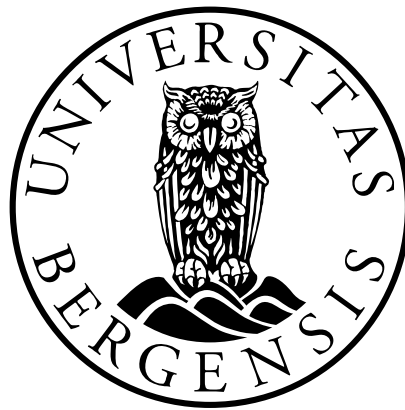


Erstatningsmessig skade
Grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap

Kandidatnummer: 182045

Antall ord: 12394



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember, 2014

Innholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| Innholdsfortegnelse..... | 1 |
| 1 Innledning | 2 |
| 2 Ulike skadetyper og interesser | 3 |
| 3 Begrunnelse: Prevensjon og reparasjon/kompensasjon | 5 |
| 3.1 Kompensasjonshensynet | 5 |
| 3.2 Prevensjonshensynet | 6 |
| 4 Terminologi og definisjoner | 8 |
| 4.1 Realskade og følgeskade | 8 |
| 4.2 Økonomisk og tap | 8 |
| 4.3 Ulempe og ikke-økonomisk | 11 |
| 4.3.1 Nærmere om ikke-økonomiske interesser..... | 11 |
| 5 Rettsgrunnlaget for erstatning | 15 |
| 5.1 Skadeerstatningsloven § 4-1 | 16 |
| 5.2 Hjemmelskravet..... | 18 |
| 5.2.1 Historie | 18 |
| 5.2.2 Kravet anvendt i praksis | 19 |
| 5.2.3 Nærmere om innholdet i hjemmelskravet | 21 |
| 5.2.4 Grensen for hjemmelskravet | 23 |
| 5.2.5 Kritikkk..... | 24 |
| 6 Gjenopprettelsesprinsippet | 25 |
| 7 Utmåling | 29 |
| 7.1 Forholdet til hjemmelskravet..... | 29 |
| 7.2 Prevensjonshensyn..... | 30 |
| 7.3 Bevistema | 30 |
| 8 Oppsummering og avslutning..... | 32 |
| Litteraturliste | 33 |

1 Innledning

Erstatning er en økonomisk kompensasjon i form at et pengekrav. Grunnlaget for erstatning hviler på tre vilkår som alle må være innfridd: *Skade, ansvar og årsakssammenheng* (mellom ansvar og skade). I denne fremstillingen er det skadevilkåret som skal undersøkes nærmere.

Skadevilkåret har som den klare hovedregel det supplerende vilkår; at det kun er den *økonomiske* skaden som er dekket av erstatningsretten. Med dette har man forsøkt å sette noen rammer for skadebegrepets *rekkevidde*. I teori og praksis har man tradisjonelt operert med at unntak fra hovedregelen om det økonomisk tap, må enten ha hjemmel i lov eller avtale. Og dermed burde det klare skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap være satt.

Imidlertid viser det seg at dette tilsynelatende klare skillet ikke likevel alltid holder vann. At yttergrensene for "økonomisk" i rettslig forstand er en flytende grense, som dessuten byr på vesentlige problemer når det kommer til vurderingstemaet om hva som egentlig kan være erstatningsmessig skade. Utfordringen er også klart innrømmet av Høyesterett, f eks i leiebilddommen i Rt-1992-1469; "*å angi generelt hva som ligger i "økonomisk tap" i relasjon til skl § 4-1, er ikke enkelt, [...]*".

Fremstillingens hovedsiktemål er å bane vei for en nærmere forståelse av hvor langt det erstatningsrettslige vernet strekker seg innenfor rammene for økonomisk tap. Eller sagt på en annen måte: hvor hen i "skadelandskapet" stanser det erstatningsrettslige vernet?

Videre og som et ledd i dette, skal fremstillingen også oppnå å bringe klarhet i spørsmålet om erstatning for ikke-økonomisk tap krever hjemmel i lov eller avtale.

Hvorvidt man vil velge å se dette som enten et forsøk på å bryte ned hjemmelskravet, en test på hvor yttergrensene for det rettslige innholdet i ordet "økonomisk" befinner seg, eller begge deler, er ikke det viktigste. Som fremstillingen vil vise så utøver begge forhold innflytelse på hverandre. Og sånn sett vil summen av undersøkelsene være det som bringer klarhet og forståelse om erstatningsvernets ytterrammer.

Fremstillingen vil og ta for seg og studere den rolle et eventuelt prinsipp om faktisk gjenopprettelse spiller i relasjon til det erstatningsmessige tap. Og tanken på erstatning som et surrogat for den ødeleggende effekt av erstatningsbetingende skade.

2 Ulike skadetyper og interesser

Det er vanlige i erstatningsrettslig litteratur er å dele inn skadebegrepet i personskade, tingsskade og ren formuesskade. Personskader inkluderer både fysiske og psykiske skader på person og kan være forårsaket av alt fra vold til matforgiftning til mobbing. Tingsskade er de skadetyper som rammer en fysisk ting. Herunder kommer også skade på fast eiendom, dyr og natur. Rent formuestap er ment å gjelde en type skade som uten å ramme en ting likevel fører til skade på formue. For alle typer skade er det de økonomiske konsekvenser av skaden som skal erstattes.

I utgangspunktet må utmåling av erstatning, uansett skadetype, følge de samme prinsipper. Det koker alltid ned til et pengekrav og et spørsmål om det har oppstått et *økonomisk tap* på skadelidtes hånd. Likevel er det naturligvis slik at de ulike skadetyper av og til rammer ulike *interessetyper*. I det henseende skiller de rene formuestapene seg ut. For denne typen skader knytter det seg oftere tvil om man egentlig har å gjøre med skade i erstatningsrettslig forstand. Eller mer presist; om den rammede *interesse* kan sies å nyte erstatningsrettslig vern.

Det man dermed kan si er felles for alle typer skader, er at de rammer noe som kan oppsummeres som interesser. Ordene skade og tap kan i grunnen byttes ut med ordet interesse (i vid forstand). Enten det er en bil som noen har bulket, noen som har fått en tann slått ut, eller man opplever svikt i inntekt som følge av korrupsjon, så er det *alltid en interesse* som er rammet. Interessen i den økonomiske verdien av en ting, interessen av å reparere det fysiske legemet, og interessen av redelighet i forretningslivet.

Interesser kan altså knyttes opp mot alt. Det være seg i form av forventninger, formål, eller formuesgoder. Og det er interesser som, foruten å i seg selv være et dekkende ord for alle typer skader, også er hva som står i *sentrum* når spørsmålene om en skade er erstatningsberettiget skal besvares: Har krenkelsen av en interesse gitt "*økonomiske følger*?"

Fokuset på interesser leder dessuten lettere tankene hen på synsvinkler basert på verdier i vid forstand. Reelle hensyn. Noe som antakelig for erstatningsretten er særlig relevant og hensiktsmessig i et rettsutviklingsøyemed. Spesielt hensett til at erstatningsretten i prinsippet allerede er bygget på ulovfestet rett, utviklet i rettspraksis. Høyesterett har f.eks. i forbindelse med spørsmål om objektivt ansvar i Rt-2003-1546 uttalt at hensyn til "*mer overveiende interesser av samfunnsmessig karakter [må] trekkes inn*".

Andre eksempel på slik bruk av interessehensyn finner man i Nucleusdommen i Rt-2001-1062, og Rikstotoddommen i Rt-2007-425.

I Nucleusdommen mente saksøker seg forbigått i en anbudsrunde om offentlig innkjøp. Retten vurderte om den positive kontraktsinteresse var noe som burde nyte erstatningsrettslig vern.

I Rikstotodommen fikk ikke en rikstospiller registrert spillet på grunn av en feilmerking av spillesedlene. Norsk Rikstoto var ansvarlig for feilmerkingen ved feilinformasjon. Rikstospilleren gikk til sak og krevde erstatning for uteblitt spillegevinst.

Skjønt i disse eksemplene var det ikke problematisk å slå fast at interessen var av økonomisk art. Uttalelser i Leiebildommen i Rt-1992-1469 er sånn sett mer treffende med hensyn til nødvendigheten av et bredt fokus på interesser, også de ikke-økonomiske. I den saken ble en familie med venner fratatt de spesielle utnyttelsesmuligheter som lå i å kunne benytte sin private personbil til en planlagt ferie. Førstvoterende uttrykte det slik:

*“Det må også sees hen til at bilen vil være anskaffet for å dekke behov som for bileieren er så vesentlige at han har pådratt seg betydelige økonomiske byrder for å dekke dem. **Med den utbredelse bruk av privatbil har i dagens samfunn, må det kunne legges til grunn at det dreier seg om en meget alminnelig vurdering av verdien av å få tilfredsstilt disse behov.** Krav om erstatning for leiebilutgifter kan sees som et krav om å få dekket sine utgifter for å opprettholde den mulighet til bruk av bil som det var investert i, og som avbrytes ved den skadevoldende handling.”* (Min utheving)

Til dette er det verdt å merke seg den betydelige innflytelse dommerens mer personlige valg og vurderinger kan ha i ulike tvilstilfeller. T. Eckhoff omtaler reelle hensyn som et spørsmål *“om den generelle regel man kommer frem til er god, og dels – hvis det er et individuelt rettsspørsmål man skal ta standpunkt til – om løsningen er god i dette spesielle tilfellet”*¹.

Ordet “verdier” er antakelig like godt som ordet “interesser”, og fungerer egentlig som synonymer for hverandre.

¹ Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget, side 371

3 Begrunnelse: Prevensjon og reparasjon/kompensasjon

Det er to hensyn som tradisjonelt har blitt ansett som de viktigste i erstatningsretten; kompensasjon og prevensjon. Det er altså disse to tingene man ønsker å oppnå med erstatningsrettens regler.

3.1 Kompensasjonshensynet

Kompensasjon har som formål å bringe den skadelidende tilbake til samme stilling som før skaden inntraff. Dette formålet er naturligvis betinget av at *erstatningsbetingende* skade har skjedd. Dette hensynet uttrykkes også gjerne som reparasjon eller gjenoppretting. Imidlertid lar det seg diskutere om erstatningen *egentlig* formål er å bringe skadelidte i samme *økonomiske* stilling eller samme *faktiske* stilling som før skaden: Hva er det optimale målet for gjenoppretting?

Til forskjell fra prevensjonshensynet (som vi straks skal se) så har ikke kompensasjonshensynet en direkte økonomisk begrunnelse. Samfunnsøkonomisk er det likegyldig hvem som betaler for gjenopprettingen av en skade. Av og til er det sågar dyrere å la skadevolder betale. Så *hvorfor* skadevolder skal betale har antakeligvis dypest sett å gjøre med relasjonen til straffeloven og hevntanken. Og generelt sett en rettferdighetstankegang: "*Når [skadevolderen] har gjort opp for seg, kan det bli fred.*"². Likevel er det utvilsomt at kompensasjonsprinsippet i praksis virker avskrekkende på en potensiell skadevolders handlingsmønster.

I relasjon til skadebegrepets ytterrammer byr erstatningsreglenes kompensasjonsformål på noen særlige utfordringer. Lødrup sier at det er "*ønsket om å gjenopprettede tapet som [...], er erstatningsrettens bærende element*"³ (Min utheving). Det er litt utydelig om han med "tapet" sikter til det økonomiske eller det faktiske. Men antakelig mener han det *økonomiske*⁴. Øvergaard er mer i tvil og diskuterer om ikke *gjenoppretting* egentlig tilhører de alminnelige erstatningskrav⁵. Øvergaard påpeker at erstatningen (pengekravet) egentlig bare er et "*surrogat for de ødelagte verdier*"⁶. Og dermed må gjenoppretting av den *faktiske* situasjon i følge han være det optimale. Og kompensasjonen er således ikke noe mer enn bare middelet for å mest mulig nærme seg målet om en gjenopprettet faktisk tilstand.

Stang er på den andre siden ikke enig i at denne typen gjenopprettingskrav tilhører erstatningsretten⁷. Han peker på at gjenopprettet vil si at den økonomiske virkningen av

² Nygaard, Nils, Skade og Ansvar, 5. Utgåve, Universitetsforlaget, Bergen, 2000, side 19

³ Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, Gyldendal Akademisk, Oslo 2009 side 110

⁴ Lødrup, op.cit (3) øverst på side 108

⁵ Øvergaard, J. Norsk Erstatningsrett, Olaf Norlis Forlag, Oslo, 1951, annen utgave, side 285

⁶ Øvergaard, op.cit (5) side 1

⁷ Stang, Fredrik, Erstatningsansvar, Aschoug og Co, 1927, side 102-103

at en skade er flyttet over på skadevolderen⁸. Og dermed at kompensasjon ikke er noe mer enn ønsket om reparere den *økonomiske* situasjonen.

Uansett hvordan man ser kompensasjonsformålet så vil det ikke alltid være like enkelt å gjenopprette en skade, verken økonomisk eller faktisk. Å avbøte dette problemet må opplagt være et av formålene med å avgrense skadebegrepet til det som er økonomisk, altså objektivt målbar i penger. Et annet formål med avgrensingen av skadebegrepet er hensynet til forutberegnelighet.

I forlengelsen av gjenopprettelse kan man imidlertid snakke om *skadeavbøting* og *skademinimering*. Også kompensasjon til slike tiltak skulle man i utgangspunktet og ut i fra lovens ordlyd tenke at var betinget av at en økonomisk interesse er rammet. Men så snart man med økonomiske midler, og etter en objektivt verdivurdering, kan minimere eller avbøte på følgene av en skade, er man straks nærmere en anerkjennelse om at det likevel kan ha å gjøre med en økonomisk interesse *i lovens forstand*. Spørsmålet er om rettsordenen ser det hensiktsmessig å verne den aktuelle interesse, og ikke nødvendigvis om interessen i seg selv er økonomisk. Hvilken posisjon har interessen i samfunnet? Det var omtrent en slik tankerekke Høyesterett benyttet i den sentrale Leiebilddommen, i Rt-1992-1469, da retten vurderte de transportmuligheter og behovsdekning investering i privat bil tilbyr: Skadelidte hadde fått sin privatbil ødelagt to dager før hun skulle på ferie. Under henvisning til hovedregelen om det økonomiske tap, jf. skl § 4-1, ble erstatning tilkjent for utgifter til leiebil til fritidsformål, der det måtte anses rimelig og naturlig å avverge følgende av skaden ved leie av bil.

Gjenopprettelsesprinsippet er noe jeg komme mer tilbake til i pkt. 6, da dette etter min mening – sammen med interesser – står meget sentralt i forståelsen av skadebegrepet.

3.2 Prevensjonshensynet

Prevensjon har til hensikt å forebygge. Tanken er å motivere potensielle skadevoldere til å anstrenge seg for å unngå skadeforvoldelse – både allment og individuelt. Likheter til straffelov er tydelig. Lødrup understreker at ***”prevensjon utvilsomt har ulik styrke fra livsområde til livsområde [...] Og den virker nok med ulik tyngde alt etter hva slags skader og tap man har i takene”***⁹ (Min utheving). Det er her viktig å bite seg merke i den eventuelle preventive effekt regeldannelse – og særlig skjønnsutøvelse – kan ha i tilfeller der utmåling av erstatning skaper tvil. Hvis det er lettere å få tilgivelse enn tillatelse er det særlig grunn til rettsordenens oppmerksomhet. F eks ved rettsstridig markedsføring, bør utmålingsskjønnet ha prevensjon å tankene, slik at ikke det nærmest blir fritt frem. (jf. pkt. 7 om utmåling)

Den dissenterende dommeren i Glamoxdommen i Rt-1964-65 kritiserte resultat av erstatningsutmålingen som ren gjetting, og egentlig opppreisning. Glamox var produsent av

⁸ Stang, op.cit (7) side 49

⁹ Lødrup, op.cit (3) side 112

belysningsarmaturer og ble saksøkt av sine konkurrenter for påført tap som følge av villedende markedsføring. Rognstad og Stenvik har imidlertid stor sympati med flertallet under henvisning til prevensjonshensynet¹⁰.

Prevensjonshensynet har sammenliknet med kompensasjonshensynet oppgaven som "førsteforsvarer" – den forebyggende ideen. Om den derfor er viktigere, slik at man tilstreber erstatning også der hvor kompensasjon ved skadeforflytning, ikke nødvendigvis lar seg utmåle forsvarlig, er meget tvilsomt. Noe som igjen understreker spørsmålet om kompensasjonshensynets nærmere innhold (jf. over; om den *faktiske* kontra den *økonomiske* gjenoppretting).

Pulveriseringshensynet er og gitt plass i erstatningsretten. Pulverisering har ikke samme evne til å forebygge skade som de to nevnte hensyn. Heller er ikke forebyggelse det direkte siktemål. Det er snarere *følgene* av skaden som ligger til pulveriseringstankens oppgave, f eks ved forsikringsmulighet, trygd eller annen statelig inngripen og regulering. Egentlig en kanalisering av ansvar dit hvor den billigst kan kompenseres og lettest forebygges med tiltak. F eks produktansvar, bilansvar. Hensynet kan egentlig omtales som *økonomisk* prevensjon. Og samfunnsøkonomi (foruten de moralsk tvilsomme skadeforvoldelsestilfeller) er hva man kan si ligger i kjernen av det økonomiske prevensjonshensynet.

¹⁰ Rognstad, Ole-Andreas og Stenvik, Are, Hva er immaterialretten verd?, Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, Gyldendal norsk forlag, 2002, s. 511-548, nederst på side 547

4 Terminologi og definisjoner

4.1 Realskade og følgeskade

Begrepet "skade" er i bunn og grunn normativt, i den forstand at det egentlig er et vurderingsspørsmål om effekten av en hendelse er negativ. Men det er alltid *realskaden*, den *faktiske virkningen*, eller konsekvensen av en hendelse som er temaet for ordet "skade". *Følgeskader* er av og til en konsekvens av realskaden (primærskaden). Som utgangspunkt er også følgeskader dekket av det erstatningsrettslige skadebegrepet. Det er i grunnen kun et spørsmål om årsakssammenheng.

4.2 Økonomisk og tap

Ordet "tap" refererer ofte til det samme som "skade", men brukes gjerne i tilknytning til ordet "økonomisk" for å beskrive reduksjonen i formuesverdien.

Som allerede nevnt i innledningen kommer det økonomisk tapet inn som et supplerende vilkår til skade. Men av og til kan disse to vilkårene, skade og økonomisk, sies å stå på egne bein. Av og til kan det lett konstateres et økonomisk tap, men ikke nødvendigvis skade.

To eksempler på dette finner man i Steriliseringsdommen, Rt-1999-203, og Rikstotoddommen, Rt-2007-425. I Steriliseringsdommen fant retten at det å bringe et barn til verden ikke kunne ses som en "skade" rettslig sett. I Rikstotoddommen hadde det hypotetiske anliggende at det var *oppfyllesesinteressen* i avtaleforhold som la grunnlaget for erstatningskravet. Retten fant der at interessen ikke nøyte de forventninger som ellers er normalt i kontraktsforhold, og kunne således heller ikke ha erstatningsrettslig vern. En "skade" hadde med andre ord ikke skjedd.

Omfattende rettspraksis har tolket ordet "økonomisk" i relasjon til det erstatningsrettslige skadebegrepet *snevert*, dvs som en nominell verdi, eller med andre ord til *pengeverdien* på et formuesgode. Og spørsmålet om økonomisk tap har således vært et spørsmål om økonomisk stilling, *formue*, før og etter den ansvarsbringende hendelse eller handling. Også slått fast som en *differansebetragtning*, jf. KILE-dommen i Rt-2005-65. (Jf. pkt. 5.1.1)

Denne differansebetragtningen må være riktig rettslig sett. Men i forlengelsen av konstateringen av differansen mellom formuen før og etter skaden, så er det nødvendig å se den normative vurderingen som ligger i spørsmålet hvorvidt en differanse er en følge av noe rettsordenen bør verne mot.

Ordet "økonomisk" lar seg imidlertid også fortolkes i vid forstand. F eks stammer ordet opprinnelig fra det greske ordet "oikonomia", som betyr å lede en husholdning, herunder en sparsommelig forvaltning av ressurser¹¹. Penger er kun en *målestokk* for å

¹¹ Norsk riksmålsordbok bind VI, Oslo 1991, s. 4226

sammenlikne reelle størrelser på ulike ressurser, eller altså *interesser* om man vil. Herunder passer verdier som miljø, liv og helse like bra inn som varer og tjenester¹².

Nils Nygård henviser til forsikringsavtaleloven av 1930 § 35 for hva han mener er det nærmeste man kommer en rettslig definisjon på "økonomisk tap"¹³. Der het det som krav at den aktuelle interesse skaden rammet lot "*sig ansette i penger*". Hensett til Nygaards egen presisering på side 62 om at det er *utmålingsreglene* som avgjør om skaden utgjør et økonomisk tap, kan man ikke under en slik definisjon utelukke at andre interesser enn de rent økonomiske kan være gjenstand for en skade som kan utmåles i penger.

Dette forsøket på en definisjon er helt på linje med hvordan ordet "økonomisk" i relasjon til erstatningsretten tolkes etter gjeldende rett: Bare nominelle verdier kan utgjøre det "økonomiske". En ressurs som tid kan aldri være grunnlag for utmåling med mindre tiden kan *omgjøres* til en formuesverdi. Imidlertid er det nyttig å legge merke til at erstatningsretten, når det kommer til skadevilkåret, egentlig låner fra en annen vitenskap enn jussen; nettopp den økonomiske. Jeg sier her "låner" helt bevisst, fordi juridiske betraktningmetoder spiller og en rolle. Eksemplene i steriliseringsdommen og rikstotoddommen viser hvordan dette egentlige samspillet kan fungere: En hendelse som utvilsomt ledet til en tapt formuesstilling (sett med økonomiens øyne) kunne likevel ikke klassifiseres som en skade, eller erstatningsmessig tap om man vil (sett med jussens øyne). Men det er ikke dermed sagt at jussen vet bedre enn økonomien, på den måten at den økonomiske tenkemåten bør gis begrenset med spillerom. Like fullt er det i utgangspunktet dette forsøket på samspill som bidrar til den delvis *tåkelagte*, for å bruke det ordet, grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap, eller sagt på en annen måte; det erstatningsberettigede tap. Noen ganger er det juridiske betraktninger som må overstyre, andre ganger er det økonomien som har utviklende innflytelse. Som fremstillingen skal vise er det særlig eksempler på det siste som er definerende for det rettslige skadebegrepets yttergrenser.

Særlig Leiebildommen i Rt-1992-1469 har uttalelser som illustrerer et slikt økonomisk-vitenskapelig tankemønster: På den ene siden er retten helt tydelig på at den skadede interesse, utnyttelse av ferie og fritid, er ikke-økonomisk. Men på den andre siden at "*ved bilkjøp vil transportomkostningene [til utnyttelse av ferie og fritid] til en viss grad være dekket på forhånd gjennom kjøpesummen.*"

F. Stang påpeker ærlighet om det forhold at jussen på erstatningsrettens felt behøver et intimt samspill med økonomien: Han uttaler at dypest sett er skadebegrepet økonomisk, og slik sett er ikke jurister engang nærmest å kunne være eksperter¹⁴.

¹² Stavang, Endre, *Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav*, Tidsskrift for Erstatningsrett, Gyldendal Akademisk 2004, side 243-260 på side 244

¹³ Nygaard, *Skade og ansvar*, Universitetsforlaget, Bergen, 2000, s. 63

¹⁴ Stang, Aschoug og Co, 1927, side 7

Videre ga Stang sin anerkjennelse til den østeriske juristen og økonomen Victor Mataja, og omtalte hans ideer som "et vesentlig bidrag til erstatningslærens utvikling"¹⁵. Victor Mataja tok allerede 1888 til orde for en samfunnsøkonomisk tilnærming til utmålingen av det erstatningsrettslige tap i boken "Das Recht des Schadenersalzes vom Standpunkte der Nationalökonomie"¹⁶.

Hagerup Bull fokuserte også på en *realøkonomisk* tilnærming til økonomisk verdier i rettslig forstand¹⁷. I realøkonomien for øvrig, beskrives forholdet mellom innsatsfaktorer, eller ressurser, på den ene siden og verdiskapning på den andre siden. Det som da er interessant å studere er det eventuelle misforholdet. I samfunnsøkonomien blir slike misforhold typisk ivaretatt med subsidier. En annen måte å kompensere på er å regulere med lover, noe som åpenbart gjøres, kanskje aller tydeligst gjennom lover som beskytter åndsverk og andre typer "intellectual property", men også gjennom konsesjoner, kvoter og konkurranseregulering. Verdien på mange aktuelle ressurser kan være svært vanskelig verdsette i penger. Også selve *betydningen* av en ressurs som ledd i eventuell verdiskapning kan godt tenkes som et moment i en vurdering av skadebegrepets rekkevidde.

Samfunnsøkonomisk tankemønster har også erstatningsrettslig innflytelse gjennom det faktum at skader faktisk erstattes på ander måter enn formueforskyvning i form av pengekrav. En skade kan alternativt erstattes gjennom forsikring og trygd. Disse to alternative måter å kompensere skade på har åpenbare relasjoner til samfunnsøkonomisk teori.

Fredrik Stang synes ikke å være helt enig i at ordet "økonomisk" bør tolkes snevert i norsk erstatningsrett, mer går snarere inn for en vid tolkning¹⁸. Dette byr imidlertid ikke på dramatik, da dette aller mest har å gjøre med semantikk, og spørsmålet om man velger å utvide det rettslige "økonomisk" til å også inkludere noen strengt fortolket ikke-økonomisk verdier, eller om man heller omdøper noen ikke-økonomiske verdier til rettslig "økonomiske". Kanskje en smakssak, men sannsynligvis også forvirrende.

Stang er for øvrig tydelig når den rettslige betydningen av økonomi knyttes til formue, dvs objektivt målbart i penger som målestokk. Og det om hører til ens formue er interesser; herunder alt fra det tinglige til ressurser og investeringer, slik som planer, avtaler, arbeidskraft, tid og kanskje også restitusjon.

Særlig fare, eller oppstått fare, er noe Stang omtaler som innenfor den erstatningsrettslige skade. Egentlig er det bare et spørsmål om bevis¹⁹. I følge Stang tar det økonomiske liv hensyn til fare, f eks gjennom beregninger av forsikringspremier eller forventninger om avkastning og lignende. Da burde også det rettslige liv gjøre det, argumenterer han. Dette minner også helt om Nygaards presisering om at det egentlig er *utmålingsregler* som avgjør om noe er et "økonomisk tap".

Alt som er en *ressurs* er åpenbart også en *interesse*. (Interesse må sies å være det mer vanlige ordet i rettslig sammenheng, mens ressurs nok foretrekkes i økonomien).

¹⁵ Stang, op.cit (7) side 7

¹⁶ Stavang, *Det erstatningsrettslige skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap*, Tidsskrift for erstatningsrett, Gyldendal Akademisk, 2006, side 163-193 på side 164-165

¹⁷ Hagerup Bull, *Den økonomiske skade*, TfR 1920 s. 155-205

¹⁸ Stang, op.cit (7) side 304

¹⁹ Stang, op.cit (7) side 298-299

Interesser som er omsettelige er selvsagt økonomiske. Det som kjennetegner en del ressurser, type; tid, restitusjon, innsats, og fare, er nettopp at de ikke er omsettelige, kun *brukelige*. Og av og til kun brukelige, og dermed verdiskapende, for innehaveren. De er ofte subjektive. På den ene siden har man altså det som kan omsettes, og på den andre det som bare kan brukes. Og akkurat det at de bare kan *brukes* gjør at dette i særlig grad kan være relevant i forbindelse med de rene formuestap.

4.3 Ulempe og ikke-økonomisk

Ordene "ulempe" og "ikke-økonomisk" er ikke nødvendigvis lett å skille på. I hovedsak er de uttrykk for det samme.

Den klare hovedregel er som kjent at det er det økonomiske tapet som skal erstattes. Det må ut i fra det antas at uttrykkene "ulempe" og "ikke-økonomisk" har som sitt naturlige formål å bidra til å skape det rettslige skillet mellom hva som er ikke-økonomiske interesser og hva som er økonomiske interesser. Alternativt; erstatningsmessige kontra ikke-erstatningsmessige interesser. Skade som krenker en ikke-økonomisk interesse, og gir en ulempe, skal i motsetning til hovedregelen ikke gi rett til erstatning. Dette gjelder imidlertid kun som et *utgangspunkt*. Derfor kan (mis)bruk av uttrykkene "ulempe" og "ikke-økonomisk" antakelig lett lede til forhastede slutninger.

For øvrig kan ordet "ulempe" i vid forstand også ramme skader på økonomiske interesser. Å erfare at sin formue reduseres er jo en ulempe. Men i erstatningsretten er altså ulempe ofte forbundet med det ikke-økonomiske. Likevel dukker ordet ulempeerstatning ofte opp. Som regel i forbindelse med ekspropriasjon og naboforhold. Og da er det snakk om (ulempe)erstatning for lidt *verditap*, altså noe som i det alt vesentlige klart nok er et økonomisk tap, jf. ekspropriasjonerstatningslova § 8 og grannelova § 9.

I denne fremstillingen som søker å klargjøre yttergrensene for hva det økonomiske tap rettslig sett innebærer, er det hensiktsmessig å la ordet "ulempe" kun knytte seg til det ikke-økonomiske.

4.3.1 Nærmere om ikke-økonomiske interesser

I utgangspunktet er ferie og fritid *ideelle* interesser. De lar seg ikke måle objektivt i penger. Skade som rammer en persons mulighet til å utnytte sin interesse i ferie og fritid skulle man derfor strengt tatt tro at befant seg utenfor skadebegrepet, alene basert på henvisning til hovedregelen om det økonomiske tap. Så enkelt er det ikke. Skade på en ikke-økonomisk interesse kan etter omstendighetene være et erstatningsbetingende tap. Og det vil ikke engang være i konflikt med hovedregelen.

Støy og lukt

Det kan være mange skadetyper som kan tenkes å gripe inn i muligheten til å utnytte ens interesse i ferie og fritid fullt ut. Støy, som var tema i Nybrottveien, Rt-1980-309, er bare ett eksempel: Tre naboer gikk sammen til sak mot kommunen med krav om erstatning for påførte støyplager. Tålegrensen etter naboloven § 2 var oversteget, men man fant ikke påvist at omsetningsverdien på eiendommene var redusert: Naboene var ikke påført noe økonomisk tap ved ulempene. Retten avviste erstatning selv om naboene hadde mulighet for gjennom påkostninger å *avverge* ulempene.

Nå rammet denne støyen konkrete eiendommer, men eiendom er uansett noe som brukes til utnyttelse av *fritid*, foruten den formuesgode den faktisk er.

I Rt-1995-1303 anla en rekke boligeiere sak mot Grinda avfallsanlegg om erstatning for ulemper i form av sterk og ubehagelig lukt. Konsekvensene av driften ved anlegget oversteg tålegrensen i nabolovens § 2, men *vederlag* kunne ikke tilkjennes etter den snevre regelen i § 10 (2). Og med hensyn til erstatningsregelen i § 9 klarte man ikke å utmåle et *økonomisk* tap.

Dommene i Nybrottveien og Grinda avfallsanlegg har det til felles at i begge saker var tålegrensen i naboloven overskredet. Men så lenge ikke økonomisk tap kunne påvises var det heller ikke grunnlag for erstatning. Lukt og støy er altså noe som rettsordenen verdsetter og beskytter mot gjennom ulovliggjøring i nabolovens § 2, men er ikke erstatningsrettslig vernet uten at følgene kan utmåles i penger.

En merkbar forskjell dommene i mellom er at det i den tidligere dommen i Nybrottveien diskuteres tiltak for å avbøte på ulempene, mens slike tiltak ikke er tema i Grinda avfallsanlegg. Fordi avbøtingstiltak, altså gjenoppretingsprinsippet, var tema i Nybrottveien er den særlig interessant. (jf. pkt. 6 under)

Støy var også tema i den tidligere Fornebudommen i Rt-1974-524. Retten foretar her en omhyggelige gjennomgangen av nabolovens forarbeider med hensyn til spørsmål om nedsatt bruksverdi (det vil si ikke-økonomisk skade): "*Skadebot for ikkje-økonomisk skade på objektivt grunnlag er i seg sjølv svært uvanleg i vår rett. Og det ligg ikkje føre opplysningar som viser at det er serleg påkravt med eit så vidt-femnande ansvar i grannehøve.*"²⁰

Tid og bevegelse

I leiebilddommen, i Rt-1992-1469, var skaden på bilen i seg selv så klart en (økonomisk) skade på interessen i tinges formuesverdi, men det var og en skade på interessen av å kunne oppnå full bruksutnyttelse, f eks den bevegelsesfrihet bare en privat personbil kan besørge.

I Skjerpung bro-dommen, Rt-1996-1473, hadde en skadevolder med motorvogn gjort skade på en veibro. Han var ansvarlig ikke bare for skadene på selve broen, men også for utgifter til en midlertidig bro for den tid reparasjonen varte, under henvisning til påregnelige følgeskader. En skade på en veibro, var altså også en skade på interessen

²⁰ Ot.prp.24 (1960-61) s.35

som lå i tidsbesvarelsen i forhold til alternativ vei: *"Staten har ansvaret for at riksvegsambandet så vidt mulig holdes åpent for alminnelig ferdsel"*²¹. Å miste tid (til fritid og annet) nøytt altså *indirekte* erstatningsrettslig vern.

Trivsel og miljø

I RG-1979-715 fant retten at det å utplassere noen Canadagjess i naturen hadde interesse i form av å *"skape trivsel og liv i naturen"*, samt generelt sett være en *"tilskudd til naturmiljøet"*: En person hadde tatt livet av 10 Canadagjess og spørsmålet i saken var om vedkommende var erstatningsansvarlig for den skade som var påført miljøet, utmålt til kr 10.000,- til dekning ved utsettelsen av nye gjess. Skadevolder ble ikke hørt med påstanden om at staten var påført tap av ikke-økonomisk art. Spørsmålet ble løst med forurensningsloven, men fortsatt i samsvar med alminnelige erstatningsrettslige regler²². Altså i tråd med et prinsipp om gjenoppsettelse av den faktiske tilstanden til en ideell interesse, ved bruk av økonomiske midler.

I RG-2008-283 hadde et ti meter høyt tre, som en nabo ved grov uaktsomhet hadde felt, *"betydelig ikke-økonomisk verdi, både isolert vurdert og som en del av hagemiljøet omkring Skoglunds bolig, særlig i tilknytning til plattingen og lysthuset [...]"*. Erstatning for utgifter til å gjenoppsettelse den faktiske tilstand, dvs plante et nytt tre, ble tilkjent.

Tid, rekreasjon, restitusjon, sosialisering, og liknende er interesser som klart nok ikke er økonomiske i den forstand at deres verdi lar seg måle objektivt. Men det er samtidig åpenbart interesser som mennesker i dagens samfunn bruker betydelig med økonomiske midler for å utnytte. Både sett med private og offentlige øyne. Noe både leiebil- og skjerping bro-dommene er klare eksempler på at gjeldende rett tar hensyn til.

Et annet rettslig uttrykk for at fritid, ferie og rekreasjon blir hensyntatt, sågar lovmessig, er kommet til i den EU-tilpassede pakkereiseloven. I § 6-4 heter det i tredje avsnitt at *"Kunden kan, selv om han ikke har lidt noe tap, tilkjennes en godtgjørelse såfremt mangelen har voldt kunden vesentlig ulempe."*

Denne regelen kan ikke forstås på annen måte enn at rekreasjon er en rettslig verneverdig interesse. Spørsmålet er bare på hvilket *nivå* og i hvilken *utstrekning*. Foreløpig gjelder dette bare i forbindelse med pakkereiser. Vilkåret *pakkereise*²³ er slik sett så klart det foreløpige nivået, og *vesentlig ulempe* representerer utstrekningen.

Erstatningsreglene i pakkereiseloven er gjennomføring av Pakkereisedirektivet²⁴. Når det kommer til § 6-4 uttrykker forarbeidene imidlertid at tredje ledd, ulempekompensasjonen, ikke er pålagt medlemstatene å gjennomføre. Etter EU-domstolens behandling av Simone-saken²⁵ er det imidlertid klart at man tok feil. I avsnitt 25 konkluderer domstolen med at regelen skal tolkes

²¹ jf. siste avsnitt på side 1476

²² Nygaard, op.cit. (2) side 63

²³ jf. legaldefinisjonen i § 2-1

²⁴ 90/314/EØF

²⁵ C-168/00

som at den *"principielt giver forbrugeren et krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade som følge af manglende eller mangelfuld opfyldelse af aftalen om præstation af de tjenesteydelser, der indgår i en pakkereise."*

I lys av denne dommen kan man først spørre seg hvorfor man laget en erstatningsregel som gikk lenger enn det økonomiske tapet, en ren oppreisningsregel, da det ikke var nødvendig. For det andre er det nå et spørsmål om vilkårene "kan" og "vesentlig" og for strenge i forhold til EU-direktivet.

Loven har forbrukerhensyn som sitt viktigste formål. I utgangspunktet er en avtale om en reise en resultatforpliktelse, akkurat som om det skulle vært en ting. Slik sett finnes det en klar parallell til produktansvar. Og hvis en ting, et produkt, lider av en mangel kan man enten kreve mangelen rettet, prisavslag, eller heving. Problemet er imidlertid at en pakkereise utvilsomt også har klare elementer av tjenesteytelse ved seg, herunder levering av ikke-økonomiske goder, slik at alminnelige misligholdsbeføyelser ikke like lett kan bøte på mangelen og den skade som har skjedd.

Uansett er det avgjørende å ha i minnet at pakkereiseloven tilhører kontraktslovgivningen som rettsområde. Derfor kan de hensyn reglene har som formål å verne melde seg annerledes og med ulik styrke utenfor avtale.

5 Rettsgrunnlaget for erstatning

For at en skadelidende skal rett på kompensasjon gjennom erstatning for ulempe eller skade på en ikke-økonomisk interesse, kreves det som ellers alltid når det kommer til rettslige krav et *rettsgrunnlag*.

Skadeserstatningsloven gir uttrykk for generelle regler og prinsipper på erstatningsrettens område, og fremstår som en delvis kodifisering av norsk erstatningsrett²⁶. Av interesse i denne fremstillingen er reglene om utmåling i kapittel 3 og 4. Når det kommer til tingsskader og de rene formuestap er det i følge lovteksten, og som allerede nevnt, altså det "økonomiske" tapet, jf. skl § 4-1, som kan kreves dekket. Uttrykket "økonomisk" byr imidlertid som jeg har vist på betydelig tvil.

Også for personskade er det i utgangspunktet de rent økonomiske sidene av skaden som dekkes etter loven. Selv om ikke ordet "økonomisk" står skrevet i skl § 3-1, er det helt klart det som er forutsatt. Men som jeg skal vise til slutt så fremtvinger kompensasjon etter § 3-1 naturlig og i praksis noe mer rom for hva hva som kan være "økonomisk" skade (jf. pkt. 7 om utmåling).

Det mest åpenbare unntaket fra økonomisk skade som vilkår for erstatning, finnes dessuten for personskadene gjennom ménerstatning, jf. § 3-2, og oppreisning, jf. §§ 3-5 og 3-6. Som nevnt vil ikke denne fremstillingen ha fokus på personskade utover der hvor de bakenforliggende rettslige prinsippene kan tjene til argumentasjon og eksemplifisering.

Men her kan det være nyttig å presisere at erstatningsretten operer ikke med et grunnleggende skille mellom tingsskade og formuestap på den ene siden og personskade på den andre siden – *i relasjon til spørsmålet om økonomisk tap*. Det grunnleggende skillet består bare i økonomisk tap på den ene siden og ikke-økonomisk tap på den andre²⁷.

Rett til erstatning følger imidlertid også av en rekke andre spesiallover, som er vedtatt særlig med tanke på å regulere skadeforvoldelse ved enten spesielle *virksomheter*, f eks åndsverk, eller spesiell *type*, f eks miljøskade. Foruten en del konkrete eksempler hvor det særlig og i praksis er snakk om *lemping* på kravet til økonomisk målbarhet, er det felles for de aller fleste av disse er at også de tar utgangspunkt i den økonomiske skade når det kommer til hva en skadevolder kan stilles til ansvar for. Det gir seg særlig til syne ved referanse til konkret rimelighet, hvor vederlag eller gjenopprettelse av en faktisk tilstand eller formål står i sentrum, slik som i forurensningsloven § 57 b) (jf. pkt. 6)

F eks følger det av forurensningsloven at miljøskade som er til skade for utøvelsen av allemannsretten bare kan gis erstatningsansvar innenfor rammene av "*rimelige utgifter*

²⁶ Lødrup, op.cit (3) side 64

²⁷ Lødrup, op.cit (3) side 50

til å **gjenopprette** miljøet slik at allemannsretten i størst mulig utstrekning skal kunne utøves som tidligere” (Min utheving), jf. § 58 (1), jf. § 57, d). Det må bety at erstatning forutsetter mer enn bare skade, men også at skaden lar seg rimeligvis “gjenopprette”. Mao må det, selv om det er tale om skade på ikke-økonomiske interesser, være noe ganske annet enn oppreisning, i den forstand at penger er gitt som kompensasjon under et slags vilkår om hva pengene skal brukes på (jf. pkt. 6 og det jeg skriver om dommen i Nybrottveien og erstatning under bestemte vilkår).

Erstatning er som hovedregel en engangsutbetaling av en pengebeløp, et *pengekrav*, ment for å dekke over det fulle økonomisk tapet. Skadelidte har imidlertid ingen plikt til å reparere skaden. Pengene (erstatningen) kan han velge å bruke på hva som helst²⁸.

RG-1962-662: Bileieren var ikke pliktig til å godta skaden gjenopprettet ved reparasjon, men kunne kreve penger.

På den måten kommer man altså ikke utenom å likevel vurdere skadens verdi, altså at man allerede i vid forstand kan si at skaden likevel er “økonomisk”. Men dette blir en alt for farlig overforenkling. Hvis den lovmessige betydningen av “økonomisk” i erstatningsrettslig forstand var så lett tøyelig ville det vært en dramatisk uthuling av et fundamentalt prinsippet om den økonomisk skade. Det man må ha for øyet, og som her skaper et markant skille er spørsmålet om det har skjedd en reduksjon i formue. Veldig ofte vil skade på f eks miljø være gjenopprettbart med tiltak som har en målbar pris i penger.

Eksempler fra rettspraksis viser at det er akkurat disse typetilfeller som er særlig interessante i den rettslige grensedragningen mellom økonomisk og ikke-økonomisk skade. Altså tilfeller der en ikke-økonomisk interesse er skadet. Men mulig å gjenopprette, eller avbøte på med etter omstendighetene diverse tiltak.

Det neste naturlige spørsmålet blir da om det overhode eksisterer en rett på erstatning for ulempe eller ikke-økonomisk skade på ulovfestet grunnlag. Og i denne sammenheng tilkommer prinsippet om at krav om erstatning for ikke-økonomisk tap må hjemles i lov eller avtale²⁹. Her skal jeg i fortsettelsen presentere hovedregelen; lovhjemmelen i skl § 4-1, hjemmelskravet og gjenopprettelsesprinsippet.

5.1 Skadeerstatningsloven § 4-1

Lovteksten lyder: *“Erstatning for tingsskade og annen formuesskade skal dekke den skadelidtes økonomiske tap”*. Dette er det lovmessige uttrykket for hvordan erstatning skal utmåles.

Hovedprinsippet når det kommer til utmåling er differansebetraktingen formulert i KILE-dommen, Rt-2005-65:

²⁸ Lødrup, op.cit (3) s. 458

²⁹ Stavang, *Erstatningsrettslig analyse*, 2007, side 31

"[...] det erstatningsrettslige utgangspunkt [er] at spørsmålet om det foreligger økonomisk tap skal vurderes ut fra en differansebetraktning [...]. Jeg kan heller ikke se at uttalelser i teorien som det er vist til i saken, gir grunnlag for å fravike dette prinsipp."

Videre er det helt klart at den skadelidende har rett på *full* erstatning. Det er *"kjernen i erstatningsretten at skadelidte ikke skal komme økonomisk dårligere ut med skaden enn om denne ikke var inntruffet"*, jf. Rt-1993-1524. Så langt er dette uproblematisk.

NOU 1977:33, sier på side 47 at lovbestemmelsen, formuleringen;

*"tilsikter ikke noen endring i gjeldende rett med hensyn til **hva som kan være gjenstand for erstatning** ved tingsskade eller annen formuesskade. Dette gjelder så vel erstatningens grunnlag som omfanget, og **hvilke interesser** som er erstatningsrettslig vernet etter norsk rett."* (Min utheving)

Videre sier Ot.prp.nr.75 (1983-84) at;

*"Erstatningsutmålingen for tingskade og annen formuesskade reiser en rekke til dels kompliserte spørsmål, jf. Nygaard: Skade og ansvar s 67 flg. **Den foreslåtte bestemmelse gir ikke noe bidrag til å løse disse problemer.**"* (Min utheving)

Spørsmålet om hva som kan være gjenstand for erstatning, og hvilke interesser som er vernet, blir ikke besvart i lovteksten. Ordlyden gir ingen svar. Selve skadebegrepet må derfor opplagt være knyttet til ulovfestet rett og prinsipper. Av og til er en økonomisk interesse ikke et økonomisk tap, og av og til er en ikke-økonomisk interesse et økonomisk tap. (Dette blir også klart illustrert av Rikstoto- og steriliseringsdommen på den ene siden og leiebil- og Skjerpings bro-dommen på den andre.) Loven er kort sagt taus om hva som *kan og bør* utgjøre et økonomisk tap.

Det er heller ikke mulig å lese ut i fra ordlyden at det er bare er interesser av økonomisk art som kan være gjenstand for erstatningsutmåling. Ordlyden er taus om hvilken eventuelle interesse det "økonomiske tapet" er konsekvensen av skade i. Ordene "økonomisk tap" må med andre ord leses som et spørsmål om den skadelidtes økonomiske stilling, om hans formue, er redusert eller ikke. "Økonomisk", etter ordlyden, henspiller på formuesstillingen, ikke interessen som er rammet av skaden.

Har en skade skjedd på en interesse som i seg selv kan omsettes eller på annen måte objektivt verdsettes i penger, gir svaret seg selv. Det er når skaden rammer en interesse hvor denne typen verdivurdering ikke er mulig, men likevel medfører redusert formue at problemet kommer på spissen.

Det er imidlertid viktig å legge merke til at jeg med ordvalget "redusert formue" ikke utelukker hva fremtiden eventuelt måtte bringe av skaderelaterte utgifter. Utmålingstidspunktet er ikke noe denne fremstillingen tar sikte på å drøfte. Overalt hvor formuesreduksjon er omtalt så må dette forstås som løstrevet fra tid.

Oppmerksomhet på at "økonomisk" henspiller på formue, og ikke typen interesse, er viktig, men gjøres ikke alltid nøye nok i rettspraksis. Særlig i Nybrottveidommen synes dette å være oversett. På side 315 uttaler retten seg slik:

"Hvis støyulempene ikke medfører reduksjon verken i eiendommens omsetningsverdi eller i mulighetene for økonomisk utnyttelse av den, er eieren ikke påført noe økonomisk tap direkte ved ulempene."

Retten avgjør her spørsmålet om erstatning alene basert på spørsmål om en av de to interessene omsetningsverdi eller annen økonomisk utnyttelse er krenket. De forutsetter dermed at interessen i et miljø beskyttet for støy ikke kan gi økonomisk tap. Og med det foregriper man utmålingen. Det som foregripes er for det første spørsmålet om den krenkede interesse nyter eller bør nyte vern. Og for det andre om interessen kan gjenopprettes, avbøtes eller minimeres med økonomiske tiltak.

5.2 Hjemmelskravet

Hjemmelskravet kan uttrykkes på ulike måter. Aller kortest er det uttrykt som at *"oppreisning krever hjemmel i lov"*³⁰. Men Hjemmelskravet gjelder egentlig for *alle* skadetilfeller som rammes av grunnprinsippet om dekning for det økonomiske tap: *"Erstatning for ikke-økonomisk skade gis bare når det foreligger særskilt hjemmel for det"*³¹.

Har man altså kommet til at skaden kravet knytter seg til befinner seg utenfor "økonomisk" (i rettslig forstand), altså noe som kalles ren ulempe eller ikke-økonomisk tap, viser teori og praksis til nå at det kreves hjemmel i lov eller avtale³². Det er dette som gjerne kalles "hjemmelskravet".

5.2.1 Historie

Opprinnelig var erstatningsplikt knyttet sammen med straffeansvar³³. Og i det såkalte bøtesystemet; en rettstilstand særlig illustrert i Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687, ble det gitt bøter uten hensyn til spørsmål om *økonomisk* skade. Det kunne for det første skje fordi bøter ble idømt etter fastsatte satser, men også gjennom særlige regler om kompensasjon for "lyte"; et begrep som rettslig sett favner videre enn sykdom og skade.

I 1842, med innføringen av kriminalloven, ble gamle erstatningsregler avløst. Den sentrale bestemmelsen tok i bruk ordene *"Opretning af [...] Tab"*. Disse ordene ble tolket

³⁰ Rogstad og Stenvik, op.cit (10) side 548

³¹ Per Helset, *Erstatningsrett*, Kunnskapsforlaget, 1995, side 308

³² Lødrup, op.cit (3) side 51, E. Monsen, Erik; *Jussens Venner* 01/2010 side 51, og E. Stavang; *Erstatningsrettslig analyse*, 2007, s. 31.

³³ Lødrup, op.cit (3) s. 61

som en hovedregel for at det bare var det økonomiske tap som nøy erstatningsrettslig vern³⁴.

Denne forståelsen ble videre lagt til grunn i straffelovens ikrafttredelseslov av 1902. Denne, nå opphevede loven, åpnet derimot i enkelte *særbestemmelser* for såkalt oppreisning; kompensasjon for *”Tort og Smerte eller for anden Skade af ikke økonomisk Art”*, jf. strl. ikr. § 19 (2), jf. § 21. Oppreisningsreglene er nå plassert i skadeerstatningsloven.

Denne utviklingen, gjengitt i veldig korte trekk, danner bakgrunnen for lovhjemmelskravets eksistens og praktisering i dag. Rettspraksisen av kravet er så langvarig og tydelig at en nærmere redegjøring av opphavet er irrelevant. Antakelig må hjemmelskravet kunne kalles sedvanerett. Men dette lovtekniske spørsmålet tar jeg bevisst ikke stilling til.

Et nyttig spørsmål som imidlertid reiser seg er hvorvidt hjemmelskravet de lege lata samsvarer med de lege ferenda: Bør retten fortsatt stille opp et hjemmelskrav? For å besvare det er det den nyere rettshistorien som aller mest må under lupen. Deler av denne analysen vil naturligvis samsvare med en eventuell analyse om hjemmelskravet eksisterer som rettslig sedvane. Men sedvane eller ikke, det sentrale her å komme frem til selve *resultatet* av hvordan hjemmelskravet praktiseres i dag. Kort sagt hva som er de lege lata, for så ta stilling til de implikasjoner som følger av dette.

5.2.2 Kravet anvendt i praksis

Høyesterett har blant annet gitt følgende uttrykk for hjemmelskravet:

a)

I Rt-1995-1303, en sak der noen beboere hadde søkt ulempeerstatning for sterkt og ubehagelig lukt fra Grinda avfallsanlegg (Søndre Vestfold Avfallsselskap), uttalte retten i et obiter dictum på side 1313: *”Objektivt ansvar for ikke-økonomisk skade og ulempe er fortsatt uvanlig og krever særskilt hjemmel.”*

Dette ble sagt etter en nøye gjennomgang av forarbeidene til naboloven § 10, om vederlag for fremtidig ulempe ved uutbedret retting. Og etter at en særregel om erstatning for ikke-økonomisk skade (“ugangn eller uhugnad”) hadde blitt vurdert, kom man i forarbeidene likevel frem til følgende konklusjon: *”erstatning for ikke-økonomisk skade på objektivt grunnlag var svært uvanlig, og departementet fant ikke grunn til å innføre en særregel om dette I grannsløven”*³⁵. Lødrup legger til grunn at dette også må gjelde ansvar på *subjektivt grunnlag*³⁶.

³⁴ J. Øvergaard, op.cit (5) side 288

³⁵ Ot.prp.nr.24 (1960-61) side 35

³⁶ Lødrup, op.cit (3) side 51

b)

I Rt-1997-1506 var det spørsmål om erstatning i forbindelse med et avsluttet ansettelsesforhold. I relasjon til et konkret krav om oppreisning uttalte retten kort på side 1517: *“Oppreisning forutsetter særskilt hjemmel.”* Og her la retten også til at en analogi fra arbeidsmiljøloven § 62 *“neppe kan benyttes.”* Med andre ord, i denne sammenheng; et strengt hjemmelskrav. Og antakelig er det nyttig å legge merke til sammenhengen her. Spørsmålet var altså oppreisning. Oppreisning som erstatning har unektelig et snevrere innhold enn samlebetegnelsen *“ikke-økonomisk”*. Oppreisning er noe man gjerne knytter til personskaade, og aller typisk under straffbare forhold, og under forutsetning om kvalifisert skyldgrad. Men uansett har oppreisning som siktemål å kompensere noe som per definisjon befinner seg utenfor det alminnelige vilkåret om økonomisk skade. Ikke-økonomisk skade kan, som allerede poengtert, av og til erstattes som økonomisk tap.

c)

Litt mer uklart er det imidlertid f eks i Nybrottveidommen i Rt-1980-309. Retten har riktignok ingen uttalelse som konkret referer seg til hjemmelskravet. Erstatning i den saken ble forsøkt funnet i grannelovens § 9, subsidiært, § 10, altså i vedtatte lover. I relasjon til spørsmålet om rettsgrunnlag legger retten til grunn at den aktuelle skaden ikke har medført noe økonomisk tap, og uttaler i den sammenheng at *“[...] eieren kan i alle fall som **utgangspunkt** ikke komme i en annen stilling selv om han har mulighet for gjennomføring av påkostninger for å avverge ulemper [...]”* (Min utheving).

Uttalelsen er ikke direkte knyttet opp på hjemmelskravet, men må forstås som et uttrykk for et krav om noe *mer* enn de alminnelige erstatningsreglene før et slikt ikke-økonomisk tap som i den saken kan nyte erstatning.

Isolert sett kan uttalelsen tas til inntekt for at retten ikke helt avviser muligheten for ulempeerstatning på ulovfestet grunnlag. Imidlertid må en antakelig være veldig forsiktig med å ta dette ut av sammenheng: I forlengelsen konkluderer nemlig retten med at granneloven § 9 begrenser seg til det økonomiske tap. Sånn sett kan uttalelsen også forstås som at retten i innledningen reserverer seg for at betydningen av økonomisk muligens kan utvides under hensyn til rimelighet, eller gjenoppretting, noe som også nevnes på side 318 i dommen (se også hva jeg skriver om dette lenger ned under pkt. 6)

d)

Hjemmelskravet har og fått uttrykk i forarbeider til lov. Som f eks i NOU 1982:19, *Generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade*. Den uttaler på side 17:

“Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at det bare kan kreves erstatning for skade og tap av økonomisk karakter. Erstatning for skade av ikke-økonomisk art krever særskilt hjemmel.”

Til tross for eventuell tvil og tvetydighet, så er det hensett til den aksept kravet har fått i teorien, utvilsomt at kravet er *reelt*. Med andre ord eksisterer det et krav om hjemmel for erstatningsutmåling for skader som ikke medfører økonomisk tap, men bare ulempe.

Imidlertid er det påfallende at kravets grunnlag ikke er nærmere redegjort for, men bare noe rettspraksis legger til grunn. Enkelte teoretikere er dessuten kritiske til hjemmelskravets eksistens³⁷.

5.2.3 Nærmere om innholdet i hjemmelskravet

Som kort påpekt under oppreisningsspørsmålet i Rt-1997-1506 (ansettelsesforholdet), er det og grunn til å spørre om hva det nærmere innholdet i kravet er. Skiller f eks kravet mellom de ulike skadetyper?

Det umiddelbare svaret er at hjemmelskravet gjelder uansett. I den grad kravet skiller mellom ulike skadetyper må det bero på de ulike og konkrete tilfeller vurdert opp mot muligheten for analogisk anvendelse av eksisterende hjemler.

Analogi og kravets begrunnelse

I forbindelse med spørsmål om analogi, har Monsen pekt på at loven jo allerede inneholder konkrete regler som hjemler oppreisning i form av et pengekrav. Som han sier må det bygge på en forutsetning om at penger *kan* kompensere for ulempe³⁸.

Som begrunnelse for at man i praksis operer med et hjemmelskrav viser han på den annen side til prosessuelle hensyn, og da særlig eventuelle bevisproblemer, samt en lite forutsigbar skjønnsutøvelse med hensyn til den subjektive natur ulempe ofte har³⁹. Tilsvarende begrunnelse mente Scheel å finne i tysk rett⁴⁰.

Som Monsen påpeker i fortsettelsen, oppstår det imidlertid en konflikt mellom analogi og hjemmelskrav. På den ene siden kan det sies at når en analogi passer, så kan selve analogien stå for seg selv som hjemmelen det er et krav om. Men på den andre siden kan hjemmelskravet tolkes som en sperre for selve analogiøvelsen. Løsningen på denne konflikten må nok i utgangspunktet søkes i de konkrete tilfeller. Av og til åpner forarbeidene til en lov bevisst for analogibruk, slik som sameieloven⁴¹.

Andre ganger kan det være påfallende høy grad av likhet mellom det lovregulert tilfellet og det ikke lovregulerte. Nevnte pakkereisloven hjemler ren ulempeerstatning. Et vilkår for erstatning etter denne loven er naturligvis at man er en "pakkereisende". Men er hensynene bak ulempeerstatning for skade på ikke-økonomiske interesser under en

³⁷ Monsen, op.cit (32) side 51 og Rognstad og Stenvik, op.cit (10) side 548

³⁸ Monsen, op.cit (32) side 49

³⁹ Monsen, op.cit (32) side 49

⁴⁰ Herman Scheel, Om Erstatning for ikke økonomisk Skade, Tidsskrift for Retsvidenskab, 1893, s.432-461, på s.433-434

⁴¹ Ot.prp. nr. 13 (1964-65) s. 29-30

feriereise annerledes når transport og innkvartering er kjøpt som pakkereise i forhold til hver for seg? Det man kanskje kan si er at pakkereiser i alle hovedsak er et *rent* ferieprodukt, og slik sett befinner seg i et avgrenset *forbrukermarked*.

Generalisering

En lov kan og være skrevet under forutsetning av at den er et uttrykk for en alminnelig ulovfestet rettsregel. I et slikt tilfelle er det i alle fall ikke utenkelig å kunne generalisere. Det er imidlertid ikke umiddelbart lett å tenke seg nærliggende eksempler i denne retningen med hensyn til oppreisning eller ulempeerstatning.

I den så vidt nevnte dommen fra Borgarting Lagmannsrett, RG-2008-283, hadde en nabo gått inn på den andre naboens eiendom og felt et ti meter høyt tre.

Retten slo der fast i innledningen at dette ikke var et direkte økonomisk tap. Uten henvisning til et eventuelt hjemmelskrav løser man spørsmålet med henvisning til en regel om det er mulig å *"begrense eller avbøte en skade [...] selv om den skadede interesse ikke har økonomisk verdi"*, og viser til leiebilddommen, Skjerpings bro og Canadagjessdommen. Retten hopper i grunnen så over spørsmålet om skade og erstatningsrettslig vern, men ser heller ut til å finne anvendelse av forurensningsloven gjennom å se skaden som noe som kan *"likestilles [...] forurensningsskade"*⁴².

Dette kan ved første øyekast synes som analogi. Men retten går imidlertid ikke nærmere inn på en tolkning av forurensningsloven § 57 b). Dermed er antakelig rettsgrunnlaget likevel skl § 4-1, gjennom bruk av samme gjenopprettingsprinsipp som f.eks i leiebilddommen.

Det som imidlertid er interessant, og som kan minne om en form for generalisering, er når retten uttaler om sin rettskildebruk:

*"I teorien, jf. N. Nygaard, Skade og ansvar 2007 side 66, er det uttalt at løsningen som følger av forurensningsloven "blir rekna for å vera i samsvar med vanlege skadebotreglar". Lagmannsretten er enig i dette, og finner at ødeleggelsen av et slikt tre som denne saken gjelder må anses som en skade på miljøet, som kan likestilles med en forurensningsskade. Under henvisning til [forurensningsloven § 57, b] legger lagmannsretten derfor til grunn at erstatningen bør fastsettes ut fra **hva som må anses som nødvendige kostnader til rimelige utbedringstiltak.**"*
(Min utheving)

For det første kan altså dette se ut som at man generaliserer fra forurensningsloven § 57 b), og bruker denne rettsregelen som et uttrykk for en alminnelig ulovfestet rettsregel om utbedring, gjenoppretting – gitt at forurensningsloven ikke egentlig kan anvendes.

⁴² jf. legaldefinisjonen på "forurensning" i § 6.

For det andre legges skade til grunn. Det er nok ikke særlig tvilsomt uansett. Skade på trær finnes det mange eksempler på at kan gi både erstatning, og sågar straff. Vurderingen av treets verdi (i vid forstand) og dets betydning for eier og det omkringliggende miljøet, inngår derfor utelukkende i *utmålingssspørsmålet*, som i grunnen er hva hele tvisten dreier seg om. Dette er også uttalt.

5.2.4 Grensen for hjemmelskravet

Spesielt slik Høyesterett uttrykker seg i den nevnte dommen i Rt-1997-1506, og de skjønnsmessige og bevismessige utfordringer som ligger til grunn ved ulempeerstatning, er det mye som taler for et generelt sett *sterkt* hjemmelskrav. Og antakelig så sterkt at det sperrer for analogi. Hvis døren for dommerens skjønn, personlige valg og vurderinger først ble plassert på gløtt for ulempeerstatning, har man allerede påbegynt en prosess med grenseflytting – og dertil liten forutberegnelighet – kanskje selv på bekostning av prinsippet om det økonomiske tap.

En annen sak er at denne grenseflytting av erstatningsbetingende skade under vilkåret "økonomisk tap" foregår allerede, men da under utmålingsprinsippet formulert i skl §§ 4-1 og 3-1. Gode grunner taler dermed for det opprettholdes et markant skille mellom økonomisk og ikke-økonomisk. *Men bare etter den nødvendige vurderingen av hvorvidt en skade representerer et økonomisk tap eller ikke. Dette utmålingsprinsippet og hjemmelskravet er så klart ikke i konflikt med hverandre.* (Jf. pkt. 7)

Da erstatning ble tilkjent i eksempelvis leiebilddommen og Skjerping bro-dommen kan det ses som at de skadede interesser i de sakene førte til en utvidelse av størrelsen "økonomisk tap" i skl § 4-1 – i alle fall en bekreftelse på et tidligere tvilsomt innhold. Den utvidelsen behøver ikke bety at grensen for hjemmelskravet er flyttet, eller at område kravet regulerer er innskrenket. Det betyr bare at en større del av et tåkelt område som befinner seg mellom området for hjemmelskravet og det økonomiske tap er definert og sortert under det økonomiske tapet, med begrunnelse i et prinsipp om avbøting eller gjenopprettelse.

Ser man for seg et landskap med alle tenkelige interesser vil det altså være et skarpt rettslig skille som deler alle skader på disse interessene inn i to deler; de økonomiske tap på den ene siden og ikke-økonomisk tap på den andre. Men dette skillet kan først slås fast etter en nøye vurdering. Å kategorisere de krenkede interessene uten nærmere undersøkelse vil være å overse et helt vesentlig poeng, nemlig de nevnte spørsmålene om hva som kan være gjenstand for erstatning, og hvilke interesser som er vernet. (Se pkt. 5.1.1.) Det skarpe skillet hjemmelskravet har til hensikt å definere er således ikke et *utgangspunkt* men et *resultat* av rettsanvendelsesprosessen.

De interessante interessene er naturligvis de tvilsomme, de som ennå ikke klart kan sies tilhører den ene eller andre kategorien skade: De som enten ikke nyter vern (f eks forventning om spillegevinst), eller de som i sin natur er ikke-økonomiske

(ferieutnyttelse). Svaret på spørsmålet om når man er på hjemmelskravets område eller ikke, ligger derfor i spørsmålet om en interesse a) nyter vern, og b) kan utgjøre et økonomisk tap.

Hjemmelskravet står altså som et slags motstykke til hovedregelen om det økonomiske tapet. Men siden det erstatningsrettslige skadebegrepet, det økonomiske tapet, er i en stadig utvikling er hjemmelskravets grense på sett og vis *betinget* av den til enhver tid rettslige tolkning av skadebegrepet. Av den grunn kan det virke lite treffende å snakke om et hjemmelskrav. Når man hører ordet hjemmelskrav skulle man tro at spørsmålet lot seg enkelt besvare med en undersøkelse av lovteksten (eller avtalen). Det er av og til riktig, men av og til ikke. Og i de siste tilfeller risikerer man å overse sentrale poeng. Hjemmelskravet er slik sett ikke noe problem å beholde, men kan metodisk by på forvirring, lettvinnt argumentasjon, og dertil tilfeldige resultater. Men tilfeldige resultater kan vel så gjerne komme ved at man fjerner hjemmelskravet. Og ikke utenkelig i enda større grad. De beste løsninger og problemformuleringer med hensyn til spørsmål om økonomisk eller ikke-økonomisk, vil antakelig komme når det metodiske fokuset i stedet plasseres i en undersøkelse om reelle hensyn. Spørsmål om konkret rimelighet, forholdsmessighet, adekvans, gjenopprettings- og verdelagsprinsipper bør gis den fulle oppmerksomhet. Først da vil man lykkes i søken etter å komme nærmest mulig de gode vurderinger om hvorvidt de ulike interesser og typetilfeller bør utgjøre erstatningsmessige tap.

5.2.5 Kritikk

Bakgrunnen for den eksisterende og uttalte kritikken hos Monsen på den ene siden og Rognstad og Stenvik på den andre, kan dels leses ut av til det faktum at antall lover og særregler for oppreisning eller erstatning for ulempe er voksende og etter hvert nokså omfattende (forurensning, arbeidsmiljø, åndsverk, likestilling, markedsføring). Og dels den utvisking av det tiltenkte skarpe skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk som skjer i praksis. Noe som særlig kommer til syne gjennom utmålingsprinsipper som bevistema og ansvarsgrunnlag med særlig referanse til prevensjonshensyn, slik som i Galmoxdommen i Rt-1964-65⁴³. (Se pkt. 7)

Noe av bakgrunnen for denne kritikken, særlig det forhold med tilførsel av nye særregler, er dessuten etter hvert meget gammel. En uttalelse fra Ragnar Knoph, under ledelse av åndsverklovkomiteen i 1925, viser det. Der ble det vist til et stadig voksende antall unntak fra prinsippet om økonomisk tap, men at det til tross for dette stadig gjelder et krav om positiv lovhjemmel⁴⁴.

⁴³ Monsen, op.cit (32) side 54 og Rognstad og Stenvik, op.cit (10) side 547

⁴⁴ Innst. 1925 s. 53

6 Gjenopprettelsesprinsippet

I hvilken grad og utstrekning det eksisterer et gjenopprettelsesprinsipp innen erstatningsretten har vært tema i diverse teoretiske fremstillinger. At en form for gjenopprettelsesprinsipp uansett eksisterer kan det ikke være tvil om. Gjenopprettelse ligger fast som selve grunnideen bak erstatningsretten. Spørsmålet er bare hva gjenopprettelse skal bestå i: Faktisk eller økonomisk? Ordet gjenopprettelse leder likevel tankene først og fremst til faktisk gjenoppretting; gjenskaping av den opprinnelige faktiske tilstand. En bulk i en bil blir rettet ut. Et hus som brenner bygges opp igjen, en sykdom kureres med medisin osv.

Selve opphavet til tanken om et gjenopprettelsesprinsipp kan tenkes stammer fra en ide om at alle tinglige gjenstander egentlig er økonomiske. De er helt enkelt formuesgoder. Videre har alle formuesgoder en eier i kraft av eiendomsrett. Egentlig er det eiendomsretten som sørger for å gi en ting sin formuesverdi. Ut i fra dette perspektivet kan den bakenforliggende begrunnelse og formål for gjenopprettelse ses som et ønske om utnyttelse av eiendomsretten til en ting. Og mest mulig effektiv utnyttelse oppnås antakelig ofte nettopp gjennom den *faktiske* gjenopprettelse, eventuelt supplert med økonomisk kompensasjon der gjenoppretting ikke tilsvarer det økonomiske tapet. Dette sett med samfunnsøkonomiske øyne.

Kriminalloven av 1842, som ga rettsgrunnlag for erstatning den gang, brukte dessuten ordene "*Opretning af [...] Tab*". (Min utheving)

Som et prinsipp kan gjenopprettelse helt fint beholdes sammen med prinsippet om at skadevolder kan kreve kompensasjon i penger. Gjenopprettelsesprinsippet er egentlig bare noe en kan falle tilbake på som et *vurderingstema* i tilfeller der spørsmål om erstatningsutmåling kommer på spissen. Og spesielt når det kan være vanskelig å avgjøre om en skadet interesse bør nyte erstatningsrettslig vern: Når og hvordan kan og bør en ikke-økonomisk interesse gjenoprettes ved bruk av økonomiske midler og dermed gi grunnlag for et erstatningsmessig, økonomisk tap? Dette er et spørsmålet som minner mye om rettsanvendelsen i f.eks. leiebildommen og Skjerpings brodommen, som antakelig er, og av de fleste anses, som gjeldende rett.

Hvorvidt en skadevolder eller skadelidende likevel kan kreve noe annet enn oppgjør i penger kan muligens anføres under henvisning til en plikt for skadelidende til å begrense skaden jf. skl § 5-1 (2). Men det gjelder likevel et prinsipp om "*objektivisering, slik at skader erstattes etter noenlunde faste kriterier*", jf. Rt-1986-463: En skadevolder måtte akseptere verkstedregningen i forbindelse med en bilskade. Det hjalp ikke at reparasjonen ble gjort billigere.

Som så vidt nevnt tidligere er Øvergaard inne på at et prinsipp om gjenopprettelse av den tidligere bestående tilstand tilhører erstatningskravet. Dette mener han til tross for innrømmelsen om at skadevolder kan nekte gjenopprettelse "in natura"⁴⁵. Det må også legges til at skadelidende heller ikke kan kreve gjenopprettelse "in natura". Videre trekker

⁴⁵ Øvergaard, op.cit (5) side 2

han en parallell til andre rettsområder; som (under visse omstendigheter) en plikt til å utlevere en ting som har havnet i fremmed besittelse ved god tro⁴⁶. I et slikt tilfelle har ikke den som urettmessig har tingen i sin besittelse en rett til å nekte gjenoppretting "in natura".

Øvergaard kommer imidlertid til den innrømmelse at det ikke er mulig å si så mye generelt om et eventuelt gjenoppretingskrav. Men ser ut til å henvise til nødvendigheten av en konkret og praktisk vurdering. Og at det blir et skjønsspørsmål hva som er *tilstrekkelig* gjenoppretting i de ulike typetilfeller:

*"Der skal så vidt mulig søkes rådet bot på skaden ved at der tilveiebringes en tilstand for framtiden som i det vesentlige ligner den som ville ha bestått, om skaden ikke var inntrådt. For de ulemper som har bestått i mellomtiden mellom skadetilføyelsen og gjenopprettingen, blir erstatning å yte i penger, for så vidt ulempene har økonomiske følger."*⁴⁷

Det sier seg selv at det ofte vil være umulig å gjenskape den *faktiske* tilstanden som forelå før en skade. Men det er her Øvergaards idé om erstatning som et *surrogat* kommer inn.

Nygaard uttrykker seg enda tydeligere: Etter hans syn er et vilkår om "*rimelige tiltak [...til] å dekke nødvendige og påreknelige utgifter til gjenoppretting av tilstanden*" (min utheving), en alminnelige regel⁴⁸. Han mener følgende formuleringer i Skjerping bro-dommen står som en generell rettssetning:

*"Utgifter pådratt for å forhindre, begrense eller avbøte en skade kan således kreves erstattet selv i tilfelle den skadete interesse ikke har økonomisk verdi. [...staten hadde] rett til å kreve nødvendige og påregnelige utgifter for gjenåpning av riksvegen dekket av skadevolderen."*⁴⁹

Også Lødrup ser ut til å anerkjenne et alminnelighet gjenoppretingsprinsipp. Akkurat som Nygaard viser han til miljøsektoren og forurensningsloven § 57 b) som illustrasjon (se pkt. 5.2.3. over), og hevder prinsippet må gjelde også utenfor forurensningssektoren⁵⁰. Det som er særlig verdt å merke seg ved forurensningsloven er at i dens forarbeider, blir den rettstilstand som blant andre dommene i Nybrottveien (Rt-1980-309) og Fornebu (Rt-1974-524) representerer omtalt som uheldig⁵¹. I begge disse sakene ble erstatning ifm støyskade nektet. Og i Nybrottveien ble også kostnader til konkrete gjenoppretingstiltak nektet. Blant annet på grunn av den påpekte uheldige omstendighet, inntok man i forurensningsloven § 57 b) formuleringen "*rimelige tiltak*

⁴⁶ Øvergaard, op.cit (5) side 2, jf. side 313

⁴⁷ Øvergaard, op.cit (5) side 318-319

⁴⁸ Nygaard, op.cit (2) side 64

⁴⁹ Nygaard, op.cit (2) side 64

⁵⁰ Lødrup, op.cit (3) side 452-453

⁵¹ NOU 1982:19 s. 177-185

for å hindre, begrense, fjerne eller avbøte forurensningsskade". På side 175 uttaler NOUen det slik:

*"Krav om erstatning for utbedrende tiltak bygger [...] på et gjenopprettelsesprinsipp. Når en eier må avstå sin eiendom [...] kan han etter ekspropriasjonserstatningsloven § 10 kreve erstatning for gjenanskaffelsesverdien [...] Rent umiddelbart kan det synes naturlig at et tilsvarende prinsipp måtte kunne gis anvendelse på fastsettelsen av ulempeerstatning når eieren blir sittende med eiendommen, **slik at han altså får dekket sine utlegg til gjenopprettende tiltak.** [...] Til støtte for en slik løsning har det vært pekt på uheldige praktiske konsekvenser av at erstatning for ulemper er begrenset til verdireduksjonen." (Min utheving)*

Med henvisning til Øvergaard adresserte også den tidligere NOU 1973:8 gjenopprettelse:

*"Det har også ellers vært antatt i norsk erstatningsrett at de rimelige og forsvarlige utgifter den skadelidte har til å **forhindre eller avbøte en skade**, representerer et økonomisk tap som kan kreves dekket, selv om den direkte fysiske skade er av ikke-økonomisk karakter." (Min utheving)*

I forbindelse med dommen i Nybrottveien er det særlig interessant at Høyesterett faktisk ikke overser en mulig anvendelse av et gjenopprettelsesprinsipp. Et slikt prinsipp er riktignok ikke tatt i betraktning under spørsmålet om erstatningsmessig skade, men nevnt mot slutten på dommens side 318: *"Det kan utvilsomt anføres rimelighetshensyn for en utvidet anvendelse av gjenopprettelsesprinsippet."* Denne dommen ble avsagt før vedtakelsen av forurensningsloven. Muligens hadde løsningen blitt en annen dersom forurensningsloven hadde eksistert, og da med spørsmål om mulighet for generalisering (se pkt. 5.2.3. over).

Men henviser til den nå opphevede LOV-1973-01-26-4; Lov om erstatning ved ekspropriasjon av fast eiendom § 10, gjør Høyesterett. Den dagjeldende lov omhandlet *"utgifter til gjenerverv"*.

NOU 1973:8 gjaldt riktignok forurensningsskader, men i forbindelse petroleumsloven; undersøkelse etter, og utvinning av undersjøiske naturforekomster.

Høyesterett foretar ellers noe som synes en forsvarlig vurdering av de reelle hensyn bak en eventuell tilkjennelse av erstatning til gjenopprettende tiltak. Blant annet uttaler den:

"Hvis man ser hen til alle som er utsatt for trafikkstøy som ligger på samme eller høyere nivå enn de eiendommer denne sak gjelder, vil støydempende tiltak koste meget store beløp."

Det blir altså foretatt en vurdering av forholdsmessighet, rimelighet, hensiktsmessighet og retts tekniske hensyn. I et slikt perspektiv er det ikke sikkert at den kritikken dommen har mottatt er fullstendig treffende. Foruten det faktum at retten ikke hadde forurensningsloven å bygge på, er det åpenbart at det må ligge til grunn en solid

forståelse og tolkning av fakta i saken, til tross for at tålegrensen i naboloven § 2 ble konstatert oversteget. En slik forståelse er ikke mulig å skaffe seg i ettertid. Meget tvilsomt fremstår det imidlertid når retten argumenterer slik:

”Det vil heller ikke være mulig for domstolene innenfor gjeldende bestemmelser å sørge for at eventuelle ulempeerstatninger blir brukt til støyforebyggende tiltak. Det er ingen hjemmel verken for å sette som vilkår for ekspropriasjonen at eksproprianten selv iverksetter slike tiltak, eller for å gi pålegg til eksproprianten om hvorledes den erstatning han måtte bli tilkjent, skal anvendes.”

Antakelig ser retten en mulig konflikt mellom egentlig oppreisning og erstatning for økonomisk tap. Alternativt ser retten på gjenopprettelse som et eget rettsinstitutt innen erstatningsretten, som står på egen ben. Men i tilfelle det siste står man uansett i fare for å slå bein under hele instituttet, dersom man forlanger en hjemmel som påtvinger skadelidte de anførte gjenopprettelsestiltak utført. En slik hjemmel eksisterer ikke innenfor pengekrav. Og da kan det heller ikke, skal man følge rettens resonnement, eksistere et gjenopprettelsesprinsipp løsrevet fra det økonomiske tap.

Som kjent kan ikke skadelidte kreve kompensasjon for skade i form av gjenopprettelse i stedet for penger. Han er pliktig til å akseptere tilbudet om penger. Men skadevolder kan på sin side ikke kreve pengene brukt på å gjenopprette skaden. Det siste er sikker rett. Og bør derfor klart stå i veien for gyldigheten av rettens argument om erstatning under vilkår om hva erstatningen skal brukes til.

Bokstavene PETL står for Principles of European Tort Law. Prinsippene er utarbeidet av en akademisk gruppe som har til hensikt å utarbeide felles lovprinsipper og en generell harmonisering av europeisk erstatningsrett. Gruppen kaller seg European Group on Tort Law.

PETL er såkalt ”soft law” og har ingen rettslig bindende virkning – kun en svak rettskildemessig betydning. PETL art. 10:101 har overskriften *”nature and purpose of damages”*. Og videre heter det i første setning at *”Damages are a money payment to compensate the victim, **that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed.**”* (Min utheving)

Denne ordlyden tilsier at penger først og fremst er et *middel* som skal brukes for å oppnå mest mulig faktisk gjenopprettelse. Og i følge Lødrup er denne regelen i stor grad i overensstemmelse med de norske grunnleggende utgangspunkter ved erstatningsutmåling⁵².

⁵² Lødrup, op.cit (3) side 450

7 Utmåling

Som så vidt tidligere nevnt under pkt. 5.2.5. over, kan utmålingsprinsipper representere en betydelig utfordring når det kommer til overholdelse av yttergrensene for det økonomiske tap. I den nevnte Glamoxdommen oppstod det konflikt mellom prinsippet om dekning av det fulle tapet og læren om skjønnsmessig utmåling av tap. Etter omstendighetene kan denne typen konflikter antakelig gjøre inngrep prinsippet om det økonomiske tap.

I Glamoxdommen, Rt-1964-65, ble det konstatert tap i form at tapte inntekter. Tapet hadde rammet Glamox sine konkurrenter, og tapet skyldtes Glamox sin ulovlige og villedende markedsføring av deres belyningsarmaturer, nærmere bestemt en spesielt god – men uriktig – ”refleksjonskoeffisient”. I mangel på bevis for tapets størrelse foretok retten en skjønnsmessig utmåling basert på meget vagt faktagrunnlag: Erstatning kunne ikke nektes når man hadde ”*godtgjort at tap foreligger*”⁵³.

Et annet eksempel er Cirrus-dommen i Rt-1997-199. Et ingeniørfirma og et båtbyggerfirma utvikle sammen en luftputekatamaran. Etter en periode sa båtbyggeriet opp avtalen, men utviklet sammen med en ny partner en konkurrerende ”annen generasjon” av båten. Retten fant brudd på generalklausulen i markedsføringsloven, men videre at det ikke var nødvendig med nærmere dokumentasjon på den eventuelle tapsstørrelsen, og utmålte deretter skjønnsmessig et rimelig vederlag.

7.1 Forholdet til hjemmelskravet

Monsen bruker Glamox-eksempelet til å så tvil om grunnlaget for hjemmelskravet. At det muligens, under utøvelse av dette utmålingsprinsipp, ikke lenger foreligger et nødvendig skille mellom prinsipp og pragmatisme. Et skille han mener lovhjemmelskravet bygger på⁵⁴. Og dessuten at dette utmålingsprinsippet i praksis åpner døren for kompensasjon av ulempe. I samme retning argumenterer Rognstad og Stenvik⁵⁵.

Jeg mener imidlertid at den synsmåte, selv om den illustrerer et meget viktig poeng, ikke er helt nødvendig. Jeg mener læren om skjønnsmessig utmåling av tap uansett ikke kan stå på egne ben. Læren er uansett betinget av spørsmålet om økonomisk tap eller ikke. Etter min mening vil utmåling, når alle utmålingsprinsipper ses i sammenheng, egentlig aldri være i direkte konflikt med hjemmelskravet. De eventuelle inngrep i hjemmelskravet ligger i de uforholdsmessige eller uskjønnsomme utmålingsresultater – og ikke selve rettsanvendelsen.

⁵³ s. 71

⁵⁴ Monsen, op.cit (32) side 54

⁵⁵ Rognstad og Stenvik, op.cit (10) side 548

7.2 Prevensjonshensyn

Prinsippet om erstatning for det fulle tap, og læren om skjønnsmessig utmåling, har en viktig preventiv side. Nygaard argumenterer for at siden det kan være umulig å gardere seg for slike tilfeller som i Glamox og Cirrus, kan erstatning stimulere til avtale⁵⁶. (Og hvis ikke; kan erstatning *kompensere* ved å *simulere* at avtale *var* inngått.) I den retning peker Trollheimdommen i Rt-1981-1215: Høyesterett fant at det var grunnlag for å tilkjenne en erstatning til grunneier som svarte til et rimelig vederlag for at eiendommene var blitt brukt til beite.

7.3 Bevistema

LB-2014-4258: Key Property ble tilkjent erstatning for økonomisk tap. En eiendomsmegler hadde utvist ansvarsbetingende uaktsomhet ved å ikke informere kjøper om at det i en lang periode hadde ligget en død person i boligen. Erstatningen ble utmålt til å tilsvare differansen mellom den aktuelle kjøpesummen og rettens vurdering av hva kjøpesummen ville ha blitt uten eiendomsmeglerens mislighold.

Det er her snakk om tingsskade, og verdivurdering. Eller mer presist omsetningsverdi. Her er det åpenbart bevisproblemer. Høyesterett gir i Arealviktdommen, Rt-2003-612, med henvisning til Ot.prp.nr66, 1990-91, uttrykk for vurderingen av hvorvidt en feilaktig opplysning kan ha påvirket kjøpesummen: “[...]dersom en opplysning er egnet til å virke kjøpsmotiverende, vil det trolig være en presumsjon for at den også har vært det for den aktuelle kjøperen.”

Selv om man legger til grunn at et forhold er underlagt opplysningsplikt, er det betydelig tvil om forholdet også er egnet til å skade omsetningsverdien. Interessen av å vite om historien til en ting er i utgangspunktet og satt på spissen bare ”økonomisk” i subjektiv forstand. Bare historie av *objektiv verdi*, f.eks gjenstander som er verneverdige fordi den har et spesiell symbol- og/eller eksempelegenskap, kan ha egentlig objektiv verdi.

Men dette blir etter min mening en for snever tilnærming. Den undervurderer menneskets følelsesliv. Og nettopp følelsesliv er hva praksis også synes å legge til grunn, uten egentlig nærmere begrunnelse enn omsetningsverdi. Men sikkert er det at omsetningsverdi påvirkes av følelser og personlige meninger. Forhold som navnet på en bestemt adresse, utsikt, areal, topografi, jordsmonn, klima, kommunikasjon, samferdsel og kulturtilbud er faktorer med *fysisk* tilknytning til eiendommen. Disse kan alle til en viss grad vurderes objektivt, og slikt sett danner stort sett alltid et solid grunnlag for verdivurdering av bolig. Hvem som imidlertid har bodd på stedet, og hva som har blitt sagt og gjort der, er på den annen side langt mer abstrakte faktorer. Uansett ikke noe som har en fysisk tilknytning til tingen. Å tillate slike forhold under en verdivurdering er å tillate et stort rom for følelser.

⁵⁶ Nygaard, op.cit (2) side 72

Rettspraksis har nærmest slått dette fast. I nevnte dom, riktignok fra lagmannsretten, formulerte dommeren spørsmålet om økonomisk tap som et spørsmål: "...om opplysningen om liket objektivt sett er egnet til å påvirke kjøpesummen."

Poenget som er viktig å ta med seg fra dette eksempelet er hvor tilfeldig konstatering av tap, og dermed erstatningsmessig skade, kan være fra ett typetilfelle til et annet. Bevis for tap kan etter omstendighetene koke ned til skadelidtes strategiske valg og kreativitet. Og av og til vil noe så tilfeldig som teknologiske fremskritt og tekniske løsninger være det avgjørende leddet i spørsmålet om erstatning. I dag er det f eks sannsynlig at naboene i Nybrottveien hadde fått erstatning til dekning av tiltak for å begrense støyen. Til å skjerme seg fra støy har mennesket mange løsninger. Lukt derimot, som var tilfellet i Grinda avfallsanlegg, er foreløpig langt mer komplisert og antakelig umulig å fjerne, selv begrense.

Illustrerende for vilkårlighet er og forholdet mellom §§ 3-1 og 4-1. I dag vil en person som har blitt lam ved erstatningsbringende skade utvilsomt kunne kreve kostnader til rullestol dekket. (En annen sak er at skadelidte uansett er dekket av folketrygden). Den skadede interessen slik erstatning har til formål å kompensere, er mulighet for transport, og generelt sett muligheten til bevegelsesfrihet. Klart beskyttelsesverdige interesser. Men hva hvis ikke teknologien hadde gitt mennesket den muligheten som ligger i en rullestol? Bevegelsesfrihet er i hovedsak en ideell interesse, med mindre det kan bevises årsakssammenheng til en formuesreduksjon eller annen inntektssvikt.

Og på samme måte gjelder erstatning til medisinske utgifter generelt sett. Veldig ofte har medisinsk behandling som hovedformål å avbøte på ideelle interesser som ve og vel. Han som har fått en tann slått ut kan kreve tannlegeregningen kompensert ved erstatning. Men så klart har ikke interessen av en hjørnetann økonomisk verdi i seg selv. Det er det gjenopprettende *tiltaket* som har en økonomisk verdi: Sluttsummen på tannlegeregningen.

8 Oppsummering og avslutning

Bevissthet til interesser er det helt sentrale for forståelsen av yttergrensene for det økonomisk tap; hovedregelen for den erstatningsmessige skade. Til tross for aldri så god bevissthet, må man erkjenne at betydelig mye hviler rettsanvenderens personlige valg og vurderinger når det kommer til den nærmere undersøkelsen av interessene. Det sentrale er uansett, når det kommer til de ikke-økonomiske interesser, å spørre seg om denne spesielle interesse bør nyte vern. Tolkning av fakta og grundig problemformulering er hovedutfordringen.

Langt på vei til hjelp er gjenopprettelsesprinsippet. Og egentlig er dette prinsippet en helt nødvendig link, skal man komme til at det foreligger et økonomisk tap når en ikke-økonomisk interesse er krenket. Antakelig nærmest som et vilkår å regne. Uten hensyn til gjenopprettelse vil man nemlig måtte akseptere egentlig oppreisning, når skaden har skjedd på rene ideelle interesser. Dvs når skadelidte ikke har noen utgifter å vise til. Men i en flytende overgang vil bevisproblemet befinne seg. Kan et økonomisk tiltak i tilstrekkelig grad bevises som hensiktsmessig i relasjon til skaden, er alt *i teorien* mulig.

I forlengelsen av gjenopprettelsesprinsippet har man avbøting, begrensning og minimering. I slike tilfeller vil erstatningsvernet antakelig svekkes i takt med tiltakets gjenopprettelseeffekt. Konkret rimelighet og forholdsmessighetshensyn taler for det.

Hjemmelskravet de lege lata er etter mitt syn i samsvar med de lege ferenda. I alle fall slik jeg har tolket og fremstilt det her: Som et instrument for opprettholdelse av et markant og prinsipielt skille mellom det økonomiske og ikke-økonomiske tap. Den fare som ligger i uthuling av kravet gjennom utmålingsprinsipper som erstatning for det fulle tap og skjønnsmessig utmåling, mener jeg kan forsvares med henvisning til spørsmål om erstatningsmessig skade og god metode, herunder problemformulering. Slik som i f eks leiebildommen da retten ser interessen i de spesielle utnyttelsesmuligheter en privat bil gir som beskyttelsesverdige, fordi man pådrar seg betydelige utgifter for å utnytte dem. (Jf. dog skadelidtes plikt til å begrense skaden).

Den trussel som ligger i stadig nye lover som lempes på kravet om økonomisk tap er etter mitt syn en større trussel. Døren for generalisering og analogi er muligens foreløpig lukket, men kanskje ikke låst. Eventuell utvikling synes uansett neppe *generell* – men heller knyttet til helt særegne typetilfeller, som ikke engang fantasien har lett for å komme opp med.

Den uheldige siden av rettstilstanden illustrert i leiebil og Skjerping bro-dommene er den nevnte vilkårlighet man står i fare for å måtte akseptere. For det første den typen vilkårlighet som ligger i ytre faktorer som teknologiske løsninger, men også vilkårlighet i form av skadelidtes ressurser til å utforske gjenopprettelsestiltak, samt rettslige strategier og bevisføring.

Litteraturliste

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget, side 371

Hagerup Bull, E., *Den økonomiske skade*, Tidsskrift for Retsvidenskab, 1920 s. 155-205.

Helset, Per, *Erstatningsrett*, Aschehoug og Gyldendals store norske leksikon; Lov og rett, Kunnskapsforlaget, 1995, s. 308

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6.utgave, Gyldendal Akademisk, Oslo 2009

Monsen, Erik, *Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade*, Jussens Venner, 01/2010, s. 1-67.

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 5. utgåve, Universitetsforlaget, Bergen, 2000.

Rognstad, Ole-Andreas og Stenvik, Are, *Hva er immaterialretten verd?*, Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, Gyldendal norsk forlag, 2002, s. 511-548

Scheel, Herman, *Om Erstatning for ikke økonomisk Skade*, Tidsskrift for Retsvidenskab, 1883 s. 432-461.

Stang, Fredrik, *Erstatningsansvar*, Aschoug og Co, 1927

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

Stavang, Endre, *Det erstatningsrettslige skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap*, Tidsskrift for erstatningsrett, Gyldendal akademisk, 2006 s 163-193

Stavang, Endre, *Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav*, Tidsskrift for Erstatningsrett, Gyldendal Akademisk, 2004 nr 1(4) s 243-260

Øvergaard, J. *Norsk Erstatningsrett*, Olaf Norlis Forlag, Oslo 1951, annen utgave

Rt-1964-65, Glamoxdommen

Rt-1974-524, Fornebudommen

Rt-1980-309, Nybrottveidommen

Rt-1981-1215, Trollheimdommen

Rt-1986-463

Rt-1992-1469, Leiebildommen

Rt-1993-1524

Rt-1995-1303, Grinda avfallsanlegg

Rt-1996-1473, Skjerping bro-dommen

Rt-1997-199, Cirrusdommen

Rt-1997-1506

Rt-1999-203, Steriliseringsdommen

Rt-2001-1062, Nucleusdommen

Rt-2003-612, Arealviktdommen

Rt-2003-1546

Rt-2005-65, KILE-dommen

Rt-2007-425, Rikstotoddommen

LB-2014-4258

RG-1962-662

RG-1979-715, Canadagjessdommen

RG-2008-283, Trefellingsdommen

