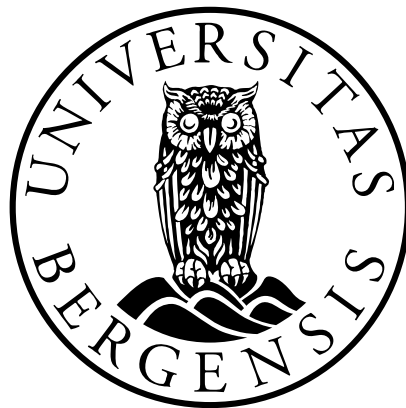


Ideelle interessers erstatningsrettslige vern i norsk rett

JUS399 - Masteroppgave

Kandidatnummer: 6

Antall ord: 11089



Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.19

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema og problemstilling.....	2
1.2 Begrepsavklaring og aktualitet	3
1.3 Hensyn og avgrensning	4
2 Økonomisk tap som vilkår for erstatning	7
2.1 Den historiske utviklingen av tapsvilkåret	7
2.2 Grensedragningen mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade	9
2.3 Rettsutvikling.....	10
3 Vilkår for erstatning av ideelle interesser	16
3.1 Generelt	16
3.2 Interessevurdering	17
3.2.1 Gjenoppretting med økonomiske mål	17
3.2.2 En interesse man ønsker å verne	18
3.3 Rimelige forhold.....	19
3.4 Sammenfatning.....	20
4 Stiller det erstatningsrettslige vernet seg forskjellig i ulike tilfeller?.....	22
4.1 Allerede pådratt vs. kan pådras.....	22
4.2 Kan pådras vs. ikke kan pådras	23
4.3 Stilles det et krav om reparerende funksjon?.....	26
4.4 Må den ikke-økonomiske skaden være en følge av et økonomisk tap?	28
5 Hvorfor beskytter domstolene ideelle interesser?	30
5.1 Samfunns- og velferdsutvikling.....	30
5.2 EØS-rettens effektivitetsprinsipp	31
6 Rettspolitiske betraktninger.....	34
6.1 Sammenfatning av gjeldende rett	34
6.2 Alternative løsninger	35
Litteraturliste	37

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Erstatningsretten er en lære om «stiftelse og utmåling av erstatningskrav».¹ For å kunne få erstatning må tre kumulative vilkår være oppfylt. Disse innebærer at det må ha oppstått en skade, det må foreligge et ansvarsgrunnlag, og til slutt må det være årsakssammenheng mellom skaden og den ansvarsbetingende handling.

Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at det bare er økonomisk tap som erstattes, mens erstatning for ikke-økonomisk skade krever særskilt hjemmel i lov eller avtale.² Eksempler på ikke-økonomiske skader som har hjemmel i lov kan være menerstatning eller oppreisning, jf. skadeserstatningsloven (skl.) §§ 3-2 og 3-5.

Som oftest er det lite problematisk å fastslå om det foreligger et økonomisk tap eller en ikke-økonomisk skade. Hvis man står overfor en ikke-økonomisk skade burde det også være relativt enkelt å finne ut om kravet til lovhjemmel er oppfylt, og dermed om erstatning kan tilkjennes. Likevel hender det at ikke-økonomiske skader erstattes uten at det foreligger en særskilt hjemmel. Hvilke vilkår som stilles for at en ikke-økonomisk skade skal kunne erstattes uten særskilt hjemmel, kommer imidlertid ikke klart frem i verken teori eller rettspraksis.

Når ikke-økonomiske skader erstattes uten særskilt hjemmel og uten klare vilkår, kan det bidra til usikkerhet rundt når hjemmelskravet må være oppfylt og når man kan søke erstatning uten å ha oppfylt hjemmelskravet. Samtidig gjør det at grensdragningen mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade blir noe uklar.

Avhandlingens hovedsiktemål er å redegjøre for hvordan det erstatningsrettslige vernet stiller seg for ikke-økonomiske skader som ikke har hjemmel i lov eller avtale. For å kunne gjøre rede for dette vernet skal jeg blant annet se på grensdragningen mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade, samt finne ut hvilke vilkår rettspraksis stiller opp for at erstatning skal

¹ Erik Monsen, «Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade», *Jussens Venner*, 2010 s. 1-67 (s. 1)

² Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015 s. 47 og 494, Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgåve, Bergen 2007 s. 4

kunne tilkjennes. For å komme frem til disse vilkårene er det viktig å se på rettsutviklingen som har skjedd de siste tiårene. I tillegg vil det være sentralt å finne ut hvorfor slike skader vernes i rettspraksis, på tross av det særlige hjemmelskravet.

Det er altså særlig tre sentrale problemstillinger som gjør seg gjeldende ved analysering av hovedproblemstillingen: 1. *Hva* skiller økonomisk tap og ikke-økonomisk skade? 2. *Hvilke* vilkår oppstiller domstolene for å beskytte ideelle interesser som ikke er lov- eller avtalefestet? 3. *Hvorfor* beskytter domstolene ideelle interesser? Det må legges til grunn at problemstillingene har en glidende overgang, til tross for at det formelt er foretatt en tredeling.

1.2 Begrepsavklaring og aktualitet

For å få en nærmere forståelse av hva avhandlingen tar utgangspunkt i er det nødvendig å definere begrepet «ideelle interesser». Av begrepet «interesse» stilles det som et grunnvilkår for erstatning at skaden er påført «en interesse som er beskyttet av erstatningsreglene».³

Vilkåret er som oftest oppfylt dersom det foreligger en integritetskrenkelse – altså skade på person eller ting.⁴

En naturlig språklig forståelse av «ideelle interesser» tilsier at begrepet står i en motsetning til økonomiske interesser. Begrepet «økonomisk» sikter i denne sammenheng til at det foreligger en reduksjon i skadelidtes formuesstilling.⁵ En antitetisk tolkning tilsier at dersom skadelidte *ikke* er påført en reduksjon i sin formuesstilling, er skaden av ideell karakter. Dette indikerer at alle interesser som ikke er økonomiske, er ideelle. Utover dette er det noe vanskelig å definere begrepet «ideelle interesser» presist. Begrepene «ideell interesse» og «ikke-økonomisk skade» er synonyme som brukes om hverandre gjennom hele avhandlingen.

Temaet har vært berørt i juridisk litteratur, men ikke i sin fulle bredde. Det er også relativt få typetilfeller som har blitt avgjort i rettspraksis. Dette innebærer at rettstilstanden fremdeles er noe usikker. Over flere år har det vært argumentert i litteraturen for at lovhjemmelskravet om

³ Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 48

⁴ Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 48

⁵ Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 47

erstatning for ikke-økonomisk skade bør mykes opp.⁶ Dette er noe fremstillingen skal forsøke å bringe klarhet i.

Fremstillingen vil ta utgangspunkt i en rettsdogmatisk metode. Vi befinner oss her på et ulovfestet område av erstatningsretten, hvorpå rettspraksis og juridisk teori i samspill vil trekkes inn der det er egnet til å gi svar på problemstillingene. Hovedvekten vil i så måte naturligvis ligge på høyesterettspraksis. Avslutningsvis vil det foretas en rettspolitisk vurdering basert på gjeldende rett.

1.3 Hensyn og avgrensning

I vurderingen av det erstatningsrettslige vernet for ideelle interesser kommer hensynet til reparasjon og prevensjon inn som to av de viktigste hensynene som begrunner et erstatningskrav.⁷

Reparasjonshensynet bygger på et ønske om å korrigere en ubalanse eller likevektsforstyrrelse.⁸ Hensynet innebærer at skadelidte, så langt som mulig, skal settes i samme stilling som før skaden eller ulempen oppstod. Dette bygger på tanken om at den som har voldt skade eller ulempe, skal bære ulempene og dermed rette opp ubalansen. Det foreligger altså et rettferdighetsmoment, som samtidig gir en følelse av trygghet mot å senere bli påført skade.⁹ Dette har også en sammenheng med prevensjonshensynet, som jeg kommer tilbake til nedenfor.

Selv om reparasjonshensynet hovedsakelig bygger på at skadelidte har lidt et tap som skadevolder skal betale for, vil det likevel ha betydning ved ikke-økonomiske forhold. Hensynet bygger på formålet om at erstatningen skal reparere eller gjenopprette skaden som har oppstått.¹⁰ Formålet kan være problematisk i henhold til ideelle interesser, ettersom enkelte ideelle interesser ikke er mulig å gjenopprette. Tanken bak erstatning for ikke-økonomisk skade er imidlertid at skadelidtes tap i visse tilfeller kan kompenseres med penger.

⁶ Se eksempelvis Mønsen 2010 s. 53 flg. og s. 63, og Ole-Andreas Rognstad og Are Stenvik, «Hva er immaterialrett verd?», *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år*, Oslo 2002 s. 511-548 (s.548)

⁷ Endre Stavang, «Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2004 s. 243-260 (s. 247)

⁸ Erik Mønsen, *Berikelseskrav*, Oslo 2007 s. 120

⁹ Stavang 2004 s. 247, Nygaard 2007 s. 19

¹⁰ Nygaard 2007 s. 19, Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 19

Dette gjelder selv om tapet i seg selv ikke har en direkte pengemessig verdi.¹¹ Derfor har reparasjonshensynet også en viktig funksjon ved ikke-økonomisk skade.

Prevensjonshensynet bygger på sin side på et ønske om å forebygge skader og ulemper, herunder at erstatningen skal fungere som en sanksjon mot den erstatningsbetingende handling.¹² Dette kan ha en rettspolitisk interesse, da man ønsker å avskrekke både skadevolder og andre fra å begå lignende hendelser.¹³ Blant teoretikere har det vært noe skepsis og uklarhet om hensynets vekt som begrunnelse for erstatningsretten.

Nils Nygaard har uttalt at hensynets styrke er usikkert grunnet vanskeligheten med å bevise og motbevise den preventive effekten. Han mener likevel at hensynet kan ha en form for økonomisk prevensjon.¹⁴

Også Peter Lødrup mener det kan finnes en form for økonomisk prevensjon.¹⁵ Imidlertid gir han uttrykk for en større skepsis til prevensjonshensynet som grunnlag for erstatningsretten. Selv om preventive hensyn er vist til i lovforarbeider og rettspraksis, mener Lødrup at mye tyder på at den preventive betydningen i erstatningsretten er overdrevet.¹⁶

På den annen side fremhever Viggo Hagstrøm og Are Stenvik at prevensjonshensynet på noen områder har spilt en viktig rolle. Det vises blant annet til rettspraksis om arbeidsgiveransvaret og i utviklingen av det ulovfestede objektive ansvaret.¹⁷

Selv om det har vært stor skepsis i teorien rundt hensynets styrke, er det imidlertid enighet om at hensynet er relevant. Dette gjelder også ved erstatning for skader på ideelle interesser. Ved ideelle skader foreligger det ofte et konkret og ubestridt rettsbrudd, mens verdien av den ideelle skaden kan være vanskelig å måle. I slike tilfeller kan det være usikkert om det i det hele tatt foreligger et tap som skal vernes i erstatningsretten. I en vurdering av dette kan det tenkes at hensynet til prevensjon og sanksjon mot rettsbruddet kanskje veier tyngre enn hensynet til reparasjon. Det kan da tenkes at hensynet til prevensjon får en sentral betydning. Dette gjelder særlig med tanke på hensynets rolle som økonomisk prevensjon.

¹¹ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utgave, Oslo 2006 s. 80

¹² Stavang 2004 s. 247

¹³ Nygaard 2007 s. 20

¹⁴ Nygaard 2007 s. 20

¹⁵ Lødrup 2006 s. 86 flg.

¹⁶ Lødrup 2006 s. 84-86

¹⁷ Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 19

Fremstillingen tar utgangspunkt i rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet for tingskader som er av ikke-økonomisk art. Det avgrenses derfor mot person- og miljøskader. Det vil likevel bli trukket inn eksempler fra disse områdene for å få frem diskusjonstema og skape en helhetlig fremstilling

2 Økonomisk tap som vilkår for erstatning

2.1 Den historiske utviklingen av tapsvilkåret

Et skille i vilkåret om erstatning for økonomisk tap og ikke-økonomisk skade ble opprinnelig oppstilt i Kriminalloven av 1842. Hovedregelen var da at det ble tilkjent erstatning for økonomisk tap. Erstatning for ikke-økonomisk skade var kun en unntaksregel.¹⁸ Før den tid var rettsstilstanden slik at dersom rettsbruddet medførte erstatningsplikt, ble det tilkjent erstatning uansett om skaden var av økonomisk eller ikke-økonomisk art.¹⁹

På tiden da kriminalloven ble til var det en kobling mellom strafferett og erstatningsrett.²⁰ Erstatningsrettslige regler var ikke fremstilt i en egen lov, men derimot gitt i kriminalloven.²¹ En av grunnene til at ikke-økonomisk skade bare unntaksvis ble erstattet etter kriminalloven var blant annet fordi det nærmest var umulig å vurdere verdien av en slik skade. En verdivurdering av slike skader ville alltid bero på et vilkårlig skjønn. Dette var noe lovgiver ønsket å unngå fordi det medfører at domstolene må treffe domsavgjørelser på usikkert grunnlag.²² Det å måtte betale erstatning for en skade som ikke har ført til et økonomisk tap har trolig blitt ansett å ha et pønalt (strafferettslig) preg.²³ For å kunne pålegge reaksjoner av et pønalt preg må man ha hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet, nå forankret i Grunnloven §§ 96, 97, 98 og 113.

Teoretikeren Herman Scheel lanserte i 1893 pengeteorien.²⁴ Gjennom denne teorien legger han til grunn at økonomisk tap kun forelå hvor formuen var skadet, dette enten i form av nedsatt inntekt, økte utgifter eller redusert verdi på ting.²⁵ Også Fredrik Stang var tilhenger av denne teorien. Han mente at bare skader som kan verdsettes i penger skulle kunne erstattes.

¹⁸ Jørgen Øvergaard, *Norsk erstatningsrett*, annen utgave, Oslo 1951 s. 288

¹⁹ Øvergaard 1951 s. 289

²⁰ Se mer om dette i Øvergaard 1951 s. 353 og Nygaard 2007 s. 164. Se også NOU 2011:16 (kap. 10) s. 332

²¹ Lødrup 2006 s. 43

²² Øvergaard 1951 s. 291

²³ Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 47

²⁴ Øvergaard 1951 s. 290

²⁵ Håkan Andersson, «Økonomisk-ideell skada» i *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002*, Bergen 2002 s. 7-21 (s. 8)

Dersom en skade ikke kunne verdsettes i penger krevdes det en positiv lovhjemmel for at erstatning skulle kunne tilkjennes.²⁶

Edvard Hagerup Bull mente imidlertid at pengeteorien var for snever, og lanserte dermed verditeorien i 1920.²⁷ Verditeorien la til grunn at det måtte legges tyngre vekt på den sosialøkonomiske tankegangen, slik at verdier kunne anses vernet selv om de ikke hadde den økonomiske tilknytningen som krevdes etter pengeteorien.

Teoretikeren Henry Ussing mente på sin side at begge de ovennevnte teoriene ikke var tilstrekkelig, de var å anse som enten for snever eller for vid. Han lanserte dermed målestokkteorien i 1941.²⁸ Denne ser ut til å forene de to teoriene, og innebærer at et økonomisk tap foreligger hvor skadens verdi kan vurderes i penger etter en allmenn målestokk.²⁹ Begrepet «allmenn målestokk» sikter til at det må finnes objektive holdepunkter for verdsettelse, slik at enhver kan vurdere verdien til å bli noenlunde lik. Dette innebærer at det bør finnes andre måter å måle verdien av tapet enn bare skadelidtes subjektive vurdering.

Av de ovennevnte teoriene er det sistnevnte – målestokkteorien – som ser ut til å ligge nærmest dagens praktisering. Vi ser dermed at erstatningsretten har en økonomisk kjerne, hvor tapsvilkåret anses oppfylt når det foreligger en skade som kan måles i penger etter en allmenn målestokk. Målestokkteorien setter likevel en avgrensning av økonomisk tap, som fører til at man samtidig får en avgrensning av ikke-økonomisk skade. Fordi et økonomisk tap er hvor skadens verdi kan måles i penger etter en allmenn målestokk, må ikke-økonomisk skade – eventuelt skade på ikke-økonomiske interesser eller ideelle interesser – være hvor skadens verdi *ikke* kan måles i penger etter en allmenn målestokk.³⁰

Rettsoppfatningen ser ut til å være at det må foreligge en formuesreduksjon som følge av skaden eller ulempen, slik Scheel gjorde gjeldende. En formuesreduksjon kan være redusert inntekt, redusert formuesverdi eller økte utgifter.³¹ For å finne ut om en slik formuesreduksjon foreligger og eventuelt hvor stor den er, må man benytte seg av en faktisk differansevurdering. Dette innebærer en sammenligning av skadelidtes formuesstilling med

²⁶ Øvergaard 1951 s. 290

²⁷ Endre Stavang, *Erstatningsrettslig analyse med særlig vekt på eiendom og miljø*, Oslo 2007 s. 47

²⁸ Henry Ussing, «Hvilke arter af skade skal erstattes efter almindelige regler om erstatning udenfor kontraksforhold?», *Svensk Juristtidning*, 1941 s. 741-754 (s. 750)

²⁹ Ussing 1941 s. 752

³⁰ Ussing 1941 s. 748

³¹ Monsen 2010 s. 10

formuesskaden og skadelidtes sannsynlige formuesstilling uten formuesskaden.³² Denne differansevurderingen kan dermed anses som den allmenne målestokken man tar utgangspunkt i for å finne holdepunkter for verdsettelse av verdien på skaden. I tilfeller hvor skadelidtes formuesstilling står svakere med skaden enn den sannsynlige formuesstillingen uten skaden vil vilkåret anses oppfylt. Nærmere om hvilke vilkår som ser ut til å bli satt opp for erstatning av ideelle interesse kommer jeg tilbake til i kap. 3.

2.2 Grensedragningen mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade

Over lengre tid har det vært forsøkt å legge til grunn en definisjon av hva økonomisk tap og ikke-økonomisk skade innebærer. Det ble innledningsvis nevnt at grensedragningen mellom de to begrepene er noe uklar ettersom noen ikke-økonomisk skader erstattes uten særskilt hjemmel. I det følgende skal jeg se på denne grensedragningen.

Økonomisk tap stilles som vilkår for erstatning både ved personskaade, tingskaade og annen formueskaade.³³ Dette følger henholdsvis av skl. §§ 3-1 og 4-1. Dersom en formuesgjenstand reduseres i verdi eller går tapt er det klart at skadelidte lider et økonomisk tap. Dette er imidlertid bare et ytterpunkt.

Motsetningsvis er ikke-økonomisk skade, kort sagt, skade som ikke har noe direkte økonomisk verdi og derfor vanskelig kan måles i penger. Som nevnt innledningsvis er altså i hovedsak alle interesser som ikke er økonomiske å anse som ideelle. Også her finnes det et klart ytterpunkt som faller inn under betegnelsen. Dette er tap eller skade på noe som består av ren affeksjonsverdi. Et eksempel kan være en klokke som har gått i arv, men som ikke har noe verdi på det åpne marked. Dersom denne klokken blir skadet eller ødelagt, er det vanskelig å måle verdien av tapet. Klokken vil åpenbart ha en høyere verdi for skadelidte personlig enn for mannen på gata. Mellom nevnte ytterpunkter kan det ofte oppstå tvilstilfeller.

Det er blitt nevnt i juridisk teori at en uttømmende kategorisering blir vanskeliggjort på bakgrunn av det vide spekteret av konsekvenser.³⁴ Å fremsette en uttømmende kategorisering

³² Monsen 2010 s. 10

³³ Nygaard 2007 s. 66

³⁴ Andersson 2002 s. 9

vil være praktisk umulig. Dersom skadelidte lider et rent økonomisk tap kan man enkelt måle formuesreduksjonen skadelidte er påført og erstatte gjenopprettelsen av denne. Hvis skaden samtidig har forårsaket skade eller tap av en ikke-økonomisk interesse, vil en erstatning imidlertid ikke kunne utmåles like enkelt. Det vil kunne være svært mange ulike variasjoner av økonomiske og ikke-økonomiske skadefølger som er resultat av samme skade. For eksempel hvis et kjæledyr blir påkjørt, er det klart at skadelidte har tapt markedsverdien på dyret. Likevel er det den emosjonelle tilknytningen skadelidte hadde til dyret som vil bli savnet. Antakelig vil dette tapet føles større enn tapet av markedsverdien på kjæledyret. Vi ser dermed at det foreligger både en økonomisk og en ikke-økonomisk skadefølge av påkjørselen. Hvilke skadefølger som kan anses erstatningsbetingende etter reglene om økonomisk tap er imidlertid ikke klart. Hvordan slike tilfeller skal behandles kommer jeg noe tilbake til senere under kap. 3 om vilkår for erstatning av ideelle interesser og kap. 4.4 om den ikke-økonomiske skaden må være en følge av et økonomisk tap.

2.3 Rettsutvikling

En av de første dommene som utfordret problemstillingen om erstatning for ikke-økonomisk skade var den såkalte Nybrottvei-dommen, inntatt i Rt. 1980 s. 309. Saken gjaldt utmåling av erstatning, hvor tålegrensen etter grannelova § 2 var overskredet. Det var spørsmål om tilstøtende eiendommer kunne tilkjennes erstatning for støyulemper i forbindelse med veiarbeid. I dommen anerkjenner Høyesterett at det foreligger en viss form for urettferdighetsfølelse hos skadelidte, men at støyulempene ikke var å anse som et direkte økonomisk tap fordi de verken medførte reduksjon i «eiendommens omsetningsverdi eller i mulighetene for økonomisk utnyttelse av den...» (s. 315). Til tross for at et gjenopprettingsprinsipp kunne anses rimelig, mente Høyesterett at det å planlegge og prioritere mellom ulike utbedringstiltak var en oppgave for forvaltningen, ikke domstolen.³⁵

Videre sier Høyesterett at eier «som utgangspunkt» ikke kan komme i en annen stilling selv om han har mulighet til å pådra seg kostnader for å avverge ulempen (s. 315). Denne ordlyden kan tyde på at Høyesterett anerkjenner at det unntaksvis kan åpnes for en konvertering av pådratte kostnader for ulemper ved ikke-økonomisk skade, slik at det omfattes av vilkåret om økonomisk tap.

³⁵ Stavang 2007 s. 38

Kort tid etter tilkjente Høyesterett erstatning i form av vederlag for rettsstridig bruk av en annen manns beiteområde i den såkalte Trollheim-dommen, inntatt i Rt. 1981 s. 1215. Til tross for at skadevilkåret ikke var oppfylt, uttalte Høyesterett at:

«Utgangspunktet må være at den som bruker en annens eiendom med kjennskap til at han ikke har rett til det, må betale vederlag for bruken. (...) Et vederlag for den rettsstridige bruk må kunne tilkjennes uavhengig av om eieren er blitt påført noe tap, og da også uavhengig av størrelsen av det tap som måtte være blitt påført.» (s. 1227)

Som i Nybrottvei-dommen er også utgangspunktet i Trollheim-dommen at tilfellet ikke skal erstattes som økonomisk tap. Likevel ser vi at Høyesterett gjør et unntak for tilfellet hvor skadevolder var klar over at hans handling var rettsstridig. Det ble i dommen tilkjent erstatning for den urettmessige utnyttelsen av eiendommen, selv om bruken i seg selv hadde en markedsverdi. Ettersom det i utgangspunktet ikke var spørsmål om kompensasjon for ikke-økonomisk skade i denne saken, skiller tilfellet seg fra Nybrottvei-dommen. Dette kan ta til orde for at det særlige hjemmelskravet som stilles ikke gjelder for den typen krav som ble tilkjent i Trollheim-dommen.

Hele elleve år senere ser det ut til at Høyesteretts synspunkt fra Nybrottvei-dommen er i ferd med å endres. Høyesterett legger til grunn i Leiebil-dommen, inntatt i Rt. 1992 s. 1469, at tapsvilkåret kan anses oppfylt uten at det foreligger kostnader tilknyttet skaden. Saken omhandlet en skadelidt som hadde fått sin privatbil ødelagt få dager før hun skulle på bilferie. Spørsmålet var om hun kunne få erstatning for omkostningene til leiebil i den tiden den skadete bilen var på reparasjon, til tross for at bilen skulle brukes til ferie- og fritidsformål. Høyesterett sier seg enig i at slike formål er «interesser av ikke-økonomisk art» (s. 1472). Likevel tilkjennes det erstatning for de utgifter som er pådratt for å dekke disse ikke-økonomiske interessene.

Rettens begrunnelse for erstatningen var at leie av bil var en rimelig og naturlig måte å avverge følgene av skaden på. Tanken var at en bruksinteresse var investert, noe som medførte pådratte utgifter til opprettholdelse av interessen. Disse utgiftene måtte da kunne anses som et økonomisk tap. Dette viser at Høyesterett går i en annen retning enn det som ble gjort i Nybrottvei-dommen, og dermed åpner for at tapsvilkåret kan være oppfylt uten en tradisjonell formuesreduksjon. Høyesterett la vekt på skadelidtes mulighet til å gjennomføre den planlagte ferien, og utmålte erstatningen ut fra de faktiske utgiftene tilknyttet

avsavnstiden av bilen. Dette viser at retten avgrenset mot bortkastede utgifter, altså utgifter som er pådratt før den skadevoldende handlingen har skjedd, men som blir unyttig på grunn av skaden.³⁶ Det ser dermed ut til at Høyesterett avgrenser mot mer abstrakte tap, og fokuserer på de faktiske kostnader som går til gjenoppretting av det ideelle verdiforholdet.

Det kan også nevnes at svenske Högsta domstolen avsa en lignende dom samme år, inntatt i NJA 1992 s. 213. Saken gjaldt en skade på bil med campingvogn som følge av en feil på et tilhengerfeste. Også her medførte skaden en krenkelse av ferie- og fritidsinteressen. I likhet med den norske dommen ble også reparasjonskostnadene i den svenske dommen erstattet. Den svenske Högsta domstolen gikk imidlertid lenger enn Høyesterett og tilkjente også erstatning for tre feriedager som ikke lenger kunne brukes som planlagt. Uten å gå nærmere inn på denne dommen, viser dette at svenske domstoler her går ett skritt lenger i å tillegge ideelle interesser et selvstendig vern og verdi.

Bare få år etter blir den nye tilnærmingen fra Leiebil-dommen fulgt opp av Høyesterett i Skjerping bro-dommen, inntatt i Rt. 1996 s. 1473. Saken gjaldt erstatning for utgifter til en midlertidig bro. Skadevolder hadde med motorvogn påført den opprinnelige vegbroen skader, slik at denne ikke kunne brukes av tyngre kjøretøy. Det ble da opprettet en midlertidig bro like i nærheten for å gjenopprette vegsambandet. Spørsmålet var om skadevolder var erstatningsansvarlig for utgifter til opprettelse av den midlertidige broforbindelsen, til tross for at skadelidte (staten) ikke hadde noen økonomisk bruksinteresse i broen. Høyesterett uttalte at:

«Utgifter pådratt for å forhindre, begrense eller avbøte en skade kan således kreves erstattet selv i tilfelle den skadete interesse ikke har økonomisk verdi». (side 1476)

Den ikke-økonomiske, ideelle interessen i saken var knyttet til allmenn ferdsel. Denne interessen hadde ifølge Høyesterett et indirekte erstatningsrettslig vern. Høyesteretts uttalelse kan gi inntrykk av at nevnte utgifter kan kreves erstattet uten en nærmere analyse av den aktuelle ikke-økonomiske interessen.³⁷ Som jeg kommer tilbake til senere under kapittel 3 om vilkår for erstatning, ser dette imidlertid ikke ut til å være en treffende tolkning.

³⁶ Se nærmere om dette i Sören Koch, «Erstatning for bortkastede utgifter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2012 s. 581-636 (s. 582)

³⁷ Monsen 2010 s. 27

Begge de sistnevnte norske dommene viser at Høyesterett omgjør ideelle interesser til å bli økonomiske. Dette gjøres ved at utgifter til å gjenopprette de ideelle interessene anerkjennes som erstatningsmessige økonomiske tap. Det ikke-økonomiske tapet som er oppstått i sakene blir konvertert til å bli et økonomisk tap ut fra det hensyn at det koster penger å gjenopprette tilstanden til slik den var før skaden inntrådte. På denne måten ser det ut til at Høyesterett omgår lovhjemmelskravet for ikke-økonomisk tap i tilfeller hvor det synes rimelig å tilkjenne erstatning til tross for manglende hjemmel. Dette trekker i retning av at Høyesterett, allerede på dette tidspunktet, åpner for tanken om at ideelle interesser bør ha et erstatningsrettslig vern. De er likevel forsiktig med å uttale seg om slike interesser bør ha et *selvstendig* vern. Med dette mener jeg at Høyesterett er forsiktig med å oppstille regler på ulovfestet grunnlag som hjemler erstatning av ikke-økonomisk skade. Ved en slik regel kan ulovfestet grunnlag brukes som hjemmel i stedet for at de ikke-økonomiske skadene skal konverteres til å falle inn under reglene om økonomisk tap. Antakelig er grunnen til at Høyesterett ikke kommer med særlige uttalelser om dette fordi det hittil ikke har vært nødvendig å ta stilling til spørsmålet. Nettopp fordi de nylig har gjort bruk av konvertering gjennom reglene om erstatning for økonomisk tap.

I nyere tid har Høyesterett igjen truffet en avgjørelse om erstatning for ideelle interesser i Kulturminne-dommen, inntatt i Rt. 2013 s. 116. Saken gjaldt krav om erstatning for en automatisk fredet fangstgrop som var blitt ødelagt under ombygging av en skogsbilvei. Et fredet kulturminne er et rettsgode av ideell karakter som i utgangspunktet krever lovhjemmel for å kunne bli erstattet. I dommen ser vi at Høyesterett anerkjenner at også historiske kulturminner skal ha et erstatningsrettslig vern, selv om det ikke er av formuesverdi. Også her konverterer Høyesterett den ideelle interessen til å bli et økonomisk tap ut fra utgifter til utgraving av fangstgropen. Avgjørelsen får fram den pågående utviklingen fra det tradisjonelle skillet mellom økonomisk tap og ideell skade, til at ideelle interessers erstatningsvern beror på en skjønnsmessig vurdering. Denne skjønnsmessige vurderingen og hvilke vilkår Høyesterett benytter skal jeg se nærmere på i kap. 3.

Også Trefellings-dommen, inntatt i Rt. 2015 s. 216 tar for seg konverteringsspørsmålet. Saken gjaldt en hytteeier som uten samtykke hadde hugget ned 14 furutrær og toppet 5 andre trær på naboeiendommen. Selv om hugsten ikke hadde medført reduksjon i eiendommens salgsverdi kom Høyesterett til at utgifter til gjenoppretting av den tidligere tilstanden i prinsippet skulle omfattes av begrepet «økonomisk tap» i skl § 4-1. Dommen gir uttrykk for at ideelle skader

med et estetisk preg, under enkelte omstendigheter, kan falle inn under vilkåret om økonomisk tap.

I 2018 avgjorde Høyesterett en sak om prisavslag etter burstadoppføringslova (buofl.) § 33, kalt Ringmur-dommen inntatt i HR-2018-392-A. Saken omhandlet kjøp av en enebolig under oppføring. Ved en feil var boligen oppført lenger nordøst enn avtalt. Feilen hadde ikke innvirkning på eiendommens markedsverdi, men medførte en smalere passasje mellom boligen og naboeiendommen, samt større innsyn mellom husene. Retting av feilen ville medført uforholdsmessige kostnader for entreprenøren. Høyesteretts flertall kom til at «det unntaksvis er adgang til å utmåle prisavslag skjønnsmessig slik at det svarer til den verdireduksjon mangelen representerer for forbrukeren» (avsnitt 52).

Selv om dommen ikke har direkte overføringsverdi, er den likevel et interessant tilskudd i vurderingen av det erstatningsrettslige vernet for ideelle interesser. Dette fordi prisavslagsregelen i buofl. § 33 i praksis er svært lik en erstatningshjemmel. Høyesterett er i saken åpen for å vektlegge den subjektive verdireduksjonen mangelen representerer for kjøperen dersom kjøperen kan vise til konkrete ulemper. Dette viser at Høyesterett åpner for muligheten for at ideelle interesser kan legges til grunn for prisavslag. Dette kan igjen vektlegges i vurderingen av om ideelle interesser bør få et erstatningsrettslig vern på ulovfestet grunnlag.

Ut fra disse dommene ser vi at Høyesterett over tid har forskjøvet ikke-økonomisk skade over til en økonomisk sfære. Høyesterett har dermed godtatt en konvertering av ikke-økonomisk skade til å falle inn under vilkåret om økonomisk tap. Kostnader som pådras til gjenoppretting, medfører en målbar verdireduksjon som dermed, uten særskilt hjemmel, kan nyte erstatningsvern.³⁸

Når domstolen på denne måten verner ikke-økonomiske interesser ved å tilkjenne erstatning for utgifter som blir pådratt, medfører det en flytende grense mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade.³⁹ Dette er med på å vanskeliggjøre en oppstilling av definisjoner på hva de to begrepene innebærer, som kapittel 2.2 viser. Det kan dermed se ut til at rettsutviklingen går i retning av en mer utvisket grensedragning av de to begrepene.

³⁸ Stavang 2007 s. 38

³⁹ Endre Stavang, «Det erstatningsrettslige skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2006 s. 163-193 (s. 167)

Når skillet mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade blir mer flytende, kan det se ut til at avgjørelsene går i retning av en større skjønnsutøvelse hos domstolene. Dette kan i stor grad sikre flere rimelige resultater, samt i større grad ivareta hensynet til reparasjon. Likevel er det en åpenbar konsekvens at rettstilstanden blir mindre forutberegnelig når det åpnes for erstatning av skadelidtes emosjonelle tilknytning og interesser. Forutberegneligheten bygger i stor grad i dag på skillet mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade. At rettstilstanden kan bli mindre forutberegnelig har dermed en klar sammenheng med at domstolene ilegges en større skjønnsutøvelse.

Det er likevel ikke alle ikke-økonomiske skader som blir gitt erstatningsrettslig vern. Dermed kan man ikke si at rettsutviklingen helt har utvisket skillet mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade. Spørsmålet er da hva Høyesterett setter som vilkår for at erstatning skal kunne tilkjennes for ikke-økonomiske, ideelle interesser.

3 Vilkår for erstatning av ideelle interesser

3.1 Generelt

Det følger av etablert erstatningsrettslig doktrine (lære) at en interessenkrenking må ha medført konkret skade for at man skal kunne fremsette et erstatningskrav.⁴⁰ Dette innebærer at det foreligger en faktisk negativ effekt i form av økonomisk tap eller ikke-økonomisk skade som følge av formuesskaden.⁴¹ Hvilke vilkår som stilles for å få erstatning ved skade på ikke-økonomiske interesser kommer ikke klart frem, og må derfor tolkes ut fra rettspraksis.

Ved en formuesreduksjon må det først og fremst foretas en faktisk differansevurdering som fastslår den faktiske negative effekten, jf. Kile-dommen, Rt. 2005 s. 65 avsnitt 45. Som tidligere nevnt innebærer dette en sammenligning av skadelidtes formuesstilling med og uten skaden. Dette gjøres på bakgrunn av at formuesreduksjonen er et objektivt pengemål.⁴²

Hva gjelder ikke-økonomisk skade (kompensasjon for ulempe) er det ikke noe objektivt pengemål som kan legges til grunn for utmålingen. På denne bakgrunn, samt fordi et erstatningskrav er et pengekrav, er det ikke rom for en slik faktisk differansevurdering. For ikke-økonomiske skader vil dermed erstatningsutmålingen i prinsippet bygge på normative vurderinger basert på verdier og hensyn i rettsordenen.⁴³

En normativ vurdering er en vurdering for å finne ut hvilke oppfatninger og handlinger som anses riktige og gale. Det foretas en samlet vurdering av hva flertallet mener er riktig. Herunder vil særlig hensynene til kompensasjon, likevekt, hevn og fordeling være aktuelle momenter.⁴⁴ Et eksempel kan være at bilen blir ødelagt før familien skal på ferie. Det blir da spørsmål om tap av transportmiddel til bruk i ferien er et økonomisk tap eller en ikke-økonomisk skade. Et annet eksempel kan være hvis flere av trærne i hagen din kuttes ned mot din vilje, og eiendomsverdien står uendret. Da oppstår spørsmålet om blant annet tapet av skogfølelsen, samt økt innsyn er et økonomisk tap. For å finne et svar på disse spørsmålene er

⁴⁰ Monsen 2010 s. 5

⁴¹ Monsen 2010 s. 7

⁴² Monsen 2010 s. 17

⁴³ Monsen 2010 s. 2

⁴⁴ Stavang 2006 s. 189

det nødvendig å foreta en vurdering hvor man finner ut hvilke oppfatninger og handlinger rettsordenen og samfunnet mener må vernes.

Ved analysering av hva som inngår i denne normative vurderingen ser høyesterettspraksis ut til å oppstille en todelt interessevurdering. Høyesterett uttaler i Kulturminne-dommen, under henvisning til både Leiebil-dommen og Skjerping bro-dommen at:

«Den omstendighet at et rettsgode er av en ideell karakter, er ikke til hinder for at kostnader til å reparere eller beskytte det, kan kreves erstattet. Hvorvidt slike kostnader kan kreves erstattet, beror på en rettspolitisk vurdering basert på allmenne verdioppfatninger i samfunnet.» (avsnitt 50)

Uttalelsen viser først og fremst at det er et normativt og skjønnsmessig vurderingstema man må ta utgangspunkt i. Det første vilkåret i den todelte interessevurderingen innebærer at det må foreligge «kostnader» knyttet til reparasjon eller beskyttelse av den ideelle interessen. Deretter må det foretas en rettspolitisk vurdering av den ideelle interessens vern. Jeg skal i det følgende gå nærmere inn på hva som ligger i vilkårene i denne todelte vurderingen.

3.2 Interessevurdering

3.2.1 Gjenoppretting med økonomiske mål

Som nevnt er det første vilkåret i interessevurderingen at det må foreligge «kostnader» knyttet til reparasjon eller beskyttelse av den ideelle interessen. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «kostnader» tilsier at det må være noe økonomisk knyttet til den krenkede interessen. I dette ligger at den ikke-økonomisk interessekrenkelse må kunne *gjenopprettes med økonomiske mål*. Kravet kan også betegnes som et krav om at den ikke-økonomiske skaden må kunne konverteres til et økonomisk tap gjennom kostnadene som påløper til reparasjon.

Ifølge Høyesteretts vurderingsnorm kan det kun kreves erstattet kostnader knyttet til reparasjon, gjenoppretting, avbøting eller beskyttelse av en ideell interesse. Ordlydene «gjenoppretting» og «avbøting» har begge sammenheng med den grunnleggende funksjonen i erstatningsretten om at skadelidte skal få gjenopprettet sin skade. Gjenoppretting og avbøting bygger på om man kan avverge ytterligere skade eller ikke. Mens «gjenoppretting» innebærer

at tingen kommer tilbake i samme tilstand som før skaden, betyr «avbøting» at man ønsker å hindre ytterligere skade. Det er likevel vanskelig å presist fastslå hvilke kostnader som vil kunne avbøte eller gjenopprette skade på ideelle interesser, da skaden i seg selv ikke er av økonomisk karakter. Ut fra rettspraksis ser vi at ordlyden skal forstås som de konkrete kostnader skadelidte pådrar seg på bakgrunn av skade på den ideelle interessen. Det er altså skadelidtes utgifter som gjør at skaden kan måles i penger etter en allmenn målestokk. Om utgiftene faktisk må være pådratt kommer jeg tilbake til senere i kap. 4.1.

3.2.2 En interesse man ønsker å verne

I den andre delen av interessevurderingen kreves det at den ikke-økonomiske interessen har et erstatningsrettslig vern. Dette betyr at man *ønsker å verne* interessen på erstatningsrettens virkeområde etter en normativ vurdering, hvor rettsordenens verdier og hensyn står sentralt.

Sentralt i en vurdering av om man ønsker å verne interessen på erstatningsrettens område står Høyesteretts prinsipielle uttalelse i Kulturminne-dommen. Her uttaler Høyesterett, som nevnt over, at en vurdering av om kostnadene kan kreves erstattet «...beror på en rettspolitisk vurdering basert på allmenne verdioppfatninger i samfunnet.» (avsnitt 50). Hva som inngår i den rettspolitiske vurderingen går Høyesterett ikke særlig inn på. Det er derfor vanskelig å analysere grunnlaget for vurdering.

Høyesterett uttaler i Kulturminne-dommen at den rettspolitiske vurderingen i saken

«... støttes av den tidligere erstatningsbestemmelsen i kulturminneloven. Selv om det kan være noe uklart hvor langt bestemmelsen rakk, viser den at lovgiverne har forutsatt at statens interesser i kulturminner etter sin art kan være erstatningsrettslig vernet.» (avsnitt 51)

Uttalelsen trekker i retning av at forståelsen av «allmenne verdioppfatninger i samfunnet» kan komme til uttrykk i lov, formål og grunnleggende hensyn. Dette fordi lovgiver foretar en vurdering av hvilke verdier det er ønskelig at retten skal bygge på. Når lovgiver har foretatt en slik normativ vurdering, er dette basert på gjeldende samfunnsoppfatninger av hvilke verdier man ønsker å verne. Samfunnsoppfatningene vil imidlertid stadig være i endring. For tilfeller hvor samfunnsoppfatningene endres raskere enn loven, kan domstolene gi uttrykk for samfunnets gjeldende verdioppfatning gjennom sin rettspolitiske vurdering.

Samfunnsutviklingens innvirkning skal jeg se nærmere på i kap. 5.1.

Vilkåret gjelder absolutt og er også et minstevilkår i erstatningsretten generelt. Dersom interessen er i strid med «Loven, eller Ærbarhed» etter prinsippet i Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) 5-1-2 vil et erstatningsrettslig vern ikke foreligge.

Et eksempel på at en ikke-økonomisk interesse *ikke* hadde erstatningsrettslig vern finner vi blant annet i Steriliserings-dommen, inntatt i Rt. 1999 s. 203. Saken omhandlet et mislykket steriliseringsinngrep som medførte fødsel av et friskt barn. Far gikk til sak for å få erstatning for utgifter til oppfostring av barnet. Høyesterett uttalte at vurderingen måtte bero på et verdivalg, hvorpå den beste løsningen for barnet, foreldrene og samfunnets interesser generelt ikke kunne tillate og anerkjenne et erstatningsrettslig vern for forholdet (s. 207). Det ble derfor ikke tilkjent erstatning i saken.

I senere tid har det samme synspunktet kommet frem i Fosterdiagnostikk-dommen, inntatt i Rt. 2013 s. 1689. Saken omhandlet en kvinne som var blitt påført psykiske skader etter fødsel av et barn med Downs Syndrom. Kvinnen hadde ved en feil ikke blitt tilbudt fostervannsdagnostikk under svangerskapet, noe som var ansett å ha sammenheng med den påførte skade. På bakgrunn av uttalelsene i Steriliserings-dommen kom Høyesteretts flertall til at den krenkede interessen «ikke bør underlegges økonomiske mål», da skadene hadde en så nær tilknytning til fødselen av et barn (avsnitt 40). Heller ikke her ble det tilkjent erstatning. Dersom erstatning hadde blitt tilkjent i disse sakene kunne det medført en svært uheldig rettstilstand og mange prinsipielt vanskelige saker i ettertid. Tanken på at verdien av blant annet handicap og barn skal måles i penger er det mange som misliker.⁴⁵ I tillegg vil verdien av slike tilfeller nærmest være umulig å måle.

3.3 Rimelige forhold

Selv om de foregående vilkårene er oppfylt må det likevel vurderes om skadelidtes utgifter til å avverge skaden står i et «rimelig forhold» til følgene av skaden. Dette kommer blant annet til uttrykk i Leiebil-dommen, s. 1473. Høyesterett bruker i noen tilfeller også ordlyden «rimelig og naturlig forhold», jf. Skjerpings bro-dommen, s. 1476.

Gjennom skadelidtes utgifter til å avverge følgene av skaden kan man enkelt måle skaden i penger etter en allmenn målestokk. Det spesielle er imidlertid at skadevolders ansvar, som

⁴⁵ Stavang 2004 s. 246

beregnes ut fra skadens omfang, beror på skadelidtes handling. Derfor er det nødvendig å begrense skadelidtes mulighet til å utvide skadeomfanget. I sammenheng med de øvrige vilkårene vil kravet om «rimelige forhold» være med på å sikre en slik begrensning.

Opprinnelig er kravet om «rimelige forhold» hentet fra forarbeidene til skl. kapittel 5 om utmåling, men nå anvendes det mer generelt for utmålingsspørsmål.⁴⁶ En naturlig språklig forståelse av ordlyden «rimelig» tilsier at kostnadene må stå i en viss sammenheng med skadene. De må altså ikke være ekstraordinære og perifere i forhold til skaden.

I vurderingen av hva som anses «rimelig» kommer også skadelidtes tapsbegrensningsplikt inn. Tapsbegrensningsplikten innebærer at skadelidte selv må bære de kostnader han med rimelighet skulle hindret. Dersom skadelidte ikke har iverksatt rimelig tiltak for å minke skadeomfanget, må han også bære den delen av tapet som kan føres tilbake til dette.⁴⁷

Tapsbegrensningsplikten kommer også frem i Trefellings-dommen hvor Høyesterett uttaler at det må «...legges vekt på at skadelidte i rimelig utstrekning og etter evne plikter å begrense skaden...» (avsnitt 27). Det skal ikke være mulig for skadelidte å få en høyere erstatning bare ved å unnlate å minske eller hindre ytterligere skade som enkelt kunne vært unngått.

Vi ser dermed at vilkåret om «rimelige forhold» går ut på hva det er naturlig at skadelidte pådrar seg av utgifter i forbindelse med skaden som har oppstått. Vilkåret er viktig for å hindre at skadevolder blir ansvarlig for et større krav enn han burde. En viktig problemstilling som oppstår er imidlertid om det kreves at skadelidte faktisk har pådratt seg utgifter til å avverge skaden. Dette skal jeg se nærmere på i kapittel 4.1.

3.4 Sammenfatning

Etter gjennomgangen av vilkårene ser vi at rettspraksis først og fremst krever en normativ vurdering basert på en todelt interessevurdering. Det første vilkåret som stilles er at den krenkede interessen kan gjenopprettes med økonomiske mål og dermed konverteres til å bli et økonomisk tap. Dernest at den ikke-økonomiske interessen ønskes vernet etter en rettspolitisk

⁴⁶ Anne Marie Frøseth, «Skadelidtes egenrisiko for avvik fra gjenoppretting av skade», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2018 s. 3-41 (s. 11)

⁴⁷ Nygaard 2007 s. 73-74

vurdering basert på allmenne verdioppfatninger i samfunnet. Til slutt kreves at det er «rimelige forhold» mellom følgene av skaden og skadelidtes utgifter til å avverge den.

I forlengelsen av dette oppstår det et spørsmål om en vurdering av erstatningsrettslig vern må foretas i hvert enkelt tilfelle. Fordi retten har foretatt vage rettspolitiske vurderinger er det vanskelig å analysere grunnlaget for vurderingene. Det er dermed et overhengende synspunkt at det må foretas en normativ vurdering i hvert enkelt tilfelle.⁴⁸

⁴⁸ Monsen 2010 s. 31

4 Stiller det erstatningsrettslige vernet seg forskjellig i ulike tilfeller?

4.1 Allerede pådratt vs. kan pådras

For at man skal kunne måle skaden i penger etter en allmenn målestokk, er det gjerne en fordel om skadelidte har pådratt seg utgifter i forbindelse med skaden. Utgiftene skadelidte pådrar seg må da avverge følgene av skaden, altså være pådratt for å avbøte ulempene. Dette innebærer at utgiftene må ha en reparerende eller gjenopprettende funksjon. Et viktig spørsmål er dermed om det stilles som krav at utgiftene allerede må være pådratt for at erstatning skal kunne tilkjennes, eller om det er tilstrekkelig at disse utgiftene kan pådras på et senere tidspunkt (altså fremtidige utgifter).

I Leiebil-dommen hadde skadelidte pådratt seg utgiftene til leiebil, og dermed utgifter for å avverge følgene av skaden, før domstidspunktet. I saken ble erstatning tilkjent. Det samme var tilfellet i Skjerping bro-dommen. På den annen side stilte både situasjonen og resultatet seg annerledes i Nybrottsvei-dommen. Dette kan trekke i retning av en tolkning om at utgifter må pådras for at erstatning skal kunne tilkjennes. En slik tolkning kan imidlertid føre til en uheldig regel. Det kan eksempelvis medføre tilfeller hvor en skadelidt som ikke har god nok økonomi til å kunne pådra seg høye gjenopprettingskostnader, ikke har rett på erstatning.⁴⁹ Også konverteringsprosessen og resultatet i Kulturminne-dommen og Trefellings-dommen taler mot en slik tolkning.

I Kulturminne-dommen uttaler Høyesterett at det ikke stilles som vilkår at en kostnad faktisk er pådratt for at den skal kunne erstattes (avsnitt 55). Dersom utgiftene er pådratt er det klart enklere å fastsette et beløp for erstatning. Det er imidlertid ikke særlig vanskelig å beregne erstatningsbeløpet dersom utgiftene kan pådras på et senere tidspunkt. Det må etter dette legges til grunn at det *ikke* stilles som en forutsetning at utgifter må være pådratt på domstidspunktet for å kunne erstattes.

I forlengelsen av den tidligere drøftelsen må det også stilles spørsmål ved om det er en forutsetning at det er *sannsynlig* at utgiften vil bli pådratt. I dette ligger om det er sannsynlig

⁴⁹ Monsen 2010 s. 38

at skadelidte vil bruke en eventuell erstatning til å faktisk reparere skaden. I både Leiebil-dommen og Skjerping bro-dommen bygger retten på prinsippet om erstatningsrettslig vern for nærmere angitte ikke-økonomiske interesser. De sier imidlertid ingenting om fremtidige utgifter.

Høyesterett uttaler i Trefellings-dommen at et sentralt spørsmål er om det er *sannsynlig* at kostnader vil bli pådratt (avsnitt 26). De viser her til Kulturminne-dommen, hvor Høyesterett fastsetter at det må «være et vilkår at det er sannsynlig at utgiften vil bli pådratt» (avsnitt 55). I Ringmur-dommen uttaler Høyesterett at det kreves «konkrete ulemper» for at prisavslag skal kunne tilkjennes (avsnitt 52). Selv om sistnevnte dom, som nevnt, ikke har direkte overføringsverdi, kan vi likevel se en sammenheng med sannsynlighetskravet som blir fremstilt i Kulturminne-dommen og Trefellings-dommen. Kravet om konkret og sannsynlig ulempe vil til en viss grad ivareta forutberegnelighet hos skadevolder, samt begrense rettens skjønnsutøvelse.

Det ser dermed ut til at rettspraksis setter opp et vilkår om sannsynlighet. Det følger av sikker rett at dersom skadelidte ikke pådrar seg utgifter for å beskytte seg mot den reduserte bruksnyttelsen, er det bare nedgangen i markedsverdien som skal erstattes.⁵⁰

Til tross for at det gjelder et sannsynlighetskrav er skadelidte likevel ikke pålagt å faktisk bruke en eventuell erstatning på selve skaden. Det fremgår forutsetningsvis av skl. § 3-10 at skadelidte selv bestemmer hva han ønsker å anvende erstatningsbeløpet på. Det følger også av rettspraksis at «prinsippet om retten til erstatning ikke avhenger av hvordan skadelidte vil bruke erstatningen», jf. blant annet HR-2015-0865-A, avsnitt 35.

4.2 Kan pådras vs. ikke kan pådras

Videre må det stilles spørsmål om det imidlertid skal skilles mellom utgifter som kan, contra ikke kan, pådras. I både Leiebil-dommen og Skjerping bro-dommen ble det lagt til grunn et prinsipp om erstatningsrettslig vern for nærmere angitte ikke-økonomiske interesser. Et sentralt spørsmål er dermed om prinsippet stiller krav til at det må være mulig å avbøte skaden på den ideelle interessen. Nærmere bestemt om det skal skilles mellom utgifter som er

⁵⁰ Stavang 2007 s. 38

mulig å pådra seg og utgifter som ikke er mulig å pådra seg. Det er i disse tilfellene det særlige hjemmelskravet kommer inn i bildet.

I den forbindelse kan det skilles mellom utgifter for å avbøte ulempe og kompensasjon for ulempe. Herunder anses kompensasjon for ulempe å være utgifter som blir pådratt som følge av den oppståtte ulempen, men som likevel ikke gjenoppretter den krenkede ideelle interessen. Kompensasjonen kan dermed anses som et «plaster på såret» fremfor ren erstatning.⁵¹

For tilfeller hvor det ikke er mulig med avbøtende tiltak har oppfatningen i norsk rett lenge vært at det ikke kan kreves erstatning.⁵² Når det ikke er mulig for skadelidte å pådra seg kostnader til gjenoppretting kan en verdivurdering bli svært skjønnsmessig. Dette taler for at bare de tilfeller hvor utgifter er pådratt eller kan pådras skal erstattes, mens de tilfeller hvor det ikke lenger er mulig å avbøte ulempene ved å pådra seg kostnader ikke skal erstattes.

Samtidig kan det tenkes tilfeller hvor det har vært mulig for skadelidte å pådra seg utgifter til å avbøte ulempene, men at det likevel ikke er blitt gjort, slik at det på domstidspunktet ikke lenger er mulig å pådra seg utgifter til gjenoppretting. Det kan for eksempel tenkes at skadelidte ikke har pådratt seg utgiftene fordi han har vært usikker på om de vil bli erstattet. Det kan også tenkes tilfeller hvor skadelidte ikke har hatt økonomi til å pådra seg utgifter uten en visshet om at erstatning skulle foreligge. I slike tilfeller kan det virke vilkårlig dersom skadevolder skal slippe å betale for skaden fordi skadelidte selv har valgt å lide ulempen. Dette trekker i retning av at prinsippet i Leiebil-dommen og Skjerping bro-dommen kan strekkes slik at disse tilfellene også faller innunder erstatningsvernet.⁵³ Til tross for at eldre teori har bygget på en slik løsning, er løsningen likevel usikker.

Vurderingen av det erstatningsrettslige vernet for slike tilfeller, må likevel skilles fra tilfeller hvor det verken før eller etter domstidspunktet har vært mulig å avbøte ulempene ved å pådra seg kostnader til gjenoppretting.

Selv om det ikke er mulig for skadelidte å pådra seg utgifter til reparasjon eller gjenoppretting betyr ikke det at den ideelle interessen er mindre verdt for skadelidte. Det kan tenkes et eksempel hvor en gjenstand av ren affeksjonsverdi for skadelidte – som for eksempel en arvet

⁵¹ Monsen 2010 s. 39

⁵² Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 498

⁵³ Monsen 2010 s. 39-40

klokke – blir delvis ødelagt. Dersom klokken i så måte kan repareres, vil den etter vurderingene over kunne erstattes ut fra de kostnader skadelidte har eller kan pådra seg til reparasjon. Men dersom den samme klokken blir totalskadet og verken kan repareres eller gjenopprettes, har ikke skadelidte pådratt seg noen kostnader som kan erstattes. I et slikt tilfelle vil skadelidte få erstattet tingens verdi. Det er da tingens markedsverdi som skal legges til grunn.⁵⁴ Dersom klokkes markedsverdi er veldig lav, kan det virke svært urimelig at en totalskade, som i utgangspunktet anses verre enn en delvis skade, kan erstattes med en mindre sum enn delskaden. Dette trekker i retning av at skader hvor det ikke er mulig å pådra seg utgifter til å avbøte ulempene skal erstattes etter de samme reglene som tilfeller hvor det er mulig å pådra seg utgifter til avbøting.

På den annen side stiller rettssystematiske hensyn seg som motargument, både i disse og forannevnte tilfelle. Dersom det ikke er mulig å avbøte ulempen på noen måte, er det heller ikke mulig å knytte noe objektivt pengemål til ulempen. Hvis det tradisjonelle tapsbegrepet skal utvides til også å dekke disse tilfellene, vil begrepet i realiteten «miste dets meningsinnhold og dermed dets funksjon som kriterium for å skille mellom erstatning for tap og kompensasjon for ikke-økonomisk skade».⁵⁵ En slik utvidende tolkning vil dermed gå direkte mot kravet om hjemmel i lov for ikke-økonomiske skader og medføre en utvanning av tapsbegrepet.

Det følger likevel av sikker rett at det kan skje en skjønsmessig fastsettelse på omfanget av erstatningskrav for tap, forutsatt at det finnes bevis for at et tap er lidt.⁵⁶ Det stilles imidlertid ikke strenge krav til bevisets omfang. Flere teoretikere uttaler at det i praksis ser ut til at kompensasjon for ulempe dekkes gjennom prinsippet om skjønsmessig utmåling av tap.⁵⁷ Dette kan vi også se tegn til i både Kulturminne-dommen og Trefellings-dommen, hvor Høyesterett foretar svært vage og skjønsmessige vurderinger av erstatning for ikke-økonomisk skade. Ettersom lovhjemmelskravet setter opp et skille mellom erstatning for tap og kompensasjon for ulempe, vil en slik tolkning av læren om skjønsmessig utmåling av tap være med på å bryte ned dette skillet. Dette er med på å skape en flytende grense mellom de to tilfellene.

⁵⁴ Som nevnt på s. 25

⁵⁵ Monsen 2010 s. 40

⁵⁶ Monsen 2010 s. 54

⁵⁷ Rognstad og Stenvik 2002 s. 547-548, Monsen 2010 s. 54

Sett hen til utviklingen i rettspraksis ser det ikke lenger ut til å være et klart skille mellom erstatning for tap og kompensasjon for ulempe, slik det engang var. At grensen mellom disse i praksis blir mer flytende, trekker i retning av at lovhjemmelskravet er i utvikling og bør mykes opp, slik at også ikke-økonomiske skader som det ikke kan pådras utgifter til blir erstattet.

4.3 Stilles det et krav om reparerende funksjon?

I forlengelsen av diskusjonstemaene foran kan det spørres om kravet til at utgiftene skadelidte pådrar seg skal ha en reparerende funksjon må stilles som et absolutt krav. I noen tilfeller kan det hende at den skadete ideelle interessen ikke kan repareres i sin helhet. Samtidig vil erstatningsrettens formål om reparasjon bli realisert på ulike måter avhengig av skadetypen som oppstår.⁵⁸

Både i Leiebil-dommen og Skjerping bro-dommen var det en direkte og konkret tilknytning mellom konverteringstiltaket og den ideelle interessen som var skadet. Konverteringstiltaket var i begge tilfeller egnet til å gjenopprette den ideelle interessen som var blitt skadet, og hadde dermed sitt grunnlag i reparasjonshensynet. Det kan likevel se ut til at Høyesterett i Kulturminne-dommen og Trefellings-dommen bruker et større preg av skjønn hva gjelder konvertering og verdsetting av den ideelle skaden. Dette kan forstås som at Høyesterett har lempet noe på kravet til reparasjon, samt kravet om tilknytning mellom konverteringstiltak og den ideelle skaden.

Som eksempel ser vi at konverteringstiltaket i Kulturminne-dommen var kostnader til arkeologisk utgraving av en fangstgrop for å sikre historisk materiale. En utgraving ville ikke ha noe reparerende funksjon på fangstgropen, da denne allerede var ødelagt. Likevel ville historisk materiale bli beskyttet ved en utgraving. Det var dermed ikke et like fremtredende reparasjonsformål her som i Leiebil-dommen og Skjerping bro-dommen.

I Trefellings-dommen åpner Høyesterett for erstatning av «skogfølelse». Hva som faktisk ligger i denne ordlyden er vanskelig å si konkret. Også de ulike rettsinstansene ser ut til å være uenige i hvor stort omfang gjenoppretting skal ha for å bringe tilbake en slik «skogfølelse». Tingretten tilkjente kr. 800 000 i erstatning for gjenoppretting. Lagmannsretten

⁵⁸ Frøseth 2018 s. 18-19

på sin side senket kravet til kr. 600 000. I siste instans vurderte Høyesterett erstatningsutmålingen til kr. 400 000. Vi ser dermed at domstolenes normative vurdering er relativt ulike hva gjelder verdien av en «skogfølelse».

Selv om den ideelle skaden i dommen hadde preg av å være økonomisk i den forstand at den kan erstattes med en gitt pengesum for gjenoppbygging eller reparasjon, er likevel innholdet i og verdien av den ideelle skaden («skogfølelsen») svært skjønnsmessig og vag. Dette gjør at erstatningsutmålingen bærer preg av å beskytte den emosjonelle tilknytningen skadelidte har, samt å være en kompensasjon for ulempen den manglende skogfølelsen medfører. En slik utmåling kan tyde på at Høyesterett har gått enda lengre i å tillate konverteringstiltak og ideell interesse en mer abstrakt og skjønnsmessig tilknytning. Det kan altså se ut til at Høyesterett i de nyere sakene har åpnet for erstatning av ideelle interesser som er av mer vag og subjektiv karakter.

I Sverige avsa svenske Högsta Domstolen også en dom om ulovlig nedhugging av trær, inntatt i NJA 2015 s. 199. Skadevolder hadde hugget ned tre store trær og skadet ytterligere tre trær på naboeiendommen til en kamerat. Sammenlignet med Trefellings-dommen hva gjelder erstatningsutmålingen ser vi at Høyesterett og Högsta domstolen har kommet frem til ulike prinsipper som skal legges til grunn. Mens Høyesterett legger fokus på hva som er rimelige gjenoppbyggende tiltak, bygger Högsta Domstolen på en mer objektiv og etterprøvet vurdering. Den svenske Högsta Domstolen tar utgangspunkt i gjenskaffelsesverdien, herunder treets fysiske verdi og skjønnhetsverdi.⁵⁹ Det kan dermed se ut til at norske domstoler i større grad nå åpner for et vern av ideelle interesser, herunder personlige følelser knyttet til ting, enn hva svenske domstoler gjør.⁶⁰

Også Ringmur-dommen kan tas til inntekt for at det i rettspraksis skjer en utvikling i retning av en større aksept av ulempeerstatning. Det ble i dommen foretatt en relativt abstrakt utmåling ved at prisavslaget størrelse ble fastsatt uten ytterligere tilknytning til konkrete utgifter. Dette kan trekke i retning av at prisavslaget var ment å fungere som et slags «plaster på såret».

⁵⁹ Svante O. Johansson, «Två domar, två erstatningsberäkningar och arton olovligen fällad träd», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 s. 216-228 (s. 228)

⁶⁰ Frøseth 2018 s. 37

Videre påpeker Håkan Andersson at skadebegrepets utvikling kan tas til inntekt for at det ikke nødvendigvis er reparasjon av skade som er hensikten med erstatning for ideelle, ikke-økonomiske interesser. Han viser til at ønsket om å sanksjonere rettsbruddet, samt hensynet til prevensjon, kan anses som motiverende grunnlag for å erstatte ideelle interesser.⁶¹

Med bakgrunn i drøftelsen over, og da særlig Høyesteretts svært vage og skjønnsmessige vurderinger, kan det tyde på at det ikke stilles særlig strenge krav til at kostnader som kreves erstattet rent faktisk er egnet til å gjenopprette eller reparere skaden. Kravet til at kostnader skal ha en reparerende funksjon ser dermed ikke ut til å kunne stilles som et absolutt krav. Men det må likevel presiseres at det stilles som et veiledende krav.

4.4 Må den ikke-økonomiske skaden være en følge av et økonomisk tap?

Det kan stilles spørsmål ved om skaden på den ideelle interessen må ha sammenheng med et økonomisk tap i form av tingskade. Spørsmålet reiser seg basert på at det i rettspraksis kan se ut til at ikke-økonomiske interesser vernes gjennom en konvertering til økonomisk tap, hvor den ikke-økonomiske skaden skjer som en følge av et direkte økonomisk tap.

I både Leiebil-dommen og Skjerpings bro-dommen var den ikke-økonomiske skaden en følge av en tingskade. I Leiebil-dommen var det ubestridt at skaden på bilen var et økonomisk tap, og at den ideelle interessen i ferie og fritid var en ikke-økonomisk følgeskade av denne. I Skjerpings bro-dommen var det heller ikke bestridt at det økonomiske tapet var skaden på broen, og at det som en følge av denne hadde oppstått skade på en ikke-økonomisk interesse. I motsetning til nevnte dommer var det *ikke* et økonomisk tap som medførte den påståtte ikke-økonomiske skaden i Nybrottvei-dommen. Utgifter til å avbøte støyulempene som var oppstått ble i saken derimot ikke dekket.

Ser man de tre dommene i sammenheng kan de gi uttrykk for at en ikke-økonomisk skade må være en følge av et økonomisk tap for å bli erstattet. Høyesterett har imidlertid ikke gitt indikasjoner på at resultatet i dommene skal gi en slik forståelse. I tillegg er det ingenting utover resultatet i dommene som tilsier en slik forutsetning.

⁶¹ Håkan Andersson, *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten: Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer*, Uppsala 2017 s. 286, 436 flg.

Reelle hensyn taler på sin side mot at det skal legges til grunn en forutsetning om økonomisk tap for å erstatte ikke-økonomisk skade. Dersom en slik oppfatning skulle vært lagt til grunn kunne det medført at to identiske interesser kunne fått ulikt vern på bakgrunn av at den ene var en følge av et økonomisk tap og den andre ikke.

I tillegg taler både Kulturminne-dommen og Trefellings-dommen mot nevnte forutsetning. I begge tilfellene har Høyesterett tilkjent erstatning for ikke-økonomiske skader som har oppstått uavhengig av et økonomisk tap. Den ikke-økonomiske skaden trenger altså ikke å være en følge av et økonomisk tap for å bli erstattet.

5 Hvorfor beskytter domstolene ideelle interesser?

5.1 Samfunns- og velferdsutvikling

Som vi har sett over ser domstolene i større grad ut til å åpne for et vern av ideelle interesser, på tross av at det særlige hjemmelskravet ikke er oppfylt. Det er likevel ikke klart hvorfor retten ser ut til å ville gi slike interesser et erstatningsrettslig vern på ulovfestet grunnlag. Et interessant spørsmål i dette henseende er om samfunns- og velferdsutviklingen kan gi en grunn til å åpne for erstatning av ideelle interesser uten særskilt hjemmel.

I det moderne samfunn vil man ofte benytte formuesgoder som midler for å tilfredsstille ideelle, ikke-økonomiske interesser.⁶² Nordmenn har i dagens samfunn tilegnet seg en viss velferdsstandard. Man ønsker at ting skal skje mer effektivt og hurtig. Dette kan for eksempel illustreres ved at når en bil må på reparasjon får man svært ofte leiebil i mellomtiden. Blant annet skjer dette fordi man skal kunne opprettholde den ideelle interessen man hadde før bilen ble levert til verkstedet. Det samme gjelder hvis man leverer inn en datamaskin på reparasjon. Også da får man utlevert en låne-PC slik at man skal kunne fortsette bruken som normalt. I Leiebil-dommen ser vi for eksempel at Høyesterett anerkjenner et vern av den ulempen det vil være for en skadelidt å være uten planlagt kjøretøy på ferie. Det kan dermed se ut til at samfunnet går i retning av et ønske om å beskytte visse ikke-økonomiske skader som i større grad bygger på skadelidtes emosjonelle tilknytning og interesser.⁶³

Slike samfunns- og velferdsutviklinger som nevnt over har bidratt til grunnlaget for diskusjonen om lovhjemmelskravet bør mykes opp. Det kan samtidig tenkes at lovgiver ikke alltid klarer å henge med på alle samfunnsutviklinger, slik at enkelte regler etterhvert ikke lenger er i tråd med allmenne verdioppfatninger i samfunnet. I så måte kan det stilles spørsmål ved om det ikke heller burde være opp til domstolene å kunne ta en selvstendig vurdering i tråd med samfunnsutviklingen på disse områdene. Dette må likevel da gjøres ut fra noen bestemte ulovfestede vilkår, slik at man kan unngå at det fører til forskjellsbehandling og vilkårlighet. Når vi nå står overfor et lovhjemmelskrav som ser ut til å

⁶² Monsen 2010 s. 19

⁶³ Se tidligere nevnte dommer, eksempelvis Leiebil-dommen, samt Trefellings-dommen hvor «skogfølelsen» ble erstattet

ikke være i samsvar med dagens samfunnsoppfatning, taler dette for at lovhjemmelskravet bør mykes opp i den forstand at krav om erstatning for ideelle interesser bør avgjøres ut fra ulovfestede regler.

5.2 EØS-rettens effektivitetsprinsipp

I tillegg til velferdsutviklingen har også internasjonal rett fått en større påvirkning på det norske samfunnet. Flere teoretikere har uttalt at en av grunnene til at lovhjemmelskravet for ikke-økonomisk skade bør mykes opp, er fordi EØS-rettens effektivitetsprinsipp til tider har satt krav til at manglende overholdelse av direktiver sanksjoneres, slik at også ikke-økonomisk skade erstattes.⁶⁴

Det norske hjemmelskravet stiller som nevnt et krav om hjemmel i lov eller avtale for å kunne ilegge en plikt om å betale kompensasjon for ulempe. EU-domstolen har imidlertid utviklet et generelt prinsipp som kalles kravet om adekvate sanksjoner, eller effektivitetsprinsippet.⁶⁵ Dette går ut på at sanksjoner mot overtredelse av rett som er fellesbasert skal være effektiv, proporsjonal og avskrekkende. Fordi Norge er tilknyttet EU gjennom EØS-avtalen, vil effektivitetsprinsippet også kunne få betydning for norsk rett.

Ettersom et erstatningskrav er et pengekrav, innebærer effektivitetsprinsippet at også monetære sanksjoner (økonomiske, pengemessige sanksjoner) skal være adekvate.⁶⁶ For at slike monetære sanksjoner skal være adekvate må de være store nok til å kunne reparere skaden som er påført, uavhengig av om det er tap eller ulempe.⁶⁷ Dette innebærer at den negative effekten for tap eller ulempe er likestilt i EU-retten, og at det dermed ikke spiller noe rolle om det er tale om et tap eller en ulempe (økonomisk tap eller ikke-økonomisk skade).

Hva gjelder rettskildebruken i tilknytning til kravet om adekvate sanksjoner, er EU-domstolen ikke begrenset av et krav om hjemmel i positive rettskilder, slik norske domstoler er.⁶⁸ Dette

⁶⁴ Tom Sørum, «EØS-rettens innflytelse i erstatningsretten – kasuistisk harmonisering», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2011 s. 121-124 (s. 124), Bjarte Askeland, «Verneverdige kvaliteter i den nordiske erstatningsretten», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2006 s. 209-210 (s. 209), og Monsen 2010 s. 58

⁶⁵ Monsen 2010 s. 58, se også f.eks. Anklagemyndigheten mot Hansen & Søn I/S (Sak C-326/88); Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus (Sak C-177/88)

⁶⁶ Stavang 2004 s. 243

⁶⁷ Monsen 2010 s. 58

⁶⁸ Monsen 2010 s. 58

innebærer at EU-domstolen kan oppstille en plikt til å betale kompensasjon for ulempe, selv uten hjemmel i lov eller avtale.

I tilfeller hvor det, i Norge, har funnet sted en overtredelse av EØS-retten, eks. overtredelse av direktivbasert lovgivning, må norske domstoler i prinsippet ta i bruk kravet om adekvate sanksjoner. Dette innebærer at norske domstoler i prinsippet ikke lenger vil være begrenset av positive rettskilder i den enkelte sak. Det kan da oppstå en konflikt mellom det EU-/EØS-rettslige kravet om adekvate sanksjoner og det norske kravet om hjemmel i lov for ikke-økonomiske skader.⁶⁹

Dermed kan det spørres om norske domstoler har følt et behov for å verne ideelle interesser på en annen måte enn tidligere, på bakgrunn EØS-rettens effektivitetsprinsipp og dets innvirkning på norsk rett. Kanskje ønsker norske domstoler å unngå et stort skille mellom nasjonal og internasjonal rett på dette området. Dersom borgere har to vidt forskjellige rettsforhold å forholde seg til kan dette føre til lite forutberegnelighet. Det kan tenkes at det for en alminnelig forstandig person ikke alltid er enkelt å vite hva som er regulert av internasjonal rett og hva som bare reguleres av nasjonal rett. Dette gjelder særlig dersom norsk rett på et område ikke enda er gjort overensstemmende med EØS-retten. I slike tilfeller vil det være vanskelig å vite om og hvilke krav man kan stille hva gjelder erstatning.

Dette så vi for eksempel i *Finanger I*, inntatt i Rt. 2000 s. 1811. Saken omhandlet en passasjer som ble skadet i en trafikkulykke etter å ha sittet på med en bilfører hun visste var alkoholpåvirket. Etter bilansvarsloven § 7 fremgikk det at passasjeren ikke hadde rett på erstatning. Dette ble imidlertid ansett å være uforenlig med EØS-retten etter en uttalelse fra EFTA-domstolen. I saken la Høyesterett likevel til grunn at § 7 måtte følges, da det var en lovgiversak å sørge for at loven var overensstemmende med EØS-retten.

I *Finanger II*, inntatt i Rt. 2005 s. 1365 ble den norske stat imidlertid erstatningsansvarlig, og forpliktet til å betale passasjeren i *Finanger I*-dommen den erstatning hun ville hatt krav på dersom bilansvarsloven § 7 hadde vært overensstemmende med EØS-retten. Vi ser dermed at et krav som i hovedsak ikke var rettet mot staten etterhvert ble rettet mot staten grunnet manglende overensstemmelse.

⁶⁹ Monsen 2010 s. 58

Til slutt nevnes det kort at det heller ikke er en forutsetning i Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) at ideelle interesser erstattes gjennom særskilt hjemmel eller konvertering til økonomisk tap.⁷⁰ Dette betyr altså at det ikke finnes noe skarpt skille mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade i internasjonale forpliktelser.

⁷⁰ Monsen 2010 s. 59

6 Rettspolitiske betraktninger

6.1 Sammenfatning av gjeldende rett

Det kan se ut til at norsk rett går i retning av et nytt skadebegrep hvor det ikke lenger bare er klare økonomiske tap som vernes. Utvikling i rettspraksis viser at også kulturelle og ideelle skader har fått et større vern over tid.⁷¹ Etterhvert som denne utviklingen vokser frem ser det ut til at den tradisjonelle grensedragningen mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade viskes mer og mer ut.⁷²

Dersom vi ser velferdsutviklingen og EØS-rettens innvirkning i sammenheng, stiller disse opp flere argumenter for at lovhjemmelskravet bør mykes opp. Både det nasjonale og internasjonale samfunnet har forandret seg. For at erstatningsretten på dette området skal fortsette å være fornuftig og rimelig er det viktig at reglene er i utvikling i tråd med samfunnet.⁷³

Likevel er det, som tidligere nevnt, en åpenbar konsekvens at rettsstilstanden blir mindre forutberegnelig dersom det åpnes for erstatning av skadelidtes emosjonelle tilknytning og interesser.⁷⁴ På den annen side kan domstolsprøving i stor grad sikre flere rimelige resultater, samt i større grad ivareta hensynet til prevensjon.⁷⁵ I tillegg kan kravet om konkret og sannsynlig ulempe i en viss grad bidra til å ivareta forutberegnelighet hos skadevolder og begrense rettens skjønnsutøvelse.⁷⁶ Det er samtidig ingen internasjonale forpliktelser som tilsier at vi må ha et skarpt skille mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade.⁷⁷

Ut fra avhandlingen ser vi blant annet at rettssystematiske hensyn, samfunnsutvikling og EØS-rettens effektivitetsprinsipp taler for at skillet mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade i større grad bør viskes ut. En utvisking av skillet vil da medføre et større erstatningsrettslig vern for ideelle, ikke-økonomiske interesser. Det er likevel flere alternative løsninger som kan gjøre seg gjeldende nå som det ser ut til at skillet mellom økonomisk tap

⁷¹ Se drøftelser i kap. 2.3 om rettsutvikling. Eksempelvis Kulturminne-dommen og Trefellings-dommen

⁷² Se drøftelser i kap. 2.2 om grensedragning og kap. 2.3 om rettsutvikling

⁷³ Se drøftelser i kap. 5 om hvorfor domstolene beskytter ideelle interesser

⁷⁴ Se drøftelser i kap. 2.3 om rettsutvikling, særlig s. 16

⁷⁵ Se drøftelser i kap. 2 om økonomisk tap som vilkår for erstatning, særlig s. 16

⁷⁶ Se drøftelser i kap. 4.1 om utgifter allerede må være pådratt vs. om de kan pådras på et senere tidspunkt

⁷⁷ Se kap. 5.2 om EØS-retten effektivitetsprinsipp, særlig siste avsnitt.

og ikke-økonomisk skade er i ferd med å viskes ut. Dersom en slik utvisking skjer vil det være nødvendig å finne en løsning som best kan sikre hensynet til forutberegnelighet og rettsikkerhet, samt øvrige sentrale hensyn i erstatningsretten.

6.2 Alternative løsninger

Jeg vil i det videre kort se på alternative løsninger til gjeldende rett. Det første løsningsforslaget er at det særskilte lovhjemmelskravet oppheves i sin helhet. I et slik tilfelle vil avgjørelsen av om erstatning skal tilkjennes for ikke-økonomisk skade være opp til domstolene. Samtidig vil skillet mellom økonomisk tap og ikke-økonomisk skade viskes helt ut. En slik løsning kan i stor grad sikre rimelige resultater, samt ivareta prevensjonshensynet. Det vil på den annen side svekke forutberegnelighetshensynet, på bakgrunn av domstolens store skjønnsutøvelse. Dette vil kunne føre til vilkårlige resultater, som igjen kan føre til forskjellsbehandling.

Et annet forslag er å bygge løsningen av spørsmålet om erstatning av ikke-økonomiske skader på analogier fra særskilte hjemler som allerede finnes. Virkningen av denne løsningen vil likevel ikke skille seg særlig fra sistnevnte løsning. Samtidig krever bruk av analogi en mer inngående metodisk vurdering.⁷⁸

En tredje løsning kan være at lovgiver lovfester flere særlige hjemler for ikke-økonomisk skade. En slik løsning vil medføre forutberegnelighet for både skadelidte og skadevolder, og dermed en klarere rettstilstand enn ovennevnte forslag. På den annen siden vil et slik forslag ikke løse problemene hva gjelder utvikling i tråd med velferdsutviklingen og samfunnets oppfatninger. Ved en slik løsning kan det dermed tenkes at man noen tiår frem i tid igjen vil stå overfor samme spørsmål som i dag.

Et annet alternativ kan være å innføre såkalt straffeerstatning. Dette innebærer at det fastsettes pønale skadeserstatninger, såkalt «punitive damages» som er kjent fra amerikansk og engelsk rett.⁷⁹ Selv om en slik løsning kan anses gunstig på bakgrunn av prevensjonshensynet, vil det likevel kunne stride med nordiske rettstradisjoner. I Norden ligger fokuset i erstatningsretten

⁷⁸ Monsen 2010 s. 48

⁷⁹ Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 47 og 488-489

på skadelidtes skade. Ved slike pønale erstatninger vil fokuset imidlertid flyttes over på skadevolders handling.⁸⁰

Et siste forslag til løsning er å fortsette å la skadebegrepet utvikles i rettspraksis slik det har gjort frem til nå. Selv om det kan se ut til at skadebegrepet allerede er i endring, kan det ta lang tid før vi får en avklaring på hvordan ideelle, ikke-økonomiske skader skal erstattes dersom man må vente på nye avgjørelser fra Høyesterett. Det kreves da mange flere vanskelige og skjønsmessige vurderinger i rettspraksis før man får en avklaring på hvordan rettstilstanden skal være. Dette kan gi lite forutberegnelighet for borgerne.

På bakgrunn av Høyesteretts vage uttrykk for innholdet i vilkårene som oppstilles, samt at det ikke finnes særlig mange dommer på området, er det vanskelig å komme med en klar og konkret konklusjon på om lovhjemmelskravet bør oppheves. Kanskje vil lovhjemmelskravet etter hvert fjernes i sin helhet, og dermed gi ideelle, ikke-økonomiske skader et vern på ulovfestet grunnlag. Selv om det er noe usikkert hvilken alternativ løsning til gjeldende rett som vil være best, er det imidlertid klart at det skjer en utvikling i retning av at lovhjemmelskravet mykes opp.

⁸⁰ Andersson 2017 s. 281-282

Litteraturliste

Bøker:

Andersson, Håkan, *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten: Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer*, (Uppsala 2017)

Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, (Oslo 2015)

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utgave, (Oslo 2006)

Monsen, Erik, *Berikelseskrav*, (Oslo 2007)

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utgåve, (Bergen 2007)

Stavang, Endre, *Erstatningsrettslig analyse med særlig vekt på eiendom og miljø*, (Oslo 2007)

Øvergaard, Jørgen, *Norsk Erstatningsrett*, annen utgave, (Oslo 1951)

Artikler:

Andersson, Håkan, «Økonomisk-ideell skade» i *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002*, Kai Krüger, Kåre Lilleholt og Gudrun Holgersen (red.) (Bergen 2002) s. 7-21.

Askeland, Bjarte, «Verneverdige kvaliteter i den nordiske erstatningsretten», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2006 s. 209-210

Frøseth, Anne Marie, «Skadelidtes egenrisiko for avvik fra gjenoppretting av skade i erstatningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2018 s. 3-41

Johansson, Svante, «Två domar, två ersättningsberäkningar och arton olovligen fällda träd», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 s. 216-228

Koch, Sören, «Erstatning for bortkastede utgifter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2012 s. 581-636

Monsen, Erik, «Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formesskade», *Jussens Venner*, 2010 s. 1-67

Rognstad, Ole-Andreas, og Are Stenvik. «Hva er immaterialretten verd?» i *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år*, Kristi Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.) (Oslo 2002) s. 511-548

Stavang, Endre, «Det erstatningsrettslige skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2006 s. 163-193

Stavang, Endre, «Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2004 s. 243-260

Sørum, Tom, «EØS-rettens innflytelse i erstatningsretten – kasuistisk harmonisering», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2011 s. 121-124

Ussing, Henry, «Hvilke arter af skade skal erstattes efter almindelige regler om erstatning udenfor kontraktsforhold?», *Svensk Juristtidning*, 1941 s. 741-754

Dommer:

Rt. 1980 s. 309 – Nybrottvei

Rt. 1981 s. 1215 – Trollheim

Rt. 1992 s. 1469 – Leiebil

Rt. 1996 s. 1473 – Skjerpings bro

Rt. 1999 s. 203 – Sterilisering

Rt. 2000 s. 1811 – Finanger I

Rt. 2005 s. 65 – Kile

Rt. 2005 s. 1365 – Finanger II

Rt. 2013 s. 116 – Kulturminne

Rt. 2013 s. 1689 – Fosterdiagnostikk

Rt. 2015 s. 216 – Trefelling

HR-2015-0865-A

HR-2018-392-A – Ringmur

NJA 1992 s. 213

NJA 2015 s. 119