

2021-06-22. HR-2021-01338-A. Norges Høyesterett – dom.

2021-06-22. HR-2021-01338-A. Norges Høyesterett – dom.

Stikkord: Forsikringsrett. Pålegg om tiltak.

Sammendrag: En flyger hadde mistet flysertifikatet på grunn av tilbakekalt legeattest for flygere. Tilbakekallet skyldtes gallesteinsanfall. Han krevde dekning under en såkalt "lisenstapsforsikring" arbeidsgiveren hadde tegnet, men fikk avslag fordi han ikke ville la seg operere. Høyesterett kom til at flygeren pliktet å følge selskapets pålegg om operasjon, og at nektelsen innebar at selskapets ansvar bortfalt i sin helhet, jf. forsikringsavtaleloven § 13-12 første og andre ledd. Det var samlet sett betydelig sannsynlighet for at en operasjon ville bli vellykket og at han da ville få legeattesten tilbake. Operasjonen ville ikke være spesielt omfattende, og de belastningene den ville utsette ham for, ville ikke være så tyngende at det ville være urimelig å pålegge ham tiltaket. Pålegget om operasjon var da ikke "et urimelig inngrep i friheten til å råde over sin person". Anken over lagmannsrettens dom, som hadde frifunnet selskapet, ble forkastet. (Rt-sammendrag)

[**Saksgang:** TOSLO-2019-5710, LB-2019-102131 HR-2021-01338-A.]

DOM

avsagt 22. juni 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Wilhelm Matheson

dommer Ragnhild Noer

dommer Knut H. Kallerud

dommer Ingvald Falch

dommer Erik Thyness

HR-2021-1338-A, (sak nr. 20-166713SIV-HRET)

Anke over Borgarting lagmannsretts dom 6. oktober 2020

A (advokat Øyvind Vidhammer)

Arbeidstakerorganisasjonen Parat (partshjelper) (advokat Christen Horn Johannessen)

mot

Protector Forsikring ASA (advokat Joachim Dahl Wogstad Skjelsbæk)

STEMMEGIVNING

(1) Dommer **Falch:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder utbetaling under en avtale om lisensforsikring. Spørsmålet er om forsikringselskapet kan nekte utbetaling fordi den forsikrede ikke vil gjennomføre et kirurgisk inngrep, jf. forsikringsavtaleloven § 13-12.
- (3) A arbeidet som flyger i Widerøe's Flyveselskap AS fra 2005. Selskapet hadde til fordel for sine ansatte tegnet en såkalt «lisensforsikring» i Protector Forsikring. Etter at A mistet flysertifikatet sitt fordi legeattesten hans for flygere ble tilbakekalt, fremsatte han krav om dekning under forsikringen. Protector Forsikring avslo kravet.
- (4) Bakgrunnen for avslaget er i korte trekk dette:
- (5) A fikk i oktober 2015 kraftige smerter i magen. Han oppsøkte lege, som påviste en omkring 1 cm stor gallestein. Smertene var gallesteinsanfall. A har vært sammenhengende sykmeldt siden november 2015.
- (6) Sykdommen førte til at flylegen 1. februar 2017 tilbakekalte legeattesten hans for flygere. Tilbakekallelsen skjedde i henhold til kommisjonsforordning (EU) nr. 1178/2011 vedlegg IV MED.B.020, som er gjennomført i norsk rett i forskrift 28. november 2015 nr. 1365 om sertifisering av besetningsmedlemmer. Det stilles her nærmere krav til legeattest for flygere, som er en forutsetning for deres flysertifikat.
- (7) Protector Forsikring avslo As krav om delutbetaling under forsikringen med den begrunnelse at tapet av legeattesten som følge av sykdommen ikke var varig. I brev 10. april 2017 ble begrunnelsen utvidet til at varig sykdom ikke forelå fordi «han bør kunne foreta kikkhullskirurgi og [...] således burde vært i stand til å fly kort tid etter dette».
- (8) A aksepterte ikke avslaget og brakte saken inn for Finansklagenemnda, som ga ham medhold 6. november 2017, se FinKN-2017-657. Begrunnelsen var at pålegget om å foreta kikkhullsoperasjonen er et urimelig inngrep i As frihet til å råde over egen person, fordi operasjonen må anses som «ikke helt bagatellmessig».
- (9) Protector Forsikring aksepterte i desember 2017 avgjørelsen om delutbetaling. A fikk utbetalt 561 804 kroner, som tilsvarte seks ganger folketrygdens grunnbeløp.
- (10) Etter at flylegen hadde bekreftet at det uten operasjon ikke var utsikt til resertifisering, avslo Protector Forsikring i mars 2018 restutbetalingen under forsikringen – tilsvarende 54 ganger folketrygdens grunnbeløp. A klaget igjen til Finansklagenemnda, som 8. oktober 2018 på nytt ga ham medhold med i hovedsak samme begrunnelse som for delutbetalingen, se FinKN-2018-687.
- (11) Protector Forsikring godtok ikke denne avgjørelsen, og A saksøkte selskapet med krav om utbetaling av restbeløpet. Oslo tingrett avsa 20. mai 2019 dom med denne domsslutningen:
 - «1. Protector Forsikring ASA betaler A resterende lisenstapsforsikring med 5 231 682 – femmillionertohundreogtrettientusensekshundreogåttito – kroner.
 2. Protector Forsikring ASA betaler A forsinkelsesrenter av resterende lisenstapsforsikring fra 13. mars 2018 og frem til betaling skjer.

3. Protector Forsikring betaler i saksomkostninger til A 126 000 – etthundreogtjuusekstusen – kroner. I tillegg dekkes utgifter til sakkyndig, rettsgebyr og reise med 25 241 – tjuefemtusentohundreogførtien – kroner.»

(12) Tingrettens begrunnelse er langt på vei som Finansklagenemndas.

(13) Protector Forsikring anket, og Borgarting lagmannsrett avsa 6. oktober 2020 dom med denne domsslutningen:

«1. Protector Forsikring ASA frifinnes.

2. Protector Forsikring ASA betaler i saksomkostninger til A 163 320 – etthundreogsekstiretusetrehundreogtyve – kroner innen to uker etter dommens forkynnelse.»

(14) Lagmannsretten kom til at en gallesteinsoperasjon åpenbart ville begrense selskapets ansvar, og videre til – etter en samlet og helhetlig vurdering – at et slikt tiltak ikke ville gjøre et urimelig inngrep i As frihet til å råde over sin person.

(15) A har anket til Høyesterett både over bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Arbeidstakerorganisasjonen Parat har erklært partshjelp til støtte for ham.

(16) For Høyesterett har, som for lagmannsretten, overlege Torgeir Thorson Søvik ved avdeling for gastro- og barnekirurgi ved Oslo universitetssykehus Ullevål vært oppnevnt som medisinsk sakkyndig. A og partshjelperen har utvidet argumentasjonen noe for Høyesterett. For øvrig står saken i samme stilling som for lagmannsretten.

(17) Ankesaken har for Høyesterett vært behandlet i fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv.

Partenes syn på saken

(18) Den ankende part – A – har i hovedsak gjort gjeldende:

(19) Vilklårene i forsikringsavtaleloven § 13-12 for å pålegge A gallesteinsoperasjon, er ikke oppfylt. For det *første* er det ikke «åpenbart» at selskapets ansvar vil begrenses om han gjennomfører operasjonen. Beviskravet er svært strengt og innebærer at det ikke kan være noen tvil om resultatet. I dette tilfellet er det en ikke ubetydelig risiko for vedvarende plager etter operasjonen. Slår den risikoen til, får han ikke legeattesten tilbake.

(20) For det *andre* utgjør selskapets pålegg om å gjennomføre operasjonen et «urimelig inngrep» i As frihet til å råde over sin person. Slike pålegg må bare aksepteres innenfor snevre rammer. En gallesteinsoperasjon er ikke noe bagatellmessig inngrep, og den innebærer en ikke ubetydelig risiko for vedvarende plager som påvirker livskvaliteten. A er i dag lite plaget, og han har en forståelig frykt både for å bli lagt i full narkose, for selve operasjonen og for komplikasjonene den kan føre til.

(21) Dersom vilklårene i § 13-12 første ledd ikke er oppfylt, slik at selskapet ikke kan pålegge ham å gjennomføre operasjonen, følger det av forsikringsvilkårene at A har krav på full forsikringsutbetaling.

(22) Subsidiært, dersom vilkårene i § 13-12 første ledd er oppfylt, må virkningen etter andre ledd bli at forsikringsutbetalingen avkortes skjønnsmessig og ikke bortfaller helt.

(23) A har fremsatt denne påstanden:

«Prinsipalt:

1. Protector Forsikring ASA betaler A resterende lisenstapsforsikring med 54 ganger folketrygdens grunnbeløp på domstidspunktet.
2. Protector Forsikring ASA betaler A forsinkelsesrenter av resterende lisenstapsforsikring fra 13. mars 2018 og frem til betaling skjer.
3. A tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.

Subsidiært:

1. Protector Forsikring ASA betaler A resterende lisenstapsforsikring etter rettens skjønn.
2. Protector Forsikring ASA betaler A forsinkelsesrenter av resterende lisenstapsforsikring fra 13. mars 2018 og frem til betaling skjer.
3. A tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.»

(24) Partshjelperen – *Arbeidstakerorganisasjonen Parat* – har, til støtte for As anførsler, særlig fremhevet:

(25) Vurderingen etter § 13-12 første ledd første punktum må gjøres i lys av de strenge vilkårene den nevnte EU-forordningen fastsetter for å få tilbake legeattesten. Den usikkerhet som knytter seg til om A blir så bra etter en operasjon at han får legeattesten tilbake, gjør at åpenbart-vilkåret ikke er oppfylt.

(26) Arbeidstakerorganisasjonen Parat har fremsatt denne påstanden:

«Protetctor Forsikring ASA erstatter Parats omkostninger i anledning saken.»

(27) Ankemotparten – *Protector Forsikring ASA* – har i hovedsak gjort gjeldende:

(28) Vilrårene i forsikringsavtaleloven § 13-12 er oppfylt, slik at selskapet kan nekte å utbetale forsikringssummen når A har latt være å etterkomme pålegget om å la seg operere. Lagmannsrettens dom og vurderinger er riktige.

(29) Det er for det *første* «åpenbart» at selskapets ansvar vil begrenses om A lar seg operere. Her er det tilstrekkelig med høy grad av sannsynlighet for at operasjonen blir vellykket.

(30) For det *andre* er det ikke et «urimelig inngrep» å pålegge A å gjennomføre operasjonen. Utsiktene til bedring er svært gode og risikoen for komplikasjoner er svært liten. Han har ingen tungtveiende grunner for å la være.

(31) Når vilrårene er oppfylt, må resultatet bli at As forsikringsdekning ikke bare settes ned, men bortfaller helt.

(32) Under enhver omstendighet er ikke forsikringsvilkårenes krav om at A må være «varig unfit» oppfylt så lenge det foreligger et tilgjengelig behandlingsalternativ for ham.

(33) Protector Forsikring har fremsatt denne påstanden:

«1. Anken forkastes.

2. Protector Forsikring ASA tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter

(34) Den aktuelle forsikringen dekker tilfeller hvor A mister sitt flysertifikat fordi han varig har tapt sin legeattest som flyger i samsvar med kravene i den foran nevnte EU-forordningen. Av forsikringsvilkårene punkt 6.1 og 6.2 følger at *delutbetaling* skal skje dersom flygeren «har vært sammenhengende sykmeldt i 12 måneder eller har fått inndratt sin medical og forsikredes flylege videre vurderer flygeren som unfit, og den medisinske tilstanden vurderes som varig». Dersom flylegen etter ytterligere 12 måneder vurderer flygeren som «varig unfit», skal *resten* av forsikringen utbetales.

(35) Partene er enige om at A ikke vil få tilbake legeattesten så lenge han ikke lar seg gallesteinsoperere. Det må da være klart at han er «varig unfit» dersom operasjon ikke skjer. Spørsmålet er derfor om forsikringsselskapet kan pålegge A å gjennomføre operasjonen, med den virkning at selskapet helt eller delvis fritas for betalingsplikten hvis han unnlater å gjøre det.

(36) Dette spørsmålet reguleres av forsikringsavtaleloven § 13-12, som under overskriften «tiltak for å begrense skade» lyder:

«Selskapet kan gi den forsikrede pålegg om tiltak som åpenbart vil begrense omfanget av selskapets ansvar, og skal dekke kostnadene ved disse tiltak. Den forsikrede plikter ikke å følge et pålegg som gjør et urimelig inngrep i friheten til å råde over sin person.

Har den forsikrede forsettlig eller grovt uaktsomt latt være å følge et pålegg som han eller hun plikter å etterkomme, kan selskapets ansvar settes ned eller falle bort.»

(37) Bestemmelsen kan ikke fravikes ved avtale til skade for forsikrede, jf. forsikringsavtaleloven § 10-3. I dette tilfellet fremgår det av forsikringsvilkårene at loven gjelder i avtaleforholdet. Konsekvensen er at dersom selskapet ikke kan pålegge A operasjon etter § 13-12 første ledd, har han krav på forsikringsutbetalingen. Dersom selskapet derimot kan pålegge ham operasjonen, reguleres betalingsplikten av § 13-12 andre ledd.

(38) Ved anvendelsen av § 13-12 oppstår tre spørsmål: Det *første* er om tiltaket – operasjonen – «åpenbart» vil begrense omfanget av selskapets ansvar, jf. første punktum. I bekreftende fall oppstår det *andre* spørsmålet, som er om pålegget gjør «et urimelig inngrep» i As frihet til å råde over sin person, jf. andre punktum. Og for det *tredje*, dersom disse vilkårene ikke gir A anledning til å motsette seg operasjonen, oppstår spørsmålet om hvilken virkning det skal få at han likevel gjør det, jf. andre ledd.

- (39) Av forarbeidene til forsikringsavtaleloven § 13-12 fremgår at det ikke gjelder noen alminnelig tapsbegrensningsplikt ved ulykkes- og sykeforsikring. Det er lagt til grunn at «den sikrede under trussel om ansvarsreduksjon ikke bør pålegges å foreta andre redningsforanstaltninger enn de som følger av et uttrykkelig pålegg fra selskapet», se NOU 1983:56 side 161, som departementet viser til i sine spesialmerknader til bestemmelsen, se Ot.prp. nr. 49 (1988–1989). Dette innebærer at omfanget av tapsbegrensningsplikten i erstatningsretten ikke nødvendigvis er avgjørende ved tolkningen av bestemmelsen. Men så skjønnsmessig som særlig § 13-12 første ledd andre punktum er formulert, er det likevel grunn til å trekke veksler på de grenser som er trukket i erstatningsretten. De bærende hensynene er likeartede.
- (40) Partene har i sine prosedyrer også trukket inn praksis fra trygderettsområdet. Men der er vilkårene annerledes utformet. Etter folketrygdloven § 12-5 er det for eksempel et vilkår for uføretrygd at den trygdede «har gjennomgått hensiktsmessig behandling». Jeg kan derfor ikke se at de grensene som er trukket opp i trygderetten, gir veiledning av betydning her.

Vilkåret «åpenbart vil begrense omfanget av selskapets ansvar»

Tolkningen

- (41) Det følger av ordlyden at det som må være «åpenbart», er at flygeren får tilbake legeattesten sin dersom han etterkommer pålegget om å la seg operere. For hvis han ikke får attesten tilbake, vil selskapets ansvar ikke påvirkes av operasjonen. Det er med andre ord ikke nok at operasjonen fører til at flygerens magesmerter reduseres, eventuelt bortfaller helt, dersom dette ikke skulle være tilstrekkelig for å få tilbake legeattesten.
- (42) Vilråene for å få tilbake legeattesten følger av den nevnte EU-forordningen vedlegg IV MED.B. Av MED.B.005 fremgår at den som søker legeattest, ikke kan ha noen «følgetilstander etter operasjon». I MED.B.020, som særskilt gjelder fordøyelsesorganene, fremgår at søkere med «forstyrrelser i mage- eller tarmkanal» skal vurderes som uskikket. Dette omfatter søkere som har hatt kirurgisk inngrep i fordøyelseskanalen eller tilknyttede organer. Men disse «kan» likevel vurderes som skikket «etter vellykket behandling eller full restitusjon etter kirurgi og forutsatt tilfredsstillende gastroenterologisk vurdering».
- (43) Jeg legger uten videre til grunn at terskelen er relativt høy for å kunne gi legeattesten tilbake dersom flygeren har gjennomført en operasjon i mageregionen. Men samtidig mener jeg at det må legges til grunn at flygeren vil få attesten tilbake dersom han er fullt restituert fra smertene og operasjonen, og han dessuten ikke har forstyrrelser i mage- eller tarmkanalen.
- (44) Kravet om at det må være «åpenbart» at selskapets ansvar begrenses, viser at sannsynlighetsovervekten må være høy. I lovforarbeidene er det sagt at den sikrede ikke behøver å underkaste seg pålegget «dersom det er grunn til å tvile på» at resultatet blir vellykket, se NOU 1983:56 side 161. Det følger derfor både av ordlyden og forarbeidene at beviskravet er strengere enn klar sannsynlighetsovervekt.
- (45) A gjør gjeldende at beviskravet ligger tett opp til det sikre og må kunne likestilles med det strafferettslige beviskravet, som krever at forholdet må være bevist utover enhver rimelig tvil.

- (46) Jeg peker her på at bevisetemaet er en begivenhet som ennå ikke har inntruffet – et fremtidig forhold. Det er ikke mulig å konstatere med sikkerhet hva fremtiden vil bringe, heller ikke under gitte forutsetninger. Jeg mener bestemmelsen ikke kan tolkes så strengt at vilkåret i praksis ikke lar seg oppfylle.
- (47) Mitt syn er derfor at det med «åpenbart» siktes til et beviskrav som på den ene siden ikke er like strengt som det strafferettslige, men som på den andre siden er strengere enn klar sannsynlighetsovervekt, se også HR-2021-1263-A avsnitt 45.
- (48) Samlet innebærer dette at vilkåret i § 13-12 første ledd første punktum er oppfylt hvis det er en slik høy grad av sannsynlighet for at A, dersom han lar seg operere, får tilbake legeattesten sin for flygere.

Konkret vurdering

- (49) Vurderingen av hva en gallesteinsoperasjon av A vil føre til, må bygge på anerkjent medisinsk viten. Den rettsoppnevnte sakkyndige, overlege Søvik, har opplyst at det årlig gjennomføres omkring 6 500 slike operasjoner i Norge. Han beskriver operasjonen som «en rutineoperasjon», som «i stor grad [er] standardisert». I de aller fleste tilfellene gjennomføres den med kikkhullsteknikk, og da ofte som dagkirurgisk inngrep, slik at pasienten reiser hjem samme dag.
- (50) Overlege Søvik har også opplyst at etter operasjon blir de aller fleste pasientene kvitt de smertene gallesteinssykdommen ga dem. En eldre britisk studie viser at 94 prosent av pasientene blir «klart bedre eller helt kvitt symptomene». En noe nyere norsk studie viser at tre måneder etter operasjonen hadde 93 prosent av pasientene blitt «kvitt» smerteplagene. Overlege Søvik har også vist til en oversiktsartikkel fra 2003, som viser at 92 prosent av pasientene «ikke hadde gallestensmerter etter operasjon».
- (51) Overlege Søvik har videre opplyst at operasjonen har svært liten risiko for alvorlige komplikasjoner. Studier har vist 0,4 prosent forekomst av skade i galleveiene, 0,14 prosent forekomst av tarmskade, 0,6 prosent forekomst av gallelekkasje og 0,15 prosent død. Risikoen for blødning er opp mot omkring 2 prosent.
- (52) Endelig har overlege Søvik opplyst at en del pasienter etter operasjonen får såkalt «postcholecystektomi-syndrom», som er en samlebetegnelse for vedvarende eller nye plager i magen. Dette omfatter tilfeller av gjenværende steiner i gallegangene, ikke-erkjente sykdommer før operasjonen og nye plager etterpå. Typisk kan det dreie seg om problemer som diaré, forstoppelse, luftplager – og i noen tilfeller også oppkast, kvalme, redusert appetitt og lignende. Forekomsten av dette syndromet er beskrevet å være 10 prosent i en britisk/irsk studie fra i 2019. I en norsk undersøkelse fra 2000 rapporterte 14 prosent av pasientene diaréplager og løs avføring tre år etter operasjonen.
- (53) Det må legges til grunn at forekomst av slike mage- og tarmlager som her er beskrevet, i alle fall i en del tilfeller vil være til hinder for utstedelse av legeattest for flygere. Som jeg gjennomgikk, er vilkårene relativt strenge. På den andre siden må jeg, blant annet basert på den sakkyndiges forklaring, legge til grunn at noen av de beskrevne plagene vil være lette og eventuelt også vil kunne behandles, slik at de ikke vil stå i veien for utstedelse av slik legeattest.
- (54) Særlig partshjelperen har fremhevet at saksbehandlingen fra forsikringsselskapet her har vært mangelfull, og at selskapets bevisbyrde av den grunn ikke er oppfylt. Det er særlig pekt på at flymedisinsk kompetanse ikke er trukket inn. Jeg er ikke enig i dette. Partene har vært enige om oppnevning av den

sakkyndige og mandatet hans, og begge parter har hatt mulighet til å trekke inn flymedisinsk kompetanse. Domstolene må da basere sin avgjørelse på de bevisene som er blitt presentert.

(55) Basert på bevisene er mitt syn at sannsynligheten samlet sett er betydelig – anslagsvis i området 85 til 90 prosent – for at en gallesteinsoperasjon av A vil bli vellykket, uten forekomst av slike ettervirkninger som hindrer ham å få tilbake legeattesten for flygere. Selv om den nedre delen av intervallet nok ligger i grenseland, er jeg kommet til at dette er tilstrekkelig.

(56) Det må med andre ord konkluderes med at tiltaket åpenbart vil begrense omfanget av forsikringsselskapets ansvar.

Vilkåret «urimelig inngrep i friheten til å råde over sin person»

Tolkningen

(57) Det er klart at et pålegg om å gjennomføre en operasjon, er et «inngrep» i forsikredes frihet til å råde over sin person. Spørsmålet i saken er om inngrepet er «urimelig».

(58) Verken lovteksten eller lovforarbeidene gir særlig veiledning ved grensedragningen. Det finnes heller ikke høyesterettspraksis. Det som likevel må være klart, er at det skal utøves et skjønn, hvor kryssende hensyn gjør seg gjeldende:

(59) På den ene siden står hensynet til den enkeltes personlige frihet og kroppslige integritet sterkt. Men friheten er ikke ubegrenset, når den går ut over andre – her forsikringsselskapet, og i siste instans forsikringskollektivet – som må betale for den forsikredes motvilje.

(60) Ved den nærmere grensedragningen er det som nevnt grunn til å se nærmere på hvordan Høyesterett har trukket grensen i erstatningssaker. Jeg viser først til Rt-1962-938 *Nesttun*. Den gjaldt en trafikkskadet husmor med tre mindreårige barn, som hun i praksis hadde eneansvaret for. Høyesterett kom til at husmoren ikke pliktet å la seg operere, selv om dette med stor grad av sannsynlighet ville redusere skadene hennes. Begrunnelsen er knyttet til at hun måtte forlate barna i syv uker på grunn av sykehusopphold, og at det ville gå ytterligere et par måneder før hun kunne gjenoppta husarbeidet. Avgjørelsen er med andre ord knyttet konkret til skadelidtes individuelle situasjon og belastninger.

(61) I Rt-1985-46 *danselærer* ble det ved utmåling av ménerstatningen i reduserende retning ikke lagt vekt på at en øyeskade antakeligvis kunne opereres. Begrunnelsen er kort: Dels var «lite» opplyst om operasjonen og risikoen ved den, og dessuten ville en slik operasjon «virke urimelig overfor [skadelidte] på grunn av det hun har gjennomgått som følge av ulykken».

(62) Denne rettspraksisen gir etter min mening noe veiledning. Den understreker for det første at rimelighetsvurderingen må gjøres helt konkret. Og for det andre må det være klart at de belastningene tiltaket utsetter forsikrede for i sin individuelle situasjon, står sentralt.

Konkret vurdering

(63) I vurderingen av om tiltaket gjør et «urimelig inngrep» i As frihet til å råde over sin person, tar jeg utgangspunkt i hans begrunnelse for ikke å ville la seg operere:

- (64) A har for det *første* motvilje mot å fjerne et organ fra kroppen. Jeg forstår ham slik at motviljen er knyttet til at ethvert organ har kroppslige funksjoner.
- (65) Jeg peker her på at en gallesteinsoperasjon ikke er blant de mest omfattende operasjonene, selv om den heller ikke er helt bagatellmessig. Den innebærer at galleblæren fjernes med kikkhullsteknikk under full narkose. Operasjonen varer fra 30 minutter til en og en halv time, og pasienten er sykmeldt i en til to uker etterpå.
- (66) Som organ har galleblæren en funksjon, men som jeg var inne på, vil kroppen i de aller fleste tilfellene fungere like godt uten. Og selv om kroppen ikke skulle gjøre det, er følgene moderate for de aller fleste, slik jeg har beskrevet. At galleblæren fjernes, kan derfor i seg selv ikke være så tyngende at inngrepet i friheten blir urimelig for A.
- (67) For det *andre* er A redd for å bli lagt i narkose. Jeg peker her på at bruk av full narkose bidrar til at operasjonen ikke er helt bagatellmessig. Tanken på å bli bevisstløs kan også gi enkelte panikkangst. Det foreligger imidlertid ikke opplysninger som sannsynliggjør at A vil få slike reaksjoner, eller at det for øvrig er medisinske grunner som tilsier at han ikke bør legges i narkose. Han har vist til en sen og ubehagelig oppvåkning etter en blindtarmoperasjon i 1991, uten at journalnotatet den gang indikerer noe ekstraordinært. Heller ikke at operasjonen skjer under full narkose kan derfor i seg selv være så tyngende at inngrepet i friheten blir urimelig for A.
- (68) For det *trede* frykter A uforutsette og til dels alvorlige komplikasjoner. Slik frykt kan ikke ignoreres. Men når den reelle risikoen er svært liten, slik den er her, må etter min mening den individuelle frykten og styrken i den underbygges nærmere hvis den skal få vekt av betydning. Det er ikke gjort her.
- (69) Endelig har A for det *fjerde* vist til at de plagene han har, er til å leve med. Han har tre til fire gallesteinsanfall i året. Smertene varer da noen få timer og er ikke større enn at han unnlater å ta smertestillende. At plagene er få og moderate kan for vedkommende være en rasjonell grunn til å avstå fra et operativt inngrep. Men her er konsekvensene av å unnlate inngrepet at A også mister sitt yrke, hvilket må anses som en belastning for ham. Med en ubehandlet gallesteinssykdom løper han dessuten en viss risiko for andre sykdommer, slik som gallesteinsbetennelse og andre betennelser og infeksjoner. Heller ikke at han selv lever godt med sykdommen kan derfor i seg selv være så tungtveiende at inngrepet i friheten blir urimelig.
- (70) Protector Forsikring har gjort gjeldende at det har vekt at forsikringsutbetalingen er høy. Som jeg var inne på, har hensynet til forsikringsselskapet og -kollektivet generell vekt i urimelighetsvurderingen. Jeg kan imidlertid ikke se at beløpets konkrete størrelse har nevneverdig betydning. Beløpet er først og fremst et resultat av hva partene har avtalt og kan etter min mening ikke i særlig grad påvirke hvordan grensen i § 13-12 første ledd andre punktum trekkes.
- (71) Protector Forsikring har også gjort gjeldende at misbruksfaren har vekt. Den forsikrede kan, etter å ha fått utbetalt forsikringssummen, la seg operere og på den måten gjenvinne den arbeidsevnen han allerede har fått erstattet tapet av. Men dette må partene, i alle fall et stykke på vei, kunne regulere i forsikringsavtalen. Og så lenge det ikke er påvist noen konkret risiko for misbruk, kan jeg ikke se at den har vekt i urimelighetsvurderingen. Slik konkret risiko har forsikringsselskapet ikke påstått at foreligger her.

(72) Samlet sett utsettes A for enkelte belastninger ved å gjennomgå en gallesteinsoperasjon. Men jeg mener disse ikke er så tyngende for ham i hans situasjon at det i denne sammenheng vil være urimelig å pålegge ham tiltaket. Operasjonen er ikke spesielt omfattende og påfører ham ikke særlige belastninger i hans individuelle situasjon.

(73) Dette innebærer at vilkårene i forsikringsavtaleloven § 13-12 første ledd er oppfylt. I den sammenheng har A da plikt til å følge selskapets pålegg om operasjon.

Virkingen av ikke å følge pålegget

(74) Det følger av § 13-12 andre ledd at dersom den forsikrede forsettlig eller uaktsomt unnlater å følge et pålegg fra forsikringsselskap som han plikter å etterkomme, «kan selskapets ansvar settes ned eller falle bort».

(75) A har forsettlig unnlatt å følge pålegget, selv om han skulle ha vært i tvil om han hadde plikt til å følge det. Spørsmålet er derfor om ansvaret skal bortfalle helt eller bare nedsettes.

(76) Slik jeg ser det, må utgangspunktet være at forsikrede stilles som om han hadde fulgt det pålegget han etter § 13-12 første ledd er forpliktet til å følge. I dette tilfellet ville selskapets ansvar bortfalt helt dersom A hadde fulgt pålegget. Da må resultatet bli det samme når han ikke har gjort det.

(77) Jeg ser ikke bort fra at det kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet, slik at sikrede får utbetalt noe mer enn han ville fått om pålegget hadde vært fulgt. Dette kan for eksempel tenkes i tilfelle forsett ikke foreligger. Men jeg kan ikke se at det er grunn til å fravike utgangspunktet her.

(78) Jeg har derfor kommet til at Protector Forsikrings ansvar bortfaller. Anken må da forkastes.

Sakskostnader

(79) Protector Forsikring har vunnet saken og har derfor i utgangspunktet krav på dekning av sine sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd.

(80) Jeg mener imidlertid at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta A og partshjelperen for ansvaret, jf. § 20-2 tredje ledd og § 20-1 tredje ledd. Saken er av velferdsmessig betydning for A, og styrkeforholdet partene imellom tilsier slikt fritak. I tillegg har avgjørelsen reist enkelte prinsipielle spørsmål som Protector Forsikring har større interesse av å få avklart enn A har.

(81) Sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten er endelig avgjort av lagmannsretten.

(82) Jeg stemmer for denne

DOM:

1. Anken forkastes.
2. Hver av partene bærer egne sakskostnader for Høyesterett.

(83) Dommer **Noer**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(84) Dommer **Kallerud**: Likeså.

(85) Dommer **Thyness:** Likeså.

(86) Dommer **Matheson:** Likeså.

(87) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

DOM:

1. Anken forkastes.
2. Hver av partene bærer egne sakskostnader for Høyesterett.