

Recht en economie

door R. VAN DEN BERGH* en D. HEREMANS**

I. INLEIDING

De verruiming van het gezichtsveld van de economische wetenschap heeft vooral de laatste twee decennia de succesvolle ontwikkeling van nieuwe onderzoeksbenaderingen in de hand gewerkt. Deze situeren zich op het raakvlak van de economie met andere maatschappijwetenschappen. Naast de analyse van de wisselwerking tussen economie en politieke besluitvorming in de zgn. "public choice" benadering, vormt ongetwijfeld de "recht en economie" beweging één van de meest markante ontwikkelingen die zich vanuit de V.S.A. naar Europa voortplant¹.

Het economisch gebeuren vormt traditioneel een belangrijk onderdeel van de maatschappelijke evolutie. Economische inzichten hebben steeds bijgedragen tot een beter inzicht in het politieke, sociale en juridische gebeuren. Nieuw is echter de sterk toegenomen impact van economische benaderingen tot verklaring van het menselijk gedrag (zie Mc. Kenzie en Tullock (1975), en Becker (1974)).

Aan de basis van deze expansiedrang liggen een aantal analytische verdiepingen tegelijk met een beweging naar meer relevantie in de economische wetenschap. Traditioneel lag de klemtoon bij het materiele voorwerp: de studie van produktie- en consumptiebeslissingen. Nu wordt de benadering veralgemeend tot de analyse van het menselijk keuzegedrag en maatschappelijke interacties die het formeel voorwerp vormen van de economische wetenschap.

* Handelshogeschool en Universitaire Instelling Antwerpen

** Centrum voor Economische Studiën, K.U.Leuven.

In het kader van deze evolutie in de omschrijving van het onderzoeksdomein van de economie, dient ook de verruimde belangstelling van de economie voor het recht begrepen te worden. Ze sluit aan bij de definities van de economische wetenschap die niet alleen naar de “ordinary business of life” (Marshall) of naar de studie van economische organisaties (Stigler) verwijzen. In ruimere definities wordt de economie als gedragswetenschap gezien die menselijke keuzes bestudeert. “Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses” (Robbins).

Ook rechtsregels beïnvloeden menselijke keuzes. Rechtsregels fungeren immers als prikkels (“incentieven”) die het menselijk gedrag bepalen. Wanneer men de economie ziet als een gedragswetenschap, wordt de belangstelling van de econoom voor het recht, niet alleen voor de “economische” onderdelen ervan, maar voor het recht in zijn geheel, vanzelfsprekend. Meer algemeen is deze benadering uitgegroeid tot meer relevante wijze van denken over de institutionele complexiteit van de maatschappelijke interacties. De rechtsorde maakt daarvan één van de belangrijkste onderdelen uit.

Op de grondslagen van deze ontwikkeling naar een ruimere belangstelling voor de institutionele context waarbinnen het economisch gebeuren zich afspeelt, zoals deze wordt samengevat door de benaming “nieuwe institutionele economie”, zal eerst in deze bijdrage verder ingegaan worden. In een tweede onderdeel wordt dan stilgestaan bij de mogelijkheden tot introductie van economische analysemethoden op het domein van het recht, die zich vanuit het traditionele domein van het economisch recht hebben doorgezet naar een “nieuwe recht en economie” beweging. Tenslotte wordt gepoogd de implicaties van de zich volop ontwikkelende “recht en economie” literatuur te concretiseren aan de hand van enkele illustraties op een aantal deeldomeinen van het recht.

II. INSTITUTIONELE ECONOMIE

Het opmerkelijke verruimingsproces van het economisch toepassingsdomein werd mede mogelijk gemaakt door een aantal verdiepingen in het economisch denken zelf.

A. *Transactiekostenanalyse als uitgangspunt*

Uitgangspunt daarbij vormde de kritiek op het vaak te abstracte en onrealistische karakter van de economische analyse. De hoge vlucht van de economie als meer positief kwantitatieve wetenschap tijdens de jongste decennia had het gezichtsveld vernauwd en de theorie op zo een niveau van abstractie gebracht, dat heel wat fenomenen uit de economische werkelijkheid er bezwaarlijk konden mee verklaard worden. De economie liet zich vnl. in met technisch gesofisticeerde analyses van de productie- en consumptiebeslissingen. Als dusdanig er te weinig aandacht naar de studie van de transactieactiviteiten en de eraan verbonden problematiek van informatie en maatschappelijke interacties².

Opmerkelijk was dat de maatschappelijk institutionele context veelal als een exogeen gegeven werd behandeld. In het traditionele economische evenwichtsmodel staan de keuzebeslissingen van consumenten en producenten centraal tot het bereiken van een efficiënte oplossing. De overheid wordt als het ware slechts langs een achterpoort geïntroduceerd in de analyse zonder dat er verder veronderstellingen omtrent het overheidsgedrag gemaakt worden. Het overheidsoptreden wordt gekoppeld aan zgn. falingen in de marktefficiëntie in geval van publieke goederen en externaliteiten, of aan andere marktcorrecties die niet op efficiëntieoverwegingen zijn gestoeld zoals herverdeling en stabilisatie. Het krijgt in de praktijk nochtans heel wat belang toegemeten. Daarbij wordt de overheid kritiekloos geacht per definitie het algemeen belang te dienen en marktfalingen als een *deus ex machina* recht te trekken. Tegen deze simplistische opvattingen omtrent het overheidsgedrag wordt in de public choice theorie gereageerd en een kritische analyse van de overheid ontwikkeld. Tegenover de constructie van het algemeen belang wordt in het licht gesteld hoe de concrete politieke besluitvorming niet ontsnapt aan het nastreven van eigen doeleinden door politici i.v.m. macht en herverkiezing en door de bureaucratie i.v.m. prestige en budgetmaximalisering.

Van het ogenblik dat instellingen, zoals de overheid, niet langer als een exogeen gegeven worden beschouwd, is meteen de aanzet gegeven voor de ontwikkeling van een ruimere endogene economische analyse van de instellingen. Het is de aanloop geworden voor een nieuwe institutionele economie, waarbij gepoogd wordt via de economische analyse te komen tot een beter inzicht in het ontstaan, de evolutie en de functionering van instellingen.

Centraal staat daarbij het zgn. transactionele paradigma. T.o.v. de vroegere technische studie van individuele consumptie- en produktiebeslissingen wordt de economie nu opgevat als de studie van transacties die de kern uitmaken van de maatschappelijke interacties. Hieronder worden begrepen de vaak impliciete externaliteiten verbonden aan afzonderlijke individuele gedragingen, evenals de expliciete interacties tussen meerdere partijen in de vorm van ruiltransacties en contractuele overeenkomsten. De externaliteiten verwijzen naar effecten van handelingen van individuen op andere individuen en worden daarom ook vaak derde partij effecten of overzijpelingseffecten genoemd. De welvaart in onze moderne economieën gekenmerkt door specialisatie en arbeidsverdeling is steeds meer gaan berusten op dergelijke interdependenties. In tegenstelling tot de verwaarlozing in de traditionele analyse zijn maatschappelijke interacties en transacties niet kosteloos, maar sloppen heel wat produktiemiddelen in de economie op i. v. m. investeringen in communicatie en informatie. Bovendien worden in de traditionele economische theorie de individuen verondersteld het maatschappelijk spel te spelen volgens vaste regels waaraan zij zich houden. In de realiteit dient echter eveneens rekening gehouden te worden met opportunistische gedragingen, die soms gekwalificeerd worden als individu-specifieke transactiekosten³. Transactiekosten bestaan dan niet zozeer in fysieke transport- en communicatiekosten, maar veeleer in zoek- en informatiekosten, in onderhandelings- en beslissingskosten, in kosten van toezicht, controle en afdwingbaarheid (zie Dahlman (1979) en Williamson (1975)).

Het is precies omwille van dergelijke kosten m.b.t. transacties en informatie dat allerlei vormen van institutionele organisatie van deze interacties zijn ontstaan. Institutionele organisatievormen evenals overheidsoptreden vervullen in die optiek een economische functie in het besparen op transactie- en informatiekosten. De transactiekostenbenadering analyseert precies *“the economizing properties of alternative institutional modes for organizing transactions”* (Williamson (1979)).

B. Toepassing op de rechtsorde en andere domeinen

De institutionele economie gebaseerd op de introductie van transactiekosten in het neo-klassieke algemene evenwichtsmodel heeft aldus de grondslagen gelegd voor een analyse van de organisatie van de economische activiteit tussen markt, overheid en andere instellingen.

Het heeft verdere toepassingen gevonden en tot vernieuwende inzichten geleid op een aantal deeldomeinen, waaronder ook het recht.

In de theorie van de onderneming en de industriële organisatie heeft de benadering van instellingen en hiërarchieën als alternatieven voor de markt tal van nieuwe inzichten meegebracht. Overigens heeft de institutionele economie zelf in belangrijke mate haar ontwikkeling te danken aan het onderzoek bij de interne organisatie van productie-eenheden naar de rol van instellingen bij het structureren van complexe lange termijn relatieverbanden. Daarbij is het inzicht gegroeid dat institutionele organisatievormen in de economie, te weten mededinging in de markt, coöperatie en verticale integratie van ondernemingen, te herleiden zijn tot het afwegen van transactiekosten. Administratieve wijzen van organisatie zijn een alternatief t.o.v. de markt voor het doorvoeren van transacties in het geval van het bestaan van schaalvoordelen i.v.m. transactiekosten (zie Williamson (1981) en Daems (1985)).

De benadering heeft ook geleid tot een nieuwe interpretatie van de rol van individuele beslissingsnemers binnen de onderneming in het kader van de zgn. "agency theory" en tot nieuwe inzichten in de rol van de zgn. "non-profit" organisatie (zie Hansmann (1980)).

De nieuwe institutionele economie heeft ook een vernieuwde belangstelling voor de economische geschiedenis teweeggebracht. Een historisch perspectief is immers aangewezen wil men instellingen en economische organisaties gaan analyseren en begrijpen. Teneinde de evolutie van instellingen te vatten, dient men een geëigende theorie van de economische instellingen te combineren met een gedetailleerde studie van de historische omstandigheden zoals die geboden wordt door de historici (zie North (1984)).

Voorals echter heeft de benadering tot nieuwe inzichten geleid in de problematiek van de economische orde, en meer bepaald de respectievelijke rol van markt en overheid. De transactiekostenanalyse houdt immers een fundamentele kritiek in op de traditionele welvaartseconomie als niet relevant voor de bestaande realiteit gekenmerkt door heel wat informatie- en transactiekosten. Paradoxaal genoeg, zoals R. Coase (1960) overtuigend heeft aangetoond, is er in dergelijke wereld zelfs geen grond voor overheidstussenkomst vermits dan externe effecten volledig kosteloos via marktonderhandelingen zouden weggewerkt worden. Daarentegen is er behoefte aan een realistischere benadering, zowel wat de rol van de markt als deze van de overheid betreft. De beleidsimplicaties uit de traditionele theorie

zijn misleidend, omdat zij berusten op een impliciete vergelijking van een wereld met transactiekosten met een perfecte wereld zonder transactiekosten (zgn. nirwanabenadering). Waar het op aan komt is instellingen, daarbij inbegrepen de overheid, onderling te vergelijken in hun efficiëntie tot het besparen op deze transactiekosten (zgn. comparatieve benadering van instellingen, zie Demsetz (1969)). Overigens worden transactiekosten daarbij zeer ruim opgevat hetgeen tot een ruimer begrip van inefficiënties leidt.

De rechtsorde vormt één van de belangrijkste componenten van de institutionele omgeving waarbinnen transacties en sociale interacties plaatsgrijpen. Het recht vindt in het bijzonder zijn verantwoording in het reduceren van de individu-specifieke transactiekosten. Rechtsregels bestaan omwille van het conflicterend gebruik van schaarse middelen. Rechtsregels zijn het maatschappelijk instrument bij uitstek tot het afdwingen van beperkingen aan de negatieve neveneffecten van individuele gedragingen en het heroriënteren van “advers” gedrag. Aldus wordt binnen de institutionele economie het ontstaan en de evolutie van de rechtsorde als een belangrijke component van de institutionele omgeving wetenschappelijk ontleed⁴.

De institutionele omgeving waarbinnen de economische transacties plaatsgrijpen wordt dan in de economische benadering van het recht verder gepreciseerd in het kader van de zgn. “property rights”. Property rights worden daarbij opgevat niet in de beperkte betekenis van onze eigendomsrechten d.w.z. van zakelijke rechten verwijzend naar de relatie van een persoon tot een zaak. Zij dienen ruimer opgevat als maatschappelijk erkende rechten en beperkingen op individuele gedragingen m.b.t. bundels gebruiksrechten van produktiemiddelen, goederen en diensten. Het specificeren van de “property rights” als gedragsregels vormt dan een voorwaarde tot economische ruiltransacties en een efficiënte allocatie (zie Alchian en Demsetz (1973) evenals Furobotn en Pejovich (1974)). Deze rechten kunnen ontstaan op basis van overheidstussenkomst in de vorm van wetgeving, maar ook langs contractuele overeenkomsten. Aldus wordt ook de basis gelegd voor een economische analyse van het contractenrecht. Aansluitend bij deze verdieping van het economisch gedachtengoed wordt de economie niet alleen maar als de wetenschap van de keuzebeslissingen m.b.t. schaarse middelen gekarakteriseerd, maar tegelijk als de studie van “property rights” m.b.t. schaarse middelen en als studie van contractuele overeenkomsten en transacties in dit verband.

III. DE ECONOMISCHE ANALYSE VAN HET RECHT

A. *Van de oude naar de nieuwe recht en economie*

Het nut van de traditionele economische analyse voor het rechtsvindingsproces ligt voor de hand, vermits deze een beter inzicht biedt in de steeds complexer wordende economische relaties en transacties. Daarnaast is de verruimde economische analyse bijkomende inzichten gaan verstrekken m.b.t. de moeilijkheden die zich steeds scherper aandienen in het rechtsvindingsproces op niet-traditioneel economische domeinen.

Het gebruik maken van verworvenheden uit de economische wetenschap bij de rechtstoepassing is niet volkomen nieuw. Sedert het ontstaan van het “economisch recht” heeft de rechtswetenschap haar deuren voor de econoom geopend. Dit economisch recht vormt een instrument in handen van de overheid voor de realisatie van doelstellingen van economische politiek. Deze rechtstak regelt materies die tot het klassieke onderzoeksdomein van de economie behoren: productie, distributie en consumptie, gericht op het voldoen van materiële en immateriële behoeften. Bij de toepassing van rechtsregels uit de economische sfeer rijzen vaak vragen die samenvallen met het studieobject van deeltakken van de economie. De economisch relevante vraag is daarom niet zo ver verwijderd van de juridisch relevante vraag.

Heel wat rechtsregels verwijzen naar economische doeleinden. De artikelen 85 en 86 van het E.E.G.-Verdrag verbieden kartelafspraken en misbruiken van economische machtspositie wanneer ze een ongunstige invloed hebben op de handel tussen lidstaten. In de uitlegging van het Hof van Justitie gaat het daarbij om de instandhouding van een werkzame mededinging (“workable competition”) op de gemeenschappelijke markt. Bij de verklaring van het mededingingsconcept is de econoom niet meer dan een expert die de jurist helpt in het rechtsvindingsproces. De econoom geeft technische antwoorden op vanuit de toepassing van het recht gestelde vragen. De samenwerking tussen beide disciplines is nuttig en ook nodig omdat het recht economische concepten hanteert.

Zolang de taak van de econoom beperkt blijft tot het geven van een technisch advies is er voor de jurist weinig schokkends aan de hand. De econoom helpt hem alleen bij de oplossing van een (naar het oordeel van de jurist “juridische”) vraag die rijst naar aanleiding

van de toepassing van rechtsregelen die gericht zijn op de realisatie van (ook) in economische termen omschreven doelstellingen. Meer sensatie veroorzaakt de econoom wanneer hij zich uitsprekt over de doeltreffendheid van het economisch recht. Talrijke economische analyses tonen immers aan dat de wetgeving averechts werkt of dat de juridische vlag niet de werkelijke lading dekt. Zo is het huidig verbod van verkoop met verlies of van verkoop met te lage winstmarges, ongeacht de marktpositie van de prijsoneerbieder of de duur van de promotieverkoop, moeilijk met economische argumenten verdedigbaar. Het verbod van artikel 22 Wet Handelspraktijken verdient niet de benaming “concurrentierecht” en biedt, voor zover dat de bedoeling van de wetgever is geweest, geen echte “bescherming” aan kleine detailhandelaren tegen de harde concurrentie van grote distributiebedrijven (De Bondt en Van Herck (1981); zie ook Van den Bergh (1980)). In dergelijke analyse ontdekt de jurist vrij vlug een normatieve ondertoon. In een verweerreactie wordt dan geargumenteed dat rechtsregels niet alleen op basis van economische overwegingen moeten worden opgesteld.

Het verhaal over de “invasie” van de economie op het domein van het recht is niet ten einde. Totnogtoe betrof het alleen rechtsgebieden waarvan de doorsnee jurist zal aanvaarden dat de econoom een nuttige inbreng kan doen in het rechtsvindingsproces. Veel ingrijpender is de rol van de economische wetenschap in wat de “nieuwe recht en economie-beweging” wordt genoemd. Deze beweging is van Angelsaksische oorsprong en staat in die landen bekend als “new law and economics”. In tegenstelling tot de “old law and economics”, die zich alleen bezig houdt met de analyse van rechtsregels uit de economische sfeer, worden in de “new law and economics”-literatuur economisch theoretische modellen toegepast op domeinen die in de ogen van de doorsnee jurist zeker niet tot het onderzoeksgebied van de econoom behoren. “New Law and Economics” houdt zich bezig met contractenrecht, aansprakelijkheidsrecht, procedure en zelfs met familierecht en strafrecht. Begeeft de econoom zich hier op het gereserveerde beroepsterrein van de jurist? Rekening houdend met de geschetste terreinuitbreiding van de economische analyse naar het geheel van het menselijk keuzehandelen en het groeiend inzicht dat ook rechtsregels mede dit keuzegedrag beïnvloeden, is de verruimde belangstelling van de economie voor het rechtssysteem nochtans begrijpbaar.

Overigens dient een onderscheid gemaakt te worden tussen positieve en normatieve analyses. In een *positieve* economische analyse

van het recht worden economische modellen uitgewerkt die het ontstaan en de werking van rechtsregelen verklaren. Een economische analyse van het recht kan ook aangewend worden om de effecten van rechtsregels te bestuderen. Het recht bepaalt immers hoe schaarse middelen met (conflicterende) alternatieve gebruiksmogelijkheden worden toebedeeld. Door toepassing van een kosten- en batenanalyse leert de economische analyse van het recht de ware winnaars en de ware verliezers van rechtsregelen kennen. Zo'n analyse kan ook aantonen dat het recht niet de bedoelde of gewenste effecten bereikt. Dit onderzoek naar de effectiviteit (doeltreffendheid) van rechtsregelen moet worden onderscheiden van het onderzoek naar de efficiëntie van rechtsregelen. Wanneer efficiëntie wordt gezien als een belangrijke maatschappelijke waarde en daarom ook als een nuttig criterium voor regelgevend optreden, krijgt de economische analyse van het recht een normatieve betekenis. De *normatieve* economische analyse van het recht roept bij de doorsnee jurist de meeste reserves op.

B. *Juristen versus economen: de verschillen in benadering*

Met het onderscheid tussen een positieve en een normatieve analyse hebben juristen het vaak moeilijk. Veelal denken zij normatief en hanteren daarbij andere normen dan efficiëntie. In een juridische analyse vormt een transactiekostenanalyse dan geenszins het uitgangspunt. Rechtsregels zijn er veelal niet in de eerste plaats om efficiënte resultaten in de hand te werken, maar voornamelijk ter wille van rechtvaardigheidsoverwegingen. Dit verschillend uitgangspunt leidt tot een uiteenlopende formulering van de relevante vraag, voornamelijk op de domeinen die de jurist niet tot de economische sfeer rekent. Een voorbeeld kan dit illustreren. Een jurist die zich met het aansprakelijkheidsrecht bezighoudt denkt in termen van compensatie van de door het slachtoffer geleden schade en hanteert niet de relevant economische concepten, zoals externaliteiten, efficiënte allocatie van de prikkels (incentieven) om zorg te nemen, efficiënte zorg of “the cheapest cost avoider” (Calabresi). Bij de formulering van de rechtsregel spelen herverdelingsargumenten een belangrijke rol. Ter wille van de “slachtofferbescherming” zal een efficiënte aansprakelijkheidsregel worden afgewezen, wanneer deze tot een “onbillijke” verschuiving van middelen leidt. Andere verschillen tussen recht en economie hebben betrekking op de woordenschat en de werkmethode. Juristen redeneren veelal *ad hoc*; economen hanteren theoretische denkmodel-

len. De jurist kijkt terug naar het verleden; zijn benadering is *ex post*. De econoom denkt toekomstgericht; zijn benadering is *ex ante*. Tenslotte zijn er een aantal “beweerde” verschillen, die tot misverstanden aanleiding geven: zo bijvoorbeeld de onder juristen gangbare mening dat economie alleen maar gaat over “geld” (een misvatting die efficiëntie alvast tot een vies woord maakt) of nog de verkeerde idee dat economen in hun analyse rechtvaardigheidsargumenten zouden verwaarlozen. Een verkeerd begrip van de eigenheid van beide disciplines leidt op het domein van “new law and economics” tot heel wat misvattingen die een vruchtbare samenwerking van juristen en economen kunnen bemoeilijken.

De economische analyse van het recht zet een aantal vastgeroeste juridische classificaties opnieuw op losse schroeven. Fenomenen uit de meest uiteenlopende domeinen van het recht zoals de onrechtmatige daad (burgerlijk recht) en het misdrijf (strafrecht) worden door de econoom in een zelfde analytische categorie ondergebracht. Voor hem gaat het om “externaliteiten”, handelingen gesteld door een bepaald individu die bij een ander individu een verlies veroorzaken dat ongecompenseerd blijft. Externaliteiten impliceren inefficiënties omdat het individu dat de schade veroorzaakt niet de volle kost van zijn handelen in rekening brengt. Een rechtsregel doet niets anders dan kosten en baten over verschillende individuen verdelen en kan zodoende bijdragen tot een oplossing van het externaliteiten-probleem en tot een efficiënte allocatie van schaarse middelen. Juristen zullen dit nogal een “simpele” kijk op het recht vinden, maar zullen toch nog een eind met deze economische benadering meegaan, zolang tenminste de schade moet worden vergoed door diegene die de schade berokkent. Dit laatste is echter niet het uitgangspunt van een economische analyse van het recht en op dit punt scheiden vaak de wegen.

Juristen gaan er in de regel van uit dat hij die schade berokkent gehouden is tot vergoeding van het aangericht verlies. De gevolgen van het handelen worden met de handelende persoon verbonden. Economen bekijken de gevolgen afzonderlijk en beoordelen deze op hun efficiëntie. Het klassieke uitgangspunt voor een goed begrip van de externaliteiten-problematiek, zoals deze in de nieuwe recht en economie-literatuur aan bod komt, is de bijdrage van Ronald Coase over “The Problem of Social Cost”. Coase benadrukt het wederzijdse karakter van de externaliteiten. Schade treedt maar op door de aanwezigheid van zowel de schadeveroorzaker als de schadelijder (het “slachtoffer”). Stellen dat A schade berokkent aan B en dat hij daarom

de schade moet vergoeden, veroorzaakt schade aan A omdat hij in zijn gedragsmogelijkheden wordt beperkt. De werkelijke vraag moet daarom luiden: wie mag schade berokkenen aan wie? Externaliteiten werken in twee richtingen: een mogelijke misallocatie van resources is niet te vereenvoudigen als een bepaalde activiteit die schade berokkent aan een andere, maar is het resultaat van de interactie van twee conflicterende wijzen om schaarse middelen te gebruiken. Een economische analyse maakt duidelijk dat bij de toedeling van rechten een keuze is gemaakt. Wanneer er een conflict rijst met betrekking tot het gebruik van schaarse middelen hakt het recht de knoop door. De economische analyse van het recht illustreert ook hoe het juridische oorzakelijkheidsbegrip niet op economische maar op andere gronden (ethische of rechtvaardigheidsargumenten) steunt.

Het rechtssysteem kan op verschillende wijzen tot de oplossing van het beschreven conflict bijdragen (zie Calabresi en Melamed (1972)). Aan één van beide partijen kan het recht worden toegekend om de schadeberokkenende activiteit geheel of ten dele te doen verbieden. Een andere juridische oplossing luidt dat de schadeberokkenende activiteit slechts mag worden uitgeoefend op voorwaarde dat de aangerichte schade wordt vergoed. De uit deze mogelijkheden gemaakte keuze zal – uiteindelijk – de allocatie van schaarse middelen niet beïnvloeden als het prijsmechanisme werkt. De door het rechtssysteem benadeelde partij heeft dan immers een prikkel om het recht van de tegenpartij “af te kopen”. Zo komen we bij wat bekend staat als het theorema van Coase. Als er geen transactiekosten zijn (“assumption of zero transaction costs”) wordt allocatieve efficiëntie bereikt zonder overheidstussenkomst, zonder rechtsregel. Het doet er niet toe of de externaliteit naar recht al dan niet toegelaten is. De veronderstelling van “zero transaction costs” impliceert dat de partijen elkaar kennen en met elkaar in een coöperatieve geest onderhandelen, dat deze onderhandelingen niets kosten en dat er evenmin kosten zijn om de bereikte overeenkomst te doen naleven. Als aan al deze voorwaarden voldaan is heeft de rechtsregel geen invloed op de efficiëntie: de partijen zullen voldoende prikkels hebben om de gezamenlijke sociale kosten van hun activiteiten te minimaliseren.

Een voorbeeld lijkt aangewezen om het theorema van Coase te verduidelijken. Als het recht vervuiling toelaat zullen de slachtoffers van de vervuiling een prikkel hebben om met de vervuiler te onderhandelen. Zolang de door de slachtoffers verrichte gezamenlijke betalingen om de vervuiling te beperken hoger zijn dan de winsten verloren

door de beperking van de produktie of door de kost van de tot bestrijding van de vervuiling genomen maatregelen, zal de vervuiler zijn winsten doen stijgen door het niveau van vervuiling te beperken. Indien, van de andere kant, het recht de slachtoffers van de vervuiling schadevergoeding toekent, zal de vervuiler het niveau van vervuiling slechts opdrijven zolang de daardoor behaalde winsten het bedrag van de verschuldigde schadevergoeding overschrijden. Bij het nemen van beslissingen inzake de omvang van de produktie zal de vervuiler rekening houden met ofwel de betalingen aan de slachtoffers voor de toegenomen vervuiling, ofwel met de verloren winsten veroorzaakt door het niet beperken van de graad van vervuiling. (Veljanovski (1982, 50). De logica van het theorema steunt dus op de notie van marginale "opportuïteïtskosten".

In de reële wereld bestaan er vaak wel transactiekosten. In dergelijke omstandigheden zal de keuze van de rechtsregel de efficiënte allocatie van schaarse middelen kunnen beïnvloeden. De voor de economische analyse van het recht relevante vraag luidt dan welke rechtsregel de sociale kosten kan minimaliseren. Een efficiënte uitkomst kan worden bereikt wanneer rechtsregels het effect van transactiekosten kunnen wegwerken, b.v. door het reguleren van de informatieverstrekking. Als de transactiekosten prohibitief zijn, en dit geldt bij alle conflicten tussen partijen die niet met elkaar in een contractuele relatie of marktrelatie staan, moet de rechtsregel gezocht worden die efficiëntiebevorderend werkt. Het bestaande recht kan aan deze eis tegemoetkomen. Een positieve economische analyse van het recht biedt dan een verklaring voor rechtsregelen die lange tijd bestaan en algemene erkenning genieten. Het is ook mogelijk dat het bestaande recht inefficiënties creëert. De rechtsregel is in dat geval om andere redenen dan motieven van economische efficiëntie uitgevaardigd, bijvoorbeeld om een herverdeling van middelen door te drukken op grond van rechtvaardigheidsargumenten. Door een korte samenvatting van een aantal rechtsgebieden waarop de economische analyse is toegepast kan het voorafgaande verder worden verduidelijkt.

IV. ECONOMISCHE ANALYSE VAN HET RECHT: ENKELE TOEPASSINGEN

A. Mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is één van de rechtstakken die traditioneel in

sterke mate beroep doet op inzichten uit de economische wetenschap. Het mededingingsconcept zelf vindt immers zijn grondslag in de economie. Bij het rechtsvindingsproces zal men derhalve aangewezen zijn op extra-juridische besluitvormingscriteria die nauw verband houden met de produktiesfeer van de economie. Het ressorteert bijgevolg onder de zgn. "old law and economics" waar van de econoom verwacht wordt de formele implicaties te verduidelijken van rechtsregels die uitdrukkelijk verwijzen naar economische doeleinden.

Naast de ondernemingsvrijheid en herverdeling van economische macht als andere doelstellingen van het mededingingsbeleid schuift de economische analyse resoluut de economische efficiëntie naar voren. Daarbij stelt men als middelen het inwerken op marktstructuren en marktgedragingen voorop. Het verst is de economische inbreng wel doorgedrongen in de meer technische problematiek van het aflijnen van de relevante markt, het bepalen van de marktmacht, en het evalueren van toetredingsbarrières.

Ter illustratie van deze wisselwerking kan verwezen worden naar het concept "workable competition" dat een kernbegrip is uit de industriële economie. Het stamt uit de geschriften van Clark, die ten behoeve van de concurrentiepolitiek een realiseerbaar alternatief wilde uitwerken voor het onrealiseerbare model der volkomen mededinging. In de visie van Clark hebben marktonvolkomenheden niet noodzakelijkerwijze tot gevolg dat de gewenste graad van mededinging niet zou kunnen worden gerealiseerd (Clark (1940)). Deze visie ligt aan de basis van de ontwikkeling van de industriële economie, die marktresultaten analyseert (en voorspelt) in functie van de marktstructuur en het marktgedrag (Bain (1968), Scherer (1980)). Aangezien ook de juristen het concept der "workable competition" hanteren bij de toepassing van het Europees concurrentierecht kunnen de industriële economen hen helpen bij de interpretatie in specifieke probleemsituaties. De econoom kan de jurist bijvoorbeeld informeren over de waarschijnlijke gevolgen van de concentratie op een bepaalde markt ten aanzien van het functioneren van de prijsmededinging. De econoom kan tevens het concept der kruiselingse elasticiteit van de vraag aanreiken als hulpmiddel om de relevante produktmarkt af te bakenen. Bij het onderzoek naar misbruik van economische machtspositie is dit de eerste stap in de besluitvorming⁵.

Waar de meest Westerse markteconomieën kunnen bogen op een operationele concurrentiewetgeving, heeft België terzake een belangrijk achterstand. Vnl. vanuit de economische wetenschap wordt ook

in ons land nochtans reeds lang aangedrongen op het totstandbrengen van dergelijke wetgeving. Er wordt daarbij vooral gewezen op de structurele handicaps in de werking van onze economie, die ontstaan zijn tengevolge van het ontbreken van een dynamisch mededingingsbeleid. De opeenvolgende wetsontwerpen die terzake sinds 1975 zijn neergelegd geworden, getuigen op dat vlak reeds van een zekere samenwerking tussen juristen en economen. Ook binnen de Europese Gemeenschap speelt het communautaire mededingingsrecht een eersrangrol. Het heeft een uitgesproken economisch karakter als onmisbare bijdrage tot de verwezenlijking van de marktintegratie.

Hoewel bij de tenuitvoerlegging van het concurrentiebeleid de klemtoon veelal is komen te liggen op het marktstructuuraspect en de marktconcentratie, is de mededinging een multidimensioneel begrip gebleven. Een aantal nieuwe klemtonen en inzichten die zich recent daaromtrent hebben ontwikkeld, sijpelen geleidelijk ook door in het mededingingsbeleid. T.o.v. de marktconcentratiedoctrine wordt in recente studies de "contesteerbaarheid" van de markt als maatstaf voor de mededingingsgraad naar voren geschoven (zie Baumol, Panzar, Willig (1982)). Hoe minder de markt afgesloten is, hoe eenvoudiger het voor binnendringers is de positie van de gevestigde producenten aan te vechten en hoe scherper de concurrentie zal worden (zie Daems en Douma (1984, 19)). T.o.v. de traditionele statistische optiek is het mededingingsbeleid veeleer een dynamische hefboom van economische vooruitgang geworden. In deze dynamische visie wordt verder ingehaakt op de vernieuwingen in het economisch denken t.g.v. de introductie van de transactiekostenanalyse, die mede het uitgangspunt vormen van de zgn. "new law and economics". Het toepassingsveld van het mededingingsbeleid wordt erdoor beperkt. Vooreerst zijn er aan het wegwerken van afwijkingen t.o.v. de efficiëntienorm ook kosten verbonden. Divergenties t.o.v. de mededinging dienen dan slechts te worden weggewerkt tot op het punt waar de marginale baten ervan gelijk zijn aan de marginale kosten. Verder wijst de nieuwe institutionele benadering van economische organisaties erop dat coöperatie, verticale integratie en andere concentratievormen het gevolg kunnen zijn van schaalvoordelen inzake transactiekosten (zie Demsetz (1982)). Dat de beleidsimplicaties van deze nieuwe economische benadering op dit ogenblik reeds doorsijpelen in het antitrustbeleid in de V.S.A. illustreert de bestendige wisselwerking tussen recht en economie. Hierbij gaat men enigszins inbinden inzake antitrustoptreden, waarbij de aandacht vnl. uitgaat naar acties

tegen horizontale prijsafspraken en tegen fusies van relatief grote ondernemingen in eenzelfde reeds geconcentreerde sector.

B. *Regulering*

In een tijd waarin het modewoord “deregulering” de discussie over zin en onzin van omvangrijke en gedetailleerd wettelijke regelingen domineert, kan de economische analyse van het recht een nuttige bijdrage leveren tot de verklaring en de evaluatie van de regulering van industriële processen. In de welvaartstheorie wordt regulering gezien als een correctie van marktonvolkomenheden. Zo dient het verbod van misbruik van economische machtspositie tot correctie van het welvaartsverlies, dat met monopolie gepaard gaat. Ook de onvolledige of verkeerde informatie van de consument wordt als een marktonvolkomenheid gekwalificeerd. Maatregelen van consumentenbescherming (regulering van reclame, vestigingswetgeving) worden in dit perspectief verklaard en verdedigd.

In tegenstelling tot deze opvattingen, die regulering verklaren als een interventie van de wetgever “in het algemeen belang”, hebben auteurs zoals Stigler (1971), Posner (1974) en Peltzman (1976) geargumenteed dat regulering vaak het gevolg is van het succesvol optreden van belangengroepen. Deze belangengroepen investeren middelen om protectionistische beschermingsmaatregelen te verkrijgen van de overheid en strijken, als ze in hun streven succesvol zijn, belangrijke economische rentes op. Overheidsoptreden in de vorm van beperkingen van de markttoegang (vestigingswetgeving) leidt vaak tot een stevigere bescherming dan de belangengroepen zelf (bijvoorbeeld door kartelafspraken) kunnen realiseren. Deze economische reguleringstheorie biedt een welkome aanvulling van de klassieke welvaartstheorie: ze kan het bestaan van regulering verklaren in de gevallen waarin deze niet op reële welvaartsargumenten kan worden gebaseerd. Ofschoon de economische reguleringstheorie conceptueel een andere basis heeft, is ze verwant aan de door politieke wetenschappers ontwikkelde “capture theory” en aan de boven beschreven “Public Choice-approach”, waarin het gedrag van politici wordt verklaard alsof ze hun eigen nut (stemmen en andere vormen van politieke steun) maximaliseren op een politieke markt voor welvaartsoverdrachten.

De economische reguleringstheorie kan, ofschoon ze van Amerikaanse origine is, een belangrijke bijdrage leveren tot verklaring van

grote onderdelen van het Belgisch economisch recht. De basishypothese van George Stigler luidt dat elk beroep dat politiek voldoende machtig is zal pogen de toegang tot het beroep te controleren. De meest effectieve toegangshindernis is wellicht vestigingswetgeving. In zijn meest doorgedreven vorm vindt men deze terug bij de klassieke vrije beroepen (b.v. geneesheren, advocaten en architecten). De reeds gevestigde beroepsbeoefenaren controleren de opleiding; uitoefening van de beroepsactiviteit is slechts mogelijk mits een inschrijving op een tabel van beroepsbeoefenaren bijgehouden door de "Orde", een uitsluitend uit beroepsbeoefenaren samengesteld orgaan, waaraan publiekrechtelijke bevoegdheden zijn verleend; tenslotte wordt ook de wijze van beroepsuitoefening gecontroleerd (verbod van reclame, regeling van de honoraria). Deze doorgedreven regulering wordt doorgaans verantwoord door kwaliteitsargumenten: de afnemer van de professionele diensten is onvoldoende geïnformeerd over de degelijkheid van de dienstverlener en kan deze slechts beoordelen na op zijn diensten beroep te hebben gedaan. Kwaliteitsargumenten worden ook naar voren geschoven om de vestigingsbesluiten in de sector van de kleine en middelgrote handels- én ambachtsondernemingen te rechtvaardigen. De wetgeving blijft hier echter beperkt tot het opleggen van eisen van kennis van bedrijfsbeheer en beroepskennis, maar omvat geen integrale titel- en beroepsbescherming zoals voor vrije beroepen. Het verschillend politiek gewicht van de onderscheiden groepen is hier wellicht niet vreemd aan.

Recent onderzoek heeft aangetoond dat beperking van de markttoegang voor nieuwkomers geenszins een instrument van kwaliteitsbeveiliging is, maar juist de mogelijkheden van een succesvolle overheids-politiek van kwaliteitsbevordering belemmert. Zeer duidelijk is dit het geval wanneer de regulering niet van toepassing is op diegenen die reeds op de markt zijn wanneer ze wordt uitgevaardigd; op die wijze worden economische rentes gecreëerd voor de gevestigde beroepsbeoefenaren (zie met betrekking tot de sector van handel en ambacht: Van den Bergh (1986)). Als kwaliteitsgarantie voor wat betreft professionele dienstverlening door beoefenaren van een vrij beroep kan de overheid, als ze de nodige informatie heeft, een kwaliteitsniveau garanderen via prijszetting; vestigingswetgeving in combinatie daarmee werkt dysfunctioneel (Graf von der Schulenburg (1986)). In het algemeen is een verlaging van de transactiekosten door middel van regulering die de informatiekosten wegwerkt (verplichte prijs- en kwaliteitsaanduidingen, kwaliteitsclassificaties, toelaatbaar-

heid van vergelijkende warentests) te verkiezen boven vestigingswetgeving. Het bestaan van dit type van regulering is niet als kwaliteitscorrectie verklaarbaar, maar wel als een bewijs van de economische reguleringstheorie.

C. Economie en misdrijf

Misdrijven worden mede verklaard door het bestaan van transactiekosten in de zin van hoge informatie- en toezichtskosten. Volgens de institutioneel-economische benadering vindt het strafrecht zijn specifieke betekenis in het afdwingen via sancties van beperkingen op “advers” opportunistisch gedrag en van de naleving van eigendomsrechten en contractuele overeenkomsten. In deze benadering gaat de aandacht naar tal van vragen zoals: in welke mate kan de afdwingbaarheid van de rechtsorde verzekerd worden via private marktmechanismen, en in hoeverre is overheidsoptreden hier aangewezen; welke vormen van strafbepaling zijn ingeval van overheidsoptreden het doelmatigst; welke keuze dient er gemaakt tussen gevangenisstraf en geldboeten en volgens welke modaliteiten? (zie Becker en Landes (1974) evenals Jenny (1977)).

Terzake vermag de uitbreiding van de economische analyse van het menselijk gedrag tot het niet-marktgedrag een aantal interessante inzichten te bieden in het zgn. illegaal handelen, zonder dat daarbij de bedoeling vooropstaat het strafrechtelijk gedrag volledig op die wijze te verklaren.

Uitgangspunt is dat het individu als een rationeel optimerend wezen zich bij zijn keuzehandelingen – vaak impliciet – laat leiden door een interne afweging van kosten en baten. Concreet impliceert het dat hij bepaalde handelingen tegen de wet in zal stellen, m.a.w. dat hij ook het strafrecht zal overtreden, zolang aan de marge de baten van het onwettig handelen de kosten ervan overtreffen. Bijvoorbeeld zal men er niet voor terugschrikken een parkeerverbod te overtreden wanneer de verwachte opbrengst in de vorm van tijdswinst, het dichterbij de bestemming parkeren, en het besparen op parkeergelden de verwachte kost overtreft. De verwachte kost van het illegaal parkeren is afhankelijk van de hoogte van de parkeerboete, maar ook van de waarschijnlijkheid van verbalisering (de zgn. pakkans). Wanneer de parkeergelden stijgen, de parkeerboetes laag zijn, en de controle verslapt, kan voorspeld worden dat het aantal overtredingen zal stijgen. Uiteraard geldt dergelijke kosten-baten afweging a-fortiori voor de

zgn. witte-boord criminaliteit en de vermogensdelicten.

Het feit dat een deel van de misdrijven niet verlopen volgens dergelijke kosten en batenafweging, m.a.w. irrationeel zijn, doet bij aggregatie over alle individuen geen afbreuk aan de verklaringswaarde van deze hypothese als representatief voor het gemiddeld gedrag. T.o.v. de technisch haalbare hoeveelheid misdrijven in de maatschappij, zal t.g.v. dergelijk impliciet economisch handelen waardoor de maatschappelijke rendabele hoeveelheid bepaald wordt, het werkelijk aantal misdrijven heel wat lager komen te liggen. Verder zullen de misdrijven vooral toenemen op die domeinen waar het verschil tussen kosten en baten het grootst zijn.

De economische benadering leidt tevens tot interessante inzichten bij de preventie en bestrijding van misdrijven. Vanuit economisch standpunt zal het maatschappelijk lonend zijn misdrijven te bestrijden zolang de kost van de bestrijding lager uitvalt aan de marge of gelijk wordt aan de maatschappelijk nadelige effecten van diezelfde misdrijven. Het volledig uitbannen van alle misdrijven zou echter een te massale inzet aan middelen vereisen.

De verwachte straf als kost van de misdaad is zelf het produkt van de zgn. pakkans met de hoogte van de straf. Bij de bestrijding zal de overheid aldus het verhogen van de politionele inzet ter opsporing dienen af te wegen aan het alternatief van het afschrikkingseffect van een verhoging van de strafmaat zelf (zie Polinsky, Shavell (1979)). Om de parkeerovertradingen tegen te gaan zou het in tegenstelling tot de traditionele politiek van meer politieagenten aan te werven aldus maatschappelijk goedkoper kunnen uitvallen de parkeerboetes te verhogen.

Ook de keuze tussen geldboetes, gevangenisstraf en zelfs de doodstraf kan op een analoge wijze het voorwerp vormen van een economische efficiëntieafweging. Vergeleken met de verspilling van maatschappelijke middelen bij gevangenisstraffen krijgen geldboetes die een transfer aan middelen inhouden vaak de voorkeur.

De analyse wijst er ten slotte op dat men bij de bestrijding misschien al te veel oog heeft voor het verhogen van de kosten voor de wetsovertreders door het opvoeren van de verwachte straf. Eenzelfde resultaat zou kunnen verkregen worden door het verlagen van de baten van de misdrijven via allerlei preventieve maatregelen, zoals bijvoorbeeld het voorzien van fietsen van een onuitwisbaar identificatienummer. Het maakt de verkoop van gestolen fietsen moeilijker zodat de winst verkleint en het aantal fietsdiefstallen zal dalen. Bijvoorbeeld kan

fiscale fraude ook teruggedrongen worden door hervormingen van het belastingstelsel.

Volgens de positieve methodologie eigen aan deze economische benadering dienen dergelijke hypothesen uiteraard getoetst te worden aan het feitelijk geobserveerd gedrag. Terzake heeft zich een omvangrijke wetenschappelijke literatuur ontwikkeld, vnl. in de V.S.A., op het domein van de economie van de misdrijven. Tal van bovenstaande economische verklaringshypothesen, zoals bijvoorbeeld het effect van strafverzwaring op het misdaadvolume werden verder onderzocht. Ondanks het feit dat de empirische resultaten niet in alle gevallen convergeren, bevestigt het onderzoek de bruikbaarheid van de economische benaderingswijze.

D. Aansprakelijkheidsrecht

Het aansprakelijkheidsrecht is één van de centrale thema's uit de nieuwe recht en economie-literatuur. Zoals boven reeds werd gesteld, heeft de positieve economische analyse van het recht de ambitie een verklaring te geven van de geldende rechtsregelen. Deze verklaring doet het vaak beter dan het traditionele "geloof" van juristen in rechtvaardigheidsargumenten. "De eerste en belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is slachtoffersbescherming", schrijft Van Oevelen (1986, 25). Dit standpunt is reeds op het eerste gezicht onhoudbaar. De basisregel van ons aansprakelijkheidsrecht luidt: "Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan deze te vergoeden" (artikel 1382 Burgerlijk Wetboek). Aan "slachtoffers" wordt geen schadevergoeding toegekend als de schadeveroorzaker geen fout heeft begaan. Dit foutcriterium is totaal irrelevant als het erom gaat schade te vergoeden. Pas sinds de evolutie naar objectieve aansprakelijkheidsregelen, vaak gecombineerd met verplichte verzekering, wordt de compensatiedoelstelling van het aansprakelijkheidsrecht (in combinatie met bijkomende regulering) overtuigender. Maar ook dan nog is het enkel een geloofwaardigheid op het eerste gezicht. Vaak moeten de slachtoffers een hoge prijs betalen voor hun "bescherming": omwille van de verzekeraarbaarheid wordt aan het bedrag van de verschuldigde schadevergoeding een limiet gesteld (zie verder Faure en Van den Bergh (1986) en (1987)). Als de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht slachtoffersbe-

scherming zou zijn, zou men beter een schadefonds oprichten, gespijsd uit publieke middelen, dat de slachtoffers integraal zou vergoeden.

In vergelijking met de ontoereikende traditionele, juridische, verklaring van het aansprakelijkheidsrecht doet de nieuwe positieve economische analyse van het recht het beter. Aan Calabresi (1970) dankt de rechtseconomie het inzicht dat het aansprakelijkheidsrecht een stel van regelen vormt dat bijdraagt tot een vermindering van de totale kosten van ongevallen. Dit basisinzicht benadrukt de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Deze rechtstak is als "efficiënt" te beschouwen indien de aansprakelijkheidsregels de totale maatschappelijke kosten van ongevallen zo laag mogelijk houden. Tot deze kosten behoren: de door het ongeval veroorzaakte schade (vermenigvuldigd met de probabiliteit dat het ongeval zich in werkelijkheid voordoet) en de kosten van voorzorg, gemaakt om ongevallen te voorkomen. In het economisch model van het aansprakelijkheidsrecht worden deze kosten in een mathematische formule weergegeven (Brown (1973), Landes en Posner (1981)). Zowel de schadeomvang als de kosten van voorzorg worden beïnvloed door het niveau van zorg van de bij het ongeval betrokken partijen: de schadeverwekker en eventueel ook het slachtoffer. Het aanwenden van een optimaal niveau van zorg leidt daarom tot een minimalisering van de maatschappelijke kosten van ongevallen. Het nemen van zorg is efficiënt zolang de additionele kosten van voorzorg lager zijn dan (of gelijk zijn aan) de toename van de door het ongeval veroorzaakte schade. De efficiënte zorg moet dus in marginale termen worden omschreven. Voor zover het aansprakelijkheidsrecht aan mogelijke schadeveroorzakers prikkels geeft om optimale zorg aan te wenden, zal het recht een bijdrage kunnen leveren om inefficiënte ongevallen te vermijden.

Het in de nieuwe recht en economie-literatuur ontwikkeld economisch model laat toe het aansprakelijkheidsrecht op zijn efficiëntie te beoordelen. Volgende vragen zijn daarbij relevant: geeft de van toepassing zijnde aansprakelijkheidsregel aan de betrokken individuen of ondernemingen de gepaste prikkels om efficiënte zorg aan te wenden? Leidt het aansprakelijkheidsrecht tot een optimaal activiteitsniveau van schadeberokkenende activiteiten? En welke rechtsregel veroorzaakt de laagste administratieve kosten voor de oplossing van uit ongevalssituaties voortspruitende conflicten? Op de eerste twee vragen wordt hierna verder ingegaan. Met betrekking tot de derde vraag luidt het antwoord van de economische analyse dat er geen duidelijke kostenvoordelen zijn om de ene aansprakelijkheids-

regel (foutaansprakelijkheid) boven de andere (objectieve aansprakelijkheid) te verkiezen.

Met betrekking tot de twee eerste vragen moet een onderscheid gemaakt worden tussen de situatie, waarin het enige probleem erin bestaat de schadeveroorzaker tot efficiënte zorg aan te sporen en de situatie, waarin ook het "slachtoffer" het ongevalsrisico beïnvloedt. In veruit het grootste aantal gevallen zal de laatste situatie deze van de werkelijkheid zijn. Als het enige probleem erin bestaat de schadeveroorzaker aan te sporen tot het aanwenden van efficiënte zorg, zal een stelsel van objectieve aansprakelijkheid economisch efficiënt zijn, op voorwaarde dat het recht aan het slachtoffer een schadevergoeding toekent die aan de reële schade beantwoordt. In dat geval zal de aansprakelijkheid zonder fout de schadeveroorzaker ertoe dwingen alle nadelige gevolgen van zijn handelen in rekening te brengen: de externiliteit wordt volledig geïnternaliseerd. Aangezien de schadeveroorzaker onder een stelsel van objectieve aansprakelijkheid de totale maatschappelijke kosten van ongevallen draagt, zal hij deze kunnen minimaliseren door efficiënte zorg aan te wenden. Ook foutaansprakelijkheid zet aan tot het nemen van efficiënte zorg, op voorwaarde dat het recht de efficiënte zorg als de in de maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid omschrijft. Als het recht dit doet zal de schadeveroorzaker de optimale zorg aanwenden om geen schadevergoeding hoeven te betalen. Als ook het gedrag van het slachtoffer het ongevalsrisico beïnvloedt, blijft foutaansprakelijkheid efficiënt vanuit het oogpunt van de te nemen zorg. Objectieve aansprakelijkheid is dan echter niet langer efficiënt omdat het slachtoffer, aangezien hij steeds zijn totale schade vergoed krijgt, geen prikkel zal hebben om zijn gedragsbepaling aan te passen. Men kan dit probleem onderwerpen door een verweer van "contributory negligence" te voorzien, zoals dat bestaat in de Angelsaksische landen. Dit verweer geeft aan de schadeveroorzaker de mogelijkheid aan de betaling van schadevergoeding te ontsnappen indien hij aantoont dat ook het slachtoffer een fout heeft begaan (Polinsky (1983, 37-49)). Of systemen van gedeelde aansprakelijkheid, zoals die ook in ons recht bestaan, eveneens deze inefficiëntie kunnen corrigeren, wordt in de economische analyse van het recht betwist (Posner (1977, 123), Haddock en Curran (1985)).

In de meeste ongevalsituaties zijn de verwachte ongevalskosten niet alleen afhankelijk van het door de schadeveroorzakers (de "slachtoffers" inbegrepen) aangewende niveau van zorg, maar ook van de omvang waarin de betrokken partijen aan de schadeveroorza-

kende activiteit deelnemen. Wil het aansprakelijkheidsrecht efficiënt zijn, dan moeten ook de prikkels gegeven worden om de schadeveroorzakende activiteit niet zover op te drijven dat een additionele stijging van het activiteitsniveau minder voordelen oplevert dan de toename in verwachte ongevalskosten. Dit is een moeilijke opgave. Het is voor een rechter nagenoeg onbegonnen werk het activiteitsniveau in de foutstandaard te integreren. Daarom heeft objectieve aansprakelijkheid vanuit efficiëntie-overwegingen voordelen als het belangrijker is het activiteitsniveau van de schadeveroorzaker te beperken dan het slachtoffer tot activiteitswijzigingen aan te zetten (Faure en Van den Bergh (1987)).

In de economische analyses van het aansprakelijkheidsrecht, die hierboven werden samengevat, wordt uitgegaan van de risico-neutraliteit van de bij het ongeval betrokken partijen. Het veel verspreide beroep op verzekeringen komt hier roet in het eten gooien. Op volkomen competitieve verzekeringsmarkten kan de afkeer van risico door de verzekeringsmaatschappijen worden weggenomen, zodat de boven gemaakte efficiëntie-analyse haar volledige geldigheid behoudt. Iedereen weet echter dat verzekeringsmarkten niet perfect werken. Van de informatieproblemen, waarvoor de verzekeraar zich geplaatst ziet, heeft vooral "moral hazard" in de nieuwe "recht en economie"-literatuur ruime aandacht gekregen. Wie weet dat verzekeringsdekking voorhanden is, zal ertoe geneigd zijn wat voorzichtigheid te laten varen. Dit kan ertoe leiden dat minder dan de efficiënte zorg wordt aangewend. Verschillende auteurs hebben onderzocht hoe het economisch model wijzigt onder invloed van verzekering (Polinsky (1983), Shavell (1982)). In hetzelfde verband kan recent onderzoek naar een "optimal mix" van aansprakelijkheidsrecht en veiligheidsregulering worden gesitueerd (Skogh (1982), Shavell (1984)). Rechtstreekse regulering van veiligheid, waarvan de naleving wordt afgedwongen door strafsancties, kan immers het "moral hazard"-probleem pogen te ondervangen en kan bijdragen tot een juiste toepassing van de foutstandaard door rechters. In het bestek van deze inleidende kennismaking kan hierop niet verder worden ingegaan.

V. BESLUIT

De recente opmars vnl. in de V.S.A. van de recht en economiebeweging vindt haar oorsprong in de verruimde belangstelling van de eco-

noom voor het rechtssysteem en het toegenomen beroep van de juristen op extra-juridische inzichten in het rechtvindingsproces.

Vanuit de economie bekeken hangt de ontwikkeling ervan samen met zowel een verruiming als verdieping van het economisch gedachtengoed. Als beslissingswetenschap bij uitstek heeft de economie haar gezichtsveld verruimd tot het geheel van het menselijke keuzehandelen, ook als zich dat niet op de markt afspeelt. Tegelijk werd deze evolutie in de hand gewerkt door een aantal analytische verdiepingen, waaronder vnl. de transactiekostenbenadering, die meer relevantie geven aan het economisch denkmodel. Binnen het algemener kader van de nieuwe institutionele economie wordt aldus aan het ontstaan en de evolutie van rechtsregels een fundamenteel economische verklaring gegeven. Het rechtssysteem is dan efficiënt in de zin dat het de transactiekosten verlaagt. Het kan echter ook gebruikt worden om andere doeleinden, zoals herverdeling van middelen na te streven.

Traditioneel bestond er reeds een zekere inbreng van economen op de economische rechtsdomeinen zoals mededingingsrecht, reguleringen van industriële en commerciële processen, belastingrecht enz. De recente opmars van de recht en economiebeweging heeft bijkomende impulsen gegeven aan deze zgn. “old law and economics”, maar vooral de verdere verruiming in de niet-economische sfeer in de hand gewerkt. Tot de “new law and economics” behoort dan ook geheel het rechtssysteem: eigendomsrecht, contractenrecht, onrechtmatige daad, strafrecht, gerechtelijk recht en zelfs personen- en familierecht.

In de positieve analyse van het recht wordt vnl. gezocht naar de verklaring van het ontstaan en de (neven)effecten van rechtsregels. Dit onderzoek naar de effectiviteit (doeltreffendheid) van rechtsregels t.o.v. het beoogde doel moet onderscheiden worden van het onderzoek naar de economische efficiëntie dat in de normatieve economische analyse vooropstaat.

De nieuwe soms verrassende inzichten van de recht en economiebenadering hebben reeds heel wat reacties uitgelokt, zowel van positieve als negatieve aard. Vooral de nieuwe recht-en economiebeweging en de normatieve benadering zijn daarbij soms controversieel gebleken. De controverses kunnen alleen op het wetenschappelijk terrein beslecht worden door verder interdisciplinair onderzoek. Te oordelen naar het toenemend aantal buitenlandse voorbeelden van een vruchtbare wisselwerking, ligt er in België ongetwijfeld nog een

heel braakliggend terrein voor onderzoek op het raakvlak van recht en economie.

NOTEN

1. De "public choice" theorie heeft oorspronkelijk de besluitvormingsprocessen in de collectieve sector tot object. Wars van de geformaliseerde normatieve welvaartstheorie richt zij zich op de positieve methodologische verklaring van de feitelijk geobserveerde publieke besluitvormingsprocessen. De methodologie die gebruikt wordt is die van de economische wetenschap, maar de vragen die gesteld worden maken traditioneel deel uit van de politieke wetenschap. (Zie Buchanan, J.M. (1978)).
2. Een van de eerste critici was Coase, R. (1937). De ideeën werden later opnieuw opgenomen o.m. door Alchian, A. en Demsetz, H. (1972). Ook vroegere bijdragen o.m. van Hayek, F. (1945) werden hierdoor opnieuw actueel.
3. "Opportunism extends the conventional assumption that economic agents are guided by considerations of self-interest to make allowance for strategic behavior. This involves self-interest seeking with guile and has profound implications for choosing between alternative contractual relationships. Opportunistic behavior ... involves making false or empty, that is, self-disbelieved, threats and promises in the expectation that individual advantage will thereby be realised". (Williamson (1975, 26).
4. In dit laatste verband gaat in de public choice theorie in het bijzonder de aandacht naar zgn. constitutionele normen en regels. Gepeild wordt naar de vraag waarom en hoe rationeel handelende vrije individuen zichzelf bepaalde regels opleggen die hun vrijheid beperken en beslissen om bepaalde taken door de overheid te laten verrichten. Uit de analyse volgt de noodzaak om ook de bevoegdheden van de overheden zelf aan extra grondwettelijke regels te binden. (Zie o.m. Frey, B. (1979)).
5. De kruislingse elasticiteit van de vraag werd reeds gebruikt om de markt van de bananen af te bakenen ten aanzien van de ruimere markt van vers fruit, namelijk in de procedure die de Europese kartelautoriteiten hebben gevoerd tegen United Brands, de producent van de bananen tegen dewelke je niet zomaar "banaan" zegt. Arrest van het Hof van Justitie in de zaak 27/76 van 14 februari 1978, Jurisprudentie van het Hof van Justitie, 1978, 275-276.

REFERENTIES

- Alchian, A. en Demsetz, H., 1972, Production, Information Cost and Economic Organisation, *American Economic Review*, 777-795.
- Alchian, A. en Demsetz, H., 1973, The Property Rights Paradigm, *Journal of Economic History*, 33, 16-27.
- Bain, J.G., 1968, *Industrial Organization*, (Wiley, New York).
- Baumol, W., Panzar, J., Willig, R., 1982, *Contestable markets and the theory of industry structure* (Harcourt Brace Jovanovick, New York).
- Becker, G. en Landes, W., 1974, *Essays in the Economics of Crime and Punishment* (New York).
- Becker, G., 1976, *The Economic Approach to Human Behavior*, (University of Chicago Press, Chicago).
- Brown, J. P., 1973, Toward an Economic Theory of Liability, *The Journal of Legal Studies*, 2, 323-349.

- Buchanan, J.M., 1978, *The Economics of Politics* (Institute of Economic Affairs, London).
- Calabresi, G., 1970, *The Costs of Accidents*, (Yale University Press, New Haven).
- Calabresi, G. en Melamed, A.D., 1972, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harvard Law Review*, 85, 1089-1128.
- Clark, J., 1940, Toward a Concept of Workable Competition, *American Economic Review*.
- Coase, R.H., 1960, The Problem of Social Cost, *The Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Coase, R., 1937, The Nature of the Firms, *Economica*, 386-405.
- Daems, H. en Douma, S.W., 1984, *Concurrentie: analyse en strategie* (Kluwer, Deventer-Antwerpen).
- Daems, H., The Economics of hierarchical Organisation, *Tijdschrift voor Economie en Management*, 30, 339-348.
- Dahlman, C., 1979, The Problem of Externality, *Journal of Law and Economics*, 22, 141-162.
- De Bondt, R. en Van Herck, G., 1981, Prijsbeleid en economische efficiëntie, in *Overheidsinterventies. Effectiviteit en efficiëntie*, (Vereniging voor Economie, Leuven), 253-278.
- Demsetz, H., 1969, Information and Efficiency: Another Viewpoint, *Journal of Law and Economics*, 12, 1-22.
- Demsetz, H., 1982, Barriers to Entry, *American Economic Review*, 72, 47-57.
- Faure, M. en Van den Bergh, R., 1986, Limited Strict Liability and Compulsory Insurance under Belgian Law, Working Paper, Handelshogeschool, Antwerpen.
- Faure, M. en Van den Bergh, R., 1987, Negligence, Strict Liability and Direct Regulation of Safety under Belgian Law: An Introductory Economic Analysis, *Geneva Papers on Risk and Insurance* 12, april 1987, ter perse.
- Frey, B., 1979, Economic Policy for Constitutional Contract, *Kyklos*, 32, 307-319.
- Furobotn, E. en Pejovich, S., 1974, *The Economics of Property Rights*, (Ballinger, Cambridge).
- Jenny, F., 1977, La théorie économique du crime: une revue de la littérature, in Rosa, J. en Aftalion, F., *L'économie retrouvée*, (Economica, Paris), 296-325.
- Haddock, D. en Curran, C., 1985, An Economic Theory of Comparative Negligence, *The Journal of Legal Studies*, 14, 49-72.
- Hansmann, H.B., 1980, The Role of Nonprofit Enterprise, *The Yale Law Journal*, 89, 835-901.
- Hayek, F., 1945, The Use of Knowledge in Society, *American Economic Review*, 35, 519-530.
- Landes, W.M. en Posner, R.A., 1981, The Positive Economic Theory of Tort Law, *Georgia Law Review*, 15, 851-924.
- McKenzie, R.B., en Tullock, G., 1975, *The New World of Economics: Exploration into Human Experience*, (R.D. Irwin, Howewood Ill.).
- North, D.C., 1984, Government and the Cost of Exchange in History, *Journal of Economic History*, 44, 255-264.
- Peltzman, S., 1976, Toward a More General Theory of Regulation, *The Journal of Law and Economics*, 19, 211-240.
- Polinsky, A.M. en Shavell, S., 1979, The Optimal Trade-off between the Probability and the Magnitude of Fines, *American Economic Review*, 69, 880-888.
- Polinsky, A.M., 1983, *An Introduction to Law and Economics*, (Little Brown & Co., Boston).
- Posner, R.A., 1977, *Economic Analysis of Law*, (Little Brown & Co., Boston).
- Posner, R.A., 1974, Theories of Economic Regulation, *Bell Journal of Law and Economics*, 5, 335-358.
- Scherer, F.M., 1980, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, (Rand McNally, Chicago).

- Shavell, S., 1982, On Liability and Insurance, *Bell Journal of Economics*, 13, 120-132.
- Shavell, S., 1984, Liability for Harm versus Regulation of Safety, *The Journal of Legal Studies*, 13, 357-374.
- Skogh, G., 1982, Public Insurance and Accident Prevention, *International Review of Law and Economics*, 2, 67-80.
- Stigler, G.J., 1971, The Theory of Economic Regulations, *Bell Journal of Economics*, 2, 3-21.
- Van den Bergh, R., 1980, Over de mededingingsbeperkende werking van de Wet Handelspraktijken of het verhaal van de concurrenten die tegen de concurrentie willen beschermd worden, *Economisch en Sociaal Tijdschrift*, 34, 421-446.
- Van den Bergh, R., 1986, Belgian Public Policy towards the Retailing Trade, in Graf von der Schulenburg, J.-M; en Skogh, G. eds., *Law and Economics and the Economics of Legal Regulation*, (Kluwer Academic Publishers, Dordrecht), 185-205.
- Graf von der Schulenburg, J.-M., 1986, Regulatory Measures to Enforce quality Production of Self-Employed Professionals – A theoretical Study of a Dynamic Market Process, in Graf Von der Schulenburg, J.-M., en Skogh, G. eds., *Law and Economics and the Economics of Legal Regulation*, (Kluwer Academic Publishers, Dordrecht), 133-147.
- Van Oevelen, A., 1986, Enige bedenkingen van een jurist bij de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht, in Van denBergh, R. ed., *Verslagboek Eerste Werkvergadering Recht en Economie*, (Handelshogeschool, Antwerpen).
- Veljanovski, C.G., 1982, *The New-Law-and-Economics. A Research REview*, (Centre for Socio-Legal Studies, Oxford).
- Williamson, O.E., 1979, Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *Journal of Law and Economics*, 22, 223-261.
- Williamson, O.E., 1981, The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes, *Journal of Economic Literature*, 291, 1537-1568.