

# Regeldanning i erstatningsretten

– om hvilke regeldanningsspørsmål som er mindre egnet for domstolene

BIRGITTE HAGLAND\*

## 1. Innledning

Professor Jan Kleineman er blant sine norske kolleger kjent som en stor nordist og en svært dynamisk vitenskapsmann, som gjerne utfordrer vante erstatningsrettslige forestillinger – i et vidt spenn som omfatter alt fra rene formuestap til menneskerettighetenes betydning i erstatningsretten. Som tema for festskriftsartikkelen til Kleineman har jeg derfor valgt å ta utgangspunkt i en kjent forestilling i Norden om at «domstolene er mest egnet til å styre rettsutviklingen» på erstatningsrettens område,<sup>1</sup> og stille spørsmål om det finnes regeldanningsspørsmål i erstatningsretten som er mindre egnet for domstolene, og isåfall hvorfor.<sup>2</sup> Fremstillingen vil ha norsk erstatningsrett som omdreiningspunkt, men regeldanningsspørsmålene som artikkelen undersøker ved hjelp av norsk rettspraksis, vil – iallfall et stykke på vei – være felles for nordisk erstatningsrett.

I norsk erstatningsrett er skadeserstatningsloven (skl.) fra 1969 den viktigste loven.<sup>3</sup> Loven regulerer enkelte spørsmål av sentral betydning, særlig knyttet erstatningsutmålingen, mens grunnvilkårene for erstatning langt på vei er ulovfestede.<sup>4</sup> I tillegg er enkelte erstatningsspørsmål regulert spesiallovgivning, slik som bilansvaret, produktansvaret og legemiddel-

\* Professor, ph.d., Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.

<sup>1</sup> Uttalelsen er hentet fra ot.prp. nr. 59 (1988–1989) side 26, og et eksempel på en type uttalelse som det ikke er uvanlig å finne i norske forarbeider.

<sup>2</sup> Med regeldanning sikter jeg her til utvikling av nye rettsregler eller nytt regelinnhold. Nye rettsregler kan vedtas som formell lov av lovgiver eller utvikles gjennom rettspraksis og sedvanerettsdannelse.

<sup>3</sup> Lov av 13. juni 1969 nr. 26.

<sup>4</sup> Skadeserstatningslovens to første kapitler inneholder regler om bestemte ansvarsgrunnlag, særlig sentralt er bestemmelsen om arbeidsgiveransvaret i kapittel 2, jf. skl. § 2-1. Kapittel 3 omhandler erstatningsberegningen ved personskade, mens kapittel 4 gjelder for tingskader og annen formueskade, og inneholder blant annet kanaliseringregler dersom tapet dekkes av forsikring. Kapittel 5 inneholder bestemmelser om skadelidtes egen medvirkning, solidaransvar og regress.

ansvaret.<sup>5</sup> Erstatningslovgivningens fragmentariske karakter – hvor kun enkelte deler av erstatningsretten er lovregulerte, mens resterende deler av gjeldende rett er ulovfestet – innebærer at mye av rettsutviklingen overlates til rettspraksis. Om en løfter blikket, kan en slik reguleringsteknikk forstås i sammenheng med den tradisjonelle arbeidsdelingen mellom lovgiveren og domstolene som vi i Norden har på formuerettens område generelt – og på erstatningsrettens område spesielt.<sup>6</sup> Lovgiveren har i stor grad valgt å spille en tilbaketrukket rolle, og den generelle oppfatningen har vært at rettsutviklingen i stor grad både kan og bør overlates til domstolene.

Ser en hen til nyere norsk rettspraksis, tegner det seg imidlertid et mer broket bilde. Det er relativt enkelt å peke på dommer som viser at regeldanning innen sentrale erstatningsrettslige spørsmål av ulike grunner blir svært krevende når domstolene skal stå for rettsutviklingen.<sup>7</sup> I det følgende skal vi undersøke typer av regeldanningsspørsmål som synes å volde særlige utfordringer når de skal finne sin løsning i rettspraksis, og forklare hvorfor enkelte typer regeldanningsspørsmål er av en art som gjør at de i mindre grad er egnet for domstolene.

Den første kategorien som vi skal se nærmere på, er regeldanningsspørsmål som sjelden eller aldri blir forelagt Høyesterett, slik at nødvendige avklaringer av rettsstilstanden gjennom rettspraksis ikke er mulig eller medfører sendrektig rettsutvikling, jf. punkt 2.<sup>8</sup>

I den andre kategorien finner vi regeldanningsspørsmål som gjerne kommer opp for domstolen, men hvor lovregulering eller særlige hjemmelskrav utgjør materielle kompetanseskranker for domstolene,<sup>9</sup> og begrenser domstolenes mulighet for regeldanning gjennom rettspraksis, jf. punkt 3.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Lov av 3.februar 1961 om ansvar for skade som motorvogn gjer og lov av 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar.

<sup>6</sup> Se Birgitte Hagland, «Lagstifterens förhållande til pragmatism i rättstillämpningen» – om pragmatisme og pluralisme i samspillet mellom lovgiver og domstol» i Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt, red. Jan Kleineman, Jure Förlag 2019, sidene 95–123 (heretter Hagland, Pragmatism), punkt 2.

<sup>7</sup> Her kan nevnes Rt. 2008 s. 1078 (info I), Rt. 2015 s. 556 (info II), HR-2016-2264-A (info III) og HR-2016-2344-A (info IV), samt Rt. 2015 s. 276 (Bori), HR-2017-1834-A (branncelle) og HR-2020-312-A (arkitekt) og HR-2018-2080-A (Psykisk skade). Vi kommer tilbake til samtlige dommer i punkt 2 og 4. I tillegg kan nevnes dommer som gjelder erstatningsvern ved personskade, HR-2017-2352-A (prostitusjon), HR-2016-2491-A (restitusjon), Rt. 2013 s. 1689 (fostervann) og Rt. 1999 side 203 (sterilisering). Disse dommene er ikke gjenstand for behandling her. For en nærmere fremstilling, se Birgitte Hagland «Erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte», Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett 2018 nr. 2–3 (heretter Hagland, Erstatningsvern).

<sup>8</sup> Jf. eksempelvis HR-2018-2080-A (psykisk skade). Dommen behandles i punkt 2.

<sup>9</sup> Det vil si at materiell rett setter grenser for domstolenes regeldanningskompetanse.

<sup>10</sup> Jf. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), Rt. 2012 s. 1793. Dommene er omtalt i punkt 3.

Den tredje og siste kategorien regeldanningsspørsmål vi skal se nærmere på, kan knyttes til samfunns- og rettsutvikling. Et trekk ved rettsutviklingen er økt regulering i form av spesiallovgivning på mange, og kanskje også de fleste, livsområder. Et trekk ved samfunnsutviklingen er at private påtar seg kontroll- og tilsynsoppgaver som tidligere var offentlige, og at skillet mellom private og offentlige aktører derfor til en viss grad viskes ut. Større reguleringstetthet og flere aktørtyper medfører at det kan oppstå normkonkurranse og koordineringsspørsmål i tilfeller hvor erstatningsregler og kontraktsregulering eller offentligrettslige pliktregler har samme nedslagsfelt. Spørsmålet er om normkonkurranse og koordineringsspørsmål medfører at enkelte regeldanningsspørsmål kan vise seg for kompliserte til at regeldanning gjennom rettspraksis er en egnet fremgangsmåte, jf. punkt 4.

## 2. Regeldanningsspørsmål som sjelden eller aldri kommer opp for domstolene

Utvikling av rettsregler gjennom rettspraksis kan foregå over svært lang tid. Et tydelig eksempel er fremveksten av reglene om ulovfestet objektivt ansvar, hvor fastleggelsen av regelinnholdet har pågått i en tidsperiode på over hundre år: Den første dommen som omhandler ulovfestet objektivt ansvar er fra 1905, jf. Rt. 1905 s. 715 (vannledning), mens den nyeste regelavklaringen angående objektivt ansvar finner vi i en dom fra 2019, jf. HR-2019-52-A (spinning). Også på rettsområder hvor reglenes innhold i det store og hele overlates til rettspraksis, så er det et behov for at reglene holdes i hevd. Men, i motsetning til lovgiveren, kan ikke domstolene initiere regelendringer på eget initiativ; regeldanning gjennom rettspraksis er avhengig av at regeldanningsspørsmålene blir forelagt Høyesterett. Spørsmålet er om behov for raskere regelendringer eller for mer tidsmessig rettsutvikling kan tilsi at enkelte regeldanningsspørsmål er mindre egnet for domstolene.

En dom som peker seg ut som interessant i denne sammenhengen, er HR-2018-2080-A (psykisk skade) om erstatningsvern for foreldres psykisk skader som følge av at et barn dør eller blir hardt skadet. En femten år gammel gutt døde på sykehus som følge av svikt i helsehjelp, og moren hans pådro seg en psykisk skade etter å ha funnet sønnen død i sykehussengen. Høyesterett kom til at moren hadde krav på erstatning etter pasientskadeerstatningsloven § 2.

Inntil dommen var det i norsk rett trukket helt snevre grenser for erstatningsansvar ved psykisk skade hos tredjepart,<sup>11</sup> og kun i to helt særlige

<sup>11</sup> Tidligere betegnet som «sjokkskader» i rettspraksis og rettslitteratur. Verdt å merke seg er førstvoterendes uttalelser om at skadetilfellene som hittil gjerne er omtalt som «sjokkska-

tilfeller var det tilkjent erstatning, jf. Rt. 1960 s. 357 (Bersagel) og Rt. 1985 s. 1011 (Hauketo).<sup>12</sup>

I HR-2018-2080-A fremhever førstvoterende særlig to utviklingstrekk i sin begrunnelse for å utvide grensene for erstatningsvern: For det første har vi idag en helt annen kunnskap om og forståelse for «psykologiske skademekanismer» enn forrige gang Høyesterett tok stilling til spørsmålet om erstatningsvern for foreldres psykiske skade som følge av at barn dør – det var på domstidspunktet over femti år siden sist, jf. avsnitt 42. For det annet påpeker førstvoterende at Høyesteretts rigide praksis står i «et vanskelig forhold til det ellers grunnleggende erstatningsrettslige prinsippet om at den ansvarlige må ta skadelidte som han eller hun er – gjerne om talt som sårbarhetsprinsippet», jf. avsnitt 43. Videre fremhever førstvoterende at «et nærmest unisont erstatningsrettslig fagmiljø i mer enn 40 år har stilt spørsmål ved Høyesteretts meget strenge praksis i de såkalte 'sjokkskadesakene'», jf. avsnitt 44. I rettslitteraturen var det over lang tid fremhevet at erstatningsvernsvurderingen ikke var i takt med øvrig samfunns- og rettsutvikling, og at erstatningsvern for denne skadetypen er mer omfattende ellers i Europa.

Kort fortalt kan dommen fra 2018 sies å bringe rettsutviklingen for denne typen psykiske skader bedre i overensstemmelse med både samfunnsutvikling og den alminnelige rettsoppfatningen – om enn i form av et nokså konkret utformet prejudikat. Rettsavklaringen som følger med denne dommen er helt nødvendig. Samtidig må rettsavklaringen kunne sies å komme altfor sent; de domstolskapte reglene for denne skadetypen har vært ansett som inadekvate i omtrent et halvt århundre før Høyesterett igjen får forelagt seg regeldanningsspørsmålet.<sup>13</sup> Hvorfor blir det slik? Etter min mening skyldes problemet at rettsutviklingen blir avhengig av at enkeltpersoner – her foreldre som har pådratt seg en psykisk lidelse etter å ha mistet barnet sitt eller at barnet er hardt skadet – velger å ta saken

der» i rettslitteraturen, ikke skal anses som et «særegent erstatningsrettslig fenomen, mer eller mindre løsrevet fra den øvrige erstatningsretten» (avsnitt 45). En slik misoppfatning, samt at betegnelsen «sjokkskade» ikke har noen «meningsfull medisinsk referanse», tilsier etter førstvoterendes oppfatning at betegnelsen «sjokkskade» bør forlates. I dommen benyttes konsekvent betegnelsen «psykisk skade». For en nærmere fremstilling se bl.a. Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget, 2. utg., Oslo 2019 (heretter Hagstrøm/Stenvik) kapittel 10.4.1 og Wilhelmssen/Hagland, *Om erstatningsrett – med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Gyldendal 2017 (heretter Wilhelmssen/Hagland), punkt 14.4.3.4.

<sup>12</sup> I Rt. 1960 s. 367 (Bersagel) var en mor vitne til at sønnen druknet ved at bilen han satt i, ble kjørt ut i sjøen av en sterkt beruset sjåfør. I Rt. 1985 s. 1011 (Hauketo) ble en ektefelle tilkjent erstatning etter å ha vært vitne til en togulykke hvor mannen ble svært stygt skadet.

<sup>13</sup> Jf. Rt. 1966 s. 163 (Sola) hvor en mor ikke ble tilkjent erstatning for en psykisk skade som hun utviklet etter å ha blitt underrettet på en skånsom måte om at sønnen var omkommet i en trafikkulykke.

sin hele veien til Høyesterett, vel vitende om at rettsstilstanden er rigid. Det vil nok de færreste foreldre formå. De menneskelige kostnadene ved å føre en sak gjennom rettsystemet over mange år, er store. Og saken som skal slippes inn til behandling i Høyesterett, må være egnet til at gjeldende erstatningsregler kan tilpasses eller endres. I ankeomgangen kommer det derfor inn hensyn som gjør at det kan gå lang tid mellom hver gang en slik sak slippes inn. Til dette kommer, som førstvoterende påpeker, at en «langvarig og temmelig festnet rettsoppfatning, taler mot å gjøre et større sprang» (avsnitt 47). Av betydning er da ikke bare Høyesteretts egen praksis, men også at lovgiver har etablert ulike offentlige erstatningsordninger knyttet til denne restriktive linjen, og at den restriktive linjen også er lagt til grunn i forvaltningspraksis i pasientskadesaker og voldsoffererstatningsskader. En større omlegging vil kunne rokke ved forutsetningene for disse ordningene. Som kjent er det Stortinget som er bevilgende myndighet, så her er det god grunn for Høyesterett til å være noe tilbakeholden. Når regelendringen kommer, er det derfor ikke rom for en fullstendig regelavklaring, men bare mindre rettsutviklingsskritt.<sup>14</sup>

Dommen illustrerer etter min mening at enkelte erstatningsrettslige spørsmål ikke bør overlates til rettspraksis – av den enkle grunn at rettsutviklingen både blir sendrettig og ufullstendig, ettersom mindre rettsutviklingsskritt synes avhengig av skadelidte som rettsordenen ellers vil søke å beskytte som svake parter, og en mer omfattende regelendring synes å reise budsjettmessige spørsmål som krever politisk bevilgning. Det er vanskelig å få øye på hvorfor vi skal la enkeltmennesker med en vanskelig skjebne drive frem nødvendig regeldanning i lovgivers sted.

### 3. Lovregulering og særlige hjemmelskrav som grenser for domstolenes mulighet for regeldanning

#### 3.1. Innledning

Det neste spørsmålet som vi skal se nærmere på, er om alle regeldannings-spørsmål er mulige. Lovregulering og særlige hjemmelskrav kan utgjøre materielle kompetanseskranker for domstolene. Spørsmålet er om materiell lov eller særlige hjemmelskrav begrenser domstolenes kompetanse – og

<sup>14</sup> Dommen er et tydelig prejudikat, men en kan spørre seg om begrunnelsen er for konkret utformet med hensyn til hvilken personkrets som nyter erstatningsrettslig vern. Førstvoterende tar som utgangspunkt at personkretsen omfatter «den indre kjerne av pårørende» (a. 47), men avgrenser ytterligere til tilfellene hvor foreldre mister sitt barn eller barnet blir hardt skadet. Denne tilskjæringen gjør at rettsstilstanden ikke er like avklart for andre familiemedlemmer. Er søsken eller barn som mister en forelder rettighetssubjekter?

dermed mulighet for regeldanning – på en slik måte at enkelte regeldanningsspørsmål ikke er egnet for domstolene.

### 3.2. Om betydningen av at regeldannings- spørsmål er løst i lovgivningen

Det første typetilfellet som kan nevnes, er regeldanningsspørsmål som er løst i skadeserstatningsloven selv eller i spesiallovgivningen. Eksempelvis har vi i dag lovbestemt objektivt ansvar på mange livsområder som tidligere var omfattet av det ulovfestede objektivet ansvar, slik som bilansvaret og produktansvaret. Tidvis oppstår spørsmålet om et lovbestemt objektivt ansvar er uttømmende regulert, eller om domstolene kan supplere det lovfestede objektive ansvaret med et ulovfestede objektivt ansvar. Adgangen til å supplere et lovfestet objektivt ansvar med et ulovfestet objektivt ansvar, og dermed hvilke regeldanningsspørsmål som er mulige for domstolen, vil bero på lovtolkning, og variere fra rettsområde til rettsområde. Eksempelvis er det i Rt. 2014 s. 656 (avløpsnett) lagt til grunn at det lovfestede objektive ansvaret for anleggseiere som følger av forurensningsloven § 24 a, kan suppleres med et ulovfestet objektivt ansvar. Derimot medfører Norges EØS-forpliktelser etter produktansvarsdirektivet (dir. 85/374) at domstolene i sin regeldanning ikke har anledning til å supplere produktansvarsloven med et ulovfestet objektivt ansvar.<sup>15</sup>

Et annet eksempel er tilfellene hvor norske lovregler som regulerer forholdet mellom private parter, innebærer en mangelfull gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser, jf. særlig Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) og Rt. 2012 s. 1793. Begge dommene omhandler bilansvarslovens forhold til EUs motorvogndirektiver. I slike tilfeller står domstolene overfor regeldanningsspørsmål som på folkerettslig grunnlag utfordrer gjeldende norsk lovregulering. Domstolene kan innta det syn at eksistensen av lovregulering virker som en materiell kompetanseskranke, vike tilbake fra å foreta regelutvikling gjennom prejudikater, og sende regeldanningsspørsmålet tilbake til lovgiver, som har i oppgave å gjennomføre Norges internasjonale forpliktelser i norsk rett.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Se bl.a. Are Stenvik, «Erstatningsrettens internasjonalisering», i Tidsskrift for erstatningsrett 2005, side 33–61.

<sup>16</sup> Illustrerende er førstvoterendes uttalelse i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) om at «[d]et er lovgiveren som har til oppgave å gjennomføre direktivene i norsk rett, og det er også lovgiveren som – i et tilfelle som det foreliggende – må rette opp eventuelle feilvurderinger som senere blir fastslått» (på side 1832).

### 3.3. Om betydningen av særlige hjemmelskrav

Et beslektet tilfelle tar utgangspunkt i den tradisjonelle oppfatningen om at det i norsk rett gjelder et hjemmelskrav for enkelte tapstyper: Skal domstolene idømme erstatning for ikke-økonomisk tap, kreves særlig hjemmel i lov, jf. eksempelvis Rt. 1992 s. 1469 (leiebil). Det vil blant annet si at domstolene må ha lovhjemmel for å kunne ilegge oppreisningsansvar, jf. blant annet Rt. 2013 side 805 (stebarn).<sup>17</sup> Men ser en hen til de senere års rettspraksis, synes det som enkelte regeldanningsspørsmål tvinger frem en rettsutvikling gjennom rettspraksis også på områder hvor den tradisjonelle oppfatningen er at særlige hjemmelskrav begrenser domstolenes kompetanse. Eksempelvis kan det synes som en i rettspraksis har forlatt kravet om særlig hjemmel for ideelle skader på ting, jf. Rt. 2013 s 116 (kulturminne) og Rt. 2015 side 216 (furu-trær).<sup>18</sup> Et annet og mer krevende regeldanningsspørsmål som domstolene kan bli tvunget til å ta stilling til tross kravet om særlig hjemmel, er spørsmålet om statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd. Vi skal se nærmere på hvorfor, hvordan, og hvilke utfordringer domstolene blir stilt overfor i regeldanningen:

Den alminnelige oppreisningsbestemmelsen finner vi i skl. § 3-5. Bestemmelsen forutsetter kvalifisert skyld hos den ansvarlige, og det er derfor alminnelig antatt at staten som arbeidsgiver ikke kan holdes oppreisningsansvarlig etter skl. § 3-5. I norsk rett har vi med andre ord ingen generell hjemmel for å ilegge staten et oppreisningsansvar. Betydningen av at en mangler en generell oppreisningshjemmel kommer tydeligst frem i de tilfellene hvor staten ikke oppfyller sin plikt til å sikre norske borgeres materielle menneskerettigheter, jf. Grl. § 92.<sup>19</sup> Da en i forbindelse med Grunnlovens 200-års jubileum i 2014 fikk en ny menneskerettighetskatalog i Grunnloven del E, hvor flere grunnleggende menneskerettigheter sikres som *lex superior* foran alminnelig lov, overlot lovgiveren til domstolene

<sup>17</sup> Høyesterett kom til at stebarn ikke inngår i den personkretsen som har krav på oppreisningserstatning etter skl. § 3-5 annet ledd. I sin begrunnelse viser førstvoterende blant annet til at «hvilken personkrets som skal kunne tilkjennes oppreisning [har] vært grundig vurdert av lovgiver» (avsnitt 28). Førstvoterende anerkjenner at det «utvilsomt kan virke urimelig at [stebarnet C] ikke tilkjennes oppreisning» (avsnitt 30), men fremhever at et krav om oppreisning må være forankret i lov, og at det derfor «ikke er plass for et slikt [oppreisningsansvar på] ulovfestet grunnlag» (avsnitt 31).

<sup>18</sup> Et felles trekk ved rettsutviklingen i Norden synes å være at domstolene i stadig større grad omskriver det en tradisjonelt ville anse som ideelle tap, til økonomiske tap i form av gjenopprettingskostnader eller lignende. Nærmere om ideelle tap ved tingskader, se Håkon Bergsjø, «Ideell og økonomisk skade i erstatningsretten – særlig om krenkelse av ideelle interesser ved tingskade», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2020 s. 537–616. Se også Birgitte Hagland, «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* nr 2. 2019, sidene 67–99 (heretter Hagland, *Oppreisningsansvar*), punkt 6.

<sup>19</sup> Se Hagland, *Oppreisningsansvar*, punkt 2.



å ta stilling til «virkningen av en eventuell krenkelse».<sup>20</sup> Løsningen innebærer i realiteten at domstolene får i oppgave å utvikle erstatnings- og oppreisningsansvar for statens menneskerettsbrudd.<sup>21</sup>

Mange av grunnlovsbestemmelsene i menneskerettighetskatalogen har et folkerettslig forbilde i Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og FNs konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP).<sup>22</sup> Begge konvensjonene er gjort til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 2, og i begge konvensjoner er det inntatt et krav om effektivt rettsmiddel, som også omfatter oppreisningserstatning.<sup>23</sup> Men ikke alle grunnlovsbestemmelsene har sin parallell i EMK eller SP. Eksempelvis har GrL. § 104 om barns rettigheter sin parallell i FNs konvensjon om barns rettigheter artikkel 3. I de tilfellene hvor grunnlovsbestemmelsene ikke har et folkerettslig forbilde i EMK eller SP, samt i tilfeller hvor Høyesterett eventuelt skulle komme til at borgerne har et bedre vern etter Grunnlovens bestemmelser enn konvensjonene gir, så står domstolene overfor følgende regeldannings spørsmål: kan slike menneskerettighetsbrudd begrunne oppreisningserstatning på ulovfestet grunnlag?

Hva er så problemet med at regeldannings spørsmål om statens oppreisningsansvar skal finne sin løsning i rettspraksis? En slik løsning passer i utgangspunktet ikke særlig godt inn i en norsk rettstradisjon, hvor bruk av Grunnloven som rettsgrunnlag i private tvister er ukjent, og den tradisjonelle oppfatningen fremdeles er at erstatning for ideelle tap krever særlig hjemmel i lov. Oppreisningsansvar for staten er kun aktuelt i de tilfellene hvor menneskerettsbrudd ikke lar seg reparere ved andre rettsmidler, typisk ved at domstolene konstaterer at krenkelse har funnet sted jf. blant annet HR-2018-1909-A (politiforklaring) avsnitt 66.<sup>24</sup> Dersom grunnlovs krenkelsen er så alvorlig at den ikke lar seg reparere ved at domstolene konstaterer krenkelse, kan spørsmål om statens oppreisningsansvar tvinge seg frem for domstolene. Ser vi hen til svensk rett – hvor rettstilstanden hva gjelder

<sup>20</sup> Jf. Dok. Nr. 16 (2011–2012) Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (heretter Rapport fra Menneskerettighetsutvalget), punkt 14. 6.1.

<sup>21</sup> En oppgave som også følger av Grunnloven § 92 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 1. Grunnlovsbestemmelsen fastsetter en selvstendig plikt for domstolene til å sørge for at erstatningsrettens regelinhold og regelanvendelse ikke kommer i strid med Grunnloven og konvensjonsgrunnlagene som utgjør en del av Norges folkerettslige forpliktelser.

<sup>22</sup> Allerede ved vedtakelsen av menneskerettighetsloven i 1999 (mrl.) ble EMK, SP og Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) gjort til norsk lov, jf. mrl. § 2. I dag omfatter bestemmelsen i § 2 også FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (kvinnediskrimineringskonvensjonen, KDK). Samtlige konvensjoner har forrang foran alminnelig lov, jf. mrl. § 3.

<sup>23</sup> Jf. EMK artikkel 13 (jf. artikkel 41) og SP artikkel 2 nr. 3.

<sup>24</sup> Også under EMK vil et krav om oppreisning kun utgå i den utstrekning andre rettsmidler ikke er tilstrekkelige til å reparere krenkelse.



«konstitusjonell» erstatningsrett og hjemmelskravet for erstatningsansvar ved ideelle tap tradisjonelt har vært forholdsvis lik den norske – har det allerede tvunget seg frem en løsning hvor Högsta domstolen har ilagt staten et oppreisningsansvar på ulovfestet grunnlag med utgangspunkt i Regjeringsformens bestemmelser, jf. NJA 2014 side 323 (Blake Petterson).<sup>25</sup>

Hva som kreves for at oppreisningserstatning skal anses som nødvendig for effektivt å kompensere for statens menneskerettsbrudd, og hvilke retningslinjer som kan oppstilles for operasjonaliseringen av et oppreisningsansvar, er uklart på europeisk og nasjonalt nivå.<sup>26</sup> Det vil si at borgere som mener sine rettigheter eller friheter krenket, er henvist til å finne frem i et svært sammensatt rettskildemateriale hvor grunnlovsbestemmelsene, tolket i lys av eventuelle tilhørende folkerettslige forpliktelser, blir bestemmende for om det foreligger et grunnlovs- og eller konvensjonsbrudd, mens rettsvirkningen enten må forankres i et konvensjonsgrunnlag eller eventuelt oppstilles på ulovfestet grunnlag med utgangspunkt i Grunnloven. Utover at det er et reelt behov for å forenkle rettstilstanden, og at pedagogiske hensyn tilsier lovfesting, slik at borgerne gjennom lov kan bli kjent med sine rettigheter ved statens menneskerettsbrudd, kan det fremheves ytterligere tre grunner til at dette regeldanningsspørsmålet ikke bør overlates til rettspraksis.

For det første har grov skyld tradisjonelt vært ansett som det viktigste legislative hensynet bak det norske oppreisningsansvaret. Men et krav om grov skyld slik det følger av den alminnelige oppreisningsbestemmelsen i skl. § 3-5, er i realiteten er underkjent av EMD: Det er krenkelsen, og ikke hvorvidt staten har utvist skyld, som er det sentrale.<sup>27</sup> I allfall for de grunnlovsbestemmelsene som har sitt folkerettslige forbilde i EMK, blir norske domstoler her stilt overfor en utfordring med tanke på hva slags ansvarsgrunnlag som skal kreves: Er det her tale om et alminnelig culpa-

<sup>25</sup> Dommen er konkret utformet, se særlig avsnitt 8. Hvilken prejudikatsvirkning dommen kan tillegges, er dermed usikkert. Dommen er omdiskutert. For en grundig fremstilling, kan det bl.a. vises til Jan Kleineman, «Konstitutionell skadestandsrätt», Juridisk Tidskrift 2018–19 nr. 1 side 23–40. Se også Håkan Andersson, Ersättningsproblem, Iustus Förlag 2017, punkt 5.14. I 2018 fikk Sverige nye lovbestemmelser som regulerer overtredelse av EMK, og som langt på vei kodifiserer av gjeldende rett, se Bertil Bengtsson, «Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen – den nya lagstiftningen», SvJT 2018 s. 93–127, særlig punkt 2. For en komparativ fremstilling av svensk og norsk rett, se Ole G. Nordhus, «Oppreisningsansvar etter EMK artikkel 13 – en sammenligning av norsk og svensk rett», Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett nr 1. 2019, sidene 33–60.

<sup>26</sup> Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) praksis om artikkel 13 sammenholdt med artikkel 41 er til en viss grad veiledende. Artikkel 13 må like fullt kunne karakteriseres som en bestemmelse med uklart innhold, og føringene fra EMD er at konvensjonskrenkelsene i størst mulig grad skal rettes på nasjonalt plan. Se nærmere Hagland, Oppreisningsansvar, punkt 3.2.

<sup>27</sup> Jf. Osman vs. Storbritannia (EMD-1994-23452), særlig avsnitt 116. For en nærmere fremstilling, se Hagland, Oppreisningsansvar punkt 5.3.3.

ansvar eller er det tale om et objektivt oppreisningsansvar? I realiteten kan synes det som norske domstoler vil måtte forlate oppreisningsinstituttet slik vi kjenner det i norsk rett.

For det andre synes et oppreisningsansvar å aktualiseres i de tilfellene hvor krenkelsen er av en så alvorlig art og grad at den ikke lar seg reparere «ved at Høyesterett konstaterer den», jf. HR-2018-1909-A (politiforklaring) avsnitt 66. Etter min mening bør enkeltmennesker som er utsatt for denne typen krenkelser, slippe den personlige og økonomiske belastning som det vil innebære å bringe en sak inn for domstolene, vel vitende om at rettstilstanden er usikker, og at behovet for rettsavklaring kan tilsi at saken må hele veien gjennom et omfattende domstolsapparat, slik at Høyesterett kan få anledning til å ta stilling til spørsmålet.<sup>28</sup> Til dette kommer at oppreisningsbeløpene det her er tale om, er såpass begrensede at det ikke er regningssvarende å hyre inn advokat for å føre saken gjennom tre rettsinstanser til et usikkert resultat. Og ettersom rettsspørsmålet er tvilsom, er også utsiktene til å bli tilkjent sakskostnader usikre. Det kan stilles spørsmål om en slik rettstilstand fyller alminnelige krav til forutberegnelighet og rettsikkerhet.

For det tredje, viser etter min mening Grunnlovens forarbeider hvor krevende regeldanning er på dette området.<sup>29</sup> I Sverige fikk en i 2018 en lovbestemmelse i Skadeståndslagen (SkL) om oppreisningserstatning ved krenkelse av EMK, og om en ser hen til det langvarige svenske lovgivningsarbeidet, samt den erstatningsteoretiske diskusjonen som ligger til grunn for endringene av SkL, synes det som om en i svensk rett har hatt tilsvarende utfordringer. Kort fortalt synes formuleringen av god regulering å være retts teknisk vanskelig. Slik jeg ser det, er det uheldig om lovgiver

<sup>28</sup> Det er like fullt ikke gitt at dette vil være nødvendig, jf. LB-2016-8370 og TOSLO-2013-103468 (glattcelle). Staten ved Regjeringsadvokaten har i disse sakene valgt ikke å anke over oppreisningsspørsmålet til tross for uavklart rettstilstand for statens oppreisningsansvar.

<sup>29</sup> I forarbeidene til menneskerettighetskatalogen inntatt i Grunnloven del E erkjennes at selv om det enkelte ganger kan være tilstrekkelig å konstatere at det foreligger en krenkelse av menneskerettighetene, vil «en slik avgjørelse ha liten verdi hvis den ikke ledsages av et pålegg til myndighetene om å gjenopprette situasjonen eller kompensere for krenkelsen». En forsøkte derfor å formulere en regel om effektivt rettsmiddel («effective remedy») – som også innbefatter erstatnings- og oppreisningsansvar. Menneskerettighetsutvalget endte like fullt opp med ikke å foreslå grunnlovfesting av en slik rett. I forarbeidene heter det blant annet at «utfordringene med å finne gode formuleringer som kan forhindre urealistiske forventninger og grunnløse søksmål, taler for at man på generelt grunnlag ikke forsøker å utdype hva som menes med «effective remedy» i Grunnloven. Det er også utvalgets mening at «effective remedy» vil være tilstrekkelig sikret gjennom domstolenes prøvingsrett, den alminnelige adgangen til å få sin sak prøvd for domstolene, og konvensjonenes krav til «effective remedy», se Rapport fra Menneskerettighetsutvalget, kapittel 14.6.1.

overlater til domstolene å utvikle gode regler som i et lovarbeid har vist seg vanskelig å formulere.

Slik rettstilstanden er nå, er regeldanningsutfordringen som domstolene blir stilt overfor i utviklingen av statens oppreisningsansvar, kanskje mulig å håndtere, men den vil innebære så store materielle og regeltekniske utfordringer at regeldanningsspørsmålet er mindre egnet for domstolene. I motsetning til lovgiveren, har Høyesterett et begrensede utredningsapparat, og arbeidet med den enkelte dom har helt andre tidsrammer enn lovgivers lovarbeid. Ved opphøyelsen av menneskerettighetene til grunnlovsnivå burde lovgiver vedtatt en lovbestemmelse om oppreisning.<sup>30</sup>

## 4. Sammensatte regeldanningsspørsmål – kompleksitet som grenser for domstolenes regeldanning

### 4.1. Innledning

Økt regulering og reguleringstetthet samt flere aktørtyper kan medføre normkonkurranses og et større koordineringsbehov mellom spesiell og alminnelig erstatningsrett, og mellom ulike rettsgrunnlag som har samme nedslagsfelt, eksempelvis kontrakt og deliktserstatningsrett. Spørsmålet er om normkonkurranses og koordineringsspørsmål medfører at enkelte regeldanningsspørsmål blir for kompliserte til at regeldanning gjennom rettspraksis er en egnet fremgangsmåte.

Vi skal undersøke problemet ved å ta utgangspunkt i nyere rettspraksis som omhandler regeldanningsspørsmål oppstått i tilfeller hvor en tredjepart er påført rent formuestap.<sup>31</sup> Lenge var kildetilfanget relativt magert i norsk rett. De senere årene har rettskildebildet endret seg, og vi har siden 2008 fått en rekke dommer knyttet til tredjepartsskade og rene formuestap.<sup>32</sup>

Et fellestrekk ved dommene er at det oppstår ulike former for normkonkurranses og koordineringsspørsmål både fordi regeldanningsspørsmålene løses på en måte som står i et visst spenningsforhold til alminnelige erstatningsrettslige regler, og fordi alminnelig erstatningsrett får samme nedslagsfelt som kontraktsrettslig regulering eller offentligrettslige pliktregler. Men

<sup>30</sup> Spørsmålet blir så hvordan en regel skal formuleres. Det er selvsagt opp til lovgiver. I min artikkel «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd» gjør jeg et forsøk på å formulere en regel, se Hagland, Oppreisningsansvar, punkt 7.

<sup>31</sup> Med tredjepart siktes det til annen enn kontraktspart. Rene formuestap er tap som oppstår uavhengig av integritetskrenkelse.

<sup>32</sup> Rt. 2008 s. 1078 (info I), Rt. 2015 s. 556 (info II), HR-2016-2264-A (info III) og HR-2016-2344-A (info IV), samt Rt. 2015 s. 276 (Bori), HR-2017-1834-A (branncelle) og HR-2020-312-A (arkitekt).

selv om dommene iallfall overordnet sett kan sies å ha visse fellestrekk, så har Høyesterett anlagt en svært ulik tilnærming til regeldannings spørsmålene som dommene omhandler.

I de såkalte informasjonsansvarsdommene løser Høyesterett spørsmålet om erstatningsansvar for uriktig eller villedende informasjon ved å oppstille forholdsvis skarpskårne vilkår for når skadelidte kan kreve erstatning dersom hun stoler på eller innretter seg etter informasjonen, se Rt. 2008 s. 1078 (info I), Rt. 2015 s. 556 (info II), HR-2016-2264-A (info III) og HR-2016-2344-A (info IV).<sup>33</sup> De øvrige tre dommene, som gjerne omtales som Bori-dommene i praksis og rettslitteratur,<sup>34</sup> omhandler erstatningsansvar overfor tredjeparter for uaktsomt brudd på offentligrettslige krav etter plan- og bygningslovens regler, jf Rt. 2015 s. 276 (Bori), HR-2017-1834-A (branncelle) og HR-2020-312-A (arkitekt). I motsetning til informasjonsansvarsdommene, velger Høyesterett i Bori-dommene å basere seg på en bredere avveining av om skadelidtes interesser har erstatningsvern.<sup>35</sup>

Hva er så problemet med at regeldannings spørsmål knyttet til tredjeparters rene formuestap finner sin løsning i rettspraksis? Dommene er svært omdiskuterte i rettslitteraturen. Fra kontraktsrettslig hold er det reist kritikk mot anvendelsen av alminnelige erstatningsregler i kontraktskjeder.<sup>36</sup> Sett fra et deliktserstatningsrettslig ståsted er en fellesnevner ved dommene at det kan spørres hvordan den måten Høyesterett velger å håndtere regeldannings spørsmålene på (enten det er ved skarpskårne vilkår eller helt brede vurderingstemaer) forholder seg til alminnelige erstatningsregler, slik de tradisjonelt har vært utformet. Og det kan stilles spørsmål om forholdet mellom de to tilnæringsmåtene – hva er forholdet mellom erstatningsverns vurderingen utformet i Bori-dommene og vilkårene for informasjonsansvar?

I det følgende skal vi se nærmere på informasjonsansvarsdommene og Bori-dommene hver for seg, jf. punkt 4.2. og 4.3.

<sup>33</sup> Jf. senest HR-2020-312-A avsnitt 39, hvor førstvoterende siterer vilkårene for informasjonsansvar slik de er oppstilt i Rt-2015-556 (info II), under henvisning Rt. 2008 side 1078 (info I), som er første dom hvor vilkårene uttales.

<sup>34</sup> Selv om betegnelsen «Bori-dommene» er helt treffende fordi Bori kun er part i den første saken, Rt. 2015 s. 276 (Bori), og rettsspørsmålene som sakene reiser er av noe ulik karakter.

<sup>35</sup> En lignende tilnærming har vi i de senere år også sett i dommer som omhandler erstatningsvern ved personskade, jf. HR-2017-2352-A, HR-2016-2491-A, Rt. 2013 s. 1689 og Rt. 1999 s. 203.

<sup>36</sup> Som påpekt av førstvoterende i arkitektdommen, HR-2020-312-A, har et «hovedsynspunkt har vært at anvendelse av reglene om deliktansvar kan gripe inn i den finmaskede ansvarsreguleringen i kontraktene og forrykke balansen mellom kontraktpartene», jf. avsnitt 45.

## 4.2. Informasjonsansvarsdommene

Informasjonsansvarsdommene omhandler erstatningsansvar i tilfeller hvor tredjepart har lidt tap som følge av å ha stolt på eller innrettet seg etter uriktig eller villedende informasjon. De tre første dommene omhandler informasjonsansvar for eiendomsmegler og takstmenn, og som vi straks skal se, reiser dommene også en rekke andre regeldannings spørsmål som handler om normkonkurransen og koordinering, jf. Rt. 2008 s. 1078 (info I), Rt. 2015 s. 556 (info II) og HR-2016-2264-A (info III).<sup>37</sup> Den (foreløpig) siste dommen i rekken, HR-2016-2344-A (info IV), omhandler revisors informasjonsansvar overfor tredjeparter (her en skadelidt bank som hadde innrettet seg etter innholdet i en revisorerklæring). Denne dommen er den eneste «rene» informasjonsansvarsdommen – i den betydning at dommen ikke også reiser tilsvarende spørsmål om normkonkurransen og koordinering.

Den første observasjonen vi kan gjøre er at det i dommene oppstår et visst spenningsforhold mellom regeldanningen som skjer gjennom Høyesteretts formulering av vilkår for informasjonsansvar og de alminnelige vilkårene for erstatning. Høyesterett har lagt til grunn at følgende tre vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge et informasjonsansvar:

«For det første må informasjonen ha vært villedende, og dette må skyldes uaktsomhet hos den som har avgitt informasjonen i en profesjonell sammenheng. For det andre må skadelidte ha hatt en rimelig og berettiget grunn til å stole på og innrette seg etter informasjonen. For det tredje må informasjonen ha vært ment for skadelidte eller i det minste for en begrenset gruppe som skadelidte tilhørte».<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Første gang vilkårene uttales er i info I, Rt. 2008 s. 1078, som omhandlet takstmanns erstatningsansvar for feil i takst som skyldtes takstmannens uaktsomhet. Som følge av takstmannens gale opplysninger ble en bolig taksert for høyt, og kjøper fikk utbetalt prisavslag fra selgers eierskifteforsikrer. Spørsmålet var om eierskifteforsikrer kunne kreve erstatning fra takstmannens ansvarsforsikrer som følge av feilen. Høyesterett legger til grunn at det her er tale om «direktekrav» basert på «takstmannens informasjonsansvar overfor forsikringsselskapet», og tilkjente eierskifteforsikrer erstatning. Om regress som alternativt rettsgrunnlag, se Jan-Ove Færstad, «Regressoppgjør i erstatningsrettslige klær: En kommentar til Høyesteretts avgjørelser referert i Rt. 2008 s. 1078 og Rt. 2015 s. 556», Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett 2016, s. 97–120 (heretter Færstad 2016). Også Rt. 2015 s. 556 omhandler takstmanns ansvar for uriktige opplysninger om eiendom (setningsskader). HR-2016-2264-A omhandler eiendomsmeglers informasjonsansvar for feil i meglers salgsoppgave. HR-2016-2344-A skiller seg fra de første tre, ved at det her er tale om revisors informasjonsansvar for uriktige opplysninger i en revisorerklæring. Erklæringen ble ansett villedende, og revisor ble holdt erstatningsansvarlig for en sparebank sitt tap. Banken hadde hatt rimelig grunn til å innrette seg etter informasjonen i revisors erklæring. Sistnevnte dom kan anses som den eneste rene informasjonsansvarsdommen. Øvrige dommer kan ses som «regressoppgjør i erstatningsrettslig klære» for å låne et uttrykk fra Færstad, se Færstad 2016.

<sup>38</sup> Jf. Rt. 2008 s. 1078 (info I) avsnitt 23, Rt. 2015 s. 556 (info II) avsnitt 43, HR-2016-2264-A (info III) avsnitt 36, HR-2016-2344-A (info IV) avsnitt 40, HR-2017-1834-A (branncelle) mindretallet i avsnitt 72, og HR-2020-312-A (arkitekt) avsnitt 39.

Vilkårene som Høyesterett her oppstiller er basert på en tilsvarende regulering inntatt i American Restatements of Torts,<sup>39</sup> og importeres til norsk rett via en sekundærkilde som i hovedsak omhandler helt andre rettsspørsmål, nemlig Bjøranger Tørums doktoravhandling om direktekrav.<sup>40</sup> Høyesteretts rettskildebruk kan beskrives som original, men de metodemessige implikasjonene skal vi la ligge her.<sup>41</sup> Viktig i vår sammenheng er at vilkårene hentet fra American Restatements passer som fot i hanske i norsk erstatningsrett: De passer nesten. Slik vil det nødvendigvis bli når en importerer kriterier uten å koordinere dem inn under gjeldende norsk rett.

Kort fortalt kan de tre vilkårene for informasjonsansvar sies å forholde seg til det alminnelige culpaansvaret på følgende måte: Pliktgrunnlaget som fremgår av det første vilkåret – at informasjonen må ha vært villedende på grunn av uaktsomhet (villedningsvilkåret) – kan knyttes til profesjonsansvaret under culpanormen, hvor lov- og bransjerelaterte handlenormer typisk blir bestemmende for utformingen av profesjonens aktsomhetsstandard. Mens det andre vilkåret – at skadelidte har hatt berettiget grunn til å innrette seg etter informasjonen (innrettelsesvilkåret) – kan sammenholdes med det ulovfestede vurderingstemaet som i rettslitteraturen er utviklet helt generelt for rene formuestap: forventningskriteriet.<sup>42</sup> Vilkåret kan forklares både utfra kravet om at tapsrisikoen skal være synbar for skadevolder – vi forlanger ikke at noen skal ta det upåregnelige i betraktning – og utfra at culpanormen er en relasjonell norm: Det er ikke tilstrekkelig at skadevolder har en aktsomhetsplikt, det må være en aktsomhetsplikt overfor en risikoutsatt gruppe som skadelidte inngår i. Eksempelvis har styremedlemmer andre plikter overfor eget selskap enn overfor selskapets kreditorer. Dessuten hører dette innrettelsesvilkåret tett sammen med ska-

<sup>39</sup> Restatements er en amerikansk modellov, utviklet av akademikere, som utgis av American Law Institute. Restatements' regulering av informasjonsansvaret er ikke gjeldende amerikansk rett, og de fleste delstatene har andre rettslige løsninger.

<sup>40</sup> Jf. førstvoterendes uttalelse «[v]ed den videre drøftelsen av om det er grunnlag for et direktekrav basert på takstmannens informasjonsansvar, finner jeg det naturlig å ta utgangspunkt i Bjøranger Tørums oppsummering i boken *Direktekrav*, Bergen 2007 av hva som antas å utgjøre de generelle vilkår for dette ansvaret. Etter å ha understreket at informasjonsansvaret i liten utstrekning er avklart i norsk rettspraksis, oppsummerer han amerikansk rett slik på side 505» (avsnitt 23).

<sup>41</sup> Se Hagland, *Pragmatism*, punkt 5.2.

<sup>42</sup> Med utgangspunkt i relativt få erstatningsrettsdommer, har en i rettslitteraturen oppstilt skadelidtes berettigede forventninger som vurderingstema ved rene formuestap, jf. blant annet Rt. 1981 s. 462 (Malvik) og Rt. 2006 s. 1519 (pionérdykker). Se blant annet Jan-Ove Færstad, «Erstatningsansvar for villedende informasjon», Gyldendal Juridisk, Oslo 2014, Bjarte Thorson, «Erstatningsvern ved rene formuestap», Gyldendal Akademisk, Oslo 2011, Erling Hjelmeng, «Normkonkurranse i erstatningsretten», *Velferd og Rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønsdal, Aslak Syse, Kirsten Ketcher, Kåre Lilleholt og Eivind Smith (red.)*, Gyldendal Juridisk, Oslo 2013, Hagstrøm/Stenvik kapittel 4.6, *Wilhelmsen/Hagland* kapittel 6.4.5.

delidtes egen medvirkning, og vurderingen vi foretar etter den alminnelige medvirkningsregelen i skl. § 5-1. I HR-2016-2264-A (info III) fremhever førstvoterende at det tredje vilkåret (relasjonsvilkåret) skal leses i sammenheng med innrettelsesvilkåret: Grunnlaget og styrken i «skadelidtes innrettelse vil bero på innholdet av den avgitte informasjonen og i hvilken grad skadelidte kan anses som direkte eller indirekte adressat» (avsnitt 38). Etter min mening passer også relasjonsvilkåret inn i en alminnelig culpavurdering, nærmere bestemt under fastsettelsen av culpaansvarets rettighetsside, og spørsmålet om vi står overfor en vernet skadelidt: Gitt at vi står overfor en erstatningsrettslig relevant formuesskade, kan vi stille spørsmål om hvem som har en vernet interesse, eller hvem som er vernet skadelidt.<sup>43</sup>

Den første observasjonen vi har gjort, er altså at det foreligger en spenning mellom de alminnelige vilkårene for erstatning og hvordan Høyesterett formulerer vilkårene for informasjonsansvar.

Den andre observasjonen vi kan gjøre er at selv om vilkårene med litt anstrengelse lar seg forklare og plassere inn i en norsk erstatningsrettslig tradisjon, så har Høyesteretts tilnærming til regeldanningsspørsmålet/vilkårsutformingen ikke løst de mange spørsmålene som for de tre første informasjonsansvarsdommene har oppstått i grenseflaten mellom kontraktsrett, erstatningsrett og forsikringsrett.<sup>44</sup> De tre første informasjonsansvarsdommene omhandler ikke kun eiendomsmeglers eller takstmanns informasjonsansvar, men også forholdet mellom eiendomsforsikrer og ansvarsforsikrer i regressomgangen, og reiser et konglomerat av andre regeldanningsspørsmål. Kort fortalt er dette spørsmål om hvordan en skal forholde seg til valgtrett og konsumpsjon når skadelidte har krav mot flere på ulikt grunnlag (prisavslag i kontrakt og erstatning utenfor kontrakt), problemer knyttet til selve tapsbegrepet (prisavslag innebærer strengt tatt ikke et økonomisk tap), og spørsmål om hvordan en skal forholde seg til konkurrerende forsikringsdekninger fordi forholdet mellom eiendomsskifteforsikrers og ansvarsforsikrers forsikringsavtaler, og hvilken betydningen en kan tillegge ulike vilkårssett i regressomgangen, fremstår som uklart.

<sup>43</sup> En interessant observasjon i denne sammenhengen er at om vi ser hen til en dom avsagt for informasjonsansvarsdommene, Rt. 2006 s. 1519 (pionérdykker), så finner vi culpabetraktninger som iallfall langt på vei faller sammen med informasjonsansvarsdommene, selv om vilkårene som er hentet fra Restatements ikke benyttes. Høyesterett foretar her en culpavurdering basert på forvetningskriteriet. I saken var skadevolder det offentlige. Statoil hadde etablert en støtteordning for tidligere pionerdykkere i Nordsjøen. Ordningen forutsatte vedtak om uførepensjon. Skadelidte kvalifiserte for begge deler, men som følge av at trygdekontoret brukte for lang tid på å treffe vedtak, gikk han glipp av den private ytelsen. Skadelidte aksepterte at kravet ikke kunne bygges på at folketrygdens bestemmelser ikke var etterlevd, men påberopte seg at ansvar kunne begrunnes i «unnlatt oppfyllelse av hans særlige forventninger om prioritering og hurtig saksbehandling». Det vil si informasjon som trygdekontoret hadde gitt om at de ville prioritere saken hans.

<sup>44</sup> Jf. Rt. 2008 s. 1078 (info I), Rt. 2015 s. 556 (info II), HR-2016-2264-A (info III).



Men, dette er regeldannings spørsmål en langt på vei kunne ha løst gjennom lovregulering: Eiendomsmeglers erstatningsansvar ble foreslått lovregulert på slutten av 1980-tallet.<sup>45</sup> Utvalget fremhevet at det ville være en fordel med lovregulering av ansvarsspørsmålet overfor selger og kjøper «til avklaring på punkter som i dag måtte være tvilsomme og fordi lovreguleringen vil gjøre reglene lettere tilgjengelige for bransjen og publikum».<sup>46</sup> Justisdepartementet stilte seg kritisk til å lovregulere erstatningsansvaret, og uttalte at rettstilstanden «neppe [er] avklart på alle punkt, og det kan kanskje være en fordel at den nærmere fastlegging av ansvaret overlates til domstolene, som gjerne kan nyansere erstatningsplikten mer enn det som er mulig i en lovregel».<sup>47</sup> Videre fremholdt Departementet at «dette er et rettsområde hvor domstolene er mest egnet til å styre rettsutviklingen».<sup>48</sup> Begrunnet i denne tradisjonelle oppfatningen foreslo Departementet å ikke lovregulere ansvaret, som dermed forble uregulert. Resultatet er at rettstilstanden ikke er spesielt godt avklart.

Oppfatningen om at domstolene er best egnet til å styre rettsutviklingen på erstatningsrettens område, har medført at domstolene med utgangspunkt i få, konkrete og sprikende sakskomplekser har måttet ta stilling til regeldannings spørsmål knyttet til informasjonsansvar overfor tredjeparter. I HR-2018-2080-A (psykisk skade) fremhever førstvoterende at «[p]å erstatningsrettens område er det tradisjon for at Høyesterett avklarer og utvikler retten i dialog med rettsvitenskapen» (avsnitt 44). Regeldannings spørsmålene vi her står overfor er så sammensatte at til tross for svært omfattende diskusjoner i norsk rettslitteratur, så har rettsvitenskapen (hittil) ikke greid å finne frem til en fullgod løsning. I tillegg reiser de tre første dommene krevende spørsmål om normkonkurranse og koordineringsspørsmål som kunne vært løst i lovgivningen, ved at lovgiver etter en grundig utredning traff et begrunnet valg.

### 4.3. Bori-dommene

Også Høyesteretts tilnærming til regeldannings spørsmålene i de såkalte Bori-dommene, Rt. 2015 s. 276 (Bori), HR-2017-1834-A (branncelle) og HR-2020-312-A (arkitekt), har ført til mye diskusjon både i praksis og rettslitteratur. Et fellestrekk ved dommene er at de omhandler ansvarlig søker, ansvarlig utførende eller ansvarlig kontrollerende sitt erstatningsansvar overfor tredjeparter for uaktsomt brudd på offentligrettslige krav

<sup>45</sup> Jf. NOU 1987:14 utkastets § 3-10 med tilhørende kommentarer, samt omtale i punktene 1.3 og 4.

<sup>46</sup> Jf. NOU 1987:14 side 79.

<sup>47</sup> Jf. Ot.prp.nr.59 (1988–1989) side 26.

<sup>48</sup> Ibid.

etter plan- og bygningslovens regler. Særlig den første av de tre dommene, Rt. 2015 side 276 (Bori), har gitt opphav til en rekke uavklarte regeldanningsspørsmål.<sup>49</sup>

Det første hovedproblemet knytter seg til etablering av erstatningsvern, hvor regeldanningsspørsmålet – «om [skadevolder] likevel ikke skal holdes erstatningsansvarlig ovenfor [skadelidte] fordi forsømmelsen gjelder offentligrettslige plikter som ikke kan påberopes av tredjemann som grunnlag for erstatning» (avsnitt 24) – søkes besvart ved å anlegge et helt bredt vurderingstema.<sup>50</sup> Førstvoterende baserer seg på «en bredere avveining, hvor tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter vil inngå» (avsnitt 26). Dette bredt anlagte vurderingstemaet kan i en erstatningsrettslig kontekst iallfall et stykke på vei forklares utfra et behov for tydelig å fremheve at erstatningsvernvurderingen ikke kan baseres på formelle betraktninger knyttet til skillet mellom privatrettslig eller offentligrettslig regulering, eller til tapstypen (rene formuestap), jf. avsnitt 25 og 26. Vurderingstemaets plassering – etter at førstevoterende hadde konstatert ansvarsgrunnlag,<sup>51</sup> samt vurderingstemaets innhold, særlig knyttet til «karakteren av pliktbruddet», og førstvoterendes presisering av at tapssituasjonen han «har for øyet» er heving (avsnitt 21), kunne forstås slik at deliktsansvaret skulle reserveres for tilfeller hvor det foreligger grov skyld. Hovedregelen i erstatningsretten er at det kreves vanlig uaktsomhet, og ikke grov skyld, for å komme i ansvar. Det kunne synes som om vi her stod overfor en ny ansvarsform. Regeldanningsspørsmålet er bedre avklart etter Høyesteretts gjennomgang i HR-2020-312-A (arkitekt), hvor førstvoterende presiserer at «det ikke er særlig treffende å snakke om et eget «Bori-ansvar», slik det har vært tilløp til i juridisk teori og blant praktikere» (avsnitt 44). Men spørsmålet om

<sup>49</sup> Et foretak hadde overfor kommunale myndigheter påtatt seg rollen som ansvarlig utførende og kontrollerende for ombygging av en eldre bygning til leiligheter. Etter at et borettslag hadde overtatt bygget, viste det seg at det led av massive mangler. Kontrollerklæringene som foretaket hadde avgitt, viste seg å inneholde uriktige opplysninger, og måten foretaket hadde skjøttet sine plikter på, ble anses som klart uaktsomt (avsnitt 23). Borettslaget ble tilkjent erstatning.

<sup>50</sup> Også i andre saker om erstatningsvern har Høyesterett anlagt et bredt vurderingstema, se særlig HR-2017-2352-A (prostitusjon). For en nærmere fremstilling, se blant annet Hagstrøm/Stenvik kapittel 3.2.1, Hagland, Erstatningsvern; Arnt E. Skjefstad, «Metodiske utfordringer i erstatningsretten – noen grunntrekk og refleksjoner», Tidskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett 2018 sidene 220–260, Håkon Bergsjø og Jo Ørjasæter, «Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern», Jussens Venner, 2018 s. 329–345.

<sup>51</sup> Jf. uttalelsen om at det kan «simpelthen ikke være forenlig med en forsvarlig fremgangsmåte for den ansvarlig kontrollerende for utførelsen å gi klarsignal til brukstillatelse for et bygg med så store feil og mangler» (avsnitt 23). Spørsmål om økonomisk tap, årsakssammenheng og adekvans var ikke tema for Høyesterett.

hvordan vurderingstemaet forholder seg til de tradisjonelle vilkårene for erstatning, fremstår fremdeles ikke som avklart.

I de to første dommene, Rt. 2015 s. 276 (Bori) og HR-2017-1834-A (branncelle), oppstår det to ytterligere regeldannings spørsmål: Et koordineringsspørsmål knyttet til forholdet mellom det brede vurderingstemaet som er oppstilt i Bori og vilkårene oppstilt for informasjonsansvar. Og et spørsmål om skadelidtes valgrett i tilfellene hvor normkonkurranse oppstår fordi flere rettsgrunnlag kan anføres for et krav.

For det første handler disse to dommene om rent formuestap som tredjepart lider som følge av at skadevolder har gitt uriktige opplysninger, og dommene står dermed i et noe uavklart forhold til informasjonsansvaret.<sup>52</sup> Et tydelig uttrykk for at det er en relasjon mellom det brede vurderingstemaet oppstilt i Bori-dommen og informasjonsansvaret finner vi HR-2020-312-A (arkitekt), hvor førstvoterende uttaler at

«Ved vurderingen under dette punktet tar jeg utgangspunkt i de alminnelige rettslige utgangspunktene om avgrensning av ansvaret overfor tredjeparter for formuestap, som jeg har gjennomgått. Skadelidtes berettigede forventninger står her helt sentralt. Jeg ser videre hen til de avgrensningskriterier som er utviklet i rettspraksis om informasjonsansvaret og mer spesielt til momentene i avsnitt 26 i Rt-2015-276 Bori» (avsnitt 72).

Av dommen er det like fullt vanskelig å lese ut hva som er det nærmere forholdet mellom momentene i det bredt anlagte vurderingstemaet som oppstilles i Bori, og vilkårene for informasjonsansvaret, selv om førstvoterende fremhever at Bori-dommen «kan ses som utslag av informasjonsansvaret» (avsnitt 40). Det må kunne sies at svaret på regeldannings spørsmålet enda ikke har funnet sin løsning i rettspraksis.

For det andre omhandler disse to dommene krav om erstatning i kontraktskjeder, hvilket innebærer at erstatningsretten og kontraktsretten (jallfall tilsynelatende) får samme nedslagsfelt. Dermed oppstår et regeldannings spørsmål knyttet skadelidtes valgrett mellom å fremme å et erstatningskrav basert på reglene om deliktserstatning (erstatning utenfor kontrakt) eller etter reglene om kontraktuelle direktekrav.<sup>53</sup> Tradisjonelt

<sup>52</sup> Se HR-2020-312-A (arkitekt) avsnitt 40 og 72, samt mindretallets votum i HR-2017-1834-A (branncelle), se særlig avsnitt 72. Den nyeste dommen, HR-2020-312-A (arkitekt), omhandler ikke informasjonsansvar. Skadevolder, som her var et arkitektfirma, hadde ikke gitt uriktige opplysninger til kommunen, men hadde uaktsomt brutt plikter som ansvarlig søker etter plan- og bygningsloven. Arkitektfirmaet stod heller ikke i noe kontraktsforhold til kjøper av boligen, og hadde ikke vært involvert i selve byggeprosjektet på en slik måte at firmaet kunne hefte for mangler ved bygget.

<sup>53</sup> For en fremstilling av valgrett og konsumpsjon, se Amund Bjøranger Tørum, «Forholdet mellom kontrakts- og deliktsansvar», NJM 2017 punkt 4.3. Arnt Skjefstad og Amund Bjøranger Tørum, «Rettsutvikling og rettsavklaring i erstatningsretten – illustrert gjennom de såkalte Bori-dommene», Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett nr. 2–2020 sidene 129–141.

er det et sikkert utgangspunkt i norsk (og forsåvidt nordisk) rett at skadelidte kan velge dersom han kan begrunne sitt krav i flere rettsgrunnlag. Noe mer enn et utgangspunkt er valget likevel ikke, og det blir derfor problematisk når førstvoterende i et obiter dictum på generelt grunnlag oppstiller et klarhetskrav dersom valget skal fravikes, jf. uttalelsen om at «[e]n begrensning av denne valgfriheten må, slik jeg oppfatter hovedlinjen i Høyesteretts praksis, bygge på noenlunde klare holdepunkter i det samlede rettskildematerialet», jf. Rt. 2015 side 276 (Bori) avsnitt 36.<sup>54</sup> Denne generelle rettssetningen er kritisert i rettsteorien. Det er relativt enkelt å peke på tilfeller hvor det kan være behov for å fravike dette utgangspunktet. Eksempelvis innebærer en så generell løsning på regeldanningsspørsmålet at en kan komme seg rundt lovbestemte begrensninger i kontraktslovgivningen ved kun fremme et erstatningsrettslig krav, i stedet for et kontraktsrettslig direktekrav.<sup>55</sup> I HR-2017-1834-A (branncelle) synes det som at flertallet tilskjærer dette generelle utgangspunktet – selv om det oppstilles få retningslinjer for videre regeldanning hva gjelder skadelidtes valgrett. Flertallet (4-1) uttaler at selv om anvendelsen av utgangspunktene oppstilt i Bori-dommen ikke utelukker et erstatningskrav, så må det likevel

«undergis en nærmere vurdering om det er grunnlag for erstatning i dette tilfellet. Vurderingen må bygge på den faktiske situasjonen, de hensynene som gjør seg gjeldende, og de rettslige utgangspunktene som følger blant annet av Bori-dommen» (avsnitt 37).

I dommen konkluderer flertallet med at «slik forholdet mellom partene er her, er jeg kommet til at de krav som måtte foreligge med grunnlag i den kontraktsrettslige mangelen, bare kan forfølges etter kontraktsrettslige regler», jf. avsnitt 55.

Slik som informasjonsansvarsdommene, viser Bori-dommene at domstolene kan bli stilt overfor regeldanningsspørsmål som er så sammensatte at domstolene får store utfordringer med å utvikle godt regelinhold og koordinere regeldanningsspørsmålene som oppstår. Det er ikke ukjent at utviklingen av vurderings- og argumentasjonsmønstre gjennom rettspraksis kan ta lang tid. Etter min mening kan det likevel være slik at normkonkurransen blir for stor og koordineringsspørsmålene for mange til at de er egnet til å løse innenfor en konkret sak.

<sup>54</sup> Førstvoterende tar ikke stilling til om saksøker «ville ha kunnet gjøre noe direktekrav gjeldende mot [skadevolder] basert på reglene i bustadoppføringslova § 37 eller avhendingslova § 4-16» (avsnitt 36).

<sup>55</sup> Eksempelvis omgåelse av lovbestemte reklamasjonsfrister, se HR-2017-1834-A (branncelle).

## 5. Avsluttende refleksjon

Lovgiver har tradisjonelt hatt en tilbaketrukket rolle på erstatningsrettens område. Etter min mening fordrer både samfunnsutvikling og rettsutvikling en mer bevisst lovgiver, som stilt overfor regeldannings spørsmål oftere tar aktivt stilling til om det er behov for lovregulering, i stedet for å holde seg med en tradisjonell og helt generell oppfatning om at «domstolene er mest egnet til å styre rettsutviklingen» som en etablert sannhet. Regeldanning gjennom rettspraksis er mindre egnet i tilfeller hvor rettsutviklingen skal drives frem av svake parter og strengt tatt griper inn i bevilgende myndigheters kompetanse. Rettsutviklingen blir for sendrektig. Og regeldanning gjennom rettspraksis synes å nå en smertegrense i tilfeller hvor regeldannings spørsmålene blir for kompliserte. Det være seg fordi regeldannings spørsmålet utfordres av særlige hjemmelskrav og beror på et svært sammensatt og komplisert rettskildegrunnlag, slik som for statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd. Eller det være seg fordi regeldannings spørsmålene som kommer opp for Høyesterett, omfatter større innslag av normkonkurranse og flere koordineringsspørsmål, enn det som er mulig å løse innenfor rammene av en konkret sak.