



Rechtseconomie, een stand van zaken

Auteur(s):

Bergh, R.J. van den
Kerkmeester, H.

De auteurs zijn respectievelijk hoogleraar en hoofddocent rechtseconomie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Verschenen in:

ESB, 84e jaargang, nr. 4203, pagina 344, 7 mei 1999

Rubriek:**Trefwoord(en):**

rechtseconomie

Wetgeving en rechtspraak zijn niet alleen interessant voor juristen. Rechtsregels hebben belangrijke economische gevolgen. Zo beïnvloedt het mededingingsrecht de intensiteit van concurrentie en hebben het aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht invloed op maatschappelijke kosten van ongevallen en criminaliteit. In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van het vakgebied van de rechtseconomie. Juridische regels hebben niet alleen gevolgen voor de economie, maar de economen doen ook hun invloed op het recht gelden.

Hoewel de relatie tussen recht en economie over de loop der eeuwen de aandacht heeft getrokken van meerdere vooraanstaande economen, te beginnen met Adam Smith¹, wordt het ontstaan van de moderne rechtseconomie gedateerd bij het verschijnen van Ronald Coase's artikel *The problem of social cost* in 1960². In dezelfde periode gingen juristen zich steeds meer realiseren dat kennis van economie essentieel is voor een goed begrip van de juridische regelgeving die betrekking heeft op de werking van markten (mededingingsrecht, regulering van natuurlijke monopolies). Interdisciplinaire studies op het traditionele gebied van marktgedrag worden gewoonlijk als 'old Law and Economics' aangeduid, terwijl toepassing van economische inzichten op rechtsgebieden die, naar de opvatting van de meeste juristen, geen betrekking hebben op de werking van markten (aansprakelijkheidsrecht, contractenrecht) als 'new Law and Economics' bekend staat.

Deze indeling tussen 'oud' en 'nieuw' is enigszins misleidend. Beide domeinen van de rechtseconomie ontwikkelden zich gelijktijdig, hoewel de invloed van inzichten uit industriële organisatie (denk aan het bekende structuur-gedrag-resultaat paradigma) op het mededingingsrecht, vooral in de VS, vlugger en duidelijker zichtbaar was. Dit verschil in invloed heeft uiteraard te maken met de omstandigheid dat traditionele juristen aan het mededingingsrecht ook economische doeleinden toeschrijven (en daarom economische expertise bij de oplossing van juridische problemen op prijs stellen), terwijl ze de aanwending van economische inzichten op het domein van het privaatrecht eerder als een 'Fremdkörper' ervaren. Dit gevoel is vaak nadrukkelijk aanwezig, ofschoon ruiltransacties het studievoorwerp van de economie vormen en economische theorie bijvoorbeeld zonder twijfel nuttige inzichten oplevert voor regulering van contractuele relaties, ook buiten de sfeer van het mededingingsrecht.

Transactiekosten

Coase werd gevraagd om een leerstoel te aanvaarden aan de Law School van The University of Chicago en om het hoofdredacteurschap van *The Journal of Law and Economics* op zich te nemen. In 1991 werd hem de Nobelprijs voor economie toegekend. De belangrijke bijdrage van Coase was dat hij het concept van de transactiekosten (zie kader) centraal stelde, en de consequenties hiervan voor het recht aantoonde. Al in 1937 had Coase in *The nature of the firm* betoogd dat bij afwezigheid van transactiekosten het bestaan van de onderneming niet kan worden verklaard³. Zowel de organisatie van productie binnen een onderneming als via de markt brengt zijn eigen type kosten met zich mee en de keuze tussen beide alternatieven hangt af van de vraag welk alternatief in concreto het meest op transactiekosten bespaart. In *The problem of social cost* werd door Coase aangevoerd dat bij afwezigheid van transactiekosten de keuze van de rechtsregel geen effect heeft op de allocatie van schaarse hulpgoederen. Volgens het fameuze Coase-theorema - door Coase zelf niet als stelling gepresenteerd maar later door George Stigler zo gedoopt - zullen partijen bij afwezigheid van transactiekosten door middel van onderhandelingen een optimale allocatie van middelen bereiken, ongeacht de initiële toedeling van rechten⁴.

Transactiekosten

Transactiekosten kunnen ontstaan zodra een activiteit niet 'in eigen beheer' wordt uitgevoerd. Eigen beheer kan daarom doelmatiger zijn, dit kan het bestaansrecht van de onderneming verklaren. Voorbeelden van transactiekosten zijn het verwerven van informatie, het maken van contracten en het handhaven ervan. Transactiekosten doen zich ook voor bij het internaliseren van externe effecten, zoals bij het vaststellen van schade of het bijeenbrengen van benadeelden. Dit belemmert een optimale allocatie door de markt. Rechtsregels zijn bedoeld om transactiekosten te reduceren.

Coase geeft onder meer het voorbeeld van de veeboer, wiens koeien de oogst van een graanboer vertrappen. Welke oplossing voor het gerezen geschil zal worden bereikt hangt af van de vraag of het economisch optimaal is om bijvoorbeeld het aantal koeien in te perken, de

akkerbouw te staken of een hek te plaatsen, niet van de vraag of de veeboer aansprakelijk is dan wel de graanboer zijn eigen schade dient te dragen. Wèl is de inhoud van de juridische regeling relevant voor de vraag wie opdraait voor de kosten van de optimale oplossing (allicht het plaatsen van een hek), maar dat is een vraagstuk van verdeling, niet van efficiëntie. Ook is het belangrijk dat de toedeling van rechten duidelijk is, want dat is vereist willen de partijen de uitgangspunten van hun onderhandelingen kennen. Methodologisch interessant is dat Coase zijn bevindingen voor een belangrijk deel baseerde op rechterlijke uitspraken uit de Engelse Common Law over geschillen omtrent eigendom en onrechtmatige daad. Het was hem opgevallen dat de rechters vaak rekening hielden met economisch relevante factoren die in economische modellen buiten beschouwing werden gelaten.

Uit *The problem of social cost* kunnen verschillende belangrijke conclusies voor het recht worden getrokken. In de eerste plaats is het niet vanzelfsprekend dat de overheid dient in te grijpen door middel van belastingen en subsidies teneinde te bereiken dat externe effecten worden geïnternaliseerd. Een duidelijke toedeling van rechten - bijvoorbeeld verhandelbare vervuilingrechten - kan de basis vormen van onderhandelingen en vergt van de overheid minder informatie. In de tweede plaats zal bij lage transactiekosten een door de overheid voorgeschreven uitkomst worden omzeild indien deze niet efficiënt is. In de derde plaats kunnen aanwijzingen worden gevonden voor de invulling van het recht in een wereld met transactiekosten, de situatie waar het Coase uiteindelijk om te doen was. Het recht kan dan dienen om transactiekosten te verlagen, bijvoorbeeld door middel van aanvullend recht dat een regeling treft voor de situaties waarin partijen in hun contract niet hebben voorzien en leidt tot een besparing van contractkosten. Indien verlaging van transactiekosten geen soelaas biedt, kan gebruik worden gemaakt van de constructie van de hypothetische markt: die uitkomst wordt voorgeschreven, die partijen bij afwezigheid van transactiekosten door middel van onderhandelingen zouden hebben bereikt.

Economische benadering van misdaad en relaties

Een andere belangrijke bijdrage aan de ontwikkeling van de rechtseconomie is geleverd door Gary Becker (Nobelprijs 1992). Evenals Coase breidde Becker het domein van de economische wetenschap uit tot buiten het traditionele gebied van marktgedrag. In *Crime and punishment: an economic approach* ontwikkelde Becker een model waarin het gedrag van wetsovertreders werd beschreven in termen van rationele keuzes en kostenfuncties voor criminaliteit en criminaliteitsbestrijding werden geformuleerd⁵. In *A treatise on the family* gaf Becker een economische analyse van het gezin en daarmee een aanzet tot de ontwikkeling van de economische analyse van het familierecht⁶.

Economen versus juristen

De opkomst van de rechtseconomie viel in een periode waarin de heersende visie van juristen die het recht autonoom achtten ten opzichte van andere disciplines onder druk was komen te staan⁷. Het recht bleek vaak anders uit te pakken dan beoogd en de van oudsher gebruikte methoden van rechtsvinding voldeden niet langer. Voor juristen werd de rechtseconomie vooral toegankelijk door het in 1973 verschenen handboek *Economic analysis of law* van Richard Posner, toen hoogleraar aan de universiteit van Chicago en thans rechter in een Hof van Beroep⁸. In dit boek, waarvan inmiddels reeds een vijfde druk is aangekondigd, verdedigt Posner de stelling dat - anders dan wettenrecht - het rechtersrecht van de Common Law kan worden verklaard vanuit een streven naar welvaartsmaximalisatie. Rechters zijn dus economen zonder het zelf te beseffen... *Economic analysis of law* kenmerkt zich doordat voor rechterlijke uitspraken op zeer uiteenlopende rechtsgebieden - van eigendom en belastingrecht tot mensenrechten - economische rationalisaties worden gegeven. Hoewel Posners tamelijk extreme opvattingen tot veel kritiek leidden, ontwikkelde de rechtseconomie zich in de VS niet alleen met afstand tot de belangrijkste interdisciplinaire benadering van het recht⁹ maar verwierf zij ook grote directe invloed op de rechtsvorming op tal van terreinen. Naast de *Journal of Law and Economics* zagen talrijke andere tijdschriften het licht, waarvan sommige zich vooral op een lezerspubliek van juristen richtten (zoals het *Journal of Legal Studies* en *Supreme Court Economic Review*), terwijl een blad als *International Review of Law and Economics* vooral modelmatige en technische bijdragen publiceert¹⁰.

Afbakening met andere disciplines

De rechtseconomie kan worden gedefinieerd als de economische analyse van het recht en als zodanig gaat het om de bestudering van wetgeving, rechtspraak en andere rechtsbronnen. Er is echter geen noodzaak om strikt te zijn bij het hanteren van deze definitie en in de praktijk zijn de scheidslijnen met aanverwante disciplines niet scherp te trekken. Met name het vakgebied van de industriële organisatie is nauw met de rechtseconomie verbonden. Geregeld gaan in de juridische vakliteratuur kritische stemmen op die de ineffectiviteit en inconsistentie van regels van Europees mededingingsrecht aan de kaak stellen. Het huidige juridische regime van verticale concurrentiebeperkingen is een duidelijk voorbeeld. Een rechtseconomische benadering biedt inzicht in de mogelijke afruil tussen de mededingingsbeperkende effecten en efficiëntiewinsten van verticale afspraken en biedt daarom een waardevolle bijdrage aan de discussie over het nieuwe juridische regime van verticale afspraken.

Een ander nauw verwant vakgebied is de neo-institutionele economie. Tot de grondleggers hiervan wordt naast Ronald Coase, die zichzelf overigens nooit als rechtseconoom heeft beschouwd, ook Oliver Williamson gerekend. Ter afbakening van dit onderzoeksgebied kan men opmerken dat neo-institutionele economie typisch een activiteit is van economen, die het belang van instituties - waaronder het recht - voor de economie onderzoeken, terwijl het in de rechtseconomie vooral gaat om de bijdrage die de economische wetenschap kan leveren aan het recht. In de rechtseconomie blijft het onderzoek beperkt tot de 'real life'-problemen, waarmee juristen worden geconfronteerd, terwijl binnen de neo-institutionele economie theoretische bijdragen over hypothetische instituties (en rechtsregels) ook hun plaats vinden.

'Public choice' is de economische theorie van de publieke besluitvorming en daarmee voor de rechtseconomie relevant waar het gaat om de evaluatie van wetgeving en van wetgevingsprocessen. De twijfels over de efficiëntie van wetgeving, die in de rechtseconomie overheersen, zijn vooral vanuit de 'public choice'-theorie gevoed. Het verschil zit met name in het object van de studie in de zin dat de rechtseconomie rechtstreeks regels van privaatrecht en strafrecht bestudeert; de overeenkomsten liggen in het hanteren van de rationele keuzetheorie als methode en eventueel in het publiekrecht als studie-object. De verhouding tussen rechtseconomie en public choice is wat ongemakkelijk omdat laatstgenoemde theorie niet alleen twijfel kan zaaien over de efficiëntie van wettenrecht, maar haar argumenten deels ook op het door vele rechtseconomen als wèl efficiënt beschouwde rechtersrecht van toepassing zijn¹¹.

Invloed op het recht

Binnen de rechtseconomie kunnen een positieve en een normatieve benaderingswijze worden onderscheiden. Bij de eerste gaat het om het verklaren van het recht of het aangeven van de effecten hiervan. Hierboven is Posner's *Economic analysis of law* reeds genoemd als een boek waarin de pretentie centraal staat de inhoud van het recht te kunnen verklaren vanuit een streven naar welvaartsmaximalisatie. In zijn algemeenheid kan deze stelling moeilijk worden volgehouden. Talrijke rechterlijke uitspraken blijken inefficiënte oplossingen te bieden voor geschillen; oorzaak daarvan zijn informatieproblemen of het niet onderkennen van opportunistisch gedrag door de bij het geschil betrokken partijen. De belangrijkste positieve toepassing van de rechtseconomie is echter het voorspellen van de effecten van rechtsregels, waarbij de kanttekening dient te worden geplaatst dat het empirisch rechtseconomisch onderzoek tot dusverre beperkt is gebleven.

Indien de effecten van rechtsregels bekend zijn, kan men vervolgens evalueren of deze in overeenstemming zijn met een streven naar efficiëntie. Deze stap van positieve naar normatieve rechtseconomie wordt in de praktijk eenvoudig gezet. Indien met een positieve benaderingswijze kan worden vastgesteld dat een bestaande rechtsregel economisch efficiënt is, kan men de normatieve stelling laten volgen dat deze rechtsregel daarmee ook wenselijk is en geen wijziging behoeft.

Er is de rechtseconomie verweten een rationalisering te vormen voor het vrije markt-denken, hetgeen gezien de wortels van de rechtseconomie in de Chicago-school niet mag verwonderen. Dit verwijt is onterecht. In de eerste plaats heeft de rechtseconomie de pretentie pragmatisch te zijn; onderzoekers willen van de uitkomst van empirisch onderzoek laten afhangen welke juridische oplossing voor een gegeven probleem vanuit efficiëntie-oogpunt het beste kan worden voorgeschreven. Zoals Coase aangaf, dienen oplossingen via de markt en door middel van overheidsingrijpen met elkaar te worden vergeleken, waarbij hij wel de kanttekening plaatste dat daarbij de reële markt moet worden vergeleken met het reële optreden door de overheid en niet de markt met zijn imperfecties met het optreden van een alwetende en goedwillende overheid. Bovendien zijn er meerdere rechtseconomische benaderingen. Zo ligt in het werk van de rechtseconoom Guido Calabresi, die lange tijd aan de Yale Law School heeft gedooceerd en inmiddels tevens tot rechter is benoemd, de nadruk niet eenzijdig op efficiëntie of een verwant concept, maar op het maken van een afweging tussen verschillende doelstellingen van recht ¹².

In de VS heeft de rechtseconomie een belangrijke invloed verworven op de juridische besluitvorming. De basis-ideeën van de rechtseconomie blijken zeer aansprekend en hieraan ontleende argumenten wegen zwaar in het Amerikaanse juridische discours. Zelfs critici geven toe dat de invloed van de rechtseconomie nagenoeg onweersproken is in het handels- en ondernemingsrecht en dominant in het aansprakelijkheids-, contracten- en eigendomsrecht ¹³. In Europa is een dergelijke invloed voorlopig nog uitgebleven, ook al wordt in het domein van 'old Law and Economics' steeds vaker een beroep gedaan op economische inzichten. Verder accepteren juristen in toenemende mate dat ook het privaatrecht een toelaatbaar domein is voor rechtseconomisch onderzoek. Uitspraken van de hoogste rechtscolleges in Duitsland, België en Nederland blijken in economische termen te kunnen worden gerationaliseerd ¹⁴. In Nederland zijn leerstoelen Rechtseconomie opgericht aan de juridische faculteiten van Rotterdam, Leiden en Utrecht.

Vergelijkende rechtseconomie

Een ontwikkeling die op meerdere terreinen van de economische wetenschap voorkomt en ook de rechtseconomie niet onberoerd heeft gelaten is het steeds technischer en specialistischer worden van de gehanteerde modellen. Deze ontwikkeling zou een verdere receptie van rechtseconomische inzichten door juristen in de weg kunnen staan ¹⁵. Voor een deel kan deze toenemende complexiteit worden toegeschreven aan de opkomst van de speltheorie ¹⁶. Ondanks de minder gemakkelijke toegankelijkheid sluit de speltheoretische modellering van partijen als spelers in een spel, die zich in een interactiesituatie met elkaar bevinden, door uiteenlopende handelingsmogelijkheden van elkaar in macht kunnen verschillen en wellicht over ongelijke informatie beschikken, naadloos aan op de perceptie die vele juristen hebben van conflictsituaties ¹⁷.

Een recent opgekomen specialisme is 'comparative Law and Economics' ¹⁸. Terwijl de rechtseconomie universele oplossingen voorschrijft, verschilt het recht van land tot land. De vergelijkende rechtseconomie onderzoekt onder meer hoe uiteenlopende rechtsstelsels naar een economisch efficiënt recht kunnen evolueren. Rechtseconomie is ook behulpzaam bij de zoektocht naar een nieuw 'ius commune': economische theorie biedt een theoretische basis, die het mogelijk maakt gemeenschappelijke kenmerken van verschillende rechtsstelsels bloot te leggen. Tevens reikt de rechtseconomie criteria aan die toelaten te beoordelen of harmonisatie van rechtsregels in de Europese Unie wenselijk is ¹⁹. Er is een nauwe band tussen 'comparative Law and Economics' en de neo-institutionele economie, aangezien de laatste zich eveneens bezighoudt met de vergelijking van instituties.

Een eveneens recente ontwikkeling is de aandacht binnen de rechtseconomie voor het bestaan van stelsels van sociale normen, die naast of in plaats van juridische normen menselijk gedrag beïnvloeden en waarvan het ontstaan zelf economisch kan worden verklaard ²⁰.

Uitdaging: evaluatie van regels

Wat moet er gebeuren om de rechtseconomie in Europa en met name in Nederland verder te ontwikkelen? In de eerste plaats is er een grote behoefte aan empirische studies, vooral naar de effecten van wetten. Vanuit de rechtseconomie wordt vaak kritiek geuit op voorstellen van wet die onvoldoende oog hebben voor de te verwachten negatieve economische gevolgen. Een recent voorbeeld is het (ondertussen ingetrokken) wetsvoorstel dat een risico-aansprakelijkheid van automobilisten wilde invoeren, zulks ongeacht de schuld van fietsers en voetgangers. De te verwachten effecten van uiteenlopende aansprakelijkheidsregels op de verkeersveiligheid (aantal en ernst van ongevallen) zijn voorwerp van uitgebreid, ook speltheoretisch, rechtseconomisch onderzoek. Onderzoekers zijn het eens over de (theoretische) conclusie dat risico-aansprakelijkheid zonder medeschuldverweer tot een stijging van de ongevallskosten leidt. Er is in Europese landen (in tegenstelling tot de VS) echter nauwelijks empirisch onderzoek met betrekking tot de preventieve werking van aansprakelijkheidsregels voorhanden. De onbeantwoorde onderzoeksvraag is of het in de theoretische literatuur aangegeven effect empirisch kan worden bevestigd ²¹. Gegeven de uiteenlopende aansprakelijkheidsregimes in een aantal Europese landen (Groot-Brittannië, Duitsland, Frankrijk, België, Nederland en Zweden) en de beschikbare data over verkeersongevallen moet het mogelijk zijn na te gaan of er een significante correlatie bestaat tussen de aansprakelijkheidsregel en het aantal en de ernst van de verkeersongevallen. Bij dit empirisch onderzoek moeten de effecten van aansprakelijkheidsregels uiteraard worden geïsoleerd van de effecten van andere

preventieve maatregelen inzake verkeersveiligheid (onder meer strafrechtelijke sanctiëring van verkeersovertrèdingen).

Met name op wetgevingsniveau kan de beschikbaarheid van harde data een belangrijke rol spelen bij de acceptatie van rechtseconomische argumenten. Het ligt bij uitstek in de competentie van kwantitatieve economen en econometristen om dergelijke studies te verrichten.

Rechtseconomisch onderzoek wordt tot op heden hoofdzakelijk in de VS verricht. Dit doet de vraag rijzen of resultaten van Amerikaans onderzoek zonder meer kunnen worden overgeplaatst naar de Europese situatie. Met name neo-institutionele economen kunnen zich richten op de vraag in hoeverre op basis van de Amerikaanse situatie ontwikkelde rechtseconomische argumenten ook op de Nederlandse situatie van toepassing zijn. Staat - om een voorbeeld te noemen - het contrast tussen het Angelsaksisch en het Rijnlands model een toepassing in Nederland van ideeën uit de economische analyse van het ondernemingsrecht in de weg? De buitenlandse ervaring leert dat juristen zullen volgen, maar dat economen het voortouw dienen te nemen bij het verrichten van genoemde typen van onderzoek

1 Naast *The wealth of nations* schreef Adam Smith ook *Lectures on Jurisprudence*.

2 R.H. Coase, The problem of social cost, *Journal of Law and Economics*, 1960, blz. 1-44.

3 R.H. Coase, The nature of the firm, *Economica*, 1937, blz. 386-405.

4 Het theorema is in de loop der tijden op verschillende wijzen geformuleerd. Zie S.G. Medema, *Ronald H. Coase*, St. Martin's Press, New York, 1994, blz. 82-83 voor een overzicht.

5 G.S. Becker, Crime and punishment: an economic approach, *Journal of Political Economy*, 1968, blz. 169-217.

6 G.S. Becker, *A treatise on the family*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1981.

7 Zie R.A. Posner, The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987, *Harvard Law Review*, 1987, blz. 761-780.

8 R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Little, Brown & Co, Boston, 1973.

9 Zie W.M. Landes en R.A. Posner, The influence of economics on the law: a quantitative study, *Journal of Law and Economics*, 1993, blz. 385-424.

10 Een gemengde inhoud hebben *Journal of Law, Economics and Organisation*, *European Journal of Law and Economics* en de nieuw aangekondigde *American Law and Economics Review*.

11 Zie R.D. Cooter, The objectives of private and public judges, *Public Choice*, 1983, blz. 107-132 en het erna volgende commentaar van P.H. Rubin.

12 G. Calabresi, Some thoughts on risk distribution and the law of torts, *Yale Law Journal*, 1961, blz. 497-553.

13 A.T. Kronman, *The lost lawyer*, The Belknap Press, Cambridge, MA, 1993, blz. 166.

14 Bijv. M. Faure en R. Van den Bergh, Efficiënties van het foutcriterium in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht, *Rechtskundig Weekblad*, 1987-88, blz. 1105-1119.

15 A.I. Ogus, Law-and-economics from the perspective of law. In: P. Newman (red.), *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, Macmillan, Londen, 1998, blz. 487.

16 D.G. Baird, R.H. Gertner en R.C. Picker, *game theory and the law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1994.

17 Bijv. J. ter Heide, *Vrijheid: over de zin van de straf*, Bakker/Daamen, Den Haag, 1965.

18 U. Mattei, *Comparative law and economics*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997.

19 R. Van den Bergh, Subsidiarity as an economic demarcation principle and the emergence of European private law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, blz. 129-152.

20 Zie het themanummer Social norms, social meaning, and the economic analysis of law, *Journal of Legal Studies*, juni 1998, deel 2.

21 Een bijzonder geslaagd overzicht van empirische studies op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht bieden D. Dewees, D. Duff en M. Trebilcock, *Exploring the domain of accident law: taking the facts seriously*, Oxford University Press, 1996.