

Rettsøkonomisk analyse av skadelidtes medvirkning



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 674
Leveringsfrist: 25. November.

Til sammen 17766 ord

25.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av problemstillingen.	1
1.2	Målgruppen for oppgaven	4
1.3	Metode	4
1.4	Begreper og definisjoner	5
<u>2</u>	<u>RETTSØKONOMISK TEORI OM ANSVARSREGLENE.</u>	<u>6</u>
2.1	Grunnleggende tosidig skademodell	7
2.1.1	Transaksjonskostnader og risikoallokering	7
2.1.2	Norsk rett.	12
2.1.3	Oppsummering:	13
2.2	Grunnleggende teori om skadeerstatning og aktsomhetsnivåer.	13
2.2.1	Forebyggelse og prevensjonshensynet	14
2.2.2	Tosidige ulykker og aktsomhetsnivåer	14
2.2.3	Oppsummering	19
2.3	Spillteoretisk analyse av komparativ uaktsomhet	19
2.3.1	Rettsregler som fører til effektive likevekter	22
2.4	Noen typiske utforminger av ansvarsregler og en sammenligning av dem med tanke på hvilken regel som gir best insentiver til forebyggelse.	23
2.4.1	Culpa og tosidig aktsomhet. Simultant valg av aktsomhet.	24
2.4.2	Objektivt ansvar og tosidig skade med simultant valg av aktsomhet.	26
2.5	Tosidig ulykke med sekvensielt valg av aktsomhet.	28
2.5.1	Norsk rettspraksis om sekvensielt valg av aktsomhet	33

2.6	Generell betingelse for effektive erstatningsregler under visse forutsetninger.	
	Forutsetningene for den grunnleggende modellen.	34
2.6.1	Norsk rett	37
2.7	Aktivitetsnivåer	37
2.7.1	Culpa og objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning	39
2.7.2	Contributory negligence og compensatio culpaee	41
2.7.3	Komparativ uaktsomhet eller fordelingsprinsippet.	43
2.7.4	Hvorfor er komparativ uaktsomhet den mest populære regelen når det ikke er noe klart svar på om den er effektiv?	43
3	<u>REALISMEN AV MODELLENE</u>	44
3.1	Forutsetningene for modellene	45
3.2	Usikkerhet og valget mellom komparativ uaktsomhet og compensatio culpaee.	45
3.2.1	Administrasjonskostnader	46
3.2.2	Usikkerhet	47
3.2.3	Perfekt kompensasjon.	47
3.2.4	Heterogene aktører	47
3.2.5	Asymmetrisk informasjon	48
3.3	Empiriske studier.	48
3.4	Betydningen av andre reguleringer	50
3.4.1	Empiriske erfaringer med ”No-fault”-systemet som alternativ til erstatningsrett.	50
3.5	Oppsummering.	52
4	<u>SKADELIDTES MEDVIRKNING I NORSK RETT.</u>	53
4.1	Formålet med erstatningsretten.	54
4.2	Begrunnelsen for reglene om skadelidtes medvirkning.	56
4.2.1	Skadelidtes medvirkning.	57
4.3	Rettsøkonomisk teori og rettspraksis	58

4.4	Learned Hand	58
4.5	Norsk rettspraksis	59
4.5.1	Norsk rettspraksis med simultant valg av aktsomhet.	59
4.5.2	Norsk rettspraksis med sekvensielt valg av aktsomhet	63
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OG KONKLUSJONER</u>	<u>65</u>
<u>6</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen.

Problemstillingen min er todelt. Først er spørsmålet: Hvordan bør reglene om skadelidtes medvirkning utformes etter kriteriet samfunnsøkonomisk effektivitet? Deretter vil jeg svare på følgende spørsmål: Hvor godt samsvarer norsk erstatningsrett med den eventuelle rettsøkonomiske normen?

Det finnes mange forskjellige typer regler om skadelidtes medvirkning i verden, og enda flere tenkelige. Komparativ uaktsomhet har blitt den mest utbredte regelen, og dominerer i Europa og USA. Men er dette den beste regelen? En måte å komme fram til hvilken regel som er best, er å undersøke hvilken regel som best realiserer formålet med erstatningsretten. Erstatningsretten kan ha flere formål. I Norge legges det hovedsakelig vekt på prevensjon og reparasjon. I NOU 1977:33 heter det: ”De hovedhensyn som anføres som begrunnelse for erstatningsretten er dels å gjenoppbygge skaden, dels å forebygge at skaden blir voldt. Man sier derfor at hovedformålene med skadeerstatning er gjenoppretting og prevensjon.”¹ I Ot.prp. 33 heter det: ”*Erstatningsansvar* bygger tradisjonelt på hensynet til prevensjon og reparasjon.”²

Jeg velger å rette oppmerksomheten mot prevensjonshensynet i denne oppgaven. Erstatningsretten virker kort sagt preventivt ved at en skadevolder vil la være å utføre en skadevoldende handling hvis han selv må bære kostnadene for handlingen.

Prevensjonshensynet har lenge vært en del av begrunnelsen for norsk erstatningsrett. Frederik Stang så slik på formålet med erstatningsretten i 1927: ”Erstatningsretten kan også

¹ NOU 1977:33 s.23

² Ot.prp. 33 s. 16

ha en anden virkning ... den kan avskrække fra at gjøre skade og derved virke præventivt.»³

Spørsmålet blir da hvilken regel som fører til best prevensjon. For å kunne velge mellom alternative regler må man ha kriterier å velge etter. Det finnes flere tenkelige alternativer. I den juridiske teorien vises det ofte til tre momenter: den alminnelige rettsoppfatningen, rimelighet og graden av rettferdighet. Jeg har imidlertid valgt samfunnsøkonomisk effektivitet som kriterium. Jeg vil bruke rettsøkonomiske metoder for å undersøke effektiviteten til de forskjellige reglene. Med samfunnsøkonomisk effektivitet mener jeg her at formålet må være å minimalisere de totale kostnadene forbundet med skadeerstatningen. Dette inkluderer forebyggelseskostnader, skadekostnader, risikokostnader og administrasjonskostnader.

Dette kriteriet bygger på den grunnleggende erkjennelsen at vi lever i en verden med begrensede ressurser. Dette betyr at når man velger å bruke ressurser til å forebygge ulykker, velger man samtidig bort å bruke de samme ressursene til alt mulig annet. Dette kalles alternativkostnader. Fra et tenkt utgangspunkt uten noen forebyggelse bør forebyggelsen økes helt til det punktet hvor en økning i forebyggelseskostnadene er like stor eller større enn reduksjonen i forventede ulykkeskostnader. Mer forebyggelse enn dette er sløsing med ressurser. Mindre forebyggelse fører til for mange ulykker. Hvis man har et ønske om å unngå å sløse med ressurser, bør man forsøke å utforme regelverket slik at det gir insentiver til effektiv atferd.

Jeg vil undersøke om kunnskap fra rettsøkonomisk teori kan gi betingete normative argumenter om hvordan reglene om skadelidtes medvirkning bør utformes. Jeg ønsker altså å besvare spørsmålet: Hvis man ønsker samfunnsøkonomisk effektive regler, hvordan bør de da utformes? For å kunne gjøre dette vil jeg først presentere grunnleggende rettsøkonomisk teori. Deretter vil jeg bygge på dette grunnlaget for å nærme meg

³ Stang (1927) s. 54

argumenter for valg mellom forskjellige regler om skadelidtes medvirkning. I oppgaven vil jeg konsentrere meg om prevensjonshensynet i erstatningsretten og undersøke om det finnes erstatningsregler som gir ”riktige” insentiver til aktørene slik at de samlede ulykkeskostnadene blir lavest mulig. Spørsmålet blir hvilke regler som fører den mest samfunnsøkonomisk effektive prevensjonen.

En del av motivasjonen for å skrive om dette emnet er at det er lite rettsøkonomi i norsk juridisk teori om skadelidtes medvirkning. Internasjonalt finnes det imidlertid mye rettsøkonomisk teori om skadelidtes medvirkning. Dette har for eksempel vært særlig aktuelt i USA. Der har det foregått et skift fra ”contributory” til ”comparative negligence”. Jeg har som ambisjon å gi et overblikk over denne litteraturen. For å forankre litteraturen i den juridiske virkeligheten vil jeg vise til noen klassiske dommer fra internasjonal rettspraksis. For å underbygge den rettsøkonomiske teorien videre vil jeg vise til de mest relevante empiriske studiene. Jeg vil også kort henvise til noen norske teoretiske framstillinger av skadelidtes medvirkning for å se hvor stort samsvar det er mellom norsk erstatningsrett og den eventuelle normen i rettsøkonomien.

I Norge har vi en generell bestemmelse om skadelidtes medvirkning i skadeerstatningsloven § 5-1:

”§ 5-1. (den skadelidtes medvirkning)

1. Dersom den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har medvirket til skaden ved egen skyld, kan erstatningen settes ned eller falle bort for så vidt det er rimelig når en tar hensyn til atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers. Dette gjelder likevel ikke dersom skadelidte på skadetiden ikke hadde fylt 10 år.

2. Som medvirkning reknes det også når den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden.

3. Reglene i nr. 1 og 2 gjelder tilsvarende ved medvirkning av andre personer eller forhold som den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren i denne sammenheng hefter for.”

Som man ser av bestemmelsen, kan erstatningen settes delvis ned eller falle helt bort.

Utenom skl. § 5-1 finnes det flere medvirkningsregler spredt i lovgivningen. Om disse sier Lødrup: ”Med få unntak som yforsl. § 14 og bal. § 7 har ikke disse noe selvstendig innhold.”⁴

1.2 Målgruppen for oppgaven

Oppgaven er tenkt skrevet for utdannede jurister som jobber med erstatningsrett og som har hatt rettsøkonomi som fag, eller er interessert i rettsøkonomi.

1.3 Metode

Denne oppgaven er en rettsøkonomisk oppgave. Målet er å forsøke å gi betingede normative konklusjoner om hvordan rettsregler bør være. Oppgaven er derfor også en rettspolitisk oppgave. Metoden vil nødvendigvis være annerledes enn i en ”vanlig” rettsdogmatisk oppgave. Jeg begrenser meg til å henvise til Lødrups lærebok i erstatningsrett i denne oppgaven. Det er ikke et mål å gi en inngående rettsvitenskapelig analyse av medvirkning. Derfor nøyer jeg meg med å henvise til hovedlinjene i juridisk teori slik de er presentert i læreboken til Lødrup.

I oppgaven bruker jeg en del standardforutsetninger som er vanlig i rettsøkonomi. Dette gjør jeg fordi det er umulig (og heller ikke ønskelig) å undersøke alle aspekter ved problemstillingen samtidig. Derfor er det nødvendig å begrense analysene til en eller bare noen få sammenhenger om gangen. Senere vil jeg komme med sideargumenter der de forskjellige forutsetningene mykes opp.

Jeg vil bruke flere forskjellige analyseverktøy. Disse er for eksempel Coase-teoremet, Pareto-kriteriet, Kaldor Hicks-kriteriet, Learned Hand-formelen, ”cheapest cost avoider”, ”last clear chance” og spillteori. Jeg vil forklare disse nærmere utover i oppgaven. For å

⁴ Lødrup (2009) s. 409

lette lesingen av oppgaven og for å få en god flyt i fremstillingen vil jeg først presentere de mer grunnleggende teoriene før jeg gradvis går mer i dybden, og nærmer meg de rådende oppfatningene i rettsøkonomisk teori.

”Ved bruk av modeller eller teknikker søker rettsøkonomien å utforme teorier om rettssystemet ved kvantitative analyser. Dette omfatter både hvordan reglene utformes, utvikles og hvilke virkninger de har. Rettsøkonomien blir derfor en del av den juridiske metodetenkning.”⁵

Jeg vil prøve å klare meg mest mulig uten formelle modeller og matematisk språk. Jeg vil imidlertid henviser til publikasjoner hvor man kan finne mer formelle fremstillinger.

1.4 Begreper og definisjoner

Jeg vil bruke disse begrepene om de forskjellige ansvarsreglene:

- Enkel uaktsomhetsregel - culperegul uten unntak for skadelidtes medvirkning.
- Compensatio culpae – culpa med unntak for skadelidtes medvirkning. Ved skadelidtes culpøse medvirkning faller hele erstatningen bort.
- Komparativ uaktsomhet – culpa med unntak for skadelidtes medvirkning der erstatningen kan settes ned helt eller delvis basert på en konkret vurdering av skadelidtes egen skyld
- Objektivt ansvar uten unntak for skadelidtes medvirkning
- Objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning i form av compensatio culpae
- Objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning i form av komparativ uaktsomhet
- ”Contributory negligence” er det samme som compensatio culpae
- ”Comparativ negligence” er det samme som komparativ uaktsomhet.

⁵ Lødrup (2009) s. 118

2 Rettsøkonomisk teori om ansvarsreglene.

I dette kapitlet skal jeg for det første vise betydningen av transaksjonskostnader og risikoallokering. For det andre vil jeg presentere en grunnleggende modell for tosidig skade. I denne modellen er forutsetningene strenge, og kanskje minst realistiske. Dette er for å få fram betydningen av forebyggelseskostnader. Jeg vil bruke de spillteoretiske modellene som er mest relevante for norsk rett for å undersøke om norsk rett er egnet til å fremme samfunnsøkonomisk effektivitet. Så vil jeg vise hvilken betydning det har dersom aktørene handler sekvensielt. Deretter vil jeg vise hvordan reglene påvirker aktørens aktivitetsnivåer. Jeg vil oppsummere underveis.

Jeg ønsker å bruke en del plass her i punkt 2 for å klargjøre den teoretiske bakgrunnen og forutsetningene for modellene i bunnen. Dette er viktig i forhold til drøftingen som kommer senere i punkt 3 og 4. Jeg vil balansere teorien med en eksempelsamling som inneholder både innenlandsk og utenlandsk rettspraksis. Målet i denne delen av oppgaven er å vise de rettsøkonomiske egenskapene til ulike regelutforminger. Derfor er også utenlandsk rett relevant.

Fra et rettsøkonomisk perspektiv er et naturlig mål med ansvarsreglene i skadeerstatningsretten samfunnsøkonomisk effektivitet. Det finnes etter hvert en omfattende rettsøkonomisk litteratur om erstatningsrett. Størsteparten av denne handler om hvordan man kan utforme erstatningsregler som fører til samfunnsøkonomisk effektivitet. Det vil si å minimalisere de totale kostnadene som er forbundet med skadevoldelse. Disse kostnadene inkluderer blant andre forebyggelseskostnader, skadekostnader, kostnadene av å bære risiko og administrative kostnader.

I rettsøkonomisk litteratur er det vanlig å dele opp fremstillingen slik at man først presenterer en grunnleggende modell med strenge forutsetninger. Disse kan man bruke som utgangspunkt i de senere delene hvor modellen utvides og forutsetningene mykes opp. Jeg vil gjøre det samme her.

Etter hvert som jeg gir modellene mer realistiske forutsetninger, vil jeg anvende modellene på rettsregler og rettspraksis som er spesielt relevante under de forskjellige forutsetningene. Dette er for å illustrere rettsøkonomisk teori. Hovedkonfrontasjonen mellom rettsøkonomisk teori og norsk rett utsettes til punkt 4.

2.1 Grunnleggende tosidig skademodell

2.1.1 Transaksjonskostnader og risikoallokering

Skadevoldelse er i hovedsak tosidig. Det vil si at begge parter i en sak kan påvirke sannsynligheten for skade. Det finnes nok også ensidige, eller i alle fall tilnærmet ensidige tilfeller. Flyulykker kan være et eksempel på dette. Det typiske i erstatningsretten er imidlertid den klassiske interessekonflikten. Ronald Coase stilte opp problemet slik i ”The problem of social cost”.

Ronald Coase ”The problem of social Cost” (1960:2):

”The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of reciprocal nature. To avoid harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the most serious harm. ...It goes almost without saying that this problem has to be looked at in total *and* at the margin.”⁶

Problemet blir å avverge den mest alvorlige skaden. Av dette følger det motsetningsvis at man må finne den som kan forebygge billigst, eller ”the cheapest cost avoider”. Guido

⁶ Coase (1960) s. 2

Calabresi kom fram til dette uttrykket, basert på Coase, i boken sin ”The Costs of Accidents”⁷.

*”Tort rules determine who comes to bear the costs of accidents, and people differ in their ability to bear losses. Other things equal, one would want the tort system to impose risk on those whose costs of risk-bearing is the lowest, i.e. to reach an efficient allocation of risk.”*⁸

Det er som regel den som har lettest for å forsikre seg, som er den som har de laveste kostnadene ved å bære tapet. Store firmaer har mulighet til å spre risiko på aksjemarkedet og kan være bedre egnet til å bære risiko på denne måten.⁹ Andre forhold av betydning er hvor store ressurser aktøren har i forhold til tapet, og aktørens holdning til risiko.¹⁰ Det er vanlig å anta at store firmaer har en mer nøytral holdning til risiko enn en privatperson.

I juridisk teori stilles dette opp som et spørsmål om hvem som er nærmest til å bære tapet. Hva som ligger i dette, er ikke helt sikkert. For meg synes det som om det er samsvar mellom denne vurderingen og Calabresis ”cheapest cost avoider”. Spørsmålet om hvem som har de laveste forebyggelseskostnadene, ligger tilsynelatende implisitt i vurderingen av hvem som er nærmest til å bære tapet. Men det er mulig at også andre hensyn spiller en rolle som for eksempel riskioalokeringshensyn og pulveriseringshensyn. En annen mulighet er at rent formelle betraktninger kan virke inn.

Det grunnleggende for den rettsøkonomiske teorien er Coase-teoremet. Ronald Coase formulerte ikke teoremet eksplisitt selv, men har senere blitt gjengitt forskjellig av ulike teoretikere med utgangspunkt i hans analyser. Den sterke versjonen av teoremet formuleres slik i Eide (2008): ”Hvis rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene, uavhengig av den rettslige fordeling av rådigheter, gjennom samarbeide

⁷ Calabresi (1970)

⁸ Lando (1997) s. 923

⁹ l.c.

¹⁰ l.c

frembringe et Pareto-effektivt resultat.”¹¹ Pareto-effektivitet betyr at ingen kan få det bedre uten at noen får det verre.¹² Coase-teoremet kan imidlertid ikke brukes direkte, fordi transaksjonskostnadene i de fleste tilfellene vil være uoverkommelig høye. Et illustrerende eksempel kan være trafikkulykker. Det er umulig for alle trafikanter å avtale hva som skal skje ved alle tenkelige ulykker. Man vet ikke på forhånd om eller med hvem man vil kollidere, eller hvem som blir skadevolder og skadelidte (kanskje blir begge skadelidte og skadevolder), og hvor alvorlig skaden blir. Dette gjør at vi må bruke den svake versjonen av Coase-teoremet: ”Hvis transaksjonskostnadene er så høye at de forhindrer forhandlinger, vil ressursutnyttelsen bli Pareto-effektiv hvis den rettslige allokeringen av rådigheter initialt er slik som forhandlinger uten transaksjonskostnader ville ha ledet til, men ikke ellers.”¹³

Ott og Schäfer bruker et eksempel fra tysk rett for å illustrere dette. Innbyggerne i et nytt boligfelt klager på lukten av en gammel svinesti like ved.¹⁴ Dette er en klassisk interessekonflikt. Det er meningsløst å lete etter hvem som er skadevolderen og hvem som er skadelidte. Det eneste man kan gjøre, er å finne den ordningen som gir det minste samfunnsøkonomiske tapet.¹⁵ Dersom dette ikke er helt tilfredsstillende fra en rettferdstankegang, kan ressursene omfordeles i etterkant.

Spørsmålet etter dette blir hvem som kan forebygge for de minste kostnadene. Det følger av Coase-teoremet at den fordelingen av ansvar erstatningsreglene gir i utgangspunktet, ikke spiller noen rolle. Ut fra forutsetningene til Coase vil ansvaret til slutt havne hos ”the cheapest cost avoider”, og dette vil være Pareto-effektivt. Det vil som nevnt si at ingen kan få det bedre uten at noen får det verre.¹⁶ Forutsetningen om null transaksjonskostnader holder selvfølgelig ikke i virkeligheten. Da blir utfordringen å lage erstatningsregler som

¹¹ Eide (2008) s. 137

¹² Ibid. s. 34

¹³ Ibid. s. 143

¹⁴ Schäfer (2004) s. 177

¹⁵ I.c.

¹⁶ Eide (2008) s. 34

plasserer ansvaret der det hadde havnet hvis forutsetningene til Coase hadde stemt. Schäfer og Ott forklarer prinsippet slik:

”Assume that A is Liable under law. In this case it is worth while for him or her to sign a contract with B in which B is responsible for taking precaution. A Will therefore save the costs of liability. Such transactions does not usually come in to being because of the high transaction costs. Thus according to the principle of the ceapest cost avoider, B should be made liable from the start irrespective of whether or not B is the tortfeasor, victim or a third party.”¹⁷

For å konkretisere dette litt mer vil jeg bruke noen eksempler fra boken til Schäfer og Ott.¹⁸

1. En gravemaskin graver over en strømkabel og ødelegger strømforsyningen. Man kunne ikke vite den nøyaktige plasseringen av kabelen selv om firmaet har et kart over kabelnettverket. Den eneste måten man kunne hindret uhellet ville ha vært å grave for hånd. Dette ville ha kostet €5,000.

Her følger tre variasjoner over saken:

- a. Strømkabelen forsyner handlegaten i en gammel bykjerne som er full av kafeer, restauranter og hoteller. Resultatet av dette er at forretningene må stenge helt eller delvis. De totale skadene i form av økonomisk tap blir €100,000. I motsetning til skadevolder hadde de skadelidte ingen rimelig mulighet til å unngå uhellet.
- b. Strømkabelen forsyner en bilfabrikk med strøm. Tapet i forbindelse med produksjonsstansen ble €1,000,000. Man kan anta at et nødaggregat hadde vært billigere enn merkostnadene for byggefirmaet for å få arbeiderne til å grave for hånd/med spader.
- c. Da man la ned strømkabelen var det teknisk mulig å forsterke kabelen for mindre enn det koster å installere nødaggregat og grave med spader. Elektrisitetsverket bestemte seg for ikke å investere i å forsterke kabelen.¹⁹

¹⁷ Schäfer (2004) s. 179-180

¹⁸ Schäfer (2004) s. 180

¹⁹ l.c.

I variant a er det byggefirmaet som er "the cheapest cost avoider", i b er det bilfabrikken og i c er det elektrisitetsverket, altså henholdsvis skadevolder, skadelidte og tredjemann.

Schäfer og Ott mener at ansvarsregimer som holder en annen enn "the cheapest cost avoider" ansvarlig, er sløsing med ressurser fordi aktørene vil lete etter kontraktsmessige løsninger for å omfordele kostnadene opp til prisen av transaksjonskostnadene.²⁰ Partene vil enten bli påført høyere kostnader i form av forhandlingskostnader, eller transaksjonskostnadene vil bli uoverkommelig høye slik at ellers ønskelige avtaler ikke vil bli inngått.

De mener at "the cheapest cost avoider" sammen med Learned Hand-kriteriet gir en klar metode som kan forenkle komplekse juridiske argumenter til enkle økonomiske argumenter som fører til det samme utfallet som juridiske argumenter.

De demonstrerer dette ved hjelp av en todelt modell for å bedømme erstatningssaker som følger:²¹

Trinn 1 i modellen gjelder spørsmålet om hvem som kan forebygge til de laveste kostnadene. Dersom det er saksøkeren eller tredjemann som har de laveste forebyggelseskostnadene, blir spørsmålet om forebyggelse ville vært Kaldor-Hicks-effektivt. Med andre ord om forebyggelseskostnadene er lavere enn skadekostnadene. Hvis forebyggelse fra saksøkeren eller tredjemann hadde vært Kaldor-Hicks-effektivt, skal saksøkerens erstatningskrav avvises.

Dersom forebyggelse fra saksøkeren eller tredjemann ikke er Kaldor-Hicks-effektivt, eller det er saksøkte som kan forebygge billigst, går man over i trinn 2.

²⁰ Schäfer (2004) s. 180

²¹ Ibid. s. 180-181

I ensidige saker, der bare skadevolderen kan påvirke sannsynligheten for skade, blir spørsmålet om forebygging ville vært Kaldor-Hicks-effektivt.

Trinn 2 i modellen er å undersøke om saksøkte har overholdt Learned-Hand-kriteriet. Hvis saksøktes forebyggelseskostnader er lavere enn sannsynligheten for skade multiplisert med de forventede skadekostnadene, bør saksøkte bli erstatningsansvarlig, ellers ikke. Det kan være slik at saksøkte kunne ha unngått til minst kostnader, men hvis forebyggelseskostnadene er større enn forventet skadekostnader, er det sløsing å forebygge ut ifra et samfunnsøkonomisk perspektiv. I slike saker bør det ikke betales erstatning.²²

Schäfer og Ott innrømmer at denne modellen krever høy grad av informasjon til domstolene, men holder fram at retten i alle fall vet i hvilken retning de skal gå og hvilken informasjon de trenger.²³ Dessuten blir man bevisst på hva man ikke vet. En rettsavgjørelse blir ikke bedre fordi man stiller lavere krav til informasjon.

2.1.2 Norsk rett.

Rt. 1966 s. 1485 – Oksen på Stanghelle

Saksøkeren i denne saken er en arbeidsleder som jobbet med å legge en kraftledning gjennom en oksehavn. Arbeidslederen ble stanget av en okse tilhørende et fealslag.

Etter modellen over blir det første spørsmålet hvem som har de billigste forebyggelseskostnadene. Arbeidslederen hadde vært på inspeksjon på øya og var klar over oksen og dens lynne. Oksen hadde blant annet fulgt ham ned til havnen og lagt på svøm etter båten på den ene inspeksjonen. Oksebrølene kunne høres helt bort til naboøya. Arbeiderne hans ville først ikke være med på arbeidet hvis ikke oksen ble fjernet, men lot seg overtale. Arbeidslederen kunne enkelt ha unngått skaden ved å be fealslaget hente hjem

²² Schäfer (2004) s. 181

²³ I.c.

oksen før arbeidene skulle starte. Fealslaget visste ikke om arbeidene, og det ville vært vanskeligere for dem å unngå skaden. Etter dette blir saksøkeren den som har de laveste forebyggelseskostnadene, og erstatningskravet skal avvises. Resultatet i dommen ble hel avkortning av erstatningskravet. Dette er for så vidt i samsvar med den rettsøkonomiske normen, men veien til resultatet er litt lengre i dommen enn i modellen. I dommen må man innom ansvarsgrunnlaget for så å vurdere avkortning på grunn av skadelidtes medvirkning.

2.1.3 Oppsummering:

Dersom lovgiveren ønsker økonomisk effektive erstatningsregler, bør reglene plassere ansvar hos dem som kan unngå skade til de laveste kostnadene. Det er flere alternative regelutforminger som kan oppfylle dette kriteriet. Det er ikke mulig å bestemme hvilke regelutforminger som er mest samfunnsøkonomisk effektive ut ifra det jeg har presentert så langt i oppgaven.

Modellen i trinn 1 og 2 kan bare brukes på de litt enkle enten eller-situasjonene. Det er enten skadevolder eller skadelidte som er den som kan forebygge billigst. Denne må enten forebygge eller ikke. Problemene med optimalt aktsomhetsnivå og aktivitetsnivå gjenstår. Den første problemstillingen jeg tar for meg blir aktsomhetsnivået.

Avsnittene ovenfor viser hvor ansvaret bør plasseres i en situasjon der enten den ene eller den andre skal bære hele ansvaret. Nedenfor vil jeg undersøke hvordan man kan gi riktige insentiver til aktsomhet for begge partene.

2.2 Grunnleggende teori om skadeerstatning og aktsomhetsnivåer.

I de grunnleggende modellene forutsettes det rasjonelle aktører, risikonøytrale aktører, simultant valg av aktsomhet, ingen administrasjonskostnader, perfekt kompensasjon, konstant aktivitetsnivå og at det finnes en unik optimal kombinasjon av aktsomhet.

2.2.1 Forebyggelse og prevensjonshensynet

Det grunnleggende er at dersom man ikke holdes ansvarlig for skade man påfører andre, har man for små insentiver til aktsomhet. Skadekostnadene ved aktiviteten skadevolderen utøver, er eksterne. Det vil si at det ikke er skadevolderen selv som bærer alle kostnadene ved aktiviteten han utøver. Ved å gi regler om erstatningsansvar for skadevoldelse kan disse kostnadene internaliseres og dermed gi skadevolderen insentiver til forebyggelse. Dette gjelder både aktsomhetsnivået og aktivitetsnivået. Insentivene bør være slik at de fører til at aktørene øker aktsomheten opp til det punktet hvor en ytterligere økning av aktsomhetsnivået vil koste mer enn det vil senke skadekostnadene. Dette nivået kalles det optimale aktsomhetsnivået fordi det gir de laveste totale kostnadene. Det optimale aktivitetsnivået er der en økning i aktiviteten gir en nytteøkning som er like stor som økningen i skadekostnadene.

2.2.2 Tosidige ulykker og aktsomhetsnivåer

Denne delen av avhandlingen er i sin helhet basert på Shavells framstilling fra 2002.²⁴ Han gir en ganske pedagogisk framstilling ved bruk av noen enkle talleksempler.

I en tosidig modell av ulykker kan både skadelidte og skadevolder påvirke sannsynligheten for ulykker ved å være aktsomme. Målet med modellen er å finne hvilke regler som gir de lavest samfunnsøkonomiske kostnadene i modellen. Modellen består av skadelidtes og skadevolders aktsomhetskostnader i tillegg til de forventede skadekostnadene.

Administrasjonskostnader tas ikke med her.

Modellen vil vise de optimale aktsomhetsnivåene og de samlede mulighetene for å redusere skaderisikoen og aktsomhetskostnadene. Sannsynligheten for en ulykke som gir 100 i skadekostnader er avhengig av de forskjellige mulige kombinasjonene av skadevolderens og skadelidtes aktsomhetsnivå. For enkelhetsskyld er det bare tatt med ett positivt aktsomhetsnivå for hver av partene. Tabellen gjelder for alle underavsnittene.

²⁴ Shavell (2002) s. 5-12.

Tabell 1

Skadelidte og skadevolders aktsomhetsnivå og ulykkesrisiko.						
Skadevolders aktsomhet	Skadelidtes aktsomhet	Skadevolders aktskostn	Skadelidtes aktskostn	Sannynligheten for ulykke	Forventet tap	Totale sø kostn
ingen	ingen	0	0	15 %	15	15
ingen	aktsom	0	2	12 %	12	14
aktsom	ingen	3	0	10 %	10	13
aktsom	aktsom	3	2	6 %	6	11

25

Kolonnen med totale samfunnsøkonomiske kostnader (sø kostn) viser at det er samfunnsøkonomisk effektivt at både skadevolder og skadelidte er aktsomme. Hvis bare skadevolderen er aktsom, er det forventede tapet 10. Dersom skadelidte også er aktsom, koster det 2. Det forventede tapet synker med 4. Derfor vil de totale kostnadene synke hvis skadelidte også er aktsom. Resonnementet blir symmetrisk for tilfeller der kun skadelidte er aktsom i utgangspunktet.

Det kan selvfølgelig konstrueres talleksempler der det er optimalt for bare en av aktørene eller ingen av dem å være aktsomme, men i de fleste reelle tilfeller vil det være optimalt for både skadevolder og skadelidte med en positiv grad av aktsomhet selv om den kan være svært liten.

I den tosidige modellen vil den ene aktørens atferd være avhengig av den andre aktørens atferd. Hvis bilister har en tendens til å være uaktsomme, vil fotgjengere velge høyere aktsomhet for å unngå skade enn hvis bilister er aktsomme. For å vise at de forskjellige regeltypene fører til forskjellige atferdsmønstre, bruker jeg likevektsbegreper som for eksempel Nash-likevekt. En Nash-likevekt er en situasjon der ingen av partene vil ønske å forandre sin atferd når atferden til den andre parten er gitt. En fotgjenger og en bilist er i en Nash-likevekt hvis fotgjengeren velger det beste aktsomhetsnivået han kan i forhold til det

²⁵ Tabell 1 svarer til Table 3 i Shavell (2002) s. 5

aktsomhetsnivået bilistene velger, og bilisten velger det beste aktsomhetsnivået han kan i forhold til det aktsomhetsnivået fotgjengerne velger.

Her vil jeg vise at forskjellige regel-utforminger fører til forskjellige likevekter, som igjen fører til forskjellig atferd.

2.2.2.1 Ikke-ansvar

Skadevoldere har ingen insentiver til å være aktsomme uten ansvarsregler. Skadelidte må bære ulykkeskostnadene deres og vil derfor ha insentiver til å være aktsomme. I tabellen ser man at skadelidte vil være aktsom selv om skadevolderen velger å være uaktsom. Det koster skadelidte 2 å være aktsom, men hun sparer 3 i forventede ulykkeskostnader. Dette fører til en likevektsløsning der skadelidte vil være aktsom og skadevolderen vil være uaktsom. De totale samfunnsøkonomiske kostnadene blir 14 for denne strategikombinasjonen. Dette er høyere kostnader enn det man kan oppnå med regler om erstatningsansvar. Ikke-ansvar er derfor ikke samfunnsøkonomisk effektivt.

2.2.2.2 Objektivt ansvar uten unntak for skadelidtes medvirkning.

Under objektivt ansvar vil skadevolderne bli ansvarlige for kostnadene ved ulykkene de forårsaker. Skadelidte vil få dekket alle sine kostnader av skadevolderen, og vil være likegyldig til om ulykker oppstår eller ikke. Derfor vil skadelidte ikke være aktsom. Tabellen ovenfor viser at skadevolder vil være aktsom fordi aktsomhet bare koster 3 og reduserer forventet tap fra 15 til 10. Skadelidte vil ikke være aktsom fordi det koster 2 og forebygger bare 1 i forventede skadestudier. Likevektsløsningen for dette spillet er at skadevolderen er aktsom, mens skadelidte er uaktsom. Dette fører til 13 i samfunnsøkonomiske kostnader. Dette er lavere enn ikke-ansvar, men rent objektivt ansvar fører ikke til den mest samfunnsøkonomiske atferden.

Denne regelen er bare samfunnsøkonomisk effektiv i tilfeller der det kun er skadevolderen som bør forebygge, og det optimale aktsomhetsnivået for skadelidte er 0.

2.2.2.3 Culparegel uten unntak for skadelidtes medvirkning

Her forutsetter jeg at domstolen setter culpanormen lik optimal aktsomhet. Da dømmes skadevolderen til å betale erstatning hvis han er mindre aktsom enn det som er samfunnsøkonomisk optimalt. Dersom skadevolderen er minst like aktsom som det samfunnsøkonomisk optimale eller mer, går skadevolderen fri. Hvis domstolen velger optimal aktsomhet som culpanormen, fører det til at skadevolderen velger optimal aktsomhet for å unngå å bli holdt ansvarlig for ulykkeskostnadene. Dessuten har skadelidte også insentiv til aktsomhet fordi skadelidte må bære sine kostnader når skadevolderen overholder aktsomhetsstandarden. Hvis skadevolderen ikke er aktsom, vil deres forventede erstatningsansvar være 12, forutsatt at skadelidte er aktsom. Skadevolderen vil unngå ansvar ved å bruke 3 på aktsomhet. Når skadevolderen er aktsom, må skadelidte bære tapet selv og vil derfor redusere de forventede ulykkeskostnadene fra 10 til 6 ved å bruke 2 på aktsomhet.

Culparegelen fører til en likevekt der begge partene velger aktsomhet. De totale samfunnsøkonomiske kostnadene blir 11. Dette er de laveste totale kostnadene. Konklusjonene blir da at culparegelen er samfunnsøkonomisk effektiv.

2.2.2.4 Culparegel med unntak for skadelidtes medvirkning

Under denne regelen vil skadevolderen bare være ansvarlig for ulykkeskostnader hvis han ikke har utvist aktsomhet, mens skadelidte har utvist aktsomhet. Har skadelidte derimot medvirket til skaden ved å utvise for lav aktsomhet, vil skadevolderen slippe unna erstatningsansvar selv om han er uaktsom.

En lignende argumentasjon som den ovenfor kan vise at hvis domstolene fastsetter aktsomhetsnormen til skadelidte og skadevolder likt det optimale nivået, vil aktørene velge optimalt aktsomhetsnivå. Dette fører til at samfunnsøkonomisk optimal aktsomhet blir

realisert. For det første vil skadevoldere være aktsomme for å unngå å bli erstatningsansvarlige når skadelidte ikke er uaktsomme og må bære sin del av tapet på grunn av regelen om skadelidtes medvirkning. For det andre vil skadelidte forutse at skadevolderen vil være aktsom og vil derfor selv velge å være aktsom siden de ellers selv må bære tapene sine. Dette kan vises med tabellen på akkurat samme måte som i 2.2.2.3

Regelen om skadelidtes medvirkning er et overflødig tillegg til culperegelen i dette spillet dersom målet er å gi insentiver til optimal aktsomhet. Jeg viste i 2.2.2.3 at en culparegel uten unntak for skadelidtes medvirkning er tilstrekkelig for å oppnå samfunnsøkonomisk effektivitet.

2.2.2.5 Komparativ uaktsomhet (fordelingsprinsippet).

Denne regelen er en culparegel med et unntak for skadelidtes medvirkning der tapet fordeles forholdsmessig mellom partene etter graden av skyld når begge partene er uaktsomme. Hver av partene bærer en forholdsmessig del av kostnadene. Den delen av kostnadene hver av partene skal bære, fastsettes etter en skjønsmessig sammenligning mellom aktsomhetsnormen (culpanormen) og det aktsomhetsnivået partene faktisk utøvde.

Hvis domstolene setter aktsomhetsnormen lik optimal aktsomhet, vil både skadelidte og skadevolderen ha insentiver til optimal aktsomhet.

Det er ikke forskjell på insentivene under culpa, culpa med skadelidtes medvirkning eller komparativ uaktsomhet. Uansett regel vil en aktør forutse at den andre aktøren vil velge aktsomhet og derfor velge å være aktsom selv for å unngå å bære hele tapet. Forskjellen mellom disse reglene påvirker bare allokeringen av kostnadene og ikke insentivene under simultant valg av aktsomhet. (Sekvensielt valg av aktsomhet behandles senere i oppgaven.)

2.2.2.6 Objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning

Med denne regelen er skadevolderen bare ansvarlig for ulykkeskostnadene hvis skadelidtes aktsomhet minst er like høy som culpanormen krever. Dersom skadelidte ikke er

tilstrekkelig aktsom, sies det at skadelidte medvirker til skaden og skadelidte må bære tapet selv.

Hvis domstolen velger en aktsomhetsstandard som er lik det samfunnsøkonomisk optimale nivået, vil skadelidte utøve optimal aktsomhet. Da vil utfallene bli samfunnsøkonomisk optimale. For det første vil skadevolderne velge optimal aktsomhet gitt at skadelidte er aktsomme, fordi skadevolderne ellers ville blitt ansvarlige for ulykkeskostnadene. For det andre vil skadelidte være aktsom fordi de vil unngå å måtte bære sine egne tap på grunn av skadelidtes medvirkning.

2.2.3 Oppsummering

En foreløpig oppsummering er at rent culpaansvar, culpa med unntak for skadelidtes medvirkning, objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning og komparativ uaktsomhet leder til samfunnsøkonomisk ønskelig forebyggelse i denne modellen.

Både culpa og objektivt ansvar er effektive når de er kombinert med unntak for skadelidtes medvirkning. I norsk rett gjelder unntaket for skadelidtes medvirkning begge ansvarsgrunnlagene. Det er foreløpig ikke noe som taler for endring av norsk rett.

2.3 Spillteoretisk analyse av komparativ uaktsomhet

Modellen for komparativ uaktsomhet er den som stemmer best med den generelle medvirkningsnormen i norsk rett der erstatningen kan avkortes helt eller delvis dersom skadelidte medvirker til skaden. Derfor vil jeg her bruke spillteori for å vise at en slik regel kan føre til samfunnsøkonomisk effektive aktsomhetsnivåer.

Målet med dette avsnittet er å vise at den generelle medvirkningsregelen i norsk erstatningsrett er effektiv under standardforutsetningene i den grunnleggende modellen. Dette gjelder både for culpaansvar og objektivt ansvar. Modellen kan også brukes for andre typer regler, men det er ikke målet her.

Begge partene må forebygge for å unngå skade i denne modellen. Effektiv forebygging er gjensidig avhengig. Problemet blir hvordan man kan gi best mulige insentiver til begge parter for å oppnå optimal forebygging.

Schäfer og Ott presentere et eksempel med to skip jeg gjerne vil referere.²⁶ Her brukes spillteori for å analysere situasjonen og beskrive den strategiske atferden.

To skip har ruter som krysser hverandre til havs. I tåkevær er det fare for stor skade (20 for hvert skip). Skaden kan unngås hvis, og bare hvis, begge skipene er utstyrt med teknologi som kan bestemme skipens posisjon helt nøyaktig. Denne teknologien koster 5. Inntekten av å bruke skipet er 50.

Dette spillet blir da seende slik ut:

Tabell 2

	Skip K		
		T	Ikke T
Skip R	T	45,45	25,30
	Ikke T	30,25	30,30

²⁷

Tabellen over viser utfallene i dette spillet. Spillerne er skip K for kolonne og skip R for rad. Hvert skip har to mulige strategier. Enten å ha teknologien(T) eller ikke å ha teknologien(IT). Det blir da fire mulige strategikombinasjoner (T, T), (T, IT), (IT, T), (IT, IT). Bokstavene før komma representerer strategivalget til skip R. Bokstavene etter komma representerer strategiene til skip K. Tallene i tabellen er utfallene, som igjen er et resultat av strategivalgene til spillerne. Tallet før komma er utfallet til skip R. Tallet etter komma er utfallet til skip K. Dersom begge spillerne velger T, får de et utfall på 45. Det vil si 50 i

²⁶ Schäfer (2004) s. 184

²⁷ Tabell 2 svarer til Figure 8.2 i Schäfer (2004) s. 184

inntekt av å bruke skipet minus 5 i kostnader til teknologien. Hvis begge spillerne velger å la være å installere teknologien, blir utfallene 30: 50 i inntekt minus 20 i skadekostnader. Dersom én velger å ha teknologien, blir utfallet for denne 25: 50 i inntekt, minus 20 i skadekostnader og minus 5 i kostnader for teknologien.

Strategiparet (T, T) er pareto-optimalt fordi det ikke er noe annet strategipar hvor en spiller kan få et bedre utfall uten at den andre får et dårligere utfall.²⁸

I dette spillet er det to Nash-likevekter. En Nash-likevekt er et strategipar der ingen av partene kan få et bedre utfall ved selv å velge en annen strategi når motpartens strategi er gitt.

”A Nash equilibrium is a strategy combination in which each player’s strategy choice is a best reply to the strategy choice of the other player (i.e a strategy combination in which neither player has an incentive to deviate).”²⁹

De to likevektene er (T, T) og (IT, IT). (IT, IT) er også en likevekt fordi en spiller ikke kan forbedre sitt utfall når den andre spillerens strategi er gitt. Når kolonne velger T, kan ikke rad få et bedre utfall ved å velge IT.

Den ene av disse likevektene er pareto-optimal, den andre er det ikke. Flere faktorer bestemmer hvilken likevekt som vil oppstå. Blant annet er det avgjørende om spillerne vet hva den andre spilleren vil velge. Dersom spiller k vet at R vil velge T, vil K også velge T. Dersom K vet at R vil velge IT, velger K også IT. Dersom spillerne ikke kan observere hva den andre gjør, må de anta hva motspilleren vil velge. Dersom spillerne antar at motspilleren er rasjonell og fullt informert om verdien av T og er orientert mot likevekten (T, T), er det rimelig å anta at motspilleren vil velge T. En slik likevekt kalles et ”focal

²⁸ Schäfer (2004) s. 185

²⁹ l.c.

point”. Hvis spillerne ikke har disse antakelsene, blir det mer eller mindre tilfeldig hvilken likevekt som vil bli realisert.

Schäfer og Ott gir også en analyse av spillet fra et evolusjonært perspektiv. Man kan anta at det finnes hundrevis av slike skip som i spillet. Eiere av nye skip vil velge å installere teknologien eller ikke ut ifra hvor mange av de andre skipene som har teknologien. Dersom det store flertallet har valgt å ikke ha teknologien, vil sannsynligheten for å unngå ulykker være liten, og eiere av nye skip vil velge å ikke ha teknologien.

”An Evolutionary stable strategy is the outcome of the game in which a player plays a strategy i and his opponent strategy j , i is a best reply to j if for all strategies k the utility of the strategy pair (i,j) is at least as great or greater than the strategy pair (k,j) .”³⁰

2.3.1 Rettsregler som fører til effektive likevekter

Lovgiveren kan endre utfallene i spillet slik at de ineffektive likevektene ikke oppstår.³¹ Schäfer og Ott viser dette ved å endre utfallene i spillet slik de hadde vært hvis det forelå en regel om erstatningsansvar for skip som ikke er utstyrt med forebyggende teknologi. Med slikt erstatningsansvar vil eieren av et skip med teknologi som havner i en ulykke med et skip som ikke har teknologien, kunne kreve erstatning av eieren av skipet uten teknologien, slik at han blir stilt i samme stilling som om begge skipene hadde hatt teknologien (45). Utfallet for det erstatningsansvarlige skipet blir 10: 50 i inntekt minus 20 i skadekostnader, og minus 20 i erstatning til motparten. Da ser spillet slik ut:

³⁰ Schäfer (2004) s. 186

³¹ I.c.

Tabell 3

		Skip K	
		T	IT
Skip R	T	45,45	45,10
	IT	10,45	30,30

³²

Her er spillet endret slik at begge spillere har en dominerende strategi. Det vil si at hver av spillerne har en strategi som er bedre enn de andre uansett hva motspilleren velger. I dette spillet er den dominerende strategien å installere den forebyggende teknologien. Dersom spillerne i utgangspunktet ikke har teknologien, vil utfallet bli (30,30). Dette er ingen likevekt ettersom en spiller ensidig kan velge en annen strategi og få et bedre utfall for seg selv (45).

”Proposition 8.1 In bilateral damages it is the task of the legal system to set incentives such that is advantageous for both tortfeasor and victim to pick the optimal level of care.”³³

2.4 Noen typiske utforminger av ansvarsregler og en sammenligning av dem med tanke på hvilken regel som gir best insentiver til forebyggingse.

Som jeg har antydnet tidligere, er regelen i norsk rett at både skadevolder og skadelidte kan holdes ansvarlig for skaden dersom ingen av dem er tilstrekkelig aktsomme. Skadelidte vil normalt få avkortet erstatningskravet sitt forholdsmessig etter aktsomhetsgraden han utviste. Målet med denne delen er å undersøke virkningen av denne regelen under culpa og

³² Tabell 3 svarer til Figure 8.3 i Schäfer (2004) s. 187

³³ l.c.

objektivt ansvar. Dette er for å se om en slik regel føre til effektive strategilikevekter og samfunnsøkonomisk optimal aktsomhet.

2.4.1 Culpa og tosidig aktsomhet. Simultant valg av aktsomhet.

I norsk rett gjelder det som nevnt innledningsvis en generell bestemmelse om skadelidtes medvirkning. Denne bygger på fordelingsprinsippet som likner en modifisert form for komparativ uaktsomhet. Dersom både skadevolderen og skadelidte er culpøse, deler de tapet. Dette gjelder både for culpaansvar og objektivt ansvar. Her vil jeg presentere en analyse som viser at denne regelen er effektiv under visse forutsetninger, nemlig tosidig aktsomhet og simultant valg av aktsomhet. Den generelle hovedregelen for skadelidtes medvirkning i norsk rett gir insentiver til å velge effektivt aktsomhetsnivå ved tosidig simultant valg av aktsomhet. Dette utelukker ikke at andre typer av regler kan være effektive under de samme forutsetningene.

Problemet med culpa og bilateralt ansvar (tosidig skademodell) er at retten må vite hvor mye aktsomhet skadelidte bør utvise før den kan avgjøre hva det effektive aktsomhetsnivået hos skadevolder skal være. Disse nivåene kan ikke bestemmes hver for seg, men må bestemmes samtidig.³⁴

Schäfer og Otts proposisjon er at det finnes insentiver for begge aktørene til å velge effektive aktsomhetsnivåer under en tosidig ansvarsmodell med komparativ uaktsomhet.³⁵

De bygger proposisjonen sin på et spill som ser slik ut:

³⁴ Schäfer (2004) s. 187

³⁵ Ibid. s. 189

Tabell 4

	skadelidte			
		Lav(0)	Medium(2)	Høy(4)
skadevolder	lav(0)	(10,10)	(17,2)	(14,4)
	Medium(2)	(2,15)	(2,14)	(2,15)
	Høy(4)	(4,12.5)	(4,13)	(4,14)

³⁶

De forklarer spillet slik: Under komparativ uaktsomhet blir skadevolderen fri fra ansvar hvis han utviser det påkrevde aktsomhetsnivået. I dette eksempelet er det medium som er det påkrevde aktsomhetsnivået og det nivået som gir de laveste samfunnsøkonomiske kostnadene. Hvis skadevolderen utviser medium aktsomhet eller høyere, må skadelidte bære hele skadekostnadene. Hvis både skadevolder og skadelidte utviser mindre enn medium aktsomhet, deles tapet.³⁷

Tallene i parentes etter hver strategi er aktsomhetskostnadene for denne strategien. Tallene i cellene er utfallene i form av kostnader. Skadevolderens utfall står først. Så kommer skadelidtes utfall. Utfallene er kostnadene for hver av aktørene. Skadelidte har en dominant strategi(i.e. en strategi som er bedre enn alle andre strategier), som er medium aktsomhet. I dette tilfellet vil skadevolderen aldri bli ansvarlig uansett hva skadelidte velger. Da gjenstår valget til skadelidte. Skadelidte vil også velge medium. Dette gir et utfall på 14, som er mindre enn 15, som blir kostnadene både hvis skadelidte velger lav eller høy aktsomhet. Denne løsningen er en Nash-likevekt. Ingen av spillerne kan nemlig gjøre det bedre for seg selv ved å velge en annen strategi når motspillerens strategi er gitt.³⁸

Den samme likevektsløsningen hadde oppstått uten unntak for skadelidtes medvirkning. Hvis begge spillerne velger lav aktsomhet, vil skadevolderen bli ansvarlig og vil ønske å

³⁶ Tabell 4 svarer til Figure 8.5 i Schäfer (2004) s. 188

³⁷ Schäfer (2004) s. 188-189

³⁸ Schäfer (2004) s. 188

bytte strategi til medium. Skadelidte vil da også velge medium for å redusere sine kostnader fra 15 til 14.³⁹

Culparegelen i norsk rett har et unntak for skadelidtes medvirkning der erstatningen kan settes ned helt eller delvis. Dette er samfunnsøkonomisk effektivt under forutsetningene i denne modellen.

2.4.2 Objektivt ansvar og tosidig skade med simultant valg av aktsomhet.

Schäfer Ott kommer med følgende påstand: Objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning(komparativ uaktsomhet) fører til effektiv aktsomhet.⁴⁰

Når regelen om objektivt ansvar får et unntak for skadelidtes medvirkning med komparativ uaktsomhet, mister regelen fordelene det er at man ikke trenger å sette en standard for optimal aktsomhet. Retten må sette en standard for optimal aktsomhet for skadelidte. Denne standarden er igjen avhengig av skadevolders optimale aktsomhetsnivå. Informasjonsproblemet blir like stort som ved culparegelen (jf pkt. 2.4.1).⁴¹

Til nå har jeg vist at norsk rett er effektiv både for culpa og objektivt ansvar i teorien. I utenlandsk teori har det imidlertid vært sterkt debattert om det er komparativ uaktsomhet eller *compensatio culpa* som er mest effektivt. Et spørsmål er om det burde gjelde en regel om ren *compensatio culpa* i norsk rett.

2.4.2.1 Komparativ uaktsomhet og *compensatio culpa*.

Det er ingen klare konklusjoner så vidt jeg vet om hvilke regler som er best. Det er likevel mulig å komme et skritt videre ved å luke vekk de reglene og teoriene som i alle fall ikke

³⁹ Schäfer (2004) s. 188

⁴⁰ Ibid. s. 189

⁴¹ Ibid. s. 190

stemmer med en rettsøkonomisk norm, og å nærme seg delkonklusjoner om hvilke regler som er best under forskjellige forutsetninger. Det er også interessant å undersøke hva som skjer når disse forutsetningene mykes opp.

2.4.2.2 "Contributory negligence"/ Compensatio culpa under objektivt ansvar og culpaansvar.

I tidlig rettsøkonomisk litteratur om skadeansvar ble contributory negligence framstilt som den mest effektive regelen fremfor komparativ uaktsomhet.⁴² Denne oppfatningen bygger på at komparativ uaktsomhet kan føre til overinvestering for både skadelidte og skadevolder.⁴³ Golobardes viser at dette bare gjelder spesielle tilfeller.⁴⁴ Skillet mellom komparativ uaktsomhet og compensatio culpa får betydning i tosidige skademodeller med alternativ aktsomhet. I slike modeller er det nødvendig og tilstrekkelig at én av partene forebygger. Dersom én av partene har lavere forebyggelseskostnader enn den andre, er det samfunnsøkonomisk effektivt at bare den parten med laveste forebyggelseskostnader blir ansvarlig.

Alternativt valg av aktsomhet kan illustreres med de følgende dommene om trafikkulykker.

I dommen referert i Rt. 1986 s. 543 var skadelidte passasjer i sin egen bil. Bilen ble kjørt av en kamerat som han visste var påvirket av alkohol. Bilen kjørte av veien og skadelidte ble 100 % ufør. Skadelidte fikk ikke erstatning fordi han hadde medvirket til skaden ved å la seg kjøre av en alkoholpåvirket fører.

Denne dommen samsvarer ganske godt med en modell for alternativ aktsomhet. Både føreren og passasjeren kan forhindre at passasjeren blir skadet ved å la være å bli med på turen. Det er tilstrekkelig at en av dem forebygger. Ifølge modellen skal bare én av partene bli ansvarlige for skaden hvis en av dem har lavere forebyggelseskostnader. Det er

⁴² Tort Law and Economics (2009) s. 53

⁴³ Tort Law and Economics (2009) s. 53

⁴⁴ ibid s. 54

vanskelig å slå fast at passasjeren hadde de laveste forebyggelseskostnadene, men det er ikke usannsynlig.

Dommen er ikke uttrykk for gjeldende rett lenger etter Finanger I referert i Rt. 2000 s. 1811. Faktum i denne saken var ganske likt som i dommen ovenfor. En person lot seg kjøre av en alkoholpåvirket fører. Etter ordlyden i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b skal passasjeren da normalt ikke få erstatning. Høyesterett fant at dette var i strid med EØS-retten. Dette førte til at det ble reist en ny sak. I dommen inntatt i Rt. 2005 s. 1365 ble staten ansvarlig for den erstatningen skadelidte hadde hatt krav på hvis staten hadde endret loven i henhold til EØS-retten. Skadelidte fikk da erstatning for skaden avkortet med 30 % på grunn av skadelidtes medvirkning.

Dersom saken hadde blitt pådømt etter norsk rett slik den hadde vært uten EØS-retten, ville resultatet blitt at passasjeren ikke hadde fått erstatning. Dersom passasjeren er den som kunne forebygge skaden til de laveste kostnadene, ville dette vært det samfunnsøkonomisk effektive resultatet. I disse sakene er det imidlertid vanskelig å se noen forskjell i partenes forebyggelseskostnader. Problemstillingen med overinvestering kommer derfor ikke på spissen.

De som blir skadelidte i ulykker kan ofte påvirke både sannsynligheten for skade og alvorligheten av skaden. For å finne effektive ansvarsregler må man ta i betraktning hvilke insentiver som er nødvendig for at skadelidte skal utøve optimal aktsomhet.⁴⁵

2.5 Tosidig ulykke med sekvensielt valg av aktsomhet.

Ovenfor er det forutsatt at aktørene handler samtidig. Det vil si at de velger aktsomhetsnivå simultant. Dersom de velger aktsomhetsnivå etter hverandre, eller i sekvens, kompliserer det analysen. Den foreløpige konklusjonen er at flere forskjellige regler fører til samfunnsøkonomisk effektiv forebyggelse.

⁴⁵ Tort Law and Economics (2009) s. 48

Når man snakker om sekvensielt valg av aktsomhet, kalles det først-best-løsningen når begge parter velger optimalt aktsomhetsnivå.⁴⁶ I virkeligheten er det jo sånn at det ikke alltid velges det optimale nivået med aktsomhet. Dersom den som velger aktsomhetsnivå først, ikke velger det optimale aktsomhetsnivået, kan først-best-løsningen ikke realiseres. Da blir det mest effektive samfunnsøkonomiske den såkalte nest-best-løsningen. Når den som handler sist, ser at den første utviser for lav aktsomhet, kan den siste kompensere ved å utvise høyere aktsomhet enn det som er optimalt under først-best-løsningen.⁴⁷ Det er dette som er det sentrale poenget her.

Miceli presenterer doktrinen om ”last clear chance”.⁴⁸ Denne doktrinen går ut på at den som har den siste klare muligheten til å avverge skaden vil bli erstatningsansvarlig dersom han ikke gjør det. Det forutsettes da at aktørene handler i rekkefølge, og at den som handler sist, kan observere den førstes handlinger. Dersom nummer to ikke kan observere nummer én, skiller modellen seg ikke fra simultant valg av aktsomhet.⁴⁹ Miceli bruker den klassiske saken i common law *Davies v. Mann*⁵⁰ for å illustrere situasjonen. Faktum i saken er kort fortalt som følger:

Saksøkeren, Davies, hadde bundet fast føttene til eselet sitt slik at det ikke kunne komme vekk, og etterlot det i veikanten. Mann kjørte ned gaten med vognen sin i høy fart, traff eselet og drepte det.

Spørsmålet denne saken reiser er om skadelidte kan kreve erstatning i det hele tatt. Og hvis han kan det – skal han få hel eller delvis erstatning? Resultatet i denne saken ble at saksøkeren fikk medhold selv om han hadde vært uaktsom først. Retten begrunnet dette

⁴⁶ Eide (2008) s. 270

⁴⁷ Eide (2008) s. 270

⁴⁸ Miceli (1997) s. 58

⁴⁹ Baird (1994) s. 52

⁵⁰ *Davies v. Mann*

med at ulykken kunne vært unngått med vanlig aktsomhet⁵¹”Were this not so, a man might justify the driving over goods left on public highway, or even a man lying asleep there, or the purposley running against a carriage going on the wrong side of the road.”⁵²

Miceli bruker dette eksempelet til å reise et generelt spørsmål om i hvilken grad den som handler som nummer to, skal kompensere for den førstes uaktsomhet, hvis han i det hele tatt skal kompensere.⁵³ Han viser at ”the last clear chance” doktrinen kan realisere nest-best-løsningen ved en uforvarende første aktør. Hen peker imidlertid på at dette har sin pris. En regel som realiserer nest-best-løsningen kan gi insentiver til lavere enn optimal aktsomhet til den som handler først. Den som handler først kan strategisk senke sitt aktsomhetsnivå fordi han vet at den som handler som nummer to må øket sitt for å kompensere. På denne måten kan den som handler først overføre deler av sine aktsomhetskostnader til den som handler som nummer to. For å få fram dette problemet vil jeg vise til læreboken i rettsøkonomi.⁵⁴

Eide tar utgangspunkt i tre egenskaper ved ansvarsreglene som postuleres som ønskelige: ” (1) Hvis skadelidte velger samfunnsøkonomisk ønskelig aktsomhet, er det ønskelig at også skadevolder velger det samfunnsøkonomisk ønskelige aktsomhetsnivå (først-best-løsning).

(2) Hvis skadelidte *uforvarende* velger lavere aktsomhet enn samfunnsøkonomisk ønskelig, er det ønskelig at skadevolder velger et høyere aktsomhetsnivå enn det samfunnsøkonomisk ønskelige aktsomhetsnivå i (nest-best-løsningen).

(3) Skadevolders erstatningsansvar bør ikke gi insentiver for skadelidte til å velge lavere aktsomhet enn i først-best-løsningen i første omgang.”⁵⁵

⁵¹ Davies v. Mann.

⁵² I.c.

⁵³ Miceli(1997) s. 58

⁵⁴ Eide (2008)

⁵⁵ Eide (2008) s. 270

Poenget her er å få fram det grunnleggende paradokset egenskapene i (2) og(3) skaper. Problemstillingen blir hvordan man kan gi skadevolderen insentiver til høyere aktsomhet uten at regelen samtidig gir insentiver til strategisk atferd hos skadelidte. Skadelidte vil selv velge lavere enn optimal aktsomhet hvis han vet at dette fører til at skadevolder velger høyere aktsomhet. Dette analyseres slik:

”La oss først se på erstatningsregler med fiksert aktsomhetskrav, dvs. aktsomhetskrav som er uavhengig av skadelidtes eventuelt culpøse atferd. Hvis ansvarsgrunnlaget er en enkel culpapregel, kan skadevolder gå fri fra ansvar ved å velge det først-best samfunnsøkonomisk ønskelige aktsomhetsnivå (som er bestemt ut fra at skadelidte forebygger mindre enn samfunnsøkonomisk ønskelig). Hvis en regel om unntak fra skadelidtes culpøse medvirkning kombineres med objektivt ansvar eller culpa, går skadevolder fri for ansvar uansett aktsomhetsnivå og vil ikke forebygge i det hele tatt. Erstatningsregler med fiksert aktsomhetskrav kan altså ikke realisere nest-best-løsningen (2), som er ønskelig hvis skadelidte uforvarende skulle forebygge for lite.

La oss dernest se på regler som krever av skadevolderen, som handler sist, at han øker sin forebyggelse når han observerer lavere enn samfunnsøkonomisk ønskelig aktsomhet hos skadelidte. Vi ser først på skadevolderens tilpasning, dernest på skadelidtes tilpasning.

Med en enkel regel om culpa kan *skadevolderen* gå fri fra ansvar ved å overholde et aktsomhetskrav som er høyere enn først-best samfunnsøkonomisk ønskelig. Han vil da velge å overholde dette høyere aktsomhetskravet. Hvis culpapregelen kombineres med et fritak for skadelidtes culpøse medvirkning, blir derimot skadevolderen aldri ansvarlig. Han vil da ikke forebygge i det hele tatt.

Hvilke insentiver gir henholdsvis culpa og culpa kombinert med fritak for skadelidtes medvirkning *skadelidte* til å velge aktsomhet fra først av? Med enkel culpa er problemet at skadelidte vet at skadevolder vil utøve større aktsomhet en først-best samfunnsøkonomisk ønskelig når aktsomhetskravet er justert slik. Skadelidte har insentiv til å innrette seg etter dette og velge lavere aktsomhet enn samfunnsøkonomisk ønskelig. Med en regel om culpa med fritak for skadelidtes culpøse medvirkning vil derimot

skadelidte pådra seg merkostnader ved ikke å overholde kravet om å utvise samfunnsøkonomisk ønskelig aktsomhet. Skadelidte vil da ha insentiv til å velge samfunnsøkonomisk ønskelig aktsomhet.”⁵⁶

I denne analysen er det forutsatt at aktsomhetskravet økes når skadevolderen som handler sist observerer lavere enn samfunnsøkonomisk ønskelig aktsomhet hos skadelidte. Under denne forutsetningen vil en enkel culpapregel ikke være effektiv fordi skadelidte har insentiver til strategisk atferd. Skadelidte kan utvise bevisst lav aktsomhet slik at skadevolderen må overholde det høyere nest-best-nivået for å gå fri fra ansvar. Da gis det ikke insentiver til å realisere først-best-løsningen. Derfor er ren culpa ikke effektivt under denne forutsetningen.

Dersom det forutsettes at aktsomhetsnormen bare økes dersom skadelidte uforvarende blir insentivene annerledes. Skadevoldrens aktsomhetsnorm økes altså ikke hvis skadelidte medvirker til skaden med egen skyld (jf. skl § 5-1 (1)). Skadevolderen blir ikke erstatningsansvarlig dersom han overholder først-best-nivået, mens skadelidte strategisk er for lite aktsom. Skadelidte kan ikke vite at skadevolderen vil utøve større enn først-best-nivået fordi aktsomhetskravet til skadevolderen bare vil bli justert når skadelidte *uforvarende* velger for lav aktsomhet.

Det avgjørende for regelutformingen er at aktsomhetsnormen må økes til nest-best-nivå hvis og bare hvis aktør nummer to kan observere aktør nummer en sitt uforvarende valg av for lav aktsomhet.

Under denne forutsetningen gir culpa med og uten unntak for skadelidtes medvirkning og objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning insentiver til optimal aktsomhet.⁵⁷

⁵⁶ Eide (2008) s. 271-272

⁵⁷ Se Rea (1987), Jain og Singh (2002) og (Kim 2004).

2.5.1 Norsk rettspraksis om sekvensielt valg av aktsomhet

Nest-best-løsningen omtales ikke eksplisitt i norsk rett, men det virker derimot som om denne ligger implisitt i erstatningsrettslig argumentasjon. Lødrups uttalelse om at "[h]vor skadelidte har positiv kunnskap om den risikoen som skadevolderen representerte, stilles det større krav til hans aktsomhet."⁵⁸ er helt på linje med rettsøkonomisk teori.

Jeg vil benytte meg av Rekkverk-dommen inntatt i Rt. 2005 s. 1714 som eksempel.

En jente satte seg på et balkongrekkverk og falt ned da en gutt grep om henne. Erstatningen ble ikke avkortet på grunn av skadelidtes medvirkning. Jenta har økt sannsynligheten for skaden, men det er gutten som har "the last clear chance". Denne dommen stemmer derfor overens med et mål om å oppnå nest-best-løsningen. Den skadelidtes valg av aktsomhet var antakelig uforvarende. Skadelidtes erstatning ble ikke avkortet. Det virker livsfjernt at jenta skulle ha satt seg på kanten som en strategisk atferd for å unngå forebyggelses kostnader.

Førstvoterende: "Spørsmålet er så om C[aktør nummer to] ved det her beskrevne forhold har voldt As skade ved erstatningsbetingende uaktsomhet, eller om skaden er et utslag av dagliglivets risiko - et hendelig uhell. Sentralt i denne vurderingen er om risikoen for skade måtte fremstå som synbar for C og derfor påvirke kravene til hans opptreden."⁵⁹

Førstvoterendes uttaler også: "Det som utløser fallet, er imidlertid at C overraskende tar tak i henne. Derved skaper han en risiko ut over den som situasjonen i utgangspunktet frembød - det oppsto betydelig økt fare for at A skulle falle. Dette burde C forstått, og det må også ha vært påregnelig for ham at hun ville kunne komme til skade dersom hun falt. Følgelig innebar situasjonen økede krav til Cs aktsomhet."⁶⁰

Her er det tydelig at det er forskjell på en uforvarende og strategisk skadelidt.

⁵⁸ Lødrup (1999) s. 366

⁵⁹ Rt. 2005 s.1714 premiss (21)

⁶⁰ Ibid. premiss (22)

2.6 Generell betingelse for effektive erstatningsregler under visse forutsetninger. Forutsetningene for den grunnleggende modellen.

På grunnlag av analysene foran og annen rettsøkonomisk teori som for eksempel kan representeres med Landes & Posner (1987), Haddock & Curran (1985) og Rea (1987), kan det utledes følgende

Under forutsetning av

- risikonøytrale parter
- fast aktivitetsnivå
- ingen administrasjonskostnader
- Perfekt kompensasjon

Gir

- culpa
- culpa med unntak for *compensatio culpae*
- culpa med komparativ uaktsomhet
- objektivt ansvar med *compensatio culpae*
- objektivt ansvar med ”dual contributory negligence”(komparativ uaktsomhet)

riktige insentiver til effektiv aktsomhet for begge parter gitt at culpanormen settes til det optimale nivået.⁶¹

Kan det ut ifra dette stilles opp en generell betingelse for hva som skal til for å gjøre en erstatningsregel samfunnsøkonomisk effektiv?

Jeonghyun Kim oppsummerer de nødvendige egenskapene til en slik regel i to punkter:⁶²

- A. Den parten som ikke er uaktsom, slipper ansvar hvis den andre parten er uaktsom
- B. Når begge parter er aktsomme, faller hele ansvaret på den forhåndsbestemte parten⁶³ for alle aktsomhetskombinasjoner.

⁶¹ Kim (2003) s. 1

⁶² Kim (2003)

Her er det verdt å merke seg at fordelingen mellom to culpøse aktører er uten betydning for om regelen er samfunnsøkonomisk effektiv.⁶⁴ Dersom en skadevolder culpøst gjør skade, og skadelidte opptrer culpøst, spiller det ingen rolle om skadelidte får alt eller ingenting i erstatning. Enhver fordeling av tapet mellom partene fører til samfunnsøkonomisk effektivitet så lenge de to betingelsene ovenfor overholdes.

Jain og Singh forsøkte å ta et steg videre i sin artikkel: "Efficient Liability Rules: Complete Characterization."⁶⁵

Jain og Singh forsøker, som det går fram av tittelen, å gi en komplett karakteristikk av effektive ansvarsregler. De vil stille opp en generell nødvendig og tilstrekkelig betingelse som kan gjelde generelt for at erstatningsregler skal være effektive. Gjennom en kombinasjon av matematisk og verbal analyse kommer de fram til hovedteoremet: "Negligence liability" er et nødvendig og tilstrekkelig vilkår for at en erstatningsregel skal være effektiv. De legger to forutsetninger i dette vilkåret.⁶⁶

1. For det første må skadelidte bære hele tapet hvis skadevolderen ikke er culpøs, mens skadelidte er det
2. For det andre må skadevolderen bære hele tapet hvis skadevolderen er culpøs, mens skadelidte ikke er det.

Disse to kriteriene tilsvarer betingelse A ovenfor.

Videre deler de opp erstatningsreglene i fire gjensidig utelukkende og uttømmende undergrupper.

1. Regler som har bindende aktsomhetsnivåer for både skadevolder og skadelidte.

⁶³ Dette er skadevolderen under objektivt ansvar og skadelidte under culpaansvar.

⁶⁴ Kim (2003) s. 2. med videre henvisninger.

⁶⁵ Jain og Singh (2002)

⁶⁶ Jain og Singh (2002) s. 3flg.

2. Regler som bare har bindende aktsomhetsnivå for skadevolder.
3. Regler som bare har bindende aktsomhetsnivå for skadelidte.
4. Regler som ikke har bindende aktsomhetsnivåer for noen av partene.

Vanligvis forutsettes det at det finnes en unik kombinasjon av aktsomhetsnivåer som er optimalt. Spørsmålet om en erstatningsregel er effektiv, blir da om de optimale aktsomhetsnivåene utgjør en Nash-likevekt under denne regelen eller ikke.

Kim viser en inkonsistens mellom Jain og Singhs matematiske og verbale fremstilling av minstekravene for at reglene skal være effektive. Resultatet til Jain og Singh er avhengig av en uuttalt restriksjon. Denne restriksjonen gjør at en ansvarsregel faller utenfor modellen hvis den ikke oppfyller to betingelser: (i) ansvarstildelingen er konstant, for den ene parten, for alle ikkeculpøse aktsomhetsnivåer når den andre partens aktsomhetsnivå er gitt, og (ii) ansvarsfordelingen er konstant for alle kombinasjoner av ikkeculpøs aktsomhet når ingen av partene er culpøse. Uten denne restriksjonen er det ikke lenger likhetstegn mellom "negligence liability" og en nødvendig og tilstrekkelig betingelse for at erstatningsregler skal være effektive. Kim viser også at forsøket på å gjøre modellen mer generell ved å unnlate å forutsette en unik optimal aktsomhetskombinasjon, fører med seg en strengere forutsetning. Denne forutsetningen innebærer at aktørene vet hvilket, av flere mulige, optimale aktsomhetsnivåer som vil bli anvendt av retten.

Gjennom en analyse av denne inkonsistensen kommer Kim fram til at det kan stilles opp to litt mindre strenge krav.

1. Den parten som ikke er uaktsom slipper ansvar hvis den andre parten er uaktsom
2. Når begge parter er aktsomme er andelen av skadekostnadene som bæres av hver av partene konstant

Betingelse nummer 2 er mindre streng enn betingelse B. Betingelse B forutsetter at andelen av skadekostnadene når begge parter er aktsomme er konstant og at denne andelen er alt eller ingenting.

Disse betingelsene er bare nødvendige betingelse og ikke alltid tilstrekkelige. Disse betingelsene med Jain og Singhs uttalte forutsetning er bare tilstrekkelige og ikke nødvendige.

2.6.1 Norsk rett

Oppfyller norsk rett de grunnleggende betingelsene for å være effektive under de grunnleggende forutsetningene ovenfor?

Hovedregelen om medvirkning i norsk rett er som sagt skl. § 5-1. I denne bestemmelsen heter det at erstatningen *kan* avkortes og ikke *skal*. Bestemmelsen følger dermed ikke nødvendigvis betingelsene. En dom der ansvarsgrunnlaget er objektivt ansvar som ikke avkorter hele erstatningen der skadelidte har vært culpøs, mens skadevoldren har utvist minst optimal aktsomhet, ville ikke vært samfunnsøkonomisk effektiv.

2.7 Aktivitetsnivåer

Til nå har det vært forutsatt at aktivitetsnivåene er konstante. Her vil jeg vise hvordan forskjellige erstatningsregler påvirker aktivitetsnivåene.

Som vist ovenfor gir komparativ uaktsomhet effektive insentiver gitt forutsetningene i modellen. Det blir likevel et spørsmål om disse reglene gir samfunnsøkonomisk effektive aktivitetsnivåer. Schäfer og Ott kommer med følgende proposisjon: "Under bilateral damages neither a negligence nor a strict liability rule can guarantee a net social gain from dangerous activities."⁶⁷

De rettsøkonomiske resonnementene som ligger til grunn er som følger:

La de økonomiske størrelsene bli representert slik:

N_{sv} – nytten/gevinsten skadevolderen har av aktiviteten

⁶⁷ Schäfer (2004) s. 190

K_{sv} – skadevolderens forebyggelseskostnader

K_{sl} – skadelidtes forebyggelseskostnader

S – skaden/tapet

Aktiviteten er samfunnsøkonomisk ønskelig hvis nytten av aktiviteten er større enn skadelidtes og skadevolders forebyggelseskostnader i tillegg til tapet skaden utgjør.

$$(N_{sv} - K_{sv} - K_{sl} - S) > 0$$

Dette ønsket blir ikke oppfylt under culpa med komparativ uaktsomhet der skadevolderen overholder aktsomhetsnormen fastsatt av retten. Da vil skadelidte bære tapet og sine egne aktsomhetskostnader. Skadevolderen vil utøve aktiviteten når nytten er større enn aktsomhetskostnadene.

$$(N_{sv} - K_{sv}) > 0$$

Objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning (komparativ uaktsomhet) er heller ikke alltid samfunnsøkonomisk ønskelig. Heller ikke her får skadelidte kompensert forebyggelseskostnadene sine. Skadevolderen vil utøve aktiviteten så lenge summen av nytten minus forebyggelseskostnadene til skadevolderen og skaden er positiv.

$$(N_{sv} - K_{sv} - S) > 0$$

For å unngå for høyt aktsomhetsnivå hos skadevolderen må regelen lages slik at skadevolderen må kompensere skadelidtes forebyggelseskostnader.

$$(N_{sv} - K_{sv} - K_{sl} - S) > 0$$

En slik regel skaper imidlertid nye problemer fordi den kan føre til for høyt aktivitetsnivå hos skadelidte.

2.7.1 Culpa og objektivt ansvar med unntak for skadelidtes medvirkning

Valget mellom disse to reglene er avhengig av flere forhold:

1. Vil man helst gi skadevolder eller skadelidte insentiver til optimal aktsomhet?⁶⁸
2. Allokterer regelen risikoen hos den aktøren som er best til å bære den?
3. Er regelen den som fører til de laveste administrasjons- og transaksjonskostnadene?

”Because neither of the familiar liability rules induces efficient behavior, the question arises, ’Is there any conceivable liability rule depending on parties’ level of care and harm done that induces efficient behavior?’ ...[T]he answer is ’No’. The problem in essence is that for injurers to be induced to choose the correct level of activity, they must bear all accident losses; and for victims to choose the correct level of their activity, they also must bear all accident losses. Yet it is in the nature of a liability rule that both conditions can not hold simultaneously; clearly, injurers and victims cannot each bear all accident losses.”⁶⁹

Som vist ovenfor gir ingen av ansvarsreglene insentiver til både optimalt valg av aktsomhet og aktivitetsnivå. Shavell har bevist at ingen av de eksisterende ansvarsreglene gir både optimal aktsomhet og optimalt aktivitetsnivå i tosidige skade der både skadelidte og skadevolder påvirker sannsynligheten for skade.⁷⁰

- Culpa med komparativ uaktsomhet fører til for høyt aktsomhetsnivå hos skadevolderen.
- Objektivt ansvar med komparativ uaktsomhet fører til for høyt aktivitetsnivå hos skadelidte.

Valget mellom ansvarsreglene beror på hvordan aktørene reagerer på kostnadsendringer, og om det er viktigst å regulere skadevolderne eller de skadelidte på det enkelte livsområdet.

⁶⁸ Foundations of the Economic Approach to Law (1998) s. 113

⁶⁹ Foundations of the Economic Approach to Law (1998) s. 113

⁷⁰ Shavell (2002) s. 19

For å illustrere dette med et eksempel vil jeg vise til Price Fishbacks studie "Does workers' Compensation Make For a Safer Workplace"⁷¹

Studien viser at arbeidsulykker med dødelig utgang økte med 20 % når gruveselskapet hadde objektivt ansvar for ulykker som rammet arbeiderne i gruen. Arbeiderne ble mindre forsiktige. De hadde mindre insentiver til aktsomhet siden de fikk full kompensasjon for skader til tross for at selv var uaktsomme. Bonusordninger virket i samme retning.

Problemene som oppstår når både skadelidte og skadevolderen påvirker sannsynligheten for skade kan kanskje løses best ved hjelp av offentligrettslige regler.⁷²

Om områdene dekket av objektivt ansvar i norsk rett faktisk er de områdene der objektivt ansvar er den mest effektive regelen, er et empirisk spørsmål som ikke lar seg besvare innenfor rammene av denne oppgaven. Dette beror også i stor grad på andre reguleringer som helse, miljø og sikkerhetsreguleringer.

2.7.1.1 Oppsummering

Culpaansvar har problemer med uobserverbare forhold hos skadevolder.⁷³ Dette kalles gjerne informasjonsproblemer. I eksempelet fra Fishbacks undersøkelse har ikke dommeren informasjon om hva arbeiderne gjorde nede i gruen, for eksempel om de tok sjanser ved å la være å sette opp støtter under taket, eller om de fulgte rutine. Aktivitetsnivåer er også ofte vanskelig å observere for dommere.

Administrasjonskostnader spiller også inn på valget mellom reglene. Antall saker og vanskelighetsgraden av sakene er det som i hovedsak bestemmer hvordan administrasjonskostnadene blir. Det kan godt hende at uaktsomhetsvurderingen blir enklere

⁷¹ *Second Thoughts: Myths and Morals of Economic History*. (1993). Sitert etter Lando (1997) s. 927

⁷² Schäfer (2004) s. 193

⁷³ jf. Lando (1997) s. 928

under objektivt ansvar, men at antallet saker blir større. I saker der det er vanskelig å bestemme om det finnes adekvat årsakssammenheng, mister objektivt ansvar fortrinnet ved enklere faktavurderinger. Hvilke regler som gir de laveste administrasjonskostnadene, blir et empirisk spørsmål.

2.7.2 Contributory negligence og compensatio culpae

Contributory negligence og compensatio culpae er to navn på den samme regelen.

Contributory negligence er navnet på regelen slik den utviklet seg i common law-landene, mens compensatio culpae er basert på romerretten, som er grunnlaget for sivilretten i store deler av Europa.

Under denne regelen kan skadelidte ikke kreve erstatning dersom skadelidte har bidratt til skade ved egen culpa. Dette er en alt eller ingenting-regel.⁷⁴ Dette var gjeldende rett i Norge tidligere basert på den romerrettslige regelen compensatio culpae.

Saken som etablerte denne regelen i common law-landet, var *Butterfield v. Forrester*.⁷⁵

Dommen ble avsagt av ”the English Court of Kings Bench” i 1809. Faktum i denne saken var at saksøkeren hadde ridd i stor hastighet ned en gate og kollidert med en pøle som stod i veien. Den var plassert der av saksøkte som reparerte huset sitt.⁷⁶ Dommen som introduserer regelen til amerikansk rett, er *Brown v. Kendall* ca. 50 år senere.

Kritikken mot denne regelen er at den er urettferdig og for streng og fører til for få domfelling.⁷⁷

⁷⁴ Tort Law and Economics (2009) s. 48

⁷⁵ Ibid. s. 49

⁷⁶ Ibid. s. 49

⁷⁷ Ibid. s. 50

Rettsutviklingen har gått til fordel for komparativ uaktsomhet. Dette har fått stor oppslutning i den rettsdogmatiske litteraturen, mens det i rettsøkonomisk teori ikke er noen klar preferanse.⁷⁸ Ifølge Golobardes og Pomar har den rettsdogmatiske litteraturen en tendens til å undervurdere contributory negligence, spesielt på områder som trafikkansvar.⁷⁹ Dette kan sammenliknes med dette sitatet fra Lødrup: ”Ser vi på personskadesektoren der det er en nær kontakt mellom skadevolder og skadelidte, virker erstatningsreglene neppe særlig preventivt. Det personlige ubehag det er å påføre et annet menneske en skade, og de moralske holdninger mot det, er i seg selv sterke preventive momenter. For ikke å snakke om den redsel de aller fleste mot å forvolde en annens død ved en uaktsom handle måte. Her kan bilskadesektoren være illustrerende.”⁸⁰ De mener at den grunnleggende innsikten rettsøkonomien kan bidra med, er at alle parter som bidrar til risiko, burde ha insentiver til å utøve effektiv aktsomhet.⁸¹

Det er ifølge Golobardes og Pomar fordelingshensynet som gjør at mange jurister vil tone ned skadelidtes medvirkning.⁸² Hvis skadelidte uansett er sikret et eksistensminimum, eller en minstestandard for livskvalitet gjennom trygder og annen støtte fra staten, faller hensynet bak kompenseringshensynet og noe av begrunnelsen for fordelingsregelen bort. Hovedformålet med erstatningsretten blir da å gi riktige insentiver til effektiv aktsomhet.

Erstatningsretten er kanskje ikke rettsområdet som skal sikre skadelidte. Dette kan like gjerne ligge under velferdsretten. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er det muligens best at erstatningsretten reserveres for tilfeller der det er viktig å gi insentiver til aktsomhet. Administrasjonskostnadene er antakelig mye høyere i en rettssak om erstatning enn en saksbehandling hos for eksempel NAV. Det kan selvsagt vekke stor sympati når en person

⁷⁸ Unification of Tort Law: Contributory Negligence (2004) s. 233

⁷⁹ I.c.

⁸⁰ Lødrup (1999) s. 90

⁸¹ Unification of Tort Law: Contributory Negligence (2004) s. 233

⁸² Ibid. s. 255

blir 100 % invalid i en bilulykke. Det kan likevel være at det er best at det ikke gis erstatning i disse tilfellene.

2.7.3 Komparativ uaktsomhet eller fordelingsprinsippet.

Med regelen om komparativ uaktsomhet søker man å fordele skaden etter hver av partenes skyld. Dette gir en culpøs skadelidt mulighet til å kreve delvis erstatning fra en culpøs skadevolder hvis uaktsomhet er delvis årsak til skaden selv om skadelidtes uaktsomhet også er delvis årsak til skaden.⁸³ Under denne regelen kan en skadelidt bare kreve en forholdsmessig del av skaden basert på hvor stor skyld skadelidte selv har for at skaden oppstod. Under en modifisert regel om komparativ uaktsomhet kan saksøkeren ikke kreve erstatning dersom dennes skyld overstiger et visst kvalifisert nivå i forhold til den andre parten.⁸⁴ Det forutsettes at de potensielle skadelidte og skadevolderne vet hvilke aktsomhetsnivåer som vil bli valgt.

2.7.4 Hvorfor er komparativ uaktsomhet den mest populære regelen når det ikke er noe klart svar på om den er effektiv?

Komparativ uaktsomhet er effektiv under forutsetning av at full informasjon er gitt og at retten setter aktsomhetsnormen optimalt. Denne typen regel kan også være best i spesielle tilfeller med begrenset informasjon.

Daniel Orr har forsøkt å gi en spillteoretisk analyse som viser at komparativ uaktsomhet er den mest effektive regelen både med full informasjon og begrenset informasjon.⁸⁵ I modellen hans bruker han strategiene aktsom og uaktsom i stedet for å forebygge eller ikke forebygge. Med dette forutsetter han implisitt at retten setter aktsomhetsnormen til et

⁸³ Tort Law and Economics (2009) s. 52

⁸⁴ I.c.

⁸⁵ Orr (1991)

ineffektivt nivå, selv om det ikke er intensjonen hans. Dermed holder bare konklusjonene under forutsetning av at retten bestemmer et gitt ineffektivt aktsomhetsnivå.⁸⁶

Interessegruppeteorien er én måte å forklare hvorfor komparativ uaktsomhet har bredt om seg. Denne teorien går ut på at lobbyvirksomhet fra interessegrupper som forsikringsselskaper og prosedyreadvokater påvirker lovgiverne til å innføre komparativ uaktsomhet. Disse gruppene er tjent med flere og mer innviklete saker slik at de selv får mer å arbeide med, og kan ta høyere honorarer. Selv om litteraturen er tvetydig, er det mulig å plukke ut teoretiske framstillinger⁸⁷ slik at det virker som om komparativ uaktsomhet er den beste regelen.

En annen forklaringsmåte kan være at komparativ uaktsomhet stemmer best med den alminnelige rettsoppfatningen.

2.7.4.1 Filtreringseffekten

Fordelingsregler/delingsregler har en filtreringseffekt som kan fremme den samfunnsøkonomiske nytten ved å stoppe de mest skadelige overtredelsene og slipper i gjennom de minst skadelige.⁸⁸

3 Realismen av modellene

Til nå har det ligget en del forutsetninger til grunn for analysene. Under disse forutsetningene er det ikke mulig å bestemme hvilken regel som er det mest samfunnsøkonomisk effektive. Dersom forutsetningene mykes opp er det mulig at enkelte regler har et fortrinn. Først i punkt 3 vil jeg ta for meg forskjellige teorier der de grunnleggende forutsetningene mykes opp. Deretter vil jeg presentere forskjellige

⁸⁶ jf. Chung (1993)

⁸⁷ For eksempel Cooter & Ulen (1986)

⁸⁸ Dari-Mattiacci (2005)

empiriske studier for å undersøke om teoriene holder i virkeligheten. Deretter vil jeg komme inn på hvordan elementer utenfor erstatningsretten kan ha innvirkning med tanke på prevensjonshensynet.

3.1 Forutsetningene for modellene

Her vil jeg undersøke hvordan de forskjellige forutsetningene kan virke inn på hvilken regel som er den mest samfunnsøkonomisk effektive.

3.2 Usikkerhet og valget mellom komparativ uaktsomhet og *compensatio culpa*.

En av forutsetningene for de grunnleggende modellene som viser at flere regler fører til optimal aktsomhet, er full informasjon. Denne forutsetningen er ikke veldig realistisk. Informasjonsproblemene i retten er store både med tanke på å klarlegge faktum - det er vanskelig å finne ut nøyaktig hvilken aktsomhet partene i saken faktisk utviste, og å finne den optimale aktsomhetsstandarder å dømme etter. Det er også mulig at aktørene feilbedømmer sammenhengen mellom deres aktsomhet og sannsynligheten for skade. Dersom aktørene vet at retten ikke kan klarlegge aktsomhetsnivået deres, kan det gi insentiver til suboptimal aktsomhet. Siden dette er en veldig viktig forutsetning og usikkerhet er en så stor del av erstatningssaker er det interessant å se hva som skjer når denne forutsetningen mykes opp. Usikkerhetsmomentet kan her være avgjørende for hvilken regel som velges.

I "Tort Law and Economics" presenteres først Haddock & Curran (1985) og Cooter & Ulen (1986). De mente at bevisusikkerhet og feil begått av retten gjør komparativ uaktsomhet til en mer effektiv regel.⁸⁹

Argumentene for komparativ uaktsomhet bygger på en antakelse om at usikker komparativ uaktsomhet fører til relativt små symmetriske avvik fra optimalt aktsomhetsnivå. Det antas

⁸⁹ Tort law and economics (2009) s. 59

at enten eller-regelen contributory negligence fører til store avvik hos en av aktørene og et mindre avvik hos den andre aktøren. Komparativ uaktsomhet rangeres så som mer effektivt enn contributory negligence fordi det antas at små symmetriske avvik er mer samfunns-økonomisk effektivt enn asymmetriske store avvik.

Oren Bar-Gill viser at argumentene for at usikkerhet gjør komparativ uaktsomhet til en mer effektiv regel enn "contributory negligence", er ugyldige. I artikkelen "Does uncertainty call for comparative negligence?"⁹⁰ konkluderer han med at usikkerheten i domstolene ikke taler for komparativ uaktsomhet. Han skiller mellom to typer usikkerhet: Bevisusikkerhet – bedømmelsen av aktsomheten saksøkte faktisk utøvde, og usikkerhet i forhold til fastsettelsen av det optimale aktsomhetsnivået. Bar-Gill underbygger analysen med en datasimulering.

Bar-Gill viser at rangeringen ikke er helt robust. Han beviser at symmetriske avvik bare er effektive under visse forutsetninger, og selv om symmetriske avvik er effektive, gir ikke nødvendigvis komparativ uaktsomhet de mest symmetriske avvikene.

Datasimuleringen, som kan sammenlignes med en slags kunstig empirisk undersøkelse, viser at komparativ uaktsomhet er effektiv ved lav usikkerhet. Hvis retten avviker mer enn 30 % fra optimalt aktsomhetsnivå, er compensatio culpa den optimale regelen.

Komparativ uaktsomhet blir optimalt igjen ved et avvik som er større enn 65 % av optimal aktsomhet. Dersom avviket blir større enn 350 %, er enkel uaktsomhet (culpa uten unntak for skadelidtes medvirkning) optimalt. Dette resultatet kan virke kontra intuitivt og vanskelig å få tak på, men fremgangsmåten er for komplisert til å redegjøre for her.

3.2.1 Administrasjonskostnader

Administrasjonskostnader er også en del av de totale kostnadene ved ulykker. Med administrasjonskostnader mener jeg her alle kostnader i forbindelse med

⁹⁰ Bar-Gill (2001)

domstolsbehandling, eventuelle forlik og saksbehandling. Et problem blir om erstatningsreglene fører til mange rettssaker, om rettssakene drar ut med vanskelige bevisbedømmelser, om de fører til høye advokathonorarer, saker som krever mange sakkyndige etc. Dette nødvendiggjør en nytte-kostnads-analyse. Er nytten av prevensjonen en culparegel med komparativ uaktsomhet fører til, verdt økningen i administrasjonskostnader? Dette spørsmålet lar seg ikke besvare uten empiriske undersøkelser.

3.2.2 Usikkerhet

Usikkerhet med tanke på hvilket aktsomhetsnivå domstolene legger til grunn, og om domstolene klarer å bedømme hvilket aktsomhetsnivå partene faktisk har valgt kan ha betydning for hvilken regel som er den mest effektive.

White (1989) viser Svakheter med både komparativ og contributory negligence. Spørsmålet om hvilken regel som er mest effektiv blir et empirisk spørsmål. Empiriske studier er mangelvare og den empirien som finnes er ikke entydig.

3.2.3 Perfekt kompensasjon.

En forutsetning for at erstatningsreglene kan gi insentiver til optimal aktsomhet er at erstatningssummen gir perfekt kompensasjon. Det vil si at skadelidte får en erstatningssum som svarer nøyaktig til skadelidtes tap. Dette er en forutsetning som det antakelig er helt umulig å realisere. Det er imidlertid ikke plass til å komme nærmere inn på utmålingsproblematikk i denne oppgaven.

3.2.4 Heterogene aktører

Forskjellige aktører reagerer forskjellig på aktsomhetsinsentivene. Et typetilfelle er der en bilfører er beruset mens en potensiell passasjer ikke er det. Passasjeren som ikke er beruset, vil muligens være lettere å påvirke med økonomiske insentiver enn den berusede føreren. Dette har også innvirkning på sekvensielt valg av aktsomhet.

Rea⁹¹ har konstruert en spillteoretisk modell for å undersøke konsekvensen av at individer ikke reagerer på insentiver.⁹² Det er ikke mulig å trekke en generell konklusjon om hvilken regel som er best ut i fra denne modellen.

3.2.5 Asymmetrisk informasjon

Rubinfeld har skrevet en artikkel⁹³ om mulige mekanismer for å overføre informasjon fra informerte parter til uinformerte domstoler.

En implisitt forutsetning under perfekt informasjon er at informasjon fra informerte parter overføres til uinformerte domstoler. Dette lar seg ikke gjøre uten videre i virkeligheten. En utfordring blir da å lage ansvarsregler som gir partene insentiver til å røpe privat informasjon gjennom valget av aktsomhet. Den siste litteraturen viser ikke noen generelle preferanse til en type regel.

3.3 Empiriske studier.

Empiriske studier er nødvendige for å undersøke om erstatningsregler faktisk har en preventiv effekt slik som det forutsettes, og om det er noen regelutforminger som gir bedre insentiver en andre. Her vil jeg helt kort presentere resultatet av noen slike studier.

Michelle White gjorde en av de første studiene som tar for seg hvilken effekt henholdsvis komparativ og contributory negligence har på atferd. White lar det være usikkert hvilket aktsomhetsnivå domstolene vil dømme etter (stokastisk aktsomhetsnivå). Hun kommer til at komparativ uaktsomhet vil være ineffektivt. Haddock and Curran (1987) og Shavell (1987) hadde argumentert for at komparativ uaktsomhet måtte gi effektive insentiver fordi

⁹¹ Rea (1987)

⁹² Tort Law and Economics (2009) s. 67

⁹³ Rubinfeld (1987)

alle andre strategier enn kostnadsminimalisering er dominert av det effektive utfallet for begge parter. Dette forutsetter at det er helt sikkert at partene ikke blir ansvarlige hvis de utviser optimal aktsomhet.

Flanigan, Johnson, Winkler and Fergusons viser i en annen studie fra 1989 at stater med komparativ uaktsomhet har høyere bilforsikringspremier og dermed høyere ulykkeskostnader.⁹⁴

Sloan, Reilley og Schenzler⁹⁵ har gjort en studie av erstatningsansvarets effekt på alkoholbruk. De viser at skiftet i fra ”contributory” til ren eller modifisert komparativ uaktsomhet i USA førte til en økning av alkoholmisbruk, og at antallet ulykker per måned var høyere i stater med komparativ uaktsomhet enn i stater med ”contributory negligence”. Studien viser også at det er mer sannsynlig for førere å bli skadevoldere enn skadelidte på grunn av lavere insentiver til aktsomhet.

På den andre siden viser en studie foretatt av Robinette og Sherland⁹⁶ ingen forskjell i prevensjon mellom ren og modifisert komparativ uaktsomhet i bilulykker.

I denne artikkelen tar de for seg empirisk data fra stater i USA som har forskjellige regler om skadelidtes medvirkning. Tanken bak er at dersom en av reglene har større preventiv effekt, bør ulykkestallene for området der denne regelen gjelder, være lavere enn ellers. De fant ikke at reglene utgjorde noen forskjell i tallet på ulykker.

Tallene er hentet fra insurance research council (IRC) ”Trends in Auto Injury Claims, 2000 Edition.” Dette er en samling av de årlige personskadekravene, og tingsskadekravene fra 1980 til 1998.

⁹⁴ Flanigan, Johnson, Winkler og Ferguson (1989)

⁹⁵ Sloan, Reilley and Schenzler (1995)

⁹⁶ Robinette and Sherland (2003)

Jeg synes tendensen peker mot at contributory negligence gir mest effektive insentiver. Det er imidlertid vanskelig å trekke noen klare konklusjoner. Det er vanskelig å isolere virkningen av erstatningsregler i de empiriske undersøkelsen, og den statistiske usikkerheten er relativt stor. Jeg lar derfor resultatene tale for seg selv.

3.4 Betydningen av andre reguleringer

I vurderingen av den empirien som finnes om de preventive virkningene av erstatningsregelen, må man også ta hensyn til virkningen av andre reguleringer, som påbud for bilbelte, alkohollovgivning etc. Det er også interessant å se hvor stor effekt disse reguleringene har i forhold til endringer i ansvarsreglene.

3.4.1 Empiriske erfaringer med "No-fault"-systemet som alternativ til erstatningsrett.

En innvending som reises mot den rettsøkonomiske teorien, er at erstatningsregler ikke har så stor praktisk betydning. Folk tenker ikke på eller er ikke klar over reglene, og det er risikoen for personlig skade og ikke den eventuelle erstatningen som virker preventivt.⁹⁷ Dersom dette er riktig, er regler om personskadeerstatning for trafikkulykker ikke effektivt. Administrasjonskostnadene ved erstatningssaker er uforholdsmessig høye dersom de ikke har noe annet formål enn å flytte tapet fra skadevolder til skadelidte. Lignende resonneringer har ledet til innføringen av det såkalte "No-fault"-systemet i en del stater i USA, New Zealand, Quebec i Canada og tre provinser i Australia.⁹⁸ "No-fault" er et system som gjelder personskade i trafikkulykker. I dette systemet blir skadevolderen ikke ansvarlig for personskader på skadelidte. Skadelidte må bære tapet sitt selv, eller velge å forsikre seg mot personskade.

⁹⁷ Lødrup (1999) s. 363

⁹⁸ Tort Law and Economics (2009) s. 474

Da er det rimelig å reise spørsmålet om erfaringen fra disse stedene stemmer overens med antagelsen om at den preventive effekten av erstatningsregler ikke er særlig stor på personskadeområdet.

Swan⁹⁹ og McEwin¹⁰⁰ har undersøkt skiftet til ”No-fault” i New Zealand og Northern Territory, og sammenlignet med andre provinser i Australia. Undersøkelsen tyder på at innføringen ”No-fault” økte trafikkdødeligheten med 16 til 20 %.

Skiftet i Quebec er undersøkt av Devlin¹⁰¹ og Gaudry¹⁰². De kom til at trafikkdødeligheten hadde steget med henholdsvis 15 % og 3,3 %.

Det er også gjort en del studier i USA som tar for seg ”No-fault”-systemet. Systemet i USA er imidlertid et blandet system som varierer noe fra stat til stat. Det disse forskjellige utformingene har til felles, er at den skadelidte kan kreve erstatning dersom skaden overskrider en viss terskel. Terskelen settes enten til et pengebeløp eller en beskrivelse av hvor alvorlig skaden må være.

Mange av de tidligste studiene har blitt kritisert for metodeproblemer, men senere studier har forsøkt å unngå slike problemer. Én slik studie er den som presenteres av Cummins, Phillips og Weiss i en artikkel fra 2001.¹⁰³ Denne studien konkluderer med at antallet dødelige ulykker steg med 7 – 13 % etter at det ble innført ”No-fault”.

Cohen og Deheja¹⁰⁴ presenterer en forsiktig undersøkelse som konkluderer med at ”No-fault” leder til 10 % økning i trafikkdødelighet.

⁹⁹ Swan (1984)

¹⁰⁰ McEwin (1989)

¹⁰¹ Devlin (1992) sitert etter Tort Law and Economics (2009) s. 475

¹⁰² I.c.

¹⁰³ Cummins (2001)

¹⁰⁴ Cohen (2004)

Cummins og Weiss har også brukt en mer indirekte metode ved å se på de totale tingsskadekravene i ”No-fault”-stater. De finner at ”No-fault” fører til flere tingsskadekrav, noe som tyder på at ”No-fault” resulterer i lavere aktsomhet blant bilførere.

Devlin har undersøkt data om alvorlighetsgraden av personskader og finner at det er mer sannsynlig med alvorlige skader i stater med ”No-fault”. Dette kan også tolkes slik at ”No-fault” gir lavere insentiver til aktsomhet.

Synet på effektene av ”no fault” nyanseres noe av Loghran¹⁰⁵. Ifølge Loghran kan ikke ”no fault” ha noen betydelig effekt i USA fordi de forventede kostnadene til de skadevoldende førerne ikke påvirkes i nevneverdig grad. Han viser også til empiriske undersøkelser som kan brukes til å motsi at ”No-fault” har ført til økt dødelighet i trafikken, økning i ulykker indikert med statistikk fra erstatningskrav for tingsskader, og økt uaktsomhet fra førere i ulykker med dødelig utgang.

Litteraturen er altså ikke helt entydig. Det er vanskelig å måle virkninger av de forskjellige reglene, særlig i USA der det er innført et blandingssystem og forholdene eller i de ulike statene er så forskjellige. Jeg mener likevel at det er mest som taler for at erstatningsregler har en preventiv effekt for personskader også. Selv om det er vanskelig å isolere og påvise en preventiv effekt av personskadeerstatningen ettersom forsikringsordninger og sikkerhetsreguleringer har bredt om seg, synes jeg det er rimelig å anta at erstatningsreglene i utgangspunktet hadde en preventiv effekt da de ble innført som fremdeles virker, om enn ikke i like stor grad.

3.5 Oppsummering.

Litteraturen jeg har gjennomgått tyder på at det er vanskelig å gi noen generelle konklusjoner. Det virker usannsynlig at det er en generell regel som takler oppmykningen av forutsetningene bedre enn andre. Det er nødvendig med mer spesifikke modeller for å

¹⁰⁵ Loughran (2001)

komme fram til svar på spørsmålet om hvordan reglene om skadelidtes medvirkning burde være. Det er heller ikke godt nok grunnlag i de empiriske studiene til å si at en type regel er mer samfunnsøkonomisk effektiv enn andre.

4 Skadelidtes medvirkning i norsk rett.

I dette punktet vil jeg peke på noen sammenhenger mellom rettsøkonomisk teori og norsk rett. Det er ikke mulig å gå i dybden i norsk rett innenfor rammene av denne oppgaven. Jeg begrenser meg til noen hovedlinjer slik de framstår i Lødrups lærebok i erstatningsrett.¹⁰⁶¹⁰⁷ Erstatningsretten er domstolskapt rett. Derfor vil jeg legge vekt på rettspraksis i drøftelsen. Dette er ikke nødvendigvis for å vise at resultatene faktisk er begrunnet med rettsøkonomiske resonnementer, eller at de like gjerne kunne vært det, men at resultatet blir det samme som om det hadde vært tilfellet.

Reglene om skadelidtes medvirkning er skapt av domstolene og ble til gjennom en gradvis utvikling. I Norge har vi en generell bestemmelse om skadelidtes medvirkning i skadeerstatningsloven § 5-1 (se s. 3).

Som man ser av bestemmelsen, kan erstatningen settes delvis ned eller falle helt bort. Utenom skadeerstatningsloven. § 5-1 finnes det flere medvirkningsregler spredt i lovgivningen. Om disse sier Lødrup: ”Med få unntak som yforsl. § 14 og bal. § 7 har ikke disse noe selvstendig innhold.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ Lødrup (1999) og (2009)

¹⁰⁷ For andre fremstillinger, se for eksempel: Hagstrøm (1981), Nygaard (2007) og Anfinsen (2008)

¹⁰⁸ Lødrup (2009) s. 409

Jeg har vist at det ikke lar seg gjøre å stille opp generelle tilstrekkelige og nødvendige betingelser for at en erstatningsregel skal være effektiv, eller at en type regel generelt er bedre enn alle andre. Dette samsvarer for så vidt med utformingen av skl. § 5-1 som gir vidt rom for skjønn slik at regelen kan tilpasses det konkret foreliggende tilfellet.

4.1 Formålet med erstatningsretten.

I fremstillingen til Lødrup deles formålet med erstatningsretten opp to deler:

Gjenoppretting (reparasjon) og prevensjon.” De ulike hensyn kan veie med forskjellig tyngde alt ettersom det er tale om tingsskader eller personskader, og på hvilket livsområde man befinner seg.”¹⁰⁹

”Det er vanlig å si at det er to hovedhensyn som begrunner erstatningsplikt: Gjenoppretting (reparasjon) og prevensjon”¹¹⁰

”Det er etter mitt syn ønsket om å gjenopprette tapet som – med visse forbehold – er erstatningsregelens bærende element.”¹¹¹

Dette synet begrunnes med risikofordelingen og gjenoppretting gjennom forsikring. Det kan også vises til forarbeidene. I NOU 1977: 33 s. 23 heter det: ”De hovedhensyn som anføres som begrunnelse for erstatningsretten er dels å gjenoppbygge skaden, dels å forebygge at skade blir voldt. Man sier derfor at hovedformålene med skadeerstatning er gjenoppretting og prevensjon.”

Jeg mener at ordbruken her er litt misvisende. Det må være slik at prevensjon er målet og gjenopprettingen er virkemiddelet for å nå dette målet. Jeg mener at det er en illusjon at skaden blir gjenopprettet. Skaden er fremdeles skjedd. Tapet flyttes, og det påløper

¹⁰⁹ Lødrup (2009) s. 107

¹¹⁰ *ibid* s. 106

¹¹¹ *ibid* s. 110

administrasjonskostnader i tillegg. Skadelidte blir kanskje stilt som før skaden, men samfunnsøkonomisk er skaden like stor, eller større.

I Ot.prp. 33 på s. 16 heter det: ”Erstatningsansvar bygger tradisjonelt på hensynet til prevensjon og reparasjon.” Lødrup uttaler: ”Beslektet med argumentasjonen for – og dels av – den økonomiske prevensjonen, er diskusjonen om erstatningsreglene bør utformes slik at de bidrar til økonomisk effektivitet i samfunnsmessig sammenheng. Meningene er delte om *hvilke* regler som bidrar til dette, for eksempel om det er culpa ansvaret eller det objektive ansvar. Denne diskusjonen kan neppe gi oss særlig meget av betydning for regelens utforming, blant annet fordi vi vet så lite om hvordan erstatningsreglene faktisk styrer våre handlinger.”¹¹²

Dette er etter min mening en liten forenkling. Det er ikke et spørsmål om det er culpa eller objektive ansvar som er det mest effektive. Det er spørsmål om hvilke av dem som er mest effektive i forskjellige situasjoner, og hvordan den nærmere utformingen skal være.

Derfor bør vi undersøke hvordan ansvarsregler styrer handlingene våre. Dessuten vet vi hvilke insentiver reglene gir. Et erstatningsansvar for skade voldt med et aktsomhetsnivå som er under det optimale gir insentiver til optimal aktsomhet. Det er imidlertid usikkert i hvor stor grad personers atferd faktisk styres av disse insentivene. Man må bruke de beste tilgjengelige argumentene for utformingen av rettsreglene. Det er vanskelig å vite hvilke argumenter man ellers skulle bruke. Det er enighet om at både culpa og objektive ansvar kan være samfunnsøkonomisk effektivt. Det er imidlertid riktig at vi ikke vet så mye om hvordan erstatningsreglene faktisk styrer handlingene våre, men vi vet noe (jf. Pkt. 3.3 om empiriske studier).

¹¹² Lødrup (2009) s. 117

4.2 Begrunnelsen for reglene om skadelidtes medvirkning.

I norsk erstatningsrettslig teori er det vanlig å begrunne medvirkningsregelen med reparasjonshensynet og prevensjonshensynet.¹¹³ Lødrup viser også til alminnelige rettferdsforestillinger.¹¹⁴ Videre viser han til en sammenheng mellom solidaritetsregelen hvor skaden er voldt av flere og medvirkningsregelen.¹¹⁵ Slike sammenlikninger er kritisert i den rettsøkonomiske teorien.¹¹⁶ Dette er fordi solidaransvar og skadelidtes medvirkning må analyseres under helt forskjellige modeller. Ved rettferdsargumentasjonen legger Lødrup vekt på at ”folk flest ikke skal ha plikt til å utvise den maksimale aktsomhet til enhver tid. En menneskelig sett avslappet holdning til omverdenens risiki bør ikke uten videre få erstatningsrettslige konsekvenser”¹¹⁷

Her kan det stilles et spørsmål ved om resonnetet til Lødrup er i samsvar med rettsøkonomisk teori. Aktsomhetskostnadene ville blitt altfor høye dersom det krevdes at man skulle utvise maksimal aktsomhet til enhver tid. Derfor må man kreve et lavere nivå av aktsomhet med et avslappet forhold til risiko. Jeg antar at dette like gjerne kan formuleres som å et krav om maksimal aktsomhet fører til for høye aktsomhetskostnader. Derfor bør aktsomhetskravet senkes til optimal aktsomhet der det er balanse mellom aktsomhetskostnadene og de forventede skadekostnadene. Her er det ikke noen motstrid mellom rettsøkonomisk teori og Lødrups resonnement.

Om prevensjonshensynet skriver Lødrup ”det åpenbart vil være en betydelig forskjell mellom tingsskadene/de alminnelige formuestap og personskadene. Prevensjonshensynet har neppe noen særlig betydning for personskadenes vedkommende... Risikoen for å bli

¹¹³ Lødrup (2009) s. 410

¹¹⁴ l.c.

¹¹⁵ ibid s. 411

¹¹⁶ Se Unification of Tort Law: contributory negligence s. 197 flg.

¹¹⁷ Lødrup (2009) s. 411

skadet er den preventive faktor som betyr noe.”¹¹⁸ Lødrup viser også til prp. 24 ”avkortning i trafikksaker er ’som oftest upåkrevd i preventivt øymed”.

I rettspraksis er det lagt betydelig vekt på andre hensyn enn prevensjonshensynet i trafikksaker. Sosial rettferdighet ble trukket fram i Vorspieldommen,¹¹⁹ og i Rt. 2005 s. 887, Bilbeltedommen ble det lagt vekt på ”fordelingspolitisk element av generell rekkevidde”.¹²⁰

4.2.1 Skadelidtes medvirkning.

Det er en forutsetning i rettsøkonomien at erstatningsreglene har en preventiv effekt. Her vil jeg se på hvordan Lødrup ser på formålet med skadelidtes medvirkning og hvilken preventiv effekt regelen kan ha.

Lødrup begrunner skadelidtes medvirkning med reparasjonshensynet og prevensjonshensynet.¹²¹ Reparasjonshensynet er ”betraktningen at det er rimelig å flytte tapet og gi skadelidte erstatning...” Dette innebærer en flytting av tapet. Tapet er fremdeles der i tillegg til administrasjonskostnadene forbundet med erstatningssaken. Slik jeg tolker dette er flyttingen av tapet et virkemiddel for å oppnå prevensjon og rettferdig fordeling. Det er imidlertid mulig å stille spørsmålstegn ved om erstatningsretten er egnet som fordelingsverktøy. Erstatningssaker fører med seg høye administrasjonskostnadene i forbindelse med rettssaker og saksbehandling.

Lødrup skiller mellom personskade og tingsskadetilfellene. Han sier at det ”... åpenbart [vil] være en betydelig forskjell mellom **tingsskadene** og **personskadene**.” Begrunnelsen

¹¹⁸ Lødrup (2009) s. 411

¹¹⁹ Rt. 2008 s. 453 (avsnitt 52). Skal ikke virke ”sosialt urettferdig”.¹¹⁹

¹²⁰ Lødrup (2009) s. 411

¹²¹ *ibid* s. 362

hans for dette er at det er risikoen for skaden som er den preventive faktoren, mens erstatningen står fjernt for de fleste av oss.¹²²

Lødrup legger også vekt på hensynet til skadevolder. Begrunnelsen for å legge vekt på dette er at rimeligheten av reparasjonshensynet svikter når skadelidte medvirker.¹²³ Det er mulig at faren for å miste et bein har større preventiv effekt enn å miste et pengebeløp, men jeg kan ikke se at Lødrup har noe annet grunnlag for å hevde dette enn selvbetraktning. I et tenkt samfunn uten obligatorisk ansvarsforsikring for bilførere, og uten erstatningsansvar, er det sannsynlig at en innføring av erstatningsregler vil virke preventivt. Selv om det skulle være slik at erstatningens preventive effekt ikke er den viktigste, kan den fremdeles ha en marginal effekt.

4.3 Rettsøkonomisk teori og rettspraksis

Rettspraksis er spesielt viktig på erstatningsrettens område fordi erstatningsretten i stor grad er domstolskapt. Gaarder hevder følgende i ”den dømmende makt” oslo1967, s 262: ”På intet annet område er domstolenes rettsskapende virksomhet trådt så klart fram som i erstatningsretten.”¹²⁴

4.4 Learned Hand

I saken *United States v. Carroll Towing Co*¹²⁵ kommer dommer Learned Hand med sin etter hvert svært kjente formel. Denne formelen er et eksempel på eksplisitt rettsøkonomisk argumentasjon i sakens ratio decidendi. Det som vanligvis ikke kommer frem, er at sitatet opprinnelig står i sammenheng med skadelidtes egen rolle i å forårsake skaden.¹²⁶

¹²² Lødrup(1999) s. 363

¹²³ l.c.

¹²⁴ sitert etter Lødrup (2009) s 66.

¹²⁵ *United Sates v. Carroll Towing Co*. Lettest tilgjengelig på <http://www.learnedhand.com/>

¹²⁶ *Tort Law and Economics* (2009) s. 48

Hand stiller opp en formell standard for aktsomhet i denne saken. Denne er basert på tre størrelser. Disse er sannsynligheten for en ulykke, kostnadene ved ulykken og kostnadene ved å utøve den nødvendige aktsomheten for å unngå ulykken.

Konklusjonen hans var at en part burde være forpliktet til å utøve aktsomhet, men bare opp til det nivået hvor kostnadene ved ekstra aktsomhet ble lik eller større enn den forventede kostnaden av ulykken.¹²⁷

Dommen i saken U.S. v. Carrol Towing viser at det er mulig å bruke økonomiske resonnementer i erstatningsrett og at en kjent dommer faktisk har gjort det.¹²⁸

4.5 Norsk rettspraksis

I dette avsnittet ønsker jeg å sammenlikne norsk rettspraksis med den rettsøkonomiske normen. Jeg deler avsnittet opp i to deler. Én del for simultant valg av aktsomhet og en annen del for sekvensielt valg av aktsomhet.

4.5.1 Norsk rettspraksis med simultant valg av aktsomhet.

Spørsmålet blir her om rettspraksis fra de forskjellige typetilfellene stemmer med rettsøkonomisk teori. Stemmer rettspraksis om simultant valg av aktsomhet med rettsøkonomisk teori om simultant valg av aktsomhet? Én måte å undersøke dette på er å forsøke å finne dommer om simultant valg av aktsomhet som er i strid med de nødvendige betingelsene diskutert i pkt 2.4.3. Det vil være en dom der:

1. skadelidte ikke bærer hele tapet hvis skadevolderen ikke er culpøs, mens skadelidte er det.
2. skadevolderen ikke bærer hele tapet hvis skadevolderen er culpøs, mens skadelidte ikke er det.

¹²⁷ Tort Law and Economics (2009) s. 47

¹²⁸ Foundations of the Economic Approach to Law (1998) s. 106

3. skadekostnadene som bæres av hver av partene ikke konstant når begge parter er aktsomme.

Jeg har funnet én dom som strider mot et av disse kriteriene. Det er dommen inntatt i Rt.1972 s.1241. I denne saken ble skadelidte påkjørt av en bil da han gikk tvers over veien uten å se seg tilstrekkelig om. Han hadde derfor "... i ganske høy grad selv skylden for at han ble påkjørt". Bilføreren kunne ikke bebreides noe for ulykken. Skadelidte fikk delvis erstatning. Dommen ble avsagt i dissens 3 mot 2.

Denne dommen samsvarer ikke med kriterium nummer 1. Etter dette kriteriet burde skadelidte bære hele tapet fordi skadelidte er culpøs, mens skadevolderen ikke er det.

Jeg tror imidlertid ikke denne dommen er representativ for rettstilstanden generelt der en skadevolder som ikke er culpøs må bære deler av tapet selv om skadelidte er culpøs. I to nyere dommer ble resultatet det motsatte som er i samsvar med den rettsøkonomiske normen. I dommene inntatt i Rt. 2006 s. 1099 og Rt. 2008 s.184 bærer en culpøs skadelidte hele tapet fordi skadevolderen ikke har vært culpøs. Jeg velger derfor å anse Rt.1972 s.1241 som et unntakstilfelle.

Et typetilfelle er simultant valg av aktsomhet der begge parter er culpøse. Etter den rettsøkonomiske teorien spiller det ingen rolle hvordan tapet blir fordelt i slike tilfeller. Det vanlige er en fordeling etter graden av skyld. Det er vanlig å anta at dette stemmer best med den alminnelige rettsoppfatningen. Her er noen dommer som kan illustrere dette typetilfellet:

I dommen referert i Rt. 1994 s. 1440 skjedde skaden i forbindelse med et sykkelløp. En syklist som ikke var deltaker i løpet syklet etter en dommerbil og en servicebil. Denne syklingen var risikofylt og meget klanderverdig. Dommerbilens fører var også å bebreide for sin kjøremåte. Han stoppet bilen med en brå oppbremsing 30 meter fra et veikryss, etter

en sving på 90 grader. Nødlisene var på slik at føreren ikke kunne gi tegn med blinklysene. Skadelidte måtte tåle en avkorting på 1/3.

Rt. 1966 s. 979 – Bankkassererdommen kan være et eksempel. Saken gjaldt et erstatningskrav fra en sparebank mot en av kassererne i banken. Det var blitt en kassemanke på 105 000 kroner på grunn av pliktforsømmelser fra bankkassereren. Erstatningen ble ikke avkortet selv om bankens tillitsmenn også hadde gjort seg skyldige i feil og forsømmelser.

Resultatet i denne saken kan være i overensstemmelse med en modifisert komparativ uaktsomhetsregel. Dommen kan tolkes slik at dersom skadelidtes egen skyld er liten i forhold til skadevolderens grove skyld, skal erstatningssummen likevel ikke avkortes. Det er på det rene at bankkassereren var svært uaktsom. Førstvoterende uttalte følgende: ”Når A selv forklarer at han ikke har tallet opp sin kasse siden 1940, viser dette en ganske utrolig forsømmelighet. Det er en kasserers selvfølgelig plikt til enhver tid å ha oversikt over sin kasse... Avlegge årsregnskap uten å telle opp kassen er høyst uriktig og uforsvarlig. Det er det A selv forklarer at han har gjort i årrekker, uten at det er opplyst noe som skulle tjene som den ringeste unnskyldning for en slik pliktforsømmelse”.¹²⁹ Det ble også reist straffesak mot saksøkte i bankkassererdommen. Kassereren ble dømt for to tilfeller av dokumentfalsk, men frikjent for underslag.

Ovenfor har jeg vist at dommene i stor grad stemmer med den rettsøkonomiske normen under de strenge grunnleggende forutsetningene. Under vil jeg referere noen dommer som kan illustrere at disse forutsetningene ikke alltid passer så godt.

I Finanger I inntatt i Rt. 2000 s. 1811 var faktum som følger:

Skadelidte i saken ble skadet i en bilulykke. Hun ble med som passasjer på en biltur selv om hun visste at føreren var påvirket av alkohol. Etter bal § 7 (3) b skulle da normalt

¹²⁹ Rt. 1966 s. 979 s. 983

erstatningen falle bort. Dette ble resultatet i dommen selv om regelen var uforenelig med EØS-retten.

Utelukkelsesregelen i bal § 7 (3) b var i strid med EØS-retten, og dette førte til en ny rettssak – Rt. 2005 s. 1365. Flertallet kom til at skadelidte hadde krav på erstatning og at staten måtte betale den erstatningen skadelidte hadde hatt krav på dersom regelen hadde blitt endret slik at den stemte med EØS-retten. Erstatningen ble redusert med 30 % på grunn av skadelidtes medvirkning.

Det er vanskelig å si hvem som er "the cheapest cost avoider". Det er enkelt for begge å unngå skaden ved å la være å bli med på turen. Som nevnt under punkt 2.4.2.2 er det nærliggende å se på saken som et tilfelle av alternativ aktsomhet. Det vil si at partene har like store forebyggelseskostnader og at det er tilstrekkelig at en av dem forebygger for å unngå skaden.

Dommen kan analyseres med et enkelt spill. Hver av partene kan velge å bli med på turen eller ikke. Det er tilstrekkelig at en av dem velger ikke å bli med for å unngå skaden, (1,0) eller (0,1). Kombinasjonene (1,1) er suboptimal fordi det utøves mer aktsomhet enn nødvendig, men jeg vil anta at disse kostnadene vil være neglisjerbare. Kostnadene ved å la være å bli med på turen er ikke nevneverdige tatt i betraktning at skadelidte ble 100 % ervervsmessig invalid. Det er mulig at aktører i denne typen ulykker er mindre responsive enn det som normalt forutsettes, og at det derfor må kompenseres med sterkere insentiver enn ellers.

I dommen referert i Rt. 2008 s. 453 er faktum ganske likt som i Finanger-saken. Høyesterett kom til at skadelidte var mer å bebreide enn i Finangerdommen, og erstatningen ble avkortet med 40 %.

Disse dommene viser at det ikke alltid er så lett å anvende modellene i praksis. Side det er snakk om alternativ aktsomhet kan tottrinnsmodellen til Schäfer og Ott ikke brukes.

Alternativ aktsomhet passer heller ikke godt inn i under forutsetningene for de generelle betingelsene i punkt 2.6. Forutsetningene om rasjonelle aktører passer heller ikke så bra. Det kan argumenteres med at reglene kan gi insentiver til ikke å bli beruset i utgangspunktet, men det viser seg jo at det faktisk ikke skjer.

Etter min oppfatning tyder en del empiriske studier på at contributory negligence er en mer effektiv regel for trafikkulykker enn komparativ uaktsomhet (jf, pkt. 3.3). Dersom dette faktisk stemmer er ikke norsk rett samfunnsøkonomisk effektiv jf. Bal § 7 og Finanger og Rt. 2008 s. 453.

Andre dommer der aktsomhetsnivåene velges simultant og begge parter er culpøse: Rt. 1994 s. 1440, Rt. 2003 s. 400, Rt. 2000 s. 1811 – Finanger I, Rt. 2008 s. 453, Rt. 2000 s. 211.

4.5.2 Norsk rettspraksis med sekvensielt valg av aktsomhet

Under sekvensielt valg av aktsomhet er den rettsøkonomiske normen den samme som for simultant valg av aktsomhet. Det forutsettes imidlertid at aktsomhetskravene ikke er fikserte. Aktsomhetskravet for aktør nummer 2 heves til nest-best-nivået dersom han observerer at aktør nummer 1 uforvarende velger lavere aktsomhet enn først-best-nivået.

Først vil jeg vise til noen dommer der aktør nummer to har insentiver til høyere aktsomhet enn først-best-nivået fordi han kan observere lavere enn først-best-aktsomhet hos aktør nummer én. Det tydeligste eksempelet er Rekkverk-dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1714 som er omtalt i punkt 2.5.1. Denne dommen har helt eksplisitte uttalelser om betydningen av at aktør nummer to kan observere den første aktørens valg av aktsomhet. Det finnes dessuten dommer der resultatet er i samsvar med den rettsøkonomiske normen der begrunnelsen ikke er like eksplisitt.

Rt. 1964 s. 446 – Hengebrodommen.

I denne saken krevde en enke etter en heimevernsmann erstatning fra et skytterlag, men fikk ikke medhold. Skytterlaget hadde leid ut skytebanen sin til Heimevernet. Skytterlaget hadde laget en hengebro over en elv som rant mellom standplass og et skytefelt.

Heimevernsmannen falt i elven og druknet da han skulle gå med en tung skytefigur i metall over broen. Broen var kun ment for persontransport. Heimevernsmannen hadde utsatt seg selv for en stor risiko da han forsøkte å transportere skytefiguren over broen.

Den omkomne kunne observere gangbroen og faremomentene ved den før han valgte å bruke broen. Han hadde "the last clear chance" til å unngå skaden, og hadde antakelig også de laveste kostnadene ved å unngå skaden (ulempen ved å gå rundt). Denne dommen viser også at det stilles høyere krav til aktør nummer to når denne aktøren kan observere den uforvarende lave aktsomheten til den første aktøren.

Jeg vil vise til flere dommer som stemmer med modellen for sekvensielt valg av aktsomhet, men har ikke mulighet til å gå nærmere inn på disse. De er som følger:

Rt. 1977 s. 313, Rt. 1991 s. 1124 – Knallskudddommen, Rt. 1933 s. 544 – Dynamittperledommen, Rt. 2000 s. 1991 – Alpindom I, Rt. 1940 s. 16 – Klatredom I, Rt 1947 s. 723 – Jernsplintdommen, Rt. 2005 s. 887 – Bilbeltedommen.¹³⁰

Her er noen dommer der nest-best-løsningen ikke kan realiseres:

I Alpindom II referert i Rt. 2001 s. 1221 ble skadelidtes erstatning ikke avkortet. Dette var fordi hun ikke kunne observere den økte risikoen forårsaket av aktør nummer én sin lave aktsomhet. Man kan ikke forebygge en skade man ikke vet er sannsynlig.

I Flymanøverdommen fra Rt.1973 s. 1268 ødela en pilot en kraftledning ved en uaktsom manøver. Bruddet på kraftledningen førte også til at en elektrisk pumpe, på et

oppdrettsanlegg for ørret, kom ut av drift. Staten ble erstatningsansvarlig for bruddet på kraftledningen, men ikke for tapet som fulgte av at den elektriske pumpen stoppet. Eieren av oppdrettsanlegget er den som handler først. Han velger for lavt aktsomhet. Piloten må da kompensere med høyere enn først-best-aktsomhet. Dette gjelder imidlertid bare dersom piloten kan observere den andre aktørens valg av aktsomhet. Det kan ikke piloten og skaden karakteriseres som upåregnelig. I denne saken kunne altså ikke piloten ha realisert nest-best-løsningen, og ”the last clear chance” doktrinen kan heller ikke anvendes. Resultatet av dommen er derfor i samsvar med rettsøkonomisk teori.

De to dommene ovenfor viser at det ikke stilles opp en høyere aktsomhetsnorm der den siste aktøren ikke kan observere at den første aktøren har et uforvarende lavt aktsomhetsnivå.

5 Avsluttende bemerkninger og konklusjoner

Det første spørsmålet i hovedproblemstillingen min var hvordan reglene om skadelidtes medvirkning burde utformes etter kriteriet samfunnsøkonomisk effektivitet. Som jeg har vist i oppgaven lar det seg ikke gjøre å stille opp en generell norm for alle typer saker.

Under forutsetningene til standardmodellen kan man imidlertid stille opp ganske generelle betingelser som viser hva som er enten nødvendig for at en regel skal være effektiv eller tilstrekkelige betingelser for at reglene er effektive. Det lar seg (foreløpig) ikke gjøre å stille betingelser som er nødvendige og tilstrekkelige samtidig.

Det er ikke tilstrekkelig grunnlag til å si at én regelutforming er best når forutsetningene mykes opp.

I saker med tosidig skade gir ingen av de eksisterende ansvarsreglene insentiver til både optimal aktsomhet og optimalt aktsomhetsnivå.

Det andre spørsmålet i hovedproblemstillingen min var hvor godt norsk rett samsvarer med den samfunnsøkonomiske normen.

Medvirkningsregelen i norsk rett gir domstolene en vid adgang til å dømme etter konkret skjønn. Som jeg har vist kan rettspraksis begrunnes og forklares med rettsøkonomiske resonneringer om samfunnsøkonomisk effektivitet ved insentiver til optimal aktsomhet. Med unntak av ett tilfelle i Rt. 1972 s. 1241 har jeg ikke funnet noen uoverensstemmelser mellom norsk rett og den rettsøkonomiske normen for simultant valg av aktsomhet.

En slik vid regel kan være fornuftig i og med at det ikke finnes én generell regel som er den mest effektive i alle tilfeller. Verken teori eller empiri gir noe klart svar på hvilke regler som er best. Retten kan da tilpasse avgjørelsen etter hvilke forutsetninger som ligger nærmest til den aktuelle saken. Dette stiller imidlertid store informasjonskrav til domstolene og aktørene. En vid skjønnsmessig regel kan føre til store problemer for aktørene når de skal forutberegne hvilket argumentasjonsmønster retten vil anvende. Det er en grunnleggende forutsetning for den preventive effekten at aktørene har informasjon om reglene ex ante. Særlig gjelder dette domsbegrunnelsene som ofte ikke er helt eksplisitte. En rettsstilstand med vide skjønnsmessige regler og en usikker rettsstilstand kan føre til flere rettssaker enn ellers.

Modeller kan modifiseres for å gi ad hoc-forklaringer og begrunnelser for konkrete tilfeller. Dette er imidlertid litt problematisk i forhold til forutsetningen om perfekt informasjon ex ante. Det er en grunnleggende forutsetning for erstatningsrettens preventive funksjon at aktørene vet hvilke premisser en dommer legger til grunn for sin dømming.

Analysen min viser at det ikke lar seg gjøre å stille opp en generell regel som er den mest samfunnsøkonomisk effektive for alle tilfeller. Det er imidlertid mulig å bruke forskjellige modeller til å forklare og begrunne rettsavgjørelser. Dette kan gjøres ved å ta utgangspunkt

i en standardmodell for så å stille opp side argumenter for de forholdene som er viktige i det konkrete tilfellet. De fleste dommene jeg har kjennskap til, kan forklares med et ønske om samfunnsøkonomisk effektivitet. Dette tyder på at norsk erstatningsrett samsvarer ganske godt med rettsøkonomisk teori. Det er i alle fall ikke motstrid mellom rettsøkonomisk teori og hovedlinjene i norsk rett.

Det virker som om store deler av rettsøkonomien ligger implisitt i tradisjonell juridisk argumentasjon, og at norsk rett samsvarer med den rettsøkonomiske teorien i stor grad.

Svaret på problemstillingen blir at det ikke er mulig å stille opp en helt generell norm, men at det er mulig å stille opp modeller for forskjellige typetilfeller. Ut ifra min eksempelsamling fra rettspraksis virker det som det er stor grad av samsvar mellom rettsøkonomisk teori og norsk rett.

Min hypotese er at norsk rett kunne blitt mer effektiv hvis domstolen anvendte eksplisitte rettsøkonomiske resonnementer. Jeg tror det kunne ha gjort prosessen og vurderingen enklere, for eksempel ved bruk av modellen til Schäfer og Ott i pkt 2.1, eller en argumentasjon lik Learned-Hand i dommen U.S. v. Corrol Towing. Dersom dette ble gjort ville det etter hvert kunne utvikle seg klarere regler. Man hadde etter hvert fått mer eksplisitt økonomisk informasjon. På grunnlag av denne kunne det bli enklere å lage treffende økonomiske modeller. Tilfellene fra rettspraksis kunne ha gitt viktig empirisk innsikt til teoretikerne.

Dersom en erstatningssak kommer opp for retten er en tenkelig mulighet å benytte modellen til Schäfer og Ott. Hvis saken handler om sekvensielt valg av aktsomhet, kan man supplere med spørsmålet om aktør nummer 1 handlet uforvarende culpøst. Er svaret på dette ja, bør aktør nummer 2 bli erstatningsansvarlig hvis han har observert dette og ikke har kompensert med høyere aktsomhet enn først-best-nivået.

Litteraturliste:

Anfinsen, Anne Marie Frøseth *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*. Bergen, (2008).

Baird, Douglas G. Robert H. Gertner og Randal C. Picker *Game Theory and the Law*. Cambridge, MA og London, UK (1994).

Calabreisi, Guido *The Costs of Accidents*. New Haven and London (1970).

Erling Eide og Endre Stavang *Rettsøkonomi*. Oslo, (2008).

Foundations of the Economic Approach to Law. Redigert av Avery Wiener Katz. New York (1998)

Hagstrøm, Viggo *Culpanormen*. Oslo, (1981).

Landes, William M. og Richard Posner *The economic Structure of Tort Law*. Cambridge MA og London (1987)

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. Utgave. Oslo, (2009).

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 4. Utgave. Oslo, (1999).

Miceli, Thomas J *Economics of the Law: torts, contracts, property, litigation*. New York, (1997)

Nygaard, Nils *Skade og ansvar*, 6. utg. Bergen og Oslo, (2007).

Schäfer, Hans-Bernd og Claus Ott *The Economic Analysis of Civil Law*. Northampton, MA og Cheltenham, UK (2004).

Second Thoughts: Myths and Morals of Economic History. Redigert av Donald N. McCloskey. New York: Oxford University Press, (1993).

Stang, Fredrik *Erstatningsansvar*. Oslo (1927)

Tort Law and Economics. Redigert av Michael Faure. 2. Utg. Cheltenham, UK og Northampton, MA, USA, 2009. Encyclopedia of Law and Economics, volume 1.

Unification of Tort Law: Contributory Negligence. Redigert av Ulrich Magnus og Miquel Martin-Casals. 1. Utg. Haag, 2004. (Serie fra European Centre of Tort and Insurance Law, Principles of European Tort Law, volume 8).

Artikler:

Bar-Gill, Oren *Does Uncertainty Call For Comparative Negligence*. Camebridge, MA (2001). (Harvard Law School Discussion Paper; No. 346 12/2001).

Chung, Tai-Yeong *Efficiency of Comparative Negligence: A Game Theoretic Analysis*. I: Journal of Legal Studies. Årg. 22 (1993) s. 395-404.

Cohen, Alma og Rajeev Dehejia *The Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Laws on Traffic Fatalities*. I: Journal of Law and Economics. Årg. 47 (2004) s. 357-393.

Cooter, Robert D. og Thomas S. Ulen *An Economic Case for Comparative negligence*. New York (1986).

http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=robert_cooter. [sitert 17. november 2009]

Cummins, David, Richard Phillips og Mary Weiss *The Incentive Effects of No-fault Automobile Insurance*. I: Journal of Law and Economics. Årg 44 (2001). s. 427-464.

Coase, Ronald *The problem of social Cost*. I: Journal of Law and Economics. Årg. 3 (1960) s. 1 – 69.

Dari-Mattiacci, Giuseppe og Gerrit De Geest *The Filtering Effect of Sharing Rules*. I: Journal of Legal Studies. Årg. 34, nr. 1 (2005) s. 207-237.

Devlin, Rose Anne *Liability Versus No-fault Automobile Insurance Regimes: An Analysis of the Experience of Quebec* (1992) I: Contributions to Insurance Economics. Redigert av Georges Dionnes. Norwell, MA (1992)

Flanigan, Georg B., Joseph E. Johnson, Daniel T. Winkler og William Ferguson *Experience from early tort reforms: comparative negligence since 1974*. I: Journal of Risk and Insurance. Årg. 56 nr 3(1989) s. 525-534

Gaudry, Marc *Measuring the Effects of the No-fault 1978 Quebec Automobile Insurance Act with the DRAG model*. (1992). I: Contributions to Insurance Economics. Redigert av Georges Dionnes. Norwell, MA (1992)

Haddock, David og Christopher Curran *An economic theory of comparative negligence*. I: Journal of Legal Studies. Årg 14 (1985), s. 49 – 72.

Jain, Statish og Singh, Ram *Efficient Liability Rules: Complete Characterization*. I: Journal of Economics årg. 75 (2002) s.105-124.

Kim, Jeonghuyn *A Complete Characterization of Efficient Liability Rules: Comment*. I: Journal of Economics årg. 81 (2004) s. 61-75.

Lando, Henrik *Tort Law From the Perspective of Economic Theory*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap årgang 110 (1997), s. 919-949.

Loughran, David S. *The Effect of No-fault Automobile Insurance on Driver Behaviour and Automobile Accidents in the United States*. Santa Monica, Arlington og Pittsburgh.(2001) http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/2007/MR1384.pdf. [Sitert 24. november 2009]

McEwin, Ian R *No-fault and Road Accidents Some Australian Evidence*. I: International Review of Law and Economics. Årg. 9 (1989) s. 13-24.

Orr, Daniel *The Superiority of Comparative Negligence: Another Vote*. I: Journal of Legal Studies. Årg 20 (1991), s.119 – 130.

Rea, Samuel A. jr *The Economics of Comparative Negligence*. I: International Review of Law and Economics. Årg. 7 nr. 2 (1987) s. 149-162.

Robinette, Christopher J. og Paul G. Sherland *Contributory or comparativ: which is the optimal negligence rule?* (2003)http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=christopher_robinette1. [sitert 17. november 2009]

Rubinfeld, Daniel L. *The efficiency of comparative negligence*. I: Journal of Legal Studies. Årg. 16 nr 2 (1987). s. 375-394.

Sloan, Frank A. Bridget A. Reilley og Christoph M. Schenzler *Effects of Tort Liability and Insurance on Heavy Drinking and Drinking and Driving*. I: Journal of Law and Economics. Årg. 38 (1995) s. 49-77.

Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, MA (2002). (Harvard Law School John M Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series; NO 396).

Swan, Peter L. *The Economics of Law: Economic Imperialism in Negligence Law, No-fault Insurance, Occupational Licencing and Criminology*. I: Australian Economic Review. Årg. 67 nr. 3 (1984) s. 92-108.

Lov- og forarbeidsregister:

1961 Lov om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova) av 3. februar.

1969 Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven) av 13. juni nr 26.

1989 Lov om yrkesskedeforsikring (yrkesskedeforsikringsloven) av 16. juni nr 65.

NOU 1977: 33 Om endringer i erstatningslovgivningen

Ot.prp.nr.33 (1988-1989) Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) m.v.

Domsregister:

Rt. 1933 s. 544 Dynamittperle-dommen

Rt. 1940 s. 16 Klatredom I

Rt. 1964 s. 446 Hengebrodommen

Rt. 1966 s. 979

Rt. 1966 s. 1485 Oksen på Stanghelle

Rt. 1972 s. 1241

Rt. 1973 s. 1268 Flymanøver-dommen

Rt. 1977 s. 313 Karusell-dommen

Rt. 1991 s. 1124 Knallskudd-dommen

Rt. 1994 s. 1440

Rt. 2000 s. 211

Rt. 2000 s. 1811 Finanger I

Rt. 2000 s. 1991	Alpin-dom I
Rt. 2001 s. 1221	Alpin-dom II
Rt. 2003 s. 400	Fearnley fonds-dommen
Rt. 2005 s. 887	Bilbelte-dommen
Rt. 2005 s. 1365	
Rt. 2005 s. 1714	Rekkverk-dommen
Rt. 2008 s. 453	

Engelske dommer

Davies v. Mann [1842] 152 E.R. s. 558

Amerikanske dommer

United States v. Carroll Towing Co. [1947] 159 F. 2ds. 169

Brown v. Kendall [1850] 60 Mass. 292

6 Lister over tabeller og figurer m v

Tabell 1 svarer til Table 3 i Shavell (2002) s. 5

Tabell 2 svarer til Figure 8.2 i Schäfer (2004) s. 184

Tabell 3 svarer til Figure 8.3 i Schäfer (2004) s. 187

Tabell 4 svarer til Figure 8.5 i Schäfer (2004) s. 188

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>