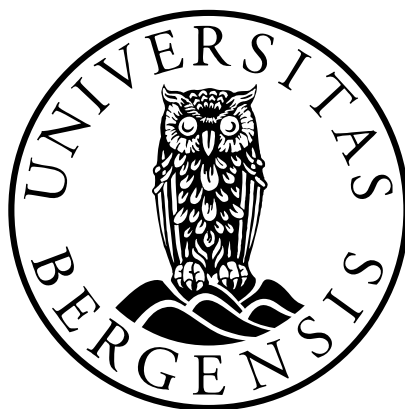


Er prostitusjonsinntekter erstatningsrettslig vernet?

Med fokus på HR-2017-2352-A

Kandidatnummer: 1

Antall ord: 14 398



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[10. desember 2018]

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Problemstilling og aktualitet	4
1.2	Avgrensninger	5
1.3	Begrepsavklaring – prostitusjon	6
1.4	Fremstillingen videre	7
2	Er prostitusjonsinntekter erstatningsrettslig vernet?	8
2.1	Krav til erstatningsrettslig vern	8
2.2	Generelt om erstatningsrettslig vern for inntekter med tilknytning til ulovlige handlinger	10
2.3	Prostitusjon og prostitusjonsinntekter	13
2.4	Nærmere analyse av HR-2017-2352-A	17
2.4.1	Rettslig utgangspunkt	17
2.4.2	Lovlig inntekt	18
2.4.3	Forutsetning om at ulovlige handlinger skjer	20
2.4.4	Kong Christian Den Femtis Norske Lov art. 5-1-2	21
2.4.5	Skatte- og avgiftspliktig inntekt	24
2.4.6	Tilfeldig fordel	25
2.4.7	Skadelidtes dekningsbehov	26
2.4.8	Samfunnshensyn	28
2.4.9	Oppsummering	30
2.5	Nærmere om betydningen av prostitusjonsinntekters nære tilknytning til ulovlige handlinger	31
2.5.1	Innledning	31
2.5.2	Inntekt fra svart arbeid	31
2.5.3	Inntekt fra narkotikasalg	34
2.5.4	Sammenligning av inntektsformene	35
2.6	Høyesteretts vektning av argumentene	37
2.7	Gir HR-2017-2352-A uttrykk for gjeldende rett?	38
2.8	Langvarig tap av prostitusjonsinntekter	40
3	Bør prostitusjonsinntekter være erstatningsrettslig vernet?	44

4	Litteraturliste	47
4.1	Lover	47
4.2	Forarbeider	47
4.3	Rettspraksis	47
4.4	Litteratur	49
4.5	Utenlandsk rett	50
4.6	Nettsider	50

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Temaet for denne masteroppgaven er erstatning for tap av prostitusjonsinntekter. Problemstillingen jeg vil se nærmere på, og forsøke å besvare, er hvorvidt tap av prostitusjonsinntekter er erstatningsrettslig vernet.

Det er vanskelig å gi et eksakt tall på hvor mange prostituerte det er i Norge, ettersom mye av virksomheten foregår i det skjulte. Lekanger anslår likevel i *Prostitusjon* at det til enhver tid er mellom 2500 og 3000 kvinner i Norge som selger seksuelle tjenester.¹ Boka ble imidlertid utgitt i 2016, og tallene kan derfor ha endret seg noe. De gir likevel et inntrykk av at virksomheten er av et visst omfang, noe som gjør det nødvendig å fastlegge prostituertes rettigheter, blant annet når det kommer til erstatningsspørsmål.

Spørsmålet om fremtidige tap av prostitusjonsinntekter er erstatningsrettslig vernet ble for første gang behandlet av Høyesterett i 2017; HR-2017-2352-A. Dommen ble avsagt under en sterk dissens, og har skapt stor diskusjon i media. Det er også ytret kritikk mot avgjørelsen. Spørsmålet er meget omstridt, og dette er bakgrunnen for at denne oppgavens problemstilling er aktuell.

I denne saken hadde prostituerte blitt ranet og mishandlet, og krevde derfor blant annet erstatning for tap av arbeidsinntekt tilsvarende to ukers arbeid. Flertallet i Høyesterett kom til at prostitusjonsinntekter ikke er erstatningsrettslig vernet, men dommen ble avsagt under dissens 3-2. Mindretallet la avgjørende vekt på prostituertes behov for vern, og kom dermed til at prostitusjonsinntekter skulle tilkjennes erstatningsvern.

Høyesterett anså to ukers inntektstap som et kortvarig tap. Det ble foretatt en reservasjon mot behandling av langvarige inntektstap, da slike tilfeller muligens stiller seg annerledes. Når det kommer til langvarige tap av prostitusjonsinntekter, har erstatningsspørsmålet ikke blitt behandlet i rettssystemet. På dette området er rettstilstanden høyst uklar, og jeg vil derfor stille spørsmål til om slike tap er og bør være erstatningsrettslig vernet. Avhandlingen berører dermed både kortvarige og langvarige tap av prostitusjonsinntekter.

¹ Andrés Lekanger, *Prostitusjon*, Oslo 2016 s. 73.

I oppgaven vil jeg i hovedsak benytte meg av tradisjonell rettsdogmatisk metode. Fremgangsmåten jeg bruker handler med andre ord om å klarlegge rettstilstanden, og dermed komme frem til gjeldende rett i forhold til erstatning for tap av prostitusjonsinntekter.² I kapittel 3 vil jeg imidlertid fravike utgangspunktet, og anvende et mer rettspolitisk synspunkt. En slik argumentasjonsform går ut på å se om rettstilstanden er tilfredsstillende på det aktuelle området,³ og spørsmålet jeg stiller er om prostitusjonsinntekter bør være erstatningsrettslig vernet.

1.2 Avgrensninger

Ut fra plasshensyn har jeg valgt å avgrense mot utmåling av erstatning, og jeg vil dermed ikke behandle hvordan fremtidige inntektstap skal beregnes. Dette ligger utenfor kjernen av problemstillingen, da det kun er spørsmålet hvorvidt erstatning skal tilkjennes eller ikke som behandles. Jeg vil heller ikke gå inn på andre former for skade enn personskader, ettersom det kun er skader på person som fører til at spørsmålet om erstatningsvern for prostitusjonsinntekter reises.

Prostitusjon er et vidt tema som har nær tilknytning til flere andre forbrytelser, henholdsvis menneskehandel og hallikvirksomhet. Oppgaven vil imidlertid kun omhandle prostitusjonsinntekter som stammer fra handlinger som strider med lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 (strl.) § 316. De øvrige strafferettslige bestemmelsene med tilknytning til prostitusjon ligger utenfor kjernen av problemstillingen, og vil ikke bli behandlet.

Hvor oppgavens rammer nødvendiggjør ytterligere avgrensninger, vil disse bli tatt underveis.

² Hans Petter Graver, "Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 149-178 (s. 158).

³ Hans Petter Graver, "Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 149-178 (s. 174).

1.3 Begrepsavklaring – prostitusjon

For å forstå argumentasjon for og imot hvorvidt tap av prostitusjonsinntekter skal erstattes, er det viktig å ha en forståelse av hva begrepet prostitusjon innebærer. Videre vil jeg derfor redegjøre kort for hva prostitusjon er.

Etter strl. § 316 kan man straffes om man ”skaffer seg eller en annen seksuell omgang eller handling ved å yte eller avtale vederlag”. Det er uten betydning om vederlaget avtales eller ytes av en annen enn den som mottar tjenestene, jf. § 316 bokstav b, eller om handlingene som utføres ”svarer til seksuell omgang med seg selv”, jf. § 316 bokstav c. Dette er hva loven betegner som prostitusjon.

Vederlaget som ytes i forbindelse med de seksuelle handlingene vil ofte utgjøre penger, men etter Ot.prp. nr. 48 (2007-2008) side 18 ”kan blant annet alkohol, narkotika og andre gjenstander eller tjenester omfattes”. Dermed stilles det ikke særlige krav til utformingen av vederlaget.

”Seksuell omgang” omhandler ikke bare samleie, men også ”forhold som likestilles med samleie”, jf. Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) side 25. Uttalelsen i forarbeidene er tilknyttet begrepet ”utuktig omgang” fra eldre lovgivning, men etter lovendringen skal begrepet ”seksuell omgang” tolkes tilsvarende.⁴ Fysisk berøring mellom nakne kjønnsdeler omfattes av ”forhold som likestilles med samleie”, uavhengig av om det er blitt utført samleiebevegelser.⁵ Det er videre blitt lagt til grunn i rettspraksis at masturbasjon omfattes, i tillegg til suging og slikking av kjønnsorganer, jf. blant annet Rt. 1991 s. 554, Rt. 1921 s. 827 og Rt. 2013 s. 287. Også innføring av en eller flere fingre i en kvinnes skjede er ansett som ”seksuell omgang”, jf. Rt. 1985 s. 202.

Nedad grenser ”seksuell omgang” til ”seksuell handling”. I Rt. 1933 s. 995 ble det uttalt at berøring av en annens legeme som har kjønnslig karakter anses som ”utuktig handling”, forutsatt at handlingen er ”i strid med god sed og skikk”.⁶ Begrepet ”utuktig handling” tilsvarer i dag ”seksuell handling”.⁷ Beføling av en annen persons kjønnsorganer eller bryster vil være et eksempel på en slik handling, jf. blant annet Rt. 1956 s. 830 og Rt. 1957 s. 210.

⁴ Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, 2. utgave, Bergen 2016 s. 194.

⁵ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 25.

⁶ S. 996.

⁷ Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, 2. utgave, Bergen 2016 s. 274.

Også om vedkommende får andre til å berøre ens eget kjønnsorgan, vil handlingen omfattes, jf. Rt. 1927 s. 1070.

1.4 Fremstillingen videre

For å belyse problemstillingen min, vil jeg starte med å gi en redegjørelse av kravet til erstatningsrettslig vern i kapittel 2.1, da dette kravet danner utgangspunktet for problemstillingen. Deretter vil jeg se på den juridiske teorien omkring erstatningsrettslig vern for inntekter med tilknytning til ulovlige handlinger generelt, før jeg går mer konkret inn på erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter. Dette leder meg inn på avgjørelsen avsagt i HR-2017-2352-A, som vil være sentral i avhandlingen. I kapittel 2.4 vil jeg gi en nærmere redegjørelse og analyse av Høyesteretts argumentasjon i denne dommen.

Videre, i kapittel 2.5, vil jeg se nærmere på hvilken betydning det har at prostitusjonsinntekter har nær tilknytning til ulovlige handlinger. For å forsøke å besvare dette spørsmålet vil jeg sammenligne erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter med rettstilstanden for andre inntekter med nær tilknytning til ulovlige handlinger; henholdsvis inntekter fra svart arbeid og narkotikasalg.

I kapittel 2.6 vil jeg kommentere Høyesteretts vektning av argumentene i HR-2017-2352-A, og deretter stille spørsmålet om avgjørelsen gir uttrykk for gjeldende rett.

I HR-2017-2352-A foretar Høyesterett en reservasjon mot å behandle langvarige inntektstap, erstatningsspørsmålet behandles kun i forhold til kortvarige tap av prostitusjonsinntekter. I kapittel 2.8 vil jeg derfor se på om erstatningsspørsmålet skal vurderes annerledes i tilfeller hvor det aktuelle inntektstapet er langvarig.

Til slutt, i kapittel 3, vil jeg foreta en *de lege ferenda*-drøftelse rundt hvorvidt prostitusjonsinntekter bør være erstatningsrettslig vernet.

2 Er prostitusjonsinntekter erstatningsrettslig vernet?

2.1 Krav til erstatningsrettslig vern

Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 (skl.) § 3-1 omhandler erstatning for skade på person. Her kommer det frem at personskadeerstatning skal dekke ”lidt skade, tap i fremtidig erverv og utgifter som personskaden antas å påføre skadelidte i fremtiden”. ”Lidt skade” omfatter både inntektstap og tap i form av utgifter, som påløper før domstidspunktet.⁸ ”Tap i fremtidig erverv” vil si inntektstap som kommer i ettertid av domstidspunktet.⁹ Erstatning for tapte inntekter kan følgelig tilkjennes på bakgrunn av både ”lidt skade” og ”tap i fremtidig erverv”, avhengig av når tapet påløper. Det forutsettes imidlertid at de øvrige vilkårene for erstatning er oppfylt.

Grunntanken innenfor erstatningsretten er at lidte tap skal gjenopprettes, og skadelidte skal dermed stilles som om skaden ikke har skjedd.¹⁰ Langvarig rettspraksis og juridisk teori har utviklet tre grunnvilkår som må være oppfylt for at man skal kunne kreve erstatning; det må foreligge et økonomisk tap, et ansvar grunnlag og årsakssammenheng.¹¹ På bakgrunn av kravet til erstatningsrettslig vern, som er utviklet gjennom rettspraksis, er det imidlertid ikke tilstrekkelig at disse vilkårene er oppfylt. I tillegg må skaden være vernet av rettsordenen, og følgelig være erstatningsrettslig vernet.

Kravet ble blant annet lagt til grunn i Rt. 1999 s. 203 (heretter omtalt ”Steriliseringsdommen”). Her krevde saksøker å få dekket sitt økonomiske tap tilknyttet oppfostring av et barn, som var blitt født til tross for at det tidligere var blitt gjennomført et steriliseringsinngrep. Høyesterett uttalte på side 206 at ”[s]kadeserstatningsloven løser ikke alle spørsmål knyttet til hvilke tap som er erstatningsrettslig vernet”, og mente at dette spørsmålet måtte avgjøres uavhengig av lovverket. Det ble lagt til grunn at vurderingen bygde på et verdispørsmål, da ”[d]et er tale om en interesse som etter min mening ikke bør undergis

⁸ Bjørn Engstrøm, *Skadeserstatningsloven med kommentarer*, Oslo 2010 s. 106.

⁹ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007 s. 91.

¹⁰ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland, Oslo 2009 s. 110.

¹¹ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007 s. 4.

vurdering med økonomiske mål”.¹² Høyesterett uttalte videre at de anså ”den beste løsning, i relasjon til barnets, foreldrenes og samfunnets interesser generelt vurdert, ikke å anerkjenne erstatningsrettslig vern for det krav som er reist i denne saken”.¹³ Retten kom dermed til at tapet ikke hadde erstatningsrettslig vern, og saksøker ble ikke tilkjent erstatning. Avgjørelsen var enstemmig, og viser at selv om de tre grunnvilkårene for erstatning er oppfylt, skal det ikke nødvendigvis tilkjennes erstatning. Man må også vurdere om skaden er omfattet av et erstatningsrettslig vern.¹⁴

Denne rettsoppfatningen er blitt opprettholdt i nyere rettspraksis og juridisk teori. Hagstrøm og Stenvik anerkjenner kravet i *Erstatningsrett*, da det uttales at skaden må ha ”rammet en interesse som er beskyttet av erstatningsreglene” (forfatters kursivering).¹⁵

I Rt. 2013 s. 1689 (heretter omtalt ”Fosterdiagnostikkdommen”) hadde en kvinne født et barn med Downs syndrom, og påført seg en psykisk lidelse som følge av dette. Hun ble ikke tilbudt fostervannsdagnostikk under svangerskapet, og krevde derfor erstatning. Høyesterett viste her til ”Steriliseringsdommen”, og la til grunn et krav om at tapet må være erstatningsrettslig vernet. Flertallet i avgjørelsen mente at ”heller ikke slike skader på mor er erstatningsrettslig vernet”,¹⁶ da det for barnet vil ”kunne være en belastning å bli ansett som en ”skade” som gir grunnlag for erstatning”.¹⁷ Dommen ble avsagt under dissens 3-2. Mindretallet mente at det var avgjørende at det ble krevd ”erstatning for mors psykiske skade, ikke for utgifter til oppfostring av et uønsket barn”.¹⁸

Også i HR-2017-2352-A henvises det til ”Steriliseringsdommen”, og Høyesterett utleder vurderingstemaet ”om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse”.¹⁹ På bakgrunn av at det i ”Steriliseringsdommen” uttaltes at det både skulle tas hensyn til ”barnets, foreldrenes og samfunnets interesser generelt vurdert”,²⁰ oppstilte Høyesterett i HR-2017-2352-A ”en bred helhetsvurdering” som ”måtte bero på en konkret bedømmelse av hensynet til de skadelidtes og samfunnets interesser vurdert generelt”.²¹

¹² S. 206

¹³ S. 207.

¹⁴ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland, Oslo 2009 s. 394.

¹⁵ Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015 s. 48.

¹⁶ Avsnitt 37.

¹⁷ Avsnitt 38.

¹⁸ Avsnitt 48.

¹⁹ Avsnitt 36.

²⁰ S. 207.

²¹ Avsnitt 37.

Kravet til erstatningsrettslig vern blir dermed vurdert i HR-2017-2352-A, hvor spørsmålet er om et fremtidig tap av prostitusjonsinntekter skal dekkes. Tapet i denne avgjørelsen skiller seg imidlertid fra tapene i de øvrige dommene hvor erstatningsvernet etterprøves. Dette påpekes av Ørjasæter og Bergsjø i ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern” utgitt i *Jussens venner*. Mangel på erstatningsrettslig vern i tilfeller hvor det foreligger tap av prostitusjonsinntekter, vil ikke utgjøre en begrensning på bakgrunn av arten av tapet, men på bakgrunn av den inntektsbringende *aktiviteten* prostitusjon (forfatters kursivering). Både i ”Steriliseringsdommen” og ”Fosterdiagnostikkdommen” var det tale om erstatning på bakgrunn av tap tilknyttet uønsket graviditet, og disse tapene ble unntatt fra det erstatningsrettslige vernet på bakgrunn av arten av tapet. Tap av prostitusjonsinntekter skiller seg dermed fra tapene i ”Steriliseringsdommen” og ”Fosterdiagnostikkdommen” ved at inntektstap er en form for tap som tradisjonelt skal dekkes etter skl. § 3-1. Tap tilknyttet uønsket graviditet utgjorde i 1999 en ny skadetype, da erstatning for slike skader ikke hadde blitt behandlet tidligere.

Ørjasæter og Bergsjø mener denne grunnleggende forskjellen tilsier at det rettslige spørsmålet i denne saken burde ha vært om det er ”noe ved den inntektsbringende *aktiviteten* prostitusjon som tilsier et avvik fra den vanlige regelen om at inntektstap som følge av personskade erstattes, jf. skadeserstatningsloven § 3-1”.²² På denne bakgrunn hevdes det at dette ”rettslige utgangspunktet burde ha fått en mer fremtredende plass i flertallets drøftelse” og at ”Steriliseringsdommen” burde ha blitt tillagt begrenset overføringsverdi til dette sakstilfellet.²³ Dette er en diskusjon jeg kommer tilbake til under kapittel 2.4.1.

2.2 Generelt om erstatningsrettslig vern for inntekter med tilknytning til ulovlige handlinger

I den juridiske teorien har det blitt diskutert hvorvidt inntekter med nær tilknytning til ulovlige handlinger er erstatningsrettslig vernet eller ikke. Jeg vil i det videre gi en kort oversikt over hvordan denne diskusjonen har utviklet seg de siste årene.

²² Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 334).

²³ *Ibid.*

Strandberg ga i 2005 ut boken *Skadelidtes hypotetiske inntekt: om erstatningsutmåling og bevis*. Her diskuterer han hvorvidt det stilles et skjerpet beviskrav ved krav om erstatning for skadelidtes svarte inntekt. Dette er en form for inntekt med nær tilknytning til ulovlige handlinger som jeg kommer nærmere tilbake til i kapittel 2.5.2. Beviskrav er et tema som ikke er relevant for denne avhandlingen, men Strandberg kommer likevel med interessante uttalelser når han drøfter om slik inntekt er erstatningsrettslig vernet. I vurderingen peker han for det første på at den vide formuleringen i skl. § 3-1, henholdsvis ”erverv” og ”inntekt”, tilsier at svart inntekt omfattes av det erstatningsrettslige vernet.²⁴ Ordlyden gir ikke uttrykk for at noen inntektstyper skal unndras. Likevel følger han opp med at det kan gjøres unntak fra ordlyden på bakgrunn av ”det klanderverdige element som ligger i å unndra inntekt fra beskatning”.²⁵ Dette argumentet svekkes imidlertid kraftig da det er snakk om en hypotetisk inntekt – det har ikke skjedd en faktisk skatteunndragelse, det har høyst skjedd en planlegging av en skatteunndragelse. Strandberg anser det lite trolig at et erstatningsvern vil ha innvirkning på markedet for svart arbeid, og prevensjonshensynet anses derfor ikke å ha vekt i vurderingen. Reparasjonshensynet taler imidlertid for at svarte inntekter er erstatningsrettslig vernet. Også retts tekniske hensyn trekker i denne retning, da man ellers ”knytter materielle rettsvirkninger til det vanskelige bevistema om skadelidte ville oppgitt inntekten til beskatning eller ikke”. Strandberg kommer dermed til at ”de beste grunner taler [...] for at hypotetisk svart inntekt har vern”.²⁶

Nygaard følger i 2007 opp med å stadfeste at interesser som kreves dekket ved erstatning må være lovlige.²⁷ For dekning av tapt arbeidsfortjeneste tilsier dette at interessen ikke kan bygge på en ulovlig inntekt. Likevel mener han at inntektstap for svart arbeid skal kunne erstattes, i hvert fall slik at den svarte inntekten er med på å vise hvilket nivå av fremtidig arbeidsevne vedkommende har. Videre skriver Nygaard at inntekt som stammer fra straffbare handlinger, ikke har erstatningsrettslig vern, og heller ikke inntekter som strider med ”Ærbarhed” etter Kong Christian Den Femtis Lov av 15. april 1687 (NL) 5-1-2. Det er kommet frem i rettspraksis at prostitusjonsinntekter anses å stride med prinsippet om ”Ærbarhed” i NL 5-1-2,

²⁴ Magne Strandberg, *Skadelidtes hypotetiske inntekt: om erstatningsutmåling og bevis*, Bergen 2005 s. 102.

²⁵ Magne Strandberg, *Skadelidtes hypotetiske inntekt: om erstatningsutmåling og bevis*, Bergen 2005 s. 103.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007 s. 64.

og at det dermed utgjør reproberte forhold.²⁸ Det kan dermed utledes fra det Nygaard skriver at prostitusjonsinntekter etter hans mening ikke er erstatningsrettslig vernet.

I 2009 skriver Lødrup, i likhet med Nygaard, at skadelidtes interesse må være lovlig for å være erstatningsrettslig vernet.²⁹ Han følger likevel opp med at dette utgangspunktet ikke kan følges konsekvent. Etter hans mening bør det gjøres unntak for prostitusjonsinntekter, uavhengig av om disse er blitt oppgitt til beskatning eller ikke.³⁰ Han gir ikke noen nærmere begrunnelse for sitt syn, utenom at han henviser til rettspraksis fra Borgarting lagmannsrett avsagt før kjøp av seksuelle tjenester ble kriminalisert.

Videre hevder Hagstrøm og Stenvik i 2015 at det må foretas avgrensninger av erstatningsvernet under kravene til årsakssammenheng og adekvans, blant annet dersom et erstatningsansvar vil virke støtende. Dette kan bli gjort på bakgrunn av en vurdering av ”om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse”.³¹ Når det kommer til spørsmålet om prostitusjonsinntekter har erstatningsrettslig vern tilfører ikke Hagstrøm og Stenvik noe nytt. Det henvises kun til tidligere juridisk teori.³²

De forskjellige teoretikerne henviser i stor grad til hverandres uttalelser, og sier seg enige med hverandre. Teoretikerne viser blant annet enighet om at interessen som skal erstattes må være lovlig for at kravet om erstatningsrettslig vern skal være oppfylt. Likevel blir det åpnet for å gjøre unntak i visse tilfeller. Det sies generelt sett lite når det kommer til prostitusjonsinntekter, og spørsmålet om erstatningsrettslig vern blir gjerne holdt åpent. Inntekter fra svart arbeid eller inntekter som stammer direkte fra ulovlige handlinger er i større grad behandlet. Dette tyder på at rettstilstanden for prostitusjonsinntekter har vært uklar, og at teoretikerne har ventet på at Høyesterett skal komme med en uttalelse.

I det videre vil jeg konkretisere drøftelsen og gå nærmere inn på prostitusjon og prostitusjonsinntekter, som ligger i kjernen av problemstillingen. Deretter vil jeg se på hvordan spørsmålet om erstatning for tap av prostitusjonsinntekter har blitt behandlet i rettspraksis.

²⁸ Se blant annet LB-2009-93028.

²⁹ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland, Oslo 2009 s. 397.

³⁰ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland, Oslo 2009 s. 480.

³¹ Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015 s. 48.

³² Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015 s. 49.

2.3 Prostitusjon og prostitusjonsinntekter

I 2008 ble Lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven vedtatt, og det ble kriminalisert å kjøpe seksuelle tjenester. Det ble dermed forbudt å benytte seg av prostitusjon. Jeg viser til behandlingen av hva begrepet prostitusjon innebærer i kapittel 1.3. Lovendringen trådte i kraft i 2009, og i dag utgjør strl. § 316 den aktuelle straffehjemmelen for slike forhold. Bestemmelsen omhandler ”[k]jøp av seksuelle tjenester fra voksne”. Strl. inneholder også en bestemmelse om ”[k]jøp av seksuelle tjenester fra mindreårige” i § 309, og en bestemmelse som forbyr hallikvirksomhet i § 315. De sistnevnte straffebudene ligger imidlertid utenfor min problemstilling, og vil derfor ikke bli behandlet ytterligere.

Formålet med å kriminalisere kjøp av seksuelle tjenester var ifølge departementet å ”ramme kjøp av seksuelle tjenester fra ofre for menneskehandel”, i tillegg til å ”svekke rekrutteringen av nye kunder, og dermed hindre at prostitusjonsmarkedet stadig øker”.³³ Lovendringen skulle være et virkemiddel for å endre holdningene i samfunnet, og derved minske etterspørselen etter prostitusjon.

Strl. § 316 ramser opp tre alternative handlemåter straffebudet kan brytes på. Det kan enten brytes ved å skaffe ”seg eller en annen seksuell omgang eller handling ved å yte eller avtale vederlag” jf. bokstav a, ved å oppnå ”seksuell omgang eller handling ved at slikt vederlag er avtalt eller ytet av en annen” jf. bokstav b, eller ved å anvende én av de nevnte handlemåtene til å få ”noen til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv” jf. bokstav c. Straffebudet er utformet på en kjønnsnøytral måte, jf. ”den som”, dermed er det uten betydning hvilke kjønn som tar del i handlingene.

For at § 316 skal medføre straffansvar, må det dermed være tale om ”seksuell omgang” eller ”seksuell handling”, ”vederlag” eller ”avtale” om vederlag, i tillegg til at det stilles et skyldkrav og et årsakskrav. Dersom samtlige av disse vilkårene er oppfylt, vil kjøperen kunne straffes med ”bot eller fengsel inntil 6 måneder eller begge deler”, jf. strl. § 316.

Etter bestemmelsens bokstav b kommer det som nevnt frem at tilfeller der vederlaget avtales eller ytes av ”en annen” person enn den som ”oppnår seksuell omgang eller handling”, også skal omfattes av forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester. Her vil den som ”oppnår seksuell omgang eller handling” ikke utgjøre den som selger seksuelle tjenester, jf. Ot.prp. nr. 48

³³ Ot.prp. nr. 48 (2007-2008) s. 8.

(2007-2008) side 18. Ordlyden i straffebudet omfatter dermed ikke personer som selger seksuelle tjenester. Det kommer også frem av forarbeidene at den som selger seksuelle tjenester ikke kan straffes for medvirkning etter strl. § 15.³⁴ Dette viser at ordlyden ikke forbyr salg av seksuelle tjenester, det er kun ulovlig å kjøpe slike tjenester.

Lovgiver har med andre ord foretatt et bevisst valg om å kriminalisere kjøp av seksuelle tjenester, men ikke salg av disse tjenestene. Lovendringen som ble foretatt i 2008 hadde som overordnet formål å forhindre prostitusjonsvirksomhet. På tross av dette formålet har lovgiver latt være å forby salg av seksuelle tjenester, noe som utgjør en sentral del av slik virksomhet. Bakgrunnen for valget er at forbudet i minst mulig grad skulle gå ut over de prostituerte, da det ikke har vært meningen å kriminalisere den prostituertes ytelse. Dette er en gruppe mennesker som er sårbare og som står dårlig stilt i samfunnet, i tillegg til at de blir sett på som offer for prostitusjonsvirksomheten.³⁵ Stortingskomitéflertallet uttalte i Innst. O. nr. 3 (2008-2009) side 5 at "[d]e som har havnet i prostitusjon, har krav på vår solidaritet og må gis mulighet til å skape seg et annet liv". Poenget har dermed vært å ivareta de prostituertes interesser på best mulig måte.

Prostitusjonsinntekter er dermed lovlige inntekter, og det kan derfor stilles spørsmål til om tap av slik inntekt er erstatningsrettslig vernet. Problemstillingen har blitt behandlet i rettspraksis flere ganger, også før lovendringen i 2008 som kriminaliserte kjøp av seksuelle tjenester. Aktuelle avgjørelser som ble avsagt før kriminaliseringen er LB-2005-138054, RG-2007-1083 og RG-2008-1137. I samtlige av disse dommene tilkjente Borgarting lagmannsrett de prostituerte erstatning for tapt arbeidsinntekt, da inntekten ble ansett å være erstatningsrettslig vernet. De to sistnevnte dommene er imidlertid avsagt under dissens, hvor uenigheten knytter seg til selve erstatningsspørsmålet.

Rettstilstanden når det gjelder erstatning for tapt prostitusjonsinntekt ble endret da kjøp av seksuelle tjenester ble kriminalisert i 2008. Som vist var rettspraksis før lovendringen relativt enstemmig om at prostitusjonsinntekter var erstatningsrettslig vernet. Da problemstillingen ble tatt opp igjen i LB-2009-93028, var rettens syn på spørsmålet endret. Her la Borgarting lagmannsrett til grunn at ettersom kjøp av seksuelle tjenester er gjort straffbart, er dette en klar indikasjon på at samfunnet anser prostitusjon som en uønsket virksomhet. I tillegg påpekte retten at avtaler om kjøp og salg av seksuelle tjenester anses å være uforenlig med

³⁴ Ot.prp. nr. 48. (2007-2008) s. 14.

³⁵ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 82.

prinsippet om ”Ærbarhed” i NL 5-1-2, og at et erstatningsvern for slike inntekter ville stride mot hensynet til sammenheng i lovverket.

Kriminaliseringen av kjøp av seksuelle tjenester har dermed hatt en innvirkning på prostitusjonsinntekters erstatningsrettslige vern. Likevel hadde erstatningsspørsmålet på dette tidspunktet kun blitt behandlet i lagmannsretten. I NOU 2011: 16 side 148 kom det en uttalelse som går mot lagmannsrettsavgjørelsen fra 2009:

”Utvalget mener at det ikke er nødvendig å trekke slike konsekvenser av at det er gjort straffbart å *kjøre* seksuelle tjenester, så lenge det ikke er straffbart å selge slike tjenester. En likhetsbetraktning taler for atprostituerte prinsipielt sett bør ha erstatningsrettslig vern for sin inntektsevne, som alle andre. Et slikt standpunkt bestyrkes også av sosiale hensyn. Kravene om at inntekten må sannsynliggjøres og være oppgitt til beskatning vil imidlertid gjelde for denne gruppen skadelidte som for alle andre.”

Underrettsdommer er i teorien ansett å ha begrenset rettskildevekt, da de skal tillegges atskillig mindre vekt enn høyesterettsavgjørelser.³⁶ Når det i tillegg foreligger forarbeidsuttalelser som går på tvers av en slik avgjørelse, anses rettstilstanden for å ha vært relativt uklar på dette tidspunktet. Det gikk lang tid før erstatningsspørsmålet tilknyttet prostitusjonsinntekter ble tatt opp i Høyesterett. Dette skjedde først i 2016, og deretter i 2017.

Avgjørelsen fra 2016, HR-2016-2491-A, dreide seg om kvinner som hadde blitt utnyttet til prostitusjon. Her gjaldt kravet allerede opptjente prostitusjonsinntekter som bakmennene hadde tatt fra deprostituerte, og som deprostituerte krevde å få tilbakebetalt. Høyesterett foretar i avsnitt 86 en reservasjon mot å behandle ”spørsmålet om fremtidige inntekter ved prostitusjon kan ha erstatningsrettslig vern”. Én av de tiltalte i saken ble stilt et erstatningsrettslig krav for tapet av den opparbeidede inntekten. Dette er ikke et spørsmål Høyesterett går dypt inn i, da mesteparten av drøftelsen knytter seg til spørsmålet om restitusjon innenfor obligasjonsrettslige prinsipper. Retten kommer til at den opparbeidede prostitusjonsinntekten er erstatningsrettslig vernet, men gir ikke en inngående begrunnelse for dette resultatet annet enn at ”[h]ans medvirkning var forsettlig og rettsstridig, og kravene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng er oppfylt”.³⁷ Høyesterett viser imidlertid til drøftelsen sin under restitusjonsspørsmålet, da flere av de samme argumentene gjør seg gjeldende. I forhold til spørsmålet om tilbakebetaling av prostitusjonsinntektene, uttaler

³⁶ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 4. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 1997 s. 160.

³⁷ Avsnitt 96.

Høyesterett i avsnitt 87 at ”[d]et kan ved vurderingen av dette spørsmålet ikke være avgjørende at kravet springer ut av en samfunnsskadelig og uønsket virksomhet som prostitusjon”. Retten påpeker at salg av seksuelle tjenester ikke er ulovlig, og at ”det er inngrepet i den personlige frihet og integritet – og ikke prostitusjonen – som står i forgrunnen ved vurderingen”.³⁸ På tross av at disse uttalelsene knytter seg til spørsmålet om tilbakebetaling av prostitusjonsinntekter innenfor obligasjonsretten, vil de også ha en viss verdi i forhold til erstatning av prostitusjonsinntekter generelt, da Høyesterett selv henviser til sin tidligere drøftelse under drøftelsen av erstatningsspørsmålet.

I HR-2017-2352-A kommer erstatningsspørsmålet opp igjen, denne gang i en sak hvor det i større grad er fokus på erstatning. Erstatningsspørsmålet knytter seg her til fremtidig tap av prostitusjonsinntekter. Saken gjaldt syv prostituerte kvinner som hadde vært utsatt for ran i forbindelse med utførelsen av arbeidet sitt. De hadde blitt påført skade som gjorde at de ikke hadde mulighet til å fortsette å selge seksuelle tjenester i en kortere periode. Denne tapte arbeidsinntekten var blant postene det ble krevd erstatning for. Høyesterett kom til at prostitusjonsinntekter ikke er erstatningsrettslig vernet, og at de prostituerte dermed ikke fikk den tapte arbeidsinntekten sin dekket. Avgjørelsen ble imidlertid avsagt under dissens 3-2, hvor uenigheten både knyttet seg til det rettslige utgangspunktet og til selve vurderingen.

I sin vurdering velger Høyesterett å ikke se hen til avgjørelsen som ble avsagt i HR-2016-2491-A, på tross av at en part i saken påberopte denne. Ørjasæter og Bergsjø finner dette overraskende.³⁹ Da den samme saken ble behandlet i Borgarting lagmannsrett i LB-2017-15913, før den ble anket til Høyesterett, ble det derimot uttalt at dommen fra 2016 viser ”at rettsordenen og domstolene har anerkjent at prostituerte bør ha et reelt og effektivt krav på erstatning”. Videre uttales det at ”det synes lite konsekvent om det var slik at prostituerte kan kreve erstattet midler som er opptjent ved salg av seksuelle tjenester, men ikke skal kunne kreve erstattet tapte arbeidsfortjeneste”. Lagmannsretten betraktet med andre ord argumentene i HR-2016-2491-A til å ha overføringsverdi i forhold til erstatningsspørsmålet. Høyesterett foretar derimot et bevisst valg om ikke å inkludere den tidligere avgjørelsen i drøftelsen. Etter Høyesteretts syn er det følgelig for stor forskjell mellom tilbakebetaling av opparbeidede inntekter og erstatning for fremtidige inntektstap til at HR-2016-2491-A har overføringsverdi til dette tilfellet.

³⁸ Avsnitt 89.

³⁹ Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 339).

Avgjørelsen fra 2017 er den nyeste rettspraksisen som omhandler erstatning for tapte prostitusjonsinntekter, og den er dermed svært sentral for besvarelsen av problemstillingen min. I det videre vil jeg derfor se nærmere på Høyesteretts rettslige argumentasjon i domsavsigelsen.

2.4 Nærmere analyse av HR-2017-2352-A

2.4.1 Rettslig utgangspunkt

Flertallet i HR-2017-2352-A anså det sentrale spørsmålet i saken for å være om prostitusjonsinntekter har erstatningsrettslig vern. Det ble henvist til tidligere rettspraksis, henholdsvis ”Steriliseringsdommen” og ”Fosterdiagnostikkdommen”, og slått fast at den overordnede problemstillingen var om den aktuelle ”interessen fortjener rettsordenens beskyttelse”.⁴⁰ Flertallet uttalte videre at et slikt spørsmål beror på en konkret vurdering ”av hensynet til de skadelidtes og samfunnets interesser vurdert generelt”.⁴¹

Som tidligere nevnt tar derimot mindretallet et annet rettslig utgangspunkt. Dommer Falch oppstiller skl. § 3-1 som et utgangspunkt om at det skal tilkjennes erstatning for skade på person, og at denne blant annet skal dekke ”tap i fremtidig erverv”. På bakgrunn av dette anser mindretallet den rettslige hovedregelen for å være at den personskadelidtes individuelle ervervstap har erstatningsrettslig vern, og at det må oppstilles unntak fra dette dersom slik erstatning ikke skal tilkjennes. Et slik unntak krever en særskilt begrunnelse, noe mindretallet ikke finner.

Ørjasæter og Bergsjø stiller seg kritiske til flertallets rettslige utgangspunkt i HR-2017-2352-A, på bakgrunn av at inntektstap skiller seg fra de aktuelle tapene i ”Steriliseringsdommen” og ”Fosterdiagnostikkdommen”. Jeg viser til nærmere forklaring av dette ovenfor, i kapittel 2.1. De mener at mindretallets tilnærming til problemstillingen utgjør en mer fornuftig fremgangsmåte, da mindretallet fremhever at skadelidtes inntektstap normalt vernes av erstatningsreglene, og at det kreves vektige argumenter for å unnta en form for inntekt fra dette vernet. Men også her er det forhold som etter Ørjasæter og Bergsjøs syn fremstår til dels

⁴⁰ Avsnitt 36.

⁴¹ Avsnitt 37.

problematiske. Blant annet gir mindretallet uttrykk for at et erstatningsrettslig vern ”følger” av skl. § 3-1, noe som er en svært upresis uttrykksmåte da erstatningsspørsmålet i tilknytning til prostitusjonsinntekter lenge har vært uavklart.⁴²

I det videre vil jeg gå nærmere inn på de mest sentrale argumentene som vurderes i avgjørelsen. Herunder vil jeg se på flertallets og mindretallets tolking av argumentene, samt kommentere fraksjonenes synspunkter.

2.4.2 Lovlig inntekt

Som vist i kapittel 2.3 er det kun kjøp av seksuelle tjenester som er forbudt, salg er derimot lovlig. Prostitusjonsinntekt er følgelig en lovlig inntekt på den prostituertes hånd. På tross av dette er inntekten nært tilknyttet andre ulovlige handlinger. Det er en forutsetning for den prostituertes inntekt at straffbare handlinger begås – henholdsvis kjøp av seksuelle tjenester og i noen tilfeller også hallikvirksomhet. Spørsmålet blir dermed hvilken innvirkning disse ulovlige handlingene skal medføre for den ellers lovlige inntekten.

Flertallet

Flertallet anser dette som et sentralt argument, og det gis rede for formålet bak kriminaliseringen av kjøp av seksuelle tjenester. På bakgrunn av dette hevder flertallet at lovgiver har latt være å forby salg av seksuelle tjenester ”av hensyn til de prostituerte selv, som anses for å være en svak og utsatt gruppe”.⁴³ Videre mener flertallet at den øvrige lovgivningen gir uttrykk for at prostitusjon er en virksomhet som er svært uønsket i samfunnet. Argumentet taler dermed etter deres syn mot et erstatningsrettslig vern for kortvarige tap av prostitusjonsinntekter.

⁴² Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 333 og 336).

⁴³ Avsnitt 50.

Mindretallet

Dette argumentet er også sentralt i mindretallets analyse. Lovgivningen tolkes likevel på en annen måte enn den tolkningen flertallet legger til grunn.

Da prostitusjonsinntekt er en lovlig inntekt, mener mindretallet at ”*sammenhengen* i lovgivningen tilsier at tap av denne inntekten må kunne kreves erstattet” (forfatters kursivering).⁴⁴ Videre hevdes det at dersom inntekten aksepteres, ”er det grunn til også å akseptere tapet av den”. Mindretallet mener dermed at argumentet taler for et erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter, ettersom lovgivningen etter deres syn ”bygger på en grunntanke om at de prostituertees rettsstilling ikke skal rammes av at andre begår lovbrudd i forbindelse med at prostitusjonen foregår”.⁴⁵

Nærmere utdyping og analyse

Etter min mening er det naturlig å se hen til de strafferettslige reglene i vurderingen, da prostitusjonsinntektene har en såpass nær tilknytning til den type atferd som forbys. Hvilken tolkning som skal legges til grunn, er imidlertid et annet spørsmål.

Flertallets argumentasjon om at inntekten er gjort lovlig av hensyn til de prostituerte selv, og at dette taler mot et erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter, fremstår for meg som ubegrunnet. Lovgiver har bestemt at inntekten skal være lovlig for å ivareta prostituerte. Dette indikerer at prostituerte ses på som en utsatt og svak gruppe i samfunnet med et sterkt behov for vern. Lovformålet er sentralt under tolkingen av loven, da Nygaard hevder at ”rettsbrukaren må [...] vurderer rettsspørsmålet i lys av føremålet ut frå eit overordna perspektiv med sikte på gjeldande rett”.⁴⁶ Løsningen som i størst grad er forenlig med formålet bak lovgivningen, er etter min mening at tap av slike inntekter tilkjennes erstatningsrettslig vern.

Ørjasæter og Bergsjø stiller seg også kritiske til flertallets tolkning av straffelovgivningen. Etter deres syn fremstår det ”uklart hvordan samfunnsinteressen konkret taler imot et

⁴⁴ Avsnitt 70.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 74.

erstatningsrettslig vern for tapte prostitusjonsinntekter”.⁴⁷ De påpeker at lovgiver er den som står nærmest til å vurdere ”samfunnets interesser”, og det er tross alt lovgiver som har ”valgt ikke å kriminalisere salg av sex”. Prostitusjon er dermed ”ikke mer samfunnsmessig uønsket enn at det er lovlig for den prostituerte”.⁴⁸

2.4.3 Forutsetning om at ulovlige handlinger skjer

Som nevnt er det en forutsetning for inntjening av prostitusjonsinntekter at ulovlige handlinger skjer, selv om det ikke er den prostituerte selv som står for disse handlingene. Ved lidte inntektstap har allerede de ulovlige handlingene skjedd, mens ved fremtidige inntektstap bygger en eventuell erstatning på en hypotetisk ulovlig handling. Spørsmålet blir om dette skal vektlegges i erstatningsvurderingen.

Flertallet

Flertallet i HR-2017-2352-A uttaler at et erstatningsrettslig vern må ”bygge på en forutsetning om at et slikt kjøp ville blitt gjennomført uten skaden; noe som ville innebære at den som skulle ha betalt for tjenesten, måtte ha begått en straffbar handling”.⁴⁹ Etter deres syn vil det være ”vanskelig å bygge et rettskrav på et slikt utgangspunkt” ut fra sammenhengen i rettssystemet.⁵⁰ Argumentet taler dermed mot et erstatningsrettslig vern av prostitusjonsinntekter.

Mindretallet

Mindretallet mener derimot argumentet ikke skal tillegges betydelig vekt. Begrunnelsen for dette er at ”[e]rstatningen tvinger ikke igjennom noen prostitusjonshandling, og den

⁴⁷ Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 337-338).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Avsnitt 51.

⁵⁰ *Ibid.*

forutsetter heller ikke at en slik handling skal finne sted”.⁵¹ Det pekes på at ”[d]et eneste som vil skje, er at det gjøres en økonomisk beregning av et hypotetisk hendelsesforløp”.⁵²

Nærmere utdyping og analyse

Et erstatningsrettslig vern av prostitusjonsinntekter vil bygge på en forutsetning om at ulovlige handlinger skjer, og flertallet velger å vektlegge dette i vurderingen. Jeg er enig i at argumentet bør tillegges vekt. Mindretallet påpeker at et erstatningsrettslig vern ikke tvinger gjennom en faktisk prostitusjonshandling, men bygger på en hypotetisk forutsetning om at slike handlinger skjer. Generelt innenfor erstatningsretten bygger utmålinger i stor grad på hypotetiske antagelser, og etter min mening er ikke dette noe som tilsier at argumentet skal tillegges mindre vekt.

2.4.4 Kong Christian Den Femtis Norske Lov art. 5-1-2

Etter NL 5-1-2 skal ”[a]lle Contracter [...] som ikke er imod [...] Ærbarhed [...] holdis i alle deris Ord og Puncter”. Regelen stadfester prinsippet om avtalefrihet, og legger til grunn at forhold som strider mot ”Ærbarhed” ugyldiggjør kontrakten eller viljeserklæringen. Slike forhold blir omtalt som reproberte forhold, jf. blant annet Rt. 1946 s. 720.

Hauge har i *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære* uttalt at det ”strider mot ærbarhet å gjøre egen seksualitet til gjenstand for kommersialisering”.⁵³

Prostitusjonsinntekter bygger på avtaler om prostitusjonsvirksomhet, som dermed er imot prinsippet om ”Ærbarhed” i NL 5-1-2. Også i rettspraksis er det blitt lagt til grunn at prostitusjon strider mot NL 5-1-2, jf. blant annet LB-2009-93028. Avtaler om prostitusjon utgjør dermed reproberte forhold. Spørsmålet blir om dette skal brukes som et argument i vurderingen.

⁵¹ Avsnitt 74.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, Oslo 2009 s. 442.

Flertallet

Prinsippet i NL 5-1-2 er blitt brukt som et argument av skadevolder i HR-2017-2352-A. Det ble anført at hensynet til sammenheng i rettssystemet tilsier at tap av inntekt som springer ut av reproberte forhold ikke bør være erstatningsrettslig vernet. Flertallet hevder at "[s]elv om et erstatningskrav for tapte, fremtidige prostitusjonsinntekter ikke direkte gjelder oppfyllelse av en avtale med ulovlig eller støtende innhold, jf. Norske Lov 5-1-2, vil et erstatningsrettslig vern måtte bygge på en forutsetning om at et slikt kjøp ville blitt gjennomført uten skaden".⁵⁴ Et erstatningsrettslig vern vil dermed forutsette at handlinger som strider mot NL 5-1-2 ville blitt gjennomført. Det utledes fra dette at sammenhengen i rettssystemet etter flertallets syn tilsier at prostitusjonsinntekter ikke er erstatningsrettslig vernet.

Mindretallet

Mindretallet velger å se bort fra argumentet utledet av NL 5-1-2, da regelen ikke gir "noe entydig svar på hvilket rettsvern den prostituerte i dag har i avtalesituasjonen".⁵⁵ Det henvises til Hauges uttalelser, hvor det blir diskutert om domstolen kan inndrive ubetalt vederlag fra allerede utførte prostitusjonshandlinger. Her kommer det frem at det kan ha "skjedd en verdimeessig forskyvning fra en sterk moralsk fordømmelse, til en sterkere vektlegging av beskyttelsesbehovet for prostituerte".⁵⁶ På bakgrunn av denne forskyvningen mener Hauge at "de beste grunner taler [...] etter mitt syn for at vederlagskravet kan gjøres gjeldende i disse tilfeller".⁵⁷ Hvorvidt spørsmålet om rettslig innkreving av ubetalte vederlag for prostitusjonshandlinger også har betydning for erstatning for tap av prostitusjonsinntekter, er imidlertid et annet spørsmål.

⁵⁴ Avsnitt 51.

⁵⁵ Avsnitt 73.

⁵⁶ Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, Oslo 2009 s. 446.

⁵⁷ Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, Oslo 2009 s. 445.

Nærmere utdyping og analyse

Spørsmålet blir om prinsippet utledet fra NL 5-1-2 skal tillegges vekt i vurderingen eller ikke.⁵⁸ Etter mitt syn er prinsippet et sentralt moment i vurderingen, men det må leses i lys av dagens samfunn, slik mindretallet påpeker. Hauge uttaler at det har skjedd en ”verdimessig forskyvning” når det kommer til prostitusjonsvirksomhet,⁵⁹ og dette må dermed tas hensyn til når man vurderer om prostitusjon anses å stride med ”Ærbarhed”. Etter min mening anses prostitusjonsvirksomhet også som umoralsk i dag, på tross av at klanderverdigheten i større grad er forskjøvet over på kjøperen. Dette tilsier at prostitusjon også i dag strider med prinsippet i NL 5-1-2. Mindretallet mener imidlertid at det i dag er usikkert om prostitusjon skal omfattes av bestemmelsen, på bakgrunn av utviklingen som har skjedd. Dette er en usikkerhet det er behov for at avklares. Etter min mening burde Høyesterett vurdert spørsmålet mer inngående, i stedet for å se bort fra argumentet slik mindretallet gjør. I så fall kunne det ha blitt avgjort hvorvidt prostitusjonsinntekter anses å stride med NL 5-1-2 den dag i dag.

Ørjasæter og Bergsjø mener imidlertid at mindretallets konklusjon om å ikke vektlegge prinsippet i NL 5-1-2 er ”treffende”.⁶⁰ Det fremheves at ”det å gi rettsordenens beskyttelse til et vederlagskrav for gjennomførte prostitusjonshandlinger vil være å gå *lengre* enn å anerkjenne erstatningsrettslig vern for fremtidige prostitusjonsinntekter” (forfatters kursivering).⁶¹ Som nevnt har Høyesterett i HR-2016-2491-A tilkjent erstatning på bakgrunn av allerede opptjente prostitusjonsinntekter, og prinsippet i NL 5-1-2 ble da ikke ansett å stå i veien. Likevel mener flertallet i dette sakstilfellet at prinsippet er et argument mot erstatningsrettslig vern for fremtidige tap av prostitusjonsinntekter. Ørjasæter og Bergsjø gir uttrykk for at usikkerheten som foreligger tilsier at NL 5-1-2 ikke bør tillegges vekt.

⁵⁸ Se finsk dom – KKO: 2005: 72, hvor spørsmålet om erstatning for prostitusjonsinntekter ble tatt opp. Her ble det lagt avgjørende vekt på et gammelt prinsipp som sier at avtaler som strider mot god moral ikke nyter rettsordenens beskyttelse. Slike avtaler vil være ugyldige og kan ikke behandles i rettssystemet. Prinsippet ligner dermed på prinsippet i NL 5-1-2. Retten mente at prostitusjon strider mot dette prinsippet på tross av at prostitusjon er lovlig, jf. Rikoslaki (finsk straffelov). På bakgrunn av dette kom finsk rett til at kravet var ”åpenbart ugrunnet” og avviste normalbehandling av saken i samsvar med ”rettergangsloven” (min oversettelse).

⁵⁹ Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, Oslo 2009 s. 446.

⁶⁰ Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 340).

⁶¹ *Ibid.*

2.4.5 Skatte- og avgiftspliktig inntekt

Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14 (sktl.) § 2-1 (9) slår fast globalprinsippet; at all formue og inntekt er underlagt skatteplikt for personer bosatt i Norge. Etter sktl. §§ 5-10 og 5-30 skal det skattes for fordel vunnet ved arbeid og virksomhet. Zimmer skriver i *Lærebok i skatterett* at det ikke fritar for skatteplikt at inntekten er opptjent på ulovlig eller rettsstridig måte, eller at aktiviteten strider mot den offentlige moralen.⁶² Prostitusjonsinntekter strider, som vist, med den offentlige moral, da inntekten er nært tilknyttet ulovlige handlinger. I slike tilfeller vil et inndragnings- eller restitusjonskrav normalt ikke være aktuelt, og det foreligger følgelig ikke noe unntak for skatteplikt.⁶³ Det er imidlertid diskutert om inndragning av prostitusjonsinntekter likevel kan være aktuelt i dag, jf. kapittel 2.4.4.

Flertallet

At prostitusjonsinntekter er skatte- og avgiftspliktige, kan spille inn i vurderingen av om inntektene er erstatningsrettslig vernet. Flertallet mener imidlertid at forholdet ikke er av betydning i vurderingen, ettersom skattelovgivningen bygger på andre hensyn enn erstatningsretten.⁶⁴ Videre pekes det på at prostitusjonsinntekter som oftest ikke vil oppgis til beskatning i praksis, og de mener derfor at argumentet er av begrenset betydning.⁶⁵

Mindretallet

Mindretallet i HR-2017-2352-A bruker argumentet i en sammenligning, hvor det uttales at i tillegg til å være lovlig, er inntekten ”som andre inntekter, undergitt skatte- og avgiftsplikt”.⁶⁶ På bakgrunn av dette hevder mindretallet at hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at prostitusjonsinntekter i tillegg til å være skatte- og avgiftspliktige også er erstatningsrettslig vernet.

⁶² Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 7. utgave, Oslo 2014 s. 139.

⁶³ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 7. utgave, Oslo 2014 s. 138-139.

⁶⁴ Avsnitt 52.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Avsnitt 70.

Nærmere utdyping og analyse

Det at prostitusjonsinntekter sjelden oppgis til beskatning i praksis, vil etter min mening ikke være av betydning for om argumentet skal vektlegges i vurderingen. Da lovgiver har lagt til grunn at inntekten er skattepliktig, bør ikke den praktiske håndteringen av situasjonen gå på tvers av lovgivers vilje, i hvert fall ikke i den grad argumentet skal brukes til sammenligning innenfor regelverket. Samfunnets syn, i form av hvordan lovverket er utformet, burde i slike situasjoner være avgjørende. Ettersom loven sier at prostitusjonsinntekter er skattepliktige, mener jeg dette er rettstilstanden man bør gå ut fra i sammenligningen.

Med andre ord burde det etter mitt syn kunne legges vekt på systembetraktninger sett hen til skatterettssystemet i erstatningsvurderingen. For at argumentet skal tale for et erstatningsrettslig vern forutsettes det imidlertid at skadelidte i det aktuelle tilfellet faktisk har betalt skatt på inntekter forut for skadetilfellet. Dersom prostituerte ikke blir tilkjent erstatning for inntektstap i slike tilfeller, vil blant annet pensjonspoeng gå tapt.

2.4.6 Tilfeldig fordel

Det kan anses som en tilfeldig fordel for skadevolder å slippe å betale erstatning for tapt arbeidsinntekt på bakgrunn av hvilket yrke skadelidte har. Hadde skadelidte hatt tilnærmet hvilket som helst annet yrke, måtte skadevolder ha dekket det aktuelle inntektstapet.

Flertallet

Flertallet legger til grunn at argumentet er av liten praktisk betydning dersom det er snakk om en skadevolder fra prostitusjonsmiljøet eller et annet kriminelt miljø, da "[d]et er sjelden erstatningskrav mellom aktørene her løses rettslig".⁶⁷

⁶⁷ Avsnitt 54.

Mindretallet

Mindretallet anser ikke dette argumentet som sentralt i vurderingen, og velger derfor å ikke trekke det frem i sin drøftelse.

Nærmere utdyping og analyse

Etter mitt syn er det påfallende at dette argumentet ikke tillegges mer vekt, da jeg utleder av dette at retten mener man skal oppleve færre konsekvenser av å utøve urett overfor prostituerte enn overfor andre samfunnsborgere. Flertallets begrunnelse om at erstatningskrav i kriminelle miljøer sjelden løses rettslig, fremstår lite relevant for hvilket vern prostituerte skal og bør ha. Jeg kan heller ikke finne at et slikt argument skal gis betydelig vekt i en rettslig argumentasjon. Slik rettsreglene er, vil skadevolder potensielt oppnå en tilfeldig fordel ved å skade en prostituert. Det er paradoksalt og lite holdningsskapende at retten argumenterer for ikke å vektlegge den tilfeldige fordel skadevolder får, på bakgrunn av at konflikter i kriminelle miljøer sjelden løses gjennom rettssystemet.

Også Ørjasæter og Bergsjø stiller seg kritiske til denne begrunnelsen, og uttaler "[a]t kriminelle skadevoldere i praksis sjelden gjør opp for seg, kan etter vårt syn vanskelig svekke vekten av skadelidtes dekningsbehov".⁶⁸ Videre påpeker de at i så fall "ville vel voldsoffererstatningsloven ha vært overflødig".⁶⁹

2.4.7 Skadelidtes dekningsbehov

Reparasjonshensynet er et grunnleggende hensyn innenfor erstatningsretten. Det bygger på en tankegang om at den som er ansvarlig for skaden, også må gjøre opp for seg, og stille skadelidte som om skaden ikke har skjedd.⁷⁰ Utgangspunktet i erstatningsretten er dermed at

⁶⁸ Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, "Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern", *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 341).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007 s. 19.

også prostituerte skal få dekket sine tap. Da prostituerte er ansett som en sårbar gruppe i dagens samfunn,⁷¹ vil deres behov for erstatningsrettslig vern være stort.

Flertallet

Flertallet viser at hensynet er av betydning, men det tillegges imidlertid begrenset vekt. Bakgrunnen for dette er at kompensasjonen ikke utbetales ”på det tidspunkt den skadelidte kanskje trenger det mest”.⁷² Ettersom en eventuell erstatning vil utbetales etter lang tid, blir den ansett å ha mindre praktisk betydning for den skadelidte. Dette er derimot et hensyn som ikke er vektlagt i tidligere rettspraksis innenfor erstatningsretten.⁷³ Høyesterett begrunner ikke nærmere hvorfor tidsmomentet anses relevant i akkurat denne saken.

Mindretallet

Mindretallet sier seg uenig i flertallets vektlegging av hensynet. Etter deres syn står ”hensynet til denne gruppens særlige behov for rettsvern sentralt”. Det påpekes at ”[s]kulle tapte prostitusjonsinntekter mangle erstatningsrettslig vern, blir konsekvensene av å skade prostituerte færre enn av å skade andre”.⁷⁴

Nærmere utdyping og analyse

Både flertallet og mindretallet anser hensynet til skadelidtes dekningsbehov for å være et svært sentralt hensyn i vurderingen. Forskjellen mellom de to fraksjonene knytter seg til vektleggingen av hensynet. Som flertallet hevder vil ikke erstatningen utbetales på det tidspunktet hvor skadelidte har mest bruk for midlene. Likevel påpeker Ørjasæter og Bergsjø, som tidligere nevnt, at dette er forhold som ikke er blitt vektlagt i erstatningsretten tidligere.⁷⁵ For meg er det vanskelig å forstå hvorfor dette hensynet spiller inn i erstatningsvurderingen

⁷¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 82.

⁷² Avsnitt 53.

⁷³ Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 341).

⁷⁴ Avsnitt 77.

⁷⁵ Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 341).

når det gjelder prostitusjonsinntekter, men ikke i øvrige erstatningssaker. Etter min mening er ikke dette en god begrunnelse for flertallets vektlegging. Jeg er imidlertid enig med flertallet i at skadelidtes dekningsbehov ikke skal tillegges avgjørende vekt i dette tilfellet på tross av at hensynet er svært sentralt, da andre hensyn veier tyngre.

2.4.8 Samfunnshensyn

Etter forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester trådte i kraft 1. januar 2009, har lovendringen vært gjenstand for mye diskusjon og kritikk.⁷⁶ I 2014 utførte derfor Rasmussen, Strøm, Sverdrup og Hansen en evaluering av forbudet. Det ble avlagt en rapport, hvor konklusjonen var at reguleringen har ført til en nedgang i etterspørselen av prostitusjon. I tillegg viste rapporten at samfunnets holdning til kjøp av seksuelle tjenester generelt har blitt mer negativ. Også undersøkelsen, og rapporten som var resultatet av den, har imidlertid vært gjenstand for kritikk, blant annet knyttet til vektleggingen av ulike kilder.⁷⁷

Prostitusjon er, som kjent, en uønsket virksomhet i dagens samfunn, på tross av at salg av seksuelle tjenester er lovlig. Man er derfor forsiktige med å tilkjenne aktører innenfor virksomheten for gode vilkår. Dette for å hindre at prostitusjonsmarkedet vokser. Det kan imidlertid stilles spørsmål til om en eventuell tilkjennelse av erstatning for tap av prostitusjonsinntekter vil ha en sammenheng med prostitusjonsmarkedet eller anerkjennelsen av prostitusjon i samfunnet.

Flertallet

Etter flertallets mening ”vil et erstatningsvern for prostitusjonsinntekter kunne bidra til en alminneliggjøring av sterkt uønsket virksomhet og motvirke de dempende effekter kriminaliseringen av slike kjøp synes å ha hatt på etterspørselen etter seksuelle tjenester”.⁷⁸ Videre konkluderes det med at ”prostitusjonsmarkedets karakter overskygger de negative konsekvenser et manglende vern får for den enkelte skadelidte”.⁷⁹ Flertallet gir dermed

⁷⁶ Andrés Lekanger, *Prostitusjon*, Oslo 2016 s. 110.

⁷⁷ Andrés Lekanger, *Prostitusjon*, Oslo 2016 s. 113-115.

⁷⁸ Avsnitt 60.

⁷⁹ Avsnitt 62.

uttrykk for at et erstatningsvern for prostitusjonsinntekter etter deres syn kan tenkes å ha innvirkning på prostitusjonsmarkedet generelt. Høyesterett redegjør ikke nærmere for hvorfor de mener at et erstatningsrettslig vern vil virke negativt på prostitusjonsmarkedet.

Mindretallet

Også på dette punktet stiller mindretallet seg uenig med flertallet. På tross av at prostitusjon er en uønsket virksomhet, mener mindretallet at ”det å tilkjenne erstatning som krevd, ikke i seg selv bidrar til å fremme prostitusjon”.⁸⁰ Videre påpekes det at ”[s]ynet på prostitusjonens aktører har i vårt samfunn gjennomgått en utvikling de siste tiårene”.⁸¹ I dag anses deprostituerte i større grad som offer for prostitusjonsvirksomheten enn tidligere, og deprostituertes kunder har blitt tillagt større kritikk.⁸² Mindretallet konkluderer slik;

”I et slikt lys har jeg vanskelig for å se at prostitusjon vil alminneliggjøres eller lettere tolereres i samfunnet dersom erstatningen ytes. Det er etter min mening liten grunn til å tro at holdningene til prostitusjon blir mer positive dersom ogsåprostituerte som har vært utsatt for vold, får dekket sine ervervstap av skadevolderen.”⁸³

Mindretallet påpeker videre at virkningene av et erstatningsrettslig vern for tap av prostitusjonsinntekter er svært usikre.⁸⁴ De gir dermed uttrykk for at flertallets vektlegging av konsekvensvurderinger til en viss grad er problematisk.

Nærmere utdyping og analyse

Både mindretallet og flertallet anser samfunnshensynet til å være sentralt i vurderingen, men det legges til grunn ulike synspunkter på hva som skal trekkes ut av hensynet, og det vektlegges forskjellig.

Ørjasæter og Bergsjø stiller seg kritiske til flertallets konsekvensvurdering. Det er vanskelig å forutse virkningene et erstatningsrettslig vern vil ha i samfunnet, og det hevdes at Høyesterett

⁸⁰ Avsnitt 74.

⁸¹ Avsnitt 76.

⁸² Ingeborg Rasmussen m.fl., ”Evaluering av forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester”, *Vista analyse*, 2014 s. 178.

⁸³ Avsnitt 78.

⁸⁴ Avsnitt 75.

har begrensede forutsetninger for å komme med slike konsekvensvurderinger. Dette tilsier at retten burde utvise en viss tilbakeholdenhet i slike situasjoner.⁸⁵

Konsekvensvurderingen er relativt usikker, slik det påpekes. Likevel er jeg enig med flertallet i at samfunnshensynet bør veie tungt i denne saken. Da prostitusjon er en svært uønsket virksomhet, bør rettssystemet strekke seg langt for å unngå vekst innenfor prostitusjonsmarkedet. I tillegg har de skadelidte i denne saken allerede fått dekning for andre tapsposter i forbindelse med den skadevoldende hendelsen. Skadelidte har derfor til en viss grad blitt vernet, på tross av at det kortvarige inntektstapet ikke ble dekket. Til sammen vil disse forholdene etter mitt syn rettferdiggjøre den relativt usikre konsekvensvurderingen flertallet foretar.

2.4.9 Oppsummering

Redegjørelsen ovenfor viser at flertallet og mindretallet som oftest anser de samme argumentene som sentrale i vurderingen, men at de enten tolkes forskjellig eller blir tillagt ulik vekt.

Mindretallet mener at hensynet til sammenheng i regelverket taler for et erstatningsrettslig vern, da inntekten i tillegg til å være lovlig også er skatte- og avgiftspliktig. Videre anses prostitusjon som en uønsket virksomhet, men dette kan etter deres mening ikke gå på tvers av prostituertes sterke behov for rettsvern.

Lovgivningen gir etter flertallets syn uttrykk for at prostitusjon er svært uønsket, og at salg av seksuelle tjenester er gjort lovlig ut fra hensynet til prostituerte. Flertallet mener dette taler mot et erstatningsrettslig vern. I tillegg anses det sentralt at tilkjennelse av erstatning for tap av prostitusjonsinntekter bygger på en forutsetning om at ulovlige handlinger skjer. På tross av at hensynet til skadelidtes dekningsbehov er et sentralt hensyn, anser flertallet hensynet til samfunnet generelt å veie tyngre i denne saken.

⁸⁵ Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 342).

2.5 Nærmere om betydningen av prostitusjonsinntekters nære tilknytning til ulovlige handlinger

2.5.1 Innledning

Etter å ha sett på den rettslige argumentasjonen i HR-2017-2352-A, ser vi at det til dels er usikkert hvilken betydning det har at prostitusjonsinntekter har tilknytning til ulovlige handlinger. For å forsøke å avklare dette kan det være hensiktsmessig å se hen til andre inntektsformer med nær tilknytning til ulovlige handlinger, for å se hvordan erstatningsspørsmålet er blitt behandlet der. En slik sammenligning kan kanskje belyse erstatningsspørsmålet for tap av prostitusjonsinntekter ytterligere. I det videre vil jeg derfor se nærmere på hvordan erstatningsspørsmålet er blitt løst i forhold til inntekt fra svart arbeid og narkotikasalg.

2.5.2 Inntekt fra svart arbeid

Svart arbeid er ifølge Strandberg en "[i]inntekt som rettsstridig ikke oppgis til beskatning".⁸⁶ Strl. § 378 kriminaliserer skattesvik. Her kommer det frem at "den som gir uriktig eller ufullstendig opplysning til en offentlig myndighet, eller unnlater å gi pliktig opplysning, når han forstår eller bør forstå at det kan føre til skattemessige fordeler" skal straffes. Det er dermed ulovlig å unnlate å betale skatt på inntekter som er skattepliktige, og forholdet kan medføre straff. Arbeidet i seg selv er derimot ikke ulovlig, det er skatteunndatelsen som utgjør den kriminelle handlingen.

Videre er det også ulovlig å kjøpe tjenester fra personer som ikke betaler skatt. Etter lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav av 17. juni 2005 nr. 67 (sktbl.) § 16-50 kan "[d]en som kjøper tjenester, eller varer sammen med tjenester, [...] gjøres medansvarlig for inntektsskatt, trygdeavgift og merverdiavgift som den næringsdrivende har unndratt". Vilkårene for at bestemmelsen skal få anvendelse er at "vederlaget overstiger 10 000 kroner og ikke er betalt via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling".

⁸⁶ Magne Strandberg, *Skadelidtes hypotetiske inntekt: om erstatningsutmåling og bevis*, Bergen 2005 s. 98.

Sistnevnte bestemmelse trådte i kraft i 2011, og det kommer frem i forarbeidene at formålet bak lovendringen var å forhindre svart arbeid i større grad enn tidligere. I NOU 2009: 4 side 163 ble det antatt at “dersom alle betalinger til og fra næringsdrivende over et visst beløp foretas via bank, vil dette redusere omfanget av den svarte økonomien”. Når transaksjoner gjøres via banker er det lettere å avdekke skatteunndragelser. I tillegg øker bestemmelsen samfunnets bevissthet rundt bruk av kontanter og kjøp av svarte tjenester.

Loven ulovliggjør dermed både kjøp og salg av svarte tjenester. Denne kriminaliseringen viser at svart arbeid er en sterkt uønsket virksomhet fra samfunnets side.

Som vist i kapittel 2.2, er det i teorien gitt uttrykk for at en interesse som er erstatningsrettslig vernet må være lovlig.⁸⁷ Da svart arbeid gir en form for ulovlig inntekt, tilsier dette at et krav basert på en slik inntekt ikke har erstatningsrettslig vern. Likevel gjør Strandberg unntak for tap av svart inntekt, da han mener at de beste grunner taler for at inntekten skal vernes.⁸⁸ Både Nygaard og Lødrup sier seg enige i denne konklusjonen. Lødrup uttaler at ”straffen for skatteunndragelse bør ses atskilt fra spørsmålet om hvilken ervervsevne en person har tapt ved den skadevoldende handlingen”.⁸⁹

I det videre vil jeg se på hvordan spørsmålet om erstatningsvern for tap av svart inntekt er blitt behandlet i rettspraksis.

Svart arbeid i rettspraksis

I rettspraksis er det blitt behandlet flere saker hvor spørsmålet har vært om skadelidte skal tilkjennes erstatning for tapt arbeidsinntekt i tilfeller hvor den aktuelle inntekten har vært svart. For å finne ut hvordan dette spørsmålet er besvart, vil jeg gå nærmere inn på noen avgjørelser.

I Rt. 1975 s. 654 hadde en murer blitt 100 % invalid etter en bilulykke. Forut for ulykken var han allerede 50 % invalid, og fikk trygd på grunn av dette. Mureren hadde likevel utført en del arbeid de siste årene før ulykken, hvor inntektene ikke hadde blitt oppgitt til beskatning. Høyesterett tok ikke direkte stilling til spørsmålet om svarte inntekter er erstatningsrettslig

⁸⁷ Se blant annet Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007 s. 64.

⁸⁸ Magne Strandberg, *Skadelidtes hypotetiske inntekt: om erstatningsutmåling og bevis*, Bergen 2005 s. 103.

⁸⁹ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland, Oslo 2009 s. 479.

vernet, men det ble lagt til grunn som en forutsetning at de er det. Grunnen til at mureren ikke fikk arbeidsinntektene dekket, var at det ikke ble ansett tilstrekkelig sannsynliggjort at hans svarte inntekt oversteg trygdeytelsene han allerede ble tilkjent.

Senere kom det en lignende avgjørelse i LH-1993-485. Også her hadde skadelidte vært utsatt for en bilulykke, og ble vurdert til 20 % invalid som følge av dette. Kvinnen var imidlertid 100 % uføretrygdet før ulykken skjedde. På tross av dette hevdet hun å ha arbeidet med syng, og hatt en svart inntekt av et visst omfang. Hålogaland lagmannsrett uttalte at ”det må anses å være et noe uklart rettsspørsmål i hvilken utstrekning det ved utmålingen av erstatning for lidt inntektstap og tap i fremtidig erverv er adgang til å ta hensyn til inntekt av såkalt ”svart arbeid””. Likevel fant ikke lagmannsretten det nødvendig å ta et standpunkt til problemstillingen. I stedet henvises det til avgjørelsen i Rt. 1975 s. 654, og det legges derfor til grunn et strengt beviskrav for at svarte inntekter skal kunne dekkes. På bakgrunn av dette ble det ikke tilkjent erstatning for den svarte arbeidsinntekten, ettersom inntekten ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort.

Både i LB-2001-259 og i LB-2004-83380 ble lignende tilfeller behandlet i Borgarting lagmannsrett. I begge dommene løste lagmannsretten erstatningsspørsmålet tilknyttet svart inntekt på tilsvarende måte som i tidligere rettspraksis. I LB-2001-259 uttalte retten at ”selv om beregningen av tapet er basert på en antakelse om at A forut for ulykken har oppebåret svarte inntekter, kan rettspraksis ikke ses å være til hinder for at inntektstapet erstattes”. Det ble henvist til høyesterettsdommen i Rt. 1975 s. 654, og lagt til grunn et skjerpet beviskrav for erstatning for svart inntekt.

I LH-2006-45388 uttalte Hålogaland lagmannsrett at det ved utmålingen ikke kunne legges til grunn en mulig svart inntekt, da ”[d]en som vel å halda denne typen fordelar utanfor skattlegging, kan ikkje forventa at det blir bygd på udokumenterte inntekter ved utmåling av skadebot”. Bakgrunnen for at det i utmålingen ble sett bort fra tapt arbeidsinntekt tilknyttet svart arbeid, er ikke nærmere begrunnet i domsavsigelsen. Denne vage formuleringen er uheldig, da den kan tolkes dit hen at lagmannsretten velger å gå bort fra tidligere rettspraksis og kommer til det motsatte resultat; at svarte inntekter ikke har erstatningsrettslig vern. Uttalelsen kan imidlertid også tolkes som at den aktuelle inntekten ikke vektlegges i denne saken, på bakgrunn av at den er udokumentert, og dermed ikke tilfredsstillende det strenge beviskravet som følger av Rt. 1975 s. 654. Da all øvrig rettspraksis om spørsmålet peker i samme retning, velger jeg å tolke uttalelsen på den sistnevnte måten. Etter mitt syn foreligger

det ikke god grunn til å fravike tidligere rettspraksis her. Da lagmannsretten heller ikke gir uttrykk for at de har funnet en slik god grunn, velger jeg å gå ut fra at det ikke var meningen å fravike den øvrige rettspraksisen.

Dermed peker rettspraksis i retning av at det skal tilkjennes erstatning for tap av svart arbeidsinntekt, så lenge inntekten er tilstrekkelig sannsynliggjort.

Som nevnt tilsier den juridiske teorien at inntekter tilknyttet ulovlige handlinger ikke er erstatningsrettslig vernet, men det gjøres unntak for tapte inntekter fra svart arbeid, jf. ovenfor. Domstolenes resultater stemmer dermed overens med meningene som kommer frem i den juridiske teorien. Til sammen tilsier dette at rettstilstanden når det kommer til spørsmålet om erstatning for tap av svart arbeidsinntekt, er avklart.

2.5.3 Inntekt fra narkotikasalg

I strl. § 231 første ledd kommer det frem at ”den som ulovlig tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff som etter regler med hjemmel i legemiddeloven § 22 er å anse som narkotika” skal straffes. Narkotikasalg er dermed en ulovlig virksomhet, jf. ”overdrar”. Det er lagt til grunn i rettspraksis at begrepet ”overdrar” omfatter enhver avhendelse, uavhengig av om det ytes vederlag eller ikke.⁹⁰

Så vidt jeg kan se, har et erstatningsspørsmål tilknyttet tapt inntekt fra narkotikasalg ikke blitt behandlet i rettspraksis. Det kan være ulike årsaker til dette. En mulig begrunnelse kan være at de som er innblandet i narkotikavirksomhet ikke vil være i kontakt med rettsvesenet ettersom virksomheten er ulovlig. Det kan tenkes at personer som tjener penger på narkotikasalg, ikke kontakter offentlige myndigheter, på tross av at et mulig erstatningskrav foreligger. En annen mulig begrunnelse for at en slik erstatningsrettslig problemstilling ikke har vært behandlet i rettspraksis, kan være at rettstilstanden anses avklart.

Nygaard skriver at en skade som stammer fra en straffbar handling, ikke vernes av erstatningsrettslige regler.⁹¹ Som eksempel nevner han smugling. Videre kommer det frem at

⁹⁰ Rt. 1986 s. 171.

⁹¹ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007 s. 65.

ved skade på ting, vil ikke en ting det er straffbart å være ihendehaver av være vernet.⁹² Også Lødrup sier seg enig i dette.⁹³ Ettersom narkotika både er ulovlig å besitte etter lov om legemidler m.v. av 4. desember 1992 nr. 132 (legemiddeloven) §§ 24 (1) og 31 og ulovlig å oppbevare etter straffeloven § 231 (1), vil narkotika omfattes av denne uttalelsen. Dette tilsier at heller ikke inntekter fra narkotikasalg vil være vernet av de erstatningsrettslige reglene.

Juridisk teori er dermed klar på at det ikke skal gis erstatning for skader tilknyttet narkotika. Narkotika og virksomhet omkring dette er noe som er sterkt uønsket av samfunnet, og i tillegg er så og si all håndtering av slike stoffer ulovliggjort etter strl. § 231. Et erstatningsrettslig vern for tap av slike inntekter ville gått på tvers av de moralske prinsipper samfunnet bygges på.

2.5.4 Sammenligning av inntektsformene

Både narkotikasalg, prostitusjon og svart arbeid utgjør arbeid med nær tilknytning til ulovlig atferd. I det videre vil jeg sammenligne disse inntektene, for å se om en slik sammenligning kan belyse problemstillingen.

Salg av narkotika er ikke anerkjent som et arbeid i dagens samfunn. Som tidligere vist har samfunnet i dag stor grad av sympati for de prostituerte, da det er en samfunnsgruppe som anses dårlig stilt i samfunnet.⁹⁴ Tilsvarende sympati foreligger ikke for aktører involvert i narkotikavirksomhet. Strafferammen for salg av narkotika ligger på ”bot eller fengsel inntil 2 år”, jf. strl. § 231 (1), mens det for store mengder stoff kan idømmes fengsel inntil 21 år, jf. strl. § 232 (2). Strafferammen for kjøp av seksuelle tjenester er derimot ”bot eller fengsel inntil 6 måneder”, jf. strl. § 316 (1). Salg av seksuelle tjenester er som nevnt ikke ulovlig, og dermed ikke ilagt noen strafferamme. Forskjellene mellom strafferammene til de to virksomhetene viser at narkotikasalg i større grad enn prostitusjon blir sett på som en alvorlig og straffverdig forbrytelse. Det er også av stor betydning at det ved prostitusjon ikke er skadelidte selv som har begått en straffbar handling, slik det ville vært dersom en narkotikaselger hadde søkt om erstatning. Inntektsformene vil derfor i begrenset grad være sammenlignbare. Det er ikke naturlig å trekke slutninger om erstatningsrettslig vern for

⁹² *Ibid.*

⁹³ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland, Oslo 2009 s. 397.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 82.

inntektene på grunnlag av en slik sammenligning. Mangelen på et erstatningsrettslig vern for inntekter fra narkotikasalg kan derfor ikke tilsa at prostitusjonsinntekter ikke bør tilkjennes et slikt vern.

I likhet med narkotika, er svart arbeid forbudt både å selge og å kjøpe. Da prostitusjon kun er ulovlig å kjøpe, er det ved svart arbeid i enda større grad tilknyttet ulovligheter til inntekten. Det er med andre ord gjort enda tydeligere i lovverket at inntekter tilknyttet svart arbeid er ulovlig og noe samfunnet ikke aksepterer. Prostitusjonsinntekter fremstår dermed uønsket gjennom regelverket i en mer indirekte grad. Likevel oppgis, som tidligere nevnt, prostitusjonsinntekter sjelden til beskatning i praksis. I slike tilfeller vil prostitusjonsinntekter utgjøre en form for svart inntekt, og er følgelig både ulovlig å kjøpe og å selge. Selv om man ut fra regelverket kan tolke svart arbeid som mer uønsket enn prostitusjon, er ikke dette holdbart som argument for at også prostitusjonsinntekter skal tillegges erstatningsrettslig vern.

Svart arbeid er arbeid som ikke er ulovlig i seg selv. Ulovligheten består i en etterfølgende skatteunndragelse. Ved salg av seksuelle tjenester knytter imidlertid selve arbeidet seg til ulovligheter. På denne måten utgjør inntekter fra svart arbeid i større grad "uskyldige" inntekter, som mer indirekte er tilknyttet ulovlige handlinger, sett i forhold til inntekter som stammer fra prostitusjon. Dette tilsier at det er rimeligere å tilkjenne et erstatningsvern for inntekter fra svart arbeid, enn for inntekter som stammer fra prostitusjon. Dette samsvarer med dagens rettsstilstand i rettspraksis.

Svart arbeidsinntekt er en inntektsform som i større grad er sammenlignbar med prostitusjonsinntekter enn inntekter fra narkotikasalg. Likevel må det anses avgjørende at det ved svart arbeid ikke er selve arbeidet som utgjør en ulovlig handling, men en etterfølgende skatteunndragelse. Dette er en av grunnene til at tap av svart arbeidsinntekt har blitt ansett erstatningsrettslig vernet i rettspraksis. Da prostitusjonsinntekter skiller seg fra inntekter fra svart arbeid på dette området, kan ikke sammenligningen brukes som et vektig argument i vurderingen av erstatning for tap av prostitusjonsinntekter.

2.6 Høyesteretts vekting av argumentene

Når det kommer til vektingen av argumentene i vurderingen som foretas i HR-2017-2352-A, blir dette gjort på veldig forskjellig måte av flertallet og mindretallet. Samtlige dommere anser de samme argumentene som relevante, men det er vektingen av argumentene som fører til at de kommer til ulike resultater. Da det er tale om et verdispørsmål,⁹⁵ må dommerne ”fylgja si eiga rettskjensle eller sitt eige rettssyn”.⁹⁶ I det videre vil jeg kommentere flertallets vekting.

Flertallet legger avgjørende vekt på hensynet til samfunnet generelt. På grunn av at prostitusjon er en uønsket virksomhet, anser flertallet det som motstridende å tilkjenne et erstatningsrettslig vern for tap av prostitusjonsinntekter. Det kan stilles spørsmål til om dette er hensyn som burde gå på tvers av hensynet til den enkelte skadelidtes dekningsbehov. Da flertallet ser på virkningene et erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter vil ha i samfunnet, er det i stor grad tale om spekulasjoner. Man kan ikke vite med sikkerhet hvordan et erstatningsrettslig vern vil påvirke verken samfunnsholdninger eller prostitusjonsmarkedet generelt. Det kan derfor virke påfallende at samfunnshensyn tillegges så mye vekt at det går på bekostning av skadelidtes behov for vern; et hensyn som stiller sterkt innenfor erstatningsretten generelt.

Den betydelige vektleggingen av samfunnshensynet blir av flertallet begrunnet ved at skadelidtes dekningsbehov er av mindre praktisk betydning i dette tilfellet. Som tidligere vist, i kapittel 2.4.7, vil en erstatningsutbetaling ta tid, og skadelidte vil derfor ikke få midlene utbetalt på det tidspunktet hvor behovet er størst. Som nevnt, stiller jeg meg kritisk til denne begrunnelsen. Etter mitt syn har likevel skadelidtes behov for dekning blitt ivaretatt til en viss grad, da de prostituerte fikk utbetalt både oppreisningserstatning og dekning for det som gikk tapt i forbindelse med ranet. Behovet for også å få dekket det kortvarige inntektstapet blir dermed ikke like stort. Dette utgjør en legitim grunn for å tillegge hensynet til skadelidtes dekningsbehov begrenset vekt i dette tilfellet.

Etter mitt syn foretar flertallet en velbegrunnet og rettmessig vekting i erstatningsvurderingen.

⁹⁵ Birgitte Hagland, ”Om erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter (HR-2017-2352-A) Dissens 3-2”, *Nytt i Privatretten*, 2018 s. 8, og Morten Kjelland, <https://tv.nrk.no/serie/dagsnytt-atten-tv/NNFA56121417/14-12-2017#t=11m41s>, november 2018.

⁹⁶ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 113.

2.7 Gir HR-2017-2352-A uttrykk for gjeldende rett?

Fra tid til annen oppstår tilfeller hvor Høyesterett kommer til uheldige eller urimelige resultater. Høyesterett kan for eksempel ha glemt viktige momenter under behandlingen av en sak, eller det kan ha skjedd endringer i samfunnsholdninger eller andre forhold som er av betydning for avgjørelsen. I slike tilfeller er det viktig at man kan fravike prejudikatet.⁹⁷ Ifølge Nygaard blir begrepet prejudikat ”brukt om rettsavgjerder”.⁹⁸ Spørsmålet i denne sammenhengen blir om det er grunnlag for å fravike prejudikatet avsagt i HR-2017-2352-A.

Utgangspunktet er at Høyesterettspraksis er bindende for alle andre enn Høyesterett selv.⁹⁹ Det må dermed foreligge vektige argumenter som motsier et prejudikat dersom det skal være grunnlag for prejudikatfravik, da slike fravik ifølge Monsen er ”betinget av tungtveiende rettskildemessige grunner”.¹⁰⁰

I rettspraksis er det få eksempler på at prejudikater er blitt fraveket, dette ”hører til sjeldenhetene”.¹⁰¹ Noen tilfeller foreligger likevel. Blant annet valgte Høyesterett i Rt. 1999 s. 1399 (”Ytternes-dommen”) å ta avstand fra en avgjørelse avsagt tidligere samme år – Rt. 1999 s. 987 (”Stiansen-dommen”). De få eksemplene på prejudikatfravik som foreligger, viser at terskelen for slike fravikelser er svært høy.

Momenter som er av betydning under en slik vurdering er blant annet om man er på et område hvor det er viktig å kunne forutberegne sin rettsstilling, og om endringen vil være til gunst eller ugunst for den private parten.¹⁰² Innenfor erstatningsretten er skadelidtes rettsstilling sentral, og forutberegnelighetshensynet vil derfor være av betydning. I dette tilfellet er imidlertid begge parter private, og en fravikelse vil være til gunst for én av partene, men til ugunst for den andre. En fravikelse vil dermed uansett være til ugunst for en privat part. Ettersom det er viktig å kunne forutse sin rettsstilling som privatperson taler forutberegnelighetshensynet mot å fravike dommen.

⁹⁷ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 182.

⁹⁸ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 75.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo 2012 s. 57.

¹⁰¹ Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo 2012 s. 70.

¹⁰² Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 184.

Videre er det også av betydning om avgjørelsen er enstemmig, eller avsagt under dissens.¹⁰³ HR-2017-2352-A er som tidligere nevnt avsagt under sterk dissens – 3-2. Den sterke dissensen fører til at det vil være mindre betenkelig å fravike avgjørelsen, da den er med på å svekke dommens rettskildeværdi.¹⁰⁴

Også dommens alder er et sentralt moment.¹⁰⁵ Dommen er i dette tilfellet nylig avsagt, og det har vært begrenset med tid til å innrette seg etter den. Innrettelseshensynet tilsier derfor at det er mindre betenkelig å fravike avgjørelsen. Derimot er det få samfunnsendringer som har skjedd på området i ettertid av avsigelsen da den er såpass ny. Dette tilsier at Høyesterett også ville ha kommet til samme resultat i dag.

Til slutt spiller det en rolle om det er tale om én avgjørelse, eller om det er flere avgjørelser som går i samme retning.¹⁰⁶ HR-2017-2352-A er en avgjørelse som ikke er blitt fulgt i etterfølgende rettspraksis.¹⁰⁷ Dommen er likevel så ny at det er sannsynlig at et lignende saksforhold ikke er kommet inn for rettssystemet etter at avsigelsen ble publisert. I LB-2009-93028 kom imidlertid Borgarting lagmannsrett til samme resultat. Selv om dette er en avgjørelse fra underrettspraksis, som dermed har begrenset rettskildevækt,¹⁰⁸ viser det at rettspraksis i ettertid av kriminaliseringen av kjøp av seksuelle tjenester ikke spriker, men peker i samme retning.

Etter at domsavsigelsen ble publisert er det imidlertid ytret kritikk mot den. Hagland hevder i *Nytt i Privatretten*, ”Om erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter (HR-2017-2352-A) Dissens 3-2” at ”den som utøver vold mot samfunnets svakeste grupper, skal selvsagt gjøre opp for skadene”. I tillegg har, som vist, Ørjasæter og Bergsjø vært svært kritisk til avgjørelsen. I *Jussens venner*, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern” stiller de seg særlig kritisk til flertallets premisser, og sier seg til en

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 322.

¹⁰⁵ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 183.

¹⁰⁶ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 184.

¹⁰⁷ Se finsk dom – KKO: 2005: 72, hvor høyeste instans i Finland kom til samme resultat som norsk Høyesterett. I Finland ble det imidlertid ikke foretatt en realitetsbehandling, da flertallet mente kravet var ”åpenbart ugrunnet”, jf. ”rettergangsloven” (min oversettelse). Også i Tyskland (1976, VI ZR 122/75) og Italia (1986, no 4927) foreligger rettspraksis som peker i samme retning, jf. *Digest of European Tort Law, Volume 2: Essential Cases on Damage* (2011). Likevel er lovgivningen omkring prostitusjon i disse landene ulik den norske, og rettspraksisen kan derfor ikke tillegges rettskildemessig vekt, jf. Rt. 1994 s. 1584 hvor det uttales bruk av fremmed rett forutsetter at ”rettsgrunnlaget er tilnærmet det samme”.

¹⁰⁸ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 4. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 1997 s. 160.

viss grad enige med mindretallet. Denne kritikken medfører likevel ikke at en Høyesterettsavgjørelse mister sin prejudikatverdi. Monsen uttaler at

”Det kan antas at det skal svært mye til for å fravike Høyesteretts avveining av alle relevante argumenter. Rettsanvenderen kan være uenig i avveiningen, men Høyesteretts autoritet ville ha blitt så å si underminert dersom slik uenighet i seg selv skulle utgjøre et tungtveiende argument for prejudikatfravik.”¹⁰⁹

På tross av at dommen er avsagt under sterk dissens, i tillegg til å være så ny at man ikke kan forvente at folk har innrettet seg etter den, er ikke dette argumenter som verken hver for seg eller samlet sett er vektige nok til å nå den høye terskelen som legges til grunn for at prejudikatfravik skal aksepteres. Når det gjelder kritikken av avgjørelsen¹¹⁰ knytter den seg for det meste til Høyesteretts vektning av argumentene, men innimellom også til tolkningen som er lagt til grunn. Det er likevel ikke gitt uttrykk for at sentrale argumenter eller rettskilder er blitt oversett i vurderingen, noe som tilsier at prejudikatet ikke bør fravikes.

HR-2017-2352-A gir dermed uttrykk for gjeldende rett.

2.8 Langvarig tap av prostitusjonsinntekter

I HR-2017-2352-A ble det foretatt en reservasjon mot behandling av erstatning for langvarige tap av prostitusjonsinntekter. Inntektstapet som ble behandlet gikk over en periode på to uker, og ble ansett som ”kortvarig”. Høyesterett forklarer i avsnitt 38 begrepet kortvarig som ”et tap av forbigående karakter”. I LB-2009-93028 var det snakk om et tap av arbeidsinntekt som gikk over syv uker. Heller ikke dette tapet ble ansett å være langvarig, da det gikk relativ kort tid før skadelidte kunne fortsette med arbeidet sitt igjen. Erstatning for langvarig tap av prostitusjonsinntekter var heller ikke et spørsmål som ble behandlet i HR-2016-2491-A. Erstatningsspørsmålet tilknyttet langvarige tap har dermed ikke blitt behandlet i rettspraksis.

På bakgrunn av uttalelsen i HR-2017-2352-A legges det til grunn at et langvarig tap ikke er av forbigående karakter, men av mer alvorlig grad og utgjør en noenlunde stabil situasjon.

¹⁰⁹ Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo 2012 s. 155.

¹¹⁰ Se blant annet min analyse i kapittel 2.4.

Spørsmålet blir dermed om det i slike tilfeller skal legges til grunn et annet resultat enn i saker der det er tale om kortvarige inntektstap fra prostitusjon.

Et tap av prostitusjonsinntekter bygger på samme verdigrunnlag uavhengig av om tapet er kortvarig eller langvarig. Det er de samme verdipremissene som danner grunnlaget for vurderingen i begge tilfellene, noe som taler i retning av at samme resultat bør legges til grunn ved erstatningsspørsmålet. Sett hen til rettspraksisen på området tilsier dette synspunktet at det heller ikke skal tilkjennes erstatning for langvarige tap av prostitusjonsinntekter.

Likevel foretar Høyesterett en uttalelse i HR-2017-2352-A i avsnitt 38 som kan tyde på noe annet;

”Men helt generelt bør likevel nevnes at det ved tap av ervervsevne over lengre tid ikke nødvendigvis vil måtte legges til grunn at den som selger seksuelle tjenester på skadetidspunktet, for alltid vil prostituere seg. Ved langvarige skader kan det ikke utelukkes at mer generelle vurderinger av betydningen av tapt ervervsevne vil komme i forgrunnen og kunne begrunne et erstatningsrettslig vern også for fremtidstapet etter alminnelige kriterier.”

Uttalelsen tilsier at andre hensyn vil gjøre seg gjeldende når det er tale om langvarige tap. Blant annet vil hensynet til den skadelidtes dekningsbehov komme inn med atskillig større tyngde i saker hvor det er snakk om langvarige inntektstap, enn hvor det gjelder kortvarige tap. I HR-2017-2352-A tillegger ikke flertallet skadelidtes dekningsbehov avgjørende vekt, på tross av at dette er et svært viktig hensyn innenfor erstatningsretten generelt. En eventuell erstatning vil ikke bli utbetalt når skadelidte trenger den mest, ettersom slike utbetalinger tar lang tid. Flertallet påpeker at ”erstatningssituasjonen ved mer langvarige skader vil kunne være en annen”.¹¹¹ I tilfeller hvor det er tale om langvarige inntektstap vil skadelidtes dekningsbehov være av større betydning, da et slikt tap kan ha mye større innvirkning på livssituasjonen til denprostituerte. Ved kortvarige tap kan oppreisning og dekning for det som gikk tapt ved skadeforvoldelsen tilsi at behovet for ytterligere erstatning for inntektstap ikke er særlig stort. Ved langvarige inntektstap kan ikke dette synspunktet legges til grunn. Et inntektstap stående over lang tid kan nærmest være livsviktig å få dekning for, sett fra skadelidtes ståsted. Hensynet til skadelidtes dekningsbehov vil med andre ord være svært sentralt i vurderingen av et erstatningsrettslig vern for langvarige inntektstap hosprostituerte.

¹¹¹ Avsnitt 53.

Høyesterett påpeker at ”mer generelle vurderinger av betydningen av tapt ervervsevne” vil være sentrale ved langvarige inntektstap.¹¹² Slike vurderinger vil være mer fremtredende ved langvarige tap, da slike tap i større grad har innvirkning på den aktuelle personens livssituasjon. Videre er det ved langvarige tap også av betydning, som Høyesterett påpeker, at det ikke er en nødvendighet at den aktuelle personen vil prostituere seg i all fremtid. Lødrup skriver at utgangspunktet ved utmåling av fremtidige inntektstap er ”en realistisk vurdering av skadelidtes fremtidige yrkesutvikling uten skaden”.¹¹³ I vurderingen må det dermed tas hensyn til at vedkommende ville hatt en mulighet til å komme seg ut av prostitusjonsvirksomhet, og man må se på hvilket potensiale den prostituerte har når det kommer til annet lovlig arbeid eller omskolering. Arbeidsevnen vedkommende hadde før den inntrådte skaden skal dermed tillegges betydning. Dette er forhold som er sentrale i vurderingen av erstatningsvern for langvarig inntektstap, men som ikke er like fremtredende ved kortvarige inntektstap.

Da denne typen hensyn kommer inn i vurderingen av erstatningsspørsmålet, blir vurderingen svært skjønnsmessig. Man kan ikke vite med sikkerhet hvordan arbeidsforholdet til den prostituerte ville ha utviklet seg hvis vedkommende hadde vært foruten skaden. Dette fører til hypotetiske antagelser, og en vanskelig og skjønnsmessig vurdering. Dette er likevel ikke noe som kan være avgjørende for at et erstatningsrettslig vern ikke tilkjennes i slike situasjoner, da utmålingen innenfor erstatningsretten generelt i stor grad bygger på sannsynlighetsvurderinger.

På bakgrunn av den siterte uttalelsen kan det tenkes at Høyesterett implisitt også har gjort seg opp en mening om erstatningsspørsmålet for langvarige inntektstap. Da det hevdes at det ”ikke nødvendigvis vil måtte legges til grunn at den som selger seksuelle tjenester på skadetidspunktet, for alltid vil prostituere seg”,¹¹⁴ peker Høyesterett som nevnt i retning av at man må ta høyde for at den prostituerte ville hatt en mulighet til å skaffe seg en annen lovlig inntekt. Dersom den prostituerte hadde funnet seg et annet arbeid, og dermed en inntektskilde uten tilknytning til ulovlige handlinger, gjør ikke argumentene som taler mot et erstatningsrettslig vern seg gjeldende lengre. Som nevnt innledningsvis, bygger prostitusjonsinntekter på samme verdigrunnlag uavhengig av varigheten av inntektstapet. Høyesteretts uttalelse peker i retning av at langvarige inntektstap skal behandles annerledes,

¹¹² Avsnitt 38.

¹¹³ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland, Oslo 2009 s. 477.

¹¹⁴ Avsnitt 38.

men ikke på grunn av at det erstatningsrettslige vernet stiller seg annerledes i forhold til langvarige tap av prostitusjonsinntekter. Det er den skadelidtes fremtidige ervervsevne som anses erstatningsrettslig vernet, da prostituerte har evne til å skifte yrkesretning.

Det gjentas flere ganger i avgjørelsen at det muligens må legges til grunn et annet resultat i tilfeller hvor inntektstapet er langvarig. På tross av at Høyesterett innledningsvis foretar en reservasjon mot å behandle erstatningsspørsmålet for langvarige tap av prostitusjonsinntekter, sendes det stadige signaler i retning av at slike langvarige tap kan føre til et annet resultat enn kortvarige tap. Dette tyder, som nevnt, på at Høyesterett allerede har bygget seg opp en formening om hvilket resultat som bør legges til grunn ved langvarige inntektstap. Spørsmålet har likevel ikke vært gjenstand for en realitetsbehandling. Uttalelsene om langvarige inntektstap som kommer frem i HR-2017-2352-A er ikke nødvendige for å begrunne resultatet i avgjørelsen, og utgjør derfor et *obiter dictum*. På tross av at slike uttalelser ikke er av betydning for resultatet, må det likevel legges til grunn at de er ”rimeleg gjennomtenkte”.¹¹⁵ De kan dermed tillegges rettskildemessig vekt, men ikke i like stor grad som resten av avgjørelsen.¹¹⁶ Rettstilstanden er følgelig usikker på dette området, og det er behov for at lovgiver eller domstolen foretar en avklaring.

¹¹⁵ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 115.

¹¹⁶ *Ibid.*

3 Bør prostitusjonsinntekter være erstatningsrettslig vernet?

Hvorvidt det skal tillegges et erstatningsvern for prostitusjonsinntekter er, som vist, et omstridt spørsmål. I det følgende vil jeg forsøke å drøfte om slik erstatning bør tilkjennes. Drøftelsen vil dermed bli foretatt *de lege ferenda*.

Dersom man løfter blikket, og ser situasjonen i et større perspektiv, kan man stille spørsmål til om en erstatning for tapte prostitusjonsinntekter vil være forenlig med grunntanken bak erstatningsretten. Både reparasjonshensynet og prevensjonshensynet er fundamentale og grunnleggende hensyn innenfor erstatningsretten.¹¹⁷ Grunntanken er at lidte tap skal erstattes, og skadelidte skal stilles som om skaden ikke har skjedd. Dette tilsier at også prostitusjonsinntekter bør kunne erstattes. Likevel er det trukket begrensninger i erstatningsvernet, på bakgrunn av hvilke tap som fortjener rettsordenens beskyttelse, jf. ”Steriliseringsdommen”. Spørsmålet blir om prostitusjonsinntekter er en form for tap som rettsordenen burde beskytte.

Som vist ovenfor i kapittel 2.1 er det en grunnleggende forskjell mellom sakstilfellet i HR-2017-2352-A og de øvrige dommene hvor kravet til erstatningsrettslig vern er lagt til grunn. Likevel blir det avgjørende om tilkjennelse av en slik erstatning anses å stride med rettsordenens verdigrunnlag. Prostitusjon er en virksomhet som samfunnet i stor grad anser som umoralsk, i tillegg til at inntekten er nært knyttet til ulovlige handlinger. På tross av at selve tapet er av en art som det tradisjonelt sett skal gis erstatning for etter skl. § 3-1, og som dermed ikke skiller seg ut på bakgrunn av arten av tapet, skiller den inntektsbringende aktiviteten seg fra øvrige inntektstap.¹¹⁸ Ved å unndra prostitusjonsinntekter fra det erstatningsrettslige vernet, vil rettsvesenet vise at det tas avstand fra prostitusjonsvirksomhet generelt.

¹¹⁷ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007 s. 19-20.

¹¹⁸ Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345 (s. 334).

Et annet spørsmål som må tas hensyn til, er om det blir riktig å tilkjenne et dårligere vern til en gruppe individer i samfunnet, på bakgrunn av at de er prostituerte. Bør ikke prostituerte ha rett til samme vern som de øvrige samfunnsborgerne dersom de utsettes for kriminelle handlinger? Vil et manglende vern for prostituerte sende ut et uheldig signal overfor resten av samfunnet om at samfunnet i større grad aksepterer slike forbrytelser? Disse spørsmålene er viktige å ta stilling til før man lander på et resultat.

Skadelidte kan til en viss grad vernes på andre måter enn ved å tilkjennes erstatning for inntektstap. HR-2017-2352-A utgjør et eksempel på det, da de prostituerte fikk både oppreisningserstatning samt dekning for det som gikk tapt i forbindelse med ranet. Dersom andre tapsposter erstattes, men at det gjøres unntak for tap av prostitusjonsinntekter, er likevel det erstatningsrettslige vernet svakere for prostituerte enn det vernet annet inntektsgivende arbeid ville hatt i tilsvarende situasjoner. Spørsmålet blir derfor om det at prostituerte bør behandles på lik linje som andre samfunnsborgere bør tillegges avgjørende vekt.

Det kan argumenteres med det faktum at valg av yrke er fritt, og at prostituerte har valgt bort muligheten for å få eventuelle inntektstap dekket. Dette argumentet vil likevel i mange tilfeller ikke stemme. Flere av de prostituerte blir trolig tvunget inn i virksomheten, enten i sammenheng med menneskehandel, eller ved at prostitusjon anses som det eneste alternativet til fattigdom.¹¹⁹ Dersom den prostituerte ikke ser for seg andre muligheter til å skaffe seg en inntekt, vil ikke yrkesvalget ha vært fritt. En slik argumentering vil derfor i mange tilfeller ikke føre frem.

I vurderingen er det to hovedhensyn som står mot hverandre; individhensynet mot samfunnshensynet. Spørsmålet fordrer derfor til syvende og sist et verdivalg; hvilket hensyn bør tillegges størst vekt? På den ene siden har man hensynet til en sårbar gruppe i samfunnet, som fortjener å bli vernet. På den andre siden er prostitusjon, som kjent, en uønsket virksomhet i dagens samfunn, og man er derfor forsiktige med å tilkjenne aktører innenfor virksomheten for gode vilkår. På denne måten vil man unngå at det norske prostitusjonsmarkedet vokser. Ved å vektlegge samfunnshensynet vil man forsøke å verne samfunnsborgerne generelt på best mulig måte.

Det avgjørende spørsmålet er altså hvilket av de motstående hensynene som bør tillegges størst vekt under vurderingen.

¹¹⁹ Andrés Lekanger, *Prostitusjon*, Oslo 2016 s. 88.

Etter min mening bør hensynet til samfunnet generelt veie tyngst, da dette også indirekte vil kunne komme de prostituerte til gode. Samfunnet bør motarbeide prostitusjonsvirksomheten ved å tilrettelegge for at prostituerte kan finne sin vei ut av prostitusjon. Dette ville ha vært i tråd med holdningsutviklingen som har skjedd innenfor virksomheten de siste årene.¹²⁰ På tross av at konsekvensene av et erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter er usikre, mener jeg at det ikke bør tas noen sjanser. Det er en reell mulighet for at et erstatningsrettslig vern for tap av prostitusjonsinntekter kan medføre økning i det norske prostitusjonsmarkedet, og dette bør etter min mening tillegges avgjørende vekt. På bakgrunn av dette mener jeg at prostitusjonsinntekter ikke bør tilkjennes et erstatningsrettslig vern.

Som nevnt i kapittel 2.8 vil imidlertid andre hensyn gjøre seg gjeldende ved langvarige inntektstap enn i tilfeller hvor det er tale om kortvarige tap. Hvis inntektstapet er langvarig vil skadelidtes dekningsbehov veie atskillig tyngre enn om det hadde vært kortvarig. Ved langvarige inntektstap bør derfor individhensynet tillegges avgjørende vekt. I tillegg bør det tas hensyn til muligheten de prostituerte har til å komme seg ut av prostitusjon i fremtiden. Dette er etter mitt syn en god begrunnelse for å tilkjenne erstatning ved langvarige inntektstap, dersom det kan sannsynliggjøres en mulighet for at den prostituerte ville ha skiftet yrkesretning. På tross av at prostitusjonsinntekter generelt ikke anses vernet, bør derfor den fremtidige ervervsevnen skadelidte har være erstatningsrettslig vernet.

Birgitte Hagland ytrer, som nevnt i kapittel 2.7, kritikk mot avgjørelsen i HR-2017-2352-A i *Nytt i Privatretten*, ”Om erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter (HR-2017-2352-A) Dissens 3-2”. Hun mener at dersom prostitusjonsinntekter skal unndras fra retten til erstatning, ”bør det være et lovgivervalg”.¹²¹ Videre hevder hun at vi står overfor et vanskelig verdivalg som det er viktig at lovgiver tar stilling til for å oppklare rettstilstanden. Jeg har tidligere vist at rettstilstanden på dette området er uklar, særlig når det kommer til erstatning for langvarige inntektstap fra prostitusjonsvirksomhet. Jeg stiller meg derfor bak Haglands uttalelser og mener det er behov for at lovgiver tar stilling til spørsmålet, og oppklarer usikkerheten som foreligger per i dag.

¹²⁰ Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, Oslo 2009 s. 446.

¹²¹ S. 10.

4 Litteraturliste

4.1 Lover

1687 – Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

1969 – Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26

1992 – Lov om legemidler m.v. av 4. desember 1992 nr. 132

1999 – Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14

2005 – Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28

2005 – Lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav av 17. juni 2005 nr. 67

2008 – Lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven av 12. desember 2008 nr. 104

4.2 Forarbeider

Ot.ptp. nr. 48 (2007-2008)

Innst. O. nr. 3 (2008-2009)

Ot.prp. nr. 28 (1999-2000)

NOU 2009: 4

NOU 2011: 16

4.3 Rettspraksis

Rt. 1921 s. 827

Rt. 1927 s. 1070

Rt. 1933 s. 995

Rt. 1946 s. 720

Rt. 1956 s. 830

Rt. 1957 s. 210

Rt. 1975 s. 654

Rt. 1985 s. 202

Rt. 1986 s. 171

Rt. 1991 s. 554

LH-1993-485

Rt. 1994 s. 1584

Rt. 1999 s. 203

Rt. 1999 s. 987

Rt. 1999 s. 1399

LB-2001-259

LB-2004-83380

LB-2005-138054

LH-2006-45388

RG-2007-1083

RG-2008-1137

LB-2009-93028

Rt. 2013 s. 287

Rt. 2013 s. 1689

HR-2016-2491-A

LB-2017-15913

HR-2017-2352-A

4.4 Litteratur

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 4. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 1997).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).

Engstrøm, Bjørn, *Skadeserstatningsloven med kommentarer*, (Oslo 2010).

Graver, Hans Petter, ”Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 149-178.

Hagland, Birgitte, ”Om erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter (HR-2017-2352-A) Dissens 3-2”, *Nytt i privatretten*, 2018 s. 7-10.

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

Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, (Oslo 2009).

Lekanger, Andrés, *Prostitusjon*, (Oslo 2016).

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland (Oslo 2009).

Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, 2. utgave (Bergen 2016).

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, (Oslo 2012).

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

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

Rasmussen, Ingeborg m.fl., ”Evaluering av forbudet mot kjøp av seksuelle tjenester”, *Vista analyse*, (2014).

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

Winiger, B. m.fl., *Digest of European Tort Law, Volume 2: Essential Cases on Damage* (Vienna 2011).

Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 7. utgave (Oslo 2014).

Ørjasæter, Jo og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner*, 2018 s. 329-345.

4.5 Utenlandsk rett

1976 – Bundesgerichtshof 1976, VI ZR 122/75 (Tyskland)

1986 – Corte di Cassazione 1986, no 4927 (Italia)

2005 – KKO: 2005: 72 (Finland)

4.6 Nettsider

Nrk.no (Dagsnytt 18), Morten Kjelland – <https://tv.nrk.no/serie/dagsnytt-atten-tv/NNFA56121417/14-12-2017#t=11m41s>, (november 2018).