

# Spenninger mellom norsk og europeisk erstatningsrett

av Bjarte Askeland



Bjarte Askeland  
bjarte.askeland@jur.uib.no

*I dette arbeidet presenteres et oversiktsbilde av de bevegelser som i øyeblikket gjør seg gjeldende i spenningen mellom norsk erstatningsrett og det man kan kalle en europeisk erstatningsrett. Dette emnet er aktuelt fordi norsk rett i større grad enn før mottar impulser fra europeisk rett. Et særlig spennende punkt er, som vi skal se nedenfor, at elementer av europeisk rett nå har blitt lansert som "gjeldende rett" ved tvilsspørsmål i norsk erstatningsrett. De problemstillinger som tas opp er klart relevante også for de øvrige nordiske land.*

## I. Innledning – noen utgangspunkter

Selv om Norge står utenfor EU, er norsk rett for alle praktiske formål tilsluttet rettsutviklingen i EU gjennom EØS-avtalen, avtalen om det Europeiske økonomiske samarbeidsområde. Vi vedtar de samme EU-direktiver som de øvrige nordiske land<sup>1</sup> via en forenklet prosedyre.<sup>2</sup> Av politiske grunner har Norge aldri brukt sin veto; den avtalefestede adgang til å unnlate å implementere EU-direktiver. Dette har ført til at direktiver på en rekke områder innen formueretten har foranlediget, og blitt implementert i, norske lover. For slike EØS-lovregler, som er vedtatt enten ved den store inkorporering i 1992 eller senere, vil EØS-avtalens art. 6 medføre at også løpende praksis fra EU-domstolen har betydning for tolkningen.<sup>3</sup> Dette medfører at Norge langt på vei er i samme båt som Sverige, Finland og

Danmark når det gjelder spørsmålet om europeisk påvirkning av vår nasjonale erstatningsrett. Spenningene som omtales nedenfor kan derfor også gjøre seg gjeldende i de øvrige nordiske land.

Spørsmålet om spenninger mellom norsk og europeisk erstatningsrett påvirkes i høy grad av et viktig historisk utgangspunkt: Privatrettssystemet i norsk rett er ideologisk forankret i de sentraleuropeiske idealer fra tiden rundt de store lovkodifikasjoner, så som Code Civil (Frankrike 1804) og BGB (Tyskland 1896). Den underliggende ideologi i norsk privatrett er således at det skal bygges et heldekkende system av regler.<sup>4</sup> Den konstruktive metode har videre hatt et visst innpass.<sup>5</sup> Enhver rettslig nylansering av løsninger har derfor hatt et sideblikk til det helhet-

Dr. juris Bjarte Askeland er professor ved Universitetet i Bergen. Artikkelen er basert på hans innlegg ved AIDAs forskningskonferanse den 1. februar 2006.

lige system av regler. I utformingen av retten har vi i tråd med dette vært styrt av et *konsistensaksiom*. Forestillingen om en konsistent privatrett er høyst levende også i dag.<sup>6</sup> Konsistensaksiomet får vesentlig betydning for hvordan vi skal forholde oss til europeisk påvirkning.

Et viktig utgangspunkt for oss er videre at dagens erstatningsrett innenfor de ulike EU- og EØS-stater er ”nasjonal”. Som kjent har EU-domstolen flere ganger klargjort at hvert land i prinsippet skal kunne opprettholde sin spesielle form for erstatningsrett.<sup>7</sup> Men et viktig spørsmål er om dette lar seg forene med det nevnte historisk forankrede konsistensaksiom.

## 2. Europeisk påvirkning

### 2.1 Innledning

Betegnelsen ”europeisk erstatningsrett” er vag og rommer mange elementer. Det skal ikke underslås at det strengt tatt ikke eksisterer en helhetlig og konsistent europeisk erstatningsrett som kan sammenlignes med reglene for erstatningsrett i de ulike europeiske land.<sup>8</sup> Det jeg sikter til med begrepet er i stedet fragmenter av anasjonale, all-europeisk orienterte reguleringer, så som soft law-regelsett (se om disse i pkt. 2.3 nedenfor), EU-direktiver og ikke minst teoretiske bidrag orientert mot europeiske løsninger. Det har over de siste tiår vokst frem en slik mengde av slike fragmenter at de nasjonale rettsordninger vanskelig kan unngå å bli påvirket.

Påvirkningen fra slike fragmenter av europeisk erstatningsrett kan komme via mange kanaler. I det følgende skal jeg gjennomgå noen viktige slike kanaler mellom det europeiske og det nasjonale nivå.

### 2.2 EU-direktiver

Som nevnt vil EU-direktiver i praksis alltid implementeres i norsk rett. Disse direktivene berører imidlertid oftest ikke deliktserstat-

ningsretten, som altså er nasjonal. Vi finner bare enkelte områder i erstatningsrettens grenseland som er direktivregulert, særlig gjelder dette produktansvar og trafikksikring. Her finnes det direktiver som styrer rettsutviklingen, og disse har Norge måttet ta hensyn til. Vi skal imidlertid merke oss at de fleste direktiver gjelder kontraktsforhold, og således får de ikke direkte betydning for deliktserstatningsretten. Det er bare produktansvarsdirektivet som har hatt direkte innvirkning på deliktserstatningsretten, noe vi skal se eksempel på nedenfor. Det store utgangspunkt er ellers at erstatningsretten er ansett å være nasjonal. Direktivene kan likevel ha indirekte innvirkning via den øvrige formueretten, se til dette omtalen av *Leitner*-dommen nedenfor i pkt. 3.2.<sup>9</sup>

### 2.3 Harmoniseringsprosjekt; soft law – regelsett

Som kjent pågår det en rekke akademiske prosjekt i Europa med det siktemål å harmonisere erstatningsretten. De viktigste i vår sammenheng er Principles of European Tort Law (PETL) og Principles of European Patrimonial Law (PEPL).

PETL er utarbeidet av ”European Group on Tort Law”. Dette er en internasjonal gruppe av fremstående rettsvitenskapsmenn som arbeider i regi av European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL), Wien. Prinsippene er tilgjengelige i engelsk versjon på følgende nettside: <http://www.egtl.org/>. En endelig versjon av prinsippene ble presentert i Wien (19-20. mai 2005), se nå også den ferske kommentarutgaven til prinsippene, *PETL, Commentary*. PEPL er utarbeidet av en annen viktig gruppe, nemlig Study Group on a European Civil Code. En nærmere redegjørelse for denne gruppen er gitt i *Stenvik*, Erstatningsrettens internasjonalisering, Tidsskrift for Erstatningsrett 2005 s. 33-61 på s. 51-52. Teksten til PEPL kan finnes via følgende nettsted: <http://www.sgecc.net/>.

Felles for disse prosjektene er at grupper be-

stående av akademikere fra ulike europeiske land har utarbeidet samlede regelsett til bruk i erstatningsretten. Som kjent har disse reglene ingen tvangskraft bak seg, men virker bare i kraft av argumentenes kvalitet. Reglene skal vinne frem via ”kraften i de bedre argumenter” for å tale med filosofen Jürgen Habermas. Initiativtakernes visjon er således at reglene adopteres i de ulike land nettopp i kraft av sin kvalitet. Vi bør imidlertid ta med oss at de ulike harmoniseringsprosjekt anbefaler forskjellige løsninger, og at dette svekker deres samlede kraft. Blant annet av denne grunn er det lite trolig at soft law-prosjektene vil ha stor innvirkning på de nasjonale regelsett på kort sikt.

Men det kan likevel tenkes at disse prosjektene har stor betydning på lang sikt. Dette særlig fordi samarbeidet om disse prosjektene innebærer en forbrødring og tilnærming mellom de ulike dominerende akademikere i de respektive europeiske land. Selv om disse kan være uenige, utvikles det en europeisk akademisk kultur der man gjensidig er åpne for å motta juridiske impulser fra andre land. Det utvikles også felles terminologi. Ett eksempel blant flere er at European Group on Tort Law har blitt enige om betegnelsen ”solidary liability” som fellesnevner for ulike begreper om solidaransvar i forskjellige europeiske land.<sup>10</sup> Når disse forfattere skriver for sine hjemland, vil de uten videre trekke på europeiske perspektiver og dette vil langsamt bringe med seg en påvirkning, kanskje særlig på de punkter i de respektive lands erstatningsrett hvor det hersker tvil.

#### **2.4 Et felles kommersielt marked**

Den omstendighet at Norge (og det øvrige Norden) er med i et europeisk marked for de fire friheter, særlig for varer og tjenester, har indirekte betydning for erstatningsretten. De formuesgoder erstatningskravene knytter seg til vil være elementer i et stort marked, og dette fellesmarkedet er initiert og omkranset

av EU-rettsregler og europeisk rettskultur. Det vil da naturlig ligge til rette for å ta imot europeiske impulser også i forhold til den erstatningsrettslige regulering knyttet til disse formuesgodene.

Men markedsideologien vil også i seg selv ha en harmoniserende effekt. Så vel Norge som de øvrige nordiske land har inngått et langvarig, forpliktende samarbeid med en motpart som har en klar integrasjonistisk og dermed harmoniserende grunnfilosofi.<sup>11</sup> Videre er avtalens karakter slik at den har det frie marked i sin kjerne. I og med at det frie marked forutsetter like konkurransevilkår, vil markedsrasjonaliteten alltid være et argument for harmonisering av regler, og denne effekten vil gjøre seg gjeldende på ulike trinn i utarbeidelsen og gjennomføringen av EU's rettsakter.

Et synspunkt i denne forbindelse er at Norge bør ha regler som gjør de norske aktører i markedet i stand til å konkurrere med de øvrige markedsaktører på likest mulige vilkår. Dette kan generelt tale for harmonisering. Vi finner flere eksempler på at dette ”konkurranseargumentet” har blitt fremmet i den rent dogmatiske debatt i Norden. Jeg viser i denne forbindelse til et sitat fra Are Stenviks artikkel om produktansvar for tobakksskader:<sup>12</sup>

”... gjør det seg også her gjeldende et alminnelig behov for harmonisering. Med erstatningsrettens ekspansjon, og hevingen av erstatningsnivået, er erstatningsretten blitt en viktigere del av næringslivets rammebetingelser. Variasjoner i ansvarsregler mellom medlemslandene kan fordreie konkurransen og bør unngås.”

Bill Dufwa har i relasjon til svensk rett vært inne på lignende tanker i relasjon til spørsmål om regressavskjæring, jfr. SOU 2002: 1. Her hevder han at det svenske regressforbudet for forsikringsselskaper som betaler forsikringserstatning til skadelidte innebærer en ”ulykkelig snedvridning av konkurransen” som ikke er til fordel for Sverige.<sup>13</sup>

### **2.5 Konkurranserasjonalitetens indirekte påvirkning**

Målsettingen om fri konkurranse og integrert marked har også en mer indirekte innvirkning på erstatningsretten: Konkurransemålsettingen har nemlig ledet til harmoniseringstiltak på kontraktsrettens område. I sine harmoniseringsbestrebelse har EU-kommisjonen utarbeidet en plan for harmonisering av kontraktsretten i Europa, "Action Plan on European Contract law: A More Coherent European Contract Law" (COM (2003) 63). I dette dokumentet anbefales det at man arbeider for å etablere en "common frame of reference" som skal anvendes over de europeiske landegrensene. Parlamentet og Rådet har ved senere resolusjoner sluttet seg til planen om å arbeide for å utvikle en "common frame of reference".<sup>14</sup> Dette arbeidet på kontraktsrettens område kan, særlig på bakgrunn av det ovenfor nevnte konsistens-aksiom, påvirke erstatningsretten

Et eksempel på en slik tankegang finner vi hos forfatterne Christian von Bar og Stephen Swann: I en kommentar til den nevnte planen uttaler disse rettsforskerne seg om viktigheten av konsistens og helhetstenkning i utformingen av privatrettslige regelsett. De gjør et poeng av at arbeidet med "the common frame of reference" på kontraktsrettens område vil trekke med seg de rettsområder som ligger tett opp til erstatningsretten, herunder erstatningsretten. Deres hovedsynspunkt er at "the common frame of reference" bare er effektiv om den er konsistent også med de rettsområder som grenser til kontraktsretten, herunder erstatningsretten.<sup>15</sup>

"We would advocate taking the broadest approach in constructing the common frame of reference. Even in the extended sense of the Commission's Communication, the field of "contract law" which is to form the core subject matter for the common frame of reference would clearly be narrower than the full range of private law rules relevant to

economic activity ... In our view it is only by considering all the fields of private law which are integral to economic activity that a fully coherent set of principles can be developed. This is so not merely from a dogmatic point of view – to ensure the terms used throughout the law of obligations, for example, are used in a consistent way. *It is important from a functional point of view because a complete picture as to risks of liability to which a business enterprise is exposed will not emerge unless all private law aspects of a situation are analysed.* Regard must be had also to the fact that their development of private law legal systems aspire to build a coherent whole which balances the interests of various parties. The law governing the contractual relations between two parties to an agreement is a mere part of a larger matrix and *much of its significance can be assessed only with adjacent fields of law*" (mine uthevinger).

Den prinsipielle utviklingen her ligger i at den rettskultur som omgir kjøp og salg blir direkte endret gjennom direktivene, for eksempel pakkereisedirektivet og tjenstedirektivet. De ting og tjenester som opptrer på det faktiske plan og som vil være gjenstand for erstatningsrettslige regler vil i andre sammenhenger være regulert av europeisk-infiserte rettsregler om kjøp og salg, blant annet via en "common frame of reference". Den omstendighet at store deler av avtaleretten i Europa er regulert av EU-direktiver kan ha en *smitteeffekt* på reguleringen av erstatningsretten.

### **2.6 Betydningen av formuerettens konsistensaksiom**

Observasjonene ovenfor har betydelig sprengkraft dersom vi kobler dem sammen med det nevnte historisk betingede konsistens-aksiom. Nordiske jurister opererer ut fra en målsetting om at det regelverk man anvender skal være konsistent; henge sammen og være fri for indre motstrid. Vi opplever nå at vårt opprinnelige konsistente erstatningsrettslige system er under press fra EØS-regler. Direktiver og

annet EU-rettsstoff invaderer ikke bare deler av erstatningsretten, men også den øvrige formueretten.

Deler av det nevnte heldekkende, konsistente formuerettslige systemet er altså allerede i høy grad EU-influert. Det er EU's institusjoner som har bestemt eksempelvis rammeverket for selskapsloven av 1997<sup>16</sup> og rammene for et produktansvar i norsk rett.<sup>17</sup> Og EU har altså initiert harmoniseringstiltak på rettsområder som grenser opp mot erstatningsretten. Dette reiser spørsmål om det norske, tentativt heldekkende systemet nå er så influert av EU-rett at *også de deler av systemet som ikke er influert, dras med som en nødvendig rasjonell konsekvens*. Dette innebærer at en EU-initiert endring i én del av privatretten må følges opp med en harmoniserende endring i en annen del av privatretten, til tross for at denne delen ikke har vært gjenstand for en positiv rettsakt.

Situasjonen kan sammenlignes med den mange opplever når de skal legge et sengeteppe på en seng. Hvis man drar litt i teppet ved venstre, øvre sengestolpe, blir det straks en uregjerlig krøll ved høyre, nedre sengestolpe. Og vice versa. Man må da forsøke å rette ut krøllene for å få et glatt teppe.

Vi kan derfor måtte foreta endringer i vårt system for å gjenopprette konsistens. Vi skal se noen eksempler på dette i det følgende. Vi skal også se på noen spørsmål som er åpne og som kan diskuteres på grunn av konsistenskravet.

### 3. Eksempler på konkrete effekter av europeisk påvirkning

#### 3.1 Europeisk påvirkning av produktansvarsreglene

Den nevnte effekten knyttet til konsistens og "smitteeffekt" synes allerede å gjøre seg gjeldende i alminnelig norsk rettsdogmatisk debatt om privatrettslige spørsmål. Et uttrykk for en slik tenkemåte finner vi i den ovenfor

nevnte artikkel av Are Stenvik vedrørende produktansvar for tobakksskader.<sup>18</sup>

Artikkelen tar sitt utgangspunkt i at ECJ i 2002 avsa tre dommer som slo fast at produktansvarsdirektivet var et totalharmoniseringsdirektiv.<sup>19</sup> Man kunne altså ikke ha strengere ansvarsregler i de nasjonale rettsordninger enn det ansvaret som fulgte av direktivet. Poenget er klart formulert i den ene av sakene, se saken *Sanchez v. Medicina Asturiana*, avsnitt 34:

"Direktivets artikkel 13 kan herefter ikke fortolkes således, at det giver medlemsstaterne mulighed for at opretholde en generel produktansvarsordning, der er forskellig fra den i direktivet fastsatte ordning."

I Stenviks kommentar påpekes det at det ovennevnte får konsekvenser for norsk rett. Han fremholder at dommene innebærer en begrensning av området for det norske ulovfestede objektive ansvaret. Mens man tidligere kunne påberope seg både produktansvarsreglene og ulovfestet objektivi ansvar i norsk rett, kan man nå bare bruke produktansvarsreglene.

Dette er riktig og viktig nok, men i vår sammenheng har forfatterens behandling av erstatningsretten *utenfor* direktivets nedslagsfelt større interesse:

"Selv om den tidligere rettstilstand prinsipielt kan opprettholdes utenfor direktivets område, gjør det seg også her gjeldende et alminnelig behov for harmonisering. Med erstatningsrettens ekspansjon, og hevingen av erstatningsnivået, er erstatningsretten blitt en viktigere del av næringslivets rammebetingelser. Variasjoner ansvarsregler imellom kan fordreie konkurransen og bør unngås. Nå er det riktignok foreløpig ikke mulig med noen fullstendig harmonisering her, nettopp fordi noen enhetlig rettsstilling ikke eksisterer utenfor direktivets område. Det som imidlertid kan konstateres, er at den norske ansvarskonstruksjonen, basert på ansvaret for farlig bedrift, er unik, og at ansvaret i nær sagt alle andre land er basert på former for



skyld. Dessuten vil det unektelig virke noe pussig å opprettholde strengere ansvarsregler utenfor direktivets område, der beskyttelsesbehovet presumptivt er mindre. Samlet sett synes det å foreligge tungtveiende, og til dels tvingende grunner til å forlate den domstolskapede, objektive ansvarskonstruksjonen på produktskadeområdet” (Stenvik s. 203-204).

For det første legges det her til grunn at et alminnelig behov for harmonisering basert på diverse økonomiske og konkurranserettslige betraktninger skal virke inn på fastleggingen av norsk rett. Dette er uttrykk for en relativt harmoniseringsvennlig tilnærming.

For det annet refereres det klart nok til det ovenfor nevnte konsistensaksiom, jfr. passusen om at det er ”pussig” dersom reglene er strengere utenfor enn innenfor direktivet. Forfatteren sier indirekte at det bør være samme regelverk innenfor og utenfor direktivene, og at det norske ulovfestede objektive ansvaret må beskjæres av hensyn til den europeiske harmonisering.

Dette har det blitt en viss debatt om, både det som gjelder innenfor og det som gjelder utenfor direktivets område.<sup>20</sup> Man kan anta at hele diskusjonen om objektivt ansvar fra nå av vil ta større hensyn til det europeiske klima.

### 3.2 Europeisk påvirkning av det erstatningsrettslige skadebegrep

Et eksempel på en aktuell problemstilling av samme type er spørsmålet om tap av rekreasjonstid skal ha erstatningsrettslig vern i norsk erstatningsrett. Innenfor EU-retten har tap av rekreasjonstid oppnådd et visst vern gjennom en dom fra EU-domstolen; Simone *Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co* C-168/00 (ECR I-02631). Saken gjaldt en østerriksk pike som ble matforgiftet under en pakkereise til Tyrkia. Hennes familie fikk ferien spolert fordi de måtte ta seg av det syke barnet. Spørsmålet var om dette tapet av rekreasjon kunne representere en skade i pakkereisedirektivets forstand, og dette ble besvart bekreftende. Saken gjaldt

altså direktivbasert kontraktsrett. Det interessante spørsmålet for oss er om dommen har konsekvenser for den formelt ikke EU-regulerte erstatningsretten *utenfor* kontrakt. Fører dommen til at tap av rekreasjonstid har erstatningsrettslig vern også hvor skade voldes uten at skadelidte og skadevolder står i kontrakt med hverandre?

Generaladvokatens innstilling la for denne dommen vekt på at skadebegrepet i pakkereisedirektivet (90/314/EEC) måtte være konsistent med et skadebegrep i kontraktsretten generelt. Herunder ble det foretatt sammenligninger mellom pakkereisedirektivets og produktansvarsdirektivets (85/374/EEC) skadebegrep (avsnitt nr. 34). Det ble også lagt vekt på at EU-retten selv etter praksis i førsteinstans aksepterer ikke-økonomisk tap ved deliktuell skadeforvoldelse (nr. 32-33). Generaladvokaten foretok også komparative undersøkelser av rettspraksis i de ulike EU-land (nr. 40-43). Alle disse undersøkelsene trakk i retning av å legge til grunn et skadebegrep som omfattet ikke-økonomisk tap ved ødelagt ferie. Jeg siterer innstillingens avsnitt nr. 43:

”It seems therefore that I can confirm my earlier comments about the existence of a widespread trend, which has made varied progress in the different legal systems, towards a wider concept of liability for this type of damage and, more specifically, for damage arising out of a ruined holiday.”

European Court of Justice fulgte opp med å anerkjenne denne forståelsen av skadebegrepet, se *Leitner v TUI Deutschland GmbH & Co* bl.a. avsnitt 21:

“It is not in dispute that, in the field of package holidays, the existence in some member states but not in others of an obligation to provide compensation for non-material damage would cause significant distortions of competition, given that, as the Commission has pointed out, non-material damage is a frequent occurrence in that field.”

Det interessante ved denne dommen er angrepsvinkelen og den stadige påpekning av hva som vil være en konsistent løsning i et større, europeisk perspektiv.

Når Norge etter dette skal trekke grensen for sitt erstatningsrettslige skadebegrep *utenfor kontrakt* vil det kanskje være uklokt å ikke ta hensyn til de føringer som ligger i denne dommen. I norsk rett har spørsmålet så langt vært noe uklart idet det hører innunder den diffuse posten ”bortkastede utgifter”.<sup>21</sup> Hvis det nå kommer opp en sak i Norge vil løsningen neppe være opplagt, fordi det historiske skillet mellom erstatning i og utenfor kontrakt kan begrunne at dommen ikke følges. Konsistensaksiomet taler imidlertid helst for at avgjørelsen følger *Leitner*-dommen.<sup>22</sup>

### 3.3 Europeisk påvirkning av regler om alternative ansvarlige årsaksfaktorer

Et annet punkt hvor den europeiske erstatningsrett har gjort sitt inntog i norsk rett er problemstillingen knyttet til *alternative årsaksfaktorer*.

Dette gjelder i første rekke hvor to personer suksessivt eller simultant, men uavhengig av hverandre, er involvert i samme skadehendelse uten at det er mulig å bevise hvem av dem som faktisk har voldt skaden. Fredrik Stang bruker et eksempel med to skogvoktere som skyter på en vilt-tyv.<sup>23</sup> Den ene treffer, slik at tyven mister livet, men det er umulig å bevise hvem av de to som har truffet. I teorien har det vært et klassisk spørsmål hvorvidt man i slike tilfeller skal statuere solidaransvar for begge de involverte eller frifinne begge. I norsk rett refererer man gjerne til spørsmålet om erstatningsansvar ved alternative årsaksfaktorer.<sup>24</sup> Tradisjonelt har man også rubrisert slike tilfeller under betegnelsen ”bevismangel som ansvarsgrunn” eller ”alternativ bevisbrist”.<sup>25</sup>

Den norske oppfatningen har historisk vært at man ikke kan pålegge ansvar fordi man må kreve sannsynlighetsovervekt for at den på-

stått ansvarlig faktisk har voldt skaden. Av rettssikkerhetsmessige hensyn vil man altså stille opp alminnelige beviskrav. Dermed har utgangspunktet vært at det må være 51 % sannsynlig at den aktuelle orsaksfaktor faktisk har voldt skaden. Også Høyesterett har tatt dette utgangspunktet, jfr. P-pilledom II Rt. 1992 s. 64 (på s. 83).

Denne oppfatningen må ses i sammenheng med Stangs isolasjonistiske syn; en teoretisk orientering som har hatt stor innflytelse i nordisk rett.<sup>26</sup> Det isolasjonistiske syn gikk i korthet ut på at tilfeller med flere skadevoldere skulle behandles på samme måte som tilfeller med én skadevolder.<sup>27</sup> Stang bygget på ekvivalenslæren; at hver nødvendig årsaksfaktor var årsak til hele skaden. Enten det var én eller flere ansvarlige inne i bildet, måtte derfor den aktuelle årsaksfaktor fylle kravene til bevis, altså sannsynlighetsovervekt. Man kunne ikke behandle flerhetstilfellene på annen måte enn de tilfeller hvor det bare var én skadevolder. En konsekvens av dette synet var at man ikke kunne godta ansvar pga. bevismangel.

For europeisk rett har den løsning å pålegge solidaransvar med omvendt bevisbyrde for de impliserte den siste tiden hatt vind i seilene. Man har altså ikke følt seg bundet av den isolasjonistiske synsmåten, og man har lagt til grunn andre løsninger hvor det er flere skadevoldere inne i bildet enn hvor det bare er én skadevolder.

Jeg viser for det første til en sak fra engelsk rett som utmerker seg ved at dommen legger vekt på en komparativ gjennomgang av retten i europeiske land før man lander på solidaransvar, se dommen *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] 3 WLR s. 89, HL. Her ble to arbeidsgivere solidarisk ansvarlige for en arbeidstakers asbestrelaterte personskade (cancer), selv om det ikke var mulig å bevise at de skadevoldende asbestfibre stammet fra den ene eller annen, eller fra begge arbeidsgivere. Videre legger ”Study Group

on a European Civil Code” og deres formulerte ”Principles of European Patrimonial Law” for erstatningsrett til grunn denne løsningen, se PEPL Art. 4: 103 ”Alternative causes”.

Det har betydelig interesse at Stenvik (*Erstatningsrettens internasjonalisering* s. 61 jfr. s. 60) gir uttrykk for at også norsk rett bør tilpasse seg den løsningen soft-law regelen foreskriver. Vi må etter dette alt i alt påregne at det i norsk rett kan bli statuert solidaransvar med omvendt bevisbyrde for alternative mulige årsaksfaktorer. Stenvik forkaster Stangs historisk viktige grunnlagsteori, og bygger på at så lenge løsningen er tvilsom i norsk rett, må vi se hen til europeiske løsninger. Dette er et eksempel på at det som er et tvilsspørsmål i norsk rett, kan løses ved å legge til grunn den europeiske løsning.

#### **4. Spenningsområde: Departure from the all or nothing approach?**

##### **4.1 Europeisk lansering av et proratarisk ansvar**

Problemstillingen knyttet til alternative årsaksfaktorer er aktuell også for vårt neste spenningsområde, nemlig spørsmålet om ”the all or nothing approach”. IPETL art. 3.103 (1) løser nemlig European Group of Tort Law problemet med alternativ kausalitet på en måte som ikke tidligere har hatt fotfeste verken i de nordiske eller i de toneangivende europeiske rettsordninger. Man lar erstatningssummen hver av de alternative skadevoldere skal betale bero på *graden av sannsynlighet* for at den respektive kandidat har voldt skaden. Løsningen er begrunnet i en prinsipiell tanke om proporsjonalt ansvar (”proportional liability”), at hver skadevolder ikke skal betale for en del av skaden som andre har eller kan ha forårsaket, jfr. *PETL, Commentary* s. 48, jfr. s. 46-47. Tanken om proporsjonalt ansvar er et prinsipielt valg som utfordrer solidarregelens sterke stilling i Europa

Løsningen her er symptomatisk for en dris-

tig linje som EGTL har valgt. Også for andre varianter av bevisproblemer knyttet til kausalitet, har gruppen falt ned på en sannsynlighetsorientert, proratarisk løsning. Jeg viser særlig til PETL Art. 3: 106 som foreskriver en proratarisk løsning hvor det er en viss sannsynlighet for at årsaken til skaden ligger i den skadelidtes sfære. Herunder innbefattes naturårsaker, og denne regelen er således en viktig prinsipiell endring: Denne innebærer at en skadevolder som bare med 40 % sannsynlighet har voldt en skade kan dømes til å betale 40 % av skadelidtes tap. Det kreves ikke at en annen påstått ansvarlig årsaksfaktor er inne i bildet. Slik bryter regelen med en helt grunnleggende rettsikkerhetsgaranti i norsk rett: Regelen om at en borger bare kan dømmes til å betale erstatning dersom det er overveiende sannsynlig at borgeren har voldt skaden.

Den proratariske løsningen må ses på bakgrunn av to valg gruppen har gjort: For det første har kjernen i gruppen etter alt å dømme valgt å la seg inspirere av ”das bewegliche System”. Dette er en teoretisk og praktisk tilnærming til erstatningsretten som ble promotert av den Østerrikske forskeren Walther Wilburg på 1930-tallet.<sup>28</sup> I et nøtteskall går ideen ut på at man i stedet for å operere med faste regler for erstatning, presenterer en rekke argumenter som har variabel tyngde fra case til case. Derav navnet ”det bevegelige system”. IPETL, Commentaries refereres det til dette som ”a flexible system”. En proratarisk løsning vil være i samsvar med den skjønsmessige og pragmatiske tilnærming som ligger i dette fleksible systemet.

Et annet valg er at gruppen ved uenighet ikke alltid har søkt å finne et kompromiss innenfor eksisterende løsninger, men forsøkt å lage en ny løsning. Dette har ført til at man har kommet med nokså nyskapende tilnærminger til kausalitetsproblemet. Dette er i første rekke policy-begrunnet. Som bakgrunn for den nyskapende tilnærmingen er det grunn til å merke seg at gruppen har en bemerkelses-



verdige desillusjonert holdning til erstatningsretten som system:

”The borderline between liability and non liability is in many instances a grey zone ... In that grey area, which probably covers a large number of day to day cases, the justifications for establishing liability is almost as convincing as the opposite would have been. Moreover, coincidence (or bad luck), either on the side of the victim or the tortfeasor, often play a considerable role” (*PETL*, Commentary s. 46).

Ut fra denne bakgrunnen har man så konstruert en rekke regler om mellømløsninger mht. kausalitet. Mens det tradisjonelle utgangspunktet også i norsk og nordisk rett har vært at man må etablere at en årsak er *conditio sine qua non* (nødvendig årsak), slik at dette må bevises med overveiende sannsynlighet, legger *PETL* opp til en mellømløsning: Man blir erstatningsansvarlig for en sum som tilsvarer *sannsynligheten* for at man er årsak.

Denne innfallsvinkelen krever som nevnt at man forlater helt grunnleggende forutsetninger i norsk rett. Vårt regelsett om ansvar, årsakssammenheng og adekvans forutsetter at det er tale om enten fullt ansvar eller intet ansvar. Dette utgangspunktet har sammenheng med Fredrik Stangs årsakslære, som betonte ekvivalensteorien: Hver nødvendige årsak var årsak til hele skaden. Selv om en skade var voldt i samvirke, ble hver involvert fullt ut ansvarlig for hele skaden. Denne tankegangen har senere gjennomsyret vår erstatningsrett.<sup>29</sup>

Den mellømløsning som *European Group of Tort Law* foreslår vil bryte med dette utgangspunktet. Dette er ganske dramatisk i forhold til nordisk rett, som i mange sammenhenger har tatt for gitt det isolasjonistiske synet som en grunnpill og nærmest en forutsetning for resonnement omkring adekvans, lempning etc. Hvis vi forlater dette utgangspunktet må mange resonnementer egentlig skrives på nytt. Personlig tror jeg ikke at norsk rett er moden for denne tilnærmingen ennå.<sup>30</sup>

#### 4.2 Norsk utvikling vedrørende regler om lempning

En prinsipielt sett helt annen strategi for å turnere ubønhørigheten knyttet til ”the all or nothing approach”, er å bruke instituttet *lempning*. Lempningsregelen i skl. § 5-2 har vært den norske veien til å unngå urimelige utslag av den type *European Group of Tort Law* ønsker å unngå gjennom sitt fleksible system.<sup>31</sup>

For norsk rett har vi hatt en ganske sterk utvikling i retning av en skadevoldervennlig lempningsregel. Det skal altså lite til for å oppnå lempning, og vi har kanskje gått lenger i denne retning enn noe annet land i Europa.<sup>32</sup>

Vi har i første rekke hatt flere saker hvor det har blitt lempet til tross for at skadevolder har utvist forsett. Jeg viser særlig til avgjørelsen i Rt. 2004 s. 165 som gjaldt en ung mann som satte fyr på et hjem for eldre personer. Dette ble gjort forsettlig, men likevel i en forvirret tilstand som følge av intensiv bruk av rusmidler i tiden før ildspåsettelsen. Skade for 1,1 mill ble i denne saken lempet med halvparten.

I tillegg nevner jeg en sak hvor det ble lempning i kontraktsforhold, nemlig Rt. 2004 s. 1887: Et selskap som prosjekterte en molo overså under sin prosjektering at det var en bergknaus under sjøen (altså på bunnen) som medførte at bølgene fra havet fikk forsterket kraft og størrelse inn mot det område hvor moloen skulle bygges. Dette gjorde at byggingen av moloen ble mye dyrere enn planlagt. Det måtte blant annet foretas en undersjøisk sprengning av bergknausen. Alt i alt resulterte firmaets uforsvarlige prosjektering til et tap på kr. 30 millioner for byggherren, Mandal kommune. Dette tapet ble lempet til kr. 20 millioner, dels pga adekvans, og dels ut fra en totalvurdering hvor det blant annet ble vektlagt at det i slike kontraktsforhold er vanlig å avtale ansvarsbegrensninger.

Det prinsipielle innholdet i de to sakene er at Høyesterett velger ”salomoniske”, skjønns-

baserte mellomløsninger via lempningsregelen. Slik finner man en rimelig risikofordeling mellom partene, men jeg er svært usikker på om vi kan fortsette den linjen og likevel si at vi står for en harmonisering av retten til Europa. At soft law-regelsettene i det hele tatt har innført lempningsregler er en tilnærming til den nordiske erstatningsrett. Men man har nok tenkt at disse reglene skal være restriktive. For von Bar-gruppens lempningsregel i PEPL art. 6: 202 er det symptomatisk nok klart slått fast at lempning ikke er aktuelt ved forsettlig skadeforvoldelse. Også lempningsregelen i PETL Art. 10: 104 er holdt i en streng formulering, og rekker trolig ikke så langt som den norske lempningsregel.

Norsk rett har altså gått langt i å utvikle lempningsregelen som en middel å oppnå et fleksibelt system. Men denne tilnærmingen står etter alt å dømme i motstrid med den kontinentale og felles europeiske tilnærming til lempning. Etter dette blir det et spørsmål om vi i norsk rett må reversere vår praksis og tilpasse oss den europeiske restriktivitet på dette punktet.

## 5. Avsluttende refleksjoner

Vi har ovenfor sett noen eksempler på at den nasjonale erstatningsretten er under et visst press, og at strømninger fra Europa utfordrer de tradisjonelle utgangspunktene våre. Det er avslutningsvis naturlig å spørre hvor sterkt presset mot harmonisering er og hvilken betydning spenningsene mellom norsk og europeisk rett vil ha i fremtiden.

Det har i så måte betydning at det gjør seg gjeldende visse forskjeller i den europeiske erstatningsrett. Det eksisterer som nevnt ikke egentlig noen slik europeisk erstatningsrett på institusjonelt nivå, altså innenfor EU-regelverket. Og hva gjelder soft law, vil den omstendighet at de respektive regelsett har ulike løsninger, gjøre at begge de presenterte regelsettene svekkes som påvirkningsfaktor.

Et argument for harmonisering har tradisjonelt vært hensynet til fri konkurranse over landegrensene. Det kan hevdes at dette argumentet ikke er like sterkt utenfor kontraktsforhold som i kontraktsforhold. De fire friheter gjelder jo primært situasjoner hvor det består et kontraktsforhold mellom partene. Nå har vi likevel sett at så vel Dufwa som Stenvik bruker konkurranseargumentet utenfor kontrakt. Slik kan vi ikke utelukke et visst press mot harmonisering også denne veien.

Spenningsene mellom nasjonal og europeisk erstatningsrett vil nok likevel i første rekke bare resultere i harmonisering på helt bestemte, gjerne tvilsomme områder innenfor den nasjonale rett. På slike områder kan man lett tenke seg at juridiske løsninger som er lansert på et europeisk nivå importeres til den norske (eller de øvrige nordiske lands) erstatningsrett. Konsistenskravet kan nemlig tidvis utgjøre et viktig argument for besvare det prinsipielle spørsmål om harmonisering bekrefte. Den konkrete løsning kan da bli å falle tilbake på de europeiske soft-law regler som en form for ”erstatningsrettslig bakgrunnsrett” i en tidsepoke preget av europeisk innflytelse.

Konsistenskravet kan altså medføre endringer ”step by step”, mens kravet på den annen side vil stenge for radikale endringer med ett slag. Den europeiske rettens sjans til innpass ligger altså i en gradvis og stykkevis påvirkning av norsk erstatningsrett. En slik utvikling kan man også tenke seg i de øvrige nordiske lands erstatningsrett. Fra en akademisk synsvinkel skal det bli spennende å overvåke denne utviklingen i fremtiden.

### Noter

<sup>1</sup> Som kjent er Sverige, Danmark og Finland EU-medlemmer, mens Island på samme måte som Norge har EØS-tilknytning til EU. Jeg benytter i denne artikkelen for enkelhets skyld betegnelsene EU-rett, EU-domstol og EU-direktiver, til tross for at det fremdeles strengt tatt eksisterer en EU-rett. Nærmere om et slikt terminologisk valg i Frederik *Sejersted*, Finn *Arnesen*, Ole-Andreas

- Rognstad, Sten Foyn, Helge Stemshaug, Olav Kolstad, EØS-rett, Oslo 2004 s. 22-23.
- <sup>2</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) art 102, jfr. s. 179 flg.
- <sup>3</sup> Se *Sejersted m.fl* s. 203 med henvisning til Rt. 1997 s. 1954, Rt. 1997 s. 1965 og Rt. 1999 s. 977.
- <sup>4</sup> Jfr. de tidligere, nå vel etter hvert forlatte, ambisjoner om å utvikle en sivillovbok (jfr. Grunnlovens § 94).
- <sup>5</sup> Jfr. særlig Francis *Hagerup*, Nogle ord om den nyere rettsvidenskaps karakter, Tidsskrift for Retsvidenskab 1888 s. 1-58, en artikkel som lanserte den konstruktive metode for et norsk publikum.
- <sup>6</sup> Se om dette bl.a. Amund Bjøranger *Tørum*, Konsekvens i formueretten, Jussens Venner 2002 s. 314-339.
- <sup>7</sup> Se blant annet dommen *Ferreira v Compania de Seguros Mundial Confianca SA* C-348/98 ( ECR 2000 I -06711), særlig avsnitt 28.
- <sup>8</sup> Dog er det gjort et betydelig akademisk arbeid for å kartlegge en felles kjerne av europeisk erstatningsrett. Et viktig arbeid blant flere på dette området er Christian von Bar: *The Common European Law of Torts* vol. I (1998) and II (2000), Oxford.
- <sup>9</sup> *Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co* C-168/00 ( ECR I- 02631).
- <sup>10</sup> Se *Principles of European Tort Law, Text and commentaries*, Wien 2005 s. 138
- <sup>11</sup> Jfr. til dette EØS-avtalens art. 1 og fortalens punkt 16.
- <sup>12</sup> Are *Stenvik*, Produktansvar for tobakksskader – en kommentar til Høyesteretts dom 31. oktober 2003 (røykedommen), *Lov og Rett* 2003 s. 193-207 på s. 203.
- <sup>13</sup> SOU 2002: 1 Samordning och regress vid personskada, Stockholm 2002 s. 263
- <sup>14</sup> Se Council Resolution on "A More Coherent European Contract Law" 22. september 2003 (12339/03) og European Parliament Resolution (COM (2003) 68 – 2003/2093 (INI)) 2. september 2003.
- <sup>15</sup> Se Stephen Swann, Christian von Bar: "Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law" (COM (2003) 63, *European Review of Private Law*, 2003:595 flg.
- <sup>16</sup> Se om de mange selskapsrettsdirektiv og andre rettsakter på området Erik *Werlauff*, EU Selskapsret 2. utg. København 1999 s. 38-69.
- <sup>17</sup> Direktiv 85/374/EEC.
- <sup>18</sup> Se note 12 ovenfor.
- <sup>19</sup> *The Commission v. France* C 52/00 (ECR 2002, I-3827), *The Commission v. Greece* C 154/00 (ECR 2002, I-3879) og *Sanchez v. Medicina Asturiana* C 183/00 (ECR 2002 I-3901).
- <sup>20</sup> Se Asbjørn *Kjønstad*, Det nyeste rettskildematerialet om det ulovfestede objektive ansvaret, i: *Lov og Rett* 2004 s. 579-605 og Are *Stenvik*, Erstatningsrettens internasjonalisering, i: *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2005 s. 33-61.
- <sup>21</sup> Se bl.a. Nils *Nygaard*, Skade og Ansvar, Bergen 2000 s. 79.
- <sup>22</sup> I denne forbindelse kan det nevnes at innholdet i "the concept of damage" nettopp er et spørsmål som er brukt som eksempel på viktigheten av kontraktsrettens harmonisering, jfr. arbeidet med "A common frame of reference A more coherent European contract law – an action plan" (2003/C 63/01) avsnitt 20-21.
- <sup>23</sup> Se Fredrik *Stang*, Skade voldt av flere, Kristiania 1918 s. 60.
- <sup>24</sup> Se om ulike varianter av problemstillingen fremstillingen i *Stenvik*, *Erstatningsrettens internasjonalisering* s. 57-58.
- <sup>25</sup> Se hhv. *Stang* s. 59-99 og Bill *Dufwa*, Flere skadeståndskyldige, Stockholm 1993 pkt. 2800-3030.
- <sup>26</sup> Se om den generelle viktigheten av Stangs arbeide, Skade voldt av flere, *Dufwa* pkt. 3201.
- <sup>27</sup> Prinsipielt formulert i *Stang* s. 21-24. En rekke observasjoner om Stangs isolasjonistiske syn er gjort i *Dufwa*, pkt. 3208-3211
- <sup>28</sup> Se Walter *Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz 1950
- <sup>29</sup> I *Dufwa* pkt. 3213-3216 viser forfatteren hvordan Stangs isolasjonistiske syn har påvirket øvrig nordisk rett.
- <sup>30</sup> En av flere indikasjoner på at norsk rett ikke lett vil gå inn på proratariske løsninger er diskusjonen om årsakssammenheng mellom passiv røyking og yrkesskade i Rt. 2000 s. 1614.
- <sup>31</sup> Den norske lempningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2 tilsvarer langt på vei den svenske regel i Skadeståndslagen (1972: 207, 2. juni 1972) 6. kapittel 2. paragraf og den danske regel i Erstatningsansvarsloven (Lovbekendtgørelse nr. 750 av 4. september 2002) § 24.
- <sup>32</sup> Symptomatisk er den restriktive holdning til lempningsregelen som kom til uttrykk i diskusjonene i European Group of Tort Law. Flere av gruppens medlemmer dissenterte mht. inkluderingen av en lempningsregel i PETL, se om dette *PETL*; *Commentary* s. 180.