

Proporsjonalt ansvar i norsk rett?

I norsk erstatningsrett har årsakslæren hatt som grunnleggende prinsipp at påstått skadevolder er ansvarlig for *alt eller ingenting*. Det innebærer at det ikke blir proratarisk fordeling av tapet etter størrelsen på årsaksbidrag i forholdet mellom flere skadevoldere før i regressomgangen. Løsningsmodellen har sammenheng med Fredrik Stangs innflytelsesrike arbeider på begynnelsen av 1900-tallet. Stang lærte at en hver årsaksfaktor, stor eller liten, er årsak til hele skaden. Den svenske professor Bill Dufwa har kalt denne tilnærmingen «isolasjonistisk», idet tilfeller med flere skadevoldere skulle behandles på samme måte som tilfeller med én skadevolder (Bill Dufwa, Skade voldt av flere, Stockholm 1993 punkt 3208-3211). Tilnærmingen har lang tradisjon hos oss, og den har fremstått som et grunnleggende prinsipp i norsk erstatningsrett.

Utgangspunktet om alt eller ingen ting forsterkes av at vi opererer med en relativt lav terskel for når en årsak anses som tilstrekkelig til å forårsake hele skaden. Det er nok at årsaken er en nødvendig betingelse som er «så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den» jf. P-pilledom II Rt. 1992 s. 64 (på s. 70). Dermed kan relativt beskjedne årsaksfaktorer bli ansvarlige for hele skaden. Konsekvensene av dette utgangspunktet forsterkes ytterligere av at vi opererer med et prinsipp om solidaransvar. Dette innebærer som kjent at skadelidte kan kreve hele tapet av én av flere ansvarlige. For den skadevolder som bare så vidt overstiger terskelen for «vesentlig» årsak, kan fullt erstatningsansvar fremstå som uforholdsmessig.

Teori og praksis har gjennom tidene gjort en rekke forsøk på å utfordre regelen om alt eller ingen ting. Astrup Hoel foreslo i sin tid at erstatningssummen skulle følge graden av skyld, jf. hans arbeid Risiko og skyld fra 1927. Hans tanker ble aldri fulgt opp.

Prinsippet om alt eller ingen ting er kanskje mest problematisk når det er *usikkerhet om hva som faktisk har skjedd*. I norsk teori har Kristen Andersens «Stabbestein-eksempel» i så måte vært en utfordring for flere juristgenerasjoner (Skadeforvoldelse og erstatning, 1970, s. 56):

«Jeg tenker meg så at A. for moro skyld velter en stabbestein utfor et stup ved en vei, og at det umiddelbart etter raser ut en stabbestein som stod like i nærheten av den første. Jeg tenker meg dessuten at man etter noen timers forløp finner et barn som er drept av den ene av steinene. Endelig forutsetter jeg at det er umulig å avgjøre hvilken stein det er som har drept barnet, man vet bare at det *må* være en av dem.»

Skal Andersens «A.» anses som årsak? Problemet har i teorien blitt foreslått løst med bevisbyrdereregler og senkning av beviskravene i de tilfeller det foreligger etisk klander. Ingen av løsningene er fullt ut tilfredsstillende. I forhold til den siste løsningsmodellen kan det – både fra et rettsikkerhetssynspunkt og rettferdighetssynspunkt være problematisk å pålegge fullt ansvar for en skadevolder som ikke med overveiende sannsynlighet har voldt skaden.

Spørsmålet om usikkerhet med hensyn til ulike årsaksfaktorer bidrag til skaden, har enkelte steder i lovgivningen også blitt løst ved at det er innført spesielle bevisbyrdereregler. Ved forurensningsskade er det nok at et rettssubjekt *kan* ha voldt skade, jf. Forurl. § 59 første ledd. Lovregelen er samtidig formulert som en regel om omvendt bevisbyrde, altså at påstått skadevolder har bevisbyrden for at han ikke er skadevolder. Dermed kan man ved bare å være en mulig skadevolder bli ansvarlig for all skade.

En løsning med omvendt bevisbyrde ble også aktualisert så sent som i Høyesteretts dom om statens ansvar for vaksineskade av desember 2015, om smittevernloven § 8-2 (nå samme regel i pasientskadeloven § 3, andre ledd jf. § 2 første ledd bokstav d), se Rt. 2015 s. 1246. Se om implikasjonene av denne dommen i Magne Strandbergs artikkel i nærværende nummer av TFE.

Ved bevisusikkerhet om alternative årsaker som kan ha virket i samme tidsrom, kan man i stedet for løsningen alt eller ingenting, bringe inn prinsippet om *proporsjonalt ansvar*. Prinsippet innebærer at påstått skadevolder blir erstatningsansvarlig for *en andel av tapet som tilsvarende sannsynligheten for at han er årsak til skaden*. Sjansen for at den påstått ansvarlige årsak virkelig er årsak, kan skjematisk sett variere mellom 0 og 100 %. Er sannsynligheten 30 % for at årsaksbidraget har forårsaket skaden, skal påstått skadeårsak betale 30 % av skadelidtes tap. En slik løsning kan etter omstendighetene avhjelpe noen av rettferdighetsproblemene nevnt ovenfor.

Slike løsningsmodeller er mer kjent i andre land. En komparativ analyse publisert i 2013, «Proportional liability, Analytical and comparative perspec-

tives» (redigert av Israel Gilead, Michael Green og Bernard Koch), viser hvordan ulike land i Europa og verden for øvrig håndterer spørsmålet proporsjonalt ansvar som et alternativ til løsningen alt eller ingenting. Det gjennomgående inntrykket er at andre rettsordninger er mer tilbøyelige til å akseptere slike mellomløsninger enn vi er her til lands, og i Skandinavia for øvrig. En gruppe akademikere fra ulike land med erstatningsrett som spesialer, «European Group of Tort Law», har adoptert denne årsakstilnærmingen i sin «modellov» for Europa av 2005; «Principles of European Tort Law», se særlig art. 3: 102 (1):

«In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.»

I England og Wales har man lagt til grunn proporsjonalt ansvar i et tilfelle der ulike arbeidsgivere hadde eksponert skadelidte for asbest som førte til at vedkommende døde av kreftformen mesothelioma. Erstatning ble utmålt proporsjonalt til hvilket tidsrom den enkelte arbeidsgiver hadde eksponert skadelidte for asbest som nevnt, se *Barker v. Corus Ltd.* UKHL 20 [2006] 2 AC s. 572. Senere lovgivning og rettspraksis har likevel etterlatt usikkerhet med hensyn til rekkevidden av proporsjonalt ansvar i engelsk rett.

Prinsippet om proporsjonalt ansvar har ikke fått gehør på noe punkt i norsk rettspraksis. Det er likevel grunn til å tro at en svak dokumentasjon for årsakssammenheng i praksis kan ha betydning for omfanget av utenrettslige erstatningsoppgjør. Her kan graden av sannsynlighet for årsakssammenheng eller graden av sannsynlighet for skadelidtes hypotetiske inntekt bli bestemmende for hvor mye erstatning skadelidte får. Tenkemåten kan ta ulike former alt etter hva som er det usikre og omstridte punktet i saken.

En tanke om at *graden av sannsynlighet* for et faktum bør være bestemmende for *omfanget* av erstatningen, finner vi i forarbeidene til en av de nye reglene om barneverstatning som ble vedtatt 18.12.2015 (ennå ikke trådt i kraft). Den nye regelen om «overgangserstatning», jf. ny § 3-2 a nr. 2, skal gi en standardisert erstatning for tapte inntekter fra sommerjobber og deltidsjobber, som det skadelidte barnet ville ha hatt i ungdomstiden – uten skaden. Etter inspirasjon fra europeiske prinsipper om proporsjonalt ansvar, ble standardiserin-

gen dels basert på den statistiske sannsynligheten for at skadelidte ville ha tatt slikt arbeid i ungdomstiden, se om dette NOU 2011: 16 s. 206-207. Proposisjonen til den nye lovregelen (Prop. 110 L (2014-2015) s. 12-14) viser til tabeller utarbeidet på den nevnte måten. Selve standardiseringen skal etter lovvedtaket komme i forskrift gitt av Kongen.

Norsk erstatningsrett har tradisjon for å utvikles i domstolene gjennom at stadig nye prinsipper og tenkemåter lanseres. Lovgiver har gjennom bevisst tilbakeholdenhet nettopp åpnet for en slik utvikling. Når domstolene i helt spesielle tilfeller stilles overfor erstatningssaker der alt eller ingenting ikke er gode alternativer, kan en mellomløsning etter linjene av proporsjonalt ansvar muligens være verd å vurdere. Det skal bli spennende å se om først norske advokater, og deretter norske domstoler, finner grunnlag for å la proporsjonalt ansvar bli en del av norsk rett.

— — —

Vi benytter anledningen til å orientere om at tidsskriftet vårt fra og med nr. 1 2016 har skiftet navn til «Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett». Endringen skyldes i første rekke et ønske om være tydelige på at vi ønsker faglig konsentrasjon om de tre fagfeltene, som er godt integrert både praktisk og prinsipielt. En del av spørsmålene knyttet til helse- og sosialrett gjelder velferdsrett som skiller seg prinsipielt fra området for de tre øvrige fagene, og redaksjonen har derfor – i samråd med redaksjonsråd og forlag – besluttet å konsentrere nedslagsfeltet som beskrevet ovenfor. Navnebyttet innebærer for øvrig ingen endring av tidsskriftets profil. Redaksjonens målsettinger beskrevet i lederen «En katalysator for rettsutviklingen», TFE 2012 nr. 4, står ved lag.

Tidsskriftet er nå overtatt av Universitetsforlaget. Dette innebærer heller ingen endringer hva gjelder redaksjonell profil. Redaksjon og redaksjonsråd vil fortsette som før. Vi takker forlaget Gyldendal for et godt samarbeid over mange år. Forlaget Gyldendal og Asbjørn Kjønstad skal ha all ære for å ha bygget opp og drevet frem et spesialtidsskrift på fagfeltene erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett.

Anne Marie Frøseth og Bjarte Askeland