

Metodiske utfordringer i erstatningsretten – noen grunntrekk og refleksjoner

Av Arnt E. Skjefstad

Arnt Erlend Skjefstad (f. 1975) er førsteamanuensis ved Det juridiske fakultetet ved Universitetet i Bergen. Skjefstad er p.t. konstituert lagdommer i Gulating lagmannsrett. Han har tidligere jobbet i Advokatfirmaet Schjødt og Kluge Advokatfirma.

Sammendrag:

Med utgangspunkt i tanken om den alminnelige erstatningsretten tar artikkelen opp spørsmål om erstatningsrettens struktur og egenart, og hvordan erstatningsretten reiser særlige metodiske utfordringer. Artikkelen drøfter forholdet mellom generelle og mer spesielle begrunnelser på ulike saksområder, om utgangspunktene er de samme overalt og hva som særkjenner den erstatningsrettslige argumentasjonen. Spørsmålene søkes belyst gjennom eksempler fra Høyesteretts praksis. Forfatteren spør om tiden nå er moden for en inndeling i erstatningsrettens alminnelige og spesielle del.

Stikkord: Erstatningsrett, kontraktsrett

Innhold

1. Innledning.....	2
2. Kort om erstatningsrettens kompleksitet	4
3. Terskel for å fravike alminnelige utgangspunkter?	9
3.1 Innledning.....	9
3.2 Kreves lovhjemmel?	10
3.3 Kreves klare holdepunkter i rettskildematerialet?.....	14
3.4 Oppsummering: Er spørsmålet stilt feil?.....	16
4. Er utgangspunktene de samme overalt?.....	17
4.1 Innledning.....	17
4.2 Eksempel 1: Legemiddelskade og adekvans.....	18
4.3 Eksempel 2: Tingskade i kontraktsforhold	23
4.4 Oppsummering.....	27
5. Har systematikken betydning for rettskildebruken?.....	27
6. Sammenfatning og konklusjon	33
7. Avslutning: Om rettsvitenskapens betydning	35

1. Innledning¹

Emnet for denne artikkelen er særlige metodetrekk i erstatningsretten.² Med erstatningsrett forstår vi «den alminnelige lære om økonomisk kompensasjon ved skadeforvoldelse».³ Til erstatningsretten regner vi kompensasjon både for økonomisk og ikke-økonomisk skade, typisk mellom private parter, men også stat og kommuner kan komme i erstatningsansvar overfor borgerne og kan ha krav på erstatning. Vi holder heller ikke uten videre erstatning i kontraktsforhold utenfor det vi kaller erstatningsrett, selv om vi da strengt tatt er på obligasjonsrettens område.⁴ Også visse krav mot forsikringselskap, så som bilansvaret og yrkesskadeansvaret, behandles i erstatningsretten. Selv om det er vanlig å regne ekspropriasjonerstatning som et eget rettsinstitutt på siden av erstatningsretten, er det her klare paralleller når det gjelder erstatningsutmålingen.⁵ Avgrensningen av erstatningsretten mot andre regelsett er derfor ikke alltid like skarp, men vi trenger ikke noen streng avgrensning for å gå i gang med drøftelsen av emnet her: Poenget innledningsvis er bare at grunnvilkårene for erstatning, som er felles utformet for hele erstatningsretten,⁶ dekker over situasjoner og hensyn som varierer mye mellom områdene.

Formuleringer av typen «erstatningsrettens metodiske egenart» foregriper tilsynelatende en konklusjon om at metoden varierer mellom rettsområdene, og at erstatningsretten står i en særstilling. Intuitivt kan det være vanskelig å akseptere en slik tanke: Høyesterett dømmer her som ellers i siste instans, og *typen* rettskilder vi møter, kjenner vi godt fra de fleste andre

¹ Takk til professor Kåre Lilleholt, advokat Amund Tørum, professor Magne Strandberg og førsteamanuensis Miriam Skag som alle har lest og gitt innspill til tidligere utkast. Innholdet må jeg svare for selv.

² Artikkelen tar utgangspunkt i min prøveforelesning over oppgitt emne «Erstatningsrettens rettskildelære» for graden ph.d. ved Det juridiske fakultetet, Universitetet i Bergen.

³ Se Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett* (Oslo 2015), s. 17.

⁴ Deliktsreglene og kontraktserstatningsreglene har opplagt mange likhetstrekk, se nærmere bl.a. Arnt Skjefstad, *Erstatningsberegning – særlig om fradrag for fordeler* (Oslo 2016), s. 34–37, og Kåre Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett* (Oslo 2017), s. 486. I den kontinentale tradisjonen er erstatningsretten omfattet av obligasjonsretten, se for eksempel BGB § 249 f. om erstatningsutmåling som gjelder både i og utenfor kontraktsforhold.

⁵ I rettslitteraturen er det da også flere eksempler på at ekspropriasjonsrettslige dommer er brukt som kilde til eksempler og argumentasjon når en skal svare på lignende spørsmål i erstatningsretten. Se bl.a. Nils Nygaard, *Skade og ansvar* (Bergen 2007), s. 79–80, og Skjefstad, *Erstatningsberegning*, bl.a. s. 143 f., som i drøftelsen av fradrag nytt for gammelt viser til Rt. 1960 s. 568, som direkte gjaldt ekspropriasjon. Se også Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, s. 505, som i behandlingen av verdsettelsesprinsippene viser til Rt. 2012 s. 1608 om fastsettelse av erstatning etter ekspropriasjonsrettslige regler.

⁶ Deliktsreglene var tidligere langt mer konkrete og kasuistisk utformet; se eksempelvis Fredrik Stang, *Erstatningsansvar* (Oslo 1927), s. 43.

rettsområder: *lov*,⁷ *forarbeider*, *rettspraksis*, *rettsoppfatninger* og *reelle hensyn*. Det kan også i erstatningsretten bli spørsmål om å legge vekt på internasjonale kilder.⁸ Bruken av kildene er dessuten i utgangspunktet den samme som på andre rettsområder. I denne artikkelen skal jeg likevel se nærmere på noen sider ved erstatningsrettens struktur og egenart som innbyr til diskusjoner av om, og eventuelt hvordan, erstatningsretten reiser særlige metodiske utfordringer. Formålet er altså ikke primært å bidra til den alminnelige rettskildelæren.

Erstatningsrettens særlige metodiske utfordringer kan det sies mye om, og sikkert mer enn det er plass til i en artikkel som denne; jeg må derfor nøye meg med et utvalg. Valget har falt på tre spørsmål som på hver sin måte illustrerer et opplagt særtrekk med erstatningsretten, nemlig det store innslaget av generelle og abstrakt formulerte prinsipper på den ene siden og på den annen side mengden av nokså konkret avgjorte høyesterettsavgjørelser.⁹ For det første gjelder det spørsmål om det er en terskel for å fravike alminnelige erstatningsrettslige utgangspunkter, eksempelvis slik at det kreves klare holdepunkter i rettskildematerialet. For det andre gjelder det spørsmål om betydningen av alminnelige prinsipper der erstatning er regulert spesielt på ulike områder. Og for det tredje gjelder det spørsmål om vi kan knytte rettsvirkninger i enkeltsaker til den generelle systematikken i erstatningsretten, typisk skillet mellom erstatning i og utenfor kontraktsforhold. Alle detaljer kan ikke komme med, heller ikke innenfor de skisserte spørsmålene. Det gjelder også noteverket som skal underbygge det som blir sagt, men som i en så bredt anlagt artikkel som denne ikke kan være fullstendig.

Selv med en slik mer begrenset ambisjon kan emnet gripes an fra flere vinkler: Jeg har mer overordnet valgt å se dette som et spørsmål om hvordan retten kan utvikle seg på et privatrettslig område, der fragmentarisk lovgiving, kombinert med fraværet av legalitetsprinsippet, har satt Høyesterett og rettsvitenskapen i førersetet.¹⁰ Som vi straks

⁷ Bl.a. lov av 13. juni 1969 nr. 26 (skadeserstatningsloven), lov av 3. februar 1961 (bilansvarslova), lov av 23. desember 1988 nr. 104 (produktansvarsloven), lov av 16. juni 1989 nr. 65 (yrkesskadeforsikringsloven) og lov av 15. juni 2001 nr. 53 (pasientskadeloven).

⁸ Se f.eks. Rt. 2008 s. 453 om forholdet mellom bilansvarsloven § 7 første ledd og EU-retten (MotorvognDirektivene). Generelt om internasjonalisering og betydningen av utenlandske kilder, se bl.a. Bjarte Askeland, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018», *Lov og Rett* 2018, s. 519–536 (på s. 525 f.).

⁹ Se eksempelvis Steinar Tjomsland, «Høyesteretts rolle ved utviklingen av erstatningsretten», i *Lov, sannhet, rett – jubileumsskrift til Høyesterett 200 år* (Oslo 2015), s. 714–742 (på s. 714).

¹⁰ Kodifikasjon av erstatningsretten var diskutert og er gjennom skadeserstatningsloven av 1969 på viktige områder gjennomført, men innrømmer langt på vei Høyesterett den samme friheten til konkrete vurderinger som før; se Tjomsland, «Høyesteretts rolle ved utviklingen av erstatningsretten», s. 715–716. I utredningen NOU 2011: 16 Standardisert personskadeerstatning er et omfattende regelverk foreslått, men foreløpig ikke vedtatt.

kommer inn på, er nok dette også bakgrunnen for erstatningsrettens grunnleggende metodiske utfordring – at den er kompleks, vag og – må det kunne sies – noe uoversiktlig.

2. Kort om erstatningsrettens kompleksitet

I kontrast til det som er sagt hittil, kan erstatningsretten ved første øyekast fremstå som nokså oversiktlig, og for mange studenter i Bergen er det såkalte sekstrinnsskjemaet et kjent orienteringspunkt: Kan (i) *skaden føres tilbake til* (ii) et *ansvarsgrunnlag* hos en annen som (iii) *adekvat årsak*, skal skadevolderen bære det (iv) *utmålte tapet* fullt ut, med mindre det er grunnlag for (v) *medvirkning* eller (vi) *lemping*. Vi lærer også at dersom noe annet enn det økonomiske tapet skal erstattes, kreves det hjemmel i lov. Grensegangen mot kontraktsretten løser seg tilsynelatende også stort sett greit; person- og tingskadene hører vi helst om i fremstillinger av den alminnelige erstatningsretten, mens de rene formuestapene tradisjonelt har blitt behandlet i kontraktsrettslitteraturen.¹¹ En *kan* derfor få inntrykk av at erstatningsrettslige spørsmål løses i en bestemt rekkefølge etter noenlunde skarpskårne regler med et klart virkeområde, men slik er det ofte ikke lenger:

Spesiallovgiving på forskjellige rettsområder har gjort erstatningsretten *mindre enhetlig* enn før.¹² Viktige eksempler er bilansvarsloven, pasientskadeloven og yrkesskedeforsikringsloven. I grenselandet mot kontraktsretten har vi dessuten fått produktansvarsloven, og innenfor kontraktsretten har vi fått en rekke enkeltstående kontraktslover, bl.a. med ansvarsfiguren «kontrollansvar» og grensen mot indirekte tap.¹³ Bruken av alminnelige erstatningsprinsipper må derfor i større grad skje i et komplekst samspill med lovgivning (og eventuelt avtaleregulering) på en rekke områder.¹⁴

Denne økte kompleksiteten viser seg på ulike måter. Et tilbakevendende spørsmål er om ny lovgivning bare kodifiserer det som gjaldt på ulovfestet grunnlag før lovreguleringen, eller om loven også legger føringer på den videre rettsutviklingen: Skadeserstatningsloven (skl.) § 2-1

¹¹ Se Amund Tørum, *Direktekrav – særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entreprise. Formuerettslige analyser i komparativ belysning* (Oslo 2007), s. 530–531. Som eksempel på at slike oppdelinger opplagt er overforenklinger, se Rt. 2004 s. 1539 om ansvar i kontrakt for personskade.

¹² Sml. Bertil Bengtsson, «Om Civilrättens splittring», i Lars Gorton, Jan Ramberg og Jan Sandström (red.), *Festskrift till Kurt Grönfors* (Stockholm 1991), s. 29–46 (på s. 29 f.).

¹³ Se eksempelvis lov av 13. mai 1988 nr. 27 (kjøpsloven) §§ 27 og 40 jf. § 67.

¹⁴ Om en slik type problematikk, se Erling Hjelmeng, «Normkonkurranse i erstatningsretten?», i *Velferd og rettferd, Festskrift til Asbjørn Kjønstad* (Oslo 2013), s. 287–300.

gjør for eksempel «uaktsomt» til et vilkår for ansvar og viser dermed tilbake til de ulovfestede prinsippene. Hvilken vekt har forarbeidene ved tolkningen av vilkåret når erstatningsretten ellers utvikler seg? Innebærer henvisningen til alminnelige vilkår at loven nettopp skal være særlig utviklingsdyktig? Andre ganger kan det være spørsmål om loven kan suppleres med det som oppfattes som gjeldende rett på uregulerte områder ellers, fordi det er usikkert om loven er ment å være uttømmende.¹⁵ Om loven derimot klart nok er forutsatt å skulle suppleres med ulovfestede vilkår, kan det også oppstå spenninger. Man må typisk vurdere om de særlige hensyn bak loven, slik som typisk forbruker-, arbeidstaker- eller pasientbeskyttelse, legger føringer på hvordan man skal løse de spørsmålene som ikke er regulert: Skal man her falle tilbake på de alminnelige prinsippene, eller må de tilpasses «lovens ånd»?¹⁶

Følgene av en mer oppsplittet og dermed mindre enhetlig erstatningsrett forsterker kompleksiteten som *allerede er innebygd i de ulovfestede reglene*. En grunn til denne innebygde kompleksiteten er at rekkevidden og det innbyrdes hierarkiet mellom alminnelige vilkår, erstatningsrettslige utgangspunkt (så som å «ta skadelidte som han er»), systematikk og rimelig utfall ut fra omstendighetene i den konkrete saken ikke alltid er like klart; noen ganger er det også bare flere sider av samme sak. For å være mer konkret:

For det første preges erstatningsretten av *åpne vilkår*: Vilkår som «uaktsomt» er et eksempel; «ikke uvesentlig bidrag», «påregnelig» eller «full erstatning» er andre. Slike kriterier vil selvsagt aldri kunne gi svaret bent frem i enkelttilfeller. De angir bare retningen i et bredt vurderingstema, og utfallet er gjerne sensitivt for det aktuelle saksforholdet og dommerens konkrete skjønn.

For det andre: Dersom noenlunde sikre svar bare kan gis for visse typetilfeller, gir det begrenset veiledning å starte analysen med *abstrakte begreper* som «adekvat», «påregnelig» etc. Den konkrete fastleggelsen og anvendelsen av slike prinsipper må skje for det aktuelle livsområdet, noe som krever innsikt i hva som eventuelt er spesielt, og hva et mer eller mindre omfattende ansvar vil føre til, osv. Spør vi en erstatningsrettsjurist eksempelvis om hva som

¹⁵ I Rt. 2012 s. 1444, som omhandlet offentlig erstatningsansvar, var førstvoterende i så måte klar på at «[d]et alminnelige erstatningsrettslige skyldansvaret er en grunnpilar i vår rettsorden. Som Høyesterett uttrykte det i Rt. 2002 s. 1331, på side 1337, skal det derfor 'noenlunde klare holdepunkter' til før en lovbestemmelse kan anses å ha gjort dette ansvaret uanvendelig innenfor bestemmelsens anvendelsesområde» (avsnitt 31).

¹⁶ Som vi kommer tilbake til, er eksempelvis årsakskravet ikke nødvendigvis det samme for legemiddelansvaret som for skade på annet ansvarsgrunnlag (se nærmere i punkt 3.2 nedenfor).

er et adekvat eller påregnelig tap, kan vi derfor forvente en rekke motspørsmål: Hvilket livsområde og ansvarsgrunnlag gjelder det, hvem er partene, osv.

For det tredje må ikke sjelden slike åpne vurderingstema avstemmes med tilsynelatende skarpt formulerte – *binære* – «*prinsipper*», slik som at en «ikke skal tjene på skaden», eller at vi skal «ta skadelidte som han er».¹⁷ Hva som ligger i dette, er ikke alltid lett å si. Det er nok likevel på det rene at dette ikke er egentlige rettssetninger, bare løsere utgangspunkter: Hvis eksempelvis et ørretklekkeri mister strømmen på grunn av at et jagerfly har kuttet høyspentledningen i området, nytter det ikke å vise til at bedriften var særlig sårbar for strømbrudd (se Rt. 1973 s. 1268, Flymanøver). Skulle man her ha unngått tap, mente Høyesterett, måtte ørretklekkeriet ha ordnet seg med nødaggregat, slik at skadelidte i denne saken ikke hadde noe krav om å bli tatt «som han er». Andre ganger (primært ved personskade) gjelder utgangspunktet om å bli tatt som han er, mer bokstavelig: Skaden er adekvat (påregnelig) selv om verken skadevolder eller skadelidte på forhånd var klar over at skadelidte var særlig disponert for bivirkninger, for eksempel av p-piller, jf. Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II). Forholdet mellom slike åpne vurderingstema og binære utgangspunkt er gjennomgående uklare, og det er illustrerende at det er viet avhandlinger til slike emner.¹⁸

For det fjerde ble det aldri noen norsk sivillovbok som *kunne* lagt sterke føringer på *strukturen*, begrepsbruken og rettsutviklingen i erstatningsretten, slik vi kjenner det fra kontinentet. Dette har gitt rom for at Høyesterett har kunnet spille en sentral rolle i rettsutviklingen, muligens uten sidestykke i nyere norsk privatrett.¹⁹ Høyesteretts rettsavklaring og rettsutvikling skjer gjennom enkeltsaker,²⁰ noe som innebærer at Høyesterett er godt rustet til å utmeisle løsninger for de typetilfellene som de blir forelagt. En slik tilnærming kan imidlertid være mindre egnet til å fastlegge og avklare den indre sammenhengen mellom de ulike reglene. Svakheten forbundet med at erstatningsretten i stor grad er utviklet gjennom rettspraksis, er derfor at de ulike elementene i erstatningsretten ikke alltid henger like godt

¹⁷ Se bl.a. Rt. 1997 s. 1. Andre eksempler er «pengemangel fritar ikke for ansvar», eller at «ansvaret i utgangspunktet blir det samme uansett skyldform».

¹⁸ Se Kjelland, *Særlig sårbarhet i personskaderetten – en analyse av generelle og spesielle årsaksregler* (Oslo 2008) og Skjefstad, *Erstatningsberegning – særlig om fradrag for fordeler* (Oslo 2016).

¹⁹ Karsten Gaarder, *Den dømmende makt* (Oslo 1967), s. 262: «På intet annet område er domstolenes rettsskapende virksomhet trådt så klart fram i som i erstatningsretten.»

²⁰ Se bl.a. Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», i *Nybrott og odling, festskrift til Nils Nygaard* (Bergen 2002), s. 324, og Kåre Lilleholt, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2002, s. 62–75 (på s. 70 f.).

sammen. Dette kan skyldes at Høyesterett og rettsvitenskapen ikke har rukket å få på plass de løse trådene, men det kan også skyldes at rettskildene ikke legger til rette for stringent begrepsbruk og konsistente løsninger. Likevel finner vi eksempler på at forutsetninger om en fast begrepsbruk og systematikk er brukt i utformingen av reglene, typisk i forarbeider. Dette kan reise vanskelige spørsmål om hva som gjelder hvis den senere rettsutviklingen har løpt fra det systemet man i sin tid så for seg.²¹ Skal man da tviholde på eldre oppfatninger om forholdet mellom reglene, eller må man bare godta at «kortene er delt ut» på nytt?

For det femte, selv om analysen tar utgangspunkt i vilkår eller prinsipper, har ofte drøftelser av hva som vil være et konkret, rimelig resultat, en meget fremtredende plass i erstatningsrettslige dommer.²² Disse drøftelsene er riktignok forankret i momenter som følger av rettspraksis eller lovgivningen, men vurderingene er ofte langt mer konkrete – og relativt sett mindre regelstyrte – enn vi er vant til på mange andre rettsområder.²³ En slik tilnærming bidrar riktignok til å finne frem til den beste løsningen for det aktuelle *typetilfellet*. Den kan imidlertid føre til at det oppstår et spenningsforhold mellom konkret rimelighet og hensynet til en enhetlig og stringent erstatningsrett. Rettspraksis har flere ganger vist at det kan være vanskelig å få gjennomslag for en strengt regelorientert og skarpskåren løsning dersom det fører til at løsningen *i slike saker* blir uheldig.²⁴ Erstatningsretten gir et av de klareste eksemplene på at Høyesterett ikke har gått av veien for å introdusere løsninger som

²¹ Om en slik problemstilling, se Magne Strandberg og Arnt Skjefstad, «Erstatning for feil gjort i selskapets ledelse – utviklingstrekk, tilnærming og systematikk», *Tidsskrift for forretningsjus* 2017, s. 135–166 (oppsummert på s. 164–165).

²² Peter Lødrup, «En oversikt over og rettspolitiske vurdering av adgangen til å nedsette erstatningsansvaret for skadeforvoldelser utenfor kontraktsforhold», *Jussens Venner* 1966, s. 208–228 (på s. 210): «Alltid hvor en avgjørelse beror på skjønn, kan man lett kle det resultat man ønsker inn i en begrunnelsestype som er anerkjent, selv om realiteten er et behov for å frifinne hvor det vil være urimelig å pålegge ansvar i det konkrete tilfelle.»

²³ HR-2018-1234-A er i så måte et ferskt eksempel hvor drøftelsen av utgangspunktene ledet naturlig frem til ansvar for en eiendomsmegler, men hvor konklusjonen likevel ble annerledes basert på diskresjonære momenter.

²⁴ En finner riktignok eksempler på det motsatte også: Skiltmakerdommen i Rt. 2004 s. 1816 bygger på streng formalisme: Her var en hovedaksjonær og nøkkelmedarbeider i et selskap blitt skadd. Han krevde erstatning for tapte inntekter i form av ordinær lønn, pluss det utbyttet han ville tatt ut fra selskapet. Mindretallet i Høyesterett la vekt på at for en hovedaksjonær og nøkkelmedarbeider var forskjellen mellom lønn og utbytte i realiteten «svært liten» (avsnitt 43). Flertallet, derimot, gikk ikke med på å se mellom fingrene med at aksjonær og selskap formelt var forskjellig rettssubjekt. De strengere reglene om tredjemannsskade kom derfor til anvendelse, og avskar etter flertallets mening erstatning for utbyttet. Enkelte har oppfattet den skarpe dissensen i Skiltmakerdommen som et metodisk veiskille, der vi nå i større grad enn tidligere ser tendensen til formaljuridisk tenkning i Høyesterett. Man løser altså enkeltspørsmål med utgangspunkt i systemet, ikke problemet. Her vil jeg imidlertid slutte meg til Gravers advarsel om at å rense jussen for pragmatisme, «vil [...] være et historisk feilgrep»; se Graver, «Skiltmakerdommen som veiskille», *Tidsskrift for erstatningsrett* 2005, s. 165–168 (på s. 168). Se også Asbjørn Kjønstad, «Reelle hensyn som rettskilde», i *Dog fred er ej det bedste, Festskrift til Carl August Fleischer* (2006), s. 357–382 (på s. 377).

innebærer et nokså klart brudd med det etablerte systemet, nemlig fremveksten av det ulovfestede objektive ansvaret der man tidligere krevde skyld.²⁵ Vi har også andre eksempler på at Høyesterett har tydd til fiksjoner for å komme frem til gode løsninger i det konkrete typetilfelle. Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen) er illustrerende ved at Høyesterett var nokså lempelige i sin omgang med tapskriteriet for å håndtere den uakseptable berikelsen det ulovlige beitet ellers ville ført til.²⁶ Et eksempel fra det siste tiåret er Rt. 2015 s. 556 hvor Høyesterett statuerte profesjonsansvar til tross for at det etter mer tradisjonelle synsmåter neppe var årsakssammenheng.²⁷

For det sjette, når reglene gjerne legger opp til nokså konkrete vurderinger, blir de desto mer sensitive for hvordan dommeren vurderer og fremstiller bevisene. Ved krenkelse av immaterielle rettigheter kan det for eksempel være vanskelig å dokumentere tap, og her kan det hende at det ikke er rettsreglene, men snarere domstolens bruk (eller ikke-bruk) av fleksibiliteten som ligger i norske bevis- og prosessregler, som styrer utfallet.²⁸ Grensen mellom det som er skjønnsmessig fastsettelse av tap som er vanskelig å beregne, og det som er erstatning for ikke-økonomisk skade, kan dermed bli flytende.²⁹

En sammenfatning av det som er sagt ovenfor, blir at erstatningsrettslige spørsmål ofte avgjøres i en interaksjon mellom spesiell regulering i lov eller avtale, abstrakte vurderingstema og utgangspunkt, og hensynet til et godt og hensiktsmessig resultat. Nedenfor skal vi se på

²⁵ Gunnar Nissen, Finn Hiorthøy og Karsten Gaarder, *Den dømmende makt – Domstolene og rettsutviklingen 1814–1964* (Oslo 1967), s. 262. Se også Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, s. 147 f.

²⁶ Se Rt. 1981 s. 1215 (på s. 1227), der Høyesterett forankret krenkedes krav i deliktsreglene og la til grunn at «[o]gså et slikt krav må anses som et erstatningskrav». Erik Monsen, *Berikelseskrav – Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet* (Oslo 2007), s. 48 (sammenholdt med bl.a. s. 183 f.) har gjerne med rette påpekt at dette helst må ses på som et vederlagskrav, og ikke et erstatningskrav. Grunnen til at formuleringene i dommen ble som de ble, har nok bakgrunn i at vi ikke har hatt generelle regler om ugrunnet berikelse i norsk rett.

²⁷ Se nærmere Jan-Ove Færstad, «Regressoppgjør i erstatningsrettslige klær – En kommentar til Høyesteretts avgjørelser referert i Rt. 2008 s. 1078 og Rt. 2015 s. 556», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 2016, s. 97–120 (på s. 120). Se videre HR-2016-2264-A (avsnitt 44–46) der Høyesterett nettopp forkastet innvendingen om manglende årsakssammenheng under henvisning til «den spesielle situasjonen som foreligger ved boligomsetning».

²⁸ Ole Andreas Rognstad og Are Stenvik, «Hva er immaterialretten verd?», i *Bonus pater familias, Festskrift til Peter Lødrup* (Oslo 2002), s. 511–548 (på s. 513–514).

²⁹ I tvistemålsloven § 192 var det tidligere en regel om at «[e]r der tvist om størrelsen av en skade eller forøvrig om en værdsættelse, og bevis for beløpet enten ikke lar sig føre eller vilde være forbundet med uforholdsmæssig vanskelighet, træffer retten avgjørelsen efter eget skjønn». Dette ble ikke videreført i den nye tvisteloven, visstnok fordi en ikke anså regelen som praktisk viktig – noe som er litt underlig i lys av erfaringen i Sverige, der Rettergangsbalken § 35-5 om lempeligere bevisskrav i slike tilfeller fortsatt finnes, og er mye benyttet i praksis, se Marcus Radetzki, *Skadeståndsberäkning vid sakskada*, 2. utgave (Stockholm 2012) s. 214 f.

noen sider ved dette, og starter med de alminnelige utgangspunktene og hva som skal til for å fravike disse.

3. Terskel for å fravike alminnelige utgangspunkter?

3.1 Innledning

Erstatningsretten består som kjent av en rekke hovedregler, blant annet at skadelidte må finne seg i at tapet blir vurdert rent økonomisk. Er det nykjøpte huset mangelfullt, blir verdidifferansen erstattet, men forringet livskvalitet og annet følelsesmessig «tap» kjøperen får som følge av tvisten, blir ikke dekket. Den som må gå ned fra fjellet fordi skibindingen knekker, får heller ikke erstattet blodslitet. Om han kan få kompensert det innkjøpte heiskortet som dermed ble mindre brukt enn han hadde tenkt, er derimot mer usikkert.³⁰ Av og til blir det altså spørsmål om å *tilkjenne* erstatning selv om skadelidte ikke har lidt noe umiddelbart økonomisk tap, for eksempel ved ødelagt ferie, eller der støy fra nabotomten er plagsom, men ikke påvirker eiendommens verdi.³¹ Andre ganger kan det bli spørsmål om *ikke* å erstatte fulle kostnader, for eksempel om et kjæledyr blir skadd og eieren har pådratt seg en skyhøy veterinærregning.³² Det er dermed ikke alltid like klart hva som skal til for å fravike eller lempe på tradisjonelle vilkår og utgangspunkt.

Erstatning krever ikke lovhjemmel, og de ulovfestede reglene legger ofte opp til en bred avveining av ulike hensyn, typisk reparasjons- og prevensjonshensynet, men også bl.a. forsikrings-, pulveriserings- eller avgrensningshensyn, så som skadevolderens handlefrihet og skadelidtes egenrisiko og medansvar.³³ Det ulovfestede objektive ansvaret ble for eksempel ut fra slike avveininger etablert uten noen diskusjon av om dette burde vært en lovgiveroppgave.³⁴ Dette rokker imidlertid ikke ved at også erstatningsretten er regelorientert. De tradisjonelle vilkårene og prinsippene legger nokså sterke føringer på rettsanvendelsen og hvilken vekt som kan legges på slike bredere avveininger. Det skal med andre ord en del til for å fravike det som følger av tradisjonell erstatningsrett. Spørsmålet er om det mer generelt lar seg antyde hva som skal til for å fravike disse utgangspunktene – eller

³⁰ Om erstatning for bortkastede utgifter, se bl.a. Søren Koch, «Erstatning for bortkastede utgifter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2012, s. 581–636.

³¹ Sml. saksforholdet i Rt. 1992 s. 1469 (Leiebil) og Rt. 1980 s. 309.

³² Se Skjefstad, *Erstatningsberegning*, s. 114 f.

³³ Se bl.a. Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 17.

³⁴ Tjomsland, «Høyesteretts rolle ved utviklingen av erstatningsretten», s. 719–720.

om også dette avgjøres konkret fra sak til sak. For å tydeliggjøre analysen tar vi utgangspunkt i to ytterpunkter: at avvik fra alminnelig lære krever klar lovhjemmel, eller at unntak kan gjøres på friere grunnlag.

3.2 Kreves lovhjemmel?

Det første alternativet – at lovhjemmel må til for å fravike vanlige vilkår – er først og fremst drøftet (og tradisjonelt krevd) i tilknytning til erstatning for *ikke-økonomisk tap*. En historisk forklaring på dette særskilte lovskravet er at erstatning for ikke-økonomisk skade var tett knyttet til muligheten for å gi oppreisning, som har klart pønalt preg, slik at det var en nærhet til straffesanksjonen og det lovskravet som gjelder der.³⁵ Etter hvert har nok retts tekniske hensyn trådt mer frem som begrunnelse for å avgrense virkeområdet for vanlige erstatningsregler til kompensasjon for økonomisk tap. Kravet til at oppreisning må være forankret i lov, er likevel ikke oppgitt mer generelt,³⁶ skjønt på immaterialrettens område er det argumentert for at en oppreisningsregel likevel må kunne oppstilles på ulovfestet grunnlag.³⁷

Problemet er at vi gjennom de siste tiår har fått en rekke eksempler på at grensen mellom erstatning for økonomiske og ideelle interesser ikke er skarp. Eksempelvis har utgifter til ivaretagelse av ideelle interesser, så som gjennomføring av ferie, god veiforbindelse, arkeologisk kunnskap og «skogfølelse»,³⁸ blitt ansett som økonomisk tap. Argumentasjonen knyttet til lovgiving har da ikke vært innrettet som et hjemmelsspørsmål, men snarere om lovgiving viser at interessen kan forankres i allmenne verdioppfatninger. Setningen om at det kreves lovhjemmel for erstatning av ideelle interesser, er dermed opplagt for generell.

Spørsmålet om krav til lovhjemmel er dessuten drøftet i sammenheng med *utgangspunktet om full erstatning*. Som Selmer ga uttrykk for i 1958, er det «et postulat i erstatningsretten at skadevolderen skal erstatte det fulle økonomiske tap som skadelidte er tilføyet, med mindre man har positiv hjemmel for å begrense erstatningen».³⁹ Dette utgangspunktet om full

³⁵ Se Stang, *Erstatningsansvar*, s. 361 f.

³⁶ Se bl.a. Rt. 2013 s. 805 (avsnitt 24).

³⁷ Rognstad og Stenvik, «Hva er immaterialretten verd?», s. 548.

³⁸ Se Rt. 1992 s. 1469 (Leiebil), Rt. 1996 s. 1473 (Skjerpings bro), Rt. 2013 s. 116 (Fangstgrop) og Rt. 2015 s. 216 (Trefelling).

³⁹ Knut S. Selmer, «Et borgerlig jevnmaal i norsk erstatningsrett», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1958, s. 293–313 (på s. 293).

erstatning fremgår mer eller mindre direkte av flere lover,⁴⁰ men prinsippet gjelder klart nok også uten at det er lovfestet på det aktuelle området. Spørsmålet er dermed når det kan gjøres unntak.

Partene kan selvsagt *avtale* seg vekk fra at ethvert tap skal dekkes, og i kommersielle kontraktsforhold er det også mer regelen enn unntaket, med såkalte knock-for-knock-mekanismer som det mest ekstreme.⁴¹ Noen unntak følger også av loven, som den alminnelige *lempingsregelen* i skl. § 5-2, men slik har det ikke alltid vært. Det var først i 1985 at vi fikk en generell lempingsregel, som da avløste de fleste av de spesielle lempingsreglene. Rekkevidden av disse spesialreglene var mye diskutert, nettopp fordi man mente at unntak fra utgangspunktet om full erstatning krevde særskilt lovhjemmel. Det har også vært diskutert om den generelle *tapsbegrensningsplikten* er lovfestet i skl. § 5-1 nr. 2, eller om dette er en ulovfestet regel, men svaret er i praksis mindre viktig: Skadelidte må i alle tilfeller gjøre sitt for å unngå at tap oppstår eller øker, for svikter han her, må han bære mertapet selv.⁴² Lenge var det dessuten usikkert om erstatningen kunne settes ned ut fra betraktninger omkring «*borgerlig jevn mål*». Student Skriedshoels store hund,⁴³ som for mer enn 100 år siden knuste en speilglassrute på Karl Johan, er kjent for mange: Hundeeieren måtte her erstatte ruten fullt ut fordi Høyesterett mente at butikkvinduer av speilglass nå var «blevet saa almindeligt, at det ikke kan betragtes som overdreven eller unødigt Luxus», og dessuten at synspunkter om borgerlig jevn mål «i ethvert Fald trænger til en nærmere Begrændsning, som den kun ved positive Lovforskrifter kunde gives». I dag gir skl. § 5-2 andre punktum slik formell forankring for å sette ned erstatningen ut fra «borgerlig jevn mål», men dette krever «særlige grunner», slik at det bare er tale om et snevert unntak.⁴⁴ En økonom vil dessuten kanskje mene at den *kapitaliseringsrenten* som benyttes ved utmåling av fremtidig tap, innebærer et avvik fra utgangspunktet om full dekning.⁴⁵

⁴⁰ Bl.a. skl. § 4-1.

⁴¹ Hans Jacob Bull, *Tredjemannsdekninger i forsikringsforhold* (Oslo 1988), s. 346 f.

⁴² Se Rt. 2015 s. 989 (avsnitt 32 f.) og Bjarte Thorson, «Tapsbegrensningsplikt ved personskader», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* 2015, s. 161–190 (på s. 164 f.)

⁴³ Rt. 1877 s. 828 (student Skridshoels store hund).

⁴⁴ Bestemmelsen er brukt i Rt. 2014 s. 656. Om «borgerlig jevn mål», se nærmere bl.a. NOU 2011: 16 s. 131–134.

⁴⁵ I Rt. 1993 s. 1524 fastsatte man kapitaliseringsrenten til 5 %, denne ble nedjustert til 4 % i Rt. 2014 s. 1203 (avsnitt 101).

Spørsmålet er om det dermed bare er visse bestemte unntak fra utgangspunktet om full erstatning, eller om det kan tenkes etablert *nye unntak uten medvirkning fra lovgiver*. Ettersom legalitetsprinsippet, som nevnt, ikke setter noen skranke for at Høyesterett utvikler slike unntak, må dette anses som en mulighet. Dette har inntil nylig ikke vært særlig diskutert, men to dissenser fra 2017, begge er ført i pennen av dommer *Falch*, har aktualisert spørsmålet:

Den første dommen – HR-2017-515 (dissens 3–2) – er ikke et rent eksempel på avvik fra regelen om full dekning, fordi Høyesteretts flertall i og for seg fastsetter tapet korrekt og nettopp tilkjenner full erstatning for slike tilfeller som saken gjaldt (se likevel noen kritiske merknader til resultatet i dommen i punkt 5 nedenfor). Den skarpe dissensen, som kan tyde på et ulikt syn på metoden, gjør det likevel naturlig å nevne denne dommen:

Spørsmålet var hvorvidt kostnadene ved å gjøre et par loftshybler brannsikre, slik at utleie kunne skje lovlig, var rett uttrykk for huskjøpernes økonomiske tap når muligheten for utleie av loftet var sterkt fremme i markedsføringen. *Mindretallet* svarte ja her, og la til grunn at «utbedringskostnadene [...] utgjør kjøpernes direkte økonomiske tap som de i utgangspunktet har krav på å få erstattet» (avsnitt 54). Kontraktsrettslig var ikke dette en opplagt tilnærming: Erstatningskravet må i realiteten kunne anses som et krav om dekning av rettekostnader i henhold til avhl. § 4-10, og for slike krav gjelder det en særskilt misforholdsbegrensning i bestemmelsens andre ledd (se nærmere i 5).⁴⁶ Det kan derfor hevdes at mindretallet kom skjevt ut når man fortsetter analysen med å spørre om det var grunnlag for å gjøre unntak fra utgangspunktet. Det interessante i min kontekst er imidlertid metodesynet: Det var nemlig mindretallets oppfatning at inngrep i kravet på full erstatning i obligasjonsretten krever «klar støtte» i lovgiveruttalelser eller ulovfestet kontraktsrett. Det var da ikke aktuelt å gjøre unntak på grunnlag av reelle hensyn.

Flertallet mente derimot at erstatningen ikke kunne beregnes til utbedringskostnadene hvis «disse klart overstiger mangelens betydning for eiendommens markedsmessige verdi» (avsnitt 45). Denne begrensningen bygde man nettopp på en avveining av reelle hensyn, nemlig hensynet til det økonomisk forsvarlige, berikelsessynspunkt og at reglene helst bør henge sammen (konsekvenshensyn). Dissensen kan derfor kanskje tyde på et noe forskjellig

⁴⁶ Lov av 3. juli 1992 nr. 26 (avhendingsloven) § 4-10 andre ledd.

syn mellom fraksjonene på hvor langt Høyesterett kan «lovgi» på tvers av alminnelige utgangspunkter på egen hånd, og flertallet synes å ha kjent seg friere enn mindretallet til det.

Den nylig avsatte dommen om erstatning for tapte prostitusjonsinntekter etter personskade, referert i HR-2017-2352-A, er mer eksplisitt i så måte: *Flertallet* ville ikke godta erstatningskravet fordi en mente at tappt prostitusjonsinntekt ikke var erstatningsrettslig vernet, i hvert fall ikke om inntektsbortfallet bare var kortvarig. *Mindretallet* tok derimot utgangspunkt i skl. § 3-1 og viste til at erstatningen «skal dekke lidt skade» og tap i fremtidig erverv (avsnitt 66). Konsekvensen av dette, mente mindretallet, var at det måtte oppstilles et unntak fra § 3-1 hvis kvinnene ikke skulle få inntektstapet sitt erstattet, og viktigst her; et slikt unntak krevde etter mindretallets oppfatning «særskilt begrunnelse [...] med utgangspunkt i *lovgivningen forøvrig*» (min utheving).⁴⁷

Det er lett å være enig med *mindretallet* i at inntektstap etter personskade normalt skal erstattes fullt ut. Når skadeserstatningsloven ikke gir en heldekkende lovregulering av erstatningsretten, kan man imidlertid ikke uten videre legge til grunn at ordvalget i skl. § 3-1, som systematisk er en utmålingsregel, innebærer at det ikke skal skje noen nærmere vurdering av erstatningsrettslig vern for slike tapsvarianter loven lister opp. Forutsetningen om erstatningsrettslig vern er ifølge tradisjonell lære et eget vilkår, og det er først etter bekreftende svar her at utmålingsregelen i skl. § 3-1 kommer inn. *Flertallet* formulerer likevel et potensielt svært vidtrekkende unntak fra at tapte inntekter skal erstattes fullt ut: Om inntektstapet har vern, kommer an på «om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse [...] avgjort etter en bred helhetsvurdering [...] av hensynet til de skadelidtes og samfunnets interesser vurdert generelt».⁴⁸ Erstatningsrettslig vern kan dermed se ut til å måtte vurderes konkret – og ganske fritt – i hver eneste sak. Det generelle utsagnet fra flertallet bør vi derfor kanskje ta lettere på: Med en slik forståelse av vilkåret om vern blir forutberegneligheten skadelidende; det må fortsatt være slik at manglende vern er unntaket. Det er vel også helst slik at flertallet ikke mente å uttale seg om selve terskelen for vern.

Selv om erstatningsrettslig vern tradisjonelt har vært et eget vilkår, bør ikke det bety at kjøkkendøren står på vidt gap for ikke å erstatte tappt inntekt. Reglene bør henge sammen, og med det utgangspunktet vi har om at tap erstattes fullt ut, vil kravet om at tapet må være erstatningsrettslig vernet, sjelden være problematisk. Grunnene for ikke å tilkjenne erstatning for tappt inntekt bør derfor være gode, og flertallets resonnement rundt prostitusjonsinntekt er i så måte ikke overbevisende. De som først og fremst merker virkningen av om

⁴⁷ Avsnitt 67 og 68.

⁴⁸ HR-2017-2352-A (avsnitt 36 og 37).

en får erstatning eller ikke, er kvinnene selv som mister inntekt. Og når det gjelder ulovligheten av inntektsgrunnlaget, som *kunne* begrunnet manglende vern (NL 5-1-2), har vi allerede en rekke unntak: Strafferettslig ville bl.a. egen prostitusjon normalt vært medvirkning til straffbar handling (sexkjøp), men sosiale hensyn gjør at man ser annerledes på dette. Det er vanskelig å forstå hvorfor de samme sosiale hensynene ikke skal spille inn på erstatningsspørsmålet, ettersom livet neppe blir enklere – og stigmatiseringen av en utsatt gruppe ikke mindre – om en også fratrar kvinnene inntekten de har.

I erstatningsretten ellers har en heller ikke vært så opptatt av hva erstatningsbeløpet faktisk brukes til.⁴⁹ I denne saken synes derimot Høyesteretts flertall likevel å ha vært redd for at pengene skulle havne i lommene til bakmenn og dermed fremme rammevilkårene for prostitusjonsmarkedet som sådant.⁵⁰ Men bør det være plass for slike betraktninger i erstatningsretten når rettsordenen ellers ikke har villet gå inn på dette? I så fall må vi vel også spørre oss om alkoholikere, spilleavhengige og livsnytere bør ha samme vern som andre fordi erstatningssummen mest sannsynlig vil bli drukket, spilt eller sløst vekk. Ren moralisme er ofte heller ikke noen god rettesnor. Som med mye annet kan oppfatningene her variere mye – også mellom dommerne. Kjølige økonomiske resonnement omkring inntekt med og uten skaden kan da ofte være å foretrekke. En bør her ha en grunnleggende liberal holdning til hva erstatningssummen blir brukt til, og hva pengene skal brukes til, bør ikke ha betydning for om en har krav på erstatning eller ikke. Og skulle pengene bli brukt ulovlig, har en andre og mer passende regler for å stoppe dette – typisk straffelovgivningen.⁵¹

Det finnes også eksempler fra rettspraksis på at skadelidte ikke får erstatning på ulovfestet objektivt ansvar fordi man manglet hjemmel. I Rt. 1990 s. 768 (på s. 777), der en pasient ble smittet med HIV etter blodoverføring under en operasjon, mente Høyesterett at en sto overfor «et tragisk tilfelle hvor gjeldende rett ikke gir grunnlag for objektivt ansvar for det offentlige», og henviste til lovgiver:

«Som fremholdt i Rt. 1978 s. 482, må det være en lovgivningsoppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføres i tilfelle av skader påført ved opphold eller behandling i sykehus. Jeg finner grunn til å bemerke at det i 1987 ble oppnevnt et utvalg som har fått i oppdrag å utrede og eventuelt foreslå lovbestemmelser om objektivt ansvar for skade påført ved behandling innenfor helsevesenet. Myndighetene har dermed anmodet om at spørsmål av den karakter som denne sak gjelder, blir undergitt nærmere utredning som de lovgivende myndigheter etter et bredt lovforarbeid senere vil ta standpunkt til. I en slik situasjon bør domstolene etter mitt syn vise tilbakeholdenhet med en rettsskapende virksomhet.»

Dette skal imidlertid ikke forstås slik at Høyesterett *generelt* trenger lovhjemmel for å utvide et ulovfestet ansvar som Høyesterett selv har utviklet gjennom praksis, men at man her sto overfor en situasjon hvor det var lite naturlig at Høyesterett ledet an i rettsutviklingen.⁵²

3.3 Kreves klare holdepunkter i rettskildematerialet?

Selv om avvik fra alminnelig lære ikke krever hjemmel i lov, kan det spørres om unntak fra alminnelige utgangspunkter krever klare holdepunkter i rettskildematerialet. En av klassikerne

⁴⁹ Rt. 1986 s. 463 (Merverdiavgift) regnes gjerne som prejudikatet.

⁵⁰ HR-2017-2352-A avsnitt 61 og 62.

⁵¹ For noen kritiske merknader til dommen, se Birgitte Hagland, «Erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 2018, s. 79–107 (bl.a. på s. 84 f.), og Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, «Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern», *Jussens Venner* 2018, s. 329–345.

⁵² Slik vel også Tjomsland, «Høyesteretts rolle ved utviklingen av erstatningsretten», s. 723.

i obligasjonsretten, nemlig spørsmålet om en har fraskrevet seg erstatningsansvaret, kan illustrere noen poeng her:

Man kan, som nevnt, i utgangspunktet *avtale seg vekk* fra utgangspunktet om fullt erstatningsansvar – typisk om skaden ikke skyldes forsett eller grov uaktsomhet (som en litt forenklet uansett ikke kan fraskrive seg ansvaret for).⁵³ Mellom partene i avtalen er dette kurant. Problemene oppstår i kontraktskjeder der reklamasjonsfrister, ansvarsfraskrivelser eller annet beskytter skadevolder etter kontrakten, mens vilkårene etter alminnelige erstatningsregler kan være oppfylt, typisk overfor tredjemenn utenfor kontrakten, uten at tilsvarende begrensninger finnes der. Spørsmålet er om skadelidte tredjemann, som selv ikke har noen avtale med skadevolder, kan velge å «gå rundt» begrensningene og heller fremme erstatningskravet som deliktskrav. Svaret har tradisjonelt vært ja (såkalt *konkurrens*), men dette utgangspunktet om skadelidtes valgrett har etter hvert kommet under press ettersom fremveksten av bl.a. informasjonsansvaret nå har gjort at deliktskrav er aktuelt i kontraktsforhold på en helt annen måte enn tidligere.⁵⁴ To avgjørelser, i Rt. 2015 s. 276 (Bori I) og HR-2017-1834-A (Bori II), har vært sentrale i diskusjonen. Spørsmålet i begge sakene var om deliktsansvar kan gjøres gjeldende mot kontrollansvarlig etter plan- og bygningsloven, i den første saken mot et boligbyggelag (Bori) etter en mislykket ombygging, i den andre saken mot en håndverker for brudd på brannvernforskriften. Det interessante for oss er skadelidtes anførsel om at det må «klare holdepunkter» til for å fravike utgangspunktet om valgrett, og at dommer Bårdsen, som talsmann for flertallet i Bori I, var enig i dette:

«Derimot vil jeg fremholde, som et mer gjennomgående prinsipp, at den som har flere grunnlag for et krav kan velge hvilket av disse han vil gjøre gjeldende [...]. En begrensning av denne valgfriheten må, slik jeg oppfatter hovedlinjen i Høyesteretts praksis, bygge på noenlunde klare holdepunkter i det samlede rettskildematerialet» (avsnitt 36).

Når flertallet ikke fant slike klare holdepunkter i rettskildematerialet for å avgrense rekkevidden av skl. § 2-1, ble skadelidte tilkjent erstatning for tapet man hadde lidt som følge av at byggekontrollen var uaktsomt utført.

⁵³ Om nyansene i adgangen til å fraskrive seg erstatningsansvar, se bl.a. Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (Oslo 2011), s. 644 f.

⁵⁴ Se Tørum, *Direktekrav*, s. 531.

I den andre saken, som noe misvisende har blitt omtalt som Bori II,⁵⁵ settes rekkevidden av Høyesteretts uttalelser i Bori I på spissen, og problemet med valgretten sto sentralt i skadevolders argumentasjon: Tillates deliktsregler i kontraktskjeden, undergraver det lovreglene om direkte mangelskrav i avhl. § 4-16,⁵⁶ og det setter reklamasjonsfristene i buofl. § 30 til side. Flertallet tok da heller ikke samme utgangspunkt som tidligere, men la derimot i korte trekk til grunn at

«feil som den ansvarlige [etter plan- og bygningsloven] begår under utførelsen av sitt oppdrag, [kan] gi grunnlag for ansvar overfor tredjemann [...] etter reglene om erstatning utenfor kontrakt. Det gjelder selv om skadelidte også kan ha mulighet til å gjøre krav gjeldende overfor sin kontraktspart eller tidligere kontraktsledd etter kontraktsrettslige regler [...]. Anvendelse av disse utgangspunktene innebærer at det ikke er utelukket at Protector i denne saken kan ha et erstatningskrav overfor A» (avsnitt 35–37).

Erstatningskravet ble heller ikke tatt til følge:

«Etter det jeg har gjennomgått, leder en bredere avveining som beskrevet i Bori-dommen avsnitt 26, etter mitt syn til at de alminnelige reglene om erstatning utenfor kontrakt ikke gir grunnlag for et erstatningskrav fra Protector overfor A. *Slik forholdet mellom partene er her*, er jeg kommet til at de krav som måtte foreligge med grunnlag i den kontraktsrettslige mangelen, bare kan forfølges etter kontraktsrettslige regler» (avsnitt 55, min utheving).

Avgjørende i Bori II var altså en konkret vurdering av de reelle hensynene som gjorde seg gjeldende i saken. At det gjaldt et klarhetskrav for å fravike utgangspunktet om valgretten, hører vi ikke lenger noe om. Hvorvidt de alminnelige utgangspunktene om valgrett er fraveket i skadesituasjoner med nær tilknytning til kontraktsforhold, synes dermed nå å måtte vurderes på friere grunnlag.

3.4 Oppsummering: Er spørsmålet stilt feil?

En oppsummering av det som er sagt ovenfor, er at det er vanskelig å oppstille klare retningslinjer for når erstatningsrettslige utgangspunkter kan fravikes, og at dette kan gjøre utgangspunktene noe flytende. Man må avgjøre for hvert typetilfelle hvilke rettigheter og vern skadelidte skal ha. Dette skyldes blant annet at det er vanskelig å trekke opp grensen mellom reglene om erstatning i og utenfor kontraktsforhold, at man har en fleksibel tilnærming til hva som skal anses som «økonomisk» tap, og at «full erstatning» neppe er noe mer enn summen av konklusjonen på en rekke enkeltspørsmål og mer finavstemte tapsposter.

⁵⁵ Bori BBL var ikke part her.

⁵⁶ Se Stenvik, «Erstatningsansvar i og utenfor kontraktsforhold», i *Festskrift til Mads Bryde Andersen* (2818), s. 693–713 (på s. 713) som tillegger dette hensynet mindre vekt.

Denne spørsmålsstillingen – om det gjelder en «terskel» for å fravike alminnelige utgangspunkter – vil derfor ofte være lite treffende i erstatningsretten. En slik tilnærming kan riktignok være treffende hvis det er enighet om at et alminnelig prinsipp gir en entydig løsning i et gitt typetilfelle, men i så fall er vel løsningen nokså opplagt. Det er imidlertid få utgangspunkter som er så klare og skarpskårne. I stedet krever gjerne vurderingstemaet – «uaktsomhet» og «påregnelig» osv. – at det må gjennomføres nokså brede og skjønnsmessige vurderinger og interesseavveininger. Ofte beror subsumsjonen – i den grad den kan holdes atskilt fra fastleggelsen av normen – på en utpreget konkret vurdering. Da gir det lite veiledning å spørre om hva som skal til for å fravike dette (vage) utgangspunktet. I slike tilfeller dreier rettsanvendelsen seg primært om å fastlegge innholdet i utgangspunktet *gjennom* å utpensle hvordan normen skal forstås i det aktuelle typetilfellet, ikke om å gjøre «unntak» fra et fast og entydig utgangspunkt.⁵⁷

4. Er utgangspunktene de samme overalt?

4.1 Innledning

I det følgende skal vi se på et par eksempler om hvor forskjellig generelt og abstrakt utformede vilkår kan måtte forstås på ulike livsområder og i ulike typetilfeller. Dette er en fortsettelse av konklusjonen i punkt 3.4, nemlig at utgangspunktene gjerne først fylles med innhold når de anvendes på konkrete typetilfeller. Jeg har valgt å se på (i) vilkåret om adekvat årsakssammenheng når kravet bygger på legemiddelansvaret, og (ii) ansvar for tingskade i kontraktsforhold. Et særlig spørsmål er om rettskildematerialet som er særskilt for det aktuelle typetilfellet, kan være relevant også utenfor dette typetilfellet – om det spesielle kan smitte over på det generelle. Eksemplene kunne ha vært andre, og emnet kunne ha vært vinklet mer generelt: Er årsakskravet for objektive ansvarsgrunnlag andre enn for skyldansvaret, og hva har skillet mellom ansvar i og utenfor kontraktsforhold å si for erstatningsvurderingene og rettskildebruken? En så bred tilnærming ville imidlertid ha sprengt rammene for denne fremstillingen, og det er en fare for at drøftelsene hadde blitt vel

⁵⁷ Se Marcus Radetzki, *Skadeståndsberäkning vid sakskada*, andre utgave (Stockholm 2012), s. 16–17, som fremholder at «[f]rån ett rättspolitiskt perspektiv måste principen om full ersättning anses vara av stort intresse. Det är fråga om en allmän programförklaring avseende skadeståndets storlek. Däremot ger principen om full ersättning knappast några konkreta bidrag till den rättstekniska diskussion som gäller det konkreta tillvägagångssättet vid skadeståndsberäkning. Härtill är principen alltför övergripande». Sammenlign også Håkan Andersson, *Skyddsändamål och adekvans – om skadeståndsansvarets gränser* (Uppsala 1993), s. 229, om topisk argumentasjon.

generelle og abstrakte. I neste kapittel (kap. 5) skal jeg likevel løfte blikket og forsøke å gi noen mer overordnede betraktninger.

4.2 Eksempel 1: Legemiddelskade og adekvans

Det har lenge vært lært – om ikke alltid like uttrykkelig – at grunnvilkårene for erstatning er såkalte *terskelvilkår*: Når det foreligger ansvarsgrunnlag, har skadelidte krav på full erstatning, og både utmålingen av tapet og årsakskravene skal da i utgangspunktet følge de samme reglene.⁵⁸ Lovfestede årsakskrav i spesiallovgivingen, bl.a. om bilansvaret, tolkes eksempelvis ofte bare som henvisninger til det alminnelige ulovfestede årsakskravet.⁵⁹ I juridisk teori er derfor årsaksvilkåret fremstilt felles for de ulike ansvarsgrunnlag.⁶⁰ Argumentene for dette er velkjente: En utstrakt «grunnlagstilpasning» av reglene om årsakssammenheng og tap vil gjøre erstatningsretten mindre enhetlig og mindre oversiktlig.⁶¹ Spørsmålet er når en slik fragmentering likevel kan tvinge seg frem gjennom den konkrete rettsanvendelsen, og her kan adekvanskriteriet være illustrerende.⁶²

I Rt. 2007 s. 172 (Schizofreni) la Høyesterett til grunn at «årsakssammenhengen [må være] adekvat», og videre at et sentralt spørsmål i så måte er om «skaden er en så upåregnelig [...] følge av den skadevoldende handling at det ikke er rimelig å knytte ansvar til den» (avsnitt 66).⁶³ I erstatningsretten er det knapt noe vilkår som har vært drøftet så lenge og – nær sagt – så resultatløst, som «påregnelig», i alle fall om man er på jakt etter konkret veiledning.⁶⁴ Noe av forklaringen på dette er at kriteriet benyttes i to hovedbetydninger, av og til *subjektivt* i den forstand at ansvaret avgrenses mot det skadevolder verken *kunne eller burde innse* som

⁵⁸ Slik vel forutsetningsvis Rt. 2015 s. 216: «Hovedregelen i erstatningsretten er at når det først foreligger erstatningsgrunnlag, skal det betales full erstatning uavhengig av skyld» (avsnitt 30).

⁵⁹ Rt. 2007 s. 158: «Det er fra As side anført at adekvansbetraktninger har begrenset betydning for bilforsikringsansvaret. Det er vist til at ansvarsgrunnlaget er objektivt, og at tvungen ansvarsforsikring gir mulighet til å pulverisere ansvaret. Jeg kan ikke se at et slikt synspunkt er overensstemmende med gjeldende rett. Årsakskravet i § 4 må forstås på samme måte som ellers i erstatningsretten. Også rettspraksis bygger på at den vanlige læren om adekvans gjelder i forhold til trafikkforsikringen, jf. Rt-1997-1, Rt-2000-418 og Rt-2001-320» (avsnitt 68).

⁶⁰ Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 352–382, Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett* (Oslo 2009), s. 367–405, Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, s. 394 f., Trine-Lise Wilhelmsen og Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup* (Oslo 2017), s. 238 f.

⁶¹ Skjefstad, *Erstatningsberegning*, s. 414–417.

⁶² Andre eksempler på fragmentering – eller typeløsninger – er dommer om aktsomhetsnormen for ulike profesjoner, så som for advokater (bl.a. Rt. 1994 s. 1430), eiendomsmeglere (bl.a. Rt. 1996 s. 407) og revisorer (Rt. 2002 s. 696).

⁶³ Lignende formuleringer finner vi også mange andre steder, se bl.a. Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, s. 401, Wilhelmsen og Hagland, *Om erstatningsrett*, s. 253, og Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 352.

⁶⁴ Se bl.a. Skjefstad, *Erstatningsberegning*, s. 417 f.

mulige konsekvenser av handlingen, andre ganger mer *objektivt* ut fra hva som erfaringsvis inntreffer med en viss frekvens.⁶⁵ Detaljene lar vi ligge her. Poenget er at man ikke kan legge til grunn at påregnelighetsvilkåret alltid har det samme innholdet.

Et eksempel på dette er en avgjørelse fra Høyesterett om ansvar for legemiddelskade på grunnlag av det ulovfestede objektive virksomhetsansvaret knyttet til alvorlige bivirkninger av legemiddelet Dispril (Rt. 2000 s. 915).⁶⁶ Høyesterett kom til at det ikke var avgjørende «[a]t en slik virkning inntreffer uhyre sjelden» (s. 925). Og ett må være klart: Det uhyre sjeldne ligger helst utenfor det påregnelige – uansett hvilket av de to nevnte hovedperspektivene vi velger. Det var likevel god grunn til å godta dette erstatningskravet: Ansvar for legemiddelskade er typisk bare aktuelt for skader som sjelden inntreffer, fordi legemiddelet ellers neppe ville blitt godkjent for salg. Og om ansvaret skal ha realitet, må det nesten omfatte også de sjeldne bivirkningene. Som Høyesterett understreket:

«De sjeldne bivirkningene med stor skadeevne er nettopp en viktig gruppe tilfeller under det objektive legemiddelansvar, jf. NOU 1980:29 Produktansvaret, side 205» (s. 925).

Dette betyr imidlertid ikke at vi *generelt* kan legge til grunn at et ansvar som omfatter uhyre sjeldne virkninger, er den løsningen som gir de beste resultatene i andre sammenhenger. I denne saken var det klart nok særlige forhold som ble utslagsgivende: De kortfattede premissene gir lite informasjon, men de tyder på at utfallet var styrt av de hensynene som er *typiske for sakstypen*, og hva som legger til rette for en *rasjonell* erstatningsrett på *dette* området.

En nærmere analyse av de eventuelle særlige reelle hensyn på det aktuelle livsområdet og i det aktuelle typetilfellet står her sentralt, herunder hva som gir en balansert løsning mellom partene. Interesseavveiningen mellom produsent og sluttbruker (pasienten) finner vi først og fremst i ansvarsgrunnlaget – og foreløpig holder vi oss her til de objektive. Bruk av legemidler er forbundet med skaderisiko, men om skaden kommer av at produktet er brukt i strid med klare advarsler på pakningen e.l., er det ikke rasjonelt at skadelidte skal kunne kreve produsenten. Da er det ikke legemiddelet som sådant som har ført til skaden, men den

⁶⁵ Se nærmere Skjefstad, *Erstatningsberegning*, s. 410 f.

⁶⁶ Produktansvarsloven kapittel 3 om legemiddelansvaret var ikke aktuell, fordi loven ikke var trådt i kraft i tide for skadetilfellet, jf. produktansvarsloven § 4-1.

atypiske eller uriktige bruken.⁶⁷ At svikt fra helsepersonell kan føre til erstatning etter pasientskadeloven her, er en annen sak.⁶⁸ Skadelidte vil normalt heller ikke få erstatning for følgene av kjente og vanlige bivirkninger; dette er uunngåelige sideeffekter en bare får ta med på kjøpet om medisinen skal brukes.⁶⁹ At skadelidte må tåle slike vanlige og kjente bivirkninger, gjelder ikke minst der legemiddelet er brukt mot alvorlig sykdom, og produktet virker som det skal.⁷⁰ Ansvar for produsenten vil dermed kanskje først og fremst være aktuelt der skadelidte reagerer atypisk på legemiddelet og får mer alvorlige og uvanlige bivirkninger.⁷¹

Et særlig poeng her, er at den som lider skade ved normal bruk av legemidler, ofte vil være mer *disponert for skade* enn andre normalt robuste personer (såkalt særlig sårbarhet).⁷² Den særlige sårbarheten er gjerne ikke synlig og kan komme overraskende på – også for skadelidte selv. Om en i slike tilfeller skulle begrense erstatningsansvaret for legemiddelskade til konsekvenser som skadevolder med rimelighet kan innse på forhånd, vil særlig sårbare personer sjelden få erstatning. Utgangspunktet har derfor vært at skadevolder må «ta skadelidte som han er».⁷³

Paradoksalt nok kan vi derfor si at erstatning for legemiddelskade typisk er aktuelt der skaden er ganske upåregnelig. Skaden må altså ikke være slik at pasienten kunne regne med den som en særlig aktuell følge av legemiddelbruken; er den det, må brukeren selv bære tapet. Rt. 2004 s. 122 (premiss 38), som gjaldt allergiskade etter bruk av et tannrestaureringsmiddel, illustrerer dette. Høyesterett avviste her erstatning fordi «[s]like eller lignende allergireaksjoner som inntraff hos A, forekommer – etter opplysninger fremlagt for Høyesterett – årlig hos arbeidstakere i tannhelsetjenesten. Og helseskadene vil normalt ikke ha en alvorlighetsgrad som tilsier ansvar for produsenten, selv om de i dette tilfellet fikk alvorlige følger for A» (min utheving). Etter å ha pekt på dette antydte Høyesterett at ansvar ville vært mer aktuelt om skaden var sjeldnere: «Skulle en systemfeil [dvs. at skadevirkningene er kjente og uunngåelige] unntaksvis kunne medføre ansvar, må det etter min mening være tale om en meget alvorlig helseskade, der risikoen for slik skade var kjent, men *særdeles liten*» (min utheving).

⁶⁷ Produktansvarsloven § 3-3 andre ledd bokstav b krever i så måte også at skaden må ha skjedd ved «påregnelig bruk» om ansvar skal bli aktuelt etter loven.

⁶⁸ Se note 10.

⁶⁹ Kjente og vanlige bivirkninger er vanligvis verken sikkerhetsmangel (uforsvarlig ordning) eller ekstraordinær risiko (rent risikoansvar) etter ulovfestede regler. En slik begrensning i ansvaret følger helst også av det lovfestede legemiddelansvaret i produktansvarsloven § 3-3 andre ledd bokstav d, se NOU 1980: 29 s. 204.

⁷⁰ Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, s. 323.

⁷¹ Se f.eks. situasjonen i Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II) og Rt. 2000 s. 915 (Dispril) som nevnt.

⁷² Om typetilfellet, se Kjelland, *Særlig sårbarhet*, s. 17.

⁷³ Se bl.a. Rt. 1997 s. 1 og Rt. 1999 s. 1473 (på s. 1487).

Om Høyesterett skulle ha avskåret erstatning i Rt. 2000 s. 915 (Dispril) fordi skadetilfellet var sjeldent, ville det altså gitt liten sammenheng i reglene; forutsetningen for ansvar etter ansvarsgrunnlaget (svært sjelden skade) kan ikke *samtidig* utelukke ansvar etter årsaksregelen (upåregnelig). Skadevoldere kommer derfor normalt ingen vei med å vise til at en ikke kunne regne med skaden så lenge den var utslag av slik nærmere definert risiko ved virksomheten, tingen eller produktet som utløste ansvaret.⁷⁴ Behovet for å avgrense ansvaret mot uvanlig og uventet tap er altså helst ivaretatt – og vel langt på vei overtatt – av kravet til at skaden ligger innenfor de stadige og typiske skadealternativene som ansvaret bygger på.

Dette har to implikasjoner. For det første at spørsmålet om ansvaret omfatter skaden, så å si er integrert i standpunktet til det objektive ansvarsgrunnlaget.⁷⁵ For det andre at det med vårt mangfold av objektive ansvarsregler⁷⁶ blir vanskelig å drøfte adekvanskriteriet under ett siden det er betydelige variasjoner i både ansvarsutformingen og hensynene fra område til område.

Dette bør spore til en viss varsomhet med å overføre utsagn i kildene om begrensninger i årsakssammenhengen fra et ansvarsgrunnlag til et annet.⁷⁷ Denne varsomheten bør gjelde allerede mellom ulike objektive ansvarsgrunnlag, og spranget er enda større til skyldansvaret. Det er kanskje nok å peke på utgangspunktet: Skyldansvaret skal motvirke uønsket adferd, og det er gjerne risiko man kan innse på forhånd, som påvirker aktsomheten, mens objektivt ansvar ofte knytter seg til forutsetningsvis forsvarlig og endatil ofte samfunnsmessig ønsket virksomhet, slik at målet ikke er å avskrekke fra det som førte til skaden.

Vi har sagt at legemiddelansvaret normalt forskutterer adekvansvurderingen – men det gjelder primærskaden. Er skaden derimot en avledet virkning av primærskaden, blir det

⁷⁴ For det ulovfestede objektive ansvaret vil det være skade som utslag av stadig, typisk og ekstraordinær risiko, se bl.a. Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, s. 156 f., Lødrup, *Erstatningsrett*, s. 293 f. og Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 255 f.

⁷⁵ Om forholdet til ansvarsgrunnlaget uttaler Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 358, således at «[v]ed ulovfestet objektivt ansvar bygger ansvarsgrunnlaget på at risikoen er stadig, typisk og ekstraordinær. Risikoen blir også her vurdert i relasjon til ulukka eller den primære skadehendinga. Ofte er det berre denne skaden saka gjeld, og ein treng ikkje gå lenger» (kursiv i original).

⁷⁶ For en oversikt over lovhjemlede objektive deliktsregler, se Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 283–286, Lødrup, *Erstatningsrett*, s. 229 f., og Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, s. 272 f. Om ulike former for rent objektivt misligholdsansvar, se Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011), s. 526 f.

⁷⁷ Se for eksempel førstvoterende i Rt. 1973 s. 1268 (Flymanøver) sin tolking av årsaksbetraktningene i Kabeldommen (Rt. 1955 s. 872): «Dommen i Rt. 1955 s. 872, som har vært sterkt påberopt til støtte for ankemotpartens krav, kan jeg ikke oppfatte på denne måte. Tvert imot gir uttalelsen om en 'konkret og nærliggende interesse' uttrykk for at forholdet var særeget og domsresultatet begrunnet i de spesielle omstendigheter i saken. *Hertil kommer at det dreide seg om et nødrettsansvar og skade voldt med fortsett*» (min utheving).

annerledes: Om skadelidtes foreldre har hatt utgifter for å besøke sin sønn på sykehuset etter at han ble alvorlig syk av et legemiddel, rammer skaden og det økonomiske tapet forskjellige rettssubjekter, og vi står overfor en variant av *tredjemannstap*. Da stiller vi ikke spørsmålet rett om vi spør om slikt tap var tilstrekkelig påregnelig for legemiddelprodusenten. Det nærmere vurderingstemaet kommer an på hvilken juridisk relasjon det er mellom skadelidte og den tredjemannen som tok tapet: Det kan være en *kontraktsrelasjon*, og da spør man om kontraktspartens interesse var tilstrekkelig «konkret og nærliggende».⁷⁸ Det kan også, som i eksempelet, være en *familierelasjon*: I Rt. 1975 s. 670, der en tysker var skadd i en ulykke i Norge, aksepterte Høyesterett nettopp erstatning for reise- og oppholdsutgifter til Norge for skadelidtes foreldre og forlovede, men ikke for hans søster. Vurderingstemaet var hva som var et «nødvendige ledd i den medisinske behandling av skadelidte» (s. 671).⁷⁹ Tredjemann kan også være i kontraktsrelasjon som *arbeidsgiver* som har gjort seg helt avhengig av skadelidte som nøkkelperson i bedriften, og som lider tap fordi den ansatte ikke har kunnet utføre den samme innsatsen som før skaden. Men her har Høyesterett satt foten ned: Arbeidsgivere vil «normalt [...] ha for veik tilknytning til personskaden til at [de] har skadebotvern for denne skaden».⁸⁰ Vurderingen skifter altså mye mellom situasjonene, og adekvans eller påregnelighet blir ganske klart bare et stikkord for at årsakssammenhengen ikke går inn i det uendelige. Den nærmere vurdering kan vi altså ikke si så mye om uten å presisere typetilfellet.

Dette kan nok også påvirke hvilken vekt vi kan og bør legge på dommer. Avgjørelser av prinsipiell karakter er det god grunn til å legge stor vekt på, her som ellers, men da kanskje først og fremst som bidrag til en *typeløsning* snarere enn bidrag til en generell forståelse av hva «påregnelig» er. En enhetlig forståelse av påregnelighetsvilkåret på tvers av ansvarsgrunnlag og fra område til område er det uansett ikke grunnlag for. Når vilkårene legger opp til skjønnsmessige vurderinger, får vi gjennom dommen først og fremst svar på hvordan skjønnet er håndtert med dette faktum, på slikt ansvarsgrunnlag og mellom disse partene. Får en flere saker om noenlunde samme typetilfelle, kan man etter hvert ha grunnlag for typeløsninger. Men om man pretenderer å gi sikrere svar, svikter grunnlaget for

⁷⁸ Rt. 1955 s. 872 (Kabel) på s. 874 og Rt. 1973 s. 1268 (Flymanøver), der formuleringen i sistnevnte dom var «en viss nærhet i årsakssammenhengen» (s. 1272).

⁷⁹ Se også Rt. 2010 s. 1153.

⁸⁰ Det siterte er fra Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 62, som Høyesterett har sluttet seg til, se Rt. 2004 s. 1816 (avsnitt 36).

generaliseringer ofte ganske fort. Dette er også et av trekkene i årsakslæren til *Nygaard* om rettslig avgrensning; han ser det som «ein nokså fåfengd freistnad» å finne frem til *ett* generelt og noenlunde klart avgrensningsvilkår, og retter derfor analysen og regeldanningen inn mot en rekke typetilfeller.⁸¹ Det kan tale for at Høyesterett ofte ikke bør gi mer generelle begrunnelser enn saken krever.⁸²

4.3 Eksempel 2: Tingskade i kontraktsforhold

Skade på ting er vi mest vant til å høre om i deliktsretten, men det kan være aktuelt også i kontraktsforhold. Et eksempel er avtaler om levering av ferskvann til et settefiskanlegg, der mottakeren er helt avhengig av vannet, ellers dør fisken. Eller det kan være smelteverket som trenger kjølevann for at ovnene ikke skal smelte ned. Avtalen trenger heller ikke være særlig frivillig: At settefiskanlegget og smelteverket skal få levert vann, kan tenkes å være satt som vilkår for å få konsesjon til kraftproduksjon i det lokale vassdraget.⁸³ For den videre drøftelsen – med dette eksempelet som bakteppe – er det en forutsetning at partene har inngått en privatrettslig avtale, enda leveringsplikten i og for seg følger allerede av konsesjonen.

Spørsmålet om kraftprodusentens ansvar for tingskade som følge av at ytelsen av vannet uteblir, er ikke regulert direkte i lov. Vi finner riktignok en bestemmelse i *vannressursloven § 47 bokstav b* om ansvar for «skade [...] på eiendom eller rettigheter fra et konsesjonsgitt vassdragstiltak», enda kraftprodusenten er uten skyld.⁸⁴ Ordlyden omfatter dermed mer enn slik skaderisiko som er særlig for tiltak i vassdrag: Det holder jo tilsynelatende at tiltaket er gitt konsesjon. Vanligvis dreier det seg imidlertid om ansvar for å skape *nye faremoment* i vassdraget, og hvis disse fører til skade, skal tiltakshaveren altså betale. I vårt eksempel er det derimot tale om en helt annen type risiko og andre årsaksforhold (kontraktsmislighold) enn det vannressursloven *kan* være ment å dekke. At grensen mot mislighold av kontraktsforpliktelser ikke er drøftet i forarbeidene, er det gjerne derfor ikke noe å si på når svaret er så vidt åpenbart. Noe *produktansvar* kan det heller ikke bli tale om:⁸⁵ Det er tale om

⁸¹ Nygaard, «Frekvensomgrep som juridiske normer», i *Lov, dom og bok, Festskrift til Sjur Brækhus*, s. 398–410 (på s. 407), og Nygaard, *Skade og ansvar*, s. 353. Dette gjelder også et stykke på vei for *Lødrup*, skjønt kasuistikken ikke er like fremtredende hos ham, se *Lødrup, Erstatningsrett*, s. 373 f. Se også Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, s. 405–406 og s. 426 f.

⁸² Dette er tilrådt mer generelt, se Kåre Lilleholt, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2002, s. 62–75 (på s. 74–75).

⁸³ Se til sammenligning faktum i LG-2015-150132. (Forfatteren var konstituert lagdommer i saken.)

⁸⁴ Lov av 24. november 2000 nr. 82 (lov om vassdrag og grunnvann).

⁸⁵ Produktansvarsloven gjelder dessuten ikke tingskade i næringsforhold, jf. prodansvl. § 2-3 (1) b.

normale konsekvenser av at kontraktsytelsen uteblir, og ikke at det leverte (her: vannet) er farlig. Kontrakten gjelder dessuten ikke en handelsvare, men en *tjeneste*: levering av vann som skal holde fisken i live og sørge for at ovnene får kjøling.

Derimot er det kanskje ikke like opplagt at det *ulovfestede objektive ansvaret* er utelukket – i hvert fall om en tar utgangspunkt i de *ordene* som er valgt for å beskrive dette ansvaret. Fiskedød og nedsmelting vil jo nettopp være en *stadig og typisk*, men likevel *ekstraordinær*, risiko om vannet uteblir.⁸⁶ Og om en da også skulle mene at kraftverket er *nærmere til å bære risikoen* enn de skadelidte, er det kanskje ikke så mye å si på det heller.

Men er dette et treffende vurderingstema for ansvarsspørsmål mellom kontraktsparter? Tap som oppstår ved skade på ting, skal riktignok ofte vurderes etter de alminnelige erstatningsreglene utenfor kontrakt,⁸⁷ men det er ingen *egentlige* eksempler på ulovfestet objektivt ansvar for skader som skyldes brudd på kontraktsforpliktelser i norsk rett. Det nærmeste vi kommer, er vel Rt. 1993 s. 1201 (Lettbetongblokk).⁸⁸ Ser vi nærmere på bakgrunnen for det ulovfestede objektive ansvaret, er ikke dette så overraskende: Det sentrale her er at lovlig – og mer eller mindre ønsket eller nødvendig – virksomhet påfører omgivelsene risiko som før eller siden kan slå ut i skade. Et grunnleggende trekk er videre at den farlige industrivirksomheten eller farlige innretningen primært har vært etablert i virksomhetsinnehaverens egen kommersielle interesse,⁸⁹ og at den som har inntekten av virksomheten, nettopp derfor er ansett for å være nærmere enn skadelidte til å bære kostnadene ved skaden. Vi har videre typisk å gjøre med person- eller tingskade som skjer brått og uventet. Erstatningskravet oppstår typisk også mellom parter som ikke har hatt så mye å gjøre med hverandre fra før, og spørsmålet er hvem skaden skal gå ut over økonomisk: Skadelidte får eksempelvis en gesims i hodet, han blir smittet av hjernehinnebetennelse ved tvungen vaksinasjon, eller han skader seg i en svingdør.⁹⁰ Eller det kan være skade etter

⁸⁶ Om det bl.a. Nygaard har omtalt som minstekrav for ulovfestet objektivt ansvar, se *Skade og ansvar*, s. 255 f.

⁸⁷ Kåre Lilleholt, «Om tingskade og kontrakt», i *Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard* (Bergen 2002), s. 171–179.

⁸⁸ De eneste tilfellene vi har – Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II) og Rt. 1993 s. 1201 (Lettbetongblokk) – må helst ses som konkret begrunnede forløpere til produktansvarsloven, der sakene måtte avgjøres på grunnlag av ulovfestet rett fordi produktet var gitt til forbruk før produktansvarsloven (herunder kapittel 3 om særregler om legemiddelansvaret) var trådt i kraft. Se bl.a. Tørum, *Direktekrav*, s. 518.

⁸⁹ Merk likevel Rt. 1960 s. 841 om vaksineskade der dette ikke slår til.

⁹⁰ Rt. 1939 s. 766 (Gesims), Rt. 1960 s. 841 (Vaksinasjon), Rt. 1966 s. 1532 (Svingdør).

bølgeslag fra dampskip,⁹¹ eksplosjon ved tilvirking av sprengstoff,⁹² og vannskader ved at hovedvannledningen ved det kommunale vannverket springer i stykker.⁹³ Skal skadelidte måtte tåle de økonomiske konsekvensene av dette når ingen kan klandres for at han ble skadd? At vurderingene i slike tilfeller vil måtte bli nokså konkrete, og at en ikke lett kan stille opp skarpe regler for slike interesseavveininger og hensyn som avgjør sakene her, sier seg nesten selv.

Slik er det ikke mellom kontraktsparter hvis ansvaret bygger på at man er debitor etter kontrakten: I typiske topartsforhold er normale konsekvenser av at ytelsen uteblir, kjent for begge. Det treffer derfor ikke godt om man her formulerer vurderingstemaet som en konkret tålegrense. Her må man i stedet undersøke hvilke plikter kraftprodusenten har tatt på seg – og denne vurderingen starter i avtalen. Klarer ikke kraftprodusenten å levere vann, er det i utgangspunktet et avvik fra rett oppfyllelse. De avtalte pliktene kan imidlertid variere mye: Det er ikke sikkert yteplikten kan tolkes strengere enn at forsyningssikkerheten må være forsvarlig ordnet, men hvis vannet likevel stopper opp, har kraftverket en streng overvåknings- og varslingsplikt ettersom konsekvensene av vannstopp både er kjente og alvorlige.

Noen plikt til retting (alternativ forsyning) er det vanskeligere å argumentere for; følgene av hendelig vannstopp må nok settefiskanlegget og smelteverket avverge selv. Da bør settefiskanlegget i så fall sørge for å ha en «plan B» hvis for eksempel vanntunellen fra kraftanlegget inne i fjellet plutselig skulle rase sammen.⁹⁴ I slike tilfeller er oppfyllelsesavvik kanskje heller ikke nok for ansvar: Det kan i hvert fall diskuteres om en slik oppfylleleshindring (raset) fritar kraftprodusenten for oppfyllelsesplikt fordi hindringen var uventet. Det kan også være at partene har avtalt nærmere unntak for slike situasjoner. Det nytter likevel ikke å vise til at hindringen var uventet, hvis man burde ha varslet om vannstoppen tidligere og tapet på denne måten kunne ha vært unngått eller begrenset.⁹⁵ Skyld er likevel ikke noe vilkår for ansvar: Det vanlige kontraktsansvaret i dag er bortimot objektivt – og en kan få spørsmål om

⁹¹ Rt. 1874 s. 145.

⁹² Rt. 1875 s. 330.

⁹³ Rt. 1905 s. 715.

⁹⁴ Se vurderingstemaet i skl. § 5-1 nr. 2.

⁹⁵ Sammenlign kjøpsloven § 28: «Hindres selgeren å oppfylle kjøpet til rett tid, skal han gi kjøperen melding om hindringen og dens virkning på muligheten for å oppfylle. Får kjøperen ikke slik melding innen rimelig tid etter at selgeren fikk eller burde fått kjennskap til hindringen, kan kjøperen kreve erstattet tap som kunne vært unngått om han hadde fått meldingen i tide.»

såkalt *kontrollansvar* (hindringsansvar) også gjelder på ulovfestet grunnlag for en slik tjenesteavtale.⁹⁶

Nå *kunne* resultatet sikkert blitt det samme etter både kontraktsreglene og det ulovfestede objektive ansvaret. Ligger oppfylleleshindringen innenfor kontrollsfæren, er jo kraftprodusenten ofte også nærmest til å dekke tapet. Konsekvensene blir likevel raskt forskjellige: Holder vi fast ved at tap som skyldes brudd på en kontraktsforpliktelse, går etter kontraktsreglene, får vi et skarpere vurderingstema: Ved pliktbrudd blir det normalt opp til misligholderen å vise hvorfor han unntaksvis ikke er erstatningsansvarlig (i alle fall for de direkte økonomiske konsekvensene av misligholdet). Man slipper også å gripe forstyrrende inn i avtalens eller kontraktslovgivningens mer finavstemte regulering av partsinteressene: Det er jo særlig når reklamasjonsfristen er utløpt, eller kontraktsansvaret er fraskrevet eller begrenset, at det er fristende å påberope de alminnelige erstatningsreglene.

Selv om virkeområdet til det ulovfestede objektive ansvaret har blitt nokså konturløst,⁹⁷ bør overlappning med kontraktsretten ikke være noe stort problem:⁹⁸ Tap som skyldes alminnelig kontraktsbrudd (forsinkelser og mangler), må klart nok falle utenfor det ulovfestede objektive ansvaret. Noen ganger er det likevel vanskeligere. Består mangelen i at ytelsen er farlig i seg selv, blir det spørsmål om ansvar for å påføre omgivelsene skaderisiko: Grensen mellom kontraktsreglene og deliktsreglene blir derfor mindre tydelig fordi mangelsansvaret dermed ikke blir vesensforskjellig fra slikt ansvar en kan ha uavhengig av kontrakten og overfor andre enn kontraktsparter etter det ulovfestede objektive ansvaret.⁹⁹ Det kan for eksempel drøftes om det gjelder et ulovfestet objektivt produktansvar i næringsforhold (produktansvarsloven gjelder som kjent bare forbrukere). Poenget er ikke å gå inn i detaljene, men å få frem at det ulovfestede objektive ansvaret – med tilhørende kriterier, momenter og kildemateriale – helst

⁹⁶ Se bl.a. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 521–525.

⁹⁷ Slik også Askeland, «Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten», i *Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard* (Bergen 2002), s. 24–34 (på s. 26). I Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II) beskriver Høyesterett utviklingen slik: «Det ulovfestede objektive erstatningsansvaret er utviklet gjennom en omfattende rettspraksis. Utviklingen startet med at det ble pålagt et objektivt erstatningsansvar for såkalt 'farlig bedrift', men ansvaret har senere fått en betydelig større rekkevidde. Det kan i dag langt på vei sies å bygge på risikobetraktninger og interesseavveininger» (s. 79).

⁹⁸ Se Stenvik, «Erstatningsansvar i og utenfor kontraktsforhold», s. 703, som fremholder at «utfordringen [med normer som utpeker uforenlige rettsfølger] ligger som regel i å fastlegge normenes anvendelsesområde og ta stilling til om de kommer til anvendelse på det foreliggende faktum».

⁹⁹ Se nærmere bl.a. Amund Tørum, «Produktansvar i kjøpsrettslige klær – Anvendelsen av kjøpslovens kontrollansvar på tingsskader i næringskjøp, belyst gjennom flertallets syn i Rt. 2004 s. 675 'Agurkpinne'», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2005, s. 629–647 (særlig s. 640 f.).

bare gir holdepunkter for hvordan rettsspørsmål skal løses for slike tilfeller reglene er utviklet for, nemlig i regulære deliktssituasjoner der ting eller innretning, virksomhet eller drift representerer en fare for skade på andre. De ulovfestede objektive reglene – som i utgangspunktet skal verne andre enn kontraktsparter – passer dermed ikke inn ved nærliggende og normale følger av at produktet eller tjenesten, uten å være farlig i seg selv, har mangler eller uteblir som i eksempelet her.

4.4 Oppsummering

Vi har i kapittel 4 sett at formuleringen av ulike vilkår og prinsipper er generelle, men at reglene ikke alltid er de samme eller passer like godt overalt. Ofte er det helt opplagt: Har man kjøpt en mangelfull gressklipper, kan man selvsagt ikke påberope de objektive erstatningsreglene i naboloven bare fordi selgeren bor på naboeiendommen, og det selv om gressklipperen er aldri så «uturvande [...] til ulempe» (grannelova § 2).¹⁰⁰ Andre ganger er det ikke like opplagt, som når en mangelfull leveranse fører til tingskade: Det er for eksempel ikke det samme om oppdrettsfisk dør fordi fiskefôret er giftig (farlig i seg selv), eller fordi det er mangelfullt komponert (regulær mangel).¹⁰¹ Poenget med gjennomgangen er derfor trivielt, men ikke mindre viktig av den grunn: De erstatningsrettslige resonnementene kan ikke starte med vage ord og uttrykk, men må bygges opp rundt særlige hensyn, historikk og det konkrete rettsmaterialet en har for det aktuelle typetilfellet.¹⁰² På den måten legger vi til rette for rasjonalitet og jordnært skjønn i avgjørelsene – noe som på mange måter utgjør erstatningsrettens egentlige kjerne.

5. Har systematikken betydning for rettskildebruken?

I fremstillinger av erstatningsretten – som i jussen ellers – er vi avhengig av en viss systematikk for å kunne forklare og forstå reglene bedre, og for å kunne beholde oversikten når en i problemløsningen og kommunikasjon med andre skal forholde seg til spredt lovgivning og konkret avgjorte dommer. Systematikken skiller likt fra ulikt og er derfor nyttig som nevnt, men på den andre siden er den normalt ikke presis nok til at den blir en del av rettsreglene,

¹⁰⁰ Lov av 16. juni 1961 nr. 15 (grannelova).

¹⁰¹ Tørum, «Produktansvar i kjøpsrettslige klær», s. 639.

¹⁰² En nokså unik samling av enkeltanalyser av rettsavgjørelser, som også fremstiller erstatningsrettens nyere utviklingslinjer, finner vi i så måte i Håkan Anderssons trebindsverk, *Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer*, bok I-III: *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten* (Uppsala 2013), *Gränsproblem i skadeståndsrätten* (Uppsala 2013) og *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten* (Uppsala 2017).

og for eksempel avgjør hvilket regelsett som kommer til anvendelse: Systematikken fanger vanligvis bare opp typiske kjennetegn på det som skiller regelsettene fra hverandre, for eksempel reglene om erstatning i og utenfor kontraktsforhold.¹⁰³ Spørsmålet er om den generelle systematikken i erstatningsretten likevel kan være av betydning på «kildenivå» i enkeltsaker.

Til den ene kanten ligger de sjeldne tilfellene der systematikken får *direkte betydning*: Er det for eksempel snakk om erstatning for feil gjort av personer i aksjeselskapets ledelse, la i hvert fall forarbeidene i sin tid opp til at hvilken lempingsregel som skulle gjelde, ble avgjort av om skadevolder var omfattet av den personkretsen som kunne påføre selskapet organansvar eller ikke.¹⁰⁴ Denne systematikken har etter hvert brutt sammen, bl.a. fordi organansvaret utviklet seg til å omfatte personer lenger ned i hierarkiet enn man i sin tid så for seg, slik at den opprinnelige systematikken ikke lenger fungerer for utformingen av reglene om personlig ansvar i selskapsforhold.¹⁰⁵ Detaljene er ikke viktige her; poenget er at systematikken av og til *kan* bli en del av rettsreglene (virkeområdet) og i så fall komme direkte inn ved problemløsningen.

Til den andre kanten ligger tilfellene der systematikken *ikke* har betydning overhodet. Kunden kan for eksempel ha kjøpt og betalt en vare, og når den skades fordi lagerarbeideren hos selgeren er uaktsom, vil kjøperen kunne pådra seg utgifter til å få varen reparert eller levert fra andre. Det kan også være at varen skulle vært videresolgt eller satt inn i produksjon, slik at skaden fører til fortjeneste- eller produksjonstap. Kjøperen kan da enten vise til kontrakten og i utgangspunktet kreve seg stilt økonomisk som om avtalen var rett oppfylt. Eller så kan han bygge erstatningskravet på det personlige skyldansvaret til lagerarbeideren.¹⁰⁶ Erstatningsberegning vil i begge tilfeller måtte ta utgangspunkt i hva kjøperen kunne fått kjøpt varen for i markedet, eventuelt hva en kunne oppnådd ved videresalg. Ett og samme skadetilfelle kan altså være både mislighold og delikt, og det er klare paralleller mellom de to

¹⁰³ Se Vibe Ulfbeck, *Kontraktens relativitet – Det direkte ansvar i formueretten* (København 2000), s. 95: «[O]pdelingen af de erstatningsretlige regler i to parallelle regelsæt [skyldes] den klassiske opfattelse af, at der består en grundlæggende forskel på henholdsvis kontraktsansvaret og deliktsansvaret, som udspringer af forskellene i den måde, hvorpå de to former for ansvar er *stiftet*» (kursiv i original).

¹⁰⁴ Innstilling om lov om det offentliges og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar m. m., avgitt i desember 1964 (Innst. II) s. 28.

¹⁰⁵ Se nærmere om dette, Magne Strandberg og Arnt Skjefstad, «Erstatning for feil gjort i selskapets ledelse – utviklingstrekk, tilnærming og systematikk», *Tidsskrift for forretningsjus* 2017, s. 135–166.

¹⁰⁶ Merk likevel skl. § 2-3.

regelområdene. Et betimelig spørsmål vil da være om det er noe som tilsier at problematikken skal håndteres forskjellig *bare* fordi problemstillingen oppstår i eller utenfor kontraktsforhold. Svaret bør som utgangspunkt være nei.¹⁰⁷ Et eksempel her er Rt. 1933 s. 1114 («Vestindialinjen»), som gjaldt personlig deliktsansvar for styremedlemmer i det selskapet som heftet for kontraktsmisligholdet: Den Skandinaviske Vest-India Linje A/S (Vestindialinjen) hadde chartret to skip, men misligholdt avtalene på grunn av pengemangel. Skipene ble derfor tilbakelevert til rederne før kontraktsperioden hadde utløpt. Skipene ble deretter leid ut på nytt, nå til bedre priser enn den prisen som Vestindialinjen egentlig skulle betalt for resten av leieperioden. Spørsmålet i saken var om erstatningen for de ekstraordinære kostandene rederiet hadde pådratt seg, bl.a. til havneavgifter og lossing, skulle reduseres med fordelene av at nye og mer lønnsomme kontrakter nå var inngått. De saksøkte styremedlemmene i Vestindialinjen vedkjente seg personlig ansvar for at certepartiet ble inngått til tross for at selskapet hadde økonomiske problemer. Høyesterett mente øyensynlig at det ikke var noe her som tilsa at fradragsproblematikken skulle håndteres forskjellig for styremedlemmene (utenfor kontrakt) og selskapet (i kontrakt), og la til grunn at styremedlemmene «ikke [kan] komme i nogen bedre stilling her enn [Vestindialinjen] selv» (s. 1117).

Ofte er situasjonen likevel mer sammensatt: For *enkelte* erstatningsspørsmål følger spesielle regler av kontrakten eller den kontraktsrettslige bakgrunnsretten, mens grunnleggende utgangspunkt om økonomisk tap og årsakssammenheng likevel blir de samme. Andre ganger er det slik at avveiningsnormer, så som kravet til påregnelig tap og tapsbegrensningsplikten, kan påvirkes av det *faktum* at partene står i et kontraktsforhold til hverandre. Da blir det kanskje mer et spørsmål om å bruke samme eller lignende vurderingsnorm på ulikt faktum; det er jo gjerne ikke uten betydning om partene kjenner hverandre og har et samarbeid fra før, eller om det bare er skadehendelsen som binder ellers nokså tilfeldige parter sammen. Systematikken gir i så måte lite til løsningene i seg selv, men *hensynene* bak kategoriene blir viktige nok: Er det erstatningsrettslige grunnhensyn til prevensjon og reparasjon som treffer vurderingen best, eller er hensyn til omsetningslivets tarv, forutberegnelighet, balanse og lojalitet viktigere, slik at et kontraktsrettslig tanke sett ligger saken nærmere? Eller er det i den

¹⁰⁷ Se Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, s. 486. Se dessuten Stenvik, «Erstatningsansvar i og utenfor kontraktsforhold», s. 694, som spør «[e]r ikke den alminnelige erstatningsrett nettopp alminnelig, og dermed også en del av de rettsnormene som regulerer forholdet mellom kontraktparter?».

konkrete saken ikke grunn til å gjøre forskjell i det hele tatt – slik at kildematerialet er relevant på tvers av det systematiske skillet mellom kontrakt og delikt?¹⁰⁸

HR-2017-515 («Hybel»), som var vi inne på allerede i punkt 3.2, er et eksempel på saker der Høyesterett etter mitt syn kom skjevt ut fordi *systematikken og sammenhengen rettsreglene imellom* ikke var analysert godt nok. I grove trekk var saken slik: A og B kjøpte en eierseksjon for 3,15 millioner kroner. Seksjonen hadde et loft som var innredet med to hybler, og i markedsføringen var det fremhevet at disse «genererer gode inntekter». Hyblene var ikke godkjente for varig opphold, og da dette ble oppdaget, krevde kjøperne erstatning for kostnadene ved å gjøre loftet beboelig.

Saken var skarpt skåret til da den sto for Høyesterett: At det forelå mangel, var ikke bestridt, og partene var videre enige om at det ville koste 1,6 millioner kroner å bygge om eierseksjonen slik at hyblene kunne få kommunal godkjenning. Utleieinntekten man gikk glipp av uten utbedring, var kuriøst nok også beregnet til 1,6 millioner kroner, og da kan det argumenteres godt for at utbedringskostnadene og reduksjonen i husets omsetningsverdi var samme beløp. Potensielle kjøpere vil jo få større lån – og dermed være i stand til å betale tilsvarende mer – om en kan vise til en slik kapitalisert leieverdi.

Det er derfor forvirrende når Høyesterett ikke forklarer hvorfor omsetningsverdien ikke ble påvirket fullt ut av inntektstapet, men fastsatte verdireduksjonen til et langt lavere beløp – nemlig bare 650 000 kroner. Selv om det ikke er sagt med rene ord, *kan* forklaringen være at leieinntektene var oppfattet som *indirekte* tap, og at leieverdien derfor ikke kunne ligge til grunn for erstatningskravet når det bygde på kontrollansvaret.¹⁰⁹ Synspunktet er i så fall diskutabelt.¹¹⁰

¹⁰⁸ Se bl.a. Stenvik, «Erstatningsansvar i og utenfor kontraktsforhold», s. 694, som uttaler at det «er [...] imidlertid intet skarpt skille mellom avtalte og allmenne handlenormer, og mange av de erstatningsrettslige spørsmål som oppstår, må løses uavhengig av om kravet baseres på kontraktsbrudd eller brudd på allmenne handlenormer, eller på kombinasjoner av dette».

¹⁰⁹ Se HR-2017-515 avsnitt 30: «Dette siste perspektivet – at oppfyllelsesinteressen beregnet på denne måten i realiteten gir kjøperne erstatning for de tapte leieinntektene – representerer samtidig et paradoks: Leieinntektene utgjør et indirekte tap som Fredriksen *ikke* svarer for under kontrollansvarsregelen ...» (kursiv i original).

¹¹⁰ Slik vel også Lilleholt, «Høgsterettsdom 9. mars 2017. Mangel i form av ikkje godkjent utleigeareal gav krav på skadebot for verdireduksjonen (HR-2017-515-A)», *Nytt i Privatretten* 2017 nr. 2, s. 20: «Eitt og anna kan ein stusse over òg i resonnementet frå fleirtalet i vår sak. Når det heiter at tapte leigeinntekter er [in]direkte tap (avsnitt 30), kan det kanskje forsvarast i eit tilfelle som dette der eigedommen først og fremst skal nyttast til eigen bustad. Formuleringa er likevel for generell. For utleigeobjekt fører tapte leigeinntekter til ein verdireduksjon som klårt

Saken, slik den dermed lå an, ga Høyesterett anledning til å prøve spørsmålet om det var reduksjonen i omsetningsverdien eller rettekostnadene som var det riktige uttrykket for huskjøpernes økonomiske tap når loftet ikke var godkjent til utleie. Høyesterett delte seg i svaret: Flertallet på tre dommere mente at kjøperne bare hadde krav på verdireduksjonen (650 000 kroner), mens mindretallet på to dommere ville erstatte rettekostnadene (1,6 millioner kroner). Etter mitt syn har imidlertid både flertallet og mindretallet kommet skjevt ut, bl.a. fordi hensynet til samordning av kravet til proporsjonalitet i reglene om naturaloppfyllelse og reglene om erstatning var uheldig vurdert.

Om kontrakten ikke blir riktig oppfylt, har kontraktsretten som kjent egne regler om krav på oppfylling eller retting; forutsetningen er at dette kan skje uten urimelig kostnad.¹¹¹ Kreditor kan også ha krav på prisavslag som av og til kan settes til kostnadene ved å få ytelsen rettet, men også dette forutsetter at retting kan gjennomføres uten urimelig kostnad.¹¹² En bør derfor forstå kontraktserstatningsreglene som et av flere element i et reaksjonsregime der reglene bør være innbyrdes konsistente: Om kostnad ved oppfylling eller retting ville vært avskåret som retting eller prisavslag, kan en ikke godt bare kreve dette som erstatning isteden. At en bør unngå at de interessene som skal vernes etter en regel, bare kan settes til side etter en annen regel, er et hensyn som helst bør ha stor vekt når regler skal stilles opp. Kravet på erstatning, der retting er uforholdsmessig, vil dermed primært måtte knytte seg til annet tap som følge av kontraktsbruddet enn rettekostnader.¹¹³ Vi står da normalt igjen med erstatning beregnet til verdireduksjonen av mangelen – slik flertallet også kom frem til til slutt. Resultatet ble vel dermed helst riktig i prinsippet, skjønt jeg vil nok mene at leietapet (1,6 millioner kroner) burde påvirket verdireduksjonen i sin helhet.

Flertallet la likevel bare «liten vekt» på sammenhengen med reglene om retting og prisavslag, og begrunnet dette med at «dette [er] objektive gjensidighetsbeføyelser, med en til dels helt

bør reknast som direkte tap; det er leigeinntektene som gjev eigedommen verdi.» Se også Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, s. 357 (note 1113).

¹¹¹ Avhl. § 4-10 andre ledd.

¹¹² Utbedringsplikten – der den gjelder – er avskåret hvis kostnadene er urimelige for selger, og da ville det vært pussig om han skulle måtte dekke de samme kostnadene som prisavslag isteden. Som Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, s. 355, påpeker: «[D]a kunne han like godt ha teke kostnaden med avhjelp.»

¹¹³ Lilleholt, «Høgsterettsdom 9. mars 2017. Mangel i form av ikkje godkjent utleigeareal gav krav på skadebot for verdireduksjonen (HR-2017-515-A)», *Nytt i Privatretten* 2017 nr. 2, s. 19–20: «Oppfyltingskrav og skadebotkrav bør ikkje blandast saman.»

annen funksjon enn erstatningsregelen i § 4-14».¹¹⁴ Tidligere i dommen var det også sagt at «erstatningsansvaret etter § 4-14 første ledd står på egne ben [...] blant annet med hensyn til ansvarsgrunnlag».¹¹⁵ Forskjellen mellom reglene synes dermed noe overdrevet: Betydningen av at det kreves ansvarsgrunnlag, blir jo ikke særlig stor når det vanlige kontraktsansvaret er bort imot objektivt, der kontrollansvaret er det vanligste i dag. Høyesterett er på den andre siden mer opptatt av en sammenheng i regelverket som ikke er helt lett å forstå:

«Derimot har jeg festet meg ved at den reelle virkningen av rådhetsmangelen i dette tilfellet er at den eierseksjonen som Engmo og Tveito kjøpte av Fredriksen har et mindre beboelig areal enn det Engmo og Tveito var forespeilet. Det har derfor interesse å se hen til erstatningsberegningen ved innendørs arealsvikt, jf. avhendingsloven § 3-8 ...»

Vi ser at førstvoterende bygger slutningen på behovet for å se avhendingslovens regler i sammenheng:¹¹⁶ Synspunktet var øyensynlig at i likhet med det som typisk er tilfellet ved innendørs arealsvikt, ville utbedring ikke være «økonomisk forsvarlig» (avsnitt 45). Rettskildebruken er det her likevel ikke helt lett å få tak på: Hva har arealsvikt med saken vår å gjøre utover at også dette er et eksempel på tilfeller der retting vanligvis ikke står i et rimelig forhold til det kjøperen oppnår?¹¹⁷ Her har nok fornemmelsen for resultatet truffet bedre enn de argumentene som er trukket frem for å begrunne det.

Etter mitt syn blir dette systemargumentasjon av det mer tilfeldige slaget. Synspunktet på manglende mulighet for utleie og likheten til arealsvikt konstaterer riktignok at noen trekk ved situasjonene ligner, men mangler forankring i kilder eller reelle hensyn som gjør arealsvikt særlig relevant for det tilfellet som en hadde oppe her. Det er jo også en lang rekke andre situasjoner der retting ikke står i forhold til det kjøper oppnår – og en analyse av sentrale typetilfeller, med sikte på hva som forbinder disse utover det opplagte, setter neppe arealsvikt i noen rettslig særstilling.¹¹⁸ Likheten til krav på naturaloppfylling og prisavslag beregnet til reparasjonskostnaden er mer slående.

¹¹⁴ HR-2017-515 avsnitt 42.

¹¹⁵ HR-2017-515 avsnitt 34.

¹¹⁶ Det blir også sagt uttrykkelig i avsnitt 42.

¹¹⁷ Slik Lilleholt, «Høgsterettsdom 9. mars 2017. Mangel i form av ikkje godkjent utleigeareal gav krav på skadebot for verdireduksjonen (HR-2017-515-A)», *Nytt i privatretten* 2017 nr. 2, s. 19–20.

¹¹⁸ Slik vel også Lilleholt, «Høgsterettsdom 9. mars 2017. Mangel i form av ikkje godkjent utleigeareal gav krav på skadebot for verdireduksjonen (HR-2017-515-A)», *NiP* 2017 nr. 2, s. 20.

Her er det kanskje dessuten ikke noen grunn til at systembetraktningene stanset i kontraktsretten.¹¹⁹ Heller ikke utenfor kontrakt finnes det eksempler på at utbedringskostnader erstattes uten normative begrensninger. I Rt. 2015 s. 216, som gjaldt ulovlig felling av trær, ville jo Høyesterett nettopp bare erstatte kostnader til gjenopprettningstiltak «det er rimelig og fornuftig at settes i verk».¹²⁰ Når *mindretallet* i vår sak krevde «klar støtte» i forarbeider eller ulovfestet kontraktsrett hvis det var slik at bare forholdsmessige utbedringskostnader skulle erstattes,¹²¹ snur en vel dermed helst det hele på hodet: Etter reglene våre om utbedring eller kompensasjon av utbedringskostnader ellers er det – som vi har sett – bare forholdsmessige tiltak som er vernet – både i og utenfor kontrakt. Vil en ha konsekvente regler som henger godt sammen, er det dermed erstatning for *uforholdsmessige* utbedringskostnader som eventuelt ville krevd særskilt begrunnelse, og ikke motsatt, slik mindretallet legger til grunn.

6. Sammenfatning og konklusjon

Erstatningsretten er allmenn i betydningen at grunnvilkårene gjelder alle skade- og tapssituasjoner. Slike ulovfestede og generelle vilkår har alltid hatt en sentral plass, men i takt med at erstatningsretten er blitt mer lovregulert på spesielle områder, kan mange erstatningsrettslige spørsmål også løses på grunnlag av lov. Utgangspunktet vårt er like fullt de alminnelige reglene, så blir det et særskilt spørsmål om disse normene må vike for spesiallovgivningen.

Erstatningsretten kjennetegnes altså av at mange av de vanskelige rettskildespørsmålene avgjøres i krysspresstet mellom spesiell regulering i lov eller avtale, abstrakte vurderingstema og utgangspunkt (eller av og til mer presist: slagord), og hensynet til et godt og hensiktsmessig resultat. Vanskene i faget skyldes ofte at rekkevidden av og forholdet mellom disse elementene er uklare.

Erstatningsretten er på flere områder vag og dermed svært tilpasningsdyktig. Vagheten skyldes i stor grad rettsområdets egenart, at det er svært vanskelig å utforme abstrakte og generelle regler som samtidig gir god veiledning i de mange ulikeartede typetilfellene. Dette

¹¹⁹ Erik Monsen, «Erstatning for utbedringskostnader – kritikk av HR-2017-515 og løsning inspirert av deliktsreglene», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 2017, s. 241–267 på s. 257 f.

¹²⁰ Rt. 2015 s. 216 (avsnitt 27).

¹²¹ Se punkt 3.2.

har i norsk rett blitt forsterket av at rettsvitenskapen i stor grad har nøydt seg med å sammenfatte rettspraksis nettopp i erstatningsrettens «alminnelige» del. Fordelen med dette er at man har bidratt til en enhetlig tilnærming til erstatningsretten, men ulempen er at man i mindre grad har tatt for seg hva som særpreger de ulike typetilfellene. Det er for eksempel et stort sprang fra erstatning for mangelfull finansiell rådgiving til påkjørsel av et hagegjerde eller produksjonsstans i Nordsjøen. Normene blir derfor ofte så løse at de er lite til hjelp ved konkret problemløsning – og kanskje også skygger for en drøftelse av retts spørsmålene ut fra de hensynene som gjør seg gjeldende. Løse normer bidrar riktignok til å finne frem til den beste løsningen for det aktuelle typetilfellet, men konsekvensen er at det kan oppstå et spenningsforhold mellom konkret rimelighet og hensynet til en enhetlig og stringent erstatningsrett.

Vagheten i de alminnelige reglene forsterkes ytterligere av at det ikke gjelder noen særskilt terskel for å tilpasse de alminnelige reglene til det som nærmest følger av spesiallovgivningens «ånd og prinsipper». Spørsmålet om hva som skal til for å fravike utgangspunktene, blir i det hele tatt vanskelig å besvare når man ofte ikke engang er enige om hva utgangspunktet går ut på. Erstatning for ivaretagelse av ideelle interesser (broforbindelse, ferietur, fornminner, trær)¹²² har for eksempel skapt særlig mye diskusjon, og løsningene har også variert mellom de nordiske landene.¹²³ Det har nok heller ikke bidratt til en bedre forståelse for erstatningsretten at dommer på erstatning i slike tilfeller, som nevnt, er oppfattet som kontroversielle fordi man oppfatter resultatet som et unntak fra vilkåret om økonomisk tap.¹²⁴

Utsagn av typen man skal «ta skadelidte som han er» eller at en «aldri kan tjene på skaden», er ved nærmere ettersyn heller ikke rettssetninger som er klare til bruk, men ofte bare samlebetegnelser på noen ferdig buntede hensyn.¹²⁵ Løser vi opp i disse ferdig buntede hensynene disse stikkordene viser til, finner vi en rekke hensyn og synspunkter som kan være relevante i den nærmere vurderingen, for eksempel at legemiddelindustrien som tjener store summer på sine produkt og kan pulverisere kostnadene over driften, normalt er nærmere enn den enkelte skadelidte til å ta konsekvensen når bivirkningene av og til er alvorlige.

¹²² Jf. note 35.

¹²³ Se Svante O. Johansson, «Två domar, två ersättningsberäkningar och arton olovligen fällda träd», *Tidsskrift för Rettsvitenskap* 2016, s. 216–228.

¹²⁴ Om dette, se Skjefstad, *Erstatningsberegning*, s. 168 (note 465).

¹²⁵ Sml. Kåre Lilleholt, «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussens Venner* 2000, s. 49–60 (på s. 53).

Tredjemanns næringstap som «bivirkning» av tingskade eller kontraktsbrudd har derimot en annen bakgrunn: Det sentrale her er at i større kontraktskjeder med mange potensielle skadelidte kan rene formuestap forplante seg raskt og bli svært store. Skadevolder kan ha et legitimt behov for beskyttelse mot slike flodbølger av krav, og det at man i slike tilfeller ser på hvilke alternativ tredjemann hadde til å være helt avhengig av denne ene leverandøren, typisk hvilke forsikringsmuligheter som forelå, er det ikke mye å si på. Hensynene bak reglene er altså viktigere enn selve formuleringen – som bare tjener som et hensiktsmessig stikkord.

Et karikert bilde av rettskildesituasjonen i erstatningsretten er dermed at fagfeltet består av vage normer, organisert i et «bevegelig system»,¹²⁶ der forholdet mellom en del regelsett og lærer også er uavklart. Variasjonen mellom ulike livsområder kan også, som vi har sett, være stor. Noe uærbødig kan vi si at erstatningsretten «flyter», og er mer uoversiktlig, enn de aller fleste andre fag.

Overskriften lover en konklusjon, men det blir snarere tale om en etterlysning: Er tiden nå kommet for en inndeling i erstatningsrettens «alminnelige» og «spesielle» del? Først da tror jeg vi kan få et noe mer rettviseende bilde av erstatningsretten slik den er i dag.

7. Avslutning: Om rettsvitenskapens betydning

Som det vil ha fremgått, bygger denne artikkelen på det grunnsynet at konkrete erstatningsrettslige spørsmål bør løses «nedenfra og opp».¹²⁷ De faktiske forholdene bør trekkes inn med en gang, slik at en kan identifisere interessemotsetningene og hva som er problemet i *denne* saken, og deretter se seg om etter rettsmateriale som kan gi bidrag til løsningen av dette rettsspørsmålet mellom disse partene med dette faktumet. Forskjellen på utpensling av regelen og subsumsjonen (om en vil holde på et slikt skille) bør derfor ikke bli særlig stor.¹²⁸ De to såkalte Bori-dommene (gjennomgått i punkt 3.3) viser hvor viktig dette er: I Rt. 2015 s. 276 (Bori I) gikk Høyesterett langt i å utpensle regelen generelt, før den

¹²⁶ Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon* (Oslo 2002), s. 33.

¹²⁷ Dette synes også å ligge til grunn for det som Lilleholt, bl.a. i artikkelen «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussens Venner* 2000, s. 49–60 (på s. 50) omtaler som å «stille spørsmålet rett». Se også Tørum, *Direktekrav*, s. 35.

¹²⁸ Mer generelt, se Tarjei Bekkedal og Hans Christian Farsethås, «Om subsumsjon», *Jussens Venner* 2018, s. 1–32.

konkrete drøftingen tok til.¹²⁹ Valgretten mellom kontrakts- eller deliktsgrunnlag, som var stridstema her, kunne bare begrenses av klare holdepunkter, får vi høre, og da var svaret også gitt: Slike klare holdepunkter fant man ikke. Om Høyesterett derimot hadde fokusert på at problemet med deliktskrav i kontraktsforhold i bunn og grunn er omgåelser av reklamasjonsfrister og ansvarsfraskrivelser, kunne en her nøyde seg med å vise til at i denne saken var ikke det noe problem; når skylden var såpass grov som her, står jo ikke slike frister og begrensninger seg uansett.¹³⁰ At den grovt uaktsomme byggekontrolløren ble holdt ansvarlig, er det derfor ingenting å si på. Med en slik mer konkret tilnærming ville Høyesterett også sluppet å bråsnu bare to år senere: I HR-2017-1834-A (Bori II) var byggekontrollørens uaktsomhet liten, og da så en med ett at spørsmålet om delikt i kontrakt ikke kunne løses bent frem likevel. Her måtte en bruke skjønn, og Høyesterett la opp til at denne vurderingen måtte bli svært bred – nærmest konturløs.¹³¹ Høyesterett gikk kanskje i den andre grøften: Ingen bør ønske seg at erstatningsrettslige spørsmål bare avgjøres ut fra det konkret rimelige – det kommer vi straks tilbake til.

Rettsvitenskapen har på sin side ikke mandat til å avgjøre hvordan erstatningsreglene skal være; her er det lovgiver og Høyesterett som har den nødvendige legitimiteten, skjønt Høyesterett må holde seg til saken.¹³² Lilleholt har (med en rekke presiseringer i teksten etterpå) sagt at «[j]uridisk litteratur er inga rettskjelde».¹³³ Spissformuleringen treffer også på erstatningsrettens område. Det finnes likevel knapt noe rettsområde hvor en slik påstand hadde vært mer feil enn i erstatningsretten, dersom en skulle mene at dette var det samme som at teorien ikke har hatt mye å si: Høyesterett viser ofte til erstatningslitteraturen, og enda oftere er det tydelig at slike fremstillinger er lest: En har typisk fått hjelp til å sette spørsmålet inn i en større sammenheng, og ofte tilbys også resonnement, analyser av hensyn, interesser og konsekvenser av ulike standpunkt, slik at beslutningsgrunnlaget for dommeren blir

¹²⁹ Dette er vel da eksempel på at Høyesterett «mer sjelden [...] velger den motsatte vei, og først formulerer en generell rettssetning, og deretter tar stilling til det konkrete rettsspørsmålet», se Tjomsland, «Høyesteretts rolle ved utviklingen av erstatningsretten», s. 718.

¹³⁰ Se f.eks. lov av 13. juni 1997 nr. 43 (bustadoppføringslova) § 30 fjerde ledd.

¹³¹ Jens Edvin A. Skoghøy, «Høyesterett som politisk organ» – foredrag i Den norske avdeling av Det nordiske administrative forbund 30. november 2017, s. 8: «Det er ikke lett å forholde seg til en [slik] regel [...]. Ved disse dommene har Høyesterett gitt et vesentlig større bidrag til rettsforvirring enn til rettsavklaring.»

¹³² Kåre Lilleholt, «Kvifor norsk rett ikkje er case law», i *Rett og toleranse, Festskrift til Helge Johan Thue* (Oslo 2007), s. 522–530 (på s. 523 f.).

¹³³ Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, s. 27.

bedre.¹³⁴ I HR-2018-2080-A, som gjaldt erstatning for psykisk skade en mor ble påført da sønnen døde etter behandlingssvikt, er Høyesterett i så måte sjeldent tydelige:

«På erstatningsrettens område er det tradisjon for at Høyesterett avklarer og utvikler retten i dialog med rettsvitenskapen. I så måte har det etter mitt syn adskillig interesse at et nærmest unisont erstatningsrettslig fagmiljø i mer enn 40 år har stilt spørsmål ved Høyesteretts meget strenge praksis i de såkalte 'sjokkskadesakene'. Det er blant annet pekt på at utviklingen ellers i Europa ser ut til å gå i retning av et videre vern, og at en oppmyking i norsk rett uansett er ønskelig for å tilpasse praksis i disse sakene bedre til den øvrige samfunns- og rettsutviklingen, slik også jeg allerede har vært inne på» (avsnitt 44).

Det er videre primært rettsvitenskapen som har satt rettsstoffet i system, og som kritiserer Høyesterett når systemet ikke blir fulgt i konkrete avgjørelser. Tar forfatteren standpunkt, vet en også hva den som presumtivist har tenkt lenge og kvalifisert om slike spørsmål, mener svaret bør være. Samtidig er en ofte snar til å understreke at dette ikke bør ha særlig vekt *i seg selv*. Doktoravhandlinger, lærebøker og tidsskriftartikler mv. er dessuten verdifulle som oppslagsverk for annet rettsmateriale. Her gir innholdsfortegnelse, stikkord- og domsregister god hjelp. Det «fullstendighetsidealet» universitetsjurister møtes med, gir i så måte en slags negativ troverdighet; er ikke en kilde med, skal det helst være fordi den er uvesentlig.

Både dommeren og erstatningsrettsforskeren tar altså standpunkt til rettsspørsmål, men der dommeren tar stilling til erstatningssøksmålet A har reist mot B, vil forskeren møte forventninger om å gjøre et akademisk «løft», typisk gjennom utvikling av system, typetilfeller og argumentasjonsmønstre for løsninger innenfor det emnet han har valgt å skrive om. Tilnærmingen blir derfor ikke helt den samme for ulike sjangere av juridiske tekster:¹³⁵ Forskeren vil jo i noen grad stille andre spørsmål enn dommeren, og går dypere. Her er det mange spørsmål som teorien kan vurdere like godt som lovgiveren. På mange måter tar rettsvitenskapen mye av den jobben som ellers ville falt på lovgiver om en skulle komme på tanken om å gjennomregulere erstatningsretten; det kan helst ikke skje uten grundige utredninger av historikk, praksis og sammenhengen med omkringliggende regelverk. Det bør også undersøkes hvordan lignende problemer er løst utenlands, og hvilke erfaringer en har med ulike reguleringer og modeller der. En kommer heller ikke utenom drøfting av typetilfeller

¹³⁴ Et tydelig eksempel har vi da det objektive ansvaret brøt gjennom: Detaljene er ikke viktige her, og i korte trekk startet utviklingen med avgjørelsen i Rt. 1866 s. 735, mens det endelige gjennombruddet for det objektive ansvaret først kom nesten 40 år senere, i Rt. 1905 s. 715. Da hadde Høyesterett i mellomtiden avsagt en rekke mer konkret begrunnede avgjørelser der skyldregelen var lagt mer og mer i strekk, og til slutt helt over i fiksjonen. Den positive mottagelsen de første dommene fikk i rettsvitenskapen, ga Høyesterett kanskje det dyttet i ryggen de trengte for endelig å ta skrittet helt ut.

¹³⁵ Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008, s. 149–178 (på s. 167 og s. 172).

og hvilke løsninger som anbefales. Dette kunne også vært innholdsfortegnelsen i en doktoravhandling.

Rettsforskeren har altså tiden og noe av ressursene til å gjøre den jobben lovgiver ikke har villet ta, og domstolene verken kan eller bør ta; Høyesterett er prisgitt prosedyren, og det er alltid en fare for at en stirrer seg noe blind på faktumet i saken en sitter med her og nå, uten egentlig ha tid til å reflektere nok over om fremtidige saker – med sine faktum – bør løses på samme måten.

Rettsforskeren mangler på sin side legitimiteten til å utpensle reglene som nevnt. Det akademiske byggverket er derfor avhengig av den rettspraksisen (og eventuell lovgivingen) som har vært: *Nils Nygaard* blir ofte sitert på sitt metodiske utgangspunkt om å «gå i kloster med Norsk Retstidende».¹³⁶ Denne domsnære tilnærmingen må kunne sies å ha preget erstatningslitteraturen generelt, selv om det er gradforskjeller.¹³⁷ *Nygaards* forfatterskap indikerer at klosteroppholdet har gått med til inngående studier og tolking av *Retstidende*, der alle dommer er relevante og skal passes inn i mønsteret. Fraviker dommene de hovedlinjene man ellers har trukket opp, ordnes de i en rekke underkategorier, nærmest som unntak. Metoden vil variere med kildetilfang og hva man vil oppnå, men ofte vil vi se varianter av en generaliserende tilnærming der man danner mer generelle prinsipp og retningslinjer på synteser av rettspraksis og eventuelt fragmentarisk lovgiving.¹³⁸ Dette bidrar til å gi forankring i rettsordenen til byggverket og dermed bedret legitimitet. Nils Nygaard sier i så måte at forskningsoppgaven blir «dels å prøva å få konstatert det argumentasjons- og vurderingsmønster som blir fylgt i praksis, og dels korleis dette mønsteret bør vera».¹³⁹ Den oppgaven erstatningsrettsteorien synes å ha satt seg fore, er dermed å synliggjøre retningslinjer for dommerskjønnet – der en bruker domstolens egen praksis til så å si å binde opp dette.

Det som kan rettferdiggjøre en slik innblanding fra teoriens side, er forutberegnelighetshensyn; like saker bør som kjent behandles likt – også i erstatningsretten.

¹³⁶ Nygaard, *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis* (Oslo 1974), s. 24.

¹³⁷ Morten Kjellands avhandling fra 2008 om «Særlig sårbarhet» er et tydelig eksempel på domstolsnær tilnærming, mens Stenvik og Hagstrøm, *Erstatningsrett*, synes i noe større grad å trekke ut de sakene man oppfatter som prinsipielle.

¹³⁸ Om den generaliserende metoden, se Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære* (Oslo 2009), s. 73 f.

¹³⁹ Nygaard, *Aktløysevurderinga*, s. 37.

Høyesterett er svært opptatt av sine tidligere dommer, men hjelp fra academia til å vurdere, systematisere og raffinere rettspraksis kommer godt med.¹⁴⁰ Mengden av erstatningssaker håndteres dessuten ikke i rettssalen, men i nemnder og av forsikringsselskap i møte med folk flest. Rettsordenen bør derfor etterstrebe regler og en metode som gir gode redskaper for å finne løsninger i de fleste spørsmål, der verdien av enkle, oversiktlige og forutberegnelige regler ikke bør underspilles.

Uoversiktlige og løse regler gjør det vanskelig å si på forhånd hva utfallet av en tvist vil bli, noe som kan forklare de mange tvistene på området. Slike hensyn taler for eksempel for en mer hardhendt prioritering av domsmaterialet, der universitetsjuristen (og domstolene) i større grad trekker ut de virkelig prinsipielle avgjørelsene og erkjenner at også Høyesterett prøver seg frem og av og til trår feil. Argumentene mot å fintolke hver enkelt høyesterettsdom er velkjente: Høyesterett har kort tid til hver enkelt dom og er derfor prisgitt advokatenes prosedyrer. Advokaten har imidlertid ikke noe ansvar for de generelle rettsspørsmålene, men er mest opptatt av å vinne saken for sin klient. Noen objektive utredere er de altså ikke.¹⁴¹ Formuleringene som er brukt i dommen, vil dessuten gjerne være preget av det konkrete saksforholdet og må leses i lys av tid og sted ettersom holdninger og samfunnsforholdene kan ha endret seg.¹⁴² En bør også være enda mer kritisk til bruk av underrettspraksis her enn på andre områder, i hvert fall som noe annet enn eksempler på spørsmål som kan oppstå i praksis.¹⁴³

Erstatningsretten er et område en ikke lett kan gi en helstøpt og regelorientert utforming – i hvert fall når det kommer til detaljene.¹⁴⁴ Mye *må* overlates til skjønn, og det skal vi ikke lage stivbente regler av. De av oss som forsøker å bidra til utviklingen av erstatningsretten, bør likevel tenke oss nøye om før store variasjoner i faktum og livsområde feies inn under vilkår som er så løse at de dekker alle typetilfeller, uten at det er klart hva som forbinder dem utover det helt opplagte – som at årsakssammenhengen ikke kan gå inn i det uendelige. Risikoen er

¹⁴⁰ Bjarte Askeland, «Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten», s. 27: «[S]amspillet med teorien gir således Høyesteretts elementer av rettsutvikling en helt annen rasjonell kvalitet enn i en situasjon hvor teorien tenkes borte.»

¹⁴¹ Skoghøy, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse», i *Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard* (Bergen 2002), s. 323–343 (på s. 340).

¹⁴² Skoghøy, *op.cit.*, s. 333 og s. 338.

¹⁴³ Av en annen oppfatning, Jørn Øyrehaugen Sunde, «Norsk personskaderett i praksis», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett 2015*, s. 77–81.

¹⁴⁴ Tjomsland, «Høyesteretts rolle ved utviklingen av erstatningsretten», s. 714.

at skipserskjønnet får et skalkeskjul. «Full erstatning», «adekvans», «erstatningsrettslig vern» etc. passer derfor kanskje bedre som navnet på ulike problemkompleks og systematiske overskrifter i en bok enn som egentlige regler. Så kan en heller rendyrke grupper av tilfeller der hensynene som gjør seg gjeldende, er like, og på denne måten gi sikrere typeløsninger – slik som at overoppfyllelse av tapsbegrensningsplikten ikke går til fradrag i erstatningssummen.¹⁴⁵

Når emnet «erstatningsrettens metodiske egenart» skal drøftes, er det etter dette gjerne ikke spørsmål om relevans og vekt av rettskildefaktorene på Eckhoffs velkjente liste som er mest interessant; her varierer svaret med omstendighetene – som ellers i privatretten. Den interessante diskusjonen på *dette* feltet gjelder snarere forholdet mellom systematikk, regel og skjønn, og hvordan Høyesterett bør gå frem, og hvordan høyesterettspraksis bør brukes, i utformingen av erstatningsretten. Den debatten går langt utover denne artikkelen, og er viktig for alle som både skriver og praktiserer emnet. Jeg skal derfor avslutte med tre påstander for videre diskusjon:

Oppgaven til Høyesterett må primært være å *avgjøre enkeltsaker*. Det er understreket av flere i de siste årene, men ikke alle er enige.¹⁴⁶ Når Høyesterett likevel skal uttale seg prinsipielt og mer vidtrekkende, bør grunnlaget være solid forankret i analyser av flere representative typetilfeller; en bør altså være forsiktig med å slå fast generelle setninger etter bare å ha vurdert problemstillingen opp mot et enkelt saksforhold, uten å ha skaffet seg erfaring gjennom analyser av flere konkrete saksforhold og fra flere områder. Først da er det normalt forsvarlig å uttale seg generelt – noe også universitetsjuristene bør tenke på. En slik skrittvis fremgangsmåte gir dessuten omgivelsene et forvarsel om at det er en utvikling på gang, slik at forutberegneligheten i større grad blir ivaretatt. Det legger også til rette for et fint samspill mellom Høyesterett og rettsvitenskapen: Om de første mer konkrete avgjorte dommene blir positivt tatt imot i teorien, og kanskje omfavnet som uttrykk for et bredere prinsipp, kan det gi Høyesterett den selvtilliten som trengs for å ta skrittet helt ut. Bori-dommene er et

¹⁴⁵ Se Skjefstad, *Erstatningsberegning*, der problemkomplekset fradrag for fordel (*compensatio lucri cum damno*) er delt i tre med ulike utgangspunkt: fordeler som skyldes tredjemann (kapittel 14), fordeler som skyldes skadelidte selv (kapittel 15), og mer tilfeldig oppståtte fordeler (kapittel 16).

¹⁴⁶ Skoghøy, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse», s. 324, Kåre Lilleholt, «Kven kan fråvike høgsterettsavgjerder?», *Lov og Rett* 2016, s. 517–519, Arnfinn Bårdsen, «De nordiske høyesterettene som prejudikatdomstoler – et perspektiv fra Norges Høyesterett», *Lov og Rett* 2016, s. 259–282.

eksempel på den motsatte tilnærmingen, og på at Høyesterett hadde litt for mye av det siste; utviklingen er av enkelte beskrevet som «to skritt frem, og (minst) to skritt tilbake».¹⁴⁷

Mener vi at Høyesterett stort sett bør nøye seg med å gi begrunnelser som er nokså konkrete og knyttet til det aktuelle faktumet i saken, ligger det også i dette krav til en viss fragmentering og orientering mot det livsområdet vi er på.¹⁴⁸ Det betyr i hvert fall to ting: For det første at rettslige spørsmål på for eksempel personskaderettens område ikke kan diskuteres uten å trekke inn særlige sosiale hensyn som gjør seg gjeldende der. For det andre at rettsmateriale fra personskaderetten ikke uten videre kan overføres til andre livsområder der de samme sosiale hensynene ikke gjør seg gjeldende. Dette er verken kontroversielt eller originalt, men kan være verdt å minne om i erstatningsretten: Slik fragmentering betyr at det blir vanskelig å oppstille alminnelige prinsipper – i alle fall for *hele* erstatningsretten.

Og mener vi at reglene i stor grad legger opp til konkret dommerskjønn ut fra saksforholdet, bør det helst ikke bety at frimodigheten får fritt spillerom: *Askeland* har uttrykt bekymring for at den norske juristkulturen, kanskje, og nettopp derfor, «over tid [kan] ha [...] innarbeidet en form for disiplinmangel i rettsanvendelsen, sammenlignet med det øvrige Europa».¹⁴⁹ Det er selvsagt ikke ønskelig at alle saker skal avgjøres ut fra det konkret rimelige, men en kan kanskje si at mange av de alminnelige prinsippene eller utgangspunktene er i enkleste laget – og gir lite til løsningen – når en tenker på hvor konkret og rimelighetsbasert drøftingen blir uansett. For ikke å bli for frirettlig, som heller ikke er noen hedersbetegnelse i erstatningsretten, stiller det heller strenge krav til forankringen av argumentasjonen og forholdet til tradisjonen i faget. I tråd med hvordan erstatningsretten har vokst frem gjennom en mengde prinsipielle avveininger av de hensyn som typisk gjør seg gjeldende, bør det også stilles krav til at våre erstatningsrettslige resonnement i stor grad bygges «nedenfra og opp». Poenget med å kreve

¹⁴⁷ Amund Tørum, innlegg til Privatrettssymposiet – Institutt for privatretts nyttårssymposium den 11. januar 2018. For en mer positiv innstilling til dommene, se Stenvik, «Erstatning i og utenfor kontraktsforhold», s. 709 f. sammenholdt med s. 713 der han fremholder at «[d]en bekymring som av og til uttrykkes for at anvendelse av alminnelig erstatningsrett skal forrykke balansen i kontraktsforhold, kan etter mitt syn ikke i seg selv begrunne fravikelse av utgangspunktet om skadelidtes valgrett. Erstatningsretten er fleksibel nok til å internalisere de forventninger og partsinteresser som gjør seg gjeldende i kontraktsforhold, og vil derfor ikke forstyrre kontraktsbalansen med mindre det er berettiget av andre, tilstrekkelig tungtveiende grunner».

¹⁴⁸ I artikkelen «Rettferdighetsideer i norsk personskadeerstatningsrett», *Velferd og rettferd, Festskrift til Asbjørn Kjønstad* (Oslo 2013), s. 17–34 (på s. 18), uttaler Bjarne Askeland at «på personskadeområdet gjør det seg [...] gjeldende sosiale hensyn som krever spesialtilpassede løsninger, som det ellers i erstatningsretten ikke er grunnlag for». Askeland er vist til med tilslutning i Rt. 2014 s. 1192 (avsnitt 50).

¹⁴⁹ Askeland, «Eckhoffs rettskildelære under press», *Kritisk juss* 1999, s. 115–126 (på s. 122).

at resonnementet bygges nedenfra og opp, er at slike generelle setninger verken kan eller bør legges ukritisk til grunn, men må nyanseres og tilpasses det konkrete typetilfellet.

Her kan og bør universitetsjuristen være i forkant: Rettsutvikling gjennom domstolene er langsom og tungrodd når det går lang tid mellom at saker av samme art kommer opp, og en ikke som lovgiveren kan utforme generelle rettsregler. Gjennom grundige analyser av typiske hensyn, konsekvenser og samspillet mellom reglene kan teorien derfor være klar til å gi Høyesterett en håndsrekning når problemstillingen skulle dukke opp. Her kan en også peke på hvilken løsning som passer inn i erstatningsretten som et system av regler: altså at reglene helst skal henge sammen og ikke motsi hverandre.¹⁵⁰

Når en sitter ved skrivebordet og tenker på hvordan erstatningsretten bør se ut, er det også et spørsmål hvor lojal mot enkeltavgjørelser en skal være i utformingen av erstatningsretten. Skal vi ved utformingen av erstatningsretten innpasse og vektlegge alle høyesterettsdommer og heller tolke inn unntak her og der, eller bør en i større grad erkjenne at også Høyesterett prøver seg frem, og av og til trår feil – slik at sprikende dommer prioriteres med hardere hånd? Svaret kan nok variere noe med om man gir rettsråd som advokat, er dommer i ting-, lag- eller Høyesterett, eller, som sagt, sitter på universitetet og skriver på en lærebok i erstatningsrett. Felles for alle er likevel, slik jeg ser det, at resonnementene må bygges nedenfra, med utgangspunkt i de kildene en tross alt har – og ikke «ovenfra og ned», med utgangspunkt i generelle og løse prinsipp.

¹⁵⁰ Et slik koherensideal var fremme i Rt. 2015 s. 475 (avsnitt 73): Her ville ikke Høyesterett godta løsningen advokatfirmaet argumenterte for, bl.a. fordi den ville medføre «et 'tomrom' i reglene om aktiv identifikasjon mellom organansvaret og arbeidsgiveransvaret». Høyesterett mente at en slik løsning ville være «lite naturlig», og da formentlig ut fra synspunktet om at det må være sammenheng i regelverket.