

Anmärkningar till den amerikanska teorin om reglering och begränsande ramar

Norbert Reich

*Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP),
Bremen*

I. Till preciseringen av innehållet i begreppet "reglering"

Vår fallstudie (om Federal Trade Commission, FTC) gäller inte statsinterventionismen som sådan utan bara vissa delar. Vi kommer inte att behandla hur en nationell ekonomis överordnade storheter som prisnivå, sysselsättningsläge, handelsbalans och tillväxt blir utsatta för påverkan. Även strukturpolitiken går vi förbi. Begreppet reglering kommer i stället att parallellställas med det i den tyska diskussionen utvecklade begreppet *direkte Mikrosteuerung*, direkt mikrostyrning.¹ Det är fråga om en analys av sådana medvetna statliga aktiviteter som vill förelägga marknadsaktiviteten hos formellt sett autonoma marknadssubjekt vissa bestämda mål att uppfylla.² I och med detta underförstås två ting: 1) Grundtesen om att konkurrensen skall styra marknadsbeteendet ifrågasätts inte principiellt, utan överlagras av reglering endast i sådana fall där den på grund av de nedan analyserade, förelagda målen kolliderar med det politiska systemets krav. 2) De kapitalistiska ekonomiernas ägandestruktur förändras inte. Grundregeln är att de ekonomiska subjekten självständigt beslutar om investeringar, konkurrensbeteendets ramar osv försåvitt inte en reglering ingriper i det enskilda fallet.

Att staten till exempel genom offentliga företag direkt ingriper i det ekonomiska förloppet ifrågasätter inte denna grundregel. En sådan verksamhet förblir trots allt ett - mer eller mindre betydande - undantag och ersätter inte reglering.³

Mikrostyrningen, regleringen, försöker alltså förelägga de autonoma subjektens marknadsbeteende vissa politiskt formade och samtyckta mål. De politiska föreläggandena förändrar vissa enskildheter i konkurrensens sök- och läroprocess men tillfogar inget grundläggande. Vi får en samkörning av konkurrensens handlingsfrihet och de politiska imperativen. Redan detta allmänna konstaterande visar att vi inte har att göra med något motsättningsfritt utan tvärtom ett högst motsättningsfyllt komplex. Man kan inte utgå från att de som föreskrivs ett visst beteende omgående internaliserar detta - i så fall skulle det inte behövas någon statsintervention. Till och med när interventionen utgår från marknadssubjektens intresse av fortlevnad och skydd (s k *economic regulation*, "konkurrensskyddade sektorer")⁴ kan man tänka sig reaktioner från "utomstående" som inte är med i det av staten förvaltade privilegysystemet.

I och med den juridiska regleringen av de ekonomiska och politiska förhållandena blir rätten ett bärande element i denna reglering. Spektret av former för rättslig påverkan är brett - något som vi återkommer till. Formerna blir fler med stigande komplexitet hos regleringsansatsen och kolliderar med andra typer av reglering. De regulativa programmen överlagrar och skär varandra både *horisontellt* och *vertikalt*. *Horisontellt* gäller det att göra politiska områden förenliga och samordna olika anspråk. I ett federalt samhälle som USA⁵ blir de *vertikala* spänningarna särskilt markerade. De politiska systemens olika mål och regleringsmöjligheter kolliderar inte bara med marknadssubjektens fortfarande självklart autonoma handlingsfrihet utan också med centralmaktens kompetensområde (*inter-state commerce*) respektive delstaternas (*police-power*).⁶

För vår undersökning spelar det ingen avgörande roll om de juridiska regleringsmedlen ligger inom ett speciellt rättsligt fält. Vid sina regleringar använder sig interventionsstaten visserligen av den offentliga rätten, *administrative law*, som sitt favoritinstrument, för bara på den vägen kan de officiella kompetensuppgifterna tillämpas med hjälp av *agency jurisdictions*. Men reglering har för länge sedan utbredd sig utanför den statliga byråkratins kärnområde och överlagras nu av en omfattande organisationsverksamhet. Organisationerna kan, oavsett om de

utgår från att skydda egna intressen (*special interest groups*) eller ett "allmänintresse" som angår dem (*public interest groups*),⁷ inom och utom myndigheternas verksamhet påverka de regulativa programmens genomförande.⁸ Om detta sker i privat- eller förvaltningsrättsliga former är en sekundär fråga. Privaträtten "materialiseras"⁹ genom att ställas i regleringens tjänst, medan den offentliga rätten "privatiseras" genom att endels tjäna ett partikulärintresse, endels ett privat förfäktat allmänintresse.¹⁰

II. Marknadsmislyckande som utgångspunkt för reglering

I välfärdsekoniskt hänseende kopplas behovet av reglering till analysen av marknadsmislyckanden, *market failures*.¹¹ Marknad och konkurrens erkänns visserligen som i grunden önskvärda men i vissa fall ineffektiva styrmedel. 1) Vissa varor och tjänster kan på grund av sin påstått "naturliga" monopolkaraktär eller risken för "ruinerande konkurrenskamp" endast i begränsad form utsättas för konkurrens. 2) Fri konkurrens tenderar att inskränka vissa av konkurrensaktivitetens parametrar; "konstlade" monopol, karteller och andra vanställanden kan fränta konkurrensen dess effektivitet. 3) Marknaderna skapar för det tredje vissa sociala kostnader (miljö, konsumtion osv) som genom reglering måste internaliseras.

1. Reglering genom tillåtande av konkurrensbegränsning

En av de historiskt sett första formerna av federal amerikansk reglering består i att på vissa marknader inte tillåta konkurrens, inte alls eller bara delvis. I den amerikanska diskussionen betecknas detta som *economic* eller *old regulation*.¹² I EG och Västtyskland motsvaras detta - kartellrättsligt sett - av de skundantagssektorerna.¹³ En *economic regulation* är normalt branschvis upplagd även om adressaterna har skiftat med tiden. Ofta handlar det om försörjning med vissa centrala varor och tjänster som visserligen inte produceras av staten själv, men som är underställda begränsande ramar i fråga om marknadstillträde (*entry*), investeringar och priser.

Framst i ledet står marknaderna för energi- och transportförsörjning, som delvis tillerkänns en naturlig monopolkaraktär. En obegränsad styrning via konkurrensen kan - enligt den tes som anförs till begränsningens försvar - leda till en regellös

villervalla som yttrar sig i priskrig, sektorsmässiga över- och under-investeringar, otillräcklig försörjning m m, och därmed kolliderar med en "allmännytta".¹⁴ Med tilltagande statsintervention tenderar området för denna ekonomiska reglering att utvidgas - trots att det uppenbarligen strider mot konkurrensprincipen. På bank- och försäkringsområdet¹⁵ är marknadstillträdet begränsat för att, som man säger, skydda investerare och försäkringstagare. Prisfaktorn påverkas på olika sätt. Slutligen hamnar de "fria" yrkena (läkare, advokater osv) i en reglering som normalt framkallas och administreras av dem själva. Vissa former av konkurrensbeteende som prisunderbud och reklam inskränks, och marknadstillträdet begränsas genom yrkesordningar.

Den amerikanska diskussionen har påvisat att det snarare är marknadssubjektens konkreta existensintresse än något abstrakt statsintresse som kräver och genomdriver en ekonomisk reglering.¹⁶ Det statliga maktmonopolet blir alltså ett instrument för att skydda reglerade industrier/yrken från konkurrens. De berörda får tåla visså kontroller om dessa garanterar en lämplig vinstmarginal och förhindrar priskonkurrens.¹⁷ Ekonomisk reglering leder till beteendeanpassning mellan reglerad industri/yrke och reglerande myndighet. De reglerade kan räkna med att en välvillig myndighet (*friendly agency*) förstår dem, att den bedömer den ekonomiska verksamheten ur de berördas och inte ur allmänhetens perspektiv. Rättare sagt omdefinieras intresset av att skydda vissas existens till ett allmänintresse. Detta har skapat en allmänt omfattad teori om *regulatory capture*: de reglerade marknadssubjekten programmerar sin myndighet till att genomföra deras intressen.¹⁸

I USA har olika politiska riktningar därför kommit med förslag om att avskaffa reglering (*deregulation*) för att bryta intresseparallelliteten mellan reglerande myndigheter och reglerade industrier/yrken. De konkurrensgrundade styrmekanismerna återinförs som reaktion på en viss form av regulativt misslyckande vilket lett till den kritiska insikten att reglering, tvärtemot vad ideologin säger, inte tjänar allmänheten utan "privata" intressen. Denna avreglering har en "progressiv" kärna i och med att den försöker bryta ner konkurrensfientliga strukturer. Den utlöser emellertid motaktioner från de beskyddade företagen eller yrkesgrupperna. Frågan måste här lämnas öppen om "allmänintresset" via alternativa styrformer åter kan inta den plats som en gång motiverade regleringarna.

2. Regleringar som kamp mot konkurrensbegränsningar

Om man överlåter åt konkurrensen att styra marknaden måste ett regulativt program se till att den fria konkurrensen inte missbrukas till begränsningar. Karteller, prisöverenskommelser, samarbetsavtal och spärrar som former av privat "förvaltd" konkurrens belastar allmänheten med *inefficiencies* så att den tvingas skydda sig med hjälp av motstyrningsmekanismer. Antitrust- och kartellagarna har övertagit denna funktion om än i olika mått. Man kan därför diskutera huruvida antitrustlagstiftningen bör inordnas under det överordnade begreppet reglering eller ej.¹⁹

Den amerikanska utvecklingen pekar som jag ser det i den förra riktningen. Historiskt sett är parallellen slående mellan de nästan samtidigt utfärdade Interstate Commerce Act (1887), förelöpare till ekonomisk reglering, och Sherman Act (1890) som förebådade antitrustregleringen. Därmed hade man fastställt två regleringsprogram som sedan endast varierats och förfinats. Förstärkningen av antitrustregleringen genom skapandet av FTC år 1914 styrker oss i antagandet att inte heller antitrustlagen är något "självregleringsprogram" som automatiskt uppstår i frånvaro av konkurrensbegränsningar, utan att den måste förvaltas av myndigheter och domstolar som har att väga olika målsättningar mot varandra. Detta blir ännu tydligare i samband med självkontrollen beträffande reklam.

Ekonomiskt likaväl som politiskt har detta regleringsprogram goda legitimationsutsikter. Ekonomiskt sett orsakar exempelvis kartellerna välfärdsförluster i form av högre priser, kontrollkostnader, existensskydd för ineffektiva företag, spärrar för tekniskt framåtskridande osv. Politiskt sett ligger det inbyggt i systemets logik att var och en som deltar i konkurrensen gör detta utan konkurrenshindrande avsikter. Kartellsyndare har mindre förståelse att vänta än miljöförorenare. Det statliga systemet avbördar sig förväntningar om styrning eftersom det kan hänvisa till den enligt förutsättningarna oberoende konkurrensen. Benägenheten i ett sådant regleringsprogram att misslyckas är därför mindre än i komplexa, resultatnriktade regleringsmekanismer. Behovet av rättslig reglering kan inskränkas till ett minimum eftersom det handlar om något som är förbjudet i sig och inte motsäger rättens formella rationalitet. Tillämpningen kan nästan helt överlåtas på myndigheter eller domstolar, vilket leder till ett minskat behov av konsensus. Slutligen är detta slags regulativa program föga branschdiskriminerande.

Dess stötriktning är diffus och gäller varje potentiell konkurrent utan hänsyn till storlek, marknadsaktivitet o dyl, såvida det inte finns "undantagssektorer" som styrs genom ekonomisk reglering. Alternativdiskussionens vågor går emellertid höga kring den moderna kartellrätten. Kriser på enskilda marknader leder ofta till krav på en industripolitisk uppluckring av de kartellrättsliga spärrarna (medgivande av "kriskarteller", "saneringsfusioner" osv) eller på skapandet av större undantagssektorer. Man vill ersätta antitrustregleringen med ekonomisk reglering.

3. Reglering för avlägsnande av resultatmässiga marknadsmisslyckanden ("social reglering")

Den "klassiska" regleringen av marknadsmisslyckanden av nämnt slag har under det senaste decenniet, framför allt under tryck från sextiotalets reformrörelse, överlagrats av en "modern", s k social reglering (*social regulation*).²⁰ Utgångspunkten har här varit att vissa misslyckanden uppstått *trots* funktionsduglig konkurrens eller statligt övervakade marknader. Särskild uppmärksamhet har fästs vid externalitetsproblemen även om diskussionen inte begränsat sig till dem. Hälso-, konsument- och miljöskydd har varit den moderna diskussionens nyckelord. Antitrustreglering och ekonomisk reglering har visat sig "blinda" för vissa sociala och socialpolitiska målsättningar. Dessa måste införas i det ekonomiska systemet utifrån, dvs från det politiska systemet, och anges genom en social reglering. Denna sociala reglering är därför branschoberoende. Den är i motsats till konkurrensstyrningen inte struktur- och beteendeinriktad utan utgår från negativt värderade resultat av marknadsverksamheten. Dessa marknadernas resultatmässiga brister kan förenklat återföras på tre orsaker: *informationsbrist*, *ojämvt* i de berördas förhandlingsposition och skadliga *externeffekter*.²¹ Dessa tre orsaker åtskiljs endast av analytiska skäl – i verkligheten förekommer de ofta sammanblandade. Exempelvis leder bristande jämvikt i förhandlingspositionen, som mellan konkurrerande utbudare och privata konsumenter, till att vissa informationer inte efterfrågas i marknadssystemet och därmed heller inte produceras. Externeffekterna kan undvikas eller åtminstone reduceras genom förstärkta förhandlingspositioner (den s k motmaktstesens). Överhuvud taget står orsaksanalys och avhjälpandemekanismer (*remedies*) i nära samband. Vi kommer att undersöka detta närmare med exempel från området *trade practices*, som informationssystem, köptrygghet och reklam.

Vi sysslar här med vissa delområden av en social reglering med uppgift att eliminera marknadsformer som lett till misslyckade resultat. Därmed kommer vi närmare in på såväl de begränsade ramar som en social reglering ger upphov till, som kravet på avreglering och sökandet efter alternativ. Utifrån vår preliminära kunskap kan man nämligen inte förmoda att de aktiva marknadssubjekten finner sig lika lätt i en social reglering som den klassiska, delvis av dem själv förvaltade regleringen, eller i kartellövervakningen som kunde härledas direkt ur systemets abstrakta logik. En social reglering skapar tvärtom en betydande motstånds- och konfliktpotential. Politiseringen av det ekonomiska systemet blir omedelbart synlig och styrks av erfarenheterna. Kravet på avreglering får därmed nytt innehåll.²³ Även när det ges en ekonomisk grund utifrån *cost-utility*-aspekten innebär det analytiskt sett ett nytt orsaksperspektiv. Marknadsmislyckandet reduceras till en kostnadskalkyl även om det gäller samhälleliga prioriteringar. De korrigerande åtgärderna skall inte fullgöras av det politiska systemet utan av marknaden eller marknadssubjektens kollektiva förnuft (nyckelord: självkontroll). Dessutom är en vitt tillämpad social reglering en permanent störande faktor som i sig stimulerar till sökandet efter alternativ.

III. Politiskt system och social reglering

Även om marknadsmislyckanden i form av informationsbrister, ojämn förhandlingsmakt och externa effekter länge kunnat påvisas, är det först relativt sent som det politiska systemet har reagerat på dem. Detta konstaterande gäller för i stort sett alla utvecklade kapitalistiska samhällen, även om sådant som hälso- skydd inom livsmedels- och läkemedelslagstiftningen eller säkerhetskrav i fråga om farliga produkter och aktiviteter länge har stått på den reglerande statsverksamhetens dagordning. Det nya i utvecklingen består i det med början i USA företagna försöket till omfattande social reglering. Bakom detta finns inom det politiska systemet två orsaker som ömsesidigt betingar varandra: 1) statsfunktionernas utvidgning till följd av moderna socialstatsideologier och 2) framväxten av *public interest groups*.

1. Statsfunktionernas utvidgning

Med sextiotalets skenbara framgångar med att pacificera de ekonomiska kriserna har det politiska systemet hårdare konfronterats med resultatmässiga marknadsmisslyckanden. Tillväxt och välfärd köptes till priset av miljöförstörelse, konsumentövergrepp och ökade risker. För att skaffa sig legitimitet måste staten - i USA den federala - ta itu med dessa mer kvalitativt betingade kriser för att kunna påstå sig vara en socialstat.²³ Ett frisläppt marknadssystem kunde visserligen producera privata varor i stor mängd men inte samtidigt utan yttre påstötningar "offentliga gott" som "livskvalitet" och "medbestämmande".²⁴ En social reglering har att täcka de av marknaden orsakade funktionella bristerna.

Staten producerar handlingsprogram för att kunna göra sitt anspråk gällande. Den förelägger sig samhällspolitiska mål efter vilkas förverkligande den kan mätas. Som exempel väljer vi utvecklingen av det för oss särskilt intressanta konsumentskyddet. Från president Kennedys budskap till nationen 1962 leder en rak väg över de enskilda EG-staternas olika konsumentskyddsprogram till gemenskapens egen programskrivning år 1975.²⁵ Karaktäristiskt för programmen var det allmänna samförståndet kring dem, något som dock i stor utsträckning gick förlorat vid deras genomförande. I samband därmed förbereddes och delvis även godkändes en rad åtgärder som ställde lagstiftning, förvaltning och rättsskipning inför komplicerade uppgifter.

Finavstämningen av denna sociala reglering visar sig vara en utdragen politisk process som ger upphov till olika motsägelser och är föremål för restriktioner som ofta inte begrundats tillräckligt på programplanet.²⁶

2. Public interest groups

Statsfunktionernas utvidgning företas inte "autonomt" av det politiska systemet utan framtingas genom organisationer och koalitioner, som med rätta tror sig för offentligheten framstå inte som företrädare för "särintressen" utan för hittills inte uppmärksammade allmänintressen (*public interest groups*).²⁷ Det uppstår en särskild yrkesgren av "*entrepreneurial politicians*", för att använda ett uttryck av Wilson.²⁸ I USAs politiska system påverkar *public interest groups* lagstiftare och federala myndigheter utifrån; dessa reagerar med en utvidgning av sina mål och befogenheter. Bekant är fallet med Ralph Nader²⁹ och de olika

av honom grundade aktionsgrupperna, som utan att integreras i det politiska maskineriet tvingar det politiska systemet att ta större hänsyn till "allmänintressena" med hjälp av kritisk upplysning, politiskt arbete (*lobbying*) och prejudikatbildande rättegångar.³⁰ Social reglering uppstår därvid som medveten motsats till branschspecifik ekonomisk reglering, med uppgift att skydda särintressen. Det bildas en koalition av *public interest groups* och för dem mottagliga politiska mandatinnehavare, vilka i det amerikanska systemet betecknas som *liberals*. Processen når ett slut på sjuttioalet, när många av aktivisterna efter genomförandet av sin sociala reglering själva övertar ansvarsposter i de olika myndigheter som sköter implementeringen.³¹

Utvecklingstendenserna i EG-staterna kan på grund av det annorlunda inrättade politiska systemet inte likställas - det skulle behövas en i detta sammanhang inte särskilt krävande, speciell forskning. Ett slutnare partimaskineri och byråkratiska traditioner ledde från början till en starkare - på senare tid visserligen avbruten - integration av förespråkare för "allmänintresset".

IV. Rätten i social reglering

Omsättningen av de sociala regleringsprogrammen till handlingsplanet har krävt ett rättsligt instrumentarium. Rättsregleringen blir en komplementär process så snart det politiska systemet vill arbeta bort de upptäckta marknadsmisslyckandena. Detta får konsekvenser på tre plan: 1) rättssystemet får växla från villkors- till målstyrda program, 2) det uppstår problem med hur *public interest groups* skall delta i genomförandet, och 3) instrumenten för social reglering fordrar en tidigare inte känd differentiering.

1. Omställning till målprogram och procedurstyrning

Då social reglering eftersträvar vissa bestämda mål som ren luft, skydd av konsumenter mot övergrepp och skador, säkerhet på arbetsplatsen osv sätts rättsinstrumentet in för att man konkret skall uppnå dessa mål. Rätten blir inte längre den ram inom vilken autonoma marknadssubjekt rör sig - även om detta anspråk på villkorsprogrammering ännu uppträder i exempelvis kartellrätten - utan fungerar som en transmissionsrem som

omsätter politiska handlingsanvisningar i bindande beteendeprocesser.³² Denna process löper på olika handlingsnivåer med egna procedurer för utarbetande av regeluppsättningar.

Lagstiftaren kan föreskriva ett mycket detaljerat målprogram och därmed drastiskt minska spelrummet vid genomförandet. Ett för USAs del gott exempel utgör Clean Air Act från 1970, vilken som central anvisning för luftvården innehåller mycket noggranna tidsföreskrifter om när vissa gränsvärden, som avgasrening på bilar, skulle uppnås.³³ De amerikanska erfarenheterna visar dock även att inte ens detta målprogram kan "verkställas" av vederbörande myndighet med hjälp av lämpliga sanktioner, utan att det på varje nivå av implementeringen finns inbyggda handlingsspelrum och spärrar som fördröjer eller till och med förhindrar den i lag fastställda uppgiftens genomförande.³⁴

I andra sammanhang inskränker sig lagstiftaren ofta till allmänna anvisningar (generalklausuler) vilkas tillämpning följer en "successiv uppdagelse-praxis".³⁵ Genomförande innebär här något mer än "verkställande av lagen", nämligen ett utarbetande av det aldrig fixa och färdiga regleringsprogrammet.³⁶ Ett gott exempel som vi närmare kommer att intressera oss för är affärsederna, vilka (negativt formulerat) inte får vara ohederliga (*unfair*) eller vilseledande (*deceptive*). Under fortgången av den sociala regleringen förvandlas dessa, till en början som enskilda förbud avsedda konditionella program, till omfattande regleringsanspråk, som förtätas till det positiva kravet att på marknaden åstadkomma "hederlighet" (*fairness*) och "sanning" (*truth*) i synnerhet gentemot de slutgiltiga, enskilda konsumenterna. Därmed uppstår en tendens med övergång från enskilda förbud till allmänna beteendeföreskrifter som generellt föreläggs marknaden. Den autonoma konkurrensens spelrum blir med utgångspunkt från enskilda fall anförtrödda det politiska systemet, vilket genom att förbereda adekvata procedurer utarbetar beteendeprocesserna samtidigt som det genomför dem.

2. Medverkan av public interest groups

Om det är rätt att *public interest groups* påverkar det politiska systemet för att åstadkomma social reglering är det enbart följdriktigt att de även tar del i genomförandeprocessen. Detta svarar även mot övergången till uppförande- och målprogram, vilka - i motsats till vad fallet är i ekonomisk och antitrust-reglering - kräver breda processer av konsensusbildning, där vid

sidan av de berörda företagen även företrädare för de aggregerade allmänintressena har del.³⁷

Beroende på vilket regleringsmönster som har valts kan "organisationsmedverkan" från *public interest groups* sida ta sig olika former. Om genomförandet överläts på en myndighet uppkommer den centrala frågan hur organisationerna skall vävas in i denna myndighets process av problemsökning, faktakonstaterande och förverkligande. Den amerikanska förvaltningsprocessrätten har här - i motsats till den västtyska - visat sig utomordentligt flexibel och öppen, just för att undvika faran av *agency capture* (se ovan II). Vid regleringar som är lagmässigt starkare förprogrammerade ser *public interest groups* framför allt till att myndigheterna under de omedelbart berörda företagens tryck inte gör eftergifter och tillåter undanmanövrer. Om utarbetandet av regleringsprogrammet i stor utsträckning delegeras till en myndighet så innebär deras deltagande en viss garanti för att allmänintresset hålls vid liv och förverkligas i varje enskild reglering. Organisationernas rätt till medverkan kan i rättssystemet även förläggas utanför myndigheten. Detta är exempelvis modellen i de tyska organisationernas besvär rätt och i amerikanska *class* eller *public interest actions*. Besvär rätten har inte längre till syfte att åstadkomma individuellt rättsskydd utan att med domstolens hjälp tvinga fram vissa beteenden, vilka svarar mot de i en social reglering uppställda målen. I brist på effektiv motmakt simulerar domstolarna skenprocesser. Rättvisan blir till "neutral skiljedomare" mellan partikulär- (företags-) och allmänintressen.

Mellan de båda skisserade modellerna finns det tänkbara blandformer som starkt påverkas av hur det aktuella rättssystemet är organiserat. Frågan om i vilken grad rättssystemet reagerar på det allestädes närvarande kravet från *public interest groups* om deltagande och klagorätt och hur detta påverkar det - begränsande eller motiverande - blir till ett centralt problem inom processrätten överhuvud. En social reglering får alltså rättsliga följdproblem som kan leda till att man ställer överdrivna krav på rättsväsendet.

3. Apparatus allt fler verkställighetsmedel

Social reglering leder, i egenskap av stelnad förrättsligande-process, till en förfining av apparaten för rättstillämpning. Sanktionsteorins premisser behöver ses över. Skönsmässighet inom myndigheter, förhandlingsprocesser och ekonomiska sti-

mulanssystem ersätter förvaltnings-, civil- och straffrättens olika reformmedel. Nya sanktionsformer som *civil penalties*, vinstuppsugande penningböter, aggregerade skadeståndsanspråk och regler om inlösning oavsett vållande utvecklas under den reglerande finstyrningens förlopp. Rättsgebietets traditionella avknoppningar ger vika för blandsystem som är underställda en *cost-benefit*-kalkyl. Samtidigt återpolitiseras på genomförandeplanet de i social reglering inbyggda konflikterna.

V. Överväganden om de begränsande ramar som social reglering ger upphov till. Utgångspunkter för regulativa misslyckanden

Social reglering med dess omfattande anspråk på att delvis överlagra det ekonomiska systemet med det politiska och rättsliga har under det sena sjuttioalets och det tidiga åttiotalets ekonomiska kris fått sin legitimitet alltmer ifrågasatt. De ekonomiska, politiska och rättsliga ramar för sociala reglering som reformrörelsen trodde sig kunna överse med har under denna tid blivit extra tydliga. Social reglering kämpar överallt för sin funktionsförmåga, ja delvis även för sin överlevnad.

De olika formerna av misslyckande för sociala regleringar (*regulatory failure*) har skilda orsaker och framträdelseformer.³⁹ Vad konflikterna beträffar uppstår ett perspektivproblem: det som för den ena sidan innebär ett misslyckande är för den andra sidan en reduktion av överdrivna förväntningar eller begränsningar. Misslyckandet måste, för att över huvud taget kunna vara användbart som analytisk kategori, mätas med objektivast möjliga mått. Vi ser tre möjligheter att utveckla kriterier för detta: 1) På programplanet kan ett misslyckande sägas föreligga om målen inte alls eller bara delvis omvandlas till rättsformer (det reduktionistiska problemet). 2) Ett andra fall föreligger när ett program visserligen utarbetas till en rättsligt bindande form men de önskade resultaten inte åstadkommes (den "bristande verkställighetens" problem). 3) Ett tredje fall föreligger slutligen om ett genomfört och tillämpat program utlöser motreaktioner som verkar oförenliga med det ekonomiska och politiska systemets andra målsättningar, exempelvis inte håller måttet för en *cost-benefit*-analys.

1. Reduktion

Det reduktionistiska fenomenet åtföljer programmet för social reglering ända från början. De ursprungliga målen överensstämmer inte med de faktiskt åstadkomna lagtexterna. Just pluraliseringen när det gäller procedurer skapar en spegelbild av reformrörelsens egen "urvattning", för vilken social reglering inte är något undantagsområde. Ett ytterlighetsfall föreligger om det inte alls sker eller kan ske någon tillämpning.

Ett exempel som vi utförligt kommer att undersöka gäller FTCs försök att med hjälp av allmänna beteenderegler (*Trade Regulation Rules*) uppnå bestämda resultat som konsumentinformation, ökad köptrygghet och saklig annonsering. Från EG-området är det känt att olika utkast till riktlinjer för konsumentskyddet från EG-kommissionens sida förgäves väntar på att förverkligas. Och om ett program trots allt omstöps i lagnormer så sker detta ofta under avsevärda avvikelser från de ursprungliga målen. Vidsträckta myndighetsbefogenheter krymper samman till begränsade delförordningar.⁴⁰ Denna "reduktionsprocess" kan uppträda på implementeringsprocessens alla nivåer, inom lagstiftning, förordningar, förvaltning och domstolar. I ett federalt samhälle skärps svårigheterna ytterligare av centralorganets oförmåga att dra all makt till sig.

2. Verkställighetsbrister

Även om olika program till slut har förvandlats till konkret tillämpbara (och redan därmed "reducerade") rättsföreskrifter så återstår det att genomdriva dessa hos adressaterna. Inom social reglering uppträder därför ett spänningsfält, som inom miljöskyddet är känt som "bristande verkställighet".⁴¹ De påfordrade beteendeförändringarna uppträder inte alls, försenat eller bara delvis. Inget regelsystem tycks i längden kunna hållas tätt mot strategier som går ut på undanmanövrer.

Verkställighetsproblemen har inom diskussionen om regleringar lett till att man börjat söka efter alternativ till de klassiska sanktionerna. I förgrunden står tanken att ersätta administrativa och till och med straffrättsliga stimulanser med ekonomiska.⁴² Inom miljöskyddet har denna diskussion redan fått konsekvenser. Inrättandet av alternativ betyder nu inte något övergivande av social reglering utan att man bygger in de reglerande åtgärderna i adressatens ekonomiska vinstkalkyl. *Market externalities* skall internaliseras med hjälp av marknadssystemets egen logik.⁴³ Inom konsumentskyddet leder denna diskussion bland

annat till att man ger informationspolitiska åtgärder företräde framför administrativa avtalsformuleringar och reklamregler. Parternas egennytta skall leda till att det önskade resultatet i fråga om marknadsbeteende uppnås till ett minimum av kostnader. Den ekonomiska rättsanalysen har här utarbetat konkreta alternativ som skall möjliggöra ett bättre genomförande av regleringarna – man förlitar sig på *common law* som regulator.⁴⁴ Bytestänkandet skall inte bara behärska marknaden utan också bestämma det politiskt-administrativa systemets verkningssätt. Frågan kvarstår emellertid om man kan komma tillrätta med marknadsmisslyckanden genom hänvändelse till just *marknaden*.

En annan implementeringsmodell använder sig av marknadssubjektens kollektiva "förnuft" för att uppnå de önskade resultaten. Konfrontation ersätts med *kooperation*.⁴⁵ Man går medvetet med på att de statliga instanserna förlorar i autonomi för att uppnå socialt önskade mål. Målkonflikter uppstår framför allt inom området antitrustreglering – det är tveksamt med företagsmedverkan om man vill uppnå vissa politiskt önskade mål genom att begränsa vissa av konkurrensens parametrar.

3. Cost-benefit-problem

Social reglering har slutligen kritiserats för att kostnaderna som den åstadkommer är större än nyttan som den medför.⁴⁶ Denna kritik kan vara empiriskt eller teoretiskt menad. Som empirisk kritik har den närmast gällt ekonomisk reglering. Överförandet till social reglering är förenad med metodiskt sett hittills ej övervunna svårigheter när det gäller att kvantitativt mäta nyttan, varemot det är relativt lätt att aggregera kostnaderna. Nyttan uppstår ofta först på lång sikt eller visar sig i icke mätbara ting som "bättre marknadsresultat" vid konsumentskyddsregleringar, "renare luft" i miljöskyddet eller "mindre skaderisker" när det gäller säkerhetsregleringar.

Mera grundläggande är den teoretiska kritiken vilken – med ursprung i ekonomisk rättsanalys – bestrider att den statliga regleringen har möjlighet och befogenhet att genom tvångs-ingrepp avlägsna marknadsmisslyckanden. Så länge det råder konkurrens sägs marknaden sörja för en permanent självkorrigering. Alltför stora säkerhetsrisker hos produkterna kan avlägsnas genom konsumenternas köpvägran – andra konsumenter är beredda att mot vederbörlig diskontering ta på sig ris-

kerna. På samma sätt avhjälpas även kvalitets- och informationsbrister självständigt via förskjutningar i konsumenternas beslut och motsvarande anpassningsreaktioner från utbudssidan. Regleringen sägs däremot skapa extrakostnader som drabbar även "förnuftiga" konsumenter, sådana som inte behöver skyddet. Den blir ett slags tvångsförsäkring till belastning för de rationellt handlande och till nytta för de lättfärdiga konsumenterna. Reglering åstadkommer därmed en för välfärden *skadlig* resursöverföring.⁴⁷

En stor roll i denna diskussion spelar även idéerna om *moral hazards* och *adverse effects*.⁴⁸ Enligt dessa tankar kan skyddsbestämmelser leda till att de skyddade personerna uppträder lättsinnigt. Det finns inga system som premierar ett överlagt och kritiskt konsumentbeteende. Målet för social reglering skulle därmed vändas till sin motsats. De statliga ingreppen skulle slutligen skärpa olika misslyckanden i stället för att avlägsna dem. Man varnar också för illusionen om att en social reglering inte skulle kosta något. Tvärtom leder den ofrånkomligen till högre priser och en mera ojämn fördelning.⁴⁹

Denna kritik av social reglering utgår dock från bestämda förutfattade meningar om marknaderna och konsumentbeteendet som knappast tål en empirisk prövning. Teorin om marknadsmisslyckanden bygger just på insikten att marknaderna inte bara är utan även måste vara blinda för vissa samhällspolitiska mål. Tesen att marknaden av sig själv skulle kunna avlägsna dessa misslyckanden är därför tautologisk. Frågan måste vara om och i vilken grad en statlig åtgärd verkligen är ägnad att eliminera ett marknadsmisslyckande – i nödfall till kostnaden av högre priser och omfördelningar till nytta för mindre "rationellt" handlande konsumenter. Just detta är det politiska beslut som finns inbyggt i social reglering – *cost-benefit*-kriterier är bara en del av, inte hela beslutsunderlaget.

I den amerikanska diskussionen om regleringars misslyckande har dock *cost-benefit*-argumentet spelat en stor roll. Rättspolitiskt sett blir det ett avgörande instrument vid tillbakaträngandet av de statliga regleringsanspråken.⁵⁰ Dess konkreta konsekvenser kan visas just med utgångspunkt från den reglerande verksamheten hos FTC.

(Övers. Gunnar Sandin)

Noter

- 1 Reich, *Macht und Recht*, 1977, s 125 ff och 138.
- 2 Mitnick, *The Political Economy of Regulation*, 1980, s 291.
- 3 Breyer, *Regulation and its Reform*, 1982, s 181.
- 4 Müller & Vogelsang, *Staatliche Regulierung*, 1979, med ett försök till jämförelse mellan amerikansk ekonomisk reglering och tyska "konkurrensskyddade sektorer".
5. Liknande problem uppträder inom Europeiska gemenskapen vilket exempelvis framgår av diskussionen om förhållandet mellan integrationspolitik och konsumentskydd. Se FIDE, *Consumer Protection and the Common Market*, 1982; Reich, "Rechtliche Grundlagen zur Schaffung eines Konsumentenschutzrechts innerhalb der EG", in Horn (red), *Europäisches Rechtsdenkens in Geschichte und Gegenwart*, II, 1982, s 441 ff.
6. Detta är föremål för ett vid European University Institute i Florens påbörjat forskningsprojekt under ledning av Cappelletti. Se Heller, *Legal Theory and Political Economy of American Federalism*, opubl paper, 1982; Pelkmans, *The Economic Impact of Transnationalism and Federalism: The Mutual Impact of Legal and Economic Integration*, opubl paper, 1982. Beträffande hela frågan se även Tarlock (red), *Regulation, Federalism, and Interstate Commerce*, 1981.
7. Utförligt i Weisbrod (red), *Public Interest Law*, 1978.
8. Till exempel möjligheten till *class-action* i den amerikanska *truth-in-lending-act*. Se Whitford, "Structuring Consumer Protection Legislation to Maximize Effectiveness", *Wisc. L. Rev.* 1981, s 1018 och 1037.
9. Assmann m fl, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, 1980, s 72, 237 och 251.
10. Winter, "Literaturbericht", i Gessner & Winter (red), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, 1982, s 28 ff; Hoffman-Riem, "Selbstbindungen der Verwaltung", i *Veröff. d. Vereinigung der Dt. Staatsrechtslehrer*, Bd 40, 1982, s 203 ff.
11. Mitnick, a a, s 311 ff; Breyer, "Analysing Regulatory Failure", *Harv. L. Rev.* 92 (1979), s 549; U. S. Senate Study on Federal Regulation, Committee on Government Affairs, VI, s 8; Müller & Vogelsang, a a, s 31 ff. Den klassiska formuleringen finns i Pigou, *The Economics of Welfare*, fjärde uppl 1950, s 172 ff. Den s k *economic analysis of law* betvivlar att man kan avlägsna marknadsmisslyckanden på rättslig väg. Jfr Coases mönsterbildande uppsats "The Problem of Social Cost", *J.L. and Ec.* 3 (1960), s 1; Posner, *Economic Analysis of Law*, andra uppl 1977. För en övertygande kritik se Kelman, "Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem", *So. Cal. L. Rev.* 52 (1979), nr 669.
12. Green & Waitzman, *Business War on Law*, 1979, s 3.
13. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, s 667 ff; Müller & Vogelsang, a a, s 191.
14. Dessa kriterier användes av den västtyska författningsdomstolen i dess utslag om s k yrkesstyrande åtgärder och har konkretiserats genom "proportionalitetsregeln". Se Reich, a a, s 109 ff.
15. Gärtner, *Privatversicherungsrecht*, andra uppl 1980, s 46 ff.

16. Edelman, *Politics as Symbolic Action*, 1964, s 9.
17. Utförligt i Breyer, a a, med utmärkta enskilda analyser.
18. Mitnick, a a, s 207; Bernstein, *Regulating Business by Independent Agencies*, 1955; med kritik av Sabatier, "Social Movements and Regulatory Agencies", *Pol. Sc.*, 6 (1975), s 301.
19. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978. Breyer, a a, s 156, betecknar *antitrust* som alternativ till reglering och exemplifierar detta särskilt med prisunderbud. Areeda & Turner, *Anti-Trust Law*, II, 1978, s 282 ff, talar om antitrustpolitiken som "departures from the competitive model", vilket leder till en reglering av de kända avväggnings-, styrnings- och verkställighetsproblemen. Jfr även Posners kritik av denna ansats i *Antitrust-Law, an Economic Perspective*, 1976, s 4 och 212 ff, där ekonomin spelas ut mot politiken.
20. Herman, *Corporate Control, Corporate Power*, 1981, s 173; Green & Waitzmann, a a, s 7; Weisbrod, a a, s 4; Breyer, *Regulation and its Reform*, a a, s 23; Areeda & Turner, a a, s 316.
21. ABA Commission on Law and Economics, *Federal Regulation - Roads to Reform*, 1979, s 28.
22. För hälsovårds- och säkerhetsrådets del noga utarbetat av Green & Waitzmann, a a.
23. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, s 56 ff.
24. För en diskussion ur finansvetenskapligt perspektiv se Musgrave & Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, 1973.
25. Jfr de program som finns dokumenterade i von Hippel, *Verbraucherschutz*, andra uppl 1979, s 225 ff.
26. Clune har i *A Political Model of Implementation, Some implications, and a Preliminary Mapping of Implementation Research* (opubl paper) mycket tydligt utarbetat detta som ledtråd i sin verkställighetsforskning.
27. Handler, *Social Movements and the Legal System*, 1978, s 15; Weisbrod, a a, s 20 ff.
28. Wilson (red), a a, s 369, som betonar det självständiga i regleringens politiska aspekt gentemot ett ensidigt ekonomiskt perspektiv.
29. Med början i Naders bok *Unsafe at Any Speed*, 1965. Beträffande hela problemet se Trubek m fl, *Thinking Federal - Consumer Protection in the US*, opubl paper 1982, s 15.
30. Bedömning i Snow & Weisbrod, "Consumerism, Consumers, and Public Interest Law", i Weisbrod, a a, s 395 ff.
31. Jfr Mike Pertschuk, vars erfarenheter som kongressmedlem och FTCs ordförande under dess aktivistiska fas finns beskrivna i *The Rise and Pause of the Consumer Movement*, opubl paper 1981.
32. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, opubl paper 1982.
33. Vilket inte utesluter en konflikt med domstolarna! Jfr det berömda målet International Harvester mot Ruckelhaus, 478 F.2d 615 (DC Circ. 1973). Om hela problemet se Stewart & Krier, *Environmental Law & Policy*, andra uppl 1978, s 406 ff.
34. Om vattenreningen se text konstaterandet av The Council on Environmental Quality, *The Tenth Annual Report*, 1979, s 75 ff, enligt vilken vattenkvaliteten knappast har förbättrats trots en mycket

- omfattande tillämpning av bestämmelserna.
35. Hart & Joerges, "Verbraucherrecht und Marktökonomik", i Assmann, a a, s 237.
 36. Jfr Clune & Lindquists intressanta studie, "What Implementation Isn't: Toward a General Framework of Implementation Research", *Wisc. L. Rev.*, 1981, s 1044 och 1055.
 37. Weisbrod, a a, s 30 ff (problemet *governmental failure*).
 38. Om detta Clune & Lindquist, a a, s 1072 ff.
 39. Jfr beträffande alla former av Breyers analys i "Analyzing Regulatory Failure", a a. Se även Weisbrod, a a, s 37 angående problemet med att utveckla operationella kriterier.
 40. Boyer m fl, *Trade Regulation Rulemaking of the FTC - A Report to the Administrative Conference of the US, Phase II Report*, 1980, s 81.
 41. Mayntz m fl, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, 1978; Breyer, *Regulation and its Reform*, a a, s 211 ff.
 42. Utförligt i Mitnick, a a, s 364 ff; U.S. Senate, a a, s 127 ff.
 43. Schultze, *The Public Use of Private Interest*, 1977, s 73.
 44. Posner, "Separate Statement", i ABA Commission Report, a a, s 104.
 45. Kritiskt om detta i *ibid*, s 26. Detta är emellertid vad Weidenbaum uppmanar till i a a, s 170.
 46. Weidenbaum, a a, s 6 ff; Friedman, *There's No Such Thing as a Free Lunch*, 1975, s 10 f.
 47. Detta är en ledande tanke i Clarkson & Muris (red), *The Federal Trade Commission since 1970: Economic Regulation and Bureaucratic Behaviour*, 1981.
 48. Calabresi, *The Cost of Accidents*, 1970; Salop, "Parables of Information Transmission in Markets", i Mitchell (red), *The Effect of Information on Consumer and Market Behaviour*, 1978.
 49. Ellis, "Legislative Powers", i Clarkson & Muris, a a, s 161 ff.
 50. Jfr diskussionen om kontroversen i Clark m fl (red), *Reforming Regulation*, 1980, s 105 ff.