

# Wees wijs met regels

J.M. Barendrecht en E.E.C. van Damme

Beide auteurs zijn verbonden aan TILEC en daarnaast aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht respectievelijk CentER, Universiteit van Tilburg.  
j.m.barendrecht@uvt.nl

Het eerste REA-advies en het dereguleringsbeleid van het kabinet zijn te eenzijdig gericht op het afschaffen van regels. Niet het aantal regels, maar de transactiekosten moeten afnemen.

Dit voorjaar heeft de Raad van Economische Adviseurs (REA) haar eerste advies aan de Tweede Kamer aangeboden (Tweede Kamer, 2004-2005). Als mogelijke oorzaak van het slechte presteren van de Nederlandse economie wijst de REA op bureaucrativering en overregulering. Volgens de REA pakt het kabinet een van haar kernthema's, het probleem van overregulering, onvoldoende aan (Tweede Kamer, 2002-2003). Omdat alle eerdere dereguleringsoperaties zijn mislukt, wil de REA het probleem bij de wortel aanpakken en de capaciteit van regering en parlement om regels te maken verminderen. Nieuwe regels moeten een beperkte geldingsduur hebben (*sunset clause*), voor ieder nieuw stel regels moet een oude regeling worden afgeschaft en de capaciteit van de regelproducenten moet verminderd worden door ministeries af te schaffen en de verantwoordelijkheid voor deregulering te leggen bij de minister-president.

## Slechte onderbouwing

Het belangrijkste advies van de REA luidt: "Zowel nieuwe als bestaande wet- en regelgeving moeten aan een grondige en systematische kostenbatenanalyse onderworpen worden." Opmerkelijk is dat de REA dit niet op haar eigen advies toepast. Wij vermoeden dat zo'n kba negatief zou uitpakken.

Niet alle regels zijn slecht. Regels kunnen transactiekosten verlagen en de economische efficiëntie verhogen. Het probleem zit hem niet in regels op zich, maar in de mechanismen van productie van regels, de vervanging van regels door betere regels en in het feit dat veel regels niets oplossen, maar problemen doorschuiven. Wij geven een aanzet voor een genuanceerder debat over de kosten en baten van regels.

## Regels zijn regels?

Het uitgangspunt van het REA-advies is dat regels welvaartsverstoring zijn, een uitgangspunt dat ook ten grondslag lijkt te liggen aan veel van de operaties die dit kabinet reeds in gang heeft gezet, zoals 'Administratieve lasten', 'Andere overheid' en 'Bruikbare rechtsorde'. Dit is echter een aanname: het rapport levert geen enkel bewijs dat regels slecht zijn. Tekenend is dat de REA schrijft: "Mancur Olson (1996) heeft laten zien dat lage economische groei in veel gevallen wordt veroorzaakt door 'verkeerd' (dat wil zeggen: bureaucratisch) overheidsbeleid." De door ons benadrukte explicatie van de REA is echter onjuist en misleidend. Olson schrijft namelijk: "The great differences in the wealth of nations are mainly due to differences in the quality of their institutions and economic policies." De kwaliteit van instituties en beleid mag niet verward worden met de hoeveelheid regels.

Regels hebben verschillende functies, die niet altijd goed worden onderscheiden. Ten eerste is een regel een middel om individuele beslissingskosten te minimaliseren. In interactieve situaties gebruiken marktpartijen regels om transactiekosten te verminderen. Regulering is ook nodig om goede marktwerking mogelijk te maken. Overheidsregels combineren beide functies: net als marktpartijen hun eigen processen en transacties standaardiseren met behulp van routines, interne regels en standaardcontracten, benut de overheid schaalvoordelen bij besluitvorming als zij in de markt intervenueert. Zij standaardiseert de beslissingen waarmee zij marktfalen verhelpt.

## Beslissingskosten en foutkosten

Uit empirisch onderzoek blijkt dat mensen al na zes keer een bepaald type beslissing te hebben genomen, routines ontwikkelen (Becker, 2004). Dat past niet goed in de gangbare economische keuzetheorie, die veronderstelt dat het nemen van beslissingen kosteloos is. Het is echter goed te begrijpen met een eenvoudige kostenbatenanalyse op basis van begrensde rationaliteit (Conlisk, 1996). Het steeds opnieuw maximaliseren van het nut leidt tot te hoge beslissingskosten. Om de kosten van transacties te beheersen, gebruiken we beslisregels. Daardoor bereiken we schaalvoordelen bij de besluitvorming. Door één keer informatie te verzamelen en goed over een terugkerend besluitvormingsvraagstuk na te denken, worden de kosten van beslissen en mogelijk ook de kans op beslisfouten verminderd.<sup>1</sup> Goede regels verminderen de kosten van besluitvorming vooral doordat zij de informatiebehoefte van de beslisser terugbrengen. Alleen de informatie die voor de toepassing van de regel relevant is, hoeft nog te worden opgezocht en bekeken. Driekwart van de Nederlanders heeft het gevoel vanwege het grote aantal keuzemogelijkheden door de bomen het bos niet meer te zien (*Brabants Dagblad*, 2005). Beslissingskosten werden en worden onvoldoende in het beleid meegenomen.

Regels maken beslissen eenvoudiger, maar dat heeft een prijs. De informatie die we gebruikten om tot de regel te komen, raakt op de achtergrond. Bovendien veranderen preferenties, komt er nieuwe informatie over risico's en ontstaan nieuwe technische oplossingen. Wie per geval beslist, is flexibel en kan foutkosten beperken, maar de beslissingskosten worden hoger. De kunst is om de som van de besluitvormingskosten en de kosten van fouten in de besluitvorming (gemiste kansen op efficiënte oplossingen)

<sup>1</sup> Zonder regels heeft men onvoldoende tijd voor overwegingen en als tegelijkertijd veel beslissingen genomen moeten worden, is de kans op fouten maken groter.

gen) te minimaliseren (Kaplow, 1992; 2000). De traditionele economische theorie heeft alleen oog voor foutkosten en onderschat bijgevolg het belang van regels. Anderzijds maken regels automatisch beslissen te gemakkelijk. Regels moeten worden aangepast bij verschuiving van preferenties, bij betere informatie of bij nieuwe technologische oplossingen. Een door de REA voorgestelde sunset clause, waarin regels na vijf jaar automatisch verdwijnen, maakt dat we tot een heroverweging worden gedwongen.

### Transactiekosten en marktwerking

In een context van sociale interactie beperken regels de beslissingskosten ook op een indirecte manier. Ze maken het gedrag van anderen meer voorspelbaar en dus het eigen beslissingsprobleem eenvoudiger.<sup>2</sup> Goede regels leiden tot een verschuiving van denken naar doen en verhogen daarom de productiviteit. Tevens verlagen ze de transactiekosten, vooral de onderhandelingskosten en de kosten om naleving van het contract af te dwingen. Een goed stelsel van regels leidt daarmee tot hoge welvaart.

Thomas Hobbes wees er al op dat regels nodig zijn om het maatschappelijk verkeer te ordenen (Hobbes, 1651). Ongeveer 350 jaar later heeft het gevangenendilemma nog niets aan belang ingeboet en schrijft Olson (1996): *“Individual rationality is very far indeed from being sufficient for social rationality”*. Met Brennan en Buchanan (1998) moet men oog hebben voor *the reason of rules*. De les die de speltheorie ons leert, is dat de uitkomsten bepaald worden door de regels van het spel. Het debat moet dus niet gaan over afschaffing van regels, maar over de vraag welke regels de welvaart bevorderen en welke niet. Het gaat niet om deregulering, maar om reregulering (Van Damme, 1998).

### Regels om marktfalen te corrigeren

Markten werken niet vanzelf: *“Without the appropriate institutions, no market economy of any significance is possible”* (Coase, 1992). Echte markten worden ook altijd, in meer of mindere mate, gekarakteriseerd door een of meerdere vormen van marktfalen. Aan de aanbodzijde kan marktmacht een probleem zijn en is structuurhervorming, regulering of mededingingsbeleid nodig om deze te beteugelen. Aan de vraagzijde is begrensde consumentenrationaliteit te verwachten. Opnieuw is goede regelgeving, in de vorm van consumentenondersteuning, essentieel (Van Damme, 2002). Dankzij Coase zijn we ons bewust van het feit dat externaliteiten vooral worden veroorzaakt door ontbrekende markten. Via regelgeving kan de overheid deze creëren. Bij informatieproblemen geldt hetzelfde: regels die het uitbuiten van private informatie onmogelijk maken, of die tot informatieverschaffing dwingen, kunnen tot betere marktwerking en bijbehorende Pareto-verbeteringen dwingen. Hoewel het optreden van marktfalen vaak onvermijdelijk is, kan veelal toch een acceptabele uitkomst bereikt worden door geschikte institutionele vormgeving van de markt. (North & Thomas, 1990; North, 1994; Williamson, 2000).

De REA suggereert dat het ministerie van EZ opgeheven kan worden omdat haar twee kerngebieden, industriebeleid en mededingingsbeleid, nutteloos zijn respectievelijk zijn overgenomen door toezichthouders. Dit laatste is onjuist: de REA overschat de macht van toezichthouders. Zij kunnen wel regels interpreteren en toepassen, maar zij mogen ze niet maken. De REA vergeet bovendien marktordening als kerntaak van dit ministerie. Marktordening is geen sectorale aangelegenheid; les-

sen zijn van de ene context op de andere overdraagbaar en daarmee ook van het ene departement op het andere. Het vooruitzicht dat VWS de fouten van V&W zal herhalen, of kosten gaat maken om besluitvorming over te doen, is niet erg aantrekkelijk.

### Regels, regelgeving en de overheid

Het bovenstaande biedt een kader om de regelproductie door de overheid te beoordelen: welke regels zijn gemotiveerd door welke vorm van marktfalen, of door de wens betere marktwerking mogelijk te maken? De REA stelt deze vraag niet, en laat daarmee een kans om overheidsfalen te beteugelen verloren gaan. Overheidsfalen ontstaat doordat regulering resulteert uit een competitie tussen belangengroepen die, door invloed uit te oefenen op het reguleringsproces, hun inkomen proberen te maximaliseren (Stigler, 1971). De REA wijst terecht op het eigenbelang en de bemiddelende rol van ambtenaren hierbij. De theorie voorspelt dat regulering in het voordeel uitvalt van relatief kleine groepen met individueel grote belangen (zoals producenten) en in het nadeel van relatief grote groepen met individueel kleine belangen (zoals consumenten). Een interessante vraag hierbij is of in het geval van symmetrische groepen de markt wel in staat is haar eigen spelregels te produceren. De ervaringen met *negotiated rule making* zijn tot nu toe niet bemoedigend, vermoedelijk vanwege marktfalen, *in casu* het publiek-goed-karakter van regels.

Een overheid die beslist hoe producenten externe effecten moeten internaliseren, of informatiekorten bij de consument moeten compenseren, zal ook gebruikmaken van schaalvoordelen bij beslissingen. Zij zal niet voor ieder spel op de markt de optimale spelregels bedenken, maar investeert één keer in informatie over de markt en standaardiseert dan de spelregels door met algemenere regels te komen. Daarmee creëert de overheid het risico van iedere gestandaardiseerde besluitvorming, namelijk dat de situatie soms te afwijkend is, of dat de regel wordt achterhaald door nieuwe informatie, maar dit is niet anders dan bij individuele beslissingsregels.

### Externe effecten bij het vormen van regels

Als we beter naar het regelproductieproces van de overheid kijken, valt op dat wettelijke bepalingen vaak helemaal geen regels zijn die zeggen wat burgers wel of niet mogen doen. Ze zijn vooral een oproep aan een andere bestuurslaag of aan de rechter om, bij hun beslissingen, bepaalde belangen mee te wegen (Barendrecht, 1992). De wet creëert daarbij een procedure voor het nemen van beslissingen in individuele gevallen. Door te delegeren minimaliseert de wetgever de eigen beslissingskosten, maar worden lagere overheden en burger met hoge beslissingskosten opgezadeld: zij moeten er zelf maar uitkomen (Barendrecht, 1995). Het schaalvoordeel dat met regels te behalen zou zijn, gaat daarmee verloren. In dit perspectief produceert de overheid eerder te weinig regels dan te veel. Delegatie van beslissingen naar gemeenten, bijvoorbeeld, kan goed zijn als lokale informatie de foutkosten vermindert. Het vermindert echter ook de prikkel om tot beslissingskostenbesparende regels te komen.

Een efficiënte beslisser zal proberen zijn eigen beslissings-

<sup>2</sup> Een andere indirecte manier is dat regels geïmiteerd kunnen worden: als iemand met vergelijkbare preferenties een goede regel gevonden heeft, is het voor mij aantrekkelijk diezelfde regel te volgen.

kosten en foutkosten te minimaliseren. Als de overheid intervineert, komen de beslissingskosten en foutkosten echter voor een belangrijk deel bij de burger terecht. Echte regels (scherpe en eenduidige, inhoudelijke normen) besparen op informatiekosten en verminderen de beslissingskosten van de burger. Zij leiden echter tot fouten in de vorm van onrechtvaardige beslissingen in incidentele gevallen. Een incidentgedreven beleid zal daarentegen te veel gewicht toekennen aan deze fouten en te weinig regels produceren; dit ten laste van de burgers die in de standaard situatie verkeren. Open normen en procedureregels creëren de nodige flexibiliteit, maar vooral ook veel bureaucratie. Goed functionerende regelstelsels combineren daarom scherpe regels met hardheidsclausules, óf open normen die een doelstelling neerzetten met scherpe regels die deze doelstelling voor de meest voorkomende situaties concreet invullen (Barendrecht, 1992). Voor situaties die niet vaak voorkomen is een stelsel van individuele beslissingen meestal beter (Kaplow, 1992). Ingewikkelde procedures met veel beslissers die ieder maar een deelaspect bekijken, zijn bijna altijd verdacht.

De eerdergenoemde programma's 'Andere overheid' (ministerie van Binnenlandse Zaken, 2004) en 'Bruikbare rechtsorde' (ministerie van Justitie, 2004) bevatten projecten waarin dit soort gedachtegoed is te herkennen, maar zij opereren vanuit een algemene wens om bureaucratie te verminderen. Een visie op de aard van het probleem ontbreekt.

### Toekomstige onzekere gebeurtenissen

Om de markt goed te laten werken, moeten de spelregels vooraf bekend zijn. Wie contracten sluit, moet echter rekening houden met onzekere toekomstige omstandigheden, met opportunistisch gedrag van contractpartners en met relatiespecifieke investeringen die bescherming verdienen, omdat zij anders niet zouden worden verricht (Williamson, 1985). In dit perspectief zijn regels vooral beslissingen die nu worden genomen voor een toekomstige situatie. Omdat regels maken ook weer kosten met zich meebrengt en lang niet alles gemakkelijk te voorzien is, zijn de meeste contracten zeer incompleet (Hart, 1995). De efficiënte oplossing is vooraf vaak moeilijk te bepalen en nog lastiger in woorden vast te leggen. Er zal achteraf dus veel te beslissen overblijven.

Problematisch is dat contractpartijen zelf, en zeker een rechter, moeilijk onderscheid kunnen maken tussen opportunistisch gedrag, een terecht verzoek om relatiespecifieke investeringen te beschermen en nieuwe omstandigheden die om een wijziging van de regel vragen. De economische theorie heeft nog geen eenduidig antwoord gevonden op de vraag wat het optimum is tussen investeringen in zo compleet mogelijke contracten en het achteraf uitzoeken van de onduidelijke situatie als het misgaat.

Ook de regels van de overheid moeten vooraf bekend zijn. Ondernemers mogen weliswaar van sommige regels last hebben; ze hebben ook behoefte aan een stabiel kader, want anders wordt er niet voor de lange termijn geïnvesteerd. De sunset clause uit het REA-voorstel oogt goed, maar vergroot de onzekerheid. Een eenvoudige oplossing voor de uitruil tussen stabiliteit en flexibiliteit lijkt niet voor handen. Voor juristen vertaalt dit zich in de eveneens onbeantwoorde vraag hoe rechters regels moeten toepassen en interpreteren (Schwartz & Scott, 2003).

Die onduidelijkheid is mogelijk een van de bronnen van de maatschappelijke onvrede over 'juridisering' of 'claimcultuur'. Onzekerheid over wat er bij de toepassing van regels zal gebeuren, betekent dat partijen gestimuleerd worden om meer te investeren

in het opstellen van regels. Daarmee verminderen ze de kans dat een rechter ervan afwijkt. Het betekent echter ook een prikkel om veel te investeren als er een conflict ontstaat. Die prikkel wordt versterkt door het alles-of-niets-karakter van de meeste rechterlijke beslissingen. Zo ontstaan aanzienlijke juridische kosten voor de maatschappij. Naar deze vorm van transactiekosten is nog geen serieus economisch onderzoek gedaan (Barendrecht, 2003).

### Conclusie

Het uitgangspunt van de REA dat regels slecht zijn is onhoudbaar en haar beleidsaanbeveling regels te schrappen is ondoordacht. Het REA-advies om wetgeving zowel *ex ante* als *ex post* aan een grondige en systematische kba te onderwerpen, is daarentegen wel verdedigbaar. Die kba moet echter niet gebaseerd zijn op de aanname dat regels slecht zijn en meer regels nog slechter. Regulering van de markt is veelal nodig en regels zijn nuttige instrumenten om transactiekosten te verminderen. Bij de productie en toepassing van regels is het echter verleidelijk om transactiekosten naar lagere overheden en burgers te verschuiven. De transactiekosten minimaliseren, daar zou het om moeten gaan. ■

### Maurits Barendrecht en Eric van Damme

#### Literatuur

- Barendrecht, J.M. (1992) Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming. Deventer: Kluwer.
- Barendrecht, J.M. (1995) Een pleidooi voor informatiever recht. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 165-170.
- Barendrecht, J.M. (2003) Bedrijfsmatige juridische dienstverlening en toegang tot het recht: betere regulering is nodig. *Nederlands Juristenblad*, 79, 1848-1859.
- Brabants Dagblad (2005) *U zult kiezen tot u er overspannen bij neerval*. 16 juli.
- Becker, M.C. (2004) The concept of routines twenty years after Nelson and Winter (1982). A review of the literature. *Industrial and Corporate Change*, 4, 643-677.
- Brennan, G & J. Buchanan (1998) *The reason of rules: Constitutional Economy*. Cambridge: Cambridge University Press. Zie ook [www.econlib.org](http://www.econlib.org).
- Coase, R. (1992) The institutional structure of production. *American Economic Review*, 82, 713-719.
- Conlisk, J. (1996) Why bounded rationality? *Journal of Economic Literature*, 34, 669-700.
- Damme, E.E.C. van (1998) Geen deregulering maar herregulering. *ESB*, 16 januari, 33.
- Damme, E.E.C. van (2002) MDW-toezichthouder nodig. *ESB*, 7 juni, 444-446.
- Hart, O. (1995) *Firms, contracts and financial structure*. Oxford: Oxford University Press.
- Hobbes, T. (1651) *Leviathan*, Nederlandse vertaling door W. Krul & B. Tromp (2002). Amsterdam: Boom.
- Kaplow, L. (1992) Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*, 42, 557 e.v.
- Kaplow, L. (2000) 9000 General Characteristics of Rules. In: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*. Edward Elgar.
- North, D.C. & R. Thomas (1990) *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Olson, M. (1996) Big bills left on the table: why some nations are rich and others poor. *Journal of Economic Perspectives*, 10, 3-24.
- Schwartz, A. & E. Scott Robert (2003) Contract theory and the limits of contract law. *Yale Law Journal*, 113, 541 e.v.
- Stigler, G. (1971) The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics*, 2, 3-12.
- Tweede Kamer (2002-2003) *Handelingen*, 76, 4281-4282 (Aflleggen regeringsverklaring kabinet Balkenende II).
- Tweede Kamer (2004-2005), *De wetten en regels die droom en daad verstoren; bureaucratiseren en overregulering*, 30 123, 2.
- Williamson, O. (1985) *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press.
- Williamson, O (2000) The new institutional economics: taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, 38, 595-613.