

Konstateringstidspunktet etter yrkesskedeforsikringsloven

- *En analyse av ysfl. §§ 5 og 21*

Kandidatnummer: 81

Antall ord: 12794



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06. 2017

1	INNLEDNING	2
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	2
1.1.1	<i>Aktualitet</i>	3
1.1.2	<i>Avgrensninger</i>	4
1.1.3	<i>Oppbygning av oppgaven</i>	4
1.2	METODISKE SPØRSMÅL	5
2	ANALYSE AV YSFL. § 21	7
2.1	HVA REGULERER YSFL. § 21?	7
2.2	DET NÆRMERE INNHOLDET AV KONSTATERINGSBEGREPET I YSFL. § 21	8
2.2.1	<i>Noen utgangspunkter</i>	8
2.2.2	<i>Betydning av en leges diagnose og subjektive kunnskap</i>	9
2.2.3	<i>Legen har stilt feil diagnose</i>	12
2.2.4	<i>Kort oppsummering</i>	13
2.3	SÆRSKILTE SPØRSMÅL	13
2.3.1	<i>Skadelidte har ikke grunnlag for å fremme krav</i>	13
2.3.2	<i>Krav til kunnskap om årsakssammenheng</i>	16
2.3.3	<i>Forverring og følgeskader</i>	18
2.4	TYPETILFELLE	25
2.4.1	<i>Et eksempel - Spredning av kreft</i>	25
3	ANALYSE AV YSFL. § 5	28
3.1	HVA REGULERER YSFL. § 5?	28
3.2	DET NÆRMERE RETTSLIGE INNHOLDET AV KONSTATERINGSBEGREPET ETTER YSFL. § 5	29
3.2.1	<i>Bokstav a</i>	29
3.2.2	<i>Bokstav b</i>	30
3.2.3	<i>Bokstav c</i>	35
3.3	TYPETILFELLE	36
3.3.1	<i>Et eksempel – Arbeidsulykker</i>	36
4	AVSLUTNING	38
4.1	LIKHETER OG FORSKJELLER	38
4.1.1	<i>Likheter</i>	38
4.1.2	<i>Forskjeller</i>	39
4.2	SLUTTORD	39
5	LITTERATURLISTE	41

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er adgangen til yrkesskadeerstatning etter lov om yrkesskadeforsikring 1989. Dersom en arbeidstaker blir utsatt for skader eller sykdommer i forbindelse med arbeidet, har den skadelidte arbeidstakeren krav på erstatning fra arbeidsgivers forsikringsselskap jf. ysfl. § 5 annet ledd første punktum. Av bestemmelsen fremgår det at det er forsikringsgiveren som arbeidsgiveren har når skaden eller sykdommen blir ”konstatert” som er ansvarlig. Skader eller sykdommer som er ”konstatert” før lovens ikrafttredelse er ikke dekket jf. ysfl. § 21. Ysfl. § 21 regulerer således hvorvidt en skade eller sykdom er omfattet av loven eller ikke. Innholdet i og forståelsen av konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5 og § 21 må tolkes uavhengig av hverandre.¹

Hovedspørsmålet som oppgaven reiser er: *når er en skade eller sykdom konstatert etter ysfl. § 5 og § 21*. Ved forståelsen av de to konstateringsbegrepene, reises også en rekke underproblemstillinger som oppgaven vil ta stilling til.

Historikk

Arbeidstakers vern var før ikrafttredelsen av ysfl. svært begrenset. Dersom man skulle få dekket sitt tap, var skadelidte nødt til å fremme et direkte krav mot arbeidsgiveren eller kollegaer på bakgrunn av alminnelige erstatningsrettslige regler. Skadelidte måtte da kunne påvise at arbeidsgiveren eller den ansatte hadde opptrådt uaktsomt, noe som var utfordrende.² Et direkte krav ville også kunne bidra til konflikter på arbeidsplassen. I tillegg ville en slik sak ofte medføre store påkjenninger for partene i saken.³

Under industrialiseringen ble det økt fokus på å bedre arbeidstakers vern. Bakgrunnen for en slik endring var at det fulgte større risiko for skader og sykdommer ved arbeidet i fabrikk enn ved arbeid på bondegården.⁴ Til tross for endringene som fulgte med industrialiseringen, ga

¹ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 91.

² Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 11.

³ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 6.

⁴ NOU 1988:6 s. 12.

gjeldende ordning bare full kompensasjon i et fåtall tilfelle.⁵ Flere arbeidstakere var dekket gjennom såkalte frivillige forsikringsordninger, noe som ga de god dekning ved siden av sykepengeordningen. Det var ikke alle i arbeidslivet som hadde klart å forhandle frem en slik forsikringsordning, noe som gjorde at enkelte arbeidstakere stilte sterkere enn andre.⁶ Det var på bakgrunn av dette at ysfl. ble vedtatt i 1989.

Historien har vist at det har oppstått en del konflikter rundt konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5 og § 21. Rettskildene omkring disse bestemmelsene gir en viss veiledning om når en skade eller sykdom er konstatert. Rettspraksis viser at det kan oppstå vanskelige grensetilfeller. Det er bakgrunnen for at jeg har valgt å skrive en oppgave med fokus på konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5 og § 21.

1.1.1 Aktualitet

Tema og problemstillingen har betydning for arbeidstakere, arbeidsgivere og forsikringsselskap. De fleste vil tilbringe store deler av sitt liv på en arbeidsplass. Derfor er temaet av interesse for en stor del av landets befolkning. Mange skader og sykdommer skjer i forbindelse med arbeidet. En arbeidstaker vil kunne utsettes for en særlig og nødvendig risiko i arbeidsgivers og samfunnets interesse.⁷ Yrkesskedeforsikringsloven skal verne arbeidstakerne slik at de får dekket tap de lider som følge av arbeidet. I denne sammenheng utgjør ysfl. § 5 og § 21 en sentral rolle. Det avgjørende etter disse to bestemmelsene er når skaden eller sykdommen er ”konstatert”, altså *konstateringstidspunktet*. Derfor har jeg valgt å rette hovedfokuset i analysen på konstateringsbegrepet etter ysfl. § 5 og § 21.

Etter at ysfl. trådte i kraft 1.januar 1990, har Høyesterett drøftet problemstillinger knyttet til konstateringstidspunktet etter ysfl §§ 5 og 21 ved flere anledninger. Temaet er viet lite oppmerksomhet i juridisk litteratur. I boken ”Yrkesskade” (2003) gir Skårberg og Reusch en kort fremstilling av konstateringsproblematikken. Høyesterett har siden 2003 drøftet og avgjort hele 4 avgjørelser om konstateringstidspunktet. Narvland (2010) gir en kort gjennomgang av Rt. 2009 s. 1427 (Tinnitus-dommen), mens Per Racin Fosmark har skrevet merknader på lovdata (2013) (2016) om henholdsvis Rt. 2013 s. 1311 og HR-2016-293-A. Foruten dette, er det skrevet lite om disse avgjørelsene. Derfor er det på tide at det gis en

⁵ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 5.

⁶ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 41.

⁷ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 5.

oppdatering basert på de nye dommene. Med ny rettspraksis følger det også nye problemstillinger som ennå ikke har vært drøftet og vurdert i den juridiske litteraturen. Jeg ser det derfor som viktig at disse problemstillingene blir drøftet nærmere. Min motivasjon for arbeidet har vært å sørge for at rettstilstanden omkring konstateringsproblematikken skal bli best mulig avklart.

1.1.2 Avgrensninger

Oppgaven tar sikte på å dekke de mest praktiske problemstillinger knyttet til konstateringstidspunktet etter både ysfl. §§ 5 og 21. Derfor har jeg tatt utgangspunkt i de problemstillingene som har vært oppe for domstolene. Når det gjelder ysfl. § 5, vil en skade eller sykdom være konstatert når et av de alternative vilkårene i annet ledd bokstav a – c er oppfylt. I praksis er det særlig bokstav b som er mest relevant. Det er bakgrunnen for at bokstav b er viet mer oppmerksomhet i forhold til bokstav a og c.

1.1.3 Oppbygning av oppgaven

Oppgaven innledes med en kort redegjørelse av metodiske spørsmål. I hoveddelen tar jeg for meg innholdet i og forståelsen av konstateringsbegrepet i ysfl. §§ 5 og 21. Her vil jeg først se nærmere på den generelle forståelsen av konstateringsbegrepet. Deretter vil jeg ta stilling til særskilte spørsmål og ulike typetilfeller.

Ysfl. §§ 5 og 21 dekker ulike forhold og må tolkes uavhengig av hverandre.⁸ Derfor har det vært mest hensiktsmessig å behandle ysfl. §§ 5 og 21 hver for seg. Videre har jeg valgt behandle ysfl. § 21 først. Begrunnelsen for dette er at ysfl. § 21 er avgjørende for om et tilfelle faller innenfor eller utenfor loven. Når det gjelder vurderingen av konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5, er det allerede klart at tilfelle er dekket av loven. Dersom en skade eller sykdom er konstatert før lovens ikrafttredelse, er det ikke nødvendig å foreta en drøftelse av ysfl. § 21. Avslutningsvis gis en kort oppsummering av likhetene og forskjellene mellom konstateringstidspunktet etter ysfl. §§ 5 og 21.

⁸ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 91.

1.2 Metodiske spørsmål

Oppgaven bygger på alminnelig juridisk metode, hvor lovtekst, forarbeider og rettspraksis vil utgjøre en sentral rolle. I ysfl. § 5 annet ledd bokstav a – c har lovgiver gitt en nøyaktig beskrivelse av hva som ligger i uttrykket ”konstatert”. En tilsvarende beskrivelse er ikke gitt etter ysfl. § 21. Derfor har jeg ved tolkning av konstateringsbegrepet etter ysfl. § 5 vært mer bundet av lovtekst og forarbeider enn ved ysfl. § 21. Jeg har også ved tolkning av ysfl. § 21 tatt utgangspunkt i lovtekst og forarbeider. Lovtekst og forarbeidene regulerer likevel ikke alle de ulike problemstillingene jeg har tatt stilling til. Derfor har rettspraksis hatt stor vekt ved analyse av disse tilfellene. Det er hovedsakelig rettspraksis fra Høyesterett som har hatt avgjørende vekt, men jeg har også tatt for meg dommer fra underliggende instanser.

Bakgrunnen for dette er for det første at jeg gjennom å se hen til avgjørelser i underliggende domstoler har funnet aktuelle problemstillinger som ikke har vært behandlet i Høyesterett.

Spørsmål som knytter seg til spredning av kreft er et eksempel på et slikt tilfelle.

Problemstillingen er bare behandlet i lagmannsretten. For det andre har jeg benyttet underrettspraksis til å illustrerer endringer i rettstilstanden. Jeg har for eksempel tatt stilling til om underrettspraksis ville blitt behandlet annerledes dersom retten hadde kjent til den nye rettspraksisen.

Både lovens hensyn og hensynene som gjør seg gjeldende ved ysfl. §§ 5 og 21 vil ha betydning ved drøftelsen av de ulike problemstillingene. I denne sammenheng har særlig hensynet til arbeidstakernes vern hatt stor betydning. Jeg har sett tilfeller hvor det har oppstått motstrid mellom rettskilder og lovens hensyn. Under drøftelsen av ysfl. § 5 taler for eksempel hensynet til arbeidstakernes vern mot å følge en lovtekst som klart taler i en retning. I slike situasjoner har jeg forsøkt å avklare det som framstår som motstridende som gjør seg gjeldende på en hensiktsmessig måte.

Jeg har også benytte bransjepraksis. Det er først og fremst ved forståelsen av konstateringsbegrepet etter ysfl. § 5 at bransjepraksis vil kunne ha stor vekt. Bestemmelsen regulerer ikke skadelidtes rettigheter, men bare ansvarfordelingen mellom forsikringsselskapene.⁹ Av hensyn til skadelidte må fordelingen av ansvaret skje på en effektiv måte.¹⁰ Ved arbeidsulykker har for eksempel forsikringsselskapene praktisert ulykkestidspunktet som det avgjørende for når en skade eller sykdom er konstatert. Her er

⁹ Skårberg og Reusch (2003) s. 42.

¹⁰ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 69.

praksisen i strid med ordlyden og forarbeidene. I slike tilfeller vil bransjepraksis best ivareta de hensyn som gjør seg gjeldende etter ysfl. § 5, og da særlig effektivitetshensynet og hensynet til arbeidstakernes vern.

2 Analyse av ysfl. § 21

2.1 Hva regulerer ysfl. § 21?

Yrkesskedeforsikringsloven § 21 regulerer hvorvidt en skade eller sykdom er omfattet av loven eller ikke. Bestemmelsen er således en overgangsregel.¹¹ I denne sammenheng utgjør konstateringstidspunktet en avgjørende rolle. Skader eller sykdommer som er ”konstatert” før lovens ikrafttredelse er ikke dekket. Det avgjørende er dermed ikke når skaden eller sykdommen faktisk inntraff, men tidspunktet da skaden eller sykdommen ble konstatert. Et illustrerende eksempel er arbeidsulykker. Her er det ikke tidspunktet for arbeidsulykken som er det avgjørende, men når konsekvensene av arbeidsulykken ble kjent. Bestemmelsen bygger derfor på et skadevirkningsprinsipp.

Når det er konstateringstidspunktet som er det avgjørende etter ysfl. § 21, innebærer det at bestemmelsen også regulerer tilfeller hvor skader eller sykdommer er forårsaket før lovens ikrafttredelse. Forutsetningen er at lidelsen ikke er konstatert før loven trådte i kraft.¹²

Videre regulerer ysfl. § 21 bare tilfeller hvor skadelidte har vært i arbeid etter 1.januar 1990 jf. Rt. 1999 s. 895 (Tollefsen-dommen). Saken gjaldt et krav fra en skadelidt arbeidstaker, men hvor arbeidsforholdet var opphørt da ysfl. trådte i kraft. Høyesterett kom frem til at en arbeidstaker som ikke har vært i arbeid etter lovens ikrafttredelse, ikke er dekket av ysfl.. I begrunnelsen la Høyesterett vekt på at det var først etter at loven trådte i kraft at det ble lovpålagt plikt for arbeidsgiveren til å tegne en yrkesskedeforsikring (Rt. 1999 s. 895 og s. 899).

¹¹ Henstein, Jarl R. Dato: 13.10.15.

¹² Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 91.

2.2 Det nærmere innholdet av konstateringsbegrepet i ysfl. § 21

2.2.1 Noen utgangspunkter

Lovteksten gir ingen nærmere veiledning om hva som ligger i ordet ”konstatert”. At noe er ”konstatert” tilsier etter en naturlig språklig forståelse at en skade eller sykdom er fastslått. Ifølge språkrådet vil det å konstatere innebære å slå fast på grunnlag av kjensgjerninger.¹³

Språkrådets tilnærming samsvarer ikke helt med Høyesteretts fortolkning av ordet ”konstatert” i Rt. 2000 s. 70 (Iversen-dommen). Dommen gjaldt fortolkning og anvendelse av konstateringsbegrepet i ysfl. § 21. En arbeidstaker hadde i 1955-1990 som gulvlegger fått varig løsemiddelskade som følge av bruk av lim med flyktige løsemidler. Ifølge Høyesterett betyr konstatering etter en vanlig språklig forståelse at ”skade eller sykdom er fastslått som en kjensgjerning” jf. s. 77.

At noe er ”fastslått som en kjensgjerning” vil si at noe er fastslått på grunnlag av bevis.¹⁴ Det må altså være bevis som gir grunnlag for å si at det foreligger en skade eller sykdom. Et typisk bevis vil være symptomer eller opplysninger gitt av helsepersonell. En skade eller sykdom vil ifølge dette være fastslått som en kjensgjerning dersom lidelsen kan begrunnes på bakgrunn av symptomer eller opplysninger gitt av helsepersonell.

Etter forarbeidene er det avgjørende om skadelidte ”har oppdaget skaden”.¹⁵ Skadelidte må derfor selv være kjent med skaden eller sykdommen. Utgangspunktet er at lidelsen ikke er konstatert dersom skadelidte ikke selv har oppdaget skaden eller sykdommen. Derfor er det ikke tilstrekkelig at lidelsen er konstatert av andre.

Så langt kan det slutes at en skade eller sykdom er konstatert på det tidspunktet skadelidte har oppdaget skaden eller sykdommen på grunnlag av sikre symptomer eller opplysninger. Jeg vil videre ta stilling til hva som skal til for at en skade eller sykdom er oppdaget eller fastslått som en kjensgjerning.

¹³ Sprakradet.no: <http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?&begge=+&OPP=konstatert> 18.04.17 (10:55)

¹⁴ Sprakradet.no: www.sprakradet.no <http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?&begge=+&OPP=kjensgjerning>
Dato: 18.04.17 (11.00).

¹⁵ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 91.

Ifølge Høyesterett må det være ”rimelig klart at skaden eller sykdommen er påvist” (Rt. 2000 s. 77 s. 77 (Iversen-dommen)). Høyesteretts oppfatning tilsier at skadelidte må være noenlunde sikker på at han eller hun er rammet av en skade eller sykdom. Derfor skal det en del til før en skade eller sykdom er konstatert.

Det følger videre av dommen at ”en mer eller mindre begrunnet mistanke kan ikke likestilles med at skadelidte har oppdaget skaden” jf. Rt. 2000 s. 70 s. 77. Det gir en anvisning på at det må foreligge forhold som kan begrunne mistanken om en skade eller sykdom. At skadelidte må kunne begrunne mistanken, viser at det er en viss terskel for at en skade eller sykdom skal anses konstatert etter ysfl. § 21.

Uttalelsene fra Høyesterett gir videre en anvisning på en aktsomhetsplikt. I noen tilfeller kan det derfor vurderes om hvorvidt skadelidte burde ha oppdaget skaden eller sykdommen. Skadelidte må altså ha gjort det som kan forventes for at man skal ha oppdaget skaden. Dersom det for eksempel foreligger klare symptomer, men skadelidte unnlater å undersøke dette nærmere, har skadelidte ikke opptrådt aktsomt.

Med vekt på rettspraksis er det klart at det skal en del til før en skade eller sykdom er fastslått som en kjensgjerning etter ysfl. § 21. Skadelidte må være noenlunde sikker på at det foreligger en skade eller sykdom. Videre må mistanken bygges på konstaterbare forhold som kan begrunne skadelidtes oppfatning. Skadelidte har også en aktsomhetsplikt.

Kort oppsummert kan det sies at noe er ”konstatert” etter ysfl. § 21 innebærer at en skade eller sykdom er ”fastslått som en kjensgjerning”. En skade eller sykdom er fastslått som en kjensgjerning når skadelidte har oppdaget eller burde ha oppdaget skaden eller sykdommen på grunnlag av sikre symptomer eller opplysninger. Videre må skadelidte være rimelig sikker på at det foreligger en skade eller sykdom. For at skadelidte skal være sikker, må mistanken kunne begrunnes på bakgrunn av konstaterbare forhold/kunnskap. Dette viser at det foreligger en viss terskel for at en skade eller sykdom er konstatert etter ysfl. § 21.

2.2.2 Betydning av en leges diagnose og subjektive kunnskap

Fremstillingen så langt viser at skadelidte må kunne begrunne mistanken gjennom positive konstaterbare forhold eller kunnskap. Det innebærer at det må foreligge klare symptomer eller opplysninger om en skade eller sykdom. Under dette delkapittelet vil jeg se nærmere på betydningen av en leges diagnose og skadelidtes subjektive kunnskap, herunder forholdet

mellom disse. Det sentrale er hvilke positive konstaterbare forhold eller kunnskap må foreligge for at en skade eller sykdom skal anses konstatert etter ysfl. § 21. Med kunnskap sikter jeg til momenter som begrunner skade eller sykdom. Jeg vil særlig drøfte spørsmålet om det foreligger krav om at en skade eller sykdom må være konstatert av en lege for at den skal anses konstatert etter ysfl. § 21.

Lovteksten gir liten veiledning omkring dette. Når lovgiver ikke har gitt et slikt krav i lovteksten, taler det for at det ikke foreligger et krav om at en skade eller sykdom må være konstatert av en lege.

Etter forarbeidene er det som nevnt avgjørende om ”skadelidte har oppdaget skaden”.¹⁶ Dersom skaden eller sykdommen er konstatert av en lege, vil skadelidte ha oppdaget skaden. Opplysninger gitt av en lege vil dermed kunne være av betydning, men ikke ha avgjørende vekt. Andre konstaterbare forhold vil også kunne gjøre at skadelidte oppdager skaden eller sykdommen. Forarbeidene taler for at det ikke foreligger et krav om at skaden eller sykdommen må være konstatert av en lege.

En slik tilnærming underbygges i Rt. 2000 s. 70 (Iversen-dommen). Ifølge Høyesterett kreves det ikke at skaden eller sykdommen er konstatert av en lege eller at det foreligger medisinsk diagnose (s. 78). Dommen er fulgt opp i senere rettspraksis, herunder Rt. 2000 s. 1338 (Løvlie-dommen). Saken gjaldt en billakkerer som hadde blitt påført løsemiddelskade. Skadelidte hadde hatt symptomer på løsemiddelskade i noen tid før 1990. Skaden ble likevel ansett å være konstatert etter at loven trådte i kraft.

På bakgrunn av Rt. 2000 s. 70 s. 78 kan det slutes at det ikke foreligger krav om at en skade eller sykdom må være konstatert av en lege for at konstatering skal ha funnet sted etter ysfl. § 21.

Spørsmålet er videre betydningen av subjektive kunnskap for at en skade eller sykdom skal anses konstatert. Her vil Rt. 2000 s. 70 og Rt. 2000 s. 1338 ha avgjørende vekt.

I Rt. 2000 s.70 var skadelidte rammet av varig løsemiddelskade. Høyesterett drøfter her forholdet mellom skadelidtes subjektive oppfatning og legevitenskapen (s. 79).

Forsikringsselskapet gjorde gjeldende at person A sin sykdom ble konstatert allerede i 1988

¹⁶ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 91.

da han ble sykemeldt på grunn av akutt løsemiddelforgiftning. De mente at A på dette tidspunktet ble klar over hans sykdom, og at den var fastslått som en kjensgjerning.

Høyesterett var ikke enige med selskapet. Av legeerklæringen og trygdekontorets brev fremgikk det at den akutte løsemiddelskaden kun var midlertidig og måtte anses opphørt senest ved friskmeldingen 12. september 1988. En slik akutt og forbigående skade, kunne ifølge Høyesterett ikke likestilles med en varig sykdom av samme årsak. A hadde ved flere anledninger vært rammet av forgiftninger. Derfor var det klart at han før 1990 hadde mistanke om at han var varig løsemiddelskadet. Legene og de medisinske sakkyndige hadde likevel ikke funnet grunnlag for å konstatere en slik skade. Når det gjelder skadelidtes oppfatning, utaler Høyesterett at (Rt. 2000 s. 70 s. 79):

”selv om A var av den oppfatning at han hadde en mer varig løsemiddelsykdom, så kan etter min mening ikke hans subjektive oppfatning om dette innebære en konstatering av sykdommen etter § 21”.

Høyesterett mener her at skadelidtes subjektive oppfatning ikke er nok. Det avgjørende for Høyesterett var at den medisinske ekspertise og trygdekontoret ikke fant symptomene tilstrekkelig til å stille diagnosen varig løsemiddelsykdom på dette tidspunktet (Rt. 2000 s. 70 s. 79). Skadelidtes oppfatning må derfor kunne begrunnes av andre konstaterbare forhold. Opplysninger gitt av en lege er et av flere eksempler på slike andre konstaterbare forhold. Når legevitenenskap har så avgjørende betydning for konstateringstidspunktet, tilsier det at øvrige opplysninger må være på samme nivå som opplysninger gitt av en lege.¹⁷ Det må altså være opplysninger med samme troverdighet og styrke.

En slik tilnærming underbygges av Rt. 2000 s. 1338 (Løvlie-dommen). Saken gjaldt en billakkerer som ble påført løsemiddelskade som følge av arbeid med løsemiddel. Løsemiddelskaden ble ansett for å være konstatert etter lovens ikrafttredelse. Det var heller ikke her tvilsomt at sykdommen hadde gitt seg utslag i klare sykdomssymptomer lenge før 1990. Symptomene var av en slik art at det for en legmann ville være vanskelige å oppdage og forstå at det var snakk om en varig løsemiddelsykdom. Da det var usikkerhet knyttet til konstateringstidspunktet, måtte man utvise en viss liberalitet i forhold til skadelidte.

På bakgrunn av forarbeidene og rettspraksis kan det legges til grunn at det ikke foreligger et krav om at en skade eller sykdom må være konstatert av en lege for at konstateringstidspunktet etter ysfl. § 21 er oppfylt. Skadelidtes oppfatning må imidlertid

¹⁷ Skårberg og Reusch (2003) s. 40.

bygge på positive konstaterbare forhold eller kunnskap som kan være av samme styrke som opplysninger gitt av en lege.¹⁸

2.2.3 Legen har stilt feil diagnose

Drøftelsen ovenfor viser at opplysninger gitt av lege vil kunne ha avgjørende betydning for konstateringstidspunktet. Hva om legen stiller helt uriktig diagnose og skadelidte bygger sin oppfatning på disse opplysningene? Her vil jeg drøfte om en skade eller sykdom er konstatert til tross for at skadelidte bygger på feilaktige opplysninger gitt av lege.

Loven skal ivareta arbeidstakernes vern. Derfor må man kunne forutsette at de opplysninger som begrunner skadelidtes mistanke er korrekte. Lovens formål taler for at skaden eller sykdommen ikke er konstatert etter ysfl. § 21 dersom skadelidte bygger på feilaktige opplysninger gitt av en lege.

Skade eller sykdom vil også kunne være konstatert dersom skadelidte bygger mistanken på andre forhold som er noenlunde like vektige som opplysninger gitt av lege, jf. punkt. 2.2.2. Dersom en lege har stilt feilaktig diagnose, må det i så fall foreligge andre opplysninger som kan begrunne skadelidtes mistanke.

En slik tilnærming hadde man i HR-2016-293-A. Saken gjaldt en tannhelsesekretær som hadde fått konstatert hjerneskade som følge av langvarig kvikksølveksponering. Høyesterett kom til at skaden ikke var konstatert før etter 1990. Når det gjelder tilfeller hvor skadelidte er stilt feilaktig diagnose, ble dette kommentert i avsnitt 33. Her kom Høyesterett til at dersom skadelidte har blitt stilt helt uriktig diagnose, kan man ikke konkludere med at den sykdommen skadelidte reelt sett led av er blitt konstatert. Skaden eller sykdommen vil derfor som utgangspunkt ikke være konstatert etter ysfl. § 21 når skadelidte bygger mistanke på feilaktig diagnose. Det må i så fall foreligge ganske sikre holdepunkter i en annen retning hvis man skal anse sykdommen konstatert.

Det kan etter dette legges til grunn at en skade eller sykdom ikke er konstatert etter ysfl. § 21 når en lege har stilt feilaktig diagnose og skadelidte har begrunnet mistanken på disse opplysninger.

¹⁸ Skårberg og Reusch (2003) s. 40.

Kort oppsummert kan det sies at legens vurderinger vil normalt være avgjørende. Dette gjelder om det har blitt stilt uriktig diagnose. Den egentlige sykdommen vil ikke anses konstatert etter ysfl. § 21 dersom skadelidte har bygd på den uriktige diagnosen. Det skal mye til før andre holdepunkter anses så tungtveiende at sykdommen anses konstatert på et tidligere tidspunkt i tilfeller legen har stilt uriktig diagnose.

2.2.4 Kort oppsummering

Når det gjelder den nærmere forståelsen av konstateringsbegrepet etter ysfl. § 21, er det en viss terskel for at en skade eller sykdom skal anses ”konstatert” etter ysfl. § 21. For det andre kreves det ikke at en skade eller sykdom er konstatert av en lege. Skadelidtes oppfatning må bygge på positive konstaterbare forhold eller kunnskap som kan sammenlignes med opplysninger gitt av en lege. Opplysningene som skadelidte bygger på må videre være korrekte.

2.3 Særskilte spørsmål

2.3.1 Skadelidte har ikke grunnlag for å fremme krav

I praksis vil man kunne stå ovenfor tilfeller hvor en skade eller sykdom er oppdaget av skadelidte, men hvor skaden eller sykdommen er av et slikt omfang at skadelidte ikke har grunnlag for å fremme forsikringskrav. Jeg vil her drøfte nærmere spørsmålet om en skade eller sykdom anses konstatert etter ysfl. § 21 dersom skadelidte på konstateringstidspunktet ikke har grunnlag for å fremme krav.

Av lovteksten fremgår det at loven bare gjelder for ”skader eller sykdommer” som er konstatert før lovens ikrafttredelse. Etter ordlyden er det avgjørende om en skade eller sykdom er fastslått som en kjensgjerning. Hvorvidt en skade eller sykdom er av et slikt omfang at den gir grunnlag for forsikringskrav, sier ikke lovteksten noe om. Ordlyden taler for at en skade eller sykdom er konstatert etter ysfl. § 21, uavhengig av om skadelidte hadde grunnlag for å fremme krav eller ikke.

En forutsetning for at en foretar en vurdering av om konstateringstidspunktet er oppfylt etter ysfl. § 21, er at skaden eller sykdommen anses som en yrkesskade eller yrkessykdom. Ysfl. §

11 regulerer hvilke skader og sykdommer som er omfattet av loven. Dersom en skade eller sykdom er av et slikt omfang at den ikke gir grunnlag for å fremme trygde – eller forsikringskrav, vil den ikke være ansett som en yrkesskade eller yrkessykdom etter ysfl. § 11. Ved slike tilfeller blir det ikke et spørsmål om situasjonen er dekket av ysfl. § 21. Dersom en tolker ysfl. § 21 i sammenheng med ysfl. § 11, taler det for at skaden eller sykdommen må være av et slikt omfang at den dekkes av forsikringen. En slik tolkning vil innebære at en skade eller sykdom ikke er konstatert etter ysfl. § 21 dersom den ikke gir grunnlag for å fremme trygde- eller forsikringskrav.

I forarbeidene stiller lovgiver bare et krav om at skadelidte må ha oppdaget skaden.¹⁹ Det tilsier at lovgiver forutsetter at skaden eller sykdommen anses som en yrkesskade eller yrkessykdom. En slik tilnærming taler for at skaden eller sykdommen må være av et slikt omfang at skadelidte har grunnlag for å fremme krav for at den skal være konstatert etter ysfl. § 21.

I Rt. 2009 s. 1427 (Tinnitus-dommen) drøfter Høyesterett denne problemstillingen. Saken gjaldt erstatning for larmskade i form av lettere nedsatt hørsel og tinnitus (øresus). Hovedspørsmålet var om loven får anvendelse der nedsatt hørsel, men ikke tinnitus, ble påvist før lovens ikrafttredelse. Her hadde skadelidte før lovens ikrafttredelse fått konstatert nedsatt hørsel, men av et slikt omfang at skaden verken kunne begrunne trygde – eller forsikringskrav. Høyesterett konkluderte med at tinnitusen ble konstatert etter at loven trådte i kraft.

I avsnitt 19 viser førstvoterende, det vil si høyesterettsdommeren som avgir votum først, til at det i både Rt. 2000 s. 70 (Iversen-dommen) og Rt. 2000 s. 1338 (Løvlie-dommen) forelå en situasjon før lovens ikrafttredelse som objektivt sett kunne ha gitt grunnlag for trygde – eller forsikringskraft.²⁰ Dommen skilte seg fra de to sakene med tanke på at det der forelå en skade som ikke ga grunnlag for å fremme krav. Førstvoterende mente likevel at hovedsynspunktene hadde overføringsverdi (avsnitt 20). Et av hovedsynspunktene i dommene var at det ikke har noe betydning om tilfellet før 1990 objektivt sett gir grunnlag for trygde – og forsikringskrav. Det avgjørende er om skadelidte har blitt tilstrekkelig klar over skaden før 1990 (avsnitt 19). Førstvoterende var av den oppfatning at en skade eller sykdom ikke anses konstatert etter ysfl.

¹⁹ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 91.

²⁰ [www.ordbok.uib.no http://ordbok.uib.no/per1/ordbok.cgi?&begge=+&OPP=f%C3%B8rstvoterende](http://ordbok.uib.no/per1/ordbok.cgi?&begge=+&OPP=f%C3%B8rstvoterende)
Dato: 18.04.17 (11.00).

§ 21 på et tidspunkt hvor skadelidte ikke hadde noe som helst grunnlag for å fremme krav. Her mener førstvoterende at skadelidte må ha grunnlag for å fremme krav for at skaden eller sykdom skal være konstatert etter ysfl. § 21.²¹

Dommen gir en anvisning på en rettsregel hvoretter en skade eller sykdom ikke anses konstatert etter ysfl. § 21 på et tidspunkt hvor skadelidte ikke hadde noe som helst grunnlag for å fremme krav. Uttalelsene fra Høyesterett er generelle. Det betyr at de ikke er begrenset til forholdet mellom nedsatt hørsel og tinnitus, men at de gjør seg gjeldende overfor alle tilfeller.²²

Høyesteretts tilnærming er nærmere fulgt opp av underliggende domstoler. Oslo tingrett, TOSLO-2012-61360, – gjaldt krav om fastsettelsesdom for erstatningsansvar etter ysfl.. Det sentrale spørsmålet var om konstateringstidspunktet etter ysfl. § 21 skal ta utgangspunkt i når sykdommen er påvist eller når mulig krav oppstår. Tingretten la til grunn rettsregelen som fulgte i Rt. 2009 s. 1427 (Tinnitus-dommen) om at en skade eller sykdom ikke er konstatert etter ysfl. § 21 på et tidspunkt hvor skadelidte ikke hadde grunnlag for å fremme krav. Selv om man ikke kan legge for stor vekt på underliggende rettspraksis, har det likevel betydning hva underinstansene utleder av høyesterettsavgjørelser.

Skjæringstidspunktet for når en skade eller sykdommen er av et slikt omfang at den anses som en yrkesskade eller yrkessykdom vil kunne være vanskelig å slå fast. En slik rettsregel vil derfor kunne by på vanskelige bevismessige utfordringer.

En slik løsning vil imidlertid samsvare godt med lovens system. Det er først når en skade eller sykdom er dekket av forsikringen at det blir spørsmålet om hvorvidt lidelsen er konstatert før eller etter lovens ikrafttredelse. Videre ville det vært uheldig om en skade eller sykdom ble konstatert på et tidspunkt hvor den skadelidte arbeidstakeren ikke hadde grunnlag for å fremme forsikringskrav. Derfor vil en slik rettsregel også ivareta rettsferdshensynet.

En skade eller sykdom vil altså ikke være konstatert etter ysfl. § 21 dersom skadelidte ikke har grunnlag til å fremme trygde – eller forsikringskrav.

²¹ Narvland (2010) s. 83.

²² Se nærmere TOSLO-2012-61360

2.3.2 Krav til kunnskap om årsakssammenheng

Når det gjelder tolkning av konstateringsbegrepet etter ysfl. § 21, har det vært spørsmål om det foreligger et krav til kunnskap om årsakssammenheng mellom skaden og arbeidet. Kravet knytter seg til om skadelidte må ha kunnskap om at skaden eller sykdommen er forårsaket av forhold i forbindelse med arbeidet. Dette spørsmålet drøftes i det følgende.

Etter en naturlig språklig forståelse av ordet ”konstatert” foreligger det ikke et krav til kunnskap om årsakssammenheng. Ordlyden taler derfor for at skadelidte ikke må ha kunnskap om at skaden eller sykdommen er forårsaket av forhold i forbindelse med arbeidet.

Spørsmålet er om man likevel på bakgrunn av de øvrige rettskildene kan innfortolke et krav til kunnskap om årsakssammenheng.

Etter forarbeidene er det kun et krav om at skadelidte ”har oppdaget skaden”.²³ Det tilsier at så lenge skadelidte har kunnskap om skaden eller sykdommen, er det ikke noe krav om at skadelidte også må ha kunnskap om hva som har forårsaket skaden eller sykdommen. Forarbeidene underbygger det som allerede følger av ordlyden.

Hvorvidt det kan innfortolkes et kunnskapsvilkår har vært behandlet av domstolene både i lagmannsretten (LG-2008-20632) og i Høyesterett (HR-2016-293-A).

LG-2008-20632 gjaldt en arbeidstaker som hadde fått sykdommen KOLS (Kronisk obstruktiv lungesykdom) i forbindelse med arbeidet.²⁴ Ifølge lagmannsretten synes reelle hensyn å tale mot å innfortolke et krav om at skadelidte må ha kjennskap til at eksponering i forbindelse med arbeidet helt eller delvis har forårsaket skaden. En slik forståelse ville innebærer at en skadelidt som henvender seg til en høyt kompetent lege, som rask stiller diagnose, etter omstendighetene ikke vil kunne oppnå erstatning fra forsikringsordningen, mens en skadelidt som henvender seg til en mindre kompetent lege som ikke makter å avklare forholdene vil kunne oppnå erstatning. En slik tolkning vil ifølge lagmannsretten også innebære at man vil kunne oppnå dekning selv om forsikringstilfellet inntraff før 1.januar 1990 og således før forsikringsordningen ble iverksatt. Lagmannsretten konkluderte med at:

²³ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 91.

²⁴ Det store medisinske leksikon: <https://sml.snl.no/KOLS> Dato: 14.05.2017 (21.15)

”Alle forhold tatt i betraktning finner lagmannsretten – under tvil – ikke grunnlag for å innfortolke et krav om at skadelidte må ha hatt kunnskap om at yrkeseksponeringen helt eller delvis har forårsaket skaden for å kunne konkludere med at skaden eller sykdommen er ”konstatert””.

Lagmannsretten er av den oppfatning at man ikke kan innfortolke et kunnskapskrav. At lagmannsretten er ”under tvil” betyr at det på ingen måte er klart at det ikke kan innfortolkes et slikt krav, med den følge at dommen ikke kan benyttes som et sterkt argument mot en slik fortolkning av ysfl. § 21.

Jeg er enig med lagmannsretten i at det ikke kan innfortolkes et krav til kunnskap om årsakssammenheng, men jeg stiller spørsmål ved begrunnelsen. Det vil alltid foreligge ulikheter med tanke på kompetanse og erfaring mellom leger. Jeg mener at man heller må begrunne forståelsen med at det i mange tilfeller tar lang tid før skadelidte forstår at lidelsen skyldes arbeidsrelaterede forhold.

Spørsmålet har vært oppe i Høyesterett i HR-2016-293-A. I vurderingen av om sykdommen var konstatert før eller etter lovens ikrafttredelse, ble det spørsmål om hvorvidt det forelå krav om at den konkrete skadeårsaken måtte være klarlagt for at den skulle anses konstatert etter ysfl. § 21.

Ifølge Høyesterett kreves det ikke at den konkrete skadeårsak er klarlagt dersom sykdommens ”art og karakter er konstatert” jf. avsnitt 33. Hvorvidt skaden eller sykdommen skyldes eksponering fra den ene eller andre kilden, har ingen betydning. Høyesterett er dermed av den oppfatning at så lenge skadelidte har kunnskap om at man har pådratt seg en varig skade eller sykdom, er det ikke noe krav til kunnskap om at det dreier seg om en yrkesskade eller yrkessykdom. Avgjørelsen taler derfor klart mot at man kan innfortolke et krav til kunnskap om årsakssammenheng. Hensynet til forutberegnelighet taler også mot et krav til kunnskap om årsakssammenheng.

Rettskildene tilsier at det ikke er grunnlag for å innfortolke et krav om at skadelidte må ha kunnskap om årsakssammenheng for at en skade eller sykdom skal anses konstatert etter ysfl. § 21. Det innebærer at så lenge skadelidte har kunnskap om skaden – eller sykdommens art og karakter, vil det være tilstrekkelig for at skaden eller sykdommen er konstatert etter ysfl. § 21.

2.3.3 Forverringar og følgeskader

I dette delkapittelet vil jeg ta stilling til problemstillinger som knytter seg til forverringar og følgeskader. Med forverring menes normalt en utvikling til det verre.²⁵ Det vil si en eskalering av grunnlidelse i en negativ retning. Med følgeskade menes i denne sammenheng en ”skade som oppstår som følge av en forsikringskade”.²⁶ En følgeskade utgjør derfor en skade som er en konsekvens av en tidligere skade. Selv om det er en nær sammenheng mellom skadene, er følgeskade selvstendig i forhold til grunnlidelsen. Ryggplager som følge av en kneskade er et eksempel på en følgeskade.

I praksis vil man kunne stå overfor tilfeller hvor grunnlidelsen er konstatert før lovens ikrafttredelse, men hvor man på et senere tidspunkt etter 1990 oppdager en forverring eller følgeskade av grunnlidelsen. Spørsmålet er om grunnlidelsen og forverringar og følgeskader har egne konstateringstidspunkter. Hvis grunnlidelsen er konstatert før 1990, kan forverringar og følgeskader konstatert etter 1990, være omfattet av loven? Dette spørsmålet drøftes i det følgende. Her drøftes forverringar og følgeskader hver for seg.

Forverringar

Forverringar av grunnlidelsen etter 1990 vil ikke kunne være oppdaget før lovens ikrafttredelse. Derfor taler ordlyden for at forverringar er omfattet av ysfl. § 21.

Forverringar har imidlertid en nær tilknytning til grunnlidelsen. De har for eksempel en enda nærere tilknytning til grunnlidelsen sammenlignet med følgeskader. Videre vil grunnlidelsen kunne utvikle seg i en negativ retning over lang tid. Derfor vil det kunne oppstå vanskelige bevismessige utfordringar knyttet til når forverringene er konstatert. Med tanke på sammenhengene til grunnlidelsen og bevismessige utfordringar, taler dette for at forverringar ikke er dekket av loven.

Hensynene bak loven taler for at forverringar er dekket. Ved fortsatt eksponering tar arbeidstakeren en særskilt og nødvendig risiko i arbeidsgivers og samfunnets interesser.²⁷ Dersom fortsatt eksponering resulterer i at den tidligere skaden eller sykdommen forverrer seg, taler rettferdshensynet for at arbeidsgiveren dekker tap som følge av forverringar.

²⁵ www.sprakradet.no www.ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?&begge=+&OPP=forverring Dato: 28.02.17 (11.30).

²⁶ www.harduensak.no/jusleksikon/Følgeskade 28.02.2017

²⁷ Se Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 5.

Høyesterett har behandlet spørsmålet om forverring i Rt. 2013 s. 1311. Saken gjaldt en forsikringstaker som hadde fått konstatert hørselsskade fra arbeidsmiljøet før yrkesskedeforsikringsloven hadde trådt i kraft. Som følge av fortsatt eksponering hadde skaden forverret seg etter dette tidspunkt. Spørsmålet var om loven også omfatter en hørselsskade som forverrer seg på grunn av eksponering for støy etter at loven trådte i kraft.

Førstvoterende tar utgangspunkt i ordlyden i ysfl. § 21. Etter ordlyden er det skader eller sykdommer som er konstatert før lovens ikrafttredelse, som faller utenfor. Ifølge førstvoterende vil ikke skader som påføres som følge av eksponering i arbeidsforhold etter at loven trådte i kraft kunne være konstatert før lovens ikrafttredelse. Førstvoterende mener at forverring etter ordlyden er dekket av loven, og uttaler at (avsnitt 20):

”Dette må gjelde selv om deler av skaden er konstatert før ikrafttredelsen”.

Det betyr at forverring er dekket av loven til tross for at grunnlidelsen er konstatert før lovens ikrafttredelse.

Videre viste førstvoterende til at verken forarbeidene eller rettspraksis gir holdepunkter for en annen forståelse (avsnitt 21). For førstvoterende fremstår det som (avsnitt 22):

”en rimelig løsning at man får forsikringsdekning for skader påført etter 1990 selv om man også har blitt påført og fått konstatert skade før loven trådte i kraft”.

En slik tolkning vil ifølge førstvoterende best ivareta hensynene bak loven, og da særlig rettferdssynspunktet.²⁸ Gjennom fortsatt eksponering vil arbeidstakere kunne utsette seg for særskilt og nødvendig risiko i arbeidsgivers interesse. Dersom risikoen gir seg utslag i forverring, vil det være rimelig og rettferdig at man også får dekket slike tap.

Førstvoterende presiserer at en slik løsning vil kunne by på utfordringer med tanke på å avgjøre hvilken del av en skade som er konstatert før og etter lovens ikrafttredelse (avsnitt 22). Her sikter førstvoterende til at forverring vil kunne utvikle seg over lang tid. Derfor vil det kunne være vanskelig å bevise hvilken del av skaden som er påført etter 1990. Førstvoterende mener likevel at ysfl. § 21 ikke kan tolkes annerledes.

På bakgrunn av det ovennevnte kom Høyesterett til at den delen av den samlede hørselsskaden som skyldes støyeksponering etter 01.01.1990, forverringen, var dekket av ysfl. (avsnitt 28). Høyesterett presiserer at loven bare dekker den delen av hørselsskaden som var

²⁸ Se Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 5.

påført etter 1990. En tilsvarende løsning må også gjelde for sykdommer som er dekket av loven (avsnitt 25). Det vil bety at skadelidte har krav på erstatning for de forverringer av skader eller sykdommer som er konstatert etter 1990.

Avgjørelsen fremstår som fornuftig. Rettfærdshensynet står enda sterkere dersom en arbeidstaker fortsatt utsetter seg selv for risiko til tross for at risikoen i forbindelse med arbeidet tidligere har gitt seg utslag i en skade eller sykdom. Sett i sammenheng med ordlyden, vil også en slik tolkning ivareta hensynet til forutberegnelighet.

Dommen viser at forverringer etter at loven trådte i kraft er omfattet av loven til tross for at grunnlidelsen er konstatert før 01.01.1990. Loven dekker bare den delen av forverringen som har skjedd etter lovens ikrafttredelse.

Grad av forverringer

Forverringer vil som sagt kunne utvikle seg over tid. I gjennomgangen av Rt. 2013 s. 1311 så man at det ville kunne være vanskelig å avgjøre hvilken den av skaden eller sykdommen som var konstatert etter 1990 (avsnitt 22). Graden av forverringer kan variere. I det følgende skal jeg behandle spørsmålet om hvorvidt enhver forverring er tilstrekkelig eller om det kreves forverring på et visst nivå.

Lovteksten gir ingen direkte veiledning omkring dette. For at loven skal komme til anvendelse må det være snakk om en ”skade eller sykdom” jf. ysfl. § 21. Forverringene må anses som en ”skade eller sykdom” etter ysfl § 11. Dette kan tale for at en forverring ikke må være bagatellmessig. Forarbeidene fremhever også at bestemmelsen gjelder for skader, men omtaler ikke særskilt problemstillingen vi har til behandling her.²⁹

Ysfl. § 21 avgjør hvorvidt et tilfelle faller innenfor eller utenfor loven. En slik regel må være enkel å praktisere. Et krav om betydelig forverring vil gi en anvisning på en skjønnsmessig vurdering. Det ville vært uheldig dersom det er opp til rettsanvenderens skjønnsmessige vurdering om et tilfellet er dekket av loven eller ikke.

I Rt. 2013 s. 1311 presiserer Høyesterett at det er den samlede hørselsskaden som skyldes støyeksposering etter 1. januar 1990 (forverringen) som er dekket av ysfl. (avsnitt 27). Høyesterett tar ikke stilling til om forverringen må være betydelig eller ikke. Det kan i utgangspunkt tilsi at enhver forverring er nok. Formuleringen ”skade som følge av eksponering”

²⁹ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 91.

tilsier imidlertid at forverringen må være av et slikt omfang at den anses som en skade eller sykdom etter ysfl. § 11.

En slik tilnærming underbygges av Rt. 2009 s. 1427 (Tinnitus-dommen). Her er det klart at en skade eller sykdom ikke er konstatert dersom skadelidte ikke hadde grunnlag for å fremme krav (avsnitt 20). Overført til vår problemstilling, taler det for at forverringene må være av et slikt omfang at det gir grunnlag for å fremme krav. Derfor må forverringene anses som en skade eller sykdom etter ysfl. § 11.

På bakgrunn av det ovennevnte antas det her at enhver forverring ikke er tilstrekkelig, men at det heller ikke er krav om betydelig forverring. Forverringene må være av et visst omfang og at dette gir rimelig grunn til å fremme et krav.

Forverringsrisiko

Det vil alltid være en risiko for at en skade eller sykdom forverrer seg. På lik linje med at det vil være ulikheter med tanke på forverringens art og omfang, vil det også foreligge ulikheter med tanke på hvor stor risiko det er for at en skade eller sykdom forverrer seg. For noen skader eller sykdommer vil det være stor risiko for at det over en tid vil skje en forverring. Jeg vil derfor her ta stilling til om graden av risiko for forverring vil ha betydning for om forverringen er omfattet av loven eller ikke. Vil i så fall loven ikke dekke forverringer som det har vært stor risiko for?

Etter ysfl. § 21 er det kun konstateringstidspunktet som er det avgjørende for om et tilfelle er dekket av loven eller ikke. Uavhengig av om det er stor eller liten risiko for forverringer, vil en forverring etter 1990 ikke kunne være konstatert før lovens ikrafttredelse. Ordlyden taler for at det ikke har noe si om det er stor eller liten risiko for forverring. Forarbeidet er taust om spørsmålet.

Som jeg har nevnt tidligere i fremstillingen, må ysfl. § 21 være enkel å anvende.

Bestemmelsen må anvendes uten for mye innslag av skjønn. En slik løsning ville skapt vanskelige avgrensningsspørsmål. Hvor stor risiko skal til for at forverringene ikke er dekket? Det taler for at risikoen for forverringer ikke har noen betydning for om et tilfelle er dekket av ysfl. § 21.

Høyesterett tok ikke stillingen til dette spørsmålet i Rt. 2013 s. 1311. Det foreligger heller ingen andre dommer fra Høyesterett hvor denne problemstillingen er blitt vurdert.

Risikoelementet ble imidlertid trukket frem i LB-2004-9809. Saken gjaldt en arbeidstaker som hadde fått konstatert føflekkreft i 1988. I 1999 fikk han konstatert spredning av kreften som han senere døde av i 2000. Lagmannsretten konkluderte med at spredningen ikke var dekket av ysfl. § 21.

Lagmannsretten viste til at føflekkreft er en alvorlig sykdomsdiagnose med en ikke ubetydelig spredningsrisiko. Spredningsrisikoen var et av flere forhold som begrunnet at tilfellet ikke var dekket av ysfl. § 21. Dommen vil kunne tilsi at risikoen for spredning kan ha betydning. Om løsningen ville ha blitt annerledes dersom det var tale om et ytterst sjeldent tilfelle av spredning, går ikke lagmannsretten nærmere innpå. At lagmannsretten lar være å drøfte dette nærmere, gjør at dommen ikke vil utgjøre et viktig argument for at risikoen for spredning skal ha betydning.

Hensynene bak loven taler videre mot at risikoen for forverring skal ha en betydning. Det ville vært urimelig om en arbeidstaker som fortsetter å utsette seg selv for eksponering til tross for stor risiko for forverring, ikke skal være omfattet av bestemmelsen som følge av at det var høy risiko for forverring av grunnlidelsen.

Slik jeg ser det, tilsier ordlyden, lovens system og rettferdshensynet, at det ikke har noe betydning hvorvidt det er stor eller liten risiko for forverring.

Kort oppsummert kan det sies at forverringer er omfattet av ysfl. § 21 til tross grunnlidelsen er konstatert før lovens ikrafttredelse. Det innebærer at forverringer vil ha et eget konstateringstidspunkt etter ysfl. § 21 i forhold til grunnlidelsen. Forsikringen dekker imidlertid bare den delen av skaden eller sykdommen som skyldes eksponering etter lovens ikrafttredelse. Forverringen må være av et slikt omfang at det gir skadelidte rimelig foranledning til å fremme et krav. Det har ingen betydning om risikoen for forverringer har vært stor eller liten.

Følgeskader

Følgeskader etter 1990 vil ikke kunne være oppdaget før lovens ikrafttredelse. På lik linje med forverringer, taler ordlyden i retning av at også følgeskader er dekket av loven.

Som nevnt har følgeskader en nær sammenheng med grunnlidelsen. Følgeskader utgjør likevel en selvstendig lidelse i forhold til grunnlidelsen. Som en selvstendig lidelse vil det

være enkelt å avgjøre når en følgeskade er konstatert. Derfor vil det være nærliggende at loven også dekker følgeskader.

Hensynene bak loven taler også for en slik tilnærming. Dersom fortsatt eksponering resulterer i at den tidligere skaden utvikles til en følgeskade, er det rimelig og rettferdig at den skadelidte arbeidstakeren får dekket sitt tap.³⁰

Høyesterett tok stilling til dette spørsmålet i Rt. 2009 s. 1427 (Tinnitus-dommen). Saken gjaldt erstatning for larmskade i form av lettere nedsatt hørsel og tinnitus. Et sentralt spørsmål var om tinnitus som følgeskade faller innunder ysfl. § 21. Høyesterett konkluderte med at tinnitusen ble konstatert etter at loven trådte i kraft.

Førstvoterende slo kort fast at høreselsreduksjonen, som forelå før 1990, var så beskjeden at den ikke ville kvalifisert til trygde – eller forsikringsytelser (avsnitt 16). Det betyr at en skade eller sykdom ikke er konstatert etter ysfl. § 21 dersom den ikke er av et slikt omfang at den gir rett til å fremme krav.

Førstvoterende slår videre fast at tinnitus som følgeskade til nedsatt hørsel er dekningsmessig etter ysfl. § 11 første ledd bokstav b, sammenholdt med folketrygdloven § 13-4 og yrkesskedeforskriften § 1 bokstav d (avsnitt 16). Dette betyr at tinnitus som følgeskade er dekket av ysfl. § 21. Etter Høyesterett er følgeskader derfor omfattet av ysfl. § 21.

Førstvoterende viste til uttalelsene i forarbeidene, hvor det avgjørende er ”om skadelidte har oppdaget skaden” (avsnitt 18). Dette har vært fulgt opp i Rt. 2000 s. 70 og Rt. 2000 s. 1338. Førstvoterende var enig med Høyesteretts vurdering i disse to sakene. Det ble særlig vist til rettferdighetssynspunkter og hensynet til risikoplassering og ansvarspulverisering når en arbeidstaker påtar seg en særskilt og nødvendig risiko i arbeidsgivers og samfunnets interesse. Her viste førstevoterende til sammenligning til Rt. 2004 s. 261 avsnitt 54 (avsnitt 18). Rt. 2004 s. 261 gjaldt en sveiser som var blitt ufør på grunn av blodpropp. Høyesterett kom til at blodpropp er å anse som en yrkesskade etter ysfl. § 11. I begrunnelsen la de særlig vekt på grunnleggende rettferdshensyn om at arbeidstakerne ikke er nærmest til å bære følgene av risikoen de utsetter seg for i arbeidet jf. avsnitt 54.

Ifølge førstevoterende forelå det antagelig i begge sakene fra 2000 en tilstand som objektivt sett kunne ha gitt grunnlag for trygde – eller forsikringskrav. Førstvoterende var av den

³⁰ Se Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 5.

oppfatning at dommene fra 2000 forutsatte at spørsmålet om når en skade eller sykdom i denne sammenheng kan anses konstatert, i prinsippet må løses uavhengig av reglene om skadetidspunktet i folketrygdloven § 13-5, ansvarsplasseringsregelen i yrkesforsikringsloven § 5 og foreldelsesreglene i § 15 (avsnitt 19).³¹ Med dette mener førstvoterende etter all sannsynlighet at det avgjørende ikke er når skaden eller sykdommen faktisk inntraff, men tidspunktet da skadelidte oppdaget eller ble tilstrekkelig klar over skaden eller sykdommen. Overført til min problemstilling, tilsier disse uttalelsene at skadelidte må være tilstrekkelig klar over følgeskadene for at de skal være konstatert. Ved konstatering av følgeskaden foreligger det derfor samme krav til konstatering som for grunnlidelsen.

Situasjonen i 2009 var ifølge førstvoterende annerledes enn i Rt. 2000 s. 70 (Iversen-dommen) og Rt. 2000 s. 1338. Forskjellen var at skadelidte forut for lovens ikrafttredelse ikke hadde noen skade eller sykdom som verken ga grunnlag for trygde – eller forsikringskrav. Her kan det stilles spørsmål om dette betyr at skadelidte må vite om årsaksforholdene. Jeg har allerede kommet frem til at et slikt krav ikke foreligger jf. punkt 2.3.2. Førstvoterende mente likevel at de synspunktene fra dommen hadde overføringsverdi. Synspunktene talte mot en tolkning av ysfl. § 21 som innebærer at skaden eller sykdommen anses konstatert på et tidspunkt hvor skadelidte ikke hadde noe som helst grunnlag for å fremme krav (avsnitt 20). Uttalelsene må tolkes dithen at følgeskadene må være av slik art at de gir grunnlag for å fremme krav.

Forsikringsselskapet anførte at tinnitus ikke utgjør en selvstendig skade – eller sykdomstype, det vil si en egen skade, men utelukkende omfattes som en følgeskade til nedsatt hørsel. Førstvoterende var av den oppfatning at tinnitus utgjør en selvstendig skade i forhold til nedsatt hørsel, og begrunnet dette slik (avsnitt 22):

”Og selv om det er sammenheng med ”nedsatt hørsel” som teknisk sett bringer tinnitus inn under yrkesskadeforskriften § 1 bokstav D, er den trygde – og forsikringsmessig dekningen ved uførhet grunnet larmskade ved hørselstap vesentlig videre – den fanger opp både tinnitus og ledsagende psykiske lidelser. Dette bør etter mitt syn avspeile seg i hvilket perspektiv man velger for så vidt gjelder konstateringstidspunktet i tilfeller der det nettopp er slike følger – og altså ikke den nedsatte hørsel – som er det altoverskyggende i symptombildet”.

³¹ Narvland (2010) s. 83.

Her sier førstvoterende at nedsatt hørsel kan være forårsaket av mange ulike lidelser, alt fra tinnitus til psykiske lidelser. På bakgrunn av dette må tinnitus som følge av nedsatt hørsel være ansett som en selvstendig skade (avsnitt 22).

Etter Rt. 2009 s. 1427 kan det slutes at ysfl. dekker følgeskader. Følgeskadene må være av en slik art at de gir grunnlag for å fremme krav. Ved slike tilfeller vil følgeskadene kunne få et eget konstateringstidspunkt i forhold til grunnlidelsen. Det innebærer at selv om grunnlidelsen er konstatert, vil ikke følgeskadene være konstatert dersom de ikke er oppdaget av skadelidte.

³² Som nevnt tidligere må ikke skadelidte vite at årsaken til grunnlidelsen er jobbrelatert.

Tilsvarende må gjelde ved konstatering av følgeskader.

Kort oppsummert kan det sies at loven dekker følgeskader til tross for at grunnlidelsen er konstatert før loven trådte i kraft. På lik linje med forverringer, vil også følgeskader ha et eget konstateringstidspunkt etter ysfl. § 21 i forhold til grunnlidelsen. Følgeskaden må videre være av et slikt omfang at den er omfattet av loven.

2.4 Typetilfelle

2.4.1 Et eksempel - Spredning av kreft

En aktuell problemstilling knytter seg til spredning av kreft. Kreft er en sykdom med svært hyppig forekomst. Når det gjelder spredning av kreft, må det skilles mellom spredning som konstateres samtidig som kreften blir oppdaget og spredning som skjer på et senere tidspunkt. Jeg skal se nærmere på en situasjon der en person har fått konstatert kreft før 1990. Etter 1990 viser det seg at kreften har spredd seg. Spørsmålet er om spredningen etter 1990 er omfattet av ysfl. § 21. Problemstillingen er ikke behandlet i juridisk teori. Jeg ønsker å vurdere dette nærmere.

Spredning utgjør en utvikling/eskalering av kreftlidelsen i en negativ retning. I tillegg er det en så nær sammenheng mellom spredningen og kreftlidelsen at det ikke er en snakk om en ny sykdom (følgeskade). På bakgrunn av dette er det nærliggende å anse spredning som en forverring av kreftsykdommen. Som nevnt tidligere er forverringer dekket av ysfl. § 21 jf. Rt. 2013 s. 1311. Derfor må det antas at spredning av kreft etter 1990 er omfattet av ysfl. § 21.

³² Narvland (2010) s. 84

Her har det imidlertid skjedd en utvikling i rettsstilstanden. Lagmannsretten kom til at spredning etter 1990 ikke var dekket av ysfl. § 21 i LB-2004-9808. Saken gjaldt en person A som hadde fått konstatert føflekkreft i 1988. I 1999 ble det konstatert spredning.

Spørsmålet var ifølge lagmannsretten om den kreftlidelsen fra 1999 var å anse som samme sykdom eller om den måtte anses som en ny sykdom i relasjon til ysfl. § 21. Var kreftlidelsen fra 1999 en forverring eller en følgeskade?

Lagmannsretten slo kort fast at det var en direkte årsakssammenheng mellom den kreftsykdommen som ble diagnostisert og behandlet i 1988 og den kreftlidelsen som førte til at B døde i 2000. Ifølge lagmannsretten utgjorde kreftlidelsen i 1999 bare en utvikling av den allerede konstaterte kreftlidelsen. Det var derfor bare snakk om en forverring av den allerede konstaterte kreftlidelsen.

Deretter foretar lagmannsretten en vurdering av om senspredning av en tidligere diagnostisert kreftsykdom er omfattet av ysfl. § 21. Spørsmålet var om spredningen fra 1999 kunne anses som en ny sykdom. Ingen tidligere rettspraksis ga noen særlig veiledning omkring dette.

Ordlyden talte ifølge lagmannsretten klart for at spredningen ikke var dekket av bestemmelsen. Lagmannsretten la vekt på at skadelidte fikk konstatert føflekkreft i 1988, altså før loven trådte i kraft. Kreftlidelsen fra 1999 utgjorde bare en utvikling av den allerede konstaterte føflekkreften.

Dersom man vurderer om spredningen kan anses som en ny sykdom, er jeg helt enig i lagmannsrettens tolkning av ordlyden. Det avgjørende etter ysfl. § 21 er imidlertid om den skadelidte har oppdaget sykdommen. Dersom en spredning ikke er oppdaget før 1990, vil den heller ikke være konstatert før lovens ikrafttredelse. En slik tilnærming åpner for at spredningen fra 1999 er omfattet av bestemmelsen, men dette problematiserer ikke lagmannsretten.

Lagmannsretten presiserte imidlertid at:

”Det kan fremstå som urimelig og urettferdig om de som har gjennomgått en vellykket kreftbehandling før 1.januar 1990 ikke skal være dekket under yrkesskadeforsikringsordningen dersom de senere rammes av tilbakefall”.

Her viser lagmannsretten til at rimelighetshensyn kunne tale for det tolkningsresultat at en spredning som dette måtte anses som en ny sykdom. Det vil for enkelte tilfeller fremstå som

urimelig og urettferdig for den enkelte som rammes. Lagmannsretten mente likevel at tolkning av ysfl. § 21 må forankres i en mer sammensatt vurdering enn rene rimelighetshensyn. Loven angir ifølge lagmannsretten et skjæringstidspunkt for hvilke skader og sykdommer som faller innenfor. Lovgiver har tatt et valg. Det ville vært vanskelig å finne bedre egnede kriterier for et skjæringstidspunkt. Med vekt på at kreftsykdommen ble konstatert i 1988 og dens spredningsrisiko, konkluderte lagmannsretten med at spredningen fra 1999 ikke var dekket av loven.

Dommen ble avsagt før Høyesterett slo fast at ysfl. § 21 også omfattet forverringer etter 1990 til tross for at grunnlidelsen var konstatert før lovens ikrafttredelse jf. Rt. 2013 s. 1311. Lagmannsretten slo fast at spredningen i 1999 kun utgjorde en utviklingen av den allerede konstaterte føflekkreften. Jeg antar derfor at lagmannsretten kanskje heller ville foretatt en vurdering av om spredning av kreftlidelsen må anses som en forverring om de hadde kjent til dommen fra 2013. Dersom lagmannsretten skulle avsagt dommen i dag, ville nok retten høyst sannsynlig kommet frem til at senspredningen fra 1999 var omfattet av ysfl. § 21.

En slik løsning vil for det første ivareta hensynet til ordlyden. Spredning etter 1990 vil som sagt ikke kunne oppdages før lovens ikrafttredelse. For det andre vil en slik tilnærming ivareta hensynene bak loven. Dersom arbeidstakeren som følge av eksponering i arbeidsforholdet har fått spredning av kreft, er det rimelig at arbeidsgiveren må dekke de tap som følge av forholdet i arbeidet.³³ Som nevnt i LB-2004-9809, vil det oppleves urimelig og urettferdig om de som har gjennomgått en vellykket kreftbehandling før 1990, ikke skal være dekket av loven dersom de rammes av tilbakefall/spredning.

Slik jeg ser utviklingen i rettspraksis, må det antas at spredning av kreft som er konstatert etter 1990, er omfattet av ysfl. § 21.

³³ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 5.

3 Analyse av ysfl. § 5

3.1 Hva regulerer ysfl. § 5?

Ysfl. § 5 regulerer forholdet mellom forsikringsselskapene. Bestemmelsen er en ansvars plasseringsregel. Det betyr at bestemmelsen avgjør hvilken forsikringsgiver som er ansvarlig for skaden eller sykdommen. Skadelidte kan kreve erstatning direkte av det forsikringsselskap som er ansvarlig jf. ysfl. § 5 annet ledd. Bestemmelsen dekker både tilfeller hvor arbeidsgiveren bytter forsikringsselskap og tilfeller der arbeidstakeren bytter arbeidsgiver.^{34 35} Det innebærer at dersom arbeidstakeren bytter arbeidsgiver, vil forsikringsgiveren til arbeidstakerens nye arbeidsgiver være ansvarlig. Det samme vil skje dersom arbeidsgiveren bytter forsikringsselskap. Da vil arbeidsgiverens nye forsikringsselskap være ansvarlig.

Hvilket forsikringsselskap som er ansvarlig, er nærmere regulert i ysfl. § 5 annet ledd. Etter annet ledd er det forsikringsgiveren som skadelidte har når skaden eller sykdommen blir ”konstatert” som er ansvarlig. Derfor er det konstateringstidspunktet som er det avgjørende. Når skaden eller sykdom faktisk inntraff, vil som utgangspunkt ikke ha noen betydning. Her ser man at bestemmelsen på lik linje med ysfl. § 21 bygger på et skadevirkningsprinsipp.³⁶ Jeg vil senere i denne fremstillingen trekke frem et typetilfellet hvor det foreligger unntak fra hovedregelen om konstateringstidspunktet.

Ysfl. § 5 regulerer også tilfeller hvor skadelidte ikke lenger er i arbeid. Dersom skadelidte ikke lenger er i arbeid, er det forsikringsgiveren til arbeidstakerens siste arbeidsgiver som er ansvarlig jf. ysfl. § 5 tredje ledd. Som praksis har vist, vil man kunne stå overfor tilfeller hvor skadelidte har gått over fra arbeidstaker til selvstendig næringsdrivende. Hvem er i så fall ansvarlig? Ysfl. § 5 regulerer ikke direkte denne problemstillingen, men er behandlet av Høyesterett i Rt. 2010 s. 441. Spørsmålet var om en arbeidstaker som gikk over i virksomhet som selvstendig næringsdrivende var dekket av ysfl. § 5 tredje ledd. Høyesterett kom frem til at ysfl. § 5 tredje ledd kunne tolkes dithen at arbeidstakeren var dekket av tidligere arbeidsgivers forsikring etter at han startet som selvstendig næringsdrivende. De la særlig

³⁴ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87.

³⁵ Skårberg og Reusch (2003) s. 41.

³⁶ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87.

vekt på at lovgivers målsetning var å etablere en objektiv erstatningsordning for arbeidstakere ved yrkesrelaterte skader og sykdommer (avsnitt 33). Det betyr at arbeidstakere som etablerer seg som selvstendig næringsdrivende, vil være dekket av arbeidsgiverens siste forsikringsselskap.

3.2 Det nærmere rettslige innholdet av konstateringsbegrepet etter ysfl. § 5

Ysfl. § 5 gir en nærmere og temmelig positivrettslig beskrivelse av når en skade eller sykdom er konstatert.³⁷ Tidspunktet for når en skade eller sykdom er konstatert er definert i annet ledd tredje punktum bokstav a – c. Vilkårene er alternative jf. ”eller” i lovteksten. Det innebærer at en skade eller sykdom er konstatert når et av de tre alternative vilkårene inntreffer. Jeg vil nå ta for meg bokstav a – c hver for seg.

3.2.1 Bokstav a

En skade eller sykdom anses konstatert etter bokstav a på det første tidspunktet da skadelidte ”døde av skaden eller sykdommen uten å ha søkt legehjelp”.

Her foreligger det to vilkår. For det første må det foreligge en sammenheng mellom skaden eller sykdommen og arbeidstakerens død. Det innebærer at arbeidstakeren må ha dødd som følge av skaden eller sykdommen. En forutsetning for at en foretar en vurdering av ysfl. § 5, er at skaden eller sykdommen er ansett som en yrkesskade eller yrkessykdom etter ysfl. § 11.

For det andre er det et krav om at skadelidte døde av skaden eller sykdommen ”uten å ha søkt legehjelp”. Jeg må først drøfte hva som ligger i ordet ”legehjelp”.

En naturlig språklig forståelse tilsier at det må være snakk om en person som har autorisasjon og lisens til å praktisere som lege. Legehjelp avgrenses derfor mot annet helsepersonell som ikke har autorisasjon som lege.

Av forarbeidene fremgår det imidlertid at uttrykket ikke må tolkes snevert. Lovgiver presiserer i forarbeidene at også ”annet autorisert helsepersonell” er dekket av uttrykket. Som

³⁷ Thorson (2008) s. 285.

eksempel bruker forarbeidene fysioterapeut og tannlege.³⁸ Gjennom en slik forståelse vil ”legehjelp” avgrenses mot såkalt uortodokse behandlingsmetoder.³⁹

At lovgiver har presisert hvordan lovteksten skal tolkes, gjør at forarbeidene må få avgjørende vekt. Det betyr at med ”legehjelp” menes autorisert helsepersonell. Hva ligger så i formuleringen ”uten å ha søkt” legehjelp?

En naturlig språklig forståelse tilsier at skadelidte ikke har kontaktet en lege eller annet autorisert helsepersonell for å søke råd omkring skaden eller sykdommen. Ordlyden tilsier videre at det må være snakk om råd omkring den pådratte skaden eller sykdommen.

Når det gjelder bokstav b fremgår det av forarbeidene at ”årsaken til at lege ble oppsøkt må være den skade eller sykdom som senere ble fastslått å være en yrkesskade eller - sykdom som gir rett til erstatning etter loven”.⁴⁰ Denne uttalelsen vil også ha betydning for forståelsen av bokstav a. Dersom skadelidte har søkt råd hos en lege, men årsaken til at man kontaktet lege ikke var den skade eller sykdom som senere er årsaken til skadelidtes død, taler forarbeidene for at skaden eller sykdommen er konstatert etter bokstav a.

Oppsummeringsvis kan det sies at en skade eller sykdom vil være konstatert etter bokstav a dersom skadelidte dør uten å ha oppsøkt lege eller annet helsepersonell for råd for skaden eller sykdommen som senere har forårsaket skadelidtes død.

3.2.2 Bokstav b

Etter bokstav b er en skade eller sykdom konstatert på det tidspunktet når skadelidte ”første gang søkte legehjelp for skaden eller sykdommen”.

Jeg har allerede slått fast at med legehjelp menes autorisert helsepersonell jf. drøftelsen i 3.2.1. Spørsmålet er hva som ligger i formuleringen ”første gang søkte legehjelp”. Er skade eller sykdom konstatert ved tidspunktet for legebestilling, eller på det tidspunktet en foretok første henvendelse for å søke råd hos en lege eller annet autorisert helsepersonell (konsultasjon)?

En naturlig språklig forståelse tilsier at det avgjørende må være det tidspunktet hvor en tok kontakt for å søke råd hos autorisert helsepersonell. Om det skjer gjennom en time eller på en

³⁸ Se Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87.

³⁹ Skårberg og Reusch (2003) s. 42.

⁴⁰ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87,

annen måte, har ingen betydning så lenge man har søkt lege om råd. Videre tilsier ordlyden at skadelidte må ha søkt råd for den skade eller sykdommen som senere viser seg å være en yrkesskade eller yrkessykdom. Ordlyden taler i retning av at det må være tidspunktet for konsultasjonen som er det avgjørende for om skaden eller sykdommen er konstatert etter bokstav b.

Forarbeidene gir ingen direkte veiledning omkring hva som ligger i formuleringen ”første gang søkte legehjelp”. Lovgiver uttaler at ”årsaken til at lege ble oppsøkt må være den skade eller sykdom som senere ble fastslått å være en yrkesskade – eller sykdom”.⁴¹ Her gir lovgiver en anvisning om at det må foreligge en sammenheng mellom årsaken til at en søkte legehjelp og den skade eller sykdom som gir grunnlag for erstatning etter loven.

Med vekt på ordlyden må konstateringstidspunktet etter bokstav b være det tidspunkt hvor skadelidte første gang søkte råd hos en lege eller annet autorisert helsepersonell. Skaden eller sykdommen som det søkes råd for, må være den lidelsen som senere gir seg utslag i en yrkesskade eller yrkessykdom.

Krav om diagnose

Så langt har fremstillingen vist at en skade eller sykdom er konstatert etter bokstav b første gang vedkommende søkte råd hos lege eller annet autorisert helsepersonell. Det kan problematiseres om det foreligger et krav om at korrekt diagnose er stillet på det tidspunktet når skadelidte for første gang oppsøkte legehjelp. Denne problematikken vil jeg nå ta for meg i de neste avsnittene.

Etter ordlyden er det kun et krav om at det foreligger en sammenheng mellom årsaken til at skadelidte oppsøkte lege og den skade eller sykdom som det nå kreves erstatning for.

Lovteksten åpner ikke for at det foreligger et slikt krav.

Spørsmålet er om en på grunnlag av de øvrige rettskildene kan innfortolke et krav om at diagnose er stillet.

I forarbeidene presiserer lovgiver at det ikke kreves at endelig diagnose er stilt da skadelidte første gang oppsøkte lege. Det avgjørende etter forarbeidene er at årsaken til at skadelidte oppsøkte legehjelp må være den skade eller sykdom som senere ble fastslått å være en

⁴¹ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87.

yrkesskade eller yrkessykdom.⁴² Det innebærer at så lenge grunnlaget for at skadelidte søkte råd hos autorisert helsepersonell senere gir seg utslag i en yrkesskade eller yrkessykdom som gir rett til erstatning etter loven, er det tilstrekkelig for at en skade eller sykdom er konstatert etter bokstav b.

Lovgiver presiserer videre i forarbeidene at det er tilstrekkelig at terapeuten konstaterer at det faktisk foreligger en skade eller sykdom. Videre må legen kunne påvise at skaden eller sykdommen sannsynligvis er forårsaket av forhold i forbindelse med arbeidet.⁴³ Forarbeidene taler med det klart i retning av at man ikke kan innfortolke et slikt krav om at korrekt diagnose må være stilt. Når lovgiver verken tar inn et slik krav i lovteksten eller forarbeidene, taler også hensynet til forutberegnelighet mot en slik fortolkning av bokstav b.

Rettspraksis fra underliggende domstoler underbygger en slik tilnærming. Lagmannsretten la til grunn i LA-2008-8486 at:

”skjæringstidspunktet i henhold til konstateringsbegrepet er det tidspunktet den ankende part oppsøkte lege og det ble gjort funn som mest sannsynlig relaterte seg til en senere diagnostisert KOLS”.

Her presiserer retten det som følger av forarbeidene. Det er tilstrekkelig at legen kan påvise en skade eller sykdom som kan relatere seg til lidelsen skadelidte nå krever erstatning for.

Det kan etter dette legges til grunn at det ikke kan innfortolkes et krav om at korrekt diagnose er stillet når skadelidte første gang oppsøkte autorisert helsepersonell.

Foranledning til legebesøket

Når det gjelder forståelsen av konstateringsbegrepet etter bokstav b, kan det også stilles spørsmål om skadelidte må ha tatt initiativ til legebesøket. Det kan for eksempel være tilfeller hvor skade eller sykdom er avdekket ved en rutinekontroll uten at skadelidte selv har oppsøkt lege. De avdekkede symptomene gir seg senere utslag i en yrkesskade eller yrkessykdom. Vil kravet til at en har søkt legehjelp etter bokstav b da være oppfylt eller er det et krav om at skadelidte på eget initiativ må ha søkt råd hos en lege? Dette er problemstillinger jeg vil drøfte nærmere i det følgende.

⁴² Se Ot.prp.nr.44 (2003) s. 87.

⁴³ Ot.prp.nr. 44 (1988-1989) s. 69.

At lovteksten viser særskilt til ”skadelidte” trekker i retning av at skadelidte selv må ha søkt legehjelp. Tolker en ordlyden strengt, må det være et krav om at skadelidte på eget initiativ må ha oppsøkt legehjelp.

Lovteksten sier imidlertid ikke noe om bakgrunnen for at skadelidte oppsøkte legehjelp. Det åpner for at også symptomer på en skade eller sykdom som er avdekket ved rutinekontroll er omfattet, så fremt symptomene senere gir seg utslag i en yrkesskade eller yrkessykdom.

Ifølge forarbeidene må det foreligge en sammenheng mellom symptomene og yrkesskaden eller yrkessykdommen. Hvordan symptomene ble kjent, sier heller ikke forarbeidene noe om. Det betyr at så lenge symptomene senere gir seg utslag i en yrkesskade eller yrkessykdom, vil det være tilstrekkelig.^{44 45}

Når lovgiver både i lovteksten og forarbeider ikke gir en angivelse på et slik krav, taler også hensynet til forutberegnelighet for en tilsvarende tilnærming.

En slik tilnærming har også fått støtte i juridisk litteratur. Skårberg og Reusch understreker at en skade eller sykdom må anses konstatert etter ysfl. § 5 ”uansett foranledningen til legekonsultasjonen”.⁴⁶

Derfor kan det legges til grunn at det ikke foreligger et krav om at skadelidte må ha tatt initiativ til legebøstet.

Krav til årsakssammenheng

Under fremstillingen av ysfl. § 21 tok jeg stilling til om det forelå et krav til kunnskap om årsakssammenheng. En tilsvarende problemstilling gjør seg gjeldende ved forståelsen av konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5 bokstav b. Kravet innebærer at skadelidte må ha kunnskap om at skaden eller sykdommen har en sammenheng med arbeidet for at den skal anses konstatert etter ysfl. § 5 bokstav b. Det er klart at lovteksten ikke direkte åpner for et krav til kunnskap om årsakssammenheng. Derfor vil jeg på bakgrunn av de øvrige rettskildene vurdere om det kan innfortolkes et krav til kunnskap om årsakssammenheng.

Ifølge forarbeidene foreligger det bare et krav om at årsaken til at legehjelp ble oppsøkt må være den skade eller sykdom som senere ble fastslått å være en yrkesskade eller –

⁴⁴ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87.

⁴⁵ Skårberg og Reusch (2003) s. 42.

⁴⁶ Skårberg og Reusch (2003) s. 42.

yrkessykdom.⁴⁷ Det innebærer at en skade eller sykdom kan være konstatert etter ysfl. § 5 selv om verken skadelidte eller lege ennå er kjent med at lidelsen er en yrkesskade eller yrkessykdom.

Det fremgår av forarbeidene at lovgiver har vurdert å legge til grunn et senere tidspunkt for konstatering, hvor både diagnose, sykdom og årsakssammenheng er mer klarlagt. En slik løsning ble ikke ansett hensiktsmessig. Det ble lagt vekt på at det ved enkelte tilfeller kan gå lang tid mellom den første konstatering av skade eller sykdom hos lege og til det foreligger en sikker analyse omkring skaden eller sykdommens art og årsakssammenheng.⁴⁸ Forarbeidene taler klart mot at en kan innfortolke et slikt krav.

En slik tilnærming vil også ivareta hensynene bak loven. Når man vurderer konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5, er det allerede klart at skadelidte er dekket av loven. Av hensynet til skadelidtes vern, må man ha regler som sørger for at skadelidte får dekket sitt tap gjennom en effektiv behandling. Når det i enkelte tilfeller kan ta svært lang tid før man får kunnskap om sykdommen og dens årsakssammenheng, taler effektivitetshensynet og hensynet til skadelidtes vern mot å innfortolke et slikt krav.⁴⁹

Problemstillingen har blitt vurdert av lagmannsretten i LB-2000-1707. Saken gjaldt en arbeidstaker som var blitt strømskadet. Lagmannsretten uttalte følgende:

”Lagmannsretten legger således til grunn at skadekonstateringstidspunktet etter § 5 er rent objektivt, det vil si at det avgjørende blir når skadelidte første gang oppsøkte lege på grunn av skaden, selv om verken han eller legen da forstod at dette ville bli en yrkesskade eller yrkessykdom som gir rett til erstatning etter loven.”

Lagmannsretten er av den oppfatning at det ikke foreligger et krav til kunnskap om at skaden eller sykdommen skyldes forhold i forbindelse med arbeidet.

Det foreligger klare indikasjoner i spesielt forarbeidene om at det ikke gjelder et krav til kunnskap om årsakssammenheng. Derfor kan det legges til grunn at et slikt krav ikke gjelder.

Kort oppsummering

En skade eller sykdom er konstatert etter ysfl. § 5 bokstav b på det første tidspunktet hvor skadelidte oppsøkte lege eller annet autorisert helsepersonell. Ved konsultasjonen kreves det

⁴⁷ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87.

⁴⁸ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 69.

⁴⁹ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 69.

ikke at korrekt diagnose er stillet. Det eneste som kreves er at de symptomene som skadelidte henvender seg til helsepersonell om, senere må gi seg utslag i en yrkesskade eller yrkessykdom. Videre må skaden eller sykdommen være konstatert etter ysfl. § 5 bokstav b uavhengig av hva som var bakgrunnen for legebesøket. Det er videre ikke et krav til kunnskap om årsakssammenheng.

3.2.3 Bokstav c

En skade eller sykdom er konstatert etter ysfl. § 5 bokstav c første gang skadelidte ”meldte krav til forsikringsgiveren på grunn av skaden eller sykdommen”.

En naturlig språklig forståelse tilsier at en skade eller sykdom er konstatert når skadelidte for første gang fremmet et krav mot forsikringselskapet som følge av skade eller sykdom forårsaket i forbindelse med arbeidet. Dersom jeg tolker bokstav c i sammenheng med bokstav b, må skadelidte ha meldt kravet til forsikringselskapet før man oppsøkte autorisert helsepersonell for råd omkring skaden eller sykdommen som kravet bygger på.

I forarbeidene presiseres det at det heller ikke etter ysfl. § 5 annet ledd bokstav c kreves at diagnose forelå da kravet ble meldt til forsikringsgiveren. Det avgjørende er at det fremlagte kravet bygger på skade eller sykdom som senere gir skadelidte rett til erstatning etter loven.⁵⁰ Det innebærer at skadelidtes krav må bygge på den skaden eller sykdommen som senere gir grunnlag for erstatning etter loven.

En skade eller sykdom er konstatert etter ysfl. § 5 bokstav c på det tidspunkt hvor skadelidte for første gang fremmet et krav mot forsikringsgiveren. Kravet må bygge på skade eller sykdom som senere gir skadelidte rett på erstatning etter loven. Videre må kravet være fremmet før skadelidte ha oppsøkt lege eller annet autorisert helsepersonell.

⁵⁰ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87.

3.3 Typetilfelle

3.3.1 Et eksempel – Arbeidsulykker

Under dette delkapittelet vil jeg ta for meg et praktisk typetilfelle, arbeidsulykker.

Arbeidsulykker er en vanlig årsak til skader eller sykdommer i forbindelse med arbeidet.

Skader eller sykdommer som er forårsaket av en arbeidsulykke dekkes av forsikringen jf. ysfl.

§ 11 første ledd bokstav a. Det vil i utgangspunkt ikke være vanskelig å slå fast tidspunktet

for en arbeidsulykke. Problemet er at det vil kunne ta lang tid før man oppdager

konsekvensene av arbeidsulykker. Forsikringsselskapene hevder at det er ulykkestidspunktet

som er det avgjørende for konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5. Jeg vil her ta for meg

spørsmålet om når en skade eller sykdom som er forårsaket av en arbeidsulykke er konstatert

etter ysfl. § 5.

Etter ysfl. § 5 annet ledd er en skade eller sykdom konstatert på det første tidspunktet et av de

alternative vilkårene er oppfylt. Lovteksten skiller ikke her mellom årsaken til skaden eller

sykdommen. Ordlyden taler mot at ulykkestidspunktet er det avgjørende for

konstateringstidspunktet.

Lovgiver presiserer i forarbeidene at ysfl. § 5 annet ledd bygger på et skadevirkningsprinsipp.

⁵¹ Det betyr at det avgjørende for hvilken forsikringsgiver som er ansvarlig, ikke er

skadetidspunktet, men tidspunktet for når skaden eller sykdom er konstatert etter ysfl. § 5

annet ledd. Forarbeidene støtter det som allerede følger av lovteksten.

En slik tilnærming underbygges av lovens system. Øvrige deler av ysfl. skiller heller ikke

mellom hva som har forårsaket skaden eller sykdommen. Derfor taler også lovens system for

at en skade eller sykdom er konstatert ved en arbeidsulykke når et av de alternative vilkårene

etter ysfl. § 5 annet ledd er oppfylt.

Forsikringsselskapene har som nevnt lagt en annen praksis til grunn. Ved arbeidsulykker er

det ulykkestidspunktet som er ansett å være konstateringstidspunkt. Ysfl. § 5 skal bare

avgjøre hvilken forsikringsgiver som skal behandle saken. Derfor vil ikke bestemmelsen

påvirke skadelidtes rettigheter. Dersom det er utarbeidet en fast praksis mellom

forsikringsselskapene når det gjelder konstateringstidspunkt ved slike situasjoner, tilsier det at

⁵¹ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 87.

forsikringspraksis må gå foran ordlyden.⁵² Det taler for at ulykkestidspunktet er det avgjørende.

Av hensyn til skadelidte må fordelingen av ansvaret skje på en effektiv måte.

Ulykkestidspunktet vil være enkelt å slå fast, noe som gjør den effektiv. En slik rettsregel vil dermed både ivareta effektivitetshensynet og hensynet til skadelidtes vern. Det taler for at ulykkestidspunktet må utgjøre konstateringstidspunktet ved arbeidsulykker.

Sett i sammenheng med hensynene bak loven og de hensynene som gjør seg gjeldende ved anvendelse av ysfl. § 5, synes jeg forsikringspraksis fremstår fornuftig. I henhold til forsikringspraksis kan det legges til grunn at ved arbeidsulykker vil konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5 være ulykkestidspunktet.

⁵² Skårberg og Reusch (2003) s. 42.

4 Avslutning

4.1 Likheter og forskjeller

Jeg har i fremstillingen foretatt en analyse av konstateringstidspunktet etter ysfl. §§ 5 og 21. Avslutningsvis vil jeg gi en kort oppsummering hvor jeg ser på likheter og forskjeller mellom bestemmelsene.

4.1.1 Likheter

Både ysfl. § 5 og § 21 bygger på et skadevirkningsprinsipp. Det kommer til uttrykk gjennom at det er konstateringstidspunktet som er det avgjørende etter begge bestemmelsene.

Utgangspunktet er derfor at skadetidspunktet ikke har noen betydning, men det vil kunne foreligge unntak jf. punkt 3.3.1.

Både ysfl. § 5 og § 21 regulerer tilfeller hvor skadelidte ikke lenger er i arbeid når skaden eller sykdommen blir konstatert. En forutsetning er at skadelidte har vært i arbeid etter lovens ikrafttredelse jf. (Rt. 1999 s. 895 s. 899 (Tollefsen-dommen)). Tilsvarende gjelder ved forverring og følgeskader. Ysfl. §§ 5 og 21 regulerer bare forverring og følgeskader dersom skadelidte har vært i arbeid etter lovens ikrafttredelse.

Hensynet til arbeidstakernes vern gjør seg gjeldende ved tolkning og anvendelse av både ysfl. § 5 og § 21, men det er ulikt hvordan dette hensynet gjør seg gjeldende. Ysfl. § 21 har større betydning for skadelidte enn ysfl. § 5. Hensynet til arbeidstakernes vern gjør seg derfor sterkere gjeldende ved anvendelse av ysfl. § 21. Hensynet til arbeidstakernes vern kommer imidlertid til uttrykk i ysfl. § 5 gjennom at behandling av saken må skje på en effektiv måte.

Videre foreligger det verken etter ysfl. § 5 annet ledd bokstav b eller § 21 krav om at skadelidte må ha fått stilt diagnose for at skaden eller sykdommen skal anses konstatert. Likt er det også at skadelidte ikke trenger å ha kunnskap om at det foreligger en yrkesskade eller yrkessykdom. Det er tilstrekkelig etter ysfl. § 5 at skadelidte har søkt råd hos lege på bakgrunn av symptomer som senere har gitt seg utslag i en yrkesskade eller yrkessykdom. Etter ysfl. § 21 er det nok at skadelidte på grunnlag av positive konstaterbare forhold har mistanke om at det foreligger en skade eller sykdom.

4.1.2 Forskjeller

Ysfl. § 5 og § 21 regulerer ulike forhold. Ysfl. § 5 regulerer hvilken forsikringsgiver som er ansvarlig, mens ysfl. § 21 regulerer om et tilfellet i det hele tatt er omfattet av loven eller ikke.

Videre har konstateringsbegrepet etter ysfl. § 5 og § 21 ulikt rettslig innhold. Etter ysfl. § 21 stilles det strengere krav til skadelidtes kunnskap. Her er det for eksempel krav om at skadelidte må kunne begrunne sin mistanke om skade eller sykdom gjennom positive konstaterbare forhold. At det foreligger symptomer er ikke nødvendigvis nok, men det må foreligge positivt konstaterbare forhold på lik linje med opplysninger gitt av legepersonell. Det er ikke krav til kunnskap om årsakssammenheng, men skadelidte må ha fastslått at det foreligger en skade eller sykdom. Ysfl. § 5 inneholder ikke et tilsvarende krav. Her er det tilstrekkelig at skadelidte har søkt råd hos lege på bakgrunn av symptomer. Foranledningen til legebesøket har ingen betydning. Så lenge symptomene senere gir seg utslag i yrkesskade eller yrkessykdom, vil skaden eller sykdom være konstatert allerede ved legekonsultasjonen. Terskelen for når en skade eller sykdom er konstatert er således høyere etter ysfl. § 21 enn etter ysfl. § 5. Derfor vil konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5 som utgangspunkt komme først.

Forholdet mellom bestemmelsen kan illustreres ved konstatering av tinnitus. Skadelidte oppsøker lege på grunn av plager med hørselen i 1988. Her blir det konstatert nedsatt hørsel. I 1999 får skadelidte konstatert tinnitus. I dette eksempelet er det klart at tinnitusen har nær sammenheng med den nedsatte hørselen som skadelidte oppdaget i 1988.

Konstateringstidspunktet for tinnitus vil etter ysfl. § 5 være 1988, mens konstateringstidspunktet etter ysfl. § 21 er 1999. Selv om skadelidte allerede i 1988 var rammet av tinnitus, har det ingen betydning etter ysfl. § 21 dersom skadelidte ikke fikk konstatert sykdommen før 1999. Når det gjelder konstatering av nedsatt hørsel, vil konstateringstidspunktet etter ysfl. § 5 og § 21 bli den samme.

4.2 Sluttord

Arbeidet med temaet har vært utfordrende og interessant. Med tanke på at temaet har stor betydning for en så stor del av landets befolkning, mener jeg det bør bli økt fokus omkring

konstateringsproblematikken. Jeg håper og tror at også andre enn meg vil se viktigheten av å vie mer oppmerksomhet til de ulike problemstillingene som konstateringstidspunktet etter ysfl. §§ 5 og 21 reiser. Forhåpentligvis vil kanskje mitt arbeid kunne være med på å bidra til at flere vil engasjere seg.

Jeg har gjennom å analyse konstateringstidspunktet etter ysfl. §§ 5 og 21 kommet med bidrag til å avklare en del problemstillinger. Formålet har vært å bidra til å klargjøre når en skade eller sykdom er konstatert etter ysfl. §§ 5 og 21. I oppgaven har jeg tatt stilling til både enkle og vanskelige problemstillinger. Som det fremkommer i oppgaven, er det fremdeles flere problemstillinger på dette rettsområde som så langt ikke har vært behandlet av Høyesterett. Det blir derfor interessant å følge den videre utviklingen.

5 Litteraturliste

Lov – og forarbeider:

Lov – 1989 – 06 – 16 – 65 (Lov om yrkesskadeforsikring)

Ot.prp.nr.44 (1988 – 1989) Om lov om yrkesskadeforsikring

NOU 1988:6 Erstatning og forsikring ved yrkesskade

Domregister:

Rt. 1999 s. 895 (Tollefsen-dommen)

Rt. 2000 s. 70 (Iversen-dommen)

Rt. 2000 s. 1338 (Løvlie-dommen)

Rt. 2004 s. 261

Rt. 2009 s. 1427 (Tinnitus-dommen)

Rt- 2010 s. 441

Rt. 2013 s. 1311

HR-2016-293-A

Bøker – og artikler:

Skårberg, Lars Olav og Reusch, Marianne, *Yrkesskade – forsikring og trygd*, Cappelen Damm Akademisk, 2003.

Thorson, Bjarte, *Yrkesskadeerstatning etter hovedtariffavtalen for kommuneansatte* (TFE-2008-264), Gyldendal Akademisk, 2008 s. 264 – 293.

Narvland, Runar, *Konstateringstidspunktet i yrkesskadeforsikrings sak om tinnitus – Rt. 2009 s. 1427 (TFE-2010-76)*, Gyldendal Akademisk, 2010, s. 76 – 84.

Fosmark, Per Racin, *merknad til ysfl. § 21, HR-2013-2188-A*, lovdata, 24. Oktober 2013 (10:46).

Fosmark, Per Racin, *merknad til ysfl. § 21, HR-2016-293-A*, lovdata, 18. februar 2016 (13:42).

Nettsider:

Det store medisinske leksikon: <https://sml.snl.no/KOLS>

Harduensak.no: www.harduensak.no/jusleksikon/Følgeskade

Sprakradet.no <http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?&begge=+&OPP=konstatert>

Sprakradet.no:
http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=kjensgjerning&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge

Spakradet.no:
http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=f%C3%B8rstvoterende&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge

Sprakradet.no: www.ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?&begge=+&OPP=forverring

Annet:

Henstein, Jarl. R, Advokatfirma Riisa & Co, ”Konstateringstidspunktet yfl. § 5 og § 21”, foredrag under kurs om yrkesskader, dato: 13.10.15.