

Ontwerpproces wetgeving is aan vernieuwing toe

Martin de Bree & Martin Dees[‡]

3 december 2018

Inleiding

Eenieder die regelmatig de krant open slaat krijgt al snel de indruk dat de overheid via wetgeving niet altijd het beoogde doel bereikt. In binnen- en buitenland liggen de voorbeelden voor het oprapen dat wetgeving niet de bedoelde effecten heeft en soms zelfs averechts kan uitpakken. De Kamercommissie voor Binnenlandse Zaken sprak al in een memo t.b.v. een debat met de regering in 2004 over het rapport ‘Tussen beleid en uitvoering’ van de Algemene Rekenkamer¹ over ‘schokkende gegevens over de toenemende kloof tussen beleid en uitvoering bij de Rijksoverheid’. Ter illustratie van dit ernstige probleem verwees de kamercommissie o.a. naar een uitspraak van de commissie-Geelhoed uit 1984: *“Doordat men meer let op de wet als resultaat dan op het resultaat van de wet, kan het eindproduct een wet zijn waarmee iedere betrokkene tevreden is.”*².

Toch is wetgeving onverminderd een populair sturingsinstrument. Volgens Voermans hadden we in 2012 in Nederland 1883 wetten in formele zin, parlementaire wetten, 2307 Koninklijke besluiten, en 5.378 ministeriële regelingen³ ondanks pogingen om te komen tot beheersing van de risico-regelreflex. Volgens de Raad van State is de overheid zelfs verslaafd aan regels.⁴

Er is nogal wat kritiek op de vanzelfsprekendheid waarmee de overheid regels lijkt toe te passen als dominant sturingsmiddel. Baldwin wees al in 1990 op het - in zijn ogen - ontrechte geloof van regelmakers in een “top-down” benadering.⁵ Volgens Voermans staren we ons blind op de instrumentele functie van regelgeving. In zijn ogen hebben we geen cultuur van “cyclisch regelgeven”. Hofstra merkt op dat de nadruk die de overheid legt op instrumentele hard controls ertoe kan leiden dat de werking gaat afwijken van de opzet.⁶ Van Dijk wijst op het gevaar dat bestuurders verward raken in het web van regels en administratie en zo het zicht op de bedoeling kwijt zijn.⁷

[‡] De auteurs schreven dit artikel op persoonlijke titel. Martin de Bree is werkzaam bij Rotterdam School of Management Erasmus University en is directeur/eigenaar van Next Step Management. Martin Dees is werkzaam bij de Algemene Rekenkamer als strategisch adviseur accountancy.

¹ https://www.eerstekamer.nl/kamerstukdossier/rapport_tussen_beleid_en

² <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-20032004-28831-A.html>

³ Lezing Prof. W. Voermans, Symposium Regels,, Compliance en Toezicht, Erasmus Instituut Toezicht en Compliance, 2012.

⁴ Vicepresident Donner van de Raad van State tijdens de presentatie van het jaarverslag 2017: <http://www.sconline.nl/nieuws/raad-van-state-overheid-verslaafd-aan-wetten-en-regels>

⁵ Baldwin R (1990). Why Rules Don't Work, The Modern Law Review 53: 321-337.

⁶ Zie de presentatie van P. Hofstra van de Rotterdamse Rekenkamer <https://www.stichtingkado.nl/images/stories/2017/Public-Auditor-in-de-netwerksamenleving.pdf>

⁷ Van Dijk GM (2018). Games of Thrones, Regels en Bedoelingen, Oratie VU Amsterdam.

De laatste jaren is er een grote belangstelling voor het verminderen van de regeldruk.⁸ Met de grote aandacht voor het verminderen van de regeldruk lijkt de oplossing gereduceerd te worden tot het schrappen van regels, maar is alleen de hoeveelheid regels een probleem of is er meer aan de hand? Regels zijn als middel op zichzelf immers niet goed of slecht.

Bovengenoemd rapport zoekt de oorzaken van de 'hardnekkige uitvoeringsproblemen' waar zij op stuit bij:

- een gebrekkige beleidsvoorbereiding en te ambitieuze beleidsvoornemens;
- een overwaardering van beleidsvorming naast een onderwaardering van de uitvoering;
- een veel te geringe aandacht voor verantwoording, evaluatie en nacalculatie;
- het kennelijk onvermogen om lessen van het verleden te leren. (2003, p. 11).

Dit artikel behandelt een in de literatuur minder vaak besproken mogelijke oorzaak van de vermeende gebrekkige effectiviteit van wetgeving. We staan stil bij het ontwerpproces van regels en leggen daarna het verband met problemen en geven enkele suggesties voor oplossingsrichtingen. We hopen dat deze benadering van het vraagstuk de overheid kan helpen beter aan te haken bij of zelfs vooruit te lopen op de dynamiek van de samenleving. Want, zoals voormalig president Saskia J. Stuiveling van de Algemene Rekenkamer het verwoordde in een pleidooi voor een openbaar bestuur waarin een principle- of value-based benadering ruimte schept voor verandering en innovatie:

Public institutions tend to create new rules and procedures, and introduce new responsibilities to cope with the changes and challenges of society. But the dynamics of society go beyond the dynamics of the decision-making process within our public sector: rules are fixed and difficult to change, whereas society is changing rapidly. Our governments therefore have difficulty coping with the changes and challenges of society and its dynamics, and that is one of the reasons why the gap between government and society is widening. (...)The public sector (...) struggles to be efficient and effective in a rapidly changing society that is more and more organised in changing national and international networks of individual citizens and organisations. (...) The whole picture poses a real brain-teaser for auditors. We tend to follow the music, not to be ahead of the music. But perhaps we should abandon this attitude, break free of our focus on rules and procedures, and rethink how best to help our public sector to become effective again. How can we achieve this? (pp. 133-135)⁹

Ontwerpproces

Op voorhand merken we op dat wetten niet op zichzelf staan maar hun uitwerking hebben binnen een beleidsmatige en juridische context. Met deze opmerking in gedachten beperken wij ons in dit artikel tot het proces waarmee wetten worden ontworpen en vastgesteld. Dit proces bestaat uit een aantal stappen. Zonder stil te staan bij de inhoud van de processtappen valt op dat het in grote mate een lineair proces is.¹⁰ We mogen er vanuit gaan dat wordt aangenomen dat dit proces leidt tot

⁸ <https://www.nu.nl/ondernemen/5314985/ondernemer-mag-meepraten-regeldruk-overheid.html?redirect=1> en <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/regeldruk>.

⁹ Stuiveling, S.J., New trends in auditing: innovation in the work of Supreme Audit Institutions, EUROSAI Magazine, No. 16 (2010), pp. 132 – 139.

¹⁰ Achtereenvolgens wetsvoorbereiding op Ministerie, bespreken in Ministerraad, advies Raad van State, behandeling en stemming Tweede Kamer, behandeling en stemming Eerste Kamer, ondertekening Koning en minister, publicatie.

wetten die werkelijk tot het gewenste effect leiden. Maar hoe zeker is het eigenlijk dat deze aanname klopt? Om een antwoord op deze vraag te vinden gaan we te rade bij de complexiteits- en innovatietheorie.¹¹

Het Cynefin model van Snowden¹² uit de complexiteitstheorie maakt onderscheid in vier situaties, te weten simpel, gecompliceerd, complex en chaotisch. Snowden definieert deze situaties vanuit de mate waarin de oorzaak-gevolgrelaties bekend zijn. In een simpele situatie zijn deze bij iedereen bekend en bij een gecompliceerde situatie bij enkele deskundigen. Bij complexe situaties zijn de oorzaak-gevolgrelaties onbekend maar kenbaar en bij chaotische situaties zijn ze onkenbaar. Kijkend naar het wetgevingsproces roept dit enkele vragen op: Zou het zo kunnen zijn dat het ontwerpproces van wetgeving stamt uit de tijd dat men aannam dat de wereld simpel was? Zou het kunnen zijn dat de problemen met de effectiviteit van wetgeving waarmee we nu kampen, vooral komen doordat we werken met een proces dat ongeschikt is voor de complexe wereld waarin we nu leven?

Het Cynefin model geeft aan dat het mogelijk om complexiteit te reduceren, namelijk:

- (a) van chaotisch naar complex door te controleren,
- (b) van complex naar gecompliceerd door onderzoek uit te voeren en
- (c) van gecompliceerd naar simpel door standaardiseren.

Een andere strategie dan de complexiteit te reduceren is deze te accepteren en hierop te anticiperen. De innovatietheorie biedt hiertoe enkele handvatten. Bedrijven hebben in de loop van de afgelopen 70 jaar geleerd hoe zij producten kunnen ontwerpen voor markten die in toenemende mate complex en dynamisch zijn.¹³ Ze hebben ervaren dat een technology push proces van productontwikkeling niet meer volstaat. Het probleem hiermee is dat een product wordt ontworpen zonder enig idee of er in de praktijk behoefte aan is. Dus kwam men tot het inzicht dat het verstandig is om eerst naar de markt te luisteren en dan pas een product te ontwerpen, het in productie te nemen en te verkopen.¹⁴ In de jaren 80 kwam men erachter dat de wereld zo snel veranderde dat dit type lineaire processen niet meer werkte. Tegen de tijd dat het proces was doorlopen en een product verkoop-gereed was, was de wereld alweer veranderd. De oplossing werd gevonden in het gelijktijdig laten samenwerken (principe van simultaneous coupling) van R&D, productie en verkoop & marketing. Latere modellen gaan nog veel verder en betrekken ook externe stakeholders gelijktijdig in het ontwikkelingsproces (principe van requisite variety).¹⁵ Bij productontwikkeling anno 2018 gaan ontwerpen, plannen, produceren en verkopen min of meer gelijktijdig.

¹¹ Bree MA de (2006) *Waste and Innovation*, BerghauserPont.

¹² Snowden, David J.; Boone, Mary E. (November 2007). "A Leader's Framework for Decision Making". *Harvard Business Review*, 69–76.

¹³ Zie onder meer Conway, S. and Steward, F. (2009) *Managing and Shaping Innovation*, New York: Oxford University Press Inc., Drucker, P.F (2007) *Managing in the Next Society*, Revised Edition, Oxford: Butterworth-Heinemann en Trott, P. (2002) *Innovation Management and New Product Development*, 2nd Edition, Essex: Pearson Education Ltd

¹⁴ Dit proces wordt ook wel market pull genoemd, gangbaar in de jaren 70.

¹⁵ Respectievelijk het interactiemodel (jaren 80 en 90) en het netwerkmodel (na 2000).

Een ander opvallend punt is dat innovatie baat heeft bij maximale creatieve vrijheid. Natuurlijk moeten er regels zijn, maar die zijn tot een minimum beperkt omdat bij te veel regels de creatieve professionaliteit in het gedrang komt.¹⁶

Uit deze korte beschouwing valt op dat het ontwerpproces van wetgeving,

- lineair lijkt te zijn met relatief weinig significante feedback loops voor verbetering,
- niet optimaal gebruik maakt van kennis van stakeholders en gebruikers en rekening houdt met onbekende of veranderlijke omstandigheden en daardoor
- met name geschikt is voor een simpele wereld en niet voor een dynamische, complexe wereld.

Als het klopt dat het wetgevingsproces ongeschikt is voor de moderne maatschappij proberen we als het ware nieuwe problemen met oude middelen op te lossen.

Probleem

De eventuele ongeschiktheid van het ontwerpproces van wetgeving kan aanzienlijke problemen tot gevolg hebben. Ten eerste kan het gevolg zijn dat regels niet effectief zijn waardoor publieke belangen als veiligheid, milieu en kwaliteit in het geding komen. Ten tweede kunnen toezichthouders worden geconfronteerd met slecht ontworpen wetten en kunnen burgers en bedrijven zich geplaagd zien voor onredelijke eisen en hoge compliance kosten. Hierdoor zou zelfs het vertrouwen van de samenleving in de overheid als hoeder van de publieke zaak kunnen worden aangetast. De complexiteitstheorie schetst bovendien de kans dat, als de ontorechte overtuiging dat de huidige werkwijze passend is blijft aanhouden, dit tot verlies van controle kan leiden.

Wat te doen?

Binnen de beperkte kaders van deze notitie willen we toch enkele mogelijke oplossingsrichtingen aanreiken. Ruhl herkent het geschetste probleem en stelt dat incrementele verbeteringen niet voldoende zijn om de uitdagingen waarvoor we staan op het gebied van technologie, klimaat, epidemieën en bevolkingsgroei) het hoofd te bieden. Hij spreekt van de noodzaak om het rechtssysteem te transformeren naar een adaptief complex systeem¹⁷ en pleit voor een radicale innovatie.¹⁸

Langs welke lijnen zou deze innovatie zich kunnen afspelen? Het beeld dat naar voren komt impliceert dat het rechtssysteem in een lerend systeem zou moeten worden getransformeerd.

¹⁶ Dit principe van minimum critical specification is trouwens ook een belangrijk uitgangspunt in modern veiligheidsmanagement, zie onder meer Katz-Navon T, Naveh E, Stern Z (2005). Safety Climate in Healthcare Organizations, *Academy of Management Journal*, Vol. 48, No. 6, 1075-1089.

¹⁷ Idem en Ruhl JB, Katz JM, Bommarito JM II (2017). Harnessing Legal Complexity, *Science*, Vol. 355, Issue 6332.

¹⁸ Ruhl JB (1997). Thinking of Environmental Law as Complex Adaptive System, *Houston Law Review*, Vol. 34, no. 4, 933-1002.

- | | |
|------------------------------------|-----------------------------------|
| (a) Minimum critical specification | tbv flexibiliteit |
| (b) Requisite variety | tbv mobilisatie van deskundigheid |
| (c) Simultaneous coupling | tbv snel en efficiënt leren |
| (d) Onderzoek en standaardiseren | tbv reductie van complexiteit |

Het spreekt voor zich dat dit slechts een eerste notie is van de veranderingen waarvoor we staan als we deze gedachtenlijn zouden volgen. Enkele punten zijn hieronder weergegeven.

Ad (a) Minimum critical specification

Dit principe kan bijvoorbeeld impliceren dat meer ruimte wordt gecreëerd voor toezichthouders om situationeel te beslissen met het doel van de wetgever voor ogen. Voorwaarden hierbij zijn onder meer vertrouwen tussen betrokkenen, professionele toezichthouders (qua competenties en organisatie) en mandaat van de wetgever. Vormen van systeem(gericht) toezicht zouden een nuttig instrument kunnen zijn omdat dit de toezichthouder de mogelijkheid geeft om los te komen van detailregels, meer op het doel te sturen en gebruik te maken van potentie van private borging en zelfregulering.

De regulering van de commerciële luchtvaart is al in grote mate in overeenstemming met dit principe. Luchtvaartbedrijven hebben een grote vrijheid (en verantwoordelijkheid) om veiligheid te waarborgen.

Ad (b) Requisite variety

Uit het Cynefin model volgt dat hoe complexer de wereld is, des te schaarser de deskundigheid uitgedrukt in kennis van oorzaak-gevolgrelaties. In het wetgevingsproces zouden idealiter daarom alle kennisdragers maximaal moeten worden betrokken. Kennis over hoe regulering wordt gemaakt die passend is voor bepaalde situaties zou verder ontwikkeld en gedoceerd moeten worden.

Een voorbeeld van een project waarbij de requisite variety is uitgebreid is een pilot in de gezondheidszorg op basis van experimentalist governance. Hierbij is de wijze van reguleren samen met instellingen uit de sector vorm gegeven.¹⁹

Ad (c) Simultaneous coupling

Dit principe impliceert dat het wetgevingsproces zou veranderen van een overzichtelijk en jarenlang uitgevoerd lineair geregeld proces in een fuzzy interactie tussen veel partijen. Deze interactie zou door traditioneel denkenden negatief kunnen worden geframed als onwenselijk omdat het meer chaotisch, ongeorganiseerd en oncontroleerbaar is. Maar het inzicht dat deze wijziging juist noodzakelijk is voor effectiviteit en dat dit onvermijdelijk ten koste gaat van efficiency, geldt als een belangrijk argument pro. Het lijkt op het pad van de overheid te liggen om op meta-niveau de regie te nemen en deze transitie te entameren.

¹⁹ zie <https://www.eur.nl/en/eshpm/research/research-groups/health-care-governance-hcg/projects/reconceptualizing-regulation-formative>

Tijdens het eerder genoemde project in de gezondheidszorg zijn enkele invitational conferences met de sector gehouden om de nieuwe aanpak vorm te geven.

Ad (d) Onderzoeken en standaardiseren

Tenslotte is er de mogelijkheid om via onderzoek en standaardisatie de complexiteit te reduceren. De in dit artikel gehanteerde definitie van complexiteit is gebaseerd op de mate van kenbaarheid en bekendheid met oorzaak-gevolg relaties. Doorredenerend in de lijn van dit begrip betekent dit dat complexiteit kan worden gereduceerd van complex (oorzaak-gevolgrelaties zijn kenbaar maar bij niemand bekend) naar gecompliceerd (oorzaak-gevolgrelaties zijn bekend bij een beperkt aantal deskundigen) door onderzoek te doen en van gecompliceerd naar simpel (oorzaak-gevolgrelaties zijn breed bekend) door middel van standaardiseren. Een betere bekendheid met oorzaak-gevolgrelaties kan worden aangewend voor het ontwerpen van effectieve regels.

De laatste jaren wordt er onderzoek gedaan naar gedragswetenschappelijke en organisatiekundige aspecten van toezicht. Deze onderzoeken dragen bij aan het begrip van de processen bij onder toezicht staande bedrijven en instellingen en het effect van toezicht hierop.

Resumerend

- Wetgeving heeft soms niet de bedoelde effecten en kan soms zelfs averechts uitpakken.
- De oorzaak van deze problemen lijkt mede te liggen in het ontwerpproces van wettelijke regels. Een eerste analyse maakt aannemelijk dat het ontwerpproces inderdaad niet passend is voor de moderne omstandigheden. Nader onderzoek naar de geldigheid van deze stelling, de factoren die een rol spelen en eventuele opties om tot verbetering te komen is aan te bevelen.