelsens konklusjon kan forenes med det Høyesterett har gjort i lignende saker. Tilsvarende kan løsningen svekkes dersom den disharmonerer med annen høyesterettspraksis. I arbeidet med å klarlegge hvilket beviskrav som gjelder i avskjedssaker i dag, vil jeg derfor se hen til både hovedreglene om beviskrav i norsk sivilprosess og annen høyesterettspraksis på sivilprosessens område der beviskravet har blitt skjerpet. Kunnskap om hovedregelen om beviskrav i sivilprosessen og grunnlaget for denne er nødvendig blant annet for å forstå hvorfor det eventuelt kan gjøres unntak fra hovedregelen i form av et skjerpet beviskrav.

KAPITTEL 2: HOVEDREGLENE OM BEVISKRAV I NORSK RETT

2.1 Innledning

Den norske prosessordningen bygger på fri bevisføring og fri bevisbedømmelse, noe som kommer til uttrykk i tvisteloven §§ 21-3 første ledd (fri bevisføring) og 21-2 første ledd sammen med 11-2 andre ledd tredje punktum (fri bevisbedømmelse). Prinsippet innebærer at det beror på hvert enkelt bevismiddels overbevisningskraft hvilket saksforhold retten legger til grunn, og hvert bevismiddel er i utgangspunktet likestilt med de øvrige bevismidler.¹⁹ Selve beviskravet er derimot ikke omfattet av prinsippet om fri bevisvurdering. Tvert imot er beviskravet er styrt av rettsregler som dommeren er bundet av.²⁰

2.2 Rettskildebildet

I norsk rett finnes det ingen generell lovregulering av beviskrav, men innholdet i det sivilrettslige beviskravet er utpenslet gjennom rettspraksis og teori.²¹ Av rettspraksis er Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II) den mest sentrale dommen på området. Dommen inneholder en bred drøftelse av bevisbedømmelsen vedrørende årsakssammenheng i en erstatningssak, og blir av flere teoretikere oppfattet som et generelt gjennombrudd for det som er hovedregelen i

¹⁹ Hov Rettergang 2010 s. 1133 og Robberstad 2012 s. 257

²⁰ Eckhoff 1943 s. 14

²¹ Løvlie 2009 s. 167

norsk sivilprosess i dag. I dommen blir regelen formulert slik av førstvoterende; "[...]dersom skaden kan være forårsaket av bare én av flere mulige - men hver for seg uavhengige - årsaksfaktorer, må p-pillen være mer sannsynlig som årsak til trombosen enn de øvrige alternativer samlet." Denne formuleringen, i ulike varianter, har siden blitt en gjenganger i både praksis og teori, og regelen som det her gis uttrykk for kalles gjerne overvektsprinsippet.²²

I tvistelovens forarbeider ble det drøftet om det skulle angis retningslinjer for beviskrav, men det ble konkludert med at dette ikke ville være hensiktsmessig av hensyn til alle de ulike grunner som kan anføres enten til støtte for eller mot et skjerpet beviskrav.²³ Det ble vist til at den utvilsomme hovedregel er alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at både de materielle regler som skal anvendes og generelle prinsipper for bevisbedømmelse i den enkelte sak kan gi anvisning på noe annet. Uttalelsen i Rt. 2008 s. 1409 illustrerer dette synspunktet på en god måte. I avsnitt 41 uttalte førstvoterende: "Det at man i sivile saker legger til grunn det faktum som er mest sannsynlig, danner bare et utgangspunkt, og dette prinsippet kan ikke strekkes lenger enn begrunnelsen rekker." Underforstått sier førstvoterende at dersom det foreligger tilstrekkelig tungtveiende hensyn, vil beviskravet kunne skjerpes.

Å operere med ett beviskrav som normalkrav innenfor sivilprosessens område er ikke noe som er særegent for norsk rett. Både i England, USA og andre land innenfor common law-tradisjonen anvendes overvektsprinsippet som normalkrav.²⁴ Også i Sverige og Tyskland opererer man med normalkrav og unntak. Normalkravene i disse landene er imidlertid mye strengere enn normalkravet i Norge.²⁵ I dansk rett opererer man derimot med et beviskrav som varierer sterkt mellom ulike bevistema.²⁶

²² Se Skoghøy 2014 s. 874 og Hov Rettergang 2010 s. 1150

²³ NOU 2001: 32 s. 459-460

²⁴ Strandberg 2012 s. 463

²⁵ Strandberg 2012 s. 113 og s. 121.

²⁶ Strandberg 2012 s. 97-100

2.3 Hvorfor stilles det krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt?

Den offisielle begrunnelsen teoretikere anfører til støtte for overvektsprinsippet som hovedregel i norsk rett, er todelt. Den ene delen av begrunnelsen er at overvektsprinsippet anses for å gi flest riktige dommer.²⁷ Eckhoff skriver: "*Under ellers like vilkår, vil en oftest treffe det rette, ved alltid å legge til grunn den oppfatning av faktum som er mest sannsynlig.*"²⁸ Eckhoff erkjenner at sannsynlighetsgrunnsetningen, som han kaller den, ikke vil løse bevisspørsmålet i tilfeller der to faktiske anførsler er akkurat like sannsynlige. Han mener imidlertid at dette ikke vil by på problemer i og med at en slik bevissituasjon uansett oppstår ytterst sjelden.

En overbevisning om at overvektsprinsippet fører til flest materielt riktige dommer harmonerer med den bayesianske beviskravslære, som er den læren norsk beviskravslære tilhører.²⁹ Bayesiansk beviskravslære etterstreber nyttemaksimering, noe som i sin tur innebærer at beviskravet skal maksimere forventet nytte. Strandberg forklarer at forventet nytte bestemmes av forholdet mellom ulempen ved materielt feil dom i retning av saksøker og ulempen ved materielt feil dom i retning av saksøkte. Ettersom ulempen ved en materielt feil dom i retning av saksøker er omtrent lik ulempen ved en materielt feil dom i retning saksøkte i sivile saker, synes derfor overvektsprinsippet best å tilfredsstille målet om nyttemaksimering. Dette i motsetning til strafferetten, hvor ulempen ved en materielt feil dom i retning tiltalte anses som langt verre enn en materielt feil dom i retning påtalemyndigheten. Skoghøy forklarer forskjellen i beviskravene på strafferettens område og på sivilprosessens område slik: "*Mens det i straffesaker ikke er noen som blir skadelidende om tiltalte blir frifunnet, er partenes interesser i sivile saker vanligvis likeartede og kontrære. Blir saksøkte frifunnet, vil det normalt ramme saksøkeren tilsvarende.*"³⁰ I en straffesak er det staten som er påtalemyndighet, og spørsmålet om for eksempel erstatning til skadelidte avgjøres ikke i en straffesak, men i en separat sivil sak. I straffesaken har skadelidte dermed ingen direkte interesse i å få tiltalte dømt utover et eventuelt behov for hevn. Den vanlige oppfatningen

²⁷ Se Eckhoff 1943 s. 64, førstvoterendes uttalelser i Rt. 1999 s.64 og Skoghøy 2014 s. 877

²⁸ Eckhoff 1943 s. 64-65

²⁹ Strandberg 2012 s. 415 flg.

³⁰ Skoghøy 2014 s. 877

blant teoretikere er at konsekvensen av det strenge beviskravet på strafferettens område er at en får langt flere uriktige dommer.³¹ Det foreligger imidlertid en bred aksept av denne konsekvensen i norsk rett, gjerne under henvisning til det synspunkt at det er bedre å frifinne ti skyldige enn at én uskyldig blir dømt. At konsekvensene av en uriktig dom er langt verre for tiltalte enn for påtalemyndigheten er med andre ord det som særlig begrunner det skjerpede beviskravet.

Den andre delen av hovedbegrunnelsen til støtte for overvektsprinsippet, er at overvektsprinsippet fører til likhet mellom partene. Dette kan skje på ulike måter. Enten i form av konsekvenslikhet ved at en gal dom i begge retninger er like ille for begge parter, i form av sjanselikhet, ved at begge parter har like stor mulighet til å vinne saken, eller i form av prestasjonslikhet, der overvektsprinsippet stiller tilnærmet like store krav til begge parter bevisprestasjoner.³² I de tilfeller partene tvistes om eiendomsrett, gjenstander, rettigheter og forpliktelser av privat eller offentligrettslig karakter, vil utfallet av en rettssak medføre gevinst for den ene parten og et tilsvarende tap for den andre parten, jf. Rt. 1999 s. 14 (dommens side 23).

Synspunktet om at overvektsprinsippet fører til flest materielt riktige dommer er blitt kritisert av flere forfattere.³³ Strandberg viser til at synspunktet har en sterk intuitiv appell – det er lett å tro at overvektsprinsippet over tid fører til flest riktige dommer. Påstanden om at overvektsprinsippet gir flest riktige dommer legger nemlig til grunn en rekke forutsetninger det er vanskelig å stille spørsmål ved, for eksempel at bevissituasjonen stort sett er sannhetsindikerende, at dommere gjennomgående gjør rasjonelle vurderinger av bevissituasjonen, og at den påstand som dommeren tror på også er den påstand som er sann. Strandberg mener at dette sannsynligvis er grunnen til at prinsippet har overlevd såpass lenge i norsk rett.³⁴ I avhandlingen sin påpeker Strandberg flere svakheter i synspunktet at overvektsprinsippet gir flest materielt riktige dommer over tid.³⁵ Jerkø konkluderer imidlertid,

³¹ Tønnessen/Selman 2013 s. 275

³² Strandberg 2012 s. 494 flg.

³³ Blant annet Robberstad 2012 s. 269-270, og Strandberg 2012 kapittel 8

³⁴ Strandberg 2012 s. 472

³⁵ Strandberg 2012 kapittel 8

etter en lengre drøftelse, med at vi har god grunn til å tro at overvektsprinsippet gir flest riktige dommer.³⁶ At det i juridisk teori reises tvil om overvektsprinsippet gir flest materielt riktige dommer, kan bidra til å svekke vekten av overvektsprinsippet. Mer konkret kan dette innebære at terskelen for å gjøre unntak fra overvektsprinsippet er blitt lavere.

2.4 Kvalifisert sannsynlighetsovervekt

Det finnes enkelte lovfestede og ulovfestede unntak fra overvektsprinsippet på sivilrettens område. Det vil da ofte oppstilles et skjerpet beviskrav. Formuleringene for et skjerpet beviskrav varierer noe, men beviskravet uttrykkes ofte som et krav om "*klar*", "*sterk*" eller "*kvalifisert*" sannsynlighetsovervekt.³⁷ Det rettslige grunnlaget for strengere beviskrav kan følge av enten lovfestede regler eller rettspraksis. Ett eksempel på et lovfestet unntak fra overvektsprinsippet er militærnektekterloven § 1 første ledd, som regulerer vilkårene for fritak fra militærtjeneste av overbevisningsgrunner. Her er beviskravet tilsvarende det som gjelder i straffesaker. Et annet eksempel er voldsoffererstatningsloven § 3 fjerde ledd, som stiller krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Av bestemmelsen følger det at "*[v]oldsoffererstatning tilkjennes bare når det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at skadelidte har vært utsatt for en handling som nevnt i § 1.*" Dette gjelder imidlertid bare spørsmålet om det har funnet sted en straffbar handling. For andre bevisstema gjelder det ordinære beviskravet.³⁸ Etter yrkesskadeforsikringsloven § 11 andre ledd skal skade og sykdom som nevnt i § 11 første ledd bokstav b "*anses forårsaket i arbeid på arbeidsstedet i arbeidstiden, hvis ikke forsikringsgiveren kan bevise at dette åpenbart ikke er tilfellet.*" Beviskravet innebærer at en annen årsak må være overveiende sannsynlig før forsikringsgiverens ansvar bortfaller.³⁹ Jeg kommer tilbake til rettspraksis der det har blitt lagt til grunn et skjerpet beviskrav, særlig i punkt 3.3.

Hva som ligger i at et bestemt faktum må være bevist med kvalifisert sannsynlighetsovervekt, er det vanskelig å si noe helt presist om. Innholdet i begrepet kan forstås bedre dersom en

³⁶ Jerkø 2014 s. 239-251

³⁷ Se eksempelvis Rt. 1985 s. 211, Rt. 2007 s. 1851 og Rt. 2008 s. 1409

³⁸ Ot.prp. nr. 10 (2007–2008) s. 19–20

³⁹ Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) s. 90

først klarlegger hva som ligger i beviskravene alminnelig sannsynlighetsovervekt og det strafferettslige beviskravet som krever at faktum må være bevist utover enhver rimelig tvil.

Det strafferettslige beviskravet er ikke lovfestet, men det følger av sikker sedvanerett at det kreves at et faktum er bevist utover enhver rimelig tvil for å legge det til grunn.⁴⁰ Dette innebærer at dersom det foreligger rimelig tvil om det påståtte faktum, kan tiltalte ikke straffes. Dersom det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for at et faktum skal anses bevist, må "*sannsynligheten for det rettsstiftende eller rettsendrende alternativ [...] være høyere enn summen av sannsynligheten for de øvrige alternativene.*"⁴¹ Angitt i prosent sier en gjerne at det påståtte faktum må være minimum 51 % sannsynlig for å kunne legges til grunn.⁴² Flere teoretikere er skeptiske til slik prosentangivelse.⁴³ Jerkø legger derimot til grunn i sin avhandling at en tallfesting av beviskravet vil gjøre beviskravet mer presist og at det lettere lar seg analysere.⁴⁴

Beviskravet kvalifisert sannsynlighetsovervekt ligger et sted mellom det alminnelige sivilrettslige beviskravet og det strafferettslige beviskravet i strenghet. Beviskravet har ingen fast terskel, men vil kunne variere noe, jf. Rt. 2005 s. 1322 (dommens avsnitt 28). Domstolene kvantifiserer ikke sannsynlighetskravet og de presiserer heller ikke beviskravet på andre måter enn gjennom bestemte uttrykk som "*klar*" eller "*kvalifisert*" sannsynlighetsovervekt. Enkelte forfattere har forsøkt å angi i prosent hvor sikker dommeren må være for at beviskravet er oppfylt.⁴⁵ Jeg er imidlertid enig med forfatterne som hevder at slike forsøk på prosentangivelse er lite hensiktsmessige.⁴⁶ Det er vanskelig å fastslå eksakt hvor overbevist man er om at en påstand er sann. Forsøk på å tallfeste hvor sikker man er vil derfor etter min

⁴⁰ Andenæs 2004 s. 102

⁴¹ Skoghøy 2014 s. 879

⁴² Jerkø 2014 s. 195

⁴³ Hov Rettergang 2010 s. 1066, Eckhoff 1943 s. 14 og Robberstad 2012 s. 263

⁴⁴ Jerkø 2014 s. 210-213

⁴⁵ Kjell V. Andorsen fremholdte i *Nytt i strafferetten* 1999/2 side 86 flg. at det må kreves en sannsynlighetsovervekt på "iallfall noe over 80 % ", mens Kjetil Krokeide i *Nytt i strafferetten* 1999/1 side 17 flg. fremholdt at kravet er "minst 70 % ". Jerkø 2014 s. 210 flg. argumenterer for et tallfestet sannsynlighetskrav.

⁴⁶ Hov Rettergang 2010 s. 1066, Eckhoff 1943 s. 14 og Robberstad 2012 s. 263

mening kunne fremstå kunstig. En annen sak er at prosentangivelse kan ha en viss pedagogisk effekt, slik som tilkjenning i RG-2006-269, (pengeskap).

KAPITTEL 3: HVILKET BEVISKRAV GJELDER I AVSKJEDSSAKER?

3.1 Innledning

Til nå har jeg kort gjennomgått beviskravet innen sivilprosessen generelt, og begrunnelsen for at det som hovedregel stilles krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt i sivile saker.

Fokuset i oppgavens neste del vil rettes mot beviskrav i avskjedssaker spesielt. Her vil høyesterettsdommen fra desember 2014, Rt. 2014 s. 1161, stå sentralt.

Som nevnt i punkt 2.2 finnes det ikke generelle lovregler om beviskrav i norsk rett. Heller ikke arbeidsmiljøloven har generelle bestemmelser om beviskrav, og arbeidsmiljølovens forarbeider drøfter ikke spørsmålet. Enkelte bestemmelser i arbeidsmiljøloven har imidlertid særlige regler om bevisbyrde og beviskrav. Dette gjelder for eksempel § 15-8 til § 15-10, som gir et sterkere oppsigelsesvern for sykmeldte arbeidstakere, gravide og arbeidstakere som avtjener militærtjeneste. Bestemmelsene innebærer at arbeidsgiver må sannsynliggjøre at oppsigelse i de såkalte verneperiodene skyldes andre forhold enn fraværet på grunn av graviditet, sykefravær og militærtjeneste. Videre må denne andre årsaken være "*overveiende sannsynlig*".

Ettersom arbeidsrettslige tvister er sivile saker, er utgangspunktet at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge et påstått faktum til grunn i en arbeidsrettslig tvist. Hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt gjelder i utgangspunktet også i saker der arbeidstakeren er avskjediget fordi han eller hun har begått en straffbar handling. Tvisten mellom arbeidstaker, A, og arbeidsgiver om avskjedens rettmessighet og tvisten mellom A og påtalemyndigheten, er to uavhengige saker, hvorav den ene er en sivil sak og den andre er en straffesak. Allikevel ble det i flere underrettsdommer, og i hovedtyngden av juridisk teori i tiden forut for Rt. 2014 s. 1161 lagt til grunn at det gjaldt et skjerpet beviskrav i saker der avskjeden bygde på et faktum som var sterkt belastende for arbeidstaker. Dette var særlig klart dersom arbeidstakeren hadde begått et alvorlig straffbart forhold. Den klare tendensen i lagmannsrettene i avskjedssakene er imidlertid at det generelt har blitt lagt til grunn et

skjerpet beviskrav hvor det er spørsmål om å legge til grunn et belastende faktum. Dette gjelder enten det er spørsmål om avskjed fordi arbeidstaker har begått et straffbart forhold eller ei.⁴⁷ Det har imidlertid ikke vært tale om å legge til grunn strafferettens beviskrav.

LG-2010-033542 gjaldt avskjed av en sjømann grunnet mistanke om at han ved flere anledninger hadde vært beruset i tjeneste som kaptein på båt. Om beviskravet ble det uttalt: *"ved avskjed i arbeidsforhold etter rettspraksis og teori skal [det] stilles strengere krav til bevisets styrke enn i tvistemål ellers. En avskjed er regelmessig begrunnet i forhold som er belastende og vanærende for arbeidstakeren. Begrunnelsen er at de forhold en avskjed baserer seg på som den klare hovedregel vil være belastende for arbeidstakeren[...]"*.

Uttalelsen viser at beskyldningens karakter stod sentralt ved fastleggelsen av beviskravet. I tillegg har det blitt lagt vekt på at en avskjed gjennomgående vil ramme arbeidstaker hardt. I LG-2005-92583 var spørsmålet om arbeidstakeren forsettlig hadde plassert en plastflaske inneholdende vann i en elektrolyseovn, med påfølgende eksplosjonsfare. Lagmannsretten fant det klart at det etter rettspraksis *"gjeld eit krav til klar sannsynlegovervekt i avskilssaker[...]"* og at *"[u]avhengig av den strafferettslege sida av saka, er[...]avskil ein så alvorleg reaksjon med såpass dramatiske konsekvensar for den det gjeld, at det må stillast relativt strenge provkrav."* (Mine uthevinger).

Jakhelln har fremhevet at en avskjed i tillegg til å ramme arbeidstaker hardt også gjennomgående vil måtte basere seg på et belastende faktum: *"Avskjed vil som regel ramme en arbeidstaker hardt og vil dessuten regelmessig innebære en sterk kritikk av arbeidstakerens handlemåte, som også kan være moralsk belastende.[...] Det må derfor være et riktig utgangspunkt at det kreves en kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at arbeidstakeren faktisk har gjort eller unnlatt det som er grunnlaget for avskjeden, likevel slik at det ikke kan stilles de samme strenge beviskrav som i strafferetten."*⁴⁸

De fleste forfatterne som skriver om beviskrav i arbeidsrettssaker henviser kun til Arne Fanebust og hans drøftelse i *Oppsigelse i arbeidsforhold* og slutter seg til ham. Fanebust

⁴⁷ Se som eksempel LB-2001-01114, LE-2013-189982, LB-2008-013510 og LB-2013-207759

⁴⁸ Jakhelln 2006 s. 477

drøfter imidlertid ikke spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder i avskjeds- og oppsigelsessaker inngående. Han nevner eksempelvis ikke hva som vil være konsekvensen av en uriktig dom i arbeidsgivers disfavør i de tilfellene der arbeidstaker har opptrådt klanderverdig overfor tredjepersoner.

I den andre utgaven av tidsskriftet *Arbeidsrett* i 2013 skrev advokatene Ingebjørg Tønnessen og Camilla Selman artikkelen "*Beviskravet i saker om avskjed og oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold*".⁴⁹ Dette er den første teoretiske drøftelsen som går mer i dybden av spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder og bør gjelde i arbeidsrettssaker.

Artikkelforfatterne argumenterer for at utgangspunktet om et skjerpet beviskrav ved tilstrekkelig graverende faktiske forhold som er lagt til grunn i den arbeidsrettslige teorien ikke kan legges til grunn som en ubetinget regel.⁵⁰ Deres syn er at i tilfeller der grunnlaget for avskjeden er handlinger begått overfor personer arbeidstakeren har i oppgave å gi omsorg eller ivareta sikkerheten til, må beviskravet være alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁵¹

Fordi det nå finnes én sentral Høyesterettsdom på området, er det naturlig å ta utgangspunkt i dommen ved fastleggelsen av beviskravet i avskjedssaker. Rt. 2014 s. 1161 avklarer rettstilstanden på mange områder. Det er imidlertid flere spørsmål som savner en avklaring. Som nevnt i innledningen er det særlig to problemstillinger jeg vil se nærmere på. I dette kapitlet har jeg til hensikt å avklare disse.

3.2 Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2014 s. 1161

3.2.1 Sakens faktum

Rt. 2014 s. 1161 gjaldt en arbeidstaker som var avskjediget etter arbeidsmiljøloven § 15-14, begrunnet med at han urettmessig hadde tilegnet seg arbeidsgivers kontanter. Arbeidstakeren, A, begynte å jobbe som reisekonsulent i reisebyrået X, 1. mai 2008. Hans hovedbeskjeftigelse var å selge flybilletter til privatkunder til marokkanske destinasjoner og en stor del av dette

⁴⁹ Tønnessen/Selman 2013 s. 274-290

⁵⁰ Tønnessen/Selman 2013 s. 286

⁵¹ Tønnessen/Selman 2013 s. 274-275

salget foregikk som kontantsalg. Den 30. september 2012 mottok A avskjedsbrev fra arbeidsgiver, begrunnet med at A hadde foretatt utstedelser/salg av flybilletter og deretter mottatt og urettmessig beholdt kontantbetaling på bekostning av selskapet. A gikk til søksmål mot selskapet med påstand om at avskjeden var ugyldig og med krav om erstatning. Spørsmålet for Høyesterett var hvilket beviskrav som måtte gjelde for arbeidsgivers påstand om at arbeidstakeren hadde underslått arbeidsgivers midler. I lagmannsretten, LB-2013-142386, ble det lagt til grunn at det måtte foreligge en klar og sterk sannsynlighetsovervekt for at A hadde begått underslag for at avskjeden skulle være gyldig. I punkt 3.1 ble det vist til at beviskravet har blitt skjerpet i sivile saker der kravet er basert på et faktum som er særlig belastende for en av partene, og i saker hvor de personlige konsekvenser av en uriktig dom vil være vesentlig større for den ene parten enn den andre.

For Høyesterett godtok arbeidsgiver at det i tilfeller som i den foreliggende sak, der de faktiske forhold ville være særlig belastende for arbeidstakeren, gjaldt et skjerpet beviskrav. Arbeidsgiver bestred imidlertid arbeidstakers anførsel om at beviskravet måtte være det samme som det strafferettslige beviskravet. Arbeidstaker begrunnet anførselen med at arbeidstakeren i stedet for å angripe avskjedens rettmessighet kunne saksøkt arbeidsgiveren med krav om straff, mortifikasjon og erstatning på grunn av ærekrenkende beskyldninger om underslag. Dernest hevdet arbeidstaker at dersom domstolene godtok en avskjed som bygget på beskyldninger om straffbare forhold uten at det strafferettslige beviskravet var oppfylt, ville dette innebære et brudd på uskyldspresumsjonen etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 6 nr. 2. Etter arbeidstakers mening innebar nemlig dette en aksept av et utsagn om straffeskyld uten at skyld er bevist utover rimelig tvil. Spørsmålet Høyesterett dermed måtte ta stilling til var om det gjaldt et skjerpet beviskrav og i tilfelle hvor strengt beviskravet var.

3.2.2 Høyesteretts vurdering

Høyesterett kom enstemmig til at arbeidsgiver med kvalifisert sannsynlighetsovervekt måtte bevise det faktum som lå til grunn for avskjeden av A, men at beviskravet ikke var like strengt som det strafferettslige beviskravet. Høyesterett startet vurderingen med å vise til at retten som utgangspunkt skal legge til grunn det mest sannsynlige faktum. Deretter foretok

Høyesterett en kort gjennomgang av sivile saker der beviskravet har blitt skjerpet fordi det er spørsmål om å legge et belastende faktum til grunn.

Selv om verken tingretten eller lagmannsretten la til grunn at A hadde gjort seg skyldig i straffbart underslag, ville rettens konstatering av at vilkåret for avskjed var oppfylt fordi arbeidstakeren har tilegnet seg betydelige midler fra arbeidsgiveren være sterkt belastende for arbeidstaker: *"Etter mitt syn bør det også i en avskjedssak som den foreliggende i alminnelighet kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Verken tingretten eller lagmannsretten legger til grunn at A har gjort seg skyldig i straffbart underslag. Likevel vil rettens konstatering av at vilkåret for avskjed er oppfylt fordi arbeidstakeren har tilegnet seg betydelige midler fra arbeidsgiveren være sterkt belastende."* (Dommens avsnitt 23). (Min uthevning). Å legge til grunn kvalifisert sannsynlighetsovervekt som beviskrav ville derfor være i tråd med tidligere høyesterettspraksis hvor det har vært spørsmål om å legge et belastende faktum til grunn, hovedtyngden av praksis i avskjedssaker fra ting- og lagmannsrettene samt den gjennomgående oppfatningen i teorien. I dommens avsnitt 24 avsa førstvoterende et obiter dictum om eventuelle unntak fra regelen om skjerpet beviskrav. Jeg kommer nærmere tilbake til spørsmålet om hvilke hensyn som eventuelt kan begrunne anvendelsen av andre beviskrav i punkt 3.6 og 3.7.

Til tross for at førstvoterende anvender et skjerpet beviskrav i Rt. 2014 s. 1161, er det ikke dermed sagt at beviskravet med dette er fastlagt for avskjedssaker generelt. Det første jeg vil undersøke er om det er mulig å oppstille en norm for hva slags beskyldninger som vil medføre et skjerpet beviskrav i avskjedssaker. Grunnen til dette er at beskyldningens karakter var helt avgjørende for hvilket beviskrav som ble lagt til grunn i Rt. 2014 s. 1161.

3.3 Hva ligger i vilkåret om at det må foreligge faktiske omstendigheter som er særlig belastende for en part?

3.3.1 Innledning

Høyesteretts begrunnelse for at det skjerpede beviskravet kom til anvendelse i Rt. 2014 s. 1161 var at rettens konstatering av at vilkårene for avskjed var oppfylt, ville være *"sterkt belastende"* for arbeidstaker (dommens avsnitt 23). Ordlyden i uttrykket *"sterkt belastende"*

tilsier at det må være tale om beskyldninger som går på æren løs eller som innebærer en moralsk fordømmelse/stempling av arbeidstaker som uforsvarlig. Etter sin ordlyd omfatter uttrykket både straffbare og ikke-straffbare handlinger av en viss alvorlighetsgrad. Førstvoterende gikk ikke nærmere inn på hva som skal til for at de faktiske omstendigheter blir ansett som tilstrekkelig belastende for arbeidstakeren til at det skjerpete beviskravet kom til anvendelse. Derimot viste han til at et skjerpet beviskrav der de faktiske forhold ville være sterkt belastende for arbeidstaker var i tråd med øvrig høyesterettspraksis der beviskravet har blitt skjerpet. Fordi førstvoterende ikke ga noen ytterligere anvisning med hensyn til hva som kreves av beskyldningens karakter, er spørsmålet hvilken veiledning de høyesterettsdommene førstvoterende viste til kan gi med hensyn til hvor terskelen ligger. Det er grunn til å påpeke at avgjørelser fra andre rettsområder ikke nødvendigvis har overføringsverdi til avskjedssaker, ettersom ulike hensyn vil gjøre seg gjeldende på ulike rettsområder. En gjennomgang av dommene der beviskravet har blitt skjerpet vil imidlertid kunne gi større forståelse for hvilke momenter Høyesterett vektlegger ved fastleggelsen av hvilket beviskrav som gjelder i den enkelte sak. Fordi beskyldningens karakter stod helt sentralt ved fastleggelsen av beviskravet i Rt. 2014 s. 1161, vil det være interessant å undersøke hva slags beskyldninger det har vært spørsmål om å legge til grunn i disse sakene. Videre om det har vært beskyldningens karakter som har vært avgjørende for beviskravet i disse sakene, eller om det er andre grunner til at Høyesterett har skjerpet beviskravet i disse sakene.

3.3.2 Hva har Høyesterett sagt om terskelen i andre sivile saker der beviskravet har blitt skjerpet?

Det er særlig i tre typetilfeller at Høyesterett har lagt til grunn et skjerpet beviskrav. Dette er i saker om forsikringssvik, i en etterfølgende erstatningssak der saksøkte er frifunnet i straffesaken og i visse typer forvaltningsvedtak. I forsikringssakene har det typisk blitt oppstilt et skjerpet beviskrav i saker der forsikringsselskapet nekter å utbetale forsikringssum til forsikringstaker grunnet forsikringstakeren (eller noen siktede kan identifiseres med) sitt straffbare forhold. Sakene Rt. 1985 s. 211, Rt. 1987 s. 657, Rt. 1990 s. 1082, Rt. 1995 s. 1641, Rt. 1996 s. 1635 og Rt. 2002 s. 1517 gjaldt alle spørsmål om forsikringsselskapet kunne nekte å utbetale forsikring grunnet mistanke om at forsikringstakeren forsettlig hadde fremkalt forsikringstilfellet. I Rt. 1989 s. 689, Rt. 1989 s. 950 og Rt. 2000 s. 59 påsto

forsikringsselskapet at forsikringstaker hadde gitt ufullstendige eller uriktige opplysninger og at forsikringstakeren derfor ikke hadde krav på forsikring.

I Rt. 1990 s. 688 var grunnlaget for å nekte utbetaling forsikringsselskapets mistanke om at forsikringstaker hadde vært ruspåvirket til tross for at forsikringstakeren var frifunnet for promillekjøring. Ved fastleggelsen av beviskravet uttalte førstvoterende på side 690:

"Spørsmålet i vår sak er et noe annet, men jeg antar at det i utgangspunktet må kreves en klar sannsynlighetsovervekt for i et forsikringsoppgjør å legge til grunn at bilføreren har kjørt i påvirket tilstand. Det er særlig to betraktninger som tilsier dette. For det første bør det i alminnelighet kreves solid bevis for å legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i straffbart eller sterkt klanderverdig forhold. For det annet bør ikke en forsikringstaker være utsatt for å tape sin forsikringsdekning på et uklart faktisk grunnlag." (Min utheving).

Den understrekede delen viser at Høyesterett la vekt på både virkningene av domspremissene og virkningene av domsslutningen for arbeidstaker ved fastleggelsen av beviskravet. At både beskyldningens karakter er belastende for forsikringstakeren og at konsekvensene av en uriktig dom vil være verre for forsikringstakeren enn for forsikringsselskapet, vil gjennomgående være tilfellet i sakene om forsikringssvik. Dette i likhet med avskjedssaker, der konsekvensene av en uriktig dom i disfavør av arbeidstaker ofte vil være langt verre enn en uriktig dom for arbeidsgiver, se punkt 3.4.2. I tillegg vil faktum ofte være svært belastende for arbeidstaker.

Det andre typetilfellet hvor det gjennomgående har blitt oppstilt et skjerpet beviskrav, er tilfeller der saksøkte er blitt frifunnet i straffesaken, men fornærmede har reist erstatnings- og/eller oppreisningskrav mot skadevolder. Felles for flere av sakene som har vært behandlet av Høyesterett, er at det har vært tale om alvorlige straffbare handlinger. I disse sakene vil det dermed ofte være spørsmål om å legge et sterkt belastende faktum til grunn.

I Rt. 1996 s. 864 var saksøkte frifunnet for seksuelle overgrep i straffesaken. Ved fastleggelsen av beviskravet i den sivile saken uttalte førstvoterende: *"Det alminnelige beviskrav i erstatningsretten er sannsynlighetsovervekt. Lagmannsretten har bygget på at det må stilles strengere krav til beviset i en sak om et så graverende forhold som her og har vist til dom inntatt i Rt-1990-688. Den nevnte avgjørelse gjaldt en forsikrings sak hvor det ved siden av hensynet til forsikringsforholdet, ble fremhevet at det bør kreves solid bevis for å*

legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i et straffbart eller sterkt klanderverdig forhold. Dette er et alminnelig prinsipp." Den understrekede delen av uttalelsen viser at regelen om et skjerpet beviskrav ved belastende faktum også kan gjøre seg gjeldende i andre typetilfeller enn dem som til nå har vært til behandling i Høyesterett.

I Rt. 1999 s. 1363 var vedkommende frifunnet for å ha hensatt noen i bevisstløs tilstand, voldtatt og deretter drept vedkommende, men ble likevel dømt til å betale oppreisningserstatning. I Rt. 2003 s. 1671, Rt. 2004 s. 321 og Rt. 2004 s. 970 var vedkommende frifunnet for ulike former for voldtekt, mens Rt. 2005 s. 1322 gjaldt oppreisningskrav mot en skadevolder som var blitt frifunnet for grovt uaktsom skadeforvoldelse i straffesaken.

I sistnevnte avgjørelse uttalte førstvoterende i avsnitt 28 at ikke ethvert straffbart forhold innebar et slikt belastende faktum at det skjerpede beviskravet ville gjelde: *"Det er altså hvor det sivilrettslige kravet må baseres på et særlig belastende faktum, at beviskravet skjerpes. Men rettspraksis kan ikke forstås slik at ethvert straffbart forhold innebærer et slikt belastende eller klanderverdig faktum at det skjerpede beviskrav kommer inn. De sakene jeg har vært inne på, gjaldt seksuelle overgrep, voldtekt og drap. Spørsmålet må avgjøres ut fra en konkret vurdering av det aktuelle forholdet. Hvor sterkt beviskravet skal skjerpes, kan også variere."* (Mine uthevninger).

Uttalelsen er interessant fordi den viser at ikke ethvert straffbart forhold fører til et skjerpet beviskrav i erstatningssaker hvor tiltalte er frifunnet for straff. Samtidig åpner uttalelsen for at også forhold som *ikke* er straffbare vil kunne medføre et skjerpet beviskrav – det avgjørende er om *"det sivilrettslige kravet må baseres på et særlig belastende faktum"* jf. dommens avsnitt 28. Dette tilsier at det kan foreligge tilfeller der det stilles krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt fordi det straffbare forhold saksøkte er frifunnet for ikke er tilstrekkelig belastende. Det er imidlertid vanskelig å forestille seg hvilke typer forbrytelser Høyesterett her sikter til. Vilkåret for å bli idømt oppreisningserstatning etter skadeerstatningsloven § 3-5 er nemlig at skadevolder *"forsettlig eller grovt aktløst"* har *"voldt skade på person"* eller *"tilføyd krenking eller utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3."* De handlinger som omfattes av skadeerstatningsloven § 3-3 er ulike personlige krenkelser, så som seksualforbrytelser, innbrudd, ran, samt falsk forklaring og destruering av bevis. Dette er

straffbare forhold som de fleste vil oppleve som en belastning å bli beskyldt for. Uttalelsen viser imidlertid at det må gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Det er viktig å understreke at avskjed ikke blir ansett som straff verken etter norsk rett eller etter EMK. En avskjed som arbeidstakeren mener er usaklig kan riktignok oppleves som en straff av arbeidstakeren selv, men dette er ikke et tilstrekkelig sterkt argument for at tilfellene bør bedømmes likt. Dersom Høyesteretts uttalelse i Rt. 2005 s. 1322 legges til grunn, tilsier dette at anvendelse av et skjerpet beviskrav forutsetter beskyldninger om alvorlige straffbare handlinger eller ikke-straffbare forhold som er særlig belastende. Hvilke ikke-straffbare forhold som kan medføre et skjerpet beviskrav gir dommen imidlertid ingen veiledning om. Det er derfor vanskelig å si noe sikkert om hvilke ikke-straffbare handlinger som vil kunne medføre et skjerpet beviskrav.

Til forskjell fra avskjedssakene og sakene om forsikringssvik, vil konsekvensene av en uriktig dom i erstatningssaker der tiltalte har blitt frifunnet i straffesaken være like ille for skadevolderen som for offeret. Dette kan tyde på at det må kreves noe mer alvorlige beskyldninger i erstatningssakene for å skjerpe beviskravet ettersom en ikke har tilleggsargumentet om at konsekvensene av en uriktig dom vil være langt verre for den ene parten. I punkt 3.4.2 ser jeg nærmere på hvilken betydning det har for fastleggelsen av beviskravet at konsekvensene av en uriktig dom er langt verre for den ene parten.

Beviskravet har også blitt skjerpet ved spørsmål om å ilegge forvaltningsrettslige sanksjoner som følge av lovbrudd. Rt. 2008 s. 1409 gjaldt ileggelse av tilleggsskatt. Under dissens 7-4 konkluderte Høyesterett med at beviskravet for å ilegge ordinær tilleggsskatt er klar sannsynlighetsovervekt. Beviskravet ble også skjerpet i Rt. 1999 s. 14 og Rt. 2007 s. 1217, som begge gjaldt inndragning av fiskefangst. Uttalelser i enkelte av disse dommene viser at det særlig har vært de personlige konsekvensene av dommen for den ene parten som har begrunnet anvendelsen av et skjerpet beviskrav og ikke nødvendigvis beskyldningens karakter i seg selv. I Rt. 2014 s. 1161 omtales bare det belastende faktumet som begrunnelse for det skjerpede beviskravet. Dette innebærer at enkelte av dommene om forvaltningssanksjoner i liten grad bidrar til å avklare hva som ligger i vilkåret om at det må foreligge faktiske omstendigheter som er særlig belastende for en part.

Beviskravet ble også skjerpet i Rt. 2007 s. 1851, som gjaldt spørsmålet om tilbakekallelse av legeautorisasjon som følge av overgrep mot barn. I denne saken var derimot beskyldningens karakter et sentralt moment ved fastleggelsen av beviskravet. Her bidro både beskyldningens karakter og konsekvensene av dommen for saksøkte til at det ble stilt et skjerpet beviskrav. I avsnitt 36 la førstvoterende til grunn at beskyldningene måtte anses for å være av sterkt infamerende karakter. Dette, i kombinasjon med at det var tale om å legge til grunn et eldre forhold uten noen umiddelbar tilknytning til yrkesutøvelsen, bidro til at det ble krevd kvalifisert sannsynlighetsovervekt til tross for at hensynet til pasientsikkerheten trakk i motsatt retning.

3.3.3 Kan det oppstilles en norm for når beskyldningens karakter medfører et skjerpet beviskrav?

Til tross for at uttrykkene som blir brukt av Høyesterett for å karakterisere faktum varierer fra "*sterkt/særlig belastende*" til "*infamerende*" og "*sterkt klanderverdig*", synes Høyesterett å legge omtrent det samme meningsinnhold i disse formuleringene.⁵² Begrepene har på ingen måte klare grenser, og vilkårets innhold vil kunne endre seg i tråd med den moralske oppfatningen i samfunnet. Det er med andre ord tale om en rettslig standard.⁵³ Beskyldninger om alvorlige straffbare handlinger må sies å ligge i kjernen av uttrykkene. Det er gode grunner til at beskyldninger om alvorlige straffbare handlinger bør føre til et skjerpet beviskrav. Dette skyldes ikke først og fremst at det er tale om et straffbart forhold i seg selv, men at beskyldninger om slike handlinger påvirker partens ære, anseelse eller lignende.⁵⁴ Videre vil det i disse tilfellene ofte ikke være tilstrekkelig bevis til å reise en straffesak eller til domfellelse, eller det kan være at straffesaken av forskjellige grunner ikke prioriteres (blir henlagt etc.). I den arbeidsrettslige tvisten vil bevisføringen allikevel dreie seg om det straffbare forholdet. På denne måten hefter det strafferettslige ved arbeidsrettssaken, til tross for at arbeidstaker ikke er strafferettslig dømt. Mange vil også oppfatte arbeidstaker som skyldig i det straffbare forholdet dersom arbeidstaker taper den sivile saken. Dersom

⁵² Se for eksempel Rt. 1996 s. 1635, Rt. 1999 s. 14 og Rt. 1999 s. 1363

⁵³ Innholdet i begrepet rettslig standard har et noe varierende meningsinnhold, men kjernen i begrepet er at det er tale om "*en rettsregel som viser til en vurderingsnorm utenfor seg selv som avgjørende kriterium*", Gisle 2010 s. 342

⁵⁴ Dette var grunnen til at beviskravet ble skjerpet i Rt. 1996 s. 864 (dommen s. 869-870)

domstolen finner faktum tilstrekkelig bevist i den sivile saken, vil det derfor for arbeidstaker ofte ikke være noen stor forskjell i om han eller hun i tillegg hadde blitt dømt i straffesaken, nettopp fordi bevisføringen dreier seg om samme forhold. At det er påvirkningen på en parts moralske omdømme som er avgjørende, innebærer at også beskyldninger om ikke-straffbare forhold vil kunne omfattes. Som nevnt gir høyesterettspraksis imidlertid liten veiledning med hensyn til hva slags beskyldninger om ikke-straffbare forhold som i seg selv vil være av en så belastende karakter at beviskravet skjerpes.

Gjennomgangen av høyesterettsdommene som omhandler forsikringssvik og en etterfølgende erstatningssak der saksøkte har vært frifunnet i straffesaken, viser at det alltid har vært spørsmål om å legge til grunn alvorlige straffbare handlinger. Av dommene kan det utledes at det er et generelt prinsipp at beviskravet skjerpes når det er spørsmål om å legge til grunn et sterkt belastende faktum, og at beskyldninger om alvorlige straffbare handlinger vil være tilstrekkelig for å utløse et skjerpet beviskrav. Denne retningslinjen blir også lagt til grunn av de fleste teoretikere.⁵⁵ Prinsippet kan ses på som en delvis videreføring av det strafferettslige beviskravet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.⁵⁶ Jeg har ikke funnet høyesterettsdommer der spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder har vært sentralt, og man har konkludert med at faktum ikke er tilstrekkelig belastende. Det er derfor usikkert hvor den nedre grensen for hvilke beskyldninger som vil utløse et skjerpet beviskrav går.

I sakene om forvaltningssanksjoner har det vært spørsmål om å legge til grunn handlinger som de fleste ikke oppfatter som like infamerende som de handlingene som har vært omtalt i erstatningssakene og sakene om forsikringssvik. Beviskravet har allikevel blitt skjerpet i disse sakene, noe som synes å skyldes at konsekvensene av en uriktig dom er langt verre for den ene parten enn for den andre.

Spørsmålet er videre om vurderingen av om de faktiske forhold er tilstrekkelig belastende skal skje etter en subjektiv eller objektiv vurdering. Med andre ord er spørsmålet om vurderingen skal ta utgangspunkt i om det er forhold som generelt er belastende for arbeidstakere, eller om de faktiske forhold er belastende for akkurat den personen det gjelder.

⁵⁵ Se Skoghøy 2014 s. 896, Jakhelln 2006 s. 477 og Skjønberg og Hognestad 2014 s. 349-352

⁵⁶ Skoghøy 2014 s. 896

I Rt. 2014 s. 1161 uttaler Høyesterett "*Etter mitt syn bør det også i en avskjedssak som den foreliggende i alminnelighet kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt.*" Dette taler for at det er tilstrekkelig at det er tale om forhold som generelt oppleves som belastende for den som blir avskjediget for at det skjerpede beviskravet kommer til anvendelse. Uttalelsen til førstvoterende i Rt. 2005 s. 1322, som gjaldt spørsmål om erstatning etter at tiltalte var blitt frifunnet i straffesaken, kan også tas til inntekt for at vurderingen er objektiv; "*Handlingen er i tilfelle begått ved bruk av en hurtiggående båt og i ruspåvirket tilstand, mot en person som befant seg svømmende i vannet. Jeg finner at et slikt forhold for de aller fleste vil bli oppfattet som så belastende at det er grunnlag for et noe skjerpet beviskrav. Jeg tilføyer at jeg ikke finner grunnlag for å relativisere normen i forhold til ulike personer og miljøer. Jeg har således ikke lagt vekt på det forhold at B tilhører et belastet miljø, og at han flere ganger tidligere er straffet for legemsbeskadigelser.*" (Mine uthevninger). Basert på Høyesteretts uttalelser i disse sakene er det mye som taler for at det må foretas en objektiv vurdering.

Også hensynet til effektive rettsregler og hensynet til forutberegnelighet taler for at vurderingen bør foretas etter objektive kriterier. Dersom man i hvert enkelt tilfelle må vurdere om akkurat disse forholdene er belastende for arbeidstaker, vil dette påvirke domstolenes effektivitet samt svekke arbeidstakerens forutberegnelighet. I tillegg ville man fått meget vanskelige bevisspørsmål dersom vurderingen var subjektiv, nemlig spørsmålet om hvor belastende parten selv opplevde faktumet. Utgangspunktet må derfor være at vurderingen er objektiv. Avgjørende blir om det er spørsmål om å legge til grunn faktiske forhold som arbeidstakere flest opplever som belastende.

3.4 Kan beviskravet skjerpes til tross for at faktum i seg selv ikke er tilstrekkelig belastende?

3.4.1 Innledning

Verken Rt. 2014 s. 1161 eller øvrig høyesterettspraksis utelukker et skjerpet beviskrav til tross for at beskyldningens karakter i seg selv ikke er tilstrekkelig belastende til å utløse anvendelsen av et skjerpet beviskrav. Dette vil typisk kunne være tilfellet i saker hvor arbeidstakeren er avskjediget grunnet mindre alvorlige straffbare forhold eller ikke-straffbare forhold. Et eksempel på et mindre alvorlig straffbart forhold som kan gi grunn til avskjed er

gjentatt naskeri, jf. straffeloven § 391 a. Eksempler på ikke-straffbare forhold som etter en konkret vurdering kan gi grunnlag for avskjed av arbeidstaker er beskyldninger om illojal opptreden overfor arbeidsgiver, utsvevende privatliv og beskyldninger om at man har møtt opp på jobb i beruset tilstand.⁵⁷ Det er grunn til å påpeke at selv om disse forholdene i seg selv ikke er tilstrekkelig belastende for at det gjelder et skjerpet beviskrav, vil beskyldninger om eksempelvis naskeri likevel være infamerende for arbeidstaker. Spørsmålet er så hvilke hensyn det er som eventuelt kan begrunne at man allikevel anvender et skjerpet beviskrav i slike tilfeller. På dette spørsmålet gir ikke høyesterettspraksis noe klart svar, slik at man er henvist til å bygge på den alminnelige beviskravslæren og de hensynene som inngår i den.

Ved spørsmålet om hvilket beviskrav som skal legges til grunn i en avskjedssak, gjør det seg som regel gjeldende sterke hensyn fra flere hold. En avskjed er i seg selv belastende for arbeidstaker. Dette skyldes for det første at den materielle terskelen for avskjed er høy; arbeidsmiljøloven § 15-14 fastslår at vilkåret for å kunne avskjedige en arbeidstaker er at arbeidstakeren har gjort seg skyldig i "*grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen*". Beskyldninger om grovt pliktbrudd eller vesentlig mislighold av arbeidsavtalen vil ofte basere seg på et faktum som innebærer en moralsk fordømmelse av arbeidstaker. Slike beskyldninger vil for de aller fleste oppleves som en belastning, uavhengig av om beskyldningene er av en slik karakter at de alene vil medføre et skjerpet beviskrav. Likevel er det ikke alltid slik at forhold som kan gi grunnlag for avskjed vil oppleves som belastende for arbeidstakeren. Ordrenekt og biarbeid er eksempler på forhold som kan gi grunnlag for avskjed, men som ikke nødvendigvis vil innebære noen moralsk fordømmelse av arbeidstakeren.⁵⁸ Se eksempelvis Rt. 1965 s. 1075 der fire arbeidere hadde nektet å utføre overtidarbeid uten gyldig grunn. Forholdene ble ansett som så graverende at bedriften måtte ha rett til å avskjedige dem. Beskyldningene kunne imidlertid neppe sies å innebære noen moralsk fordømmelse av arbeidstakerne. Gjennomgangen av øvrige høyesterettsdommer der beviskravet har blitt skjerpet i punkt 3.3.2 viste at også andre faktorer enn beskyldningens karakter kan tenkes å medføre et skjerpet beviskrav. I de neste punktene vil jeg derfor se nærmere på hvilke hensyn som eventuelt kan begrunne anvendelsen av et skjerpet beviskrav til tross for at beskyldningens karakter i seg selv ikke er sterkt belastende.

⁵⁷ Fanebust 2013 s. 289

⁵⁸ Fanebust 2013 s. 108

3.4.2 Kan konsekvensene av en avskjed for arbeidstaker begrunne et skjerpet beviskrav?

Uavhengig av om beskyldningens karakter er belastende, vil konsekvensene av en avskjed være alvorlige for arbeidstaker. I tillegg til at vedkommende mister jobben på dagen vil også utsiktene til fremtidig arbeid ofte bli sterkt svekket. Dette skyldes blant annet at arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 15-15 tredje ledd har anledning til å opplyse i attesten at arbeidstakeren er avskjediget. En del arbeidsgivere er også generelt skeptiske til uforklarlige ”hull” i arbeidstakers CV. Hensynet til arbeidstaker tilsier dermed klart nok at det bør gjelde et så strengt beviskrav som mulig. På den annen side kan ikke beviskravet skjerpes så mye at det i praksis uthuler arbeidsgivers adgang til å avskjedige en arbeidstaker som har begått vesentlige brudd på arbeidsavtalen. Ved fastleggelsen av beviskravet må man med andre ord foreta en avveining av hensynet til arbeidsgivers mulighet til å avdekke forhold som kan gi grunnlag for avskjed og hensynet til trygge og stabile rammer for arbeidstakerne.

Overvektsprinsippet bygger på at partenes interesser i saken er like sterke. I tilfeller der de *personlige* konsekvensene av en uriktig dom for den ene parten er langt verre enn for den andre parten, slår ikke denne forutsetningen til. I en avskjedssak vil dette ofte være tilfellet. Både økonomisk, personlig og sosialt vil konsekvensene av en avskjed være svært negative for arbeidstaker. Følgende sitat fra Arbeidslivsreformen illustrer viktigheten av inntektsgivende arbeid for borgerne: *"Inntektsgivende arbeid er i dagens samfunn ikke bare et middel til å skaffe det daglige brød, det er også grunnstammen i hele vår livsform."*⁵⁹ Ved en avskjed heves arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker med øyeblikkelig virkning for begge parter jf. arbeidsmiljøloven § 15-14 første ledd. Dette i motsetning til en oppsigelse, der arbeidstaker etter endt prøvetid har krav på minst én måneds oppsigelsestid jf. arbeidsmiljøloven § 15-3 første ledd. En dom som stadfester at avskjeden var rettmessig vil videre innebære at det belastende faktum fortsetter å hefte ved arbeidstakeren. I tillegg må arbeidstakeren tåle tilleggsbelastningen av en stadfesting av at han eller hun opptrådte på en klanderverdig måte.

Selv om arbeidervernet står sterkt på arbeidsrettens område, må det alltid foretas en avveining mot andre hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. En forutsetning for et godt

⁵⁹ NOU 1987: 9 s. 7

arbeidsmiljø er at det eksisterer et gjensidig tillitsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsgiver er avhengig av å ha tillit til at sine ansatte søker å ivareta arbeidsgivers interesser i utførelsen av arbeidet. Dette tilsier at arbeidsgiver også må ha mulighet til å avskjedige arbeidstakere som begår vesentlige brudd på arbeidsavtalen.

Dersom arbeidstaker får medhold i at avskjeden var urettmessig, har arbeidstakeren rett til å fortsette i eller gå tilbake til sin gamle stilling, jf. blant annet Rt. 2009 s. 695. Dommen gjaldt *oppsigelse* av en webredaktør, men konsekvensene vil være det samme ved en urettmessig avskjed, jf. forutsetningsvis arbeidsmiljøloven § 15-14 tredje ledd. Om konsekvensene av urettmessig oppsigelse uttalte Høyesterett: *"Når en usaklig oppsigelse kjennes ugyldig, er hovedregelen etter arbeidsmiljøloven § 15-12 første ledd første punktum at arbeidsforholdet består, og at arbeidstaker skal fortsette i stillingen. Har arbeidstaker ikke stått i stillingen under sakens behandling, innebærer ugyldighet at arbeidsgiver plikter å gjeninnta arbeidstakeren i sin stilling."* Domstolene kan heller ikke avsi dom som går ut på at arbeidstakeren skal flyttes til en annen avdeling eller lignende. Konsekvensen av en uriktig dom i arbeidsgivers disfavør er dermed normalt at arbeidstaker får fortsette i den samme stillingen selv om arbeidstakeren har gjort seg skyldig i forhold som etter en riktig bevisbedømmelse hadde kvalifisert til avskjed. Hvor inngrepene dette er overfor arbeidsgiver vil avhenge av hva slags stilling det er tale om og hvilke faktiske forhold som ligger til grunn for avskjeden.⁶⁰ Enkelte ulemper må kunne forsettes avhjulpet gjennom arbeidsgivers ulovfestede styringsrett. Til tross for at konsekvensene av en uriktig dom i arbeidsgivers disfavør kan være besværlige for arbeidsgiver, vil det i de aller fleste tilfeller være slik at konsekvensene av en uriktig dom i arbeidstakers disfavør vil være langt verre enn en uriktig dom i arbeidsgivers disfavør.

Spørsmålet er så om det faktisk at konsekvensene av en uriktig dom er langt verre for arbeidstaker enn for arbeidsgiver er et relevant hensyn ved fastleggelsen av beviskravet. Dersom konsekvensene av en avskjed for arbeidstaker kan tas i betraktning ved fastleggelsen av beviskravet, kan dette tilsi at også beskyldninger av mindre belastende karakter enn hva som var tilfellet i Rt. 2014 s. 1161 kan medføre et skjerpet beviskrav ved avskjed.

⁶⁰ Tønnessen/Selman 2013 s. 276

Et første eksempel fra Høyesterett der det er blitt lagt vekt på de personlige konsekvensene av en uriktig dom for en av partene, er den nevnte Rt. 2007 s. 1217. Dommen gjaldt inndragning av ulovlig fiskefangst etter saltvannsfiskekloven § 11 tredje ledd. Om fastleggelsen av beviskravet uttalte førstvoterende *"Siden vedtaket bygger på at A har begått en straffbar handling, og vedtaket ikke bare har følbare økonomiske følger for ham, men også vil kunne få konsekvenser for den tillit han har behov for i sin næringsutøvelse, mener jeg at det - ut fra alminnelige norske prinsipper for bevisbedømmelse - også for denne sanksjonen må stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at den handling som danner grunnlag for sanksjonen, er begått, jf. Ot.prp. nr.70 (2003-2004), side 33-34 og Rt-1999-14."* Førstvoterendes uttalelser viser at både beskyldningens karakter (beskyldninger om straffbare forhold) og de personlige konsekvensene av dommen bidro til at det ble lagt til grunn et skjerpet beviskrav.

I Rt. 2006 s. 1657, som gjaldt spørsmålet om et ekteskap mellom en pakistansk mann og en norsk kvinne var reelt, sammenfattes praksis slik i dommens avsnitt 34: *"Overvektsprinsippet fravikes i noen typer saker der en uriktig dom i én retning vil føre til vesentlig større personlige konsekvenser for en part enn en uriktig dom i den andre retningen. Dette blir satt på spissen i straffesaker, hvor det ved en fellende dom kreves en så stor overvekt av sannsynlighet at det ikke skal være rimelig tvil tilbake. I en mer avdempet form finner vi også prinsippet anvendt i noen typer sivile saker, for eksempel ved krav om erstatning etter frifinnelse i straffesak, eller til fordel for den som påstås å være uberettiget til et forsikringsoppgjør som følge av egne sterkt klanderverdige handlinger."* (Mine uthevninger). Uttalelsen viser at Høyesterett anerkjenner at de personlige konsekvensene av en dom kan påvirke beviskravet generelt og ikke bare i den konkrete typen saker.

På arbeidsrettens område har jeg bare funnet én dom fra lagmannsretten der konsekvensene for arbeidstaker synes å være avgjørende for beviskravet. LE-2008-181467 gjaldt oppsigelse og spørsmålet om en arbeidstaker skulle fratre sin stilling *midlertidig* mens tvisten om oppsigelsens gyldighet var under behandling, jf. arbeidsmiljøloven § 15-11. Arbeidstakeren var oppsagt fra sin stilling som vernepleier på en rusinstitusjon grunnet mistanke om at han ved flere anledninger hadde møtt opp beruset på jobb samt mistanke om tyveri av 500 Sobriltabletter. Lagmannsretten tok imidlertid ikke til påstanden om tyveriet av tablettene. Dommen kan umiddelbart synes å gi uttrykk for at beskyldninger om å ha møtt opp ruset på

jobb ikke er tilstrekkelig belastende for arbeidstaker til å begrunne et skjerpet beviskrav. Ved fastleggelsen av beviskravet uttaler imidlertid lagmannsretten at: *"Påstander om påvirkning av rusmidler i arbeidstiden vil, selv om det kan være belastende for den enkelte, normalt i seg selv ikke være så belastende at det gir grunnlag for skjerpede beviskrav. Dette må i alle fall gjelde i tilknytning til en avgjørelse om midlertidig fratreden."* (Min utheving). Uttalelsen viser at det var konsekvensene for arbeidstaker som var det avgjørende for hvilket beviskrav som gjaldt. Underforstått sier lagmannsretten at dette kunne stilt seg annerledes dersom det ikke var tale om midlertidig fratreden, men eksempelvis avskjed. Lagmannsretten synes å legge særlig vekt på at konsekvensene av midlertidig fratreden ikke var av varig karakter for arbeidstakeren.

De siterte uttalelsene tyder på at det faktum at konsekvensene av en uriktig dom i én retning vil føre til langt større personlige konsekvenser for den ene parten er et relevant moment ved fastleggelsen av beviskravet. I avskjedssaker vil faktum ofte være infamerende grunnet den materielle terskelen for avskjed etter arbeidsmiljøloven § 15-14. I tillegg vil konsekvensene av en uriktig dom gjennomgående være verre for arbeidstaker. Denne kombinasjonen av belastende faktum og at konsekvensene av en uriktig dom er langt verre for den ene parten skiller seg fra sakene der det reises erstatningssak etter frifinnende straffesak. I disse sakene vil konsekvensen av en uriktig dom gjerne være like ille for den som påstås å ha utført handlingen og offeret for den påståtte handlingen. Av Rt. 2005 s. 1322 følger det at det bare er svært alvorlige beskyldninger som vil medføre at beviskravet skjerpes. I saker om forsikringssvik og i saker som omhandler forvaltningssanksjoner, vil kombinasjonen av verre konsekvenser av en uriktig dom for den ene parten og et belastende faktum ofte være tilstede, akkurat slik som i avskjedssaker. I disse sakene har beviskravet blitt skjerpet der beskyldningene eksempelvis har dreid seg om overfiske, jf. Rt. 2007 s.1217. Selv om overfiske også er straffbart, vil de fleste oppfatte beskyldninger om ulovlig fiske som mindre infamerende enn beskyldninger om drap, voldtekt etc., slik som har vært tilfellet i erstatningssakene. Dette kan tyde på Høyesterett ikke krever et like belastende faktum dersom konsekvensene av en uriktig dom vil være langt verre for saksøkte enn for saksøker. Det finnes imidlertid lite eller ingen praksis der spørsmålet er blitt satt på spissen slik at det er vanskelig å si noe sikkert om dette.

Det er god støtte i rettspraksis på at konsekvensene av en uriktig dom er et relevant hensyn ved fastleggelsen av beviskravet. Fordi konsekvensene av en avskjed alltid vil være inngripende for arbeidstaker, kan det antas at Høyesterett etter en konkret vurdering vil kunne komme til at det gjelder et skjerpet beviskrav til tross for at de faktiske forhold ikke er så belastende at de alene begrunner anvendelsen av et skjerpet beviskrav. Per i dag er det imidlertid ikke rettskildemessig grunnlag for å legge til grunn en regel om et skjerpet beviskrav i avskjedssaker generelt. Dette skyldes særlig at avgjørelsen fra desember 2014 er såpass klar med hensyn til at det avgjørende for det skjerpede beviskravet var at faktum var sterkt belastende for arbeidstaker. Som påpekt i punkt 3.4.1 er det ikke slik at alle forhold som gir grunnlag for avskjed vil oppleves som særlig belastende for arbeidstaker, selv om det ofte vil være tilfellet. Dersom Høyesterett i Rt. 2014 s. 1161 hadde ønsket å oppstille en generell regel om skjerpet beviskrav i alle avskjedssaker, kunne de sagt noe om det i dommen i stedet for å vise til at det avgjørende var beskyldningens karakter.

Dersom det skulle bli lagt til grunn en regel om at det gjelder en generell regel om skjerpet beviskrav i avskjedssaker, er det flere fordeler med en slik regel. For det første er arbeidstakeren gjennomgående den svake part i avtaleforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. En skjerping av beviskravet vil dermed kunne bidra til å bedre balanseforholdet mellom partene. For det andre er en slik regel retts teknisk enkel å håndtere i tillegg til at den styrker forutberegneligheten for partene. Når Høyesterett med Rt. 2014 s. 1161 har slått fast at det gjelder et skjerpet beviskrav i avskjedssaker med belastende faktiske forhold, vil forutberegnelighetshensynet best ivaretas dersom en legger til grunn samme sannsynlighetskrav i alle avskjedssaker. For det tredje er en slik regel rimelig, sett fra arbeidstakers synspunkt, sett i lys av at en avskjed rammer så hardt. Videre vil man kunne unngå de helt urimelige utslag av regelen dersom man åpner for at det kan gjøres unntak etter en konkret vurdering.

3.5 Har Høyesterett med Rt. 2014 s. 1161 fastslått beviskravet i avskjedssaker generelt der faktum er sterkt belastende?

Til tross for at det nå må sies å gjelde en regel om skjerpet beviskrav i avskjedssaker der faktum er særlig belastende for arbeidstaker, er spørsmålet om en allikevel kan komme til et annet beviskrav etter en konkret vurdering. Førstvoterendes uttalelse i avsnitt 24 i Rt. 2014 s.

1161 gir svar på spørsmålet: "*Jeg nevner at selv om avskjedssaker ofte vil være basert på sterkt belastende omstendigheter for arbeidstakeren, kan det tenkes at det i enkelte tilfeller foreligger forhold som gjør at det likevel vil være riktig å anvende det alminnelige beviskravet*". (Min utheving).

Med denne uttalelsen åpnet Høyesterett for at det i hver enkelt sak må gjøres en konkret vurdering av om andre forhold kan begrunne anvendelsen av det alminnelige beviskravet. Beviskravet kan derfor ikke sies å være fastlagt generelt for avskjedssaker der de faktiske forhold er særlig belastende for arbeidstaker med denne dommen. Selv om Høyesterett unnlater å gå nærmere inn på spørsmålet om hvilke forhold som kan føre til at det alminnelige beviskravet anvendes, gir obiter dictum-uttalelsen en pekepinn på hvordan Høyesterett vil bedømme lignende spørsmål i fremtidige saker jf. punkt 1.4. At hensynet til tredjeperson bør gi grunnlag for at beviskravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt anvendes, ble fremhevet av Tønnesen og Selman i deres artikkel i *Arbeidsrett*.⁶¹ Før denne artikkelen fantes det ikke juridisk teori som behandlet dette spørsmålet. Det fantes eksempler på underrettspraksis som drøftet spørsmålet, men det var svært varierende hvorvidt hensynet til tredjeperson ble vektlagt eller ei.⁶² Selv om Høyesterett ikke henviser til artikkelen i dommen, er det grunn til å tro at artikkelen har vært med på å danne grunnlaget for Høyesteretts uttalelse. Også høyesterettspraksis fra andre rettsområder har lagt til grunn at andre forhold kan være så tungtveiende at det ikke er grunnlag for å fravike overvektsprinsippet til tross for at det er spørsmål om å legge til grunn et belastende faktum. Avgjørelsen er således i tråd med øvrig høyesterettspraksis på dette spørsmålet.⁶³

Utfordringen i fremtidige avskjedssaker vil derfor bli å avveie de hensyn som taler for et skjerpet beviskrav mot de hensyn som taler mot et skjerpet beviskrav. I det følgende vil jeg gi eksempler på forhold som har vært vektlagt i tidligere høyesterettspraksis fra andre rettsområder, og som kan tenkes å begrunne anvendelsen av et annet beviskrav i avskjedssaker til tross for at de faktiske forhold er særlig belastende for arbeidstaker.

⁶¹ Tønnesen/Selman 2013 s. 274-275

⁶² LB-1995-02761, LB-2005-08280 og LF-2009-019374

⁶³ Se som eksempel Rt. 2006 s.1657 og Rt. 2004 s.1046

3.6 Alminnelig sannsynlighetsovervekt til tross for belastende faktum?

3.6.1 Tilfeller der hensynet til tredjeperson gjør seg gjeldende

I rettspraksis på arbeidsrettens område er det særlig hensynet til tredjeperson som har vært anført som argument for at det ikke er grunnlag for å fravike overvektsprinsippet til tross for at de faktiske forhold er belastende.⁶⁴ Høyesterett har vektlagt hensynet til tredjeperson også på andre rettsområder forut for Rt. 2014 s. 1161.⁶⁵

I tilfeller der arbeidstaker har opptrådt klanderverdig overfor eksempelvis brukere av tjenester som arbeidsgiver tilbyr og som arbeidstaker har et særskilt ansvar for, vil hensynet til brukeren kunne begrunne at det alminnelige beviskravet anvendes. I slike tilfeller vil det gjøre seg gjeldende sterke hensyn på begge parter side; det er belastende for arbeidstaker å bli beskyldt for eksempelvis å ha begått seksuelle overgrep mot en pasient han har ansvar for. I tillegg er det klart at hensynet til den som er utsatt for det påståtte overgrepet veier tungt. Begrunnelsen for at det i disse tilfellene vil være riktig å legge til grunn et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, må være at man etter en konkret vurdering anser konsekvensene av en uriktig dom for det påståtte offeret som så tungtveiende at hensynet til arbeidstaker tillegges mindre vekt. Et viktig poeng i denne forbindelse er at domstolene ikke kan gi dom for at arbeidstakeren skal plasseres i en annen stilling hos arbeidsgiver hvor det ikke er fare for at arbeidstakeren begår nye overgrep. I praksis er det nok likevel slik at arbeidsgiver forsøker å unngå at arbeidstakeren fortsetter å ha slikt ansvar overfor pasienten i kraft av sin styringsrett. Hvorvidt domstolene vil legge vekt på dette argumentet, er usikkert. Hensynet til at brukere av helsetjenester og lignende må kunne føle seg trygge på at deres helse og behov blir tilstrekkelig ivaretatt veier tungt.⁶⁶

På arbeidsrettens område er det flere dommer fra lagmannsrettene avsagt før Rt. 2014 s. 1161 som tar stilling til spørsmålet om hensynet til tredjeperson kan begrunne anvendelsen av et mildere beviskrav. Her er imidlertid praksis sprikende sammenlignet med de alminnelige

⁶⁴ LB-1995-02761, LB-2005-08280 og LF-2009-019374

⁶⁵ For eksempel i Rt. 2004 s. 1046 (spørsmål om samværsrett) og i Rt. 2007 s. 1851, legeautorisasjonsdommen

⁶⁶ Hensynet til pasientsikkerhet ble vektlagt ved fastleggelsen av beviskravet i Rt. 2007 s. 1851, legeautorisasjonsdommen

avskjedstilfellene der det bare er hensynet til arbeidstaker og arbeidsgiver som må veies opp mot hverandre. I LF-2009-019374, som gjaldt en arbeidstaker som var avskjediget grunnet mistanke om utilbørlig maktbruk overfor en eldre pasient, anførte kommunen at hensynet til pasienten måtte medføre at det gjaldt et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette ble også lagt til grunn av lagmannsretten. Både LB-1995-02761 og LB-2005-08280 gjaldt avskjed av lærer grunnet påstand om overgrep mot elever. Også her anførte arbeidsgiver at hensynet til elevene måtte medføre at det gjaldt et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. I begge disse dommene ble imidlertid ikke påstanden engang drøftet av lagmannsretten. En grunn til at det har vært såpass store variasjoner i hvilket beviskrav som legges til grunn, kan være at avveiningen mellom hensynet til arbeidstaker og hensynet til tredjeperson er svært vanskelig, nettopp fordi hensynene til begge parter veier tungt. Vurderingen må dermed nødvendigvis bli helt konkret.

LB-2014-101611 ble avsagt i etterkant av Rt. 2014 s. 1161. Saken gjaldt en vernepleier som ble avskjediget og en assistent som ble oppsagt fra sin stilling ved en omsorgsbolig i kommunen med den begrunnelse at de hadde utsatt to av brukerne for grove krenkelser. Ettersom lagmannsretten kom til at bevisene samlet sett innebar en kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at pleierne hadde krenket brukerne på en måte som ga grunnlag for avskjed og oppsigelse, ble ikke spørsmålet om beviskravets styrke satt på spissen. Dommen inneholder imidlertid en henvisning til Høyesteretts obiter dictum-uttalelse i avsnitt 24 i Rt. 2014 s. 1161, og lagmannsretten viser til at saken nettopp gjelder et slikt typetilfelle hvor Høyesterett mener at det kan være riktig å anvende det alminnelige beviskravet. Dommen vitner om at de underordnede domstolene i lignende saker fremover vil legge større vekt på hensynet til tredjeperson ved fastleggelsen av beviskravet. Etter at Høyesterett har tilkjennegitt at hensynet til tredjeperson er et relevant forhold ved fastleggelsen av beviskravet i avskjedssaker, og at dette kan tilsi anvendelse av det alminnelige beviskravet, er det også grunn til å tro at dette i større grad vil bli fremhevet fra arbeidsgivers side i avskjedssaker fremover. Dette skyldes at når Høyesterett stadfester at hensynet til tredjeperson er et relevant forhold, vil dette veie tyngre enn en dom fra lagmannsretten som i én bestemt sak kom til at de konkrete forhold gjorde det rimelig å anvende det alminnelige beviskravet.

3.6.2 Kan bevissikringshensynet begrunne anvendelse av det alminnelige beviskravet?

Et annet hensyn som kan tale for anvendelsen av det alminnelige beviskravet, er bevissikringshensynet. I de fleste arbeidsrettslige tvister er det arbeidsgiver som den sterke part som har den beste muligheten til å sikre bevis. Hvor arbeidstaker har hatt både mulighet og oppfordring til å sikre bevis, men har latt være, og arbeidsgiver ikke har hatt en tilsvarende mulighet, er det imidlertid gode grunner for å lempe beviskravet i favør av arbeidsgiver. Dette gjelder også i tilfeller der arbeidstaker aktivt har ødelagt bevis. Dersom arbeidstaker kan bebreides for å ha skapt den uklare bevissituasjonen, kan det tenkes at bevisbyrden i første omgang snus. Dette innebærer at det er arbeidstaker som må fremlegge bevis som tilsier at avskjeden var urettmessig. Er arbeidstaker sterkt å bebreide, kan det også tenkes at beviskravet skjerpes. I forarbeidene til tvisteloven ble det særlig fremhevet to typetilfeller der beviskravet kan tenkes å bli skjerpet. Det første typetilfellet er situasjoner der en part har hatt mulighet og oppfordring til å sikre bevis, men ikke har gjort det. Det andre typetilfellet er situasjoner der en part kan bebreides for å ha skapt den uklare bevissituasjonen, eksempelvis gjennom destruering av bevis.⁶⁷

Et eksempel på en dom der beviskravet ble lempet grunnet den ene partens klanderverdige atferd, er Rt. 1990 s. 688. Høyesterett konkluderte med at forsikringselskapet ikke svarte for skaden da det etter en konkret bevisvurdering ble lagt til grunn at føreren av bilen hadde vært påvirket av alkohol under kjøringen. Han var tidligere frifunnet for promillekjøring i samme saksforhold. At bilføreren ikke reagerte som en edru bilfører ville gjort, var ikke bare et bevismoment i vurderingen av om han var påvirket, men det fikk også betydning for hvilket beviskrav som måtte stilles.

Om beviskravet uttalte førstvoterende: "*[J]eg antar at det i utgangspunktet må kreves en klar sannsynlighetsovervekt for i et forsikringsoppgjør å legge til grunn at bilføreren har kjørt i påvirket tilstand. Det er særlig to betraktninger som tilsier dette. For det første bør det i alminnelighet kreves solid bevis for å legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i straffbart eller sterkt klanderverdig forhold. For det annet bør ikke en forsikringstaker være utsatt for å tape sin forsikringsdekning på et uklart faktisk grunnlag. Disse betraktninger kan*

⁶⁷ NOU 2001:32 s. 459

imidlertid etter omstendighetene krysses av andre hensyn som det er alminnelig akseptert at retten må legge vekt på når det foreligger uklarhet om de faktiske forhold. Et slikt hensyn er at tvil om de faktiske forhold i mange tilfelle bør gå ut over den som på grunn av sin egen atferd er nærmest til å bære risikoen for den uklarhet som foreligger. Denne betraktning gjør seg gjeldende overfor en forsikringstaker som har forsømt å bidra til avklaring av de faktiske omstendigheter som knytter seg til forsikringstilfellet, til tross for at han hadde sterk oppfordring til det. Både preventive hensyn og rettferdighetshensyn taler for at det må kunne legges vekt på et slikt forhold fra forsikringstakerens side, selv om det ikke rammes av noen av de positive regler i forsikringsavtaleloven". Etter å ha gjennomgått bilførerens atferd under ulykkessituasjonen, avslutter førstvoterende med å konkludere med at det "ikke er rimelig å stille de samme beviskrav til forsikringsselskapet når [bilføreren] gjennom sin egen klanderverdige atferd har skapt den uklarhet som foreligger." (Min utheving). I denne saken førte altså bilførerens klanderverdige atferd til at det ikke ble stilt like strenge beviskrav til forsikringsselskapet.

Mellom de sentrale teoretikerne på området er synet delt om beviskravet bør påvirkes av slike handlinger. Skoghøy er åpen for å la bevissikringshensynet påvirke beviskravet. Han understreker imidlertid at forutsetningen er at den ene parten hadde oppfordring til å sikre bevis.⁶⁸ Hov er derimot skeptisk til å la bevissikringshensynet påvirke beviskravet og viser til at bevissikringshensynet som atferdsregulering sannsynligvis er lite effektivt.⁶⁹ Jerkø argumenterer i samme retning.⁷⁰ Dersom arbeidstakers forsettlige ødeleggelse av bevis i en avskjedssak ikke får konsekvenser for beviskravet, vil dette i verste fall kunne medføre at arbeidstaker kan ødelegge enhver mulighet for arbeidsgiver til å avskjedige ham/henne. I tillegg har uttalelsene i NOU 2001:32 vist til ovenfor en viss rettskildemessig vekt selv om loven selv ikke inneholder beviskravsregler. Jeg er derfor enig med Skoghøy i at bevissikringshensynet bør kunne påvirke beviskravet i avskjedssaker der den ene parten har hatt oppfordring til å sikre bevis.

⁶⁸ Skoghøy 2014 s. 897-898

⁶⁹ Hov Rettergang 2010 s. 1158-1159

⁷⁰ Jerkø 2014 s. 289-303

3.7 Kan det etter omstendighetene gjelde et ytterligere skjerpet beviskrav?

I Rt. 2014 s. 1161 hevdet arbeidstaker at det måtte gjelde et like strengt beviskrav som i strafferetten fordi arbeidstaker istedenfor kunne reist injuriersak mot arbeidsgiver. Påstanden ble avfeid med den begrunnelse at det dreier seg om to ulike sakstyper som reguleres av forskjellige regelsett, i tillegg til at anvendelse av et slikt beviskrav ville bryte helt med den tidligere rettspraksis knyttet til erstatningskrav etter en frifinnende straffedom. Også påstanden om brudd på uskyldspresumsjonen ble avvist av Høyesterett. Begrunnelsen for dette var at avskjeden av A utelukkende var *"en rent sivilrettslig sak uten innslag av sanksjoner som kan karakteriseres som straff"*, jf. dommens avsnitt 29.

Selv om beviskravet aldri vil bli så strengt som i straffesaker, inneholder ikke dommen noe forbehold om at beviskravet ikke kan skjerpes enda mer, slik at det kan tenkes at Høyesterett i enkelte saker finner grunn til å skjerpe beviskravet ytterligere. Det finnes flere eksempler fra Høyesterett som viser at det sivilrettslige beviskravet er relativt. I Rt. 2008 s. 1409 uttalte førstvoterende: *"Det at man i sivile saker legger til grunn det faktum som er mest sannsynlig, danner bare et utgangspunkt, og dette prinsippet kan ikke strekkes lenger enn begrunnelsen rekker."* Også uttalelser i Rt. 2005 s. 1322 tilsier at Høyesterett vil kunne skjerpe beviskravet ytterligere dersom det foreligger sterke nok hensyn. Om fastleggelsen av beviskravet uttalte førstvoterende: *"Det er altså hvor det sivilrettslige kravet må baseres på et særlig belastende faktum, at beviskravet skjerpes. [...]Spørsmålet må avgjøres ut fra en konkret vurdering av det aktuelle forholdet. Hvor sterkt beviskravet skal skjerpes, kan også variere."* (Mine uthevninger).

Et eksempel på en dom der det ble lagt til grunn et enda strengere beviskrav enn kvalifisert sannsynlighetsovervekt, er Rt. 1939 s. 365. Spørsmålet var om moren med bindende virkning hadde avgitt et samtykke om å adoptere bort barnet sitt. Om beviskravet uttalte justitiarius Berg, som tilhørte flertallet, at *"Vår rett anerkjenner som bindende en avtale om at en mor for all fremtid fraskriver sig retten til sitt barn til fordel for adoptivforeldre. Men en må ikke se bort fra at morskjenslen er en av de sterkeste og mest opprinnelige menneskelige følelser. Rettsordenens forutsetning for å godkjenne en avtale som river over båndet mellom mor og barn må derfor være at det er full sikkerhet for at den er bygget på morens rolige og modne overlegg og med full oversikt fra hennes side over alle rettsfølgene."* (Min uthevning).

Begrunnelsen for det skjerpede beviskravet var i dette tilfellet at konsekvensene for moren av en uriktig dom i hennes disfavør ville være betydelig verre enn en uriktig dom i disfavør av adoptivforeldrene.

Rt. 1999 s. 1363, Karmøysaken, gjaldt et borgerlig erstatningskrav der tiltalte var frifunnet i straffesaken for å ha voldtatt og drept en kvinne. Til tross for at det dreide seg om ekstreme handlinger, ble det her stilt krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Grunnen til at beviskravet ble skjerpet i Rt. 1939 s. 365, men ikke i Karmøysaken, kan skyldes at morsfølelsen "*er en av de sterkeste og mest opprinnelige menneskelige følelser*" jf. Rt. 1939 s.365 på side 369. Det ville stride mot de aller fleste menneskers rettsfølelse å frata en mor sitt barn uten at en var fullstendig sikker på at det var gitt samtykke til slikt. At beviskravet ikke ble skjerpet i ytterligere i Karmøysaken til tross for at det var tale om svært alvorlige handlinger, kan tilsi at handlingens grovhet i seg selv ikke kan medføre et ytterligere skjerpet beviskrav.

Spørsmålet er så om et ytterligere skjerpet beviskrav bør kunne gjelde i avskjedssaker ut fra en kumulasjon av konsekvensene av selve domsvirkningen og innholdet i det belastende faktum. Rt. 1939 s. 365 og Rt. 1999 s. 1363 viser at terskelen for å skjerpe beviskravet utover hva som er gjort i Rt. 2014 s. 1161 er særdeles høy. Hensynet til arbeidstaker tilsier at beviskravet bør skjerpes i tilfeller der det er spørsmål om å legge til grunn ekstreme handlinger. I motsatt, og sannsynligvis avgjørende retning, trekker hensynet til arbeidsgiver og hensynet til reglenes effektivitet. Avskjedsreglenes praktiske betydning vil svekkes dersom et enda strengere beviskrav legges til grunn, og kan i praksis medføre at det blir umulig for arbeidsgiver å avskjedige arbeidstakere. Det er imidlertid grunn til å påpeke at beviskravet "*kvalifisert sannsynlighetsovervekt*" i seg selv til en viss grad er relativt jf. punkt 2.4, slik at kravet i praksis kan bli høyere i noen saker enn i andre saker uten at det kommer direkte frem av domspremissene.

3.8 Avslutning

En hovedårsak til det høye antallet tvister som omhandler avskjeders rettmessighet er at avskjed er den mest inngripende reaksjon en arbeidsgiver har mot en arbeidstaker som ikke overholder sine forpliktelser. I kombinasjon med at det faktum som danner grunnlaget for en

avskjed gjennomgående vil være svært alvorlig for arbeidstaker, har dette ført til at man ut fra reelle hensyn (både generell og konkret rimelighet) har tatt til orde for et skjerpet beviskrav i avskjedssaker. Dette til tross for at verken lov eller forarbeider til arbeidsmiljøloven inneholder uttalelser i retning av et skjerpet beviskrav. Rettspraksis viser at unntak fra regelen kan gjøres dersom det anføres vektige hensyn som taler for at det alminnelige beviskravet bør legges til grunn. I slike tilfeller må det foretas en konkret avveining mellom hensynet til arbeidstaker og de(t) andre hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. I oppgaven har jeg forsøkt å finne en presis norm for når det skjerpede beviskravet kommer til anvendelse i avskjedssaker. Rettspraksis fra Høyesterett viser at beskyldningens karakter er et sentralt hensyn ved fastleggelsen av beviskravet. Beskyldninger om alvorlige straffbare handlinger ligger i kjernen av hvilke beskyldninger som vil medføre et skjerpet beviskrav. Også beskyldninger om ikke-straffbare forhold vil etter sin art kunne medføre et skjerpet beviskrav, dersom det er tale om infamerende beskyldninger. På dette punkt finnes det imidlertid liten veiledning i rettskildene på hvilke forhold som eventuelt kan begrunne et skjerpet beviskrav. Det finnes heller ikke eksempler på høyesterettspraksis som drøfter den nedre terskelen for hvilke beskyldninger som og hva slags konsekvenser som eventuelt vil medføre et skjerpet beviskrav. Av den grunn er det vanskelig å oppstille et mer presist vurderingstema utover det som er gjort i denne oppgaven. Det hadde derfor vært interessant om problemstillingen ble underlagt en bredere vurdering av Høyesterett enn det som ble gjort i Rt. 2014 s. 1161.

Utviklingen av regelen om et skjerpet beviskrav i avskjedssaker der de faktiske forhold er belastende for arbeidstaker har skjedd gradvis gjennom rettspraksis og teori, og regelen fikk sin endelige bekreftelse med Rt. 2014 s. 1161. Det er likevel ingen grunn til å tro at utviklingen i retning av et enda strengere avskjedsvern for arbeidstakere vil stanse opp med det første. Per dags dato er det imidlertid ikke rettslig grunnlag for å operere med en generell regel om skjerpet beviskrav i avskjedssaker. Utfordringen i fremtidige saker blir å finne en regel som på best mulig måte balanserer hensynet til arbeidstaker, hensynet til arbeidsgiver og hensynet til eventuelle tredjepersoner.

Litteraturliste

Bokinnførsler

- Andenæs 2004 Andenæs, Johs., Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg:
Alminnelig strafferett. 5. utgave. Oslo : Universitetsforlaget,
2004
- Eckhoff 1943 Eckhoff, Torstein: *Tvilsrisikoen.* Oslo : Johan Grundt Tanum,
1943
- Eckhoff 2001 Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære.* 5. utgave ved Jan E.
Helgesen. Oslo : Universitetsforlaget, 2001
- Fanebust 2001 Fanebust, Arne: *Oppsigelse i arbeidsforhold.* 4. utgave. Oslo :
Universitetsforlaget, 2001
- Fanebust 2013 Fanebust, Arne: *Innføring i arbeidsrett. Den individuelle del.* 3.
utgave. Oslo : Universitetsforlaget, 2013
- Fleischer 1995 Fleischer, Carl August: *Rettskilder.* Oslo : Ad Notam
Gyldendal, 1995
- Fleischer 1998 Fleischer, Carl August: *Rettskilder og juridisk metode.* Oslo :
Ad Notam Gyldendal, 1998
- Gisle 2010 Gisle, Jon: *Jusleksikon.* 4. utgave. Oslo 2010
- Hov 2010 Hov, Jo: *Innføring i prosess I og 2.* Oslo : Papinian, 2010
- Hov Rettergang 2010 Hov, Jo: *Rettergang I og II.* Oslo : Papinian, 2010

- Jakhelln 2006 Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utgave. Oslo : N.W.Damm & Søn, 2006
- Jerkø 2014 Jerkø, Markus: *Rettslig bevisvurdering – Om dens rammer, redskaper og grensene for vår erkjennelse*. Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, cop. 2015.
- Johansen/Stueland Johansen, Atle Sønsteli og Stueland, Einar: *Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis*. Oslo : Gyldendal Akademisk, 2011
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utgåve. Bergen : Universitetsforlaget, 2004
- Robberstad 2012 Robberstad, Anne: *Sivilprosess*. 2. utgave. Oslo : Fagbokforlaget, 2012
- Skjønberg/Hognestad 2014 Skjønberg, Alexander Næss og Hognestad, Eirik: *Individuell arbeidsrett*. Oslo : Gyldendal Juridisk, 2014
- Skoghøy 2014 Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvisteløsning*. 2. utgave. Oslo : Universitetsforlaget, 2014
- Strandbakken 2003 Strandbakken, Asbjørn: *Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo"*. Bergen : Fagbokforlaget, 2003
- Strandberg 2012 Strandberg, Magne: *Beviskrav i sivile saker – en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*. Bergen : Fagbokforlaget, 2012

Lover og forskrifter

1814	Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814
1902	Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
1965	Lov om fritaking for militærtjeneste av overbevisningsgrunner (militærnekerloven) av 19. mars 1965 nr. 3
1969	Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26
1989	Lov om yrkesskadeforsikring (yrkesskadeforsikringsloven) av 16. juni 1989 nr. 65
2001	Lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven) av 20. april 2001 nr. 13
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 14
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62

Konvensjoner

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller, 1950. (Vedlegg 2 til: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30. Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse)). Finnes på lovdata.no. (Siteringsdato 22.04.2015)
-----	--

Forarbeider

NOU 1987: 9	Arbeidstidsreformer
NOU 2001: 32	A Rett på sak
Ot.prp. nr. 44 (1988-89)	Om lov om yrkesskadeforsikring
Ot.prp. nr. 10 (2007–2008)	Om lov om endringer i lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven)

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1910 s. 476
Rt. 1922 s. 624
Rt. 1939 s. 365
Rt. 1965 s. 1075
Rt. 1985 s. 211
Rt. 1987 s. 657
Rt. 1989 s. 689
Rt. 1989 s. 950
Rt. 1990 s. 688
Rt. 1990 s. 1082
Rt. 1992 s. 64
Rt. 1995 s. 1641
Rt. 1996 s. 864
Rt. 1996 s. 1635
Rt. 1999 s. 14
Rt. 1999 s. 64
Rt. 1999 s. 1363
Rt. 2000 s. 59
HR-2001-956
Rt. 2002 s. 1517

Rt. 2003 s. 1671
Rt. 2004 s. 321
Rt. 2004 s. 970
Rt. 2004 s. 1046
Rt. 2005 s. 1322
Rt. 2006 s. 1657
Rt. 2007 s. 1217
Rt. 2007 s. 1851
Rt. 2008 s. 1409
Rt. 2009 s. 695
Rt. 2014 s. 1161

Lagmannsrettsavgjørelser

LB-1995-02761
LB-2001-01114
LB-2005-08280
LB-2008-013510
LB-2013-142386
LB-2013-207759
LB-2014-101611

LE-2008-181467
LE-2013-189982

LF-2009-019374

LG-2005-92583
LG-2010-033542

Artikler

- Graver 2004 Graver, Hans Petter: *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 4-5, 2004, s. 465-498
- Tønnessen/Selman 2013 Tønnesen, Ingeborg og Selman, Camilla: *Beviskravet i saker om avskjed og oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold*. I: Arbeidsrett nr. 2 2013, s. 274-290
- Løvlie 2009 Løvlie, Anders: *Beviskrav i fartssaker*. Lov og rett nr. 3 2009, s. 166–180
- Brosveet 1995 Brosveet, Anders: *Fornærmedes erstatningskrav ved frifinnende straffedom*. Spesialfagsavhandling ved Institutt for offentlig rett Universitetet i Oslo 1995.