

UiO • **Det juridiske fakultet**

Tredjepersoners erstatningsrettslige vern i pasientskadesaker

Kandidatnummer: 606.

Leveringsfrist: 25. november 2013.

Antall ord: 17 330.



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Oppgavens problemstilling	1
1.3	Avgrensninger og presiseringer	3
1.4	Terminologi.....	3
1.5	Rettskilder	4
1.6	Fremstillingen videre	9
2	KARTLEGGING AV DE MATERIELLE REGLENE.....	10
2.1	Alminnelige erstatningsrettslige vilkår for pasientskader.....	10
2.1.1	Innledning.....	10
2.1.2	Ansvarsgrunnlag.....	11
2.1.3	Ikke- økonomisk og økonomisk tap	12
2.1.4	Årsakssammenheng.....	12
2.2	Tilleggsvilkår for tredjemannstap	14
2.2.1	Innledning.....	14
2.2.2	«Tilknytning»	14
2.2.3	«Nødvendig og rimelig».....	17
2.2.4	Innrettelseskravet/ tapsbegrensningsplikt.....	19
2.3	Utmåling	20
2.3.1	Innledning.....	20
2.3.2	Samspillet mellom trygdeytelser og erstatning.	21
2.3.3	Erstatningsutmålingen	22
2.3.4	Avsluttende bemerkning.....	26
2.4	Ulike typer tredjemannstap – kasuistikk (gruppenivåer).....	26
2.4.1	Innledning.....	26
2.4.2	Merutgifter.....	27

2.4.3	Fremtidig inntektstap	30
2.4.4	Tapte karrieremuligheter	34
2.5	Prosessulle problemstillinger	37
2.5.1	Utgangspunkter.....	37
2.5.2	Rettslig vurdering	39
2.5.3	Avsluttende bemerkning med oppsummering av rettssituasjonen i dag.	43
3	KOMPARATIVT PERSPEKTIV	43
3.1	Innledning	43
3.2	Svensk rett.....	44
3.3	Dansk rett	47
3.4	Sammenligninger/vurderinger	49
4	VURDERINGER AV RETTSVERNET.....	49
4.1	Innledning	49
4.2	Merknader til <i>Hagberg</i> (Rt. 2010 s. 1153).	50
4.3	Vurderingen av rettstilstanden.	53
4.4	Avsluttende bemerkninger	57
5	REFERANSELISTE.....	59

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er tredjepersoners rett til erstatning ved pasientskadeansvar, basert på gjeldende rett og de lege ferenda betraktninger. Den overordnede problemstillingen er hvorvidt vernet og rettssikkerheten til tredjepersoner er tilstrekkelig ivaretatt gjennom lovgivning og rettspraksis. Med dette mener jeg om de har tilstrekkelig rettigheter.

Utgangspunktet i pasienters erstatningsrett er at det bare er direkte skadelidte, altså pasienten, som kan få erstatning. I helt spesielle tilfeller kan likevel tredjepersoner også få erstatning for sitt tap. I lov om erstatning ved pasientskader mv. 15. juni 2001 nr. 53 (passkl.) § 2 følger det av ordlyden at «pasienter og andre som har lidt tap på grunn av en pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes...». Selv om ordlyden her fremstår som om direkte skadelidte og tredjepersoner har et likestilt vern, er det ikke slik i praksis. Tredjepersoners rett på erstatning er et klart unntak, og unntaket vil bli behandlet i denne oppgaven.

I forbindelse med vurderingen av rettsvernet i dag har jeg sendt en anmodning til Pasientskadenemnda om å få innsyn i nye vedtak som ikke er publisert på Lovdata. Dette har ikke latt seg gjøre. Anbefalelsesbrev fra veileder er vedlagt.

1.2 Oppgavens problemstilling

Tredjepersoners rettigheter er omtvistet fordi det foreligger ulike oppfatninger om hvorvidt disse personene skal ha et sterkt eller svakt rettslig vern. På den ene siden står det generelle prinsippet i erstatningsretten om full erstatning.¹ Dersom vilkårene for erstatning foreligger, har personen krav på erstatning, og personen skal stilles som om skaden ikke

¹ Kjelland (2011) s. 446.

har skjedd.² På den andre siden står de særskilte omstendighetene rundt et tredjemannstap. Her vil rekkevidden av erstatningsansvaret til skadevolder skape problemstillinger. Det må drøftes hva tredjepersoner selv må bære risiko for, og hvor mye tredjepersoner må tåle av ekstraarbeid, og ekstrakostnader, uten å få kompensasjon i form av erstatning.

Begrepet «tredjemannstap» er ikke ensbetydende, slik at hvilke type tredjemannstap som kreves, kan være avgjørende i forhold til om tapet er erstatningsrettslig vernet. De ulike tredjemannstapene vil således vurderes. Dette gjøres for å trekke slutninger om hvilket tap som ligger innenfor hva som anses som erstatningsrettslig vernet, hva som ligger i gråsonen og hvilke av kravene som faller utenfor. De vurderingene som er lagt til grunn i praksis vil belyse om de materielle og prosessuelle reglene er for strenge, slik at tredjepersoners erstatningsrettslig vern er for svakt.

Pasientskadesakers kompleksitet viser seg spesielt tydelig i forhold til selve utmålingen av erstatningen. Det er en nær tilknytning til velferdsretten hvor skadelidtes medisinske og økonomiske behov blir ivaretatt gjennom trygdeytelser fra det offentlige. Erstatning vil dermed være et supplement, i de situasjoner der skadelidtes behov ikke blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom trygdeytelsene. Erstatningen skal «sikre skadelidte mer selvstendighet, uavhengighet og trivsel.» Dette er slått fast i blant annet *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, på side 485) og RG 2012 s. 875, på side 878 f. Som et resultat av at norsk rett har to ulike kompensasjonsordninger, blir de skjønnsmessige vurderingene vanskelige.

I forhold til erstatningsutmålingen reises det en rekke prosessuelle problemstillinger. Det må vurderes om den beste løsningen er at både direkte skadelidte og tredjepersonen kan reise selvstendige krav ovenfor skadevolderen. En annen synsvinkel er at tapet kun skal tilkjennes direkte skadelidte. Denne problemstillingen gjør seg spesielt gjeldende der tredjepersonen påføres tap som følge av utført omsorgsarbeid for direkte skadelidte.

² Kjelland (2011) s. 358.

Problemstillingene skal behandles gjennom hele oppgaven, og summen av delkonklusjonene skal gi et sammensatt bilde av styrkene i tredjemannsvernet. Det vil også reises spørsmål om vernet kan bli styrket ytterligere, ved hjelp av andre ordninger.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Jeg avgrensner mot behandling av pasientskadeerstatning til direkte skadelidte, da dette vil bli for omfattende i forhold til oppgavens rammer. I det følgende vil det legges til grunn at en slik primærskade har skjedd, uten ytterligere presiseringer.

Jeg vil heller ikke skille mellom tilfeller der helsetjenesten har opptrådt uaktsomt eller hvor opptreden er forsvarlig. Grunnen til denne fellesbehandlingen er at erstatningsvilkårene og utmålingen ikke nødvendigvis påvirkes av graden av aktsomhet etter pasientskadeloven. Dette er et resultat av at det er det objektive ansvarsgrunnlaget som legges til grunn. Er det påført en skade vil pasienten og eventuelt tredjepersoner kunne få erstatning uavhengig av uaktsomheten, så lenge vilkårene for erstatning for øvrig er tilstede.

Videre avgrenses det mot erstatning etter skadeerstatningsloven § 3-4, herunder forsørgertapserstatning. Bakgrunnen for dette er at jeg ønsker å se på de tap som tredjemann påføres grunnet ytelser som begunstiger den direkte skadelidte.

1.4 Terminologi

Jeg vil anvende samlebegrepene «tredjemann» eller «tredjeperson». Begrunnelsen er fordi det språkmessig passer å anvende begge begrepene i ulike sammenhenger. Dette gjøres for å få en bedre flyt i språket, uten at det får betydning for det juridiske. Begge begrepene vil ha den samme betydningen.

Felles for betegnelsen «tredjemannstap» er at en annen person enn den direkte skadelidte er påført et økonomisk tap eller en fysisk/psykisk skade. Tapet oppstår som en følge av at

tredjepersonen står nær direkte skadelidte.³ Et slikt tap kan være kostnader knyttet til sykdomsperioden, eller et fremtidig inntektstap som er en konsekvens av direkte skadelidtes behov. Hvem som kan defineres som tredjepersoner i pasientskadesaker er et spørsmål om «tilknytning», og for skadevolder må tredjemannstapet være påregnelig. Tredjepersoner i pasientskaderetten vil være «pårørende» og skadelidtes «nærmeste», som i utgangspunkt er foreldre, barn, søsken, samboer, venner eller arbeidsgiver. Dette støttes også av definisjonen i folketrygdloven § 16-5 andre ledd.

Direkte skadelidte er pasienten som blir påført en pasientskade, og denne skaden betraktes som «primærskaden». Videre må det presiseres at uten denne primærskaden vil det ikke bli tale om et «tredjepersonstap». Skadevolderen vil i denne sammenhengen være helsevesenet. En nærmere presisering vil ikke bli foretatt i denne oppgaven.

Til slutt må «uegentlige»- og «egentlige» tredjemannstap defineres. «Uegentlige» tredjemannstap er der tredjepersonen har blitt påført en fysisk og/eller psykisk skade. Dette kan for eksempel være «sjokkskader», smitte eller lignende. Til illustrasjon er situasjoner der en tredjeperson blir påført en sjokkskader som en følge av at barnet har gått bort, eller blir alvorlig syk. «Egentlige» tredjemannstap er der pårørende har blitt påført et økonomisk tap eller byrde. Dette kan være kostnader i forbindelse med sykehusopphold, tapt arbeidsinntekt eller fremtidige inntjenings muligheter.⁴ Hvor det krever en nærmere presisering, vil dette bli foretatt.

1.5 Rettskilder

I oppgaven vil en rekke rettskilder bli anvendt for å belyse og vurdere problemstillingene. Det som er særegent med rettskildene i pasientskaderetten vil bli redegjort for nedenfor.

³ Kjelland (2011) s. 533.

⁴ Begrepene er drøftet av Kjelland (2011) s. 533 f.

Pasientskadeloven § 2 er den mest sentrale bestemmelsen for tredjepersoners erstatningsrettslige krav. *Loven* er en videreføring av de alminnelige erstatningsrettslige reglene og «den midlertidige ordning»⁵ vi hadde fra 1988 og frem til loven trådte i kraft i 2003. Det fremgår av forarbeidene at «komiteen er enig i at alminnelig erstatningsrett ikke gir tilstrekkelig vern for personer som skades ved ytelser av helsetjenester, og at praksis må bygge på en mindre streng uaktsomhetsvurdering».⁶ Opprettelsen av loven var et ledd i en lang prosess for å skape et sterkere rettsvern for pasienter og deres nærmeste.

Pasientskadesaker har blitt behandlet etter ulike regelsett gjennom tidene. Det betyr at tidspunktet for når skaden inntraff og hvem som er skadevolder vil ha betydning for hvilke regler som kommer til anvendelse. Skader inntruffet før loven trådte i kraft i 2003 skal behandles etter «de midlertidige reglene». De prosessuelle reglene i pasientskadeloven gjelder saker før og etter tiltredelse av loven, jf. passkl. § 21. Et annet viktig skille er mellom private og offentlige helsetjenester. Tidligere var pasientskadeloven forbeholdt offentlige helsetjenester. I januar 2009 ble loven endret slik at alle pasientskader, uavhengig av om skadevolder er privat eller offentlig sektor, behandles etter pasientskadelovens regler. Skader påført av privat sektor før 2009, må behandles etter de alminnelige erstatningsrettslige regler, og ikke etter «de midlertidige reglene», ettersom disse kun gjelder det offentlige.

«Den midlertidige ordningen» vil således fortsatt ha en rettskildemessig verdi. Dette har vært et ønske fra lovgiver og det uttales i forarbeidene at «etter departementets oppfatning bør pasientskadelovens regler om ansvarsgrunnlag være omtrent like strenge som i de midlertidige reglene og være av samme type som i utvalgets forslag».⁷ Rettspraksis og forvaltningspraksis fra tiden før lovreguleringen vil dermed ha relevans, spesielt som veiledning.

⁵ Forskrift 1. januar 1988 nr. 1 Regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker.

⁶ Innst. O nr. 68 (2000–2001) punkt 2.1.

⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 11.4.1.

Den primære kompensasjonskilden ved pasientskadesaker er trygdeytelser. Trygdeytelser er regulert av folketrygdloven⁸ og dekker medisinske og økonomiske behov. Hvis direkte skadelidte og/eller tredjepersoner ikke har fått dekket sitt fulle tap gjennom trygdeytelser, vil de kunne få dekket de sosialmedisinske behov gjennom erstatning. Sosialmedisinske behov vil være utgifter til ytelser som skal gjøre hverdagen til direkte skadelidte bedre, gjennom trivsel og selvstendighet, jf. *Løff II* (Rt. 2009 s. 425). Utgiftene skal eksempelvis dekke lønn til omsorgsarbeid. Videre vil selve utmålingen av erstatningssummen i dag gjøres etter skadeerstatningslovens⁹ regler. Dette følger av passkl. § 4 og vil dermed ha rettslig betydning i denne oppgaven.

Det må nevnes at pasientskaderetten stadig er under utvikling, slik at nye *forskrifter* vil også være bindende retningslinjer. Det finnes både forskrifter til pasientskadeloven som helhet, og forskrifter som direkte henviser til sentrale bestemmelser.

Forarbeidene er med på å kaste lys over lovgivers vilje, og er derfor en viktig rettskildefaktor.¹⁰ De mest sentrale forarbeidene til pasientskadeloven og som det legges størst vekt på, er Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) og Ot.prp. nr. 55 (1999–2000). Begge proposisjonene bygger på NOU 1992: 6 om erstatning ved pasientskader som er utarbeidet av Lødruputvalget. Videre finner man Ot.prp. nr. 55 (1999–2000) som ble utredet i forbindelse med den nye helsereformen i 1999.¹¹

Endelig må NOU 2011: 16 om Standardisert pasientskadeerstatning nevnes. Utvalget har sett på de utfordringene reglene har i dag og kommer med en del kritiske synspunkter. På bakgrunn av dette har NOU 2011: 16 blitt henvist til i en rekke nye avgjørelser.¹² Videre

⁸ Lov om folketrygd 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.).

⁹ Lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr 26 (skl.).

¹⁰ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 71.

¹¹ Syse (2011) s. 42.

¹² Bl.a. LA-2012-106249 og LF-2011-171818.

kommer utvalget med en rekke forslag til endringer i forhold til blant annet utmålingen av erstatning.

Det er forholdsvis lite *juridisk litteratur* vedrørende tredjemannstap i pasientskadesaker. Som en konsekvens av dette vil store deler av vurderingene i denne oppgaven baseres på en analyse av *rettspraksis*. Videre inneholder pasientskadeloven en rekke skjønnsbegreper og vurderinger, der rettspraksis kan gi god veiledning. *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153) vil få spesielt mye omtale ettersom det er den mest prinsipielle og nyeste dommen om tredjemannstap vi har fra Høyesterett i dag. Da pasientskadesaker skal vurderes etter de alminnelige erstatningsrettslige reglene vil rettspraksis fra andre deler av erstatningsretten ha relevans.

I pasientskadesaker er behandling i Norsk pasientskadeerstatning (NPE) og Pasientskadenemnda (klageinstans) en prosessforutsetning for å bringe saken inn for domstolene.¹³ For å få behandlet saken må det sendes inn en skriftlig meddelelse til Norsk Pasientskadeerstatning (NPE), jf passkl. § 9, jf § 12. Vedtaket fra NPE kan klages inn for Nemnda og de fleste sakene vil dermed avgjøres i Pasientskadenemnda. Domstolene er som utgangspunkt ikke bundet av *forvaltningspraksis*, og kan etter passkl. § 18 prøve vedtak som nemnda har avgjort. Dette følger også av rettspraksis, herunder *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217). Men det er slått fast i en rekke rettspraksis¹⁴ og *Angiografi* (avsnitt 38), at «avgjørelser fra Pasientskadenemnda [må] tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller ha gitt seg utslag i, en fast og konsistent praksis». Et argument for at nemndas praksis blir tillagt vekt er at forvaltningen ønsker å behandle like tilfeller likt, noe som skaper forutberegnelighet for borgerne.¹⁵ Hensynet til likebehandling er presisert i blant annet *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, s. 487).

¹³ Syse (2011) s. 62.

¹⁴ *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, på side 484), RG 2012 s. 875 (på side 878), LA-2012-106249, Nedre Romerike tingrett 12-074761TVI-NERO.

¹⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 17.1.

Lovgiver har uttalt i forarbeidene at det ”forutsettes at domstolene vil legge vekt på pasientskadenemndas praksis”.¹⁶ Her må det presiseres at Pasientskadenemnda er et organ med spesialkompetanse, og har derfor gode forutsetninger til å fatte riktige avgjørelser. Hensikten med Pasientskadenemnda ble videre presisert i forarbeidene der «komiteen viser til at det ofte er en lang og kostbar prosess dersom en sak om pasientskadeerstatning skal føres for domstolene. Ved å opprettholde nemndsystemet i pasientskadeordningen vil pasientene, etter komiteens mening, fortsatt kunne ha mulighet til en både raskere og billigere saksbehandling». ¹⁷ Pasientskadenemnda sin rettskildemessige vekt vil bli kritisert senere i oppgaven.

Avgjørelsene fra Pasientskadenemnda er tilgjengelig på Lovdata slik at aktører som jobber med rettsområdet kan holde seg oppdatert på rettsutviklingen. Det er likevel klart at hvis annen rettspraksis, særlig Høyesterett, har behandlet et særskilt spørsmål, vil denne avgjørelsen ha større rettskildemessig vekt. Dette støttes av Eckhoff sin hierarkiske rettskildemodell.¹⁸ Det er imidlertid få pasientskadesaker som har blitt behandlet i Høyesterett.

Reelle hensyn kan ofte betegnes som et ønske om å komme frem til et rimelig resultat, og vil være «vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenlig, o.l.». ¹⁹ Innenfor pasientskadeerstatning vil rimelighetsvurderingen spesielt ha påvirkning på erstatningsutmålingen, der det må foretas skjønnsmessige vurderinger.

Rettskildemessig har *utenlandsk rett* tradisjonelt liten vekt. Men det fremkommer av forarbeidene²⁰ at svensk, dansk og finsk rett har vært inspirasjon ved utformingen av

¹⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 17.1 og Syse (2011) s. 80.

¹⁷ Innst.O nr. 68 (2000–2001) punkt 2.1.

¹⁸ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 23.

¹⁹ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 24.

²⁰ NOU 1992: 6 punkt 7.1 og Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 5.

pasientskadeloven. Ved en vurdering av rettsvernet vil en sammenligning mellom norsk og nordisk rett basert på teori og praksis være hensiktsmessig.

1.6 Fremstillingen videre

Hovedtyngden av oppgaven deles inn i to hoveddeler. Det vil først bli redegjort for de materielle reglene som foreligger i norsk og skandinavisk rett, sett opp mot rettspraksis. Den andre delen vil bestå av en vurdering av rettsstilstanden i dag og av de lege ferenda drøftelser. Dette gjøres for å belyse noen nye synspunkter som så langt ikke har blitt foretatt i teorien. Dette gir oppgaven et dobbelt perspektiv.

Oppgaven er i det følgende delt opp i ulike deler. I del 2 vil det bli redegjort for de materielle reglene, avgrensningskriterier og momenter som er avgjørende. Jeg vil videre i punkt 2.3 se på de rettslige problemene knyttet til utmålingen av erstatningen. Her vil samspillet mellom erstatningen og de ulike trygdeytelsene som direkte skadelidte får, belyses. I punkt 2.4 vil det gis en fremstilling av de ulike typetilfellene tredjepersoner kan fremme. Det er også en rekke prosessuelle problemstillinger som er spesielt ved tredjemannstap og disse vil bli presentert i punkt 2.5.

I del 3 ønsker jeg å foreta en kort sammenligning av rettsvernet i svensk, dansk og norsk rett. Tilslutt vil jeg i del 4 foreta en oppsummering av delkonklusjonen jeg har kommet frem til underveis i oppgaven. Endelig vil jeg foreta noen avsluttende bemerkninger og ta standpunkt til om det kan sies at tredjemannsvernet i pasientskadesaker er sterkt eller svakt vernet, og i hvilken grad.

2 KARTLEGGING AV DE MATERIELLE REGLENE

2.1 Almennelige erstatningsrettslige vilkår for pasientskader

2.1.1 Innledning

En forutsetning for å kreve pasientskadeerstatning er at det forligger en «pasientskade»²¹. Denne pasientskaden må innebære en større skade enn en grunnlidelse. Det er først da spørsmålet om erstatning for pasientskader gjør seg gjeldende.²² Innenfor pasientskaderett blir dette begrepet anvendt i utvidende betydning, og Lødruputvalget har uttalt at «med skade menes videre ikke bare fysiske skader, men også psykiske skader kan gi rett til erstatning hvis vilkårene ellers er tilstede».²³

Pasientskadeerstatning er en spesiell del av erstatningsretten, slik at de grunnleggende vilkårene og hensynene for erstatningsrett vil ha en sentral betydning for vurderingen av tredjemannstapet.²⁴ Dette er presisert i Ot.prp. nr. 31 (1998–1999)²⁵, og i rettspraksis, herunder *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153, i avsnitt 36). Da temaet for oppgaven er å vurdere det rettslige vernet, er det for helhetens skyld hensiktsmessig å behandle de almennelige vilkårene kort.

I forarbeidene til pasientskadeloven uttales det at «for at et erstatningskrav skal nå frem, er det ikke nok at det er konstatert en skade. Erstatningsvilkårene om ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng må også være oppfylt (...).²⁶ I tillegg kreves det at skaden har ført til et erstatningsmessig beløp».²⁷ Videre må det foreligge tilstrekkelig «tilknytning» mellom skaden påført direkte skadelidte og tredjepersonen, og erstatning må være «rimelige og

²¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 10.5.4.

²² Kjelland (2011) s. 248.

²³ NOU 1992: 6 punkt 13.

²⁴ Syse (2011) s. 26 f.

²⁵ Punkt 10.5.

²⁶ Min presisering.

²⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 3.2.2.

nødvendig». Bakgrunnen for disse tilleggskriteriene er å avgrense rekkevidden av skadevolderens tap. Det vil med andre ord ikke være slik at ethvert tredjemannstap er erstatningsberettiget, selv om de generelle vilkårene foreligger. Juridisk litteratur²⁸ og praksis har lagt Høyesterett sine restriktive holdninger til grunn og slått fast at det kun er i særlige tilfelle at tredjemannstap har erstatningsrettslig vern. Gjennopprettelseshensynet vil gjennomgående stilles opp mot prevensjonshensynet.

2.1.2 Ansvarsgrunnlag

Det første vilkåret er at det må foreligge et ansvarsgrunnlag. Passkl. § 2 første ledd lister opp de ulike ansvarsgrunnlagene som gjelder for pasientskader, men det kreves ikke at en bestemt skadevolder utpekes. Skaden må skyldes «svikt» av ulik grad, «smitte eller infeksjon», «vaksinasjon» eller andre forhold som omfattes av ansvarsreglene for helse- og omsorgstjenesten.²⁹

Ettersom det kan være vanskelig å påvise culpa ansvar, har lovgiver åpnet for at skadelidte kan få tilkjent erstatning på objektivt grunnlag. Som et resultat av dette vil man unngå en form for «heksejakt» etter synderen, og heller fokusere på den påførte skaden. Det fremkommer av forarbeidene at «komiteen vil understreke at det er skaden og skaderesultatet som skal være avgjørende for om en pasient får erstatning».³⁰ Bevismessig har dette en stor betydning for pasienten og tredjemenn, da det ofte vil være mange skjønnsmessige og sammensatte vurderinger som må til for å avdekke et culpaansvar.

Det er videre skadelidtes forventninger til helsetjenesten og behandlingen som skal legges til grunn.³¹ Disse kravene må imidlertid være rimelige. I tillegg understrekes det at omstendighetene rundt skaden vil også ha betydning i vurderingen om det foreligger ansvarsgrunnlag, herunder ressursituasjonen.

²⁸ Nygaard (2000) s. 362 og Selvig (1963) s. 199.

²⁹ Pasientskadeloven § 2 første ledd.

³⁰ Innst.O nr. 68 (2000–2001) punkt 2.2.

³¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 18.

Jeg vil ikke gå nærmere inn og vurdere de ulike ansvarsgrunnlagene, men fastslår bare at et av disse må foreligge. Det må i denne sammenheng presiseres at problemstillingene i praksis sjelden er hvorvidt det foreligger en pasientskade, eller ei.

2.1.3 Ikke- økonomisk og økonomisk tap

Det andre vilkåret etter de alminnelige reglene for erstatning er at det må foreligge et tap. Dette følger også av passkl. § 2. Det er videre i utgangspunktet «bare det økonomiske tapet som er gjenstand for erstatning».³² I forarbeidene slås det fast at også noen ikke-økonomiske tap kan kreves erstattet. Lødrup uttaler at «skaden må ha ledet til et økonomisk tap, med mindre det foreligger en personskade hvor det i en begrenset utstrekning også kan tilkjennes erstatning for det ikke- økonomiske tapet».³³ Forarbeidene lister opp menerstatning, oppreisning, og «skade på et gode som ikke har omsetningsverdi (typisk ærekrenkelser)»³⁴ som eksempler på ikke- økonomiske tap som faller innenfor vilkåret «tap». De ikke-økonomiske tapene kan altså dekkes i tillegg til det økonomiske tapet, og skal utmåles etter reglene i skadeserstatningsloven kapittel 3.

2.1.4 Årsakssammenheng

Det tredje og siste generelle vilkåret for erstatning er at det må foreligge en faktisk og rettslig årsakssammenheng. Årsakskravet er lovfestet og følger av en tolkning av ordlyden «på grunn av» i passkl. § 2. Det må foretas en vurderingen om det foreligger årsakssammenheng mellom ansvarshendelsen og skaden. Deretter må det være årsakssammenheng mellom skaden og tapet, herunder tredjemannstapet. Vile skaden ha inntruffet uavhengig av handlingen fra helsetjenesten, vil det ikke være grunnlag for erstatning.

³² Lødrup (2009) s. 34.

³³ Lødrup (2009) s. 54.

³⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 3.2.2.

Vurderingen av om årsakssammenheng foreligger, er en sammensatt og komplisert vurdering. «At det foreligger faktisk årsakssammenheng mellom den skadevoldende begivenhet og skadefølgen er ikke tilstrekkelig».³⁵ Dette presiseres av Nemnda. Når helhetsvurderingene om tredjemannstapet skal foretas, vil det strenge kravet til årsakssammenheng være med på å begrense skadevolders ansvar.

For det første «må handlingen (eller unnlåtelsen) være en nødvendig betingelse for skaden»³⁶. Den klare hovedregelen er at skadevolder «må ta skadelidte som han er». Dette følger av *Rossnes* (Rt. 1997 s. 1, på side 9). Det er likevel en reservasjon der skadeårsaken er uvesentlig. Dette vil være tilfelle hvor skaden har bakgrunn i flere årsaker. Konkurrerende skadeårsaker vil således avbryte tapsrekken.

For det andre kreves det at årsakssammenhengen er adekvat. I adekvansvurderingen må tapet anses som en påregnelig følge av skaden. Videre må tapet ikke anses som for fjernt og avledet.³⁷ Dette er et utslag av at tapet må ha «tilstrekkelig nærhet», jf *Pseudoanfall* (Rt. 2007 s. 158). Det siktes her til både tidsforløpet og skadeforløpet.³⁸ Kravet til årsakssammenheng avgrenses ytterligere av en rekke skjønnsmessige momenter som må vurderes. Her vil hensyn til rimelighet, skadeomfang, skadevolders skyld og formålet bak ansvarsregelen være sentrale momenter.³⁹ Hvis det kan påvises årsakssammenheng, foreligger det en tidsbegrensning av skadeomfanget. Dette er fastslått i *Stokke* (Rt. 1999 s. 1473).

³⁵ N2009/0021.

³⁶ Kjelland (2012) s. 5.

³⁷ NOU 1992: 6 punkt 3.3.3.2 og TOSLO-2009-56424.

³⁸ Kjelland (2012) s. 14-16.

³⁹ Momentene er opplistet i Kjelland (2012) s. 17 f.

2.2 Tilleggsvilkår for tredjemannstap

2.2.1 Innledning

Med henvisning til vilkårene over, er det oppstilt tilleggsvilkår gjennom forarbeidene⁴⁰, og rettspraksis, herunder *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153, avsnitt 19). Disse tilleggsvilkårene opererer som avgrensingskriterier. Behovet for slike kriterier er en konsekvens av at det bare er direkte skadelidte som i utgangspunkt skal tilkjennes erstatning. Det presiseres i NOU 1994:20 at man må «stille strenge krav for at tredjemannstap skal kunne dekkes».⁴¹ Det er dermed kun tredjemannstap som har tilstrekkelig «tilknytning» og som er «nødvendig og rimelig» sett opp mot primærskaden som anses som erstatningsrettslig vernet. I sammenheng med utgangspunktet er det videre en «tapsbegrensingsplikt» som gjør seg gjeldene i vurderingen av tredjemannstapet.

2.2.2 «Tilknytning»

Det første tilleggskriteriet er at det må foreligge «tilstrekkelig nær personell relasjon mellom den direkte skadelidte og tredjemann».⁴² Kravet til «tilknytning» fungerer som et avgrensingskriterium «for å unngå en for stor krets av erstatningsberettigede».⁴³ Dette støttes av forarbeidene⁴⁴ og rettspraksis⁴⁵.

Tilknytningskriteriet setter således grenser for personkretsen. Det er ofte naturlig at foreldre, ektefelle, samboer eller barn påtar seg en «helsepleiende» rolle. For at tilknytningsvilkåret skal være oppfylt, må personene som utgangspunkt bidra med noe som har positivt betydning for direkte skadelidte. Imidlertid vil personer som står spesielt nært direkte skadelidte kunne oppfylle vilkåret til «tilknytning», uten en nærmere drøftelse av

⁴⁰ NOU 1994: 20 punkt 4.1.5.8.

⁴¹ NOU 1994: 20 punkt 4.1.5.8.

⁴² Kjelland (2011) side 536.

⁴³ N2009/0655.

⁴⁴ NOU 1994: 20 punkt 4.1.5.8.

⁴⁵ Jf. bla. *Hagberg* (Rt 2010 s. 1153, avsn. 37) og *Sykebesøk* (Rt 1975 s. 670).

om de har bidratt til helbredelse av direkte skadelidte. Her vil eventuelt andre kriterier komme inn å avgrense tapet der det er nødvendig.

Jeg vil i det følgende bruke sakskomplekset i *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670) for å illustrere tilknytningsvurderingen. *Sykebesøk* gir retningslinjer om hva som må til for at tilknytningsvilkåret skal være oppfylt. Dommen er forholdsvis gammel, men forarbeidene⁴⁶ og nyere rettspraksis⁴⁷ viser at den fortsatt blir brukt til illustrasjon.

I *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670) var problemstillingen om foreldre, søster og forlovede til en tysk statsborger kunne få dekket sine reiseutgifter mv. foranlediget en alvorlig bilulykke. Retten poengterte at familierelasjonen kan være nok til at tilknytningskravet anses oppfylt.

Høyesterett deler opp kravene fra pårørende og vurderer de hver for seg. Dette synliggjør at retten ser det som hensiktsmessig å ha ulik grad av vern knyttet til tilknytningsgraden mellom tredjepersonene og direkte skadelidte. På side 671 i dommen oppstiller ikke førstvoterende et generelt krav om at pårørende må «medvirke til helbredelse av skadelidte». Men personen må ha «vesentlig betydning for behandlingen» eller det må være «nødvendig» med personens nærvær. Eksempelvis kan dette være medvirkning i form av meddelelse av opplysninger, gi nødvendig omsorg og pleie, eller lignende. Omfanget av pasientskaden til direkte skadelidte vil også være avgjørende for hvor strenge vilkårene for medvirkning som må foreligge. Her må også skadelidtes behov komme inn som et moment.

Ettersom graden av «tilknytning» varierer skal jeg konkretisere typetilfellene foreldre, søsken, ektefeller, samboer og venner. Det kan stilles spørsmål ved om det er rimelig at det skilles mellom de ulike personkretsene hvis de gjør samme «nytt». Når hovedregelen er at krav som begunstiger direkte skadelidte kan være erstatningsrettslig vernet, vil gode grunner tilsi at tapet skal være erstatningsberettiget, uavhengig om tredjepersonen er

⁴⁶ NOU 1994: 20 punkt 4.1.5.8.

⁴⁷ *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153), RG 1997 s. 50, *Torgersen* (RG 1995 s. 194), RG 1965 s.713, RG 1965 s. 348 og TOSLO-2009-56424.

foreldre eller en god venn. Lovgiver og domstolene har likevel sett det slik at de aller nærmeste pårørende har et større behov for rettslig vern. Tap påført disse personene vil også være mer påregnelig for skadevolder.

Foreldrene oppfylte tilknytningsvilkåret i *Sykebesøk* (Rt. 1976 s. 670, side 671) idet Høyesterett anså at «slike besøk kan være nødvendige ledd i den medisinske behandling av skadelidte». De nærmeste pårørende vil i større eller mindre grad bli påvirket av en slik skade, både økonomisk og følelsesmessig. Det fremgår videre at det ikke er avgjørende at foreldrene faktisk medvirker til behandlingen.

Et større antall pårørende enn nødvendig, vil ikke gi grunnlag for erstatning. Som et resultat av dette fikk ikke søsteren til direkte skadelidte i *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670, på side 672) dekket sitt erstatningskrav. Dette fordi det ble antatt at hennes nærvær ikke hadde «vesentlig betydning for behandlingen».

Når det gjelder erstatningskrav for andre enn nære slektninger, gir Høyesterett uttrykk for tvil. Hvis andre enn nærmeste familie skal få dekket sitt krav må det foreligge særlige omstendigheter. Eksempelvis at familien ikke har mulighet til å møte, eller at det er andre enn de nærstående som kan bidra positivt for skadelidte.

I *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670) opptrådte forloveden som ledsager og fikk således en helsepleiende funksjon som begunstiget direkte skadelidte. Dette kravet ble ansett som erstatningsrettlig vernet. Utfallet må ses som et uttrykk for rettspraksis syn om at tredjemannstapet må være et tap som direkte skadelidte kan få dekket hvis ikke tredjepersonen bidro. I dette tilfelle fremsto det som klart at direkte skadelidte måtte ha blitt ledsaget av en hjelpepleier hvis det ikke hadde vært for forlovedens innsats. Det sentrale punktet her, er at hvis direkte skadelidte hadde klart seg uten hjelp fra forloveden, ville tapet ikke blitt ansett som erstatningsberettiget. Kravet ville med andre ord ikke vært «nødvendig» og «rimelig» ovenfor skadevolder.

Det er ikke tilstrekkelig at personen selv anser erstatningskravet for «rimelig». Likevel har Høyesterett vært villig til å strekke skadevolder ansvaret lengre når det er snakk om de aller nærmeste pårørende, typisk foreldre, ektefelle og barn. De står i en særstilling fordi de som regel vil bli «rammet» av situasjonen.

Det fremgår videre av NOU 1994: 20⁴⁸ at også venner kan oppfylle «tilknytningsvilkåret». Dette forklares med at det er den reelle tilknytningen, og ikke det formelle som er avgjørende. Det vil imidlertid stilles strengere krav jo lenger unna man er den tradisjonelle kretsen av pårørende. Dette har igjen sammenheng med vilkåret til påregnelighet.

Det redegjørelsen foran viser er at desto lenger unna i den biologiske rekken man er, desto dårligere anses «tilknytningsgraden». Likevel er det viktig med en konkret vurdering. Dette ble illustrert i vurderingen av om forloveden kunne få tilkjent sitt tap. Her ble forloveden ansett som «nødvendig» ressurs for direkte skadelidte, og dermed ble tapet anses som erstatningsrettslig vernet. Dette til tross for at forloveden biologisk sett hadde en svakere tilknytningsgrad enn søsteren.

2.2.3 «Nødvendig og rimelig»

Det andre tilleggskriteriet er en rettslig behovsstandard og består av skjønsmessige avgrensningmomenter. Her må det foretas en konkret og individuell vurdering om tredjemannstapet er «nødvendig og rimelig», jf. *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, på side 484) og *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153, avsnitt 19). Dette er i samsvar med eldre høyesterettspraksis⁴⁹, underrettspraksis⁵⁰ og forarbeider⁵¹. Ettersom det er en konkret og individuell vurdering som skal legges til grunn er det vanskelig å oppstille en «formel» over hvordan kriteriet skal anvendes. Videre er det slik at «bare tid som er brukt til å

⁴⁸ NOU 1994:20 punkt 4.1.3.8.

⁴⁹ *Stokstad* (Rt. 1996 s. 958) og *Ølberg* (Rt. 1993 s. 1547).

⁵⁰ *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481), LA-2012-106249, LF-2011-171818 og Nedre Romerike tingrett 12-074761TVI-NERO.

⁵¹ NOU 1994: 20 punkt 4.1.5.8.

ivareta primærskadelidtes personlige behov kommer i betraktning. Og det er normalt bare helsemessige behov som kan kompenseres». ⁵² Avgrensningskriteriet er skapt i praksis for å ivareta skadevolders interesser.

Det sentrale i forhold til hvorvidt «nødvendig og rimelighet» kriteriet er oppfylt, er om tredjemannstapet har oppstått på grunn av skadelidtes behov. Har direkte skadelidte hatt behov for denne hjelpen, og hjelpen har bidratt til å forbedre tilstanden, taler dette for at erstatningskravet må anses som «nødvendig og rimelig». Et eksempel er der «en nærstående under utdanning har måttet utsette eksamen på grunn av konsentrasjonsproblemer.» Et slikt tap anses ikke som erstatningsberettiget, fordi det ikke gagner direkte skadelidte. ⁵³

Det er viktig å merke seg at i norsk rett skal det offentlige i utgangspunktet sørge for dekning av de medisinske behov til pasienter som har blitt påført en skade. Det må presiseres at «mindre hjelpebehov utløser ikke rett til erstatning». ⁵⁴ Hvis tredjepersonens tap skal anses som «nødvendig og rimelig», må direkte skadelidte ha et behov som det offentlige ikke klarer å dekke.

Det er videre et krav om at de pårørendes innsats må overstige det som anses som normalt i forhold til omsorg fra foreldre. ⁵⁵ I denne sammenheng må det nevnes at frivillige ytelser som har bakgrunn i rene moralske- og etiske betraktninger ikke anses som erstatningsberettiget. I LF-2011-171818 krevde skadelidtes mor erstatning for inntektstap. Førstvoterende uttalte at lagmannsretten «har full forståelse for at mor har vurdert situasjonen slik at hun ikke hadde kapasitet til å stå i sin stilling samtidig med at hun hadde en meget krevende omsorgsoppgave hjemme». Dette kan forstås som om lagmannsretten mener kravet er rimelig. Men videre fastslo lagmannsretten at det eventuelle inntektstapet

⁵² Stenvik (2010) s. 9.

⁵³ Eksempel opplistet av Stenvik (2010) s. 9.

⁵⁴ Kjelland (2011) s. 540.

⁵⁵ NOU 2011: 16 punkt 7.7.5.

«ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort». Her ser man tydelig balansen mellom vilkårene og den konkrete helhetsvurderingen. Kravet til «tilknytning» og «rimelighet» foreligger, men kravet til nødvendighet var ikke tilstrekkelig bevist. Her ser man den restriktive holdningen som ligger til grunn i praksis. Kriteriet til «nødvendig og rimelig» vil bli nærmere belyst gjennom typetilfeller som er behandlet under punkt 2.4.

2.2.4 Innrettelseskravet/ tapsbegrensningsplikt

I norsk rett er det slik at selv om vilkårene til ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng er oppfylt, oppstilles det også en tilpassnings- og innrettelsesplikt. Det foreligger en plikt til å begrense tapet så mye som mulig, ved å innrette seg etter situasjonen. Denne plikten er hjemlet i skl. § 5-1 nr 2⁵⁶, og har blitt presisert i blant annet *Psykolog* (Rt. 2003 s. 1358, i avsnitt 44). Har ikke tredjepersonen innrettet seg og tapet har blitt uforholdsmessig stort, vil det være urimelig at skadevolder skal dekke dette. Tredjemenn har som utgangspunktet også større forutsetninger til å begrense sitt tap, ved å innrette- og tilpasse seg situasjonen. Det kan spørres hvor mye det må forventes av denne plikten.

I denne sammenheng blir spørsmålet vedrørende foreldres inntektstap hvor mye foreldre forplikter å innrette seg. Det har blitt anført i rettspraksis⁵⁷ at inntektstap alltid kan begrenses ved innleid omsorgsarbeid. I motsatt retning setter det menneskelige aspektet grenser for hvor rimelig dette er. Tapet vil bli begrenset i forhold til pårørendes inntektstap, men hvorvidt dette alltid er en god løsning for barnet vil det være delte meninger om. Her kan det trekkes en parallell til foreldres plikter og barns rettigheter etter barnelova. Foreldre har i kraft av foreldreansvaret en plikt til å ta omsorg for sine barn. Hvis foreldrene i stedet leier inn omsorgsarbeid fordi de ellers vil bli påført et stort inntektstap enn å gi barnet omsorg og pleie kan dette føre til forsømmelse av deres plikt.

⁵⁶ NOU 1994: 20 punkt 4.1.5.3.

⁵⁷ Skien og Porsgrunn byrett 3. desember 1998 (98-00050A og 98-01993A).

Det er likevel grunn til å presisere at tapsbegrensningsplikten krever at man fullt ut benytter det offentlige tilbudet før man pådrar seg ytterligere kostnader. Hvorvidt tilbudet er godt nok er det ikke opp til den enkelte å bestemme. Her står man ovenfor en vanskelig problematikk. Dette vil bli behandlet senere i punkt 2.3.

I forhold til utmålingen bekrefter praksis at denne innrettelsesplikten til en viss grad avhenger av hva slags skade barnet har. For å forstå dette må det ses hen til nyttiggjøringsprinsippet, som kan ha betydning for innrettelsesplikten. Nyttiggjøringsprinsippet er et utmålingselement som går ut på at de som kan nyttiggjøre seg erstatningen, «fortjener» høyere erstatning. Dette begrunnes med at erstatning «skal ha en mening». Det fremkommer blant annet av *Bråtane* (Rt. 2002 s. 1436, på side 1448). Her presiserte retten at erstatningen skal bidra til at barnet skal ha bedre muligheter til «selvstendighet, uavhengighet og trivsel». Dette kan forstås som at kognitive friske barn får større nytte av erstatningen og får med bakgrunn i det en større erstatning. Poenget er også påpekt i *Stokstad* (Rt. 1996 s. 958, på side 967) og *Ølberg* (Rt. 1993 s. 1524, på side 1526).

Kort sammenfattet er det en generell oppfatning blant dommerne at det er en mindre innrettelsesplikt ved kognitivt friske barn fordi de kan ha større nytte av hjelpen. I RG 2007 s. 193 uttrykkes det en bekymring for et for stort fokus på nyttiggjøringsprinsippet, og at erstatningsutmålingen basert på dette ikke må fravike de «allmenne rettferdighetsbetraktninger».

2.3 Utmåling

2.3.1 Innledning

Dette punktet vil ta sikte på å gi en oversikt over utmåling av erstatning, med særlig vekt på problemene som oppstår i praksis. Det som gjør utmålingen så kompleks er blant annet dynamikken mellom offentlige trygdeytelser og erstatningsutmålingen. Kompensasjon for pasientskaden kan altså dekkes gjennom både erstatning og trygdeytelser. Når

pasientskadesaker kommer opp for domstolene er det selve utmålingsprosessen som skaper flest problemer.

Utgangspunktet er klart. Det er fastslått i teori og rettspraksis⁵⁸ at erstatningen skal utmåles etter en konkret og individuell vurdering i hver enkelt sak. Videre skal det gis full erstatning, jf skl. § 3-1 og *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, s. 484). Det som skaper problemstillinger i praksis er hvordan selve utmålingen skal skje. Det er særlig de tilfelle der tredjepersoner gjør omsorgsarbeid som reiser de mest kompliserte drøftelsene. Her vil samspillet mellom direkte skadelidtes tilbud av trygdeytelser og faktiske behov få betydning. Videre vil fordelingen av erstatningssummen mellom direkte skadelidte og tredjemann komplisere det ytterligere. Selve utmålingen blir en sammensatt vurdering der enkelte prinsipper og utgangspunkter legger føringer.

2.3.2 Samspillet mellom trygdeytelser og erstatning.

Folketrygdens stønadssystem er den primære kompensasjonskilden. Det er stadfestet i forarbeidene at «skadelidte kan ikke kreve noe av skadevolderen med mindre det foreligger et tap utover det folketrygden dekker».⁵⁹ Trygdeytelsene er således grunnfundamentet i kompensasjonen ved pasientskader, og vil være et minimum. Trygderetten opererer som en sikkerhetsventil, og fokuserer mer på det medisinske behovet enn på ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Kort kan det presiseres at trygderetten er behovsorientert, mens erstatningsretten inneholder et årsakskrav.

Overstiger det økonomiske tapet det man får tildelt av folketrygden, vil erstatning eventuelt komme inn som en sekundær rett. Det er lovfestet i skl. § 3-1 (3), jf passkl. § 4, at trygdeytelser skal gå til fratrukk ved erstatningsutmålingen⁶⁰ og «utgangspunktet må være at det bare kan gjøres fradrag for trygdeytelser som tar sikte på å dekke samme

⁵⁸ Bl.a. *Torgersen* (RG 1995 s. 194).

⁵⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 3.2.5.3.

⁶⁰ Følger også av Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 3.1.

behov/formål som vedkommende erstatningspost».⁶¹ Dette støttes av prinsippet om at dobbelt erstatning skal unngås.

Jeg vil her referere til Kjørstad sin oppstilling av grunnprinsipper som regulerer forholdet mellom trygd og erstatning. Dette gjøres for å belyse samspillet mellom de to sideordnede rettsområdene. Prinsippene fremstår videre som gode holdepunkter når problemstillingene knyttet til utmåling oppstår.

For det første påvirkes ikke skadelidtes rett til trygdeytelser av retten til erstatning. I denne sammenheng vil heller ikke retten til erstatning bortfalle selv om man har rett på trygdeytelser. Det er to sideordnede kompensasjonsordninger, som har et felles mål om å dekke skadelidte behov. Det siste grunnprinsippet er at folketrygden ikke kan kreve regress fra forsikringsselskap eller skadevolder.⁶² Kjørstad har videre skrevet at «erstatningsrettens «beste venn» er trygderetten».⁶³

Et viktig skille mellom de to kompensasjonskildene er utmålingen av ytelsene. Erstatningsretten bygger på skjønnsmessige vurderinger av det konkrete tapet, i motsetning til trygderetten som opererer med standardiserte ytelser. Utmålingen av trygdeytelsene oppstiller således ikke like mange tolkningsproblemer. Dette er hensiktsmessig og nødvendig ut fra effektivitetshensyn. Men problemet er ofte at trygdeordningene ikke alltid «passer» så godt til den konkrete situasjon. Videre er tilbudene forskjellige i ulike kommuner, noe som kan fremstå som urettmessig.

2.3.3 Erstatningsutmålingen

Med henvisning til redegjørelsen foran om trygdeytelser, skal det presiseres at erstatning bare tilkjennes der skadelidte har et behov ut over det trygderetten klarer å dekke. En

⁶¹ Kjørstad (2003) s. 96–97.

⁶² Kjørstad (2003) s. 92.

⁶³ Kjørstad (2003) s. 55.

konsekvens av at behov ikke blir dekket er at tredjepersoner blir involvert, og påføres et tap. Her må avgrensningskriteriene vurderes. Spørsmålet blir da om tapene har tilstrekkelig «tilknytning», om de anses som «rimelige og nødvendige» og om «tapsbegrensningsplikten» er overholdt. Hvorvidt tredjemannstapet oppfyller avgrensningskriteriene, påvirkes av de offentlige ytelsene og erstatningen direkte skadelidte selv får, eller har krav på.

Hvis det er slik at det offentlige tilbudet ikke benyttes fordi man mener at dette tilbudet er for dårlig, må dette dekkes for egen regning, og dermed komme til fratrukk. Dette gjelder der man ikke klarer å bevise at det offentlige tilbudet er for dårlig. Erstatningen skal da beregnes som om direkte skadelidte benyttet seg av det offentlige tilbudet. Tredjepersons subjektive oppfatning av ytelsens kvalitet vil altså ha liten betydning. Det støttes av LA-2012-106249 hvor det uttales at «man kan godt mene at det offentlige tilbudet er for svakt, men etter høyesterettspraksis er det det offentlige som dekker det medisinske behovet, ikke erstatningen». Dette kan også illustreres gjennom uttalelser i *Torgersen* (RG 1995 s. 194) der det presiseres at «erstatningsbeløpet for disse tre årene begrenses til de utgifter som ville ha påløpt såfremt Torgersen (direkte skadelidte/sønn)⁶⁴ fortsatt hadde bodd på helseinstitusjon».

En annen problemstilling som har vært oppe for domstolene en rekke ganger er hvor tredjepersoner lider tap fordi de må utføre omsorgsarbeid. Det er viktig å merke seg at tredjepersoner ikke kan kreve erstatning for utført omsorgsarbeid der direkte skadelidte har fått full erstatning. Dette er et utslag av det generelle prinsipp om at skadevolder ikke skal betale to ganger for samme skade.⁶⁵ På bakgrunn av dette vil direkte skadelidtes og tredjepersoners utmåling påvirkes av hverandre.

Det fremkommer av *Løff II* (Rt. 2009 s. 425) at «familiær og sosial omgang» med barn og familie ikke lett kan plasseres i en erstatningsrettslig sammenheng. Konsekvensen av å få

⁶⁴ Min presisering.

⁶⁵ Kjelland (2011) s. 546.

barn, er at mye av tiden og ressursene til en familie går bort til barnet. Det tap som kreves erstattet, på grunnlag av omsorgsarbeid, må således klart overstige det som er vanlig ovenfor sine barn, jf *Stokstad* (Rt. 1996 s. 958) og TOSLO-2009-56424. Dette støttes også av NOU 2011: 16.⁶⁶ Der pårørende yter ekstra innsats og i den forbindelse påtar seg omsorgsarbeideres arbeid, kan pårørende få omsorgslønn. Det fremkommer av rundskriv fra sosial- og helsedepartementet at «på tross av offentlige tjenester og støtteordninger er det private omsorgsarbeidet heilt avgjerande i samfunnet sin innsats for dei som treng hjelp og pleie».⁶⁷

I de tilfellene der vilkårene for erstatning er oppfylt, blir selve utmålingssummen et tvisteproblem. I de situasjonene der pårørende står for omfattende omsorgs- og pleiearbeid ovenfor direkte skadelidte, vil det oppstå en vurdering om hvilke lønnsnivå som sammenfaller best med rettsregelen. Det er vanlig praksis at markedslønnen for ansatte i omsorgsykker legges til grunn ved utmålingen av vederlag for disse ytelsene. Det er i hvert fall utgangspunktet. Dette er blant annet hevdet av Robert Robersen,⁶⁸ og jeg kan ikke se i praksis⁶⁹ at dette utgangspunktet er fraveket i tilstrekkelig grad. Det må her reises spørsmål om hvorfor et slikt utgangspunkt er oppstilt i praksis. Problemstillingene hvorvidt erstatning for omsorgslønn skal utbetales til direkte skadelidte eller tredjepersoner, vil bli drøftet nedenfor i punkt 2.5.

For det første er det et prinsipp i erstatningsretten at skadevolder må ta skadelidte som han er.⁷⁰ Når det gjelder tredjepersoner vil dette prinsippet bli fraveket. Likevel er tredjemannstapet en konsekvens av direkte skadelidtes behov, slik at tredjemannstapet er et utslag av hvem direkte skadelidte er. Kravet til påregnelighet oppstiller imidlertid begrensinger.

⁶⁶ NOU 2011: 16 punkt 7.7.5.2.

⁶⁷ Rundskriv fra Sosial- og helsedepartementet I-1998-42 av 1998-10-00, punkt 1.
<http://websir.lovdato.no/cgi-lex/wiftmrens?0/lex/avg/rdep/i-1998-0042.html>.

⁶⁸ Robersen (1993) s. 332–354 og Kjelland (2004) s. 3 f.

⁶⁹ *Bråtane* (Rt. 2002 s. 1436) og *Husmordom II* (Rt. 1951 s. 687).

⁷⁰ Følger av *P-pille II* (Rt. 1992 s. 64), *Rosness* (Rt 1997 s. 1) og *Nilsen* (Rt. 2001 s. 320).

Kan det så sies at den nåværende ordningen er en omgåelse av tredjemannsvernet som lovgiver har åpnet for? Det er som nevnt ovenfor fastslått at det skal foretas en skjønnsmessig individuell vurdering i erstatningsutmålingen. Dette tilsier at tredjepersonens lønnsnivå må være med i vurderingen. I sammenheng med dette må det presiseres at prinsippet om full erstatning er «mer et juridisk begrep, enn et økonomisk»⁷¹, jf. Ølberg (Rt. 1993 s. 1524, på side 1532) og LA-2009-22314.

For det andre vil tredjepersoner påføres et tap i de situasjoner der differansen mellom omsorgslønnen og arbeidsinntekten er stor. Hvis tredjepersonen bare får dekket for eksempel 50 % av den inntekten som personen hadde før skaden, kan dette oppfattes som urimelig. Hvis det er slik at en generell standard i forhold til fremtid inntektstap skal oppstilles, vil personer med høylønnede yrker bli stilt dårlig økonomisk, enn personer med lavlønnet yrker. Ofte er det slik at personer har utgifter som sammenfaller med inntekten. Dette kan få store konsekvenser for den enkelte familie. Eksempelvis kan personer i godt betalte yrker ha et stort studielån. Dette lånet er tatt opp med bakgrunn i forventet fremtidig inntekt. Det fremkommer imidlertid av LA-2012-106249 at Pasientskadenemnda mener at familiens økonomiske situasjon, ikke skal ha betydning for utmålingen. Nemndas standpunkt kan kritiseres.

I motsatt retning vil det være upåregnelig for skadevolder hvis erstatningsutmålingen skal variere stort i forhold til pårørendes inntekt. Videre er det ikke slik at man helt sikkert kan si at man fortsatt ville ha jobbet i det samme yrke, med så høy intensitet. Mye er tilfeldigheter og det burde ikke være slik at en skadevolder skal betale erstatning for et tap, som muligens kunne ha oppstått. Selve utmålingsproblematikken ville blitt svært ulik i forhold til sakene. Som en konsekvens av dette, kan det anføres at likhetsprinsippet blir fraveket. Prinsippet har forankring i Ot. prp. nr. 3 (1998–1999) s. 85. Prinsippet bidrar til sterkere forutberegnelighet og blir vektlagt av Nemnda. Der tredjepersonene gir lik mengde og type omsorgsarbeid, men får ulik «lønn», vil dette kunne fremstå som urettferdig. Til

⁷¹ Hølgersen (1991) s. 528.

dette må det påpekes at det er det faktiske tapet som er utgangspunktet for erstatningsutmålingen generelt i erstatningsretten.

2.3.4 Avsluttende bemerkning

Det at utmålingen skal være konkret og individuelle, gjør at det vanskelig kan gis en klar oversikt for utmålingsprosessen. Det er i praksis uklarheter knyttet til utmålingen av erstatningen til tredjemann og direkte skadelidte. En avklaring kunne med tanke på prosessøkonomiske hensyn vært heldig.

Drøftelsen ovenfor viser at det er gode argumenter for, og i mot en skjønnsmessig utmåling i forhold til betaling for omsorgsyntelser. Det er imidlertid nå slått fast i NOU 2011: 16 at pårørendes lønnsnivå ikke skal ha betydning i utmålingen.⁷²

Til slutt er det viktig å påpeke at for å få et riktig bilde av selve den økonomiske kompensasjonen, må erstatningen og trygdestønadene ses under ett. Selve erstatningsutmålingen kan fremstå som lav, men når man ser alle ytelsene under ett kan man få et annet inntrykk. Det er lett å henge seg opp i erstatningsutmålingen alene og se seg blind på dette.

2.4 Ulike typer tredjemannstap – kasuistikk (gruppenivåer)

2.4.1 Innledning

Tredjemannstap kan ikke behandles som en generell gruppe. Derfor vil jeg i det følgende gi eksempler på hvordan ulike typetilfeller har blitt behandlet i praksis. Dette gjøres for å illustrere hva slags type tap som anses for erstatningsrettslig vernet, og hvor strengt vilkårene praktiseres. De materielle kriteriene vil gjennomgående sette preg på vurderingene og påvirke utfallet.

⁷² NOU 2011: 16 punkt 7.7.5.2.

Det er fri bevisvurdering etter tvisteloven § 21-2, og tapene må dokumenteres. Det er videre tredjepersonen (og skadelidte) som har bevisbyrden, jf. *Stokke* (Rt. 1999 s. 1473). Typetilfellene merutgifter, fremtidig inntektstap og tapte karrieremuligheter skal behandles nedenfor, og jeg har valgt disse fordi jeg anser de for aktuelle i praksis.

En annen stor gruppe typetilfeller er «uegentlige» tredjemannstap, der tredjepersonen blir påført en fysisk og/eller psykisk skade. Det foreligger en rekke rettspraksis som behandler denne typen tredjemannstap, herunder «Sjokkdommene» *Bersagel* (Rt. 1960 s. 357), *Sola* (Rt. 1966 s. 163), *Hauketo* (Rt. 1986 s. 1011) og *Beltebil* (RG 2005 s. 583). Det faller imidlertid utenfor oppgavens rammer å behandle «uegentlige» tredjemannstap, men for helhetens skyld må det presiseres at slike tap også kan være erstatningsrettslig vernet.

2.4.2 Merutgifter

Den første gruppen av typetilfelle er fortidige og fremtidige merutgifter. Merutgifter kan for eksempel være reise- og oppholdskostnader i forbindelse med sykehusopphold, spesialtilpasset bil, ombygging av bolig eller andre hjelpemidler. Det som særkjenner dette typetilfellet er at man fremmer krav om konkrete utgifter som knytter seg til pasientskaden. Merutgifter vil ofte være utgifter som påfaller i en «omstillingsperiode», og vil derfor være enklere å vurdere.⁷³ Når det gjelder fortidige merutgifter er dette tap som allerede er lidt på domstidspunktet.⁷⁴ Utgifter som knytter seg til gjenstander eller hendelser i fremtiden, vil bli omtalt som fremtidige merutgifter. Skadelidtes særskilte behov vil for eksempel bidra til at familien trenger spesialtilpasset bil og bolig.

Det som skiller merutgifter fra fremtidig inntektstap og tapte karrieremuligheter, er muligheten til å bevise tilstrekkelig årsakssammenheng. Dette gjelder spesielt i forhold til fortidige merutgifter der tapet allerede foreligger. Når det gjelder fremtidige merutgifter er

⁷³ NOU 2011: 16 punkt 7.7.5.2.

⁷⁴ Skille mellom lidt tap og fremtidig tap er presisert i LB-2009-106712: «Dersom retten er enig med A i at erstatningen som ble utbetalt i 2006 er for lav, skal skillet mellom lidt og fremtidig tap settes ved domstidspunktet, jf Rt-2006-684».

dette tap som ikke allerede er lidt på domstidspunktet, men som man kan dokumentere at vil forekomme i fremtiden.

Merutgifter er det typetilfellet som oftest tilkjennes i praksis. Bakgrunnen for dette er at de anses som mest påregnelig av de typetilfellene som tredjepersoner kan fremme. Det er kravet til «tilknytning» som oppstiller vurderingsproblemer. Kriteriet skal begrense personkretsen, slik at skadevolder ikke er ansvarlig for tap for andre personer enn de som står direkte skadelidte spesielt nært. *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670) foretar en vurdering av «tilknytningen» til ulike tredjemannstap fra pårørende i forbindelse med reise- og oppholdsutgifter.⁷⁵ Denne avgjørelsen brukes ofte som veiledning. Det fremkommer av dommen at det oppstilles lavere krav til for eksempel foreldre enn til søsken. Dette har som nevnt sammenheng med hvor påregnelig det er for skadevolderen at disse tredjepersonene blir påført merutgifter.

Det første som må vurderes er om utgiftene likevel hadde oppstått hvis skaden tenkes borte. Dette er et utslag av prinsippet om at man ikke skal få mer enn full erstatning. Til illustrasjon behandles *Torgersen* (RG 1995 s. 194). I *Torgersen* fikk skadelidtes mor ikke dekket reiseutgiftene til og fra Trondheim, fordi hun ville hatt disse kostnadene uavhengig av sønnens skade. Selv om reiseutgiftene hadde sammenheng med sønnens pasientskade var tapet ikke erstatningsrettslig vernet. Utgiftene kunne knyttes opp mot situasjoner uten skaden, og var derfor ikke merutgifter som kunne erstattes. Her påvirkes ikke vurderingen av store og kompliserte skjønnsmessige drøftelser. Dommen illustrerer at kriteriene er strenge, og at skadevolders ansvar skal begrenses.

Videre må det foretas en vurdering av om merutgiftene er «nødvendig og rimelig». Et eksempel er *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670) der forloveden fikk merutgifter fordi han måtte ledsage direkte skadelidte hjem fra sykehuset. Hvis kravet bare hadde blitt vurdert etter «tilknytningskravet» ville forlovedens krav med stor sannsynlighet ikke blitt dekket. Men Høyesterett vurderte om kravet var «nødvendig og rimelig» ut i fra den konkrete

⁷⁵ Se punkt 2.2.2.

situasjonen. Her ser man betydningen av at tapet allerede foreligger på domstidspunktet. Det ble konkludert med at uten forlovedens hjelp hadde det vært behov for helsepersonell som ledsager. På bakgrunn av dette var tapet «nødvendig og rimelig».

I tillegg må det være riktig at tredjepersoner selv krever tapet erstattet, og ikke direkte skadelidte. Når det gjelder reise- og oppholdsutgifter er dette utgifter som rammer tredjepersonen direkte. Når det gjelder fremtidige merutgifter til for eksempel bil og bolig blir vurderingen vanskeligere. Når det gjelder utmålingen av merutgifter har rettspraksis valgt å sette et skille. I dag vurderes ekstra utgifter til bolig som et erstatningskrav som kan fremmes av direkte skadelidtes. Det kan reises spørsmål om hvorfor dette ikke er et tredjemannstap som foreldrene kan fremme, der eksempelvis direkte skadelidte er et barn. Er ikke dette merutgifter på foreldrenes hånd og da et tredjemannstap? Foreldre har en generell plikt til å sørge for et forsvarlig sted å bo for barna sine. I LF-2002-869 blir utbetalingen til bolig tilpassing utbetalt til direkte skadelidte med den begrunnelse at utbetaling til tredjemann vil kunne komplisere formuesforhold. Ekstra utgifter til bil har også blitt vurdert på tilsvarende måte, og blir som utgangspunkt utbetalt til direkte skadelidte.

Hvis pasienten har fått spesialbehov som får betydning for en hel familie vil familien som sådan bli berørt. Et eksempel er der en familie skal på ferie, men grunnet pasientskaden må de ha spesialhotell, spesialbil eller lignende. På sett og vis vil et slikt tap bli dekket gjennom direkte skadelidtes utbetaling. Her blir fremtidige helse- og omsorgsutgifter vurdert og tillagt som moment i direkte skadelidtes erstatningsutmåling.

Til slutt setter «tapsbegrensningsplikten» opp rammer for størrelsen for merutgiftene. For eksempel vil ikke flere en nødvendige pårørende få dekket sine merutgifter, jf. *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670). Videre må det billigste alternativ benyttes når dette ikke er for urimelig. Eksempel på dette er der man kan ta kollektiv transport, som tog og trikk, i stedet for taxi til sykehuset. Det er viktig at skadevolders ansvar ikke blir større en nødvendig. Det er lettere å vurdere tapsbegrensningsplikten til merutgifter, fordi kostnadene kan

sammenlignes med andre alternativ. Det må presiseres at tap under 5 000 kroner erstattes ikke, jf. passkl. § 4.

Generelt sett kan det presiseres at dette typetilfellet er det som har sterkest erstatningsrettslig vern. Det er heller ikke dette typetilfellet som oppstiller de største problemene i praksis, når den konkrete helhetsvurderingen skal foretas. Det vises til behandlingen av merutgifter andre steder i oppgaven.

2.4.3 Fremtidig inntektstap

Med fremtidig inntektstap menes tap av fremtidig lønnsinntekt. Der det kan bevises at fremtidig inntektstap foreligger på grunn av en pasientskade, *kan* også slike tap være erstatningsrettslig vernet. Det som er spesielt med fremtidig inntektstap, er at det er tap som ikke foreligger i sin helhet på domstidspunktet. Tapet kan med mer eller mindre sannsynlighet forekomme i fremtiden. Tapet kan være stort og det er en rekke uklare elementer som foreligger, herunder tidsmomentet. Indirekte skader vil heller ikke oppfylle kravet til påregnelig årsakssammenheng. Problemstillingene i praksis, er for det første hvor mye som skal til for at et slikt tap skal omfattes av erstatningsvernet. For det andre må det vurderes hvor stor del av inntektstapet som skal omfattes. For det tredje må det vurderes om inntektstapet skal utbetales til tredjemann, eller om tapet skal inngå i direkte skadelidtes erstatningsutmåling. Det siste nevnte behandles grundigere andre steder i oppgaven, herunder punktene 2.3 og 2.5.

Det vanligste i praksis er at det er foreldre som fremmer et krav om fremtidig inntektstap. «Tilknytningskriteriet» vil derfor ikke skape de store problemene. Bakgrunnen til dette er fordi rettspraksis som hovedregel anser at foreldre har tilstrekkelig «tilknytning», jf. *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670).

I forhold til den juridiske vurderingen er det kravet til årsakssammenheng som oppstiller de største problemstillingene. Denne årsakssammenhengen må dokumenteres, og det er tredjepersoner som har bevisbyrden for at tapet er en påregnelig følge av pasientskaden.

Fremtidige tap er generelt vanskeligere å bevise enn fortidige tap. I vurderingen om årsakssammenheng er det en rekke momenter som må evalueres. For det første setter tidsforløpet begrensninger, da det er begrenset hvor langt fremover i tid tap kan påberopes. Tapet må heller ikke anses som uvesentlig, og skadeomfanget må vurderes. Dette har nær sammenheng med kriteriene til «nødvendig og rimelig». Her legges det vekt på hvilken kompensasjon direkte skadelidte har fått. Direkte skadelidte får en rekke trygdeytelser fra det offentlige, som skal fungere som en kompensasjon for ulempene personen er påført. Tredjepersoner skal med dette utgangspunktet ikke bli påført noe økonomisk tap. Stønader og spesialtilbud fra kommunene skal fungere slik at pårørende skal jobbe og leve så normalt som mulig. Den begrensende adgangen for å tilkjenne fremtidig inntektstap er fordi forarbeider og rettspraksis⁷⁶ sjelden anser slike tap for «nødvendige og rimelige». Terskelen er høy.

I de situasjoner der pårørende ikke klarer å jobbe i samme stilling etter at nærstående har blitt påført en skade, må det vurderes om tredjepersonens innsats og hjelp overstiger det normale. Det er kun omsorg som går utover det «vanlige» som betraktes som erstatningsrettslig tap. Tap vil oppstå når deres stilling reduseres, og når den som mottar pleie ikke har midler. En konsekvens av dette er at de får lavere fremtidig inntekt. Tredjepersonene vil typisk være foreldre med pasientskadde barn. Et annet tilfelle er der tap oppstår fordi ektefellen ikke kan arbeide 100 % grunnet den andre ektefellens skade.⁷⁷ Spørsmålet blir da hvor vanskelig situasjonen må være for at tredjepersoner kan gå ut av jobb, eller arbeide mindre, og få tapet dekket gjennom erstatning. Det er i dag NPE, Pasientskadenemnda og domstolene som kan avgjøre dette spørsmålet.

Et eksempel der det ble tilkjent erstatning for fremtidig inntektstap er LB-2007-36192. Lagmannsretten uttalte at det kun var mor som kunne ivareta sønnens behov for kontinuerlig oppfølging. Retten presiserer at situasjonen var så spesiell at sønnen måtte ha tilsyn fra mor på heltid. Etter en vurdering konkluderte lagmannsretten med at «erstatning

⁷⁶ Hagberg (Rt. 2010 s. 1153, avsnitt 40).

⁷⁷ Lødrup (1980) s. 39 og Vestby (Rt. 1969 s. 90, på side 93).

til utgifter til pleie- og omsorg bør settes til det inntektstap As mor hadde i perioden». Begrunnelsen var at omsorgs- og pleiebehovet ikke kunne tilpasses en deltidsjobb. Videre påpekte de at det var sannsynlig at mor ville vært i arbeid hadde det ikke vært for pasientskaden til sønnen. Avslutningsvis viser lagmannsretten til at innleid helsepersonell til direkte skadelidte ville kostet mer enn mors inntektstap. Det offentlige tilbudet veies her opp mot hjelpen fra tredjepersonen. Størrelsen av tapet vurderes likeledes. «Rimelighetskriteriet» gir her grunnlag for erstatning, og «tapsbegrensningskriteriet» er overholdt.

Begrunnelsen for at det i begrenset grad er adgang for tredjepersoner å få erstattet sitt fremtidige inntektstap, er fordi praksis mener det er mer hensiktsmessig at det er opp til den direkte skadelidte å velge hvem han ønsker å betale for å gi hjelp. Med grunnlag i dette er «normalordningen» at direkte skadelidte får utbetalt erstatning og så kan denne personen velge å betale pårørende. Dette er stadfestet i forarbeidene⁷⁸ og *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153, avsnitt 36–38). Det er direkte skadelidte som har et behov for hjelp i fremtiden, og det er ikke gitt at det vil være den samme personen som alltid vil være tilstede for å gi denne hjelpen. Det er derfor et sterkt ønske om å ikke binde opp skadelidtes fremtidige midler til andre.

Det som særkjenner problemstillingene i forbindelse med dette typetilfelle i praksis, er om det faktisk foreligger et udekket tap, eller om direkte skadelidte har fått utbetalt erstatning for tapet gjennom omsorgslønn. Her kommer prinsippet om at skadevolder ikke skal betale erstatning to ganger for samme skadevoldende handling.⁷⁹ Dette resulterer i at det fremtidige inntektstapet må kreves av direkte skadelidte, og ikke skadevolder. I N2012/0749 var begrunnelsen for at tredjemannstapet ikke ble dekket nettopp fordi det var fare for en slik dobbelt betaling. Problemet i praksis, er at utmålingen til direkte skadelidte ikke har tatt tilstrekkelig høyde for et eventuelt fremtidig inntektstap hos pårørende.

⁷⁸ NOU 1994: 20 punkt 4.1.5.8.

⁷⁹ Kjelland (2011) s. 546.

I *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153) var sønnen hardt skadet og hadde ekstraordinære behov. Det offentlige tilbudet kunne heller ikke nyttiggjøres i tilstrekkelig grad. Førstvoterende fastslo at inntektstapet til mor oppfylte vilkårene til hva som «anses som rimelig og nødvendig å erstatte», jf. avsnitt 40 i dommen. Når det kom til erstatningsutmålingen vurderte retten likevel situasjonen dit hen at denne erstatningen allerede var dekket gjennom sønnens erstatning. Her ser man igjen det tydelige samspillet mellom vurderingen av vilkårene, utmålingsreglene og de prosessuelle problemstillingene.

Kravet til årsakssammenheng oppstiller også spørsmål om hvor lang periode man kan få dekket fremtidig inntektstap. Dette er en vanskelig vurdering, og det må vurderes konkret ut i fra situasjonen. Det er tredjepersonen som har bevisbyrden, både for tapets størrelse og lengde. Til illustrasjon behandles *Torgersen* (RG 1995 s. 194). Grunnen til at denne dommen blir behandlet til tross for at den er nesten 20 år gammel og er fra personskaderetten, er fordi den inneholder gode drøftelser. I *Torgersen* uttales det at «tatt i betraktning den meget alvorlige skaden som A ble påført, og nytten av morens tilstedeværelse i den første tiden under rehabiliteringen, godtar lagmannsretten at lønnstapet i denne første perioden⁸⁰ kan ses som en nødvendig følge av skaden og ulykken». Mor (tredjeperson) hadde nedlagt påstand om erstatning for inntektstap i fem år. Lagmannsretten delte opp perioden med inntektstapet. Resultatet ble at mor fikk dekket inntektstap for det første året, i tillegg til andre omkostninger som hun hadde hatt i forbindelse med skaden til sønnen. Hun fikk tilkjent et beløp på 100 000 kroner for tap i tre år, som skulle tilsvare pleie utgifter. Sønnen hadde mottatt erstatning for fremtidige utgifter, men mor sitt tap oversteg klart det sønnen har fått i erstatning. Her foretar retten en konkret vurdering, og resultatet blir at fremtidig inntektstap bare blir dekket i en begrenset periode. Tapet mor krevde erstattet ble vurdert opp mot den erstatningen direkte skadelidte allerede hadde fått for å dekke utgifter til omsorg og pleie. Her var utmålingen ikke tilstrekkelig, og som en konsekvens av dette var tredjepersonens fremtidige inntektstap vernet. Begrunnelsen er behovet til direkte skadelidte. Dynamikken mellom hensynet til

⁸⁰ Min kursivering.

skadevolder, skadelidte og tredjepersonen synliggjøres her. Vernet til skadevolder blir ivaretatt ved at perioden tapet strekker seg over blir begrenset.

Etter en analyse av en rekke nyere avgjørelser fra Pasientskadenemnda⁸¹ kommer det klart frem at det sjelden gis medhold i saker om tredjepersoners inntektstap. Avgjørelsene viser i den forbindelse til *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153) og til de strenge retningslinjene som foreligger i praksis. Det kan reises spørsmål om den fortolkningen som blir gjort av *Hagberg* i forhold til fremtidig inntektstap, er uriktig. Er det slik at *Hagberg* sperrer for at foreldre kan tilkjennes erstatning for fremtidig inntektstap. Dette vil bli drøftet nedenfor i punkt 4.

For ordenhetens skyld vil jeg foreta en kort oppsummering. Praksis i dag er at det skal mye til for å få tilkjent fremtidig inntektstap, men at dette typetilfellet i ulik grad kan være vernet. Erstatningsutmålingen setter ytterligere begrensninger for rekkevidden av vernet. Det kan føre til at tredjepersoner ikke direkte tilkjennes erstatning, men at tapet inngår i direkte skadelidtes utmåling. Som et resultat av dette må direkte skadelidte betale tredjepersoner, slik at det ikke oppstår noe tap for tredjepersonene selv.

2.4.4 Tapte karrieremuligheter

Et annet typetilfelle er tapte karrieremuligheter som bærer preg av mer hypotetisk karakter. Det er på det rene at pårørende ofte må ofre mye av sin tid som følge av direkte skadelidtes pasientskade. Når denne hjelpen overstiger det som kan forventes å være det normale, må det vurderes hvorvidt dette fører til et erstatningskrav som er vernet. Det reises her spørsmål om hvordan karrieremulighetene ville ha vært, hvis skaden på direkte skadelidte tenkes borte.

Utfordringene knyttet til tapte karrieremuligheter og fremtidig inntekt vedrører vilkåret om årsakssammenheng og bevis. Det må fremstå som påregnelig at tredjepersonen hadde fått

⁸¹ N2011/0647, N2011/0264, N2012/0749 og N2011/1349.

en større inntekt, eller en bedre karriere. Det er ikke tilstrekkelig å sannsynliggjøre at personen ved et senere tidspunkt muligens hadde klatret i stilling. Det er mange omstendigheter som kan påvirke om personen hadde hatt en bedre karriere foruten skaden. Men der de tapte karrieremulighetene er påregnelige og mulig å sannsynliggjøre kan det reises spørsmål om de burde være vernet. Tap av karrieremuligheter kan få stor betydning for den enkelte i form av selvrealisering og økonomiske virkninger. Det er viktig i en drøftelse om tap av karrieremuligheter at man holder fast på to motstående utgangspunkter. På den ene siden kravet om full erstatning, som er presisert i *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, på side 484), og i motsatt fall at erstatningsansvaret for skadevolder ikke skal strekkes for langt. Skadevolder skal ikke lastes unødig. Er det imidlertid svært påregnelig at tredjepersonen i nær fremtid hadde fått en bedre lønnet stilling, kan det tenkes at dette kravet er erstatningsberettiget.

Tapte karrieremuligheter kan være en konsekvens av lavere arbeidskapasitet over flere år. En situasjon er der pårørende må takke nei til en bedre stilling grunnet manglende tid. Det normale er at det er muligheter for å opparbeide seg en bedre stilling, etter år med god arbeidsinnsats og gode resultater. En pasientskade som medfører at tredjepersoner må ta seg ekstra av et annet menneske, kan medføre at denne personen ikke i like stor grad har muligheter til å benytte seg av og utfolde sitt talent. Tidsbegrensning gjør det vanskelig, og direkte skadelidtes behov blir for krevende. Tredjepersonen blir da stilt dårligere enn han ellers ville ha blitt, om pasientskaden ikke var skjedd.

En annen situasjon kan være der pårørende lenge har vært utenfor arbeidslivet, grunnet omsorgsbehovet til direkte skadelidte. Når direkte skadelidte senere blir flyttet på institusjon og/eller ikke trenger den tilsvarende hjelpen fra tredjepersonen, er det nærliggende å tenke seg at tredjepersonen ønsker seg ut i arbeidslivet igjen. Konsekvenser av mange år utenfor arbeidslivet kan gjøre det vanskelig å få jobb. Rimelighetshensyn kan således tilsi vern i spesielle tilfelle. Manglende jobberfaring og kunnskap er klart et minus i jobbsammenheng. Dette vil resultere i at tredjepersonen mister karrieremuligheter. En

tredje situasjon er der pårørende påføres psykisk skade som gjør dem uegnet til å arbeide i samme stilling som tidligere.

Det finnes et eksempel i praksis der fremtidig karriereutvikling har vært så nært i tid, og så sannsynlig at man med stor sikkerhet kan si at karrieren til tredjemann ville ha forbedret seg. I *Beltebil* (RG 2005 s. 583, på side 583) krevde foreldrene til en ung mann «erstatning for økonomisk tap og oppreisning for ikke-økonomisk skade etter at sønnen omkom under øvelse i forsvaret». I denne saken ble spørsmålet om fremtidige karrieremuligheter drøftet. Saksforholdet i dommen var at mor til skadelidte samme dag som ulykken skjedde skulle begynne i ny lederstilling. Grunnet omstendighetene måtte mor si fra seg stillingen. Hun var påført en sjokkskade (psykisk skade) og var med dette ikke i stand til å påta seg en slik stilling. Karrieremulighetene må anses som påregnelige med tanke på tidsaspektet. Det er videre nærliggende å si at mor mistet karrieremuligheten alene grunnet den psykiske skaden hun ble påført som følge av sønnens død. Til dette konkluderte likevel lagmannsretten med at hun ikke kunne tilkjennes erstatning for tapte karrieremuligheter, med følgende uttalelse: «Kravet er ikke sannsynliggjort, og ligger også utenfor hvor langt man kan strekke erstatningsplikten», jf side 595 i dommen. At kravet ikke er sannsynliggjort, og at tapet ligger utenfor hvor langt man kan strekke skadevolders ansvar er to ulike vurderinger innenfor erstatningsretten. Vurderingene av tapet virker således dårlig gjennomarbeidet. I stedet anser lagmannsretten at mor sitt inntektstap er erstatningsrettslig vernet. Inntektstapet var beviselig bedre stilt. Lagmannsretten legger også vekt på at hun nå jobber som seniorrådgiver og har en høyere inntekt enn i tidligere stilling.⁸² *Beltebil* omhandler ikke pasientskadeerstatning, men viser hvor strengt kravet til årsakssammenheng og bevis generelt er i personskaderetten. Dommen har slik en overføringsverdi og vil illustrere den restriktive holdningen som foreligger generelt for å tilkjenne slike tredjemannstap. Den viser også samspillet mellom typetilfelle tapte karrieremuligheter og inntektstap.

Tapsbegrensningsplikten oppstiller ytterligere begrensninger. Hvis det er slik at tredjepersonen på en annen måte kan benytte seg av karrieremuligheter, må dette gjøres i stedet for å fokusere på at den planlagte veien ikke gikk som planlagt.

Oversikten foran er ment å vise ulike aspekter av tapte karrieremuligheter. Sammenfattet kan man klart si at typetilfellet oppstiller problemer i forhold til bevis. I enkelte situasjoner er det mer påregnelig med tapte karrieremuligheter. I andre situasjoner bærer situasjonen mer preg av hypotetisk karakter. Det finnes i dag ingen rettspraksis på situasjonene som er nevnt foran der tredjepersonens er tilkjent erstatning for tapte karrieremuligheter i pasientskaderetten. Et slikt krav vil sannsynligvis være for fjernt og avledet. Det er slik at man ikke kan bli vernet for alle tenkelige tap i fremtiden.

2.5 Prosessulle problemstillinger

2.5.1 Utgangspunkter

Tredjepersoners erstatningsrettslig vern reiser en rekke prosessuelle problemstillinger knyttet til selve utmålingsprosessen. Det er ikke slik at selv om tredjepersonens erstatningskrav er vernet, kan tredjemann automatisk gjøre gjeldene et direktekrav, jf *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153, avsnitt 38).

Det rettslige utgangspunkt er at både direkte skadelidte og tredjemann kan ha selvstendige erstatningskrav der skadeårsaken er lik, men omfanget ulikt.⁸³ Det er grunn til å presisere at det i henhold til gjeldende rett ikke er adgang for pårørende å kreve erstatning grunnet skadelidtes omsorgsbehov, når skadelidte har fått full erstatning.⁸⁴

I juridisk sammenheng vil det være prosessuelt riktig å fremme to selvstendige rettskrav mot skadevolder. Dette er utgangspunktet. Den prosessuelle hovedproblemstillingen i pasientskadesaker er om erstatningskrav fra tredjepersoner og direkte skadelidte skal reises

⁸³ Lødrup (2009) s. 398.

⁸⁴ *Hjaltatottir* (RG 2012 s. 481, s. 484)

i samme, eller vurderes i to uavhengige saker. Begge fremgangsmåtene er brukt i praksis, men det er svært ofte at kravene blir behandlet i samme sak. Det må videre reises spørsmål om det er slik at hele erstatningen bør tildeles direkte skadelidte, for deretter å bli overført til tredjemann. I motsatt fall hvorvidt tredjepersoner har et selvstendig erstatningskrav. Problemstillingen er et resultat av trepartsforholdet mellom direkte skadelidte, tredjemann og skadevolder.

Det er nå en svært begrenset adgang for tredjepersoner til å reise et selvstendig krav mot skadevolder i egen sak. Det vanligste er at tredjemannstapet blir påberopt i erstatningssaken til direkte skadelidte. Dette har bakgrunn i den nære tilknytningen disse kravene har. Der dette ikke er mulig, eksempelvis fordi direkte skadelidte allerede har fått behandlet saken sin for retten, eller direkte skadelidte er død, kan tredjemannstapet som utgangspunkt kreves separat.

Når det gjelder merutgifter, følger det av gjeldende rett⁸⁵, herunder *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153) at påførte merutgifter kan tilkjennes direkte til tredjepersonen. Dette er også påpekt i den nye NOU 2011: 16 om standardisert erstatning. Det vises her til drøftelsene foran. For fremtidige inntektstap, spesielt der tapet har oppstått på grunn av omsorgstjenester, er rettssituasjonen annerledes.

Hagberg (Rt. 2011 s. 1153, avsnitt 36-38) setter nå grenser for at tredjepersoner kan fremmes som et selvstendig krav om inntektstap. Dette er også fulgt opp i NOU 2011: 16. «Normalordningen» er at det er direkte skadelidte som skal få tilkjent erstatningen for fremtidige tap, fordi det er denne personen som har et behov i fremtiden. Direkte skadelidte kan således eventuelt betale tredjemenn der det er behov. Jeg vil nedenfor foreta en vurdering om utviklingen har gått i riktig retning og om det er en rimelig løsning. Det må nevnes at selv om praksisen i dag er så restriktiv, er det ikke slik at tredjemannstap ikke kan vurderes. Tredjemannstapet må som utgangspunkt inngå i direkte skadelidtes utmåling. Dette støttes av *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, på side 487).

⁸⁵ *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670) og *Stokstad* (Rt. 1996 s. 958).

2.5.2 Rettslig vurdering

Der tredjepersonen reiser et selvstendig økonomisk krav mot skadevolder, kan dette få betydning for direkte skadelidtes erstatningsutmåling, og omvendt. Det er et dynamisk samspill. Utmålingen av de ulike kravene kan ha en så nær sammenheng at det godt kan argumenteres for at de må behandles under en sak. Videre er det uenighet i teori og praksis om tredjepersoner skal ha krav på erstatning direkte fra skadevolder, når det gjelder fremtidige tap.

I de situasjoner der det gjelder utbetaling til fremtidige pleie- og omsorgsutgifter, tilpassing av bolig m.m., har praksis fastslått at det absolutte utgangspunktet er at erstatningen skal utbetales til direkte skadelidte. Når det gjelder «uegentlige» tredjemannstap, eksempelvis erstatning for sjokkskade, er utgangspunktet motsatt. At «egentlige» tredjemannstap utbetales til direkte skadelidte har gode grunner for seg. Et eksempel for dette er hvis økonomien til tredjepersonen blir så dårlig at kreditorene kommer for å innkreve sine fordringer.⁸⁶ Ved en slik situasjon vil man kunne risikere at penger som er viktig for direkte skadelidtes og tredjemannens hverdag, forsvinner. Ved dødsfall vil også formue som har blitt tiltenkt å begunstige direkte skadelidte, kunne bortfalle.⁸⁷ Tilsvarende må det nevnes at foreldre som får utbetalt erstatning for dekning av fremtidige tapsposter, vil kunne sitte med en stor uberettiget gevinst hvis de går fra hverandre. Det samme gjelder hvis barnet blir plassert på institusjon eller barnet dør.

Når det gjelder allerede tap lønnsinntekt, på grunnlag av pleie- og omsorgsyntelser, står ikke hensynet til direkte skadelidte så sterkt. Det er tap som pårørende allerede er belastet med. Det vil dermed ikke være fare for at direkte skadelidte ikke får dekket sitt fulle tap, ettersom tapet ikke er påført denne personen.

⁸⁶ Eksemplet er illustrert i LF-2002-869.

⁸⁷ Eksempler fra LF-2002-869.

I motsatt fall kan man tenke seg situasjoner der barnet (direkte skadelidte) får utbetalt hele erstatningen, men sløser bort pengene som skulle brukes til betaling av omsorgsytelser og hjelpemidler. Et eksempel er der barnet spiller bort pengene. Her vil foreldrene sitte med alle utgiftene, uten å ha fått noen av pengene. Tapet til foreldrene vil da ikke bli dekket, selv om de har et erstatningsrettslig tap.

Are Stenvik er av den oppfatning at «rettsteknisk hadde det vært enklere om også krav om erstatning for lidt tap bare kunne kreves av primærskadelidte.»⁸⁸ Personlig er jeg enig i at dette er en hensiktsmessig løsning i henhold til rettsteknisk hensyn. Likevel vil en slik fast praksis resultere i at tredjepersoners rettsvern vil bli svekket ytterligere. Deres tap ville fått liten gjennomslagskraft og blitt mer usynliggjort. Begrunnelsen for mitt standpunkt vil bli belyst nærmere.

For det første vil signaleffekten av at tredjepersoner ikke skal få dekket sitt tap direkte i personskadesaker være uheldig. For å forstå dette vises det til RG 2012 s. 875 (på side 882) der retten understreker at utmålingen til omsorg- og pleiekostnader var for lavt utmålt til direkte skadelidte. Når foreldre senere reiser krav om erstatning, uttales det at erstatningen til direkte skadelidte må høynes. Dette viser at retten, herunder Pasientskadenemnda, ikke har vektlagt det økonomiske tap til pårørende når kravet kun tilkommer direkte skadelidte. Her ser man konsekvensene av at tredjemannstapet blir undervurdert. Dessverre er ordningen i dag slik at det skal mye til for at tredjepersoners tap blir erstattet som et selvstendig krav i domstolene.

For det andre vil jeg vise til *Torgersen* (RG 1995 s.194). Her reiste direkte skadelidte og tredjemann selvstendige krav i samme sak. Dette ser ut til å være den mest vanlige og mest skjønnsmessige måten å gjøre det på. Her vil dynamikken mellom de to kravene stå sterkt, men allikevel undergis en selvstendig vurdering. Lagmannsretten presiserer at de har ingen betenkeligheter med at det gjøres på denne måten.

⁸⁸ Stenvik (2010) s. 8–10.

Et annet moment for at tredjepersoner burde ha rett til å fremme et selvstendig krav støttes av tvisteloven § 16-16 (1). I situasjoner der en part dør, stanses saken som går for domstolene.⁸⁹ Her vil tapet til tredjepersonen som er medregnet i kravet til direkte skadelidte falle bort, fordi personen ikke lenger er «part» i rettslig forstand. På dette tidspunktet kan tredjepersonen allerede ha blitt påført tap. Tredjepersonen vil etter andre ledd kunne bringe saken inn på nytt av «rette vedkommende».

I *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153) reiste mor en egen sak for sitt tap etter at sønnen (direkte skadelidte) sin sak var endelig avgjort. Mor mente at hennes tap ikke var dekket, og hadde således adgang til å fremme egen erstatningssak mot skadevolder. Dommen henviser flere steder til sønnens dom med tanke på utmålingen.⁹⁰ Høyesteret konkluderte med at mor ikke hadde et udekket selvstendig krav. Det fremstår for meg som at nyere rettspraksis har tolket *Hagberg* som at den endelig stenger for at tredjepersoner kan reise selvstendige krav ovenfor skadevolder. Det kan reises spørsmål om tredjepersoner i stedet må fremme et indirekte krav til skadelidte? Det er mye mulig at en slik ordning vil forenkle utmålingsprosessen, men dette kan gå på bekostning av tredjepersoners erstatningsrettslige vern. En nærmere vurdering av dette vil bli behandlet under punkt 4.

Formuleringer og standpunkter fra *Hagberg* blir gjennomgående vist til i nyere praksis. I *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, på side 487) viser førstvoterende til *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153) og slår fast at foreldrenes inntektstap «kan inngå som et moment i pleie- og omsorgserstatningen». Her blir det ikke tale om adgangen for tredjepersonen å komme med et direktekrav. Det er viktig for at en slik ordning skal fungere at direkte skadelidte får tilstrekkelig erstatning, slik at personen har midler til å dekke tredjepersons tap. Her undergraves typetilfellet fremtidig inntektstap, og får funksjon som en del av det generelle tapet som oppstår. At inntektstapet til foreldre «kan inngå som et moment i pleie- og omsorgserstatning» er også presisert i en dom fra Nedre Romerike tingrett av 19. februar

⁸⁹ Askeland (2013) s. 186.

⁹⁰ Stenvik (2010) s. 8–10.

2013⁹¹, med henvisning til *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153) og *Hjaltadottir* (RG 2012 s. 481, side 487).

Det vises igjen til RG 2012 s. 875 (på side 880), som uttaler at «påført tap kan tilkjennast tredjepart, men at det ikkje er noko i vegen for at også dette blir tilkjent den direkte skadelidte». Her viser førstvoterende til *Hagberg* og gir uttrykk for hvor usikker rettsituasjonen er. Det påpekes videre at selve utmålingen i forhold til offentlige ytelser i fremtiden er vanskelig. Både med tanke på påregnelighet og bevis. Resultatet i dommen ble tilkjenning av ytterligere erstatning til dekning av utgifter, herunder mor sitt inntektstap. Hele erstatningen ble utbetalt til direkte skadelidte. I dommen velger førstvoterende å legge til grunn en gjennomsnittsberegning. Det kan i denne sammenheng reises spørsmål om hvor skjønnsmessig og forsvarlig en slik løsning er. Dommen kan kritiseres. Faren for at tredjepersonen ikke får dekket sitt tap fra direkte skadelidte er tilstede. Det er lett å se at dette er en enklere løsning, men hvorvidt rettsvernet blir ivaretatt i tilstrekkelig grad er vanskelig å vurdere.

Tatt i betraktning de utfordringene som oppstår ved utmålingen av de fremtidige tapspostene til tredjemenn, kan det reises spørsmål om tredjepersoners økonomiske tap kan sikres gjennom avtale med direkte skadelidte. I *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153, avsnitt 38) ble en slik løsning foreslått. Dette har nær sammenheng med hvem sine interesser som bør ha forrang. Are Steinvik⁹² er av den oppfatning at en slik ordning vil være den beste.

Som et avsluttende punkt vil jeg nevne en dom fra 2013 der retten fastslår et viktig poeng: «endringer i konsumprisindeksen og foreldrenes inntektstap må få skjønnsmessig betydning for utmålingen; i motsatt fall vil ikke skadelidte få «full erstatning»». ⁹³

⁹¹ Saksnummer: 12-074761TVI-NERO.

⁹² Stenvik (2010) s. 8–10.

⁹³ LA-2012-106249, avsagt 25. februar 2013.

2.5.3 Avsluttende bemerkning med oppsummering av rettssituasjonen i dag.

For å samle trådene må det avslutningsvis foretas en oppsummering. Det må for det første presiseres at adgangen for tredjepersoner til å reise en egen sak om tredjemannstap overfor skadevolder, er nesten ikke-eksisterende i dag. Når det gjelder merutgifter vil det imidlertid være muligheter for fremme et direktekrav. For det andre kan tredjemannstap fremmes i samme sak som direkte skadelidte. Dette er den vanligste metoden. For det tredje, og endelig må det bemerkes at rettsutviklingen går i retning av at hele erstatningssummen, også erstatning for tredjemannstap utbetales til direkte skadelidte. Tredjepersoner kan deretter sikre sitt krav rettslig ved å inngå en avtale med direkte skadelidte. En slik utvikling er uheldig med hensyn til at tredjepersonens krav kan gå tapt. Dette kan skje ved for eksempel at direkte skadelidte sløser bort pengene, eller at kreditorer slår personen konkurs. Praksisen i dag har imidlertid ikke vektlagt slike hensyn.

3 Komparativt perspektiv

3.1 Innledning

Selv om nordisk rett ikke har direkte rettskildemessig vekt for norsk rett, kan den brukes som inspirasjon. Det er generelt klare tendenser til å sammenligne norsk, svensk og dansk rett. I forarbeidene vises det til blant annet nabolandenes regler når man skal finne hensiktsmessige løsninger.

Grunnet tidsbegrensning lar det seg ikke gjøre å foreta en grundig analyse av svensk og danske rett. Men jeg ønsker å gi et overblikk av hovedlinjene for reglene.

Bakgrunnen for en slik overfladisk behandling av svensk og dansk rett, er å undersøke i hvilken grad tredjepersoner er vernet i disse landene. Utenlandsk rett kan være med på å gi forståelse av erstatningsrettens grunnprinsipper og formål. Videre kan utenlandsk rett, og spesielt nordisk rett, gi retningslinjer. Det vil også kunne være lettere å slå seg til ro med rettsvernet slik den fremgår i norsk rett, hvis andre nordiske land har like rettsregler for tredjepersoner. I det følgende vil jeg derfor sammenligne tredjemannsvernet på tvers av

landegrensene. Til slutt vil jeg foreta en vurdering av om Norge har et sterkere eller svakere vern. Endelig må det vurderes om våre naboland eventuelt har bedre ordninger for pasientskadeerstatning.

Det kan kort konstanteres at både norsk, svensk og dansk rett oppstiller vilkår om ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap for å tilkjenne pasientskadeerstatning.

3.2 Svensk rett

Sverige er det landet som først fikk lovregler som regulerer pasientskadeerstatning. Allerede i 1975 innførte de en pasientforsikringsordning, som senere ble revidert og lovregulert i 1996. I dag heter den svenske skadeerstatningsloven «Skadeståndslagen» og er revidert i 2006. Det er klart at de nordiske landene har sett hen til det svenske systemet når de har utarbeidet egne nasjonale lover og ordninger. De andre nordiske landene har således regelsett som har mange likhetstrekk med Sverige.

Utgangspunktet er klart. Skadelidte skal stilles økonomisk som om skaden ikke hadde skjedd. Erstatningsutmålingen vurderes etter en individuell og konkret vurdering der man ser på den økonomiske situasjonen med og uten skaden. Dette gjelder både lidt tap og fremtidig inntektstap.⁹⁴

Hovedregelen i svensk rett at det bare er direkte skadelidte som tilkjennes erstatning, men

«Från principen görs emellertid vissa undantag. Särskilda omständigheter kan t.ex. i fråga om en tredjemansskada i samband med en sakskade motivera rätt till ersättning. Tredje mannens relation till den skadade egendomen står därvid centralt.»⁹⁵

⁹⁴ NOU 2011: 16 punkt 2.4.

⁹⁵ Högsta Domstolen 27. oktober 2004, (NJA 2004 s. 609).

Unntaksregelen er altså at det i særskilte tilfeller tilkjennes også erstatning til nærstående.

I forhold til tredjepersoners rett på erstatning er dette lovregulert i Skadeståndslagen av 2. juni 1972, kapittel 5, § 1. Første ledd i bestemmelsen lyder som følgende: «sjukvårdskostnad och andra kostnader för den skadelidande, inbegripet skälig kompensation till den som står den skadelidande särskilt nära, (...)». Kompensasjon til skadelidtes nærstående er med dette i utgangspunktet erstatningsrettslig vernet. Det fremstår imidlertid ikke slik at tredjepersoner har et selvstendig erstatningskrav, men at tredjepersoners tap skal innregnes i erstatningsutmålingen til direkte skadelidte. Det er videre slik at tredjepersoner bare har krav på erstatning for tap som direkte skadelidte selv kunne få tilkjent.

Det er de alminnelige erstatningsrettslige reglene som legges til grunn for utmålingen av erstatningen. Både fysiske og psykiske skader faller innenfor erstatningsvernet. Videre gjelder erstatningsreglene for hele helsevesenet. Når ansvarsgrunlaget skal vurderes legges det vekt på hva en spesialist ville gjort i situasjonen, og man legger til grunn den informasjon man besitter om pasienten når erstatningen skal vurderes. Dette er klart til gunst for skadelidte. Imidlertid kan det også legges vekt på ressursituasjonen på tidspunktet skaden skjedde. Videre er det en begrensning i at undersøkelser eller behandling som er nødvendig for å unngå livstruende skade eller betydelig uførhet, unntas fra erstatningsansvaret.⁹⁶ Dette er en klar svakhet i det svenske rettsvernet. Til sammenligning opererer man med et objektivt erstatningsansvar i Norge, noe som bidrar til et sterkere rettsvern. Pasienter i Norge slipper også å fremlegge bevis for ansvarsgrunlaget, så lenge skade kan konstanteres.

Svensk rett har også et tilsvarende krav til «tilknytning» som i norsk rett, slik at tredjepersonen må være «særskilt nära».⁹⁷ Tidligere omfattet dette kun den nærmeste familie. Svensk rett ønsker å lempe på kravene slik at også andre enn nærstående kan

⁹⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) punkt 5.2.3.

⁹⁷ Bengtsson (2002) s. 148.

omfattes av ordlyden «närstående» i lovens forstand. Dette følger av Skadeståndslagen der det uttales at «Även andra personer än familjemedlemmar kan sålunda anses vara närstående i paragrafens mening, t.ex. en person som en äldre skadadutan näre släktingar känner särskild samhörighet med.»⁹⁸

Under den forutsetning at direkte skadelidte har krav på erstatning for omsorgs- og pleie arbeid, kan foreldre få dekket inntektstap hvis de blir hjemme og utfører slikt arbeid. Erstatningen vil tilsvare det det koster å leie inn helsepersonell. Men det åpnes nå for å tilkjennes noe mer enn det koster å innleie omsorgs- og pleiehjelp. Beregningen av kostnader til pleie skal det nå foretas en mer skjønnsmessig vurdering av. Det forligger en mulighet til å tilkjenne mer enn det koster å leie inn, der dette spesielt gagnar direkte skadelidtes helse og/eller rehabilitering.

Tidligere var det slik at reisekostnader i forbindelse med sykehusopphold til direkte skadelidte bare var erstatningsrettslig vernet ved akutte tilfelle, og der direkte skadelidte var tredjepersonens barn. Nå er kravet til livstruende tilfeller opphørt, og tredjepersoner kan også tilkjennes erstatning der direkte skadelidte er en voksen person. Videre er det presisert at en utvidelse av erstatningsretten i forhold til reise- og besøksutgifter må skje om dette gagnar direkte skadelidte særskilt. Imidlertid påpekes det at man må bruke det rimeligste alternativet.

I forhold til utmålingen opererer svensk rett med et trygdesystem på lik linje med Norge, der det gjøres fradrag for trygdeytelser. Det foreligger heller ingen rett på regress.⁹⁹ Når det gjelder selve utmålingen har direkte skadelidte krav på «full erstatning», i motsetning til tredjepersoner der det må foretas en vurdering om hva slags tap som er erstatningsrettslig vernet.

⁹⁸ Bengtsson (2002) s. 151.

⁹⁹ Kjønstad (2003) s. 141.

3.3 Dansk rett

Pasientskadeerstatning i dansk rett reguleres ved lov nr. 228 av 23. mai 1984 om erstatningsansvar (EAL). Loven har gjennomgått en rekke revideringer siden den trådte i kraft 1. oktober 1984.

Utgangspunktet i dansk rett er også rett til full erstatning. Men i personskadeerstatningsrett har ikke dette prinsippet stått like sterkt som i norsk rett.¹⁰⁰ Dette er en konsekvens av at utmålingsreglene inneholder standardiserte elementer. Erstatningsutmålingen skal likevel vurderes ut i fra en individuell vurdering «basert på skadelidtes faktiske konstaterte tap.»¹⁰¹

I Høyesterets dom av 23. mars 2007¹⁰² behandles tredjemannstap. I dommen krevde mor erstatning for tapt arbeidsfortjeneste. Mor hadde i en periode arbeidet mindre, for å gi omsorg til sitt skadde barn. Mor krevde også erstatning for tapt arbeidsfortjeneste etter at barnet døde. Høyesteret presiserer utgangspunktet. «(E)fter almindelige erstatningsretlige regler som udgangspunkt ikke kan pålægges den erstatningsansvarlige at erstatte tab, der påføres andre end den direkte skadelidte.» Hvis dette utgangspunktet skal fravikes må det foreligge særlige omstendigheter. I denne saken var det ikke tilstrekkelig grunnlag å fravike utgangspunktet at mor måtte arbeide mindre for å passe på sin datter.

Det er en rekke likheter mellom de danske og norsk reglene innenfor pasientskaderetten. Det er i likhet med norsk rett et objektivt uaktsomhetsansvar som ligger til grunn. Imidlertid gis det bare erstatning til pasienter på offentlige sykehus, eller fra sykehus som driftes av det offentlig. Videre er det adgang til å få dekket både økonomisk og ikke-økonomisk tap.

Forholdet mellom trygdeytelser og erstatning er noe annerledes sammensatt i dansk rett. Mens vi i Norge avkorter erstatningsutmålingen sett hen til trygdeytelsene, er det i dansk

¹⁰⁰ NOU 2011: 16 punkt 2.3.6.

¹⁰¹ NOU 2011: 16 punkt 2.3.3.

¹⁰² UfR 2007 s. 1562.

rett motsatt. Tildeling av trygdeytelser blir altså påvirket av den erstatningen som er tildelt. Bakgrunnen for at Norge har valgt motsatt ordning, er retts tekniske hensyn. Skadelidte skal være garantert et minimum av nødvendige ytelser.

At dansk rett har valgt en modell der erstatningsutmålingen er grunnfundamentet, tilsier en mer individuell og konkret tilrettelegging for direkte skadelidte. Men dette har medvirket til at erstatningsutmålingen har blitt mer standardisert enn det vi har i norsk rett. Signaleffekten som lovgiver og rettsanvenderne i Danmark gir er at skadevolder skal, i større grad enn i norsk rett, dekke skadelidtes tap. Sikkerhetsventilen er trygdeytelsene som kommer i tillegg, der erstatningen ikke er tilstrekkelig til å dekke behov.

Jeg vil i denne sammenheng sitere Kjønstad. «Erstatningsrettens manglende evne til å utvikle seg er etter min mening en av årsakene til at det fra slutten av forrige århundre vokste frem et nytt økonomisk kompensasjonssystem, nemlig trygderetten».¹⁰³ I norsk rett har man valgt et trygdesystem som ligger til grunn for å sikre skadelidtes rettigheter, slik at grunnfundamentet er klart.

Ved utarbeidelse av NOU 2011: 16 om standardisert personskadeerstatning ble det sett hen til dansk rett som veiledning i forhold til utmålingsreglene til en ny ordning om smerteerstatning. Dansk rett har en mer standardisert erstatningsutmåling enn den som foreligger i norsk rett i dag. Imidlertid ønsker ikke utvalget i NOU 2011: 16 å bygge på den standardiserte utmålingen som er i dansk rett når det gjelder fremtidig inntektstap. Dette blir begrunnet med at den danske modellen passer dårlig på norske forhold. Dansk rett bruker en modell der det beregnes erstatning av brutto årsinntekt ganget med 10. Denne modellen mener utvalget fremstår som noe for enkel.¹⁰⁴

Når det gjelder erstatningsutmålingen ellers, mener utvalget at en standardisert modell ville være hensiktsmessig. Dette vil bli vurdert under i punkt 4. Men det kan kort nevnes at

¹⁰³ Kjønstad (1983) s. 32.

¹⁰⁴ NOU 2011: 16 punkt 2.3.6.

utvalget mener modellen for erstatningsutmåling i dansk rett er bedre enn den som anvendes i dag.

3.4 Sammenligninger/vurderinger

Sammenfattet kan det presiseres at de skandinaviske landene bygger på de samme utgangspunktene. Tredjepersoners erstatningsrett er et unntak der særlige omstendigheter ligger til grunn. Selve metoden for utmålingen av erstatningen er likevel noe ulikt.

Til forskjell fra norsk og dansk rett omfattes ikke psykiske skader av det erstatningsrettslige vernet i Sverige. En presisering til dette er at psykiske skader som kommer som en følge av fysiske skader er likevel innenfor erstatningsvernet. Dette vil gjelde direkte skadelidte.

Når det gjelder erstatningsutmålingen skiller dansk rett seg noe ut, med en mer standardisert erstatning. Til dette må det nevnes at utvalget i NOU 2011: 16 ønsker en tilsvarende ordning som i dansk rett. Hvorvidt Norge vil få en mer standardisert erstatningsutmåling er vanskelig å si. Det vises til RG 2012 s. 875 (omtalt i punkt 2.5) der retten legger vekt på en gjennomsnittsberegning. Man ser her tendenser til at tingretten etterligner den danske utmålingsprosedyren.

4 Vurderinger av rettsvernet

4.1 Innledning

Det vil i dette punktet bli belyst enkelte de lege ferenda betraktninger som ikke hittil har blitt belyst i litteraturen. Disse betraktningene vil være et resultat av en analyse av rettspraksis og de materielle reglene som er behandlet foran.

Det vil også bli foretatt en vurdering av hensynene bak rettsvernet til både skadevolder og til tredjepersonen. Spørsmålet blir om de materielle og prosessuelle rettsreglene som

foreligger i praksis i dag er hensiktsmessige. Jeg vil avslutningsvis se på eventuelle ordninger som per i dag ville gitt tredjepersonene et sterkere rettsvern.

Passkl. § 2 fastsetter utgangspunktet om at «pasienten og andre» har krav på erstatning etter bestemte vilkår. Tilsynelatende fremstår det som at direkte skadelidte og tredjemenn er likestilt så lenge vilkårene oppfylles. Valget av ordlyden er slik jeg ser det uheldig. Drøftelsene ovenfor viser at lovteksten snarere har en tilslørende effekt, enn å gi et reelt rettsvern. Med dette utgangspunktet ønsker jeg å reise spørsmål ved hvorvidt Høyesterett har styrt rettsutviklingen i en retning hvor terskelen for at tredjepersoners krav skal være vernet er for høyt.

Lovreglene og rettsreglene som Høyesterett har skapt er meget skjønnsmessige og vage. Høyesterett har gjentatte ganger unnlatt å presisere hvordan utmålingen skal skje.

4.2 Merknader til *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153).

Jeg vil i det følgende foreta en vurdering av *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153). Dommen må anses å gi uttrykk for hvorledes rettstilstanden til tredjepersoner i pasientskaderetten skal forstås i dag. Nyere rettspraksis, spesielt i Pasientskadenemnda, henviser stadig til *Hagberg*. Dommen kan imidlertid kritiseres på flere punkter og gir etter min oppfatning langt fra en god avklaring av problemstillingene som står sentralt i praksis. Drøftelsene er lite presise, og standpunktene blir ikke begrunnet tilstrekkelig. Dette hadde vært ønskelig når så prinsipielle spørsmål endelig kommer opp for Høyesterett. Pasientskadenemnda fastslår at tredjepersonen (mor) allerede hadde fått dekket omsorgslønn gjennom direkte skadelidtes erstatning. Direkte skadelidte fikk utbetalt erstatning som «tar sikte på å gjøre barnet i stand til å kjøpe tjenester for å avlaste familien, eventuelt at foreldrene selv tar i bruk erstatningen», jf. avsnitt 52. Mor mente hennes tap ikke var dekket i tilstrekkelig grad, og reiste så et selvstendig krav om erstatning for inntektstap.

Det er flere omstendigheter i *Hagberg* (Rt. 2010 s. 1153) som gjør saken spesiell. For det første var sønnen (direkte skadelidte) død når saken kom opp for Høyesterett. Det er i norsk rett en forutsetning for å få personskadeerstatning at personen er i live, og fortsatt har et behov.¹⁰⁵ Tap som oppstår etter skadelidtes død er altså ikke erstatningsrettslig vernet. Dette ble stadfestet av Lødrup allerede i 1984.¹⁰⁶

Problemstillingen for Høyesterett i *Hagberg* var om det påførte inntektstapet var erstatningsrettslig vernet. Det økonomiske tapet hadde oppstått før sønnens død og dødsfallet skal i den forbindelse ikke ha betydning for utmålingen av erstatningen. Ved en tolkning av avsnitt 52 er det nærliggende å lese avsnittet som om mor (tredjepersonen) ikke får erstattet inntektstapet fordi hun arver av det døde barnet, og dette påvirker utfallet. Hadde saken vært oppe for Høyesterett tidligere (når sønnen fortsatt var i live) er det mulig at resultatet, slik jeg ser det, hadde blitt annerledes. Det må i denne forbindelse kritiseres og vurderes om det i erstatningsretten er relevant å gjøre fradrag for gevinster som skyldes tilfeldige hendelser. Skadevolder vil stilles økonomisk bedre ved at skadelidte dør tidlig. Til dette må man holde fokuset på hva som er formålet med erstatningen. Det er skadelidtes behov som skal avhjelpes, og erstatning skal ikke brukes som et middel for straff. Hensynet til gjenopprettelse og prevensjon står opp i mot hverandre. Når det i *Hagberg* var spørsmål om et tredjemannstap som var oppstått før dødsfallet, ser jeg ingen grunn til å vektlegge sønnens død som et moment.

Hagberg kan også fremstå som lite konsekvent og det må reises spørsmål om hva førstvoterende Skoghøy egentlig mener. I avsnitt 40 uttales det at mor har lidt et inntektstap ved å måtte slutte i sin stilling for å ta seg av sin sønn. I dette tilfelle måtte tapet anses som «rimelig og nødvendig», og dermed erstatningsrettslig vernet. Barnet hadde ikke helse til å være i barnehagen slik at mor ble hjemme med sønnen på fulltid. Men i motsatt retning sier Skoghøy i avsnitt 53 at mors inntektstap ikke kan fremmes som et «separat krav» men inngår i den erstatningen sønnen fikk til pleie- og omsorg i 2005. Det er på det rene at mors

¹⁰⁵ Askeland (2013) s. 178–182.

¹⁰⁶ Lødrup (1984) s. 582–585.

tap ikke var tatt med i direkte skadelidtes erstatning. Det uttales videre i avsnitt 52 at «det er noe uklart hvorvidt beløpet på kr 1 150 000 i utgangspunktet var tilstrekkelig til fullt ut å dekke As (mor)¹⁰⁷ inntekt.» Da skulle sønnens erstatning vært høyere, slik jeg ser det. Hvordan dette skal forstås er vanskelig. Etter min oppfatning er det usikkert om Høyesterett mente at det ikke skal være adgang for foreldre å fremme separate krav. Men det faktum at barnet dør vanskeliggjør saken. I sammenheng med dette finner førstvoterende ikke «grunn til å gå nærmere inn på dette», jf. avsnitt 52. Avklaringen av utmålingsproblematikken blir med dette nok en gang unngått, noe som etter min mening er beklagelig.

En ønsket forventning i henhold til *Hagberg* var at Høyesterett skulle komme frem til en avklaring i forhold til utmålingsproblematikken og de prosessuelle problemstillinger som er belyst ovenfor. I avsnitt 38 uttaler førstvoterende at det er kun der helt spesielle grunner tilsier det, at erstatningen for fremtidig pleie- og omsorgsarbeid skal tilkjennes tredjemenn. Tredjepersoners inntektstap er som regel et resultat av pleie og omsorgsarbeid grunnet direkte skadelidtes behov. I avsnitt 40 konstaterer førstvoterende at tredjepersonens inntektstap er erstatningsrettslig vernet, og at retten står ovenfor et «meget spesielt tilfelle». Høyesterett bidrar imidlertid i avsnitt 53 til å utydeliggjøre hvilken del av erstatningskravet som tilhører hvem. Høyesterett uttaler at «erstatningen for As inntektstap har ikke karakter av et separat krav», jf. avsnitt 53 i dommen. Dette betyr at selv om dette var et «meget spesielt tilfelle»¹⁰⁸ var dette ikke nok til å oppfylle de «særlige grunner»¹⁰⁹ som må forligge. Betyr dette prosessuelt at foreldre/nærstående ikke kan fremme dette som et prosessuelt krav? Det er tredjemannen som er påført tapet. Mye av det Høyesterett sier i *Hagberg* tyder på dette. Det er likevel en liten åpning for at inntektstap kan tilkjennes tredjemenn der «særlige grunner» tilsier det. *Hagberg* illustrerer at terskelen er meget høy. Førstvoterendes synspunkt støttes av NOU 1994: 20.¹¹⁰ Problemet knyttet til en slik

¹⁰⁷ Min presisering.

¹⁰⁸ Avsnitt 40 i dommen.

¹⁰⁹ Avsnitt 38 i dommen.

¹¹⁰ NOU 1994: 20 punkt 4.1.3.8.

ordning er faren for at tredjepersoners tap ikke blir vektlagt tilstrekkelig i erstatningsutmålingen til direkte skadelidte.

4.3 Vurderingen av rettstilstanden.

Oppgaven viser at det fortsatt råder en del usikkerhet rundt tredjepersoners erstatningsrettslig vern. Denne usikkerheten fremstår for meg som å ligge hos både domstolene, Pasientskadenemnda, Norsk pasientskadeerstatning (NPE), advokater og befolkningen generelt. Dette er uheldig og kan gjøre det vanskeligere å falle til ro med den erstatningen man får tilkjent. Likevel må det nevnes at praksis rundt erstatning for merutgifter som er behandlet foran i punkt 2.4.2, nå fremstår som forholdsvis avklart.

I pasientskadesaker er det lett å rette et stort fokus på det menneskelige aspektet, noe som er viktig. Likevel er det slik at vi mennesker ikke kan være vernet for alle tenkelige situasjoner. Skadevolder har også et behov for vern.

Slik rettssystemet i pasientskaderetten er i dag kan både Pasientskadenemnda og domstolene prøve hvorvidt erstatningskravet er vernet. Men at vi har flere klageorganer kan ikke likestilles med sterk rettsikkerhet. Det er presisert i rettspraksis at domstolene skal vektlegge nemndas praksis hvis den har utslag i «en fast og konsistent praksis».¹¹¹ Men hva hvis denne praksisen er feil. Det hjelper da ikke at praksisen er «fast og konsistent». Slik jeg ser det må domstolene være forsiktige med å legge for mye vekt på Nemnds praksis. Det er domstolene som kan være rettsskapende.

Det er et ønske om rask saksgang i pasientskadesaker. På denne bakgrunn har vi Norsk pasientskadeerstatning (NPE). Det kan spekuleres i om NPE sin tilknytning til skadevolder er for sterk, slik at dette går utover objektiviteten. Det er gjennomgående en streng praksis som legges til grunn. Et kritisk punkt er om ønsket om rask saksgang går på bekostning av et rimelig resultat.

¹¹¹ *Angiografi* (Rt. 2006 s. 1217, avsnitt 38).

Utvalget i NOU 2011: 16 har vurdert hvorvidt det er hensiktsmessig med standardisert personskadeerstatning. Dette vil være en ordning som er mer lik den de har i dansk rett. Begrunnelsen for en slik løsning er effektivisering og likebehandling. Utvalget har foreslått at erstatningsutmålingen skal vurderes etter formler som regner ut erstatningen. Spørsmålet er hvorvidt dette er en god løsning eller om det undergraver tredjepersonens (og direkte skadelidtes) behov for å få en mest mulig riktig og rimelig utmålt erstatning. I dag er det domstolene som foretar erstatningsutmålingen på bakgrunn av de opplysninger og påstander som ligger til grunn. Slik jeg ser det, hadde det vært en fordel for rettssikkerheten at det ble lagt stor vekt på sakkyndige uttalelser. Uttalelsene må inneholde en grundig og konkret vurdering av situasjonen. Grunnlaget for ønsket om sakkyndige er at det kan spekuleres i om dommerne egentlig har kompetanse til å vurdere behovet til skadelidte i løpet av rettsprosessen.¹¹²

I de situasjonene der pasientskaden påføres et barn, er det behov for en vurdering av hvorvidt kriteriene for tredjemannstapet må lempes. Tilknytningsgraden er sterkest mellom barn og foreldre, og spesielt når barna er små. Oppfølging, hjelp, omsorg og støtte blir en sentral del av hverdagen. I forhold til det alminnelige prinsipp om at skadevolder må «ta skadelidte som han er», kan det trekkes en slutning om at der skadelidte er et lite barn, er det påfallende at foreldre må gi betydelig omsorg og pleie. Verdien av omsorgen fra foreldre kan bety mye for det skadelidte barnets selvfølelse og selvrealisering. I forhold til påregnelighetskravet og årsakssammenheng kan det vanskelig sies at det kommer som en overraskelse at pårørende blir belastet og påført tap når skadelidte trenger ekstra pleie og omsorg.

Det kan i denne sammenheng trekkes en parallell til foreldreansvaret i barnelova (bl.) § 30.¹¹³ Det fremkommer av bl. § 30 (1) at «foreldreansvaret skal utøvast ut frå barnet sine

¹¹² I *P-pille II* (Rt. 1992 s. 64) ble sakkyndige brukt for å avgjøre om det forelå tilstrekkelig årsakssammenheng.

¹¹³ Lov 01. 08 1981 nr 7 Lov om barn og foreldre (bl.).

interesser og behov». Vurderingen baseres på en individuell vurdering og der barnet er påført en skade og trenger ekstra oppfølgninger er det foreldrenes plikt, og barnets rett, å få dette behovet dekket. Det er viktig at foreldre gir barnet «kjærlighet, trygghet, varme og det nødvendige stell og pleie mens det er lite».¹¹⁴ Der det offentlige ikke bidrar på en slik måte at barnets «interesser og behov» blir dekket, er dette noe foreldrene må gjøre, på bekostning av andre interesser. Har «behovet» til barnet blitt mer krevende som en følge av pasientskaden kan dette resultere i tap hos foreldrene. Dette tapet kan være i form av fremtidige inntekter, karrieremuligheter, eller generelle kostnader. Her kan det kritiseres om rettspraksis har oppstilt for strenge krav til at vilkårene skal være oppfylt.

Et moment som trekker i motsatt retning er at en del av risikoen ved å få barn er at arbeidskapasiteten kan bli mindre.¹¹⁵ Derfor kan det ikke være slik at fordi man har barn så skal man få dekket alle tap, for å spe på for «tort og svie». Tredjepersoner har ofte et valg med hensyn til hvor mye innsats de vil bidra med. Likevel må man se belastningen opp mot situasjoner der man hadde et barn uten en slik skade. Det er også viktig å se den nytten barnet får av at hans nærmeste bidrar til at hans hverdag bedres. Skal denne gevinsten gå på bekostning av praktiske utmålingsstandarder? Grunnpilaren i pasientskaderetten er jo gjennopprettelseshensynet.

Videre må rettsutviklingen ta høyde for at familieforhold forandrer seg med tiden. Den tradisjonelle oppfatningen av nærstående med sterk tilknytning, er biologisk sammensatt. Men i dagens samfunn med «dine og mine barn» kan det godt tenkes at de reelle båndene er mer avgjørende i vurderingen om tilknytningsgraden er oppfylt. Disse faktorene kan gjøre at «tilknytningskriteriet» blir utvidet i forhold til hva som var tilfelle på 1970-tallet når for eksempel *Sykebesøk* (Rt. 1975 s. 670) ble avgjort. Dette gjelder også i forhold til gensene mellom samboer og ektefelle.

¹¹⁴ Smith/Lødrup (2006) s. 103.

¹¹⁵ Tollefsen (2007) s. 303.

Vilkårene for tredjemannstap er skjønnsmessige og det kan reises spørsmål om det er slik at tredjepersoner «taper» på at lovgiver har brukt slike skjønnsmessige begreper. I punkt 2.3 er problemstillingene til omsorgslønn behandlet. I Norge er det stor forskjell på lønnsnivået til befolkningen knyttet til ulike stillinger. Hvis regelen skulle være den at skadevolder måtte betale eksakt den lønnen som tredjepersonen tapte vil dette være klart urimelig i noen situasjoner. Hvis man ser for seg toppsjefer med lønn i millionklassen vil det være utenfor skadevolders ansvar å dekke dette. Igjen vil rettstapet til tredjemann bli stor hvis omsorgslønnen skal legges til grunn. Hva som er normal lønn er også vanskelig å si. Høyesterett har uttalt i *Sevaldsen* (Rt. 1981 s. 138) at utmålingen av erstatningsbeløpet ikke skal ta «hensyn til forventet pris- og lønnsstigning».¹¹⁶ Det kan reises spørsmål om personen får tilstrekkelig erstatning i forhold til fremtidig inntekt hvis lønnsnivået stiger kraftig. En skjønnsmessig vurdering knyttet til tredjepersonens innsats, rettstap og utgifter kan fremstå som en rimeligere ordning enn å slå fast at tapet skal dekkes gjennom det innleid hjelp ville kostet. Det er mulig at det hadde vært lettere å slå seg til ro med en slik utmåling. På den ene siden skaper dette dårlig forutberegnelighet. Rettstekniske hensyn tilsier at det er bedre og enklere med en klar regel. På den andre siden vil den individuelle helhetsvurdering som utgangspunkt gi en bedre tilpasset erstatningen til det konkrete tilfelle.

Situasjonen til direkte skadelidte og nærstående tredjemenn kan forandre seg med tiden. Rett etter skaden kan situasjonen være preget av sjokk og store forandringer. Etter en eventuell sykehusperiode har tredjepersoner mulighet til å innrette seg situasjonen og begrense tapet. Omstendighetene tilsier at det i en overgangsperiode er nærliggende å tenke seg mer støtte. Det kan reises spørsmål om det er hensiktsmessig for rettsvernet og av rettstekniske hensyn å innføre en «omstillingserstatning», der nærstående fikk full erstatning i en avgrenset periode. Tidsmomentet er her av betydning. Ved at tredjepersoners inntektstap ble erstatningsrettslig vernet i en midlertidig periode ville praktiske gjøremål og tilvenningsperioden gjøre det lettere å takle fremtiden. Hvis en slik ordning ble innført kunne dette skape en enklere og klarer rettsituasjon. En slik ordning er

¹¹⁶ Kjønstad (1983) s. 85–86.

utredet i NOU 2011: 16.¹¹⁷ Trude Mørtvedt i Norsk pasientskadeerstatning (NPE) uttalte i et møte vi hadde sammen at en slik «omstillingserstatning» kunne vært hensiktsmessig, i for eksempel ett år. Prosessøkonomiske hensyn støtter hennes uttalelser.

Det kan reises spørsmål om grunnen til at det er svært lite rettspraksis i forhold til spørsmålet om tapt inntekt. Det er ingen fjerntliggende tanke at slike situasjoner oppstår. En av årsakene til dette kan være at det tidligere var mer vanlig at mødre var hjemmeværende. Med bakgrunn i dette ble det ikke tale om et inntektstap slik det gjør i dagens samfunn, der en større andel av begge kjønn er ute i arbeid. I dagens samfunn er både menn og kvinner mer karrierebevisste. Hvis man vektlegger en slik betraktning tilsier dette at inntektstap for tredjepersoner blir et økende rettsproblem, og en oppklaring i forhold til dette blir ønskelig.

4.4 Avsluttende bemerkninger

Avslutningsvis vil jeg komme med følgende oppsummering. Vurderingene er mange og sammensatte. Det som fremgår av redegjørelsene foran, er at regelverket ikke er tilstrekkelig klart. Det foreligger dårlig forutberegnelighet, og stor usikkerhet.

Jeg mener at tilleggskriteriene, «tilknytning» og «rimelig og nødvendig» er med på å begrense skadevolders ansvar betydelig. Når det gjelder utmåling av erstatningen er dette en krevende prosess. Rettsteknisk er den enkleste løsningen slik jeg ser det at direkte skadelidtes behov blir kartlagt, og det blir utbetalt et erstatningsbeløp som tilsvarer hva det vil koste å dekke behovet. Deretter kan tredjepersoner og direkte skadelidte velge om tredjepersonen skal yte bistand. Direkte skadelidte må da betale for denne bistanden, med det beløpet som er utmålt. Hvorvidt tredjepersonen får et stort tap fordi omsorgslønnen ikke er tilsvarende daværende lønnsinntekt, må dette være en risiko og et tap som personen må bære selv. For at tredjepersoner skal få et tilstrekkelig rettsvern, er det imidlertid viktig at utmålingen av erstatningen til skadelidte tar hensyn til personens behov og påfølgende

¹¹⁷ NOU 2011: 16 punkt 11.9.

kostnader, herunder tredjemannstapet. Er det tale om en skadelidt som har et stort behov og det er stor sannsynlighet for at tredjepersoner vil bli påført et større tap, må utmålingen ta høyde for dette. Skadelidtes alder må også vektlegges i forhold til fremtidige tap. Der tredjepersoner allerede har lidt et tap, herunder merutgifter og inntektstap, anser jeg det som mest hensiktsmessig at erstatningen utbetales til tredjepersonene direkte.

Det må avslutningsvis bemerkes at jeg mener at erstatningsutmålingene generelt er for lave i forhold til de reelle tap som faktisk foreligger. Når jeg uttaler at jeg syntes den enkleste løsningen er at hele erstatningssummen som utgangspunkt bør utbetales til direkte skadelidte, er dette fordi det er den beste løsningen ut i fra de rettsreglene vi har i dag. Til dette ønsker jeg å understreke at jeg mener erstatningsvernet til tredjepersoner blir undergravet ved en slik løsning.

5 REFERANSELISTE

Juridisk litteratur og artikler.

- Pasientskaderett (2011) *Pasientskaderett: Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner.* Syse, Aslak...(en al.). 1. utgave. Oslo, 2011.
- Kjelland (2011) Kjelland, Morten. *Årsakskravet i pasientskaderetten. I: Pasientskaderett: Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner.* 1. utgave. Oslo, 2011.
- Kjelland (2011) Kjelland, Morten. *Utmåling av pasientskadeerstatning. I: Pasientskaderett: Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner.* I. utgave. Oslo, 2011.
- Syse (2011) Syse, Aslak. *Pasientskaderett. I: Pasientskaderett: Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner.* 1. utgave. Oslo, 2011.
- Kjønstad/Syse (2010) Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak. *Velferdsrett II.* 3. utgave. Oslo, 2010.
- Lødrup/Kjelland (2009) Lødrup, Peter og Kjelland, Morten. *Lærebok i erstatningsrett.* 6. utgave, Oslo, 2009.
- Kjønstad/Syse (2008) Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak. *Velferdsrett I.* 4. utgave. Oslo, 2008.
- Kjelland (2008) Kjelland, Morten. *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten – en analyse av generelle og spesielle årsaksregler.* 1. utgave, Oslo, 2008.
- Kjønstad (2007) Kjønstad, Asbjørn. *Helserett.* 2. utgave, Oslo, 2007.
- Kjønstad (2003) Kjønstad, Asbjørn. *Erstatningsretten i utvikling.* Oslo, 2003.
- Eckhoff/Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære.* 5. utgave, Oslo, 2001.
- Nygaard (2000) Nygaard, Nils. *Skade og ansvar.* 5. utgave, Bergen, 2000.

- Kjønstad (1983) Kjønstad, Asbjørn. *Trygd og erstatning ved personskade, utviklingslinjer, utbredelse og ulikheter*. 2. utgave, Oslo, 1983.
- Lødrup (1980) Lødrup, Peter. *Erstatningsberegning ved personskader*. 2. utgave, Oslo, 1980.
- Smith/Lødrup (2006) Smith, Lucy og Lødrup, Peter. *Barn og foreldre*. 7. utgave, Oslo, 2006.
- Artikler m.v.**
- Askeland (2013) Askeland, Bjarte. *Utmåling av personskadeerstatning når skadelidte dør*. I: Tidsskrift for erstatningsrett nr. 3 (2013), s. 173–212.
- Kjelland (2012) Kjelland, Morten. *Årsakssammenheng og bevis i personskadeerstatningsretten – en populærvitenskapelig fremstilling av generelle regler og de særskilte kriterier for vurdering av nakkeslengskader*. I: Nordisk försäkringstidskrift 2/2012.
- Stenvik (2012) Stenvik, Are. *Erstatning til nærstående etter personskade – Høyesteretts dom 11. Oktober 2010 (HR-2010-1704-A)* I: Nytt i privatretten nr. 4 (2010), s. 8–10
- Askeland (2007) Askeland, Bjarte. *Kompensasjonsrelevans og skadeoppgjørsrelevans – Rt. 2005 s. 769* I: Tidsskrift for erstatningsrett nr 4 (2007), s. 3–21.
- Tollefsen (2007) Tollefsen, Merete. *Pårørendes skadebotvern for redusert inntektsutsikter på grunn av omsorgsarbeid*. I: Tidsskrift for erstatningsrett nr 4 (2007), s. 298–316.

- Jørstad (2004) Jørstad, Rolf Gunnar. *Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester I*: Tidsskrift for erstatningsrett nr 2/3 (2004), s. 142–153.
- Kjelland (2004) Kjelland, Morten. *Bråtene-dommen i Rt. 2002 s. 1436, erstatning til dekning av pleie- og omsorgstjenester. I*: Tidsskrift for erstatningsrett nr. 1 (2004), s. 3–42.
- Kjønstad (2003) Kjønstad, Asbjørn. *Erstatningsretten i utvikling. I*: Lov og Rett nr 7 (2003), s. 438–442.
- Skjerven (2002) Skjerven, Espen. *Vern av pårørendes tap etter skadeerstatningsloven. Adekvans I*: Lov og Rett nr 2 (2002), s. 116–127.
- Røsæg (2002) Røsæg, Erik. *Pasientskadeloven- siste stikk til pasienten? I*: Bonus Pater Familias – Festskrift til Petter Lødrup (2002), s. 549.
- Askeland (2001) Askeland, Bjarte. *Konkret og nærliggende interesse som Generelt avgrensningskriterium for tredjemanns erstatningskrav I*: Jussens Venner (2001), s. 303–318.
- Mollestad (2001) Mollestad, Anne Stine Eger. *Hvem nyder erstatningsrettslig vern etter norsk rett? I*: Lov og Rett nr 8 (2001), s. 490–501.
- Robertsen (1993) Robertsen, Robert. *Saksbehandling og erstatningsutmåling ved personskadesaker, herunder nakkeslengskader. I*: Lov og rett nr 5/6 (1993), s. 332–354.

- Jerstad (1993) Jerstad, Carl Aasland. *Erstatning for fremtidige utgifter til omsorgstjenester ved personskaade*. I: Lov og Rett nr 5/6 (1993), s. 283–332.
- Kjønstad/Syse (1993) Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak. *Pasientrettighetene i Norge – fremvekst og utviklingsmuligheter*. I: Lov og Rett nr. 7 (1993) s. 387–406.
- Holgersen (1991) Holgersen, Gudrun. *Standardisert erstatning ved personskaade – lik erstatning for ulikt tap*. I: Lov og Rett nr. 9 (1991), s. 515–537.
- Lødrup (1984) Lødrup, Peter. *Personskadekrav hvor skadelidte ikke kan gjøre seg til nytte av kompensasjon pga. død eller andre forhold*. I: Rett og rettssal: Festskrift til Rolv Ryssdal (1984) s 573–585.
- Selvig (1963) Selvig, Erling. *Erstatningsansvar og skadet interesse*. I: Lov og Rett (1963), s. 199.

Utenlandsk litteratur

- Bo Von Eyben og Helle Isager. *Lærebog i erstatningsret*, 5. utgave, 2003 (dansk).
- Bertil Bengtsson og Erlend Strömback. *Skadeståndslagen – en kommentar*, 2002 (svensk).
- Håkan Andersson. *Trepartsrelationer i skadeståndsrätten*, 1997 (svensk).

Lover

- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17. juni 2005 nr. 90 Tvisteloven (tvl.)

2001	Lov om erstatning ved pasientskader mv. 15. juni 2001 nr. 53 Pasientskadeloven (passkl.).
1997	Lov om folketrygd 28. Februar 1997 nr. 19 Folketrygdloven (ftrl.).
1981	Lov om barn og foreldre 8. april 1981 nr. 7 Barnelova (bl).
1969	Lov om skadeerstatning 13. juni 1969 nr. 26 Skadeserstatningsloven (skl.)
1972	Lov av 2. juni 1972 Skadeståndslagen (Sverige)
1984	Lov nr. 228 av 23. mai 1984 om erstatningsansvar (EAL), (Danmark).

Forarbeider

NOU 2011: 16	Standardisert personskadeerstatning (smerteerstatning).
NOU 1994: 20	Personskadeerstatning
NOU 1992: 6	Erstatning ved pasientskader/Lødruputvalget.
Ot.prp. nr. 103 (2005–2006)	Om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 (pasientskadeloven)
Ot.prp. nr. 31 (1998–1999)	Om lov om erstatning ved pasientskader.
Innst. O nr. 68 (2000–2001)	Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

Rundskriv

Rundskriv fra Sosial- og helsedepartementet 1-1998-42 om omsorgslønn etter sosialhelsetjenesteloven § 4-3. <http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftmrens?0/lex/avg/rdep/i-1998-0042.html>.

Rettspraksis

(Rt. Norsk Rettstidene)

Rt. 2010 s. 1153 *Hagberg*

Rt. 2009 s. 425 *Løff II*

Rt. 2006 s. 1217 *Angiografi*

Rt. 2005 s. 65 *KILE*

Rt. 2003 s. 1358 *Psykolog*

Rt. 2002 s. 1436 *Bråtane*

Rt. 2001 s. 320 *Nilsen*

Rt. 1999 s. 1473 *Stokke*

Rt. 1997 s. 1 *Rosness*

Rt. 1996 s. 1473 *Skjerping bro*

Rt 1996 s. 958 *Stokstad*

Rt. 1993 s. 1547 *Ølberg*

Rt. 1992 s. 64 *P-pille II*

Rt. 1981 s. 138 *Sevaldsen*

Rt 1975 s. 670 *Sykebesøk*

Rt 1969 s. 90 *Vestby*

Rt. 1951 s. 687 *Husmordom II*

Underrettsavgjørelser

(RG Rettens Gang)

RG 2012 s. 875

RG 2012 s. 481 *Hjaltadottir*

RG 2007 s. 193

RG 2005 s. 583 *Beltebil*

RG 1997 s. 50

RG 1995 s. 194 *Torgersen*

RG 1965 s. 713

RG 1965 s. 348

LA-2012-106249

LF-2011-171818

LA-2009-22314

LB-2007-36192

LF-2002-869

Nedre Romerike tingrett, avsagt 19-02-2013. Saks nr 12-074761TVI-NERO

Skien og Porsgrunn byrett

TOSLO-2009-56424

Skandinavisk rettspraksis

NJA 2004 s. 609 (NJA 2004:68), Högsta domstolen 27.10.04 (Svensk rett).

UfR 2007 s. 1562, DHR Dansk Højesterets Dom 23.03.07 (Dansk rett).

Praksis fra pasientskadenemnda

N2012/0749

N2011/1349

N2011/0649

N2011/0264

N2009/0655

Annet:

Seminar med Morten Kjelland i *kompensasjonsrett* i regi av Juristens Utdanningscenter, 6. april 2013.

Seminar med Morten Kjelland i *Årsakssammenheng og bevis* i regi av Advokatforeningen, 19. juni 2013.

Møte med advokat Steinar Winter-Christensen, 5. mars 2013.

Møte med Trude Mørtvedt fra NPE, 23. januar 2013.

Anbefalelsesbrev fra veileder til Pasientskadenemnda (Vedlegg 1).

UiO : Institutt for offentlig rett
Det juridiske fakultet


Morten Kjelland

Professor dr. juris
Morten Kjelland
Institutt for offentlig rett


Postadresse:
Postboks 6706 St. Olavs plass
0130 Oslo

Besøksadresse:
Karl Johans gate 47, Oslo
Domus Bibliotheca (DB)

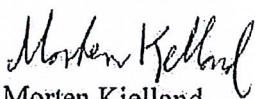
Telefon: 91 68 20 25
Telefaks: 22 85 94 20
E-post: morten.kjelland@jus.uio.n


– spesialavhandling om tredjepersoners erstatningsrettslig vern i pasientskadesaker

Prosjektet «Tredjepersoners erstatningsrettslig vern i pasientskadesaker» tar sikte på å gi en rettsdogmatisk oversikt over – og en rettspolitisk vurdering av – de norske reglene om erstatning for tredjepersoner i pasientskadesaker. For å kunne gi et dekkende bilde av tredjepersoners erstatningsrettslige vern, er det nødvendig også å undersøke hvordan reglene anvendes i praksis. Målsettingen er å belyse sider ved den faktiske (reelle) retten. Prosjektet kan gi et interessant og ønskelig bidrag til eksisterende fremstillinger.

På denne bakgrunn anbefaler jeg at  gis mulighet til å få innsyn i vedtak mv., slik at hun kan foreta kildeinnsamlingen knyttet til sine undersøkelser.

Jeg er tilgjengelig dersom det er spørsmål. I denne perioden nås jeg enklest på mobiltelefon 91 68 20 25 og per e-post.



Morten Kjelland

Professor dr. juris/veileder

Institutt for offentlig rett 6. oktober 2013