

Question 1

- This question requires you to apply an economic analysis to the area of property law.
- Considering the character of the question, you are not asked to solve a legal problem but reason in an argumentative manner.
- Your answer should explain the statement, and discuss / analyse the statement, and provide an example to illustrate your answer.
- It would be helpful to your answer if you would rephrase in your own words what the question asks you to do.

- To explain the statement, you are expected to put it into its relevant context, including defining the relevant concepts of economic analysis and law.
- For this question these included at a minimum:
 - The Coase Theorem and its relevance to bargaining in property law (i.e. the allocation of property rights).
 - Efficiency and rationality
 - Bargaining theory including the cooperative surplus.
 - The difference between ex ante bargaining and ex post enforcement.
 - Liability and property rules as modes of enforcement of property rights.

- The discussion / analysis should include the following key elements:
 - Critical thinking in the analysis of the information provided, as well as the in the evaluation of arguments.
 - Organization in the presentation of your thoughts and arguments, including introduction, body, and conclusion. The text should also be written with clarity.
 - Development and evaluation of coherent arguments.
 - The text should also reflect personal insights.
- You grade with consequently reflect both completeness in your argument, but will also depend on the quality of your reasoning, arguments and presentation.
- For this question you were expected to:
 - Identify the incentives that liability and property rules create,
 - Explain how these ex post enforcement rules relate to ex ante negotiation;
 - Explain why ex post enforcement rules incentivize ex ante bargaining; and
 - discuss why a person would be indifferent to either enforcement rule.

- NOTE that an economic analysis does not focus on fairness, applied to property law it is also distinct from criminal liability. It is concerned with the most efficient allocation of property. Your reasoning must reflect that for

otherwise you are not applying an economic analysis but merely an explanation of the law, or motivations behind certain legal rules.

- The example you construct to illustrate your answer must be adequate, and suitable.

Question 2

- This question requires you to apply an economic analysis to the area of tort law.
- Considering the character of the question, you are asked to solve a legal problem by providing a well-structure line of arguments.
- Your answer should start out by explaining the terms of the problem which could be understood in several ways, two obvious examples are:
 - Scooter driver as the tortfeasor against pedestrians as the victims; or
 - Car drivers as the tortfeasor against scooter driver as victims.Depending on how you understand the question your answer might differ as regards who carries strict liability. If your understanding of the problem does not clearly emerge from your answer it might affect the quality of your reasoning.
- You were also asked to relate your finding to the graphs provided in the second part of the question.

- For the first part of the question you are required to identify the incentives that strict liability and negligence create for the parties involved, and
- Calculate, with the help of the table provided, the costs of both strict liability and negligence.
- The incentives you have identified allow you to construct, using game theory, the dominant strategy of both tortfeasor and victim and identify the Nash equilibrium.
- You are also expected to identify the optimum in the table provided and reason whether strict liability or negligence tends to create a situation that is close or identical with the optimum.
- The quality of your answer will depend on whether your answer reflects the following key elements:
 - An understanding of the problem, including identifying the key facts, issues, and the context in which the problem is set;
 - An identification and definition of relevant principles and theories;
 - An application of the principles to the facts;
 - Economic calculations;

- A presentation of a coherent line of legal argument that is informed by your economic calculations and considerations.
 - NOTE that the problem is set in a certain context, you are expected to provide a solution to this problem in this context. For this question it requires you to take a position on what reform the commission should recommend.
 - For the second part, you are expected to describe the graphs provided (i.e. in terms of downwards trending, upwards trending, U-curve, etc.), and explain the values represented on the axis.
 - You are also expected to explain what these graphs represent.
 - For this particular question you are expected to:
 - Differentiate between the two graphs: one depicting the individual cost / benefit analysis, the other accounting for social costs;
 - Identify the optimum in both graphs: this is in the first graph where the cost of precaution meets the cost of the accident; whereas the optimum in the second graph coincides with the lowest social cost.
 - Lastly you are expected to draw relevant conclusions, if the optimum in both graphs differs, yet both graphs depict a cost / benefit analysis between the cost of precaution and the cost of the accident, how does taking into account social cost change the incentives you might want to create.
 - In your conclusions you were also expected to relate this insight to your conclusions from the first part of the question.
-

Spørgsmål 3

Spørgsmål 3 – Casestudy 2 (tæller 35 %)

Rettevejledning.

I opgaven skal diskuteres positiv opfyldelsesinteresse (expectation damages) og negativ kontraktinteresse (reliance damages) og om disse regler samt parternes egen forhandlingsløsning er udtryk for den ”mest effektive løsning”, dvs. ud fra en normativ rets-økonomisk tilgang. De relevante teorier der kan inddrages er bl.a.:

- Coase-teoremet
- Effektivitet og rationalitet
- Bargaining theory – det “cooperative surplus”

- Ex ante bargaining (forhandling) and ex post enforcement (evt. justering af domstole)

Det skal herunder overvejes, om reglerne om positiv opfyldelsesinteresse er optimale eller bør justeres så der findes en mere økonomisk effektiv løsning, eller om negativ kontraktinteresse kompenserer optimalt. Det skal ligeledes overvejes, om parternes egen forhandlingsløsning er optimal, eller skal *justeres* for at komme frem til den mest effektive løsning.

Ved besvarelsen af spørgsmålene bør inddrages de diskussioner, der findes i pensum, også i relation til bod om effekten heraf.

Endvidere er spørgsmålene berørt i såvel lovgivning som ”soft law”, uden at det dog forventes, at besvarelsen henviser til disse regler. Det trækker således ikke ned, at man ikke nævner disse regler, da de ikke fremgår af pensum – men de overvejelser, der ligger til grund for reglerne, og som er nævnt i pensum (*disgorgement*) bør fremgå af den diskussion, der tages – f.eks. om man kan yde erstatning eller godtgørelse svarende til hvad kontraktparten, der bryder kontrakten, tjener på kontraktbruddet. Det skal også overvejes, om parternes egen forhandlingsløsning er optimal, eller skal justeres af domstolene for at komme frem til den mest effektive løsning (jf. eksempelvis Sebastian-dommen).

Da pensum afspejler, at der er stor usikkerhed om, hvad der er den mest effektive løsning (f.eks. om tildeling af fuld erstatning vil føre til overkompensation), er det ikke så meget resultatet, der tæller, men mere diskussionerne undervejs.

Det fremgår af opgaven, at B har solgt A's **idé** til C, og at C har betalt B 5 millioner kroner for selve idéen. C har altså betalt 5 millioner, der som udgangspunkt vel mindst udgør C's forventede profit *efter* udviklingsomkostninger.

A kræver følgende erstatning af B: 1) 5 millioner, svarende til det beløb B har fået af C, 2) A's udgifter på 3 millioner kroner, 3) de 2 millioner i bod efter kontrakten.

Inden vi tager stilling til, hvilke af kravene kontraktretten bør indrømme A som værende det mest effektive, set ud fra et normativt rets-økonomisk perspektiv, bør den rets- og kontraktøkonomiske teori herom kort beskrives.

Det fremgår således af pensum, at den ”første regel” bør være at forvandle spil med ineffektive løsninger til spil med effektive løsninger. B har lovet ikke at røbe noget om

spillet til andre, og modtager et honorar på 1 million kroner for sit arbejde. Hvis B kan bryde dette løfte og sælge idéen til andre uden konsekvenser, har A tabt sin investering (2 millioner samt 1 million i honorar til B). Kun hvis B som udgangspunkt holder hvad han har lovet, kan spillet forvandles til at være *effektivt* for A – og kun hvis A kan markedsføre spillet, kan A forvente at få profit.

Spørgsmålet er, hvilke misligholdelsesbeføjelser, A skal gives (*remedies*). Her er udgangspunktet, at den *perfekte positive opfyldelsesinteresse* skal give B perfekte incitament til enten at opfylde eller bryde kontrakten. Og for A skal det være principielt ligegyldigt om B bryder kontrakten eller opfylder den – A bliver perfekt kompenseret, hvis B bryder, idet han får sit fulde tab erstattet.

Dvs. udgangspunkt for A må være, at han i det mindste skal kompenseres for sit tab – og også imødekommes for eventuel fortjeneste (hvilket vi dog ikke har konkrete oplysninger om størrelsen på). Spørgsmålet er altså: hvad er A's *fulde tab*, herunder evt. tabt profit?

Herefter kan Coase inddrages. A har jo forhandlet en bod med B som både udgør straf og erstatning, dvs. erstatning for brud på fortrolighedspligten er indeholdt i de to millioner kroner. Denne bod synes at være en utrolig dårlig forhandlet løsning af A ("irrationelt" og/eller "ineffektivt"), da A jo har brugt 3 millioner kroner på at udvikle spillet, hvorfor de 2 millioner ikke engang ville kompensere A for sit udgiftstab, hvis B skulle bryde kontrakten – og derfor heller ikke inkluderer A's eventuelle profit. A ville dog muligvis kunne kræve de 1 million tilbagebetalt af A, som led i den samlede aftale, idet B's ydelse jo nu ikke er noget værd for A. Dvs. A skal hæve kontrakten pga. misligholdelse (medmindre den er fuldt opfyldt, hvorefter det konverteres til et erstatningskrav), kræve 1 million tilbage (eller i erstatning) samt kræve 2 millioner i bod. Herved kompenseres A for sit tab, en kompensation på i alt 3 millioner, der svarer til at blive stillet som om kontrakten aldrig var indgået. Dette svarer også til den negative kontraktinteresse.

Ad. Positiv opfyldelsesinteresse: Tilsyneladende er spillet meget mere værd, idet C jo har betalt 5 millioner for det – og bemærk: herudover skal C selv udvikle softwaren. C synes således at forvente at profit på mindst 5 millioner. Derfor kan følgende spørgsmål stilles: Skal lovgivningen indrettes således, at den kompenserer A for det tab, som han muligvis kan siges at have, hvis man kigger på spillets (mindste) værdi for C? Dette kan i princippet ligge i en idé om *disgorgement* eller justering af vederlag (se f.eks. U. 2000.656 H, Sebastian-domme nævnt i undervisningsplancherne). Man kan muligvis også sidestille det med diskussionen om *opportunity-cost* (Hawkins vs. McGee).

Man kan her argumentere for, at bodsbeløb, der enten er for høje eller for lave, bør kunne korrigeres (*market failure*) – hvilket jo også gælder i dansk ret (uden at dette behøver at blive inddraget som en relevant lovhenviisning, jf. AFTL § 36, idet vi jo de diskuterer retsøkonomisk dvs. effektivitet). Endvidere kan man argumentere for, at parterne selv ville have *forhandlet et højere beløb*, havde de vist de pågældende omstændigheder (sml. Sebastian-dommen).

I tabelform:

Løsning 1: B skal kun betale bod, ikke As tabte profit (eller B's gevinst)

A's omkostninger:	3 millioner
Bod	2 millioner
A's gevinst/tab	<u>- 1 million*</u>

*Medmindre A kan hæve, og kræve 1 million tilbage, da B's ydelse er værdiløs, hvorved A ender med et rundt 0.

B's gevinst:	5 millioner
	-2 millioner
	<u>+ 3 millioner</u>

(alternativt + 2 millioner, hvis B skal tilbagebetale honorar)

Surplus inter partes: 2/1 million samt værdien for C.

Denne erstatningsform vil klart skabe et incitament for B at bryde kontrakten.

Løsning 2: Negativ kontraktinteresse

A's omkostninger	3 millioner
A's gevinst/tab	0
<u>B's gevinst:</u>	<u>+2 millioner</u>

Men: hvis man arbejder videre med en idé om *disgorgement*, vil man – muligvis endda udover boden – kunne kræve den fortjeneste, den part der bryder kontrakten har tjent (se hertil undervisningsslides med henvisning til UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Art. 2.1.16: (og reglerne nedenfor indikerer, at det kan ske skønmæssigt):

"Where information is given confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party."

(se også lærebog og slides om "Restitution and disgorgement").

Dette princip genfindes faktisk i dansk ret (men dette er som nævnt ikke nødvendigt, og påvirker hverken karakteren i opad- eller nedadgående retning), Lov om Forretningshemmeligheder, § 15:

Erstatning

§ 15. Den, som forsætligt eller uagtsomt har foretaget en ulovlig handling som nævnt i § 4, skal erstatte den skade, som forretningshemmelighedshaveren har lidt som følge heraf.

Stk. 2. Erstatningens størrelse fastsættes bl.a. på baggrund af forretningshemmelighedshaverens tab af fortjeneste og den krænkende parts uberettigede fortjeneste.

Stk. 3. Uanset stk. 2 kan erstatningen fastsættes til et beløb, som mindst svarer til et rimeligt vederlag for udnyttelsen af forretningshemmeligheden.

Stk. 4. Der kan ud over erstatning fastsættes en godtgørelse til forretningshemmelighedshaveren for ikke-økonomisk skade.

Denne tilgang vil kunne give følgende løsning:

3: B skal betale erstatning for A's tabte profit, alternativt udregnet som B's profit, idet denne afspejler hvad C ("markedet") værdsætter ydelsen til:

Erstatning for tabt profit:	5 millioner
Omkostninger	-3 millioner
<u>A's Gevinst:</u>	<u>+ 2 million</u>

B's gevinst/tab: 0 (B har jo udført arbejde for 1 million, så med 5 millioner tjent, og 5 millioner tabt = 0)

A skal ikke ”dobbelkompenseres, dvs. B skal ikke også betale bod, medmindre der argumenteres for, at bodsbeløbet – eller en del af det – primært var for at straffe, ikke for at kompensere.

Kun efter løsning 3 kompenseres A for B's kontraktbrud, og kun ved løsning 3 skabes der et incitament for, at B overholder – og ikke bryder – kontrakten. Her kan dog inddrages synspunktet om ”efficient breach of contract”, hvilket dog umiddelbart ikke synes at blive anerkendt i retspraksis.

For andre løsninger skal der argumenteres for, at den samlede velfærd bliver større ved at allokere 1-2 millioner til B, og konstatere, at C værdsætter idéen højere end A, hvorfor man må acceptere at parterne har forhandlet en bodsklausul på 2 millioner.

Højesterets flertal i Sebastian-sagen kan dog anvendes til at argumenterer imod denne løsning (efterfølgende justering ud fra en effektivitetsbetragtning, Coase: den hypotetiske bargain).

Andre diskussioner kan tages, og ovennævnte er derfor ikke udtryk for den eneste og rigtigste løsning. Det er som nævnt diskussionernes lødighed og at diskussionen er ”dækkende” for de forskellige synspunkter og argumenter, der er afgørende.
