

## HC 12, 20-03-2019, Rechtseconomie

### Economische analyse van regulering

- **Public** interest benadering: veronderstelt dat marktfalen wordt aangepakt, de overheid heeft altijd het algemeen belang voor ogen.
- **Private** interest benadering: regulering is niet altijd overheidsinterventie die marktfalen aanpakt, maar ook bijvoorbeeld lobbying. Het dient niet altijd het publieke belang maar ook het private belang.

### Public interest benadering

We veronderstellen dat regulering is gericht op het corrigeren van marktfalen:

- Externe effecten
- Collectieve goederen
- Marktmacht
- Informatiegebreken (informatieasymmetrie en begrensde rationaliteit)

### Externe effecten

Kosten van derden die worden veroorzaakt door een activiteit. Zoals milieuvervuiling na productie en gezondheidsschade na roken. Het zijn allemaal bijeffecten. Coase zegt hier dat je dit kan oplossen door onderhandelingen, als de **transactiekosten** maar laag zijn en eigendomsrechten zijn gedefinieerd. Als niet duidelijk is van 'wie' schone lucht is of wat voor regime er is (zoals polluter pays) dan kan je moeilijk onderhandelingen opstarten. Dan hoeft de overheid in principe niks te doen. Partijen kunnen zelf onderhandelen en zo kan het externe effect geïnternaliseerd worden.

Maar vaak zullen er hogere transactiekosten zijn. Is er altijd overheidsinterventie nodig? Niet per se. Je kunt het ook via belastingen **internaliseren**, namelijk via een Pigouviaanse belasting of subsidie. We kunnen ook reguleren of aansprakelijkheidsregels instellen. Dit zal vaak bestaan uit vergunningen. Regulering kan voordat schade kan optreden ervoor zorgen dat er geen activiteit plaatsvindt. Dit wordt via het bestuursrecht of strafrecht gehandhaafd. **Aansprakelijkheidsregels** kunnen in plaats van regulering of in aanvulling daarop. Vandaag gaan we kijken wanneer je naar welke wilt kijken. Belasting is een market-based instrument, maar je kan ook nog denken aan verhandelbare emissierechten.

### Collectieve goederen

Deze worden gekenmerkt door de **non-rivaliteit** (anderen kunnen het ook nog steeds gebruiken) en **non-exclusiviteit** (je kunt niemand uitsluiten). Hoe los je dit marktfalen op? Een mogelijkheid is de subsidiëring van private productie. Het onderliggende probleem is het free-rider probleem. Dat mensen wel profiteren en niet betalen. Daarom leidt het tot marktfalen. Meestal is de consequentie dat de overheid dat dan oplost, omdat zij mensen kan dwingen te betalen. In speciale gevallen kan het door **intellectuele eigendomsrechten**. Ook dit zou je kunnen zien als een market-based instrument.

### Marktmacht

Regulering kan via **mededingingsbeleid** of regulering van **natuurlijke monopolies**. Via mededingingswetgeving kan je voorkomen dat bedrijven misbruik maken van hun marktmacht of dat er door fusies een zodanig grote partij ontstaat dat de concurrentie bedreigd wordt. Ook dan is er een marktfalen. Dit beleid is nodig voor ex ante controle op fusies en overnames en beleid dat kartels en misbruik verbiedt. Een natuurlijk monopolie kan ook juist vereist zijn, namelijk in het geval van grote **schaalvoordelen**. Dan is het beter om één/enkele aanbieders te hebben. Maar op zo'n natuurlijk monopolie moet wel toezicht gehouden worden. Denk aan de gas- of waterindustrie.

### Informatieasymmetrie

Dit betekent dat één partij veel meer weet dan de andere en dat die informatie misbruikt kan worden, zodat het resultaat van marktwerking opnieuw inefficiënt kan zijn. Dat doet zich voor bij verzekeringen en ook bij corporate governance. Binnen grote ondernemingen is de centrale vraag: hoe zit het met de **macht positie** en de onderlinge verhoudingen? Ook tussen die groepen doet zich informatieasymmetrie

voor. Theorieën zijn erop gericht om dit op te lossen. Deze informatieproblemen doen zich ook in grote mate voor in normale markten. Duidelijk in de advocatuur, namelijk tussen de advocaat en zijn cliënt. De cliënt kan de kwaliteit van dienstverlening moeilijk inschatten. Dit noemen we ook wel **ervaringsgoederen**, of **vertrouwensgoederen**. Als je na consumptie nog geen inschatting kan maken van de kwaliteit is het een vertrouwensgoed. Als je in enige mate de kwaliteit kan vaststellen is het een ervaringsgoed. Hier kan zich een moral hazard voordoen. De advocaat heeft meer informatie over de kwaliteit en als er een moreel risicoprobleem is betekent dat dat de advocaat de informatie kan gebruiken (door een hoger tarief bijvoorbeeld). Negatieve selectie kan zich ook voordoen. De consequentie van regulering is dat de kwaliteit van dienstverlening steeds lager wordt, omdat de prijs hetzelfde blijft en er geen prikkel zal zijn voor kwaliteitsverlening.

Dit kunnen we reguleren door **certification** of **licensing**. We zouden eerst kunnen proberen om zo weinig mogelijk te doen. Even kijken of de markt het zelf kan oplossen. Anders moet de overheid wat doen, maar hoe minder hoe beter. Bij een informatieprobleem kunnen we eerst proberen informatie beschikbaar te stellen (algemene regels: een verbod op foute informatie of verplichte openbaarmaking van essentiële informatie over de kwaliteit van een product/dienst). Vaak zal dit niet voldoende zijn, omdat het te complex is. Dan gaan we naar certificering of licensing.

### **Certificering**

Dit gaat minder ver dan vergunningen. Dit betekent dat een groep van advocaten bijvoorbeeld zelf een **kwaliteitssysteem** gaat opzetten. Je laat het dan aan de consument om te kiezen voor een product met/zonder certificaat. Dit is het enige probleem. Als de consument niet slim genoeg is moeten we verder gaan.

### **Licensing**

Dit is een vergunning: bepaalde producten/diensten laat je niet toe. Er geldt een verbod, tenzij je een vergunning hebt. Vanuit concurrentieopzicht is dit veel minder geschikt. Dit zouden we alleen moeten kiezen als de foute keuze wordt gemaakt als je consumenten zelf laat kiezen. Dit discrimineert niet op basis van opleiding of intelligentie in tegenstelling tot certificering. Soms leidt dit zelfs tot **substitutie effecten**, dat is het risico van licensing. Als producten te duur worden gaan consumenten alternatieven zoeken. De conclusie is dat heterogeniteit van consumentenvoorkeuren een belangrijk criterium is in het maken van de keuze tussen certification en licensing. Dit veronderstelt dat de overheid het marktfalen wil oplossen en dit in het algemeen belang doet. We spreken tot nu toe alleen over efficiëntie. Uiteraard kan de overheid ook wegens andere redenen ingrijpen, zoals rechtvaardigheid of non-discriminatie.

### **Private interest benadering**

Dit is iets pessimistischer in vergelijking met regulering. Er is niet één theorie over, maar verschillende die kritisch kijken naar de rol van de overheid in het reguleren van markten. De Chicago School is het meest bekend met een sterk geloof in de **vrije markt**. Een andere belangrijke theorie is die van de Public Choice, politieke economie.

### **Criteria van Olson**

In de sociologie hebben we ook literatuur. Wanneer is het meer waarschijnlijk dat een lobby belangrijk is en dat regulering zo meer het private belang dient dan het publieke belang? De conclusie was dat groepen die succesvol zijn de groepen met lage **transactiekosten** zijn. Zoals de orde van advocaten. Groepen die relatief klein zijn, relatief goed georganiseerd en die een duidelijk doel hebben. Dan heb je lage transactiekosten. Dit zijn de criteria van **Olson**.

### **Theorie van Chicago**

Deze theorie beoogt vooral een economisch model voor regulering op te stellen. Er is een markt met vraag naar regulering en aanbod door de overheid. Als je toetreding moeilijker maakt en hier belemmeringen instelt, kan je concurrentie beperken. Die wettelijke barrières zijn makkelijker als je goed kan lobbyen en weinig transactiekosten hebt. Traditionele belemmeringen zijn bijvoorbeeld een belemmering doordat je zelf heel **efficiënt** kan produceren. Zoals bij een bepaalde kostenstructuur of

een groot netwerk. Hier heb je zelf hard voor moeten werken maar hierdoor heb je wel een betere positie. Een wettelijke belemmering hoef je niet zelf te verdienen maar daar kan je voor lobbyen.

### **Public Choice**

Er wordt gekeken naar hoe rechters stemmen, hoe gedragen politici zich (zij maximaliseren ook hun eigen welvaart, hun eigen nutsfunctie, hun eigen macht vergroten en herkozen worden bijvoorbeeld). De gezamenlijke conclusie is dat lobbying veel geld kost. Soms leidt dit toch tot efficiëntie, maar het grootste inefficiëntieprobleem ligt in het feit dat veel geld verspild wordt aan het verplaatsen van welvaart tussen groepen door lobbying.

### **Private regulering en het oplossen van marktfalen**

Hier valt zelfregulering onder (zoals beroepscodes) maar ook bijvoorbeeld regulering door de industrie, zoals bij energie-efficiëntie. Ook dat kan privaat geregeld worden. Hier valt ook private certificering onder. Private normen en standaarden en ook maatschappelijk verantwoord ondernemen vallen onder private regulering. Soms kan de overheid dit ondersteunen door bijvoorbeeld **geconditioneerde zelfregulering**. Dat de overheid een keurmerk bevestigt bijvoorbeeld. De private sector lost het op, maar de overheid kijkt nog wel naar de voorgestelde oplossing voordat die definitief wordt. Een andere ondersteuning zijn de CAO's. Afspraken tussen werkgevers en werknemers die de overheid goedkeurt.

Criteria voor zelfregulering zijn specifieke kennis, flexibiliteit van zelfregulerende instanties en lagere kosten, bijvoorbeeld door naleving van zelfregulering (Miller). Het hoofdargument is **specifieke kennis**. Kennis over een risico ligt bij private partijen en niet zo zeer bij de overheid. Publieke regulering is vaak een bureaucratisch proces en heel star. Niet flexibel binnen een maand te regelen. Zelfregulering is makkelijker wat dat betreft ook om aan te passen. Nadelen zijn dat je kritisch kan kijken naar deze criteria. Wordt de flexibiliteit wel optimaal benut? En mogelijk zijn niet alle kosten lager.

Andere kritiek die vanuit Public Choice komt is dat zelfregulering beperkte handhavings- en sanctioneringsmogelijkheden kent. Je hebt voornamelijk **disciplinaire sancties**. Het kan ook gaan om een boete, maar dat is zelden het geval. Reputatieschade kan ook substantieel zijn, maar het aantal mogelijkheden blijft beperkt. Vanuit niet-economisch perspectief speelt mee dat de democratische legitimiteit beperkt is. Juist omdat het niet via een officieel proces gaat. Juist omdat het niet algemeen bindend is zijn er ook altijd spelers die zich er niet aan houden, dit zijn de rotte appels. Hierdoor kan het zijn dat je uiteindelijk toch de wetgever nodig hebt.

### **Regulering versus aansprakelijkheidsregels**

Aansprakelijkheidsregels werken indirect via het **preventieve effect** van de claim. Private partijen nemen het initiatief (ze dienen de claim in) en handhaving gaat via het privaatrecht. Regulering wijzigt gedrag rechtstreeks, onafhankelijk van eventuele schade. Regulering zal continu gehandhaafd moeten worden via controle. Handhaving gaat via het bestuursrecht en het strafrecht. Twee vormen van overheidsinterventie om de mogelijke schade te kunnen aanpakken zijn het afwachten van de schade of het voorkomen door regulering.

### **Criteria**

Voor de keuze van regulering via bestuursrecht tegenover aansprakelijkheidsregels via privaatrecht:

- Beschikbare kennis
- Insolventierisico
- Wel/geen dreiging rechtszaak
- Administratieve kosten

### **Beschikbare kennis**

Wie kan informatie hebben over wat de schade zou zijn en wie kan schade voorkomen. Je kijkt naar wie deze benodigde informatie kan verkrijgen tegen de laagste kosten. Vaak zijn dit de private partijen in tegenstelling tot de overheid. Dat pleit voor **aansprakelijkheid**. Hier heb je ook nog de afweging tussen

risico- en schuldaansprakelijkheid. Het is niet altijd zo dat private partijen betere informatie hebben, bijvoorbeeld als de overheid onderzoek moet doen naar bepaalde gifstoffen.

### **Insolventierisico**

Het kan zo zijn dat als er schade is private partijen bij aansprakelijkheid de schade niet volledig kunnen betalen. Denk aan een nucleair ongeval. Dan kan het aansprakelijkheidsrecht niet voldoende prikkels geven. Er komt een underdeterrence. Dit leidt tot een te laag **zorgniveau**. In dat geval werkt regulering beter, maar boetes volstaan niet. Het moet middels non-monetaire sancties. Zoals een verbod of veiligheidsvoorschriften.

### **Wel/geen dreiging rechtszaak**

Het kan zijn dat de schade voor de samenleving groot is, maar verspreid is over heel veel mensen waardoor niemand echt de rechtszaak wil starten. Dit kan je voorkomen door **collectieve claims** toe te laten. Ook kan er geen dreiging zijn door schade aan gemeenschappelijk eigendom of bij een lange periode tussen oorzaak en gevolg.

### **Administratieve kosten**

De kosten van het aansprakelijkheidssysteem zijn publieke uitgaven zoals rechtbanken, rechters, en private kosten zoals **opportunity costs** (tijd die je aan de rechtszaak spendeert) en griffierechten. Regulering leidt tot veel kosten, zoals die van het opstellen en als belangrijkste de handhaving.

### **Conclusie**

Een combinatie is vaak efficiënt. Bijvoorbeeld door Arbowetgeving en dat er bij een ongeval nog altijd wetgeversaansprakelijkheid is. Zelfs als alle criteria naar regulering wijzen is het altijd slim om een aanvullend aansprakelijkheidssysteem te hebben. Handhaving gebeurt lang niet altijd perfect en regulering kan worden beïnvloed door lobbygroepen. Ook dient het niet altijd zuiver het algemeen belang. Daarnaast is regulering niet flexibel en kan het inmiddels verouderd zijn. Maar de maker van deze criteria kende niet de private vormen van regulering.