

Bråtane-dommen i Rt-2002-1436 - erstatning til dekning av pleie- og omsorgsutgifter

Innholdsfortegnelse

Bråtane-dommen i Rt-2002-1436 - erstatning til dekning av pleie- og omsorgsutgifter	1
Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	2
2 Dommens oppbygging	3
3 Begrepet «nødvendig og rimelig». Behovsstandarder	3
3.1 Enkelte rettslige utgangspunkter og plassering av Bråtane-dommen.....	3
3.2 Høyesterett stadfester betydningen av å skille mellom ytelsenes dekningsformål.....	4
3.3 Ytelser med rent medisinsk siktemål.....	5
3.3.1 Hovedregelen er samsvarende behovsstandard i velferdsretten og i erstatningsretten	5
3.3.2 Offentlige ytelser på tvers av kommunene. Diskursen om «geografisk immobilitet»	6
3.4 Ytelser med sosialmedisinsk siktemål.....	7
3.4.1 Høyesterett stadfester rettssetningen i Rt-1996-958 Stokstad-dommen	7
3.4.2 Høyesterett presiserer at det offentlige ytelsesnivået må vurderes konkret.....	7
3.4.3 Kort om sannsynlighetsvurderingen i Bråtane-dommen	8
4 Nærmere om erstatningsutmålingen.....	9
4.1 Analyseopplegget	9
4.2 Skjønnsmomenter	10
4.2.1 Størrelsen på menerstatningen	10
4.2.2 Bistand fra familie og venner	11
4.2.3 Skadelidtes evne til å nyttiggjøre seg erstatningen	11
4.2.4 Øvrige rettigheter og plikter - harmonihensyn	13
4.2.5 Kort om forholdet til andre erstatningsposter, samt tapsbegrensningsplikten	13
5 Erstatningsbeløpene	14
5.1 Flertallets votum.....	14
5.2 Mindretallsvotumet	15
5.2.1 Anvendelse av unntaksregelen om erstatning til dekning av rent helsemessige behov	15
5.2.2 Forventning om mindre økning i offentlig ytelsesnivå	16
6 Prosessuelle spørsmål	16
6.1 Rettslig klageinteresse.....	16
6.2 Skadevolders bistandsmulighet og skadelidtes innretningsplikt	17
7 Oppsummering og refleksjoner	17
Referanser	19
Dommer	19
Litteratur.....	21
Offentlige dokumenter	23
Noter.....	23

Forfatter	Kjelland, Morten
Dato	2004
Publisert	Tidsskrift for erstatningsrett nr 1/2004 s. 3 - (TFE-2004-3)
Sammendrag	
Utgiver	Gyldendal Akademisk

Av universitetsstipendiat Morten Kjelland

1 Innledning

Rt-2002-1436 Bråtane-dommen omhandler utmåling av erstatning for fremtidige merutgifter til personlig pleie og omsorg.

Katrine Bråtane ble som 11-åring trafikkskadet i 1990. Ulykken skjedde under en ridetur, hvor hun ble påkjørt av en lastebil. Bråtane ble varig lammet fra skuldrene. Etter ulykken har hun fullført videregående skole, og studerer i dag ved Menighetsfakultetet. Bråtane er ressurssterk, hvilket blant annet avspeiles i gode skole- og studiekarakterer. Hun forsøker å leve et aktivt og sosialt liv, og tar sikte på å arbeide som sykehus- eller institusjonsprest.

Storebrand Skadeforsikring AS (nå If Skadeforsikring NUF) er ansvarlig trafikkkforsikrer. Forsikringsselskapet utbetalte ca 1,85 millioner kroner før stevning. Av dette beløpet utgjorde barneverstatningen etter skadeserstatningsloven² (skl.) § 3-2a ca 1,4 millioner kroner. Tvistetemaet for førsteinstans var erstatning for

Side 4

påførte og fremtidige merutgifter. Holt herredsrett avsa dom 1. juli 1999, og tilkjente Bråtane ca 4,5 millioner kroner. Etter dette dekket forsikringsselskapet ytterligere ekstrautgifter frem til ankebehandlingen. Ved Agder lagmannsretts dom 30. oktober 2000,³ ble Bråtane tilkjent ca 9,5 millioner kroner (pluss renter) i merutgifterstatning.

Trafikkkforsikreren anket lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisvurdering under fem poster.⁴ Bråtane erklærte aksessorisk motanke over fastsettelsen av erstatning for pleie- og omsorgsutgifter, samt øvrige tapsposter.⁵ Spørsmålet om erstatning for fremtidige pleie- og omsorgsutgifter ble henvist til behandling ved Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 12. mars 2001.⁶ De øvrige erstatningspostene ble nektet fremmet etter tvistemålsloven § 373 (3) nr. 4, og dermed rettskraftig avgjort.

Høyesterett reduserte den årlige erstatningen fra 250.000 kroner til 175.000 kroner. Katrine Bråtanes samlede erstatning ble etter dette ca 11,2 millioner kroner. Det er den høyeste personskadeserstatningen som er tilkjent ved norske domstoler. I dommen stadfester, utdyper og nyanserer Høyesterett prinsipper for utmåling av merutgifterstatning. Artikkelen tar sikte på å belyse disse rettsavklarende og rettsutviklende sidene av Bråtane-dommen. Som en del av dette skal dommen plasseres i en større erstatningsrettslig sammenheng, gjennom jevnføringer og kontrasteringer med særlig de tre foregående prinsippavgjørelsene, jf. «domstrilogien» i Rt-1993-1547 Skoland-dommen, Rt-1996-958 Stokstad-dommen og Rt-1999-1967 Rott-dommen.⁷ I tillegg vil jeg stedvis vurdere Bråtane-dommens mulige prejudikateffekter i lys av nyere underrettspraksis.

Høyesteretts behandling av den domstolsskapte sontringen mellom rent helsemessige og sosialmedisinske ytelser/dekningsformål utgjør en sentral del av premissene. Her behandles materielle og prosessuelle spørsmål ved supplementsprinsippet, herunder diskursen om såkalt «geografisk immobilitet». Nærmere om dette i punkt 3.

Side 5

Det erstatningsrettslige avgrensingskriteriet «nødvendig og rimelig» gir anvisning på en helhetsvurdering. Retningslinjer for skjønnet er utkrystallisert i rettspraksis. Bråtane-dommen anskueliggjør flere av disse. Hovedfokus rettes mot det såkalte *nyttiggjøringsmomentet*, som reflekterer en rettslig interessant side også ved nyere utmålingspraksis. Dette og andre forhold ved den nærmere erstatningsfastsettelsen omhandles i punkt 4.

I punkt 5 angis erstatningsbeløpene. Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall. Votaene fremstilles i hver sine underpunkter. I punkt 6 belyses et prosessuelt spørsmål. Endelig sammenfatter jeg hovedlinjene og foretar enkelte refleksjoner i punkt 7.

Som en bakgrunn for analysene av Bråtane-dommen, er det hensiktsmessig først å skissere hvordan premissene er bygget opp.

2 Dommens oppbygging

Bråtane-dommen er en dissensdom (3-2). Dommerne Bruzelius, Coward og Utgård tilhører flertallet i Høyesterett. Flertallsvotumet er utformet av førstvoterende dommer Bruzelius. Mindretallsvotumet er formulert av dommer Støle, som gis tilslutning av dommer Aasland.

Flertallets votum er inndelt i fem punkter:

1. Rettslige utgangspunkter (Rt-2002-1436, s. 1441-1443)⁸
2. Katrine Bråtanes situasjon (s. 1443-1444)
3. Ytelser fra det offentlige til Katrine Bråtane (s. 1444-1447)
4. Nærmere om erstatningsutmålingen (s. 1447-1449)
5. Saksomkostninger (s. 1449)

Mindretallsvotumet inneholder en samlet vurdering av temaene i punktene 1-4, som er inntatt i Rt-2002-1436, på sidene 1449-1451.

De rettslig sentrale delene av dommen knytter seg særlig til punktene 1 og 4, som jeg derfor legger hovedvekten på. Domsomtalen er tematisert på en noe annen måte enn premissene. Strukturen varierer med den innfallsvinkelen som gir de mest interessante perspektivene.

Side 6

3 Begrepet «nødvendig og rimelig». Behovsstandarder

3.1 Enkelte rettslige utgangspunkter og plassering av Bråtane-dommen

Hovedregelen er at skadelidte skal tilkjennes full erstatning for tap som ansvarshendelsen påfører. Skadelidte skal stilles økonomisk som om skaden ikke hadde skjedd. Full erstatning er den alminnelige hovedregel i norsk rett, og er «kjernen i erstatningsretten», jf. Rt-1993-1524 Ølberg-dommen (s. 1532). Prinsippet er kasuistisk uttrykt i blant annet skl. § 3-1 (1).

Høyesterett har uttalt at «full erstatning» kan gi begrenset veiledning for utmålingen.⁹ Rettsanvenderen må ofte supplere de årsaksrelaterte differanseprinsippene med mer komplekse og skjønsmessige normer. Fastsettelsen av merutgiftserstatning er illustrerende,¹⁰ hvor det domstolsskapte kriteriet «nødvendig og rimelig» er sentralt. Uttrykket forutsetter en målestokk/preferanse,¹¹ som varierer med typen merutgifter. Relativiteten i kvalifikasjonsnormen er vist i figuren:

Figur 1 Skisse av abstraksjonsnivåer og relativiteten i behovsstandardene

Figuren viser *ulike abstraksjonsnivåer*, som er angitt vannrett. Jo lengre til høyre, dess mer konkretisert er de tre nivåene. Det høyeste abstraksjonsnivået er lovtekst/prinsippet om «full erstatning» (til venstre), som presiseres ved kvalifikasjonsnormen «nødvendig og rimelig» (midten). Denne er igjen spesifisert for et utvalg av kategorier merutgifter (til høyre). Den loddrette oppstillingen illustrerer at begrepet «nødvendig og rimelig» må fastlegges ut fra den enkelte typen merutgifter.

Side 7

En adekvat norm-deskriptiv fremstilling fordrer som vist *differensierte* analyser. Oppgaven her er den mer beskjedne, nemlig å kaste lys over temaet i Bråtane-dommen om utmåling av erstatning til dekning av pleie- og omsorgsutgifter (uthevet i figuren).

Dommen er med dette forsøkt plassert i forhold til enkelte erstatningsrettslige begreper og hovedprinsipper. Disse blir utdypet i fortsettelsen. Utgangspunktet tas i Høyesteretts behandling av supplementsprinsippet, herunder sondringene mellom ytelsenes dekningsformål.

3.2 Høyesterett stadfester betydningen av å skille mellom ytelsenes dekningsformål

Høyesterett tar utgangspunkt i lovteksten i skl. § 3-1, som hjemler rett til erstatning for blant annet merutgifter ved personskade:

Partene er enige om at utgangspunktet for vurderingen er skadeserstatningsloven § 3-1, som fastsetter at erstatning for skade på person skal omfatte 'utgifter som personskaden antas å påføre skadelidte i framtiden.' (s. 1441)

Bestemmelsen er vag, og er som vist presisert i rettspraksis. Høyesterett foretar en kort oppsummering av hovedtrekkene i de tre foregående prinsippdommene. Flertallet tar derfor utgangspunkt i Rt-1993-1547 Skoland-dommen. Denne er den første avklarende dommen i nyere tid om supplementsprinsippet ved pleie- og omsorgsyntelser. Høyesterett belyser deretter Rt-1996-958 Stokstad-dommen og Rt-1999-1967 Rott-dommen:

I Skolanddommen er uttalt at det som kan kreves erstattet, vil være 'nødvendige og rimelige' utgifter som en skadelidt vil kunne få som følge av skaden, og at det offentlige tilbud etter helse- og sosiallovgivningen vil være utgangspunktet her. Det er lagt til grunn at erstatningen fra skadevolder skal være et supplement til det offentlige tilbudet for i rimelig utstrekning å avbøte følgene av skaden ytterligere. Det er i dommen pekt på at de skadelidte også vil nyte godt av den utviklingen som skjer i samfunnets tilbud. I Stokstaddommen er dette utgangspunktet utdypet... I Rottdommen ble disse utgangspunktene bekreftet. (s. 1441-1442)

Etter dette tilbakeblikket tar Høyesterett stilling til om den rettslige kursen skal korrigeres. Spørsmålet blir besvart med nei av både flertallet og mindretallet. Flertallet uttrykker seg slik:

Etter min mening er det *ikke grunn til å forlate det utgangspunktet* for erstatningsutmålingen for fremtidige omsorgsutgifter som er kommet til uttrykk i de tre dommene, (s. 1442)¹²

Side 8

Mindretallet aksentuerer det samme rettssynet, men mer *implisitt*. Dette fremkommer av tilslutningen til flertallet, som henviser til rettssetningene i Stokstad-dommen:

Det fremgår av det førstvoterende har gjengitt fra Stokstaddommen at utgangspunktet for så vidt gjelder behandlings- og pleieytelser med rent helsemessig siktemål, vil være at de offentlige ytelsene representerer det nødvendige og rimelige nivå også erstatningsmessig. (Fra dommer Støles mindretalls votum, s. 1450)

Sammenfatningsvis stadfester *samlige dommere* de rettslige utgangspunktene som er *skapt* i Skoland-dommen, *utdypet/nyansert* i Stokstad-dommen og *bekreftet* i Rott-dommen. Bråtane-dommen innebærer en *ytterligere bekræftelse* på rettssetningene som legges til grunn i de tre øvrige prinsippavgjørelsene. Ved at Høyesterett følger opp rettssynet, økes prejudikatsverdien av disse tidligere dommene.

Bråtane-dommen konsoliderer at det fortsatt må sondres mellom ytelsenes *art*. En sentral distinksjon er mellom ytelser med *rent medisinsk siktemål* og ytelser av *sosialmedisinsk karakter*. Tvedelingen er positivt fastslått i Skoland-, Stokstad- og Rott-dommene. Bråtane-dommen inneholder ingen nyansering i forhold til disse. Dens bidrag til forståelsen av gjeldende rett ligger på dette punktet på det *negative*, nemlig det som *ikke* er uttalt av Høyesterett. I likhet med argumentasjonen i Rott-dommen, *gjentar* Høyesterett prinsippene som ble rettsutviklet i Stokstad-dommen. Når Høyesterett ikke korrigerer kursen, er dette et klart uttrykk for at de må anses som sikker rett.¹³

Det at Høyesterett påpeker ulikheter mellom saksforholdet i Bråtane-saken og de tre andre prinsippdommene, og *likevel* legger til grunn de samme rettssetningene, underbygger rettssynet. Dette fremgår av følgende utsagn: «Skoland- og Stokstaddommene gjaldt i likhet med vår sak utmåling av erstatning til unge skadelidte, av blant annet fremtidige utgifter til pleie, omsorg og tilsyn. De faktiske forholdene *at skiller seg imidlertid fra vår sak*. ... Etter min mening er det *ikke grunn til å forlate utgangspunktet* for erstatningsutmålingen for fremtidige omsorgsutgifter som er kommet til uttrykk i de tre dommene.» (Rt-2002-1436, s. 1448-1449)

I det videre skal jeg utdype den rettslige betydningen av å skille mellom dekning av rent helsemessige behov, og dekning av sosialmedisinske behov.

Side 9

3.3 Ytelser med rent medisinsk siktemål

3.3.1 Hovedregelen er samsvarende behovsstandard i velferdsretten og i erstatningsretten

Høyesterett stadfester *hovedregelen*¹⁴ om at det velferdsrettslige ytelsesnivået ved dekning av *rent helsemessige behov* samsvarer med det erstatningsrettslige «nødvendige og rimelige». Flertallet ordlegger seg slik:

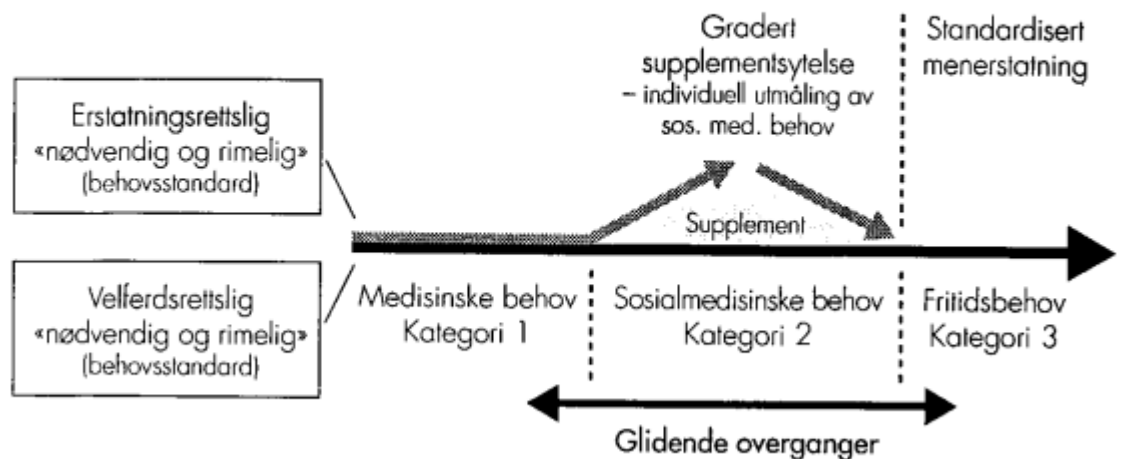
I Skolanddommen er uttalt at... det offentliges tilbud etter helse- og sosiallovgivningen vil være *utgangspunktet* her. ... I Stokstaddommen er dette *utgangspunktet* utdypet ... I Rottdommen ble disse *utgangspunktene* bekreftet... Etter min mening er det *ikke grunn til å forlate det utgangspunktet* for erstatningsutmålingen for fremtidige omsorgsutgifter som er kommet til uttrykk i de tre dommene. (s. 1441-1442)

Tilsvarende rettssyn uttrykkes av mindretallet:

[U]tgangspunktet for så vidt gjelder behandlings- og pleieytelser med rent helsemessig siktemål, vil være at de offentlige ytelsene representerer det nødvendige og rimelige nivå *også erstatningsmessig*. (s. 1450)

I Bråtane-dommen er det derfor *enighet* om at det «nødvendige og rimelige» dekningsnivået for ytelser med rent helsemessig siktemål, som hovedregel er *sammenfallende i velferdsretten og i erstatningsretten*. Ved at behovsstandarder er den samme, kan skadelidte i utgangspunktet ikke kreve supplementsytelse på et høyere nivå enn det velferdsrettslige.¹⁵ I Høyesteretts dom Rt-2003-1358, Psykolog-dommen, uttrykkes dette ved at «det offentlige tilbudet i utgangspunktet må danne en grense for det som er erstatningsberettiget, ...» (avsnitt 44).¹⁶ Normen er forsøkt illustrert i figur 2.

Side 10



Figur 2 Illustrasjon av erstatnings- og velferdsrettslige behovsstandarder

Figuren er en forenklet visualisering av de domstolsskapte sondringene mellom medisinske og sosialmedisinske behov, samt grensen mellom sosialmedisinske behov og rene fritidsrelaterte (sosiale) behov. Dekningsformålene er angitt som tre kategorier.¹⁷ De lodrette skillelinjene er stiplede for å markere at det ikke er «vanntette skott» mellom dem.¹⁸ I tillegg er behovsstandardene visualisert: Den øverste linjen (pilen) illustrerer det *erstatningsrettslige* «nødvendige og rimelige» nivået. Den nederste vannrette linjen (pilene) viser det *velferdsrettslige* «nødvendige og rimelige» nivået.

Jeg presiserer at figuren viser et *stilistisk* oppsett; virkelighetens medisinske og juridiske vurderingstemaer og avveininger er komplekse og kompliserte. Dette er (nettopp) bakgrunnen for modellbruken, som kan ha en

(retts)pedagogisk funksjon. Skissen er ment som en hjelp for tanken, og blir brukt i fortsettelsen til å støtte de rent språklige beskrivelsene.

I dette avsnittet belyses rettssetningene som omhandler dekning av *rent medisinske behov*. Disse er vist til venstre i figuren (kategori 1). Her er de to linjene sammenfallende, hvilket anskueliggjør

Side 11

at behovsstandardene som hovedregel er like. Ved at nivået for det erstatningsrettslige «nødvendige og rimelige» som utgangspunkt ikke er høyere enn det velferdsrettslige, er det i alminnelighet ikke rom for supplementsytelse (ut over dekning av egenandeler).

Til tross for at Bråtane-dommen enstemmig og tydelig angir dette utgangspunktet, avgis det en uttalelse som kan skape tvil om normforståelsen. Flertallet tilføyer at Katrine Bråtanes tilståelse av

offentlige ytelser med pleiemessig siktemål *langt på vei* representere[r] det nødvendige og rimelige nivå også erstatningsmessig, (s. 1448)

Utsagnet er i tilsynelatende motstrid med de øvrige uttalelsene om forholdet mellom begrepet «nødvendig og rimelig» i erstatningsretten og i velferdsretten. En alminnelig språkforståelse tilsier at Høyesterett modifierer de foregående standpunktene: Det offentlige ytelsesnivået ved dekning av rent medisinske behov ligger *nær* - men *under* - det erstatningsrettslige «nødvendige og rimelige». En *kontekstuell tolkning* av premissene taler imidlertid for at Høyesterett *ikke* foretar en slik nyansering.¹⁹ Dette støttes av at rettssetningene er klart formulert i første del av domspremissene. Dersom Høyesterett hadde ment å fravike de etablerte prinsippene, er det grunn til å tro at dette ville ha blitt klarere uttrykt. Utgangspunktet er etter denne presiseringen (fortsett) at Bråtane-dommen overensstemmer med de øvrige prinsippavgjørelsene.²⁰ Domstolkningen legges til grunn også av Lødrup:

At førstvoterende noe lengere ut i sitt votum uttaler at ytelser 'med pleiemessig siktemål langt på vei [vil] representere det nødvendige og rimelig[e] nivå også erstatningsmessig', *kan ikke endre stadfestelsen av de rettssetninger som de tre dommene gir uttrykk for*. ... I det hele må det kunne sies at det rettslige grunnlaget for vurderingen av pleie- og omsorgsutgifter *ligger fast*. (Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 8)

Etter å ha skissert de rettslige utgangspunktene i dommens punkt 1, *anvender* Høyesterett disse i den konkrete rettsanvendelsen. I subsumsjonen uttaler Høyesterett:

Jeg har funnet beregningen av erstatningen for fremtidige omsorgsutgifter vanskelig. Men - i likhet med førstvoterende i Stokstaddommen - finner jeg for så vidt gjelder pleieytelser med rent helsemessig begrunnelse, å måtte ta utgangspunkt i at de offentlige ytelsene vil representere det nødvendige og rimelige nivå også erstatningsmessig. (s. 1447)

Side 12

Bråtane tilkjennes på denne bakgrunnen ikke erstatning for å dekke rent medisinske behov, utover det velferdsrettslige «nødvendige og rimelige» ytelsesnivået.

Dersom Katrine Bråtane skulle ønske å flytte til en annen kommune, kan det spørres om erstatningen må justeres ut fra variasjoner i ytelsesnivået på tvers av geografiske forhold. Som det fremgår i neste punkt, ble dette spørsmålet løst av Høyesterett.

3.3.2 Offentlige ytelser på tvers av kommunene. Diskursen om «geografisk immobilitet»

Vurderingstemaet er hvorvidt ulikt offentlig ytelsesnivå *på tvers av kommunene*, innvirker på omfanget av supplementsytelsen (erstatningen). I sin enkleste form innebærer supplementsprinsippet følgende: Jo mindre de offentlige ytelsene er, dess større blir erstatningen, og omvendt. Ut fra at skadelidte skal ha «full erstatning», kan det tenkes at supplementet vil øke dersom skadelidte bor i en kommune hvor ytelsesnivået er lavere.

Diskursen har gjerne vært knyttet til begrepet *geografisk immobilitet*. Dersom supplementsytelsen ikke kompensere og korrigerer for varierende offentlig ytelsesnivå, kan flytting til en kommune med dårlig(ere) økonomi medføre at skadelidte ikke får/opprettholder full erstatning. På denne måten kan behovsdekning bli uforenelig med behovet for mobilitet.²¹

Høyesterett tar stilling til denne problemstillingen i forhold til offentlige ytelser med rent helsemessig siktemål, og uttaler følgende i domspremissenes punkt 4:

Katrine Bråtane bor, som nevnt, i egen bolig, og jeg legger til grunn at hun også vil bo slik i fremtiden. Hun er for tiden bosatt i Gamle Oslo bydel, Oslo. Hun har anført at det er usikkert om hun vil bli boende der når studiene er fullført, og at det også er usikkert om hun ved bosetting i en annen kommune/bydel vil bli tildelt offentlige ytelser i samme omfang som nå. Jeg finner imidlertid for mine vurderinger å måtte legge til grunn at hun, hvor hun enn måtte bosette seg i Norge, vil motta offentlige ytelser i et omfang som tilsvarer hennes helsemessige begrunnede behov. (s. 1447-1448)

Domsutsagnet har etter sin ordlyd kun virkninger i (toparts)forholdet mellom trafikksikreren og Katrine Bråtane. Høyesterett må likevel antas å ha vært *generelt normerende*, det offentlige ytelsesnivået ved dekning av rent helsemessig behov er som et utgangspunkt «nødvendig og rimelig» i hele landet. Skadelidte kan i alminnelighet vanskelig påberope seg argumentet om geografisk immobilitet for så vidt gjelder ytelser med rent medisinsk siktemål²²

Side 13

Dette kan være annerledes ved dekning av sosialmedisinske behov (se rett nedenfor).

Endelig nevnes at denne delen av Bråtane-dommen gir en komprimert beskrivelse av sentrale velferdsrettslige regler. Premissene omfatter enkelte innledende generelle tolkningsavsnitt, som etterfølges av mer spesifikke vurderinger av Bråtanes behovsdekning. I den første bolken (s. 1444-1445) gis det en redegjørelse for ordningen med brukerstyrt personlig assistent etter sosialhelsetjenesteloven²³ § 4-3, jf. § 4-2 a).²⁴

3.4 Ytelser med sosialmedisinsk siktemål

3.4.1 Høyesterett stadfester rettssetningen i Rt-1996-958 Stokstad-dommen

Når det gjelder ytelser med *sosialmedisinsk*²⁵ siktemål, kan nivået for det «nødvendige og rimelige» være *høyere* i erstatningsretten enn i velferdsretten. Dette ble klart uttrykt i Rt-1996-958 Stokstad-dommen, som var en sentral referanse for Høyesterett i Bråtane-saken:

I Stokstaddommen er dette utgangspunktet utdypet slik på side 966: «... Kommer man over til ytelser med sikte på å gi mer selvstendighet, uavhengighet og trivsel i hverdagen, mener jeg det lettere kan bli tale om en noe *høyere standard i erstatningsretten, ...*» (s. 1442)

Høyesterett viser videre til at prinsippet ble anvendt i Rt-1999-1967 Rott-dommen. Ulikheten i den velferdsrettslige og erstatningsrettslige behovsstandarden innebærer at skadelidte kan kreve erstatning *i tillegg* til de offentlige ytelsene. I figur 2 fremgår dette ved at linjen som angir den erstatningsrettslige sosialmedisinske behovsstandarden (kategori 2), ligger høyere enn den velferdsrettslige linjen. Differansen utgjør området for supplementet (erstatningen).

Side 14

Linjen i figur 2 er «brukket» ved en stigende og en synkende pil. Disse illustrerer *graderingen* av supplementsytelsens omfang. Den stigende linjen viser at omfanget av supplementsytelsen øker hvor formålet beveger seg fra dekning av rent helsemessige behov mot sosialmedisinske behov. Den synkende linjen viser at supplementsbidraget avtar hvor formålet beveger seg fra dekning av sosialmedisinske behov mot rent sosiale behov. Graderingen er et utslag av at det ikke kan sondres skarpt mellom dekningsformålene (kategoriene). Dette utdypes nedenfor under behandlingen av grensen mot menerstatningen. I Bråtane-dommen ble det fremhevet at behovene heller ikke klart lar seg atskille i *tid*: «Slik jeg ser det, gjør hennes medisinske og hennes mer sosiale behov seg gjeldende samtidig, og de kan således ikke henføres til avgrensede tidsperioder.» (s. 1444)

Etter denne materiellrettslige presiseringen av behovsstandarden, skal jeg i fortsettelsen belyse et spørsmål i grensesnittet mot - supplementsprinsippets *prosessuelle* sider.

3.4.2 Høyesterett presiserer at det offentlige ytelsesnivået må vurderes konkret

Supplementsprinsippet krever en vurdering av det offentlige ytelsesnivået. I Rt-1996-958 Stokstad-dommen uttaler Høyesterett at «det avgjørende må være ... sannsynligheten for at ytelsene faktisk vil bli gitt, og jeg er ikke enig med ankemotpartene i at ytelsene må være sikret som rettigheter for at de kan gå til fratrekk.» (s. 967)²⁶ Selv om passusen er rimelig klar, har vurderingstemaet vært diskutert også etter Stokstad-dommen.²⁷

Rettsspørsmålet må anses løst i Bråtane-dommen, gjennom *gjentakelse* av at det «[a]vgjørende må være en vurdering av *sannsynligheten* for at ytelser *faktisk* blir gitt» (flertallsvotumet, s. 1442). Mindretallet sluttet seg

til dette, og hevdet at supplementsprinsippet anviser en «vurdering av det sannsynlige fremtidige nivået på det offentlige ytelses» (s. 1450). Høyesterett har dermed enstemmig angitt skjønnsstemaet. Omfanget av offentlige sosialmedisinske ytelses beror på en *konkret sannsynlighetsvurdering*.²⁸

Side 15

Synspunktet har blitt lagt til grunn i underrettspraksis. To eksempler er Hanssen-dommen (2001) og Hjetland-dommen (2000). I sistnevnte dom uttaler lagmannsretten at «i Stokstad-saken, Rt-1996-958 flg. på s. 967, [er det] sagt at det må foretas en vurdering av sannsynligheten for at ytelsene faktisk vil bli gitt, og at det ikke bare er sikrede ytelses det kan bli spørsmål om å gjøre fradrag for.» (dommens s. 11) Videre angis det at «[n]år det gjelder Camillas behov for omsorg i voksen alder, er lagmannsretten enig med Pasientskadenemnda og byretten i at dette for en vesentlig del må forutsettes dekket av de offentlige ytelsene hun vil ha krav på, og som må påregnes å bli opprettholdt minst på samme nivå som nå.» (dommens s. 14)

Som en naturlig konsekvens av det anlagte «*sannsynlighetsprinsippet*», legger Høyesterett til grunn at rettsanvenderen «ikke bare [kan] forholde seg til dagens ytelses». Tilsvarende ble angitt i de tre andre prinsippdommene, selv om aksentueringen ikke er like tydelig. I tillegg til denne generelle stadfestingen, indikerer Høyesterett at «*sannsynlighetsprinsippet*» skal anvendes ved vurderingen av så vel fremtidig *ytelsesomfang* som fremtidig *ytelsesmåte*:

Retten må ... slik jeg ser det, ta standpunkt til *omfanget* av offentlige ytelses fremover, og ikke bare forholde seg til dagens ytelses, selv om det generelt er usikkerhet med hensyn til fremtidige offentlige ytelses, og *hvordan de vil bli gitt*. (s. 1442)

I teorien er det, med henvisning til blant annet Ot.prp.nr.4 (1972-1973),²⁹ hevdet at skadevolder har risikoen for «usikre fordeler». Jerstad behandler temaet:

Det kan ikke gjøres fradrag i erstatningen for usikre fordeler.. Høyesterett [i] hadde nok en viss støtte for dette i selve ordlyden i skadeserstatningslovens § 3-1 første ledd hvor det fremgår at fremtidige utgifter skal utmåles i et omfang som 'antas' å bli gjeldende for fremtiden. Men dette vage utgangspunkt kan ikke være avgjørende for den nærmere rettslige vurdering her. Det fremgår av forarbeidene til skadeserstatningsloven, jf. Ot.prp.nr.4 (1972-1973) s. 37 at det ikke kan gjøres fradrag i erstatningen for usikre fordeler. (Jerstad «Utmåling av erstatning for fremtidige utgifter til omsorgstjenester - kritikk av norsk rett» Jussens Venner 2000 s. 87-100, på s. 92)

Forarbeidsuttalelsen gir etter mitt syn begrenset støtte for at skadevolder har risikoen for størrelsen på de velferdsrettslige ytelsene. Selve *diskursen* om risikofordelingen ved «usikre fordeler», gjør det ønskelig at Høyesterett hadde tatt stilling til motivuttalelsen. Denne må etter Bråtane-dommen i hvert fall tolkes *innskrenkende*

Side 16

ved spørsmålet om skadevolder har risikoen for fremtidige sosialmedisinske offentlige ytelses til skadelidte.

Etter denne generelle rettsavklaringen, skal jeg vise hvordan Høyesterett anvendte rettssetningen i *Bråtane-dommen*.

3.4.3 Kort om sannsynlighetsvurderingen i Bråtane-dommen

Når det gjelder den konkrete sannsynlighetsvurderingen, deler Høyesterett seg i et flertall og mindretall. Flertallet legger til grunn at Bråtane vil motta *høyere offentlige ytelses i fremtiden*:

Slik jeg ser det, må ... bydelens gjentatte henvisning til fadderordningen forstås slik at den aksepterer at Katrine Bråtane har et større omsorgsbehov enn rammeantallet på 80 timer pr. uke dekker. Da erstatningsutmålingen for størstedelen vil omfatte årene etter avsluttede studier, finner jeg etter dette å måtte legge til grunn for vurderingen at hun etter hvert *vil bli tildelt mer omfattende tjenester fra bydelen enn de hun nå har*. ... For min vurdering finner jeg ... å måtte legge til grunn et *vesentlig større samlet offentlig ytelsesomfang enn det rammetimetall hun er tildelt* i vedtaket av 1. juli 2002. (s. 1446-1448)

I likhet med flertallet forventet mindretallet en økning i det velferdsrettslige ytelsesnivået. Dommer Støle

legger til grunn at de fremtidige ytelsene fra det offentlige samlet sett vil ligge noe *høyere*, enten gjennom etablering av en fadderordning eller ved at de kommunale ytelses blir mer omfattende. (s. 1450)

Forskjellen er at mindretallet la til grunn at økningen ville bli *mindre* enn den endringen som flertallet fant sannsynlig:

Det er vurderingen av det sannsynlige fremtidige nivået på det offentlige ytelse som *faller noe annerledes ut*, og dermed størrelsen av det supplement som erstatning fra skadevolder må utgjøre for at skadelidte skal kunne sies å få full erstatning. (s. 1450)

Denne divergensen i synet på det fremtidige offentlige ytelsesnivået, er sentral for å forstå hvorfor flertallet tilkjente lavere erstatning enn det mindretallet stemte for. Uenigheten som er beskrevet her, danner en bakgrunn for fremstillingen av beløpsdissensen i punkt 5.

Ved den konkrete sannsynlighetsvurderingen, vil det *eksisterende* offentlige ytelsesnivået gi *veiledning* for fastsettelsen av hjelpeomfanget i fremtiden. Flertallet formulerer synspunktet slik:

Jeg mener ... at dagens nivå gir et *utgangspunkt* for de vurderinger som retten må foreta for å fastlegge størrelsen av det nødvendige supplement for at skadelidte skal kunne sies å få full erstatning. (s. 1445)

Mindretallet ordla seg mer konkret, men angir innholdsmessig samme vurdering. Dommer Støle fremhever at «[d]et må tas utgangspunkt i de ytelse som Katrine Bråtane i dag mottar ...»

Side 17

(s. 1450). Det er også ved utformingen av denne retningslinjen, *enighet* mellom flertallet og mindretallet i Bråtane-dommen.

Synspunktet om at dagens ytelsesnivå kan virke veiledende, ses i nyere underrettspraksis. Myhre-dommen (2003) er et eksempel: «Lagmannsretten antar at det vil være mulig for ham å få øket den offentlige hjelpen noe igjen om det skulle inntre endringer med hensyn til hans familiesituasjon eller hjelpebehov. Det er imidlertid vanskelig å legge nevneverdig vekt på dette ved erstatningsutmålingen. Det tas derfor *utgangspunkt i at dagens situasjon vil være noenlunde representativ for situasjonen i overskuelig tid.*» (dommens s. 17) I Fiskerstrand-dommen (2003) uttales følgende: «Lagmannsretten legger til grunn at det offentlige fortsatt vil gi Ann Kristin omfattende behandlings- og pleieytelser med rent helsemessige siktemål, og ihvertfall i samme omfang som *nå*, ved hjemmebasert omsorg.» (dommens s. 21) Sml. også Bakke-dommen (2003), hvor retten uttaler: «Helse- og sosiallovgivningen skal sikre Bakke nødvendig og forsvarlig helsehjelp og fremme trivsel og gode sosiale forhold. Lagmannsretten legger til grunn at det er tilfellet *i dag og at det vil bli gjort i fremtiden.*» (dommens s. 14) Endelig nevnes Kristiansen-dommen (2003): «Retten finner ikke å kunne legge til grunn at Kristiansens tilbud vil øke i fremtiden. Derimot kan det slik retten ser det reises en viss usikkerhet med hensyn til om tilbudet totalt sett vil kunne opprettholdes på dagens nivå. Retten finner det imidlertid heller ikke sannsynliggjort at det offentlige tilbudet vil reduseres i vesentlig grad, og finner å måtte ta *utgangspunkt i at ytelsene også i fremtiden vil ligge omtrent på dagens nivå.*» (dommens s. 22)

Høyesteretts vurderinger er etter sin ordlyd kun deskriptive, og angir en type «prognose» for utviklingen av det offentlige velferdsnivået. Det ikke-normerende i fremtidsbeskrivelsene presiseres ved domsutsagnet om at kommunen *ikke er forpliktet* til å yte all bistand etter helse- og sosiallovgivningen.³⁰ Dette er *de formelle* argumentasjonslinjene. På tvers av disse kan det spørres om Høyesteretts formulerte forutsigelser likevel kan legge *faktiske føringer* på det offentlige.³¹ I den grad det er tilfellet, vil de kunne virke *selvoppfyllende*.³²

Side 18

De skisserte hovedlinjene gir rammeverk og grove preferanser for utmålingen. I fortsettelsen blir det trukket opp enkelte mer spesifiserte normer for erstatningsfastsettelsen.

4 Nærmere om erstatningsutmålingen

4.1 Analyseopplegget

Dersom vilkårene for supplementsytelse er oppfylt, er vurderingstemaet i hvilket omfang denne skal gis. Dette er et spørsmål om hvor mye skadelidte skal tilkjennes i erstatning. Erstatningsfastsettelsen beror på en *individuell vurdering* ut fra prinsippene som er beskrevet i punkt 3. Jeg skal her forsøke å utdype enkelte sider ved den konkrete utmålingen.

For det første skal jeg angi *retningslinjer for skjønnnet*. Blant disse hører formålet med ytelsen, størrelsen på menerstatningen og skadelidtes nytte av merutgiftserstatning. I punkt 4.2 belyses et utdrag av retningslinjene i Bråtane-dommen.

For det andre kan behovsstandarden fastlegges ut fra *beløps-/nivåbetraktninger*. Med dette menes her vurderinger av beløpsintervallene som reflekteres i utmålingspraksis. I punkt 5 gir jeg enkelte bemerkninger til beløpsfastsettelsen i Bråtane-dommen.

4.2 Skjønnsmomenter

4.2.1 Størrelsen på menerstatningen

Det presiseres innledningsvis at utmålingen av merutgiftserstatning i alminnelighet ikke påvirkes av menerstatningen, idet dekningsformålene er ulikartete.³³ I *grensesnittet* mellom sosialmedisinske behov (kategori 2 i figur 2) og sosiale behov (kategori 3), synes rettspraksis å gi eksempler på en form for «samordningsregel» hvor menerstatningen er av en viss størrelse.

Rettspraksis etterlater ingen klar angivelse av hensynet bak «samordningsregelen». Jeg antar at prinsippet i hvert fall delvis har sammenheng med at selve *overgangen* mellom sosialmedisinske og rent sosiale behov (se hhv kategori 2 og kategori 3 i figur 2) er glidende. Ved at det *ikke er skarpe skiller mellom disse dekningsformålene*, kan dette tilsi en *beløpsmessig «avstemming»* av merutgiftserstatning i grensesnittet mot menerstatningen. Ved omfattende skader som i Bråtane-dommen, er hjelpetiltakene ofte flerfunksjonene; de dekker samtidig både sosialmedisinske og sosiale behov. For så vidt kan hensynet om å *unngå dobbeldekning* - som er den *negative* siden av prinsippet om full erstatning - anføres som begrunnelse og hjemmel.

Side 19

Høyesteretts vurdering av forholdet mellom merutgiftserstatning etter skl. § 3-1 (1) og menerstatning etter skl. § 3-2, beskrives slik i Rt-1993-1547 Skoland-dommen:

Skoland [har] i tillegg til ulykkesforsikringer med til sammen kr 870.000 fått utbetalt menerstatning på kr 256.674 samt yrkesskadeerstatning fra folketrygden på kr 243.326, til sammen kr 500.000. ... Selv om erstatningsbeløpet i vår sak er høyt, er Skolands mén særlig stort. Slik jeg ser det, er det derfor ikke grunn til å trekke inn menerstatningen i denne saken heller. (s. 1556)

Forholdet til ménerstatningen. ... I forarbeidene til bestemmelsen [skl. § 3-2a] er nevnt noen få eksempler, blant annet at en skade kan begrense muligheten for friluftsliv. Området for ménerstatningen i forhold til det som kan kreves dekket som fremtidige utgifter, er imidlertid ikke berørt. Noen nærmere avgrensning har heller ikke funnet sted i praksis. ... Besøk utenfor institusjonen har som formål personlig utfoldelse og opprettholdelse av sosiale kontakter. Slik sett kan det hevdes at disse utgiftene naturlig hører hjemme under ménerstatningen. Men besøkene har også et sosialmedisinsk siktemål; kontakt med andre er av betydning for at Skoland skal kunne opprettholde sitt fungeringsnivå. Jeg kan derfor ikke se at det er grunnlag for å avslå kravet i sin helhet under henvisning til at utgiftene dekkes av ménerstatningen. ... Avgrensningen mot det som dekkes av ménerstatningen må i noen grad bli skjønnsmessig, (s. 1560)

Grensen mot ménerstatningen skisseres også i Rt-1996-958 Stokstad-dommen:

Kommer man over til ytelser med sikte på å gi mer selvstendighet, uavhengighet og trivsel i hverdagen, mener jeg det lettere kan bli tale om en noe høyere standard i erstatningsretten, altså slik at man dekker ytelser utover det som går inn under offentlige hjelpe- og stønadsordninger. ... [D]et må trekkes en grense mot det som omfattes av ménerstatningen. (s. 966)

I Rt-1999-1967 Rott-dommen uttrykker Høyesterett at *størrelsen* på ménerstatningen må tas i betraktning:

At erstatning for utgifter kan omfatte lønnsmidler til personlig assistanse, er heller ikke nytt i norsk erstatningsrett. Jeg viser til Stokstad-dommen. Som der nevnt vil imidlertid posten være begrenset til nødvendige og rimelige utgifter, og det må trekkes en grense mot ménerstatningen, som i vår sak er *betydelig?*.³⁴ (s. 1976)

Bråtane-dommen *aksentuerer* grensesnittsvurderingen, og fremhever at det «[i] *prinsippet* kan ... være aktuelt å gjøre fradrag på grunn av ménerstatningen som er utbetalt» (s. 1448-1449). Spørsmålet er om Høyesterett gjorde fradrag. Premissene gir ikke eksplisitt svar, idet retten kun uttaler at «slik saken ligger an,

Side 20

kan ikke ... [menerstatningen] gjøre noe vesentlig utslag» (s. 1448-1449). Domspremissene tilsier at retten kan ha gjort en *viss* reduksjon, men at denne i så fall er svært beskjeden (trolig grensende mot null).

Høyesterett begrunner ikke hvilke nærmere forhold «som ligger an», som taler mot vesentlige fradrag. Barneverstatningen etter skl. § 3-2a er generelt sett beskjeden,³⁵ og menerstatningskomponenten er begrenset sammenliknet med øvrige beløp i saken.³⁶ Det at menerstatningen dermed er forholdsvis lav, antas å ha vært motiverende.³⁷ Det kan endelig spørres om Høyesterett har vektlagt rene rimelighetsbetraktninger (gjenopprettelseshensyn).

4.2.2 Bistand fra familie og venner

Trafikkforsikreren anførte at «[d]et må tas hensyn til noe frivillig, gratis bistand fra omgivelsene». Bråtane hevdet på sin side at

Side 21

«[g]ratisarbeid skal erstattes. Det er bare enkle, sporadiske hjelpeoppgaver som skadevolder ikke skal erstatte.» (s. 1441)

Høyesterett fremhevet at «[v]ed en funksjonshemming av *det omfang del her er tale om*, kan det etter min mening i *svært liten grad* forutsettes gratis bistand» (s. 1449). Domsutsagnet foranlediger to bemerkninger:

For det første angir Høyesterett at det prinsipielt *kan* forutsettes gratis hjelp ved betydelige funksjonshemninger. Fradragsadgangen fremgår også av Rt-1993-1547 Skoland-dommen og Rt-1996-958 Stokstad-dommen.

For det andre viser Bråtane-dommen at *hvor mye* vederlagsfri hjelp som kan forutsettes, beror blant annet på omfanget av skadene (hjelpebehovet). Høyesterett tar ikke uttrykkelig stilling til hvorvidt den rettslige kursen skal korrigeres. Inntrykket er likevel at Bråtane-dommen innebærer en *viss styrking* av erstatningsvernet, sammenliknet med tidligere avgjørelser. Slik også Lødrup, som hevder at «førstvoterende [nok gikk] noe lenger enn i Stokstaddommen».³⁸

Nyere underrettspraksis gjenspeiler mulige prejudikateffekter av Bråtane-dommens utsagn om bistand. Fættens-dommen (2003) er illustrerende: «Erstatning for pleie, omsorg og tilsyn utmåles med personlig assistanse som formål, for de perioder Åse Fættens bor hjemme. Slik avlastning vil gjøre hverdagen mer fleksibel, ved at først og fremst Rolf Fættens får anledning til å være hjemmefra enkelte ettermiddager, kvelder og for den saks skyld netter. Han er et utadventt menneske som setter pris på foreningsliv og annet sosialt samvær. Ved fravær vil det være naturlig å engasjere de personlige assistentene for ekstraarbeid, andre på Åse Fættens alder, venner eller slektninger - *alle mot vederlag*.» (dommens s. 23). Videre angir lagmannsretten at ektemannens og barnas bistand er betinget av at «samvær blir av et visst omfang» og «går ut over det typisk familiære» (samme side). Også Myhre-dommen (2003) er anskueliggjørende: «Slik det til nå har vært og slik det må antas å fortsette i overskuelig tid, har Myhre behov for betydelig hjelp fra sin samboer og andre familiemedlemmer, unntaksvis fra eksterne hjelpere, i tillegg til den hjelpen han mottar fra det offentlige. Disse tilleggsytelsene er nødvendige for å ivareta hans sosialmedisinske behov. ... *Det skal utmåles erstatning på bakgrunn av den betydelige innsatsen som ytes av nærstående*.» (dommens s. 17)

Side 22

Når det gjelder *beregningen av vederlaget*, anlegges det en skjønnsmessig vurdering. I Fættens-dommen (2003) fremhever lagmannsretten at «det [er] rimelig at også de [ektemannen og barna] får noe for pleie og tilsyn, selv om det ikke blir ren timebetaling» (dommens s. 23). I Myhre-dommen (2003) uttrykkes samme rettssyn, som begrunnes slik: «I Myhres tilfelle dreier det seg samtidig om vanlig sosialt samvær med nærstående. *Sammenblanding med det rent sosiale samvær* gjør det ikke naturlig å utmåle en erstatning basert på full timepris for alle anvendte timer.» (dommens s. 17)

4.2.3 Skadelidtes evne til å nyttiggjøre seg erstatningen

Begrepet «nødvendige og rimelige» gir anvisning på en helhetsvurdering. Skadelidtes evne til å nyttiggjøre seg erstatningen er ett av flere utmålingsmomenter. Nytebegrepet savner i dag klare preferanser. En foreløpig forklaring kan være at nytteevnen refererer til hvorvidt en supplementsytelse vil ha gjenopprettende (og vedlikeholdende) effekt på skadelidte, og som står i et rimelig forhold til den avbøtende effekten.³⁹

For å presisere nyttebegrepet kan det sondres mellom to hovedspørsmål. Det ene er hvilke tiltak som kan virke gjenopprettende. Det andre spørsmålet er hvorvidt merutgiftene ved slike tiltak er erstatningsvernet. Vurderingen av den første problemstillingen er *faktaorientert*, og foranlediger konkret bedømmelse av både

tiltakenes generelle effekt og skadelidtes mottaksevne (se eksemplene nedenfor). Vurderingen av det andre spørsmålet er *regelorientert*, og foretas ut fra de erstatningsrettslige utmålingsnormene.

Nyttiggjøringsprinsippet reiser en rekke aktuelle og uavklarte juridiske, medisinske og etiske problemstillinger. Prinsippet har hjemmel i et sammensatt rettskildegrunnlag, og Bråtane-dommen inngår i dette. De ulike aspektene ved nyttiggjøringsprinsippet vil

Side 23

bli behandlet i en egen artikkel.⁴⁰ Synspunktene her er derfor mer summarisk angitt.

Nyttiggjøringsbetraktninger opptrer på ulike måter. For lettere å kunne plassere begreper og skjønnstemaer, kan det generelt sondres mellom to «nødvendige betingelser» for at skadelidte har nytte. For det første må *tiltaket* kunne ha effekt. Denne forutsetningen ses i rettspraksis hvor skadelidte eksempelvis har underkastet seg omdiskuterte behandlinger, jf. Rt-1999-1967 Rott-dommen, Rt-2000-441 Kåsa-dommen og Rt-2003-1358 Psykolog-dommen.⁴¹ For det andre må *mottakeren* (skadelidte) ha *mottaksevne* (nyttiggjøringsevne) *til å realisere tiltakets effekt*. Denne siste siden av nyttebegrepet avspeiles i Bråtane-dommen.

Hvor betingelsen(e) er uoppfylt(e), fungerer «nyttiggjøring» som et *avgrensningskriterium*. Hvor både tiltaket har en anerkjent effekt og skadelidte kan realisere denne, opptrer begrepet «nyttiggjøring» mer som et *utmålingsmoment*.⁴² Problematisk og kontroversielle spørsmål oppstår særskilt hvor nyttevurderinger kun fokuserer på skadelidtes mottaksevne.

I Rt-2002-1436 vektla Høyesterett - som ett av flere skjønnsmomenter - at Katrine Bråtane har særlige forutsetninger for å nyttiggjøre seg den bistanden hun tilkjennes. Dette *gjenspeiles* i den konkrete erstatningsutmålingen i dommens punkt 4:

Hun har utvist en *sjelden evne til å nyttiggjøre seg den bistand hun gis*, og lever til tross for funksjonshemmingen så langt det er mulig et alminnelig liv. Det er ikke tvilsomt at den ytelsesformen som sikrer Katrine Bråtane et mest mulig fullverdig liv, er personlig assistanse. (s. 1448)

I vurderingen henviser Høyesterett til den rettsoppnevnte dr. med. Nils Hjeltnes, som konkluderte med at Bråtane er «den ideelle kandidat for ordningen med personlig assistenter» (gjengivelse av erklæring til Høyesterett, inntatt på s. 1444). I tillegg blir

Side 24

det fremholdt at «omleggingen til personlig assistanse ville gi en *effektivitetsgevinst*» (s. 1447).

Synspunktene er en videreføring av de betraktningene som lagmannsretten la til grunn: «For lagmannsretten fremholdt den sakkyndige at A [Katrine Bråtane] har *spesielle forutsetninger for å kunne nyttiggjøre seg ordningen* med personlig assistent, fordi hun har orden og struktur på sin hverdag og kan organisere den personlige assistanse hun behøver.» (RG-2001-622, s. 639)

Videre foretar Høyesterett sammenlikninger med skadelidte i andre dommer. Den jevnførende og kontrasterende tilnærmingen vises i premissenes punkt 1, hvor Høyesterett går frem slik:

Skoland- og Stokstaddommene gjaldt *i likhet* med vår sak utmåling av erstatning til unge skadelidte, av blant annet fremtidige utgifter til pleie, omsorg og tilsyn. De faktiske forholdene *atskiller* seg imidlertid fra vår sak. Skoland var påført en alvorlig hjerneskade, og det ble lagt til grunn for erstatningsutmålingen at han skulle bo på sykehjem. I vår sak er det enighet mellom partene om at Bråtane - *i likhet* med Maria Stokstad - skal bo i egen bolig. Maria Stokstad var varig lam fra brystet og ned, men kunne bruke armene, noe som gjør henne vesentlig mer selvhjulpenn enn Katrine Bråtane. (s. 1442)

Katrine Bråtanes evne til å nyttiggjøre seg erstatningen, vektlegges i utmålingen.⁴³ Dette avspeiles i den etterfølgende uttalelsen fra Høyesterett:

Jeg er *derfor* kommet til at en full erstatning i dette tilfellet innebærer en erstatning som gir henne muligheten til å kjøpe personlig assistanse i et visst omfang i tillegg til de offentlige ytelsene, (s. 1448)

Rettsens jevnføringer og kontrasteringer mellom skadelidte og deres funksjonsevne («aktivitetsnivå»), kan ses som et utslag av at erstatningsutmålingen er individuell. Ved anvendelsen av nyttemomentet er det sentrale hvorvidt *den aktuelle skadelidte* gjenopprettes innenfor rammen av full merutgiftserstatning. Det at nyttebegrepet er *graduelt*, innebærer at sammenlikninger med domstolsbehandlede tilfeller kan gi *preferanser* for den konkrete rettsanvendelsen.⁴⁴

Hvor nytteevnen er lik eller tilnærmet lik som i Bråtane-dommen, tilsier *formallogiske* hensyn isolert sett likebehandling (analogi).⁴⁵ Skjønnsmomentet må ut fra samme logiske betraktning kunne peke i motsatt retning (antitese), og dermed anviser en *mindre* supplementsytelse enn den Bråtane ble tilkjent.

Fra dette utgangspunktet kan det tenkes *modifikasjoner*. Det kan spørres om de rent individuelle og logisk konsekvensorienterte betraktningene, bør avstemmes mot (andre) reelle hensyn.⁴⁶ Etter mitt syn aktualiseres problemstillingen hvor skadelidte befinner seg i det nedre området for nytteevne.⁴⁷ Så vel konkret rimelighet som gode erstatningsregler, kan kreve *tillempninger* i bruken av det formallogiske likhetsprinsippet. For å unngå uverdige evnevurderinger, herunder kontrasteringer mot de mer ressurssterke skadelidte, bør etter min mening nyttiggjøringsprinsippet

presiseres slik at det ikke kommer i konflikt med allmenne verdi- og rettsoppfatninger,⁴⁸ Jeg antar at dersom spørsmålet kommer på spissen ved behandling i Høyesterett, vil nyttemomentet presiseres i denne retning.

For en nyansert vurdering av nyttiggjøringsmomentet, bør det sondres mellom selve *skjønnsstemaet* og de *økonomiske virkningene* av utmålingsmomentet. I den grad man evaluerer skjønnsstemaet, er det sentralt å spørre hvorvidt man ønsker et utmålingsmoment som fokuserer på skadelidtes evne eller manglende evne til å nyttiggjøre seg en erstatning. I diskusjonen bør det hensyntas at nyttebegrepet er et *erstatningsrettslig* begrep, som *ikke angir skadelidtes verdi som menneske*. Dette innebærer imidlertid ingen avproblematisering og frigjøring fra å måtte vurdere etiske aspekter. Argumentmangfoldet i den pågående diskursen må ses som et utslag av at nyttebegrepet i dag ikke er entydig fastlagt.

I den grad diskursen refererer til *økonomiske virkninger*, må det hensyntas at nyttemomentet er *ett av flere* retningslinjer i en helhetsvurdering. Selv om erstatningsrettslige nyttebetraktninger isolert sett kan tilsi lav erstatning, kan andre skjønnsmomenter trekke i motsatt retning. Og omvendt: Hvor nyttemomentet er et argument for høy erstatning, kan andre forhold virke reduserende. Myhre-dommen (2003) er illustrerende. Selv om nytteevnen var sammenliknbar med Bråtanes, ble erstatningen ulik (lavere) ut fra blant annet forskjeller i størrelsen på menerstatningen (jf. punkt 4.2.1) og samlivssituasjonen (jf. punkt 4.2.2).

I samsvar med Bråtane-dommens tydeliggjøring av at erstatningsutmålingen er individuell, må den nærmere hensynsavveiningen som utgangspunkt være konkret. Etter mitt skjønn er det særlig påaktet å *fokusere på og diskutere* bruk av nyttiggjøringsprinsippet hvor skadelidte har *betydelig redusert* kognitiv funksjonsevne. Det eksisterende rettskildematerialet projiserer *spørsmål*

mer enn positivistisk forankrete svar de lege lata. Nyttemomentet befinner seg i et spenningsfelt mellom interesser og prinsipper, hvor det i dag *savnes klare preferanser for de rettslige avveiningene*. Aksentueringen her kan være et bidrag til diskursen.

4.2.4 Øvrige rettigheter og plikter - harmonihensyn

Utmålingsreglene kan måtte ses i sammenheng med skadelidtes (og skadevolders) rettigheter og plikter på andre rettsområder. Reelle hensyn i form av harmonibetraktninger kan begrunne og utkrystallisere relevante skjønnsmomenter. Det skal gis ett eksempel fra Bråtane-saken.

Lagmannsretten la vekt på at skadelidte hadde *rett til samvær* med begge foreldrene:

Ombygging av farens bolig: Lagmannsretten er etter en helhetsvurdering av det som er kommet frem blitt stående ved at kravet om erstatning for utgifter til ombygging av farens bolig er erstatningsrettslig vernet. ... Det tilføyes at lagmannsretten ved vurderingen har lagt særlig vekt på barnets rett til samvær med begge foreldrene, slik det fremgår av barneloven § 44a. (RG-2001-622, s. 634)

Domsutsagnet antas å reflektere et generelt synspunkt; også andre rettighets- og pliktforhold kan trolig bli hensyntatt i utmålingen. Ettersom merutgifter til ombygging av bolig ikke var tema for Høyesterett, behandles det ikke nærmere her. Retningslinjen er beskrevet for å vise *bredden* i skjønnsvurderingen.

4.2.5 Kort om forholdet til andre erstatningsposter, samt tapsbegrensningsplikten

Skadelidte «har en generell plikt til å begrense sitt tap», Rt-2003-1358. Psykolog-dommen (avsnitt 44); sml. prinsippet i skl. § 3-1 (2), 1p. Ivaretagelse av tapsbegrensningsplikten kan koste penger. I disse tilfellene er det

en *funksjonell sammenheng* mellom merutgiftene og innretningsplikten. Hensynet til harmoni i erstatningsretten tilsier vern av slike merutgifter, idet disse er en *forutsetning* for at tapsbegrensningsplikten ikke skal konkurrere med prinsippet om full erstatning.

Bråtane fikk fremtidig tradisjonelt inntektstap (uttømmende) dekket gjennom standarderstatningen i skl. § 3-2a. Spørsmålet om merutgiftsdekning for å kunne begrense selve ervervstapet, ble ikke foranlediget. Hun har likevel *ervervsrelaterte* merutgifter, og lagmannsretten la til grunn følgende synspunkt:

Side 28

Uten en slik ordning [med brukerstyrt personlig assistent] ser lagmannsretten det som usikkert om hun vil kunne fortsette med sin utdanning og etterhvert skaffe seg arbeid. (RG-2001-622, s. 639)⁴⁹

Høyesterett behandler eksplisitt merutgifter som muliggjør Katrine Bråtanes studier, men er ikke like uttalte i forhold til hennes fremtidige arbeidssituasjon. Retten synes likevel å ha vektlagt tilsvarende synspunkter som lagmannsretten.⁵⁰ Betragtningene om Bråtanes yrkesliv inngår i vurderingen av kostnadene ved å tilrettelegge for å sikre et fullverdig liv:

Skaden har gjort Katrine Bråtane helt ut avhengig av bistand for å kunne ha et så *selvstendig liv* som mulig. Hun har utvist en sjelden evne til å nyttiggjøre seg den bistand hun gis, og lever til tross for funksjonshemmingen så langt det er mulig et *alminnelig liv*. Det er ikke tvilsomt at den ytelsesformen som sikrer Katrine Bråtane et mest mulig *fullverdig liv*, er personlig assistanse. Jeg er derfor kommet til at en full erstatning i dette tilfellet innebærer en erstatning som gir henne muligheten til daglig å kjøpe personlig assistanse i et visst omfang i tillegg til de offentlige ytelsene. Hun har anført at hennes bistandsbehov øker ved reiser - i forbindelse med studiene, ferier *eller ellers*. (Rt-2002-1436, s. 1448)

Domsanalysen har så langt vært knyttet til rene språklige (norm)beskrivelser. I neste punkt skal jeg supplere disse med enkelte tallangivelser. I Bråtane-dommen ble erstatningen utmålt med ulike beløp av mindretallet og flertallet. Dissensen reiser interessante spørsmål om hvilke bakenforliggende hensyn og prinsipper som medførte divergensen.

5 Erstatningsbeløpene

5.1 Flertallets votum

Flertallet tilkjente Bråtane en erstatning som baseres på 175.000 kroner i årlige merutgifter. Det kan spørres hvordan Høyesterett kom frem til dette beløpet.

Domspremissene viser en manglende uttalt «*kobling*» mellom på den ene siden *omtalen* av de rettssetningene som skisseres (dommens punkt 1 og 4), angivelsen av Katrine Bråtanes situasjon/behov (dommens punkt 2) og beskrivelsene av de offentlige ytelsene (dommens punkt 3), og på den andre siden selve *anvendelsen*

Side 29

av/subsumsjonen under de opptrukne rettssetningene på det angitte saksforholdet.⁵¹

Utmålingsmomentene foran viser et utsnitt av hvilke forhold som er *relevante*. Domstolene spesifiserer sjelden skjønnsmomentenes vekt. I vurderingen av argumentverdien må *både* rettssetninger og beløpsangivelser analyseres. Dette vanskeliggjør nøyaktige beskrivelser av de enkelte retningslinjenes betydning for erstatningsfastsettelsen.

Størrelsen på supplementsytelsen beror på de konkrete forholdene. Det at vurderingen er individuell, *følger av* og derfor *samsvarer med* prinsippet om full erstatning, jf. Rt-1993-1547 Skoland-dommen, Rt-1996-958 Stokstad-dommen og Rt-1999-1967 Rott-dommen; sml. også lagmannsrettens behandling av Bråtane-saken, jf. RG-2001-622: «[P]rinsippet om full erstatning tilsier .. at det må foretas en konkret vurdering av hva som er nødvendige og rimelige utgifter.» (s. 634)

I tillegg til å tydeliggjøre at erstatningsutmålingen er utpreget individuell, anskueliggjør Bråtane-dommen at Høyesterett ikke alltid gir innblikk i den konkrete skjønnsutøvelsen. Den nærmest ubeskrevne «sammenføyningen» mellom tolking og subsumsjon, kan bidra til å skape rettsusikkerhet og konflikt. Disse mer rettsteoretiske aspektene ved dommen, utdypes under refleksjonene i punkt 7.

5.2 Mindretallsvotumet

Mindretallet stemte for å stadfeste lagmannsrettens dom, og dermed tilkjenne Bråtane høyere erstatning enn det flertallet gjorde. Det er derfor av interesse å analysere *dissensgrunnene*. To grunnlag fremgår av premissene:

For det første er mindretallet uenig i hvilken erstatningsform som skal anvendes, hvilket fremstilles i punkt 5.2.1. For det andre har mindretallet et annet syn på utviklingen av det offentlige ytelsesnivået.

Side 30

Dissensen knyttet til *bevisvurderingen* behandles i punkt 5.2.2.

5.2.1 Anvendelse av unntaksregelen om erstatning til dekning av rent helsemessige behov

Mens flertallet subsumerer under *hovedregelen* om sammenfallende behovsstandarder ved dekning av rent helsemessig behov, anvender mindretallet *unntaksregelen*. Den anviser at behovsstandarder *også ved dekning av rent medisinske behov*, kan ligge på et høyere nivå i erstatningsretten enn i velferdsretten.

For å kunne benytte unntaksregelen må det foreligge «særegne omstendigheter», samt at «utgiftene [må] stå i et rimelig forhold til det som kan oppnås gjennom en annen ordning enn det offentlige tilbud», jf. Rt-1993-1547 Skoland-dommen (s. 1559). I likhet med hovedregelen, blir også unntaksregelen *stadfestet* i Bråtane-dommen:

Det som skal utmåles, er i første rekke et supplement til de offentlige ytelsene for å sikre skadelidte mer selvstendighet, uavhengighet og trivsel. Jeg nevner at i Skolanddommen uttaler førstvoterende at skal dette prinsippet fravikes, 'må det foreligge særegne omstendigheter, og ikke minst må utgiftene stå i et rimelig forhold til det som kan oppnås gjennom en annen ordning enn det offentlige tilbud', (fra flertallets begrunnelse, s. 1442)

Videre *presiserer* flertallet at modifikasjonsregelen gjelder *generelt*:

Selv om uttalelsen fremkommer under drøftelsen av Skolands prinsipale krav om å få dekket omsorgsutgifter ved opphold i egen bolig, mener jeg at dette gjelder *generell* ved vurderingen av erstatning for fremtidige omsorgsutgifter. (s. 1442)

Til forskjell fra flertallet, legger mindretallet unntaksregelen til grunn. Det er første gang dette gjøres av Høyesterett. Dommer Støle uttaler følgende om anvendelsen av unntaksregelen:

Det fremgår av det førstvoterende har gjengitt fra Stokstaddommen at utgangspunktet for så vidt gjelder behandlings- og pleieytelser med rent helsemessig siktemål, vil være at de offentlige ytelsene representerer det nødvendige og rimelige nivå også erstatningsmessig. Slik jeg ser det, tilsier likevel de helt spesielle forhold som foreligger i Katrine Bråtanes tilfelle at dette utgangspunktet ikke kan gis anvendelse i vår sak. (s. 1450)

Når mindretallet ville anvende unntaksregelen, er det lettere å forstå hvordan det kom til et høyere erstatningsbeløp enn flertallet. På denne måten er det bedre uttalt sammenheng mellom tolkning og subsumsjon i mindretallets votum enn i flertallets votum.

På bakgrunn av Skoland,- Stokstad,- og Rott-dommene hevdet Svein Jøsang at «et krav om at forsikring også skal dekke medisinsk og helsemessig nødvendige utgifter, er i strid med grunnleggende

Side 31

prinsipper om forholdet mellom erstatning og trygd/offentlige ytelser, det er i strid med Høyesteretts praksis ...». ⁵² Jøsangs uttalelse om den rent medisinske behovsstandarder refererer kun til begrepet «nødvendig». I lys av Bråtane-dommen kan vurderingstemaet også knyttes til uttrykket «nødvendig og rimelig», og reformuleres slik: Når Høyesteretts flertall i Bråtane-dommen ikke benyttet unntaksregelen - når kan den da anvendes?

Det foreligger ingen dommer som avklarer rettsspørsmålet. I teorien berøres problemstillingen av blant annet Lødrup. I omtalen av den domstolsskapede reservasjonen, hevder han at «det vanskelig [kan] tenkes tilfelle hvor den kan bli aktuell». ⁵³ Høyesterett synes imidlertid å ha modifisert hovedregelen i den etterfølgende Psykologdommen (Rt-2003-1358). Skadelidte fikk erstattet utgiftene til ikke refusjonsberettiget behandling hos psykolog. Selv om dekningen gjaldt *medisinske* behov, tilkjente Høyesterett erstatning ut fra at 'det offentlige tilbudet ikke var tilgjengelig':

Skadelidte har en generell plikt til å begrense sitt tap. Det følger av dette at han, så langt mulig, benytter offentlige - refusjonsberettigede - helsetilbud. I vårt tilfelle legger jeg til grunn at i den utstrekning de ankende parter har anvendt ikke refusjonsberettiget psykologisk bistand, er det fordi *det offentlige tilbudet ikke var tilgjengelig*. Dette er

dokumentert gjennom en lang rekke henvendelser. Overlege Weisæth har videre bekreftet at det er stor mangel på kvalifiserte terapeuter med ledig kapasitet innen det offentlige helseapparat for den type langvarig og komplisert terapi som det her var behov for. Jeg finner det da nokså klart at utgifter til privatfinansiert tilbud om kvalifisert psykologhjelp må aksepteres som erstatningsberettiget. (avsnitt 44)

Høyesterett oppstiller ingen generell unntaksregel, men en presisering som fremkommer ved den konkrete rettsanvendelsen. Psykolog-dommen synes å bidra til normforståelsen,⁵⁴ idet det antas at utilgjengelighet av velferdstilbudet er relevant i vurderingen av om det foreligger «særegne omstendigheter» som begrunner unntak. Psykolog-dommen viser at den formelle velferdsretten ikke er enerådende; også det reelle offentlige tilbudet er relevant. Det synes som Høyesterett oppstiller et *minstekrav* - om enn med et annet innhold enn «minstestandarden» i Rt-1990-874 Fusa-dommen - som *forutsetning* for hovedregelen om sammenfallende behovsstandarder.⁵⁵

Side 32

5.2.2 Forventning om mindre økning i offentlig ytelsesnivå

Dissensen i Bråtane-dommen knytter seg også til bevisvurderingen. I likhet med flertallet anser mindretallet det sannsynlig at Katrine Bråtane vil få økte offentlige ytelser i fremtiden. Støle legger til grunn at

de fremtidige ytelsene fra det offentlige samlet sett vil ligge noe høyere, enten gjennom etablering av en fadderordning eller ved at de kommunale ytelser blir mer omfattende. (s. 1450)

Uenigheten består i ulike oppfatninger om *hvor stor* økningen vil bli. Mindretallet legger til grunn at det offentlige ytelsesnivået vil øke, men i *mindre* grad enn det flertallet forutsetter:

Jeg er enig i det førstvoterende har fremholdt om rett til ytelser fra det offentlige etter helse- og sosiallovgivningen. Det er vurderingen av det sannsynlige fremtidige nivået på det offentliges ytelser som faller noe annerledes ut, og dermed størrelsen av det supplementet som erstatning fra skadevolder må utgjøre for at skadelidte skal kunne sies å få full erstatning. (s. 1450)

Denne dissensgrunnen er mindre fremstillingsmessig plasskrevende enn beskrivelsene av uenigheten om utmålingsnormen. Dette innebærer ikke at dette punktet i dissensen er mindre sentralt, snarere tvert i mot. Premissene gir inntrykk av at de ulike synene på det fremtidige offentlige velferdsnivået, er det mest utslagsgivende for de divergerende beløpsfastsettelsene.

6 Prosessuelle spørsmål

6.1 Rettslig klageinteresse

I tillegg til de materiellrettslige presiseringene, behandler Høyesterett også et *prosessuelt* spørsmål. Problemstillingen er om skadevolder har rettslig klageinteresse når det gjelder forvaltningsvedtak om tjenesteyting. Bråtane hevdet at en ansvarlig skadevolder

må bidra til å sikre at skadelidte får tildelt ytelser fra det offentlige. Dette er i vedkommendes egen økonomiske interesse, og han har således rettslig klageinteresse for så vidt gjelder offentlige vedtak om tildeling av ytelser til skadelidte. (s. 1441)

Storebrand Skadeforsikring AS anførte at skadevolder mangler rettslig klageinteresse:

En ansvarlig skadevolder kan ikke søke om ytelser fra det offentlige til en skadelidte, og forvaltningsloven gir heller ikke vedkommende rett til å påklage enkeltvedtak om ytelser til den skadelidte. Skadevolder savner rettslig klageinteresse, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd. (s. 1439)

Argumentasjonen kan virke overraskende, idet skadevolder og skadelidte tilsynelatende fremfører hverandres argumenter. Det at erstatningen blir mindre jo større de offentlige (sosialmedisinske) ytelsene er, gir skadevolder

Side 33

økonomisk klageinteresse. Denne aktualiseres hvor vedtak avslår eller i begrenset grad tilstår skadelidte offentlige ytelser. Ut fra dette kunne man derfor tro at skadevolder ville hevde å *ha* rettslig klageinteresse. Partenes anførsler må forstås ut fra den sammenhengen de er avgitt, hvor de inngår som del av en større argumentasjon. Vurderingstemaene om hvem som har rettslig klageinteresse, rommer atskillige problemer.

Disse er ulikartete og spenner fra eksempelvis skadevolders/forsikringssselskapets praktiske mulighet for å utøve klageadgangen, til blant annet spørsmålet om rettsvirkninger av manglende bruk av klageadgangen.

Vurderingen av om trafikkforsikreren har rettslig klageinteresse, blir besvart slik av Høyesterett:

Jeg tilføyer ... at det etter min mening *ikke* er rettslig grunnlag for anførselen om at en skadevolder har rettslig klageinteresse for så vidt gjelder offentlige ytelser til den skadelidte. (s. 1448)

Utsagnet er et obiter dictum,⁵⁶ jf. passusen «[j]eg tilføyer». Dicta anses vanligvis som mindre vektige enn rettssetninger som er nødvendige for å begrunne resultatet (især anførte ratio decidendi).⁵⁷ Formuleringen i domspremissene antas å være bevisst avgitt ut fra behovet for prosessuell rettsavklaring, hvilket øker argumentverdien av dictumet. Spørsmålet om rettslig klageinteresse er ikke nødvendigvis fullstendig klarlagt; vurderingstemaet reiser komplekse spørsmål som kan forandre ytterligere rettsbehandling.⁵⁸ Bråtane-dommen signaliserer likevel at skadevolder *ikke* har rettslig klageinteresse ved forvaltningsvedtak om tjenesteyting.⁵⁹

Høyesteretts uttalelse aktualiserer spørsmål om skadevolder *på annen måte* kan ivareta sine økonomiske interesser i at skadelidte får (uttømt) de offentlige ytelsene.

Side 34

6.2 Skadevolders bistandsmulighet og skadelidtes innretningsplikt

Etter å ha klargjort rettssetningen som nevnt foran, tilføyer Høyesterett at skadevolder kan ivareta sine interesser ved å bistå skadelidte i *søknadsomgangen*. I et obiter dictum uttaler flertallet:

På den annen side er det selvfølgelig intet til hinder for at skadevoldere, og især deres forsikringssselskaper, bistår skadelidte i søknader om offentlige ytelser. (s. 1448)

Ved informasjon og annen veiledning kan skadevolder (forsikringssselskapet) bidra til at skadelidte tilkjennes/uttømmer de offentlige ytelsene. Problemstillingen berører grensesnittet mot tapsbegrensningsprinsippet. Dette er tradisjonelt relatert til skadelidte. Domssitatet viser at tapsbegrensningsstanken også har en side mot skadevolder.

Endelig presiseres at det fortsatt er skadelidte som har primær oppgaven med å søke om offentlige ytelser. Bråtane-dommen underbygger standpunktet.⁶⁰ Under drøftelsene av bistand etter «fadderordningen»,⁶¹ uttaler Høyesterett at «[d]et har hun ikke villet søke om. Slik jeg ser det, er Katrine Bråtanes medvirkning nødvendig for å bringe på det rene om hun kvalifiserer for en slik ytelse, og hvilket omfang den i tilfelle ville ha.» (s. 1448)

7 Oppsummering og refleksjoner

Bråtane-dommen stadfester at det «nødvendige og rimelige» dekningsnivået for ytelser med *rent helsemessig siktemål*, i alminnelighet er sammenfallende i velferdsretten og i erstatningsretten. Høyesterett presiserer at dette gjelder i hele landet. Skadelidte har derfor som hovedregel ikke krav på erstatningsdekning av rent medisinske behov på et høyere nivå enn det velferdsrettslige nivået.

Tilsvarende befester Bråtane-dommen at behovsstandard ved dekning av *sosialmedisinske* behov kan være høyere i erstatningsretten enn i velferdsretten. Under denne behovskategorien er det dermed rom for supplementsytelse. Dommens bidrag her er avklaringen av at ytelsesomfanget beror på en konkret sannsynlighetsvurdering, samt indikasjonen på at prinsippet også gjelder

Side 35

ytelsesmåten. Det var særlig flertallets og mindretallets ulike syn på fremtidsutsiktene, som medførte divergerende erstatningsbeløp.

I den konkrete erstatningsutmålingen vektlegger Høyesterett ulike skjønnsmomenter. Blant disse hører menerstatningens størrelse, samt bistand fra familie og venner. Når det gjelder sistnevnte retningslinje, viderefører Bråtane-dommen at det *kan* forutsettes gratis hjelp også ved omfattende hjelpebehov. Høyesterett synes imidlertid å begrense *fradragsomfanget* mer enn i eksempelvis Rt-1996-958 Stokstad-dommen.

Utmålingsmomentet om skadelidtes *nyttiggjøringsevne* inngår i fastsettelsen av «nødvendige og rimelige» merutgifter til dekning av pleie- og omsorgsbehov. Høyesterett vektlegger at Katrine Bråtane er den ideelle kandidat for ordningen med personlige assistenter, og at det er denne ordningen som best kan sikre henne et

fullverdig liv. Beskrivelsene av dette utmålingsmomentet, ble avsluttet med enkelte vurderinger. Det ble påpekt at nytteprinsippet bør diskuteres og presiseres i lys av reelle hensyn, slik at det ikke strider mot allmenne verdi- og rettsoppfatninger.

Videre viste analysene at Høyesterett i et obiter dictum signaliser at skadevolder mangler *rettslig klageinteresse når det gjelder forvaltningsvedtak om tjenesteyting*. Dommen innebærer ingen fullstendig avklaring av dette problemkomplekset. Høyesterett bemerker at skadevolder generelt, og deres forsikringsselskaper spesielt, kan bistå skadelidte i søknadsomgangen.

Etter denne oppsummeringen, skal jeg foreta enkelte *refleksjoner*. Et nærliggende spørsmål er om *erstatningsnivået* er endret ved Bråtane-dommen. Det er ulike oppfatninger i rettsvitenskapen og blant praktiserende erstatningsaktører. Uenigheten skyldes dels varierende forståelse av begrepet «nivåendring», og dels måleusikkerhet.

Begrepsforskjellene refererer til ulike målsettinger og metoder for vurderingen. Enkelte anlegger en *formell* (rettsdogmatisk) betraktning. Andre har en empirisk (rettsosociologisk) tilnærming, med fokus *pk faktiske* endringer.⁶² Perspektivene anskueliggjør ofte ulike sider ved retten. For å unngå skinn-u/enighet må begrepet presiseres. Temaet her er eventuelle *formelle* endringer av erstatningsnivået.

Domspremissene er det naturlige utgangspunktet for vurderingen. Disse inneholder ingen uttrykkelige utsagn om erstatningsnivået. Besvarelsen krever mer komplekse analyser. Et stadig problem ved erstatningsrettslige nivåvurderinger, er at normen anviser *individuell* utmåling. Det kan derfor være vanskelig å vite

Side 36

om ulike⁶³ erstatningsbeløp (*domsslutninger*) avspeiler faktiske forskjeller («*faktapremisser*»)⁶⁴ og/eller rettslige endringer («*normpremisses*»)⁶⁵

Både flertallet og mindretallet i Bråtane-dommen fokuserer på det spesielle faktumet, herunder skadelidtes evne til å nyttiggjøre seg erstatningen. Når Høyesterett tilkjenner en høyere erstatning enn i andre dommer, er dette et *utslag av at erstatningsutmålingen er individuell, sammenholdt med at saksforholdet er spesielt*. Dette mener jeg er et riktig *utgangspunkt* ved besvarelsen av om Bråtane-dommen innebærer en nivåendring.⁶⁶

Det kan likevel spørres om det er skjedd en *viss økning* av beløpsintervallet. De etablerte argumentasjons- og vurderingslinjene stenger ikke for en *begrenset* endring. Dynamikken og argumentasjonsrommet i de domstolsskapte utmålingsnormene, gir

Side 37

åpning for forskyvninger av selve «den fleksible ramme som den skjønnsmessige, individuelt utmålte erstatning nødvendigvis må ha».⁶⁷ Dommens fremheving av at utmålingen er individuell og saksforholdet er spesielt, er derfor *forenelig* med en *viss* nivåøkning.⁶⁸ Bråtane-dommen etterlater et (foreløpig) inntrykk av en slik heving av pleie- og omsorgserstatningen.

Avslutningsvis kan det spørres om Bråtane-dommen vil ha noen *tvisteforebyggende effekt*. Ved besvarelsen av spørsmålet bør det differensieres mellom de ulike vurderingstemaene. Som vist foran har Høyesterett avklart visse rettsspørsmål. Analysene har også påpekt at Bråtane-dommen tydeliggjør nye problemkompleks. Et eksempel er momentet om skadelidtes nyttiggjøringsevne, hvor det antas at Høyesterett vil bidra med flere retningslinjer.

Etter Rt-1993-1547 Skoland-dommen bemerket Engstrøm og Kjønsstad:

En analyse av de tre dommene viser at selv om flere spørsmål nå er bedre avklart enn de var tidligere, er på langt nær alle spørsmål knyttet til erstatning ved personskader endelig løst. (Engstrøm «Rettsutviklingen i personskaderetten», LOV og Rett 1995 s. 1-2, på s. 1 (LoR 1995 s 1))

Det er ... behov for ytterligere avklaringer og justeringer i personskaderetten, særlig når det gjelder erstatning for påførte og framtidige utgifter. Dette kan skje ved lov ... og/eller ved forskrift ..., eller det kan skje gjennom rettspraksis. Etter min mening er det ønskelig at Høyesterett får tilgang på og slipper inn nye saker hvor retten kan bidra med sin rettskapende virksomhet på dette viktige rettsområdet. (Kjønsstad «Tre personskadedommer fra Høyesterett» LOV og Rett 1995 s. 3-39, på s. 39 (LoR 1995 s 3))

Synspunktene har relevans også i dag. Det er fortsatt behov for presiseringer og suppleringer, blant annet i forhold til nyttiggjøringsmomentet.⁶⁹ Kjæremålsutvalget bør etter mitt syn henvisse flere saker til behandling; høyesterettsdommer i også noe mer «*alminnelige*»/«*representative*» saker kan ha betydelig rettsavklaringsverdi. Slike effekter betinger imidlertid en mer åpen argumentasjon, herunder i grensesnittet

mellom tolking og subsumsjon. Dette samsvarer med den linjen som tidligere høyesterettsjustitiarius Smith går inn for:

Høyesterett bør mer aktivt gå i spissen i den alminnelige rettsutvikling. Vår øverste domstol bør legge til grunn at dens viktigste oppgave ikke

Side 38

er å avgjøre konkrete saker, men å trekke opp retningslinjer for fremtiden. Dette er min sentrale tese. (Smith: Statsliv og rettsteori s. 354)⁷⁰

Høyesterett anses likevel som tilbakeholden med å uttale seg om annet enn det nødvendige for avgjørelsen.⁷¹ Argumentasjonsmønstrer gjenspeiles i erstatningsretten, og har trolig sammenheng med rettsfeltets *særtrekk*. Erstatningsretten betraktes som «det uventedes rettsområde»,⁷² og dets egenart kan «sterkere innby til *pragmatisk* rettsanvendelse enn til en formalistisk orientert metode». ⁷³ Det kan likevel spørres om Høyesterett i Bråtane-dommen har vært *vel* forsiktig med så vel generell normering,⁷⁴ som åpne og uttalte beskrivelser av hvordan den konkrete rettsanvendelsen førte frem til den årlige pleie- og omsorgserstatningen på 175.000 kroner.

Referanser

Dommer

<i>Rett stid end e (Rt)</i>	
Rt- 193 6- 329	Hal set
Rt- 198 1- 138	Sev aldis en
Rt- 199 0- 874	Fus a
Rt- 199 3- 152 4	Ølb erg
Rt- 199 3- 154 7	Sko land
Rt- 199 6- 958	Sto ksta d
Rt- 199 7- 771	Dan i

Rt- Jens
199 en
7-
104
4
Rt- Ster
199 ilise
9- ring
203 s-
dom
men
Rt- Rott
199
9-
196
7
Rt- Kås
200 a
0-
441
Rt- Bråt
200 ane
2-
143
6
Rt- Psy
200 kolo
3- g-
135 dom
8 men

Side 39

Kjennelser - rettskraft

Høyesteretts kjæremålsutvalg, 12. mars 2001	HR-2001-184	Bråtane	tvml. § 373 (3) nr. 4
Høyesteretts kjæremålsutvalg, 20. mai 2003	HR-2003-607	Fætten	tvml. § 373 (3) nr. 4
Høyesteretts kjæremålsutvalg, 4. juli 2003	HR-2003-668	Myhre	tvml. § 373 (3) nr. 4
Høyesteretts kjæremålsutvalg, 12. august 2003	HR-2003- 879-1	Fiskerstrand	tvml. § 373 (3) nr. 4

**Rettens Gang
(RG)/Upubliserte
underrettsavgjørelser**

1998, 13. mars	LG 1997- 00409	Gulating lagmannsrett	Rott
1999, 10. mars	98-00652A	Agder lagmannsrett	Bjørnsen
1999, 01. juli	98-00164A	Holt herredsrett	Bråtane
2000, 22. februar	LA-1999-212	Agder lagmannsrett	Hjetland

2000, 18. august	RG-2001-322	Borgarting lagmannsrett	Hanssen
2000, 30. oktober	RG-2001-622	Agder lagmannsrett	Bråtane
2003, 3. mars	LF-2002-294	Frostating lagmannsrett	Fættan
2003, 3. mars	01-00296A	Alstahaug tingsrett	Kristiansen
2003, 19. mars	02-602	Hålogaland lagmannsrett	Bakke
2003, 24. mars	LF-2002-804	Frostating lagmannsrett	Myhre
2003, 28. april	LF-2002-869	Frostating lagmannsrett	Fiskerstrand
2003, 21. oktober	03-00252A	Jæren tingrett	Flesjø

Side 40

Vedtak fra Pasientskade nemnda

2003, 5. september	Sak nr. N2003/0457	Møte 19. august 2003	PSN-2003-457
2004, 12. januar	Sak nr. N2003/0470	Møte 18. desember 2003	PSN-2003-470

Litteratur

Askeland, Bjarte: *Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten*, I: Festskrift til Nils Nygaard, Bergen: Fagbokforlaget, 2002 [s. 23-34]

Baune, Øyvind: *Forskjellsbehandlingens logikk*, I: Likeverd og forskjell (red. Jon Wetlesen), Universitetet i Oslo, 1997

Boe, Erik: *Innføring i juss - juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo: Tano Aschehoug, 1996

Boe, Erik: *Subsumsjonsdom*, I: Lov og Rett 2002 s. 259-294 (LOR-2002-259)

Eckhoff, Torstein (ved Jan Helgesen): *Rettskildelære*, 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2001 ut

Fleischer, Carl August: *Anvendelse og fortolkning av dommer*, I: Jussens Venner nr. 7-8 1965 s. 146-208 (JV-1965-146)

Fleischer, Carl August: *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo: Ad Notam Gyldendal, 1998

Hagstrøm, Viggo: *Hvilke interesser er erstatningsrettslig vernet?* [Domsomtale av Rt-1999-203 Steriliserings-dommen], I: Nytt i privatretten nr. 1 1999, Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo s. 6

Holgerson, Gudrun: *Standardisert erstatning ved personskade -lik erstatning for ulikt tap?*, I: Lov og Rett 1991 s. 515-536 (LOR-1991-515)

Jerstad, Carl Aasland: *Erstatning for framtidige utgifter til omsorgstjenester ved personskade*, I: Lov og Rett 1993, s. 283-331 (LOR-1993-283)

Jerstad, Carl Aasland: *Kommunene under sterkt press fra Høyesterett innen helse- og sosialretten*, I: Lov og Rett 1997 s. 513-514 (LOR-1997-513)

Jerstad, Carl Aasland: *Utmåling av erstatning for fremtidige utgifter til omsorgstjenester - kritikk av norsk rett*, I: Jussens Venner 2000 s. 87-100 (JV-2000-87)

Side 41

- Jøsang, Svein: *Professor Nygaards tolkning av Høyesteretts dom i Stokstadsaken, Rt-1996-958. Skal skadelidte ikke lenger ha et fullverdig liv?*, I: Jussens Venner 1998, s. 169-170
- Jøsang, Svein: *Skadebot for utgifter. Rott-dommen i Rt-1999-1967*, I: Lov og Rett 2001 s. 376-378
- Kjelland, Morten: *Hjemmearbeideres erstatningsrettslige vern*, Oslo: Gyldendal Akademisk, 2002
- Kjønstad, Asbjørn: *Tre personskadedommer fra Høyesterett*, 1: Lov og Rett 1995 s. 3-39 (LOR-1995-3)
- Kjønstad, Asbjørn: *Rettighetslovgivning og kommunalt selvstyre*, I: Lov og Rett 2003 s. 341-359 (LOR-2003-341)
- Kåss, Erik (red.): *Medisinsk ordbok*, 5. utg., Oslo: Kunnskapsforlaget, 1998
- Lilleholt, Kåre: *Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 2002 s. 62-75 (TFR-2002-62)
- Lødrup, Peter: *Ménerstatning*, I: Lov og Rett 1978, s. 195-206 (LOR-1978-195)
- Lødrup, Peter: *Erstatningsberegningen ved personskader*, 2. utg., Oslo: S. Hammerstads Boktrykkeri, 1983
- Lødrup, Peter: *Personskadekrav hvor skadelidte ikke kan gjøre seg nytte av kompensasjonen p.g.a. død eller andre forhold*, I: Festskrift til Rolv Ryssdal, Oslo: Aschehoug, 1984 [s. 573-585]
- Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett*, 4. utg., Oslo: Peter Lødrup, 1999
- Lødrup, Peter: *Påførte og fremtidige utgifter etter en alvorlig personskade. Agder lagmannsretts dom 9. oktober 2000 - Bråtane*, I: Nytt i privatretten nr. 2 2001, Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo s. 5-7
- Lødrup, Peter: *Reformbehov i personskadeserstatningen*, I: Lov og Rett 2003, s. 129-130 (LOR-2003-129)
- Lødrup, Peter: *Høyesteretts dom av 20. november 2002 - Bråtane II. Personskadeserstatning - utmåling av erstatning for fremtidige utgifter til pleie, omsorg og tilsyn mv.*, I: Nytt i privatretten nr. 1 2003, Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo s. 7-9
- Ness, Jan Gunnar: *Grensen mellom ménerstatning og ekstraavgifter ved personskade*, I: Lov og Rett 1995 s. 71-85
- Nygaard, Nils: *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis*, Bergen: Universitetsforlaget, 1974
- Nygaard, Nils: *Utviklingstrekk i skadebotretten*, I: Jussens Venner 1997 s. 267-284 (JV-1997-267)
- Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Bergen: Universitetsforlaget, 1999
- Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 5. utg., Bergen: Universitetsforlaget, 2000
- Nygaard, Nils: *Skadebot for utgifter. Rott-dommen i Rt-1999-1967*, 1: Lov og Rett 2000 s. 429-442 (LOR-2000-429)

Side 42

- Sjaastad, Øystein: *Symposiet i Kardemommebakkeskogen*, Oslo: Huitfeldt Forlag, 1998
- Skoghøy, Jens Edvin A.: *Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk*, I: Lov og Rett 1996 s. 209-210 (LOR-1996-210)
- Smith, Carsten: *Statsliv og rettsteori*, Oslo: Universitetsforlaget, 1978
- Smith, Carsten: *Domspremissenes omfang, formulering og prejudikatsverdi*, I: Juristen 2001 s. 70-74.
- Syse, Aslak: *Offentlige ytelser til personer med varige funksjonshemninger*, Oslo: Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 3, 2002
- Torvund, Olav *Å studere jus - innføring i privatrett grunnfag*, Oslo: Tano Aschehoug, 1996
- Tørum, Amund Bjøranger: *Konsekvens i formueretten*, I: Jussens Venner 2002 s. 314-339 (JV-2002-314)
- Aasland, Gunnar: *Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis*, I: Jussens Venner 2000 s. 157-179

Offentlige dokumenter

Ot.prp.nr.4 (1972-1973) Om lov om endringer i erstatningslovgivningen m.m.

Noter

Morten Kjelland ble cand.jur i 2000. Han arbeidet som vitenskapelig assistent ved Institutt for rettssosiologi i 1999. Kjelland er fra 2004 universitetsstipendiat ved Universitetet i Oslo, Nordisk institutt for sjørett. Han har tidligere utgitt «Hjemmearbeideres erstatningsrettslige vern» (2002).

- 1 Jeg takker professor dr. juris Asbjørn Kjønsdal, professor dr. juris Peter Lødrup og professor dr. juris Nils Nygaard for nyttige diskusjoner.
- 2 Lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr. 26.
- 3 Dommen er inntatt i RG-2001-622, og er omtalt av Lødrup: Nytt i privatretten 2001 nr. 2 s. 5-7.
- 4 De fem erstatningspostene er påførte merutgifter til pleie og omsorg, fremtidige utgifter til pleie og omsorg, merutgifter til tilpasning av fremtidig bolig, fremtidige utgifter til bil, samt skatteulempen.
- 5 Blant erstatningspostene i motanken, hører merutgifter vedrørende ombygging av bolig, transport/bilhold, data, renter og skatteulempe.
- 6 Ved kjennelse av 18. september 2001 ble Landsforeningen for Trafikkskadde i Norge gitt tillatelse til å opptre som hjelpeintervenient til støtte for Katrine Bråtane, jf. lov om tvistemål 13. august 1915 nr. 6 § 77.
- 7 Saksforholdet i disse og andre omtalte høyesterettsdommer forutsettes kjent, og behandles ikke særskilt. Saksforholdet i de nyere underrettsdommene beskrives hvor dette er sentralt for å forstå rettsanvendelsen. For nærmere og/eller mer generelle faktabeskrivelser vises det til dommene. Referansene er angitt i domsregisteret.
- 8 Innledende redegjørelser for rettslige utgangspunkter er i teorien fremhevet som *et generelt trekk* ved nyere høyesterettspraksis, jf. bl.a. Lilleholt, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis fra dei seinare åra» Tidsskrift for Rettsvitenskap 2002 s. 62-75, på s. 68 (TFR 2002 s 62): «Inntrykket er at Høgsterett dei seinare åra oftare enn før byggjer opp premissane slik at det først blir gjort rede for den generelle regelen, og at subsumsjonen kjem etterpå. Ofte blir dette kombinert med eit sterkt preg av juridisk utgreiing, med lange sitat frå førearbeid, tidligare dommar og stundom juridisk litteratur.» Som det fremgår nedenfor, er særlig beskrivelsene av *rettspraksis* dekkende for Høyesteretts argumentasjonslinje i Bråtane-dommen.
- 9 Tilsvarende synspunkter (og kanskje tegn til resignasjon) blir uttrykt obiter dicta i Rt-1993-1547 Skoland-dommen: «[P]rinsippet om full erstatning ... gir egentlig liten veiledning for avgjørelsen av et slikt krav som vi her står overfor. Skal man gå inn på en ordning med utgiftsdekning fra forsikringen for slike livsvarige, døgkontinuerlige omsorgsutgifter, forutsetter dette etter min mening en nærmere vurdering i lovsammenheng av de mange spørsmål dette reiser.» (s. 1559-1560)
- 10 Sml. Jøsang «Skadebot for utgifter. Rottdommen i Rt-1999-1967» Lov og Rett 2001 s. 376-378, på s. 376 (LoR 2001 s 376).
- 11 Nygaard betrakter av denne grunn uttrykket som en *rettslig standard*, jf. Nygaard «Skadebot for utgifter. Rottdommen i » Rt-1999-1967 Lov og Rett 2000 s. 429-442, på s. 433 (LoR 2000 s 429).
- 12 Alle kursiveringene i doms- og litteratursitatene er foretatt av forfatteren av denne artikkelen, med mindre annet er angitt.
- 13 Slik også Lødrup: Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 8.
- 14 Det ulovfestete unntaket beskrives i punkt 5.2.1.
- 15 Ved at jeg oppfatter «nødvendig og rimelig» som en presisering av begrepet «full erstatning», innebærer dette samtidig at de offentlige ytelsene vil kompensere skadelidtes tap erstatningsrettslig «fullt ut».
- 16 Utsagnet refererer til «pleie, omsorg og tilsyn» (avsnitt 44), men uten at det sondres mellom rent helsemessige behov og sosialmedisinske behov. Høyesterett henviser til Bråtane-dommen og de øvrige prinsippdommene, og jeg antar at den manglende spesifiseringen ikke innebærer noen regelendring.
- 17 De ulike tvedelingene aksentueres tydelig i nyere underrettspraksis. Et eksempel er Fættens-dommen (2003), hvor retten uttaler at «[s]om en hvile for tanken kan man skille mellom ekstrautgifter med tre formål: - medisinske behov, - sosialmedisinske behov [og] sosiale behov. Inndelingen er grov. Overgangene er glidende.» (dommen s. 17) Sml. den nær likelydende formuleringen i Fiskerstrand-dommen (2003) (s. 16).
- 18 Det at overgangene er *glidende*, uttrykkes også av de medisinsk sakkyndige i Bråtane-dommen. Professor Finsets erklæring er illustrerende: «Mandatet ber om en spesifisering av hva som er (1) medisinsk nødvendig, (2) bistand for å oppnå selvstendighet og (3) bistand for å oppnå trivsel i hverdagen. I Katrine Bråtanes tilfelle er disse tingene vevd inn i hverandre.» (Rt-2002-1436 s. 1444) Det ligger i de glidende overgangene mellom kategoriene, at innslag av det ene formålet ikke utelukker det andre. Synspunktet legges til grunn i Fiskerstrand-dommen (2003): «Endelig presiseres det at erstatningen ikke omfatter de rent sosiale behov, idet disse forutsettes dekket av ménerstatningen. At de sosialmedisinske tjenester *også* indirekte har et sosialt islett, er en *annen sak*.» (s. 24)
- 19 Dersom det offentlige tilbudet *ikke er tilgjengelig*, synes imidlertid Høyesterett å ha oppstilt reservasjoner, jf. Rt-2003-1358 Psykolog-dommen. Dommen omhandles i punkt 5.2.1.
- 20 Rt-2003-1358 Psykolog-dommen kan imidlertid innebære en *presisering* av supplementsprinsippet, jf. punkt 5.2.1.
- 21 Om slike problemstillinger, jf. bl.a. Jerstad «Utmåling av erstatning for fremtidige utgifter til omsorgstjenester - kritikk av norsk rett» Jussens Venner 2000 s. 87-100.
- 13 Rettsynet reflekteres i nyere underrettspraksis, som for eksempel Fættens-dommen (2003). Retten legger til grunn at skadelidte «[g]jennom helse- og sosiallovgivningen vil ... være sikret dekning av sine medisinske behov, der som hun også i fremtiden søker om ytelsene, slik hun til nå har gjort.» (dommens s. 21) I Fiskerstrand-dommen (2003) synes retten å foreta en konkret vurdering av

- ytelsesnivået, som ikke uten videre anses som «nødvendig og rimelig». Rettsanvendelsen avspeiles ved følgende domssitat: «*Etter en samlet vurdering anses de medisinske ytelser å representere det nødvendige og rimelige nivå, også erstatningsmessig.*» (dommens s. 21)
- 23 Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester mv.
- 24 Regler om offentlige ytelser til funksjonshemmete er behandlet av bl.a. Syse: Offentlige ytelser til personer med varige funksjonshemninger (2002). Boken svarer hovedsakelig til betenkningen som ble avgitt til If Skadeforsikring NUF i forbindelse med behandlingen av Bråtane-saken for Høyesterett.
- 25 I Skoland-, Stokstad- og Rott-dommene angis *sosialmedisinske behov* som de behov skadelidte har for *selvstendighet og trivsel i hverdagen*. Begrepet er forklart og illustrert av Ness i Lov og Rett 1995 s. 71-82 (LoR 1995 s 71) «Grensen mellom ménerstatning og ekstrautgifter ved personskade» (især s. 74-76).
- 26 Tilsvarende syn legges til grunn av Jerstad, som allerede før Rt-1993-1547 Skoland-dommen hevdet at «skjønnnet må basere seg på forventet utvikling i det konkrete tilfelle.» (Jerstad «Erstatning for framtidige utgifter til omsorgstjenester ved personskade» Lov og Rett 1993 s. 283-331, på s. 301.)
- 27 Diskursen preges av to ulike rettssyn. Det ene anser det *rettskravssikre* ytelsesnivået som avgjørende. Den andre rettsoppfatningen legger avgjørende vekt på det *sannsynlige faktiske* ytelsesnivået.
- 28 Bråtane-dommen tydeliggjør på denne måten at fastsettelsen av *både* supplementsytelsen (erstatningen) og de offentlige ytelsene, beror på *konkrete* vurderinger. Sammen med andre utsagn om eksempelvis nyttiggjøringsmomentet (punkt 4.2.3), går dermed prinsippet om individuell erstatningsutmåling som en «rød tråd» gjennom premissene.
- 29 Ot.prp.nr.4 (1972-1973) Om lov om endringer i erstatningslovgivningen m.m. Uttalelsen på side 37, 2. spalte er en bemerkning til forslagets § 5-1 tredje avsnitt: «Departementet vil her bemerke at det naturligvis ikke er meningen at det skal foretas reduksjon i erstatningen hvis det er usikkert om støtten blir utbetalt.» Bestemmelsen svarer til skl. § 3-1 (3), 2p.
- 30 Høyesterett uttrykker synspunktet slik: «Kommunen er ... *ikke* etter helse- og sosiallovgivningen forpliktet til å yte bistand - eller for så vidt all bistand - i form av brukerstyrt personlig assistanse.» (s. 1448)
- 31 Tilsvarende betraktninger er gjort av Kjønstad: «En prejudisiell avgjørelse fra Høyesterett om et høyere ytelsesnivå er egnet til å øve et press mot kommunen til å prioritere annerledes enn den ellers ville ha gjort. Og her gjelder det et 'press' til å yte sosiale tjenester ut over minstestandarden.», jf. Kjønstad «Rettslovgivning og kommunalt selvstyre» Lov og Rett 2003 s. 341-359, på s. 358 (LoR 2003 s 341). Om minstestandarder, jf. prinsippdommen i Rt-1990-874 Fusa-dommen. Tilsvarende problemstilling ble foranlediget for eksempel i kjølvanet av Rt-1993-1547 Skoland-dommen, jf. bl.a. Jerstad «Kommunene under sterkt press fra Høyesterett innen helse- og sosialretten» Lov og Rett 1997 s. 513-514.
- 32 Det er indikasjoner på at høyesterettsdommen kan ha hatt en slik påvirkningseffekt. Katrine Bråtane ble ved vedtak 1. juni 2003 tilkjent ytterligere offentlig bistand. Dette kom frem under samtale med Katrine Bråtane, og opplysningen er gjengitt med hennes tillatelse.
- 33 Sml. Nygaard: Skade og ansvar s. 122, samt mer forutsetningsvis Lødrup: Lærebok i erstatningsrett s. 496 og s. 501. Se også de mer implisitte utgangspunktene som reflekteres i rettspraksis, jf. bl.a. Rt-1993-1547 Skoland-dommen nedenfor.
- 34 I Rott-saken var ménerstatningen tilkjent med en million kroner. Dette fremgår av Gulating lagmannsretts dom (1998), som er omtalt i Rt-1999-1967, på s. 1969.
- 35 Barneerstatningen etter skl. § 3-2a gjelder utmåling av menerstatning og erstatning for fremtidig inntektstap. Standarderstatningen synes i dag vel lav, og kan føre til underkompensasjon sammenliknet med alminnelig (individuell) utmåling av men- og ervervserstatning. Synspunktet avspeiles i høyesterettspraksis, jf. bl.a. obiter dictumet i Rt-1993-1524 Ølberg-dommen: «[D]et [kan] være grunn for lovgiveren til å vurdere om erstatningsnivået ved erstatning til barn etter nevnte bestemmelse [skl. § 3-2a] er rimelig.» (s. 1537) I samme retning dictumet i Rt-1997-1044 Jensen-dommen, hvor retten uttaler at «det synes å være et behov for at lov- og forskriftsbestemmelsene om barneerstatning blir gjennomgått av lovgiveren, slik at siktemålene med standardisert barneerstatning kan nås på en bedre måte enn nå, ...» (s. 1050) Disse betraktningene fremgår ikke uttrykkelig av premissene i Bråtane-dommen. Likevel kan de siterte dictaene *signalisere* at Høyesterett *kan ha vært tilbakeholden med å anvende fradragsprinsipper som beskjerer barneerstatningen*. Av nyere kritikk nevnes Kjelland: Hjemmearbeideres erstatningsrettslige vern s. 92-94 og Lødrup «Reformbehov i personskadeserstatningen» Lov og Rett 2003 s. 129-130, på s. 130. Når man befinner seg i *grensesnittet* mellom dekningskategoriene, som er forutsetningen for drøftelsen her, kan det spørres om en *lav* menerstatning kan gi grunnlag for en høyere merutgiftserstatning. Rettskildematerialet angir ingen eksplisitt løsning, men rettspraksis (og rettslogiske hensyn) tilsier en slik dynamikk.
- 36 Ved forsøk på å beregne menerstatningen til Bråtane, må det tas hensyn til at hun fikk barneerstatningen utbetalt tidlig i saken. Gjennom beregninger fremstår menerstatningen som høyere enn man umiddelbart kan få inntrykk av. Grovt anslått utgjør menerstatningskomponenten ca 700.000 kroner.
- 37 Tolkningen av Bråtane-dommen reflekteres i underrettspraksis. I Myhre-dommen (2003) uttaler retten følgende: «Myhre har samlet mottatt en menerstatning på 1,2 mill. kroner. Dette ligger betydelig over den menerstatningen som Bråtane mottok som del av standardisert barneerstatning og for et betydelig lengre resterende livsløp. I Bråtane-saken ble uttalt at den utbetalte menerstatningen ikke kunne gjøre noe vesentlig utslag slik saken lå an. Noe betydelig utslag kan menerstatningen heller ikke gjøre i Myhres tilfelle. Lagmannsretten finner at den skal tas i betraktning i form av en viss reduksjon av erstatningen, primært i sammenheng med ferie. På årsbasis vil det være rimelig å redusere med anslagsvis 10. - 20.000 kroner.» (dommens s. 17-18) Menerstatningen til Myhre er høyere enn Bråtanes; beregnes forskjellen, er den likevel mindre enn tallene umiddelbart kan gi inntrykk av (se note foran).
- 38 Lødrup: Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 8. Ved at Katrine Bråtane er lammet i både armer og ben, er hun *tetraplegiker*. Dette gjør henne særdeles mindre selvhjulpen enn en *paraplegiker*, det vil si en som har «dobbeltsidig total lammelse, oftest av begge ben og nedre del av kroppen», jf. Kåss (red): Medisinsk ordbok, s. 242. Maria Stokstad er et eksempel på en paraplegiker. Funksjonsforskjellen beskrives slik i Holt herredsretts dom (1999): «Det vises til... uttalelse fra dr. Hjeltnes, om at det er større forskjell mellom Katrine Bråtane og Marie [skal være Maria] Stokstad enn mellom Marie Stokstad og en funksjonsfrisk person.»

- (dommens s. 27) Høyesteretts restriktive syn på fradragsadgangen i Bråtane-dommen, må ses i lys av disse faktiske forskjellene fra saksforholdet i Stokstad-dommen.
- 39 Om forholdsmessighetsbetraktninger i erstatningsretten, se bl.a. Nygaard «Utviklingstrekk i skadebotretten» Jussens Venner 1997 s. 267-284. Han knytter balansesynspunktet til ordet «rimelig»: «[O]rdet 'rimeleg' [kan] bety balansert, eller balanse til begge sider. Balansealternativet kjem til uttrykk i Skoland-dommen ved at utgiftene måtte stå 'i et rimelig forhold til det som kan oppnås.' Men kva som kan 'oppnås' vil dels vera eit rettspolitisk spørsmål, som går på verdipremisser eller verdival som grunnlag for dei rettslege normer som skal gjelda for utmålinga. Balansespørsmålet vil her stå mellom omsynet til innsatsen ved hjelpetiltaket og omsynet til skadelidnes livskvalitet.» (på s. 278) Sml. Nygaards synspunkt om at «[s]tørre kostnader, som ombygging eller innreieing av huset for å imøtekoma skadelidnes funksjonelle behov i det daglege, må vera nødvendige i den forstand at tiltaka ligg innan naturlege nøkterne rammer. Tilsvarende vurdering vil måtte leggjast til grunn også når det gjeld utgifter til stell og pleie.» Nygaard fremhever samtidig at en «overordna rettesnor bør formulerast ut frå skadelidnes behov for eit så fullverdig liv som mogleg. Dvs. dekning av utgifter til slike tiltak at skadelidne får ein så fullverdig medisinsk funksjon som mogleg, i det omfang han sjølv er i stand til å ta imot og nyttiggjera seg tiltaka. Tiltaka må som nemnt liggja innan naturleg nøkterne rammer. Det er dette som vil vera full skadebot i desse tilfella.» (op.cit. s. 94)
- 40 Det er behov for en *dypere og bredere* analyse av nytteprinsippet, hvor dette vurderes i forhold til sentrale erstatningsrettslige prinsipper som «full erstatning». I en nærmere analyse er det videre av interesse å kartlegge og vurdere nytteprinsipper i andre deler av erstatningsretten, som for eksempel ved fastsettelse av øvrige typer merutgifter, menerstatning, oppreisning og inntektstapserstatning. Nærmere om dette kommer i den utdypende artikkelen.
- 41 Av eldre rettspraksis nevnes Rt-1936-329 Halset-dommen. Se byrettens argumentasjonslinje (inntatt på s. 334) som Høyesterett i det vesentlige sluttet seg til.
- 42 Nyttiggjøringskriteriet kan derfor systematisk plasseres som *både* en vilkårs- og utmålingsnorm. Vilårsaspektet ses ved at reglene anviser (ytterligere) *betingelser* for erstatning. Utmålingspreget fremgår ved at retningslinjen presiserer *omfanget* av erstatningsvernet. Sml. Lødrup: Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 8: «Evnens til å nyttiggjøre seg erstatningen sto ... helt sentralt både ved *avgrensningen* av erstatningens omfang og som et moment ved den konkrete *utmåling*.» Tilsvarende begrepsforskjeller er beskrevet av bl.a. Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt s. 27-28.
- 43 Sml. Lødrup: Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 8: «Evnens til å nyttiggjøre seg erstatningen sto ... *helt sentralt* både ved avgrensningen av erstatningens omfang og som et moment ved den konkrete utmåling.»
- 44 Ved sammenlikningen betraktes «dommen som et eksempel til etterfølgelse i fremtidige saker av lignende art. Avgjørende er om det er tilstrekkelig stor likhet mellom fakta i sak nr. 1 og sak nr. 2. Noe bestemt kriterium på *hvor* stor likhet det må være mellom sakene, forsøker man som regel ikke å stille opp. Man baserer seg på en skjønnsmessig vurdering. Ofte anlegges det synspunkt at det ikke er spørsmål om et enten eller, men at dommens vekt som argument gradvis avtar jo mer fakta fjerner seg fra hverandre.», jf. Eckhoff: Rettskildelære s. 165-166 (kursivering i original). Sml. Nygaard: Aktløysevurderinga s. 33-34.
- 45 Det formallogiske likhetsprinsippet ligger til grunn for at like tilfeller skal behandles likt, jf. bla. Baune: Forskjellsbehandlings logikk. For en mer populærvitenskapelig tilnærming til Baunes avanserte resonnerer, jf. eksempelvis Sjaastad: Symposiet i Kardemommebakkeskogen, især s. 44-45. Om slike likhetsbetraktninger, jf. også Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt, s. 284: «Eit grunnleggjande rettskildemessig prinsipp er at like tilfelle skal dømast likt».
- 46 Sml. Tørum «Konsekvens i formueretten» Jussens Venner 2002 s. 314-339, som generell, hevder at «hensynet til konsekvens må ... ofte konkurrere med andre såkalte reelle hensyn og andre rettskildedefaktorer, og det er ofte vanskelig å avgjøre hvor stor vekt de bør tillegges i den enkelte sak.» (s. 314) Spenningsforholdet mellom prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten behandles også av Askeland «Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten» i «Nybrott og odling», Festskrift til Nils Nygaard, s. 23-34.
- 47 Nyere underrettspraksis (2003) kan indikere et *vidt* anvendelsesområde for nyttemomentet, idet prinsippet synes lagt til grunn også hvor skadelidte har omfattende kognitive skader, jf. bl.a. Fiskerstrand-dommen, Fættens-dommen og Flesjå-dommen. Av nyere praksis fra Pasientskadenemnda nevnes vedtak av 12. januar 2004 (sak nr. N2003/0470 (PSN-2003-470)) og vedtak av 5. september 2003 (sak nr. N2003/0457 PSN-2003-457)). Ut fra den differansebetraktningen som prinsippet om full erstatning gir anvisning på, kan det tenkes anført følgende konkurrerende argumentasjonslinje: *Nettopp* hvor skadelidte har atskillig svekket, men ikke bortfalt nytteevne, må denne tilkjennes betydelig supplementsytelse for å kunne dra nytte av erstatningen (så langt det er mulig); i motsatt fall vil ikke erstatningen kunne stille skadelidte i samme situasjon som om skaden ikke hadde skjedd. En slik sammenkobling mellom nytteprinsippet og prinsippet om full erstatning, viser at logiske (kausalt)betraktninger også kan inngå i argumentasjon for at disse skadelidte bør tilkjennes *høy(ere)* erstatning. Argumentasjon i denne retning kan antydes i Flesjå-dommen (2003). Tingrettens vurdering kan ses som en toledds-argumentasjon. Først fremheves det at funksjonssvekkelsene tilsier *begrensinger* i pleie- og omsorgserstatningen: «Trond Flesjå har en så alvorlig hjerne skade og et så redusert funksjonsnivå at det i begrenset utstrekning kan bli snakk om ytelser som gir mer selvstendighet og uavhengighet.» (dommens s. 11) Deretter fremføres funksjonsbegrensningene som et argument *for* erstatning: «Trond Flesjås fysiske funksjonshemming og mangel på språk *skaper imidlertid et særlig behov for stimulering.*» (samme side) Dommen viser etter min mening et av nyttemomentets «indre spenningsforhold», ved at det kan trekke i ulike retninger ved anvendelse på samme faktum.
- 48 Sml. Nygaard «Utviklingstrekk i skadebotretten» Jussens Venner 1997 s. 267-284, på s. 267: «[S]kadebotretten [har] nær tilknytning til rettskjensle og rettferdstanke blant folk flest.» I samme retning Holgersen, som fremhever at det overordnede prinsippet om full erstatning for det individuelle tapet «må defineres slik at det samsvarer best mulig med den generelle rettferdighetsfølelse blant folk flest, ...» (Holgersen «Standardisert erstatning ved personskade - lik erstatning for ulikt tap?») Lov og Rett 1991 s. 515-536, på s. 536) Tilsvarende synspunkter reflekteres i rettspraksis. Høyesterett har i flere sammenhenger supplert tradisjonell erstatningsrett ut fra liknende verdibetraktninger. Rt-1999-203 Steriliseringsdommen er illustrerende, selv om saksforholdet er spesielt. Vurderingstemaet var om mislykket sterilisering ga rett til erstatning. Høyesterett besvarte retts spørsmålet benektende, og fremhevet at «avgjørelsen langt på vei [beror] på et *verdivalg*. Det er tale om en interesse som etter min mening ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål.» (s. 207) Sml. Hagstrøms domsotale i Nytt i privatretten 1999 nr. 1 s. 6, hvor han hevder at erstatningsrettens grenser «ikke kan fastlegges etter rene rasjonelle og logiske betraktninger, men i siste instans må bero på et verdivalg».
- 49 Tilsvarende syn legges til grunn i bl.a. Bjørnsen-dommen (1999). Retten formulerer synspunktet slik: «Selv om Bjørnsen ikke blir

varig forbedret av behandlingene, legger lagmannsretten til grunn at hun oppnår en midlertidig lindring av smerter og forbedring av funksjonsdyktighet som slår positivt ut i det daglige arbeid.» (dommens s. 6)

- 50 Sml. Lødrup: Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 8: «Mer kommer det nok inn at hennes studier og fremtidskarrieren trekker utgiftsbehovet opp. Det var således ytelsesformen personlig assistanse som 'mest mulig' kunne sikre 'Katrine Bråtane et mest mulig fullverdig liv.'»
- 51 I samme retning Kjønsstad i domsamtalen av Rt-1981-138 Sevaldsen-dommen. I vurderingen av Høyesteretts utmåling av erstatningen for inntektstapet, hevder han at «[d]et foretas her ... ingen tallmessig berekning av tapet. Høyesterett viser heller ikke hvor langt man med berekninger kan komme ved å bygge på de relativt sikre forutsetninger og prinsipper. De prinsipper som Høyesterett oppstiller for erstatningsutmålingen, blir altså ikke vist anvendt i dommen.» (Kjønsstad «En høyesterettsdom med millionerstatning ved personskade (Rt-1981-138 - Sevaldsen)» Lov og Rett 1982 s. 3-29, på s. 22. Tilsvarende angir han at Høyesterett ved utmåling av merutgiftserstatningen «på flere punkter burde ... antyde de tallmessige berekningene av erstatningsbeløpene.» (Kjønsstad op.cit. s. 29) Lilleholt synes generelt kritisk til den typen argumentasjon som etter min mening reflekteres i Bråtane-dommen, idet han hevder at «det er heller ikke nødvendig med lange teoretiske utgreiingar utan at dei kastar lys over saka» (Lilleholt «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra» Tidsskrift for Rettsvitenskap 2002 s. 62-75, på s. 74. Denne siden av Bråtane-dommen kommenteres nærmere i punkt 7.
- 52 Jøsang «Skadebot for utgifter. Rott-dommen i Rt-1999-1967» Lov og Rett 2001 s. 376-378, (LoR 2001 s 376) på s. 377.
- 53 Lødrup: Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 8.
- 54 Dersom det er skjedd en viss nedbygging av den domstolsskapte strukturen med hovedregel og unntak, kan dette forenkle selve regelstrukturen. Men hvis de samme modifikasjonene overflyttes til og hensyntas i skjønnsutøvelsen under hovedregelen, oppnås neppe forenkling av rettsanvendelsen. Grunnen er at «dekonstruksjonen» reduserer de «rettslige knaggene»/preferansene for utmålingen.
- 55 I samme retning Nygaard: Skade og ansvar s. 92.
- 56 *Obiter dictum* er en uttalelse som ikke er avgjørende for resultatet i rettsavgjørelsen, jf. bl.a. Eckhoff: Rettskildelære s. 172 og Fleischer: Rettskilder og juridisk metode s. 189-190.
- 57 Jf. bl.a. Fleischer: Rettskilder og juridisk metode s. 189-190; Boe: Innføring i juss - juridisk tenkning og rettskildelære s. 259 og Torvund: Å studere jus - innføring i privatrett grunnfag s. 242, samt mer forutsetningsvis Eckhoff: Rettskildelære s. 172.
- 58 Om tilstøtende og beslektete problemstillinger, jf. bl.a. Boe «Subsumsjonsdom» Lov og Rett 2002 s. 259-294, med henvisninger.
- 59 Høyesterett har ingen åpen og uttalt rettskildetilnærming ved vurderingen av spørsmålet om rettslig klageinteresse. Doktrinen beskrivelser av normen har ofte et kasuistisk preg. Bråtane-dommen kan bidra som eksempel/type tilfelle, og på den måten gi ytterligere preferanser for tolkningen.
- 60 Skadelidtes plikt til å uttømme velferdstilbudet er et kasuistisk utslag av tapsbegrensningsplikten, og formuleres slik i Rt-2003-1358 Psykolog-dommen: «Skadelidte har en generell plikt til å begrense sitt tap. Det må følge av dette at han, så langt mulig, benytter offentlige - refusjonsberettigede - helsetilbud.» (avsnitt 44)
- 61 Reglene om fadderordning er hjemlet i lov om folketrygd 28. februar 1997 nr. 19 § 11-8, jf. forskrift om ytelser under yrkesrettet attføring av 11. september 2001 nr. 1079 § 2-2.
- 62 Det er begrenset antall rettsavgjørelser om pleie- og omsorgsutgifter etter Bråtane-dommen. En empirisk nivåundersøkelse kan per i dag foranledige metodeproblemer, for eksempel knyttet til representativitet og mulighet for generaliseringer.
- 63 Prinsipielt gjelder det samme hvor erstatningsbeløpene er like i to eller flere dommer. Ett eksempel: I Rt-1993-1547 Skoland-dommen ble skadelidte tilkjent 80 000 kroner (72 000 kroner etter fratrekk av hjelpestønad), mens skadelidte i Rt-1999-1967 Rott-dommen ble tilkjent 80 000 kroner (ca 70 000 kroner etter fratrekk av hjelpestønad) i merutgiftserstatning til dekning av pleie- og omsorgsutgifter. Det ses for illustrasjonens skyld bort fra endringer i kroneverdien. I dommene anvendes likelydende utmålingsprinsipper, og det tilkjennes beløpmessig nokså lik pleie- og omsorgserstatning. Regel- og beløpslikhetene tilsier at Rott-dommen ikke innebar noen endring av erstatningsnivået. Rettes fokus på saksforholdet, vil denne oppfatningen kunne endres: Mens Høyesterett i Rott-dommen forutsatte at det offentlige ytelsesomfanget vil øke (se især s. 1976-1977), fins ingen til svarende klare synspunkter i Skoland-dommen. Prinsippet om at erstatningen supplerer offentlige ytelser, tilsier at økt offentlig ytelsesnivå med fører lavere supplement/erstatning. Når Høyesterett i Rott-dommen likevel utmåler beløpmessig tilnærmet samme erstatning, kan det spørres om supplementsnivået har økt.
- 64 Begrepene «faktapremisser» og «normpremisses» er så vidt jeg vet ikke benyttet i rettskildelæren. Termene er basert på en sammenkobling av logikkens og rettskildelærens begreper, og kan kanskje være et bidrag for å beskrive juridiske argumentasjonsmønstre.
- 65 Kjernen i måleproblemet er at størrelsene som må sammenliknes, ikke fullt ut er sammenliknbare. Forutsetningen om en «fellesnevner» kan synes banal, men foranlediger ofte vanskelige metodespørsmål ved komparative undersøkelser. Om domssammenlikninger uttaler Fleischer: «Det store problem ved sammenlikning av faktum i det nye og det gamle tilfelle - parallelltolkningen - er naturligvis om tilfellene har de samme relevante egenskaper.» (Fleischer «Anvendelse og fortolkning av dommer» Jussens Venner 1965 s. 146-208 (på s. 183, utheving i original) Om problemer med å tolke (herunder verifisere) argumentasjons- og vurderingsmønstre i domspraksis hvor retten foretar domspolitiske avveininger, jf. også Nygaard: Aktløysevurderinga s. 37 f.
- 66 Også Lødrup synes noe reservert: «Har denne saken flyttet grenser? På bak grunn av at erstatningsutmålingen skal være individuell, reflekterer beløpet etter mitt syn at hennes helt spesielle situasjon gjorde at utgiftene ble store. ... Den erstatningsutmåling som ble resultatet, var således i høyeste grad konkret, slik en erstatningsutmåling vanligvis er. Det er jo det individuelle tap for den enkelte skadelidte som er skjønnsstemaet.» (Lødrup: Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 7)
- 67 Lødrup: Nytt i privatretten 2003 nr. 1 s. 7-9, på s. 8.
- 68 Denne foreneligheten fremkommer etter mitt syn også i Fætten-dommen (2003): «[Det] må ... skje en konkret vurdering i hennes sak, men ... også tas hensyn til erstatningsnivået i saker for trafikkskade, som Høyesterett tidligere har avgjort.» (dommens side

- 23) Det at erstatningen må utmåles skjønnsmessig, angis uttrykkelig i Bråtane-dommen: «Resultatet i saker som denne må .. bygge på *store elementer av skjønn.*» (s. 1442)
- 69 Lødrup «Personskadekrav hvor skadelidte ikke kan gjøre seg nytte av kompensasjonen p.g.a. død eller andre forhold», Festskrift til Rolv Ryssdal, s. 573-585.
- 70 Synspunktene er forfektet i senere arbeider, jf. bl.a. Smith «Domspremissenes omfang, formulering og prejudikatsverdi» Juristen 2001 s. 70-74. Av dommere som inntar tilsvarende synspunkter som Smith, kan nevnes Skoghøy «Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk» Lov og Rett 1996 s. 209-210 og Aasland «Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis» Jussens Venner 2000 s. 157-179, på s. 176 f. I motsatt retning er bl.a. Lilleholt, som hevder at «Høgsterett bør legges til grunn at rettens viktigaste oppgave er å avgjere konkrete saker, ikke å trekkje opp retningsliner for framtida.» (Lilleholt «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra» Tidsskrift for Rettsvitenskap 2002 s. 62-75, på s. 75.
- 71 Jf. bl.a. Eckhoff: Rettskildelære s. 172 og Fleischer: Rettskilder og juridisk metode s. 190.
- 72 Askeland «Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten» i «Nybrott og odling», Festskrift til Nils Nygaard, s. 23-34, på s. 27.
- 73 Askeland «Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten» i «Nybrott og odling», Festskrift til Nils Nygaard, s. 23-34, på s. 23 (kursivering i original).
- 74 Problemstillingen om Høyesterett er blitt for pragmatiske, er mer generelt behandlet av Tørum «Konsekvens i formueretten» Jussens Venner 2002 s. 314-339.