

Institutt for privatrett

Universitetet i Oslo

Stensilserie

Nr. 139

Endre Stavang

VERDISKAPINGSHENSYN OG JURIDISK ARGUMENTASJON

Særlig om
kompensasjon for lokale miljøskader



Oslo 1992

Utgitt av

«Fondet til fremme av forskning på privatrettens område».

FORORD

Denne avhandlingen ble skrevet mens jeg var tilsatt som vitenskapelig assistent ved Institutt for Privatrett og godkjent som særavhandling ved juridisk embetseksamens femte avdeling i vårsemesteret 1992.

Siden formålet med arbeidet bl.a. var å "gi et bidrag til at rettsøkonomisk analyse og diskusjon kommer igang", publiseres avhandlingen nå uten vesentlig revisjon. Jeg har til hensikt å bearbeide deler av avhandlingen med tanke på annen publisering, og jeg ville derfor sette pris på å motta kritikk og forslag til forbedringer. Materialet om eldre rettsvitenskap som diskuteres i avhandlingen, viser forøvrig at moderne rettsøkonomi langt på vei består i å videreføre en juridisk tradisjon for rettsøkonomisk analyse i Norge og Norden.

Takk til Erling Eide som godkjente emnevalget og var veileder. Uten ham ved fakultetet kunne jeg ikke ha skrevet denne avhandlingen. Takk til Jan E. Helgesen som i alle faser av arbeidet oppmuntret og var tilgjengelig for mer generelle meningsutvekslinger om emnet. Takk også til Torstein Eckhoff som var sensor og ga nye impulser ved den muntlige eksaminasjonen. Jeg takker dessuten Gudmund Sandvik for å ha gjennomgått diskusjonen av materialet om eldre rettsvitenskap. Ronald Craig skal ha takk for hjelp til det engelske sammendraget. For å få med alle må jeg, i likhet med andre som drar nytte av faglige fellesskap, takke de øvrige i miljøet kollektivt.

Oslo, 1. juni 1992

Endre Stavang

1. INNLEDNING.....	1
11. Rettskildelæren og verdiskapingshensynet.....	1
12. Positiv avgrensning: Lokale miljøskader.	4
13. Negative avgrensninger.....	5
14. Materiale og metode.....	5
15. Forventning om resultat.	6
16. Videre opplegg.....	7
2. SPØRSMÅLET OM RELEVANS.	8
3. NYTTE-KOSTNADSKRITERIET.	10
30. Slutningsspørsmålet.....	10
301. Grunnkravet til slutningsprosessen.	11
302. Praktiske problemer.....	13
303. Videre opplegg.	14
31. Enighet.....	15
32. Hypotetisk enighet.	17
320. Slutningsgrunnlaget for avgiftsrådet er mikroøkonomisk adferdsteori.....	18
321. Krav til tingsrettslige prinsipper ved stadige miljøskader.	21
3211. Privat miljøautonomi gir effektiv ressursbruk ved lave transaksjonskostnader - den positive Coasesetningen.	22
3212. Hvilke tingsrettslige prinsipper gir effektive ressursbruk ved betydelige transaksjonskostnader - den normative Coasesetningen.	25
3213. Sammenfatning.	30
322. Krav til erstatningsrettslige prinsipper ved miljøulykker.	30
3221. Krav til culpavurderingen.....	31
3222. Krav til erstatningsutmålingen ved strengt objektivt ansvar.....	33
3223. Retningslinjer ved valget mellom subjektivt og objektivt ansvar.....	33
323. Effektivitetsgrenser for privat miljørett: Krav til samordningen med offentligrettslig miljøregulering.	35
3230. Samordningskravet.....	35
3231. Valget av både ansvarsregler og reguleringer.	36
3232. Valget av reguleringsnivå.....	37
3233. Valget av omsettelige utslippstillatelser.	38
3234. Oppsummering.....	38
33. Oppsummering av kapittel 3.	38

4. AVVEININGSSPØRSMÅL.....	40
40. Hensynet til verdiskaping er uten autoritativ støtte - det egentlige vektspørsmålet.....	41
41. Privat autonomi, interesseavveininger og formålsbetraktninger er mekanismer for autoritativ støtte.	42
42. Privat autonomi.....	45
43. Interesseavveininger.	46
431. Avskipingsvurderingen i tingsretten.	47
432. Culpavurderingen etter ulovfestet erstatningsrett.....	48
433. Vurdering.	54
44. Formålsbetraktninger.	54
441. Forurensninglovens målsetting, retningslinjer og avveiningsmarkører.	55
442. Den økonomiske strukturen i privatrettslige prinsipper.....	57
443. Formålsrasjonelle utsagn fra autoriteter.	59
4431. Lovforarbeider til nye regler.....	60
4432. Rettsvitenskapen om eldre regler.	61
444. Vurdering.	68
5. OPPSUMMERING.....	70
SUMMARY IN ENGLISH	71
DEFINISJONER.	73
FORKORTELSER	77
DOMMER	77
FORARBEIDER.....	77
LITTERATUR.....	78

1. INNLEDNING.

Dette arbeidet handler om hvordan dommere kan ta verdiskapingshensyn i juridisk argumentasjon, dvs. i hvilken grad det kan legges vekt på en norm om at konfliktløsninger bør være konsistente med teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet.¹ Hensikten med å ta opp spørsmålet er å bidra til diskusjonen om økonomiske hensyn i rettsanvendelsen. I tillegg er det meningen å bidra til undersøkelsen av hvilket teoretisk grunnlag som finnes for hypotesen om effektive rettsregler, se straks nedenfor i 11. Emnet faller innenfor spesiell rettsteori. I resten av dette kapitlet blir problemstillingen nærmere presisert (11.) og avgrenset (12. og 13.). Dessuten blir materiale og metode for arbeidet angitt (14.). Til slutt følger forventningene om resultatet (15.) og det videre opplegget for framstillingen (16.).

11. Rettskildelæren og verdiskapingshensynet.

Utgangspunktet er den rettsøkonomiske hypotesen at rettsreglene, særlig når domstolene har utviklet dem, bidrar til en utvikling mot samfunnsøkonomisk effektivitet. En slik hypotese er bl. a. formulert av dommer Posner i verket *The Problems of Jurisprudence*.² Hypotesen bidrar etter Posners mening til å forklare innholdet av mange rettsregler.³ Rettsregler fremmer verdiskaping på flere måter, bl.a. ved å anerkjenne rettigheter, derunder bytterettigheter; ved å beskytte rettighetene ved erstatning og straff; ved å beskytte bytteprosessen gjennom kontraktsretten; ved å etablere prosessregler til konfliktløsning.⁴ Amerikanske resultater gir en viss empirisk støtte for hypotesen.⁵

Ut fra kravet til vitenskapelige forklaringer bør hypotesen om effektive rettsregler bygges ut med en teori som beskriver hvordan effektive rettsregler blir skapt. Utgangspunktet for slike drøftelser er at en forklaring er bedre jo mer detaljerte beskrivelsene kan gjøres.⁶

¹En rekke samfunnsøkonomiske begreper er definert i et appendiks. Kapittel 3 viser hvordan begrepet samfunnsøkonomisk effektivitet kan anvendes på rettsregler.

²POSNER *Jurisprudence* s. 353-92, særlig s. 356 og 374. Se også COOTER & ULEN s. 5-12 og 497-99 og POSNER *Economic Analysis of Law* s. 21, 23-24, 229-33, 240-41 og 527-28. I artikkelen *The Problem of Social Cost* (*Journal of Law & Economics* 3 1960, s.1-44; trykket i COASE s. 95-156) gir Ronald Coase en analyse som dels støtter hypotesen direkte, se COASE s. 132-33, dels har gitt inspirasjon til det videre arbeidet med å formulere og teste hypotesen, LANDES & POSNER s. 6-8 og POSNER *Economic Analysis of Law* s. 20. Sammen med Guido Calabresis artikkel om erstatningsretten fra samme år, blir Coases artikkel regnet som den første moderne rettsøkonomiske analysen, se f.eks. VELJANOVSKI s. 21-23. I avsnitt 44. vises at økonomisk analyse ble brukt i dansk-norsk juridisk argumentasjon også for 100 år siden. Og i kapittel 5 nevnes noen nyere norske utsagn i rettsvitenskapen som langt på vei faller sammen med effektivitetshypotesen.

³POSNER *Jurisprudence* s. 353 og 374.

⁴POSNER *Jurisprudence* s. 357.

⁵POSNER *Jurisprudence* s. 358; LANDES & POSNER s. 24, note 56.

⁶ELSTER *Nuts and Bolts* s. 6-7.

Rettsøkonomisk teori har lansert flere teorier som skal beskrive mekanismene bak hypotesen om effektive rettsregler. Ett forslag er teorien om at ineffektive regler møter større motstand enn effektive. Denne mekanismen er en evolusjonær prosess hvor ineffektive løsninger har høyere sannsynlighet for å komme opp til avgjørelse på ny enn effektive.⁷ En annen type beskrivelser er at dommere bevisst vektlegger verdiskapingshensynet i rettsanvendelsen, direkte eller indirekte. En indirekte mekanisme er at dommeren transformerer effektive sosiale normer til rettsregler.⁸ En mer direkte mekanisme er at dommeren bruker økonomisk intuisjon og kunnskap ved løsningen av rettslige konflikter. I dette arbeidet blir bare denne mer direkte mekanismen behandlet.

Hvis dommere ønsker å legge vekt på verdiskapingshensynet, er det av betydning om det eksisterer motiverende normer i tilknytning til dette emne. Normene i rettskildelæren kan i så fall være en mekanisme som supplerer den at dommere er rasjonelle beslutningstakere, se i petitavsnittet nedenfor. Hvis gjeldende normer binder dommeren til analysetyper som gjør det vanskelig å nå fram til effektive løsninger, er den direkte metoden mindre rimelig som mekanisme bak effektivitetshypotesen. Hvis normene oppmuntrer til overveielser som er konsistente med hypotesen om effektivitet, er den direkte mekanismen mer rimelig som del av en teori om effektive rettsregler. Jo mer rimelige mekanismer, desto mer realistisk rettsteori gir hypotesen når alt annet er likt.⁹

Ut fra dette må det settes opp tre grunnvilkår for at verdiskapingshensynet skal få gjennomslag (på den direkte måten) ved utformingen av materielle rettsavgjørelser. For det første må teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet være relevant rettskildemateriale. For det andre må teorien gi grunnlag for slutninger om hvilke avgjørelser som framfor andre fremmer verdiskaping. For det tredje må hensynet til verdiskaping få vekt ved den samlede avveiningen av argumenter. Svarene på relevans-, slutnings- og vektspørsmålene i rettskildelæren kan dermed bidra til å forklare rettsreglene. Det første skrittet i en slik vurdering er å spørre om hypotesen om effektive rettsregler a priori virker mer eller mindre rimelig ved en nærmere analyse av rettskildelæren og utvalgte rettskildefaktorer.¹⁰

⁷POSNER *Jurisprudence* s. 360. En oversikt over spesiallitteraturen er gitt i ARANSON s. 51-84.

⁸OTT & SCHÄFER s. 8-9. Den indirekte metoden blir noen ganger kalt den strukturelle metoden i rettsanvendelsen for å markere motsetningen til bruken av nyttekostnadsanalyse i rettsanvendelsen som er den direkte metoden. Se avsnitt 42. om slutningsprosessen for denne strukturelle metoden.

⁹FØLLESDAL, WALLØE & ELSTER s. 58, jfr. s. 113.

¹⁰Formuleringene i dette avsnittet kan skape et inntrykk av at det er større enighet i rettskildeteorien enn det faktisk er om hvordan det er mest fruktbart å formulere rettskildefråsene. Dette er søkt varetatt ved enkelte kommentarer til den løpende bruk av rettskildelæren. Se særlig kapittel 3 (petitavsnittet innledningvis) og 4 (petitavsnittet i 41.). Jeg takker Jan Helgesen for at han gjorde meg mer klar over dette forholdet og for hans svært nyttige kommentarer til problemene som de to petitavsnittene behandler. Helgesen har dessuten vært tilgjengelig for mer generelle meningsutvekslinger om rettskildeteoretiske problemer som emnet reiser.

I økonomisk teori, og store deler av samfunnsvitenskapen ellers, er det vanlig at adferd blir forklart ved å beskrive den observerte handling som resultatet av et rasjonelt valg.¹¹ Å velge rasjonelt vil si å velge slik at beslutningen har det best mulige utfall for beslutningstakeren, når hans egne ønsker og oppfatninger blir lagt til grunn.¹² Blant andre Posner framhever at det er mer problematisk å bruke rasjonalitetsantakelsen til å forklare dommeradferd enn annen individuell adferd, fordi forfatnings- og prosessreglene er utformet for å gjøre dommerne skjernet fra påvirkning.¹³ Samtidig hevder Posner at argumenter om rasjonell arbeidsdeling mellom statsmaktene samt alminnelige godhetsvurderinger taler for at verdiskaping er et attraktivt mål å forfølge for dommere.¹⁴

Det er et åpent spørsmål om normer og sosiale institusjoner i prinsippet kan reduseres til strategier for rasjonelle valg. Når det stilles spørsmålet om normene i rettskildelæren bidrar til samfunnsøkonomisk effektivitet, er det uten ambisjoner om å gjennomføre en slik reduksjon. Tvert i mot antas at normer på tre måter inngår i en utvidet modell for rasjonelle valg.¹⁵ For det første kan rettskildeprikkene være sosiale normer internalisert i dommerens preferansestruktur. For det andre kan normene være ikke-internaliserte, sosiale normer for den gruppen jurister som dommeren tilhører slik at han møter uformelle sanksjoner på normbrudd. For det tredje kan dommeren møte formelle sanksjoner på normbrudd. Uansett om sanksjonene er formelle eller uformelle, medbestemmer de fordelene og ulempene ved dommerens handlemåte.

Rettskildelæren er etter dette en mulig mekanisme som kan forklare dommerbeslutninger hvis det antas at den motiverer dommere. Men normene kan både tillate og pålegge dommere å ta hensynet til verdiskaping i betraktning ved avgjørelser de lege lata. I det første tilfellet har dommeren kompetanse, dvs. rettslig evne. Hvis dommerne har kompetanse, men i tillegg frihet, kan normene bare bidra til forklaring ved at effektivitetshypotesen ikke er mot intuisjonen (nødvendige, men ikke tilstrekkelige betingelser for at dette kan være en mekanisme bak effektive regler). Kompetansen kan også være kombinert med plikt. Hvis dommerne har både kompetanse og plikt til å fremme verdiskaping, kan normene gi et mer selvstendig bidrag til at effektivitetshypotesen blir mer sannsynlig. Jo strammere plikt, desto sterkere bidrag. Rettsreglene blir da forklart ved å vise til at dommerne treffer rasjonelle valg i vid mening.

I tillegg til det rettsteoretiske perspektivet har spørsmålet om hensynet til verdiskaping i rettskildelæren en praktisk side. Et fullgodt svar på dette spørsmålet vil klargjøre hvorvidt og hvordan dommere åpent kan forfølge målet om størst mulig verdiskaping. Svarene har derfor praktisk interesse for dommere hvis de ønsker å fremme hensynet i profesjonell virksomhet. For det første får de svar på spørsmålet om det er tillatt eller plikt til å legge vekt på dette i rettsanvendelsen. For det andre får de svar på spørsmålet om hvordan de kan bruke friheten (eller

¹¹COOTER & ULEN s. 1, 7 og 11; ELSTER *Introduction* s. 27 og *Nuts and Bolts* s. 13; FRANK s. 17, Jfr. s. 4-5; POSNER *Jurisprudence* s. 362 flg.

¹²ELSTER *Nuts and Bolts* s. 22.

¹³POSNER *Jurisprudence* s. 372. Se også POSNER *Economic Analysis of Law* s. 505-506.

¹⁴ POSNER *Jurisprudence* s. 360, 372, 388 og 391.

¹⁵ECKHOFF & SUNDBY s. 130-131; ECKHOFF *Rettfærdighet* s. 18-21; EIDE s. 8-11; HELGESEN.

oppfylle plikten) til å ta hensyn til verdiskapingen.¹⁶ Innenfor spørsmålsrammen er det sterk sammenheng mellom den dogmatiske problemstilling om hva rettsreglene faktisk går ut på og den teoretiske problemstilling som er å forklare deres innhold. Sammenhengen kommer til uttrykk ved at de tre spørsmålene i rettskildelæren er relevante for begge problemstillingene.

12. Positiv avgrensning: Lokale miljøskader.

I dette arbeidet velger jeg ett miljøproblem brukt som illustrasjonsmateriale. Dette gjennomgående, konkrete eksempelet skal hindre at framstillingen blir for utflytende og abstrakt. Eksempelet er at en margarinfabrikk slipper ut fett og annet avfall i en fjord. Andre brukere av fjorden blir påført ulemper. Oppdrettsfiskere i nabolaget får dårligere kvalitet på sine produkter og høyere kostnader til vedlikehold av utstyret. Innkommende fiskebåter får lignende type tap. Friluftsmennesker (sportsfiskere og badere) får redusert nytte av fjorden.¹⁷

Gjennom eksempelet skal det vises at økonomisk analyse kan kaste lys over såvel offentlig-rettslige som privatrettslige løsninger på miljøproblemene. Dessuten kan både tingsrett og erstatningsrett bli belyst med å variere antakelsene om hvor hyppig og påregnelig utslippene skjer, se kapittel 3.

Analysen i dette arbeidet er forøvrig ikke bare relevant for bestemte former for lokale forurensninger. Den underliggende logiske struktur er også tilstede i andre konfliktsituasjoner, f.eks. bilulykker.¹⁸ Når jeg har valgt å formulere problemet som miljørettslig er det først og fremst fordi miljøproblemene idag er særlig aktuelle.

¹⁶I tillegg arbeider mange jurister med lovgivning. Lovgiveren kan ha verdiskaping som mål med sin virksomhet, se f.eks. § 1-1 i forslag til ny konkurranselov, NOU 1991:27 *Konkurranse for effektiv ressursbruk*, med kommentar på s. 82 flg. Se videre om hovedhensynene bak forslaget til skattereform i NOU 1989:14 *Bedrifts- og kapitalbeskatningen - en skisse til reform* s. 17. Se også avsnitt 44. nedenfor om forarbeidene til forurl. kap. 8 om utvidet forurensningsansvar. I alle disse tilfellene har lovrådgivere implisitt eller uttrykkelig måttet svare på spørsmål om reglene bidrar til samfunnsøkonomisk effektivitet. Siden lovrådgiverens yrkesrolle er forskjellig fra dommerens, ligger en nærmere vurdering av lovrådgiverens stilling i prinsippet utenfor problemstillingen her, se avgrensningen i avsnitt 12.

¹⁷Eksempelet er fra pensumboka i sosialøkonomi til juridikum i Oslo, RINGSTAD s. 127. Ved å hente eksempelet herfra blir det markert på en praktisk måte hvordan sosialøkonomi kan være nyttig for jurister. Meningen er også å markere at lærebokforfattere i sosialøkonomi sjelden drøfter hvordan rettsreglene påvirker miljøbruken. Hensikten er imidlertid ikke å vise hvordan innsikt i rettssystemet kan forbedre økonomiske analyser, men å vise hvordan økonomisk innsikt kan inngå i rettsanvendelsen. Selv om diskusjoner av denne typen kanskje kan fremme begge formål, så er formålet med dette arbeidet begrenset til det som blir sagt om dette ellers i avsnitt 11. Andre som diskuterer slike spørsmål kan ha til hensikt å endre tenkemåten blant økonomer, COASE s. 30-31, jfr. forordet (p. vii).

¹⁸POLINSKY s. 95-96.

13. Negative avgrensninger.

Analysen er norm-deskriptiv hvis ikke annet blir sagt. Muligheten for å bruke teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet ved rettskildeløpene blir altså holdt utenfor.¹⁹ Forutsetningen begrenser den teoretiske analysen fordi det vil gjenstå å forklare selve rettskildeløpene. Forutsetningen begrenser på samme måte den praktiske siden av problemstillingen fordi jeg holder utenfor hvordan rettskildeløpene (normene) selv blir avgjort og begrunnet.

Den andre avgrensningen er at andre godhetsvurderinger enn verdiskapingshensynet ikke vil bli analysert. Verdiskapingshensynet kan falle sammen med eller gi samme argumenter som vurderingstyper av annen art. Hensynet til verdiskaping er f.eks. en moral- og rettferdighetsvurdering blant flere, men det er ikke sikkert at andre moral- og rettferdighetsvurderinger gir andre argumenter i rettsanvendelsen selv om de overfladisk sett fortøner seg annerledes.²⁰ Derfor er det ikke på forhånd klart hvor omfattende betydning denne avgrensningen har.

Den tredje avgrensningen er mot bruken av teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet ved fakta- og bevisvurderinger. Det betyr at problemer om subsumsjon ikke blir omtalt. Domsfakta og andre individuelle data er bevisst utelatt.

Det er et overveid valg ut fra hensikten med arbeidet at gjennomføringen er begrenset på denne måten. Arbeidet er etter dette et begrenset svar på spørsmål med den innbyrdes sammenhengen som ble påvist i avsnitt 11.

14. Materiale og metode.

Materialet som blir brukt er dels rettsøkonomisk teori²¹ (avsnitt 31. og 32.). Og dels teoretiske framstillinger av rettskildeløpene (kapittel 2, avsnitt 30. og kapittel 4). I tillegg er det valgt ut visse rettskildedata fra tings- og erstatningsretten (avsnitt 42. til 44.). Utvalget av rettskildedata er gjort fra den gruppen av regler som har betydning ved lokale konflikter om miljøbruk mellom fiskerne og fabrikkene som er omtalt i avsnitt 12. For det første servl. § 1 og andre tingsrettslige lovtekster om privat autonomi (avsnitt 42.). For det andre servl. § 7 og andre lovfestede avveiningsnormer (punkt 431.). For det tredje forurl. §§ 1 og 2 om formål og retningslinjer for lovanvendelsen (avsnitt 44). For det fjerde erstatningsrettslig teori om culpa-

¹⁹ECKHOFF & SUNDBY s. 109.

²⁰F.eks. hvis det ene eller begge av to (tilsynelatende) konkurrerende sett av vurderingssystemer er underbestemt, FØLLESDAL, WALLØE & ELSTER s. 112. Posner hevder f.eks. at økonomisk analyse og aristotelisk rettferdighetsteori ikke behøver å gi grunnlag for motstridende slutninger i erstatningsretten, POSNER *Jurisprudence* s. 360 (ved note 6). Se også POSNER *Economic Analysis of Law* s. 243-44, jfr. s. 238-41.

²¹Dette er konsistent med Eckhoffs vurdering av at det "i første rekke [er] samfunnsvitenskapelig teori vi bør hente lærdom fra." ECKHOFF *Empiriske metoder* s. 36.

normen (punkt 432.). For det femte forurl. kap. 8 og eldre erstatningsrettslig teori om objektivt ansvar og erstatningsutmåling (avsnitt 44.). Hvilke slutninger materialet gir grunnlag for, går fram av den løpende framstillingen og kapittel 5.

Metoden er å analysere kjent materiale fra et nytt teoretisk utgangspunkt, jfr. avsnitt 11. Oppgaven er å lete etter mekanismer som kobler sammen den juridiske og økonomiske beslutningsmodellen. Forutsetningene i eksempelet blir variert for å få fram at at metoden har mange anvendelser. Den valgte metoden kan kalles analytisk.²²

Den konkrete angrepsmåten er omvendt av den som vanligvis blir brukt i juridiske arbeider. Slike starter gjerne med detaljstudier av enkeltavgjørelser og ulike lovtekststeder, som deretter bntes sammen til grunnlag for mer generelle slutninger. Den bærende begrunnelsen for metoden som er valgt, er at senere innsamling av observasjoner blir mer fruktbar med en forutgående hypotese, begrepsdannelse og teori, jfr. avsnitt 11. Derfor er det prinsipielle grunner som gjør denne metoden til den best mulige. Tidsrammen for arbeidet gjør dessuten praktisk sett den tradisjonelle angrepsmåten utelukket.

15. Forventning om resultat.

Siktemålet med den følgende framstilling er å påvise at økonomisk analyse er en beslutningsmetode som har mange anvendelser, også innen jussen. Og så langt som mulig gi et et bidrag til at en rettsøkonomisk analyse og diskusjon kommer igang.

Selv om ambisjonsnivået i denne omgang ikke kan settes høyt, ventes en viss støtte støtte for noen generelle påstander om forholdet mellom verdiskapingshensynet og juridisk argumentasjon. På det praktiske plan gjelder denne forventningen for det første påstanden: Hvis rettslig argumentasjon skal være forsvarlig, bør hensynet til høyest mulig miljøverdi (verdiskapingshensynet) påvirke den rettslige argumentasjonen. For det andre: Hvis rettslig argumentasjon skal være åpen, bør økonomisk analyse inngå åpent i den rettslige argumentasjonen. På det teoretiske plan ventes støtte for påstanden: Hvis rettsstudier av positive, dommerskapte regler har egenskaper som er konsistente med effektivitetkrav, er ikke dette overraskende på bakgrunn av en analyse av normene for rettsanvendelse som har til formål å belyse dette spørsmålet.

²²Eckhoff & Sundby omtaler arbeider innenfor den såkalte analytiske gren av rettsfilosofien som å dissekere, ordne og skille rettslige grunnbegreper, samt "[å] trenge inn i de ulike former for sammenheng og samspill som det er mellom de forskjellige elementene i et rettssystem og mellom rettslige og ikke-rettslige faktorer i samfunnslivet." ECKHOFF & SUNDBY s. 12. Posner omtaler analytisk filosofi som studiet av "normative problems about reasons and reasoning", POSNER *Jurisprudence* i forordet (p. xii).

16. Videre opplegg.

Opplegget videre er å drøfte spørsmålene om relevans, slutning og vekt når teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet er materiale, jfr. avsnitt 11. Det første spørsmålet er om teorien kan anses som en rettskildefaktor (kapittel 2). Deretter kommer spørsmålet hvordan slutninger blir trukket fra rettskildefaktor til argument (kapittel 3). Endelig stilles spørsmålet hvilken vekt argumentene som teorien bærer har i den samlede avveiningen av argumenter (kapittel 4). Til slutt blir betingede konklusjoner oppsummert (kapittel 5).

2. SPØRSMÅLET OM RELEVANS.

Spørsmålet om relevans stilt til teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet er om den er et sted det kan hentes argumenter fra.²³ En annen formulering er om verdiskapingshensynet kan eller skal tas i betraktning ved dommerens vurderinger (avveininger).²⁴ Ved begge formuleringer sier vi at samfunnsøkonomisk effektivitet er en rettskildedefaktor, men formuleringene peker mot to betydninger av betegnelsen rettskildedefaktor, nemlig som argumentbærer (-kilde) og som argumentinnhold (-type).²⁵ Dette problemet kommenteres noe nærmere i kapittel 4 (avsnitt 41.).

Utgangspunktet er at dommeren må begrunne sin avgjørelse. I rettskildelæren blir det drøftet hvilke rettskildedefaktorer dommeren kan bruke for å grunngi avgjørelsen. Spørsmålet er om normene for valg av rettskildedefaktorer tillater rettsanvenderen å utlede argumenter fra teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet.

Generell norsk rettskildelære anerkjenner at godhetsvurderinger er rettskildedefaktor.²⁶ Godhetsvurderinger er både vurderinger av den regel man subsumerer faktum under og dessuten vurderinger av den individuelle løsning som subsumsjonen i det foreliggende tilfellet resulterer i.²⁷ Hensynet til høyest mulig miljøverdi er en godhetsvurdering og kommer inn i rettsanvendelsen på to ulike måter.

I en konkret sak kan det for det første være at en regel A vil gi andre enn sakens parter oppfordring til å bruke miljøet bedre enn regel B. Vurderingen er da et argument for å velge A. Hvis f.eks. margarinfabrikken er objektivt ansvarlig for farlig avfallsteknologi, så bør erstatningen dekke mest mulig av det reelle tapet i økonomisk forstand hos fiskerne og friluftsbrukerne, se 3222. nedenfor. For det andre kan det være slik at sakens parter vil bruke miljøet bedre ved valg av løsning X framfor løsning Y. Vurderingen er da et argument for å velge X. Hvis f.eks. fabrikken og grunneierne har et eldre etablert rettsforhold, bør nabo- eller servituttrettslige grunnsetninger åpne for revisjon av forholdet etter en interesseavveining hvis nye bruksmuligheter gjør fjorden vesentlig mer verdifull for grunneierne.

²³ECKHOFF *Rettskildelære* s. 20-21, jfr. s. 15.

²⁴ECKHOFF *Rettskildelære* s. 18. Se f.eks. også ENG s. 281n.

²⁵HELGESEN. Dette er et mer implisitt poeng hos ECKHOFF *Rettskildelære* s. 21-22; AARBAKKE *Kutymen* s. 433 og *Harmonisering* s. 499-500 og 508. Det er eksplisitt omtalt i EVJU s. 15-16 (Evju krediterer Helgesen for termene argumentkilder og argumenttyper på s. 1).

²⁶ECKHOFF *Rettskildelære* s. 18,19,305-306 og 307 flg. Andre betegnelser er "reelle hensyn", "rettspolitiske hensyn" og "reale hensyn" op. cit. s.19. I eldre litteratur ble "Sakens natur" brukt. Uttrykket omfatter sikkert det vi i dag kaller godhetsvurderinger, se f.eks. STRØMHOLM s. 348; SMITH s. 572. Aarbakke bruker betegnelsen "verdinormer", AARBAKKE *Skatt* s. 27.

²⁷ECKHOFF *Rettskildelære* s. 307.

Det kan godt være sammenfall mellom de to typene bruk av hensynet til maksimal miljøverdi. Men det kan også være motstrid mellom individuell og generell godhet. Derfor er det grunn til å skille de to typene bruk av verdiskapingshensynet fra hverandre.²⁸ I det følgende er jeg mest opptatt av de generelle miljøvirkningene fordi jeg i kapittel 1 har avgrenset emnet i forhold til individuelle domsfakta og subsumsjon.

Konklusjonen så langt er at teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet generelt og hensynet til høyest mulig miljøverdi spesielt, etter gjeldende rettskildelære, er rettskildefaktor når dommeren begrunner sitt valg av løsning de lege lata.²⁹ Konklusjonen sier bare at teorien generelt sett er relevant. Hvorvidt argumenter fra teorien faktisk blir brukt i konkrete saker, er et annet spørsmål. For å ta standpunkt til om et argument faktisk skal bli brukt, er det nødvendig å ta mer nøyaktig stilling til hvilke argumenter teorien egentlig inneholder. Dermed er slutningsspørsmålet reist. Dette spørsmålet drøfter jeg i kapittel 3. Konklusjonen sier heller ikke noe om hvor stor betydning eller gjennomslagskraft hensynet til verdiskaping har eller hvilke mekanismer som gir hensynet økt tyngde. Dette blir drøftet nærmere i kapittel 4.

²⁸BENGTSON s. 687.

²⁹For generell **ekspisitt** støtte i rettskildeteorien for denne konklusjonen: BOE s. 677 (samfunnsvitenskapelig teori kan være forutsetning og premiss for normative slutninger); CHRISTIANSEN s. 9, 10 og 13 (rasjonell og effektiv ressursallokering er en relevant økonomisk faktor); ECKHOFF *Juss, moral og politikk* s. 85 (økonomene svarer på praktiske spørsmål på grunnlag av teoretisk innsikt og dette har tildels også kommet rettsanvendelsen til gode); PECZENIK s. 526 (overgripende etiske teorier som Calabresis rettsøkonomiske vurderinger og Hares utilitarisme kan inngå i den juridiske argumentasjonen); SMITH s. 572; STRØMHOLM s. 278 (rettsøkonomien skjerper effektivitets- og rasjonalitetskravene på rettsordenen). Som generell **implisitt** støtte kan man anføre utsagn som sier at teorien er relevant i rettspolitikken, siden forfatterne av slike utsagn oftest må kunne forutsettes å tillegge argumenter fra rettspolitikken relevans også i rettsanvendelsen, se HELLNER *Lagstiftning* s. 252, 253 jfr. s. 174-179. For støtte i **spesielle** juridiske disipliner, se kapittel 4 om tingsretten, erstatningsretten og annen miljørett.

3. NYTTE-KOSTNADSKRITERIET.

Spørsmålet om slutning er hvordan man går fram for å utlede konkrete argumenter fra teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet.³⁰ Denne formuleringen skjuler et viktig skille. Ett spørsmål er hvilke normer som styrer slutningen. Dette kan kalles slutnings- eller metode-spørsmålet.³¹ Et annet spørsmål er hvilket saklig innhold slutningsprosessen har. Hvilke bestemte krav til rettsreglenes materielle innhold følger av målsettingen om samfunnsøkonomisk effektiv bruk av miljøressursene? I avsnitt 30. tas standpunkt til slutnings- eller metodespørsmålet. Dessuten pekes det på problemer dommere kan møte når de vil overholde slutningsnormene. Resten av kapittel 3 redegjør for hvilket saklig innhold slutninger i privat miljørett kan ha.

Slutningsspørsmålet kan også formuleres som vilkåret for at en rettskildefaktor skal være relevant i det enkelte tilfellet, dvs. ha spesiell relevans.³² Det er da tilstrekkelig med en tvedeling av problemene i relevans og vektspørsmål. For å organisere framstillingen i dette arbeidet har det vært hensiktsmessig å skille ut slutningsspørsmålet til separat behandling.³³ Dette viser at en tredeling av spørsmålene i rettskildelæren kan være nyttig. Om tredelingen alltid er like nyttig, tas det ikke standpunkt til.

I tillegg til å gi argumenter direkte, kan kunnskap om hva som er samfunnsøkonomisk effektivt også ha mer indirekte betydning ved slutningen fra andre rettskildefaktorer, f.eks. ved å være moment ved språklig tolkning av lovtekster. Dette tas med i kapittel 4 hvor det spørres hvilken samlet innvirkning hensynet til verdiskaping kan få ved rettsanvendelsen.

30. Slutningsspørsmålet.

Slutnings- eller metodespørsmålet er hvilke normer som gjelder for rettslige begrunnelser som viser til at "samfunnsøkonomisk effektivitet" tilsier én løsning framfor en annen. Det kan skilles mellom et prinsipielt grunnkrav til metoden på den ene siden (301.) og de praktiske implikasjonene av grunnkravet på den andre siden (302.).

³⁰[F]or å kunne bruke rettskildefaktorene på en forsvarlig måte trengs ikke bare innsikt i hva som er relevant, og i hva som er spesielt viktig å undersøke. Man må også ha evne til å utlede argumenter fra de enkelte faktorer," ECKHOFF *Rettskildelære* s. 21. Ifølge AARBAKKE *Skatt på inntekt* s. 33 er et hovedspørsmål om rettsmetode "[h]vorledes man kan hente veiledning fra den enkelte rettskildetype". Dessuten må metoden bli noe forskjellig for de ulike typer av rettskilder (l.c.). Og i tillegg: "[D]e rettskilder hvis bruksmåte er vanskeligst å klarlegge, er verdipremissene." (op.cit. s. 34). (Understrekninger i originalen)

³¹AARBAKKE *Kutymen* s. 433; SUNDBY *Om normer* s. 277-78.

³²Dette er f.eks. Eckhoffs terminologi i avsnittet om formålsbetraktningers relevans og vekt. ECKHOFF *Rettskildelære* s. 89-90.

³³Smlgn. ECKHOFF *Rettskildelære* s. 24.

301. Grunnkravet til slutningsprosessen.

Et formelt utgangspunkt ved vurderingen av slutningsspørsmålet er at dommeren må følge de normene som er innarbeidet i samfunnsvitenskapen for effektivitetsvurderinger. Hvis dommerne ikke gjør det, så er det ikke "teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet" som er slutningsgrunnlaget. Dette er en formalistisk formulert begrunnelse, siden jeg først forutsetter at dommeren tar sikte på bruke verdiskapingshensynet i begrunnelsen. En materiell begrunnelse er at utøverne av akademiske disipliner bør internalisere visse forpliktende fellesnormer for faglig argumentasjon. Sterke reelle hensyn ligger til grunn for å ha felles normer for faglige vurderinger. Spørsmålet er så om andre rettskildedefaktorer kan endre utgangspunktet.

Spørsmålet er ikke løst i noen lovtekst. Heller ikke i rettspraksis har en dommer uttalt at egne normer gjelder for hvordan man tar standpunkt til hvilke regler som leder til samfunnsøkonomisk lønnsomhet. I rettskildeteorien har empiriske metoder i rettsanvendelsen vært diskutert.³⁴ Hvis det gjelder andre normer for dommere enn for andre om bruk av empiriske metoder, ville det være et argument for at det kan finnes egne dommernormer for godhetsvurderinger også. Men ingen synes å hevde at dommere er beskyttet mot kritikk for å ha lagt lite rimelige hypoteser til grunn for sine rettsavgjørelser. Hans Petter Graver kan være inne på dette når han antyder at økt bruk av empiriske metoder ikke ville ha forandret dommernes avgjørelser.³⁵ Men grunnen til dette kan være at dommere stort sett er flinke til å velge de hypotesene som ytterligere empirisk forskning viser seg å styrke.

Analogislutninger fra andre slutningsnormer gir dessuten en viss autoritativ støtte for at sosialøkonomiske resonnementer skal brukes. De alminnelige språknormene er som hovedregel avgjørende ved slutninger fra lovtekst. Unntaksregelen for tekniske uttrykk trekker i samme retning: Dommeren må følge slutningsnormene for bransjen eller faget. Og ved slutninger fra folkeretten må norske domstoler anvende folkerettskildelæren for å finne ut om folkeretten stiller krav til norsk rett. Ved slutninger fra disse rettskildedefaktorene må altså dommerne følge slutningsnormer som er dannet i andre sosiale (rettslige) systemer enn i "dommersamfunnet" selv. Det gir støtte for at det samme kan gjelde andre rettskildedefaktorer også, som f.eks. teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet, når reelle hensyn som nevnt tilsier normering av faglige vurderinger.

Et mothensyn til det foregående er at dommeren ikke bør påtvinges begreper og en vurderingsmåte som føles fremmed. Særlig i situasjoner med tidspress veier dette hensynet svært tungt og vil komme på spissen hvis dommerens skolering i samfunnsfag er mindre bred.

³⁴ECKHOFF *Empiriske metoder*; GRAVER *Den juristskapte virkelighet* kapittel 7 (s. 140-88).

³⁵GRAVER *Den juristskapte virkelighet* s. 166.

Dommeren vil imidlertid lett kunne løse konflikten mellom disse motstridende hensynene ved å bygge på andre begrunnelsestyper enn verdiskapingshensynet. Og dessuten må han stå betydelig friere i forhold til samfunnsfaglig teori dersom han bruker løsere begreper og betegnelser på samfunnshensyn for å markere at han ikke påberoper den autoriteten som måtte ligge i de faglige vurderingene.

Alt i alt må konklusjonen være at dommeren ikke er ubundet av begreper og teorier som er alment akseptert i samfunnsvitenskapelig analyse. Hvor sterk bindingen er, kan imidlertid ikke formuleres som en firkantet regel. En elastisk retningslinje er mer hensiktsmessig: Jo mer dommeren påkaller faglig autoritet ved språkbruken i begrunnelsen, desto mer bundet bør han være. Bruker dommeren uttrykk som "samfunnsmessige hensyn" eller lignende skaper språkbruken svake bindinger. Bruker han derimot betegnelser som "verdiskaping" øker bindingen. Og en betegnelse som "samfunnsøkonomisk effektivitet" har et forholdvis festnet faglig innhold slik at bindingen med ett må bli mer følbart. Med "binding" tenker jeg f.eks. på at dommeren kan risikere kritikk for sin begrunnelse. Men også andre formelle og uformelle sanksjoner kan være aktuelle, jfr. petitavsnittet på side 3.

Ut fra samfunnsfaglig almenkunnskap blir grunnkravet til slutningsprosessen etter dette at dommeren bør følge retningslinjene for nytte-kostnadsanalyse som er trukket opp i sosialøkonomien.³⁶ (Jeg forutsetter nå at dommeren er innstilt på å anføre verdiskapingshensynet som ledd i sin begrunnelse). Slutningsprosessen for hensynet til verdiskaping er derfor å anvende nytte-kostnadskriteriet som beslutningsregel. Dermed blir det nødvendig å si mer om hva dette kriteriet er.

Nytte-kostnadskriteriet er en generell beslutningsregel i den forstand at flere typer beslutnings-takere kan bruke den til å treffe mange slags valg.³⁷ For individer sier beslutningsregelen: Hvis (den forventede) nytten av å gjøre x er større enn (den forventede) kostnaden ved å gjøre x, gjør x, men ellers ikke.³⁸ For samfunnet går regelen ut på at nåverdien av et offentlig prosjekts virkninger på samfunnet skal være (størst mulig) positiv.³⁹ For miljøgoder sier regelen at et miljøgode bør vernes, eller gjøres tilgjengelig, hvis og bare hvis kostnaden ved verner er mindre enn samlet betalingsvillighet.⁴⁰ For dommere er regelen, upresist formulert for miljøregler, at hvis en miljørettslig løsning framfor en annen gir større samlet nytte enn

³⁶Forbehold må tas for at sosiologiske (og spillteoretiske) teorier om effektive, sosiale normer også kan gi svar på hvilke rettslige løsninger som fremmer verdiskapingen, smlgn. note 8. Disse teoriene ble det avgrenset mot i kapittel 1.

³⁷Se f.eks. FLEISCHER *Juridiske virkemidler* s. 89 og USSING s. 66 (jfr. Ussing-eksempel nummer seks i 4432.).

³⁸FRANK s. 5.

³⁹BOHM s. 160.

⁴⁰HYLLAND s. 300.

kostnader, bør løsningen velges.⁴¹ Oppgaven i resten av dette kapitlet er å presisere innholdet av denne beslutningsregelen.

Hvilke miljørettslige løsninger (regler og tolkninger) er mest forenlig med samfunnsøkonomisk effektivitet? Vi trenger to sett teorier og begreper for å svare på spørsmålet. Den ene delen er mikroøkonomisk adferdsteori som har individuell rasjonalitet som kjerne.⁴² Den andre delen er godhetsvurderingen som sier at verdien av miljøressursene skal være størst mulig. Slutningsgrunnlaget er altså tvedelt.

Et fullstendig svar på slutningsspørsmålet beror i prinsippet på en analyse av nytte og kostnader som viser summen av alle fordeler og ulemper ved alle tenkelige reformer. Mer presist er nytte-kostnadsanalyse systematiske forsøk på å måle og veie sammen alle gevinster og kostnader ved beslutninger, med henblikk på om beslutningen bør treffes eller ikke.⁴³ Når en ideell oppstilling av alle fordeler og ulemper er umulig eller for ressurskrevende, må vi falle tilbake på faglig kvalifiserte gjetninger som gjør oss best mulig rustet til å gjette i hvilke retninger analysene vil slå ut. Gjetninger er nesten alltid nødvendig fordi vi sjelden har tid eller andre ressurser til å foreta ideelle nyttekostnadsanalyser. Ofte må vi gjette svært dristig ved særlig viktige beslutninger. Overslagene når det gjelder tiltak som skal bøte på problemet med global oppvarmning, må f.eks. ikke være sikre for å motivere avtale- og regelproduksjon. Poenget er ikke at slutningene er sikre og mulige å bevise, men at beslutningsregelen angir et logisk konsistent skjønnsstema. Dette svarer til situasjonen ved andre juridiske vurderinger. Slutningsprosessen kan være mer eller mindre usikker ved analysen av de andre rettskilde-faktorene også.

302. Praktiske problemer.

En annen sak er hvordan dommeren i praksis skal overholde grunnkravet til slutningsprosessen. Det nøyaktige innholdet av pliktene blir bestemt av prosessreglene og av etablerte oppfatninger i dommerkulturen. Dette spørsmålet drøftes ikke nærmere utover en påpekning av at pliktene kan oppfylles på flere måter. I tillegg til å bygge på egne kunnskaper og ferdigheter kan dommeren avhøre vitner og høre partenes anførsler. Hensynet til rasjonell arbeidsdeling tilsier at dommeren ikke gjør alt selv. Likevel er det flere farer for "kortslutning".

Ett problem er at det som er forenklinger i økonomisk analyse fører til at dommeren og andre jurister avviser analysen fordi den er for abstrakt. Et annet problem er at jurister ikke er vant til

⁴¹Se f.eks. COASE s. 27 og 119; HIRSCH s. 295; POLINSKY s. 10 og 127; POSNER *Economic Analysis of Law* s. 12-15; POSNER *Jurisprudence* s. 387-88.

⁴²Forbehold tas for sosiologisk normteori, jfr. ved note 8 foran.

⁴³GRØNN s. 11; HIRSCH l.c.

å sette seg inn i de beslutningsproblemene som den lovgivende makt står ovenfor. Det er et problem fordi slutningsprosessen for samfunnsteoretisk materiale i prinsippet er den samme i rettspolitisk og rettsdogmatisk argumentasjon. I begge tilfeller er det første spørsmålet man må stille seg hvordan man utleder argumenter fra teorien selv. Teorien forutsetter at beslutningstakeren vurderer samspillet mellom den lovgivende og dømmende makt, se 3224.

Siden problemene nevnt foran er rent praktiske, er utgangspunktet prinsipielt fortsatt at normene for dommerens beslutninger åpner for at det blir lagt vekt på hensynet til verdiskaping, jfr. kapittel 2. Det er derfor en naturlig oppgave å bearbeide de praktiske problemene. Dette kan gjøres ved å drøfte spørsmålet om noen avgjørelser (regler, tolkninger) framfor andre maksimaliserer miljøverdiene. Bruken av økonomisk analyse illustreres gjennom eksemplet med margarinfabrikken og de andre fjordbrukerne. Siktemålet er dels å vise grunntrekkene i tenkemåten⁴⁴ og dels å utlede noen argumenter gjennom slutningsprosessen som kan brukes videre i kapittel 4.⁴⁵

303. Videre opplegg.

Oppgaven er nå å drøfte hvilke momenter (data, informasjon) domstolene bør legge vekt på (samle inn, ta hensyn til) innenfor eksempelet med margarinfabrikken og fiskerne hvis dommerne ønsker å fremme formålet om maksimal verdiskaping gjennom rettslige beslutninger de lege lata.

Som anført i punkt 301. er slutningsgrunnlaget for verdiskapingshensynet dels et godhetskriterium (størst mulig miljøverdi) og dels en handlingsteori (rasjonell, individuell adferd). Et naturlig første trinn i slutningsprosessen kan derfor være å utlede momenter fra godhetskriteriet først. Karakteristiske trekk ved nytte-kostnadsvurderingen som godhetskriterium tilsier at enighet som har oppstått (i både implisitte og eksplisitte markeder) er et første moment, avsnitt 31.

Neste trinn i slutningsprosessen er å velge de øvrige løsningene (reglene og tolkningene) som etter et faglig kvalifisert skjønn også gjør miljøverdiene størst mulig. Annen del av slutningsgrunnlaget, handlingsteorien, er nødvendig for å utvikle en sammenheng mellom hypotetiske avtaler (rettsreglene), faktisk adferd og miljøverdiene, avsnitt 32.

Den konvensjonelle arbeidsdelingen mellom den lovgivende og dømmende makt overskrides kanskje i den løpende diskusjonen. F. eks. omtales grunner til at hensynet til verdiskaping tilsier bruk av offentligrettslige virkemidler i punkt 3224. Dommeren har i praksis en mindre

⁴⁴Se oppsummeringen i punkt 323. foruten den løpende diskusjon.

⁴⁵Se avsnittene 31. og 32. (3221., 3222. og 3223.).

selvstendig rolle når slike regler skal anvendes, sammenlignet med stillingen i tings- og erstatningsretten. Dette er begrunnelsen for å innskrenke omtalen av slike regler til et minimum, selv om de i praksis vil ha størst betydning for de miljøproblemene som hittil er alment oppfattet som (delvis) uløste. Begrunnelsen for å nevne dem overhodet er at den dømmende makt må se sin rettsanvendelse og rettsproduksjon i sammenheng med regler som produseres og anvendes av Stortinget og ulike forvaltningsorganer, se 3230.

31. Enighet.

Dette avsnittet forklarer hvorfor enighet er et kriterium på samfunnsøkonomisk effektivitet, slik at dommeren under visse forutsetninger fremmer hensynet til verdiskaping ved å håndheve enighet partene imellom.

Samfunnsøkonomisk effektivitet betyr å gjøre verdien av samfunnets ressurser størst mulig.⁴⁶ Miljøet er en ressurs som blir verdsatt. Verdien av miljøressursene er summen av alle personers betalingsvillighet når det gjelder miljøgoder.⁴⁷ Begrepet miljøgode har ingen generell definisjon, men i nytte-kostnadsanalysen verdsettes bare det som er godt for menneskene etter deres egen oppfatning, se straks nedenfor. Derfor tar miljøgodebegrepet utgangspunkt i begrepet betalingsvillighet. Flere aspekter ved fjorden gjør den verdifull. For fiskerne og fabrikken har den bruksverdi. For potensielle badegjester har den opsjonsverdi uavhengig av aktuell bruk. Fjorden kan dessuten ha en bevarings- eller eksistensverdi for miljøbevisste selv om de selv aldri vil bruke fjorden.

Økonomisk analyse måler verdien av fjorden ved å anslå samlet betalingsvilligheten for ulike bruksmåter.⁴⁸ Betalingsvillighet er det miljøbrukerne som gruppe (maksimalt) er villige til å betale for å konsumere en gitt mengde.⁴⁹ Mer presist er betalingsvilligheten for et (miljø)gode: Den største a som er slik at personen svarer ja på spørsmålet: "Godet blir tilgjengelig hvis og bare hvis du betaler a kr. Er du villig til å betale?"⁵⁰ Marginal betalingsvillighet er verdien av hva konsumenten er villig til å forsake av annet konsum for å få en enhet til av konsumvaren, når konsumet allerede er x enheter.⁵¹

⁴⁶POSNER *Economic Analysis of Law* s. 12.

⁴⁷HYLLAND s. 300.

⁴⁸GRØNN s. 135-38; HYLLAND s. 302-04; NAVRUD s. 141-202. inneholder en generell orientering med oversikt over norske undersøkelser.

⁴⁹GRØNN s. 28.

⁵⁰HYLLAND s. 299.

⁵¹GRØNN s. 24.

Miljøverdien er maksimalisert når marginal betalingsvillighet for ulike bruk er lik hverandre. Det ser vi av følgende resonnement: Sett at fiskernes betalingsvillighet for fiske i litt renere fjord er større enn fabrikkens betalingsvillighet for å slippe ut den siste literen fett i fjorden. Dersom fabrikkens reduserer utslippene med en liter, øker nytten for fiskerne mer enn fabrikkens nytte-tap. Fjordens samlede realiserte verdi øker. Omdisponeringer av denne typen vil øke miljø-verdien helt til alle brukere har samme marginale betalingsvillighet.⁵² Bare da er hensynet til verdiskaping fullt ut varetatt.

Hvis det er på det rene at partene i en transaksjon (overflytting av ressurser mellom fiskerne og fabrikkens) var enige på tidspunktet for transaksjonen, bør en dommer som vil fremme verdiskapingshensynet godkjenne og håndheve transaksjonen mellom partene. Grunnen er at et bestemt normativt kriterium kalt paretoeffektivitet som styrer hva som er samfunnsøkonomisk effektivt. En realiserbar allokering A er effektiv hvis og bare hvis det ikke finnes en annen realiserbar allokering B slik at ingen har det verre i B enn i A og minst en person har det bedre i B enn i A.⁵³ Personene bedømmer selv hvordan de har det i A og B. Paretoeffektivitet foreligger således når endringer ikke lenger kan gi større nytte for noen uten at den reduseres for andre.

Som en retningslinje i miljø saker bør etter dette innholdet av frivillige miljøavtaler og annen eksplisitt enighet mellom ulike miljøbrukere respekteres. Resultatet av slike miljøtransaksjoner er alltid en paretoforbedring, dvs. en endring i ressursallokeringen som er slik at minst en person får det bedre uten at noen får det verre.⁵⁴ Det vet en fordi partene har valgt situasjon B (med avtale) foran situasjon A (uten avtale). Dette gjelder først og fremst når avtalene er inngått i eksplisitte og fullt utbygde markeder som når omsetningen av overdragelige utslippskvoter fungerer godt, se 3224. litra d). Men også avtaler i eksplisitte, men mer rudimentære markeder må godtas med samme begrunnelse. For eksempel kan man tenke seg at fiskerne og margarin-fabrikkens har forhandlet seg fram til en avtale om kompensasjonen for fettutslippet.⁵⁵

Retningslinjen forutsetter at alle impliserte parter blir tilgodesett ved en forutgående avtale. Retningslinjens rekkevidde blir dermed sterkt begrenset fordi slike avtaler av en rekke grunner ofte overhode ikke blir inngått. Og hvis en avtale mellom alle fiskerne og fabrikkens skulle bli inngått, er det likevel ikke sikkert at alle interesser blir tilgodesett, f.eks. uorganiserte friluft-interesser. I praksis er avtaler om forurensning bare mulig hvor representanter for de berørte

⁵²Resonnementet forutsetter at betalingsvillighet og reservasjonspris er like store. Formueseffekter og psykologiske effekter gjør at dette ikke gjelder generelt, men denne komplikasjonen ses det bort fra her. Herbert Hovenkamp tar i artikkelen *Legal Policy and the Endowment Effect* opp problemer som knytter seg til ulikhet mellom betalingsvillighet og reservasjonspris, se HOVENKAMP.

⁵³GRØNN s. 20-21.

⁵⁴GRØNN s. 22.

⁵⁵Grannelova § 1 omtales nærmere i avsnitt 42.

partene lett kan komme sammen. Enighetssynspunktet har derfor særlig verdi ved begrenset, stadig forurensning og ved normal miljøskaderisiko, se avsnitt 42. nedenfor. Utenfor disse tilfellene må dommeren bygge på et skjønn om hva en hypotetisk enighet mellom alle impliserte parter ville gått ut på. Dette er tema for diskusjonen i avsnitt 32.

En viktig reservasjon i retningslinjen om å vektlegge enighet er at avtalen må være inngått frivillig. Et vanskelig problem i praksis er å ta stilling til hva som skal regnes som enighet og frivillighet. Dette finner man liten veiledning om i sosialøkonomien som ikke har utviklet detaljerte krav til frivillig inngåtte avtaler. Mangelen avhjelpes ved at avtaleretten fyller tomrommet. Avtalerettslige regler er altså i denne sammenheng ikke gjenstand for økonomisk analyse. Tvert om er de nødvendige premisser i den økonomiske analysen.⁵⁶

En annen mulighet enn eksplisitte bytter er at ulike former for mer implisitte bytte (utenfor markedet) finner sted mellom fjordbrukerne. Det kan tenkes en skala slike bytter fra ren utveksling av naturaprestasjoner i den ene enden, til det å følge gjensidig fordelaktige sosiale (samarbeids)normer i den andre enden. Et eksempel på naturalbytter er at fiskerne har kommet til forurensningen med åpne øyne for å oppnå andre fordeler som kanskje fabrikken er med å skape, f.eks. et distribusjonsnett, kaianlegg, osv. Et eksempel på spontant samarbeid er at det over tid utvikler seg visse lokale, sosiale normer (sedvaner) for bruken av fjorden m.h.t. tider og sted for fiske og fettutslipp. På visse betingelser er sosiale normer om dette i tråd med verdiskapingshensynet etter moderne sosiologisk teori. Dette leder imidlertid over i betraktninger som etter kapittel 1 ligger utenfor siktemålet med dette arbeidet.⁵⁷

32. Hypotetisk enighet.

En teknikk for å anvende nytte-kostnadskriteriet er å verdsette miljøet ved hypotetiske avtaler.⁵⁸ Grunnen er at definisjonen av betalingsvillighet er innholdet av et hypotetisk svar, se avsnitt 31. I praksis er mange miljøtransaksjoner ufrivillige, f.eks. ved forurensningsuhell. Margarinfabrikken slipper kanskje ved uhell ut kjemikalier i fjorden som dreper all fisk i fjorden. Oppgaven blir å gjette hvorvidt en avtale ville blitt inngått mellom partene hvis omstendighetene hadde tillatt frivillige transaksjoner.⁵⁹ Grunnlaget for beslutningen etter nytte-kostnadskriteriet er en hypotetisk enighet forut for konflikten og ikke en virkelig enighet etter

⁵⁶COOTER & ULEN s. 13. I andre sammenhenger kan også avtalerettslige regler underkastes økonomiske analyser.

⁵⁷Se ved note 8 foran.

⁵⁸POLINSKY s. 39.

⁵⁹POSNER *Economic Analysis of Law* s. 14.

at konflikten har oppstått.⁶⁰ Avtalekonstruksjonen kommer til nytte ved å bidra til at skjønnsstemaet blir presisert.⁶¹

Den hypotetiske avtaleløsningen er den partene ville ha valgt forut for konflikten i en "urtilstand" der kostnadene ved å gjennomføre potensielt gjensidig fordelaktige avtaler (transaksjonskostnadene, se neste avsnitt) er null, men hvor partene vet at avtalen skal være virksom i en virkelighet med store transaksjonskostnader. De riktige løsningene etter denne framgangsmåten gir et effektivt rettssystem, dvs. et rettssystem hvor rettigheter er fordelt og ansvarsregler formulert slik at verdien av samfunnets ressurser, målt ved betalingsvillighet, er maksimalisert over alle alternative rettsordninger, gitt kostnadene ved å inngå kontrakter.⁶²

Kostnader ved å gjennomføre potensielt gjensidig fordelaktige avtaler benevnes ofte transaksjonskostnader. De er dermed knyttet til slike handlinger som å søke avtalefordeler, reise til avtaleparten, forhandle fram avtalen, samt å håndheve avtaleforpliktelsene.⁶³ Punkt 321. begrunner hvorfor effektive rettsregler er de som gjør de verdireducerende virkningene av transaksjonskostnadene minst mulig.

Det videre opplegget for dette avsnittet er å gjennomgå økonomiens tradisjonelle avgiftsråd for å vise hvordan rasjonell handlingsteori (mikroøkonomisk adferdsteori) - forutsetningen om at rettsreglene har virkninger som om individene er rasjonelle - er grunnlaget for slutninger i sosialøkonomien (320.). Deretter anvendes teorien på tingsrettslige (punkt 321.) og erstatningsrettslige (322.) modeller for løsning av konflikter mellom fiskerne og fabrikken om bruken av fjorden. Til slutt oppsummeres kapitlets hovedinnhold (avsnitt 33.).

320. Slutningsgrunnlaget for avgiftsrådet er mikroøkonomisk adferdsteori.

For å ha et konkret referansepunkt tas det utgangspunkt i analysen av miljøavgifter i pensumlitteraturen som eksempel på en forutsigelse om hvorvidt en rettsregel leder til effektiv ressursbruk. Etter juridisk klassifikasjon er miljøavgifter betingede betalingsplikter. Økonomisk sett er miljøavgifter et prisvirkemiddel som virker forut for mulige konflikter. Hvilke faktiske

⁶⁰Å følge innholdet av en hypotetisk avtaleløsning innebærer å legge vekt på potensielle paretoforbedringer som er det samme som å anvende Kaldor-Hicks-kriteriet. En teknisk definisjon av disse begrepene er at et prosjekt bør gjennomføres hvis og bare hvis det skaper nok verdier på vinnernes hender til at de kan kompensere taperne, uten at vinnerne totalt sett taper på at en slik kompensasjon utbetales etter at prosjektet er satt i gang- selv om kompensasjonen faktisk ikke betales ut, GRØNN s. 161. En teknisk betegnelse på kriteriet er derfor også Ex ante Paretostandard, COOTER & ULEN s. 499.

⁶¹POSNER *The Economics of Justice* s. 61-62.

⁶²MARGOLIS s. 473-74.

⁶³POLINSKY s. 12. Avtalene gjør at kostnader påløper m.h.t. kommunikasjon, overvåking og strategi, COOTER & ULEN s. 101.

virksomheter har betingede betalingsplikter på fettutslipp i fjorden? Tilfredsstiller de nytte-kostnadskriteriet?

Anta at en pliktregel blir vedtatt som sier at produksjon og salg av margarin utløser en ubetinget betalingsplikt på kr. 3 til staten. Spørsmålet er først hvilken virkning regelen har på miljøskadene. Eksempelet med fiskerne og margarinfabrikken⁶⁴ blir brukt og det foreløpige skjønn baseres på vanlig mikroøkonomisk adferdsteori som også er kjent for jurister, for tiden gjennom læreboka til Vidar Ringstad.⁶⁵ Dersom produsenten pålegges avgiften, brukes først kostnads- og tilbudsanalysen.⁶⁶ Avgiften leder til et skift i bedriftens grensekostnadsfunksjon og derved i dens tilbudsfuksjon. Til enhver margarinpris vil bedriften tilby mindre etter enn før avgiften. Siden forbrukerne ikke pålegges noen ekstra betalingsplikt, ligger etterspørselskurven fast.⁶⁷ Pris og mengde i markedet for margarin var før avgiften i én markedslukevekt.⁶⁸ Virkningen av avgiftsregelen er at salget blir redusert, fordi det danner seg en ny likevekt i markedet der alle gjensidig fordelaktige avtaler påny er inngått.⁶⁹ Dessuten er prisen forbrukeren betaler høyere enn før som igjen er høyere enn betalingen fabrikken mottar etter at avgiften er trukket fra. Om de relative utslagene er størst i pris eller kvantum blir avgjort av formen på etterspørsels- og tilbudskurvene.⁷⁰

Spørsmålet er nå om regelen er god. Dersom et formål med rettsreglene er effektiv ressursbruk (i samfunnsøkonomisk forstand), blir spørsmålet om avgiften fremmer dette formålet.⁷¹ Det antas som i eksempelet til Ringstad at utslipp av fett i fjorden reduserer fiskernes overskudd og badernes og andre miljøbrukeres nytte. Videre antar jeg at det er en stabil statistisk sammenheng mellom omsatt mengde margarin og økonomisk miljøskade i fjorden og at det ikke kommer istand avtaler mellom margarinfabrikken og de andre miljøbrukerne (og at situasjonen ikke genererer sosiale, ikke-rettslige normer om miljøvern som blir internalisert hos margarinfabrikkens eiere og styre). Det foreligger da en ekstern effekt. Ifølge Ringstads definisjon er en ekstern effekt de "[v]irkninger som økonomiske aktører påfører andre og som er av slik karakter at det har betydning for hva som er samfunnsøkonomisk optimal ressursutnyttelse".⁷²

⁶⁴RINGSTAD s. 127-28.

⁶⁵RINGSTAD kap. 2-11 og 19, 20, 22 gjør bruk av mikroøkonomisk adferdsteori.

⁶⁶RINGSTAD kap. 2.

⁶⁷RINGSTAD kap. 3 utleder etterspørselskurven.

⁶⁸RINGSTAD kap. 4.3 gir en begrunnelse for markedslukevekten som hypotese.

⁶⁹RINGSTAD kap. 4.4.

⁷⁰RINGSTAD kap. 7.3.

⁷¹RINGSTAD kap. 4.5 og 9.1 er relevant materiale.

⁷²RINGSTAD kap. 9.1 I neste setning sier Ringstad: "aktørene har imidlertid ikke noe incitament til å ta hensyn til disse virkningene, noe som fører til at ressursutnyttelsen ikke blir optimal." Sammenhengen i teksten tyder på at setningen viser tilbake til første setning i avsnittet: "I en god del tilfelle har de eksterne virkninger i situasjoner der det ikke er noen vanlige markeder, noe vi skal gi eksempel på til slutt i dette kapittelet." For kritikk mot begrepsbruken, se COASE s. 24-30, nedenfor i dette avsnittet, og dessuten petitavsnittet i 3211.

I begrepet om eksterne effekter ligger en tvetydighet som kan løses ved å skille mellom eksterne effekter som er avtalerelevante og de som ikke er det.⁷³ Det er bare de avtalerelevante eksterne effektene som kan lede til avvik fra samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk. Faktiske miljøskader vil falle inn under begge begreper, men det er et empirisk spørsmål å ta stilling til hvordan forurensningene fordeler seg på to kategoriene.⁷⁴ Dessuten har institusjonelle forhold og individenes motivasjon betydning, se straks nedenfor og avsnitt 321. og 322.

Analysen viser at en avgift på salg av margarin som svarer til summen av fiskernes økonomiske tap og andres nedgang i nytte av en ekstra kg. margarin omsatt i markedet, vil lede til mer effektiv ressursutnyttelse.⁷⁵ Forutsatt at nyttenedgangen er kr. 3 pr. kg. margarin, fremmer ingen annen regel enn den foreslåtte avgiften formålet bedre. Det er ingen innvending at produsenten kan velte store deler av byrden av betalingsplikten over på margarinkonsumentene.⁷⁶ Vi kan slutte fra analysen at en avgiftsregel under bestemte forutsetninger reduserer miljøskadene og gjør ressursbruken best mulig.

Slutningen foran er en faglig kvalifisert gjetning som kan styrkes eller svekkes ved ytterligere analyse og ved å ta i betraktning empirisk materiale, dvs. innhenting av mer informasjon i vid forstand. Én innvending er at slutningen hviler på analytiske forutsetninger som ikke gir realistiske beskrivelser av virkeligheten, f.eks. den at antall produsenter og konsumenter antas å være uendelig mange. Hvorvidt slutningen er sikker beror for det første på om erfaring tilsier at disse forutsetningene ofte forutsier de riktige virkningene. Økonomisk almenkunnskap tilsier at det ikke er grunn til å tvile på forutsigelsene om retningen på utslagene i pris og omsatt kvantum margarin. Forskjellen på likevektspunktene vil imidlertid variere med formen og beliggenheten på kurvene i pris/kvantums-diagrammet og er mer usikre. Denne usikkerheten er likevel ikke et avgjørende argument mot regelen. Hvis avgiftsregelgiveren kan prøve seg fram seg i det små eller i en prøveperiode, behøver han ikke kjenne omfanget på forhånd, men kan vinne kunnskap gjennom praktisk erfaring med regelen.

En annen og mer alvorlig innvending er at slutningen hviler på bestemte implisitte forutsetninger om rettssystemet og andre faktiske (institusjonelle) forhold som ikke nødvendigvis korresponderer med virkeligheten: a) Slutningen forutsetter at sosiale normer ikke motiverer til fullstendig kostnadsinternalisering b) Slutningen forutsetter at transaksjonskostnadene ikke er neglisjerbare, men tvert om større enn gevinsten fiskerne og fabrikken kan høste ved en

⁷³WERIN s. 399-404.

⁷⁴COASE s. 26.

⁷⁵RINGSTAD kap. 4.5.

⁷⁶RINGSTAD kap.7.3.

gjensidig fordelaktig avtale. c) Slutningen forutsetter at privatrettslig regulering ex post ikke er virksom.

Dersom forutsetningene a) til c) ikke korresponderer med virkeligheten, kan dette lede til at konklusjonene i analysen er uriktige. Forutsetning a) bygger på bestemte aktørforutsetninger. Forutsetning b) og c) impliserer bestemte institusjonelle forutsetninger, og det er et spesielt svakt punkt i slutningsgrunnlaget at formuleringen av beslutningsproblemene ved begrepet eksterne effekter skjer uten en forutgående analyse av slike institusjonelle forhold som litra b) og c) viser til. Dette reflekterer det forhold at miljøøkonomisk litteratur i mesteparten av vårt århundre har vært mest opptatt av offentligrettslige inngrep i ufullkomne markeder. Spesielt er miljøavgifter det virkemiddelet økonomene har interessert seg mest for.⁷⁷ For nyere økonomisk teori er disse karakteristikene imidlertid mindre treffende, siden rettøkonomien går langt i å undersøke forutsetning b) og c) nærmere.⁷⁸ Spørsmålet i denne spesiallitteraturen er ofte hvorvidt og hvordan privatretten kan internalisere eksterne effekter av den typen som eksempelet med fiskerne og fabrikken representerer.

På bakgrunn av rettsøkonomisk litteratur er siktemålet i det følgende å gjennomføre noen slutninger som viser at nytte-kostnadskriteriet stiller krav til innholdet av privat miljørett. Med privat miljørett menes alle privatrettslige regler som kan ha innvirkning på allokeringen av miljøressursene, dvs. hvem som bruker fjorden til hva i eksempelet. I den tekniske framstilling skiller det mellom stadige miljøskader (321.) og plutselig forurensning som kan kalles miljøulykker (322.).

321. Krav til tingsrettslige prinsipper ved stadige miljøskader.

Det forutsettes nå at fettutslippene skjer forsettlig og stadig. Med stadige miljøskader menes at fettutslippene skjer gradvis og med sikkerhet, men uten katastrofale følger. Tingsrettslige prinsipper kommer til anvendelse på løsningen av den uenigheten mellom fiskerne og fabrikken som lett kan oppstå. Fra et tingsrettslig synspunkt må to problemer løses: Rådighetsspørsmålet og sanksjonsspørsmålet.⁷⁹ Rådighetsspørsmålet er hvem som i utgangspunktet har rådigheten

⁷⁷COASE s. 179; smlgn. s. 20 og 24.

⁷⁸Forutsetning a) reiser spørsmål som faller utenfor spørsmålsrammen som er trukket opp i kapittel 1, se ved note 8.

⁷⁹I rettsteorien er begrepsbruken etablert ved CALABRESI & MELAMED s. 1090-93.

over rent vann.⁸⁰ Sanksjonsspørsmålet er om fiskerne kan kreve retting eller erstatning hvis de har miljørådigheten.⁸¹

Hvordan påvirker privat miljørett bruken av fjorden og hvordan bør den påvirke bruken? Spørsmålet er dels om plasseringen av miljørådigheten har betydning for bruken av miljøressursene. Og dels om sanksjonsvalget (mellom mellom retting og erstatningsansvar) spiller en rolle. Svaret er at valgene har effektivitetsvirkninger hvis transaksjonskostnadene er positive og større enn fordelene ved å inngå en ellers gjensidig fordelaktig avtale, jfr. den følgende drøftelsen.

3211. Privat miljøautonomi gir effektiv ressursbruk ved lave transaksjonskostnader - den positive Coasesetningen.

Hvis parter som er utsatt for eksternaliteter (fysisk skade) kan forhandle kostnadsfritt med hverandre, vil samfunnsøkonomisk effektive utfall bli resultatet uansett hvordan rettsreglene fordeler ansvar for skade.⁸² Dette er én mulig formulering av den positive Coasesetningen. Setningen innebærer at forurensningsproblemet i økonomisk forstand løses hvis transaksjonskostnadene er null. For at dårlig bruk av miljøressursene skal unngås, er det tilstrekkelig at rettssystemet inneholder et sett av definerte private rettigheter (rådigheter og sanksjoner) over miljøressursene, derunder kompetansen til å overføre miljørådigheten.⁸³

Et hovedformål med drøftelsene bak Coasesetningen (som er uavhengig av den teoretisk uenighet omtalt i petitavsnittet nedenfor) var å framtvinge en dypere gjennomtenkning av begrepet om eksterne effekter. Et sentralt poeng er at forurensninger og andre skadelige virkninger av økonomisk virksomhet er et resultat av flere parters handlinger.⁸⁴ I mange praktisk viktige situasjoner er det derfor galt å anta at forurenseren ensidig gjør skade på andre miljøbrukere.

Dette kan illustreres ved å ta i bruk resonnementene rundt Coasesetningen. Eksempelet foran kan tjene som utgangspunkt ved å se nærmere på den enkelte margarinprodusent og anta at det bare ligger én forurensende margarinfabrikk i en fjord. Anta også at fiskerne i fjorden er en

⁸⁰Werin bruker rådigheter som betegnelse for "entitlement", WERIN s. 34. Granelova § 2 tas opp i kapittel 4, punkt 442.

⁸¹Betegnelsen i CALABRESI & MELAMED er "remedy", "property rights" og "liability rules" om henholdsvis sanksjon, rettingskrav (vederlagskrav) og erstatningsansvar, smlgn. LANDES & POSNER s. 250, 29-31, 36n og 41-48.

⁸²Se f.eks. FRANK s. 617.

⁸³Forutsatt at rettssystemet selv sparer kostnader i.f.t. spontan orden, COASE s. 14-15.

⁸⁴COASE s. 96.

gruppe skadelidte blant flere, men se foreløpig bort fra andre miljøbrukere enn gruppen av fiskere.

Sett at fem fiskere samlet taper 375 kroner ved at bedriften produserer hvis ingen prøver å unngå miljøskadene. Sett videre at skadene på fisken kan unngås enten ved at bedriften installerer et fettfilter til 150 kroner eller ved at fiskerne flytter lenger ut i fjorden og derved mister 50 kroner hver i overskudd.⁸⁵ Samfunnsøkonomisk bør fettfilteret bli installert fordi det er den billigste måten å unngå skade og dessuten mindre enn samlet tap. Hva vil skje i markedet?

I fall transaksjonskostnadene er null som i en vanlig markedsanalyse og fiskerne har rett til erstatning for bedriftens brudd på plikten til å holde fettfri fjord, installerer bedriften filteret fordi det både er billigere enn ansvaret og billigere enn å dekke fiskernes flyttekostnader. Skulle omvendt bedriften ha rett til å slippe ut fett, vil fiskerne kjøpe filter til bedriften fordi det både er billigere enn å flytte utover i fjorden eller bli utsatt for fangsttapet.

I dette talleksempelen er det altså mulig å inngå en gjensidig fordelaktig avtale fordi fiskerne og bedriften er villige til å betale mer for ren fjord enn filteret koster. Og med null transaksjonskostnader og individuell rasjonell adferd vil avtaler mellom fiskerne og bedriften bli inngått ifølge Coasesetningen. Dersom avtalen ikke blir inngått, er det fordi kostnadene ved å unngå miljøskaden er høyere enn summen av partenes betalingsvillighet for å hindre utslippet av fett i vannet. Og da er miljøskadene effektive i samfunnsøkonomisk forstand.

Coasesetningen har "null transaksjonskostnader" som betingelsesledd. Forutsetningen ser ut til å være en kilde til uklarhet, siden ulike forfattere legger forskjellig meningsinnhold i betegnelsen transaksjonskostnader. Antakelig skyldes det at noen utleder empiriske prediksjoner fra resonnementene bak Coasesetningen (og er mest interessert i disse), mens andre bruker Coasesetningen som ledd normative slutninger om hvilke regler som leder til effektiv ressursbruk. Og det innebærer minst to forskjellige bruksmåter av Coasesetningen, noe som skal utdypes litt mer i dette petitavsnittet.

For det første kan Coasesetningen sees som en tautologi ved å bli oppfattet som en sann påstand a priori fordi den følger av andre påstander som er forutsatt sanne.⁸⁶ Bak Coasesetningen ligger for det første antakelsen om individuell rasjonalitet. For det andre forutsetningen om at det økonomiske systemet er friksjonsfritt, dvs. at prismekanismen selv ikke forbruker ressurser. Coasesetningen sier da at rasjonell adferd er å inngå alle potensielt gjensidig fordelaktige avtaler. Et vilkårlig valgt par av individer, derunder forurenser og skadelidt, vil alltid være på kontraktkurven i en bytteboks.⁸⁷ Årsaken til tautologien er at transaksjonskostnader defineres som alle faktiske

⁸⁵Talleksempelen er fra POLINSKY s. 11-12.

⁸⁶SCHWAB s. 1179.

⁸⁷GRAVELLE & REES s. 504; WERIN s. 84-86.

forhold ("kostnader") som hindrer partene i å inngå gjensidig fordelaktige avtaler. Coases setning er et teorem fordi den impliserer internvitenskapelig kritikk av nyklassisk mikroteori.⁸⁸ Ett av formålene med resonnementet som ledet til Coaseteoremet var jo å vise at det ikke er full sammenheng mellom forutsetningene for den nyklassiske analysen av markedstilpasning og forutsigelsen om at avgiften leder til god bruk av miljøressursene.⁸⁹ Coaseteoremet leder til en kritikk av markedsanalysen av miljøavgiften fordi markedsanalysen bygger på forutsetningen om at det er gratis å bruke markedet, dvs. null transaksjonskostnader. Bortsett fra mellom forurenser og skadelidt, vil alle gjensidig fordelaktige avtaler blir inngått i markedsmodellen. Årsaken til at miljøavgiften bedrer ressursbruken i avgiftsanalysen foran, er derfor at gjensidig fordelaktige miljøavtaler ikke blir inngått. Men når transaksjonskostnadene er null, er dette resultatet i strid med forutsetningen om individuell rasjonalitet ifølge Coaseteoremet. Det er etter dette grunn til å understreke at Coaseteoremet strengt tatt ikke behøver å forstås som en gjetning om hva som skjer i virkeligheten. Det er tvert om ment som et utsagn om hva rasjonell handling er i en nyklassisk verden.⁹⁰

For det andre kan man se Coasesetningen som en forutsigelse om hvordan (en endring i) rettsreglene faktisk vil virke på god bruk av miljøressursene.⁹¹ Hypotesen om neglisjerbare transaksjonskostnader, som herved fremkastes, impliserer minst to prediksjoner som eksperimentell og empirisk økonomi forsøker å teste.⁹² For det første invariansprediksjonen som sier at omfanget og sammensetningen av forurensningen er uavhengig av den initiale allokeringen av private miljørettigheter.⁹³ For det andre effektivitetsprediksjonen som sier at omfanget og sammensetningen av forurensning er effektiv i samfunnsøkonomisk forstand uavhengig av initial allokering av private miljørettigheter.⁹⁴ Coaseprediksjonen er ikke den eneste tenkelige. Som et alternativ kan man formulere Hobbеспrediksjonen som sier at private forhandlinger vil bryte sammen fordi partene ikke vil bli enige om hvordan dele forhandlingsoverskuddet.⁹⁵

Coaseprediksjonen kan imidlertid bekreftes som følge av andre underliggende mekanismer enn lave transaksjonskostnader. Nyere sosiologisk teori framholder f.eks. muligheten av at sosiale miljøer under visse betingelser genererer sosiale handlingsnormer med effektivitetsegenskaper.⁹⁶ En empiriske undersøkelse av hvordan tingsretten virket på Californske gårdbrukere som gir støtte til teorien om effektive, sosiale normer ble gjennomført tidlig på 1980-tallet av den amerikanske juristen Robert Ellickson. Ellickson konkluderer med at effektivitetsprediksjonen (at effektive løsninger blir funnet uavhengig av det spesifikke innholdet av rettsreglene) er

⁸⁸Gitt at teoremer er teoretisk interessante tautologier, SCHWAB s. 1176. Annerledes COOTER s.14-15.

⁸⁹COASE s. 13-16.

⁹⁰COASE s. 174-75.

⁹¹Men da er Coasesetningen en prediksjon og ikke et teorem, SCHWAB l.c.

⁹²Testingen omfatter både eksperimenter (DONOHUE s. 552n) og økonomiske undersøkelser (DONOHUE s. 551n). Donohue diskuterer selv et relevant praktisk forsøk som ble utført med et helt annet formål og kommer til negative resultater. DONOHUE s. 606-08.

⁹³DONOHUE s. 550.

⁹⁴DONOHUE l.c.

⁹⁵COOTER s. 18; COOTER & ULEN s. 99.

⁹⁶COLEMAN s. 815.

"sound", selv om mange av forutsetningene bak teoremet er tvilsomme.⁹⁷ Det faller utenfor spørsmålsrammen trukket i kapittel 1 å redegjøre nærmere for dette.

På grunnlag av den positive Coasesetningen er konklusjonen, med forutsetningen om ubetydelige transaksjonskostnader, at private miljøkompetanser leder til god bruk av miljøressursene uten offentligrettslige inngrep (avgifter eller utslippstillatelser) og dessuten uavhengig av hvem som har miljørådgigheten fra først av.

3212. Hvilke tingsrettslige prinsipper gir effektive ressursbruk ved betydelige transaksjonskostnader - den normative Coasesetningen.

Forutsetningen om transaksjonskostnader blir nå endret til at prismekanismen er ressurskrevende, dvs. at kostnadene ved å gjennomføre potensielt gjensidig fordelaktige avtaler er større en null. Transaksjonskostnadene tas med i betraktning ved å anta at det koster hver fisker 60 kroner å inngå og overvåke avtaler med hverandre og fabrikkens.⁹⁸

Hvilken betydning har denne nye forutsetningen for slutningen om at privat autonomi er tilstrekkelig for å sikre effektiv ressursbruk? Hvis talleksempelen foran ellers er uendret, er ressursbruken stadig effektiv dersom fiskerne har miljørådgigheten (og eventuelt kompetanse til å stanse fettutslippene). Men hvis fabrikkens har rådgigheten (er uten ansvar for skadene på fisken) vil hver fisker nå flytte utover i fjorden fordi dette er billigere (50 kroner) enn å samarbeide om en avtale (60 kroner) eller å utsette seg for skade (75 kroner). Konklusjonen er at bruken av miljøressursene avhenger av hvordan den private miljørådgigheten er fordelt mellom partene.⁹⁹ Med høye transaksjonskostnader er det ikke lenger fra et effektivitetssynspunkt likegyldig hvordan dommeren treffer valget mellom tenkelige rådgighetsfordelinger og sanksjonstyper. Tvert om bør privat miljørett utformes ifølge den normative Coasesetningen, dvs. effektivitetsregelen.¹⁰⁰

Den normative Coasesetningen (effektivitetsregelen) sier at de mest effektive rettsreglene er de som plasserer byrden av å tilpasse seg eksterne virkninger på de parter som kan tilpasse seg til lavest kostnader.¹⁰¹ Dette er den ordning to samarbeidende parter ifølge den positive

⁹⁷ELLICKSON s. 686.

⁹⁸Det er dermed unødvendig å gå mer inn på den omfattende debatten om gyldigheten og relevansen av den positive Coasesetningen enn i petitavsnittet i 3211. Smlgñ. Coases egen vurdering som er at "there are transaction costs and they are large", COASE s. 26.

⁹⁹COASE s. 176-77.

¹⁰⁰COASE s. 119.

¹⁰¹FRANK s. 619.

Coasesetningen ville ha valgt.¹⁰² Siden det er ressurskrevende å inngå avtaler, er de rettsreglene effektive som gjør virkningene av transaksjonskostnadene minst mulig. Virkningene inkluderer de transaksjonskostnadene som faktisk påløper og de ineffektive beslutningene som blir induisert av ønsket om å unngå transaksjonskostnader.¹⁰³ Effektive regler sparer for det første samfunnet for partenes avtalekostnader. For det andre sparer samfunnet kostnadene ved at ressursbruken ikke er så mye i samsvar med partenes ønsker og oppfatninger som den kunne ha vært med en annen beslutning fra dommeren (dødvectskostnader).¹⁰⁴

Slutningsprosedyren etter den normative Coasesetningen gir innhold til teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet til bruk i privatretten. Dermed blir nytte-kostnadskriteriet operasjonalisert. En kortfattet diskusjon av hvilke rådighets- og sanksjonsvalg som gir effektiv ressursbruk under alternative forutsetninger i eksempelet med fiskerne og fabrikken kan illustrere dette generelle poenget.

Rådighetsvalget avgjør, som nevnt, hvem som skal ha rådigheten over fjorden. Fordelingen av rådighet mellom partene er uten betydning for ressursbruken når transaksjonskostnadene er lave. Dersom fiskerne får rådigheten og fabrikken verdsetter den høyest, vil partene utnytte muligheten for en gjensidig fordelaktig avtale, jfr. den positive Coasesetningen. Implikasjonen av at transaksjonskostnadene er null eller i all fall lavere enn fordelene ved samarbeid mellom fiskerne og margarinfabrikken, er derfor at alle utformninger av miljøansvaret er like effektive.¹⁰⁵

Rådighetsplasseringen påvirker altså bare fjordbruken hvis transaksjonskostnadene er høye. Og da bør rådigheten i utgangspunktet plasseres hos den som etter dommerens skjønn verdsetter bruken høyest. Det forutsettes imidlertid at enten fabrikken eller fiskerne har stigende marginale rense- og skadepkostnader. Implikasjonen av denne forutsetningen er at fiskerne verdsetter fjorden mest opp til en viss vannkvalitet (ned til et visst utslippsnivå for fett). Over dette mellomnivået på vannkvaliteten (under mellomnivået for utslipp) er det dyrere for fabrikken å slippe ut mindre fett enn økningen i fiskernes økonomiske tap. Verdiskapingshensynet tilsier at dette bestemte mellomnivået realiseres. Hvorvidt rådigheten i denne situasjonen bør tilfalle den ene part i sin helhet eller deles opp, beror på om den rettslige sanksjon på en (forventet) krenkelse av rådigheten er retting eller ansvar.

¹⁰²Den positive Coasesetningen gir (i tillegg til innsikt i gjensidighetsproblemet) både en arbeidshypotese om hvorfor rettsreglene får virkninger på fjordbruken, og dessuten gir den et konkretisert skjønnsstema for effektive regler ved at de avtalene partene må inngå for å sikre effektiv fjordbruk, blir identifisert som relevante (hypotetiske) kjennsgjerninger, POLINSKY s. 14.

¹⁰³POLINSKY s. 13. Beslutningskriteriet blir nyansert ytterligere i COOTER & ULEN s. 99-102.

¹⁰⁴Grunnen til at denne kostnadskomponenten ikke registreres som pådratte avtalekostnader, er at partene sparer seg avtalekostnadene så lenge disse er større enn fordelene som kan oppnås ved avtale. Dermed "låses" en ineffektiv ressursbruk.

¹⁰⁵POLINSKY s. 17.

Hvis sanksjonen er retting, må fabrikkens rådighet settes til effektivt utslippsnivå som er den utslippsmengden hvor marginal skade på fisken er lik grensekostnaden ved å redusere utslippene. Begrunnelsen for å løse rådighetsproblemet slik er at hvis f.eks. fabrikken får større rådighet over fjorden enn dette, vil fiskerne være villig til å betale mer enn fabrikken for bruken av fjorden, samtidig som *transaksjonskostnadene* hindrer en gjensidig fordelaktig avtale om bruksendring. Den realiserte verdien av fjorden vil dermed bli mindre enn nødvendig.

For å finne fram til hvilken mengde fett som er effektivt å slippe ut, må dommeren imidlertid ha god (full) *informasjon* om alle fiskernes skadekostnader og fabrikkens rensekostnader (og partenes handlingsalternativer). Retningslinjen blir at dersom dommeren er trygg på skjønnet over nytte og kostnader og dessuten ser en fare for at strategisk adferd og andre transaksjonskostnader kan låse fast ineffektiv ressursbruk (hvis fiskerne har kompetanse til å stanse ethvert fettutslipp)¹⁰⁶, bør miljørådigheten for margarinfabrikken settes slik at tålegrensen svarer til samfunnsøkonomisk effektivt utslippsnivå.

Hvis fabrikken har erstatningsansvar for fettutslippet og erstatningsutmålingen dekker hele tapet fiskerne lider, trenger ikke miljørådigheten splittes opp på samme måte som ved retting.¹⁰⁷ Fabrikken vil da i egeninteresse bestemme seg for effektivt utslippsnivå. Dersom erstatning gir annet enn full kompensasjon for fiskernes nyttetap, kan det imidlertid vises at fabrikken ikke vil slippe ut effektiv mengde.¹⁰⁸ Denne konklusjonen om erstatningsansvar bygger likevel på at fiskerne får litt erstatning fra første liter fettutslipp.¹⁰⁹

Sanksjonsvalget er som nevnt det andre tingsrettslige problemet. Spørsmålet er hvilken sanksjon som er effektiv, dersom rådigheten er krenket. Hvis alternativene er retting og ansvar, kan visse retningslinjer for bruken av sanksjonene utledes av verdiskapingshensynet. Det forutsettes av framstillingstekniske grunner at rådigheten enten er effektivt delt eller helt ut er gitt til fiskerne.

¹⁰⁶Rettingskrav kan være valgt som sanksjon av andre grunner enn verdiskapingshensynet, f.eks. av hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet i naboforhold.

¹⁰⁷POLINSKY s. 19-20.

¹⁰⁸POLINSKY s. 20 begrunner dette nærmere under forutsetningen av at det er kontakt mellom partene, men at forhandlingsproblemer (strategisk adferd) samtidig gjør seg gjeldende.

¹⁰⁹Hvis dommeren kun tilkjenner erstatning for all skade over effektivt utslippsnivå, men deretter full erstatning, leder egeninteressen fabrikken til å slippe ut effektiv mengde fett. Som nevnt i diskusjonen nedenfor er slik erstatning etter prinsippet om tålegrense analytisk sett en variant av culperegelen, smlgn. 3221. og LANDES & POSNER s. 39. Men for å gjennomføre denne løsningen har dommeren det samme informasjonsbehovet (må gjøre samme avveining av nytte og kostnader) som ved retting, se diskusjonen nedenfor ved note 115.

Foran ble det slått fast at retting er effektivt hvis transaksjonskostnadene er lave, jfr. den positive Coasesetningen. Når transaksjonskostnadene er høyere enn fordelene ved å inngå gjensidig fordelaktige avtaler, er retting derimot bare effektivt hvis rådigheten er delt mellom fiskerne og fabrikken slik at marginale renseskostnader er lik marginal skade på fisken, se ovenfor om rådighetsvalget.

Hvis situasjonen er at domstolen mangler informasjon om fabrikkens renseskostnader (og bare kjenner størrelsen på skadelidtes tap), er retting ikke effektivt fordi dommeren da mangler nødvendig kunnskap for å fastsette effektivt utslippsnivå. Som en retningslinje bør dommeren derfor avvise rettingskrav i situasjoner med knapphet på informasjon og høye transaksjonskostnader. Jo flere skadelidte, desto flere avtaler må partene inngå ved lave transaksjonskostnader, og desto mer informasjon må dommeren ha for å simulere markedsløsningen ved høye transaksjonskostnader.

Erstatning som gir full kompensasjon for fiskernes tap (erstatning for all skade) er, som allerede nevnt, effektivt selv om rådigheten i sin helhet plasseres hos fiskerne.¹¹⁰ *Høye transaksjonskostnader* taler derfor entydig for erstatningsansvar framfor retting. (Forutsetningen er imidlertid at erstatningssanksjonen ikke er vesentlig mer administrativt ressurskrevende enn rettingssanksjonen) Transaksjonskostnadenes betydning er at retting kan være best ved private skader, dvs. der få parter er involvert og transaksjonskostnadene trolig er lave. Erstatningsansvar er sikkert best ved kollektive skader, dvs. der det er så mange skadelidte eller skadevoldere at koordinasjonsproblemer hindrer en avtaleløsning i partenes egeninteresse.¹¹¹

Dommerens *informasjonsproblemer* vanskeliggjør som nevnt rådighetsdelingen ved retting, men domstolens manglende tilgang på informasjon kan også påvirke erstatningsansvarets effektivitet. Erstatningsansvar er ineffektivt hvis dommeren har gale anslag over skadelidtes tap. Hvis f.eks. dommeren undervurderer tapene, blir fettutslippene for store.¹¹² Erstatning bør som en retningslinje velges hvis domstolen anslag over fiskernes tap er gode, mens anslagene over bedriftens marginale renseskostnader er dårlige.¹¹³ Retting bør derimot som en annen retningslinje velges hvis domstolens anslag over både skade og nytte er dårlige, men dommeren samtidig har grunn til å tro at effektivitetstapet er større ved for stor produksjon enn ved for liten.¹¹⁴ Dommerens informasjonstilgang er altså et moment som gir retningslinjer for valget mellom retting og erstatningsansvar.

¹¹⁰POLINSKY s. 21-22.

¹¹¹COOTER & ULEN s. 170-71, jfr. s. 107; MURPHY & COLEMAN s. 233-34.

¹¹²POLINSKY s. 23.

¹¹³POLINSKY s. 24.

¹¹⁴POLINSKY s. 24-25.

Hittil er det implisitt forutsatt at erstatningsansvaret som sanksjon er kombinert med full rådighet for fiskerne. En alternativ løsning er å kombinere erstatningssanksjonen med delt rådighet. Etter denne regelen får fiskerne full erstatning for all skade som forårsakes av fettutslipp over fabrikkens rådighetsdel (rådigheten fastsettes etter samme avveiningsprinsipp som ved retting), men ingen erstatning for skade forårsaket av det øvrige utslippet.¹¹⁵ Løsningen innebærer erstatningsutmåling etter et **tålegrenseprinsipp**. De momentene som er trukket fram så langt (transaksjonskostnader og manglende kunnskap om renskostnadene), har ikke gjort denne løsningen nødvendig av hensyn til effektiv ressursbruk. Andre momenter kan imidlertid gjøre løsningen aktuell.

Private og offentlige *administrasjonskostnader* er samfunnsøkonomiske kostnader som isolert sett bør holdes lavest mulig. Disse taler muligens for tålegrenseprinsippet framfor erstatning kombinert med full rådighet for fiskerne. Erstatning etter tålegrenseprinsippet sparer både private og offentlige tapsoppgjør, siden skader og ulemper som klart er under tålegrensen ikke gjør sak eller forhandlinger om forlik aktuelt. Samtidig stiller imidlertid tålegrenseprinsippet trolig større krav til dommerens informasjon i den enkelte sak, siden avveiningen skjer mellom to kostnadsfunksjoner og ikke en. Hvis den første effekten er sterkere enn den andre, trekker momentet samlet sett i retning av et tålegrenseprinsipp, men dette er et empirisk spørsmål.¹¹⁶

Problemet med *skadelidtes medvirkning* taler i favør av tålegrenseprinsippet. Dersom fiskernes valg av fiskeplass og teknologi påvirker omfanget av tapet, innebærer full kompensasjon at fiskerne står uten insentiv til å treffe kostnadskrevende forebyggende tiltak. Full erstatning for skade som overstiger effektiv utslippsmengde (tålegrenseprinsippet) gjør at fiskerne vil treffe kostnadseffektive forebyggende tiltak og dermed realisere effektiv løsning.¹¹⁷ Men dersom fabrikken ved strengt objektivt ansvar fritas for den delen av fiskernes tap som skyldes at de ikke iverksetter kostnadseffektive forebyggende tiltak, står begge parter igjen overfor insentiver til å realisere effektiv løsning.¹¹⁸ Heller ikke dette momentet taler derfor strengt i retning av et tålegrenseprinsipp.¹¹⁹

¹¹⁵Erstatningsformene svarer til forskjellen mellom ansvar på subjektivt og rent objektivt grunnlag ved plutselige skader, LANDES & POSNER s. 39, smlgn. note 109. Omtale av momentet ved ulykker skjer i 3223.

¹¹⁶LANDES & POSNER s. 41; POLINSKY s. 50-51. Hvis problemet med informasjon er mindre prekært ved stadige enn ved plutselige utslipp, er argumentet for tålegrense sterkere ved stadige enn ved plutselige utslipp, isolert sett. Smlgn. 3223. ved note 137.

¹¹⁷LANDES & POSNER s. 39-40.

¹¹⁸LANDES & POSNER s. 39.

¹¹⁹Som en ytterligere slutning kan det vises at *tidsprioriteten* ikke bør være et absolutt avgjørende moment i avveiningen ved rådighetsplasseringen. Denne slutningen krever imidlertid analyse i en modell for to tidsperioder. Dette drøftes ikke her. WITTMAN s. 557-68 gir en analyse av dette spørsmålet.

3213. Sammenfatning.

Slutningene ved stadige miljøskader kan generelt sammenfattes i tre generelle punkter.

- 1) Hvis transaksjonskostnadene er større enn bruttofordelene ved å inngå gjensidige avtaler, påvirker naborettslige prinsipper fjordbruken.
- 2) Verdiskapingshensynet stiller krav til naboreglens innhold. Løsningen på rådighetsproblemet bør variere med transaksjonskostnadsforholdene, skade- og renskostnadsforholdene og med dommerens vurdering av sitt eget informasjonsproblem knyttet til å vurdere nytte- og kostnadsforholdene. Løsningen på sanksjonsproblemet bør variere med typen av informasjonsproblem, størrelsen på ulike typer administrasjonskostnader og hvorvidt skadelidte bidrar til skadeomfanget.
- 3) Dersom effektive naboretsregler gjelder, er markedsløsningen lik effektiv løsning (hvis privatrettslige prinsipper for konfliktløsning anses som en del av markedet og ikke et inngrep i det). Avgiftsregler og naborettslige prinsipper er alternative midler til å løse forureningsproblemet innenfor de modellene som implisitt er grunnlag for resonnementene. Nedenfor gjennomgås imidlertid noen momenter som etter omstendighetene taler for offentligrettslig miljøregulering ex ante framfor eller i tillegg til konfliktløsning ex post gjennom privat miljørett (punkt 323).

322. Krav til erstatningsrettslige prinsipper ved miljøulykker.

Vurderingen av hvilke privatrettslige løsninger som leder til effektiv bruk av miljøressursene, beror, som utviklet i 321., på et skjønn over hvilke løsninger fabrikken og fiskerne ville ha valgt hvis de uten bruk av ressurser kunne inngått en avtale før utslippene.¹²⁰ Grunnen er at partene etter den positive Coasesetningen ville avtalt regler som ga størst sum av felles nytte (aggregert betalingsvillighet) og kostnader.

Det skal nå trekkes slutninger på samme grunnlag under en ny forutsetning om at fettutslippene skjer plutselig og uventet for begge parter. Interessekonflikt og uenighet mellom fabrikken og fiskerne må løses etter erstatningsrettslige prinsipper. Erstatningsrettslige slutninger fra nytte-kostnadskriteriet bygger på resonnementer som er basert på den økonomiske ulykkesmodellen.

Først presiseres nærmere hva som menes med effektiv forsiktighet (aktsomhet) i modellen fordi dette er et teoretisk og empirisk robust resultat (3221.). Deretter vises kravet til kompen-

¹²⁰POLINSKY s. 39; LANDES & POSNER s. 38-41 og s. 54-83; SHAVELL kap. 2; ACKERMAN kap. 4.

sasjon ved strengt objektivt ansvar (3222.). Videre pekes det på noen retningslinjer for valget mellom subjektivt og objektivt ansvar (3223.). Tilslutt omtales grunner til at verdiskapingshensynet taler for bruk av offentligrettslige virkemidler (3224.). I kapittel 4 spørres det om f.eks. effektivitetskravet til culpavurderingen kan ha fått gjennomslag i norsk erstatningsrett, avsnitt 432.

3221. Krav til culpavurderingen.

Spørsmålet som stilles er hvordan det erstatningsrettslige skyldspørsmålet bør vurderes, gitt at culperegelen er mest effektiv. Spørsmålet er først hvilke handlinger vi vil at fabrikken skal foreta for å minimere de samfunnsøkonomiske kostnadene ved margarinutslipp, når disse skjer som "ulykker".¹²¹ I økonomisk sjargong er dette å finne "realløsningen" på allokeringproblemet.

Kravet til handlingene kan utledes under en skala med forutsetninger. De strengeste forutsetningene gir den enkleste løsningen av beslutningsproblemet. Her velges de forutsetningene som gir den enkleste modellen:

- Vi har to aktører, fabrikken og fiskerne. Fabrikken er potensiell skadevolder og fiskerne er potensiell skadelidt.
- Transaksjonskostnader hindrer avtale forut for skadene/konflikten.
- Fiskerne og fabrikkeieren maksimaliserer nytte.
- Risikonøytralitet (dette er en viktig forutsetning for at analysen skal gi klare anbefalinger og framstillingen skal bli enkel).
- Totalnyttens er summen av inntektene.
- Sannsynligheten for en ulykke (plutselig utslipp av margarin) beror bare på fabrikkens handlinger (ensidig skadeforvoldelse).
- Det koster fabrikken noe å unngå skade ($US > 0$, US er kostnadene ved å unngå skade).
- Det koster fabrikken noe ekstra å øke aktsomheten ($US' > 0$, US' er økningen i US av å øke aktsomheten marginalt).
- Det er alltid en viss fare for at skade kan inntre ($FSK > 0$, FSK er forventet skadekostnader).
- Nedgangen i forventet tap er mindre desto mer forsiktighet som allerede er utvist ($FSK' < 0$, FSK' er endringen i FSK når aktsomheten økes marginalt).
- Teknisk forutsetning: $FSK'' > 0$, FSK'' er endringen i FSK' når aktsomheten endres marginalt.
- Aktsomhet oppfattes som et bestemt intervall av en kontinuerlig skala hvor mulige handlinger er rangert etter hvor mye de reduserer skaderisikoen og hvor mye kostnader de påfører den

¹²¹SHAVELL s. 6; LANDES & POSNER s. 58.

potensielle skadevolderen.¹²² Den implisitte forutsetningen er at dommeren har full informasjon om kostnadsforhold og handlingsalternativer.

Hva er det effektive aktsomhetskravet i denne modellen? Målet er å minimere totale kostnader ved forsiktighet og kostnadene ved ulykker, dvs. gjøre de totale ulykkeskostnader (US + FSK) minst mulig. Løsningen på dette beslutningsproblemet er at fabrikken øker sin forsiktighet inntil reduksjonen i forventet skade er lik grensekostnaden ved mer forsiktighet.¹²³ Sammenligningen forutsetter en felles måleenhet som er kroner blant norske økonomer. Når fabrikken handler aktsomt etter denne definisjonen er verdiskapingen innenfor modellen størst mulig fordi totale ulykkeskostnader målt i kroner er minimert.

Spørsmålet er nå om A vil handle aktsomt i modellen når culpapregelen gjelder og kravet til aktsomhet er satt til effektivt nivå. I sjargong spør vi om modellen forutsier effektiv økonomisk tilpasning. Svaret er ja fordi dette er i A's egeninteresse. Det framgår av følgende resonnerment:¹²⁴ Sett at A i utgangspunktet nøyaktig har tilpasset seg aktsomhetskravet. Hvis A øker aktsomheten til mer enn culpavurderingen krever, øker kostnadene. Forventet erstatningskrav reduseres ikke. I fall A reduserer aktsomheten til mindre enn culpavurderingen krever, går kostnadene ned. Men da er A ansvarlig for hele tapet til B. Forventet erstatningskrav ville da være større enn nedgangen i kostnadene (det følger av måten effektivt culpakrav ble definert). A har egeninteresse i å handle i tråd med culpavurderingen. Og siden vi forutsetter maksimaliseringsadferd vil A handle slik.

På dette grunnlaget kan vi trekke en slutning: Den erstatningsrettslige culpavurdering gir i modellen bare effektive stimulanser hvis den krever av fabrikkens handlinger at marginal forventet skadekostnad (FSK') er lik marginal nytte, dvs. grensekostnaden ved å unngå skade (US'). Dersom FSK' er større enn US' bør A være ansvarlig på culpagrunnlag, mens dersom FSK' er mindre eller lik US' bør A ikke være ansvarlig. Slutningen forutsetter at dommeren ikke tar feil ved effektivitetsvurderingen og at potensielle skadevoldere og skadelidte kjenner standarden for aktsomhet.

Slutningen foran er sikker i den grad man ikke setter spørsmålsteget ved forutsetningene for modellen. Dersom det vurderes å forkaste slutningen fordi man (av en eller annen grunn) ikke har lyst til å akseptere forutsetningene, er en imidlertid bundet av samfunnsvitenskapelige slutningsnormer. For det første må det utledes en bedre hypotese hvis en forutsetningsvis vil bygge på samfunnsvitenskapelig materiale. For det andre bør det huskes at forutsetningene kan

¹²²VELJANOVSKI s. 70.

¹²³SHAVELL s. 7; LANDES & POSNER s. 60; VELJANOVSKI s. 70.

¹²⁴SHAVELL s. 8.

føre til riktige prediksjoner, selv om de er urealistiske.¹²⁵ Og for det tredje er det betydelig empirisk støtte for grunnantakelsen om rasjonell, egennyttig adferd.¹²⁶ Resultatet av det eneste kjente eksperimentet, er dessuten at individers adferd er i tråd med forutsigelsen foran.¹²⁷

3222. Krav til erstatningsutmålingen ved strengt objektivt ansvar.

Spørsmålet er hvordan erstatningsutmålingen bør skje, gitt at ansvaret er objektivt (og at det er den effektive regelen). Svaret er at erstatningen bør gi fullstendig kompensasjon for fiskernes og badernes nyttetap som fettuslippet forårsaker.¹²⁸

Bakgrunnen for denne slutningen er at fabrikken motiveres til optimal aktsomhet ved en annen variabel ved strengt objektivt ansvar i forhold til ved culpaansvar. En objektiv regel stiller ikke noe eksplisitt krav til aktsomhet. Fabrikken er dermed ansvarlig for tap ved ethvert forureningsnivå. Bare hvis fabrikken er ansvarlig for totale ulykkeskostnader vil fabrikkens profitt være størst når summen kostnadene ved å være forsiktig og kostnadene ved å bli ansvarlig er minst. Derfor setter fabrikken aktsomhetsnivået til effektivt nivå ved perfekt kompensasjon for nyttetapet. Dersom erstatningen gir underkompensasjon, vil fabrikken være mindre forsiktig enn effektivt, og omvendt.¹²⁹

3223. Retningslinjer ved valget mellom subjektivt og objektivt ansvar.

Et annet spørsmål enn det som er drøftet i 3221, er om culperegelen er det erstatningsgrunnlaget som er mest effektivt blant alle mulige grunnlag. Alternativet er f.eks. objektivt ansvar med perfekt kompensasjon, se 3222. Videre kan man spørre om bestemte utforminger av regler om skadelidtes forhold, erstatningsutmåling osv. framfor andre maksimaliserer verdiskapingen. Varianter av grunnmodellen foran forusier virkningene av ulike alternativer på målet om samfunnsøkonomisk effektivitet.¹³⁰

En rekke forhold kan variere med ulike skadesituasjoner og rettferdiggjøre alternative forutsetninger. For det første er fabrikkens aktivitetsnivå ikke med i culpavurderingen selv om det kan ha stor betydning for omfanget av tapet for fiskerne. For det andre er det i praksis ofte muligheter for renseteknologisk utvikling. For det tredje kan domstolene gjøre feil. For det fjerde er det knyttet administrasjonskostnader til domstolsbehandling som varierer med alternative retts-

¹²⁵Se f.eks. FRIEDMAN *Essays* s. 8-9, 14-15, 16-22 og 30-31.

¹²⁶Se f.eks. FRIEDMAN *Essays* s. 22-23.

¹²⁷KORNHAUSER & SCHOTTER s. 232.

¹²⁸Forurensningsloven kap. 8 om kompensasjon for miljøskader etter norsk rett drøftes i avsnitt 442.

¹²⁹COOTER & ULEN s. 363 og 616-17; LANDES & POSNER s. 63; MURPHY & COLEMAN s. 236; POLINSKY s. 41; POSNER *Economic Analysis of Law* s. 160-61; SHAVELL s. 8; STEPHEN s. 134; WERIN s. 383.

¹³⁰Det er dette Shavells bok handler om.

regler. For det femte kan fiskernes aktsomhet og aktivitetsnivå ha stor betydning for hvor store tapene blir. Oppregningen er ikke uttømmende.

Det gis en kort oversikt over noen slutninger om valg av ansvarsmodell: Er culpaansvar eller objektivt ansvar mest effektivt?¹³¹ Den faktiske situasjonen avgjør (akkurat som i punkt 321). Verdiskapingshensynet er et klarere argument for objektivt ansvar

- desto bedre **kompensasjon** erstatningsutmålingen gir;

Se avsnitt 3222. foran.

- desto større betydning fabrikkens **aktivitetsnivå** har for omfanget av skadene;

I avsnitt 3221. er det nevnt hva slags typer handlinger aktsomhetskravet refererer seg til. En implisitt forutsetning var at nyttekostnadsavveiningen stiller krav til alle beslutninger som påvirker miljøskadene. Sett nå at slike handlinger er av to slag. På den ene side har vi typisk preventive tiltak som hvordan et kjemikaliefilter skal monteres, hva slags sikkerhetsutstyr som skal kjøpes inn, sikkerhetsrutiner ellers, osv. På den andre siden står beslutningen om hvor mye margarin fabrikkens skal produsere. Dette kan oppfattes som et spørsmål om aktivitetens omfang og ikke et spørsmål om forsiktighet. Dersom culpavurderingen ikke inkluderer aktivitetsspørsmålet i aktsomhetskravet, og hvis vi fremdeles antar at bare fabrikkens kan påvirke miljøskadene, leder culpaansvaret til at fabrikkens handler aktsomt (filteret blir innsatt osv.), men ikke til effektiv omsatt margarinmengde.¹³² Ansvar på objektivt grunnlag fører derimot til at filter blir montert og til effektiv produksjon.¹³³ Strengt objektivt ansvar sikrer dermed bedre samfunnsøkonomisk effektivitet jo mer aktivitetsnivået har å si, forutsatt at culpavurderingen er ufullstendig og alt annet er konstant.

- desto mindre betydning **fiskernes aktsomhet og aktivitetsnivå** har;

Diskusjonen av naborettslige prinsipper i 3212. viste at problemet med skadelidtes medvirkning kunne tale for culpaansvar og mot strengt objektivt ansvar. Argumentet er tilsvarende for erstatningsrettslige prinsipper. Dersom også fiskerne kan påvirke miljøskadene, leder culpaansvaret til effektiv forsiktighet både hos fabrikk og fisker, men fabrikkens produserer likevel mer enn effektiv mengde margarin.¹³⁴ Ansvar på objektivt grunnlag motiverer fabrikkens til å sette inn filter, men motiverer ikke fiskerne til effektiv dimensjonering av oppdrettsanlegg eller valg av fiskeplass. En regel om ansvarsfrihet for fabrikkens for den delen av miljøskadene som skyldes overdimensjonering av oppdrettsanlegg motiverer imidlertid fiskerne til effektiv dimensjonering.¹³⁵

¹³¹Slutningsresultatene er særlig hentet fra POLINSKY passim.

¹³²POLINSKY s. 93.

¹³³POLINSKY s. 93-94; SHAVELL s. 6-9.

¹³⁴POLINSKY s. 94-95.

¹³⁵POLINSKY s. 95; SHAVELL s. 9-21.

- desto vanskeligere en ideell **culpavurderingen** er å foreta;

En ideell culpavurdering tar hensyn til alle sider ved partenes adferd som påvirker tapet. Dersom en eller flere faktorer blir systematisk utelatt eller feilvurdert, bør dette påvirke regelvalget. Hvis f.eks. domstolen ikke kan vurdere aktivitetsnivået, berør valget mellom culpa og ansvar på objektivt grunnlag på et skjønn over hvilken aktivitet som gir størst feil å neglisjere. Culparegelen bør velges hvis skadelidtes aktivitet er viktigst, mens objektivt ansvar bør velges hvis forurenserens aktivitetsnivå er viktigst.¹³⁶ Dessuten kan domstolene ha praktiske vansker med å vurdere hvilke investeringer i renseteknologi som er effektiv når renseteknologien forbedres over tid.

- desto større differansen er mellom **prosesskostnadene** ved objektivt og subjektivt ansvar;

Reglene har ulike former for administrasjonskostnader, men uten konkrete holdepunkter kan både ene og den andre regelen være mest prosessøkonomisk. Culparegelen fører til færre saker, men hver sak trolig har høyere prosesskostnader.¹³⁷

- desto større allokeringstap **domstolene** forårsaker ved å feilspesifisere aktsomhetskravet.

I tillegg kommer evnen reglene har til å **allokere risikoen** for skade i samsvar med partenes preferanser. Gir vi slipp på forutsetningen om at partene er risikonøytrale, er et sett av momenter knyttet til risiko og forsikring relevante.¹³⁸

Økonomiske analyse gir på denne måten retningslinjer for rettsanvendelsen. Retningslinjene følger av målet om effektiv ressursbruk og er altså utslag av verdiskapingshensynet. Hvis dommeren vurderer hvilke forutsetninger som er mest realistiske for den kategori skadetilfelle som fettskadet fjordfisk representerer, følger retningslinjene som logiske implikasjoner innenfor modellene.

323. Effektivitetsgrenser for privat miljørett: Krav til samordningen med offentligrettslig miljøregulering.

3230. Samordningskravet.

Det er den samlede virkning av miljørettsreglene som avgjør om miljøskadelig adferd blir priset slik at verdien av miljøet blir høyest mulig. Det må derfor skje en samordning av offentlig og

¹³⁶POLINSKY s. 96, jfr. s. 50; SHAVELL s. 26-32.

¹³⁷LANDES & POSNER s. 41; POLINSKY s. 50-51; SHAVELL kap. 11. Se også ved note 116.

¹³⁸LANDES & POSNER s. 13; POLINSKY s. 53-58 og 67-74; SHAVELL kap. 8-10.

privat miljørett.¹³⁹ En grunn til å nevne dette er at domstolene, og da særlig Høyesterett, driver rettskapende virksomhet. Et mål for denne virksomheten bør være å sikre et godt samvirke mellom rettsreglene, f.eks. bedømt etter effektiv ressursbruk som godhetskriterium.¹⁴⁰ I et større perspektiv er imidlertid samordning av rettsregler i hovedsak en oppgave for lovgiver.¹⁴¹

Rettsanvendelsen er fokus for drøftelsen i dette arbeidet. Opplegget for dette punktet er derfor å vise kort hvordan lovgiver kan bruke slutninger fra teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet når rettsreglene skal samordnes. Dette gjøres ved å omtale noen skjønnsmomenter som rettsøkonomisk litteratur har identifisert og som regelprodusenten bør ta hensyn til. Momentene gir retningslinjer for de empiriske studier som er nødvendig som grunnlag for sikrere konklusjoner om regelimplikasjoner av verdiskapingshensynet.

3231. Valget av både ansvarsregler og reguleringer.

Drøftelsen har så langt begrenset seg til ex post regulering av konflikten mellom fiskerne og fabrikken gjennom privatretten (bortsett fra at et rettingskrav også gir grunnlag for stansning forut for utslippet). Lovgiver kan imidlertid velge mellom ex ante offentligrettslig regulering (avgifter eller naturaplikter) og ex post ansvarsregler.¹⁴² Når det gjelder aktivitet som medfører indre og ytre miljørisiko, er det generelt sett særlig fire faktorer som avgjør det relative fortrinnet til virkemidler ex post eller ex ante.¹⁴³

Et første moment er at private aktører har mye større **informasjon** om normale risiki, mens myndighetene kjenner ekstraordinære og teknisk pregede risikofaktorer best.¹⁴⁴ Momentet taler for ansvarmodellen ved den første typen usikkerhet fordi regulerende myndighet i praksis mangler informasjon om hver forurensner og skadelidt. Reguleringene bygger derfor på totale størrelser (aggregater). Selv om gjennomsnittene er korrekte, er ethvert individuelt avvik fra likhet mellom marginalkostnad og grensenytte et tap i miljøverdi. Dette forholdet har betydning for valget mellom regulering og ansvar.¹⁴⁵ Objektivt ansvar har et fortrinn foran både pris- og kvantumsreguleringer fordi den individuelle forurenseren står overfor full miljøverdi i

¹³⁹COASE s. 27-28; ECKHOFF *Styringsmuligheter* s. 111-13 (gir momenter til samordning mellom normative og økonomiske virkemidler).

¹⁴⁰ECKHOFF *Rettskildelære* s. 273-74 (sier det er behov for samordning av rettsregler for å sikre godt samvirke mellom dem)

¹⁴¹ECKHOFF *Rettskildelære* s. 270.

¹⁴²LANDES & POSNER s. 52-53 og kap. 9; SHAVELL kap. 12.

¹⁴³SHAVELL s. 277.

¹⁴⁴HIRSCH s. 311-13; SHAVELL s. 281-82.

¹⁴⁵Forholdet har dessuten betydning for valget mellom offentligrettslige virkemidler. Avgifter fører noen ganger til større verditap enn kvantumskontroll, men andre ganger ikke, HIRSCH s. 312.

samfunnsøkonomisk forstand.¹⁴⁶ Kostnadene ved å innhente informasjon er også mindre ved at domstolene bare behøver å kjenne miljøskadene. Ved reguleringer må reguleringsmyndigheten også kjenne forurenserens kostnader fordi utslippsregulering innebærer en administrativ deling av miljørådigheten. Med ufullkommen informasjon og tilfeldig variasjon mellom individuelle aktører er det derfor, alt annet likt, grunn til å anta at dødvektskostnadene (avviket fra den ressursbruk som er mest i samsvar med partenes ønskser og oppfatninger) er lavere i et ansvarssystem.

Et moment nummer to er hvilke **insentiver** til å unngå indre og ytre miljøskade regimene skaper. Hvis skademuligheten er svært mye større enn verdien av virksomheten og hvis forsikreren (forsikreren er gjerne en annen aktør enn skadevolder og skadelidt) ikke har gode indikatorer på risikominskende tiltak, er det fare for at insentivene ikke blir så sterke at miljøverdien maksimaliseres. I så fall er det et argument for reguleringer.¹⁴⁷

Det tredje momentet er at den miljøfarlige virksomheten i visse tilfeller **unngår trusselen om ansvar**. Grunnene kan være at hver skadelidt er svært liten, at det tar lang tid før aktiviteten slår ut i miljøskade eller at det er vanskelig å bevise årsakssammenheng mellom virksomheten og skaden.¹⁴⁸ I disse tilfellene har vi et argument for reguleringer.

Et fjerde moment er at totale **administrasjonskostnader** trolig vil være større ved reguleringer enn ved ansvar. Dessuten er ressursene siktet mindre inn mot de mest sannsynlige skadevolderne.¹⁴⁹ Dette momentet taler for ansvar.

Ved en samlet avveining av momentene kan det argumenteres for at ex post og ex ante styringsmodeller bør brukes parallelt, men etter sine relative fordeler og ulemper.¹⁵⁰

3232. Valget av reguleringsnivå.

Hvilket reguleringsnivå som fremmer effektiv ressursbruk er ikke uavhengig av om det gjelder ansvarsregler og hvor strenge disse er, siden den økonomiske modellen predikerer at ulike miljøansvarsregler leder til forutsigbare variasjoner miljøressursbruken. Det er derfor i strid med hensynet til verdiskaping å sette reguleringsnivået til samme nivå med og uten ansvarsregler. Miljøreguleringer som ikke tar hensyn til domstolenes praktisering av miljøansvaret,

¹⁴⁶Se 3222. Ved ansvar på subjektivt grunnlag mangler forurenseren som nevnt i 3223, insentiver til å begrense forurensning som er aktsom selv om den har samfunnsøkonomiske kostnader (aktivitetsnivået).

¹⁴⁷SHAVELL s. 279-80.

¹⁴⁸SHAVELL s. 280-81.

¹⁴⁹SHAVELL s. 282.

¹⁵⁰SHAVELL s. 283-84.

maksimaliserer bare miljøverdiene i en situasjon der sannsynligheten er null for at en rasjonell forurensner blir idømt ansvar.¹⁵¹

3233. Valget av omsettelige utslippstillatelser.

Offentligrettslig tildeling av privat miljøkompetanse må til for å utvikle markeder for utslippstillatelser.¹⁵² Utslippstillatelser som er individuelle og overdragelige er ex ante et kombinert kvantum- og prisvirkemiddel, siden de er grunnlaget for utviklingen av et eksplisitt marked. Økonomisk sett er instrumentet ex post et prisvirkemiddel fordi verdien av forventet straff kan oppfattes som prisen på ikke-tillatt utslipp. Omsettelige tillatelser representerer en slags samordning av offentlig miljøregulering og privat miljøautonomi. Siden et marked i slike tillatelser utnytter mulighetene for enighet mellom partene, er samordningen konsistent med nytte-kostnadskriteriet.¹⁵³

3234. Oppsummering.

Nytte-kostnadskriteriet krever etter omstendighetene offentligrettslig regulering. Visse offentligrettslige regler bør etter nytte-kostnadskriteriet foretrekkes framfor andre. Erstatningsretten påvirker optimal regulering. Reguleringsreformer bør ta i bruk private kompetanser som virkemiddel.

33. Oppsummering av kapittel 3.

En vurdering av det prinsipielle metodeproblemet slutningsspørsmålet reiser, gir til svar at sosialøkonomisk metode bør brukes. Slutningsprosessens metodiske grunnlag kan oppsummeres i tre hovedpunkter.¹⁵⁴ Første ledd er antakelsen om rasjonell adferd (maksimaliseringsadferd) hos rettsundersåttene. Andre ledd er bruk av enkle modeller for å finne likevektsløsningen. Tredje ledd er sammenligning av likevektsløsningen med effektivitetsregelen.

Effektivitetskrav til reglenes (avgjørelsens) innhold gikk fram av tre enkle modeller som ble diskutert. En modell med neglisjerbare transaksjonskostnader viste først at partene kan løse lokale miljøproblemer selv, dersom de har avtalekompetanse til dette (3211.). Deretter viste en modell med transaksjonskostnader, hvor det ble forutsatt at fettutslippene var stadige og

¹⁵¹KOLSTAD, ULEN & JOHNSON s. 889.

¹⁵²HAHN s. 112 spår større bruk av dette virkemiddelet i framtiden.

¹⁵³SmIgn. avsnitt 31. foran.

¹⁵⁴COOTER & ULEN s. 7.

udramatiske, at naboretten bl.a. bør ta hensyn til at fiskernes tap p.g.a. forurensningen normalt er et tosidig problem som derfor i en viss forstand er forårsaket av dem begge (3212.). En annen modell med transaksjonskostnader, hvor det ble forutsatt at fettutslippene skjedde plutselig og med mer omfattende skader på andre fjordbrukere, ga til slutt noen erstatningsrettslige retningslinjer, f.eks. at culpavurderingen bør være en vurdering av nytte og kostnader når det gjelder fabrikkens handlemåte sett fra et samfunnsøkonomisk synspunkt (3221.); at fiskerne bør kompenseres for hele tapet ved erstatningsutmålingen (s.k. perfekt kompensasjon) dersom objektivt ansvar er erstatningsgrunnlaget (3222.); at i valget mellom objektivt og subjektivt ansvar trekker det i retning av objektivt ansvar hvis fabrikkens aktivitetsnivå har stor betydning for miljøskadene, og at fiskernes medvirkning, men også en rekke andre skjønnsmomenter, påvirker valget av ansvarmodell (3223.); at visse skjønnsmomenter trekker i retning av at offentligrettslige reguleringer gir bedre kontroll med miljøskadene (avsnitt 323.).

De konkrete omstendighetene avgjør hvilke slutninger som kan trekkes og hvor sikre slutningene er i den enkelte sak. Som ellers i jussen kan det trekkes et (hensiktsmessighets)skille mellom tolkning og subsumsjon. I dette kapitlet er bare tolkningsspørsmålet drøftet. Subsumsjon forutsetter her som ellers et konkret faktum.

I fullstendige økonomiske analyser og slutninger er testing av prediksjonen mot fakta dessuten et viktig fjerde ledd. Dette ligger klart utenfor den bruk av økonomisk teori som er naturlig for domstolene. Domstolene bør bygge på den økonomiske teorien fordi den inneholder empirisk begrunnede hypoteser om adferd og virkninger som vil bli modifisert dersom de løpende empiriske undersøkelsene gir grunnlag for det.¹⁵⁵

I prinsippet er det nå vist hvordan dommeren generelt sett kan nå fram til argumenter i den enkelte sak på grunnlag av teorien bak verdiskapingshensynet. Et annet spørsmål er forholdet mellom verdiskapingshensynet og andre argumenter som dommeren kan, bør eller skal tillegge betydning for løsningen av rettsspørsmål. Dette leder over i rettskildelærens avveinings-spørsmål som er tema for kapittel 4.

¹⁵⁵ECKHOFF *Juss, moral og politikk* s. 84; ECKHOFF *Empiriske metoder* s. 36.

4. AVVEININGSSPØRSMÅL.

I dette kapitlet diskuteres spørsmålet om hvordan rettskildenormene oppmuntrer eller motvirker effektive avgjørelser ved enten å åpne for eller å sette skranker for bruk av verdiskapingshensynet. Problemstillingen belyses ved å analysere hovedsetninger og vurderingstyper i rettskildelæren, samt utsnitt av konkret (representativt) rettskildemateriale. Analysen består i å vurdere om det rettslige materialet er konsistent med hensynet til verdiskaping. Vurderingsgrunnlaget er implikasjonene av nytte-kostnadskriteriet som ble utledet i kapittel 3.

I rettskildeteorien er vektspørsmålet hvilket gjennomslag hensynet til verdiskaping har de lege lata, enten som selvstendig argument eller som samordningsargument når flere argumenttyper skal samordnes.¹⁵⁶ Som avsnitt 40. viser, kommer spørsmålet om vekten av hensynet til verdiskaping bare på spissen under bestemte restriktive forutsetninger. Samtidig tar mitt arbeid utgangspunkt i effektivitetshypotesen og spørsmålet om hvilket gjennomslag hensynet til verdiskaping kan få ved dommerens avgjørelser.¹⁵⁷

Hensynet til verdiskaping bør komme inn i rettsanvendelsen av to grunner. For det første er en rettsavgjørelse i prinsippet alltid rettsskapende¹⁵⁸, men innslaget av nyskapende rettstenkning vil variere sterkt. Generelt kan det sies at jo mer rettsskapende avgjørelsen er, desto mer faller den rettspolitiske og rettsdogmatiske argumentasjonen sammen. Og desto videre bør grensene være for å ta med slutninger av den typen som er beskrevet foran i kapittel 3. For det andre bør dommeren åpent redegjøre for de argumentene som han legger vekt på og avveie argumentene mot hverandre.¹⁵⁹ Også andre vurderinger enn den grunnleggende avveiningsnormen i rettskildelæren bør ha plass.¹⁶⁰ Og da bør også godhetsvurderingene komme fram i begrunnelsene. Det er særlig betydningen av hensynet til verdiskaping ved denne andre og mer udramatiske rettsanvendelsen som skal diskuteres nærmere.

Utgangspunktet for diskusjonen i dette kapitlet er teoriens generelle setninger om vekten av godhetsvurderinger (avsnitt 40.).¹⁶¹ Dernest begrunnes hvorfor ulike mekanismer i avgjørelsesprosessen kan øke gjennomslaget for verdiskapingshensynet (avsnitt 41.). Opplegget for resten av kapitlet blir så å beskrive nærmere slike mekanismer: For det første individuelle

¹⁵⁶En annen formulering er: "Et annet metodeproblem er spørsmålet om hvilket standpunkt man skal ta når det er innbyrdes motstrid mellom flere selvstendige rettskilder og mellom flere selvstendige argumenter. Vi kan tale om et harmoniseringsspørsmål eller et veinings- eller balanseringsspørsmål" AARBAKKE *Skatt* s. 35.

¹⁵⁷I kapittel 1 ble det drøftet hvorfor det kan være ønskelig å stille opp en effektivitetshypotese. Spørsmålets praktiske side er hvordan jurister kan vareta hensynet til verdiskaping.

¹⁵⁸ECKHOFF *Rettskildelære* s. 167.

¹⁵⁹ECKHOFF/SUNDBY s. 109.

¹⁶⁰ECKHOFF/SUNDBY s. 130.

¹⁶¹I kapittel 2 ble det brukt slike teoretiske setninger til å slå fast at verdiskapingshensynet er relevant.

avtaler og adferd (avsnitt 42.); deretter andre rettskildefaktorene som gir anvisning på interesseavveininger (avsnitt 43.); endelig spørsmålet om formålsbetraktninger av denne typen har autoritativ støtte (avsnitt 44.).

40. Hensynet til verdiskaping er uten autoritativ støtte - det egentlige vektspørsmålet.

Spørsmålet i dette avsnittet er hvilket gjennomslag hensynet til verdiskaping har i egenskap av å være en godhetsvurdering. Svaret følger indirekte av rettskildeteoriens generelle setninger om utfallet av parvise kollisjoner mellom argumenter fra forskjellige rettskildefaktorer.

Hovedregelen er at godhetsvurderinger uten autoritativ støtte må vike for et argument som har god støtte i lovteksten eller rettspraksis.¹⁶² Godhetsvurderinger får større gjennomslag hvor andre faktorer ikke har spesiell relevans eller bare gir svært usikre slutninger.¹⁶³ Dessuten har vurderingene stor betydning når argumenter fra autoritative faktorer står mot hverandre, dvs. i situasjoner der tre eller flere faktorer gir motstridende argumenter til løsningen.¹⁶⁴ I de siste to tilfellene øker gjennomslaget for godhetsvurderinger generelt og dermed verdiskapingshensynet spesielt. Utgangspunktet må likevel være at gjennomslaget for verdiskapingshensynet er klart begrenset fordi den relative vekten av godhetsvurderinger er begrenset etter rettskildelærens hovedsetninger.

Kollisjonsreglene gir likevel ikke en så mekanisk tilordning av vekt etter typen rettskildefaktor som de generelle formuleringene kan gi inntrykk av. Dette skyldes blant annet at egenskaper ved rettskildefaktoren selv kan variere. Dessuten kan dommerens vurdering av egenskapene også variere.

Med utgangspunkt i de synspunkter som ble lansert av Ross kan man spørre hva slags egenskaper hensynet til verdiskaping har som godhetsvurdering. Ross legger et "objektiverings"synspunkt til grunn for et skjema for rettskildene.¹⁶⁵ Med objektivering mener han "[d]en grad, i hvilken de byder dommeren en færdig formulert retsregel; eller omvendt den grad, i hvilken de kun byder ham et materiale der først etter aktiv medvirken fra hans side udformes til en regel." Etter hans vurdering er forholdets natur (godhetsvurderinger) generelt sett en ikke-objektivert, fri kildetype.

¹⁶²ECKHOFF *Rettskildelære* s. 314.

¹⁶³ECKHOFF *Rettskildelære* s. 315-16.

¹⁶⁴ECKHOFF *Rettskildelære* s. 315.

¹⁶⁵ROSS s. 92-93. Synspunktet videreføres i EVJU s. 39-42. Her brukes beslektede synspunkter, men innenfor kategorien godhetsvurderinger og herunder bare i forhold til hensynet til verdiskaping.

Hvilke egenskaper er karakteristiske for hensynet til verdiskaping? På bakgrunn av kapittel 3 kan følgende fire punkter noteres: 1) Verdiskapingshensynet anvender andres oppfatninger i argumentasjonen. 2) I nytte-kostnadsavveiningen må dommeren la andres ønsker og oppfatninger telle med på linje med sin egen (prinsippet om normativ individualisme). 3) Harmoniseringen av motstridende interesser bygger på betalingsvillighet. 4) Rettslige løsninger antas å ha virkningene som forutsagt av adferdsteorien med rasjonalitetsantakelsen som kjerne.

Egenskapene 1) til 4) kan være gjenstand for ulik vurdering av ulike dommere. Dommerens egen vurdering av egenskapene bidrar således til å avgjøre vekten av hensynet til verdiskaping. Dermed kan rettslige aktører argumentere over deres betydning. Til 2) kan man f.eks. overfor dommeren argumentere med at prinsippet om normativ individualisme gjør vurderingen intersubjektiv og etterprøvbar, dvs. til et kunnskapsspørsmål. I denne forstand er det en mer objektiv vurderingstype enn visse andre tenkelige vurderinger. Til 3) kan man f.eks. anføre at betalingsvillighet er et kontroversielt, men mye brukt beslutningskriterium i almenpolitikken.

De relevante egenskapene ved hensynet til verdiskaping kan også variere fra sak til sak. Det er f.eks. rimelig å anta at gjennomslaget varierer med hvor sikker dommeren synes den individuelle slutningen er på bakgrunn av sakens konkrete omstendigheter. Sikkerheten i den slutningsprosessen som er omtalt i kapittel 3 blir dermed en viktig egenvektsvariabel.¹⁶⁶ Omfanget av miljøressursene som står på spill et også et viktig variabel. Siden det er tale om generelle virkninger, blir hensynet til verdiskaping fort tungtveiende selv om det er små nyanser i den enkelte sak mellom konkurrerende tolkninger.

Et spesielt moment (problem) er at nytte-kostnadskriteriet kan bli fortrent av andre godhetsvurderinger som kanskje har mer tiltalende egenskaper. Dette reiser det s.k. egenvektspørsmålet for faktorkategorien godhetsvurderinger.¹⁶⁷ En diskusjon av problemet forutsetter at konkurrerende teorier gir anbefalinger som er inkonsistente med hensynet til verdiskaping. Dette siste spørsmålet faller imidlertid utenfor spørsmålsrammen for dette arbeidet, jfr. kapittel 1.

41. Privat autonomi, interesseavveininger og formålsbetraktninger er mekanismer for autoritativ støtte.

I praksis vil hensynet til verdiskaping sive inn på ulike trinn i beslutningsmodellen for dommere.¹⁶⁸ Hensynet til verdiskaping kan derfor spille en rolle langt utover den en kan

¹⁶⁶Se avsnitt 33.

¹⁶⁷ECKHOFF kap.14VIII.

¹⁶⁸SMITH s. 583: "De økonomiske hensyn går inn som avgjørelsesfaktorer på alle nivåer i rettssystemet".

konstatere i forbindelse med kollisjonsnormene. Etter etablert rettskildeteori kan hensynet ihvertfall på to andre måter komme inn i avgjørelsesprosessen.

For det første kan hensynet til verdiskaping ha ekstra **betydning** ved å utgjøre et utfyllende moment ved vurderingen av rettsfakta. Kunnskapen om samfunnsøkonomisk effektivitet bidrar i så fall til sammenkobling av ufullstendige argumenter. Bidraget til konstruksjon av fullstendige argumenter kommer forut for at hensynet kumuleres med andre argumenter i samme retning eller vinner i kollisjon med et motstridende argument fra én annen rettskildefaktor.¹⁶⁹ Bruken skjer før et ferdig argument er utledet. Dette kan kalles hensynets rolle som argumentbærer.

For det andre kan selve argumentene oppnå **gjennomslag** på andre måter enn ved kollisjonsreglene. Årsaken er at hensynet til verdiskaping kommer inn på flere stadier i avgjørelsesprosessen: Som relevans-, slutnings- og avveiningsvurdering ved de andre faktorene¹⁷⁰; som argument ved overveielser og begrunnelsene som leder til kollisjonsreglene¹⁷¹; som vurderingsmoment ved bevisvurderingen¹⁷². På disse stadiene kommer hensynet til verdiskaping inn med sitt argumentinnhold og slår igjennom overfor annet argumentinnhold som rettskildematerialet forøvrig peker mot.

Ovenfor er det skilt mellom hensynets rolle som argumentbærer (-kilde) og som argumentinnhold (-type).¹⁷³ Sondringen er nærliggende når man opererer med slutningsspørsmålet som en egen fase i dommerens overveielser. Hvis man gjennomførte skillet mellom argumentbærer og argumentinnhold, kunne teorien selv kalles argumentbærer og implikasjonene av teorien argumentinnhold. Alternativt kunne både dommerens hode, juridisk teori og alminnelig rettsbevissthet anses som argumentbærer for verdiskapingshensynet. Hverken hovedsondringen eller noen av disse alternativene er imidlertid innarbeidet i rettskildelæren. Én grunn kan være at avgjørelsesprosessen skjer mer intuitivt og simultant enn ordbruken peker mot. Dess mer intuitivt og simultant avgjørelsesprosessen foregår i praksis, desto mer vil rollene som argumentbærer og argumentinnhold gå over i hverandre. Å drøfte dette spørsmålet nærmere med sikte på stillingstaken tjener ikke formålet med dette arbeidet. Skillet mellom argumentbærere og argumentinnhold opprettholdes derfor ikke i den videre drøftelsen.

Hensynet til verdiskapingen og kunnskap om dettes implikasjoner kan på bakgrunn av det foregående ha både direkte, indirekte og skjult betydning. Det kan ha direkte betydning ved at det i lovt tekst, forarbeider, rettspraksis, kutyme og teori blir referert eksplisitt til nytte-kostnadsvurderingen. Den indirekte betydning kommer fram ved at kunnskapen om verdianalysen er tolkingsdatum ved slutningen fra rettskildefaktorer som lovt tekst, forarbeider,

¹⁶⁹ECKHOFF *Rettskildelære* s. 21-22.

¹⁷⁰ECKHOFF *Rettskildelære* s. 303-05.

¹⁷¹ECKHOFF *Rettskildelære* s. 305-06.

¹⁷²AARBAKKE *Harmonisering* s. 515-18.

¹⁷³HELGESEN; EVJU s. 1 (Krediterer Helgesen for termene "argumentkilder" og "argumenttyper").

rettspraksis, kutyme og teori til de argumentene man anfører i begrunnelsen. Den skjulte betydningen kan ligge i at dommeren endrer oppfatning og/eller begrunnelse p.g.a. verdiskapingshensynet. Dommeren kan f.eks. tenkes å endre oppfatningen av hvorvidt andre faktorer har spesiell relevans og hva de inneholder (slutningsspørsmålet). Og i tillegg kan den interne harmoniseringen mellom andre rettskildefaktorer endre seg. I begge tilfeller er det en glidende overgang over mot at hensynet har betydning for selve rettskildeprinsippene (som ikke skal behandles, jfr. kapittel 1, avsnitt 12.). Alt dette vil lett kunne skje uten at dommeren lar det komme fram i begrunnelsen. Beskrivelsene gir grunnlag for den arbeidshypotesen at hensynet til verdiskaping kan få økt gjennomslag ved å "låne vekt" fra mer autoritative rettskildefaktorer.

Utgangspunktet for den videre diskusjonen av verdiskapingshensynets gjennomslag er etter dette at hensynet godt kan ha støtte i andre rettskildefaktorer. Spørsmålet om vekt etter kollisjonsreglene oppstår jo først når det er konstatert motstrid mellom ferdige argumenter om rettsfølgene av at et rettsfaktum anses å foreligge. Hovedoppgaven i resten av kapittel 4 er derfor å beskrive nærmere mekanismer som øker betydningen av og gjennomslaget for hensynet i forhold til det minstemålet som kollisjonreglene fastsetter. "Vektlåningen" beskrives gjennom eksempler på privat autonomi, interesseavveining og formålsbetraktninger.¹⁷⁴ I alle tre kategoriene kan slutnings- og harmoniseringsprosessen ved de andre faktorene kanskje bli lettere, riktigere eller annerledes med enn uten hensynet til verdiskaping og kjennskap til nytte-kostnadsanalysen. Hvis det er tilfellet, får hensynet også mer vekt i snever forstand fordi det gir økt gjennomslag ved reelle, men skjulte kollisjoner med argumenter fra andre rettskildefaktorer.¹⁷⁵ Siden det vil være umulig å observere denne ekstraeffekten, skilles den ikke skarpt fra annen låning av vekt.

Målet er å vise at privat autonomi, interesseavveininger og formålsbetraktninger er empirisk relevante effektivitetskategorier, men hvor stort empirisk innhold kategoriene har er det vanskelig å ta standpunkt til uten omfattende undersøkelser. Eksemplene er imidlertid typiske for juridiske vurderinger og kaster derfor lys over problemstillingen i kapittel 1.

¹⁷⁴En fjerde mekanisme er at hensynet til verdiskaping bidrar til at begrunnelsene for rettskildeprinsippene selv blir bedre eller annerledes, men dette faller utenfor spørsmålsrammen i kapittel 1, se avsnitt 12.

¹⁷⁵ECKHOFF *Rettskildelære* s. 303-06; AARBAKKE *Skatt* s. 17: "[f]ormelt bindende kilder [kan] mykes noe opp gjennom de anvendelsesmetoder som det er tillatt å bruke."

42. Privat autonomi.

Overalt i norsk rett hvor private har kompetanse til selvbinding, begrunner domstolene sine løsninger ved å vise til partenes utsagn og adferd.¹⁷⁶ Retten for fabrikken til å slippe ut fettene kan derfor bli stiftet ved at naboene avgir et løfte om å tåle konsekvensene mot å akseptere et vederlag, se gl. § 1 og servl. § 1. I tillegg har partenes ikkeverbale opptreden stor betydning som miljørettstiftende kjennsgjerning, f.eks. ved prioritetsprinsippet i gl. § 2. Stiftelse av forurensningsservitutt ved hevd (hevdsl. § 7) og alders tids bruk (ulovfestet) er andre eksempler.

I rettskildeteorien behandles individuelle dispositive utsagn og adferd som faktum og ikke juss.¹⁷⁷ Begrunnelsen er at avtaler og konkludente handlinger skaper singulære og ikke generelle normer. Avtalerettens regler blir følgelig de generelle normene som bestemmer hvilken avtale som skal legges til grunn som faktum.

For spørsmålet i dette arbeidet er det imidlertid relevant hvilke totale trekk ved normene for løsning av individuelle rettsspørsmål som kan bidra til å forklare at rettsreglene er eller kan bli samfunnsøkonomisk effektive. Og i den sammenhengen er det prinsipielle skillet mellom juss og faktum lite nyttig.

Dersom en forholder seg pragmatisk til skillet, kommer hensynet til verdiskaping inn bakveien i dommerens beslutningsmodell. Dommerne har jo i tingsretten, som illustrert ved eksemplene rett ovenfor, vid kompetanse til å bygge på partenes utsagn og adferd. Et annet spørsmål er hvor stram plikten er til å bruke kompetansen, men domstolene pleier ihverfall ofte å begrunne løsningen av individuelle rettsspørsmål ved å vise til faktisk eller hypotetisk enighet. En dommer som legger vekt på hensynet til verdiskaping (har samfunnsøkonomisk effektivitet som mål) vil gjøre det samme. Grunnen er at enighet ifølge paretostandarden er et kriterium på samfunnsøkonomisk forbedring, se avsnitt 31. Dersom fabrikken og naboene inngår en avtale som er gyldig, utnyttes fjorden mer effektivt etter enn før avtalen, vurdert etter partenes oppfatninger og preferanser på avtaletidspunktet. Tilsvarende gjelder hvis fabrikken kjøper utslippskvoter fra naboene eller Statens Forurensningstilsyn (bortsett fra at en ordning med konsesjon kan være ineffektiv p.g.a. styrings- og koordineringsproblemer i forvaltningen).

En konsekvens av å se individuelle utsagn og adferd som rettskildefaktorer er at rettsreglene om hvordan dommeren skal bedømme utsagnene og adferden, dvs. avtaleretten, prioritetsprinsippet, hevdsloven osv. i dette pragmatiske perspektivet blir rettskildeprensipp, dvs. del

¹⁷⁶ECKHOFF *Rettskildelære* s. 209-29, se særlig s. 218.

¹⁷⁷ECKHOFF *Rettskildelære* s. 20.

av den juridiske metodelæren på sitt område. Som nevnt i kapittel 1 vil spørsmålet om hvorvidt verdiskapingshensynet også kommer inn ved overveielsen over hva rettskild prinsippene går ut på, falle utenfor spørsmålsrammen for dette arbeidet.

Et annet spørsmål som bør stilles i denne sammenheng er under hvilke betingelser partsviljen og sosiale normer gir effektive løsninger. Når det gjelder effektivitetsvurderingen av sosiale normer taler man av og til om den strukturelle metoden, se foran ved note 8. Slutningsprosessen for denne metoden er ifølge Robert Cooter (upublisert arbeidsnotat) at dommeren bør vurdere hvorvidt den sosiale situasjonen som konflikten har oppstått i, vil generere effektive sosiale normer. I tråd med moderne spillteori er betingelsene for det første at "spillet" gjentas i det uendelige eller at sannsynligheten for repetisjon er høy i alle omganger. Og for det andre at spillerne ikke diskonterer framtidige fordeler med stor utålmodighet.¹⁷⁸ En videre diskusjon av dette spørsmålet faller imidlertid utenfor spørsmålsrammen i dette arbeidet.

43. Interesseavveininger.

Lovregler og ulovfestet rett inneholder ofte markører for avveining som oppmuntrer dommeren til å avgjøre rettsspørsmålet etter en skjønnsmessig avveining av interessene i den foreliggende sak. Normer som på denne måten åpner spillerom for skjønn slik at avgjørelsen kan komme til å bero på en avveining av forskjellige faktorer, betegnes i rettsteorien avveiningsnormer.¹⁷⁹ Selve avveiningsmarkøren kan være mer eller mindre klart uttrykt i lov og forarbeider eller i beskrivelser av praksis.¹⁸⁰

Hvis interesseavveiningen er konsistent med nytte-kostnadskriteriet, vil en beskrivelse av dette forholdet identifisere en mekanisme som bidrar til gjennomslag for hensynet til verdiskaping. Med konsistens menes at en verdimaksimaliserende dommer ville foretatt en liknende avveining også om han var fri fra formelle bindinger til andre rettskildefaktorer. Mekanismen er altså at regler oppmuntrer dommeren til skjønnsmessige commonsense-avveininger. Det kan forventes rike empiriske funn ved domsstudier av denne kategorien avgjørelser.¹⁸¹ Grunnen er en fokusering på felles grunntrekk ved dommerens tenke- og avveiningsmåter på den ene siden og nytte-kostnadsvurderingen på den andre.

Opplegget for resten av dette avsnittet er å beskrive en lovregel og å gi en beskrivelse av ulovfestet rett som eksempler på denne mekanismen. Først omtales servl. § 7 som ser ut til å gi umiddelbar og konkret anvisning på en nytte-kostnadsvurdering (punkt 431.). Deretter

¹⁷⁸OTT & SCHÄFER s. 9.

¹⁷⁹ECKHOFF & SUNDBY s. 108.

¹⁸⁰ECKHOFF & SUNDBY s. 119, 129 og 108-09.

¹⁸¹For en oversikt over avveiningsmarkører i lovgivningen, se SUNDBY kap. 8 (s. 205-22).

diskuteres om culpavurderingen er et annet tilfelle der skjønnstemaet ligner eller faller sammen med nytte-kostnadsvurderingen (punkt 432.). Tilslutt gis en avsluttende vurdering (punkt 433.).

431. Avskipingsvurderingen i tingsretten.

Bestemmelsene om omskiping og avskiping av særrett til å skade miljøet i servl. § 7 tjener som eksempel. Anta at margarinfabrikken har rett overfor naboene til å slippe ut fett i fjorden. Grunnlaget kan være hevd, ekspropriasjon eller avtale. Naboenes rett til å få retten endret er i prinsippet uavhengig av samtykke fra eieren av fabrikken. Vilkåret etter § 7 er bare at retten er "klårt til meir skade enn gagn", og at "mishøvet ikkje kan rettast med omskiping etter §§ 5 eller 6."

Formuleringen "meir skade enn gagn" peker mot nytte-kostnadsvurderingen. Dommeren synes etter ordlyden å ha kompetanse til å avgjøre saken direkte etter Kaldor-Hickskriteriet. For hvis konflikten mellom fabrikken og nabofiskerne kommer til domstolene etter servl. § 7, har jo ikke partene oppnådd enighet. Dersom partene hadde blitt enige, gir servl. §§ 1, 2. og 9,1. partene kompetanse til stiftelse av nye rettigheter og aktiv suksesjon av eksisterende rettigheter. Disse bestemmelsene sanksjonerer rene paretoforbedringer. Lovteksten i § 7 derimot, forutsetter at fabrikken gjerne vil fortsette å slippe ut fett uten å betale mer. Og dermed er det ikke grunnlag for løsning etter enighet. Status quo kan derfor ikke overprøves etter et rent paretovilkår.

Lovteksten forutsetter m.a.o. at dommeren mener at fabrikken egentlig ikke har noen rett til å skade miljøet (eller bør tvinges til å gi opp en etablert rett) etter en avveining mellom fordeler og ulemper. Men samtidig skal fabrikken etter § 7, 2. ledd ha vederlag. Dommeren må derfor skjønne over hvor mye "retten er verd" for fabrikken, jfr. 2. ledd. Gagnet av forurensningsretten må etter dette, både i prinsippet og i praksis, kvantifiseres. Implisitt kvantifiserer dommeren dermed også en nedre grense for verdien av miljøskadene, siden lovteksten forutsetter at skaden er større enn verdien av servitutten.

Dommerens kompetanse til å avskipe retten er innskrenket til de tilfeller der differansen mellom skade og gagn er kvalifisert positiv, jfr. uttrykket "klårt" i 1. ledd. Ordlyden ser ut til å tale for en viss innsnevring av området for vurdering av kostnader og nytte. Dersom én bestemmelse i loven brukte kvalifikasjonen "klårt" og en annen bestemmelse unnlot å gjøre det, ville jo den naturlige presumsjonen være at dommeren burde holde seg mer tilbake i det ene framfor det andre tilfellet. Og selv om andre bestemmelser ikke gir grunnlag for slike sammenligninger, må lovgiveren åpenbart hatt en mening med å legge til et slikt kvalifiserende uttrykk.

En annen sak er likevel om bestemmelsen blir et dårligere eksempel på en avveining av kostnader og nytte på grunn av kvalifikasjonen "klårt". Det ville være en forhastet slutning. En verdimaksimaliserende dommer som sto fritt, ville trolig kvalifisere vurderingen på samme som ordlyden nå peker mot. Det er minst to grunner til det. Den første er at kvalifikasjonen motvirker at for mange grensetilfeller kommer for domstolene, og at en kan stenge ute saker hvor skadene på miljøet er relativt beskjedne i forhold til kostnadene ved sak. Den andre er at dommeren også bør ta hensyn til at han har knappe ressurser selv, f.eks. tid, kunnskaper og innlevelsessevne. Kvalifikasjonen garderer derfor mot feilvurderinger.

Så kan man spørre om det ifølge teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet virkelig trengs slike regler som i denne bestemmelsen for å sikre effektiv ressursbruk. Vil ikke partene etter den positive Coasesetningen alltid unngå sløsing ved å inngå gjensidige fordelaktige avtaler? Dersom transaksjonskostnadene virkelig er null, ville de det, men det er slike kostnader sjelden. En kostnad som nesten alltid er tilstede, er forhandlingskostnader. Reglene bidrar til å myke opp partene. Advokater eller mellommenn bidrar i neste omgang til at forhandlingskostnadene blir mindre og at avtale kan komme istand tross visse hindringer mot å bli enige.

Bestemmelsen i § 7 er forøvrig ikke den eneste i tingsretten som tilsynelatende gir dommeren oppfordring til å foreta nyttekostnadsavveininger. F. eks. er vilkårene for omskipingsretten etter servl. § 5, 1. ledd at den som krever omskiping "ber kostnaden sjølv", og at "den nye skipnaden er minst like god for motparten som den tidligere." Formuleringen av vilkåret beskriver en paretoforbedring siden én får det bedre uten at andre får det verre. Omskipingsretten etter servl. § 6, 1. ledd er mildere kvalifisert og peker mot større bruk av Kaldor-Hickskriteriet: "Er det mykje om å gjera for ein part, og vinninga på hans side vert monaleg større enn tapet på hi, kan han få omskiping, jamvel om den nye skipnaden ikkje vert likså god for motparten som den tidligare." Ytterligere eksempler er tomtefesteloven § 26, 2. og oteigningsloven § 2 ledd. Den første av disse har følgende ordlyd: "Vil borttakinga føre til at verdiar spillest i utrengsmål, har bortfestaren rett til å overta hus og faste tilskipingar mot vederlag, om ikkje dette etter tilhøva vil vere urimeleg mot festaren." I den siste er vilkåret for inngrep formulert på denne måten: "Vedtak eller samtykke kan ikkje gjerast eller gjevast utan det må reknast med at inngrepet tvillaust er til meir gagn enn skade."¹⁸²

432. Culpavurderingen etter ulovfestet erstatningsrett.

I erstatningsretten vil nok skrevne adferdsnormer, rettspraksis og kutyme til sine tider stå som svært sentrale momenter i skyldvurderingen. I så fall blir det mindre plass til en direkte nyttekostnadsvurdering. Men i mange tilfelle må rettstvisten avgjøres på grunnlag av det generelle

¹⁸²Ved omtalen av forurensningsloven i avsnitt 44. gis flere eksempler som kan illustrere poenget i dette punktet ytterligere.

culpaansvar og ulovfestet erstatningsrett. Det skal nå sees nærmere på hvordan juridiske avveininger og nytte-kostnadsvurderingen kan falle sammen ved å bruke culpanormen som eksempel, nærmere bestemt den konkrete og skjønnsmessige culpavurderingen i rettspraksis når lovtekst, prejudikat eller annen praksis gir liten veiledning.

Skyldansvar etter nytte-kostnadskriteriet vil innebære at den skadevoldende handlingen utløser ansvar hvis de kostnadene skadevolder sparer ved å foreta den ene framfor den andre handlingen er mindre enn de samlede ekstrakostnadene ved å handle anderledes og mer forsiktig, jfr. 3221. foran.

Noe sikkert svar på om det foreligger en slik sammenheng kan ikke gis uten grundige domsanalyser som vanskelig kan gjennomføres innenfor de rammer som er satt for dette arbeidet. Som et innledende skritt vil det imidlertid være naturlig å prøve ut om en slik hypotese i norsk rett må forkastes på et svært tidlig stadium. I denne sammenheng vil det være naturlig å ta utgangspunkt i Peter Lødrups framstilling i sin *Lærebok i erstatningsrett*. I prinsippet kunne dette kanskje med fordel vært utvidet slik at underlagsmaterialet også kom til å omfatte andre rettsteoretikere, og da kanskje framfor alt NYGAARD og HAGSTRØM. Nygaard understreker imidlertid selv at bare domsstudier kan gi særlig sikkerhet for konklusjonene.¹⁸³ Heller ikke ut fra mitt siktemål med drøftelsen er det dessuten noen nødvendighet å gjennomføre en slik utvidelse siden formålet i denne omgang avgrenser seg til å få fram at en tenkemåte kan ligge implisitt i et formulert sett av skjønnsmomenter, selv om tenkemåten ikke uttrykkes direkte.

Peter Lødrup trekker i læreboka fram åtte ulike skjønnsmomenter.¹⁸⁴ Regnet skjematisk etter overskriftene er de

1. Risikoen for skade - skadeevnen
2. Risikoen for stor skade
3. Skadevolderens handlingsalternativ
4. Forebyggende tiltak
5. Tidsmomentet
6. Skadeevnen må være synbar eller påregnelig
7. Uvitenhet om faktiske forhold
8. Tidspunktet for risikovurderingen

¹⁸³NYGAARD s. 24.

¹⁸⁴LØDRUP s. 106-18.

Disse åtte punktene kan samles i fire hovedgrupper. For det første det som går på skadeevnen (pkt. 1 og 2). For det andre det som går på handlingsalternativ og forebyggende tiltak (pkt. 3 og 4). For det tredje tidsmomentet (pkt. 5). Og for det fjerde kravet om at skaden må være synbar, at det må foreligge kjennskap til faktiske forhold og tidspunktet for risikovurderingen (pkt. 6, 7 og 8). Disse fire undergruppene vil bli kommentert hver for seg nedenfor.

Risikoen for skade og skadeomfanget utgjør tilsammen **skadeevnen**.¹⁸⁵ I eksempelet ovenfor er fiskerne, baderne og andre mer tilfeldige brukere av fjorden skadelidte, dvs. de som får en forventet nyttenedgang av installasjonen. Nyttenedgangen (forventet ex ante, inntrådt over tid ex post) er større desto større risikoen er for skade. Dessuten er nedgangen større desto større skade som vil inntre hvis risikoen får utslag. Handlingens skadeevne er dermed en variabel som bestemmer den samfunnsøkonomiske kostnaden ved at fabrikken installerer renseteknologi Gunda og ikke Olga. I fabrikkens handlingskalkyle burde derfor skadeevnen inngå på kostnadssiden. Konklusjonen er derfor klar: Skadeevnen vil falle naturlig inn under en nytte-kostnadsvurdering.

Andre hovedgruppe omfatter som nevnt **handlingsalternativ**¹⁸⁶ og **forebyggende tiltak**¹⁸⁷. En nytte-kostnadsvurdering forutsetter at det må foreligge et handlingsalternativ, siden den er en teori om rasjonelle valg. Uten handlingsalternativ, intet valg. I relasjon til forebyggende tiltak er skaderisikoen og **tiltakenes kostbarhet**¹⁸⁸ relevante skjønnsmomenter. Tiltakets kostbarhet er i eksempelet differansen i pris mellom Olga og Gunda. Differansen er bestemmende for hvilke kostnader fabrikken unngår ved å installere farlige Gunda. Samlet gir disse skjønnsmomentene anvisning på å ta de direkte kostnadene for bedriften ved å handle annerledes i betraktning ved forsvarlighetsvurderingen. Kostnadene inngår på nyttesiden i handlingskalkylen til bedriften som sparte kostnader ved å velge den skadegjørende handlingen. Konklusjon er at skjønnsmomentene faller inn under nytte-kostnadsvurderingen.

Tredje hovedgruppe gjelder **tiden og tidsforbruket**.¹⁸⁹ Tid er en knapp ressurs fordi den kan brukes til alternative handlemåter som har ønskelige konsekvenser. Hvis fabrikken f.eks. hadde utsatt beslutningen noen tid, ville potensielle gevinster gått tapt. Ved å ta beslutningen med en gang sparer derfor fabrikken denne kostnaden som er positiv fordi tiden har en alternativ anvendelse. At "tidspress" er et moment som tillegges vekt ved skyldvurderingen, er konsistent med nytte-kostnadsvurderingen. Årsaken er at tidspress og knapphet på tid er nære

¹⁸⁵LØDRUP s. 106.

¹⁸⁶LØDRUP s. 110: "...dommeren ofte begrunner sitt standpunkt ved å henvise til hvordan skadevolderen burde ha handlet."

¹⁸⁷LØDRUP s. 112. "...hvis man ikke har gjort det som bør kreves.."

¹⁸⁸LØDRUP s. 112.

¹⁸⁹LØDRUP s. 114: "En som handler under tidspress, må vurderes mildere enn den som har tid til å vurdere situasjonen nærmere."

synonymer. Knapphet er et nødvendig og tilstrekkelig vilkår for at begrepet om alternativ-kostnad har relevans. Dermed impliserer tidspress at det løper på kostnader som øker med presset. Det er tale om en kostnadskomponent som i en viss forstand er indirekte, men likefullt en kostnad. Tiden inngår på nyttesiden i bedriftens handlingskalkyle som sparte kostnader ved å velge den skadegjørende handlingen. Konklusjon er at tiden er et skjønnsmoment som faller inn under nytte-kostnadsvurderingen.

Fjerde og siste hovedgruppe omfatter kravet om at skadeevnen må være **synbar**¹⁹⁰ eller **påregnelig**¹⁹¹, **uvitenhet om faktiske forhold**¹⁹² og **tidspunktet for risikovurderingen**¹⁹³ som ytterligere skjønnsmomenter. Kunnskap vil til alle tider være en knapp ressurs og det vil ofte være ønskelig å hente inn tilleggsopplysninger. På den annen side vil den tid og energi som går med til å innhente ny informasjon eller overveie sine disposisjoner, fortrenge annen bruk av den samme tiden og energien. De samlede kostnadene skadevolderen må bære som følge av sine handlinger, avhenger etter dette av hvor synbar eller påregnelig skadeevnen er for skadevolder (eksklusive ansvarsspørsmålet). Denne kostnadskomponenten påløper fordi tid og energi kan bli brukt på alternative måter. Kostnadene er i en viss forstand indirekte, men er likevel reelle kostnader ved å handle på en bestemt måte framfor en annen. De inngår på nyttesiden i bedriftens handlingskalkyle ved valget av den skadegjørende handlingen. Konklusjonen blir således at også synbarhet og påregnelighet er et skjønnsmoment som er konsistent med nytte-kostnadsvurderingen.

Alt i alt vil skjønnsmomentene i culpavurderingen også inngå i nytte-kostnadsanalysen. Det spørsmål som gjenstår er imidlertid om det er identitet i avveiningen mellom nytte-kostnadsvurderingen og culpavurderingen. Dette spørsmålet løser seg egentlig opp i flere underspørsmål: Er dommeren forpliktet til å kalkulere nytte og kostnader i streng forstand? Har dommeren frihet til å kalkulere? I hvilken grad har partene prosessuell adgang til å anføre analyser, føre ekspertvitner osv. som tilrettelegger for en kalkyle? Hvordan påvirker partenes prosessuelle opptreden dommerens rett og plikt?

Disse spørsmålene fører utover spørsmålsrammen i kapittel 1, fordi de må drøftes i relasjon til konkrete konfliktsituasjoner hvor det foreligger et avgrenset sett av relevant rettskildemateriale. En svært grovkornet indikasjon er idealet om kontradiksjon som gjenspeiles i dommerens

¹⁹⁰LØDRUP s. 114: "Hvis ikke skadevolderen hadde mulighet for å se at handlingen medførte en risiko for skade, inntreer ikke erstatningsplikt."

¹⁹¹LØDRUP s. 115: "Det er altså tilstrekkelig for ansvar at skadefølgene ligger innenfor hva skade-volder burde ha regnet med."

¹⁹²LØDRUP s. 116: "Det avgjørende blir om han burde ha hatt slik kunnskap, eller burde fått hjelp til å erverve denne kunnskap."

¹⁹³LØDRUP s. 117: "...domstolene har lagt til grunn hva skadevolderen på handlingstidpunktet hadde kjennskap til, og at man ikke skal bringe etterpåkløkskapen inn i bildet."

hevdvunne "på den ene og på den annen side"- formuleringer. En annen indikasjon er idealet om at Fru Justitia har bind for øynene. Disse normative forestillingene trekker i retning av en standard om normativ individualisme som ligger til grunn også for nytte-kostnadskriteriet.¹⁹⁴

Det er nå søkt å redusere skjønnsmomentene i culpavurderingen til en avveining av nytte og kostnader. Mange juridiske forfattere har påpekt den strukturen i culpavurderingen som gjør en slik reduksjon mulig. I anglo-amerikansk rett skjer dette i tilknytning til dommer Learned Hands beskrivelse av regelen:

"the owners duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions."¹⁹⁵

Dommer Hand uttrykker deretter ansvarsvilkåret algebraisk før han anvender det i det konkrete tilfellet: $B < PL$, der B er "the burden of precaution", P er "probability" og L er "injury".

I USA har professor (senere dommer) Posner uttrykt det slik:

"By redefinition of two terms in the Hand formula it is easy to bring out its economic character. B, the burden of precautions, is the cost of avoiding the accident, (...) Another name for expected accident costs - for PL, the right-hand side of the Hand formula - is the benefits from accident avoidance. (...) The Hand formula is simply an application to accidents of the principle of cost-benefit analysis. Negligence means failing to avoid an accident where the benefits of accident avoidance exceed the costs".¹⁹⁶

I England har Veljanovski nylig uttalt:

"The Hand Test is no judicial aberration. It encapsulates the main considerations used by the Courts in England and other Commonwealth countries, and most textbooks and texts use the three factors (risk, precaution and gravity) to organise their discussion of cases".¹⁹⁷

Lignende kommentarer har falt i Sverige. Hellner sier f.eks. som ledd i et resonnement om hvilke omstendigheter som "lindrar" culpabedømmelsen:

¹⁹⁴Se avsnitt 41. og kapittel 3.

¹⁹⁵United States v. Carroll Towing Co., F2d 169 (2d Cir. 1947) på side 173.

¹⁹⁶POSNER *Tort Law* s. 1-2.

¹⁹⁷VELJANOVSKI s. 65-66.

"Det kan tyckas som om detta borde bli en följd av den avvägning av risken för skada mot kostnaden av at undvika skadan som utgör kärnan i "the Learned Hand formula" och som godtagits även i svensk rättspraxis"¹⁹⁸.

For norsk og dansk retts vedkommende er det interessant å merke seg at Ussing alt i 1914 gav uttrykk for tilsvarende tanker som dommer Hand. I doktoravhandlingen *Skyld og skade* stiller Ussing opp en tilsvarende formel som dommer Hand i rettsstridsspørsmålet:

"Kaldes Handlingens Nytte v, skaden t, den Difference, der kræves mellom Nytte og Skade, d, og Chansen 1:x, bliver Betingelsen for Handlingens Retmæssighed: ved direkte Indgrep: $v = t + d$, ved farlige handlinger $v = (t + d) / x$ ".¹⁹⁹

Den siste formelen er identisk med Hands formel når $d=0$ og må kunne tas som et indisium på at økonomiske argumenter egentlig ikke er noe nytt i nordisk rettsvitenskap.

I senere år er nok denne formelle tilnærmingen kommet i bakgrunnen, men det er grunn til å merke seg at Lødrup ikke stiller seg helt avvisende til de tanker som ligger bak formelen. Han uttrykker det slik:

"Selv om det nok vil være fremmed for en norsk dommer å uttrykke seg i slike algebraiske former, ligger vurderingen her nær opp til resonnementer vi ser i norsk rett".²⁰⁰

En foreløpig konklusjon synes å være at nytte-kostnadskriteriet stemmer overens med enkelte fundamentale trekk ved dommerens måte å begrunne resultater og at det er konsistent med visse rettsidealer. Mer vidtgående slutninger kan det likevel ikke trekkes så lenge domspraksis ikke er analysert. Riktignok er det ikke sikkert at dommeren har annet enn en slakk plikt til å kalkulere nytte og kostnader. Men omvendt er ikke materiell erstatningsrett, derunder normene for rettsanvendelse i slike saker til hinder for at en dommer kalkulerer nytte og kostnader så langt han evner in concreto. Dommeren bryter etter dette ingen normer hverken hvis han reelt lar seg bevege av nytte-kostnadsvurderingen eller hvis han anfører nytte-kostnadskriteriet som begrunnelse for sitt standpunkt i den foreliggende sak.²⁰¹

¹⁹⁸HELLNER *Skadeståndsrätt* s. 99.

¹⁹⁹USSING s. 113 note 14.

²⁰⁰LØDRUP s. 113.

²⁰¹Et helt annet spørsmål enn det som er drøftet nå er om miljøressursene i samfunnet utnyttes mest mulig effektivt med en culparegel eller om en objektiv ansvarsregel gir større differanse mellom nytte og kostnader, se 3221. Spørsmålet som er drøftet er hvordan skyldspørsmålet må bedømmes for å maksimalisere miljøverdiene, gitt culparegelen.

433. Vurdering.

Ut fra det materialet som nå er gjennomgått kan en for det første konstatere at nytte-kostnads-vurderingen på enkelte områder kan sies å være lovfestet. På andre områder vil den følge mer eller mindre direkte ut fra teori, rettspraksis og alminnelig rettsoppfatning. Mange vil da kanskje se det slik at teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet ikke har noen praktisk betydning for dommerens oppgaver. Det ville likevel være en feilslutning, delvis fordi teorien kan påvirke dommerens ordvalg når han skriver sine begrunnelser, men først og fremst fordi kjennskap til teorien kan føre til at lovtekst, forarbeider og dommer blir lest med ny kunnskap som ballast og dermed kanskje leder fram til andre resultater. Som eksempel kan nevnes servl. § 7, 1. ledd med betegnelsene "gagn" og "skade" og likeledes § 7, 2. ledd med betegnelsen "verd". Hva utslippsretten er verd for fabrikken, avhenger av hvilke kostnader som alternativt påløper: Rensekostnadene er relevante hvis fortsatt drift er alternativet, mens tapt profitt ved nedleggelse er relevant hvis det er alternativet. Et annet eksempel er oppfatningen av selve culpastandarden. Andre interesseavveininger i tings- og erstatningsretten er urimelighetsstandarder ved stadige utslipp og ansvarsvurderingen etter ulovfestet objektivt ansvar for plutselige utslipp. Dommer Posner (USA) sier generelt om nytte-kostnadsvurderinger i erstatningsretten:

"Cost-benefit analysis at least describes the judgemental process in tort cases".²⁰²

Et annet utgangspunkt for dommerens avveininger oppstår når det foreligger relevante skrevne adferdsnormer. Dess større vekt lovtektsten har, desto mer blir nytte-kostnadsvurderingen flyttet til rettspolitisk nivå. Nytte-kostnadsvurderingen kan være tvunget eller tillatt kriterium på hvilke normer Stortinget, Regjeringen eller annet forvaltningsorgan gjør vedtak om og hvilket hovedinnhold normene skal ha. Dommerens beslutninger avgjør det presise innholdet i adferdsnormene. Ved relevans-, slutnings- og vektspørsmålet for bestemmelsen kan dommeren ta hensyn til nytte-kostnads-kalkylen. Drøftelser som bygger på formålsrasjonalitet kommer inn, jfr. 44. nedenfor. Ellers er spørsmålet om nytte-kostnadsvurderinger av rettskildeprensippene selv utenfor spørsmålsrammen som er lagt i kapittel 1.²⁰³

44. Formålsbetraktninger.

Ovenfor i avsnitt 43. har drøftelsene vært avgrenset til saksområder der lovtekst og ulovfestede regler gir anvisning på avveininger som er eller kan være nytte-kostnadsvurderinger. En annen

²⁰²POSNER *Wealth Maximization and Judicial Decision-making* s. 134.

²⁰³Et annet spørsmål som også faller utenfor spørsmålsrammen i kapittel 1, er hvilke profesjoner som har aller størst nytte av å feste oppmerksomheten mot sammenhengen mellom nytte-kostnadsvurderingen og culpavurderingen: jurister eller økonomer, se FRIEDMAN *Book review* s. 497.

mekanisme kan være at samfunnsøkonomisk effektivitet er et bakenforliggende formål med rettsreglene og at avgjørelsene av konkrete tvister i sin tur fremmer dette formålet. I dette avsnittet drøfter jeg om hensynet til den samfunnsøkonomiske effektivitet kan gi et presist innhold til forestillingen i juridisk litteratur om formålsrasjonelle dommeravgjørelser. Jeg tenker meg en kategori regler hvor formålet med reglene er konsistent med maksimal verdiskaping i økonomisk forstand. Hvis samfunnsøkonomisk effektivitet kan tilskrives reglene som deres formål uten at nytte-kostnadsvurderingen anvises som dommerens skjønnsstema, blir dommerens oppgave annerledes enn beskrevet foran i ansnitt 43.

Beslutningsmodellen for dommere inneholder i denne situasjonen to slutningsspørsmål. Det første spørsmålet er om noen rettskildefaktor utpeker samfunnsøkonomisk effektivitet som formål. Det andre slutningsspørsmålet er om om hensynet til verdiskaping bedre fremmes gjennom en bestemt løsning framfor en annen. Spørsmålet om en tolkning mer enn en annen maksimaliserer verdiskaping er et skjønntema som nødvendiggjør den logiske analysen som allerede er behandlet i kapittel 3.

Det skal nå argumenteres for at den økonomiske analysen også kan komme til nytte ved spørsmålet om hvilke mål reglene må anses for å ha, dvs. det første av de to slutningsspørsmålene. Som eksempel brukes her kapittel 8 i forurensningsloven, siden reglene der lett kommer til anvendelse ved løsningen av slike konflikter som allerede omtalt mellom margarinfabrikken og andre fjordbrukere.

Opplegget for avsnittet er først å se på forurensningslovens mer generelle bestemmelser i lys av nytte-kostnadskriteriet (punkt 441.). Deretter illustreres hvordan positiv rettsøkonomisk analyse kan gi mer indirekte slutninger om reglenes formål (punkt 442.). Dernest dokumenteres formålsrasjonelle utsagn fra autoriteter som er konforme med nyttekostnadskriteriet (punkt 443.). Tilslutt følger en kort avsluttende vurdering av mekanismens betydning (punkt 444.).

441. Forurensningslovens målsetting, retningslinjer og avveiningsmarkører.

Forurensningsloven nøyer seg i sin formålsbestemmelse med å omtale "forsvarlig" miljøkvalitet som formålet med loven (jfr. § 1, 2. ledd). Målet om samfunnsøkonomisk effektivitet er således ikke uttrykkelig nevnt formålsbestemmelsen. På den annen side er betegnelsen "forsvarlig" så ubestemt at den ikke utelukker effektivitet fra å være et siktemål med reglene på lovens anvendelsesområde. Spesielt er det ikke noe argument i motsatt retning at første ledd taler om å "reducere eksisterende forurensning".

Det umiddelbare målet som er oppstilt i § 1. 1. og 2. ledd om å redusere forurensningen er konsistent med verdiskaping hvis avveiningen mellom miljøgoder og andre goder var ineffektiv på tidspunktet for vedtakelse. Sett at betalingsvilligheten i befolkningen for miljøgoder øker (p.g.a. velstandsøkning), så kan den konkrete målsettingen i 1. ledd godt være konsistent med hensynet til verdiskaping over tid. På den annen side er hensynet til verdiskaping et tolkingsmoment som taler for å anse standarden i 2. ledd ("forsvarlig") overordnet de operasjonaliserte måluttrykkene i 1. ledd ("redusere" mv.).

Går en videre til andre bestemmelser, f.eks. formuleringene av lovens generelle retningslinjer, vil en se at nytte-kostnadsvurderingen formuleres mer eksplisitt. For det første sier § 2 nr. 1, 3. pkt. at loven skal "nyttes for å oppnå en miljøkvalitet som er tilfredsstillende ut fra en samlet vurdering av helse, velferd, naturmiljøet, kostnadene forøvrig og økonomiske forhold." For det andre sier § 2 nr. 3 at det skal tas utgangspunkt i den teknologi som "ut fra en samlet vurdering av nåværende og fremtidig bruk av miljøet og av de økonomiske forhold, gir de beste resultater." For det tredje sier § 2 nr. 4 at avfall skal gjenvinnes "der dette ut fra en avveining av miljøhensyn, ressurs hensyn og økonomiske forhold, gir de beste resultater." Også § 2 nr. 2 og nr. 6 er konsistente med nyttekostnadskriteriet.

Dessuten synes å det kunne utledes et generelt prinsipp (FSB-prinsippet) om at "forurenseren skal betale" fra bestemmelsen i § 2 nr. 5. Tolkningen av FSB-prinsippet er presisert gjennom formuleringen av enkeltregler i loven. Tålegrenseprinsippet i granelova regulerer f.eks. ansvaret for tillatt forurensning, forurl. § 56. Prinsippet er derfor ikke gjennomført så rigorøst at enkeltreglene er inkonsistente med hensynet til verdiskaping, smlgn. den kommentaren som er gitt i punkt 442. til bestemmelsen om tålegrensen. Retningslinjen i § 2 nr. 5 harmonerer derfor i praksis med nyttekostnadskriteriet. - En annen sak er at prinsippet ikke er strengt nødvendig av hensyn til samfunnsøkonomisk effektivitet. Fabrikken kan i prinsippet like godt lokkes med subsidier/nabobetaling for å redusere utslippene som trues med avgifter/erstatning dersom den fortsetter utslippene (det er da sett bort fra at subsidier kan føre til overetablering i forurensende bransjer).

Også ordlyden i enkelte av lovens konkrete bestemmelser følger opp de generelle retningslinjenes formuleringer. Plikten til å treffe tiltak for å avbøte skader av ikke-tillatt forurensning etter § 7, 2. ledd, 4.pkt. gjelder "tiltak som står i et rimelig forhold til de skader og ulemper som skal unngås". Når forurensningsmyndigheten avgjør om tillatelse skal gis og fastsetter vilkårene etter § 16, skal det ifølge § 11,4. ledd legges vekt på "de forurensningsmessige ulemper ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket forøvrig vil medføre." Dessuten kan forurensningsmyndigheten etter § 18 nr. 5 oppheve, endre eller sette nye vilkår for en utslippstillatelse, derunder kalle den tilbake, dersom "de fordeler forurenseren

eller andre får av at vilkår blir lempet på eller opphevet, er vesentlig større enn de skader eller ulemper det vil føre til for miljøet".

Selv om dommeren synes at de refererte lovtekststedene skaper en presumsjon for at nyttekostnadskriteriet gjelder som mål, kan det tenkes at erstatningsreglene i kapittel 8 kommer i en særstilling. Grunnen kan både være reglenes privatrettslige særpreg og det faktum at kapittel 8 kom inn i loven ved en separat lovgivningsprosess som ble slutført nesten ti år etter at loven ble vedtatt. Det kan imidlertid også tenkes en kombinasjon av disse synsmåtene. Andre slutningstyper kan likevel støtte en slutning om at verdiskaping er et formål også med reglene i forurl. kapittel 8, jfr. drøftelsen i punkt 442.

442. Den økonomiske strukturen i privatrettslige prinsipper.

Et tilleggsargument som kan anføres, er at privatrettslige prinsipper har en økonomisk struktur. Med reglenes økonomiske struktur menes at reglene grovt sett korresponderer med de kravene til reglenes innhold som ble utledet fra verdiskapingshensynet i analysene av tings- og erstatningsretten i kapittel 3. Det skal kort forklares hvordan denne mekanismen gjør formålsbetraktninger mer tungtveiende.

I dette kapitlet er det allerede flere steder pekt på korrespondanse mellom verdiskapingshensynets ideelle krav og faktiske trekk ved reglenes innhold. For det første sikrer privat-autonomien et visst samsvar mellom privat miljørett og hensynet til verdiskaping. For det andre fremmes verdiskapingshensynet gjennom interesseavveininger i tingsretten, f.eks. vurderingen når det gjelder avskiping i servl. § 7. Og for det tredje viste drøftelsen at den ulovfestede culpavurderingen et stykke på vei er egnet til å fremme verdiskaping. Dersom bestemmelsene i kapittel 8 på tilsvarende måte samsvarer med kravene fra nyttekostnadskriteriet, gir dette støtte til å trekke slutningen om at verdiskaping er et formål med disse reglene også.

Forurl. § 56 om ansvar for **tillatt forurensning** viser til grl § 2. Ansvarsreglene etter denne bestemmelsen om rådighet og sanksjon følger tålegrenseprinsippet, jfr. grl. § 9.

Flere trekk ved bestemmelsen korresponderer med krav som ble utledet i kapittel 3. For det første peker markøren "urimeleg eller uturvande" i § 2, 1. ledd mot en avveining mellom de motstående interesser. Dette tilsies også av hensynet til verdiskaping når transaksjonskostnadene er høye, punkt 321. For det andre er det en retningslinje for interesseavveiningen at det skal legges vekt på "kva som er teknisk mogeleg å gjera for hindra eller avgrensa skaden eller ulempa", § 2, 2. ledd. Det blir dermed relevant for ansvars plasseringen hvilken teknisk og økonomisk utvikling som finner sted m.h.t. rensesmuligheter. Dette er også i samsvar med

hensynet til verdiskaping. For det tredje er prioritetsprinsippet ikke absolutt etter bestemmelsen. Tvert om skal det legges vekt på hva som er påregnelig for skadelidte, § 2, 3.ledd.²⁰⁴ Samlet er det flere trekk ved bestemmelsene om rådighet som samsvarer med kravene til den økonomiske modellen for stadige utslipp (3212.).

Når det gjelder det strengt objektive ansvaret for **ikke-tillatt forurensning** etter forurl. § 55, stiller hensynet til verdiskaping krav om fullest mulig kompensasjon for skadens verdi, se 3222.

Utmålingsreglene i §§ 57 og 58 går forholdvis langt i retning av å innfri kravene. Bestemmelsene gir kompensasjon for tapsposter som også kan dekkes et stykke på vei etter vanlige erstatningsrettslige prinsipper. Men i tillegg er miljøinteressene vernet særskilt gjennom f.eks. gjenoppretningserstatning til almenheten ved skade som rammer utøvelse av allemannsretter utenfor næring. Slike bestemmelser om utvidet kompensasjon korresponderer generelt sett godt med begrepet full kompensasjon i økonomisk teori. Det sentrale ifølge teorien er skadelidtes nyttenedgang.

Det utvidede erstatningsvernet er en spesielt relevant observasjon siden de opptrer samtidig med et strengt objektivt ansvarsgrunnlag. Rettsøkonomisk teori forutsier nettopp at disse trekkene vil opptre sammen, se 3222.

Alt i alt er førsteinntrykket at det er overensstemmelse mellom strukturen i erstatningsreglene på dene ene siden og kravene utledet av hensynet til verdiskaping på den annen.

En nærmere utdyping av dette vil føre for langt.²⁰⁵ Meningen her er derfor ikke å trekke noen endelige slutninger om formålet med reglene i F kap. 8, men å få fram at positiv og normativ rettsøkonomisk analyse henger sammen.²⁰⁶ Den positive analysen består i å utlede forutsigelser om hvilke regler man vil observere i rettssystemet under forutsetning av at regelprodusentene har effektivitet som mål. Den normative analysen er å utlede anbefalinger om valg av løsninger under samme forutsetning. Analysene faller sammen dersom den hviler på samme sett av forutsetninger i begge tilfeller. Gjør de ikke det, kan de inngå på de to ulike måtene i rettsanvendelsen som det nå er redegjort for. Konklusjonene fra den normative analysen kan brukes direkte som argument i dommerens avveininger. Den positive analysen kan brukes til å

²⁰⁴Se note 119.

²⁰⁵LANDES & POSNER er et eksempel på denne typen analyse av amerikansk erstatningsrett. Forfatterne mener at deres undersøkelser styrker hypotesen om at commonlaw-baserte erstatningsregler best blir forklart ved at reglene har samfunnsøkonomisk effektivitet som mål, s. 1 og 313-14. Se også Posners økonomiske analyse av systemet for commonlaw, POSNER *Economic analysis of Law* s. 29-245, spesielt s. 229-33 om den implisitte økonomiske logikken i dette rettssystemet.

²⁰⁶POSNER *Jurisprudence* s. 374-75.

underbygge slutningen om at verdiskaping er formålet med reglene. Den positive analysen bidrar dermed til at argumentene fra den normative analysen får økt vekt i avveiningene.

Denne selvforsterkende prosessen er kanskje et eksempel på det som i rettsteorien blir kalt tilbakekobling i overveielserprosesser.²⁰⁷ Grunnlaget for tilbakekoblingen i dette tilfellet er at positiv rettsøkonomi gir ny innsikt om at reglene er egnet til å fremme målet om effektiv ressursbruk. Teoretiske og empiriske nyvinninger i den normative analysen kan i så fall løpende tas i bruk med økt autoritativ støtte. Bakgrunnen for denne tvedelte rollen for økonomisk analyse er at det, som nevnt først i dette avsnittet, må skje en dobbelt slutningsprosess ved formålsbetraktninger i rettsanvendelsen.

Det understrekes at det bare pekes på en mekanisme som er anerkjent i rettskildeteorien.²⁰⁸ Hvorvidt det faktisk er grunnlag for slik "normativ tilbakekobling", må det tas standpunkt til i hver enkelt sak på bakgrunn av det konkrete rettskildemateriale. Grunnlaget for tilbakekobling avhenger dessuten opplagt av kvaliteten på og mengden av positive rettsøkonomiske analyser.

443. Formålsrasjonelle utsagn fra autoriteter.

Utgangspunktet for drøftelsen i dette punktet er et teoretisk problem knyttet til argumentasjonsmåten i punkt 442. Problemets grunnlag er den vitenskapsteoretiske kritikken som har vært framført mot funksjonalistiske forklaringer. Kritikken stiller som krav til en formålsforklaring at et formål må kunne tilskrives individer fordi bare individer er handlende aktører. Man kan ifølge kritikken ikke slutte fra forklaringsobjektets virkninger tilbake til årsaken til eller formålet med forklaringsobjektet.²⁰⁹

Knyttet til drøftelsen i 442. vil den samme kritikken trolig ta utgangspunkt i at analysen der i høyden viste at det er **som om** privatrettslige regler har effektivitet som formål. Dermed er det ikke sagt at reglenes virkelige formål er effektivitet. Hvorvidt det er tilfellet beror på hva regelkonsipistene har tenkt om reglenes formål. Har en ikke konkrete holdepunkter for disse individenes tanker om formålet med reglene, kan jo i prinsippet likheten mellom effektivitetsanalysen og reglenes struktur godt bero på en ren tilfeldighet.

²⁰⁷ECKHOFF & SUNDBY s.161 flg.

²⁰⁸BOE s. 671-73 (politisk sosiologi er bakgrunnsstoff for lovtolking; formålsbetraktninger må få økt vekt på felter med ny lovteknikk og styringsordning); BJARUP s. 157 (vurderinger er kunnskapsspørsmål som kan drøftes rasjonelt); ECKHOFF & SUNDBY l.c.; PECZENIK s. 524-25 (man kan argumentere for de erstatningsrettslige målene). Resonnementet i dette punktet er forøvrig konsistent med JOHNSTON s. 1222-27.

²⁰⁹FØLLESDAL WALLØE & ELSTER s. 135. En annen måte å belegge forklaringsforsøk som starter med forklaringsobjektets virkninger, er å angi en tilbakeføringsmekanisme, FØLLESDAL, WALLØE & ELSTER l. c. Forklaringen blir da gyldig, men grunnen er at den i så fall tar form av en årsaksforklaring. Den evolusjonære prosessen som ble omtalt ved note 7 er en slik tilbakeføringsmekanisme, men som der nevnt faller det utenfor rammen for dette arbeidet å utdype nærmere denne mekanismen bak effektivitetshypotesen.

For å besvare denne antesiperte kritikken av analysen under punkt 442. kan man for det første anføre at analysen er ment å inngå i dagens juridiske argumentasjon og at argumentasjon de lege lata også bør ha blikket rettet framover. Dersom et visst regelsett har en påviselig økonomisk struktur og man forøvrig ikke kan enes om hvilke formål regelsettet bør fremme, er en mulighet riktignok å bygge på helt andre argumenttyper enn formålsbetraktninger. En annen mulighet er imidlertid å anse verdiskaping som reglenes formål fra nå av og for fremtiden. Jeg vil imidlertid ikke forfølge nærmere hvordan et slikt valg i så fall skulle begrunnes.

Et annet forsvar for analysen under punkt 442. er å dokumentere formålsrasjonelle utsagn fra juridiske autoriteter som inneholder bruk av økonomisk argumentasjon generelt og verdiskapingshensynet spesielt. Det er denne forvarslinjen som skal følges i dette punktet. Drøftelsen vil forstøtt være knyttet til forurensningsloven. I den forbindelse skiller jeg mellom regler som er nye i forurensningsloven (4431.) og regler som er eldre (4432.).

4431. Lovforarbeider til nye regler.

Når det gjelder nye regler i forurensningsloven, kan man i tillegg til lovtekstene som er nevnt foran, også vise til uttrykkelig bruk av økonomiske resonnementer i forarbeidene. Forfatterne av Aaslandutvalgets innstilling om *generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade* legitimerer forslaget om ansvarsskjerpelser ved å vise til det de selv kaller samfunnsøkonomiske betraktninger og perspektiver. I utredningen sies det f.eks. på s. 41 at

"...virksomheten [kan] fortsette dersom lønnsomheten er tilstrekkelig og slik at erstatningsutbetalingene ses på som en nødvendig kostnad ved bedriften. Ut fra en samfunnsøkonomisk betraktning vil det da kunne anføres at den forurensende virksomheten likevel er ønskelig. Men også her kan erstatningsreglene påvirke bedrifter til å velge mindre skadebringende produksjonsmetoder. Det blir økonomisk lønnsomt å unngå skade."²¹⁰

Og på s. 241 heter det:

"I samfunnsøkonomisk perspektiv vil strengere erstatningsregler kunne føre til et lavere forurensningsnivå, som samfunnsmessig er ønskelig, såfremt kostnadene ved dette er lavere enn de tap man derved unngår. Imidlertid vil strengere regler også føre til flere erstatningsoppgjør, som i seg selv kan være kostbare."²¹¹

²¹⁰NOU 1982:19 s. 41.

²¹¹NOU 1982:19 s. 241.

I Justisdepartementets proposisjon finnes samme type resonnement.²¹² Dessuten var representantene i odelstingsdebatten opptatt av at forurensningsansvaret i forurl. kap. 8 kunne bli et viktig virkemiddel til å redusere miljøskadene.²¹³ Fleischerutvalget kommenterer med lignende synsmåter sitt eget beslektede forslag til utvidet erstatningsordning til fiskere for ulemper ved petroleumsvirksomheten.²¹⁴

4432. Rettsvitenskapen om eldre regler.

Fra et idehistorisk synspunkt er det bemerkelsesverdig at verditeorien i sosialøkonomien gjorde vesentlige framskritt rundt 1870.²¹⁵ En av dem som utnyttet dette systematisk, var juristen og økonomen Victor Mataja fra Østerrike. I 1888 (i Leipzig) publiserte Mataja en bok med tittelen *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*. I boka argumenterer Mataja for to erstatningsrettslige reformer. I den første delen av boka, *Die Begründung des Anspruchs auf Schadenersatz*, argumenterer Mataja for at culpaansvaret er utilstrekkelig og et objektivt ansvarsgrunnlag ønskelig.²¹⁶ I den andre delen av boka, *Die Bemessung des Schadenersatzes*, tar Mataja til orde for at erstatningsutmålingen burde gi bredere tapsdekning enn bare økonomisk tap i snever forstand.²¹⁷ Argumentasjonen bruker økonomiske begreper om insentivstyrt adferd og samfunnsøkonomisk riktig kostnadsinternalisering.²¹⁸

Matajas synspunkt var godt kjent i det dansk-norske rettsvitenskapelige miljøet både direkte og indirekte via utallige europeiske avhandlinger som diskuterte bokas innhold.²¹⁹ I samtiden (1919) uttalte f.eks. Fredrik Stang at

"et vesentlig bidrag til erstatningslærens utvikling har forøvrig en økonom git, nemlig Mataja: *Recht des Schadenersatzes*."²²⁰

Og det er påtakelig at danske og norske jurister tok etter standpunkter og argumentasjonsmåte som Mataja anførte. I det følgende ses det først på spørsmålet om objektivt ansvar og deretter på erstatningsutmålingen.

²¹²Ot. Prp. 1988-89 s. 102.

²¹³Forh. O. 1989 s.663-71 passim.

²¹⁴NOU 1986:6 s. 139.

²¹⁵BERGH & HANISCH s. 79-80; HANISCH s. 121.

²¹⁶MATAJA s. 11-131. Kapittel 2 (s. 19-45) har forøvrig tittelen *Die Verteilung der Schadenlast nach den Forderungen der Volkswirtschaft*. Se også ENGLARD s. 178-80.

²¹⁷MATAJA s. 135-204.

²¹⁸MATAJA s. 24. Se også ENGLARD s. 180.

²¹⁹Om den direkte kunnskapen se f.eks. SKEIE s. 161; USSING s. 128; STANG s. 7 og 162; HAGERUP BULL s. 157; ASTRUP HOEL litteraturlisten. ENGLARD s. 181-88 gir en kort oversikt over den europeiske debatten.

²²⁰STANG s. 7. Samme sted om økonomi: "Til helt tilfredsstillende resultater kan erstatningslæren ikke naa, medmindre det lykkes at etablere et mere intimt samarbeide med de videnskaper, den øser av, og da særlig økonomien."

Når det gjelder norsk retts regler om det **objektive ansvaret** må det først slås fast at rettsutviklingen kom igang uavhengig av Mataja og til dels før han skrev sin bok. Således hadde Torkel H. Aschehoug alt på det tredje nordiske juristmøte (i 1878) tatt til orde for objektivt ansvar ved stadige ulemper i naboforhold. I tillegg til noen norske dommer og fast utenlandsk rettsoppfatning, anfører Aschehoug samfunnsnyttens som argument.

"[L]ovgivningen vilde i høi Grad begrendse Menneskenes Adgang til at gjøre sig Jordens Grundoverflate saa nyttig som muligt [dersom man indrømmede Eieren Ret til at forbyde alle Handlinger, der materielt paavirkede hans faste Eiendom]. Skal denne kunne udstykkes saameget som Samfundets Tarv kræver, maa enhver Grundeier finde sig i mange Handlinger, som vel foretages paa Naboens Grund, men forplante sine Virkninger over paa de tilstøtende Eiendomme." (Mine understreknings) ²²¹

Et par tiår senere argumenterte Nikolaus Gjelsvik for objektivt ansvar for plutselig skade i sitt konkurransarbeid om *Skadeserstatning for retmæssige handlinger efter norsk ret* fra 1897. Gjelsvik støttet seg særlig til noen eldre, norske dommer om naboansvar og omtaler ikke Mataja eller annen økonomisk analyse.²²² Dette siste førte til at han måtte tåle en viss kritikk fra Ussing²²³ noe som ikke forhindret at Gjelsviks arbeid har blitt stående som et viktig innslag i norsk rettsvitenskapelig litteratur.²²⁴

Forøvrig er det i denne sammenheng grunn til å nevne Jon Skeies prøveforelesning: *Hvorvidt bør - udenfor Kontraktsforhold - Skadeserstatningspligt være betinget af Skyld?* Skeie fører opp Matajas bok blant litteraturen.²²⁵ Og så langt den rekke faller Skeies argumentasjon sammen med Matajas:

"Men den skade, Driften ikke magter at forebygge, kan den magte at erstatte. Der sker en Omlægning af Driftsomkostningerne- en omlægning, som Retten anerkjender og bør anerkjende, ikke bare i den grad, at Driften saavidt bliver mulig, men tillige saaledes, at den bliver saa rationel som mulig og forenlig med Arten af de Interesser, som derved settes i Vove."²²⁶ (...) "Men der er oftest Mulighet for en langt videregående omhu end det Lavmål, som den sedvanlige Skyldlære kræver. Bevidstheden om Ansvaret for Følgerne af enhver Forsømmelighet anspænder legemlige og aandelige Kræfter til den største Agtpågivenhed, saa Kausalansvaret virker ikke alene til en besparende

²²¹ASCHEHOUG s. 49.

²²²GJELSVIK s. 35-37.

²²³USSING s. 272: "hans Undersøkelse av problemet ut fra Forholdets Natur [bliver] ikke tilfredsstillende."

²²⁴Ussing sier selv at Gjelsvik "har indlagt sig Fortjeneste" ved at han framhever et kompensasjonssynspunkt som grunnlag for å trekke grenser for det objektive bedriftsansvaret. USSING s. 272. Se også KNOPH *Gjelsvik* s. 469.

²²⁵SKEIE s. 168.

²²⁶SKEIE s. 169.

Varsomhed i Samfundets økonomiske Husholdning, men tillige udviklende og det ikke mindre paa den praktiske Handleevne end paa Moral og Intelligens; .."²²⁷

I lys av diskusjonen i 3223 foran virker det som om Skeie her er inne på to momenter fra den økonomiske analysen som trekker i retning av objektivt ansvar. For det første at culpa-vurderingen normalt ikke vil inkludere spørsmålet om effektivt aktivitetsnivå i kontrast til spørsmålet om effektiv forsiktighet. For det andre at objektivt ansvar pålegger margarin-fabrikken et vedvarende press i retning av å bruke den beste rense- og sikkerhetsteknologien.

Henry Ussings doktoravhandling fra 1914 var *Skyld og Skade. Bør erstatningsplikt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?* Avhandlingen drøfter spørsmålet om ansvar på objektivt grunnlag både de lege ferenda og komparativt. Den prinsipielle drøftelsen skjer på s. 59-149. Og han konkluderer med at "Grundsætningen om Pligt til at erstatte Skade, der tilføjes ved retmæssige Handlinger i Interessekollisjoner, også bør anvendes paa ekstraordinære Handlinger, der medfører en usedvanlig Fare."²²⁸ På s. 127 flg. anfører Ussing uttrykkelig "en nasjonaløkonomisk Betraktning" til støtte for sitt syn. Ussing krediterer Mataja i en fotnote:

"Denne [nationaløkonomiske Betraktning] er navnlig brakt frem af Mataja (S. 23 f.); han udtrykker den saaledes, at "Retten ellers fremkalder en nationaløkonomisk falsk Vurdering af Goderne" eller "en falsk og derfor national-økonomisk betænkelig Værdidannelse"."

Ussing ser ut til å føre det eksplisitte økonomiske resonnementet som en ekstra støtte for et resultat som han allerede er kommet til på annet grunnlag. Men i realiteten hadde Ussing gått til dels detaljert inn på tilsvarende argumenter også i sin hovedbegrunnelse. Alt i den sammenheng benytter Ussing økonomiske begreper. Det skal gis noen eksempler i sitats form. For hvert sitat angis kort hvilke moderne økonomiske betegnelser som Ussings begrepsbruk ser ut til å uttrykke.

Det første eksempelet er fra s. 62 i avhandlingen der Ussing gir en prinsipiell begrunnelse for erstatning for direkte inngrep.²²⁹ Dersom vilkåret for å foreta inngrep er betydelig interesseforskjell hos personer som berøres av inngrepet, er dette tilstrekkelig til å gi en begrunnelse for ansvaret, hevder Ussing. Han viser her spesielt til at

"[S]elvom...[den handlendes] Interesse i Handlingen forminskes med den anden Interesses beløp - ved at man paalægger ham at udrede erstatningen -, er der dog stadigt noget tilbage, nemlig den betydelige Interessforskjel(...)

²²⁷SKEIE s. 174.

²²⁸USSING s. 127-28.

²²⁹Ussing drøfter erstatning for direkte inngrep på s. 59-84.

Men naar dette er givet: at det er muligt at paalægge den handlende Erstatningspligt, uden at det har uheldige Virkninger, saa bør det gøres.

Ussings begrunnelse for å pålegge ansvar (men å tillate handlingen) ser ut til å være at den erstatningspliktige handlende får det bedre uten at skadelidte får det verre. I moderne terminologi er dette et paretoresonnement, se avsnitt 31 foran.

Et annet eksempel fra drøftelsen om direkte inngrep er at Ussing på s. 82 diskuterer hvordan en bør gå fram "Naar man vil vurdere en Handling fra Samfundets synspunkt". Han ser det som klart at alle virkninger av handlingen må telle med, også slike som individene noen ganger ser bort fra. Om erstatningens betydning i denne sammenheng sier han at

"[h]vis Retsordenen ikke paalagde Erstatningspligt, vilde dens Regel medføre, at Individerne vænnede sig til at se bort fra Tabet ved Handlingens bedømmelse. Det vilde altsaa blive en stor Forskel paa Samfundets og Individernes Vurdering af Handlingen, og den vilde medføre, at Handlingen fremtraadte som langt mere fordelaktig og tillokkende for Individerne, end den burde efter Samfundets Dom. Ved at paalægge Erstatning opnaar Retsordenen derimod, at Handlingen ogsaa af de enkelte bedømmes, netop som den bør fra et samfundsmæssigt Synspunkt."

Ussing skiller altså mellom samfunnsøkonomiske og privatøkonomiske kostnader ved å velge en bestemt handlemåte. Han er også inne på at rettreglene er mekanismer for kostnadsinternalisering, se 3221. og 3222. foran og dessuten det neste eksempelet.

Det tredje eksempelet er fra drøftelsen av ansvar for vedvarende ulemper i naboforhold på s. 97.²³⁰ En betraktning som Ussing mener gjør seg gjeldende med særlig vekt i denne fasen av argumentasjonen, er at

"[N]aar Driftsherren maa betale Erstatning, skal han nok selv sørge for at standse en saadan Virksomhed eller ændre den, saaledes at den bliver retmæssig. Overhovedet vil Erstatningsregelen medføre, at Individerne netop kommer til at vurdere Handlingen paa rette Maade, d.v.s. paa samme Maade som Samfundet. Derfor var det rigtigt at forkaste den Indvending, der blev nævnt ovenfor i § 10: at Paalæg af Erstatningspligt kunde medføre, at Produktionen blev mindre end ellers. Thi den bliver ikke for lille, naar Erstatningspligt paalægges; tværtimod bliver den ellers for stor, idet Retsordenen bringer Individerne til at vurdere Handlingerne paa en urigtig Maade og sætter en kunstig Præmie paa Handlingen Foretagelse."

Dette er et resonnement om internalisering av fulle samfunnsøkonomiske kostnader ved objektivt ansvar, se avsnitt 3222. foran.

²³⁰Ussing drøfter ansvar for vedvarende ulemper i naboforhold på s. 84-118.

Et fjerde eksempel er Ussings verdistandpunkt på s. 74-75 (se også s. 90):

"Under vor nuværende Samfundsordning maa Retsordenen opstille som Hovedgrundsætning, at Individet er den bedste Dommer over sine egne Interesser. Denne Sætning har stor Værdi for Individene, og den er ikke farlig for Samfundet, da Individernes egen Interesse normalt vil føre dem til at stille deres Ting til andres Raadighed, hvor dette er paa-krævet."

Her formulerer Ussing prinsippet om konsumentsuverenitet (normativ individualisme), se avsnitt 41. om karakteristiske trekk ved hensynet til verdiskaping som rettskildefaktor.

Som et femte eksempel på økonomiske synspunkter kan s. 92 trekkes fram.

"Det er muligt, at den umiddelbare økonomiske Interesse i Jernbanens Anlæg ikke kan bære Omkostningerne; men i saadanne Tilfælde burde Jernbanen ikke anlægges, med mindre der findes andre Interesser, der er større end de opofrede, f. Eks. Interessen i at ophjælpe vedkommende Egn. Denne "Kulturinteresse" gør kun Handlingen berettiget, naar den er større end den modstaaende økonomiske Interesse, og Staten kan her, lige saa lidt som ellers, være berettiget til gøre en Interesse gældende paa andres Bekostning. "

Implisitt er Ussing inne på forekomsten av eksterne effekter²³¹ og kollektive goder²³².

Eksempel nummer seks er Ussings påstand på s. 66 om at nytte-kostnadskriteriet har et vidt anvendelsesområde.

"De to interesser *maa* derfor sammenlignes, selvom de ikke er af samme Art, og Sammenligningen *skal* give til Resultat, at Eksproprietens Interesse er størst. Men naar dette er Tilfældet, er det det eneste rimelige at opstille den Fordring, at Eksproprietens Interesse er størst ogsaa *efter et økonomisk Maal*. Dette følger for det første af, at man vanskelig kan finde noget andet fælles Maal for de forskelligartede Interesser end den Økonomiske Værdi, man tilægger dem. Fremdeles stemmer det med hele Livets faktiske Udformning. Livet viser en Uendelighed af Eksempler paa, at man skaffer sig sine ikke-økonomiske Interesser varetaget ved økonomiske Vederlagsydelser. Hvis saaledes en By vil ekspropriere privat Grund for at skaffe aabne Pladser eller Parker, er det rimeligt at forlange, at den tillægger dette ideelle Formaal en økonomisk Værdi, der overgaar de tilintetgjorte Værdier og dermed Erstatningen, som skal udredes." (uthevnninger i originalen)

Ussing sier i klartekst at nytte-kostnadskriteriet må legges til grunn ved interesseavveiningen, smlgn. punkt 301.

²³¹Se punkt 320 og den videre diskusjonen i kapittel 3.

²³²Et kollektivt gode kan ikke stykkes opp og er dessuten ikke eksklusivt, RINGSTAD s. 137.

Oppregningen så langt er ikke uttømmende. Andre referater kunne f.eks. vært gjort i tilknytning til Ussings formel for interesseavveining ved ekspropriasjon under sikkerhet (s.65, 66) og usikkerhet (s.68-70). Dessuten er Ussings rettstridsformel allerede sitert i punkt 432.

Det eksakte tankeinnhold i Ussings egne formuleringer kan vanskelig bli klarlagt i detalj, selv om det er antydning i kommentaren til de enkelt siterte avsnitt. Men uansett synes det å være grunnlag for å hevde at Ussings avhandling er full av sosialøkonomiske resonnementer. Og mer generelt ser det ut til å være god konsistens mellom Matajas og Ussings analyser på den ene siden og moderne rettsøkonomisk analyse på den andre, se kapittel 3. Samlet sett har økonomiske argumenter generelt og Matajas arbeid spesielt hatt gjennomslag f.eks. gjennom Ussings arbeid. Dette framgår direkte av en uttalelse fra Stang. Han sier i 1919 om Mataja at

"[H]ans arbeide er rent retslig set svakt, det har imidlertid blivende betydning gjennom den økonomiske begrundelse, han gav ansvaret uten retsbrud og især ansvaret for bedrifter."²³³

Når det gjelder **erstatningsutmålingen**, mente Mataja at verdien av en skade er subjektivt bestemt som funksjonen av personlig behov og nytte. Videre mente han at erstatningen burde gå langt i å dekke skadens fulle verdi.

I Norge gikk man inn for denne reformen på to ulike grunnlag. Dels ble det, som f.eks. av Scheel, hevdet at andre poster enn økonomisk skade skulle dekkes. Dels ble det, som f.eks. av Hagerup Bull, hevdet at begrepet om økonomisk skade burde gis et videre omfang.

Scheel formulerer sitt standpunkt slik i artikkelen *Om Erstatning for ikke økonomisk Skade* fra 1893:

"Det er visselig ikke med Rette, man mod at udstrekke Erstatningsplikten til anden Skade end den økonomiske har anført, at der her ikke kan være Tale om Erstatning, fordi der mangler den fornødne Kommensurabilitet mellem den tilføiede Skade og en Sum Penge. Også anden Skade end økonomisk kan som Onde betragtet mere eller mindre fuldstændig ophæves ved Erstatning."²³⁴

Scheel nevner ikke Mataja, men argumentene har samme innhold.

Hagerup Bull analyserte spørsmålet i artikkelen *Den økonomiske skade* fra 1920. Han analyserer begrepet økonomisk skade og kommer til at begrepet er brukt for snevert. Hagerup Bull

²³³STANG s. 162.

²³⁴SCHEEL s. 453.

anbefaler å "fastholde økonomiens begrepsbestemmelse i hele dens utstrækning".²³⁵ Artikkelen litteraturliste viser tydelig at Hagerup Bull har bygget på Matajas standpunkter. Det samme går klart fram både av overskrift til og innholdet i et lengre avsnitt om "Økonomisk verdi og økonomisk skade sett fra økonomiens standpunkt".²³⁶ I avsnittet bruker Hagerup Bull samme synsmåter som Mataja. Han viser også til Carl Menger som var Matajas lærer.²³⁷ Menger har sammen med Walras og Jevons æren for den marginalistiske revolusjonen fra 1870.²³⁸ Og om stofftilfanget generelt sier Hagerup Bull:

"Som enhver bekjent er det en ganske overvældende litteratur - statsøkonomisk såvelsom juridisk - , der har betydning for det foreliggende spørsmål."²³⁹

Ut fra det foreliggende materialet kan man **alt ialt** konkludere med at Mataja og de andre juristene som etter ham tok i bruk moderne økonomisk analyse, i betydelig grad påvirket innholdet av den rettslige argumentasjonen innenfor erstatningsretten. Dermed er det ikke sagt at økonomisk argumentasjon var den avgjørende årsaken til at domstolene overhodet startet rettsutviklingen i retning av objektivt ansvar og bedre kompensasjon for skadens verdi. Det er imidlertid påvist hvordan visse trekk ved den faktiske rettsutvikling ble vurdert og legitimert i rettsvitenskapelig litteratur gjennom bruk av økonomiske vurderinger.

Kanskje er det idag vanskelig å forstå hvordan juristene for hundre år siden kunne være så fortrolige med økonomiske betraktningmåter som eksemplene foran tyder på. En første forklaring kan være at mikroøkonomisk analyse, som etter sitt innhold er commonsense-preget, i samtiden ble gitt en tilgjengelig formulering. En annen forklaring er at det intellektuelle klima blant norske jurister var gunstig for mottakelse av økonomiske ideer. Sosialøkonomi var eksamenfag til juridikum allerede fra 1845.²⁴⁰ Dessuten hadde ledende jurister som Schweigaard og Aschehoug ansvaret for faget og var derved i posisjon til å påvirke både studenter og kolleger, dvs. kommende dommere i norsk Høyesterett. Siden 1863 ble dessuten Aschehoug selv regelmessig tilkalt som ekstraordinær assessor til Høyesterett.²⁴¹

Erstatningsrettens utvikling i moderne tid har fortsatt i retning av både mer objektivt ansvar og stadig bedre kompensasjon for skadens verdi. Reglene i forurl. kap. 8 dokumenterer dette klart på miljøskadenes område. Men også ellers korresponderer den økonomiske argumentasjonen

²³⁵HAGERUP BULL s. 205.

²³⁶HAGERUP BULL s. 162-68.

²³⁷ENGLARD s. 174.

²³⁸BERGH & HANISCH s. 79; HANISCH s. 121.

²³⁹HAGERUP BULL s. 156.

²⁴⁰Først som muntlig eksamensstoff, se BERGH & HANISCH s. 23. Siden 1870 også til skriftlig prøve, se ROBBERSTAD s. 274.

²⁴¹SANDVIK s. 194.

fra århundreskiftet og rettsutviklingen fram til i dag. For hundre år siden gjorde dommerne selv sjelden rede for de reelle hensyn som ledet overveielene og førte til resultatet. Bakgrunnen for dette var ideologien om maktfordeling som motvirket at domstolenes rettsskapende virksomhet åpent ble erkjent.²⁴² Årsakssammenhengen mellom beveggrunn og resultat er derfor usikker. Men når rettsvitenskapen reagerte positivt, kunne dommerne føle seg tryggere på at de var på riktig vei. Blant annet av denne grunn kan man trolig ta for gitt at litteraturen om objektivt ansvar og erstatningsutmåling har øvet en viss innflytelse på praksis.²⁴³ Siktemålet her har imidlertid vært å diskutere om det er et realistisk grunnlag for hypotesen om effektive rettsregler i rettskildelæren og rettskildedata. Det ligger utenfor denne oppgaven å føre historiske bevis. Og en konkret analyse av domstolenes argumentasjonsmønster er det avgrenset uttrykkelig mot i kapittel 1.

444. Vurdering.

Drøftelsene så langt i avsnitt 44. gir et visst grunnlag for å hevde at et formål med reglene i forurl. kap. 8 er samfunnsøkonomisk effektivitet. Støtten er dels lovgivers egne formålsangivelser, dels funksjonalistiske innholdsanalyser og dels autoritative, formålsrasjonelle utsagn innen erstatningsretten. En nærliggende generalisering er at reglene i kap. 8 skal bidra til en effektiv avveining av miljøinteressene. Rettsdogmatisk argumentasjon er åpen nok til at rettsøkonomisk analyse påvirker argumentasjonsmåte og standpunkt til individuelle retts spørsmål. Konklusjonen er høyst usikker fordi den hviler på et ufullstendig grunnlag. For det første er materialet til tolkningen ikke fullstendig. For det andre er det ikke ført noe systematisk motargumentasjon mot ideen om at hensynet til verdiskaping er formål med reglene.

Dersom dommeren forutsettes å komme til at verdiskaping er et formål med forurensningsloven, har dette potensiell relevans for en rekke regelsett. For det første kan man stille spørsmål om tolkning av lovteksten i selve kapittel 8. I neste omgang kan man spørre om tings- og erstatningsrettslige grunnvilkår kan omtolkes i tilfeller som faller utenfor lovens kap. 8, f.eks. ulovfestede utmålingsregler og årsakskrav. For det tredje kan man spørre om bestemmelser ellers i forurensningsloven kan komme i nytt lys, f.eks. straffebestemmelsene i kap.10. For det fjerde kan man spørre om analysen gir holdepunkter for tolkningen av andre lover. F.eks. kan man spørre om DU eller andre organer har hjemmel til å knytte tyngende miljøplikter til begunstigende forvaltningsvedtak.

For å avgjøre hvilke konkrete løsninger som fremmer formålet, må dommeren (parten, vitnet) ut fra faktum velge et sett forutsetninger som er håndterbare og realistiske. Deretter følger en

²⁴²ECKHOFF *Rettskildelære* s. 181.

²⁴³ECKHOFF *Rettskildelære* s. 237.

logisk analyse som i kapittel 3. Avgjørelsen beror dessuten på de konkrete kostnadsforhold som faktum gir informasjon om. Dommerens beslutning hviler selvsagt på et samlet skjønn av alle relevante omstendigheter. Uten et konkret faktum kan det ikke sies mer om slutningen, jfr. avsnitt 33..

5. OPPSUMMERING.

Dette arbeidet har drøftet spørsmålene om relevans, slutning og vekt med utgangspunkt i verdiskapingshensynet. Teorien om samfunnsøkonomisk effektivitet er en rettskildedefaktor. Slutningsprosessen for hensynet til verdiskaping er bruk av nyttekostnadskriteriet og dermed økonomisk metode. Praktisk sett kan dommeren fremme verdiskapingshensynet gjennom privat autonomi, interesseavveininger og formålsbetraktninger. Disse mekanismene gir verdiskapingshensynet muligheter for betydelig gjennomslag i den samlede avveiningen av argumenter de lege lata.

Utgangspunktet for analysen har vært rettsøkonomisk teori. Samtidig er enkelte rettsvitenskapelige utsagn i norsk rettsdogmatikk²⁴⁴, retts sosiologi²⁴⁵ og almen rettsteori²⁴⁶ både konsistente og sammenfallende med hypotesen om effektive rettsregler. Til forskjell fra andre tilnæringer gir rettsøkonomien en framgangsmåte for å etterprøve slike utsagn om rettsreglene nærmere. Metoden er å utlede krav til rettsreglenes innhold fra hensynet til verdiskaping. Disse kan oppfattes som forutsigelser om hvilke regler man vil observere, gitt at rettsformålet er verdiskaping.

På grunnlag av drøftelsen ser det ikke ut til at rettskildelæren binder opp dommerens argumentasjon på måter som gjør at hypotesen om effektive rettsregler er mot intuisjonen eller usannsynlig. Norske rettskildedata har dessuten gitt en viss empirisk støtte for hypotesen selv om observasjongrunnlaget er usystematisk og selektivt. Det ser dermed ut til at rettskildelæren varetar hensynet til verdiskaping. Dette gjør hypotesen om effektive rettsregler til en mer realistisk rettsteori. Resultatene taler alt i alt for at det er fruktbart å studere rettssystemet videre etter retningslinjene i rettsøkonomien.

²⁴⁴"Det er (derfor) gjennomgående som et resultat av interessekamp og interesseavveining at rettsreglene gjør sitt inntog. (...) [retten] er resultatanten av de de krefter og interessegrupper som har maktet å gjøre seg gjeldende i samfunnets liv. (...)...økonomien er en svært viktig faktor i samfunnslivet, og på enkelte rettsområder, særlig innenfor formueretten, er det klart at det er økonomiske interesser og interessemotsetninger som fører det avgjørende ord." KNOPH *Retten og samfunnet* s. 4-5.

²⁴⁵"På de klart økonomiske områder i samfunnet [er rettsreglene] nokså direkte bestemt av de økonomiske forhold som søkes regulert, dvs. har de økonomiske forhold som nokså direkte, klare og avgjørende premisser." MATHIESEN s. 79. Med premiss sikter Mathiesen både til "de rettslige grunner en rettslig beslutning er bygd på", og dessuten til "de forhold beslutningsfatterne generelt legger vekt på når de fatter sine beslutninger", MATHIESEN s. 63.

²⁴⁶"Særlig viktige for rettssystemets utvikling er de krav som i en eller annen forstand kan sies å skrive seg fra det økonomiske system. (...)Rettssystemet har m.a.o. lagt til rette for den tekniske og økonomiske utvikling, og de har på mange måter tilpasset seg de krav som denne utvikling har stillet til dem." ECKHOFF & SUNDBY s. 234-35.

SUMMARY IN ENGLISH

This student thesis considers the relationship between the Norwegian jurisprudential model of judicial decision-making and the theory of social efficiency. The efficiency analysis of law presented is the economic models of non-accidental and accidental polluting activity. On the basis of textbook material, I argue that the cost-benefit analysis inherent in the judicial decision of culpability is on the verge of being openly accepted. Furthermore, utilizing a constructed example of dispute resolution between fishermen and a polluting factory of a Norwegian fjord, I show how efficiency considerations may enter into judicial decision-making.

The point of departure from a jurisprudential point of view is that clear-cut implications of economic analysis (efficiency arguments) are allowed to enter because "values" or "arguments of substantial goodness" and ideas of substantive justice are seen as intrinsic sources of law. However, these arguments are accepted low weight (according to collision principles) if not backed by more authoritative sources of law. Mechanisms are described through which other sources of law may, when (re)assessed, support the (more) efficient solution to the legal problem with additional weight.

First, there are substantial areas of Norwegian private law where private autonomy prevails. For example, the property statutes on nuisance and servitudes are secondary sources of law to both individual promises, contracts and social norms. The potential use of efficiency arguments to develop the collision principles (changing the decision-model itself) is pointed out, but not elaborated upon.

Secondly, direct balancing of interests, which often appears to be consistent with efficiency analysis, is regarded as important in legal reasoning within private environmental law. There are several "balancing of interests"-clauses in norwegian statutes on property law. Or, another example, the main factors determining culpa according to the leading student text-book, are all consistent with the cost-benefit criterion of negligence.

Thirdly, it is documented that Scandinavian scholarly writings on the law of tort from the late 19th century and up to the first world war and beyond was familiar with and influenced by Victor Mataja's economic analysis of tort law published in 1888. Moreover, culminating with Henry Ussing's doctoral dissertation in 1914 on strict liability, it is fair to say that legal scholarship of the day was economically sophisticated and efficiency oriented. This first Scandinavian law and economics movement supported and encouraged the Norwegian Supreme Court in its development of tort law. Both the creation of strict liability on a cost-benefit justification and the continuing widening of the concept of damages by the Supreme Court was anticipated and recommended by the work of Victor Mataja. The documentation

indicates that this celebrated example of zweck-rationality in Norwegian law is more accurately considered to be an example of efficiency-based legal decision-making. It is not demonstrated, however, that the Supreme Court Justices actually conducted economic analysis as a basis for their decision.

It must be admitted that these mechanisms, which in effect may accord efficiency arguments considerable weight within the accepted decision-making model, also seem to be operating with regards to other ideas of substantive justice as well. I do not consider, however, whether or not other ideas of justice are at once preferable to and inconsistent with social efficiency. The analysis is still of some value. First, it makes a contribution to normative legal theory, showing judges how they (at least in some areas of the law) might simultaneously pursue the goal of social efficiency and conform to social norms of legal decision-making. Secondly, since the analysis has provided a description of how social norms within the model of judicial decision-making may allow for giving considerable weight to efficiency arguments, a mechanism has been described for the purpose of explaining observations of efficient legal rules in private law. The explanatory power of the mechanism is probably low, since the social norms do not seem to eliminate judicial discretion. On the other hand, the efficiency hypothesis of judge-made law cannot be considered improbable by mere reference to the theory of binding social norms of judicial decision-making. Thus, the analysis makes a minor, but distinct contribution to the positive economic analysis of law.

DEFINISJONER.

I listen nedenfor er det gjengitt definisjoner som er vanlige å støte på i (retts)økonomisk litteratur. Listen gir i den forstand bruksmåtebeskrivende (deskriptive) definisjoner. Definisjonene er også lagt til grunn i dette arbeidet. De er i den forstand også regelgivende (stipulative).

BETALINGSVILLIGHET. **Total eller gjennomsnittlig betalingsvillighet:** det konsumentene som gruppe er villige til å (maksimalt) å betale for å konsumere en gitt mengde (GRØNN s. 28). variant: den største a som er slik at personen svarer ja på spørsmålet: "Godet blir tilgjengelig hvis og bare hvis du betaler a kr. Er du villig til å betale?" (HYLLAND s. 299).
Marginal betalingsvillighet: verdien av hva konsumenten er villig til å forsake av annet konsum for å få en enhet til av konsumvaren, når konsummet allerede er x enheter (GRØNN s. 24).

COASESETNING. **Normativ Coasetning (effektivitetsregelen, Nyttekostnadskriteriet):** De mest samfunnsøkonomisk effektive rettsreglene er de som plasserer byrden av å tilpasse seg eksternaliteter på dem som kan tilpasse seg til lavest kostnader (FRANK s. 619). variant: Hvis det er positive transaksjonskostnader, så vil ikke alle rettsregler lede til effektive utfall. I så fall bør den regelen (løsningen) foretrekkes som minimerer effektene av transaksjonskostnadene. Disse effektene inkluderer de transaksjonskostnadene som faktisk påløper og de ineffektive beslutningene som blir indusert av ønsket om å unngå transaksjonskostnader (POLINSKY s. 13).
Positiv Coasetning: The ultimate result (wich maximizes the value of production) is independent of the legal system if the pricing system is assumed to work without cost (COASE s. 14, 104). Variant: Når parter som er utsatt for eksternaliteter kan forhandle kostnadsfritt med hverandre, vil samfunnsøkonomisk effektive utfall bli resultatet uansett hvordan rettsreglene fordeler ansvar for skade (FRANK s. 617).

EFFEKTIVT RETTSSYSTEM. Rettigheter er fordelt og ansvarsregler formulert slik at **verdien** av samfunnets ressurser, målt ved **betalingsvillighet**, er maksimalisert over alle alternative rettsordninger, gitt kostnadene ved å inngå kontrakter (MARGOLIS s. 473-4).

- EKSTERNALITETER.** Kostnad eller nytte som frivillige handlinger utført av noen aktører påfører andre aktører uten deres samtykke (COASE s. 24; COOTER & ULEN s. 45; HAHN s. 606.)
Virkninger som økonomiske aktører påfører andre og som er av slik karakter at det har betydning for hva som er samfunnsøkonomisk optimal ressursutnyttelse (RINGSTAD s. 129).
Nødvendig presisering av Ringstads definisjon: **Avtalerelevante** eksterne effekter impliserer ineffektivitet. **Ikke-avtalerelevante** eksterne effekter impliserer effektivitet. (WERIN s. 400-401.)
For **kritikk** av tradisjonell begrepsbruk, se COASE s. 24-30.
- KALDOR-HICKS-KRITERIET.** Et prosjekt bør gjennomføres hvis og bare hvis det skaper nok verdier på vinnernes hender til at de kan kompensere taperne, uten at vinnerne totalt sett taper på at en slik kompensasjon utbetales etter at prosjektet er satt i gang- **selv om** kompensasjonen faktisk ikke betales ut (GRØNN s. 161).
- KOLLEKTIVT GODE.** Goder som kan ikke kan stykkes opp og dessuten ikke er eksklusive (RINGSTAD s. 137).
- MIKROØKONOMI.** Definisjon ut fra **metode**: Studiet av valg i knapphetssituasjoner (FRANK s. 3).
Definisjon ut fra **objekt**: Studiet av (de institusjonelle) komponentene i det økonomiske systemet (COASE s. 2, 5).
- MILJØGODE.** Ingen generell definisjon, men presisering til individenes egne vurderinger. Derfor er definisjonene sentrert om begrepet **betalingsvillighet**. (dermed vektlegges intensiteten i preferansene). Ulike aspekter: Bruksverdi, opsjonsverdi og bevarings- eller eksistensverdi. Flere praktiske og prinsipielle målingsproblemer. (GRØNN s. 135-138; HYLLAND s. 302-304).
- NYTTE-KOSTNAD.** **Nytte-kostnadsanalyse**: Systematiske forsøk på å måle og veie sammen alle gevinster og kostnader ved offentlige prosjekter, med henblikk på om prosjektene bør gjennomføres eller ikke (GRØNN s. 11).
Nytte-kostnadskriteriet for individer: Hvis nytten av å gjøre x er større enn kostnaden ved å gjøre x , gjør x ; ellers la det være (FRANK s. 5).
Nytte-kostnadskriteriet for samfunnet: Nåverdien av prosjektets virkninger på samfunnet skal være positiv (BOHM s. 160).

Nytte-kostnadskriteriet for miljøgoder: Et miljøgode bør vernes, eller gjøres tilgjengelig, hvis og bare hvis kostnaden er mindre enn samlet betalingsvillighet (HYLLAND s. 300).

OVERSKUDD.

Konsumentoverskudd: Total betalingsvillighet minus total salgpris (GRØNN s. 28).

Produsentoverskudd: Differansen mellom salgsinntekter og produksjonskostnader (GRØNN s. 30).

PARETO.

Paretoforbedring: En endring i ressursallokeringen som er slik at minst en person får det bedre uten at noen får det verre (GRØNN s.22).

Potensiell paretoforbedring: Forbedring som sanksjoneres av **Kaldor-Hicks-kriteriet**.

Paretoeffektivitet: En realiserbar allokering A er paretoeffektiv hvis og bare hvis det ikke finnes en annen realiserbar allokering B slik at ingen har det verre i B enn i A og minst en person har det bedre i B enn i A (GRØNN s. 20,21).

RASJONALITET.

Å velge rasjonelt vil si å velge slik at beslutningen har det best mulige utfall for beslutningstakeren, når hans egne ønsker og oppfatninger blir lagt til grunn (ELSTER *Nuts and Bolts* s. 22).

Egeninteressestandard for rasjonelle valg: Aktøren er rasjonell hvis han bare tar hensyn til nytte og kostnader som tilkommer ham selv (FRANK s. 17).

Gitt mål-standard for rasjonelle valg: Aktøren er rasjonell hvis han effektivt fremmer sine egne målsettinger, uansett hva målene måtte være (FRANK s. 17).

**SAMFUNNSØKONOMISK
EFFEKTIVITET**

Se **Paretoeffektivitet, Kaldor-Hickskriteriet, Nytte-kostnadskriteriet, Normativ Coasesetning.**

**TRANSAKSJONS-
KOSTNADER.**

Kostnader ved til å gjennomføre potensielt gjensidig fordelaktige avtaler. De er dermed knyttet til slike handlinger som å søke avtalefordeler, reise til

avtaleparten, forhandle fram avtalen, samt å håndheve avtaleforpliktelsene (POLINSKY s. 12). Avtalene gjør at kostnader påløper m.h.t. kommunikasjon, overvåking og strategi (COOTER & ULEN s. 101).

VERDIEN AV

MILJØRESSURSENE.

Summen av alle personers **betalingsvillighet** for miljøgoder (HYLLAND s. 300).

VERDISKAPINGSHENSYN.

Hensynet til **samfunnsøkonomisk effektivitet**.

FORKORTELSER

FORH. O. = Odelstingsforhandlinger

Forurl. = Lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven) 13. mars 1981 nr. 6

Gl. = Lov om rettshøve mellom grannar 16.juni 1961 nr.15

NOU = Norsk Offentlig Utredning

OT. PRP. = Odelstingsproposisjon

Servl. = Lov om særlege råderettar over framand eigedom 29.november 1968

TfR = Tidsskrift for Rettsvitenskap

DOMMER

United States v. Carroll Towing Co., F2d 169 (2d Cir. 1947).

FORARBEIDER

FORH. O. NR. 45 1988-89 s. 663-671.

NOU 1982: 19 *Generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade.*

NOU 1986: 6 *Erstatning til fiskerne for ulemper ved petroleumsvirksomheten.*

NOU 1989:14 *Bedrifts- og kapitalbeskatningen- en skisse til reform.*

NOU 1991:27 *Konkurransen for effektiv ressursbruk.*

OT. PRP. NR. 33 (1988-89) *Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr.6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) m.v. (Erstatning for forurensningsskade).*

LITTERATUR.

- ACKERMAN: BRUCE ACKERMAN *Reconstructing American Law*. Cambridge, Massachusetts & London, England 1984.
- ARANSON: PETER H. ARANSON *Economic Efficiency and the Common Law. A Critical Survey*. Artikkel i: J-M. Graf von der Schulenburg and G. Skogh (eds.) *Law and Economics & the the Economics of Legal Regulation* s. 51-84. *International Studies in Economics and Econometrics* 13 Dordrecht Boston Lancaster 1986.
- ASCHEHOUG: TORSEL H. ASCHEHOUG Om Retsforholdet mellem Naboeiendomme Vedlegg I til *Forhandlinger paa Tredie nordiske Jurismøte* Christiania 1879, s. 3-60.
- BENGTSON: BERTIL BENGTSON Om domare och rättskällor. *TjR* 1989, s. 685-97.
- BERGH & HANISCH: TROND BERGH & TORE J. HANISCH *Vitenskap og politikk. Linjer i norsk sosialøkonomi gjennom 150 år*. Oslo 1984.
- BJARUP: JES BJARUP Rettsanvendelse, kunnskap og vurdering. Artikkel i: A. Bratholm, T. Opsahl, M. Aarbakke (red.): *Rett Samfunn Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*. Oslo 1986, s. 144-59.
- BOE: ERIK BOE Utvikling i lovers form og innhold- en utfordring for rettsvitenskapen. *TjR* 1987, s. 651-77.
- BOHM: PETER BOHM *Samhällsekonomisk effektivitet*. 4. utg. Stockholm 1986.
- CALABRESI & MELAMED: GUIDO CALABRESI & A. DOUGLAS MELAMED Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review* 85 1972, s. 1089-1128.
- CHRISTIANSEN: PER CHRISTIANSEN *Økonomiske faktoreretsrettskildemessige betydning ved forvaltningsavgjørelser*. Oslo 1988, s. 7-24.
- COASE: RONALD H. COASE *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago & London 1988.
- COLEMAN: JAMES COLEMAN *Foundation of Social Theory*. Cambridge, Massachusetts and London, England 1990.
- COOTER & ULEN: ROBERT COOTER & THOMAS ULEN *Law and Economics*. Glenview, Illinois & London, England 1988.
- COOTER: ROBERT COOTER The Cost of Coase. *Journal of Legal Studies* XI 1982, s. 1-33.
- DONOHUE: JOHN J. DONOHUE III Diverting The Cosean River: Incentive Schemes To Reduce Unemployment Spells. *The Yale Law Journal* 99 1989, s. 549-609.

- ECKHOFF *Empiriske metoder*: TORSTEIN ECKHOFF *Empiriske metoder i rettsvitenskapen*. Artikkel i: Peczenik o.a. (red.): *Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen*. Stockholm 1985, s. 30-36.
- ECKHOFF *Juss, moral og politikk*: TORSTEIN ECKHOFF *Juss, moral og politikk* Oslo 1989.
- ECKHOFF *Rettferdighet*: TORSTEIN ECKHOFF *Rettferdighet ved utveksling og fordelig av verdier*. Oslo Bergen Tromsø 1971.
- ECKHOFF *Rettskildelære*: TORSTEIN ECKHOFF *Rettskildelære*. 2. utgave Oslo 1987.
- ECKHOFF *Styringsmuligheter*: TORSTEIN ECKHOFF *Statens styringsmuligheter. Særlig i ressurs- og miljøspørsmål*. Oslo 1983.
- EIDE: ERLING EIDE Upublisert manuskript med arbeidstitelen *The Determinants of Crime*.
- ECKHOFF & SUNDBY: TORSTEIN ECKHOFF og NILS KRISTIAN SUNDBY *Rettsystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*. 2. utgave Oslo 1991.
- ELICKSON: ROBERT C. ELICKSON *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*. *Stanford Law Review* 38 1986, s. 623-87.
- ELSTER *Introduction*: JON ELSTER *Introduction*. Artikkel i: Elster (ed.) *Rational Choice*. Washington Square, New York 1986, s. 1-33.
- ELSTER *Nuts and bolts*: JON ELSTER *Nuts and Bolts for the Social Sciences*. Cambridge, New York o.a.st.. 1989.
- ENG: SVEIN ENG Noen synspunkter på en teori om etikk, rett og erkjennelse. *TfR* 1991, s. 297-305.
- ENGLARD: IZHAK ENGLARD *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*. *International Review of Law and Economics* 10 1990, s. 173-91.
- EVJU: STEIN EVJU *Tre rettskildeteoretiske arbeider*. *Jussens Venner* 1980, s. 1-48.
- FLEISCHER *Dommer*: CARL AUGUST FLEISCHER *Anvendelse og fortolkning av dommer*. Oslo Bergen Tromsø 1981.
- FLEISCHER *Juridiske virkemidler*: CARL AUGUST FLEISCHER *Muligheter og problemer ved juridiske virkemidler i ressursforvaltningen*. Artikkel i: T. Eckhoff, C.A. Fleischer, M. Aarbakke, m.fl.: *Naturressursforvaltning - undersøkelse av juridiske virkemidler*. Prosjekt utført ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Miljøverndepartementet 1979. Upublisert utredning.
- FRANK: ROBERT H. FRANK *Microeconomics and Behavior*. New York, St. Louis o.a.st. 1991.
- FRIEDMAN *Book Review*: DAVID FRIEDMAN *Book Review*. *Economic Analysis of Accident Law*. By Stephen Shavell. *Journal of Political Economy* 97 1989, s. 497-501.

- FRIEDMAN *Essays*: MILTON FRIEDMAN *Essays in Positive Economics*. Chicago, London 1974.
- FØLLESDAL, WALLØE & ELSTER: DAGFINN FØLLESDAL, LARS WALLØE & JON ELSTER *Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi*. 2. omarbeidete og utvidete utgave Oslo Bergen o.a.st. 1983.
- GJELSVIK: N. GJELSVIK *Om skadeserstatning for rettmæssige handlinger efter norsk ret*. Kristiania 1897.
- GRAVELLE & REES: HUGH GRAVELLE & RAY REES *Microeconomics*. London & New York 1981.
- GRAVER: HANS PETTER GRAVER *Den juristskapte virkelighet*. Oslo 1986.
- GRØNN: ERIK GRØNN *Nyttekostnadsanalyse*. Oslo 1988.
- HAGERUP BULL: E. HAGERUP BULL *Den økonomiske skade*. *TfR* 1920, s. 155-205.
- HAHN: ROBERT W. HAHN *Economic Prescriptions for Environmental Problems: How the Patient Followed the Doctor's Orders*. *Journal of Economic Perspectives* 3 1989, s. 95-114.
- HAGSTRØM: VIGGO HAGSTRØM *Culpanormen* 3. utg. Oslo 1981.
- HANISCH: TORE J. HANISCH *Fra Platon til Keynes. Noen emner fra fortidens sosial-økonomi*. Memorandum fra sosialøkonomisk institutt Oslo 1979.
- HELGESEN: JAN E. HELGESEN *Upubliserte forelesninger i rettskildelære holdt i vårsemesteret 1990*.
- HELLNER *Lagstiftning*: JAN HELLNER *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Praktik, teori och teknik*. Stockholm 1990.
- HELLNER *Skadeståndsrätt*: JAN HELLNER *Skadeståndsrätt*. 4.utg. Stockholm 1985.
- HIRSCH: WERNER Z. HIRSCH *Law and Economics. An Introductory Analysis*. Boston, San Diego o.a.st. 1988.
- HOEL: G. ASTRUP HOEL *Risiko og ansvar. Utviklingslinjer i forsikring- og erstatningsrett* Oslo 1929.
- HOVENKAMP: HERBERT HOVENKAMP *Legal Policy and the Endowment Effect*. *Journal of Legal Studies* XX 1991, s. 225-47.
- HYLLAND: AANUND HYLLAND *Bør vi sette pris på naturen?* Artikkel i T. Moe, P. Schreiner, H. Skånland (red): *Full sysselsetting og økonomisk vekst? Festskrift til Eivind Eriksen* Oslo 1987, s. 295-305.
- JOHNSTON: JASON SCOTT JOHNSTON *Law, Economics and Post-Realist Explanation*. *Law & Society Review* 24 1990, s. 1217-54.
- KNOPH *Gjelsvik*: RAGNAR KNOPH N. Gjelsvik. Artikkel i *Norsk biografisk leksikon* B 4 Oslo 1929, s. 468-72.
- KNOPH *Retten og samfunnet*: RAGNAR KNOPH *Retten og samfunnet*. Birger Stuevold Lassen (red.) *Knophs oversikt over Norges rett*. 9.utgave Oslo 1987, s.1-6.

- KOLSTAD, ULEN &
JOHNSON: CHARLES D. KOLSTAD, THOMAS S. ULEN, & GARY V. JOHNSON Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation. *American Economic Review* 80 1990, s. 888-901.
- KORNHAUSER &
SCHOTTER: LEWIS KORNHAUSER & ANDREW SCHOTTER An Experimental Study of Single-Actor Accidents. *Journal of Legal Studies* XIX 1990, s. 203-33.
- LANDES & POSNER: WILLIAM LANDES & RICHARD A. POSNER *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Massachusetts & London, England 1987.
- LØDRUP: PETER LØDRUP *Lærebok i erstatningsrett*. 2. utg. Oslo 1987.
- MARGOLIS: STEPHEN E. MARGOLIS Two Definitions of Efficiency in Law and Economics. *Journal of Legal Studies* XVI 1987, s. 471-82.
- MATAJA: VICTOR MATAJA *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*. Leipzig 1888.
- MATHIESEN: THOMAS MATHIESEN *Retten i samfunnet. En innføring i retts sosiologi*. Oslo 1984.
- MURPHY & COLEMAN: J.G. MURPHY & J.L. COLEMAN *The Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence*. Totowa, New Jersey 1984.
- NAVRUD: STÅLE NAVRUD Chapter 6. Norway. Artikkel i: J-P Barde & D.W. Pearce (eds.): *Valuing the Environment*, s. 141-202. London 1991.
- NYGAARD: NILS NYGAARD *Aktløyse vurderinga i norsk retts praksis*. Bergen Oslo Tromsø 1974.
- OTT & SCHÄFER: CLAUS OTT & HANS-BERNARD SCHÄFER Emergence and Construction of Efficient Rules in the Legal System of German Civil Law. *Paper for the 8th EALE annual conference*, Aug. 29-31, 1991 Copenhagen.
- PECZENIK: ALEXANDER PECZENIK Skäl och dom. Fyra nivåer inom argumentasjonen i adekvansfrågor. Artikkel i: A. Bratholm, T. Opsahl, M. Aarbakke (red.): *Samfunn Rett Rettferdighet. Festschrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, s. 515-28. Oslo 1986.
- POLINSKY: A. MITCHELL POLINSKY *Introduction to Law and Economics*. 2. utg. Boston Toronto 1989.
- POSNER *Economic Analysis of Law*: RICHARD A. POSNER *Economic Analysis of Law*. 3. utg. Boston & Toronto 1986.
- POSNER *Tort Law*: RICHARD A. POSNER *Tort Law. Cases and Economic Analysis*. Boston & Toronto 1982.
- POSNER *Wealth Maximization*

- and Judicial Decisionmaking:* RICHARD A. POSNER Wealth Maximization and Judicial Decision-making. *International Review of Law & Economics* 4 1984, s. 131-35.
- POSNER *The Economics of Justice:* RICHARD A. POSNER *The Economics of Justice*. 2. utg. Cambridge, Massachusetts & London, England 1983.
- POSNER *Jurisprudence:* RICHARD A. POSNER *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge & London 1990.
- RINGSTAD: VIDAR RINGSTAD *Innføring i samfunnsøkonomi og økonomisk politikk*. Oslo 1989.
- ROBBERSTAD: KNUT ROBBERSTAD *Retts saga I* 3. utg. Oslo 1976.
- ROSS: ALF ROSS *Om ret og retfærdighed* København 1966.
- SANDVIK: GUDMUND SANDVIK Fire liner i yngre norsk retts historie. Artikkel i: Bloch, Helle, Kiil & Sandvik: *Utvalde emne frå norsk retts historie*. Oslo Bergen Tromsø 1981, s. 185-202.
- SCHEEL: H. SCHEEL Om Erstatning for ikke økonomisk Skade. *TfR* 1893, s. 432-61.
- SCHWAB: STEWART SCHWAB Coase Defends Coase: Why Lawyers Listen and Economists do not. *Michigan Law Review* 87 1989, s. 1171-98.
- SHAVELL: STEPHEN SHAVELL *Economic analysis of Accident Law*. Cambridge, Massachusetts & London, England 1987.
- SKEIE: JON SKEIE Hvorvidt bør - udenfor Kontraktsforhold - Skadeserstatningspligt være betinget af Skyld? *TfR* 1907, s. 161-81.
- SMITH: CARSTEN SMITH *Bankrett og statsstyre*. Oslo 1980.
- STANG: FREDRIK STANG *Erstatningsansvar*. Kristiania 1919.
- STEPHEN: FRANK STEPHEN *The Economics of the Law*. Brighton 1988.
- STRØMHOLM: STIG STRØMHOLM *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära*. 3. utg. Stockholm 1988.
- SUNDBY: NILS KRISTIAN SUNDBY *Om normer*. Oslo Bergen Tromsø 1974.
- USSING: HENRY USSING *Skyld og skade. Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?* København 1914.
- VELJANOVSKI: CENTO VELJANOVSKI *The Economics of Law. An Introductory Text*. London 1990.
- WERIN: LARS WERIN *Ekonomi och rättssystem*. Stockholm 1982.
- WITTMAN: DONALD A. WITTMAN First Come, First Served: An Economic Analysis of "Coming to the Nuicance." *Journal of Legal Studies* 9 1980, s. 557-68.
- AARBAKKE *Harmonisering:* MAGNUS AARBAKKE Harmonisering av rettskilder. *TfR* 1966, s. 499-518.
- AARBAKKE *Kutymen:* MAGNUS AARBAKKE Kutymen som rettskilde. *TfR* 1965, s. 432-73.
- AARBAKKE *Skatt:* MAGNUS AARBAKKE *Skatt på inntekt Del I* 3. reviderte utg. Oslo Bergen Tromsø 1983.

Ajourført 10.1.1992

INSTITUTT FOR PRIVATRETTS STENSILSERIE

- 1974:
1. Gudmund Sandvik: Dømande kommisjonar i Norge Ein rettshistorisk studie. 80 s. Utgått
 2. Carsten Smith: Some principles of law in monetary and credit policy. 76 s. Utgått
 3. Jon Bing: Domstolenes skatterettslige informasjons-situasjon. 11 s.
 4. Peter Lødrup: En del spørsmål vedrørende produktansvar. Betenkning avgitt i "p-pillesaken". 155 s.
 5. Institutt for privatrett. Årsberetning 1973. Utgått
 6. Torgeir Austenå: Løsningsrettigheter. Kommet i bok. Utgått
 7. Hans Jacob Bull: Kompendium i sjøforsikringsrett. Kommet i bok, H.J. Bull: Sjøforsikringsrett, Tanum 1980. Utgått
 8. Knut Robberstad: Mostratinget 1024 og Sankt Olavs kristenrett. 26 s.
 9. Carsten Smith: Om forholdet mellom forretningsbanker og statsmyndighetene. 23 s.
 10. Carsten Smith: Om bankbøker og andre innskuddsbevis. 32 s.
 11. Carsten Smith: Om stiftelse av garantier. 81 s. Utgått
 12. Hans Jacob Bull og Kjetil Krokeide: Lysbåtansvar, bearbejdet utgave er utgitt i TFR 1975 s. 429-470. Utgått

- 1975:
13. Helge Thue: "Papirløse ekteskap". Kommet i bok, se Fakkelt: Avtalt samliv. Gyldendal 1977. Utgått
 - 14/25. Peter Lødrup: Luftrett II - fraktavtalen. 404 s.
 15. Institutt for privatrett: 1955-1975. 52 s. Utgått
 16. Thor Falkanger: Forelesninger over lov av 28. juni 1974 nr. 58. Ny revidert utgave nr. 51. Utgått
 17. Carsten Smith: Fordringer i norske kroner og utenlandsk valuta. 29 s.
 18. Henriette Løken: Standardkontraktssamlingen Utgått
 19. Lisabeth Risa: Geistlige og verdslige sanksjonar mot ugifte mødre. Ei granskning av lov og rettspraksis i sedelegeheitsaker, bygd på rettsmateriale frå Stavanger amt 1721-1741. 142 s.
 20. Institutt for privatrett. Årsberetning 1974. Utgått
 21. Thor Falkanger: Forelesninger over lov av 28. juni 1974. Ny revidert utgave nr. 44. Utgått
 22. Helge Thue: Kvinner og barn i familiestrukturen. Innledning på seminar arrangert av foreningen Barns rettigheter i samfunnet (BRIS). 21 s. Også gått inn i Fakkeltbok: Hans ekteskap og Hennes. Gyldendal 1978. Utgått
 23. Carsten Smith: Domstolene og rettsutviklingen. Utgått
 24. Anders Agell: Underhåll och socialförmån. Rapport från ett forskningsprojekt. 19 s.
 - 14/25. Peter Lødrup: Luftrett II - fraktavtalen. 404 s.
 26. Kirsti Bull: Den papirløse familie. 10 s.
 27. Carsten Smith: Klausuler om verdifasthet. 8 s.
 28. Lars Borge-Andersen m.fl.: Kassakredititten. Utgått

29. Carsten Smith: Notater i bank- og pengeretten. Ny revidert utgave nr. 47
Utgått
30. Anne Robberstad og Lucy Smith: Kvinnerett. 2 artikler. 29 s.
31. Birger Stuevold Lassen: Innføring i kjennetegnretten. B. Varekjennetegnretten. Kapittel 3. Registrerte merker, § 5. Distinktivitetskravet. 68 s.
32. Per Christiansen: Om kredittpolitiske reserverkrav.
Utgått
33. Frederik Zimmer; Kvinneskatterett. 27 s.
Utgått
34. Carsten Smith: Bankenes rettsstilling i dagens samfunn. Gått inn i bok, C. Smith, Statsliv og rettsteori, Universitetsforlaget 1978.
Utgått
35. Henning Jakhelln: Det offentlige forhold til og innflytelse på arbeidsavtaler, tariffavtaler og arbeidsforhold. 42 s.
Utgått
- 1976:
36. Kristen Andersen: Arbeidervern i norsk arbeidsliv. Noen utviklingslinjer. 12 s.
37. Carsten Smith: Garantikrav og garantistvern.
Utgått
38. Daniel Rogstad: Noen vassdragsrettslige emner. 113 s.
39. Kåre Lilleholt: Bortleige av bustad mot lån.
Utgått
40. Cato Schiøtz: Køber-saken og privatlivets fred. 19 s.
41. Birger Stuevold Lassen: Innføring i kjennetegnretten. B. Varekjennetegnretten. Kapittel 6 varekjennetegnrettens innhold og omfang. § 15. "Egnet til å forveksles med" § 16. "Egnet til å forveksles med". Nærmere om vareslagslikheten. 100 s.
Utgått
42. Institutt for privatrett. Årsberetning 1975.
Utgått
43. Alice Kjellevold, Sissel Melgård og Marit Winnem: Kvinners rett til arbeid. 98 s.
Utgått
44. Thor Falkanger: Forelesninger over lov av 28. juni 1974 nr. 58 om odelsretten og åsetesretten, 2. rev. utg. (se nr. 21) 142 s.
Utgått
45. Lucy Smith: Barnefordeling og foreldremyndighet. Gått inn i bok, Lucy Smith: Foreldremyndighet og barnerett, Universitetsforlaget 1980.
Utgått
46. Odd Jarl Pedersen: Funksjonsfordeling og normkontroll - Kompetansetvisteriorien og andre teorier om domstolenes kompetanse. 115 s.
Utgått
- 1977:
47. Carsten Smith: Notater i bank- og pengeretten. 2. utgave. 251 s. Nå utsolgt - ikke aktuell mer - delvis gått inn i nr. 59
Utgått
48. Inger Marie Dons Sitre: Bankgiro. Særlig om ansvar og tilbakekall.
49. Lars Jakob Blanck, Lars Borge-Andersen og Knut Selmer: Noen rettslige aspekter i forbindelse med innføring av identitetskort. 66 s.
50. Lucy Smith: Oppgaver i avtalerett. 46 s. Overført til Serie B nr. 5
Utgått
51. Thor Falkanger: Forelesninger over odelsrett og åsetesrett, 2. rev. utgave (se nr. 16) 177 s.
52. Institutt for privatrett. Årsberetning 1976.
Utgått
53. Anne-Lise Myklebust: Underholdningsbidrag ved separasjon og skilsmisse.
Utgått
54. Pål Christensen: Bruk av ektepakten i praksis.
Utgått
- 1978:
55. Institutt for privatrett. Årsberetning 1977.
Utgått

56. Rettspraksis om samliv uten vigsel ("papirløse ekteskap") I. Revidert utgave, November 1984. 101 s. Utgått
57. Barnelovseminaret våren 1978 over NOU 1977:35. Utgått
58. Peter Lødrup: Erstatningsberegningen ved personskader. Kommet i i bok, Eget forlag 1983. Utgått
59. Carsten Smith: Notater i bank og pengeretten. 3. utg. 155 s. Utgått
- 1979:
60. Institutt for privatrett. Årsberetning 1978 Utgått
61. Viggo Hagstrøm: Culpanorm og skrevne adferdsnormer. Nå kommet i bok: Offentligrettslig erstatningsansvar, TANO, Oslo 1987. Utgått
62. Carsten Smith: Kredittliv og rettsteori. Kommet i bok, C. Smith: Bankrett og statsstyre, Universitetsforlaget 1980. Utgått
63. Arne Didrik Kjømæs: Ringeriksbøndenes rettigheter i Nordmarksgodset. 109 s. Utgått
- 1980:
64. Einar Harboe: Pristakst og skiftetakst. 44 s. Utgått
65. Gudmund Sandvik: Kjelder til Finnmarks retts historie - særleg samisk sp. 62 s. Utgått
- NB
66. Thor Falkanger: Materialsamling i panterett. 71 s. Utgått
- og
67. Thor Falkanger: Prioritetsforholdet mellom heftelser i fast eiendom. 50 s. Utgått
68. Sjur Brækhus: To kapitler av panteretten. Utgått
- 68/70/76 Slått sammen i ett hefte: Realkreditten

69. Institutt for privatrett. Årsberetning 1979. Utgått
70. Sjur Brækhus: To nye kapitler av panteretten. (Omsetning og kreditt avsnitt 21 og 22) 1. hefte Utgått
- 68/70/76 Slått sammen i ett hefte: Realkreditten
71. Thor Falkanger: Pant i adkomstdokumenter til bolig, forretningslokale m.v. Kommet i bearbeidet form med samme tittel i TfR 1980 s. 601 flg. Utgått
72. Kåre Lilleholt: Leigar eller klient. Oppseing og utkast frå institusjonsliknande bustader. Trykkt i Lov og Rett. Utgått
73. Kari Sørsdal: Fra broderlodd til "Billig taxt" (1854-1863). Om innføring av lik arverett mellom kjønnene og den etterfølgende endring i åsetslovgivningen. 81 s. Utgått
74. Gert-Fredrik Malt: Rett og urett i undertrykkelse av indianere i Syd-Amerika. 87 s. Utgått
75. Ivar Holst - Elin Rønningen: Lagmannsrettsavgjørelser. Boligrett 1970-1977. 209 s. (A 5). Utgått
- 1981:
76. Sjur Brækhus: To nye kapitler av panteretten. (Omsetning og kreditt, avsnitt 21 og 22) 2. hefte. Utgått
- 68/70/76 Slått sammen i ett hefte: Realkreditten
77. Kåre Lilleholt: Husleiekontrakten når leigaren av forretningslokale går konkurs. Utgått
78. Carsten Smith: Mellommannens oppsigelsesvern i handelsforhold Utgått
79. Institutt for privatrett. Årsberetning 1980. Utgått
80. Asbjørn Kjønstad: Barns rett til forsørgelse og omsorg - fra foreldre, samfunn og andre. 65 s. Utgått

- 1982:
81. Birger Stuevold Lassen: Studiemateriale i opphavsrett og tilgrensende områder. 276 s. se nr. 97. Utgått
82. Kåre Lilleholt: Utkasting m.v. frå husrom. 40 s. Utgått
83. Trine Buttingsrud Mathiesen: Odelsl. § 14. 90 s. Utgått
84. Institutt for privatrett. Årsberetning 1981. Utgått
85. Carsten Smith: Høyesterett - et politisk organ. 15 s. Utgått
86. Knut Skedsmo: Erstatningsoppjøret etter "Alexander L. Kielland-ulykken". 104 s. Utgått
87. Seminar over NOU 1982:14. Fastsettelse og innkreving av underholdsbidrag. 70 s. Utgått
- 1983:
88. Dag H. Michalsen: Ugeblad for lovkyndighed, statistikk og statsøkonomi 1861-1870, en innholdsanalyse. 117 s. Utgått
89. Sjur Brækhus: Innledning til "Omsetning og Kreditt". 5. utgave. August 1988. 76 s. Utgått
90. Sjur Brækhus: Omsetning som retfsteknisk problem. Tingslysing. (Omsetning og kreditt Del 3). 180 s. Utgått
91. Institutt for privatrett. Årsberetning 1982. Utgått
92. Anders C. Stray Ryssdal: Børsliv og Børslov. En avhandling om børsrettslige spørsmål og om den rettslige karakteristikk av børsinstitusjonen. 56 s. Utgått
- 1984:
93. Leif Villars Dahl: Stortingsdebattene om den første norske aksjelov. Særavhandling ved juridisk embetseksamen. 100 s. Utgått
94. Jan Helgesen: Sources of Law. Diversity and Evolution. A Quantitative Analysis. The Norwegian Report. 63 s. Utgått
95. Kirsti Strøm Bull/Arne Fliflet: Spørsmål i arverett. 30 s. Utgått
96. Kirsti Strøm Bull/Arne Fliflet: Spørsmål i familierett. 25 s. Nr. 95 og 96 er slått sammen og overført til Serie B nr. 4. Utgått
97. Birger Stuevold Lassen: 2. utg. av opphavsrett (Tidligere nr. 81) 302 s. Utgått
98. Magnus Aarbakke: Utdrag av manus. Skatt på inntekt. Kommet i bok, Universitetsforlaget 1985. Utgått
99. Institutt for privatrett. Årsberetning 1983. Utgått
- 1985:
100. Mads H. Andenæs: Bygningslovgivningen og eiendomsretten. 96 s. Utgått
101. Erling G. Rikheim: Forretningsbanker og aksjer. Særavhandling ved juridisk embetseksamen. 102 s. Utgått
102. Sjur Brækhus: Realkreditten (tidl. 68/70/76). Forelesning over panterett. 327 s. Kommet i bok, Universitetsforlaget 1988. Utgått
103. Materialsamling i trygderett. 42 s. Utgått
104. Rolf Einar Fife: Fransk juridisk ordbok. 231 s. Kommet i bok TANO 1991. Utgått
105. Rettspraksis om samliv uten vigsel. ("Papirløse ekteskap") II. 291 s. Utgått
- 1986:
106. Pasientenes rettslige stilling. 117 s. Utgått
107. Lucy Smith: Contested bids and defence tactics. 21 s. Utgått
108. Mads H. Andenæs m.fl.: Konkurs i selskapsforhold. 133 s. Utgått

109. Lucy Smith: Barnefordeling og samværrett. 84 s.
110. Berit M. Holthe: Rettsutvikling - barneloven. 115 s.
111. Helge J. Thue: Norsk internasjonal obligasjonsrett. 52 s.
- 1987:
112. Kristin Bjella: Interkomm.anstv. selskap. 115 s.
113. Oppgaver i kjøpsrett. 54 s.
114. Marius Nygaard Haug: Arbeidavtalens stilling i konkurs. 63 s.
115. Seminar: Juristrollen og yrkesetikk. 61 s.
116. Jan Helgesen og Morten Holmboe: Materialsamling for seminar i rettskildelære. 94 s.
117. Svend Eriksrud: The relationship between the issuing bank and the beneficiary under a commercial letter of credit. 104 s.
- 1988:
118. Ingvald Falch: Bygdelagsrettigheter til laksefisket i vassdragene i Finnmark. 129 s.
119. Jan Helgesen og Arne Tjaum: Materialsamling for seminar i rettskildelære II. 105 s.
120. Birger Stuevold Lassen: Lærebok i norsk varemerkerett. 199 s.
121. Oppgaver i kjøpsrett (ny utgave av nr. 113). 49 s. Overført til Serie B nr. 6
122. Camilla Wohl Sem: Trafikksikring og regress. 116 s.
123. Morten Holmboe: Dokumentasjon og opphavsrett. 60 s.
124. Jan Helgesen og Ida Espolin Johnson: Materialsamling i rettskildelære III. 145 s.

Utgått

Utgått

- 1989:
125. Per Øyvind Schiong: Tvangssalg som truer skyldnerens rett til bolig. 80 s.
126. Jan Helgesen og Turid Vibe: Materialsamling i rettskildelære IV. 156 s.
127. Welshman Ncube: Comparative Matrimonial Property Systems: The Search for an Equitable System of Re-allocation of Matrimonial Property. 119 s.
128. Jan Helgesen og Kjersti Tøgard: Materialsamling i rettskildelære V. 79 s.
- 1990:
129. Niels R. Kiaer, Anne Christine Kroepelien, Peder Mørset og Elisabeth Aaby: Rapport om forsikringselskapenes praksis ved personskader, - særlig med henblikk på saksbehandlingstiden. 22 s.
130. Tore Bråthen: Børsen og Kredittilsynet. Om børsens og Kredittilsynets oppgaver i forhold til verdipapirmarkedet, særlig aksjemarkedet. 212 s.
131. Carsten Smith: Sameting og samerett. 11 s.
132. Carsten Smith: On the Structure and functioning of State Organs. Polish-Norwegian Seminar in Warsaw 4 June 1990. 7 s.
133. Diderik Heiberg Danbolt: Debtors plikt til å begjære gjeldsforhandling eller konkurs etter strl. § 283 A. 73 s.
- 1991:
134. Birger Stuevold Lassen: Kontraktrettslig representasjon En lærebok med et avsnitt om kommisjon. 92 s.
135. Viggo Hagstrøm: Fragmenter fra obligasjonsrett - I. Kapittel 42-49. 230 s. Revidert utgave (tidligere B nr. 8).

Utgått

136. **Nina Ramstad:** Eierseksjonslovens anvendelsesområde. 91 s.
137. **Torgeir Magnussen:** Erstatning for personskade: Engangsbeløp eller terminbeløp. 53 s.
138. **Gert-Fredrik Malt:** Spørsmål til innføring i rettsstudiet og rettskildelære. 68 s.

Serie B:

1. **Gert-Fredrik Malt:** Politicas y Organizaciones de produccion mejoramiento y administracion de viviendas en la nueva Nicaragua.
2. **Doms- og oppgavehefte i erstatningsrett.**
3. **Jan Helgesen og Atle Johansen:** Materialsamling for seminar i rettskildelære VI. 157 s.
4. **Kirsti Strøm Bull/Arne Fliflet:** Spørsmål i arverett og familierett. 55 s. (Tidligere nr. 95 og 96.) Utgått
5. **Lucy Smith:** Oppgaver i avtalerett 46 s. (Tidligere nr. 50.)
6. **Oppgaver i kjøpsrett. 49 s. (Tidligere nr. 121.)**
7. **Erling Eide og Vidar Ringstad:** Veiledning i besvarelse av oppgaver i sosialøkonomi. 38 s.
8. **Viggo Hagstrøm:** Fragmenter fra obligasjonsrett. Kapittel 42-49. 200 s. Utgått
9. **Spørsmål i arverett og familierett. 80 s.**
Revidert utgave ved Peter Hambro

Utenom nummerrekkefølgen:

- **Utdrag av Forarbeidene til konkursloven og dekningsloven av 1984. Nytt opplag januar 1987.**
- **Bankhefte v/Carsten Smith: Kort periode grunnet utsolgt fra forlaget.**

Kontoradresse: Privatrettsfondet
Karl Johansgt. 47
0162 Oslo
Tlf. 42.90.10, linje 701.