

WP 2000-11

Ny lov om jordforurening i økonomisk belysning

af

Henrik Lando

**INSTITUT FOR FINANSIERING, Handelshøjskolen i København
Solbjerg Plads 3, 2000 Frederiksberg C
tlf.: 38 15 36 15 fax: 38 15 36 00**

**DEPARTMENT OF FINANCE, Copenhagen Business School
Solbjerg Plads 3, DK - 2000 Frederiksberg C, Denmark
Phone (+45)38153615, Fax (+45)38153600
www.cbs.dk/departments/finance**

**ISBN 87-90705-45-9
ISSN 0903-0352**

Ny lov om jordforurening i økonomisk belysning

Henrik Lando, lektor, Handelshøjskolen i København

1. Indledning

En ny lov om jordforurening blev vedtaget af Folketinget i maj 1999 efter længere tids foregående lovarbejde og diskussion. Jordforureningsloven vedrører den type forurening, hvor et pludseligt udslip af f.eks. kemiske produkter eller olie fra en virksomhed eller en privatperson (private olietanke) trænger ned i jorden og evt. truer grundvandet¹. Indenfor de nærmeste år skal loven evalueres og muligvis revideres; i denne forbindelse kan det være hensigtsmæssigt at se loven i et økonomisk-teoretisk perspektiv, hvilket man kun i begrænset omfang har gjort hidtil. Diskussionen om loven har været ført af jurister, og i denne diskussion har økonomiske synspunkter (naturligvis) ikke været særlig fremtrædende. Måske er der for få økonomer der beskæftiger sig med den direkte, administrative, regulering af miljøproblemer. Som økonomer er vi trænet til at se med skepsis på den direkte regulering, der er kendetegnet ved, at en statslig myndighed fastlægger, hvordan en virksomhed skal handle. I følge de økonomiske lærebøger i miljøøkonomi er afgifter et bedre instrument end direkte regulering, først og fremmest fordi afgifter er et mere decentralt instrument, der bedre tager højde for at myndighedernes information om virksomheders forhold er begrænset. Denne skepsis overfor den direkte regulering er efter min mening fuldt berettiget; grønne afgifter er for mange typer forurening klart det mest egnede instrument, som bør anvendes mere end tilfældet er i dag. Men lærebøgerne overser, at der findes situationer, hvor afgifter kommer til kort. Når en virksomhed enten ved et uheld eller forsætligt slipper et giftigt stof ud på jorden, er det ikke kun selve brugen af stoffet der behøver regulering, men også den måde brugen foregår på (medmindre man med afgifter vil udfase brugen af stoffet helt, hvilket ofte ikke er hensigtsmæssigt). En afgift kan naturligvis mindske brugen og dermed udslippets størrelse, men det afgørende er at forhindre udslippet, dvs. at give incitament til forsigtig omgang med de giftige stoffer. Når udslippet er sket, er det afgørende at sikre, at der bliver ryddet op, inden stofferne når ned til grundvandet, og her er afgifter heller ikke det rigtige instrument. Her må erstatningsregler og/eller regler der giver myndigheder beføjelse til at rydde op eller diktere oprydning til. Da opstår en række spørgsmål: hvornår bør myndighederne have kompetence til at diktere oprydning? Er det f.eks. nok at udslippet er fundet på en grund der tilhører en given virksomhed eller skal det kunne påvises, at

¹ Loven vedrører ikke f.eks. landbrugets mere gradvise forurening af jorden.

virksomheden har forårsaget udslippet? Eller skal det oven i købet kunne dokumenteres, at virksomheden har udvist manglende forsigtighed (agtpågivenhed) før en myndighed kan diktere oprydning for virksomhedens egen regning? Hvornår kan myndighederne diktere (påbyde) en virksomhed at undersøge, om der har fundet et udslip sted? etc. etc.

Disse spørgsmål diskuteres slet ikke i de miljøøkonomiske lærebøger og måske er det en del af årsagen til, at økonomer har spillet en ret ubetydelig rolle i diskussionen om jordforureningsloven.

Der findes imidlertid (rets-) økonomiske bidrag til analysen af den direkte regulering af jordforurening². Her analyseres optimal regulering af jordforurening med et noget andet fokus end i den juridiske litteratur. I den økonomiske analyse tager man udgangspunkt i spørgsmålet hvordan incitament (til at forhindre forurening, til at undersøge grunden i tilfælde af mistanke, til at rydde op, hvis der er sket udslip) bedst sikres. I den juridiske analyse er andre hensyn mere centrale, ikke mindst hensynet til retssikkerheden: hvordan sikrer man at Staten og (særligt i denne forbindelse) kommunerne ikke får for stor magt i forholdet til borgerne? Hvordan sikrer man, at den enkelte ikke bliver udsat for vilkårlighed i retsanvendelsen fra myndighedernes side samt at reglerne i det hele taget er retfærdige?

Formålet med nærværende artikel er for det første at fremdrage det økonomiske incitament-perspektiv. Incitamenterne har som nævnt ikke være grundigt analyseret. Jeg vil argumentere for at en nærmere belysning af incitamenterne leder i retning af, at Danmark bør følge udviklingen i udlandet og indføre det subsidiære grundejeransvar for fremtidige forureninger. For det andet er formålet er diskutere indholdet i hensynet til 'retssikkerheden', som jo som nævnt har spillet en meget fremtrædende rolle i den juridiske diskussion. Ikke mindst Professor Peter Pagh har stillet sig endog meget kritisk overfor loven; titlen på hans indlæg i Ugeskrift for Retsvæsen er således³: "Lovudkast om forurennet jorden- en trussel mod retsstaten? I modsætning hertil figurerer begrebet *retssikkerhed* slet ikke i den økonomiske analyse. Spørgsmålet er, om der er et hensyn her, som økonomer overser. Jeg vil argumentere for, at der indgår flere hensyn i begrebet retssikkerhed og at disse hensyn i den (rets-

² Se f.eks Segerson,-Kathleen: 'Property Transfers and Environmental Pollution: Incentive Effects of Alternative Policies', *Land-Economics*; 70(3), August 1994, s. 261-72 og Segerson,-Kathleen: 'Liability Transfers: An Economic Assessment of Buyer and Lender Liability', *Journal-of-Environmental-Economics-and-Management*; 25(1), Part 2 July 1993, s. 46-S63. Samt: Polinsky, Mitchell; Shavell, Steven : 'A Note on Optimal Cleanup and Liability after Environmentally Harmful Discharges', *Research-in-Law-and-Economics*; 16(0), 1994, pages 17-24, og Lando, Henrik: 'On the Trade-off Between State Discretion and Legal Security in the Regulation of land Pollution, Working Paper 99.2, Department of Finance, Copenhagen Business School.

³ Hans kritik i denne artikel drejer sig om lovudkastet. Den endelige lov tog på nogle punkter form efter hans kritik.

) økonomiske litteratur indgår som særskilte hensyn⁴. Samt at den (rets-) økonomiske begrebsanvendelse på dette punkt er at foretrække. Den væsentligste forskel mellem den (rets-) økonomiske litteratur og den juridiske ligger ikke i at økonomisk teori overser retssikkerheden (selv om der naturligvis findes eksempler på økonomiske analyser, der overser spørgsmålet om retssikkerhed), men i den vægt som hensynet gives. I nogen politisk og juridisk diskussion fremstår hensynet til retssikkerheden som nærmest absolut. Og hvem tør da foreslå noget der mindsker retssikkerheden? Den økonomiske analyse lægger i højere grad op til en afvejning. Jeg vil argumentere til forsvar for den økonomiske synsmåde: retssikkerhedsprincipper bør ikke tillægges status som absolutte. Jeg vil give tre eksempler på, at tilsyneladende absolutte principper ikke er så absolutte, som de kan forekomme.

Artiklen vil indlede med en retsøkonomisk analyse af regulering af jordforurening. Denne del vil dels forsøge at identificere de væsentligste incitamentproblemer og dels rejse spørgsmålet om loven regulerer incitamenterne til undgåelse af forurening på en hensigtsmæssig måde, eller om det subsidiære grundejeransvar burde være indført. Dernæst vil artiklen diskutere begrebet retssikkerhed i den juridiske og retsøkonomiske diskussion og retssikkerhedsprincippernes status (absolutte/relative).

2. Incitamenterne og grundejeransvaret

Den følgende analyse af incitamentproblemerne ved jordforurening vil ikke være udtømmende; nogle incitament-spørgsmål og -effekter vil ikke blive behandlet. Hensigten er at fremdrage de væsentligste incitamentspørgsmål, hvorved det skulle blive klart, at grundejeransvaret⁵, der ikke er en del af loven, har et væsentligt rationale.

Regulering af jordforurening kan groft siges at indebære flg. tre hovedproblemer for så vidt angår incitament:

Kausalitetsproblemet, rapporteringsproblemet og konkursproblemet. For to af disse kan det subsidiære grundejeransvar spille en væsentlig rolle.

2.1. Kausalitetsproblemet

En virksomhed der forurener f.eks. en grund eller et vandløb vil ikke altid blive stillet til ansvar, eftersom det kan være svært at bevise, at

⁴ Man kan naturligvis diskutere, om de får nok vægt i de økonomiske analyser.

⁵ Ved subsidiært grundejeransvar forstås i denne artikel den regel at ejeren af en grund er forpligtet til at rydde op for egen regning, hvis en forurening udgør en fare for offentligheden (f.eks. ved at true grundvandet) medmindre det kan bevises at en anden har forårsaget forureningen. Hvis der kan findes en anden forurener, er denne forpligtet, dvs. han kan påbydes at rense op.

forureningen stammer fra den givne virksomhed og ikke f.eks. fra en nærliggende anden virksomhed. I mange tilfælde undslipper forureneren ansvaret efter at have solgt virksomheden til en ny ejer; det kan nemlig ligeledes være svært at bevise om den nye eller den tidligere ejer har forårsaget forureningen. I nogle tilfælde opdages skaden så lang tid efter at udslippet kan være sket, at der er adskillige tidligere ejere, der alle kan tænkes at have forurennet. Hertil kommer, at det kan være vanskeligt at bevise at en forurening har forårsaget en given påstået skade. Naturligvis mindsker disse problemer med at påvise kausalitet virksomhedens tilskyndelse til at forebygge forurening. Virksomhederne vil vide, at der er en sandsynlighed for, at de ikke vil komme til at betale omkostningerne ved en forurening, når de ser, at andre virksomheder går fri.

Når kausalitet er vanskelig at påvise, kan man vælge enten at nøjes med at kræve bevis for, at forureningen med 'overvejende sandsynlighed' stammer fra en given virksomhed. Eller man kan indføre det (subsidiære) grundejeransvar (evt. med passende overgangsordninger og evt. kun for virksomhedsgrunde). Dette indebærer, at ejeren af en forurennet grund vil være 'ansvarlig', hvis en anden ikke kan identificeres som forureneren. Det subsidiære grundejeransvar har den fordel, at den der køber en grund (f.eks. en virksomhed der køber en industrigrund), når han kan komme til at bære ansvaret, ofte vil undersøge grundens tilstand omhyggeligt. Derfor vil en virksomhed, der forurener sin grund, med stor sandsynlighed komme til at bære omkostningerne i form af en lavere pris på grunden ved et salg. Det betyder naturligvis igen, at virksomheden i første omgang vil gøre sig større anstrengelser for at undgå forurening. Grundejeransvaret er en effektiv måde at løse incitamentproblemet på, der opstår når kausalitet kun vanskeligt kan bevises.

2.2. Rapporteringsproblemet

I en klassisk erstatningssag, hvor en person beskadiger en anden persons ejendom, vil der i reglen være en skadelidt, der naturligt vil opdage, at der er sket en skade, og som har et incitament til at gøre et ansvar gældende. Når det gælder jordforurening, vil der gå ofte lang tid mellem udslip og endelig skade, og det kan være afgørende, at udslippet bliver kendt før den endelige skade, f.eks. på grundvandet, sker. Men eftersom skaden endnu ikke er sket, vil der ofte ikke være andre end (måske) forureneren selv, der opdager udslippet. Forebyggende foranstaltninger kræver derfor i mange tilfælde, at forureneren selv rapporterer udslippet eller på eget initiativ rydder op. Det kan være vanskeligt at sikre, at en forurener har

tilstrækkeligt incitament hertil, særligt hvis han kan regne med, at det vil blive vanskeligere at bevise kausalitet jo længere tid der går efter udslippet. Det manglende incitament til selv-angivelse (og i øvrigt også til undersøgelse af, om der er sket et udslip) kan vise sig at være lovens achilles-hæl. Der er næppe nogen vej uden om at udstikke store bøder til virksomheder, der tages i ikke at rapportere et udslip til myndighederne, eftersom sandsynligheden for at opdage og bevise den manglende rapportering er ret lille. Denne stærkere håndhævelse er ikke indført med loven. I jordforureningslovudvalgets betænkning blev dette problem ikke fremhævet, og det har i det hele taget ikke været en del af debatten. Måske fordi incitamenterne ikke har været analyseret grundigt.

Også på dette punkt kunne grundejeransvaret spille en rolle. Indførelse af grundejeransvaret ville ikke blot øge antallet af jordundersøgelser, men kunne sandsynligvis øge antallet af indrapporteringer. Argumentet er, at når man alligevel i en salgssituation vil blive 'opdaget', fordi køber undersøger grunden, har man mindre at vinde ved ikke at rapportere. Endvidere: når køber undersøger grunden og finder en forurening, vil han naturligvis give mindre for grunden, og dette vil senere, som i selskabstømmersagerne, kunne bruges som indicium på, at han ved købet vidste grunden var forurennet. Det kan da være ansvarspådragende, hvis han ikke har meldt forureningen til myndighederne.

I betænkningen fra jordforureningsudvalget anføres, at grundejeransvaret fører til for mange undersøgelser, og at undersøgelser ikke i sig selv giver rent miljø. Dette overser incitamentvirkningen af undersøgelser samt det forhold at undersøgelser kan forebygge grundvandsforurening ved at skabe viden om en fare. Spørgsmålet om hvorvidt der vil være for mange undersøgelser under grundejeransvaret er analyseret grundigt i den retsøkonomiske litteratur, og denne understøtter ikke udvalgets konklusioner.

2.3. Konkurs-problemet

En virksomhed, der risikerer påbud, bøde og/eller erstatningsansvar i forbindelse med en forurening og hvis hæftelse er begrænset, har incitament til at spekulere i at gå konkurs/likvidere aktiverne. Det kan være fordelagtigt for en sådan virksomhed at være tyndt kapitaliseret (have lille egenkapital) for derved at undgå at komme til at betale for skaden eller de forebyggende foranstaltninger. En underkapitaliseret virksomhed vil naturligvis ikke have tilstrækkelig tilskyndelse til at undgå en forurening, som den alligevel ikke i sidste ende vil komme til at betale for.

At nogle virksomheder faktisk spekulerer i ikke at have tilstrækkelige aktiver støttes af Mogens Moe's beskrivelse af den praktiske erfaring med

erstatningskrav i forureningsssager, selv om Moe måske ikke ser erfaringen i dette lys. Moe⁶ skriver:

"Et civilretlige krav er kun interessant, hvis skadevolderen kan betale. Erfaringerne er ikke særlig positive. Dels forekommer der aktiviteter, der helt igennem er forbryderiske, og hvor den ansvarlige ikke har nogen midler. Dels forekommer der på godkendte men dårligt drevne virksomheder væsentlige skader. Når regningen så bliver præsenteret viser det sig, at virksomheden også er økonomisk usund..".

Noget tilsvarende gælder for offentretlige krav. Man kan i nogle tilfælde personligt retsforfølge synderne, hvis de har overtrådt en lov eller godkendelse, men ellers er der meget lidt i forslaget, der tager sigte på at løse dette problem.

Der er flere mulige løsninger på problemet: Man kan udvide brugen af kreditgiveransvaret⁷, man kan indføre obligatorisk sikkerhedsstillelse eller obligatorisk forsikring (evt. kun for særligt forurenende virksomheder), der skal kunne dække krav, der opstår efter virksomheden er gået konkurs, eller man kan i videre omfang end man gør i dag foretage hæftelsesgennembrud, hvor aktieselskabets begrænsede hæftelse ophæves og aktionærene (hvis de har haft kontrol over begivenhederne, dvs. først og fremmest i tæt-ejede virksomheder) gøres ansvarlige. På denne måde kan man under visse omstændigheder sikre et decentraliseret opsyn med forurenende virksomheder, således at den der holder opsyn, f.eks. forsikringssselskabet eller aktionæren, har et privatøkonomisk incitament til at mindske risikoen eller standse meget forurenende produktion.

Af forskellige grunde, som ikke kan diskuteres her, er den obligatoriske forsikring eller sikkerhedsstillelse den bedste løsning, men jordforureningsudvalget må have fundet, at problemerne var for store. Muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse og for at udelukke lovovertrædere fra at drive virksomhed er indført i nyere lovgivning men nok med begrænset effektivitet⁸.

Det subsidiære grundejeransvar vil ikke løse problemet, men det vil dog gøre det vanskeligere for forureneren at sælge og få noget for den forurenede grund, inden han lader virksomheden gå konkurs.

Analysen angiver således væsentlige grunde til at indføre et subsidiært grundejeransvar med obligatorisk forsikring. Grundejeransvaret påfører naturligvis grundejere en risiko, hvorfor det bedste må være, at indføre det for fremtidige forureninger og ikke gøre som man gjorde i USA, med

⁶ Miljøret-Miljøbeskyttelse, Gads Forlag, 1994, s. 226.

⁷ Et eksempel: Unibank fortsatte med at yde Proms lån, efter at Proms var ekskluderet af sin egen brancheorganisation. Kreditgiveransvaret kunne have standset forureningen før myndighederne greb endeligt ind.

⁸ se Pagh, Peter: Lov og orden på miljøområdet - myter og realitet: Juristen, 1997 November, Årg. 79, Nr. 9, S. 373-395.

tilbagevirkende kraft. Der er jo i sig selv ingen incitamentvirkning i at indføre et ansvar for forureninger, der allerede har fundet sted.

Naturligvis er denne analyse ikke fyldestgørende. Påstanden er, at de fremførte argumenter er af central betydning, og at debatten i for ringe grad har inddraget dem. F.eks. har rapporteringsproblemet næsten ikke været fremme i diskussionen.

3. Begrebet retssikkerhed og utilitaristisk afvejning

I diskussionen om loven blev begrebet retssikkerhed anvendt på en ofte mangetydig måde. I nogle diskussioner blev retssikkerhed fremhævet som et absolut gode, som et grundlæggende princip, der ikke måtte kompromitteres. Hensigten med det følgende er dels at se på, om økonomisk teori overser et væsentligt hensyn ved ikke at inddrage retssikkerhed og dels at kritisere det synspunkt at retssikkerhed er et absolut gode.

3.1. Begrebet retssikkerhed

Begrebet retssikkerhed anvendes som nævnt i mange forskellige betydninger, og det kan være vanskeligt at danne sig en præcis opfattelse af, hvad det dækker over. For den offentlige regulering er indført en række principper, som f.eks.: kravet om bestemthed i formuleringen af afgørelser, princippet om at der ikke bør lovgives med tilbagevirkende kraft, legalitetsprincippet (en afgørelse skal have lovhjemmel, dvs. det skal være tydeligt at loven giver det offentlige kompetence til et givet indgreb) og proportionalitetsprincippet (der skal være proportionalitet mellem mål og midler og det mindst indgribende middel skal anvendes, hvis det sikrer formålet)⁹. Diskussionen om retssikkerhed drejer sig ofte om, hvorvidt disse principper er opfyldt, og disse principper siges ofte at have til hensigt at sikre *forudsigeligheden*. Forudsigelighed i retssystemet kan imidlertid dårligt være et dækkende udtryk for de hensyn man ønsker at tilgodese med retssikkerhedsprincipperne. Et eksempel kan illustrere problemet: Hvis dommere på forudsigelig vis lod deres afgørelser komme sig selv eller en anden befolkningsgruppe (måske én de selv tilhører) til gode helt uden støtte i loven (hvilket ville være et brud med legalitetsprincippet), ville man næppe kunne tale om et højt niveau af retssikkerhed. Forudsigelighed er

⁹ samt endvidere saglighedskravet, specialitetsprincippet, officialmaksimen, kontradiktionsprincippet samt visse krav til procesretssikkerhed (klageadgang mv).

et væsentligt gode, men kan således ikke være dækkende for, hvad man almindeligvis forbinder med retssikkerhed. Der synes at være endnu et hensyn involveret, nemlig hensynet til den korrekte håndhævelse og implementering af lovene. Det må således være rigtigt at udvide definitionen af retssikkerhed til også at omfatte, at de rettigheder som lovene etablerer eller, i tvivlstilfælde, som det har været lovgivningsmagtens intention at etablere (hvilket ikke altid er let at afgøre), faktisk implementeres og håndhæves. Der ligger heri, at lovens håndhævere ikke misbruger deres magt til egen eller nogen andens fordel¹⁰. Endvidere følger det af denne definition, at der ikke må ske vilkårlighed eller forfordeling i håndhævelsen. Denne udvidede definition af begrebet synes mere dækkende, men samtidig gør den udvidede definition det klart at retssikkerhed ikke er et hensigtsmæssigt analytisk begreb. Det kan ikke være hensigtsmæssigt at operere med et begreb, der dækker over flere forskellige betydninger. De forskellige hensyn der indgår må udskilles og indgå som selvstændige hensyn¹¹. Dette gøres i den retsøkonomiske litteratur. Her sondres mellem de forskellige hensyn, og disse defineres ved hjælp af begreber, som har en teoretisk funderet betydning:

Forudsigelighed kalder retsøkonomer *fraværet af usikkerhed*. Usikkerhed kan påvirke nytte direkte og indirekte gennem valget af handling. Nu kan man få det indtryk, at der er noget særligt ved den form for usikkerhed, der gør sig gældende i retssystemet og at denne ikke umiddelbart kan sammenlignes med usikkerhed i økonomisk forstand. Bentham¹² var af denne opfattelse; han lagde vægt på, at forudsigelighed var noget, der indgår på særlig måde i folks velfærd. Men den form for usikkerhed som økonomer analyserer kan også være af en art der væsentligt påvirker ens velfærd. F.eks. vil den situation hvor en person vælger ikke at tage sent hjem, fordi han eller hun bor i et område, hvor han eller hun kan frygte at blive overfaldet, være omfattet af den økonomiske definition af usikkerhed. Usikkerheden er ofte i sig selv ubehagelig og den kan samtidig påvirke ens handlinger meget væsentligt. Benthams syn på forudsigelighed som noget forskelligt fra sikkerhed er således næppe korrekt, og der synes ikke at være grund til at gå væk fra det veldefinerede begreb usikkerhed.

Korrekt håndhævelse analyseres i retsøkonomisk teori ved hjælp af principal-agent teori (eller mere korrekt: ved hjælp af teorien om ufuldstændige kontrakter), hvor en administrator er agent og lovgiver eller

¹⁰ Der ligger også heri, at Folketinget med sine love skal respektere Grundloven.

¹¹ F.eks. må det være vigtigt at kunne skille overvejende politiske udsagn ud fra mere positive udsagn. Det kan ikke være hensigtsmæssigt at sige, at retssikkerheden er truet, hvis man synes det offentlige 'magt' er blevet for stor, for hermed kommer definitionen til at afhænge af politiske præferencer. I det hele taget bliver forskellige hensyn nemt blandet sammen, hvis man opererer med et sammensat begreb som retssikkerhed.

¹² Se Theory of Legislation, London, 1876.

befolkning er principal. Afgørende er her, hvordan man kan undgå, at myndighederne træffer ukorrekte, sløse eller korrupte beslutninger. Dette er f.eks. emnet i den moderne teoriretning 'konstitutionel retsøkonomi'¹³.

Hvis der er et element i juristers forståelse af begrebet retssikkerhed som ofte ikke inddrages i den økonomiske analyse er det retfærdighedshensynet. En ukorrekt afgørelse eller myndighedshåndhævelse kan medføre en følelse af uretfærdighed ikke mindst hos den det går ud over. Selve muligheden herfor vil påvirke folks velfærd. Der findes retsøkonomiske analyser der inddrager retfærdighedshensynet¹⁴, men som regel spiller efficiens i snæver forstand en større rolle. Opnåelse af efficiens kræver dog at systemet fungerer; at tilfældige afgørelser ikke træffes og at der ikke sker magtfordrejning. Derfor er det i mange tilfælde tvivlsomt om analysens resultater vil blive ændret væsentligt ved en inddragelse af retfærdighedshensynet. Det er også værd at nævne, at retfærdighed ikke altid er så relevant som man umiddelbart kunne tro. Ofte dækkes tab af forsikringer eller spredes blandt mange aktionærer og det egentligt afgørende er da ofte, om systemet giver de rigtige incitament.

Som nævnt ovenfor dekomponeres begrebet retssikkerhed i den (rets-) økonomiske analyse. Man kan da spørge, hvori fordelene ved at dekomponere retssikkerhedsbegrebet består. Efter min opfattelse består fordelene ikke blot i en større klarhed i begrebsanvendelsen. En væsentlig yderligere fordel består i, at det bliver tydeligere, at de hensyn der indgår i retssikkerheden må og kan afvejes overfor andre hensyn eller goder. I eksemplet jordforurening: Hvis voksne lever i usikkerhed for, om deres børn kan blive syge af jordforurening, er det et væsentligt hensyn, som i visse tilfælde må opvejes overfor hensynet til forudsigelighed i retshåndhævelsen, f.eks. hvor en effektiv regulering kræver abstrakt eller bredt formulerede regler. Hvorfor skulle den ene type usikkerhed have større betydning end den anden, hvis den anden i væsentligere grad påvirker folks velfærd? Eller for at tage hensynet til den korrekte retshåndhævelse; det er ikke muligt at indrette et system, hvor der ikke gives nogen diskretion til administratorerne. Hvis alle administrative beslutninger skal være underlagt den største kontrol, vil systemet ikke kunne fungere. Dette er en banal konstatering, men konklusionen er mindre banal: Sikkerhed for korrekt håndhævelse må vægtes i forhold til muligheden for effektiv regulering. I nogle tilfælde vil det være

¹³ se f.eks. Cooter's bog 'Strategic Constitution' på nettet:

<http://www.law.berkeley.edu/faculty/cooterr/PDFpapers/stratcon.PDF>

¹⁴ se f.eks. Miceli,-Thomas-J: "Optimal Criminal Procedure: Fairness and Deterrence", International-Review-of-Law-and-Economics; 11(1), May 1991, pages 3-10 eller Lando, Henrik: 'The Optimal Standard of Proof in Criminal Law When Both Fairness and Deterrence Matter', WP, Department of Finance, 2000.

hensigtsmæssigt at give afkald på mere kontrol for at få mere effektiv administration¹⁵.

Resten af nærværende artikel vil dreje sig om berettigelsen af utilitaristiske afvejninger i forbindelse med jordforureningsloven. Jeg vil argumentere for det rigtige i at tænke i afvejninger, ikke i absolutte værdier. Det bør indledningsvis anføres at mange jurister også anlægger en relativistisk synsmåde, men alligevel var det mit indtryk under diskussionen af jordforureningsloven at økonomisk teori kunne bidrage hertil; at de juridiske begreber kan lægge op til en absolut synsmåde. Jeg vil give tre eksempler fra diskussionen om lovforslaget¹⁶.

3.2. Retssikkerhed og utilitarisme i diskussionen om jordforurening

Det første eksempel drejer sig om officialprincippet. I forbindelse med kortlægningsdelen opstod spørgsmålet, om myndighederne kunne pålægge borgerne visse handlepligter på grundlag af en mistanke om forurening. Myndighedernes problem er, at det vil være meget omkostningskrævende at måle alle grundenes forureningsniveau. Det vides, hvor der tidligere har ligget virksomheder, der kan have forurennet, og for de grunde myndighederne har mistanke til, er der indført nogle restriktioner, f.eks. om at der ikke uden godkendelse må oprettes børneinstitutioner mv. på grundene. At pålægge restriktioner baseret alene på en mistanke blev fremhævet som stridende mod det forvaltningsretlige official-princip, der løst udtrykt forpligter det offentlige til at sørge for at en sag er fuldt belyst før der 'gribes ind'.

Det andet eksempel drejer sig om princippet om ikke at lovgive med tilbagevirkende kraft. Den endeligt vedtagne lov indeholder meget få elementer med tilbagevirkende kraft, men et tidligere forslag indeholdt flere, og diskussionen herom var omfattende. Lovforslaget tillod en ophævelse af rådighedskriteriet med tilbagevirkende kraft. Det tillod udstedelsen af påbud til en forurener om oprensning, også i situationer hvor forureneren på tidspunktet for lovforslagets fremsættelse ikke ejede den pågældende grund. Den hidtil gældende lov tillod ikke, at man udstedte påbud i strid med rådighedskriteriet. Kriterierne for, hvornår man blev regnet som forurener ændredes derimod ikke med tilbagevirkende kraft i lovforslaget. Hvis der f.eks. gjaldt en culpa-regel på gerningstidspunktet, skulle culpa stadig være en forudsætning for et påbud. Først og fremmest Peter Pagh har været stærkt kritisk overfor loven

¹⁵ Dette anerkendes naturligvis også af jurister, der taler om 'systemhensynet' overfor hensynet til retssikkerhed.

¹⁶ Nøjagtig hvordan loven kom til at se ud for disse tre spørgsmåls vedkommende kommer jeg ikke meget ind på. Her knytter interessen sig mere om det principielle i en absolut kontra en relativ synsmåde.

for så vidt angår den tilbagevirkende kraft, mens Ellen Margrethe Basse har udtrykt, at princippet ikke bør regnes for absolut.

Det sidste eksempel vedrører culpa-reglen. Culpa-reglen har været fremdraget som en garant for retssikkerheden. Det har været hævdet, at det harmonerer med grundlæggende retfærdighedsforestillinger ikke at lade en person være ansvarlig, medmindre han eller hun har handlet culpøst, og at den offentretlige regulering af jordforurening ikke burde afvige fra dette princip.

3.2.1. Officialprincippet

Som anført ovenfor er myndighedernes problem i forbindelse med lovforslagets kortlægningsdel, at det vil være meget omkostningskrævende at måle alle grundenes forureningsniveau. Det vides, hvor der tidligere har ligget virksomheder, der kan have forurennet, og for de grunde myndighederne har mistanke til, er der indført nogle restriktioner, f.eks. om at der ikke uden godkendelse må oprettes børneinstitutioner mv. på grundene. At pålægge restriktioner baseret alene på en mistanke blev fremhævet som stridende mod det forvaltningsretlige official-princip, der forpligter det offentlige til at sørge for at en sag er fuldt belyst før der 'gribes ind'. Dette er dog en juridisk misforståelse for officialmaksimen drejer sig om hvorledes en lov håndhæves, ikke om hvordan en lov indrettes. Officialmaksimen kræver, at det offentlige oplyser fuldt ud om 'retsfaktum'. Hvis loven siger, at en kommune på baggrund af en mistanke om forurening kan forbyde visse aktiviteter, så er kommunen forpligtet til at redegøre for, at en mistanke foreligger (og måske på hvilket grundlag mistanken hviler), men selve loven strider ikke mod officialmaksimen. Modstanderne af loven kan stadig hævde, at loven ikke sikrer borgerne tilstrækkeligt mod vilkårlige beslutninger fra myndighedernes side. I dette spørgsmål står man således med et princip, nemlig det princip der ligger bag official-maksimen, som giver ét svar, men en cost-benefit betragtning, kan vi antage, vil lede til den konklusion, at der er en samlet velfærdsgevinst ved, at der pålægges nogle handlingsbegrænsninger på de grunde, myndighederne har mistanke til. Dette sidste bestrides ikke af kritikerne af loven; de lægger vægt på at et princip ikke er opfyldt, ikke på at reguleringen forfejer sit sigte. Spørgsmålet er, om man kan afgøre, hvilken måde at se sagen på, der er den rigtige, eller om dette må bero på en subjektiv stillingtagen. Til fordel for det synspunkt at man kan afgøre dette spørgsmål taler, at loven vel ikke kan vurderes helt uden hensyntagen til omkostninger og fordele ved den givne regulering. Dette ville nemlig i visse tilfælde kunne føre til konklusioner, som de fleste vil anse for absurde. Som eksempel kan man tage det tilfælde, hvor det ville

kom det offentlige milliarder kroner at fremskaffe fuldstændig information om grundenes forureningstilstand, og hvor loven gennem mindre og velfærdsmæssigt ubetydelige indskrænkninger i handlefriheden kunne forhindre dødsfald, f.eks. i en børnehave. Man skal være en meget stærk tilhænger af det princip om klarhed, der ligger bag 'officialprincippet' for ikke i dette tilfælde at gå ind for loven. Og dette viser at cost-benefit betragtninger i vid forstand er relevante og bør inddrages i vurderingen af loven. Der vil og bør i praksis være en afvejning af omkostningerne ved yderligere belysning af en sag og de herved opnåede velfærdsmæssige (nytte-) gevinster. En korrekt formulering af officialmaksimen ville udtrykke denne afvejning. Maksimen burde hedde: det offentlige bør i efficient omfang sikre at en sag foreligger belyst. Det ville bringe maksimen i kontakt med den virkelige verden. Og denne formulering ville gøre det klart, at en absolutistisk anvendelse af officialmaksimen i et spørgsmål som det her diskuterede er principielt meget tvivlsom¹⁷.

3.2.2 Lovgivning med tilbagevirkende kraft

Også her er spørgsmålet, hvilken status man kan tillægge et tilsyneladende 'helligt' princip. Hvis man anser det ikke at lovgive med tilbagevirkende kraft for et absolut gode, er der tale om et fremskridt i den ny lov, hvor rådighedskriteriet ikke er reguleret med tilbagevirkende kraft, men så enkelt er det vel næppe. Ulempen ved ikke at regulere med tilbagevirkende kraft kunne tænkes at bestå i, at det vil lykkes for en forurener at overlade regningen til skatteyderne, der naturligvis må anses for fuldstændig sagesløse. Ulempen ved at tillade lovgivning med tilbagevirkende kraft ligger dels i, at det kan skabe en øget usikkerhed hos borgerne om hvilke regler de er underlagt, dels i at myndighederne fremover kan misbruge muligheden, hvis den gives dem, og endelig i at det af borgerne kan føles uretfærdigt at blive sanktioneret på denne måde.

Der er næppe tvivl, om at der er tale om et princip, der i mange tilfælde bør respekteres. Men hvilket er det største af de to onder; at skatteyderne betaler eller at der lovgives med tilbagevirkende kraft? Amerikanerne valgte i dette spørgsmål at lovgive med tilbagevirkende kraft; det var simpelt hen politisk uacceptabelt at overlade regningen til skatteyderne og man fandt nogle 'deep pockets' i industrien. Man kan være enig eller uenig i denne fremgangsmåde, men det må være væsentligt at fastslå, at der igen er tale om et valg, en afvejning af to onder, og ikke om en afgørelse, der kan træffes alene med henvisning til det absolutte gode retssikkerheden. Personligt ville jeg i øvrigt nok foretrække den nuværende lov, der jo stadig giver myndighederne mulighed for at gøre erstatningskrav gældende mod

¹⁷ Og altså ikke kun juridisk uholdbar.

den fraflyttede forurenere; når denne mulighed foreligger er der efter mit skøn ikke tilstrækkelig baggrund for at lovgive med tilbagevirkende kraft, også selv om det tilbagevirkende element er ganske begrænset. Men synspunktet som her fremhæves er, at diskussionen ikke er slut, når man har sagt retssikkerhed og lovgivning med tilbagevirkende kraft. I nogle tilfælde vil diskussionen blot lige være begyndt, fordi fordele og ulemper ved at lovgive med tilbagevirkende kraft må vurderes. F.eks er det interessant at vide, hvor mange forurenere der vil undslippe et ansvar, fordi de har solgt den grund de selv har forurennet i tiltro til at et erstatningsretligt krav vil være vanskeligt at hævde. Det er jo kun de, der faktisk har forurennet, der vil blive stillet til ansvar; hvor vigtigt er det at beskytte deres interesse i forhold til at beskytte den skatteyderens interesse? Og hvor vigtigt er det at håndhæve det fornuftige og hensigtsmæssige princip om ikke at lovgive med tilbagevirkende kraft af frygt for at princippet ellers vil blive undermineret og muligheden for at lovgive med tilbagevirkende kraft senere misbrugt? Hvor stor er denne risiko? Der er mange spørgsmål at afklare. Men naturligvis skal man ikke tage det for let, at man bryder et princip, der i de fleste tilfælde tjener et vigtigt formål¹⁸.

3.2.3. Culpa-reglen

I diskussionen om loven blev der brugt meget tid på spørgsmålet om, hvorvidt culpa-kravet burde gælde i den offentretlige regulering af jordforurening. Et argument der blev fremført var, at 'vi er så vant til at man skal have gjort noget forkert for at kunne blive holdt ansvarlig'. Den retsøkonomiske analyse leder til et andet resultat. Den påpeger, at culpa-reglen ikke er velegnet i jordforureningssager, eftersom det ofte er vanskeligt at bevise culpa, ikke mindst fordi der ofte går tid mellem et udslip (de ansvarspådragende handlinger) og faren (eller skaden) konstateres. Når culpa-reglen er gældende, mindsker vanskeligheden ved at påvise culpa naturligvis den præventive effekt. Hvis man samtidig kræver, at de offentretlige krav til påbud skal være opfyldt, har man gjort det meget vanskeligt for myndighederne at regulere jordforurening. Nu er det tænkeligt, at det ovenfor anførte retfærdighedssynspunkt spiller en stor rolle for nogle. Det er muligt, at de virkelig værdsætter culpa-reglen og ville være villig til f.eks at acceptere en stramning af kravene til godkendelse eller et andet alternativ til indførelse af driftsherreansvaret. Det er også tænkeligt, om end ikke sandsynligt, at retfærdighedsopfattelsen, der ligger

¹⁸ Det er værd at understrege, at mange jurister anlægger samme syn på at lovgive med tilbagevirkende kraft, som her tales for.

bag culpa-reglen, er mere udbredt end den opfattelse, at forurener bør betale (et princip Danmark i øvrigt har tiltrådt). Den kritik der rejses her er, at retfærdighedsargumentet til fordel for culpa-princippet fremlægges uden at dets omkostninger klarlægges; (tvivlsomme) udsagn om hvad der er retfærdigt fremhæves som eneafgørende, og betragtninger over hensigtsmæssighed bliver skubbet i baggrunden på en måde, som hensynet til retfærdighed slet ikke kan bære. Man burde spørge dem, der går ind for culpa-reglen, hvor mange millioner kroner den retfærdighed, der siges at ligge heri, er værd for dem. For det er sandsynligvis hvad reglen over en årrække kan koste skatteyderne. Spørgsmålet om culpa-reglens berettigelse kan ikke afgøres uden at inddrage reguleringsmæssige fordele og ulemper.

4. Konklusion

En analyse af hvordan jordforureningsloven indvirker på virksomheders incitamenter til at forhindre udslip og til at rense op efter udslip peger i retning af at Danmark bør følge udviklingen i udlandet i retning af grundejeransvaret. Det subsidiære grundejeransvar, der kan indføres for fremtidige jordforureninger, suspenderer kravet om påvisning af kausalitet, som netop er en achilleshæl i jordforureningssager, og mindsker også betydningen af det problem, at folk kan mangle incitament til at rapportere et udslip til myndighederne. Det sidste virkeligt store problem, manglende aktiver hos forureneren, bør nok løses ved en obligatorisk forsikring. Kravet om forsikring kan forhindre store forureningsskader som Proms-sagen.

Det er paradoksalt at Danmark, både når det gælder miljøerstatningsregler, men også når det gælder den direkte regulering (den offentretlige regulering), som har været emnet for denne artikel, ikke tager de samme midler i brug som f.eks. Tyskland, Holland og Belgien eller Sverige og Norge. Måske skyldes det, at debatten herhjemme har været domineret af en traditionel juridisk tilgang. I stedet for en detaljeret analyse af de incitamenter som loven indebærer, spillede hensynet til retssikkerheden en dominerende rolle i diskussionen. Det har ikke været hensigten med nærværende artikel at forklejne betydningen af retssikkerhed. Det er afgørende nødvendigt at forhindre magtmisbrug fra myndighedernes side, og forudsigelighed eller fraværet af usikkerhed er et stort gode. Men retssikkerhed er ikke et absolut gode; det er et gode, der må vægtes overfor andre goder, særligt når det gælder marginale betragtninger: lidt mere retssikkerhed kontra lidt større mulighed for at mindske forurening. I diskussionen om retssikkerhed er det værd at udskille de forskellige betydninger af begrebet og dernæst analysere disses

velfærdsmæssige betydning i forhold til andre hensyn. En analyse der tager udgangspunkt i et sæt af absolutte forvaltningsretlige principper leder nemt på vildspor, fordi afvejningen overfor andre hensyn på forhånd udelukkes¹⁹. Der er en analogi over til det filosofen R.M. Hare²⁰ betegner prima facie principper for moralsk handlen; de fleste mennesker lever efter et sæt af principper som var det absolutte principper, men som nu og da kommer i konflikt med hinanden og som da må afvejes overfor hinanden. F.eks. hører ikke-vold til et moralsk princip, som mange holder i hævd, men i nogle situationer, må dette princip vige, f.eks. når det er nødvendigt med vold at pacificere en voldelig person. Når det gælder samfundsmæssige valg, er det i mange situationer vanskeligt at forestille sig afvejningen af forskellige principper og forskellige modstridende rettigheder foretaget på anden måde end ved sammenligning af princippernes og rettighedernes velfærdsmæssige konsekvenser.

¹⁹ Dette er i øvrigt også Ellen Margrethe Basses synspunkt, se f.eks: Kommunestyre i retlige rammer, antologi udgivet af Kommunekredit 1997.

²⁰ Se Hare: Moral Thinking, Its Level, Method and Point, Oxford University Press 1981.