

## Elementaire rechtseconomie

A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1993, 130 blz.*

### Achtergrond

De rechtseconomie bestudeert en evalueert het ontstaan, de ontwikkeling en de effecten van rechtsregels, rechtsfiguren en rechtsinstututen. Als specialisme binnen de economie is de rechtseconomie vooral de laatste dertig jaar tot ontwikkeling gekomen. Aanvankelijk in de Verenigde Staten, maar sinds het midden van de jaren tachtig ook in Europa en inmiddels wordt dit vak aan de meeste juridische faculteiten in Nederland gedoceerd. Met deze ontwikkeling wordt een interessante cirkelgang voltooid. Oorspronkelijk werd de economie beoefend en gedoceerd vanuit de juridische faculteiten en behoorde het geheel van rechtsregels thematisch tot de zogenaamde 'data' van de economie. Na een proces van arbeidsverdeling en specialisatie werd de economiebeoefening hoofdzakelijk geconcentreerd in afgesplitste economische faculteiten en beperkt tot het typisch 'economische' van de maatschappelijke werkelijkheid. De verdieping van het inzicht in de economische betekenis van het recht stimuleerde de ontwikkeling van de rechtseconomie, die weer hoofdzakelijk beoefend wordt aan de juridische faculteiten. Werden oorspronkelijk economische vraagstukken bestudeerd vanuit juridisch gezichtspunt (rechtvaardige prijs), nu worden juridische vraagstukken onderzocht vanuit economisch gezichtspunt (doelmatig recht). Illustratief is de ontwikkeling in Utrecht: na een 180-jarig bestaan werd aan de juridische faculteit in 1815 de eerste leerstoel Economie in Nederland gevestigd. Na nog eens circa 180 jaar wordt in 1992 aan dezelfde faculteit de eerste, door prof. R. Van den Bergh beklede leerstoel Rechtseconomie in Europa opgericht.

Bijzonder aan de rechtseconomie is dat zij niet wordt beperkt tot die de-

len van het recht die onmiddellijk de werking van de economie beïnvloeden (zoals bij voorbeeld het mededingingsrecht). In beginsel komt het volledige gebied van het privaaten publiekrecht in aanmerking voor een economische analyse. Het privaatrecht regelt de rechtsverhoudingen tussen burgers onderling. Belangrijke begrippen zijn in dit verband: de eigendom, het contract en de (rechts)persoon. Het publiekrecht heeft betrekking op de regeling van de overheidsorganisatie en de rechtsverhoudingen tussen overheid en burgers. Het bestaat uit het staats- en bestuursrecht en het strafrecht. Bijdragen aan de ontwikkeling van de rechtseconomie zijn in het bijzonder geleverd door de school van Chicago (privaatrecht en strafrecht), de Public Choice school (publiekrecht) en de nieuwe institutionele school (ondernemingsrecht). Gemeenschappelijke uitgangspunten van deze stromingen zijn het methodologisch individualisme en rationele keuze. Sociale instituties als eigendom, de vennootschap en de staat worden zo verklaard uit het nutsmaximaliserende gedrag van participerende individuen, die onderhevig zijn aan door de omstandigheden opgelegde randvoorwaarden. Behalve deze verklarende variant van de rechtseconomie bestaat er ook een evaluerende variant waarin wordt gezocht naar optimale rechtsinstututen en rechtsregels. Deze laatste (vaak normatief genoemde) variant ontleent haar economische evaluatiecriteria aan de welvaarts-theorie.

### Inhoud

Elementaire rechtseconomie is een beknopte kennismaking met de rechtseconomie, bedoeld voor het hoger (wetenschappelijk) onderwijs. Na een inleidend hoofdstuk wordt de rechtseconomische benadering toege-

past op de verschillende onderdelen van het recht. Het elfde en laatste hoofdstuk bevat een aantal 'lessen van de rechtseconomie'. In van deze bespreking wordt dieper ingegaan op de inhoud van de verschillende hoofdstukken.

### Eigendomsrecht

De economische analyse van het eigendomsrecht laat zien waarom particulier eigendom zo essentieel is voor het functioneren van een markteconomie. De kern van particulier eigendom is het recht anderen uit te sluiten van het gebruik en de opbrengst van een goed en het recht om het goed over te dragen. Het exclusieve gebruiksrecht motiveert de eigenaar zijn eigendom zo te beheren dat de lange-termijnopbrengsten maximaal zijn. Dat is ook in het voordeel van de samenleving omdat een hoger gezamenlijk inkomen resteert. Vrije toegang tot een goed leidt tot roofofbouw en voortijdige uitputting. Een voorbeeld vormen de scholen vissen in de Noordzee: doordat het gebruiksrecht niet geregeld was hadden individuele vissers geen reden hun vangst te matigen en werden verschillende vissoorten met uitroeijing bedreigd. Het overdrachtsrecht is een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van een markt-economie: het maakt ruil mogelijk. Omdat de goederen zo terecht komen bij de meest biedende en de verkopers volledig gecompenseerd worden voor het afstand doen van het eigendomsrecht wordt de welvaart gemaximaliseerd. Keerzijde van een markteconomie is dat het tevens de grondslag is voor economische ongelijkheid. De welvaartspositie van een individu wordt immers bepaald door wat hij ter ruiling heeft aan te bieden.

Aan verspilling van een hulpbron met vrije toegang kan een einde gemaakt worden door eigendomsrechten toe te kennen. Bovendien doet het voor de resulterende welvaart er niet toe aan welke partij de eigendomsrechten worden toegekend. Onderhandelingen zullen er steeds toe leiden dat de allocatie efficiënt is. Het voorgaande staat bekend als het Coase-theorema en vormt één van de hoofdpijlers van de rechtseconomie. Uitvoerig wordt toegelicht dat het alleen geldt voor individuele goederen en bij afwezigheid van transactiekosten.

### *Milieurecht*

Behandeld worden de voor- en nadelen van privaatrechtelijke of publiekrechtelijke milieubescherming.

In een privaatrechtelijke regeling worden eigendomsrechten op het milieu toegewezen zodat de uiteindelijke milieukwaliteit het (markt) resultaat wordt van vele onderhandelingen tussen partijen. Het is niet efficiënt de eigendomsrechten toe te kennen aan de vervuiler, omdat het milieu een collectief goed is. Voor iedere individuele benadeelde geldt immers dat, zelfs bij afwezigheid van transactiekosten, afkoop van de vervuiler niet opweegt tegen diens individuele profijt. Alleen een organisatie van de benadeelden maakt potentieel efficiënte onderhandelingen over afkoop mogelijk. Toekenning van de eigendomsrechten aan de benadeelden is eveneens niet efficiënt, hetzij omdat het voor individuele rechthebbenden te duur is hun eigendomsrechten te handhaven, hetzij doordat in onderhandelingen de totstandkoming van een contract tegengehouden kan worden door iedere afzonderlijke rechthebbende.

Een publiekrechtelijke regeling gaat uit van een na te streven milieukwaliteit. Die kan verwezenlijkt worden door *regelgeving* (geboden en verboden) en economische instrumenten (*heffingen, subsidies en verhandelbare vergunningen*). De effectiviteit van regelgeving is twijfelachtig door veranderende omstandigheden als economische groei. Bovendien wordt het doel vermoedelijk lang niet altijd tegen de laagste kosten bereikt omdat het tekort aan informatie en het streven naar rechtsgelijkheid noodzaakt tot uniformiteit. De effectiviteit van heffingen lijkt in de praktijk lager dan van regelgeving door het gebrek aan inzicht in de bestrijdingskosten van de vervuiling door de bedrijven. Daarentegen is de heffing relatief efficiënt omdat bedrijven die het goedkoopst kunnen zuiveren het meest sterk zullen reageren op de heffing. Verhandelbare vergunningen hebben als voordeel dat het doel dat gesteld wordt, bereikt wordt, ook bij veranderende omstandigheden. Het is dus een effectief instrument. Bovendien zijn verhandelbare milieuvergunningen efficiënt omdat vervuilers een afweging maken tussen hun zuiveringskosten en de uniforme prijs van de milieuvergunning.

### *Overeenkomstenrecht*

Het overeenkomstenrecht bestaat gedeeltelijk uit dwingend rechtelijke bepalingen ter bescherming van de zwakkere (arbeidsrecht, huurrecht) en gedeeltelijk uit aanvullend recht dat geldt voor zover partijen niets geregeld hebben. Door van deze laatste mogelijkheid gebruik te maken wordt bespaard op transactiekosten waardoor een lagere prijs, een grotere omzet en een hogere welvaart tot stand komen. Wat er moet gebeuren bij niet-nakoming van het contract is ook voorwerp van aanvullend recht. Dat voorkomt dat van geval tot geval moet worden uitgevochten hoe de risico's van de transactie verdeeld moeten worden. Het Nederlandse aanvullend recht heeft sterk morele ondertonen doordat bij contractbreuk moet worden vastgesteld wie aan de contractbreuk schuldig is. Vervolgens stelt de rechter schadevergoeding vast. De rechtseconomische benadering staat hier haaks op. Contractbreuk is aan te bevelen wanneer dit voordelig is voor de contractbreker en niemand er door volledige schadevergoeding op achteruit gaat. Dat verhoogt de welvaart. In het Angelsaksische recht wordt noch de schuldvraag gesteld, noch de schadevergoeding vastgesteld door de rechter. De schade van niet-nakoming komt altijd voor rekening van de contractbreker. Zo'n rechtstelsel is het meest bevorderlijk voor de welvaart vanwege de prikkel tot het voorkomen van schade en mogelijkheid tot contractbreuk waar dat de welvaart verhoogt.

### *Aansprakelijkheidsrecht*

De economische analyse van aansprakelijkheidsrecht gaat na in hoeverre aansprakelijkheidsstelsels van invloed zijn op het schadevoorkomende gedrag van slachtoffers en veroorzakers en in hoeverre een stelsel het maatschappelijk optimale niveau van preventie bevordert. Zo zou men de kosten van het autoverkeer eenvoudig kunnen minimaliseren door een maximumsnelheid van nul kilometer per uur. De preventiekosten zoals tijdsverlies, produktieverlies en verminderd rijgenot zijn echter hoog. Vanuit economisch gezichtspunt is de preventie optimaal wanneer de som van schadekosten en preventiekosten minimaal is.

Het bestaan van verzekeringen compliceert de analyse van de aansprakelijkheid omdat de financiële

prikkel om schade te voorkomen wegvalt. Het is immers mogelijk de schade af te wentelen op de verzekeraar. In dit verband wordt de recente juridische discussie over wijziging van het systeem van verkeersaansprakelijkheid bekritiseerd. Ten onrechte is in deze discussie niet aan de orde gekomen de vraag of verplichte verkeersverzekering wel wenselijk is ter bescherming van slachtoffers. Er is immers ook geen verplichte verzekering tegen ongevallen thuis of tijdens de sport. Bovendien suggereert de rechtseconomische analyse dat de verkeersveiligheid wellicht negatief beïnvloed wordt door de voorgestelde verplichte risicoaansprakelijkheid. Soortgelijke 'verbeteringen' veroorzaakten in de Verenigde Staten 10 tot 15% meer dodelijke ongevallen.

### *Strafrecht*

Verondersteld wordt dat criminele handelingen worden verricht zolang de voordelen daarvan opwegen tegen de nadelen. De voordelen bestaan uit de verwachte extra geldopbrengsten, de nadelen uit de arbeidsinspanning, de stress en de mogelijke straf. De theorie voorspelt dat het aantal misdrijven vermindert wanneer de pakkans en/of de zwaarte van de straf toeneemt. De vermindering is dus niet het gevolg van de onmogelijkheid tot misdaad als gevolg van opsluiting. Onderzoek in Nederland ondersteunt de theorie: het aantal misdrijven daalt met 4 tot 8% wanneer het ophelderingspercentage toeneemt met 10%. Verder daalt het aantal misdrijven met 2 tot 3% wanneer het veroordelingspercentage toeneemt met 10%. Naast andere factoren zijn economische overwegingen dus mede van invloed op criminele activiteiten.

### **Evaluatie**

Zoals wij van Nentjes gewend zijn is ook Elementaire rechtseconomie zeer helder geschreven. Voor het eerst worden hoofdgebieden van het Nederlands recht in kort bestek en op samenhangende wijze economisch geanalyseerd. De betoogtrant is systematisch en consistent en de verklarende en evaluerende rechtseconomische analyses worden duidelijk onderscheiden en afzonderlijk behandeld. Het veelvuldig gebruik van illustratieve grafieken vormt een uitstekende ondersteuning van de tekst;

jammer dat de vet ingetekende delen niet steeds goed overkomen. De oefenvragen na ieder hoofdstuk bevorderen zelfstudie en maken het mede bruikbaar voor het werkgroepsverband. Het voorgaande wil niet zeggen dat geen kritiek op de inhoud mogelijk is.

### *Staatsrecht*

De pijlers van ons rechtssysteem worden in inleidingen wel besproken aan de hand van de begrippen staat, persoon, eigendom, contract, proces en straf. Hoewel gesteld wordt dat alle belangrijke onderwerpen uit de rechtseconomie aan de orde komen, hadden de economische motieven en oorzaken van het staatsrecht niet mogen ontbreken<sup>1</sup>. Zo kan het bestaan van het staatsrecht economisch geëvalueerd worden tegen de achtergrond van marktfalen: het niet vervullen van de ideale functie van markten. Collectieve goederen komen in grote groepen als gevolg van parasitair gedrag niet of niet in voldoende mate tot stand. Het staatsrecht kan geïnterpreteerd worden als de neerslag van een sociaal contract waarin burgers een centrale instantie in het leven roepen die voorkeuren bundelt, voorziet in collectieve goederen en bindende beslissingen afdwingt. Dat verhoogt de welvaart. Het gevaar van een volledig verlies aan vrijheid en de onmogelijkheid nog pareto-efficiënte overeenkomsten af te sluiten wordt tegengegaan door grondrechten, de scheiding van de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht en een democratisch beslissingsproces. Ideaal is volstrekte eenstemmigheid de optimale beslissingsregel ten dienste van de collectieve welvaart. Minder dan unanimiteit verlaagt de besluitvormingskosten maar verhoogt het risico van afwenteling van lasten op een minderheid. Bijzondere procedures voor grondwettelijke wijzigingen (gekwalificeerde meerderheden, verkiezingen) kunnen begrepen worden uit de afweging van de besluitvormingskosten met het verhoogde risico van 'verkeerde' beslissingen. Naast deze benadering is er een stroming die onderzoekt wat overheden in feite doen. Wetgeving wordt niet verklaard uit marktfalen maar uit interacties van betrokkenen. Het vaak gesignaleerde falen van regulering wordt mede in verband gebracht met het invloed uitoefenen van belangengroepen op amb-

tenaren, partijen en politici. De weglating van het staatsrecht is begrijpelijk omdat Nentjes vasthoudt aan de traditioneel in de (Amerikaanse) rechtseconomische handboeken behandelde onderwerpen. Een inleiding rechtseconomie voor de juridische richtingen voldoet echter beter wanneer alle hoofdgebieden van het recht economisch geanalyseerd worden. Omdat de rechtsgebieden op methodisch uniforme wijze geanalyseerd worden zou ook de eenheid van het boek hierdoor niet in gevaar komen. Dat de betreffende onderwerpen door andere auteurs gesitueerd worden onder bijvoorbeeld de noemer 'public choice' of 'institutionalisme' doet in dit verband minder terzake.

### *Ondernemingsrecht*

Overigens had ook de rechtseconomische analyse van het ondernemingsrecht (geïnitieerd door Coase) in een elementaire inleiding rechtseconomie niet misstaan. Het ondernemingsrecht vormt de juridische neerslag (codificatie) van verschillende ontwikkelde ondernemingsvormen zoals de vennootschap of de maatschap. Evenals bij het overeenkomstenrecht kan op transactiekosten bespaard worden door er gebruik van te maken. Ondernemingen kunnen geïnterpreteerd worden als een knooppunt van contracten. Zij ontstaan wanneer de transactiekosten van een interne organisatie lager zijn dan die van een marktrelatie. De optimale organisatievorm hangt af van de informatie die nodig is om efficiënte transacties tussen betrokkenen te bewerkstelligen. Omdat individuele bijdragen aan het ondernemingsresultaat niet altijd meetbaar zijn en het individueel rationeel kan zijn om zich minder in te spannen dan collectief wenselijk is, worden ondernemingsvormen ontwikkeld die een optimale verdeling van risico's en prikkels over contractpartijen inhouden.

### *Positieve of normatieve rechtseconomie*

Ten slotte zou een afzonderlijk hoofdstuk over de inhoud, mogelijkheden en grenzen van de verschillende efficiëntiecriteria het boekje nog beter leesbaar maken. Het fundamentele verschil tussen efficiëntiebevordering vanuit het gezichtspunt van de subjecten respectievelijk vanuit het gezichtspunt van (de samenstellende delen)

van de overheid kan zo expliciet en systematisch bij evaluaties onderscheiden worden. Nentjes bestempelt de welvaartstheoretische benadering als normatief. Deze opvatting vindt in Nederland weinig steun en wordt ook niet gedeeld door voornamelijk beoefenaars als Hicks, Buchanan en Ng<sup>2</sup>. Het is onwenselijk dat de evaluatieve benadering van de rechtseconomie normatief genoemd wordt. Het veronderstelt dat de analyse afhankelijk is van waardeoordelen waardoor de welvaartstheorie gevangen raakt in ideologische en ethische discussies. Economische evaluatie is echter een positieve evaluatie die onderscheiden moet worden van een ethische evaluatie. De economische evaluatiestandaard is de behoeftenbevrediging van individuen in de samenleving. De uitkomsten van de welvaartstheoretische evaluaties zijn nuttig wanneer behoeftenbevrediging een doel is van politiek. Waardeoordelen kunnen niet afgeleid worden uit de welvaartstheoretische analyse. Niet alleen geven evaluatiecriteria als pareto-efficiëntie slechts een partiële ordening van economische situaties, het is ook niet geïmpliceerd dat efficiëntie meer wenselijk zou zijn dan inefficiëntie. De ethische wenselijkheid van (efficiënte) rechtsinstituties hangt af van de morele waarde en daarover kan de economische theorie geen uitspraak doen.

Deze kanttekeningen laten echter onverlet dat dit zeer helder geschreven boek bijzonder geschikt is als onderdeel van een pakket rechtseconomie voor de beoogde doelgroep. De eigensoortige methode van de rechtseconomie maakt het aanbevelenswaardig dat studenten al wel een inleiding in de economie en de hoofdgebieden van het recht hebben gehad.

### **Johan den Hertog**

De auteur is werkzaam bij het Economisch Instituut/CIAV van de juridische faculteit, Universiteit Utrecht

1. Zie R.W. Holzhauser, R. Teijl, e.a. (red.), *Inleiding rechtseconomie*, Gouda Quint, Arnhem, 1989, en E.H. Hondius, J.J. Schippers, J.J. Siegers (red.), *Rechtseconomie en recht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991.

2. P. Hennisman, The reasoning of a great methodologist: Mark Blaug on the nature of paretian welfare economics, *De Economist*, jg. 140, 1992, blz. 413-445.