

# **Rechtseconomie en Gedragswetenschap**

## **Volgens rechter Douglas H. Ginsburg staat 'behavioral law and economics' theoretisch en empirisch zwak en ondermijnt het de individuele vrijheid**

*Een verslag van de Libera!-lezing op 23 april in het Vlaams parlement*

Op maandag 23 april hield rechter Douglas Ginsburg (1st Circuit District of Columbia) een lezing voor Libera! in het Vlaams Parlement. Ginsburg behandelde op een kritische wijze de nieuwe trend op rechtseconomisch vlak, nl. 'behavioral law and economics', die ook op beleidsvlak een belangrijke impact heeft in de Verenigde Staten. Omwille van het feit dat deze trend in Europa nog niet zo bekend is, weiden we hierover wat langer uit dan gewoonlijk in een verslag van een 'Libera!-event'.

In de economische theorie heeft zich sinds een paar decennia een trend ontwikkeld, namelijk 'behavioral economics' ('gedragseconomie'). Het centraal uitgangspunt van deze theorie is dat de assumptie van rationaliteit, zoals aangehouden in de neoklassieke prijsstheorie niet realistisch zou zijn. Mensen beschikken niet over de cognitieve capaciteiten om alle functies te gebruiken die zij nodig hebben om hun welvaart te maximaliseren. In hun keuzes zijn zij onderworpen aan scheeftrekkingen ('bias') en maken zij bijgevolg fouten. 'Behavioral economics' kan bijgevolg omschreven worden als een theorie van fouten.

Herbert Simon was met zijn theorie over 'bounded rationality' een voorloper van 'behavioral economics'. Individuen streven niet, zoals de neoklassieke economie voorhoudt, naar maximalisatie, maar stellen zich tevreden met 'satisficing behavior'. Indien een bepaalde gedragswijze voor een individu bevredigend genoeg is, zal hij/zij niet verder zoeken naar alternatieven om zijn welvaart verder te maximaliseren, waardoor hij/zij in feite veel opportuniteiten verwaarloost die volgens de neoklassieken tot het streefpatroon van een rationeel individu behoren.

In de latere jaren ontwikkelde zich in het economisch onderzoek een cultuur van laboratoriumexperimenten, waaruit bleek dat individuen onderworpen zijn aan talrijke cognitieve 'biases'.

Zo ontwikkelden Kahneman en Tverski de theorie van de 'framing effects'. Individuen maken een verschillende keuze binnen eenzelfde set van alternatieven, wanneer deze set hen voorgesteld wordt in een verschillende context ('frame'). Het bekendste voorbeeld van een 'framing effect' is het zogenaamde 'endowment effect'. Stel dat je aan een individu achtereenvolgens vraagt hoeveel hij/zij wil betalen voor een huis dat hij/zij niet heeft en vervolgens hoeveel hij/zij zal vragen voor de verkoop van hetzelfde huis dat hij/zij wel heeft. Volgens de neoklassieke prijsstheorie moeten de twee bedragen gelijk zijn. Laboratoriumexperimenten tonen constant aan dat het tweede bedrag hoger ligt. Het individu vraagt meer voor de verkoop van een goed dan hij/zij zou willen betalen voor de aankoop van datzelfde goed.

Een andere scheeftrekking ('bias') is de 'optimism bias'. Individuen hebben de neiging om de waarschijnlijkheid van negatieve gebeurtenissen systematisch te onderschatten. Mensen zijn irrationeel optimistisch.

Daaraan gelinkt is er de 'present bias' waarbij mensen systematisch een genoegdoening op korte termijn overwaarderen ten nadele van genoegdoening op middellange en lange termijn. Dat mensen het heden meer waarderen dan de toekomst klopt perfect met de neoklassieke theorie. In de neoklassieke theorie is er dan ook sprake van 'discount', waardoor de actuele nettowaarde van een toekomstige genoegdoening ('net present value') lager ligt naargelang deze genoegdoening verder in de tijd verwijderd ligt. De 'present bias' die uit experimenten blijkt zou aantonen dat deze 'discount' echter irrationeel hoog ligt. De daling van de 'net present value' vertoont de vorm van een hyperbool ('hyperbolic discounting').

In de huidige discussie over de werking van de energiemarkt dook bestendig een andere 'bias' op, namelijk de 'status quo bias'. Ook wanneer consumenten er rationeel belang bij hebben om over te stappen van hun vertrouwde energieleverancier (bv. Electrabel) omdat de prijzen en de voorwaarden bij de concurrenten aantoonbaar beter liggen, zullen zij dit niet meteen doen en blijven ze 'irrationeel' lang zitten bij hun vertrouwde energieleverancier.

Rechter Ginsburg benadrukte dat hij geen enkel bezwaar heeft tegen dergelijke laboratoriumexperimenten waaruit de vermelde 'biases' bleken. Ze zijn een legitiem onderdeel van het economisch onderzoek. De problemen ontstaan wanneer men de resultaten van deze experimenten gebruikt om nieuwe gedragsreguleringen vanwege de overheid te justifiëren. En dit laatste gebeurt de laatste jaren op grote schaal.

De resultaten van 'behavioral economics' werden door een aantal juristen aangegrepen om een nieuwe reguleringstheorie te ontwikkelen, de zogenaamde 'behavioral law and economics'. Volgens deze juristen is door de experimenten van 'behavioral economics' voldoende aangetoond dat het individu 'irrationeel' is en dat het gedrag van het individu ten behoeve van zijn eigen welvaart en eigen voorkeuren ('true preferences') moet bijgestuurd worden via regulering. Deze vorm van bijsturen krijgt het nogal contradictorische epitheton van 'libertarian paternalism' opgeplakt. De regulator kent beter de 'true preferences' van het individu beter dan het individu zelf, en zal dus via regulering de cognitieve scheeftrekkingen van het gedrag bijsturen in de richting van wat het individu zelf wil.

De theorie van 'libertarian paternalism' werd ontwikkeld door Cass Sunstein en Richard Thaler. De eerste werd, dank zij zijn reguleringstheorie, door Obama benoemd tot Administrator van het Office of Information and Regulatory Affairs, een instantie die de regulerende activiteit van de uitvoerende macht controleert.

De regulerende voorstellen vanwege de aanhangers van 'behavioral law and economics' variëren van zeer 'softe' tot zeer doortastende beperkingen van de individuele vrijheid. Zeer 'soft' is bijvoorbeeld het voorstel van Sunstein om in de zelfbedieningsrestaurants van scholen eerst het meeste gezonde voedsel te zetten. Door een dergelijke 'choice architecture' bevordert men de gezondheid van de leerlingen zonder hen een uniform voedingspatroon op te leggen. Minder 'soft' is het voorstel van Sunstein en andere om het suppletieve recht ('default law') te wijzigen. Zo geldt in het Amerikaans arbeidsrecht als suppletieve regel het ontslag 'at will' maar bedrijven kunnen in collectieve arbeidscontracten hiervan afwijken door ontslag allen maar bij bepaalde omstandigheden toe te laten ('termination for cause'). Sunstein stelt voor in de

suppletieve regel 'termination for cause' te voorzien zodat 'termination at will' slechts mogelijk wordt door een expliciete 'opting out'. Meer doortastende voorstellen bestaan erin dat men bepaalde clausules in contracten gewoonweg verbiedt of 'sin taxes' oplegt. Bijvoorbeeld het verbieden van zeer aantrekkelijke financieringsvoorwaarden in leningen in de beginperiode die dan later zwaar betaald worden via meer ongunstige voorwaarden, waardoor gespeculeerd wordt op de 'present bias'. Door producten die zeer smaakvol zijn ('fatty foods') maar slecht zijn voor de gezondheid, zwaar te belasten.

Volgens Ginsburg is de sprong van de experimentele 'behavioral economics' naar de regulerings­theorie van de juristen van 'behavioral law and economics' niet gejustificeerd. Hij wees ondermeer op de volgende zwakheden.

In de eerste plaats is deze regulerings­theorie zwak omdat ze het begrip 'true preferences' noch theoretisch, noch empirisch hard kan maken. Wanneer men beweert te reguleren in functie van de ware voorkeuren van het individu, die tijdelijk verdrukt worden door allerlei 'biases', dan moet men ergens kunnen aantonen op welke wijze men deze ware voorkeuren kan raden of ontdekken. Kan men dit niet, dan komt 'libertarian paternalism' neer op gewoon paternalisme, waarbij één individu zegt beter te weten wat goed is voor een ander individu dan dit individu zelf. De staat behandelt zijn onderdanen dan als een stel onvolwassen kinderen. 'Libertarian paternalism' komt dan dicht te staan bij Karl Marx, wiens geschiedenis­theorie eveneens gebaseerd was op het zeer speculatieve begrip van het 'valse bewustzijn'.

Ten tweede is de regulerings­theorie empirisch zwak omdat 'het bewijs' van de meeste cognitieve 'biases' voortvloeit uit laboratorium­experimenten maar niet wordt ondersteund door empirische gegevens uit het reële marktgebeuren. Ginsburg gaf hierbij het voorbeeld van het zogenaamde 'plastic seduction'-fenomeen, waarbij individuen in experimenten systematisch dat type van kredietkaart kiezen dat hen onmiddellijke gratificaties schenkt boven een kredietkaart die op langere termijn meer voordelig is. Onderzoeken van het reële gedrag van consumenten op de markt tonen echter aan dat 60 % van de consumenten meteen de meest rationele keuze van kredietkaart maakten, terwijl bij de overige 40 % de meeste achteraf switchten om hun fout recht te trekken. De aanhanger van de 'behavioral'-regulerings­theorie houden weinig rekening met het feit dat individuen ook uit hun fouten leren en dat de markt in die zin ook een ontdekkings­proces is waarbij bestendig kennis wordt getoetst en keuzes worden bijgesteld.

Ten slotte had Ginsburg ook kritiek op de 'behavioral' regulerings­theorie omdat zij weinig of geen rekening houdt met de kosten van de voorgestelde interventies. Van een regulerings­theorie mag men verwachten dat ze argumenten genereert waarbij systematisch wordt aangetoond dat de kosten van het marktgedrag, die door de voorgestelde regulering worden vermeden, aantoonbaar hoger zijn dan de kosten, die door de regulering worden veroorzaakt. Is dit niet het geval, dan riskeert de 'behavioral' regulerings­theorie een bron te worden van beleidsfouten ('policy errors') in plaats van een correctie van marktfouten.

Hoe is echter, niettegenstaande deze zowel theoretische als empirische zwakheid, het succes van 'behavioral law and economics' te verklaren? Ginsburg zag hiervoor twee redenen, een van academisch-professionele aard, een van politieke aard.

In de eerste plaats vergt de beoefening van 'law and economics', zoals ontwikkeld door de neoklassieke economen, een vertrouwd zijn met zowel de rechts- als de economische wetenschap. De intellectuele lat ligt hierbij nogal hoog. Om 'behavioral law and economics' te beoefenen kan men zich ontdoen van de discipline van het abstracte kader van de neoklassieke prijstheorie. In plaats ervan komt het gegoochel met de talloze experimenten van de zogenaamde 'gedragseconomen'. Vandaar het grote succes bij de juristen, dat zich uit in een 'boom' van artikelen in juridische tijdschriften.

Op politiek vlak betekende de neoklassieke 'law and economics' over het algemeen een intellectuele ondersteuning van markteconomische oplossingen, deregulering en privatisering. De eerste tegenbeweging werd gelanceerd door de zogenaamde 'critical legal studies', die neerkwam op een nogal wazige 'remake' van de marxistische theorieën over het recht. Door haar radicaal karakter verwierf 'critical legal studies' geen sterke aanhang aan de Amerikaanse universiteiten. Het project van 'behavioral law and economics' daarentegen is veel minder radicaal en staat een interventionisme voor dat op het eerste zicht niet conflicteert met het diep ingebakken respect voor individuele vrijheid in het Amerikaanse rechtssysteem. Het appelleert daarom veel meer aan centrum van het politieke spectrum.

De lezing van rechter Ginsburg is uiterst leerzaam voor de reguleringstheorie en – praktijk in Europa. Enerzijds wordt ook in Europa meer en meer de vraag gesteld naar de kosten en baten van reguleringen via allerlei procedures zoals de RIA ('regulatory impact assessment'). Dit zowel op Europees vlak als op nationaal vlak (voor Vlaanderen zie ondermeer de Dienst Wetsmatiging). Ongetwijfeld zal de 'behavioral law and economics'-benadering ook naar Europa overwaaien en ook hier de discussie losweken in hoeverre de overheid moet overgaan tot 'nudging' (een duwtje geven) om de burger op het juiste pad te brengen. De lezing van rechter Ginsburg was in die zin een uitstekende voorbereiding op dit komende debat.

***Boudewijn Bouckaert***  
***Voorzitter Libera!***  
***Buitengewoon Hoogleraar Universiteit Gent***  
***Vlaams Volksvertegenwoordiger***