

Unnlatt bevissikring og beviskravreglene

*Betydningen av unnlatt bevissikring ved
fastleggelsen av beviskrav og bevisbyrde i
sivile saker*

Kandidatnummer:
104

Antall ord:
33 878



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

1	Om temaet.....	5
2	Metode og terminologi.....	7
2.1	Metodiske betraktninger og fremgangsmåter.....	7
2.2	Terminologiske presiseringer og avgrensninger	10
3	Beviskrav og bevisbyrde.....	14
3.1	Utgangspunkter og unntak	14
3.2	Er beviskrav og bevisbyrde to forskjellige krav?.....	16
3.3	Krav om robusthet?.....	22
4	Behovet for bevissikringsregelen.....	24
4.1	Problemet med unnlatt bevissikring.....	24
4.2	Unnlatt bevissikring som moment i bevisvurderingen.....	24
4.3	Erstatning for tapt sak	25
4.4	Erstatning for sakskostnader	26
4.5	Fraværsavgjørelse.....	27
4.6	Rettergangsbot.....	28
4.7	Behov for bevissikringsregelen?	29
5	Grunnlaget for bevissikringsregelen – finnes en slik regel?.....	30
5.1	Påstått regel under angrep	30
5.2	Loggiver om bevissikringsregelens eksistens	32
5.3	Rettspraksis om bevissikringsregelens eksistens	34
5.3.1	Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin)	34
5.3.2	Rt 1976 s. 239 (Lastebil)	35
5.3.3	Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven).....	37
5.3.4	Rt 1989 s. 674 (Struma).....	38

5.3.5	Rt 1990 s. 688 (Promille)	39
5.3.6	Rt 2009 s. 920 (Slakterskade).....	41
5.3.7	HR-2016-2579-A (Selvmord).....	42
5.3.8	Betydningen av rettspraksis	43
5.4	Reelle hensyn	44
5.4.1	Tvistelovens hensyn	44
5.4.2	Preventive hensyn og hensynet til materielt riktig avgjørelse	45
5.4.3	Rimelighetshensyn.....	48
5.4.4	Forutsigbarhet	51
5.5	Er bevissikringsregelen gjeldende rett?.....	52
6	Innholdet i bevissikringsregelen	54
6.1	Om vurderingen.....	54
6.2	Innvirkning på sakens opplysning	55
6.3	Mulighet til å sikre beviset	56
6.3.1	Unnlatende parts mulighet til å sikre bevis	56
6.3.2	Betydningen av motpartens mulighet til å sikre bevis.....	58
6.4	Oppfordring til å sikre beviset.....	62
6.4.1	Vurderingstema	62
6.4.2	Bevisets potensielle viktighet for sakens opplysning	65
6.4.3	Betydningen av hva som må ofres for bevissikring – sakens betydning.....	74
6.4.4	Synlig behov for bevissikring.....	77
6.4.5	Andre momenter	79
6.5	Rettsvirkninger av bevissikringsregelen	80
6.5.1	Om drøftelsen	80
6.5.2	Hvilke virkninger bevissikringsregelen tilsier.....	81
6.5.3	Hvor store endringer bevissikringsregelen tilsier	83
6.5.4	Den endelige fastsettelsen av sannsynlighetskravet	84

6.6	Bevissikringsregelens anvendelse ved negativ bevisadferd	86
7	Avslutning	90
8	Kildeliste	91
8.1	Lover	91
8.2	Forarbejder	91
8.3	Rettsavgjørelser	92
8.3.1	Rt-henvisninger	92
8.3.2	HR-henvisninger	94
8.3.3	Underrettspraksis	94
8.4	Juridisk litteratur	94

1 Om temaet

Temaet for avhandlingen er hvordan beviskravet og bevisbyrden kan påvirkes av at en part unnlater å sikre bevis. Når en part unnlater å sikre bevis som kan opplyse saken vil det svekke sakens opplysning. Grunnlaget for å fastslå hvilke faktiske påstander som skal legges til grunn blir da mer usikkert.¹ Det er hevdet at beviskravet og/eller bevisbyrden kan endres i disfavør av en part dersom parten unnlater å sikre beviser til tross for mulighet og oppfordring til å sikre beviset, og motparten ikke har hatt tilsvarende mulighet eller oppfordring.² I det følgende kaller jeg denne påstanden «bevissikringsregelen».³ Jeg skal drøfte om det er grunnlag for en slik generell regel som åpner for å ta hensyn til unnlatt bevissikring ved fastleggelsen av bevisbyrde- og beviskravreglene. Videre skal jeg drøfte det eventuelle innholdet i en slik regel.

Beviskrav og bevisbyrde kan ha stor betydning for utfallet av en sak. Temaet mitt har derfor interesse for rettsanvendere, særlig dommere og advokater, som skal vurdere virkningen av at en part i en konkret sak har unnlatt å sikre bevis. Videre har avhandlingen interesse for enhver som i ulike situasjoner må vurdere om potensielle bevis skal sikres eller ikke. Det er alt fra forbrukeren som vurderer om hun skal ta vare på kvitteringen fra buksekjøpet, til rørleggeren som vurderer om hun skal ta bilde av membranen før hun legger fliser over, eller skipsverftet som vurderer om de skal kvitte seg med et opprustet skipsskrog.

Selv om temaet er viktig er det uavklart. Tvisteloven har ikke generelle bevisbyrde- og beviskravregler.⁴ Bevisbyrde- og beviskravreglene er utviklet av domstolene.⁵ Eksistensen av bevissikringsregelen er behandlet av Høyesterett, men med varierende tydelighet og grundighet.⁶ Det nærmere innholdet i regelen er i enda mindre grad behandlet av Høyesterett.⁷ Juridisk teori har stort sett nøyd seg med å diskutere eksistensen av en slik regel. Synene er imidlertid sprikende og debatten har ikke ført til noen klargjøring av rettstilstanden.⁸

¹ Se tilsvarende betraktning i Hjort (2016) s. 13.

² Se Skoghøy (2017) s. 936 i relasjon til beviskravet og s. 917 i relasjon til bevisbyrden.

³ Uttrykket kan gi assosiasjoner til andre regler knyttet seg til bevissikring. Når jeg bruker uttrykket i denne avhandlingen sikter jeg til en regel tilsvarende påstanden jeg skisserer ovenfor.

⁴ Se NOU 2001:32 s. 459-460 og Schei m.fl (2013) s.777.

⁵ Se HR-2016-2579-A (Selvmord) i avsnitt 32 og 41.

⁶ Se punkt 5.3.

⁷ Se kapittel 6.

⁸ Se, Michelsen (1999) s. 225, Nygaard (2000) s. 523-524, Backer (2015) s. 310, Robberstad (2015) s. 281-282, Skoghøy (2017) s. 936 og Strandberg (2017) s. 59, som synes i større eller mindre grad å anerkjenne betraktninger tilsvarende bevissikringsregelen. Motsatt Hov (2017) s. 255 og Jerkø (2017) s. 355 og 372 som begge synes skeptiske.

Innholdet i en eventuell bevissikringsregel er nesten ikke beskrevet.⁹ Uenigheten knytter seg både til hva som kan tolkes ut av rettspraksis, og om bevissikringsregelen er en fornuftig regel. Min avhandling søker å avklare både hva som følger av rettspraksis, og om en slik regel er fornuftig.

Beviskravet og bevisbyrden kan variere etter hvilken sak som behandles. Denne avhandlingen begrenser seg til behandlingen av sivile saker. Avhandlingen knytter seg til avgjørelser som avgjør realitetene i kravene, normalt dommer,¹⁰ som avsies etter hovedforhandling etter reglene om allmennprosessen.¹¹ Avhandlingen begrenses til saker hvor partene har fri rådighet over saken, såkalte dispositive saker.¹² I indispositive saker er det andre regler for bevisføringsplikten for retten, og spørsmålene avhandlingen reiser kan tenkes å stille seg annerledes i indispositive saker enn dispositive saker.¹³

For en rettsanvender som skal vurdere følgene av unnlatt bevissikring er det nødvendig å fastslå at det har skjedd unnlatt bevissikring. Denne avhandlingen tar ikke for seg spørsmålene en slik vurdering reiser. For avhandlingen er det nødvendig å forutsette at parten har unnlatt å sikre bevis.

Det er ikke bare partene som har tilgang til mulige bevismidler. Det kan reise spørsmål om beviskravet og bevisbyrden kan endres i en parts disfavør på grunn av andres handlinger.¹⁴ Spørsmål om identifikasjon kan ha stor praktisk interesse, men er ikke et tema for denne avhandlingen. For denne avhandlingen vil det legges til grunn at den ene parten er ansvarlig for unnlattelsen.

⁹ Se imidlertid Eckhoff (1943) s. 70 flg., Nygaard (2002) s. 56 flg., og Strandberg (2012) i kapittel 9, som alle er inne på innholdet i lignende betraktninger som bevissikringsregelen. Skoghøy (2017) s. 936 nøyer seg med å angi vilkårene.

¹⁰ Se tvl. § 19-1 (1).

¹¹ Se tvl. kapittel 9. Se også Hjort (2016) s. 15 med samme begrensning og begrunnelse.

¹² Se Hjort (2016) s. 14 med videre henvisninger til annen litteratur.

¹³ Se Hjort (2016) s. 14-15 med samme begrensning og begrunnelse.

¹⁴ Se Zahle (1976) s. 427-429 om tilsvarende spørsmål i dansk rett.

2 Metode og terminologi

2.1 Metodiske betraktninger og fremgangsmåter

Avhandlingen er rettsdogmatisk med formål om å avklare gjeldende rett.¹⁵ Spørsmålene avhandlingen reiser drøftes i lys av rettskildene hvor rettskildelæren styrer kildenes relevans, slutning og vekt.¹⁶ Jeg skal i dette punktet kommentere noen generelle metodiske særtrekk ved avhandlingen.

Jeg avgrensner mot bevisteoretiske spørsmål, med mindre det er nødvendig å ta stilling til slike spørsmål for å avklare gjeldende rett.¹⁷ Det er likevel en særlig utfordring at temaet er nært knyttet til både bevisteoretiske og faktiske spørsmål. Ved å avgrense avhandlingen til de rettslige spørsmålene kan likevel temaet drøftes rettsdogmatisk.¹⁸ Om kildene omhandler rettslige spørsmål eller bevisteoretiske og/eller faktiske spørsmål har likevel betydning for kildenes relevans.

Som jeg skrev i kapittel 1, har avhandlingen to hovedproblemstillinger. Spørsmålet om vi har grunnlag for bevissikringsregelen knytter seg til om relevante og tilstrekkelig tungtveiende kilder har dannet rettsgrunnlag for en regel med de vilkår og rettsvirkninger bevissikringsregelen gir uttrykk for.¹⁹ Spørsmålet knyttet til innholdet i en eventuell bevissikringsregel går ut på å klargjøre det generelle innholdet i regelen.²⁰

Selv om tvisteloven ikke regulerer temaet, ble det kommentert av Tvistemålsutvalget.²¹ Systembetraktninger utledet fra lovverket, særlig tvisteloven, kan også ha betydning.²² Det påvirker likevel vekten av slutninger fra både forarbeidene og tvisteloven at loven ikke

¹⁵ Se Andersson (2016) s. 15 med tilsvarende innfallsvinkel på lignende utfordring.

¹⁶ Se Askeland (2013) s. 17 flg. om rettsdogmatisk metode. Se også Bernt (1995) kapittel 2 om viktige føringer ved bruk av rettsdogmatisk metode i vitenskapelige arbeider.

¹⁷ Se Strandberg (2012) s. 24-27 om forskjellene mellom rettsdogmatikk og bevisteori.

¹⁸ Se Andersson (2016) s. 32 flg. for en nærmere drøftelse av slike utfordringer. Se også Jerkø (2017) s. 102-103.

¹⁹ Se nærmere Nygaard (2004) s. 62 om kravet til rettsgrunnlag, og s. 256 flg. om hva som ligger i å finne rettsgrunnlag for ulovfestede regler. Jeg anvender det Nygaard på s. 331-332 beskriver som «regelperspektiv».

²⁰ Se Nygaard (2004) kapittel 4 punkt III og IV for en nærmere forklaring av skillet mellom etablering av en regel og presisering av innholdet i regelen.

²¹ Se NOU 2001:32 punkt 16.4, se nærmere punkt 5.2

²² Se Askeland (2013) s. 20-21 om betydningen av såkalte «koherensideal». Se også Skoghøy (2016) s. 85.

regulerer spørsmålet. Stortinget har aldri fattet vedtak angående temaet, og i hvert fall forarbeidene får generelt mindre vekt.²³

Høyesterettspraksis er den primære kilden for beviskravreglene og vil være styrende for drøftelsene mine.²⁴ Dersom annet ikke presiseres vil avgjørelser fra Høyesterett være dommer avsagt i avdeling.²⁵

En særlig utfordring er at Høyesterettspraksis ikke knytter seg til samstemt terminologi.²⁶ Det medfører for det første en utfordring med innhenting av avgjørelser. Varierende formuleringer gjør det utfordrende å fange opp relevante avgjørelser i Lovdata. Jeg har derfor gått gjennom Retstidende årgang for årgang fra 1990 til 2018. Arbeidet har vært tidkrevende. Gjennomgangen har derfor vært rask, og relevante avgjørelser kan ha blitt oversett. Jeg har forsøkt å minimere risikoen for å overse relevante avgjørelser ved søk gjennom Lovdata i tillegg. Jeg har også undersøkt avgjørelsene juridisk teori viser til.

En andre utfordring med sprikende terminologi oppstår ved tolkningen av avgjørelsene. Med sprikende terminologi er det utfordrende å tolke hver enkelt avgjørelse, samt å se flere avgjørelser i sammenheng med hverandre og opp mot en generell regel. Dermed vil også tolkningsmetodene av hver enkelt avgjørelse variere alt etter hvor tydelig den enkelte avgjørelsen er.²⁷ Såkalt «anført ratio decidendi» er ønskelig. Det innebærer å utlede rettssetningen Høyesterett bygger på, og er den tolkningsmåten som normalt gir slutningen størst vekt.²⁸ Ved utydelige avgjørelser kan det likevel være nødvendig å benytte såkalt «konstruert ratio decidendi». Det innebærer å finne en rasjonell begrunnelse som kan forklare dommens resultat der Høyesterett selv ikke begrunner utfallet.²⁹

Også juridisk teori om temaet bærer preg av sprikende terminologi. Juridisk teori har uansett liten vekt utover den forutsigbarheten teori kan gi dersom det foreligger en klar og samstemt

²³ Se Nygaard (2004) s. 45 om betydningen av at det ikke gjøres lovvedtak.

²⁴ Se Nygaard (2004) s. 319-320, og Strandberg (2017) s. 51-52 om rettspraksis som rettsgrunnlaget for beviskravreglene.

²⁵ Hvilket organ i Høyesterett som har avsagt avgjørelsen har betydningen for vekten, se nærmere Skoghøy (2002) s. 327-328 og Backer (2015) s. 53. Avgjørelser som brukes flere ganger vil benevnes med uoffisielt kallenavn.

²⁶ Se Robberstad (2015) s. 278.

²⁷ Se Nygaard (2004) s. 321 hvor han skisserer tre måter å tolke dommer på.

²⁸ Se Nygaard (2004) s. 321 om hva som ligger i «anført ratio decidendi» og vekten av slike tolkninger.

²⁹ Se Nygaard (2004) s. 321 om hva som ligger i «konstruert ratio decidendi» og vekten av slike tolkninger.

oppfatning.³⁰ Som et rettsvitenskapelig bidrag skal jeg likevel fortløpende orientere drøftelsene mot andre syn i teorien.³¹

Reelle hensyn har stor betydning for min avhandling, både i lys av det øvrige rettskildebildet og innenfor sivilprosessen generelt.³² Både eksistensen av og innholdet i bevissikringsregelen må være i samsvar med sentrale hensyn på sivilprosessens område.³³ Det reiser spørsmål om hvilke reelle hensyn som er relevante. Tvisteloven har en formålsbestemmelse i tvisteloven § 1-1 med sentrale mål for prosessen i første avsnitt, og virkemidler for å nå målene i andre avsnitt.³⁴ Hensyn som utledes fra bestemmelsen er ofte relevante og får normalt en del vekt i lys av at de er autorisert av lovgiver.³⁵

Hensynet til materielt riktig avgjørelse er et bærende hensyn i sivilprosessen,³⁶ og er særlig aktuelt for min avhandling. Noe upresist kan hensynet forklares som et mål om at domstolen skal anvende jussen korrekt på korrekt faktum.³⁷ For min avhandling er det målet om at retten skal legge til grunn korrekt faktum som er interessant. Argumenter som har støtte i dette hensynet har normalt en del vekt i lys av hensynet tunge forankring og sentrale funksjon i sivilprosessen. I forlengelsen av hensynet til materielt riktig avgjørelse er det et viktig hensyn at saken blir så godt opplyst som mulig – gjerne kalt hensynet til best mulig opplyst sak.³⁸ Hensynet bygger på at jo bedre grunnlaget for bevisvurderingen er, jo bedre forutsetninger har retten til å legge til grunn korrekt faktum, altså treffe materielt riktig avgjørelse.

Også andre reelle hensyn, både de som utledes av formålsbestemmelsen og fra andre relevante kilder, kan komme inn. Jeg gir imidlertid ingen generell gjennomgang av de aktuelle hensynene, men kommenterer de fortløpende.

Utenlandsk rett er nedprioritert. Temaet er behandlet grundigere i både svensk og dansk rett.³⁹ Når jeg likevel nedprioriterer utenlandsk rett, skyldes det at vekten av slutninger derfra vil

³⁰ Se Aasland (2007) s. 670-671 om vekten av juridisk teori.

³¹ Se Bernt (1995) s. 12.

³² Se Skoghøy (2016) kapittel 2 og 5.

³³ Se Skoghøy (2013) og Skoghøy (2016) s. 87.

³⁴ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 363.

³⁵ Se Nygaard (2004) s. 43-44.

³⁶ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 36 og NOU 2001:32 s. 131-132. Se også Backer (2015) s. 29, Robberstad (2015) s. 12-14, og særlig Strandberg (2012) s. 171-178 og Hjort (2016) s. 70-76 som gir en grundig redegjørelse av hensynet.

³⁷ Se Backer (2015) s. 29.

³⁸ Se Strandberg (2012) s. 558.

³⁹ Se for eksempel Ekelöf m.fl (2009) s. 133-135 og Gomard & Kistrup (2013) 656-657 med videre henvisning til dansk retspraksis. Se Strandberg (2012) s. 564-565 for relevante syn i utenlandsk rett.

være liten siden jeg ikke har oversikt over rettssystemene.⁴⁰ Det er en svakhet jeg ikke har hatt tid til å eliminere, da jeg har prioritert en omfattende gjennomgang av Høyesterettpraksis. Jeg foretar derfor ingen komparativ analyse av utenlandsk rett. Jeg vil likevel vise til utenlandsk rett der det er interessante poenger eller likheter, uten at det nødvendigvis har nevneverdig vekt.

2.2 Terminologiske presiseringer og avgrensninger

Terminologien på bevisrettens område varierer. Jeg skal ikke avklare terminologiske diskusjoner, men jeg skal presisere hvilket meningsinnhold jeg legger til grunn for uttrykk som er sentrale for avhandlingen.

Med «bevis» mener jeg informasjon eller opplysninger om faktiske omstendigheter. Det er informasjon om at noe er eller ikke er, har vært eller kommer til å bli.⁴¹ Jeg avgrenser mot bevis om rettsspørsmål.⁴² Informasjonen knytter seg til et «bevistema». Et «bevistema» er en påstand om de faktiske omstendighetene. Det er en påstand om at noe er eller ikke er, har vært eller ikke vært, kommer til å være eller ville blitt på en bestemt måte.⁴³ Bevistemaet angir hva som må bevises.⁴⁴ Jeg legger til grunn en vid forståelse av «bevis». Det innebærer at all informasjon omfattes, enten informasjonen direkte eller indirekte kaster lys over et bevistema, eller informasjon bare belyser annen informasjon som knytter seg til et bevistema.⁴⁵

Informasjonen tolkes ut fra «bevismidler». «Bevismidler» er kildene eller mediene informasjonen fremkommer av.⁴⁶ Tidvis brukes «bevis» både om informasjonen om de faktiske omstendighetene og kilden for informasjonen.⁴⁷ Jeg holder informasjonen og kilden for informasjonen adskilt. Der jeg skriver «bevis» sikter det til informasjon om faktiske omstendigheter,⁴⁸ mens jeg sikter til kilden for informasjonen når jeg skriver «bevismiddel». Det er vanlig å skille mellom ulike typer bevismidler.⁴⁹ Min avhandling knytter seg primært

⁴⁰ Se Rt 2015 s. 385 avsnitt 32.

⁴¹ Se tilsvarende NOU 2001:32 s. 943, Strandberg (2012) s. 49, Backer (2015) s. 279, Hjort (2016) s. 16 og Øyen (2016) s. 322.

⁴² Se tvl. § 11-3 og Skoghøy (2017) s. 876 flg. for en nærmere redegjørelse av bevisførsel om rettsspørsmål.

⁴³ Se Strandberg (2012) s. 411 og Backer (2015) s. 279

⁴⁴ Se Strandberg (2013) s. 17 og Jerkø (2017) s. 46.

⁴⁵ Se Øyen (2016) s. 322 om sontringen.

⁴⁶ Se tilsvarende NOU 2001: 32 s. 943, Strandberg (2012) s. 50, Backer (2015) s. 279 og Hjort (2016) s. 16-17.

⁴⁷ Se Backer (2015) s. 279, Øyen (2016) s. 322 og Jerkø (2017) s. 156.

⁴⁸ Ofte kalt «bevisdata», se for eksempel Strandberg (2012) s. 49-50.

⁴⁹ Se tvl kapittel 23 til 26 som knytter seg til henholdsvis partsforklaringer, vitneforklaringer, sakkyndigbevis og realbevis. Se Skoghøy (2017) s. 753 om betydningen av oppdelingen.

til det som kalles «realbevis». Det vil si «personer og gjenstander [...], hvor personen eller gjenstanden, eller dens egenskaper, tilstand eller innhold, inneholder informasjon».⁵⁰ Det kan tenkes at betraktningene i avhandlingen også gjør seg gjeldende for andre typer bevismidler. Det vil imidlertid gi et uhandterlig kildemateriale og være for tidkrevende å drøfte flere typer bevismidler i dette prosjektet.

Retten avgjør hvilken informasjon som skal tolkes ut av bevismidlene gjennom en «fri bevisvurdering».⁵¹ I den «frie bevisvurderingen» sammenholder retten informasjonen fra alle bevismidlene i en sak for å avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn som sann.⁵² Bevisvurderingen kan i utgangspunktet bare bygge på de bevismidler som utgjør avgjørelsesgrunnlaget, normalt de bevisene partene fører under hovedforhandlingen.⁵³ I tillegg kan retten trekke inn «faktiske forhold som er erkjent av en part, vitterlige kjensgjerninger og den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde».⁵⁴

Etter bevisvurderingen har dommeren en formening om hvor sannsynlig partenes faktumpåstander er. Ofte sitter dommeren igjen med en større eller mindre tvil om hvilke påstander som stemmer. Bevisbyrde- og beviskravreglene stiller da krav til sannsynligheten for å legge til grunn en påstand som sann.⁵⁵

«Beviskravet» angir «hvor god grunn dommeren må ha til å tro at en faktumpåstand er sann før hun kan basere dommen på at den er sann».⁵⁶ Det sier altså noe om hvilken grad av overbevisning som kreves. Beviskravet deles ofte opp i ulike grader: «mulig», «sannsynlig» (sannsynlighetsovervekt), «klar sannsynlighetsovervekt», «åpenbart» og «sikkert».⁵⁷

«Bevisbyrden» angir hvilken faktumpåstand som må tilfredsstille beviskravet for å legges til grunn for sakens løsning.⁵⁸ Bevisbyrden formuleres også som et spørsmål om hvem det går

⁵⁰ Jf. tvl. § 26-1. Se Skoghøy (2017) s. 837 flg. om realbevis.

⁵¹ Se tvl § 21-2 (1), Schei m.fl. (2013) s.775-776 og Skoghøy (2017) s. 895. Enkelte har reist spørsmål om hvor fri bevisvurderingen egentlig er, se Kolflaath (2011) s. 160 flg., Strandberg (2012) s. 335 flg. og Løvlie (2014) s. 29. Se også NOU 2016:24 s. 262 om samme innvendinger.

⁵² Se Robberstad (2015) s. 271 og Skoghøy (2017) s. 895. Se også NOU 2016:24 s. 38.

⁵³ Se tvl § 21-2 (2) jf. § 11-1 (1).

⁵⁴ Jf. tvl § 21-2 (3). Se Schei m.fl. (2013) s. 779 flg. og Skoghøy (2017) punkt 14.2 og 14.3 for en nærmere redegjørelse av hva bevisvurderingen kan bygge på.

⁵⁵ Se Backer (2015) s. 306, Løvlie (2014) s. 323 og Skoghøy (2017) s. 912 med videre henvisning til Strandberg (2012) s. 361 flg. om hva som ligger i «sannsynlighet».

⁵⁶ Se Strandberg (2012) s. 18.

⁵⁷ Se Robberstad (2015) s. 279-280 og Skoghøy (2017) s. 912-913 om oppdelingen. Se Graver (2004) s. 467 som operer med tre grader, og Strandberg (2017) s. 53-55 med drøftelse av de ulike nivådelingene.

⁵⁸ Se Strandberg (2012) s. 296-297 og Skoghøy (2017) s. 911.

utover at det er tvil om beviskravet er oppfylt.⁵⁹ Den bevisbyrdebærende påstanden legges ikke til grunn for sakens løsning dersom den ikke oppnår tilstrekkelig overbevisning hos dommeren.

Det skilles ofte mellom «objektiv bevisbyrde» og «subjektiv bevisbyrde».⁶⁰ Den objektive bevisbyrden tilsvarer det jeg skrev om bevisbyrde ovenfor, og er en rettslig norm.⁶¹ Den subjektive bevisbyrden sikter til hvem som under bevisføringen må føre flere bevis for å overbevise dommeren slik bevissituasjonen er på et gitt tidspunkt.⁶² Dermed kan den subjektive bevisbyrden endre seg fortløpende alt etter hvilke bevis som føres.⁶³

Det er den objektive bevisbyrden som er interessant for min avhandling. Det skyldes at den subjektive bevisbyrden ikke er en rettslig regel eller krav, men en praktisk virkning av reglene om objektiv bevisbyrde, beviskrav og den konkrete bevisfremleggelsen.⁶⁴ Likevel er det et metodisk poeng å skille mellom den «subjektive» og den «objektive» bevisbyrden ved tolkning av rettskildene. Høyesterett bruker tidvis formuleringer som er nærliggende å forstå som en henvisning til den objektive bevisbyrden, men hvor Høyesterett i realiteten behandler den subjektive bevisbyrden.⁶⁵ Det må avklares om det er den objektive eller subjektive bevisbyrden avgjørelsene egentlig behandler. Avgjørelser knyttet til den subjektive bevisbyrden er i utgangspunktet irrelevante for mitt tema.

Tidvis blandes også spørsmålet om bevisføringsplikt sammen med spørsmålet om bevisbyrden.⁶⁶ Det er imidlertid to forskjellige spørsmål som må holdes adskilt. Man kan godt si at følgene av beviskravet eller bevisbyrden er at den ene parten får en oppfordring eller et behov for å føre beviser for at hun skal vinne frem med sin påstand. Det er imidlertid bare en refleks av at hun har bevisbyrden, og ikke en rettslig plikt.⁶⁷

Med «unnlatt bevissikring» mener jeg tilfeller der en part har hatt mulighet til å innhente bevis, men lar være å gjøre det. Det kan også tenkes at parten gjør aktive handlinger for å hindre at beviset blir innhentet av andre, eller unnlater å produsere bevismidler som gir opplysninger om saken. Det avgrenser mot tilfeller der parten har beviset i sin besittelse i

⁵⁹ Se Rt 2009 s. 920 avsnitt 35, Backer (2015) s. 306 og Jerkø (2017) s. 90 flg og s. 116.

⁶⁰ Se Eckhoff (1943) s. 16 flg., Strandberg (2012) s. 296-298, Robberstad (2015) s. 274, Backer (2015) s. 306, Skoghøy (2017) s. 911-912 og Hov (2017) s. 248-249. Samme i dansk rett, se Gomard & Kistrup (2013) s. 655.

⁶¹ Se Backer (2015) s. 306 og Skoghøy (2017) s. 911.

⁶² Se Strandberg (2012) s. 296, Backer (2015) s. 306 og Skoghøy (2017) s. 912.

⁶³ Se Rt 2007 s. 817 avsnitt 40, Graver (2004) s. 467 og Robberstad (2015) s. 274.

⁶⁴ Se Strandberg (2012) s. 297. Alle forfatterne som beskriver skillet synes å være av samme oppfatning.

⁶⁵ Se Skoghøy (2017) s. 911 med videre henvisning til Rt 2002 s. 1155 og Rt 2007 s. 817.

⁶⁶ Se eksempelvis Graver (2004) s. 466 og kapittel 4.

⁶⁷ Se Robberstad (2011) s. 66, Strandberg (2012) s. 296 og Hov (2017) s. 248.

utgangspunktet. Parten som unnlater å sikre bevis kaller jeg «unnlatende part», mens den andre parten blir betegnet som «motparten».⁶⁸

Innholdet i «unnlatt bevissikring» er snevrere enn det som kalles «negativ-» eller «rettsstridig bevisadferd» (heretter «negativ bevisadferd»)⁶⁹ Negativ bevisadferd omfatter de fleste aktive og passive handlinger som påvirker omfanget eller kvaliteten av bevisene som fremlegges, og dermed har en negativ innvirkning på sakens opplysning.⁷⁰ En part har eksempelvis destruert, manipulert eller fabrikkert bevismidler. Unnlatt bevissikring er også en form for negativ bevisadferd. Fellestrekket er at en part gjennom sin adferd svekker sakens opplysning.⁷¹ Jeg avgrensner mot negativ bevisadferd generelt fordi dommene jeg bygger på primært handler om innhenting av bevis. Videre vil det sprengne rammene for avhandlingen å behandle negativ bevisadferd generelt med alle nyanser og særproblemstillinger det medfører. I punkt 6.6. skal jeg likevel drøfte hvorvidt resultatene jeg finner kan ha overføringsverdi til negativ bevisadferd mer generelt.

Forholdet mellom «unnlatt bevissikring» og «negativ bevisadferd» kan ses som et spørsmål om «bevissikring» skal forstås vidt eller snevert. Den snevre forståelsen er den jeg har lagt til grunn: innhenting av beviser parten ikke har i sin besittelse. En vid forståelse kan sikte til både innhenting, oppbevaring og fremleggelse uten at beviser har blitt manipulert eller lignende. En vid forståelse av «bevissikring» er dermed synonymt til «negativ bevisadferd». Hvis det anses som et spørsmål om forståelsen av «bevissikring», er det usikkert om kildene som bruker «bevissikring» eller lignende formuleringer begrenses til innhenting av bevis, eller sikter til den vide forståelsen. Avgrensningen og begrunnelsen for avgrensningen er likevel den samme som ovenfor. Jeg finner det uansett hensiktsmessig å etablere en sikker kjerne som deretter kan bygges videre på, fremfor at hele grunnlaget for bevissikringsregelen blir beheftet med en terminologisk usikkerhet.

En siste presisering er at «unnlatt bevissikring» knytter seg til innhenting av bevis, altså informasjonen, ikke konkrete bevismidler. Det fremkommer av blant annet Rt 2015 s. 321 (Nybil). En forbruker bestilte en tyskimportert bil som etter avtalen skulle være «nybil» med kilometerstand på 160 kilometer. Bilen hadde gått 897 kilometer ved levering. Ved spørsmålet om hvorfor bilen hadde gått lengre enn avtalt hevdet kjøperen at bilen var blitt brukt som demonstrasjonsbil. Selger var uenig. Det ble holdt mot selger at han ikke hadde klarlagt hva bilen ble brukt til selv om selger hadde mulighet og oppfordring til dette.⁷² Hvordan, eller rettere sagt med hvilke bevismidler, sier ikke Høyesterett noe om.⁷³ Avgjørende var dermed at det ikke var sikret opplysninger – bevis.⁷⁴

⁶⁸ Hjort (2016) eksempelvis s. 142 synes også å bruke uttrykket «unnlatende part».

⁶⁹ Se Strandberg (2012) s. 546 hvor han behandler «den normative atferdsteori» som ble introdusert i Zahle (1976) s. 402 flg. Se også Kolflaath (2013) s. 143 som bruker begrepet «bevisadferd».

⁷⁰ Se Strandberg (2012) s. 546 med henvisning til Zahle (1976) s. 409-410, samt Strandberg (2012) s. 549.

⁷¹ Se NOU 2001:32 s. 459 og Schei m.fl (2013) s. 778 med formuleringer knyttet til partens adferd.

⁷² Se dommens avsnitt 41.

⁷³ Samme i Rt 2007 s. 687, se dommens side 63 hvor det presiseres at et ukeblad burde sikret bevis for samtykke til å publisere en rekke artikler. Heller ikke her stilles krav om bestemte bevismidler.

⁷⁴ Se Strandberg (2012) s. og Zahle (1976) s. 409-410.

3 Beviskrav og bevisbyrde

3.1 Utgangspunkter og unntak

Beviskravet varierer alt etter hvilke rettsspørsmål saken gjelder. Det alminnelige utgangspunktet i sivile saker er likevel at det kreves at en faktumpåstand er mer sannsynlig enn usannsynlig for å legges til grunn som riktig. I dette ligger at påstanden har en høyere sannsynlighet for seg enn negasjonen.⁷⁵ Det betegnes ofte som «sannsynlighetsovervekt» eller «overvektprinsippet». Overvektprinsippet ble lagt til grunn i Rt 1992 s. 64 (P-pilledom II) og er senere fulgt opp i omfattende rettspraksis.⁷⁶ Den vanligste begrunnelsen for overvektprinsippet er at det vil lede til flest materielt riktige avgjørelser på sikt.⁷⁷ Overvektprinsippet begrunnes også med at det er rettferdig med lik fordeling av tvilen siden det ofte er likestående interesser på begge sidene i sivile saker – såkalte «kontrære interesser».⁷⁸

De senere årene har begrunnelsen for overvektprinsippet blitt kritisert.⁷⁹ Strandberg synes skeptisk til at overvektprinsippet kan begrunnes med at det gir flest riktige avgjørelser, og mener at begrunnelsen er et postulat.⁸⁰ Han peker på tre forhold: for det første er det uklart hva påstanden sikter til, for det andre er det usikkert om påstanden har empirisk støtte, og for det tredje at det ikke er noen god grunn til å tro at overvektprinsippet gir flere materielt riktige avgjørelser enn andre beviskrav.⁸¹ Innvendingene er imidlertid av bevisteoretisk karakter. Det er ikke tvil om at overvektprinsippet er gjeldende rett, noe også Strandberg selv legger til grunn.⁸² Det er likevel et poeng at Strandbergs innvendinger kan bidra til å svekke

⁷⁵ Se Strandberg (2005) s. 83.

⁷⁶ Se Skoghøy (2017) s. 914 med henvisning til omfattende rettspraksis. Se også NOU 2001:32 s. 459, Nygaard (2002) s. 53, Schei m.fl (2013) s. 777, Backer (2015) s. 307 og Strandberg (2017) s. 55-56. Dette skiller seg fra dansk rett hvor overvektprinsippet spiller en mindre sentral rolle og det ofte stilles høyere krav, se Gomard & Kistrup (2013) s. 649.

⁷⁷ Se HR-2016-2579-A (Selvmord) i avsnitt 33. Se også Eckhoff (1943) s. 64, Skoghøy (2017) s. 914, Hov (2017) s. 249 og Strandberg (2017) s. 56. Se Strandberg (2012) s. 89 som formulerer tankerekken bak begrunnelsen for overvektprinsippet.

⁷⁸ Se Skoghøy (2017) s. 914 og Strandberg (2017) s. 56.

⁷⁹ Se Strandberg (2012) s. 461-514. Se også Robberstad (2015) s. 285-287.

⁸⁰ Se Strandberg (2012) s. 90 og s. 463 flg..

⁸¹ Se Strandberg (2017) s. 56-58 hvor han selv redegjør for kritikken med henvisning til Strandberg (2012). Se også Jerkø (2017) punkt 5.5.2 som behandler Strandbergs innvendinger og kommer til motsatt slutning.

⁸² Se Strandberg (2013) s. 27-28 og Strandberg (2017) s. 55-56.

utgangspunktet om sannsynlighetsovervekt slik at det skal mindre til for å gjøre unntak.⁸³ Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 5.

Det alminnelige utgangspunkt for bevisbyrden er at det er de rettsstiftende eller rettsendrende faktiske påstandene som bærer bevisbyrden.⁸⁴ Hvis Peder fremmer krav om erstatning fra Kåre, er det Peder som hevder at han har stiftet en rett til erstatning. Peder har da bevisbyrden. Begrunnelsen for et slikt utgangspunkt er å verne om det etablerte, gjerne kalt stabilitetshensyn eller vern av status quo.⁸⁵ Tanken er at den som har innrettet seg etter en rettstilstand ikke skal risikere å tape sin innrettelse med mindre det er tilstrekkelig sikkert at innrettelsen skal vike. Det kan også begrunnes i at det er verre å miste noe man har, enn å miste muligheten til å få noe nytt.⁸⁶

Det kan gjøres unntak fra utgangspunktene jeg har pekt på ovenfor. Dette følger tydelig av HR-2016-2579-A (Selvmord). En mann som hadde slitt med angstlidelser døde da han falt fra et vindu i fjerde etasje. Til tross for sterke indikasjoner på selvmord, var det også gode indikasjoner på at det ikke var et selvmord. De etterlatte krevde forsikringsutbetaling. Forsikringen gjaldt ikke ved selvmord, og det sentrale bevisstemaet var om fallet var selvmord eller en ulykke. Spørsmålet om hvilket beviskrav som gjaldt ble anket til Høyesterett. Høyesterett tok utgangspunkt i de «alminnelige domstolskapte beviskravreglene» og sa at «[d]et alminnelige utgangspunktet i sivile saker er at domstolene skal bygge på det faktum som anses mest sannsynlig [...] Dette alminnelige utgangspunktet kan fravikes».⁸⁷ Dommen er klar på at det kan gjøres unntak fra de alminnelige utgangspunktene.⁸⁸

Unntak kan for det første gjøres i lov. Det finnes en rekke lovbestemmelser som pålegger den ene parten bevisbyrden selv om denne parten ikke fremmer det rettsstiftende eller rettsendrende kravet. Et eksempel er arbeidsmiljøloven § 13-8. Bevisbyrden snus mot arbeidsgiver dersom arbeidstaker eller arbeidssøker «fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering». Det er en såkalt «kløyvd bevisbyrde» som begrunnes delvis i at arbeidsgiver er den som oftest sitter på nødvendige opplysninger.⁸⁹ Et

⁸³ Se Strandberg (2017) s. 58.

⁸⁴ Se Robberstad (2015) s. 277 og Skoghøy (2017) s. 916 med videre henvisninger til rettspraksis. Samme i dansk rett, se Gomard & Kistrup (2013) s. 660.

⁸⁵ Se Skoghøy (2017) s. 916.

⁸⁶ Eckhoff (1943) s. 132-134 er kritisk til en slik betraktning.

⁸⁷ Se dommens avsnitt 33 og 34.

⁸⁸ Se også Rt 2009 s. 920 avsnitt 36, Nygaard (2002) s. 54, Skoghøy (2016) s. 68. og Strandberg (2017) kapittel 3 for en gjennomgang av mulige unntak.

⁸⁹ Se Rt 2012 s. 424 (Aldersdiskriminering) avsnitt 33-36 med henvisninger til Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 90-91.

eksempel på lovbestemmelser hvor beviskravet endres er voldsoffererstatningsloven § 3 fjerde ledd. Her kreves det «klar sannsynlighetsovervekt» for at skadelidte er utsatt for en handling som omfattes av § 1. Det finnes også en rekke andre lovbestemmelser som fraviker de alminnelige utgangspunktene for bevisbyrden og beviskravet.⁹⁰

Unntak kan for det andre følge av rettspraksis.⁹¹ Gjennom rettspraksis er det utviklet et unntak som medfører at utgangspunktene for bevisbyrden og beviskravet kan fravikes dersom materielt uriktig avgjørelse i den ene retningen vil være vesentlig verre enn materielt uriktig avgjørelse i den andre retningen.⁹² Det samme dersom et sivilt krav bygger på et straffbart eller særlig klanderverdig forhold.⁹³

Det er hvorvidt unnlatt bevissikring kan gi grunnlag for unntak fra de alminnelige utgangspunktene jeg skal drøfte i denne avhandlingen. Først er det nødvendig å avklare enkelte spørsmål om beviskrav og bevisbyrde.

3.2 Er beviskrav og bevisbyrde to forskjellige krav?

Eckhoff mente beviskrav og bevisbyrde burde anses som ett felles spørsmål.⁹⁴ Hov mener også at beviskrav og bevisbyrde i realiteten er to sider av samme sak.⁹⁵ Strandberg formulerer det som et spørsmål om det er to atskilte kriterier, eller to elementer i ett krav han kaller «sannsynlighetskrav».⁹⁶ Selv om spørsmålet er bevisteoretisk, er det nødvendig for meg å ta stilling til det. Dersom det er to separate krav kan jeg ikke uten videre bruke rettspraksis om det ene kravet til å utlede en regel som også gjelder for det andre kravet. Det er også et viktig premiss for drøftelsen av bevissikringsregelen om det prinsipielt er to utgangspunkter det vurderes unntak fra eller ett. Spørsmålet i det følgende er dermed om bevisbyrde og beviskrav er separate krav for å kunne legge til grunn en faktumpåstand som sann, eller om det er to elementer i ett felles krav.

⁹⁰ Se Skoghøy (2017) s. 917-924 og 927-933 med gjennomgang av lovregler som gjør unntak fra de alminnelige utgangspunktene. Se også Backer (2015) s. 308-309 om betydningen av lovgivning for utgangspunktene.

⁹¹ Se Skoghøy (2016) s. 68 og Strandberg (2017) s. 58-59.

⁹² Se Skoghøy (2017) s. 923-924.

⁹³ Se HR-2016-2579-A (Selvmord) i avsnitt 34 flg. for en gjennomgang av rettstilstanden ved spørsmålet om å fravike overvektprinsippet ved straffbare eller klanderverdige forhold. Se også Skoghøy 2017 s. 934 for en nærmere redegjørelse av unntaket.

⁹⁴ Se Eckhoff (1943) s. 15-16.

⁹⁵ Se Hov (2017) s. 249-250 med videre henvisning til Eckhoff.

⁹⁶ Se Strandberg (2005) s. 81-82 og Strandberg (2012) s. 301.

Twistemålsutvalget er inne på beviskrav og bevisbyrde i sine generelle drøftelser.⁹⁷ Så vidt jeg kan se tar de ikke stilling til spørsmålet jeg behandler. Uansett kan ikke slutninger fra forarbeidene gis nevneverdig vekt ved dette spørsmålet. Som vi så i punkt 2.1 regulerer ikke loven spørsmålet. I tillegg tar Twistemålsutvalget avstand fra å ta stilling til spørsmålet. Det svekker vekten ytterligere.

Fra rettspraksis er det vanskelig å utlede en klar oppfatning. Begrepsbruken varierer og ofte er Høyesterett utydelige på hva de vurderer. Et eksempel er Rt 2006 s. 1657.⁹⁸ Spørsmålet var om ekteskapet mellom en pakistansk mann og en norsk kvinne var reelt. Et spørsmål var hvor stor sannsynlighet som kreves for å legge til grunn at ekteskapet ikke var reelt. Førstvoterende behandler «hvilke krav til bevis som skal stilles i saker av denne karakter» og kommer til at «det ikke kan kreves noen klar overvekt av sannsynlighet for at et ekteskap ikke er reelt».⁹⁹ Andrevoterende slutter seg til førstvoterende sitt syn på «krav til sannsynlighetsovervekt og bevisbyrde i saker av denne art».¹⁰⁰ Tredjevoterende uttaler at «[i] spørsmålet om bevisbyrden i saker av denne karakter er jeg enig med lagmannsretten som mente [...] at det må kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt».¹⁰¹ Bakgrunnen for dissensene er ikke det interessante i vår sammenheng. Det som er interessant er at tre dommere bruker helt forskjellige formuleringer på akkurat det samme spørsmålet. Når det innad i samme dom brukes såpass forskjellige uttrykk er det vanskelig å utlede klare holdepunkter for Høyesteretts oppfatning om spørsmålet.¹⁰²

I andre saker er Høyesterett tydeligere. I Rt 2012 s. 424 (Aldersdiskriminering) var spørsmålet om en søker til utlyst stilling var blitt aldersdiskriminert. Ved slike spørsmål gjelder, som vi så ovenfor, en såkalt «kløyvd bevisbyrde» jf. arbeidsmiljøloven § 13-1. Om bevisbyrden uttalte Høyesterett det «[a]t bevisbyrden snus, har altså betydning for hvem tvil går utover. Beviskravet er det samme som ellers - alminnelig sannsynlighetsovervekt».¹⁰³ Her er Høyesterett tydelig på forskjellen mellom bevisbyrden og beviskravet. En slik tydelig uttalelse kan tilsi at Høyesterett mener at bevisbyrde og beviskrav er to separate kriterier.¹⁰⁴

⁹⁷ Se NOU 2001:32 kapittel 16.4.

⁹⁸ Se Robberstad (2011) s. 65-66 som bruker samme eksempel.

⁹⁹ Se dommens avsnitt 36.

¹⁰⁰ Se dommens avsnitt 44.

¹⁰¹ Se dommens avsnitt 52.

¹⁰² Andre eksempler på ustø behandling er Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde) og Rt 1982 s. 414 (NVE).

¹⁰³ Se dommens avsnitt 40.

¹⁰⁴ Også i andre dommer er Høyesterett tydelig på om de behandler beviskravet eller bevisbyrden, se for eksempel I Rt 1990 s. 688 (Fyllekjører), Rt 2015 s. 1246, HR-2016-2579-A (Selvmord) Og HR-2018-872-A.

Ser en alle dommene under ett er imidlertid ikke Høyesterett konsekvent. Høyesterett har dermed ikke avklart spørsmålet om beviskrav og bevisbyrde skal anses som to separate kriterier eller elementer i ett kriterium.

Spørsmålet har lenge vært gjenstand for debatt i juridisk teori. Som vist mener Eckhoff det er uheldig å skille mellom hvem som har bevisbyrden og hvilken bevisstyrke som kreves (beviskrav). Han begrunner standpunktet med at «[d]et er de samme hensyn som bør være avgjørende for løsningen av begge spørsmål». Han mener de bør sammenfattes til ett spørsmål om «[h]vor stor del av tvilsrisikoen bør hver av partene bære».¹⁰⁵ Gitt at det er to påstander som er gjensidig utelukkende, betyr det at 100 % sannsynlighet for påstand A tilsvarer 0 % sannsynlighet for påstand B. Dersom man anvender Eckhoffs syn om fordeling av tvilsrisiko,¹⁰⁶ er det tilstrekkelig å svare på hvilket intervall av sannsynlighetsgrader partene bærer tvilen for. Hvis vi tenker oss en lik fordeling av tvilsrisikoen har parten som fremmer påstand A risikoen for all tvil i intervallet 0-50 % for påstand A. I dette intervallet vinner parten som fremmer påstand B. Parten bak påstand B har risikoen for tvil i intervallet 50-100 % sannsynlighet for påstand A (0-50 % for påstand B). Tvilsrisikoen er da fordelt slik at hver part har risikoen for den andelen av tvil som tilsier at den andres påstand legges til grunn. Ved å plassere risikoen ut fra et intervall vil spørsmålet om hvor mye sannsynlighet som kreves inngå i spørsmålet om tvilsrisiko.¹⁰⁷ Det samme gjelder spørsmålet om bevisbyrde.¹⁰⁸

Eckhoffs syn har fått blandet tilslutning. Hov synes å slutte seg til Eckhoff. Han skriver at en «ofte støter på den vrangstilling at det må skilles mellom spørsmålet om hvem som har plikt til å føre bevis, og de krav som må stilles til bevisets styrke».¹⁰⁹ Han argumenterer med at det i en sivil sak ikke foreligger en plikt til å føre bevis. Når Hov viser til skillet mellom «hvem som har plikt til å føre bevis» og beviskravet, mener jeg det er en annen diskusjon enn det jeg vurderer. Bevisbyrden er som nevnt i punkt 2.2 ikke et spørsmål om plikt til å føre bevis. Jeg forstår likevel Hov slik at han i stor grad slutter seg til Eckhoff.

I samme retning kan Strandberg forstås. Han legger til grunn at svensk-norsk bevisteori bygger på at det er to elementer i samme kriterium.¹¹⁰ Han behandler bevisbyrde og beviskrav

¹⁰⁵ Se Eckhoff (1943) s. 16.

¹⁰⁶ Nærmere beskrevet i Eckhoff (1943) s. 11-14.

¹⁰⁷ Noe han selv presiserer i Eckhoff (1949) s. 311.

¹⁰⁸ Se også Robberstad (2011) kap 5 som tilsynelatende forstår Eckhoff på samme måte.

¹⁰⁹ Se Hov (2017) s. 249.

¹¹⁰ Se Strandberg (2012) s.301-307.

som to elementer i ett «sannsynlighetskrav» og mener de må ses sammen. Også han legger til grunn at samme argumenter styrer både bevisbyrde og beviskrav.¹¹¹ Nygaard synes også å argumentere for at det er to «normative grunnspørsmål» som inngår i ett felles krav.¹¹²

Skoghøy tar ikke opp spørsmålet om beviskrav og bevisbyrde skal anses som samme eller forskjellige spørsmål. Han behandler imidlertid spørsmålene separat.¹¹³ Begrunnelsen for utgangspunktene er også ulike.¹¹⁴ Fremstillingen kan forklares med at det er en pedagogisk oppdeling. Samtidig gis det to forskjellige begrunnelser for utgangspunktene. Dersom det er to ulike hensyn som gjør seg gjeldende for hvert av spørsmålene, er det vanskelig å si at det er samme spørsmål.

Graver synes å legge til grunn at det er to spørsmål. Han synes ikke å være uenig i Eckhoffs standpunkt, men legger til grunn at det er en vanlig og praktisk nødvendig sontring.¹¹⁵ Samme gjør Robberstad som skriver at det er et terminologisk spørsmål, men at det er to ulike tankemessige operasjoner.¹¹⁶ Hun skriver videre at hun tror «Eckhoffs terminologi ikke har slått gjennom fordi det føles mer naturlig å operere med to begreper, selv om hans oppfatning kan virke besnærende». Hennes begrunnelse for å anse det som to spørsmålet er dermed dels begrunnet i at det er to ulike tankeprosesser, dels i at det er enklere å praktisere med to krav.¹¹⁷

Juridisk teori er sprikende og synes tidvis å diskutere ulike ting. Teorien får uansett begrenset vekt.¹¹⁸ Enkelte peker imidlertid på noen poenger som er verdt å undersøke nærmere.

Jeg er enig med Eckhoff og Strandberg i at det prinsipielt er samme betraktninger som begrunner hvor bevisbyrden og beviskravet skal plasseres.¹¹⁹ Selv om det er et utbredt syn at det er ulike hensyn som begrunner utgangspunktene for bevisbyrde og beviskrav,¹²⁰ mener jeg disse begrunnelsene kan anvendes om hverandre. Vi kan ta hensynet til vern at status quo som eksempel. Spørsmålet for dommeren er om hun kan legge til grunn faktumpåstand A for

¹¹¹ Se Strandberg (2012) s. 306.

¹¹² Se Nygaard (2002) s. 53.

¹¹³ Se Skoghøy (2017) kapittel 14.6 og 14.7. I kapittel 14.6 behandler han hvor stor sannsynlighet som må anses bevist, mens han i kapittel 14.7 spør hvilken påstand som må tilfredsstille kravet om sannsynlighet. Se også s. 911 hvor begrepene «beviskrav» og «bevisbyrde» gis to ulike forklaringer.

¹¹⁴ Se Skoghøy 2017 s. 914 om overvektprinsippet og s. 916 om begrunnelsen for utgangspunktet for bevisbyrden.

¹¹⁵ Se Graver (2004) s. 468-469.

¹¹⁶ Se Robberstad (2011) s. 73.

¹¹⁷ Se Robberstad (2011) s. 73 og Robberstad (2015) s. 273-274.

¹¹⁸ Se punkt 2.1 om vekten av juridisk teori.

¹¹⁹ Se også Graver (2004) s. 468-469 og Robberstad (2011) s. 73 som synes å legge til grunn det samme.

¹²⁰ Se punkt 3.1.

løsningen av saken. Faktumpåstand A er en rettsstiftende påstand. Med et skille mellom beviskrav og bevisbyrde vil vi da si følgende: Det er påstand A som har bevisbyrden, dette for å verne om det etablerte faktum B (status quo). Sagt med andre ord: etablerte faktum B kan ikke ryke uten tilstrekkelige holdepunkter for noe annet. Beviskravet er sannsynlighetsovervekt for A. Status quo anføres normalt ikke som en begrunnelse for beviskravet og det kan derfor sies at det er ulike hensyn bak bevisbyrden og beviskravet. Vi ser så bort fra skillet mellom beviskravet og bevisbyrden. Spørsmålet er fortsatt om dommeren kan legge til grunn den rettsstiftende faktumpåstanden A. Hensynet til status quo tilsier at det må være bedre holdepunkter for det rettsendrende enn det etablerte: etablerte B skal ikke ryke uten tilstrekkelige holdepunkter for noe annet. Det vil si at hensynet til status quo tilsier at faktumpåstand A kun kan legges til grunn dersom det er mer sannsynlig enn B. Først da er det ikke samme grunnen til å verne status quo. Med andre ord kan hensynet til status quo både anføres der det er et spørsmål om henholdsvis bevisbyrde og beviskrav, og der spørsmålet løftes opp og formuleres som ett felles spørsmål. Dette tilsier etter min mening at skillet prinsipielt ikke er begrunnet i de hensynene som aktualiseres ved spørsmålet om hvem tvil skal gå utover. At hensynene kan brukes på tvers av reglene tilsier også at de prinsipielt kan anses som samme krav.

Også ved spørsmålet om å endre kravene gjør samme hensyn seg gjeldende på tvers av kravene. Vi kan se for oss to eksempler. I den første saken fremmer A et rettsstiftende krav mot B. I den andre saken fremmer C et rettsstiftende krav mot D. I saken mellom A og B har B unnlatt å sikre det ene sentrale beviset. Utover dette ene beviset er det ingen andre beviser som i nevneverdig grad opplyser bevistemaet. A taper i utgangspunktet bevistemaet, siden hun har bevisbyrden. I saken mellom C og D har C unnlatt å sikre det sentrale. Men i denne saken finnes det andre opplysende bevis som samlet sett tilsier en knapp sannsynlighetsovervekt i favør av C. Utgangspunktet er da at D skal tape. For eksempelets skyld kan vi forutsette at jeg senere i avhandlingen kommer til at i slike tilfeller er det grunnlag for å påvirke bevisbyrden og/eller beviskravet.

Spørsmålet er så hvordan denne regelen kan påvirke hver av de to situasjonene. Vi kan først si at beviskravet endres. Vi sier at C må tåle et strengere beviskrav fordi hun unnlott å sikre det ene beviset som kunne hjulpet D. Det vil i så fall medføre at D nå vinner bevistemaet fordi C ikke kan sannsynliggjøre sin påstand med tilstrekkelig sikkerhet. I saken mellom A og B hjelper det imidlertid ikke å påvirke beviskravet. A har bevisbyrden, og uten noen bevis vil hun ikke kunne overkomme selv et lavt beviskrav. Men betraktningen som begrunnet

skjerpingen av beviskravet til fordel for D i situasjon to, gjør seg jo også gjeldende for A: Hun har fått mindre mulighet til å støtte sin sak på grunn av B`s unnlattelse av å sikre bevis. Og den eneste forskjellen mellom sakene er at det tilfeldigvis var andre beviser i den ene saken. Vi sier derfor at vi snur bevisbyrden. Det vil bidra til at samme betraktning hjelper A. Det vil imidlertid ikke hjelpe D. Hvis vi nøyer oss med å snu bevisbyrden i situasjon to vil fortsatt C har sannsynlighetsovervekt i sin favør.¹²¹

Eksempelene viser etter min mening at skillet mellom bevisbyrde og beviskrav er typetilfellebestemt alt etter bevissituasjonen og tilfeldigheter. Jeg er derfor enig med Eckhoff og Strandberg om at samme argumenter kan styre begge spørsmålene. Når det er samme hensyn og argumenter som styrer begge spørsmålene er det liten grunn til å ha et prinsipielt skille.

Eksempelet mitt ovenfor kan også harmoneres med synet om at det er praktisk å skille mellom bevisbyrde og beviskravet. Likevel trenger ikke det å medføre et prinsipielt skille. Det lar seg godt gjøre å ha et praktisk skille hvor man behandler kun det ene kravet. Men ved å prinsipielt anse det som to elementer i samme krav kan samme argumenter anvendes ved begge, og man unngår at tilfeldigheter som pekt på i eksempelet ovenfor blir avgjørende.¹²²

Selv om man mener at beviskrav og bevisbyrde er to elementer i ett krav, mener jeg ikke skillet er nytteløst eller bør fjernes.¹²³ Det er grunn til å skille mellom beviskrav og bevisbyrde i praksis rett og slett fordi det er enklest og praktisk å sondre. En slik betraktning kan også forklare hvorfor Høyesterett i noen saker er tydelige på forskjellen mellom beviskrav og bevisbyrde.¹²⁴ Et praktisk begrunnet skille uten prinsipielt betydning forklarer også at Høyesterett i andre saker ikke er tydelige på skillet og heller blander sammen vurderingene.¹²⁵ Dersom skillet hadde prinsipiell betydning, er det grunn til å tro at det hadde blitt undergitt en grundigere og mer bevisst behandling. Det er ikke nødvendig når skillet er begrunnet i at det er enklest å behandle de hver for seg.

Samlet sett er det få kilder som bidrar til å løse spørsmålet. Til syvende og sist kan det spørres om det er et spørsmål om hensiktsmessighet. Siden spørsmålet har metodisk betydning for min avhandling, legger jeg likevel avgjørende vekt på at de samme hensynene styrer både

¹²¹ Se mer om virkningene av bevissikringsregelen i punkt 6.5.

¹²² Se Jerkø (2017) s. 202-204 som tilsynelatende tar samme standpunkt.

¹²³ Se Jerkø (2017) s. 202-204.

¹²⁴ Som for eksempel Rt 2012 s. 424 (Aldersdiskriminering).

¹²⁵ Som for eksempel Rt 2007 s. 129 (Midlertidig ansettelse).

bevisbyrden og beviskravet. Når et praktisk skille likevel kan opprettholdes, ser jeg ingen avgjørende innvendinger mot å legge til grunn bevisbyrden og beviskravet som prinsipielt to elementer i ett felles krav. Jeg legger derfor til grunn for den videre drøftelsen at det er to elementer i ett felles krav.

Dermed kan kilder behandles opp mot dette felles kravet slik at det ikke er nødvendig å særskilt vurdere om kilden knytter seg til beviskravet eller bevisbyrden. For enkelhets skyld kommer jeg i det videre til å omtale dette felles kravet som «sannsynlighetskravet».¹²⁶ Bevissikringsregelen knytter seg dermed til sannsynlighetskravet generelt.

3.3 Krav om robusthet?

Enkelte tar til orde for et «robusthetskrav» i tillegg til sannsynligkravet.¹²⁷ Robusthetskravet retter seg mot det såkalte «informasjonsproblemet».¹²⁸ Informasjonsproblemet kan noe upresist sies å handle om hvor sikker oppfatningen av sannsynlighetsgraden for en påstand er. Det er med andre ord et spørsmål om hvor god grunn det er til å tro at sannsynlighetsvurderingen hadde blitt den samme dersom flere beviser ble ført.¹²⁹ Det knytter seg til spørsmålet om en sak er godt nok opplyst.¹³⁰ I forlengelsen av dette er robusthet «fravær av skjørhet overfor ny relevant informasjon.»¹³¹ Det innebærer at «sannsynlighetsgraden man er kommet til basert på de bevisene som faktisk er ført for domstolen, ikke eller i liten grad kan påvirkes av at nye bevis kommer til».¹³² Dersom man aksepterer robusthetskravet, kan man si at «[e]nhver faktumpåstand må dermed passere to beviskrav før det kan bli rettsfaktum i en dom – den må være robust nok og den må være sannsynlig nok».¹³³

Bevissikringsregelen tar hensyn til informasjonsproblemet ved fastsettelsen av sannsynlighetskravet. Det lar seg ikke gjøre med robusthetskravet som forutsetter at sannsynlighet og robusthet er to adskilte dimensjoner.¹³⁴ Dermed vil et slikt robusthetskrav

¹²⁶ Strandberg (2012) bruker tilsynelatende samme formulering.

¹²⁷ Se særlig Strandberg (2012) i kapittel 9 og Løvlie (2014) s. 212 og 335 flg..

¹²⁸ Se Strandberg (2012) s. 515 og Løvlie (2014) s. 336.

¹²⁹ Se Strandberg (2012) s. 515-518 og Løvlie (2014) s. 164-167. for en grundigere fremstilling av informasjonsproblemet.

¹³⁰ Se Strandberg (2012) s. 515.

¹³¹ Se Strandberg (2012) s. 533 og 542. Backer (2015) s. 306 betegner det som et spørsmål om hvor «omfattende eller spinkel» bevisføringen er.

¹³² Se Strandberg (2017) s. 545.

¹³³ Se Strandberg (2012) s. 590.

¹³⁴ Se Strandberg (2012) s. 576.

utelukke bevissikringsregelen som denne avhandlingen vurderer. Strandberg konkluderer med at et selvstendig robusthetskrav er en bedre løsning på informasjonsproblemet enn å ta hensyn til det ved sannsynlighetskravet, slik bevissikringsregelen gjør.¹³⁵

De fleste som tar opp robusthetskravet drøfter det rettsteoretisk, ikke rettsdogmatisk.¹³⁶ Selv om enkelte muligens kan tolkes slik at de oppfatter robusthetskravet som gjeldende rett,¹³⁷ gir ingen av kildene jeg behandler grunnlag for robusthetskravet. I rettspraksis er det klart at overvektprinsippet er gjeldende rett.¹³⁸ Noen spor av et robusthetskrav ser jeg ikke. Siden min avhandling er rettsdogmatisk er det tilstrekkelig å vise til at robusthetskravet ikke har tilstrekkelige holdepunkter i rettskildene til å legges til grunn som gjeldende rett. Spørsmålet om hvorvidt et robusthetskrav bør innføres faller utenfor avhandlingen.

Det er likevel et poeng at robusthetskravet knytter seg til samme betraktninger som mitt tema. Selv om partenes bevisadferd, herunder unnlatt bevissikring, behandles under et robusthetskrav, er det samme tanker som gjør seg gjeldende der som ved bevissikringsregelen. Det kan derfor være aktuelt å hente inspirasjon og argumenter fra teorien om robusthetskravet.

¹³⁵ Se Strandberg (2012) s. 576 og 592.

¹³⁶ Det gjelder både Kolflaath, Strandberg og Løvlie.

¹³⁷ Backer (2015) s. 306 flg. kan tolkes i denne retningen, selv om en slik tolkning i beste fall er usikker.

¹³⁸ Se punkt 3.1.

4 Behovet for bevissikringsregelen

4.1 Problemet med unnlatt bevissikring

Problemet med unnlatt bevissikring er at saken kan bli svakere eller dårligere opplyst enn den potensielt kunne vært. Muligheten for at retten avsier materielt uriktig avgjørelse kan øke som en følge av unnlatende parts adferd.¹³⁹ Det er altså hensynet til best mulig opplyst sak, og i forlengelsen av det hensynet til materielt riktig avgjørelse, som svekkes ved unnlatt bevissikring.¹⁴⁰ Siden det ofte ikke kan slås fast hvilken retning beviset ville talt, øker muligheten for materielt uriktig avgjørelse både for begge partene. Det er det at motparten møter en økt mulighet for materielt uriktig avgjørelse i sin disfavør som følge av unnlatende parts adferd, som er det mest problematiske med unnlatt bevissikring.¹⁴¹

I dette kapittelet skal jeg drøfte om det finnes sanksjoner som avhjelper problemet med unnlatt bevissikring. Problemet kan avhjelpes ved å hindre at motparten møter en større mulighet for materielt uriktig avgjørelse, eller kompensere for virkningene av problemet. Vurderingen avklarerer hvorvidt det er behov for bevissikringsregelen eller om regelen er overflødig. Er regelen overflødig er det et argument mot regelen.¹⁴²

4.2 Unnlatt bevissikring som moment i bevisvurderingen

Unnlatt bevissikring kan vektlegges mot unnlatende part i bevisvurdering. Dette følger av tvisteloven § 21-2 (1) som forutsetter at det er en «fri bevisvurdering».¹⁴³ Dommeren kan for eksempel tenke at de andre bevisene parten legger frem har mindre troverdighet eller at parten ikke snakker sant.¹⁴⁴ Eller det kan tenkes at den unnlatte bevissikringen indikerer at parten ville tapt på å legge frem beviset, altså at det ville talt i hennes disfavør.¹⁴⁵

Å vektlegge unnlatt bevissikring ved bevisvurderingen er likevel ikke tilstrekkelig til å avhjelpe problemet.¹⁴⁶ For det første er det ikke sikkert dommeren legger noe i at en part har

¹³⁹ Se Hjort (2016) s. 13 med tilsvarende betraktning.

¹⁴⁰ Se punkt 2.1 om hensynene.

¹⁴¹ Se Hjort (2016) s. 143 med samme oppfatning i relasjon til manglende bevisgang.

¹⁴² Se Strandberg (2012) s. 659 med tilsvarende betraktning i relasjon til hans drøftelse av robusthetskravet.

¹⁴³ Se også NOU 2001:32 s. 947 og Rt 1990 s. 688 (Promille) s. 692.

¹⁴⁴ Se Eckhoff (1943) s. 74, Kolflaath (2013) s. 143 og Schei m.fl (2013) s. 778 med henvisning til Rt 1991 s. 1414 (Testemantsdommen).

¹⁴⁵ Se Kolflaath (2013) s. 62.

¹⁴⁶ Se NOU 2001:32 s. 982.

unnlatt å sikre bevis. Det er opp til dommeren å avgjøre hvilken betydning det får i bevisvurderingen. Det er vanskelig for dommeren å vurdere hvilken betydning unnlattelsen skal få i bevisvurderingen,¹⁴⁷ i tillegg kan det være vanskelig for partene å vite hvilken betydning unnlattelsen egentlig får.¹⁴⁸

For det andre kan det medføre ulikhet og en liten forutsigbar rettstilstand dersom bevisvurderingen er det eneste middelet mot unnlatt bevissikring.¹⁴⁹ Vi kan tenke oss at saksøkerne i to saker unnlater å sikre bevis. Situasjonene er helt identiske. Hvordan dommeren bedømmer unnlattelsen kan være avgjørende for sakens utfall. Men det er langt fra gitt at dommerne i de to sakene bedømmer unnlattelsen likt. Den ene dommeren kan fint innenfor rammene av den frie bevisvurderingen komme til at unnlattelsen ikke får betydning, mens den andre dommeren kan komme til motsatt slutning. Sakene kan i så tilfelle bli løst ulikt fordi dommerne har ulikt syn på unnlattelsen.

Det er i hele tatt vanskelig å vite om det avhjelper problemet med unnlatt bevissikring å ta hensyn til det i bevisvurderingen.¹⁵⁰ Det er heller ingen måter å sikre at det blir avhjulpet siden dommeren ikke bindes i bevisvurderingen.

4.3 Erstatning for tapt sak

Erstatning er økonomisk kompensasjon som gjenoppretter et tap. Tapet må være resultat av en skade. I tillegg må det foreligge et ansvarsgrunnlag som pålegger påstått skadevolder ansvar for skaden, og det må foreligge en årsakssammenheng mellom det ansvarsbetingende forholdet og skaden. Først når alle disse tre vilkårene er oppfylt, kan skadevolder pålegges å kompensere skadelidte for tapet.¹⁵¹

Ved unnlatt bevissikring er det et tap dersom motparten taper en sak hun ville ha vunnet dersom beviset hadde blitt sikret. Jeg antar at vilkårene for erstatning kan være oppfylt ved unnlatt bevissikring. Det er likevel ikke nødvendig for meg å ta stilling til. Erstatning for tapt sak er uansett ikke tilstrekkelig til å avhjelpe problemet med unnlatt bevissikring.

Et erstatningskrav for tapt sak oppstår først når saken er rettskraftig avgjort, og må avgjøres som et eget krav i en ny sak. Det medfører det første at det brukes ekstra ressurser både hos

¹⁴⁷ Se NOU 2001:32 s. 982.

¹⁴⁸ Se Hjort (2016) s. 144.

¹⁴⁹ Se Gomard & Kistrup (2013) s. 647 om forutsigbarhet i bevisvurderingen.

¹⁵⁰ Se Strandberg (2012) s. 573 med tilsynelatende samme slutning.

¹⁵¹ Disse tre vilkårene kalles gjerne grunnvilkår for erstatning, se Nygaard (2007) s. 4-6.

partene og eventuelt hos domstolene for å få avgjort erstatningskravet. Det ivaretar hensynene til en kostnadseffektiv og hurtig prosess bedre dersom saken løses riktig første gang fremfor å henvise til ny sak om erstatning. Både hensynet til en kostnadseffektiv og hurtig prosess kan forankres i tvistelovens formålsbestemmelse, se § 1-1, noe som tilsier en viss vekt.¹⁵²

For det andre er det usikkert om en ny sak vil føre frem. Usikkerhet går utover motparten som har søksmålsbyrden. Mest iøynefallende er det ved vilkåret om årsakssammenheng. Retten skal foreta en fri bevisvurdering. Selv om bevisvurderingen er underlagt et begrunnelseskrav,¹⁵³ medfører ikke begrunnelseskravet at retten må begrunne sin vurdering uttømmende.¹⁵⁴ I tillegg er det ikke adgang til å føre dommeren i den opprinnelige saken som vitne i saken om erstatningskravet.¹⁵⁵ Det vil dermed være svært vanskelig å avgjøre om motparten ville vunnet saken dersom beviset ville blitt ført, noe som er en forutsetning for at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt.¹⁵⁶ Denne tvilen blir lagt på motparten.

For det tredje er det ikke sikkert at økonomisk kompensasjon kan erstatte rettigheten motparten hadde fått ved en materielt riktig avgjørelse. Det opprinnelige kravet kan gjelde verdier som ikke kan erstattes økonomisk.¹⁵⁷

4.4 Erstatning for sakskostnader

Tvisteloven kapittel 20 gjelder «erstatning for sakskostnader».¹⁵⁸ Hovedregelen er at parten som har «vunnet saken, har krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten».¹⁵⁹ Det følger imidlertid av § 20-4 at sakskostnader i visse tilfeller kan tilkjennes uavhengig av sakens utfall. Særlig bokstav c, hvor det står at parten kan tilkjennes sakskostnader «i den utstrekning kostnadene skyldes motpartens forsømmelser», er interessant.

Det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til om unnlatt bevissikring oppfyller vilkårene etter tvisteloven § 20-4. Erstatning for sakskostnader er nemlig begrenset til de kostnader som står i årsakssammenheng med forsømmelsen, jf. ordene «i den utstrekning kostnadene skyldes».¹⁶⁰

¹⁵² Se NOU 2001:32 s. 90, og Hjort (2016) s. 84-86 for en nærmere redegjørelse av hensynet til hurtighet. Se NOU 2001:32 s. 132 og Backer (2015) s. 29 om hensynet til kostnadseffektivitet.

¹⁵³ Jf. tvl. § 19-5 (5) andre punktum.

¹⁵⁴ Se Rt 2009 s.1456, dommens avsnitt 20.

¹⁵⁵ Jf. tvl. § 22-4 (2) og HR-2017-2381-U.

¹⁵⁶ Se Strandberg (2012) s. 569.

¹⁵⁷ Se Strandberg (2012) s. 569.

¹⁵⁸ Se tvl. § 20-1 (1).

¹⁵⁹ Se tvl. § 20-2 (1).

¹⁶⁰ Se også Rt 2011 s. 1294 i avsnitt 31 og 39.

Dette innebærer at erstatning for sakskostnader er begrenset til utlegg eller andre ressurser motparten benytter på grunn av den unnlatte bevissikringen. Ofte vil ulempene som oppstår ved en materielt uriktig avgjørelse som følge av unnlatt bevissikring strekke seg langt utover kostnadene partene bruker. Erstatning for sakskostnader er dermed ikke egnet til å avhjelpe problemet med unnlatt bevissikring.

4.5 Fraværsavgjørelse

Etter tvisteloven § 16-10 (1) kan det avsies fraværdom dersom «saksøkte [har] fravær i saken» og det ikke gis oppfriskning. På samme vilkår kan saken avvises dersom saksøker har «fravær», jf. § 16-9 (1). Vi kan kalle avvisning og fraværdom «fraværsavgjørelse».

Unnlatt bevissikring må være «fravær» for at fraværsavgjørelse er aktuelt. Hva som menes med «fravær» angis i §§ 16-7 og 16-8. Mest aktuell er § 16-7 (2) som gir adgang til å gi såkalt fristforelegg ved «unnlatt [...] prosesshandling». Fristforelegg går ut på at det er fravær dersom en «unnlatt [...] prosesshandling» ikke foretas innen en frist som retten setter. Jeg mener det er nærliggende at unnlatt bevissikring er en «unnlatt [...] prosesshandling». Det vil i så fall avhjelpe mye av problemet med unnlatt bevissikring å gi fristforelegg. Enten blir beviset sikret innen fristen og saken bedre opplyst, eller så taper unnlattende part saken.

Det er imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om unnlatt bevissikring er «unnlatt [...] prosesshandling». Det er nemlig tvilsomt om fristforelegg kan gis i tilfeller der unnlattende part ikke lengre har mulighet til å sikre beviset når retten pålegger fristforelegget. Det innebærer i så fall at retten setter en frist for en handling som er umulig for unnlattende part å etterleve.¹⁶¹ Vi kan kalle slike tilfeller for «umulige fristforelegg». Dersom fraværsavgjørelse ikke kan anvendes ved alle tilfeller av unnlatt bevissikring, herunder også de tilfellene hvor det er umulig å sikre, så vil det ikke være en tilstrekkelig sanksjon mot problemet som oppstår ved unnlatt bevissikring. Spørsmålet er derfor om fristforelegg etter § 16-7 (2) kan anvendes ved umulige fristforelegg.

Ordlyden stiller ikke eksplisitt krav om at det må være mulig å etterleve fristen. Likevel synes det å være en forutsetning. Dersom fristforelegget er umulig å oppfylle, er det meningsløst å gi parten en frist. Ordlyden gir dermed lite mening dersom det kan gis umulige fristforelegg.

¹⁶¹ Dette er ofte situasjonen i saker hvor det går noe tid før tvisten kommer opp for domstolene. Eksempelvis Rt 1980 s. 1299 (Struma), som jeg kommer nærmere tilbake til. Ett år etter operasjonen var det ikke mulig å innhente vitneutsagn fra de involverte. Samme i Rt 2012 s. 1779 (Victocor) hvor Hydro ikke kunne sikre mutterne etter at de ble kastet, se punkt 6.4.2 for en nærmere redegjørelse av dommen.

Formålet med fristforelegg er å presse frem prosesshandlinger som parten ikke foretar av eget initiativ.¹⁶² Ved umulige fristforelegg kan ikke prosesshandlingen fremtvinges. Formålet gjør seg ikke gjeldende ved umulige fristforelegg. Formålsbetraktningen underbygger slutningen fra ordlyden om at det ikke kan gis umulige fristforelegg.

Det kan innvendes at det er en tilfeldig fordel for den unnlattende parten som ikke kan sikre beviset på et senere tidspunkt at hun ikke kan pålegges fristforelegg, mens den unnlattende parten som fremdeles kan sikre bevis kan pålegges fristforelegg. Sammenligningen er imidlertid ikke heldig. Førstnevnte part kan ikke hindre at fristforelegget ender med fravørsavgjørelse. For sistnevnte er det fullt og helt opp til parten selv å hindre at fristforelegget ender med fravørsavgjørelse. De står dermed ikke i samme situasjon.

Konklusjonen er at umulige fristforelegg ikke kan gis.¹⁶³ Jeg legger avgjørende vekt på forutsetningen bak ordlyden og at formålet er å fremprovosere prosesshandlinger. Dermed vil ikke alle tilfeller av unnlatt bevissikring medføre «fravær» i medhold av § 16-7 (2), og det er ikke alltid grunnlag for fravørsavgjørelse i medhold av §§ 16-10 (1) eller 16-9 (1).

Fravørsavgjørelse avhjelper dermed ikke problemet med unnlatt bevissikring.

4.6 Rettergangsbot

Parten kan straffes med bøter dersom hun «ved [...] uredelighet har søkt å hindre sakens rette opplysning».¹⁶⁴ Det er nærliggende at unnlatt bevissikring omfattes av ordene «hindre sakens rette opplysning». Ordene «har søkt å hindre» viser at det må være en viss bevissthet, altså forsett, om at handlingen innvirker på sakens opplysning.¹⁶⁵ At handlingen må være «ved uredelighet» anses oppfylt når vilkåret om forsett er oppfylt.¹⁶⁶ Det er ikke gitt at kravet om forsett er oppfylt ved unnlatt bevissikring. Allerede tvilen ved om vilkårene er oppfylt tilsier at rettergangsbot ikke avhjelper problemet med unnlatt bevissikring.

Rettergangsbøter avhjelper uansett ikke problemet med unnlatt bevissikring selv om forsettvilkåret er oppfylt. For det første pålegges boten parten uten at det har innvirkning på sakens utfall. Boten betales til staten og motpartens svekkede stilling i saken forblir

¹⁶² Se NOU 2001:32 s. 915-916, Hjort (2016) s. 143 og Hov (2017) s. 315.

¹⁶³ Se Hjort (2016) s. 141.

¹⁶⁴ Se domstoloven § 202 tredje ledd.

¹⁶⁵ Se også Rt 2003 s. 521, særlig avsnitt 47.

¹⁶⁶ Se Rt 2003 s. 521 i avsnitt 47.

uforandret. Bøtene har dermed utelukkende en preventiv effekt som ikke får betydning når den unnlatte bevissikringen først har skjedd.

For det andre er bruken av rettergangsbøter begrenset både med tanke på botens størrelse og antallet bøter som pålegges.¹⁶⁷ I den grad en preventiv effekt prinsipielt kan avhjelpe problemet med unnlatt bevissikring, vil den reelle bruken svekke den preventive effekten betraktelig. Man kan også stille spørsmål ved om en beskjedne bot ikke er et akseptabelt offer dersom den unnlatte bevissikringen bidro til å vinne et krav verdt betydelig større summer.

4.7 Behov for bevissikringsregelen?

Gjennomgangen viser at det ikke foreligger etablerte og klare sanksjoner som på en effektiv måte avhjelper problemet med unnlatt bevissikring. Det er dermed behov for ytterligere sanksjoner som kan avhjelpe problemet.¹⁶⁸ En regel om at unnlatt bevissikring tas hensyn til ved fastleggelsen av bevisbyrden og beviskravet, altså bevissikringsregelen, er en slik sanksjon. Hvorvidt en slik regel kan avhjelpe problemet vil være en del av drøftelsen av om det er grunnlag for en slik regel i neste kapittel. Spørsmålet vil derfor ikke behandles særskilt her.

¹⁶⁷ Se NOU 2001:31 s. 914. Utvalget kommer også til at rettergangsbøter ikke er et praktisk eller tilstrekkelig bøtemiddel på tilfeller av unnlatt bevisfremleggelse.

¹⁶⁸ Se NOU 2001:32 s. 915 som også understreker behovet for sanksjoner som kan realisere bevisførings- og -tilgangspliktenes partene pålegges i tvisteloven.

5 Grunnlaget for bevissikringsregelen – finnes en slik regel?

5.1 Påstått regel under angrep

Vi har til nå sett hva som ligger i sannsynlighetskravet, at det er mulig å gjøre unntak fra utgangspunktene, og vi har sett at det er behov for bevissikringsregelen. I dette kapitlet skal jeg drøfte om det er etablert en slik regel som gjør unntak fra de alminnelige utgangspunktene. Jeg tar utgangspunkt i formuleringen av bevissikringsregelen slik jeg presenterte den i kapittel 1: dersom den ene parten har hatt mulighet og oppfordring til å sikre beviser, mens motparten ikke har hatt tilsvarende mulighet eller oppfordring, kan sannsynlighetskravet endres i partens disfavør dersom hun likevel ikke sikrer beviset.¹⁶⁹ Som jeg skrev i kapittel 1 er det både et spørsmål om bevissikringsregelen har støtte i rettskildene og om det er en fornuftig regel.

Spørsmålet har lenge vært gjenstand for debatt. Eckhoff tok avstand fra en oppfatning om at bevissikring kan ha betydning ved fordeling av tvilsrisikoen.¹⁷⁰ Men det Eckhoff tok avstand mot, var å la sannsynlighetskravet påvirkes av hvem som hadde sterkest naturlig oppfordring til å sikre bevis. Dette er noe annet enn bevissikringsregelen. Eckhoff synes å åpne for at unnlatt bevissikring kan få betydning der det er klanderverdig («daddelverdig») å la være å sikre beviset.¹⁷¹ Eckhoff har imidlertid blitt tolket kritisk til bevissikringsregelen i senere tid.

Etter Eckhoff har synene vært splittet. Augdahl skriver at tvilen bør gå utover parten som på grunn «av sin egen handlemåte vil ha mindre grunn enn den annen til å beklage sig om saken tapes».¹⁷² Synspunktet knytter seg imidlertid kun til tilfeller av såkalt «absolutt tvil», og det er dermed usikkert om Augdahl kan tolkes til støtte for bevissikringsregelen mer generelt.¹⁷³ Skoghøy skriver at bevissikringsregelen har støtte i omfattende rettspraksis og synes å legge den til grunn som gjeldende rett.¹⁷⁴ Også Michelsen, Schei m.fl., Graver, Mæland og Backer

¹⁶⁹ Se samme innfallsvinkel i Graver (2006) kapittel 1 som også tar utgangspunkt i en tese som han deretter holder opp mot rettskildene.

¹⁷⁰ Se Eckhoff (1943) s.76.

¹⁷¹ Se Eckhoff (1943) s. 77-78 og s. 83. Se Strandberg (2012) s. 574 med samme forståelse av Eckhoff.

¹⁷² Se Augdahl (1971) s 95.

¹⁷³ Se Augdahl (1971) s. 95 og tilsvarende forståelse av Augdahl i Strandberg (2012) s. 575.

¹⁷⁴ Se Skoghøy (2017) s. 936.

synes å anerkjenne tilsvarende betraktninger som gjeldende rett.¹⁷⁵ Nygaard legger også til grunn en regel som tilsvarer bevissikringsregelen.¹⁷⁶ Robberstad åpner tilsynelatende for tilsvarende betraktninger uten å ta klart stilling til spørsmålet.¹⁷⁷

Strandberg tar til orde for en todelt modell med både et sannsynlighetskrav og det han kaller et robusthetskrav.¹⁷⁸ Han synes kritisk til å la den typen sannsynlighetskrav som jeg bygger på i denne avhandlingen, bli påvirket av bevisadferd. Kritikken må imidlertid ses i lys av at han har en bevisteoretisk innfallsvinkel som ikke søker å avklare hva som er gjeldende rett.¹⁷⁹ Når han behandler gjeldende rett synes han derimot å anerkjenne at bevissikringsregelen kan skjerpes av bevissikringshensynet, selv om han uttrykker en viss usikkerhet.¹⁸⁰

Hov er mer kritisk. Han behandler bevissikringsregelen som et spørsmål om atferdsregulering, og virker skeptisk til en slik begrunnelse.¹⁸¹ Han tar likevel ikke klart stilling til bevissikringsregelen. Mer tydelig er Jerkø, som synes å hevde at bevissikringsregelen ikke kan opprettholdes. Han skriver at bevissikringshensynet ikke synes «å ha vært gjenstand for grundig vurdering i nyere tid».¹⁸² Han mener tilsynelatende at bevissikringshensynet som bevissikringsregelen bygger på ikke er tilstrekkelig tungtveiende til å gjøre unntak fra et generelt bevissikringskrav, og at unntak begrunnet i bevissikringshensynet strider med et prinsipp om likhet for loven.¹⁸³ Han begrunner standpunktet dels på at grunnene Høyesterett bygger på ikke er holdbare, dels at rettspraksis ikke gir så klart uttrykk for bevissikringsregelen som enkelte mener.¹⁸⁴

Debatten har altså ikke avklart hvorvidt unnlatt bevissikring kan ha betydning for sannsynlighetskravet – om vi har en bevissikringsregel.¹⁸⁵ Jeg er enig med Jerkø i at bevissikringsregelen ikke har «vært gjenstand for grundig vurdering i nyere tid». Jeg kan imidlertid ikke se at Jerkø heller foretar en slik grundig vurdering. Det er derfor behov for en grundig analyse av rettspraksis og andre kilder for å fastslå hvorvidt det er grunnlag for bevissikringsregelen de lega lata.

¹⁷⁵ Se Michelsen (1999) s. 225, Schei m.fl. (2013) s. 778, Graver (2004) s. 483-484, Mæland (2013) s. 198 og Backer (2015) s. 310.

¹⁷⁶ Se Nygaard (2000) s. 523-524. Se også Nygaard (2002) s. 55 flg.

¹⁷⁷ Se Robberstad (2015) s. 281-282.

¹⁷⁸ Se Strandberg (2012) kapittel 9.4.

¹⁷⁹ Se Strandberg (2012) s. 576.

¹⁸⁰ Se Strandberg (2013) s. 28 og Strandberg (2017) s. 59.

¹⁸¹ Se Hov (2017) s. 255.

¹⁸² Se Jerkø (2017) s. 355.

¹⁸³ Se Jerkø (2017) s. 355 og 372.

¹⁸⁴ Se Jerkø (2017) blant annet s. 360-364 og 368-369.

¹⁸⁵ Se Strandberg (2017) s. 59.

Et første spørsmål i avklaringen er hvilke rettskildemessige holdepunkter som kreves for å etablere et generelt unntak fra utgangspunktene.¹⁸⁶ I HR-2016-2579-A (Selvmord) peker Høyesterett på at Tvistemålsutvalget «mente altså at det å fravike utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktumet skal legges til grunn, krever en særlig begrunnelse».¹⁸⁷ Det fremgår av sammenhengen til blant annet avsnitt 45 i dommen at også Høyesterett legger til grunn at det kreves en «særlig begrunnelse». Hva som ligger i en «særlig begrunnelse» er imidlertid ikke helt klart. Det er likevel klart at det kreves mer enn at det er bare hensiktsmessig å gjøre unntak.

Hva som kreves for å gjøre unntak må ses i lys av hvilken vekt det alminnelige utgangspunktet har.¹⁸⁸ Når begrunnelsen bak de alminnelige utgangspunktene ikke lengre er like åpenbar,¹⁸⁹ kan det tilsi at utgangspunktene ikke står like sterkt. Kritikken har imidlertid ikke befestet seg. Videre må det også få betydning at det ikke er tvil om at overvektprinsippet er utgangspunktet.¹⁹⁰ Selv tatt i betraktning kritikken mot disse utgangspunktene, må det kreves i det minste gode holdepunkter i rettskildene for å kunne etablere et generelt unntak.¹⁹¹ Hvis ikke står man i realiteten igjen uten et klart utgangspunkt.

Spørsmålet jeg skal drøfte i videre er dermed om bevissikringsregelen har gode holdepunkter i rettskildene, med et særlig fokus på rettspraksis.¹⁹²

5.2 Lovgiver om bevissikringsregelens eksistens

Tvistemålsutvalget uttalte at:

*«kvalifisert sannsynlighet [kan] bli krevd ut fra hensynet til bevissikring. En part har mulighet for å sikre bevis, men gjør det ikke. Eller situasjonen kan være at en part ved sin opptreden, som han kan bebreides, har skapt den uklare bevissituasjonen».*¹⁹³

¹⁸⁶ Se punkt 2.1 med videre henvisninger til Nygaard (2004) om hva som kreves for å etablere et rettsgrunnlag.

¹⁸⁷ Se dommens avsnitt 39.

¹⁸⁸ Se Strandberg (2017) s. 63 jf. s. 57-58.

¹⁸⁹ Se Strandberg (2012) s. 461-514, motsatt Jerkø (2017) punkt 5.5.2.

¹⁹⁰ Se punkt 3.1.

¹⁹¹ Se punkt 2.1 med videre henvisninger til Nygaard (2004) om etablering av ulovfestet rettsgrunnlag, og s. 149 flg. om forholdet mellom hovedregler og unntak. Uavhengig av om det stilles en særlig terskel i slike tilfeller, kreves det alltid visse holdepunkter i rettskildene for å etablere ulovfestede regler som gjør unntak fra en sikker hovedregel.

¹⁹² Se punkt 2.1 om betydningen av rettspraksis.

¹⁹³ Se NOU 2001:32 s. 459.

Uttalelsen stemmer godt med innholdet i bevissikringsregelen slik jeg har lagt til grunn, ved at en part unnlater å sikre beviser hun har mulighet til å sikre. Det tas ingen forbehold og det fremstår som klart at utvalget mener bevissikringsregelen er gjeldende rett. Vekten begrenses av at verken Ot-proposisjon¹⁹⁴ eller justiskomiteens innstilling¹⁹⁵ tar opp spørsmålet. Uttalelsen knytter seg heller ikke til bestemmelser i tvisteloven.¹⁹⁶ At utvalget ikke begrunner standpunktet annet enn med henvisning til teori svekker også vekten. Isolert sett har dermed uttalelsen liten vekt.

Uttalelsen er imidlertid lagt til grunn av Høyesterett.¹⁹⁷ At uttalelsen anerkjennes av Høyesterett må få en viss betydning for uttalelsens vekt. Uttalelsen tilsier dermed med noe vekt at det er grunnlag for bevissikringsregelen.

Også i tilknytning til andre lovbestemmelser synes lovgiver å forutsette at sannsynlighetskravet kan påvirkes av partenes ulike bevis tilgang. Et eksempel er forurensningsloven § 59. Bestemmelsen snur bevisbyrden for spørsmålet om årsakssammenheng mellom en forurensning og en forurensningsskade der en eller flere sammen kan ha forårsaket forurensningsskaden. Forarbeidene begrunner den omvendte bevisbyrden med at «[d]et er enklere for den påståtte skadevolder å føre et slikt bevis enn det er for skadelidte».¹⁹⁸ Uttalelsen er nærliggende å forstå slik at siden den ene parten er i en bedre posisjon til å sikre bevis, så bør denne også bære risikoen for eventuell tvil. Dette går på den generelle bevissituasjonen, og ikke som en konsekvens av en parts adferd slik bevissikringsregelen retter seg mot. Likevel viser forarbeidene at lovgiver har anerkjent at muligheten og oppfordringen til bevissikring kan påvirke sannsynlighetskravet.

Enda tydeligere samsvar med lovgivers syn og bevissikringsregelen er det ved den «kløyvde bevisbyrden» etter arbeidsmiljøloven § 13-8. Regelen er delvis begrunnet i at det er arbeidsgiver som har tilgang til bevis, og at det vil gi arbeidsgiver incentiver til å sikre god bevisføring om arbeidsgiver pålegges bevisbyrden.¹⁹⁹ Det er dermed tydelige spor på at lovgiver i visse tilfeller anerkjenner den samme tanken som bevissikringsregelen bygger på. En skal være varsom med å tillegge det for stor vekt med tanke på at det gjelder typetilfeller som ikke knytter seg til partenes adferd, mens bevissikringsregelen gjelder en generell regel

¹⁹⁴ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005).

¹⁹⁵ Se Innst.O.nr.110 (2004-2005).

¹⁹⁶ Se punkt 2.1 med videre henvisninger til Nygaard (2004) s. 45 om betydningen for vekten av forarbeidene at uttalelsene ikke knytter seg til lovvedtak.

¹⁹⁷ Se HR-2016-2579-A (Selvmord), avsnitt 39.

¹⁹⁸ Se NOU 1982:19 s. 257.

¹⁹⁹ Se Rt 2012 s. 424 (Aldersdiskriminering) med videre henvisninger til Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 90-91.

som knytter seg til partenes adferd. En viss vekt til støtte for bevissikringsregelen har det likevel at lovgiver tilsynelatende anerkjenner tanken bak regelen.

5.3 Rettspraksis om bevissikringsregelens eksistens

Som jeg skrev i punkt 2.1 er rettspraksis den primære rettskilden ved fastleggelsen av bevisbyrde- og beviskravreglene. Dersom Høyesterett har lagt til grunn eller støttet bevissikringsregelen, har det stor betydning for spørsmålet om det er grunnlag for regelen. Jeg skal derfor gå gjennom enkelte dommer som behandler betraktninger tilsvarende bevissikringsregelen.

5.3.1 Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin)

En hønsebonde slet med helseplager blant hønsene og kyllingene de klekket. Helseplagene skyldtes mangel på E-vitamin. Ifølge hønsebonden inneholdt fôret mindre mengder E-vitamin enn møllen oppga. Hønsebonden krevde tilbakeholdt kjøpesummen og krevde erstatning fra møllen. Det sentrale bevistemaet for Høyesterett var om fôret inneholdt for lite E-vitamin. Høyesterett uttalte at det ikke var «mulig å gjøre seg opp en bestemt mening» om bevistemaet på bakgrunn av bevisene i saken.²⁰⁰ Førstvoterende skriver så:

*«Jeg er likevel kommet til å måtte legge til grunn for min stemmegivning i saken at Aktiemøllens fôrblandinger [...] har manglet tilstrekkelige mengder E-vitaminer. Jeg er kommet til dette standpunkt fordi jeg har funnet at den bevistvil som jeg har konstatert, bør medføre et resultat på dette punkt i saken i fôrleverandørens disfavør».*²⁰¹

Selv om det ikke sies eksplisitt, er det liten tvil om at bevisbyrden snus. Det blir tydelig når utgangspunktet var at tvilen skulle gått utover kjøper som anfører det rettsstiftende forholdet. At bevisbyrden snus støttes av at Høyesterett like etter skriver at tvilen «må gå ut over [møllen]». Slike formuleringer brukes ofte om nettopp bevisbyrden. Det underbygges også av mindretallet som uttaler at flertallet «overfører bevisbyrden». Å snu bevisbyrden begrunner førstvoterende slik:

²⁰⁰ Se dommens s. 1356.

²⁰¹ Se dommens s. 1356.

*«Aktiemøllen har [...] hatt anledning og oppfordring til å sikre beviser i saken. Når ankemotparten ikke har gjort dette, finner jeg at den bevistvil som råder i saken, må gå ut over den».*²⁰²

Møllen hadde mulighet og oppfordring til å sikre bevis. Når beviset likevel ikke ble sikret, snus bevisbyrden. Formuleringene er identiske med bevissikringsregelen og det er liten tvil om at det er denne betraktningen Høyesterett benytter til å avgjøre saken. Dommen tilsier dermed at det er rettskildemessig grunnlag for bevissikringsregelen.

Dommen er avsagt under dissens 3-2. Mindretallet kommer i likhet med flertallet til at det ikke foreligger sannsynlighetsovervekt til hønseriets fordel. I motsetning til flertallet kommer mindretallet imidlertid til at bevisbyrden ikke snus. Begrunnelsen for ikke å snu bevisbyrden er at mindretallet «er tilbøyelig til å tro at betydningen av en bestående ulikhet er noe overdrevet». Jeg mener den «ulikhet» det er snakk om knytter seg til partenes mulighet og oppfordring til å sikre bevis. Det underbygges av at mindretallet vurderer konkrete forhold som tilsier at partene ikke har stått i en ulik situasjon med tanke på mulighetene til å sikre bevis. Dissensen synes dermed å være begrunnet i en vurdering av de faktiske forholdene i den konkrete saken, ikke synet på hvorvidt bevisbyrden generelt kan endres av bevissikringsbetraktningene førstvoterende viser til. Begge fraksjoner synes dermed å bygge på at det finnes en bevissikringsregel selv om det er uenighet om den kan anvendes i den konkrete saken.

Dissensen er som vist ikke begrunnet i et prinsipielt avvikende syn enn flertallet. Videre er førstvoterendes uttalelser klare og entydige. Jeg mener derfor dommen med tyngde underbygger at det er rettskildemessig grunnlaget for bevissikringsregelen.

5.3.2 Rt 1976 s. 239 (Lastebil)

En lastebil havarerte to ganger. Eieren ville ikke betale regningen for reparasjonen etter det første havariet, fordi han mente det andre havariet skyldtes utilfredsstillende utbedring av første havari. Det var imidlertid usikkert hva som var årsaken til det andre havariet. Delene hadde blitt sendt til eieren uten at eieren undersøkte de. Dermed mistet man viktige bevis i spørsmålet om hva som var årsaken.

²⁰² Se dommens s. 1357.

Et flertall på fire dommere uttalte at bevisene ikke ga grunnlag for å ta stilling til hvilken faktumpåstand som skulle legges til grunn. Flertallet uttalte så at:

*«Jeg er videre enig med byretten og lagmannsretten i at den tvil som er til stede, må den ankende part bære risikoen for. Dette følger i og for seg av vanlige bevisbyrderegler, men det understrekes i denne sak særlig sterkt ved at det uimotsagt er opplyst at den ankende part har fått tilsendt [...] alle de motordeler som ble skiftet ut [...] Som det fremgår av partenes anførsler, ville en presis tilretteleggelse kunne gitt viktige opplysninger.[...] Når den ankende part har forsømt disse muligheter til å klarlegge årsaksforholdet, må den tvil som foreligger, gå ut over ham».*²⁰³

Høyesterett skriver at det følger allerede av alminnelige regler at tvilen må gå utover eier. Likevel underbygger de slutningen med at eier ikke undersøkte de tilsendte delene. Det kan tolkes som at de alminnelige utgangspunktene bare bekreftes av manglende undersøkelser. Men det er i så fall helt unødvendig å argumentere for. I tillegg viser den videre argumentasjonen til andre hensyn enn de som ligger bak utgangspunktene for sannsynlighetskravet. Derfor mener jeg Høyesterett bygger på et selvstendig grunnlag for å pålegge eieren bevisbyrden, ikke de alminnelige utgangspunktene.

Høyesterett lar tvilen «går ut over» eier fordi han har hatt mulighet til å undersøke delene som «kunne klarlagt årsaksforholdet» og at delene «burde vært vurdert».²⁰⁴ Disse argumentene stemmer godt med innholdet i bevissikringsregelen jeg drøfter. Det er dermed nærliggende at det er bevissikringsregelen Høyesterett bygger på som et selvstendig rettsgrunnlag. Dommen støtter dermed at vi har en bevissikringsregel.

Vekten begrenses noe av at uttalelsen ikke er nødvendig for sakens løsning siden Høyesteretts løsning følger allerede av de alminnelige utgangspunktene. Videre er dommen avsagt under dissens 4-1, og slutningen er ikke helt klar. På den andre siden går Høyesterett grundig inn på betraktningene om bevissikring, og betraktningene synes både veloverveid og velbegrunnet. Dommen taler dermed med en viss tyngde for at det er grunnlag for bevissikringsregelen.

²⁰³ Se dommens s. 240.

²⁰⁴ Se dommens s. 240.

5.3.3 Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven)

En kvinne pådro seg en skade i ulnarisnerven under en operasjon. Skaden medførte nedsatt førlighet i armen. Kvinnen gikk til søksmål mot fylkeskommunen som arbeidsgiver. Høyesterett la til grunn at nerven ble skadet under operasjonen, sannsynligvis ved at armen ble liggende i klem. Spørsmålet for Høyesterett var om klemskaden kunne føres tilbake til uaktsomme forhold hos ansatte. Det forelå ingen bevis som dokumenterte hva som ble gjort under operasjonene for å forhindre skaden. Flertallet i Høyesterett pekte på at byretten avgjorde saken ved å la tvilen gå utover sykehuset fordi sykehuset unnlot å sikre nødvendige opplysninger. Byrettens begrunnelse samsvarer med bevissikringsregelen. Høyesterett avviser imidlertid byrettens begrunnelse:

*«Det er meget alminnelig at det etter operasjoner oppstår en slik fornemmelse som dog i de aller fleste tilfeller ganske fort atter forsvinner. Det var derfor på dette tidspunkt [like etter operasjonen] ikke oppfordring for sykehuset til å søke nærmere klarlagt om det under operasjonen eller i det postoperative forløp skulle ha inntruffet noe som kunne kalles uregelmessigheter. Først da fru Osnes etter 11/2 måneds forløp kom til kontroll på gynekologisk avdeling, ble sykehuset klar over at det forelå en skade som kunne bli varig. [...] På dette tidspunkt ville [det ikke] ha vært mulig å fremskaffe andre opplysninger om årsaksforholdet enn de man under prosessen har fått».*²⁰⁵

Høyesterett kan enten tolkes slik at bevissikringsregelen avvises på generelt grunnlag, eller at bevissikringsregelen avvises i den konkrete saken. Jeg mener sistnevnte tolkning må være riktig. Høyesterett underbygger konklusjonen om å ikke anvende bevissikringsregelen med konkrete omstendigheter i saken. Den konkrete vurderingen synes å stemme med innholdet i bevissikringsregelen. Høyesterett begrunner i konkrete forhold at sykehuset først ikke hadde oppfordring, deretter at de ikke hadde mulighet når de først fikk oppfordring. Høyesterett vurderer dermed vilkårene i bevissikringsregelen, men finner at de ikke er oppfylt og at regelen av den grunn ikke kan anvendes. Dersom Høyesterett mente at det ikke er grunnlag for bevissikringsregelen på generelt grunn, ville hele avsnittet med vurdering av de konkrete forhold vært unødvendig. Jeg mener derfor dommen forutsetter at bevissikringsregelen er gjeldende rett.

²⁰⁵ Se dommens s. 1304.

At det er en implisitt forutsetning svekker vekten noe. Det har også en viss betydning at dommen er avsagt under dissens 4-1. Dommen taler dermed bare med en viss tyngde for at det er grunnlag for bevissikringsregelen.

5.3.4 Rt 1989 s. 674 (Struma)

En kvinne skulle operere skjoldbruskkjertelen. Under operasjonen oppstod skader på strumanevrene på begge sidene. Hun krevde erstatning etter skl. § 2-1. Det avgjørende bevistemået for å vurdere legens uaktsomhet var hva legen hadde foretatt seg for å forhindre skaden. Operasjonsbeskrivelsen legen skrev var det meste sentrale beviset for å opplyse bevistemået. Men operasjonsbeskrivelsen var ufullstendig og inneholdt få eller ingen opplysninger om hva legen hadde foretatt seg. Høyesterett uttalte om den mangelfulle operasjonsbeskrivelsen at:

«[...]det får da etter mitt syn avgjørende betydning at operasjonsbeskrivelsen ikke gir noen opplysning om hvorledes han da forholdt seg, og om hvilke forholdsregler som ble tatt for å hindre den fatale, dobbeltsidige nerveskade. Den bevistvil som dermed foreligger om operasjonen har vært gjennomført på en fullt forsvarlig og aktsom måte må, mener jeg, løses i disfavør av ankemotparten. [...] Når denne sikreste kilde til viten om hva som skjedde og hva som ble gjort er taus på dette punkt, anser jeg kravet til bevis for uaktsomhet som oppfylt».²⁰⁶

At manglende beskrivelser får «avgjørende betydning» kan både innebære at unnlatt beskrivelse i operasjonsbeskrivelsen benyttes som moment i bevisvurderingen, og at det påvirker sannsynlighetskravet. På dette punktet er uttalelsen isolert utydelig. Formuleringen «bevistvil som dermed foreligger [...] løses i disfavør» av sykehuset, er derimot tydeligere. Her er det tydelig at uttalelsene knytter seg til sannsynlighetskravet. Jeg mener formuleringene sett i sammenheng gjør det klart at Høyesterett løser spørsmålet om uaktsomhet med sannsynlighetskravet. Dette underbygges av at avsnittet ikke inneholder vurderinger av bevisene og ikke uttaler noe om hvor sannsynlig de ulike faktumpåstandene er, noe som ville vært nødvendig dersom uttalelsene knyttet seg til bevisvurderingen. Når Høyesterett uttaler at tvilen må «løses i disfavør» av sykehuset, representerer det også et brudd med det alminnelige utgangspunktet for bevisbyrden.²⁰⁷ Når avviket fra

²⁰⁶ Se dommens s. 682.

²⁰⁷ Pasienten fremmer det rettsstiftende kravet om erstatning.

utgangspunktene er begrunnet i at legen burde sikret bedre dokumentasjon mener jeg dommen støtter bevissikringsregelen.

Vekten av slutningen ovenfor reduseres noe av at Høyesterett er utydelige på hvilke krav som stilles for å la bevissikringsbetraktninger få gjennomslag. I tillegg gjelder dommen et helt spesielt tilfelle hvor det er en betydelig forskjell i partenes mulighet til å sikre bevis. I en operasjonssituasjon har pasienten ingen muligheter til å sikre bevis. I Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven) er Høyesterett inn på lignende betraktninger på side 1305. Riktignok behandlet Høyesterett der pasientens mulighet til å sikre bevis som et generelt poeng, men det illustrerer situasjonen pasienten er i og at den spesielle situasjonen kan få betydning. Også lovgiver har tatt konsekvensen av at forholdet mellom lege og pasient er spesielt når det gjelder mulighetene til bevissikring. Pasientskadeloven § 3 gir uttrykk for en spesiell bevisbyrderegulering til fordel for pasienten. Forarbeidene viser at bestemmelsen er særlig rettet mot nettopp klemskader under operasjon.²⁰⁸ Selv om dommen er avsagt før loven kom, viser loven at det er en spesiell situasjon. Man må derfor være varsom med å gi dommen for stor betydning utover operasjonstilfellene.

Dommer støtter dermed med begrenset vekt at det er grunnlag for bevissikringsregelen.

5.3.5 Rt 1990 s. 688 (Promille)

En mann kjørte utfor vegen med bil. Han forlot ulykkesstedet og lot bilen, som inneholdt flere åpne alkoholenheter, være igjen. Eventuell beruselse kunne ikke påvises da han tok kontakt med politi og bergningsbil en stund etterpå. Han ble frikjent i straffesaken fordi det strafferettslige beviskravet ikke var innfridd. Likevel krevde forsikringsselskapet regress fordi de mente han hadde kjørt i beruset tilstand. Høyesterett startet med å legge til grunn et skjerpet beviskrav som følge av at regresskravet bygde på et straffbart forhold og at materielt uriktig avgjørelse i mannens disfavør var verre enn motsatt retning.²⁰⁹ Høyesterett kom til at det skjerpede beviskravet var innfridd. Likevel tok Høyesterett opp spørsmål om beviskravet kunne lempes på grunn av at mannen ikke hadde sørget for å ta promilleprøve. Høyesterett uttalte følgende:

«Disse betraktninger [om straffbart forhold og at materielt uriktig avgjørelse er verre i den ene retningen enn den andre] kan imidlertid etter omstendighetene krysses av

²⁰⁸ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 91.

²⁰⁹ Se nærmere punkt 3.1 om disse unntakene.

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».²¹⁰

Høyesterett peker eksplisitt på bevissikringshensynet som et «hensyn som det er alminnelig akseptert» å vektlegge ved tvil om faktum, altså fastleggelsen av sannsynlighetskravet. Selv om de videre i avsnittet knytter det opp mot forsikringssituasjoner, indikerer ordene «alminnelig akseptert» at bevissikringshensynet er relevant utover forsikringssaker. I neste avsnitt kommer likevel Høyesterett med en modifikasjon:

«Jeg finner imidlertid grunn til å understreke at en slik betraktning har sine klare begrensninger. Den forutsetter således at forsikringstakeren er meget å bebreide for sin forsømmelse. Og det er tvilsomt hvor langt betraktningen gir grunnlag for å gå i retning av å lempe på beviskravene».²¹¹

Begrensninger kan forstås slik at det er vilkår som må være oppfylt, eller at det er begrenset hvilke rettsvirkninger som kan inntre. Sistnevnte alternativ reiser spørsmål om bevissikringshensynet er tilstrekkelig til å endre sannsynlighetskravet. I lys av en uttalelse senere i dommen er det ikke tvil om at bevissikringshensynet er tilstrekkelig til å påvirke sannsynlighetskravet. Høyesterett skriver nemlig:

«[a]t B ikke [sørget for å bli testet for å unngå mistanke], er et bevismoment ved vurderingen av om han var påvirket. Men det må også få betydning ved vurderingen av hvilket beviskrav som må stilles».²¹²

Høyesterett er tydelig på skillet mellom unnlatt bevissikring som moment i bevisvurderingen, og som grunnlag for å endre sannsynlighetskravet. Dette avfeier språklige innvendinger og etterlater liten tvil om at Høyesterett mener sannsynlighetskravet kan endres ved unnlatt

²¹⁰ Se dommens s. 690-691.

²¹¹ Se dommens s. 691.

²¹² Se dommens s. 692.

bevissikring. Forbeholdet i sitatet ovenfor om hensynets rekkevidde må derfor tolkes slik at visse vilkår må være oppfylt før sannsynlighetskravet kan endres. Det stemmer også godt med at bevissikringsregelen oppstiller slike vilkår. Dommen må dermed tolkes til støtte for bevissikringsregelen.

Det kan innvendes at slutningen får begrenset vekt siden uttalelsene var unødvendige for å løse saken.²¹³ Dommen er likevel såpass klar og behandlingen er så grundig at det ikke kan ha avgjørende betydning at uttalelsene ikke var avgjørende for utfallet.²¹⁴ Dommen taler derfor med tyngde for at det er grunnlag for bevissikringsregelen.

5.3.6 Rt 2009 s. 920 (Slakterskade)

En ekstrahjelp ved et slakteri løftet et tungt kar. I ettertid fikk hun problemer med ryggen og krevde erstatning for ykesskade. Forsikringsselskapet avviste kravet med den begrunnelse at det ikke var en arbeidsulykke. Hvorvidt hun skled eller ikke når skaden oppstod var et sentralt bevisstema. De tidsnære dokumentene som forelå ga ikke svar på hva som skjedde og det var få holdepunkter for å vurdere hendelsesforløpet.²¹⁵ Det er i utgangspunktet skadelidte som har bevisbyrden i slike tilfeller.²¹⁶

Lagmannsrettens flertall hadde kommet til at det ikke var grunnlag for å snu bevisbyrden og la dermed til grunn at det ikke var en arbeidsulykke. Høyesterett kom til at dommen måtte oppheves allerede fordi lagmannsretten hadde forstått ansvarsgrunnlaget uriktig. Likevel går Høyesterett inn på spørsmålet om bevisbyrden. Først uttaler Høyesterett at avgjørelsen løses etter «vanlige bevisregler» og viser så til utgangspunktene for beviskrav og bevisbyrde.²¹⁷ Når Høyesterett eksplisitt bygger på «vanlige bevisregler», innebærer det at resonnetet som følger er en generell betraktning som ikke er begrenset til det aktuelle typetilfellet.

Deretter peker Høyesterett på at det finnes unntak fra utgangspunktene om sannsynlighetskravet, og viser til Skoghøys formulering av bevissikringsregelen som ett slikt unntak.²¹⁸ Tilslutningen til Skoghøy gir eksplisitt støtte til bevissikringsregelen siden min

²¹³ Se Nygaard (2004) s. 115 og Falkanger (2016) i punkt 8.4 om obiter dictum vekten av obiter dictum.

²¹⁴ Se Falkanger (2016) i punkt 8.4 om at obiter dictum har mer vekt i lys av at Høyesterett i større grad enn tidligere er en prejudikatsdomstol som skal avgjøre prinsipielle spørsmål. Dette er et slikt prinsipielt spørsmål.

²¹⁵ Det følger av lagmannsrettens behandling i LH-2008-83856.

²¹⁶ Se dommens avsnitt 35.

²¹⁷ Se dommens avsnitt 35.

²¹⁸ De viser til «Tvistemål, 2. utgave s. 688 til 689». Formuleringen der stemmer imidlertid i all hovedsak med den som står skrevet i Skoghøy (2017) s. 936.

formulering av bevissikringsregelen tilsvarer Skoghøys formulering. Når de henviser eksplisitt til lærens formulering, er det heller ikke mulig å forklare dommen på andre måter enn at de henviser til bevissikringsregelen. Uten å utpensle læren nærmere konkluderer Høyesterett med at lagmannsrettens dom må oppheves fordi:

*«[e]tter Høyesteretts syn har lagmannsretten vurdert spørsmålet om bevisbyrden påhviler forsikringsselskapet, for snevert når den bare har lagt vekt på den skadelidtes muligheter for å sikre beviset. [...] I en slik situasjon burde retten ha vurdert nærmere partenes oppfordring til å sikre bevis».*²¹⁹

Høyesterett bygger ikke eksplisitt på henvisningen til Skoghøy. Imidlertid stemmer argumentasjonen innholdsmessig med bevissikringsregelen siden de peker på at lagmannsretten burde vurdert både partens mulighet og oppfordring til å sikre bevis. Jeg forstår det slik at Høyesterett anerkjenner bevissikringsregelen og opphever lagmannsrettens dom fordi lagmannsretten anvendte regelen galt.

I lys av den eksplisitte henvisningen til bevissikringsregelen tilsier dommen med tyngde at det er grunnlag for bevissikringsregelen. At Høyesterett kunne kommet til samme resultat uten å ta stilling til spørsmålet om beviskravet, har ingen betydning for vekten. Det kan ikke ha noe å si for slutningens vekt at Høyesterett tilfeldigvis behandlet den andre anførte opphevelsesgrunnen først. Min tolkning av dommen er også lagt til grunn av Høyesterett i en senere dom.²²⁰ Det øker vekten ytterligere.

5.3.7 HR-2016-2579-A (Selvmord)

Dommens faktum og rettslige spørsmål så vi på i punkt 3.1. Høyesterett tar utgangspunkt i de «alminnelige domstolskapede beviskravreglene».²²¹ Resonnementet under har dermed generell relevans utover den enkelte saken.²²² Høyesterett går gjennom de mest sentrale unntakene fra utgangspunktene om sannsynlighetskravet og uttaler at:

«I forarbeidene [...] fremheves det at kvalifisert sannsynlighet kan bli krevd ut fra hensynet til bevissikring. Tvistemålsutvalget mente altså at det å fravike

²¹⁹ Se dommens avsnitt 38.

²²⁰ Se Rt 2015-321 (Nybil) avsnitt 49.

²²¹ Se dommens avsnitt 32.

²²² Se Strandberg (2017) s. 52 flg.

*utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktumet skal legges til grunn, krever en særlig begrunnelse».*²²³

Som jeg skriver i punkt 3.1 mener jeg siste setning oppstiller et krav om særlig begrunnelse for å fravike de alminnelige utgangspunktene for sannsynlighetskravet. Videre sier Høyesterett riktignok ikke noe om innholdet i bevissikringsregelen, men legger nokså klart til grunn at bevissikringshensynet, som ligger bak bevissikringsregelen, gir grunnlag for å gjøre unntak fra utgangspunktene.²²⁴ Det er nærliggende å forstå det slik at Høyesterett i 2016 mener bevissikringsregelen er en slik særlig begrunnelse for å fravike utgangspunktene for sannsynlighetskravet.

Uttalelsene i 2016 er helt generelle. Jeg mener derfor Høyesterett avklarer at bevissikringsregelen på generelt grunnlag kan påvirke sannsynlighetskravet.²²⁵ At Høyesterett ikke anvendte bevissikringsregelen i saken får liten betydning for uttalelsens vekt. Det skyldes at Høyesterett går grundig gjennom rettstilstanden og at bevissikringshensynet brukes for å bygge resonnementet som avgjør saken. Dommen støtter dermed bevissikringsregelen med tyngde.

5.3.8 Betydningen av rettspraksis

Jeg har også sett på andre avgjørelser som bygger på lignende tanker som bevissikringsregelen.²²⁶ Av hensyn til avhandlingens begrensninger, gir jeg ikke en nærmere redegjørelse av de enkelte dommene. Jeg mener de direkte eller indirekte støtter bevissikringsregelen, både hver for seg og i hvert fall om vi ser de i sammenheng med hverandre. Ikke alle dommene gjelder direkte spørsmålet om bevissikringsregelen, men kan gi uttrykk for tilgrensende spørsmål hvor bevissikringsbetraktninger har fått gjennomslag.

Det kan reises innvendinger mot flere av dommene isolert. Sett under ett etterlater likevel rettspraksis en klar og gjennomgående oppfatning som støtter bevissikringsregelen. Det taler

²²³ Se dommens avsnitt 39.

²²⁴ Se dommens avsnitt 38 og 39.

²²⁵ Se Strandberg (2017) s. 59 som er litt mer tilbakeholden i hvor tydelig Høyesterett er, men likevel gjør et poeng ut av at Høyesterett nevner bevissikringshensynet som relevant ved fastleggelsen av beviskravet.

²²⁶ Se Rt 1907 s. 179, Rt 1960 s. 1201, Rt 1981 s. 343, Rt 1982 s. 414, Rt 1988 s. 244, Rt 1991 s. 1414, Rt 1998 s. 774, Rt 2000 s. 1991, Rt 2001 s. 1265, Rt 2003 s. 338, Rt 2007 s. 129, Rt 2007 s. 687, Rt 2011 s. 90 (U), Rt 2012 s. 424, Rt 2012 s. 1779, Rt 2015 s. 321, Rt 2015 s. 652, Rt 2015 s. 695, HR-2017-959-A, HR 2017-1932-A, HR-2017-2356-A og HR-2018-872-A.

med stor vekt for at det er grunnlag for bevissikringsregelen.²²⁷ Det medfører også at rommet for å vektlegge andre kilder er mindre, og at det skal tungtveiende grunner til for å komme til at bevissikringsregelen ikke er gjeldende rett.

5.4 Reelle hensyn

Som jeg skrev i kapittel 1 gjelder ikke uenigheten i synet på bevissikringsregelen bare hva som kan tolkes ut av Høyesterett, men også hvorvidt bevissikringsregelen er en fornuftig regel. Dette knytter seg til om reelle hensyn støtter regelen. Jeg skrev også i punkt 2.1 at reelle hensyn har stor betydning ved dette temaet. Jeg skal derfor drøfte hvordan bevissikringsregelen passer med de mest aktuelle reelle hensynene.

5.4.1 Tvistelovens hensyn

Selv om tvisteloven ikke regulerer temaet, inneholder den hensyn som aktualiseres eller tilgrensende regler. Ett slikt sentralt formål i tvisteloven er hensynet til likhet mellom partene. Av tvisteloven § 1-1 (2) femte strekpunkt fremgår det at «ulikheter i ressurser hos partene [skal] ikke være avgjørende for sakens utfall». Ordlyden viser til at partenes muligheter til å få realisert sitt materielle krav ikke skal påvirkes av om partene har store eller små ressurser. Bevissikringsregelen handler ikke nødvendigvis om ulike ressurser. Bestemmelsen viser imidlertid en tanke om at partenes forutsetninger til å føre saken sin ikke skal ha betydning for sakens utfall. Tanken gjør seg gjeldende også ved bevissikring.²²⁸ Vi kan eksempelvis tenke oss at A går til sak mot B. A har tilgang til alle de sentrale bevisene, noe B ikke har. Men A velger kun å sikre bevisene som taler i hennes favør. B vil da ha mindre muligheter til å føre bevis for sin sak enn A. At A har bedre bevistilgang vil dermed være en ulikhet som får betydning for sakens utfall, noe som strider med tanken bak § 1-1 (2) femte strekpunkt. Bevissikringsregelen kan motvirke at As bevistilgang får betydning for saken i Bs disfavør. Enten sikres alle bevisene, eller så vil det gå utover A.²²⁹ At bevissikringsregelen ivaretar et hensyn som er eksplisitt nevnt i formålsbestemmelsen tilsier med en viss tyngde at det er grunnlag for bevissikringsregelen.

²²⁷ Se punkt 2.1 om Høyesteretts rolle ved slike spørsmål og Nygaard (2004) s. 75 flg. om bindingen som ligger i Høyesteretts praksis.

²²⁸ Se Strandberg (2012) s. 558 med tilsvarende oppfatning.

²²⁹ Forutsetningen er at parten som ikke sikret hadde oppfordring og mulighet til det. Jeg tar ikke til orde for at vi helt generelt kun skal vurdere hvem som har best mulighet til å sikre bevis.

Bevissikringsregelen bidrar også til å realisere partenes plikt til å opplyse saken. Plikten følger av tvisteloven § 21-4 (1) hvor det står at:

«[p]artene skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst. De skal gi de redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten».

Dersom en part har unnlatt å sikre et bevis som kunne opplyst saken vil det fort komme i strid med plikten i § 21-4 (1). Partenes bevisføringsplikter er helt sentrale for å opplyse saken, og dermed for å ivareta hensynet til materielt riktig avgjørelse. Da er det et paradoks at tvisteloven ikke har sanksjoner som motvirker alle brudd på bevisføringspliktene, se kapittel 4.²³⁰ Bevissikringsregelen kan bidra til å realisere disse pliktene.²³¹ Med bevissikringsregelen vil virkningene av brudd på disse pliktene tas hensyn til ved fastleggelsen av sannsynlighetskravet. Virkningene av pliktbruddene blir da lagt på den parten som brøt pliktene. På den måten kan bevissikringsregelen supplere og realisere bevisføringspliktene. At bevissikringsregelen ivaretar de sentrale bevisføringspliktene i tvisteloven tilsier med en viss tyngde at det er grunnlag for bevissikringsregelen.

5.4.2 Preventive hensyn og hensynet til materielt riktig avgjørelse

Hensynet til materielt riktig avgjørelse vil ikke nødvendigvis ivaretas i den konkrete saken av å endre sannsynlighetskravet som følge av unnlatt bevissikring. Grunnen er at det ofte ikke er mulig å fastlegge hvilken informasjon beviset ville gitt dersom beviset hadde blitt sikret.²³² Dermed kan vi ikke nødvendigvis si at det vil sikre materielt riktig avgjørelse å endre sannsynlighetskravet i unnlattende parts disfavør. Tvert imot kan det godt være at beviset hadde støttet unnlattende parts påstand, slik at en endring av sannsynlighetskravet fører til materielt uriktig avgjørelse. Rt 1972 s.1350 (E-vitamin) er illustrerende. Uten vitamintester var det vanskelig å si om det var for lite E-vitamin i fôret. En test kunne like godt ha vist at det *var* tilstrekkelig E-vitamin i fôret, som at det *ikke* var nok E-vitamin. Det er dermed ikke gitt at avgjørelsen om å løse saken i møllens disfavør var riktig. Muligheten for materielt uriktig avgjørelse kan dermed øke ytterligere i den konkrete saken ved å endre

²³⁰ Se også Strandberg (2012) s. 559-560 som påpeker tvistelovens manglende mekanismer for å sanksjonere brudd på bevisføringsreglene.

²³¹ Se Strandberg (2012) s. 559.

²³² Se Strandberg (2012) s. 566.

sannsynlighetskravet.²³³ Hensynet til materielt riktig avgjørelse kan derfor tale mot bevissikringsregelen.

På den andre siden kan preventive virkninger av bevissikringsregelen sikre materielt riktig avgjørelse på sikt.²³⁴ I Rt 1990 s. 688 (Promille) viste Høyesterett til preventive hensyn som deler av begrunnelsen for bevissikringsregelen.²³⁵ Hva Høyesterett legger i preventive hensyn er ikke helt klart. Det er mest nærliggende å forstå som en tanke om at den som er kjent med en regel og konsekvensene av brudd på regelen, vil handle i samsvar med regelen for å unngå konsekvensene. For bevissikringsregelen innebærer det at den som vet at sannsynlighetskravet kan endres i ens egen disfavør hvis beviset ikke sikres, vil sikre beviset for å hindre endringen. Det gir partene incentiver til å sikre beviser som igjen gir bedre opplysning av saken.²³⁶ Problemet med unnlatt bevissikring avhjelpest og hensynet til materielt riktig avgjørelse ivaretas i større grad på sikt. Preventive hensyn kan dermed støtte bevissikringsregelen. At hensynet har forankring i høyesterettspraksis og at det ivaretar hensynet til materielt riktig avgjørelse, gir slutningen en viss vekt.²³⁷

Den preventive virkningen av bevissikringsregelen kan i tillegg virke tvisteforebyggende.²³⁸ Vi kan tenke oss at møllen i Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) foretok en test av fôret da hønsebonden klagde. Dersom testen avdekket mangel på E-vitamin, er det nærliggende å anta at møllen ville godtatt ansvar. Motsatt er det sannsynlig at bonden ikke ville gått til sak dersom testene viste tilstrekkelig E-vitamin i fôret. Det er billigere for partene, og det har en god samfunnsmessig virkning ved at domstolene slipper å bruke ressurser på saken. Det vil gagne parter i andre saker som får sine saker behandlet raskere fordi domstolene ikke bruker ressurser på saken om fôret.²³⁹ Prosessøkonomiske hensyn, samfunnsøkonomiske hensyn og hensynet til ressursfordeling vil dermed aktualiseres av bevissikringsregelens preventive virkning.²⁴⁰ Det støtter bevissikringsregelen ytterligere med en viss vekt.

²³³ Se Eckhoff (1943) s. 76 med tilsynelatende samme oppfatning.

²³⁴ Se blant annet Augdahl (1971) s. 95-95 og Strandberg (2012) s. 561.

²³⁵ Se dommens s. 690.

²³⁶ Tilsvarende tanke om preventive hensyn begrunner den «kløyvde bevisbyrden» i arbeidsmiljøloven. Se Rt 2012 s. 424 (Aldersdiskriminering) med videre henvisninger til Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 90-91. Der begrunnes den «kløyvde bevisbyrden» med at det vil gi arbeidsgiver incentiver til å sikre god bevisføring dersom bevisbyrden pålegges arbeidsgiver. Se også Strandberg (2012) s. 561-562. og Gomard & Kistrup (2013) s. 657.

²³⁷ Se punkt 2.1 om betydningen av at argumenter har støtte i hensynet til materielt riktig avgjørelse.

²³⁸ Se Gomard & Kistrup (2013) s. 656 om tilsvarende betraktning i dansk rett.

²³⁹ Se Hjort (2016) s. 86-87 med tilsvarende betraktninger.

²⁴⁰ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 44 betydningen av domstolenes ressurser.

Eckhoff var kritisk til at preventive hensyn kan begrunne fordeling av det han omtalte som tvilsrisikoen. Han mente den preventive effekten er «ytterst svak og usikker» blant annet fordi bevisreglene er ukjente.²⁴¹ Også andre er kritiske til at preventive hensyn kan begrunne bevissikringsregelen fordi regelen er ukjent eller den preventive virkningen vanskelig å dokumentere.²⁴²

Jeg mener innvendingene ikke svekker vekten av preventive hensyn i denne sammenheng. At en regel er lite kjent betyr ikke nødvendigvis at vi må se bort fra den preventive virkningen den kan ha. For det første vil det i enkelte situasjoner være både tid, rom og ikke minst oppfordring til å sette seg inn i sannsynlighetskravet. Vi kan eksempelvis tenke oss at en kontraktspart går til advokat. Advokaten må forutsettes å kjenne til sannsynlighetskravet. Her vil bevissikringsregelen ha en preventiv effekt dersom advokaten får parten til å sikre beviser hun ellers hadde unnlatt å sikre.

For det andre har bevissikringsregelen en rettsvirkning som er egnet til å påvirke folks adferd. I denne sammenheng er det et viktig poeng at formuleringen av bevissikringsregelen forutsetter at parten har oppfordring til å sikre beviset. Når en person skjønner at hun bør gjøre noe, bør hun også skjønne at det kan få konsekvenser dersom hun unnlater å følge oppfordringen. En slik tanke stemmer godt begrunnelsen for hvorfor rettsvillfarelse i utgangspunktet ikke fritar fra straffeansvar.²⁴³ Straffeansvar knytter seg til handlinger som fornuftige personer skjønner er klanderverdige. Dermed trenger de ikke å vite om de konkrete rettsreglene for å forstå at de bør handle annerledes.²⁴⁴ Siden bevissikringsregelen forutsetter at parten har oppfordring til å sikre bevis, kan tilsvarende betraktning gjøres gjeldende ved spørsmålet om bevissikringsregelen preventive virkning. En slik betraktning gjør også at vi unngår en spekulativ vurdering av hvor godt kjent reglene er.

For det tredje vil innvendingen mot de preventive hensynene kunne gjøres gjeldende for nær sagt alle rettsregler. Det er vanskelig å si hvor godt folk kjenner til ulike rettsregler. Men å si at de av den grunn ikke kan ha preventiv effekt, vil i prinsippet medføre at regler ikke kan gis med det formål å være handlingsstyrende med mindre det er empirisk grunnlag for at de er godt kjent.

²⁴¹ Se Eckhoff (1943) s. 75.

²⁴² Se Hov (2017) s. 255 og Jerkø (2017) s. 362. Se også Strandberg (2012) s. 561-562 som likevel kommer til at det kan legges til grunn en preventiv effekt.

²⁴³ Jf. Straffeloven 2005 § 26.

²⁴⁴ Se Gröning m.fl. (2016) s. 507-508.

Preventive hensyn kan dermed ivareta materielt riktig avgjørelser på sikt og ved det støtte bevissikringsregelen. Sammenholdt med at vi i punkt 5.4.1 så at regelen stemmer med hensyn i tvisteloven, tilsier det at bevissikringsregelen er en fornuftig regel på systemnivå i sivilprosessen.²⁴⁵

5.4.3 Rimelighetshensyn

Det andre hensynet Høyesterett peker på som begrunnelse for bevissikringsregelen i Rt 1990 s. 688 (Promille), er rettferdighetshensyn eller rimelighetshensyn. Høyesterett skriver at «[d]et er ikke rimelig å stille de samme strenge beviskrav til forsikringsselskapet når B gjennom sin egen klanderverdige atferd har skapt den uklarhet som foreligger».²⁴⁶ Tidligere i dommen beskriver Høyesterett bevissikringshensynet som at den som har skapt tvil gjennom sin atferd er «nærmest til å bære risikoen for den uklarhet som foreligger».²⁴⁷ Leses disse uttalelsene i sammenheng mener jeg Høyesteretts syn på rimelighetshensynet må forstås slik at det er lite rimelig overfor motparten dersom unnlatsen øker muligheten for materielt uriktig avgjørelse i hennes disfavør.²⁴⁸ Unnlattende part må ta konsekvensene av sin egen adferd.²⁴⁹ Rimelighetshensynet knytter seg altså til bevissikringsregelens godhet på partsnivå i den konkrete saken.²⁵⁰

Tilsvarende rimelighetshensyn finnes også andre steder i tvisteloven.²⁵¹ Et eksempel er at en part helt eller delvis kan tilkjennes sakskostnader uavhengig av sakens utfall dersom det er kostnader som «skyldes motpartens forsømmelser», jf. tvisteloven § 20-4 bokstav c. Også her må en part som har skapt en negativ virkning for saken eller motparten ta konsekvensene av det.

Også på andre rettsområder finner vi tilsvarende rimelighetsbetraktninger. Eksempelvis er tanken bak skyldregelen i erstatningsretten at den som kan klandres for å ha skapt en risiko som realiserer seg i et økonomisk tap for andre, må bære tapet.²⁵² Dersom vi tar utgangspunkt i tanken bak skyldregelen, kan vi formulere rimelighetsbetraktningen ved unnlatt bevissikring

²⁴⁵ Se Askeland (2013) s. 24 om betydningen av koherensidealer.

²⁴⁶ Se dommens s. 692.

²⁴⁷ Se dommens s. 690.

²⁴⁸ Se Strandberg (2012) s. 561 med tilsvarende betraktning.

²⁴⁹ Se Strandberg (2012) s. 597 og Hjort (2016) s. 143 med tilsvarende betraktning i relasjon til manglende bevis tilgang.

²⁵⁰ Se Nygaard (2004) s. 154-156 om rettferdighetsidealer på det individuelle nivået.

²⁵¹ Se Jerkø (2017) s. 263 med tilsynelatende motsatt oppfatning.

²⁵² Se Nygaard (2007) s. 19 om reperasjonstanken og s. 172 flg. om skyldregelen. Se også Strandberg (2012) s. 560 med tilsvarende parallell mellom erstatningsreglene og beviskravreglene.

slik: A har skapt en mulighet for materielt uriktig avgjørelse i Bs disfavør. Det er en negativ virkning for B. Det er rimelig overfor B at det er A som tar konsekvensen av den negative virkningen.²⁵³ En slik rimelighetsbetraktning ivaretas av og støtter dermed bevissikringsregelen.

Som jeg skrev i punkt 3.1 begrunnes overvektprinsippet blant annet med at partene har såkalte «kontrære interesser». Man sier gjerne at overvektprinsippet halverer risikoen for materielt uriktig avgjørelse siden det er plassert midt på sannsynlighetsskalaen.²⁵⁴ Dersom begge parter opptrer redelig og interessene er likeverdige, virker det rimelig at risikoen for materielt uriktig avgjørelse fordeles likt. Men poenget ovenfor er at en lik fordeling av risikoen for materielt uriktig avgjørelse ikke nødvendigvis er den meste rimelige når den ene parten har skapt en større mulighet for materielt uriktig avgjørelse. Dermed svekkes deler av begrunnelsen bak utgangspunktet for sannsynlighetskravet. Det er ikke rettferdig å la sannsynlighetskravet likefordle risikoen for materielt uriktig avgjørelse for den delen av risikoen som er skapt av unnlåtelsen. Tvert imot tilsier rimelighetsbetraktningen ovenfor at sannsynlighetskravet bør endres slik at unnlåtelsen ikke går utover motparten.

Rimelighetsbetraktninger kan dermed støtte bevissikringsregelen. Men hittil har jeg sett på rimelighetsbetraktninger i forholdet mellom partene i saken. Enkelte har innvendt at bevissikringsregelen ikke er rimelig overfor unnlåtende part fordi det bryter med en likhetstanke. Tanken kan være at unnlåtende part blir behandlet ulikt i forhold til parter i samme stilling i andre saker. Tydeligst er Jerkø som argumenterer for at bevissikringsregelen er i strid med et prinsipp om likhet for loven.²⁵⁵

Et mulig grunnlag for et likhetsprinsipp er Grunnloven § 98 første ledd, hvor det står at «[a]lle er like for loven». Prinsippet innebærer at loven skal behandles likt for alle.²⁵⁶ Det er ikke treffende å si at bevissikringsregelen strider mot prinsippet i denne bestemmelsen. Så lenge bevissikringsregelen anvendes etter samme innhold i alle saker, er det ikke ulikhet for loven at enkelte tilfeller ikke oppfyller vilkårene for å gjøre unntak fra de alminnelige

²⁵³ Se Strandberg (2012) s. 561 med tilsvarende betraktning.

²⁵⁴ Se Strandberg (2012) s. 551 med videre henvisning til Eckhoff (1943) s. 13.

²⁵⁵ Se Jerkø (2017) s. 330 flg., 356 og 372. Jerkø kan leses slik at hans drøftelse om likhet for loven knytter seg til det jeg i punkt 5.4.4 behandler som et spørsmål om forutsigbarhet, se særlig Jerkø (2017) s. 330-331.

²⁵⁶ Se Dok.nr.16 (2011-2012) s. 113-114 hvor det pekes på at prinsippet primært retter seg mot regler som gjør forskjell på individer eller bestemte grupper i samfunnet.

utgangspunktene, mens andre gjør det.²⁵⁷ Jeg kan heller ikke se andre rettsgrunnlag som gir grunnlag for et likhetsprinsipp som er til hinder for bevissikringsregelen.

Eksempelet Jerkø trekker ut fra Rt 1990 s. 688 (Promille) er illustrerende. Han synes å legge til grunn at den ustø og snøvlete sjåføren ble behandlet annerledes enn andre som hadde rimelig grunn til å forlate bilen. Han skriver at «en forretningskvinne har en viktig avtale, en mann må rekke sin kones fødsel, osv, og slike tilfeller ville det antagelig aldri blitt noen sak ut av».²⁵⁸ For det første ser jeg ikke grunnlaget for å legge til grunn at de tilfellene han peker på «antakelig aldri [ville] blitt noen sak ut av». For det andre mener jeg at så lenge alle sakene blir vurdert etter samme regel (bevissikringsregelen) med samme innhold, er det greit at utfallet blir ulikt. At det ene tilfellet oppfyller vilkårene for å anvende bevissikringsregelen men ikke det andre, er noe annet enn å si at loven (her en ulovfestet regel) blir anvendt ulikt.

Uansett mener jeg likhetsbetraktninger som sammenligner unnlattende part med andre parter i samme stilling ikke kan få nevneverdig vekt. En slik likebehandling vil nemlig medføre reell ulikhet mellom de respektive motpartene.²⁵⁹ Vi kan tenke oss at A saksøker B, men unnlater å sikre det avgjørende beviset som kun A har tilgang til. I en annen sak er det C som saksøker D. Også i forholdet mellom C og D er det C som har tilgang til det avgjørende beviset. I motsetning til A sikrer imidlertid C beviset. Det vil medføre en reell ulikhet mellom B og D dersom vi går langt i å sikre likhet mellom A og C. B vil møte en økt fare for materielt uriktig avgjørelse på grunn av As unnlattelse. Det gjør ikke D siden C er mer hederlig enn A. Jeg ser ikke hvorfor likhetsbetraktninger skal slå inn til fordel for A dersom det samtidig medfører en reell ulikhet for B i forhold til D. A har seg selv å takke og kan unngå å bli ulikt behandlet i forhold til andre i hans situasjon.²⁶⁰ Samme mulighet til å avverge situasjonen har ikke B. Likhetsbetraktninger gjør dermed ikke bevissikringsregelen mindre rimelig ovenfor A.

Jerkø peker på at Høyesterett i Rt 1990 s. 688 (Promille), bruker risikobetraktninger som et tredje hensyn bak bevissikringsregelen. Han er kritisk til det han kaller «risikopratt».²⁶¹ Slik jeg forstår Høyesterett er imidlertid risikobetraktningene bare et uttrykk for rimelighetshensynet jeg har skrevet om ovenfor, og ikke et selvstendig argument. Det er ikke til å komme unna at unnlatt bevissikring kan medføre en større tvil. Og når det er større tvil er det mer usikkert om løsningen dommeren kommer frem til er riktig. Spørsmålet er da hvem en slik tvil skal gå utover – hvem som har risikoen for tvilen. Vi er da tilbake til et spørsmål om det rimelig at motparten må tåle en økt mulighet for materielt uriktig avgjørelse i hennes disfavør på grunn av unnlattende parts handlinger. Følgelig er det ikke noe selvstendig innhold i risikobetraktningene, utover en måte å formulere rimelighetshensynet på.

At bevissikringsregelen gir en rimelig løsning mellom partene i den konkrete saken støtter bevissikringsregelen. At Høyesterett har bygd på hensynet og at tilsvarende rimelighetsbetraktninger finnes både i sivilprosessen og ellers i rettssystemet, tilsier at hensynet har en del vekt.

²⁵⁷ Se motsatt Jerkø (2017) s 364 flg.

²⁵⁸ Se Jerkø (2017) s. 360-361.

²⁵⁹ Se Strandberg (2012) s. 554 hvor han kaller det et valg mellom formell likhet og reell likhet.

²⁶⁰ Se Strandberg (2012) s. 561.

²⁶¹ Se Jerkø (2017) s. 362.

Sammenholdt med slutningen i punkt 5.4.2 om at bevissikringsregelen passer på systemnivå, er altså bevissikringsregelen en fornuftig regel både på systemnivå som en generell regel og på partsnivå i den enkelte saken. Det støtter bevissikringsregelen ytterligere.²⁶²

5.4.4 Forutsigbarhet

Forutsigbarhet er viktig ved sannsynlighetskravet på lik linje som ved andre rettsregler. Spesielt med tanke på at sannsynlighetskravet kan ha stor betydning for utfallet av saken, tilsier det at sannsynlighetskravet i utgangspunktet bør være det samme ved like spørsmål.²⁶³ Bevissikringsregelen åpner opp for at sannsynlighetskravet kan påvirkes helt frem til domsavsigelse dersom det viser seg at en part har handlet på en måte som rammes av bevissikringsregelen.²⁶⁴ Dermed bidrar bevissikringsregelen til å gjøre sannsynlighetskravet mindre forutsigbart, noe som kan gjøre sakens utfall mindre forutsigbar.²⁶⁵

Eckhoff tok klart avstand fra en oppfatning i eldre teori om at sannsynlighetskravet kunne avgjøres ved skjønn i den enkelte saken ut fra tilsvarende betraktninger.²⁶⁶ Bevissikringsregelen er imidlertid ikke en ren skjønnsregel eller en vag retningslinje. Med den formuleringen jeg har lagt til grunn inneholder regelen vilkår som angir når den skal anvendes og ikke.²⁶⁷

Videre er det som jeg har vært inne på et krav om at parten har brutt en oppfordring til å sikre bevis. I tillegg vil unnlatt bevissikring som jeg skrev i punkt 5.4.1 sannsynligvis være et brudd på partens bevisføringsplikter etter tvisteloven § 21-4. Det er dermed ikke snakk om å endre sannsynlighetskravet uten noen former for forutsigbarhet eller indikasjoner på forhånd. Unnlattende part har selv brutt både sine plikter og en oppfordring. Det kan ikke være uforutsigbart at brudd på plikter og oppfordringer kan få konsekvenser. Og det er et viktig poeng at bevissikringsregelen følger samme vurderinger i alle saker, slik at virkningen av bevissikringsregelen kan forutses før unnlattelisen.²⁶⁸

²⁶² Se Nygaard (2004) s. 154-156 om betydningen av at regelen gir en god generell regel og individuell regel.

²⁶³ Se Jerkø (2017) s. 330 flg. Se også Gomard & Kistrup (2013) s. 654 for tilsynelatende samme betraktning i dansk rett. Der er det likevel rom for å vektlegge konkrete omstendigheter, se s. 660.

²⁶⁴ Se Strandberg (2012) s. 552 om det samme poenget tilknyttet robusthetskravet.

²⁶⁵ Se Strandberg (2012) s. 313-315 om likhets- og forutsigbarhetsbetraktninger.

²⁶⁶ Se Eckhoff (1943) s. 16. Se også Jerkø (2017) s. 330 som omtaler kritikken.

²⁶⁷ Se nærmere kapittel 6 om disse vilkårene.

²⁶⁸ Se Strandberg (2012) s. 315 med tilsvarende betraktning.

Selv om vi skulle legge til grunn at bevissikringsregelen svekker forutsigbarheten, kan man spørre om det er en negativ virkning unnlattende part må akseptere siden hun tross alt kan takke seg selv for situasjonen som har oppstått. For motparten kan det være vanskelig å akseptere at unnlattelsen kan medføre en materielt uriktig avgjørelse i hennes disfavør, fordi det vil være mindre forutsigbart for unnlattende part at unnlattelsen får konsekvenser. Motparten kan ofte ikke gjøre noe for unngå en slik situasjon. Dermed veier uansett hensynet til motparten tyngre enn hensynet til unnlattende part.

Jeg mener derfor at innvendinger om at bevissikringsregelen medfører mindre forutsigbarhet ikke får nevneverdig vekt mot bevissikringsregelens eksistens.

Tilsvarende betraktninger som jeg har pekt på i relasjon til forutsigbarhet kan også gjøres gjeldende for hensynet til status quo. Som vi så i punkt 3.1 går tanken ut på at en part som har innrettet seg skal ha et visst vern for innrettelsen.²⁶⁹ Selv om sannsynlighetskravet ikke direkte regulerer hvilke rettigheter man kan innrette seg på, har det betydning for hvilke rettigheter man vil få vernet dersom tvist om rettighetene tas til domstolen. Dermed kan man si at når bevissikringsregelen gjør sannsynlighetskravet mindre forutsigbart, så svekkes også vernet av status quo. Vi kan tenke oss en gårdbruker som i 2010 satte opp en låve og anla beiteområde rundt låven på et utmarksområde. Det koster både mye penger og tid. I 2018 påstår naboen at låven står på et område han overtok i forbindelse med en utskiftning i 2002. Grensene for området som ble overdratt ble markert i stammene på trær som lå rundt området. Men disse trærne hugget gårdeieren ned i 2017. Uten disse er det vanskelig å si om tomtegrensen går innenfor eller utenfor det omtvistede området. Hensynet til status quo gjør seg like sterkt gjeldende for gårdbrukeren. Investeringene gårdeieren gjorde i 2010 er fremdeles like viktige for henne selv om hun i 2017 hugget ned trærne og lot være å sikre bevis for eiendomsgrensene. Samme betraktninger som ovenfor medfører imidlertid at innvendingen ikke får nevneverdig vekt. Dersom gårdbrukeren hadde en oppfordring til å sikre bevis for grensen, har hun seg selv å takke for at grensen er usikker. Hun bør skjønne at hennes innrettelse kan trues. Når hun selv bryter oppfordringen og med det setter innrettelsen i fare, er det liten grunn til at innrettelsen skal vernes av andre.

5.5 Er bevissikringsregelen gjeldende rett?

Tvistemålsutvalget synes å ha anerkjent bevissikringsregelen. Videre virker bevissikringsregelen å passe inn i lovgivers avveininger i tvisteloven. Vekten av lovgivers syn på dette punktet er likevel begrenset.²⁷⁰

Derimot har det stor betydning at omfattende rettspraksis bygger på regelen eller betraktninger som tilsvarer bevissikringsregelen. Høyesterettspraksis får stor vekt ved spørsmålet om hvorvidt bevissikringsregelen er gjeldende rett.²⁷¹

I tillegg støtter sentrale reelle hensyn bevissikringsregelen. Selv om reelle hensyn ikke har avgjørende vekt, har det betydning at de støtter slutningen fra rettspraksis, både ved at det tilfører vekt og at det ikke er grunn til å kritisere eller stille spørsmålstegn ved rettspraksis.²⁷²

²⁶⁹ Se Eckhoff (1943) § 14 om det han kaller «stabilitetshensynet».

²⁷⁰ Se punkt 2.1 med videre henvisning til Nygaard (2004) s. 45 om betydningen av at loven ikke regulerer spørsmålet.

²⁷¹ Se punkt 5.3.8 med videre henvisning til punkt 2.1 om Høyesterett rolle ved fastleggelsen av bevissikringsregler, og Nygaard (2004) s. 75 flg. om bindingen av høyesterettspraksis.

²⁷² Se punkt 2.1 om betydningen av reelle hensyn ved slike spørsmål.

Det viser også at regelen både anses som gjeldende rett av Høyesterett, og fremstår som en fornuftig regel.²⁷³

I punkt 5.1 skrev jeg at det kreves gode rettskildemessige holdepunkter for å kunne legge til grunn bevissikringsregelen som generell regel de lege lata. Gjennomgangen i dette kapitlet viser etter min mening at slike holdepunkter foreligger. Konklusjonen er dermed at bevissikringsregelen er gjeldende rett.

²⁷³ Se kapittel 1 hvor disse to spørsmålene fremheves som grunnlag for usikkerheten bevissikringsregelens eksistens.

6 Innholdet i bevissikringsregelen

6.1 Om vurderingen

Det er altså rettslig grunnlag for bevissikringsregelen. Neste spørsmålet er hva som er innholdet i regelen.²⁷⁴ Det er både spørsmål om hvilke vilkår som stilles, og det nærmere innholdet i hvert enkelt vilkår. I dette punktet skal jeg se på hvilke vilkår som stilles og noen generelle poeng om vurderingen. Jeg tar deretter for meg innholdet i de enkelte vilkårene i punkt 6.2-6.4. Rettsvirkningene og anvendelsesområdet behandles i punkt 6.5 og 6.6.

Formuleringen av regelen forutsetter at unnlattende part hadde mulighet og oppfordring til å sikre bevis, og at motparten ikke hadde tilsvarende oppfordring eller mulighet.²⁷⁵ Mest tydelig er det i Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven) som viser at det er to vilkår som må være oppfylt samtidig.²⁷⁶ Høyesterett pekte på at sykehuset ikke hadde oppfordring til å undersøke pasienten like etter operasjonen. Når de fikk oppfordring til å undersøke nesten ett år etter operasjonen, var det ikke lengre mulighet til å sikre bevis. Bevissikringsregelen ble derfor ikke anvendt.²⁷⁷

I tillegg til at unnlattende part må ha hatt bedre mulighet og større oppfordring enn motparten, må det stilles vilkår om at unnlattelsen kan ha en viss innvirkning på sakens opplysning. Som vi så i punkt 4.1 skal bevissikringsregelen avhjelpe at saken blir dårligere opplyst som følge av unnlattelsen. Problemet aktualiseres ikke med mindre unnlattelsen kan ha en viss innvirkning på sakens opplysning. Også Høyesteretts formuleringer om at unnlattende part skal bære risikoen for tvilen unnlattelsen skaper, forutsetter at unnlattelsen kan ha innvirket på sakens opplysning – skapt en tvil. Vi er dermed utenfor grunnene for å anvende bevissikringsregelen dersom unnlattelsen ikke kan ha en viss innvirkning på sakens opplysning.

Vurderingen av bevissikringsregelens vilkår må gjøres ut fra omstendighetene da både muligheten og oppfordring til å sikre bevis forelå. Vi kan kalle tidspunktet hvor både mulighet og oppfordring foreligger for «kritisk bevissikringstidspunkt». I noen tilfeller faller muligheten til å sikre bevis bort etter hvert. Partens oppfordring til å sikre beviset må da

²⁷⁴ Se punkt 2.1 med videre henvisning til Nygaard (2004) kapittel 4 punkt III.

²⁷⁵ Se kapittel 1 med videre henvisninger som er underbygd i kapittel 5.

²⁷⁶ Se også Rt 1990 s. 688 (Promille), Rt 2009 s. 920 (Slakterskade), Rt 2015 s. 321 (Nybil) og HR-2016-2579-A (Selvmord).

²⁷⁷ Se dommens side 1304.

vurderes etter omstendighetene i den tidsperioden muligheten forelå. Rt 1990 s. 688 (Promille) er illustrerende. Etter noen timer var det ikke mulig å påvise promille i blodet da alkoholen kun er i kroppen noen timer. Vurderingen av sjåførens oppfordring til å ta promilletest måtte dermed gjøres ut fra omstendighetene i det tidsvinduet en promilletest kunne gitt svar.

6.2 Innvirkning på sakens opplysning

Som vi så ovenfor må det være et vilkår etter bevissikringsregelen at unnlatsen kan ha innvirkning på sakens opplysning. Spørsmålet i dette punktet er hva som ligger i at unnlatsen kan ha innvirkning på sakens opplysning.

Informasjonen må i seg selv være førbar og fremkomme av førbare bevismidler for at unnlatsen kan ha innvirkning på sakens opplysning. Hvis ikke kunne beviset uansett ikke opplyst saken. Det innebærer at den unnlatte sikringen bør ses bort fra dersom beviset ville blitt nektet ført etter regler som unntar bevis fra bevisføringen.²⁷⁸ Mest sentralt står reglene i tvisteloven §§ 21-7 og 21-8 og kapittel 22.²⁷⁹

Flere bevisforbud- og bevisfritaksregler i kapittel 22 kan oppheves ved samtykke av den som beskyttes av den aktuelle bestemmelsen. Retten kan også bestemme at bevis i noen tilfeller skal føres bak lukkede dører selv om det er omfattet av bevisfritak- eller bevisforbudsregler i kapittel 22, jf. tvisteloven § 22-12. Flere av vurderingene er også skjønnsmessige og opp til retten å avgjøre. På det kritiske bevissikringstidspunktet vet altså ikke unnlattende part alltid om beviset er førbart eller ikke. Dette reiser spørsmål om man må se bort fra bevisforbud- og bevisfritaksreglene som det kan gjøres unntak fra eller er skjønnsmessige, når vi vurderer bevissikringsregelen. Spørsmålet er relevant for min avhandling. Likevel er det ikke rom for å drøfte spørsmålet i dette prosjektet.

Det er vanskelig å antyde en generell terskel for når en unnlattelse har hatt nok innvirkning, utover at beviset var førbart. Det vil uansett bero på konkrete omstendigheter. Det er derfor hensiktsmessig å stille et minstekrav om at beviset hadde vært førbart dersom det ble sikret, og la innvirkningen utover dette minstekravet vektlegges i vurderingen av en parts oppfordring til å sikre. Innvirkningen tas også hensyn til i vurderingen av rettsvirkningen. Se mer om dette punkt i 6.5.

Det kan også tenkes at det etter det kritiske bevissikringstidspunktet blir sikret andre bevis som gir samme informasjon. I slike situasjoner kan etterfølgende forhold gjøre at unnlatsen ikke nødvendigvis får innvirkning på sakens opplysning, selv om det på kritiske bevissikringstidspunktet fremstod som at unnlatsen hadde det. Spørsmålet er da om man skal se vekk fra unnlatsen og ikke anvende bevissikringsregelen.

²⁷⁸ Se Strandberg (2012) s. 600 med tilsvarende betraktning.

²⁷⁹ Se Skoghøy (2017) kapittel 13.8 om avskjæring av bevis og kapittel 13.5 om bevisfritaksregler.

Jeg mener det er grunn til å se vekk fra etterfølgende forhold ved vurderingen av unnlåtelsens innvirkning som inngangsvilkår for å anvende bevissikringsregelen. For det første ville saken blitt enda bedre opplyst dersom parten hadde sikret beviset. Det er normalt bedre grunn til å tro at avgjørelsen blir riktig jo bedre bevisgrunnlaget er.²⁸⁰ Premisset om at unnlåtelsen ikke får innvirkning på sakens opplysning, fordi det tilkommer andre beviser i ettertid, er dermed usikkert.

For det andre er det en tilfeldig fordel for unnlåtende part om bevissikringsregelen ikke anvendes i slike tilfeller. Sakstilfellet i Rt 1960 s. 1201 (Skien) er illustrerende. En leietaker falt i bygården og krevde erstatning fra gårdeieren fordi han mente det ikke var strødd forsvarlig. Høyesterett kom til at han hadde krav på erstatning. Tvil om hvorvidt det var strødd ble holdt mot gårdeieren fordi hun ikke hadde sørget for en fast strørdning.²⁸¹ Ved spørsmålet om det var strødd var det flere vitner som uttalte seg om forholdene den dagen. Vi kan for eksempelets skyld si at saken ble godt nok opplyst av vitnene, som da er etterfølgende bevis. La oss så si at en leietaker i nabogården også falt og at gårdeieren også der kunne klandres for ikke å ha en fast strørdning. Men der var det ikke vitner. Det vil være tilfeldig dersom bevissikringsregelen ikke kan anvendes mot vår gårdeier fordi det var vitner, mens bevissikringsregelen kan anvendes mot eieren av nabogården fordi det tilfeldigvis ikke var vitner der.

For det tredje kan etterfølgende bevis heller tas hensyn til ved spørsmålet om rettsvirkningene av bevissikringsregelen, se mer om dette i punkt 6.4. Da unngår man utfordringene jeg pekte på ovenfor, samtidig som at problemet med etterfølgende bevis blir løst.

Vi står da igjen med et vilkår om at beviset må være førbart på kritisk bevissikringstidspunkt.

6.3 Mulighet til å sikre beviset

6.3.1 Unnlåtende parts mulighet til å sikre bevis

Problemstillingen i dette punktet er hva som ligger i vilkåret om at parten har mulighet til å sikre bevis. I punkt 6.3.2 tar jeg for meg forholdet mellom begge partenes mulighet til å sikre bevis.

²⁸⁰ Se Strandberg (2012) s. 517-518 med tilsvarende betraktning, men som påpeker visse begrensninger i argumentet.

²⁸¹ Se dommens s. 1203.

I Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven) uttalte Høyesterett at det nesten ett år etter operasjonen «ikke ville ha vært mulig å framskaffe andre opplysninger om årsaksforholdet».²⁸² Selv om Høyesterett viser til enkelte momenter i sin begrunnelse, er det vanskelig å hente ut noe generelt av dommen utover det vi allerede vet: det må være mulig å sikre bevis.²⁸³ Hva som ligger i mulighet mer generelt sier ikke dommen noe om.

I HR-2017-959-A (Gavedommen) hadde en mann overdratt to eiendommer til konen. Eiendommene var heftet med pant for mannens personlige gjeld. Gjelden ble inndrevet, og kreditor krevde eiendommene omstøtt etter ekteskapsloven § 51. Eiendommens markedsverdi var relevant, men ikke dokumentert. Høyesterett uttalte at«[d]et er A som har reell mulighet til å sikre og til å føre bevis for sine økonomiske forhold».²⁸⁴ Uttalelsen tilsier at det er reell mulighet som er avgjørende. Vekten av slutningen er imidlertid begrenset i lys av at de begrunner resultatet positivt med at hun hadde reell mulighet til å sikre bevis. Hvorvidt det er et vilkår er ikke mulig å si ut fra formuleringen.

Jeg ser ingen andre dommer som går inn på hva som ligger i vilkåret om mulighet til bevissikring. En mulig løsning er å anse partens mulighet til å sikre bevis som et inngangsvilkår hvor det er tilstrekkelig at parten hadde reell mulighet til å sikre bevis. Om det er vanskelig eller kostbart, kan bli hensyntatt i vurderinger av partens oppfordring til å sikre bevis.²⁸⁵ Med en slik løsning avgrenses bevissikringsregelen mot de tilfellene hvor det åpenbart ikke foreligger mulighet til å sikre bevis, slik som i Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven). Utover disse åpenbare tilfellene er det hensiktsmessig å la den mer fleksible vurderingen av partens oppfordring til å sikre bevis, avgjøre hvorvidt bevissikringsregelen skal anvendes.

En slik løsning ivaretar hensynene bak bevissikringsregelen. Hensynene er ikke aktuelle der det ikke har vært en reell mulighet til å sikre bevis. Utover disse tilfellene vil hensynene stå sterkere jo bedre muligheten er. Det er likevel vanskelig å antyde en grense utover minstekravet om en reell mulighet når rettskildene ikke gir føringer. Jeg mener derfor vi kun har grunnlag for at bevissikringsregelen ikke kan anvendes der det ikke har vært en reell mulighet til å sikre bevis.

²⁸² Se dommens s. 1304.

²⁸³ Se Zahle (1976) s. 420 med samme forbehold.

²⁸⁴ Se dommens avsnitt 39.

²⁸⁵ Se særlig punkt 6.4.3.

6.3.2 Betydningen av motpartens mulighet til å sikre bevis

Motparten kan også ha mulighet til å sikre bevis, noe som nok ofte er tilfellet. Formuleringen av bevissikringsregelen forutsetter at unnlattende part har bedre mulighet til å sikre bevis enn motparten. I dette punktet skal jeg se nærmere på når motpartens mulighet til bevissikring er stor nok til at bevissikringsregelen ikke anvendes.

Lovgiver har i andre sammenhenger lagt vekt på om begge parter har like muligheter til å sikre bevis. Eksempelvis i tvisteloven § 26-5 (3). Av bestemmelsen følger det at retten kan nekte bevistilgang til gjenstander etter bestemmelsens første og andre ledd dersom motparten «har tilnærmet samme mulighet for tilgang selv». Også tvisteloven § 21-4 (2) er interessant. Partenes opplysningsplikt for beviser de ikke har hånd om, gjelder bare beviser de «ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med».²⁸⁶ Bestemmelsen er tydelig på at dersom motparten selv kjenner til beviset, så gjelder ikke ens egen opplysningsplikt. Ingen av bestemmelsene gjelder bevissikring. Men tanken bak, at en part ikke kan peke på motparten dersom hun selv har noenlunde samme muligheter,²⁸⁷ gjør seg gjeldende også ved bevissikring. En part kan ikke forvente at den andre parten sikrer bevis hun likegodt kunne sikret selv. Sammenhengen i tvisteloven og lovgivers gjennomgående betraktninger om betydningen av partenes mulighet, tilsier at samme begrensning gjelder for bevissikringsregelen.²⁸⁸ Det tilsier med en viss tyngde at bevissikringsregelen ikke anvendes dersom motparten har tilnærmet samme mulighet til å sikre bevis.

Rimelighetsbetraktningen bak bevissikringsregelen slår heller ikke til dersom motparten har tilnærmet samme mulighet til å sikre bevis. Da er det ikke unnlattende part alene som har skyld i at sakens opplysning er svekket. Da er det heller ingen grunn til å endre sannsynlighetskravet i unnlattende parts disfavør.

Dersom motparten har tilnærmet samme mulighet til å sikre bevis selv, kan dermed ikke bevissikringsregelen anvendes. At mulighetene er «tilnærmet lik» innebærer ikke at partene har nøyaktig samme mulighet, men at det er noenlunde samme. Slutningen underbygges av hensynene bak bevissikringsregelen. Først når det er det en viss forskjell i partenes mulighet

²⁸⁶ Jf. tvl. § 21-4 (2) første punktum.

²⁸⁷ Se NOU 2001:32 s. 980, hvor betraktningen påpekes som en selvfølge.

²⁸⁸ Se punkt 2.1 med videre henvisninger til Askeland (2013) s. 20-21 og Skoghøy (2016) s. 85 om betydningen av «koherensidealer».

til bevissikring kan vi si at det er rimelig at unnlattende part bærer tvilen som skapes ved unnlattelsen av å sikre bevis. Samme tilsier hensynet til partenes autonomi som ligger bak prinsippet om fri bevisføring.²⁸⁹

Vurderingen må nødvendigvis være konkret. Dermed kan det ikke gis et generelt svar på når mulighetene er tilnærmet like. Jeg skal likevel peke på noen momenter som kan vektlegges ved vurderingen.

Både faktisk mulighet, det vil si om parten i hele tatt har adgang til beviset, og kostnader knyttet til innhenting av beviset, er relevant å vurdere.²⁹⁰ Det må også vurderes hvilken informasjon partene kan sikre. Dersom motparten kun kan sikre bevis som ikke gir likeverdige opplysninger, bør man se bort fra motpartens mulighet til å sikre bevis. Det følger av HR-2017-959-A (Gavedommen). Det ble holdt mot kvinnen at hun unnlott å sikre opplysninger om verdien til de konkrete eiendommene. Kreditorne var henvist til å søke i offentlige registre og å basere seg på gjennomsnittspriser. Konkrete opplysninger er bedre egnet til å opplyse saken enn generelle opplysninger. Det var dermed ulik bevisverdi på informasjonen partene kunne hente ut, og Høyesterett så vekk fra kreditors mulighet til å sikre bevis. Dommen viser at motparten må ha mulighet til å sikre noenlunde tilsvarende informasjon, før motpartens mulighet til bevissikring får betydning for anvendelsen av bevissikringsregelen.

Dersom det er et ulikt styrkeforhold mellom partene, kan bevissikringsregelen i noen tilfeller anvendes selv om begge partene har tilnærmet like muligheter til å sikre bevis. I Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) uttalte flertallet at:

*«[m]an kan ikke på dette punkt innvende at Steinsland selv burde sørget for en vitaminanalyse. Steinsland var vel fagmann. Når det gjaldt vitamininnhold i fôrblandinger, var dog fôrprodusenten spesialisten».*²⁹¹

Avgjørende for at Høyesterett ikke vektlegger motpartens mulighet til å sikre bevis, synes å være at Høyesterett anser møllen som «spesialisten» på fagfeltet. Det tilsier at dersom unnlattende part er en sterkere part kan bevissikringsregelen anvendes selv om motparten har tilnærmet like muligheter til å sikre bevis. Slutningen underbygges av dissensen. Mindretallet

²⁸⁹ Se tvl. § 21-3 (1).

²⁹⁰ Se NOU 2001:32 s. 979-980. Forarbeidene knytter seg til tvl. §26-5 (3). Som vist ovenfor er vurderingene utslag av samme betraktning, og forarbeidene har derfor interesse også ved bevissikringsregelen.

²⁹¹ Se dommens s. 1357.

på to dommere mente at det ikke var stor nok ulikhet mellom partene til at møllen kunne klandres. De pekte på at hønsebonden selv hadde lang erfaring, stor kyndighet og at han selv hadde satt sammen fôrblandinger tidligere.²⁹² Mindretallet kom dermed til at bevissikringsregelen ikke medførte at det kunne legges til grunn mangel på E-vitamin i fôret. Dissensen fremstår som et resultat av synet på det konkrete styrkeforholdet mellom partene. At flertallet eksplisitt peker på momentet gir det vekt. Dissensen viser også hvor stor betydning momentet hadde i saken.

Tilsvarende betraktning ser vi i Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde). Etter nesten fire år sluttet fjernkontrollen til en videospiller å virke på grunn av en feil med IR-mottakeren. Forbrukeren skiftet IR-mottakeren hos en reparatør. Han krevde så erstatning for kostnadene ved reparasjon fra leverandørkjeden. Høyesterett lot tvilen om hva som var årsaken til feilen gå utover leverandørkjeden, fordi de unnlot å undersøke den ødelagte mottakeren selv om de hadde mulighet og oppfordring til det. Høyesterett uttalte at det har:

*«betydning for bevisbedømmelsen at leverandørkjeden, som har den tekniske ekspertisen og de økonomiske ressursene, ikke har funnet det formålstjenlig å undersøke IR-mottakeren for eventuelt å klarlegge årsaken til funksjonssvikten».*²⁹³

Uttalelsen som gjør et poeng ut av leverandørkjedens ekspertise, underbygger slutningen fra E-vitamindommen om at det kan kreves at en sterk part sikrer bevis uavhengig av den svake motpartens mulighet til å sikre bevis. Slutningen må imidlertid få noe redusert vekt i lys av at den gjaldt et forbrukerkjøp. Forbrukere er særlig vernet som en svak part. Det understrekes av at Høyesterett umiddelbart etter sitatet ovenfor uttaler at «[d]enne manglende oppfyllelse av det som har vært kalt selgerens bevisføringsplikt, jf NOU-1993-27 Forbrukerkjøpslov side 62-63, bør belastes leverandørkjeden».²⁹⁴ Når Høyesterett bygger på en særlig regel som gjelder for forbrukerkjøp, er det ikke gitt at det kan trekkes slutninger utover de tilfellene som omfattes av denne særlige regelen. Dommen får dermed liten betydning utover å være illustrerende for at sterke parter i en del tilfeller har et større ansvar enn svake parter.

Også i Rt 2009 s. 920 (Slakterskade) vektlegger Høyesterett tilsynelatende at det er en sterk part mot en svak part. Høyesterett uttalte at:

²⁹² Se dommens s. 1360.

²⁹³ Se dommens s. 779.

²⁹⁴ Se dommens s. 779.

*«lagmannsretten [har] vurdert spørsmålet om bevisbyrden påhviler forsikringssselskapet, for snevert når den bare har lagt vekt på den skadelidtes muligheter for å sikre beviset. Den skadelidte var 21 år og engasjert som ekstrahjelp i påsken».*²⁹⁵

Det er ikke helt klart hvilken betydning hennes alder og stilling hadde i dommen. Selv mener jeg det er mest nærliggende å forstå påpekningen av skadelidtes alder og stilling som en opposisjon til at lagmannsretten «bare har lagt vekt på skadelidtes muligheter for å sikre beviset». Lagmannsrettens flertall synes nemlig å legge til grunn at bevissikringsregelen ikke anvendes fordi skadelidte kunne sikret bevis nokså enkelt på egenhånd.²⁹⁶ Det stemmer godt med det jeg har sagt ovenfor om at bevissikringsregelen ikke anvendes der partene har tilnærmet like muligheter til å sikre bevis. Men hvis Høyesterett mener at skadelidte på grunn av hennes alder og stilling må anses som en svak part i forhold til det profesjonelle slakteriet, er det nærliggende å følge resonnementet jeg sluttet fra E-vitaminsdommen og Lyd & Bildedommen. I så fall har lagmannsretten vurdert betydningen av motpartens muligheter til å sikre bevis for snevert siden de ikke tar hensyn til at slakteriet er en sterkere part. En slik forståelse forklarer Høyesteretts uttalelse. Selv ser jeg ingen andre tolkninger av Høyesteretts uttalelser hvor hennes alder og stilling kan ha betydning. Dommen støtter derfor slutningen fra E-vitaminsdommen om at motpartens tilnærmet like muligheter til å sikre bevis ikke avskjærer anvendelse av bevissikringsregelen dersom unnlåtende part er sterkere enn motparten. At slutningen er såpass uklar svekker imidlertid vekten.²⁹⁷

Slutningene fra dommene stemmer godt med tvisteloven § 1-1 (2) femte strekpunkt hvor det står at «ulikheter i ressurser hos partene ikke [skal] være avgjørende for sakens utfall». Som vi så i punkt 5.4.1 er målet med bestemmelsen å hindre at en part får fordeler i saken fordi hun har bedre forutsetninger til å føre sin sak.²⁹⁸ For å hindre at ulikt styrkeforhold blir avgjørende for sakens utfall, tilsier det derfor at den sterke parten får et større ansvar for å sikre de bevisene som den sterke parten er i bedre posisjon til å sikre.

Styrkeforskjellene må imidlertid ha relevans for bevissikringen. I Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) mente flertallet at selger hadde større fagkyndighet når det kom til å vite innholdet i fôret. I Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde) var leverandørkjedens styrke knyttet til deres ekspertise innen

²⁹⁵ Se dommens avsnitt 38.

²⁹⁶ Se LH-2008-83856.

²⁹⁷ Se punkt 2.1 med videre henvisning til Nygaard (2004) om vekten til «konstruert ratio decidendi».

²⁹⁸ Se nærmere NOU 2001:32 s. 143 og 651.

teknologi. Dersom styrkeforskjellen ikke har betydning for bevissikringen gjør ikke betraktningene ovenfor seg gjeldende. Det er ikke grunnlag for at en part skal møte et strengere sannsynlighetskrav bare fordi hun generelt er ressurssterk.

6.4 Oppfordring til å sikre beviset

6.4.1 Vurderingstema

Enhver vil ofte være situasjoner hvor man har mulighet til å sikre beviser som kan ha innvirkning på en fremtidig sak. Det er likevel ikke gitt at bevissikringsregelen anvendes selv om disse vilkårene er oppfylt. I dette punktet skal jeg drøfte innholdet i det siste vilkåret: oppfordring til å sikre bevis. Jeg skal først si noe overordnet om hva som ligger i vilkåret og vurderingen. Deretter går jeg gjennom relevante momenter i punkt 6.4.2-6.4.5.

Eckhoff skrev at dersom en part opptrådte klanderverdig («daddelverdigg») kunne det påvirke bevisbyrde- og beviskravreglene.²⁹⁹ I nyere praksis og teori går ordet «oppfordring» igjen.³⁰⁰ En part må ha handlet i strid med en oppfordring til å sikre bevis. Hva som ligger i en oppfordring er likevel ikke helt klart.

Normalt innebærer en oppfordring at en alminnelig fornuftig person ville følt en viss forventning om å handle på en bestemt måte, eventuelt til å unnlate en gitt handling.³⁰¹ En slik betraktning stemmer godt med resonnementet i dommene bevissikringsregelen bygger på. Rt 1990 s. 688 (Promille) er illustrerende. Høyesterett uttalte at:

*«[f]or en edru bilfører måtte det være en naturlig reaksjon å kontakte politiet for å fri seg fra mistanke om promillekjøring, eventuelt gjennom alkotest eller blodprøve. At B ikke gjorde dette [fikk betydning for beviskravet]».*³⁰²

Høyesterett går gjennom konkrete forhold på kritisk bevissikringstidspunkt og peker på hva sjåfører flest ville gjort. Det underbygger at det foreligger en oppfordring til å sikre bevis der en alminnelig fornuftig person ville følt forventninger om å sikre bevis.

²⁹⁹ Se Eckhoff (1943) s. 76.

³⁰⁰ Se for eksempel Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin), Rt 1980 s. 1299 (Ulnarsinerven), Rt 2009 s. 920 (Slakterskade) og Rt 2015 s. 321 (Nybil). Se også Skoghøy (2017) s. 936 og Michelsen (1999) s. 225. Se annerledes Hov (2017) s. 255 som presenterer det som et spørsmål om parten kan bebreides. Schei m.fl. (2013) s. 778 er ikke helt klar på om det er et vilkår om oppfordring eller ikke.

³⁰¹ Se Nygaard (2007) s. 174-175 og s. 179-171 om tilsvarende formulering av skyldregelen i erstatningsretten.

³⁰² Se dommens s. 692.

Tolkningen av Rt 1990 s. 688 (Promille) underbygges av en motsetning til Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven). Her uttalte Høyesterett at det ikke forelå en oppfordring for sykehuset til å undersøke saken da pasienten klagde på en øm arm dagen etter operasjonen. Høyesterett pekte på at det «er meget alminnelig at det etter operasjoner oppstår»³⁰³ slike symptomer. Det forelå dermed ikke en oppfordring til bevissikring da situasjonen fremstod som helt vanlig og alminnelig. Der det ikke er noen spesielle omstendigheter vil ikke en alminnelig fornuftig person føle den samme forventningen til å sikre bevis.

Slutningene fra dommene stemmer med tilsvarende formulering av den såkalte «skyldregelen» i erstatningsretten. Der en person handler i strid med det en alminnelig fornuftig person ville ha gjort, kan det gi grunnlag for erstatningsansvar. Det er spørsmål om hva en «omhyggeleg og omtenkssam» person i «vedkommande rolle» ville ha gjort ut fra forventningene hun ville følt.³⁰⁴ Skyldregelen bygger på samme tanke som kravet om oppfordring ved bevissikringsregelen.³⁰⁵ Spørsmålet er i begge tilfellene når det er rimelig at en person må ta konsekvensene av sine egne handlinger. At formuleringen samsvarer med lignende vurderinger basert på samme betraktninger ellers i rettssystemet, underbygger slutningene fra dommene.³⁰⁶

Det er dermed et spørsmål om alminnelige fornuftige mennesker ville følt forventning om å sikre bevis i den situasjonen unnlattende part var i. Før vi går videre til momenter i vurderingen av en parts oppfordring til å sikre bevis, skal jeg drøfte enkelte avgjørelser som kan tale for en særskilt terskel. Spørsmålet for drøftelsen er hvorvidt det generelt kan oppstilles enten en streng eller mild terskel for når det foreligger en oppfordring.

I Rt 1990 s. 688 (Promille) uttalte Høyesterett at parten må ha handlet i strid med en «sterk oppfordring» og at parten er «meget å bebreide». Formuleringene legger en høy terskel. Uttalelsene knytter seg imidlertid til en «forsikringstaker», og spørsmålet var om bevissikringsregelen kunne senke et beviskrav som allerede var hevet fordi kravet bygde på et straffbart forhold. I lys av dette mener jeg uttalelsene kan forstås på to måter. Enten oppstiller

³⁰³ Se dommens s. 1304.

³⁰⁴ Se Nygaard (2007) s. 180.

³⁰⁵ Se Strandberg (2012) s. 598-599 som også synes å legge til grunn at vurderingen samsvarer med erstatningsrettens skyldregel.

³⁰⁶ Se punkt 2.1 med videre henvisninger om «koherensidealer».

Høyesterett en generelt streng terskel for å anvende bevissikringsregelen. Eller så oppstiller Høyesterett et strengere krav til klander i forsikringsaker hvor det er kryssende hensyn.³⁰⁷

Jeg mener sistnevnte tolkning må legges til grunn. Hensynene som tilsa et skjerpet beviskrav ga større motstand mot å la sannsynlighetskravet lempes på grunn av unnlatt bevissikring, enn der det ikke var noen spesielle innvendinger mot å lempe beviskravet. Forsikringselskap kan også pulverisere konsekvensene av en uriktig dom. Da er det også naturlig at det kreves mer klander. Høyesteretts formuleringer knytter seg også eksplisitt til «forsikringstaker» i «slike saker». Dommens uttalelse om terskelen har dermed ikke betydning utover de typetilfellene den gjelder, og gir ikke grunnlag for en høy terskel generelt etter bevissikringsregelen.

Rt 1955 s. 919 (Torpedo) trekker i motsatt retning og ser tilsynelatende vekk fra kravet om oppfordring. Da en båt ble torpedert under krigen fikk en sjømann omfattende fysiske skader. Han tilbragte flere år på sykehus i utlandet før han returnerte til Norge. Han fikk psykiske problemer og døde etter noen år av «blodtrykkssykdom». Enken krevde krigsskadeerstatning. Spørsmålet for Høyesterett var om det forelå årsakssammenheng mellom ulykken og blodtrykkssykdommen. Blodtrykksmålinger i perioden etter ulykken var nødvendige for å avklare om det forelå årsakssammenheng. Men slike målinger ble ikke gjort da han lå på sykehus i utlandet. Høyesterett uttalte at ingen av partene kunne klandres for manglende opplysninger, men lot likevel tvilen gå utover Rikstrygdeverket (i strid med utgangspunktet for bevisbyrden). Det kan tilsi en svært lav terskel for når en part kan sies å ha oppfordring til å sikre bevis. Dommen kan til og med tolkes så langt at oppfordring til bevissikring ikke er et vilkår i hele tatt.³⁰⁸ Likevel mener jeg dommen har begrenset verdi utover det saks- og partsforholdet den gjelder. Det var en svært traumatisk opplevelse og de personlige konsekvensene var store, både for sjømannen og enken. Det var også en offentlig etat som kunne pulverisere sitt tap, mot en svak part som var avhengig av erstatningen. Selv om ingen av partene kunne klandres for manglende bevisføring, ville utfallet av dommen ha betydelig større betydning for den private enn for Rikstrygdeverket. Dommen kan dermed ha en alternativ begrunnelse i unntaket som knytter seg til tilfeller hvor materielt uriktig avgjørelse er vesentlig verre i den ene retningen enn den andre.³⁰⁹ Under disse omstendighetene, og tatt i betraktning at Høyesterett er uklar, mener jeg dommens uttalelser ikke har betydning for den generelle terskelen som ligger i oppfordring til å sikre bevis.

³⁰⁷ Se nærmere punkt 6.5.4 om såkalte «kryssende hensyn».

³⁰⁸ Se Nygaard (2002) s. 55 som tolker dommen slik at bevisvansker kan påvirke beviskravet selv om ingen av partene kan klandres.

³⁰⁹ Se punkt 3.1.

Så vidt jeg kan se gir ingen andre dommer føringer for terskelen for når det er en oppfordring. Det er dermed ikke grunnlag for å oppstille en særlig terskel i verken den ene eller andre retningen.

Vilkåret må drøftes etter en konkret vurdering av hvorvidt parten har handlet i tråd med det som kan forventes av henne i den situasjonen hun stod i.³¹⁰ En sentral tråd i vurderingen er virkningen av unnlatsen for sakens opplysning holdt opp mot hva unnlattende part må ofre for å sikre beviset.³¹¹ Se nærmere punkt 6.4.3 om slike forholdsmessighetsvurderinger.

Siden det er en konkret vurdering i den enkelte saken, er det ikke mulig å gi generelle svar på når det foreligger en oppfordring til å sikre bevis. Min videre drøftelse søker kun å peke på sentrale momenter i denne vurderingen og antyde hvilken vekt de kan ha generelt.

6.4.2 Bevisets potensielle viktighet for sakens opplysning

Hvor viktig beviset potensielt kunne vært for sakens opplysning kan ha stor betydning for partens oppfordring til å sikre bevis.³¹² Jeg skal i dette punktet se på momenter som sier noe om bevisets viktighet for sakens opplysning, og drøfte hvordan hvert enkelt moment kan tilsi at en part har eller ikke har oppfordring til å sikre bevis.

Hvor sannsynlig det er at bevismiddelet ville gitt informasjon er første moment. Av og til vet vi sikkert at bevissikring ville gitt informasjon. Et eksempel er Rt 1990 s. 688 (Promille). Hadde sjåføren tatt en promilletest ville vi hatt svar på om han hadde promille eller ikke. Motsatt i Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven). Undersøkelser ett år etter ville ikke gitt informasjon som kunne klarlagt beviset.³¹³ Et eksempel mellom de ytterpunktene er Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde). Der var det en viss uenighet blant de sakkyndige om en undersøkelse av IR-mottakeren ville gitt informasjon av betydning.³¹⁴

I Rt 1990 s. 688 (Promille) vektla Høyesterett at kontakt med politiet vil fjerne mistanke, altså vil bevissikringen gi informasjon.³¹⁵ Samme også i Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) hvor

³¹⁰ Se Strandberg (2012) s. 600. Se også Hagstrøm/Stenvik (2015) s. 71-74 om samme vurdering etter skyldregelen i erstatningsretten.

³¹¹ Se Strandberg (2012) s. 600-601 med tilsvarende betraktning. Se også Zahle (1976) s. 413 om samme i dansk rett.

³¹² Se Strandberg (2012) s. 548 med tilsvarende betraktning.

³¹³ I den saken var det så tydelig at det ikke kunne innhentes informasjon, at det ikke forelå mulighet til bevissikring engang.

³¹⁴ Se dommens s. 779

³¹⁵ Se dommens s. 692.

Høyesterett eksplisitt pekte på at undersøkelser av fôret ville gitt bedre opplyst sak.³¹⁶ Det tilsier at der det er sannsynlig at bevissikring gir informasjon, så taler det for at parten har oppfordring til å sikre beviset.³¹⁷

Slutningen underbygges av hensynet til materielt riktig avgjørelse. Jo høyere sannsynlighet for at bevismiddelet inneholder informasjon om bevistemaet, jo større grunn til å anta at sakens opplysning, og dermed hensynet til materielt riktig avgjørelse, svekkes ved unnlåtelsen. At hensynet til materielt riktig avgjørelse aktualiseres i tillegg til at Høyesterett har vektlagt momentet, medfører at momentet generelt får stor vekt.

Hvilken informasjon bevismiddelet kunne gitt er et annet moment knyttet til bevisets potensielle viktighet for sakens opplysning. Dommeren kan ikke vite hvilken retning informasjonen ville trukket. Dommeren kan derimot vurdere om det ville vært potensielt sentral informasjon.³¹⁸ Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) kan brukes som eksempel. Vi vet ikke om en vitaminundersøkelse ville vist at det var for mye eller for lite E-vitamin. Men informasjonen ville avklart bevistemaet i den ene eller andre retningen hvis en test ble gjennomført.

Det som er særlig interessant i vurderingen av bevismiddelets potensielle informasjon, er *forholdet mellom bevisets potensielle informasjon og bevistemaet som vurderes*.³¹⁹ I Rt 1976 s. 239 (Lastebil) uttalte Høyesterett at en «fullstendig teknisk vurdering av de ødelagte motordeler [...] kunne klarlagt årsaksforholdet», og at undersøkelser «kunne gitt viktige opplysninger».³²⁰ Opplysningene som kunne blitt sikret var hvorvidt det var glykol på delene som stammet fra det første havariet, noe som ville tilsi at første utbedring var mangelfull (som var det aktuelle bevistemaet). Opplysningene var dermed viktig for avklaringen av bevistemaet.³²¹ Hvor viktig informasjonen er for bevistemaet kan vurderes både gjennom en relevansbetraktning og en vurdering av opplysningenes vesentlighet for bevistemaet.

Som vi så i punkt 6.3 er det en forutsetning for å anvende bevissikringsregelen at beviset er og fremkommer av førbare bevismidler. Relevans og vesentlighetsvurderinger kan i noen tilfeller medføre at bevisføring avskjæres, jf. tvl. § 21-7. Forutsetning i drøftelsen under er dermed at beviset ikke er så lite relevant eller vesentlig at det avskjæres. Det er en relativ vurdering av informasjonens relevans og vesentlighet etter tilsvarende betraktninger, men over minsteterskelen.

³¹⁶ Se dommens s. 1356.

³¹⁷ Se Strandberg (2012) s. 600-601 hvor han knytter tilsvarende betraktninger opp mot hvor nærliggende det er at et bevis kan bli relevant. Se også Zahle (1976) s. 413 om samme i dansk rett.

³¹⁸ Se Strandberg (2012) s. 548 og 565-566.

³¹⁹ Se Strandberg (2012) s. 548 med tilsynelatende tilsvarende betraktninger.

³²⁰ Se dommens 240.

³²¹ Samme i Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) s. 1357 og Rt 1990 s. 688 (Promille) s. 692.

At opplysninger er relevant innebærer at informasjonen sier noe om forhold som bevistemaet reiser spørsmål om. Eksempelvis var bevistemaet i Rt 1990 s. 688 (Promille) om sjåføren var beruset. En promilletest ville vist om sjåføren var beruset. Relevansbetraktninger har fått utslag i blant annet tvisteloven § 21-7 (1) hvor det stilles krav om at bevis som føres «kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes». Begrunnelsen for en slik begrensning er å hindre en kostbar og lang prosess. Samme betraktning slår til ved spørsmålet om en part har oppfordring til å sikre et bevis. Det vil bli kostbart og tidkrevende dersom det forventes at bevis med svak relevans til bevistemaet må sikres for å unngå å få bevissikringsregelen mot seg. Tvert imot tilsier hensynene til kostnadseffektivitet og hurtighet at det ikke foreligger oppfordring til å sikre beviset dersom det har lav relevans. Dersom beviset derimot har høy relevans har det potensielt stor betydning for sakens opplysning, og hensynet til materielt riktig avgjørelse tilsier at parten har oppfordring til å sikre bevis.

Hvor vesentlig opplysningene er for bevistemaet er også av betydning. At informasjonen er uvesentlig er noe annet enn at den er irrelevant. Informasjonen kan angå bevistemaet, men ikke gi bidrag for svaret på bevistemaet. Vi kan eksempelvis tenke oss at en sykepleier som deltok under operasjonen i Rt 1989 s. 674 (Struma) stod ved døren og observerte legen. Hun vitnet om at legen hadde vært forsiktig og rolig. Det er relevant for bevistemaet som spør om hva legen gjorde for å unngå skaden på strumaet. Men det gir lite svar på hva han konkret gjorde.

Hvor vesentlig opplysningen er, har blitt vektlagt i tvisteloven § 21-7 (2) bokstav b. Bevis som er perifere eller etter sin art og karakter har liten vekt, kan avskjæres. Begrensningen er begrunnet i hensynet til hurtig og kostnadseffektiv prosess.³²² Selv om bestemmelsen ikke får direkte anvendelse, viser den at lovgiver har legitimert å vektlegge hvor vesentlig et bevis er. Samme betraktning gjør seg gjeldende ved bevissikring. Dersom det forventes at partene skal sikre bevis som ikke gir informasjon med verdi for bevistemaet, vil det være bortkastede ressurser. Man sikrer ikke hensynet til materielt riktig avgjørelse, men svekker hensynene til hurtig og kostnadseffektiv prosess. Det tilsier at parten ikke har oppfordring til å sikre beviset dersom det er uvesentlig og dermed ikke bidrar til å styrke rettens grunnlag for å avgjøre bevistemaet. Motsatt vil det at beviset er vesentlig ha stor betydning for sakens opplysning. Kanskje kan beviset ene og alene avklare bevistemaet.³²³ Hensynet til materielt riktig

³²² Se Skoghøy (2017) s. 888 med videre henvisninger om bestemmelsens innhold og begrunnelse.

³²³ Slik som eksempelet fra Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) ovenfor viser.

avgjørelse aktualiseres i stor grad og momentet taler med tyngde tale for at parten har oppfordring til å sikre beviset.

Vurderingen av relevans og vesentlighet sier samlet noe om hvor viktig den potensielle informasjonen er for å opplyse bevistemaet. Høyesterett har i en rekke avgjørelser eksplisitt vektlagt hvor viktig et bevis er for vurderingen av bevistemaet. Som vist ble det vektlagt i Rt 1976 s. 239 (Lastebil) at undersøkelser ville klargjort bevistemaet. Samme i Rt 1989 s. 674 (Struma) hvor Høyesterett pekte på at operasjonsbeskrivelsen var den «sikreste kilden til viten» ved vurderingen av bevistemaet,³²⁴ i Rt 1990 s. 688 (Promille) hvor en promilletest ville avgjort bevistemaet, og i Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) hvor vi så ovenfor at en vitaminprøve ville avklart spørsmålet om det var vitaminmangel i føret. Rettspraksis tilsier dermed en oppfordring til å sikre bevis når informasjonen er viktig for bevistemaet.

Videre er opplysninger som er viktig for avklaringen av bevistemaet normalt av større betydning for å oppnå en materielt riktig avgjørelse enn opplysninger med liten betydning for bevistemaet.³²⁵ Dermed støttes slutningen ovenfor av hensynet til materielt riktig avgjørelse. Sett i sammenheng med den store betydningen rettspraksis gir momentet, får momentet stor vekt i vurderingen av partens oppfordring til bevissikring.

Skillet mellom generell informasjon og informasjon knyttet til den konkrete saken, omhandler også bevismiddelets potensielle informasjon. Som jeg skrev i punkt 6.3.2 ble et slikt skille pekt på i HR-2017-959-A (Gavedommen).³²⁶ Dommen viser at generell informasjon ofte er mindre egnet til å opplyse bevistemaet i den konkrete saken enn informasjon som helt konkret knytter seg til bevistemaet. Det vil si at unnlattelse av å sikre opplysninger som er knyttet til den konkrete saken normalt svekker hensynet til materielt riktig avgjørelse i større grad enn unnlattelse av å sikre generell informasjon. Hvorvidt den potensielle informasjonen er generell eller knyttet til den konkrete saken har dermed betydning for parten oppfordring til å sikre bevis. Skillet er ikke eksplisitt i dommen,³²⁷ men det har direkte betydning for hensynet til materielt riktig avgjørelse.³²⁸ Momentet har derfor en viss vekt.

Hvor sentralt bevistemaet informasjonen knytter seg til er for sakens utfall, er et annet moment knyttet til bevisets viktighet i saken. Noen bevistemaer har avgjørende betydning for

³²⁴ Se dommens s. 681.

³²⁵ Se Strandberg (2012) s. 531 med tilsvarende betraktning.

³²⁶ Se dommens avsnitt 39. Se også HR-2018-872-A avsnitt 120 som er inne på lignende betraktninger.

³²⁷ Se punkt 2.1 med videre henvisninger til Nygaard (2004) s. 321 om vekten av «konsturert ratio decidendi».

³²⁸ Se punkt 2.1 om betydningen av at argumentet har støtte i hensynet til materielt riktig avgjørelse.

sakens utfall, mens andre bevistemaer ikke nødvendigvis påvirker sakens utfall. I Rt 1989 s. 674 (Struma) var det et bevistema som var avgjørende for sakens utfall. Avgjørende for om pasienten hadde rett til erstatning var hvorvidt legen hadde opptrådt uaktsomt. Bevistemaet var hva legen faktisk gjorde. Høyesterett uttalte at operasjonsbeskrivelsen var «uklar på to punkter, som er viktige for vurderingen av aktsomhetsspørsmålet i vår sak».³²⁹ Her mener jeg Høyesterett vektlegger at bevistemaet som var svakt opplyst var sentralt for avgjørelsen av pasientens krav, altså utfallet av saken.

Motsatt kan vi tenke oss at bevistemaet var om en anestesisykepleier hadde slurvet med narkosen. Pasienten anførte dette bevistemaet fordi hun mente det beviste at de ansatte var slitne og uoppmerksomme, og at det tilsa at de ikke hadde gjort det de burde for å hindre skaden. Her kan vi svare både bekreftende og avkreftende på spørsmålet om anestesisykepleieren hadde slurvet, uten at det har avgjørende betydning for erstatningskravet. Da er det ikke nær sammenheng mellom det uopplyste bevistemaet og sakens utfall. I slike tilfeller vil ikke unnlåtelsen svekke hensynet til materielt riktig avgjørelse i samme grad. Det tilsier at parten har mindre oppfordring til å sikre bevis når bevistemaet har liten betydning for sakens utfall.

Hvor sentralt bevistemaet som burde blitt opplyst bedre er for sakens utfall, vil ha stor betydning for hvor mye unnlåtelsen svekker hensynet til materielt riktig avgjørelse. Når det i tillegg er vektlagt av Høyesterett, får momentet en del vekt.

Bevissituasjonen for øvrig er også et moment knyttet til bevisets viktighet.³³⁰ En part kan ikke på forhånd av forhandlingene vite sikkert hvor sterkt eller svakt informasjonsgrunnlag retten vil ha. Likevel har parten normalt en viss oppfatning av hvor godt opplyst saken er ved at hun som oftest vet om sine egne og motpartens bevismuligheter. Når jeg skriver om «bevissituasjonen for øvrig», er det altså de beviser parten visste om, eller i det minste burde visst om, på det kritiske bevissikringstidspunktet som drøftes. Vi kan da skille mellom en god bevissituasjon og en svak bevissituasjon.³³¹ Det er en god bevissituasjon dersom bevissituasjonen gir et godt grunnlag til å vurdere om en faktumpåstand er sann eller usann.³³² Svak er bevissituasjonen dersom det foreligger få bevis, eller de bevisene som foreligger i liten grad opplyser saken. Da er det svakere grunnlag for å vurdere faktumpåstandene.

³²⁹ Se dommens s. 681.

³³⁰ Se Strandberg (2012) s. 550 med tilsvarende betraktning.

³³¹ Se Strandberg (2012) s. 515 flg. og s. 529 flg. for en redegjørelse av tilsvarende grensedragning.

³³² Se Strandberg (2012) s. 530.

En god bevissituasjon finner vi i Rt 2012 s. 1779 (Victocor). Victocor påførte et korrosjonsbeskyttende belegg på muttere som Hydro brukte i sin produksjon av bildeler. Hydro fikk utfordringer med å montere mutterne, og mente det skyldtes at belegget var for tykt. Victocor mente belegget var riktig tykkelse. Ved spørsmålet om belegget var for tykt anførte Victocor at bevistvil måtte gå utover Hydro fordi Hydro kvittet seg med mutterne.³³³ Høyesterett pekte på at belegget hadde blitt målt to ganger av SINTEF og én gang av et belgisk selskap som Victocor hadde hyret. Alle målingene viste avvik fra makstykkelsen. Førstvoterende uttalte så at «[j]eg kan under disse omstendigheter ikke legge vekt på Victocors anførsel om at Hydro skal ha [...] forsømt å sikre bevis for den påståtte mangelen».³³⁴ Ordene «under disse omstendigheter» er nærliggende å forstå som en henvisning til undersøkelsene. Jeg forstår da uttalelsen slik at Hydro ikke hadde oppfordring til å sikre bevis fordi det allerede forelå tre pålitelige målinger. Bevissituasjonen ga dermed svar på bevistemaet uten ytterligere bevissikring.³³⁵ Dommen gir dermed uttrykk for at dersom bevissituasjonen er god, så tilsier det at parten ikke har oppfordring til å sikre ytterligere bevis. Uttalelsen er imidlertid et obiter dictum. Retten kom uansett til at Hydro ikke hadde reklamert i tide.³³⁶ I tillegg er ikke uttalelsen begrunnet i nevneverdig grad, og slutningen er uklar. Vekten av slutningen isolert er derfor begrenset.

Slutningen fra dommen støttes imidlertid av at hensynet til materielt riktig avgjørelse vanligvis ikke svekkes så mye når bevissituasjonen er god. Bevissituasjonen gir allerede et godt grunnlag for rettens bevisvurdering, og det er grunn til å tro at en god bevissituasjon ofte gir godt grunnlag for materielt riktig avgjørelse.³³⁷

I tillegg støttes slutningen fra dommen av tanken bak begrensningen i § 21-7 (2) bokstav b. Etter denne bestemmelsen kan bevis nektes ført dersom beviset ikke gir bidrag til avgjørelsen av bevistemaet fordi bevistemaet allerede er godt nok opplyst. Det følger allerede av ordlyden «styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig».³³⁸ Bestemmelsen får ikke anvendelse ved spørsmålet om bevissikring. Men den viser at lovgiver legitimerer muligheten til å begrense bevisføring om et bevistema som allerede er godt opplyst for å sikre en hurtig og kostnadseffektiv behandling av tvisten. Samme hensyn slår til ved spørsmålet om en part har

³³³ Se dommens avsnitt 23.

³³⁴ Se dommens avsnitt 48.

³³⁵ Se Strandberg (2012) s.604 med tilsvarende betraktninger.

³³⁶ Se Nygaard (2004) s. 115 og Falkanger (2016) i punkt 8.4 om obiter dictum vekten av obiter dictum.

³³⁷ Se Strandberg (2012) s. 517.

³³⁸ Se også NOU 2001:32 s. 949 og Skoghøy (2017) s. 887-888 for nærmere redegjørelse av regelens innhold.

oppfordring til å sikre bevis når bevissituasjonen allerede gir godt grunnlag for materielt riktig avgjørelse. Det underbygger slutningen fra dommen.

Med grunnlag i dommen og hensynene jeg har pekt på ovenfor, vil en god bevissituasjon med en viss tyngde tilsi at parten ikke har oppfordring til å sikre beviset.

Motsatt kan en svak bevissituasjon tilsi en oppfordring til bevissikring. Det ser vi i Rt 1989 s. 674 (Struma). Det var få andre beviser enn operasjonsbeskrivelsen som kunne opplyse hva legen gjorde. Når Høyesterett så viser til «det jeg har sagt om legejournalens bevismessige betydning»,³³⁹ er dette nærliggende å se som en henvisning til tidligere uttalelser om at det vil være vanskelig å klargjøre hva som ble gjort uten operasjonsbeskrivelsen, og at operasjonsbeskrivelsen derfor er viktig. Det er i så fall en henvisning til bevisets betydning for å opplyse saken i lys av den svake bevissituasjonen uten operasjonsbeskrivelsen.

Også i andre dommer ser vi at en svak bevissituasjon vektlegges. I Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) uttalte førstvoterende på vegne av flertallet at:

*«[i] det hele er det ikke mulig å gjøre seg opp en bestemt mening om årsaksforholdet på basis av de beviser som er ment å skulle belyse dette spørsmål».*³⁴⁰

Det var altså en svak bevissituasjon som i liten grad opplyste beviset. Der forelå det oppfordring til å sikre bevis. Samme i Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde) hvor Høyesterett uttaler at «[d]et foreligger ikke detaljerte tekniske opplysninger om den konkrete IR-mottakeren eller om IR-mottakere av den aktuelle typen».³⁴¹ Det forelå heller ingen beviser om forbrukerens bruk av spilleren. Også der var det oppfordring til å sikre bevis. Høyesterett er riktignok ikke eksplisitt på betydningen av den svake bevissituasjonen i disse sakene, noe som får betydning for vekten av slutningen.³⁴²

Slutningen fra rettspraksis underbygges av hensynet til materielt riktig avgjørelse. Dersom bevissituasjonen fremstår som svak, vil det være en stor fare for at det avsies uriktig avgjørelse. Bevissikring som kan avklare en slik tvil vil være avgjørende for å sikre hensynet til materielt riktig avgjørelse. Det tilsier, sett sammen med dommene ovenfor, med tyngde at det foreligger oppfordring til å sikre bevis dersom bevissituasjonen er svak.

³³⁹ Se dommens s. 682.

³⁴⁰ Se dommens s. 1356.

³⁴¹ Se dommens s. 778.

³⁴² Se punkt 2.1 med henvisning til Nygaard (2004) s. 321 om konstruert ratio decidendi.

En svak bevissituasjon er ikke nødvendigvis en forutsetning for at en part kan ha oppfordring til å sikre bevis. Det ser vi i Rt 1990 s. 688 (Promille). Bevissituasjonen var så god at Høyesterett i ettertid fant at det var klar sannsynlighetsovervekt for at han kjørte med promille. Likevel legger Høyesterett til grunn at parten hadde oppfordring til å sikre promilletest – en sterk oppfordring til og med.³⁴³

Det er vanskelig å trekke noen generelle grenser for når bevissituasjonen skal anses som svak eller god. En viss veiledning ligger likevel i en sammenligning av ytterpunktene i Rt 1989 s. 674 (Struma) og Rt 2012 s. 1779 (Victocor). Slik jeg forstår Victocor-dommen var alternativet Victocor anførte å foreta tilsvarende undersøkelser som SINTEF og det belgiske selskapet allerede hadde foretatt. Det vil si at dersom Hydro hadde tatt vare på mutterne så hadde man fått flere undersøkelser som sannsynligvis ga samme informasjon med samme troverdighet. Informasjonen som kunne blitt sikret forelå allerede i bevismaterialet partene hadde tilgang til på kritisk bevissikringstidspunkt. I Struma-dommen var det derimot ikke mulig å hente informasjonen fra andre kilder. Også i promilledommen var det tale om unik informasjon som bevismaterialet som forelå ikke kunne gi. Det var kun en promilletest som kunne fastslå med sikkerhet hvorvidt han faktisk hadde promille i kroppen eller ikke. Jeg mener sammenligningen gir følgende retningslinje: dersom unnlåtelsen gjelder potensiell informasjon som ikke allerede fremkommer av bevisene parten kjenner eller burde kjenne til, tilsier det en oppfordring til å sikre bevis. Motsatt vil det at bevissikring kun kan gi samme informasjon med noenlunde samme troverdighet som andre beviser allerede gir, tilsi at parten ikke har oppfordring til å sikre beviset.

Unnlåtelsen kan også svekke bevissituasjonen ved at unnlåtelsen påvirker andre beviser.³⁴⁴ Rt 1989 s. 674 (Struma) gjelder et slikt tilfelle. Sakkyndigrapportene måtte bygge på operasjonsbeskrivelsen. Høyesterett uttalte at operasjonsbeskrivelsen er såpass vag at den kan tolkes på flere måter, og at uklarheter og uenigheter i sakkyndigrapportene «beror til dels på at de sakkyndige har tolket operasjonsbeskrivelsen noe ulik».³⁴⁵ Hadde operasjonsbeskrivelsen vært tydeligere, ville også sakkyndigrapportene vært mer samstemte og de kunne opplyst saken bedre. Unnlåtelsen av å skrive en utfyllende operasjonsbeskrivelse

³⁴³ Se Strandberg (2012) s. 528-529 om verdien av å ha flere beviser som sier det samme.

³⁴⁴ Se Strandberg (2012) s. 604-605 om tilsvarende betraktninger.

³⁴⁵ Se dommens s. 680.

påvirket mulighetene andre beviser hadde til å opplyse saken.³⁴⁶ Høyesterett er ikke tydelig på om de vektlegger dette, noe som gir slutningen begrenset vekt.³⁴⁷

Slutningen støttes av hensynet til materielt riktig avgjørelse. Når unnlåtelsen også påvirker andre bevisers verdi, svekker det bevissituasjonen mer enn der de andre bevisene beholder sin bevisverdi. Sakens opplysning vil dermed svekkes mer og muligheten for å avsi materielt uriktig avgjørelse økes ytterligere. Vekten av momentet avhenger av hvor mye de andre bevisene påvirkes og hvor mange av bevisene som påvirkes.

Hvorvidt et bevis kan sikres senere eller ikke er et siste moment knyttet til viktigheten av beviset – i det minste viktigheten av å sikre beviset. Selv om et bevis ikke blir sikret på kritisk bevissikringstidspunkt, kan det tenkes at det kan sikres senere. Tilfeller hvor beviset kan sikres på et senere tidspunkt kan kalles «reversibel unnlåtelse». Eksempelvis kan arbeidsgiveren i Rt 2009 s. 920 (Slakterskade) senere innhente vitneutsagn fra vitnet som så hendelsen. Samme gjelder bileieren i Rt 1976 s. 239 (Lastebil) som kunne undersøkt delene senere, gitt at delene ikke ble destruert. Motsatt i Rt 2012 s. 1779 (Victacor) hvor mutterne ikke kunne undersøkes etter at Hydro kvittet seg med dem, gitt at de ble destruert. Samme i Rt 1990 s. 688 (Promille). Sjøføren kunne ikke ta en promilletest dagen etter utforkjøringen siden alkoholen ikke vil spores i blodet så lenge. Slike tilfeller, hvor beviset ikke kan sikres senere, kan kalles «irreversibel unnlåtelse».

I Rt 2000 s. 1991 (Alpindommen) pekte Høyesterett på at muligheten til å sikre bevis var tidsbegrenset (irreversibel). En kvinnelig slalåmkjører skadet seg da hun kjørte på en stein like utenfor traséen. Hun krevde erstatning fra skiheisfirmaet. Om bevissikringssituasjonen generelt ved slike hendelser uttalte Høyesterett at:

*«[v]ed ulykker i alpinanlegg vil det ofte være vanskelig å fastslå i ettertid hva som førte til skadene, blant annet fordi snøforholdene kan endre seg raskt og variere fra år til år. Alt etter omstendighetene kan det være grunn til å kreve at anleggseieren søker å sikre bevis for forholdene på ulykkesstedet dersom vedkommende mener å være uten ansvar for skaden».*³⁴⁸

³⁴⁶ Tilsvarende var tilfellet i Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde). Siden IR-mottakeren ikke var undersøkt hadde ikke de sakkyndige konkrete funn å bygge på. Sakkyndigrapportene fremstod derfor som hypotetiske antakelser i stedet for vurderinger av den konkrete mottakeren.

³⁴⁷ Se punkt 2.1 med henvisning til Nygaard (2004) s. 321 om konstruert ratio decidendi.

³⁴⁸ Se dommens s. 1995.

Uttalelsen er tydelig på at dersom unnlåtelsen er irreversibel er det et moment som i seg selv kan begrunne en oppfordring til å sikre bevis. Vekten av slutningen må imidlertid begrenses av at uttalelsen knytter seg til generelle omstendigheter og at Høyesterett ikke gikk inn i bevissikringsregelen. Uttalelsen er heller ikke begrunnet. Isolert sett har derfor uttalelsen begrenset vekt.

Jeg kan ikke se tilsvarende uttalelser i andre dommer. Jeg ser heller ingen tendens i andre dommer som støtter slutningen. Likevel mener jeg slutningen støttes av hensynet til materielt riktig avgjørelse. Ved reversible unnlåtelse vil ikke unnlåtelsen med endelig virkning svekke sakens opplysning. Som vi så i punkt 4.5 kan reversible unnlåtelse møtes med fristforelegg.³⁴⁹ Parten kan også ombestemme seg. Dermed kan beviset sikres senere. Ved irreversible unnlåtelse kan ikke beviset sikres senere selv om unnlåtende part skal ombestemme seg eller retten ønsker å tvinge gjennom bevissikring. Hensynet til materielt riktig avgjørelse svekkes dermed med endelig virkning. Det støtter slutningen fra Alpingdommen om at unnlåtende part har sterkere oppfordring til å sikre beviset der det er tale om irreversibel unnlåtelse, enn der det er reversibel unnlåtelse. Slutningen får dermed noe vekt.

At unnlåtelsen er reversibel betyr likevel ikke at parten ikke har oppfordring til å sikre beviset. Som jeg skrev i punkt 5.4.2 kan bevissikring være tvisteforbyggende. Det tilsier at beviset sikres så tidlig som mulig, selv om det kan sikres senere. Hensynet til å hindre tvist ivaretar andre sentrale hensyn som ofte er viktig i sivilprosessen, særlig hensynet til kostnadseffektivitet og hurtig behandling av andre saker som begge kan utledes fra tvisteloven § 1-1.³⁵⁰ Det tilsier med en viss tyngde at parten har oppfordring til å sikre beviset tidlig, selv om det er reversibelt. Hvor sentralt beviset antas å være for partenes uenighet og om det er flere uenigheter i saken som uansett medfører at saken tas til domstolen, har betydning for hvor stor vekt et slikt argument kan få.

6.4.3 Betydningen av hva som må ofres for bevissikring – sakens betydning

Bevis skal ikke sikres for enhver pris. Som jeg skrev i punkt 6.4.1 må bevisets viktighet holdes opp mot hva parten må ofre for å sikre beviset. Selv om parten har en reell mulighet til

³⁴⁹ Jf. tvl. §§ 16-10 og 16-9, jf. § 16-7 (2).

³⁵⁰ Se punkt 4.3 om hensynene.

å sikre bevis vil nemlig graden av mulighet variere mye.³⁵¹ For eksempel ville det i Rt 1989 s. 674 (Struma) ikke kostet legen noe å skrive operasjonsbeskrivelsen utfyllende. I Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde) var det derimot snakk om dyre og tidkrevende undersøkelser.³⁵² I dette punktet drøfter jeg hvilken betydning unnlattende parts oppofrelser for å sikre beviset, har for partens oppfordring.

Spørsmålet om hva som må ofres må ses i lys av proporsjonalitetshensynet. Proporsjonalitetshensynet følger blant annet av tvisteloven § 1-1 (2) fjerde strekpunkt, hvor det står at «saksbehandlingen og kostnadene stå i et rimelig forhold til sakens betydning». For bevisreglene har proporsjonalitetshensynet fått utslag i tvisteloven § 21-8. Der står det at «[d]et skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen». Også ved spørsmålet om bevistilgang for gjenstander gjelder et proporsjonalitetsprinsipp, jf. tvisteloven § 26-5 (3).³⁵³ Tanken bak bestemmelsene er at kostnadene og ressursene som legges i saken skal stå i et proporsjonalt forhold til blant annet betydningen av saken som behandles,³⁵⁴ og den mulige verdien av beviset.³⁵⁵ Betraktingen gjør seg også gjeldende ved spørsmålet om en parts oppfordring til å sikre bevis: jo viktigere sak, jo viktigere er det å få materielt riktig avgjørelse, og jo mer må kreves av partenes bevisføring.³⁵⁶ Og jo viktigere bevis, jo større betydning har det for å oppnå materielt riktig avgjørelse, og jo mer må kreves for å sikre det.

På den ene siden må det vurderes hvilke oppofrelser som kreves. Ofte er det snakk om økonomiske verdier. Eksempelvis kostet det en del penger å undersøke IR-mottakeren i Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde). Også andre verdier kan måtte ofres ved sikring av bevis. Vi kan for eksempel tenke oss at spørsmålet om bevissikring gjelder et dokument med svært sensitive personopplysninger om den ene partens ektefelle. I slike tilfeller vil hensynet til ektefellens integritet og vern om privatlivet tilsa at beviset ikke sikres for så å kunne legges frem. Det vil være en konkret vurdering av hvilke interesser som ofres og i hvor stort omfang de må ofres.

³⁵¹ Se Gomard & Kistrup (2013) s. 656 om betydningen av partenes mulighet til å sikre bevis for hvem som har oppfordring til å sikre i dansk rett.

³⁵² Se dommens s. 778.

³⁵³ Se Ot.prp.nr 51 (2004-2005) s. 454 og NOU 2001:32 s. 980.

³⁵⁴ Samme tanke har fått utslag i en rekke andre bestemmelser i tvisteloven. Se eksempelvis tvl. § 10-1 som introduserer småkravprosessen som et billigere alternativ enn allmennprosessen i små saker, § 6-2 (2) jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 93 flg. hvor kravet til forlikrådsbehandling påvirkes av sakens betydning, samt tvl. § 29-13 (1) jf. NOU 2001:32 s. 776 hvor lagmannsretten gis adgang til å nekte behandling av krav under en viss verdi.

³⁵⁵ Se NOU 2001:32 s. 979 og Strandberg (2012) s. 601.

³⁵⁶ Se Strandberg (2012) s. 591 med tilsvarende betraktninger.

På den andre siden må «sakens betydning» vurderes. At «sakens betydning» påvirker partens oppfordring til å sikre bevisene stemmer godt med rimelighetsbetraktningene bak bevissikringsregelen. Jo større betydning saken har, jo mer urimelig vil det være for motparten dersom hun risikerer å tape fordi unnløtende part ikke har opplyst saken. Konsekvensbetraktninger tilsier det samme. Risikoen for materielt uriktig avgjørelse har større konsekvenser dersom saken har stor betydning enn dersom saken bare har liten betydning for partene.

Spørsmålet er da hva som ligger i «sakens betydning». Ordene «sakens betydning», som lovgiver gjennomgående bruker i bestemmelser om proporsjonalitetshensynet, sikter til hvor stort eller viktig kravet i saken er. Ordlyden omfatter både hvilke interesser som står på spill og omfanget av interessene. Tolkningen støttes av forarbeidene til § 21-8 som uttaler at vurderingen primært ser på partenes interesser, herunder tvistegjenstandens verdi og partenes videre interesser i saken.³⁵⁷

I Ot.prp.nr.51 (2004-2005) peker departementet på at også prinsipielle sider ved saken kan vektlegges ved vurderingen av sakens betydning ved den generelle proporsjonalitetsbetraktningen i sivilprosessen.³⁵⁸ Sakens prinsipielle betydning kan imidlertid neppe vektlegges ved vurderingen av en parts oppfordring til å sikre bevis. Det er vanskelig å forsvare at en enkelt part skal bære ansvaret for den prinsipielle betydningen av saken. Dersom vi vektlegger sakens prinsipielle betydning ved spørsmålet om en parts oppfordring til å sikre bevis, vil unnløtende part risikere å bli skadelidende for at andre enn partene i saken har en interesse i utfallet. Da er vi utenfor grunnene som begrunner bevissikringsregelen.³⁵⁹ Det vil også føre til ulikhet dersom to unnløtende parter i to like saker skal behandles ulikt fordi den ene saken tilfeldigvis reiser prinsipielle spørsmål. Prinsipielle spørsmål har også ofte liten eller ingen sammenheng med sakens faktiske side, som bevissikringsregelen knytter seg til.

Det er også aktuelt å se på hvilken type sak det er tale om når sakens betydning skal vurderes. Enkelte sakstyper utløser et større behov for materielt riktig avgjørelse enn andre. At retten har adgang til å sikre bevisføring i indispositive saker, er uttrykk for en tanke om at det er

³⁵⁷ Se NOU 2001:32 s. 949.

³⁵⁸ Se proposisjonens s. 36.

³⁵⁹ Se punkt 5.4.

særlig viktig å oppnå riktig resultat i noen saker.³⁶⁰ Tanken er også overførbart til spørsmål om bevissikring.

Vi står da igjen med en vurdering av de interessene som gjør seg gjeldende mellom partene. Hvilke interesser og hvor mye de gjør seg gjeldende vil være styrende for sakens betydning. Hvor stor betydning saken har vil igjen si noe om hvor store oppofrelser som kan kreves.

Også bevisets mulige verdi er relevant i proporsjonalitetsvurderingen. I tvisteloven § 26-5 (3) vektlegges «den mulige verdien av beviset» som moment i forholdsmessighetsvurderingen.³⁶¹ Det er ikke samme spørsmål, men tanken er overførbart. Det gir liten mening at retten kan begrense plikten til å gi bevis tilgang etter bevisets verdi, uten at bevisets verdi også tas hensyn til ved spørsmålet om partenes oppfordring til å sikre bevis. Betrakningen er at det ikke skal brukes ressurser på beviser som har liten verdi for avgjørelsen av saken. Den betrakningen gjør seg gjeldende også ved spørsmålet om bevissikring. Det underbygges også av at hensynet til materielt riktig avgjørelse aktualiseres i mindre grad ved beviser med lav bevisverdi, mens hensynene til en hurtig og kostnadseffektiv prosess taler mot å sikre bevis med lav verdi.

Det er nærliggende å forstå «bevisets mulige verdi» som et spørsmål om hva beviset potensielt ville gitt saken. Det samsvarer med drøftelsen av «unnlåtelsens virkning» i punktet over. Dermed må unnlåtelsens virkning være styrende for hvor store ressurser som kreves for å sikre beviset.³⁶² Det vil si at jo større virkningen unnlåtelsen har, jo større oppofrelser må til før vi kan si at parten etter en proporsjonalitetsvurdering ikke har oppfordring til å sikre bevis.

6.4.4 Synlig behov for bevissikring

Det er ikke alltid synlig at man er i en situasjon hvor det er nødvendig å sikre bevis. Kanskje vet man ikke at man har en rettslig tvist foran seg, eller man vet ikke at gjenstanden man ser på vil være et sentralt bevis. I andre tilfeller er det klart at gjenstanden man ser på vil være avgjørende i en kommende tvist. Spørsmålet er da om et synlig behov for bevissikring kan gi større oppfordring til å sikre bevis enn et behov parten ikke ser.³⁶³

I Rt 1990 s. 688 (Promille) pekte Høyesterett på at:

³⁶⁰ Se tvl. § 21-3 (2) jf. § 11-4.

³⁶¹ Se NOU 2001:32 s. 979.

³⁶² Se Strandberg (2012) s. 547 med tilsvarende betraktninger.

³⁶³ Se Eckhoff (1943) s. 71 flg. Se også Zahle (1976) s. 415-417 om tilsvarende i dansk rett.

*«[b]ilen var kjørt ut i en steinrøys utenfor veien, den var godt synlig, etterlatt ulåst og med bagasje, og den inneholdt en del både åpne og uåpne vin- og brennevinsflasker, hvorav noen var knust slik at det dunstet alkohol».*³⁶⁴

På bakgrunn av disse forholdene uttalte Høyesterett at sjåføren «kan [...] ikke ha unngått å forstå at mistanke om promillekjøring var særdeles nærliggende».³⁶⁵ Jeg forstår uttalelsen slik at det var flere omstendigheter som gjorde det klart for sjåføren at det ble behov for bevissikring i form av promilletest. Dommen tilsier da at dersom det er omstendigheter som gjør det synlig for unnlattende part at det vil bli reist spørsmål som tilsier at det er behov for bevissikring, taler det for at parten har oppfordring til å sikre beviset.

Tilsvarende betraktninger ser vi i Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin). Flertallet uttalte at «[a]ktiemøllen hadde [...] som en følge [...] av Steinslands klager oppfordring til å foranstalte en slik analyse».³⁶⁶ Her synes oppfordring til å sikre bevis å være delvis begrunnet i at møllen ble klar over at hønsebonden var misfornøyd med fôret da hønsebonden reklamerte. Følgelig var det nærliggende og synlig at det oppstod et krav som aktualiserte et behov for å undersøke fôret.³⁶⁷ Det underbygger slutningen fra Rt 1990 s. 688 (Promille) om at et synlig behov for bevissikring tilsier en oppfordring til å sikre beviset. Også andre dommer underbygger en slik slutning.³⁶⁸

At et synlig behov for bevissikring gir oppfordring til å sikre bevis, stemmer godt med rimelighetsbetraktningene bak bevissikringsregelen. Dersom unnlattende part er klar over at det er behov for å sikre bevis, er det større klander ved å unnlate bevissikring enn der behovet ikke er like synlig. Rimelighetsbetraktningen slår dermed til med større tyngde når behovet for bevissikring er synlig.

Et synlig behov for bevissikring tilsier dermed en oppfordring til å sikre beviset. Det bør ikke settes grenser for *hva* som kan gjøre behovet synlig. Avgjørende er at omstendigheter har gjort det klart for unnlattende part at det er et behov for å sikre bevis.

³⁶⁴ Se dommens s. 692.

³⁶⁵ Se dommens s. 692.

³⁶⁶ Se dommens s. 1356.

³⁶⁷ Se Zahle (1976) s. 418 om tilsvarende betraktning i relasjon til partenes oppfordring til å oppbevare bevis dansk rett.

³⁶⁸ Se for eksempel Rt 1976 s. 239 (Lastebil) hvor Høyesterett eksplisitt pekte på at eieren måtte vite at hans betalingsplikt ville avhenge av årsaken til havariet. Se også Rt 1991 s. 1414 (Testamentsdommen) som gjaldt spørsmålet om et testaments gyldighet. Den tilgodesette var det eneste vitnet til utarbeidelsen av testamentet og Høyesterett mente at bevisvil om testamentets tilblivelse måtte gå utover han. Mannen burde forstått at det ville bli spørsmål om hans opptreden og at det ga han oppfordring til å trekke inn nøytrale personer.

6.4.5 Andre momenter

Det er ikke rom for å drøfte alle mulige momenter i min avhandling. De jeg har sett på hittil er valgt fordi de ofte har stor vekt. I dette punktet skal jeg nevne enkelte andre momenter som er relevante ved vurderingen av en parts oppfordring til å sikre bevis. Gjennomgangen er ikke uttømmende. Mine ambisjoner er utelukkende å peke på relevante momenter, og jeg går ikke inn på vekt eller nærmere innhold i momentene.

Et første moment er handlingsrom og handlingstid. Det ble tilsynelatende vektlagt i Rt 1990 s. 688 (Promille). Der pekte Høyesterett på at sjåføren hadde tid og flere muligheter til å vurdere promilletest.³⁶⁹ Dersom en part har liten tid til å vurdere sine handlinger, kan det være mer unnskyldelig dersom hun ikke tar et veloverveid valg. Med god tid og stort handlingsrom er det ingen grunn til at unnlattende part ikke skal kunne ta et veloverveid valg.

Et andre moment er tidligere forsøk på bevissikring. Dette vektleddes i Rt 2003 s. 338 (Dykkerdommen). En metningsdykker var involvert i en trafikkulykke som resulterte i skuldersmerter. Han ønsket ikke å gjenoppta jobben som metningsdykker og krevde erstatning fra forsikringselskapet som var ansvarlig for trafikkulykken. Spørsmålet for Høyesterett var om det forelå årsakssammenheng mellom skaden han pådro seg ved ulykken og at han anså seg som uskikket som metningsdykker. Det ble reist spørsmål om dykkeren burde forsøkt å jobbe som metningsdykker for å få et bedre grunnlag for å vurdere om han faktisk var ute av stand til å gjenoppta arbeidet.³⁷⁰ Høyesterett avviste betraktningen, og pekte på at dykkeren allerede hadde gjennomført et forsøk på å gjenoppta jobben som metningsdykker.³⁷¹ Det kan forklares med at det er mindre klanderverdig å unnlate et andre forsøk på bevissikring, enn ikke å forsøke i hele tatt. En forutsetning er at de tidligere forsøkene er tilfredsstillende og egnet til å gi de aktuelle opplysningene. Det følger av Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin) hvor Høyesterett pekte på undersøkelsene møllen hadde gjort tidligere, var for dårlige.³⁷²

Et tredje moment er hvorvidt konkrete omstendigheter gjør det forståelig at unnlattende part ikke sikrer bevis. Igjen er Rt 2003 s. 338 (Dykkerdommen) illustrerende. Førstvoterende uttaler at «[jeg har] forståelse for at han verken ville sette sine kolleger eller oppdragsgiveren i

³⁶⁹ Se dommens side 692.

³⁷⁰ Se dommens avsnitt 57.

³⁷¹ Se dommens avsnitt 58.

³⁷² Se dommens s. 1356.

en situasjon hvor han på ny måtte oppgi dykkingen før en dykkerperiode var gjennomført».³⁷³ Det var altså konkrete omstendigheter som unnskyldte dykkeren for at han ikke prøvde. Å se på om det foreligger forståelige grunner for å unnlate bevissikring stemmer også med rimelighetsbetraktningene bak bevissikringsregelen. Det er ikke samme grunnlaget for å si at parten må bære risikoen når det foreligger forståelige grunner til unnlatelsen.³⁷⁴

Et fjerde moment er motpartens egne muligheter til å sikre bevis. Selv om motpartens muligheter til å sikre beviser ikke er så gode at de avskjærer anvendelsen av bevissikringsregelen etter vurderingen i punkt 6.3.2, kan det få betydning for unnlattende parts oppfordring hvor ulike mulighetene til å sikre bevis var.³⁷⁵

Et siste moment er hvorvidt en av partene har en særskilt bevissikrings- eller bevisføringsplikt. Det kan følge av lov eller ulovfestede regler. Et eksempel er Rt 1998 s. 774 (Lyd & Bilde) der det påpekes at selger har en særlig bevisføringsplikt.³⁷⁶ Dersom plikten omfatter det aktuelle beviset, kan det tilsi at parten har oppfordring til å sikre bevis.

6.5 Rettsvirkninger av bevissikringsregelen

6.5.1 Om drøftelsen

Vi har sett at det er grunnlag for bevissikringsregelen og vi har nå sett på innholdet i regelen. Vi forutsetter nå at vilkårene er oppfylt. Spørsmålet er da hvilke rettsvirkninger bevissikringsregelen utløser. Det er for det første et spørsmål om det er beviskravet eller bevisbyrden, eventuelt begge, som endres. Dersom beviskravet endres oppstår spørsmålet om hvor mye beviskravet endres. Til slutt må andre regler og hensyn drøftes ved den endelige fastsettelsen av sannsynlighetskravet. Jeg omtaler alle avvik fra de alminnelige utgangspunktene som «endring».

³⁷³ Se dommens avsnitt 59.

³⁷⁴ Se Hagstrøm/Stenvik (2014) s. 143-145 om tilsvarende betraktninger ved skyldregelen i erstatningsretten. Dersom noen burde ha reagert på en risiko, kan man i ettertid se på om det foreligger såkalte «unnskyldningsgrunner».

³⁷⁵ Se Strandberg (2012) s. 601 med tilsvarende betraktninger.

³⁷⁶ Se dommens side 779.

Utgangspunktet er at det beror på en konkret vurdering ut fra forholdene ved domstolsbehandlingen, hvordan bevissikringsregelen påvirker sannsynlighetskravet.³⁷⁷

Utgangspunktet medfører at virkningene av bevissikringsregelen eller det endelige sannsynlighetskravet ikke kan angis på forhånd eller som et generelt svar, men vil kunne variere fra sak til sak. Jeg skal likevel se på noen føringer som kan bidra til å gjennomføre vurderingen.

Utover utgangspunktet er det få rettskilder, i hvert fall av de kildene jeg har fokusert på,³⁷⁸ som omhandler spørsmålene i dette punktet. Det er derfor begrenset hvor langt jeg kan gå i å besvare spørsmålene innenfor gjeldende rett, utover å peke på noen føringer så langt kildene mine rekker. Siden det uansett er en konkret vurdering er det usikkert om det er mulig å gi konkrete svar på disse spørsmålene utover enkelte generelle føringer. Drøftelsene i dette delkapittelet vil derfor ikke gå i dybden på spørsmålene.

6.5.2 Hvilke virkninger bevissikringsregelen tilsier

Selv om beviskrav og bevisbyrde er to elementer i samme sannsynlighetskrav, er det praktisk å skille.³⁷⁹ At både beviskravet og bevisbyrden kan påvirkes av bevissikringsregelen er klart.³⁸⁰ Det kan også tenkes at begge blir påvirket. Men det er ikke gitt at både bevisbyrden og beviskravet endres når vilkårene for bevissikringsregelen er oppfylt. Det må derfor bero på en nærmere vurdering om det er beviskravet eller bevisbyrden, eventuelt begge, som skal endres. Siden det prinsipielt er ett felles sannsynlighetskrav, er den følgende drøftelsen utelukkende av praktisk betydning.

Høyesteretts formulering av bevissikringsregelen kan gi føringer. Vanlige formuleringer er at «bevistvil må gå utover» unnlattende part eller at unnlattende part «må bære risikoen» for bevistvil.³⁸¹ Selv om formuleringene ikke eksplisitt berører spørsmålet, forutsetter formuleringene at endringen kan ha en reell innvirkning på sakens løsning. Dersom endringen

³⁷⁷ Se Rt 1980 s. 1299 (Ulnarisnerven) s. 1306, Rt 1990 s. 688 (Promille) s. 690 og HR 2016-2579-A (Selvmord) avsnitt 37, og Skohøy (2017) s. 936. Se også Strandberg (2012) s. 603 som legger til grunn samme tidspunkt for robusthetsvurderingen.

³⁷⁸ Se nærmere punkt 2.1 om mine prioriteringer i rettskildesøket.

³⁷⁹ Se punkt 3.2 med videre henvisninger til Robberstad (2015) s. 273-274 og Graver (2004) s. 466-467.

³⁸⁰ Se for eksempel Rt 1982 s. 414 (NVE) hvor spørsmålet var om NVE hadde bevisbyrden for om isen på fjorden skyldtes reguleringen av vassdraget. Motsatt behandlet Høyesterett eksplisitt beviskravet i Rt 1990 s. 688 (Promille).

³⁸¹ Se for eksempel Rt 1960 s. 1201 (Skien), Rt 1972 s. 1350 (E-vitamin), Rt 1976 s. 239 (Lastebil), Rt 2009 s. 920 (Slakterskade) og Rt 2015 s. 321 (Nybil).

ikke kan påvirke løsningen av saken, altså sakens utfall, vil ikke risikoen for tvilen forskyves på unnlatende part, og det vil ikke være realitet i formuleringene.

Også bevissikringsregelens preventive virkning forutsetter at regelen kan ha reell innvirkning på sakens løsning. Hvis ikke foreligger ingen incentiver til å handle annerledes. Samme gjelder rimelighetsbetraktningen bak bevissikringsregelen som først ivaretas når rettsvirkningen har en reell innvirkning på sakens løsning. Hvis ikke vil unnlatelsen reelt sett fortsatt medføre en mulighet for materielt uriktig avgjørelse i motpartens disfavør. Hensynene bak bevissikringsregelen støtter dermed å vektlegge hvilken endring som har reell innvirkning på saken.³⁸²

Det er altså gode grunner for å vurdere hvilken endring som kan ha reell innvirkning på sakens løsning. Spørsmålet er så når de ulike endringene har reell innvirkning på sakens utfall. Det vil avhenge av den konkrete bevissituasjonen. Er bevissituasjonen svak med få holdepunkter til å avgjøre faktum, er det liten vits i å endre beviskravet. Et eksempel er Rt 1989 s. 674 (Struma). Tvilen går utover pasienten selv med senket beviskrav. Det er fremdeles ikke holdepunkter for å fastslå hva legen gjorde. Dersom vi derimot endrer bevisbyrden, går det utover sykehuset at det ikke er mulig å fastslå legens handlinger. Her vil endring av bevisbyrden ha reell innvirkning på sakens løsning.

I andre tilfeller har det liten betydning å snu bevisbyrden. Mest åpenbart er det der unnlatende part allerede har bevisbyrden. Også i saker hvor det er holdepunkter for en viss sannsynlighetsovervekt i favør av unnlatende part vil det være meningsløst å endre bevisbyrden. Unnlatende part vinner frem enten hun har bevisbyrden eller ikke når det er sannsynlighetsovervekt i hennes favør. Her må beviskravet endres før det har reell innvirkning.

Tidvis er det aktuelt å endre både bevisbyrden og beviskravet. Eksempelvis hvis motparten har bevisbyrden og de bevisene som fremlegges tilsier en knapp sannsynlighetsovervekt i favør av unnlatende part.

Det er vanskelig å utlede noen ytterligere føringer fra rettskildene. Antakelig skyldes det at spørsmålet ofte løser seg selv ved at det bare er den ene virkningen som er praktisk aktuell.

³⁸² Se Skoghøy (2013) om betydningen av formålet ved fastleggelsen av reglers innhold.

6.5.3 Hvor store endringer bevissikringsregelen tilsier

Dersom beviskravet endres oppstår spørsmålet om hvor mye beviskravet skal endres. Som jeg skrev i punkt 2.2 er det hensiktsmessig å dele opp i ulike sannsynlighetsgrader. Spørsmålet er da hvor mange grader beviskravet endres.³⁸³ Igjen er utgangspunktet at det beror på en konkret vurdering.³⁸⁴

Selv om enkelte høyesterettsavgjørelser er eksplisitte på at beviskravet endres,³⁸⁵ drøfter ikke Høyesterett hvor mye beviskravet endres. Forarbeidene gir heller ingen føringer, selv om de bruker formuleringer som «en kvalifisert sannsynlighet».³⁸⁶ Igjen kan likevel Høyesteretts formuleringer av bevissikringsregelen og hensynene bak bevissikringsregelen gi føringer: det er den tvilen unnlåtelsen har skapt som skal gå utover unnlåtende part.³⁸⁷ For at tvilen unnlåtelsen skaper reelt skal gå utover unnlåtende part, må endringen tilsvare tvilen som skapes.³⁸⁸

Det er imidlertid vanskelig å si noe om hvor stor tvil unnlåtelsen medfører.³⁸⁹ Vi vet ikke hvilken informasjon som gikk tapt, og det er vanskelig å angi grader av tvil. Dessuten er det vanskelig å omgjøre en grad av tvil til et sannsynlighetskrav eller påvirkningen av et sannsynlighetskrav. Derimot kan vi vurdere hvor viktig beviset potensielt kunne vært for sakens opplysning. Det vil gi en pekepinn på virkningen av unnlåtelsen, som er det unnlåtende part skal bære risikoen for. Hvor viktig beviset potensielt kunne vært beror på momentene vi så på i punkt 6.4.2.³⁹⁰ Jo større betydning beviset kunne hatt i saken, jo større endring tilsier bevissikringsregelen for å sikre at virkningen av unnlåtelsen reelt går utover unnlåtende part.³⁹¹

Også unnlåtende parts skyld kan ha betydning for hvor stor endring bevissikringsregelen tilsier.³⁹² Partens skyld avgjøres etter hvor sterk oppfordringen var, se punkt 6.4. Det

³⁸³ Se Nygaard (2002) s. 56 med tilsvarende problemformulering.

³⁸⁴ Se HR-2016-2579-A (Selvmord) avsnitt 37 om tilsvarende spørsmål ved andre unntaksregler.

³⁸⁵ Se eksempelvis Rt 1990 s. 688 (Promille), Rt 2009 s. 920 (Slakterskade) og HR-2016-2579-A (Selvmord).

³⁸⁶ Se NOU 2001:32 s. 459. Formuleringen «en kvalifisert sannsynlighet» sikter til at det kreves noe mer enn sannsynlighetsovervekt, ikke graden «kvalifisert sannsynlighetsovervekt».

³⁸⁷ Se punkt 6.5.2.

³⁸⁸ Se Strandberg (2012) s. 597 med tilsvarende betraktning.

³⁸⁹ Se Kolflaath (2013) s. 85.

³⁹⁰ Se Strandberg (2012) s. 597 som ser sanksjonen i lys av momenter jeg har beskrevet under bevisets potensielle viktighet i punkt 6.4.2.

³⁹¹ Se Strandberg (2012) s. 575 med tilsvarende betraktning. Betraktningen ligner også på tanken bak utmålingsreglene i erstatningsretten: skadevolder skal gjenopprette situasjonen for skadelidende slik den ville vært uten skaden, se Hagstrøm/Stenvik (2015) s. 486-487 og 491-492.

³⁹² Se Strandberg (2012) s. 603 med tilsvarende betraktning.

underbygges av hensynene bak bevissikringsregelen. Både rimelighetshensynet og prevensjonshensynet bygger på en betraktning om at unnlattende part kan klandres for at sakens opplysning svekkes. Denne betraktningen står sterkere jo større oppfordring til å sikre beviset var. Dermed vil hensynene bak regelen aktualiseres i større grad jo sterkere oppfordringen er. Når hensynene står sterkere kan det tilsi å gå lengre i endringen.³⁹³

6.5.4 Den endelige fastsettelsen av sannsynlighetskravet

Til nå har vi sett på hvilke endringer bevissikringsregelen isolert sett tilsier. Men som vi så i punkt 3.1 er det flere regler som kan medføre endringer av sannsynlighetskravet, og det er mange hensyn som kan tale for eller mot endring i den ene eller andre retningen. Etter å ha slått fast hvor stor endring bevissikringsregelen tilsier, må vi dermed vurdere hvordan andre regler og hensyn kan påvirke den endelige fastsettelsen av sannsynlighetskravet for beviset.

Utgangspunktet er igjen at ulike regler og hensyn må holdes mot hverandre i en konkret avveining.³⁹⁴ Jeg skal kort peke på betraktninger som kan ha betydning i den konkrete avveiningen.

For det første kan utgangspunktet for sannsynlighetskravet i saken være et annet enn det alminnelige utgangspunktet. Bevisbyrden kan være snudd,³⁹⁵ eller beviskravet kan starte på et høyere eller lavere nivå enn sannsynlighetsovervekt.³⁹⁶ I slike tilfeller bør vurderingen av hvilken endring bevissikringsregelen tilsier, vurderes etter de utgangspunktene som gjelder i den aktuelle saken. Hensynene som begrunner et avvikende utgangspunkt bør i så tilfelle holdes opp mot hensynene bevissikringsregelen aktualiserer.

For det andre kan andre regler eller hensyn tale for en endring av sannsynlighetskravet i motsatt retning enn bevissikringsregelen tilsier. Høyesterett har omtalt slike regler og hensyn som «kryssende hensyn».³⁹⁷ Hensynene som tilsier endring i den ene retningen må avveies mot hensyn som tilsier endring den andre retningen. Det følger av Rt 1990 s. 688 (Promille).

³⁹³ Se imidlertid Hagstrøm/Stenvik s. 488 flg. om tilsvarende betraktning i erstatningsretten, hvor preventive hensyn og skyldbetraktninger aldri kan begrunne erstatning utover omfanget av den negative virkningen.

³⁹⁴ Se Rt 1990 s. 688 (Promille) og HR-2016-2579-A (Selvmord). Se også Nygaard (2002) s. 58 og Strandberg (2012) s. 312.

³⁹⁵ Se Skoghøy (2017) s. 917 flg. for eksempler hvor bevisbyrden er snudd sammenlignet med det alminnelige utgangspunktet.

³⁹⁶ Se Skoghøy (2017) s. 926 flg. om ulike lovbestemmelser hvor utgangspunktet for beviskravet avviker fra det alminnelige utgangspunktet.

³⁹⁷ Se Rt 1990 s. 688 (Promille) s. 690 og HR 2016-2579-A (Selvmord) i avsnitt 38 flg.

At forsikringsselskapets påstand bygget på et straffbart forhold tilsa et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. At sjåføren unnlot å sikre bevis tilsa etter bevissikringsregelen et lavere sannsynlighetskrav. Høyesterett holdt hensynene mot hverandre i en konkret avveining og kom til at sannsynlighetskravet ikke kunne være kvalifisert sannsynlighetsovervekt.³⁹⁸

For det tredje kan andre regler eller hensyn trekke i samme retning som bevissikringsregelen. Det blir da et spørsmål om de ulike reglene eller hensynene skal kumuleres slik at endringen blir større enn de ulike reglene eller hensynene isolert tilsier. Vi kan eksempelvis tenke oss at bevissikringsregelen tilsier en endring fra sannsynlighetsovervekt til klar sannsynlighetsovervekt. Det samme gjør en annen regel som aktualiseres i saken, for eksempel at det er et sterkt belastende faktum.³⁹⁹ Da er spørsmålet om det endelige sannsynlighetskravet blir klar sannsynlighetsovervekt, eller om reglene skal kumuleres slik at sannsynlighetskravet øker enda mer. Så vidt jeg kan se er ikke spørsmålet behandlet av lovgiver eller Høyesterett.

På den ene siden kan det argumenteres for at ingen av de ulike reglene eller hensynene bak reglene, isolert gir grunnlag for å øke sannsynlighetskravet utover klar sannsynlighetsovervekt. På den andre siden kan flere regler og hensyn i samme retning gi større samlet vekt, og dermed tyngre grunnlag for å gå lenger i endringen.⁴⁰⁰ Hensynene bak hver regel kan også bli undergravd dersom vi ikke kumulerer. En part har eksempelvis mindre incentiver til å etterleve bevissikringsregelen dersom hun vet at hun allerede møter et krav om klar sannsynlighetsovervekt, og at brudd på bevissikringsregelen ikke medfører ytterligere konsekvenser. Den preventive virkningen av bevissikringsregelen vil da svekkes. Med det rettskildegrunnlaget jeg har, er det likevel ikke grunnlag for å ta endelig standpunkt. Jeg går derfor ikke nærmere inn på spørsmålet.

For det fjerde må endringen ses i lys av den materielle regelen. Sannsynlighetskravet må ikke settes så strengt at beviskravet i praksis stenger for å anvende den materielle regelen. Fastleggelsen av sannsynlighetskravet må dermed også ta i betraktning den materielle regelens effektivitet og de hensyn den materielle regelen skal ivareta.⁴⁰¹ Rt 2010 s. 224 er illustrerende. Ved overprøving av en beslutning i disiplinærnemda for advokater var det spørsmål om overvektprinsippet skulle fravikes fordi disiplinærvedtak er belastende.

³⁹⁸ Se dommens side 692. Samme også i HR 2016-2579-A (Selvmord) avsnitt 42.

³⁹⁹ Se nærmere punkt 3.1.

⁴⁰⁰ Se Strandberg (2017) s. 65-66.

⁴⁰¹ Se Nygaard (2002) s. 55 og Strandberg (2017) s. 65-66 med videre henvisninger til rettspraksis. Se også Gomard & Kistrup (2013) s. 649 og s. 656 om samme i dansk rett.

Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for å stille et kvalifisert sannsynlighetskrav, verken generelt eller i saken. Høyesterett pekte på at det ville undergrave effektiviteten av disiplinærsystemet med et skjerpet sannsynlighetskrav.⁴⁰²

Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved om argumentet om den materielle regelens effektivitet slår til på samme måte ved unnlatt bevissikring. Unnlatende part hadde både mulighet og oppfordring til å sikre beviset. Da er det vanskelig å si at denne parten ikke hadde mulighet til å effektivisere den materielle retten. Unnlatelsen kan også gjøre det vanskeligere for motparten å realisere sine eventuelle materielle krav. Dermed kan hensynet til regelens effektivitet slå noe annerledes ut ved anvendelsen av bevissikringsregelen enn andre grunner for å oppstille avvikende sannsynlighetskrav. Det må i så fall vurderes konkret.

Når man har slått fast hvilken endring bevissikringsregelen tilsier og vurdert andre regler og hensyn som aktualiseres, kan man ta endelig stilling til hvilket sannsynlighetskrav som skal gjelde for det aktuelle beviset. Det vil til syvende og sist være en interesseavveining.⁴⁰³

6.6 Bevissikringsregelens anvendelse ved negativ bevisadferd

Som jeg skrev i punkt 2.2 har behandling av grunnlaget for, innholdet i og rettsvirkningene av bevissikringsregelen, hittil vært begrenset til unnlatt bevissikring i snever forstand: unnlatt innhenting av bevismidler parten ikke har i sin besittelse. Jeg avgrenset mot det som kalles «negativ-» eller «rettsstridig bevisadferd»⁴⁰⁴. Som vi så kan negativ bevisadferd være aktive og passive handlinger med det fellestrekket at parten gjennom sin adferd har svekket sakens opplysning, og med det økt muligheten for materielt uriktig avgjørelse. Det er samme virkning og problem som ved unnlatt bevissikring, som også er en form for negativ bevisadferd.⁴⁰⁵ I dette punktet skal jeg derfor drøfte om bevissikringsregelen kan anvendes for negativ bevisadferd generelt. Når jeg spør om bevissikringsregelen kan anvendes, mener jeg at samme vilkår og rettsvirkninger anvendes.⁴⁰⁶ Heller ikke dette spørsmålet synes å være debattert grundig i juridisk teori.⁴⁰⁷

⁴⁰² Se dommens avsnitt 42.

⁴⁰³ Se Nygaard (2002) s. 58. Se Gomard & Kistrup (2013) s. 654-655 om tilsvarende dansk rett.

⁴⁰⁴ Alternativt en vid forståelse av «unnlatt bevissikring», se nærmere punkt 2.2.

⁴⁰⁵ Se punkt 4.1 om problemet med unnlatt bevissikring.

⁴⁰⁶ Det kan også betraktes som et spørsmål om analogislutninger, se Nygaard (2004) s. 162 flg.

⁴⁰⁷ Schei m.fl (2013) s. 778 knytter bevisklarheten opp mot partens adferd generelt. Samme Eckhoff (1943) s. 76 flg., Nygaard (2002) s. 56, Strandberg (2012) kapittel 9, Robberstad (2015) s. 282 og Hov (2017) s. 255.

Spørsmålet er mer presist om det er tilstrekkelig rettsgrunnlag for en ulovfestet regel med det innholdet jeg har beskrevet i kapittel 6, som gjelder generelt ved negativ bevisadferd.⁴⁰⁸ Kravene som stilles for å gjøre unntak fra de alminnelige utgangspunktene for sannsynlighetskravet må tilfredsstilles for hele anvendelsesområdet, det vil si alle tilfeller av negativ bevisadferd, for at regelen kan gis så vid anvendelse.⁴⁰⁹ Spørsmålet er dermed om det er gode holdepunkter i rettskildene for å anvende bevissikringsregelen ved negativ bevisadferd generelt.

Forarbeidenes uttalelse om bevissikringshensynet gjelder partenes bevisadferd generelt og begrenses ikke til unnlatt bevissikring. Etter å ha pekt på at det kreves kvalifisert sannsynlighet ved unnlatt bevissikring, skriver utvalget at kvalifisert sannsynlighetskrav også er aktuelt dersom «en part ved sin opptreden, som han kan bebreides, har skapt den uklare bevissituasjonen».⁴¹⁰ Uttalelsen stemmer godt med begrepet «negativ bevisadferd» da «opptreden» er synonymt til «adferd». Bevissikringsregelens vilkår om at parten må ha handlet i strid med en oppfordring stemmer også godt med at parten kan «bebreides». Forarbeidene støtter dermed at bevissikringsregelen kan anvendes ved negativ bevisadferd. Vekten svekkes av at uttalelsen ikke har betydning for loven.⁴¹¹ En viss vekt får likevel slutningen av at Høyesterett har lagt til grunn uttalelsen som gjeldende rett.⁴¹²

Rt 1990 s. 688 (Promille) antyder også at bevissikringsregelen har et videre anvendelsesområde enn unnlatt bevissikring. Ved introduksjonen av bevissikringsregelen uttalte Høyesterett at:

*«tvil om de faktiske forhold i mange tilfelle[r] bør gå ut over den som på grunn av sin egen atferd er nærmest til å bære risikoen for den uklarhet som foreligger».*⁴¹³

Uttalelsen knytter seg ikke bare til den som unnlater å sikre bevis, men også den som gjennom sin «egen adferd» skaper tvil.⁴¹⁴ Formuleringen stemmer godt med begrepet «negativ bevisadferd» og forarbeidenes uttalelse om «opptreden». I neste setning skriver Høyesterett videre at «[d]enne betraktning gjør seg gjeldende overfor en forsikringstaker som har forsømt

Motsatt Michelsen (1999) s. 225, Skoghøy (2017) s. 936 og Jerkø (2017) s. 260 og 355 som begrenser formuleringene til partens unnlatte bevissikring. Grensedragningen synes ikke å behandles eksplisitt.

⁴⁰⁸ Se nærmere punkt 2.1 om etablering av ulovfestede regler.

⁴⁰⁹ Se nærmere punkt 5.1 om krav om rettskildemessig grunnlag. Se også Strandberg (2012) s. 315 om forholdet mellom begrunnelsen for beviskravregler og anvendelsesområdet.

⁴¹⁰ NOU 2001:32 s. 459.

⁴¹¹ Se punkt 2.1 med videre henvisning til Nygaard (2004) s. 45.

⁴¹² Se HR-2016-2579-A (Selvmord) avsnitt 39.

⁴¹³ Dommens s. 690. Se også lignende uttalelse på side 692.

⁴¹⁴ Se Nygaard (2002) s. 56.

å bidra til avklaring av [...] faktiske omstendigheter». Uttalelsen knytter seg til unnlatt bevissikring i snever forstand. Når Høyesterett skriver «denne betraktningen gjør seg gjeldende», er det imidlertid nærliggende å se som en henvisning til uttalelsen ovenfor som knytter seg til «adferd» generelt. Unnlatt bevissikring er dermed et utslag av en mer generell tanke om at den som gjennom sin adferd skaper tvil, på visse vilkår må bære risikoen for denne tvilen. Stadfestingen av den generelle bakenforliggende betraktningen som samsvarer med negativ bevisadferd, taler med styrke for at bevissikringsregelen kan anvendes generelt ved negativ bevisadferd.

Enkelte av dommene jeg skrev om i tilknytning til bevissikringsregelen kan også antyde at bevissikringsregelens anvendelse ikke er skarpt avgrenset til unnlatt bevissikring. Et eksempel er Rt 2012 s. 1779 (Victocor). Hydro kunne sikret ytterligere undersøkelser av mutterne og på den måten sikret flere opplysninger. Men det kan like godt ses som et spørsmål om Hydro burde latt være å kvitte seg med mutterne. Høyesterett er som nevnt ikke eksplisitt på hvorfor de avfeier å anvende bevissikringsregelen. Dommen gir dermed ikke noen klare føringer i spørsmålet om hvorvidt bevissikringsregelen kan anvendes utover unnlatt bevissikring. Dommen illustrerer likevel at det ofte er uklare grenser mellom ulike former for negativ bevisadferd og tidvis stort overlapp. Når skillene mellom ulike former for negativ bevisadferd ikke er utledet av rettskilder, er det heller ingen grunn til å gi skillet rettslig betydning.

Når det er uklare grenser mellom ulike former for negativ bevisadferd, tilsier rettstekniske hensyn at reglens anvendelse ikke bør avgrenses.⁴¹⁵ Det er vanskelig å trekke en slik grense uten at det blir tilfeldig når bevissikringsregelen anvendes og ikke. Dermed vil også likhetsbetraktninger tilsi at reglens anvendelsesområde ikke begrenses. Dersom bevissikringsregelen gjelder ved negativ bevisadferd generelt, sikrer vi lik behandling der virkningen av handlingen er lik.

Hensynet til best mulig opplyst sak gjør seg likt gjeldende, og hensynet til materielt riktig avgjørelse svekkes på samme måte, ved de fleste tilfellene av negativ bevisadferd som ved unnlatt bevissikring. Om parten unnlater å sikre et bevis hun ikke har i sin besittelse, destruerer et bevis hun har i sin besittelse eller manipulerer beviset, er av underordnet betydning når virkningen er den samme: saken blir dårligere opplyst. Det tilsier at bevissikringsregelen anvendes ved alle former for negativ bevisadferd.

⁴¹⁵ Se Skoghøy (2016) s. 62 om rettstekniske hensyn.

Også rimelighetshensynet og prevensjonshensynet, som ligger bak bevissikringsregelen, aktualiseres på samme måte ved andre former for negativ bevisadferd som ved unnlatt bevissikring. Det er like rimelig, om ikke mer rimelig, at parten som destruerer eller manipulerer beviset hun har i sin besittelse må bære risikoen for tvilen det skaper, som at parten som unnlater å sikre beviset bærer risikoen for tvilen det skaper. Det er også like viktig å hindre andre former for negativ bevisadferd som unnlatt bevissikring da det kan være like skadelig for sakens opplysning. Prevensjonshensynet slår dermed til med like stor styrke.

Jeg har riktignok ikke funnet avgjørelser fra Høyesterett hvor bevissikringsregelen anvendes direkte ved negativ bevisadferd. Det er i utgangspunktet lovgiver eller Høyesteretts oppgave å besvare slike spørsmål. Det tilsier varsomhet med å fastslå at bevissikringsregelen kan anvendes generelt ved negativ bevisadferd.

Det kan også innvendes at et så vidt anvendelsesområde skaper utfordringer ved anvendelsen av bevissikringsregelen. Det kan oppstå mange særtilfeller, og en generell regel kan bli vanskelig å utforme og/eller anvende på en måte som ivaretar alle særtilfeller. Innvendingen må imidlertid ikke overdrives. Som vi har sett i kapittel 6 peker innholdet i bevissikringsregelen på en konkret vurdering. Med et slikt utgangspunkt gir regelen i seg selv stort rom for å tilpasse den enkelte vurderingen til typetilfellet, og innvendingen får dermed liten betydning.

Samlet sett er det gode grunner for at bevissikringsregelen kan anvendes ved negativ bevisadferd på generelt grunnlag. Mest tungtveiende er at Høyesterett, og for så vidt Tvistemålsutvalget, har kommet med uttalelser som nokså klart tilsier et videre anvendelsesområde enn den snevre forståelsen av unnlatt bevissikring. I tillegg har det stor betydning at virkningen av adferden er den samme og at hensynene bak bevissikringsregelen gjør seg likt gjeldende. Oppdelingen fremstår derfor som kunstig. Uansett er ikke skillet mellom ulike former for negativ bevisadferd av rettslig karakter. Jeg ser heller ingen tungtveiende argumenter mot å anvende bevissikringsregelen ved andre former for negativ bevisadferd. Det er derfor gode holdepunkter i rettskildene for å anvende bevissikringsregelen ved negativ bevisadferd. Kravene som stilles for å danne unntak fra utgangspunktene er oppfylt for negativ bevisadferd generelt.

Konklusjonen er dermed at bevissikringsregelen kan anvendes generelt også ved andre former for negativ bevisadferd.

7 Avslutning

Vi har nå sett at det er grunnlag for bevissikringsregelen. Regelen medfører at beviskravet og /eller bevisbyrden kan fravike de alminnelige utgangspunktene dersom en part har hatt mulighet og oppfordring til å sikre beviser (i snever forstand) som motparten ikke har hatt tilsvarende mulighet eller oppfordring til å sikre, og parten likevel unnlater å sikre beviset. Vi har også sett hva som ligger i at den ene parten har bedre mulighet og oppfordring til å sikre bevis, og sentrale momenter i vurderingen. Jeg har antydnet noen generelle føringer for rettsvirkningene, før vi til slutt har sett at regelen gjelder også ved andre former for negativ bevisadferd enn unnlatt bevissikring. Uenighetene og uklarhetene jeg påpekte i kapittel 1, er dermed belyst og besvart.

Likevel har avhandlingen belyst og etterlatt andre spørsmål som fremdeles er uavklart. Begrensningen til «unnlatt bevissikring» i snever forstand har gitt en sikker kjerne hvor spørsmålene jeg reiste innledningsvis er besvart med tyngde. Begrensningen medfører samtidig at tyngden av gjennomgangen nettopp er begrenset til «unnlatt bevissikring» i snever forstand. Jeg konkluderer riktignok med at regelen kan anvendes også ved såkalt «negativ bevisadferd» i punkt 6.6. Gjennomgangen i punkt 6.6 viser imidlertid at den konklusjonen ikke har samme tyngde som konklusjonen i kapittel 5, hvor jeg behandlet grunnlaget for bevissikringsregelen begrenset til «unnlatt bevissikring» i snever forstand. Det er dermed fremdeles et behov for å undersøke holdbarheten for konklusjonen i punkt 6.6.

Videre reiser konklusjonen i punkt 6.6 ytterligere spørsmål tilknyttet innholdet i og anvendelsen av bevissikringsregelen. Jeg var allerede i punkt 2.2 inne på at en vid anvendelse av regelen reiser en rekke særproblemstillinger og nyanser alt etter hvilken form for negativ bevisadferd det er snakk om. Slike nyanser og særproblemstillinger knytter seg eksempelvis til utpenslingen av momenter, hvilke momenter som vektlegges og ikke minst vekten av de ulike momentene. Slike spørsmål står fremdeles ubesvart.

Konklusjonen i punkt 6.6 reiser også et mer elementært spørsmål: er det noen føringer i hvilken adferd som kan utløse bevissikringsregelen, eller er alle former for adferd som kan påvirke grunnlaget for bevisvurderingen omfattet? Det knytter seg til en nærmere drøftelse av innholdet i uttrykket «negativ bevisadferd». Dersom konklusjonen i punkt 6.6 er holdbar, må begrepet utvikles videre. Også min betegnelse på regelen – «bevissikringsregelen» – bør drøftes nærmere siden «negativ bevisadferd» ikke begrenser seg til «bevissikring».

8 Kildeliste

8.1 Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)

Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven)

Lov 04. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven)

Lov 20. april 2001 nr. 13 om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven)

Lov 15. juni 2001 nr. 33 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

8.2 Forarbeider

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011

Innst.O.nr.110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp.nr. 31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)

Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) Ot.prp.nr.77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)

Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

NOU 1982:19 Generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade

NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov

NOU 2001:32 (bind A og B) Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov

8.3 Rettsavgjørelser

8.3.1 Rt-henvisninger

Rt 1907 s. 179

Rt 1955 s. 919

Rt 1960 s. 1201

Rt 1972 s. 1350

Rt 1976 s. 239

Rt 1980 s. 1299

Rt 1981 s. 343

Rt 1982 s. 414

Rt 1988 s. 244

Rt 1989 s. 674

Rt 1990 s. 688

Rt 1991 s. 1414

Rt 1992 s. 64

Rt 1998 s. 774

Rt 2000 s. 1991

Rt 2001 s. 1265

Rt 2002 s. 1155

Rt 2003 s. 338

Rt 2003 s. 521

Rt 2006 s. 1657

Rt 2007 s. 129

Rt 2007 s. 687

Rt 2007 s. 817

Rt 2009 s. 920

Rt 2009 s. 1456

Rt 2010 s. 224

Rt 2011 s. 90 (U)

Rt 2011 s. 1294

Rt 2012 s. 424

Rt 2012 s. 1779

Rt 2015 s. 321

Rt 2015 s. 385

Rt 2015 s. 652

Rt 2015 s. 695

Rt 2015 s. 1246

8.3.2 HR-henvisninger

HR-2016-2579-A

HR-2017-959-A

HR-2017-1932-A

HR-2017-2356-A

HR-2017-2381-U

HR-2018-872-A

8.3.3 Underrettspraksis

LH-2008-83856

8.4 Juridisk litteratur

«*Aasland (2007)*»: Aasland, Gunnar, «Noen synspunkter på Høyesteretts bruk av rettslitteraturen», i TfR 05/2007 (Volum 120), s. 667-678

«*Andersson (2016)*»: Andersson, Simon, «Skålig misstanke», Stockholm 2016

«*Askeland (2013)*»: Askeland, Bjarte, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», i Søvig, Karl Harald; Schütz, Sigrid Eskeland; Rasmussen, Ørnulf (red.), «Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridtjof Bernt 70 år», Bergen 2013, s. 15-25

«*Bernt (1995)*»: Bernt, Jan Fridtjof, «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkens muligheter» i Kritisk juss, Oslo 1995, s 10-36

«*Eckhoff (1943)*»: Eckhoff, Torstein, «Tvilsriskoene (bevisvyrden)», Oslo 1943

«*Eckhoff (1949)*»: Eckhoff, Torstein, «Noen ord om bevisbyrde og bevisbyrdeteorier», i TfR 1949 s. 298-320

«*Ekelöf m.fl. (2009)*»: Ekelöf, Per Olof; Edelstam, Henrik; Neuman, Lars; «Rättegång:4», Stockholm 2009

«*Falkanger (2016)*»: Falkanger, Aage Thor, «Høyesteretts vota», i «LOV SANNHET RETT - Jubileumsskrift til Norges Høyesterett 200 år», Oslo 2016 s. 180-221

«*Gomard & Kistrup (2013)*»: Gomard, Bernhard; Kistrup, Michael, «Civilprocessen», 7. utgave, København 2013

«*Graver (2004)*»: Graver, Hans Petter, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», i TfR 04-05/2004 (Volum 117), s 465-498

«*Graver (2006)*»: Graver, Hans Petter, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsippet», i TfR 02-03/2006 (Volum 119), s. 189-221

«*Gröning m.fl. (2016)*»: Gröning, Linda; Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn; «Frihet, forbrytelse og straff : en systematisk framstilling av norsk strafferett», Bergen 2016

«*Hagstrøm/Stenvik (2015)*»: Hagstrøm, Viggo; Stenvik, Are, «Erstatningsrett», Oslo cop. 2015»

«*Hjort (2016)*»: Hjort, Maria Astrup, «Tilgang til bevis i sivile saker: Særlig om digitale bevis», Oslo 2016

«*Hov (2017)*»: Hov, Jo, «Rettergang i sivile saker», 3. utgave, Oslo 2017

«*Jerkø (2017)*»: Jerkø, Markus, «Bevisvurderingens rettslige rammer : bevistema, bevisbyrde, beviskrav», Oslo 2017

«*Kolflaath (2011)*»: Kolflaath, Eivind, «Bevist utover enher rimelig tvil», TfR 2/2011 (Volum 124) s. 135-196

«*Kolflaath (2013)*»: Kolflaath, Eivind, «Bevisbedømmelse i praksis», Bergen 2013

«*Løvlie (2014)*»: Løvlie, Anders, «Rettslige faktebegreper», Oslo 2014

«*Michelsen (1999)*»: Michelsen, Hans M., «Sivilprosess», Oslo 1999

«*Mæland (2013)*»: Mæland, Henry John, «Kort prosess : en innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven», 3. utgave, Bergen 2013

«*Nygaard (2000)*»: Nygaard, Nils, «Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak», Lov og Rett 2000 s. 515-542

«*Nygaard (2002)*»: Nygaard, Nils, «Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane», TFR 01-02/2002 (Volum 115), s. 33-61

«*Nygaard (2004)*»: Nygaard, Nils, «Rettsgrunnlag og standpunkt», 2. utgave, Bergen 2004

«*Nygaard (2007)*»: Nygaard, Nils, «Skade og ansvar», 6. utgave, Bergen 2007

«*Robberstad (2011)*»: Robberstad, Anne, «Om forståelser av bevisbyrde», Jussens Venner 02/2011 (Volum 46), s. 65-86

«*Robberstad (2015)*»: Robberstad, Anne, «Sivilprosess», 3. utgave, Bergen 2015

«*Schei m.fl (2013)*»: Schei, Tore; Bårdsen, Arnfinn; Nordén, Dag Bugge; Reusch, Christian; Øie, Toril M, «Tvisteloven, Kommentartutgave», Bind I og II, 2. utgave, Oslo 2013

«*Skoghøy (2002)*»: Skoghøy, Jens Edvin A., «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», i «Nybrott og odling : festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2002», , Bergen cop. 2002, s. 323-343

«*Skoghøy (2013)*»: Skoghøy, Jens Edvin A., «Reelle hensyn som rettskilde» i Lov og rett 04/2013 (Volum 52), s. 257-258

«*Skoghøy (2016)*»: Skoghøy, Jens Edvin A., «Domstolskapt prosessrett» i «Rettsavklaring og rettsutvikling : festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016», Oslo cop. 2016, s. 60-87

«*Skoghøy (2017)*»: Skoghøy, Jens Edvin A., «Tvisteløsning», 3. utgave, Oslo 2017

«*Strandberg (2005)*»: Strandberg, Magne, «Skadelidtes hypotetiske inntekt : om erstatningsutmåling og bevis», Bergen 2005

«*Strandberg (2012)*»: Strandberg, Magne, «Beviskrav i sivile saker : en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger», Bergen 2012

«*Strandberg (2013)*». Strandberg, Magne, «Beviskrav ved inndragning av skjenkebevilling», i TFR 01/2013 (Volum 19), s. 15-37

«*Strandberg (2017)*»: Strandberg, Magne, «Beviskrav i sivile saker – kommentarer til HR-2016-2579-A om beviskrav for selvmord», i Tidsskrift for forretningsjus, 01/2017 (Volum 22), s. 50-73

«Zahle (1976)»: Zahle, Henrik, «Om det juridiske bevis», København 1976

«Øyen (2016)»: Øyen, Ørnulf, «Straffeprosess», Bergen cop. 2016