

Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav

Dr. juris Endre Stavang

I artikkelen drøftes i hvilken grad økonomisk tap er et nødvendig vilkår for et erstatningskrav og hvordan grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap skal trekkes etter norsk rett. Økonomisk tap er av og til et nødvendig vilkår for erstatningskrav, men ofte ikke. Den regel som kan stilles opp, er at økonomisk tap er et vilkår med mindre lov eller avtale sier noe annet, men selv denne regelen er ikke unntaksfri. Ved grensedragningen har erstatning for utgifter spesiell interesse, og det viser seg at Høyesterett, av hensyn til å oppnå visse prioriteringer, et stykke på vei behandler skader på ikke-økonomiske interesser som kommensurable med penger. Vilkåret om økonomisk tap er således en flytende størrelse, noe som gjør at både lovgiver, domstol og parter i erstatningsoppgjør bør tenke igjennom sine legalstrategier.¹

Endre Stavang tok mellomfag sosialøkonomi 1989, ble cand. jur. 1992 og forsvarte i 1999 sin bok *Naborettens forurensningsansvar* Oslo (1999) for den juridiske doktorgrad. Han var advokat i Norsk Hydro fra 1999 til 2003, konstituert lagdommer i Borgarting fra oktober 2003 til mars 2004, og arbeider nå som "postdoc"-forsker ved Institutt for privatrett.

1 Innledning

Erstatningskrav er pengekrav som skal kompensere og forebygge skade eller ulempe. For å stifte erstatningskrav må det foreligge skade eller ulempe, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og skaden eller ulempen. Økonomisk tap kommer inn som et supplement til vilkåret om skade eller ulempe. Skaden eller ulempen må være av økonomisk karakter.

Uttrykket "økonomisk" tap har ikke én naturlig språklig forståelse. På den ene siden vil kanskje folk flest assosiere uttrykket med penger og de goder som regelmessig overdras med penger som byttmiddel, det vil si de fleste varer og tjenester. Dette leder til at fokus rettes mot tap som en nominell størrelse (inntekter, utgifter og finansiell formue).

På den andre siden knytter nok mange i dag betegnelsen økonomi til ressurser og husholdning med ressurser. Dette er i tråd med ordets opprinnelse.² Individuer og sammenslutninger har begrensede ressurser til å gjennomføre sine ønsker og planer for liv og virksomhet. Den økonomiske ("husholdende") tenkemåte gir veiledning om hva man bør gjøre hvis man innenfor gitte begrensninger skal realisere sine muligheter mest mulig. I dette perspektivet er penger bare en målestokk for å sammenligne reelle størrelser, ikke bare varer og tjenester, men også liv, helse, sikkerhet og miljø.

¹ Artikkelen er en redigert og oppdatert utgave av forfatterens prøveforelesning over oppgitt emne for den juridiske doktorgrad, 17. september 1999, med tilføyelse av enkelte noter. Forfatteren takker Morten Kjelland for hjelp til å oppdatere avsnittene om personskadeerstatning.

² Ordet kommer fra det greske "oikonomia" som betyr (ledelse av en) husholdning, forvaltning eller sparsommelighet, se Norsk riksmålsordbok bind VI, Oslo 1991 s. 4226.

Mot denne bakgrunn er det ikke overraskende at vilkåret om økonomisk tap i juridisk tradisjon har blitt analysert i vekslende perspektiv. Forfattere som SCHWEIGAARD og SCHEEL fokuserte på nominelle størrelser som tap av inntekter og pådratte utgifter, mens HAGERUP BULL fokuserte på skadens økonomiske verdi i realøkonomisk forstand.³ I Norge har man likevel siden ØVERGAARD ikke forsøkt å analysere seg fram til en mest mulig presis forståelse av økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav, men nøydt seg med formuleringer i retning av at skaden eller ulempen må kunne måles eller verdsettes i penger.⁴ Man overser da – bevisst eller ubevisst – at en slik formulering ”begs the question”, siden erstatningskrav alltid er i penger. I denne artikkelen er det et poeng å få fram hvilke reelle problemer som ligger under når rettsordenen bestemmer at noe kan eller ikke kan måles eller verdsettes i penger.

Først må det imidlertid minnes om at økonomiske tap svært ofte oppstår uten at noen kan kreve erstatning. Anta for eksempel at en ny forretning starter opp i konkurranse med den etablerte. Hvis nyetableringen lykkes, vil den nye forretningen oppnå økonomisk gevinst, og den gamle lide et økonomisk tap. Vårt økonomiske system bygger på en frihet til å påføre andre økonomiske tap, fordi denne friheten i det lange løp er til alles fordel. Det ligger utenfor erstatningsrettens oppgave å kompensere for dette. Økonomisk tap er således ikke tilstrekkelig som vilkår for et erstatningskrav. Rettsordenen må i tillegg ha slått fast at erstatningskrav skal brukes for å forebygge og kompensere skaden eller ulempen, noe man for så vidt kan se som et selvstendig vilkår.⁵

Under denne forutsetning drøftes to spørsmål i artikkelen her. Det første er i hvilken utstrekning og i hvilken forstand økonomisk tap er et nødvendig vilkår for rett til erstatning, dvs. anvendelsesområdet eller rekkevidden av vilkåret (punkt 2). Det andre spørsmålet er hvordan vi trekker grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap, dvs. meningsinnholdet i vilkåret når det gjelder (punkt 3). Drøftelsene begrenses stort sett til gjeldende rett i Norge.⁶ Artikkelen avsluttes med en kort oppsummering og konklusjon (punkt 4).

³ ANTON MARTIN SCHWEIGAARD, *Commentar til Den Norske Criminallov, første del*, Oslo 1844 s. 47-48; HERMAN SCHEEL Om Erstatning for ikke økonomisk Skade, *TfR* 1893 s. 432-461; E. HAGERUP BULL, Den økonomiske skade, *TfR* 1920 s. 155-205. For en oversikt over forsøkene på å definere begrepet økonomisk tap i nordisk rett, se HÅKAN ANDERSSON, *Økonomisk-Ideell skada I: Holgersen, Krüger og Lilleholt* (red), *Nybrott og Odling. Festskrift til Nils Nygaard*, Oslo 2002 s. 8-9.

⁴ PETER LØDRUP, *Lærebok i erstatningsrett*, 4. utgave Oslo 1999 s. 55; NILS NYGAARD, *Skade og ansvar* 5. utgave Bergen 2000 s. 57; sml J. ØVERGAARD, *Norsk erstatningsrett* 2. utgave, Oslo 1951 s. 288-296, som for øvrig i stor utstrekning oppsummerer Hagerup Bulls arbeid fra 1920.

⁵ ASBJØRN KJØNSTAD, *Erstatningsretten i utvikling*, Oslo 2003 s. 29-30.

⁶ For en innføring i annen europeisk rett om disse spørsmål, se CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts* vol 2, 2000 s. 20, 24, 156, 161, og – særlig – s. 162-189. For aktuelle drøftelser av annen nordisk rett, se ANDERSSON op. cit. (svensk rett) og – med henblikk på miljøskader – BJØRN SANDVIK, *Miljøskadeansvar*, Åbo 2002 s. 262-274 (finsk rett); og PETER PUGH, *Miljøansvar*, København 1998, særlig s.

2 Rekkevidden for vilkåret om økonomisk tap

2.1 Problemet

Implikasjonen av å stille opp økonomisk tap som et nødvendig vilkår, er at erstatningsrettens virkeområde avgrenses. Dels vil en del skader eller ulemper som følge av vilkåret overhode ikke vernes av erstatningsretten, slik at samfunnet må overveie å kompensere og forebygge disse på annen måte. Og dels vil erstatningskravene, hvis det både foreligger økonomisk og ikke-økonomisk tap, reduseres som følge av at beregningsgrunnlaget innsnevres til visse lett kalkulerbare størrelser, for eksempel markedspriser. Hvorvidt disse realitetene er ønsket, beror på hvilke verdier man forutsetter som begrunnelse for reglene.

La oss først se på noen situasjoner som aktualiserer spørsmålet. Et første eksempel kan være at det fødes et barn til tross for at foreldrene hadde underkastet seg medisinsk behandling for å bli sterile. Vurdert ut fra forholdene før fødselen var altså barnet et uønsket utfall, en negativ effekt. Representerer derfor utgiftene til å ta hånd om barnet et økonomisk tap? Et annet eksempel kan være at trafikken øker langs en vei. Støy og støvplagene øker, men det er vanskelig å bevise noen nedgang i markedsverdi. Kan skadene og ulempene likevel være økonomisk tap? Et tredje eksempel kan være at bilen blir ødelagt idet familien skal til å legge ut på ferietur. Er tap av ferietransport økonomisk? Et fjerde eksempel er forsinkelser på grunn av veiarbeider som fører til forlenget reise til og fra arbeid. Er den reduserte fritiden et økonomisk tap?

Poenget med alle disse eksemplene er at den interessen som skades vanligvis blir ansett for å ligge i en annen sfære enn den økonomiske. Vi liker ikke tanken på at verdien av barn, handikap, miljø, ferie og fritid skal måles i penger. I enkelte tilfeller leder dette til at vi i juridisk språk og argumentasjon betegner tap som følge av slike interessekrenkelser som ikke-økonomiske. Men, som vi skal se, er denne språkbruken ikke alltid avgjørende for beslutningen om å stifte erstatningskrav. Før rettstilstanden beskrives mer i detalj, skal realiteten nå drøftes i lys av de reelle hensyn som etter tradisjonen begrunner erstatningskrav.

408-413 (dansk rett). En norsk fremstilling med henblikk på miljøskadene er HANS CHR. BUGGE, *Forurensningsansvaret*, Oslo 1998 s. 372-409.

2.2 Hensyn

I erstatningsretten er det tradisjon for å anses kompensasjon og prevensjon for de viktigste hensyn som kan begrunne erstatningskrav. Kompensasjonshensynet er ønsket om å sette skadelidte i samme stilling som om skaden eller ulempen ikke hadde inntrådt. Bak dette hensynet ligger forestillingen om at en som volder skade og ulempe for en annen, bør rette opp ubalansen. Men en forutsetning må da være at penger er egnet til å rette opp ubalansen. Hvis vi er usikre på om skaden eller ulempen kan måles i penger, kan det enten være fordi vi ikke tror den er reell. Eller det kan være fordi vi mener den er ubetydelig for skadelidte eller av andre grunner ikke er verdt å kompensere.

Prevensjonshensynet er ønsket om å forebygge skaden eller ulempen. Bak dette hensynet ligger en forestilling om at skadene eller ulempene uten erstatningskravene kan få et uønsket stort omfang. Når vi innsnevrer beregningsgrunnlaget for erstatningskravet, kan det begrunnes med at andre styringsmidler får ta oppgaven med å redusere omfanget av disse skadene og ulempene i ønsket grad. Og selv om erstatningsretten skulle ha en oppgave her, kan det hende at innsnevringen ikke øker omfanget av skadene eller ulempene nevneverdig, sammenlignet med fordelene som innsnevringen har ved at beregningen skjer mer forutberegnelig, riktig og med mindre bruk av ressurser.

Her må det imidlertid føyes til at virkningen på omfanget av skadene og ulempene av å innsnevre beregningsgrunnlaget vil avhenge av hvilket ansvarsgrunnlag som gjelder. Hvis ansvarsgrunnlaget er *culpa*, betyr bredden i erstatningsvernet mindre for prevensjonen enn hvis ansvarsgrunnlaget er objektivt. Sålenge skadevolder overholder culpanormens krav til forebyggelse, vil jo han eller hun ikke bære noe ansvar. På den annen side vil vedkommende bære et stort ansvar hvis han eller hun overtrer culpanormen og skade inntreffer. Dette vil gi et forholdsvis kraftig incitament for skadevolder til å overholde plikten til å forebygge skader etter culpanormen. Normalt vil dette incitamentet være tilstrekkelig sterkt selv om beregningsgrunnlaget for tapet innsnevres noe. Et vilkår om økonomisk tap vil derfor antakelig ikke ha nevneverdig virkning på omfanget av skader og ulemper.

Dette blir helt annerledes ved objektivt ansvar. Skadevolder blir her ansvarlig uavhengig av hvor mye han forebygger. Den mekanisme som virker forebyggende, er derfor at skadevolder selv finner ut at det lønner seg å økonomisere med skadekostnadene. Men hvis et vilkår om økonomisk tap systematisk undervurderer følgene av skaden, vil skadevolder lett komme til at det lønner seg med en lavere grad av forebyggelse enn det som er ønskelig, sosialt sett.

Et annet moment knyttet til prevensjonshensynet er hvor enkelt det er for partene å inngå avtaler. Avtaler vil ofte kunne ha vært inngått når skadevolder forsettlig og rettstridig utnytter rettigheter til en han kjenner. Da vil det være et poeng å gi skadevolder et incitament til å bruke avtalemekanismen og skadelidte et incitament til å håndheve sine rettigheter. Hvis man stiller vilkår om økonomisk tap, kan det tenkes at skadelidte ikke tar bryet med å fremme sitt krav, blant annet fordi det økonomiske tap i mange tilfeller kan være vanskelig å bevise.

Et tredje hensyn som kan gjør seg gjeldende, er at det i visse situasjoner kan virke støtende å verdsette skaden med en økonomisk målestokk. Barn er verken et økonomisk gode eller et økonomisk onde. Man kan ikke sette pris på miljøet. Et krav om økonomiske tap betyr at dommeren skånes fra å måtte foreta en sammenligning som virker støtende. Det signaliserer samtidig til samfunnet rundt at visse interesser, goder og verdier er unndratt fra økonomisk språk og argumentasjon.

2.3 De ulike typer skader og ulemper

2.3.1 Generelle prinsipper

Avveiningen av de hensyn som er omtalt ovenfor, kunne i prinsippet lede til én klar løsning hvor økonomisk tap enten er vilkår for et erstatningskrav eller ikke er det. Men det er ikke tilfellet. Vi har eksempler på at økonomisk tap er vilkår for et erstatningskrav og eksempler på at det ikke er det.

Det er mange eksempler på at økonomisk tap er vilkår. Ved personskader skal erstatningen etter skadeserstatningsloven § 3-1 dekke lidt skade, tap i fremtidig erverv og utgifter som personskaden antas å påføre skadelidte i framtida. Ved tingsskade og andre formuesskader skal erstatningen etter § 4-1 dekke den skadelidtes økonomiske tap. Dette er også et vilkår etter granneloven § 9 og forurensningsloven § 57 a, b, c, og e når det gjelder miljøskader. Det er også sikker rettsoppfatning i kontraktsretten og i ekspropriasjonsretten. Alt i alt er derfor økonomisk tap et vilkår i svært mange skadesituasjoner.

2.3.2 Personskade og lignende

Vi har flere eksempler på at det er lempet på vilkåret om økonomisk tap.

For det første har vi regler om ménerstatning i skadeserstatningsloven § 3-2, som sier at varige og betydelige skader av medisinsk art skal kompenseres selv om skadelidte ikke har lidt noe økonomisk tap. Begrunnelsen for ménerstatningen er skadelidte kan kjøpe med

penger andre opplevelser, og det kan gi skadelidte en mer innholdsrik fritid enn hvis skaden ikke ble kompensert. Ménerstatningen er altså en ulempeerstatning som skal kompensere for det tapet av velferd invaliditeten medfører.⁷

For det andre skal skadelidte ved personskade eller annen personlig krenkelse etter skadeserstatningslovens § 3-5 kompenseres for tort og smerte og annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art dersom skaden eller ulempen er voldt ved forsett eller grov uaktsomhet. Bestemmelser om oppreisning finnes også ellers i lovverket, for eksempel i hushjelploven § 24 og i lov om Schengen informasjonssystem § 18.

Oppreisning kan også gis når en siktet i en straffesak blir frifunnet eller hvis forfølgningen mot ham blir innstilt, se straffeprosessloven § 446. I *Lilandsaken* i Rt. 1995 s. 1131 ble skadelidte tilkjent 10 millioner kroner i slik erstatning. Dette var en godtgjørelse i penger som ble betalt for skade som prinsipielt ikke kunne måles i penger. Penger som botemiddel måtte benyttes fordi en mer adekvat opprettelse av skaden ikke var praktisk mulig. Den skulle dekke tap av selvfølelse, æresfølelse, fysisk smerte, lidelse og mén. Når det virker rimelig, kan andre enn siktede etter straffeprosessloven § 448 tilkjennes erstatning for skade eller ulempe påført ved gransking, ransaking, beslag, telefonkontroll eller lignende. I *Karmøykjennelsen* i Rt. 2003 s. 1690 ble siktedes familie tilkjent 50.000 kroner i slik erstatning.

2.3.3 Tingsskader og miljøskader

Også ved tingsskader og miljøskader lempes lovgivningen på økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav.

Når det gjelder miljøskader er forurensere etter forurensningsloven § 58 ansvarlig for utgifter til å gjenopprette miljøet til fordel for allmennheten. Allmennhetens interesse er ikke-økonomisk i den forstand at mange vil mene at rekreasjon og fritid er goder som ligger utenfor det økonomisk målbare. I forurensningsloven § 58 er det likevel bestemt at rimelige utgifter til å gjenopprette miljøet til fordel for slike ikke-økonomiske interesser, kan kreves erstattet. Det er ikke noe vilkår at enkeltpersoner har lidt noe økonomisk tap i perioden mellom da skaden inntrådte og gjenoppretting har skjedd. Utgifter til gjenoppretting kan erstattes selv om de ikke er økonomisk tap. De er ikke økonomisk tap fordi interessen i allemannsretten ikke er økonomisk eller kommersiell, men ideell.

Et annet eksempel er reglene i granneloven § 10 om vederlag for urimelig eller unødige skade eller ulempe i naboforhold. Denne regelen har et snevert anvendelsesområde, men

⁷ PETER LØDRUP *op. cit.* s. 489. Forgjenger og modellen for ménerstatningen var yrkesskadeerstatningen, se ASBJØRN KJØNSTAD, *Yrkesskadetrygden*, Oslo (1979), særlig s. 187, 204-205, 212-213 og 308-309.

innebærer klart nok at pengekravet ikke er avhengig av at det foreligger økonomisk tap. Det har vært diskutert hvorvidt vederlaget kan kalles et erstatningskrav, men det går jeg ikke inn på. Lignende regler om vederlag finnes også i andre deler av tingsretten.⁸

2.3.4 Immaterialretten

Et annet område hvor det er lempet på vilkåret om økonomisk tap, er immaterialretten. Her har vi dels regler i åndsverksloven § 55 om oppreisning for skade av ikke-økonomisk art ved forsettlig eller grovt uaktsomme krenkelser. I tillegg har vi regelen i patentloven § 58 om at et patentinngrep utløser erstatning for utnyttelsen av oppfinnelsen samt erstatning for den ytterligere skade som inngrepet måtte ha medført. Etter denne bestemmelsen kan flere utmålingsregler være aktuelle, men en av dem er erstatning for utnyttelsen i form av en rimelig lisensavgift.⁹ Dette innebærer i praksis at det ikke er nødvendig å påvise at patentinngrepet har forårsaket et konkret økonomisk tap. En lignende regel finnes i varemerkeloven § 38.¹⁰

2.4 Noen alminnelige prinsipper

Alt i alt er det ofte grunnlag for erstatning selv om det tapet som skaden eller ulempen gir opphav til, etter juridiske konvensjoner må kalles ikke-økonomisk. Økonomisk tap er av og til et vilkår for et erstatningskrav og av og til ikke. Men dette betyr ikke at vi mangler et alminnelig erstatningsrettslig utgangspunkt. Beskrivelsene av linjene i gjeldende rett beror ikke kun på øynene som ser, for gjeldende rett kan utlegges slik at økonomisk tap er vilkår for et erstatningskrav med mindre lov eller avtale sier noe annet. Denne hovedregelen, eller ”prinsippet”, har karakter av bakgrunnsrett: Når tapet er av ikke-økonomisk karakter, må kravet hjemles i lov eller avtale.¹¹ At det må foreligge økonomisk tap, stiller altså krav til den måte man argumenterer juridisk når man fremmer et erstatningskrav.

⁸ THOR FALKANGER, *Tingsrett* 5. utgave, Oslo (2000) s. 371 (note 85).

⁹ Are STENVIK, *Patentrett*, Oslo 1999 s. 352-54.

¹⁰ For en mer inngående presentasjon av disse immaterialrettslige bestemmelsene, se OLE-ANDREAS ROGNSTAD OG ARE STENVIK, Hva er immaterialretten verd? Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser I: Bull, Hagstrøm og Tjomsland (red), *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup*, Oslo 2002 s. 511-548 på s. 521-523.

¹¹ JAN HELLNER, *Skadeståndsrätt* Sjätte upplagan (ved Svante Johansson), Stockholm (2000) s. 371.

Det som kan *begrunne* denne rettstilstanden, er at både skadevolder og dommeren mangler informasjon om hvor mye skaden eller ulempen er verdt for skadelidte. Det tilsier at vi legger en ”byrde” på den som kan si noe om denne verdien.

At en *avtale* på forhånd mellom skadelidte og skadevolder kan si noe om skadens verdi, trekker veksler på skadelidtes informasjon direkte. I kontrakter kan det tas inn klausuler om at forsinkelse eller mangler utløser erstatningskrav på bestemte beløp. Ved forurensningskade kan det inngås en servituttavtale som beskriver verdien på tapet for skadelidte av at forurensningen overskrider det som er tillatt etter avtalen. Denne løsningen er imidlertid ikke så praktisk ved ulykker mellom parter som er ukjente for hverandre på forhånd, siden skadelidte da ikke vet hvem skadevolder vil være. En løsning er da å tegne forsikring for et bestemt beløp som etter skadelidtes egen oppfatning inkluderer ikke-økonomisk skade.

Det også mulig for *lovgiveren* å bestemme verdien på skadelidtes tap. Dette blir en slags standarderstatning hvor man vurderer generelt hvor stor økning i økonomiske muligheter som motsvarer skaden eller ulempen. For eksempel har siktede etter straffeprosessloven § 447 første ledd rett til oppreisning fastsatt av Kongen for krenkelse eller annen skade av ikke økonomisk art som følge av pågripelse eller varetektsfengsling når han frifinnes eller forfølgningen mot ham innstilles. Forenklet sagt er satsene ifølge forskrift 1500 kroner for hvert av de to første døgn, deretter 400 kroner per døgn.¹² Disse satsene ligger markert over de snaue 200 kroner per døgn som vanligvis ble tilkjent av Høyesterett i årene 2001 til 2003.

2.5 Ulovfestede unntak

Når vi finner hjemmel i lov eller avtale for å lempe på vilkåret om økonomisk tap, er vi innenfor det prinsippet som er stilt opp. Men prinsippet selv er ikke unntaksfritt. Vi har eksempler på at Høyesterett har lempet på vilkåret om økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav.

Ett eksempel er *Trollheimendommen* i *Rt. 1981 s. 1215*. Saken gjaldt erstatning for ulovlig tamreindrift. Høyesterett tilkjente her en erstatning som svarte til et rimelig vederlag for at grunneiernes eiendommer ble brukt til beite. Høyesterett presiserte at et slikt krav ikke

¹² Forskrift om standardsatser for oppreisning etter uberettiget strafforfølgning fastsatt ved Kronprinsreg. res. 12. desember 2003.

var erstatning for tap, og ikke var betinget av at det var voldt skade. I utgangspunktet måtte den som bruker en annens eiendom med kjennskap til at han ikke har rett til det, betale vederlag for bruken, uavhengig av størrelsen av det tap som måtte være blitt påført.

Et annet eksempel er *Cirr-dommen* i *Rt. 1997 s. 199*. Saken gjaldt erstatning for rettsstridig bruk av forretningshemmelighet ved utviklingen av en båttype. Erstatningen ble satt til 2 millioner kroner fordi det ble ansett som et rimelig vederlag. Det var altså ikke nødvendig å dokumentere økonomiske tapet.

Disse ulovfestede unntakene ligner reglene i granneloven, patentloven og varemerkeloven om rimelig vederlag.¹³ En tendens er altså at økonomisk tap ikke er et vilkår for erstatningskrav når rettigheter forsettlig og rettsstridig utnyttes av andre. Begrunnelsen for dette unntaket kan søkes i retts tekniske betraktninger om vanskene med å føre bevis for skade og tap. Dessuten ville det vært praktisk mulig for partene å inngå avtaler i disse situasjonene. Gjennom forhandlinger vil partene avklare hvor mye rettighetene er verd for dem, slik at ressursene kan utnyttes av den av partene som verdsetter dem høyest. Erstatningskrav stimulerer til slike avtaleinngåelser. Vi må jo huske på at erstatningskravets preventive virkning ikke bare beror på dets størrelse. Skadevolder kan jo som følge av dommen også bli utsatt for sosiale sanksjoner.

2.6 Konklusjon

Økonomisk tap er av og til et nødvendig vilkår for erstatningskrav, men ofte ikke. Den regel som kan stilles opp, er at økonomisk tap er et vilkår med mindre lov eller avtale sier noe annet, men selv denne regelen er ikke unntaksfri.

¹³ Om vederlag på ulovfestet grunnlag i immaterialretten, se ROGNSTAD OG STENVIK *op. cit.* s. 523-527. Forfatterne argumenterer også for å bruke oppreisningsinstituttet på ulovfestet grunnlag til å kompensere vanskelig dokumenterbare økonomiske tap som følge av immaterialrettskrenkelser, *op. cit.* s. 548.

3 Flytende mening

3.1 Problemet

Etter norsk rett er utgangspunktet og hovedregelen at skadelidte skal ha full erstatning for sitt økonomiske tap. Når økonomisk tap er et vilkår for erstatningskravet, gir dette derfor også et grunnlag for å beregne kravet. Et stykke på vei er vilkåret kompass for utmålingen. Således skal fordelene av å ha blitt utsatt for skadetilfellet trekkes fra, for eksempel trygd, pensjon og andre lignende ytelser som har til formål å dekke inntektstapet ved personskade. Fordelen av å få en forventet fremtidig inntektsstrøm utbetalt med én gang, må også trekkes fra. Private forsikringsutbetalinger *kan* etter omstendighetene komme til fradrag. Alt i alt betyr dette at erstatningen kan bli null, fordi vilkåret om økonomisk tap ikke er oppfylt.

Utmålingsreglene er altså utslag eller avledninger av vilkåret om økonomisk tap.¹⁴ Det betyr at vi kan presisere meningsinnholdet i vilkåret ved å se på de konkrete utmålingsreglene. Med utgangspunkt i utmålingspraksis skal jeg derfor nå undersøke hvilke reelle begrensninger vilkåret om økonomisk tap legger på erstatningsrettens virkeområde og beregningsgrunnlaget for erstatningskravet.

Bakgrunnen for å stille spørsmålet på denne måten er at verdien av en tapt fordel i prinsippet kan anslås ved å se på hvilke utgifter som skadelidte rimeligvis kan pådra seg for å opprettholde tidligere velferd. Man kan velge å se det sånn at erstatningsrettens oppgave er å skjerme skadelidtes velferd fra konsekvensene av skadevolders adferd, og at dette kan gjøres ved å øke hans betalingsdyktighet. Ut fra denne betraktningmåten burde det således kunne foreligge et økonomisk tap når utgifter er pådratt til vern av ikke-økonomiske interesser.

Sett fra skadelidtes side kan han altså ganske enkelt pådra seg utgifter for å få behovstilfredsstillelse på andre måter. Dette er lovtanken bak ménerstatningen. Men nettopp denne muligheten reiser jo mer generelt spørsmålet om økonomisk tap egentlig er en fiksert størrelse. Hvis skadelidte i utgangspunktet rammes av skader og ulemper knyttet til hans ikke-økonomiske interesser, kan han jo pådra seg ulike slags utgifter. Hans påstand kan deretter være at disse utgiftene har motvirket nedgangen i velferd. Påstanden vil være at det nettopp foreligger et økonomisk tap. Hvis skadelidte får gjennomslag for denne argumentasjonen, vil økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav ikke lenger begrense hvilke interesser som har erstatningsrettslig vern, men nærmest være en slags regel om bevisføring.

I den grad skadelidte får medhold, vil interessen måles i penger. Men hvorfor skal vi da si at interessen er av ikke-økonomisk karakter? Grunnen kan være at vi på den ene siden ønsker å signalisere at interessen ikke fullt ut er av samme slag som økonomiske goder. Det vil si at vi vil uttrykke at verdiene ikke fullt ut er kommensurable. På den andre siden vil vi jo ta konsekvensene av at interessene er verdifulle, og at erstatningsretten bør kompensere og forebygge slike skader og ulemper. Noe annet ville være å nedprioritere interessene som verdiløse. Språkbruken reflekterer altså at vi både ønsker en riktig symbolisering av interessen og en riktig prioritering av interessen.

Enkelte ganger kan imidlertid ønsket om et riktig symbol råde grunnen alene. Et eksempel er dommen i *Rt. 1999 s. 203*. Saken gjaldt krav om erstatning for økonomisk tap, herunder oppfostringsutgifter, som følge av at det etter et steriliseringsinngrep likevel ble født et barn. Men selv om vedkommende lege hadde utvist uaktsomhet la Høyesterett til grunn at det var tale om en interesse som ikke burde undergis vurdering med økonomiske mål. Etter dommernes mening var det best for både barnet, foreldrene og samfunnet, generelt vurdert, å holde interessen i å ikke få barn unna erstatningsrettens vern. Førstvoterende sier uttrykkelig at denne avgjørelsen beror på et verdivalg.

Dommen sier altså at utgifter som følge av at det fødes et friskt barn ikke har erstatningsrettslig vern, men noen klar redegjørelse for hvilke grunnverdier som har vært avgjørende for verdivalget, ble ikke presentert.¹⁵ For egen del synes jeg det passer godt å si barn er goder, ikke onder. Og det må gjelde selv om foreldrene på forhånd ikke ønsket barnet. De fleste foreldre vil jo, når barnet først er født, helt spontant, glede seg. Og denne gleden vil bare forsterke seg. Dommen kan tolkes slik at dette reaksjonsmønsteret, som er det normale, må legges til grunn som en norm. Og som konsekvens vil da barnet, når det først er født, aldri kunne betraktes som en skade eller ulempe. Det skal straks innrømmes at denne begrunnelsen synes å basere seg mer på følelser enn fag, men det verd å merke seg at analogien mellom barn og varige konsumgoder har vært understreket i økonomisk litteratur.¹⁶ I realøkonomisk forstand kan man derfor hevde at det ikke forelå noen skade eller ulempe og dermed heller ikke noe relevant økonomisk tap.

Mot denne bakgrunn skal vi nå se nærmere på ulike skader og ulemper av ikke-økonomisk karakter som rettsordenen aksepterer som reelle. Spørsmålet blir i hvilken grad

¹⁴ NILS NYGAARD, *Skade og ansvar* 5. utgåve, Bergen 2000 s. 62.

¹⁵ ASBJØRN KJØNSTAD, *Erstatningsretten i utvikling*, Oslo 2003 s. 45. Asbjørn Kjønstad hevdet før dommen de sententia ferenda at både skadevilkåret og vilkåret om økonomisk tap var oppfylt i et tilfelle som dette, men tror i dag ikke på noen "omkamp", se KJØNSTAD *op. cit.* s. 390, jf s. 46.

¹⁶ Se for eksempel GARY S. BECKER, *The Economic Approach to Human behavior*, Chicago 1976 s. 169-204.

skadelidte kan oppfylle vilkåret om økonomisk tap ved å pådra seg utgifter for å kompensere for det tapte godet, selv om det er av ikke-økonomisk karakter.

3.2 Tingsskader

Spørsmålet om skadelidte kan pådra seg erstatningsrettslig vernede utgifter for å kompensere for det tapte godet, selv om det er av ikke-økonomisk karakter, er kanskje særlig aktuelt ved tingsskader, der utgangspunktet og hovedregelen etter skadeserstatningsloven § 4-1 og granneloven § 9 som nevnt er at økonomisk tap er et vilkår for rett til erstatning. Men dette er ikke til hinder for et erstatningsrettslig vern av ikke-økonomiske interesser. Dette går fram av to dommer avsagt i Høyesterett, *leiebil-dommen* i Rt. 1992 s. 1469 og *Skjerping bro-dommen* i Rt. 1996 s. 1473. I begge dommene la Høyesterett til grunn at vilkåret om økonomisk tap var oppfylt selv om skadelidtes interesse var av ikke-økonomiske karakter.

I *leiebil-dommen* i Rt. 1992 s. 1469 var spørsmålet om og i tilfelle hvilken utstrekning skadevoldende bilfører og hans forsikringsselskap pliktet å erstatte kostnadene til leiebil til fritidsformål i den tiden den skadede bilen sto til reparasjon. Høyesterett tilkjente erstatning til tross for at ferie og fritid er interesser av ikke-økonomisk art. Begrunnelsen var at leie av bil var en rimelig og naturlig måte å avverge følgene av skaden. Skadelidte kunne kreve erstatning for rimelige utgifter til sikring av interessen i ferie og fritidstransport, selv om denne interessen var av ikke-økonomisk karakter.

I *Skjerping bro-dommen* i Rt. s. 1996 s. 1473 var spørsmålet om en skadevolder var ansvarlig for statens utgifter til å gjenopprette midlertidig broforbindelse. Høyesterett tilkjente erstatning. Retten bygde på at utgifter pådratt for å forhindre, begrense eller avbøte en skade kunne kreves selv i tilfelle der den skadede interesse ikke har økonomisk verdi. I denne saken kunne det jo for eksempel hende at mange trafikkanter ville få redusert fritid fordi de brukte lengre tid til og fra arbeid. Denne fritidsinteressen hadde altså et indirekte erstatningsrettslig vern.

3.3 Miljøskader

Tanken om at utgifter pådratt for å forhindre, begrense eller avbøte en skade kan kreves erstattet selv i tilfelle der den skadede interesse ikke har økonomisk verdi, gjelder også ved

miljøskader, i hvert fall et stykke på vei. Når forurensningen er forbudt, har vi som nevnt en regel i forurensningsloven § 58 om at rimelige utgifter til å gjenopprette miljøet kan kreves erstattet når gjenopprettingen fører til at utbyttet av å utøve allemannsretten, opprettholdes. Hvis vi holder oss til terminologien i Skjerping bro-dommen, ville det være naturlig å anse vilkåret om økonomisk tap for oppfylt her. Men da lovbestemmelsen ble vedtatt, forutsatte lovgiver at vilkåret om økonomisk tap ikke var oppfylt for slike skader og ulemper. Uten lovregelen ville det derfor per lovgiverforutsetning ikke kunne stiftes erstatningskrav på grunn av slike utgifter. Siden 1989 har det altså skjedd en utvikling i synet på hva som er økonomisk tap.

Dette leder over til spørsmålet om rekkevidden av erstatningsvernet for forurensning som er tillatt. Her bygger lovgivningen på at økonomisk tap er et vilkår for et erstatningskrav. Det framgår av graneloven § 9 og forurensningsloven § 57. I mange tilfeller vil skadene og ulempene føre til en lavere markedspris på naboeiendommene. Men skadelidte vil kunne oppleve at skaden og ulempen reduserer nytten og gleden av å bruke eiendommen mer enn dette økonomiske tapet. Hvis skadelidte ikke pådrar seg utgifter for å beskytte seg mot den reduserte bruksnytelsen, er det sikker rett at det bare er nedgangen i markedsverdi som skal erstattes.

Spørsmålet er imidlertid om skadelidte kan konvertere den reduserte bruksverdien av eiendommen til et erstatningskrav ved for eksempel å montere støyskjermer, filtre eller nye vinduer. På denne måten kan man jo få et uttrykk for verdien av hele skaden eller ulempen, ikke bare utslaget i markedsverdien på eiendommen. Men i *Nybrottvei-dommen* i *Rt. 1980 s. 309* avgjorde Høyesterett at det ikke kan gis erstatning for utgifter til å avverge ulemper, når disse utgiftene overstiger det økonomiske tapet. Høyesterett avskar erstatning med den begrunnelse at vilkårene for et erstatningskrav ikke var oppfylt. Selv om et gjenopprettingsprinsipp kunne synes rimelig, mente Høyesterett at det er en oppgave for forvaltningen, ikke domstolene, å planlegge og prioritere mellom alternative utbedrende tiltak. Grunnen er dels at tiltak medfører meget store utgifter og dels at en rett til erstatning kan lede til en uhensiktsmessig bruk av ressurser. Den enkelte skadelidte vil lett velge å sikre seg selv, til tross for at den mest hensiktsmessige løsningen ofte er kollektive investeringer i form av støyskjermer.

Høyesteretts løsning i *Nybrottvei-dommen* ble lagt til grunn som gjeldende rett da reglene i forurensningsloven kapittel 8 ble innført, men siden den gang har det som nevnt skjedd en utvikling. Spørsmålet er derfor om ikke reglene om lovlig forurensning må sees i sammenheng med de alminnelige reglene for tingsskader. Skjerping bro-dommen tilsier at

Nybrottvei-dommen ikke lenger er gjeldende rett.¹⁷ Ved lovlig forurensning foreligger det, når tålegrensen først er overskredet, et legitimt ønsket om å få den reduserte bruksverdien kompensert. Og tålegrenseansvaret kan vanskelig være uegnet til å fremme et godt nærmiljø. Tvert om er det i samsvar med den alminnelige oppvurdering av miljøhensynene, som er dokumentert i grunnloven § 110b, at rettstilstanden ved lovlig forurensning bringes på linje med de alminnelige prinsipper for tingsskader. At domstolene vil måtte ta inn over seg vanskelige måleproblemer er neppe et tilstrekkelig tungtveiende moment i motsatt retning.

3.4 Personskader

Praksis ved personskader illustrerer at vilkåret om økonomisk tap ikke gir et entydig grunnlag for å beregne erstatningskravet. På den ene siden kan det tenkes at man av hensyn til ikke-økonomiske interesser inkluderer tapsposter som ikke ville vært naturlig å ta med dersom man praktiserte vilkåret om økonomisk tap konsekvent. Et eksempel kan hentes fra en Høyesterettsdom om forørgertapserstatning, den såkalte *Bastrup-dommen* i *Rt. 1998 s. 639* (på s. 645). Her ble det ikke gjort fradrag for den delen av den avdøde ektefellens inntekt som ville gått til sparing i form av avdrag på boliggjeld. Begrunnelsen var at man ikke ville tvinge den etterlatte til å senke sin boligstandard. Hvis avdrag på lån ikke ble akseptert som en fast årlig utgift til beregning av forsørgertapet, må de etterlatte i mange tilfeller flytte. At avdragsbetalingen medførte sparing, måtte man derfor som en regel se bort fra. Høyesterett trakk altså inn en utgiftspost som burde vært holdt utenfor hvis vilkåret om økonomisk tap gjaldt uavkortet.

Det er likevel grenser for hvilke utgiftsposter som kan inkluderes på denne måten. Høyesterett har uttrykkelig holdt utgifter utenfor selv om de er nødvendige for å opprettholde livskvaliteten. To dommer kan illustrere dette. I *Skoland-dommen* i *Rt. 1993 s. 1547* var spørsmålet om en ung trafikkinvalid gutt kunne kreve erstatning utover ménerstatningen for å kunne bo hjemme istedenfor blant gamle mennesker på institusjon. Høyesterett la til grunn at dette ville ha positive virkninger for hans livskvalitet, men ville ikke utmåle erstatning til dekning av dette tapet. Retten mente det kommunale institusjonstilbudet måtte anses tilfredsstillende ut fra gjeldende helse- og sosiallovgivning. Høyesterett kan her tolkes slik at den økte livskvaliteten ved å bo hjemme var en ikke-økonomisk interesse som ikke kunne

¹⁷ Konklusjonen sammenfaller med BUGGE *op. cit.* s. 386 (note 1202) som imidlertid ikke drøfter forholdet til rettspraksis om tingsskadeerstatning.

konverteres til et økonomisk tap ved å kreve merutgiftene ved å bo hjemme kompensert. Slike utbetalinger kunne etter rettens mening bare gis under særegne omstendigheter, og da på vilkår om at merutgiftene sto i et rimelig forhold til nytten.

Det skjønnsstema Høyesterett her presiserer, kan lett lede i retning av vanskelige avveininger og verdivalg. Dette kan illustreres ved *Stokstad-dommen* i Rt. 1996 s. 958. Saken gjaldt utmåling av erstatning for utgifter på grunn av legemsskade som et barn ble påført ved fødselen. Det var i Høyesterett uenighet om hvilke utgifter skadelidte kunne få erstattet til hjelp, pleie og tilsyn. Både flertallet og mindretallet la til grunn – som i *Skoland-dommen* – at erstatningen er et supplement til offentlige ytelser og at den må begrenses til hva som er rimelige og nødvendige utgifter. Mindretallet ville imidlertid doble flertallets anslag på verdien for skadelidte av å kunne ha en selvstendig livsførsel gjennom livet. Den personlige frihets- og selvstendighetsfølelse må vel sies å være en ikke-økonomisk interesse. Visse utgifter for å vareta den skal likevel erstattes som del av det økonomiske tapet.

Disse dommene om personskader viser for det første at utgifter til å verne ikke-økonomiske interesser etter omstendighetene kan tilfredsstillende vilkåret om at det må foreligge et økonomisk tap.¹⁸ For det andre forholder ikke Høyesterett seg til noe fast begrep om økonomisk tap, men omformulerer spørsmålet til hvilken plikt skadelidte har til å innrette seg etter situasjonen som har oppstått. I forlengelsen av dette fastsettes erstatningen ut fra hvor stor behovstilfredsstillende utgiftene gir sammenlignet med deres størrelse.¹⁹ Skadelidte har med andre ord selv risikoen for den del av skaden som bare lar seg gjenopprette ved å pådra seg utgifter som overstiger nytten. Denne forholdsmessighetsvurderingen setter grenser for hvor langt ikke-økonomiske interesser gis vern gjennom reglene om erstatning for økonomisk tap. Man *kan* se dette som utslag av adekvanstanken som begrensende moment eller vilkår i erstatningsretten.²⁰ Men siden poenget med adekvanslæren er å avgrense mot det usannsynlige eller upåregnelige i ulykkes tilfellet eller skadeutviklingen, synes jeg ikke denne rubriseringen er treffende. Det er ikke usannsynlig eller upåregnelig at sterkt invalidiserte mennesker trenger personlige assistenter og annen privat pleie. Det må gjelde enten vurderingen gjøres før ulykken inntreffer eller i etterkant.

¹⁸ Se også *Rott-dommen* i Rt. 1999 s. 1967, på s. 1976 ("Når det gjelder ytelser med sikte på å mer selvstendighet, uavhengighet og trivsel i hverdagen, kan det være aktuelt med et høyere nivå i erstatningsretten enn det offentlige tilbud.") og *Bråtane-dommen* i Rt. 2002 s. 1436, på s. 1442 ("Det som skal utmåles, er således i første rekke et supplement til de offentlige ytelsene for å sikre skadelidte mer selvstendighet, uavhengighet og trivsel."). For en nærmere analyse av disse dommene, se NILS NYGAARD, Skadebot for utgifter. Rottdommen i Rt. 1999 s. 1967 *Lov og Rett* 2000 s. 429-442; og MORTEN KJELLAND, Bråtane-dommen i Rt. 2002 s. 1436 - erstatning til dekning av pleie- og omsorgsutgifter, *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2004 s. 3-42.

¹⁹ Se KJELLAND *op. cit.* s. 22- 27 for en utdyping.

²⁰ KJØNSTAD *op. cit.* s. 343-345.

3.5 Oppsummering og konklusjon

Det er et gjennomgående trekk ved både tingsskader, miljøskader og personskader at adgangen til å verne ikke-økonomiske interesser ved å treffe tiltak er begrenset ved en forholdsmessighetsvurdering. Ved at rettsanvenderen må sammenligne nytten med utgiften ved tiltaket gis det et pengeanslag på skaden eller ulempen. Fremtidige utgifter som overstiger nytten vil være i strid med skadelidtes plikt til å begrense sitt tap. Dette er etter lovgivningen og rettspraksis nødvendig for at prioriteringen av ressurser til ulike formål ikke skal bli helt skjev. En generell konklusjon som kan trekkes, er at Høyesterett, av hensyn til å oppnå fornuftige prioriteringer, et stykke på vei behandler skader på ikke-økonomiske interesser som kommensurable med penger.

Alt i alt viser denne gjennomgangen at vilkåret om økonomisk tap i noen grad er en flytende størrelse. Selv om det i vilkåret ligger et slags kompass for erstatningsberegningen, påvirkes utmålingen av så mange skjønnspregede rimelighetsvurderinger at betegnelsen økonomisk tap like mye er et navn på resultatet som en oppskrift på løsninger. Mot denne bakgrunn er det problematisk å hevde at Høyesterett i visse tilfeller gjennom reglene om økonomisk tapserstatning kompensere for ikke-økonomisk tap, siden denne påstanden innebærer at man opererer med økonomisk tap som noe faktisk og relativt bestandig uavhengig av rettspraksis.²¹ Det er etter mitt skjønn mer fruktbart å beskrive fenomenet ved hjelp av begrepet (ikke-)økonomiske interesser, slik jeg ellers har gjort i denne artikkelen. Da unngår man å bruke samme betegnelse på to ulike fenomener, nemlig gjenstanden for rettsanvendelse på den ene siden og sluttproduktet av rettsanvendelsen på den annen. En annen sak er at begrepet ikke-økonomiske interesser flyter noe, og at vernet av slike interesser gjennom hovedreglene om erstatning for økonomisk tap bør gjennomtenkes og avklares ytterligere.

4 Avslutning

Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav er ikke er en fast størrelse, men en måte å avgrense erstatningsrettens virkeområde og beregningsgrunnlaget for erstatningskravene. En nærmere grensdragning må foretas på grunnlag av hensynene til kompensasjon, prevensjon

²¹ Se formuleringene i KJØNSTAD *op. cit.* s. 75, der det fremheves at Høyesterett tilkjente erstatning for selve ménet før det formelt ble innført ménerstatning.

og ønsket om å sette de riktige symboler på skaden eller ulempen. Disse verdiene varierende gjennomslagskraft. Når et barn fødes fordi sterilisering var mislykket, veier symbolhensynet tyngst. Når ferie og fritid ødelegges, veier prioriteringen tyngst. Når lovlig forurensning forringer nærmiljøet, beror løsningen på hvilken rolle man ønsker å tildele domstolene og erstatningsretten i den lokale miljøpolitikken.

Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav reiser i bunn og grunn to fundamentale spørsmål. Det ene spørsmålet er hvilket virkeområde erstatningsretten skal ha i forhold til de skader og ulemper som skapes i samfunnet. Dette spørsmålet kaller på en vurdering som sammenligner alternative virkemidler og deres evne til å kompensere og forebygge. Det andre spørsmålet er i hvilken grad erstatningskravene avgrenses på en hensiktsmessig måte, *gitt* erstatningsretten virkeområde i store trekk. Dette spørsmålet kaller på en vurdering som måler løsningene etter gjeldende rett opp mot ulike godhetskriterier. Lovgivning og rettsforskning tilrettelagt for lovgiver har neppe kommet til veis ende i analysen av disse spørsmålene.²²

Sett fra skadelidtes side, er det to strategier for å få kompensert noe som ikke klart er økonomisk tap.²³ Enten kan han lete etter grunnlag i lov eller avtale for at det ikke kan stilles vilkår om økonomisk tap. Eller han kan akseptere økonomisk tap som et vilkår, men argumentere for at vilkåret må tolkes slik at det er oppfylt. Her er det særlig mulighetene for å pådra seg utgifter til å avverge eller motvirke konsekvensene av skaden eller ulempen som er aktuell. Og, som vi har sett, reiser dette spørsmålet viktige domspolitiske spørsmål.

²² Se for eksempel Ot. prp. nr. 33 (1988-1989) s. 78 sp. 2; BUGGE *op. cit.* s. 391; JAN HELLNER, Behöver vi en ny skadeståndslag? *Juridisk Tidsskrift* (1995-96) s. 298-299; og Kjønstad *op. cit.* s. 132 og 276.

²³ JAN HELLNER, *Skadeståndsrätt* Sjätte upplagan (ved Svante Johansson), Stockholm 2000 s. 372.