

Towards Smart Rules & Regimes

Michiel A. Heldeweg¹

Deze paper behelst 'werk in uitvoering'. Het is daarom niet de bedoeling dat de inhoud ervan breder bekend wordt gemaakt dan de NGI NIG annual conference 2008. © Heldeweg 2008

A - Vooraf

1.

Dit is een **verkenning**² die de weg moet wijzen naar aantrekkelijk vervolg onderzoek naar concrete opties voor 'Slimme regels en regelstelsels'. De aanleiding tot deze verkenning is gelegen in de veronderstelling dat het meer loont om te zoeken naar '**betere** (soorten) regels' dan in te zetten op 'minder regels'.

2.

Natuurlijk kan het streven naar **minder** regels betekenis hebben als 'het teveel' een hindernis opwerpt voor wenselijk doen of nalaten, resp. voor publieke belangen (zoals de economische bedrijvigheid). Echt redundante regels zullen er overigens niet veel toe doen. Wat niet meer werkt, c.q. wordt gebruikt, is te vergelijken met 'dood hout' en kan, eenmaal geïdentificeerd, worden gekapt, maar veel brengt dat niet te weeg – al heeft overzichtelijkheid sec ook z'n plaats.

Natuurlijk is er de categorie van 'bijna **samenlopende** regels', waarbij verschillende regels of regelstelsels bijna het zelfde doel dienen resp. 'bemiddelen' in bijna dezelfde configuratie van publieke en private belangen, terwijl de (vrijwel) geheel overlappende groep van normadressaten wel langs verschillende procedurele wegen moet gaan om binnen de grenzen van het recht te blijven opereren. Ook dan lijkt het aantrekkelijk te zien waar de grootste gemene deler zit en hoe de extra's regeltechnisch meer efficiënt kunnen worden ingericht. Dat was in het verleden, bijvoorbeeld, het geval bij allerlei milieuregels, met name in de sfeer van vergunningen; in de nadagen van de Hinderwet. Niet te onderschatten is dat de woorden 'bijna' (samenlopen; belangen) en 'vrijwel' (overlappende doelgroepen) duiden op materiele verschillen die (toch) cruciaal zijn, zodat snoeien of samenvoegen in feite neerkomt op herziening van een onderliggende belangenafweging. Het blijven dan politiek-bestuurlijke keuzen die worden gemaakt. Bijkomend probleem bij deze categorie kan zijn dat blijkt dat er ingesloten verkokerde handelingspraktijken en organisatieverbanden kunnen zijn die, omwille van meer of minder overtuigende redenen, weerstand kunnen bieden tegen snoeien, resp. regelreductie door integratie.

3.

Dereguleren is niet onbelangrijk, maar de uitdaging wordt hier niet gezocht in de kwantiteit (ook al kan 'reductie' tot 'winst' leiden) maar in de **kwaliteit** van regels en regelstelsels. Deze paper gaat in het bijzonder over wat hieronder moet worden verstaan en wat in termen van juridisch ontwerpen komt kijken bij het maken 'smart rules & regimes'.

¹ Michiel Heldeweg is hoogleraar Publiekrecht voor het Openbaar Bestuur bij de Universiteit Twente. Een deel van deze verkenning rust op voorbereidend werk van en met prof. mr. D.W.P. Ruiters in het kader van het leerstoelproject Legal designing.

² Noot der noten: de aard van dit stuk is aldus dat het accent vooral is gelegd op het zoeken van denkrichtingen en minder de adstructie van bevindingen aan de hand van wetenschappelijke bronnen. Er zullen bijgevolg nauwelijks verwijzingen in dit stuk zijn te vinden.

B - Regels en Regelstelsels

4.

De verbetering van de kwaliteit betreft regels en regel**stelsels**. Het gaat met andere woorden om (de karakteristieken van) individuele regels, zoals de enkele verbods- of verbodsnorm, maar daarnaast ook samenhangen van regels als systeem of stelsel, zoals een verbodsnorm, samen met een toestemmingsregel de basis kunnen zijn voor een vergunningstelsel. Publiekrechtelijke regelstelsels, zoals vergunningen, concessies, subsidies, belastingen, certificering, maar ook private regelstelsels, zoals contractenrecht, eigendomsrecht en de onrechtmatige daad, behoren tot deze verzameling. In deze verkenning ligt het accent op regels en regelstelsels die voortvloeien uit de wens algemene belangen te behartigen. Hoewel ook handhavingsregels en regelstelsels tot de bedoelde categorie behoren, blijven deze buiten beeld.

5.

Zover het regels betreft kan ons startpunt zijn gelegen in het eenvoudige **normenvierkant** waarin vier typen van regels zijn gegroepeerd – waarbij we ons vertrekpunt nemen bij gedragsregels. De regels zijn uitdrukbaar in termen van moeten en mogen:

- Verbod: A moet nalaten te werken, oftewel A mag niet werken
- Gebod: A moet werken, oftewel A mag niet nalaten te werken
- Toestemming: A moet niet nalaten te werken, oftewel A mag werken
- vrijstelling: A moet niet werken, oftewel A mag nalaten te werken

Gegroepeerd leidt dit tot:

Verbod	A	Gebod
C	B/B	C
Toestemming	D	Vrijstelling

De letters (in de witte vakken) verwijzen naar de typen van relaties, althans tegenstellingen, tussen de verschillende soorten gedragsregels, te weten:

- de **contraire** tegenstelling: verbod en gebod kunnen niet tegelijk gelden, maar wel tegelijk niet gelden;
- (2x kruislings) de **contradictoire** tegenstelling: Verbod en Vrijstelling, resp. Gebod en Toestemming kunnen niet tegelijk gelden, maar ook niet tegelijk niet;
- (2x verticaal) de **subalterne** tegenstelling: als sprake is van een Verbod resp. een Gebod dan geldt noodzakelijk een Toestemming resp, Vrijstelling (al kunnen Verbod of Gebod, voor de duur van hun gelding, deze effectief geheel uitschakelen), maar als een Toestemming of Vrijstelling geldt, geldt niet automatisch ook een Gebod resp. Verbod.
- De **subcontraire** tegenstelling: Toestemming en Vrijstelling kunnen tegelijk gelden, maar niet tegelijk niet.

Dit geeft een eerste beeld elementaire typen van rechtsnormen.

6.

De voorafgaande rechtsnormen als gedragsregels leiden in Hohfeldiaanse termen tot twee andere normenvierkanten, waarin respectievelijk wordt uitgedrukt welke 'rechten en plichten' tegenover elkaar kunnen staan. Eerst de schematische weergave van rechten en plichten van de eerste orde, dat wil zeggen zoals zij direct in een **gedragsregel** liggen besloten (waarbij de lezer voor het gemak een gedraging, bijvoorbeeld 'produceren', kan invullen):

Recht/Aanspraak	A	Geen Recht/Geen Aanspraak
------------------------	----------	----------------------------------

C	B	C
Plicht	A	Privilege

Ook nu loont het om te begrijpen hoe de relaties zijn tussen de 'hoekposities', uitgaande van verschillende tegenover elkaar staande (groepen) personen als drager:

- A. dit is de **contraire** relatie tussen 'juridische **opposities**', zoals hierboven, van contraire aard (nu echter zowel voor de relatie Recht-Geen Recht, als voor de relatie Plicht-Privilege);
- B. dit is de(2x kruislingse) **contradictoire** relatie: Recht en Privilege, resp. Geen Recht en Plicht kunnen niet tegelijk gelden, maar ook niet tegelijk niet;
- C. dit is de **subalterne** relatie tussen 'juridische **correlatieven**', zoals de subalterne relatie hierboven: een 'recht of aanspraak op' impliceert het bestaan van een 'plicht tot' en de 'afwezigheid van een recht' impliceert het '(ongestoorde) privilege tot..'

Dan volgt nog het normenvierkant van de 2^e orde, te weten inzake rechten en plichten van **constitutieve** orde, tot het scheppen, wijzigen en te niet doen gaan van gedragsregels waaruit rechten en plichten van de eerste orde voortvloeien. Bijvoorbeeld de bevoegdheid om de regel inzake het recht tot of op produceren in het leven te roepen etc. Eerst weer even schematisch:

Bevoegd	A	Geen bevoegdheid
C	B	C
Onderworpen	A	Vrijheid/immunititeit

Dan, voor het echte begrip, te bezien vanuit de hoekpunten nog weer onderscheiden tussen uitgaande van verschillende tegenover elkaar staande (groepen) personen als drager:

- D. dit is de **contraire** relatie tussen 'juridische **opposities**', zoals hierboven, van contraire aard (nu echter zowel voor de relatie Recht-Geen Recht, als voor de relatie Plicht-Privilege);
- E. dit is de(2x kruislingse) **contradictoire** relatie: Recht en Privilege, resp. Geen Recht en Plicht kunnen niet tegelijk gelden, maar ook niet tegelijk niet;
- F. dit is de **subalterne** relatie tussen 'juridische **correlatieven**', zoals de subalterne relatie hierboven: een 'recht of aanspraak op' impliceert het bestaan van een 'plicht tot' en de 'afwezigheid van een recht' impliceert het '(ongestoorde) privilege tot..'

Daarmee hebben we de belangrijkste elementaire juridische relaties in beeld gebracht.

7.

We moeten bedenken dat in de Hohfeld schemata al de 'hoekposities' wat betreft zowel de eerste als de tweede orde 'rechten/plichten' gegeven kunnen zijn in relaties tussen een of enkelingen onderling (dat wil zeggen dat ieder met name te duiden is; indien een groep dan een groep door opsomming, lees '**gesloten groep**'), tussen een eenling of enkelingen enerzijds en iedereen (of allen of willekeurig wie, ergo niet sluitend in naam opsombaar, lees de '**open groep**') en tussen iedereen en iedereen. We werken dit, en de complicaties die dit nog weer geeft vanuit de 2^e orde regels over de 1^e orde regels, hier niet nader uit. Belangrijk is nog wel op te merken dat bepaalde rechten of plichten gelden 'in **personam**' en sommigen '**in rem**'; dat wil zeggen gehouden tegenover een eenling of enkelingen of tegenover allen. Eigendomsrecht is, bijvoorbeeld, een recht in rem; de toestemming van de eigenaar van een stuk grond aan Michiel tot het betreden daarvan is een recht in rem (resp. een plicht tot dulden in personam).³

8.

Als laatste stap in deze beknopte typering van rechtsregels nog één specificatie, namelijk naar **toepassingsvoorwaarden** en **rechtsgevolgen**. Het type van de onvoorwaardelijke rechtsnorm (zoals 'rechts houden'), is de kleinste eenheid van

³ Hohfeld was specifieker – unitaal/paucitaal/multitaal. pm

normering, omdat voor hun toepasselijkheid geen voorwaarden gelden. Hooguit zijn zij in hun bereik gespecificeerd tot een gesloten of een open groep (alleen Michiel moet rechts houden; iedereen moet rechts houden). De voorwaardelijke rechtsnorm is voor toepasselijkheid (d.w.z. gelding van het verbod, gebod etc.) afhankelijk van de vervulling van een voorwaarde. Die voorwaarde (of toepassingsconditie) is het **rechtsfeit** bij de vervulling waarvan het rechtsgevolg van de norm (het is verboden, geboden etc.) geldt. Dat rechtsgevolg is specificeerbaar naar *geadresseerde* (wie moet of mag?), naar *gedrag* (welk doen of nalaten) en naar *behorensmodus* (betreft het een plicht/moeten of een geoorloofdheid/mogen?). In het hedendaags bestuursrecht komen we deze categorisering binnen de rechtsgevolgen van een gedragsnorm tegen in termen van:

- in het onderscheid naar *personen*, te weten tegenover een open of een gesloten groep (of klasse) van personen: Algemeen (allen) versus Bijzonder (een of enkelingen)
- in het onderscheid naar *aard* van het gevolg, te weten als individueel benoembaar geval of reeks gevallen, versus een klasse van gevallen: Abstract versus Concreet.

Dit leidt dan weer tot vier typen van gedragsregels: (met simpele voorbeelden)

- a. algemeen-abstract: iedereen moet op de werkplek een helm dragen;
- b. algemeen-concreet: iedereen moet op de werkplek op 11 november een helm dragen;
- c. bijzonder-abstract: Michiel moet op de werkplek een helm dragen;
- d. bijzonder-concreet: Michiel moet op de werkplek op 11 november een helm dragen.

Dit zijn '**basics**', al spreken juristen meestal niet in deze termen; maar het zijn wel de basiseenheden waarmee zij werken. Deze zijn belangrijk omdat ze al direct tonen dat materiele en formele posities en relaties op verschillende manieren kunnen worden gemodelleerd. Schijnbaar eenvoudige voorschriften blijken bij analyse al snel complexe aangelegenheid, zoals het voorschrift: 'Het is verboden zonder vergunning van burgemeester en wethouders een inrichting op te richten of in werking te hebben.'

9.

Voor **regelstelsels** ligt het al weer een stap ingewikkelder. Het zijn immers samenhangende combinaties van gedragsregels en bevoegdheidsregels en daarmee van verboden, geboden, toetstemmingen en vrijstellingen, alsmede van rechten plichten bevoegdheden vrijheden etc. De samenhangen veronderstellen een **ordering**, zoals een ordening in termen van de voorrang van sommige regels in het stelsel boven andere regels, zoals hiërarchisch ('superior-inferior'), naar tijd ('posterior-prior') en naar specificiteit ('specialis-generalis'). Anderszins is sprake van een ordening in termen van (hopelijk) consistente ordening van samenhangende rechtsnormen binnen het stelsel (algemeen-bijzonder-abstract-concreet; gedrag en bevoegdheid; moeten en mogen). Ook zal of kan sprake zijn van een achterliggende **doelstelling** of **functionaliteit** van het stelsel, specifiekier dan voor een rechtsstelsel/rechtsorde, bijvoorbeeld toegespitst op de behartiging van een of meer publiekrechtelijke of privaatrechtelijke belangen (in een bepaalde balans met elkaar). Als het regelstelsel de uitkomst is van een bewuste keuze, zullen we spreken van doeleinden, zoals het doel van goede telecommunicatievoorzieningen, of van bescherming van het milieu tegen geluidshinder (hoe dan ook nader gespecificeerd). Voorstelbaar is ook dat een regelstelsel vrucht is van de evolutie van (in de loop van de tijd steeds sterker) samenhangende rechtsregels, die dus in de loop van de tijd een bepaalde samenhangende functionaliteit hebben ontwikkeld.⁴ Bij de gewilde ordening komt het beeld van het juridisch ontwerp om de hoek kijken en in het tweede geval meer dan van evolutie. Wij zijn hier primair geïnteresseerd in ontwerp, maar kennis van juridische evolutie is waardevol om tot geslaagde ontwerpen te kunnen komen.

10.

⁴ Voorbeeld PM. Verbintenissenrecht?

Bij regelstelsels rond publieke belangen denken we primair aan staats- en bestuursrechtelijke stelsels, rond concrete rechtsfiguren zoals algemene regels (gebod of verbod, immuniteiten (zoals grondrechten)), concessies, vergunningen, ontheffingen, vrijstellingen, subsidies, leningen, garantstelling, belastingen, aanbesteding, bevoegdheid- en beleidsovereenkomsten, statustoekenningen en wat dies meer zij – alsmede combinaties hiervan. Daarmee komen we in de sfeer van de zogenoemde **rechtsinstituties**. Deze instituties hangen samen met het verschil tussen objectief recht, in de zin van het geheel van rechtsregels als onderdeel van de rechtsorde (zoals het staatsrecht, strafrecht, privaatrecht en bestuursrecht) en daarnaast **subjectieve rechten** van individuen, die zij ontleen aan het objectieve recht. Die zijn de concrete grondrechten, eigendomsrechten, contractuele rechten en schadevergoedingsrechten – elk met een eigen typische structuur, ontleend aan de aard van het bijbehorende objectieve recht. De subjectieve rechten vormen, naast de rechtspersonen een belangrijke categorie (of species) van (het genus) rechtsinstituten. Rechtsinstituten zijn afgebakende regelstelsels geïntroduceerd met het oogmerk van erkenning als ‘werkelijke’ **maatschappelijke eenheden**. Rechtspersonen strekken tot erkenning als (ware zij) natuurlijke personen; subjectieve rechten strekken tot erkenning (of behandeling) als reële objecten (of ‘social facts’). Een gevolg van erkenning van subjectieve rechten als zelfstandige eenheden, is dat zij onder omstandigheden (zo hun aard zich daar niet tegen verzet) overdraagbaar kunnen worden gemaakt. Dit zien we in het burgerlijk recht in de sfeer van subjectieve *vermogensrechten*. In het bestuursrecht komt het beeld op van de verhandelbare publiekrechtelijke kaders voor (o.a.) subjectieve rechten en belangrijke basis vormen voor smart regulation.

C – Smartness

11.

Het inleidende begrip van regels en regelstelsels is relevant in het perspectief van het ontwerpen van kwalitatief goede regels. Dit veronderstelt dat er in het recht wordt gehandeld naar ontwerp (zoals van wetgeving, arrest en beschikking), dat er in het recht een ontwerpmethodiek is (zoals wetgevingstechniek/aanwijzingen; interpretatieleer; beschikken?) en dat er een **juridische ontwerpmethodologie** is als een leer over goede juridische ontwerpmethoden. Dit is op zichzelf veronderstelling die een deugdelijke uitwerking behoeft.⁵ Hier nemen we gemakshalve de premisse dat de veronderstelling kan worden bewaarheid en voor nu als neutrale contextvariabele buiten bespreking kan blijven.

12.

Daarmee kunnen we terug naar het begin, namelijk naar de (praktische) wens van kwaliteitsverbetering, zoals in de titel van deze paper vertolkt in termen van ‘**Smart**’. Daarin is geen verwijzing te lezen naar het acroniem ‘Smart’, dat staat voor ‘Specifiek, Meetbaar, Acceptabel, Realistisch en Tijdgebonden’, als belangrijke parameters van het als manager goed stellen van (persoonlijke of organisatie)doelen – met richtinggevendheid en duidelijkheid van wat, wanneer moet worden bereikt.

Smart wordt hier gezien als het **kwaliteitskenmerk** van regels en regelstelsels in twee opzichten:

- smart in de zin van **gesloten effectiviteit**, omdat de effecten van regel of stelsel zich beperken tot het doel (resp. het te behartigen belang) en zich niet tevens uitstrekken tot andere (gewenste of ongewenste, maar in elk geval niet beoogde) doelen. Vergelijk hierbij de ‘smart rule’ met de ‘smart bomb’, die zich vooral (van de ‘dirty bomb’) onderscheidt doordat er geen ‘collateral damage’ optreedt: de bom vernietigt het doel en meer niet. Het streven naar de norm als optimale **proxy** van

⁵ In Twente is dit een project binnen de leerstoel Publiekrecht voor het openbaar bestuur.

het achterliggende rechtsbelang is relevant met name ter voorkoming van nadeel in andere belangen, in termen van maatschappelijke of economische kosten. Dat gezegd zijnde kunnen ook nadelen of kosten voor het te beschermen belang zelf hier relevant zijn. We moeten hierbij denken aan het probleem van 'overinclusiveness', waarbij de rechtsnorm de realisatie van het te beschermen belang in meer opzichten beperkt dan nodig – zoals bij bescherming van eigendom de bescherming tegen diefstal het eigen gebruik kan hinderen. Ook denkbaar is dat de keuze van de norm in termen van transactiekosten (informatie vergaren en verschaffen, procedures, toezicht en handhaving) relatief (tot het doel) belasten is. Die afweging brengt ons echter in de sfeer van de tweede categorie (hieronder).

- smart in de zin van **open effectiviteit**, ergo het meest bijdragend aan doelbereiking, zodat het doel achter de norm zo goed en volledig mogelijk wordt behaald, respectievelijk het belang achter de norm zo goed mogelijk wordt gediend. Om direct aan te sluiten bij het voorafgaande: niet het ontbreken van 'collateral damage' is wat onderscheidt, maar het vermogen van de smart bomb om, als gekozen middel, het best bij te dragen aan bereiking van het achtergelegen doel, resp. realisatie van het achtergelegen belang.

Open effectiviteit kan gesloten effectiviteit omvatten, omdat voorkoming van 'collateral damage' kan bijdragen aan het vertrouwen in de goede werking van de regel of het stelsel (of in elk geval niet daaraan knaagt door de hinderlijke neveneffecten). Het reikt echter verder omdat het, zagezegd, de **output** (gedragseffecten) tevens afmeet aan de beoogde **outcomes** (realisatie publieke belangen), en daarmee een bredere tactisch of strategisch perspectief biedt op de gedragsbeïnvloeding.

13.

Het onderscheid laat zich ook **comparatief** omschrijven. Het 'gesloten concept' vraagt om een vergelijking van effecten in termen van welke bedoeld en welke onbedoeld zijn (en wellicht te verdiepen of nuanceren met welke gewenst en welke ongewenst zijn). Het gaat erom de onbedoelde (en ongewenste effecten minimaal te houden). Het 'open concept' voor regels en stelsels vraagt om een vergelijking tussen mogelijke regels of stelsel met hetzelfde doel, ter bepaling van welke regel of welk stelsel dit doel, in de gegeven omstandigheden, het best kan realiseren. 'Best' is een maat die uitgaat van optimaal effectief (en zo het er daarvoor toe doet, minimaal 'nevengeschikt'), zodat doelbereiking zo groot mogelijk is, maar waarbij ook wordt gekeken naar de achterliggende doelen, resp. naar de kosteneffectiviteit (lees efficiëntie) van de regel. Voorstelbaar is ook dat regels hier worden vergeleken in termen van rechtspolitieke uitgangspunten of rechtsbeginselen, zoals maximeren van burgerlijke vrijheid, gelijkheid of rechtszekerheid.

14.

Doordenkend op die laatste lijn (uitgangspunten & beginselen) kunnen we tevens uitkomen bij een invulling van het begrip 'smart rules & regimes' waarbij smart niet zozeer duidt op de regels of stelsels zelf, als wel op het vermogen van die regels en stelsels om gedragsregulerend te zijn in een handelingscontext waarin **intrinsieke optimalisatie** van het achter de norm gelegen, resp. te behartigen belang centraal staat. Dit wil zeggen dat de norm situatief optimaliserend werkt, doordat afhankelijk van contingente omstandigheden van het geval de norm ruimte biedt aan maximalisatie van effectieve en efficiënte behartiging van het belang. Privaat eigendom voldoet – mogelijk – aan deze karakteristiek doordat de eigenschappen van het bijbehorende eigendomsrecht (usus, usus fructus, abusus), mits gepositioneerd in de context van het prijsmechanisme op de vrije markt (en transactiekosten daargelaten), een effectieve en efficiënte aanwending van het object van het eigendomsrecht mogelijk maken.

Het voorbeeld van eigendom maakt meteen duidelijk dat deze vorm van 'smartness' misschien minder passend is in de wereld van het publiekrecht, aangezien daar doorgaans toch de uitgangspunten van de liberale rechtsstaat heersen, waarmee het overheidsingrijpen in vrijheidsbeperkende zin minimaal moet zijn – vide legaliteits- en specialiteitsbeginsel. Intrinsiek optimalisatie, zoals hier voorgesteld, zal een soort van

constante druk op die vrijheidsgrenzen geven, tenzij de ruimte voor optimalisatie slechts wordt geboden in voor andere betrokken belangen indifferente richtingen (hetgeen in het voorbeeld van eigendomsrecht niet anders is).

15.

Daarmee dringt zich wel de stap op waarbij optimalisatie wel degelijk het domein van de belangenafweging betreft, bijvoorbeeld in termen van een inherente impuls tot innovatie en duurzaamheid in de zin van gefocust op het zich zelfsturend aanpassen van regels of regelstelsels aan gewenste vernieuwing of bestending van het achterliggende belang.⁶ Dit ware beter te typeren als **extrinsieke optimalisatie**, waarbij 'smartness' zich richt naar innovatie en duurzaamheid als 'meta-publiek belang', lees een normatieve contingentiefactor voor de omgeving waarin de regels/stelsels toepasselijk moeten zijn. De betrokken rechtsnormen strekken er niet enkel toe publieke belangen te borgen, maar deze ook in termen van effectieve en efficiënte realisatie te faciliteren. Dat impliceert natuurlijk allereerst dat regels/stelsels erop zijn ontworpen, resp. toegerust dat hun effectiviteit en/of efficiëntie niet in het licht van veranderende maatschappelijke of technologische omstandigheden negatief wordt beïnvloed (zoals bij het obsoleet worden van een norm als gevolg van technische innovatie of het door techniekinnovatie 'achterstallig' en daardoor hinderlijk zijn van een norm bij het bereiken van grotere duurzaamheid). Notabene, innovatie kan hier op twee manieren worden begrepen; innovatie in termen van het ontwikkelen van nieuwe technieken, processen, instrumenten, stoffen, diensten en producten, en innovatie in termen van het bevorderen van de implementatie daarvan in de (voor toepassing vatbare) omgeving, zowel in termen van effectief als efficiënt implementeren (goed gebruik, maar ook snel en tegen geringe kosten). Beiden kunnen onze doelstelling zijn, maar zullen mogelijk tot andere uitkomsten leiden – bevordering van nieuwe techniekontwikkeling kan gebaat zijn bij meer 'soft law-achtige' normering, zoals co-regulering in de vorm van convenanten, terwijl innovatie als snelle implementatie gebaat kan zijn bij 'hard&fast rules' die ook met het oog op eigendomsrechten en concurrentieposities voldoende zekerheid geven.⁷

Kern van extrinsieke optimalisatie is dat bij de keuze en het ontwerp van regels en regelstelsels een mechanisme wordt gevonden waarmee, niet alleen een vroegtijdig obsoleet of hinderlijk worden van normen (door techniekspecificiteit, zoals van bepaalde typen infrastructuren) kan worden opgelost, maar ruimte wordt geboden aan autonome ontwikkeling (zoals bij open/doel/zorgplichtnormen) en een prikkel wordt gegeven tot belangenoptimalisatie (zoals bij het verhandelbaar maken van rechten).⁸ Duidelijk moge zijn dat hier ook het omslagpunt kan liggen waar norm en normstelling elkaar raken in de zin van de vraag of, zoals bij zorgplichten feitelijk het geval is, op een bepaald moment de nadere concretisering aan stake-holders kan worden overgelaten, zoals bij certificering het geval is. Op het moment dat dergelijke private regulering in beeld komt roept dit echter ook direct een juridische reflex op, verbonden met de eisen die in een democratische rechtsstaat gelden ten aanzien van vrijheidbeperkende normering m.h.o. op de behartiging van publieke belangen. De vraag is dan of in termen van besluitvormingsarena's een meer gedifferentieerd beeld mogelijk is, in termen van onderscheiden sets van 'good governance' criteria (als randvoorwaarden en interne rules of the game), zoals zich dat laat voorstellen naar ordeningsvormen hiërarchie, netwerken en markt, respectievelijk naar publiek en privaat. De vraag verlegt zich naar de mate waarin de normadressaat of de (meest) belanghebbenden ruimte krijgen om (binnen een bepaalde besluitvormingsarena). Dit type open-normering omwille van nadere normering is een interessante invulling van 'smartness', maar lijkt dan veeleer te wijzen op 'smartness' van het stelsel, omdat daarin besluitvormingsknopen (arena's) worden gesitueerd, dan 'smartness' van een enkele regel – in welke benadering een enkele zorgplicht dus eigenlijk, in definitieve zin, als een stelsel moet worden begrepen. Het stelsel kan intelligent zijn in termen van nadere besluitvorming. Voor de regel moet

⁶ De term autopoeïse en de wereld van de socio cybernetica dringt zich op. Vergelijk <http://www.fss.uu.nl/ms/cvd/tombe.htm>

⁷ Dit is een voorbeeld; het kan ook anders zijn.

⁸ En de lezer voorvoelt dat zorgplichten zich niet goed lenen voor gebruik als verhandelbaar recht.

intelligentie uit de regels zelf volgen; of zoiets ook op stelselniveau kan worden uitgewerkt is onderwerp van nader onderzoek.

16.

Dat onderzoek zal onoverkomelijk leiden naar het onderscheid tussen de **statische** en de **dynamische** dimensie van 'smartness'. Die dimensies zijn relevant in alle voorafgaande definities, maar kunnen ook leiden tot een aangescherpte definitie. Gesloten en open effectiviteit kunnen worden bereikt in het *hier en nu*, op basis van wat in het hier en nu werkt of niet werkt. Als de gestelde regel of het geïntroduceerde stelsel *volkomen effectief* is (d.w.z. zowel in 'gesloten' als in 'open' zin), is statisch een optimaal resultaat bereikt; we hebben een smart rule of regime. Toch zal dit niet bevredigend zijn vanuit het perspectief dat regels en stelsels functioneren in een dynamische omgeving. Tijd is een inherente parameter van het menselijk doen of nalaten, maar ook van de daarvoor relevante omgevingsfactoren (als binnen de rechtsnorm te kwalificeren rechtsfeiten die de voorwaarden bevatten voor het ontstaan van rechtsgevolgen – zie nr. 8).

Hoe kunnen we zorgen dat een regel of stelsel ook 'morgen', d.w.z. in de toekomst volkomen effectief kan zijn? Als we ook in die dynamische zin 'smartness' nastreven, bedoelen we iets anders dan dat de regelgever of ontwerper van het regelstelsel tot herziening kan besluiten en zo (volkomen) effectiviteit ook bij zich wijzigende omstandigheden kan verzekeren, al moet worden toegegeven dat het voorzien in de mogelijkheid van herformulering door de regelgever of een door hem aangewezen instantie (publiek en/of privaat; politiek of professioneel – krachtens delegatie of mandaat?) een 'slimme' manier kan zijn om normevolutie te bevorderen.

We bedoelen echter, zoals in fine van nr. 15 al bleek, dat de regel *zelf* het vermogen heeft om zich aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden. Zoals, om toch dat beeld weer even in te roepen, de '**smart bomb**' het vermogen heeft zelf het doel te zoeken. Dat voorkomt 'collateral damage', maar het is *ook* een verhoging van de kans op doeltreffendheid. Dat vermogen zit echter in de bom zelf, niet in een regie van personen (ergens achter de schermen). De criteria en condities moeten voor zijn gegeven maar de uitkomst is situatief contingent en de programmatuur die het mogelijk maakt om voor elke tijd-paats-omstandigheid de normatieve balans op te maken kan zodanig ingewikkeld zijn dat dit wellicht nog reconstrueerbaar is (althans zou moeten zijn) maar beschikbare capaciteit te boven gaat. Vraag blijft natuurlijk of 'smartness' zich in die zin beperkt tot het overwinnen van de beperkte menselijke capaciteit om tijdig bepaalde berekeningen uit te voeren, resp. consequenties te inventariseren, te classificeren etc., zodat een technische bewerking beter kan worden uitbesteed, of dat de bedoelde intelligentie ook tot het maken van afwegingen in staat moet worden geacht, waarmee we het domein van **artificiële intelligentie** binnen gaan (en ieder ons tot voorzichtigheid maant).

17.

Dit type intelligentie zal in elk geval verlangen dat er regels over regels (over regels enz.) zijn. Dat geldt al voor zoiets als het techniek of innovatiebestendig maken van regels, zoals bij de problematiek van diefstal van elektriciteit of digitale avatars. In feite is, zoals ook onder nr. 11 opgemerkt, de juridische methode van rechtsvinding en in het bijzonder de interpretatieleer te begrijpen als regels over (de uitleg en toepassing van) regels, en daarmee een **intelligente** manier om regels a.h.w. bij de tijd te houden. De intelligentie wordt hier aangebracht door (uiteindelijk) de rechter als derde deze regels bindend te laten toepassen. Soortgelijk kan de aanduiding door een hogere regelgever van leidende beginselen de context zijn waarbinnen een gedelegeerde, lagere regelgever toegekende bevoegdheden toepast en zo nodig voorziet in een eventueel noodzakelijke betekenisverschuiving. De aan deze regelgever of aan de rechter toegekende bevoegdheid is de 2^e orde rechtsrelatie (zie nr.) die doorwerkt in het bestaan resp. de inhoud van de 1^e orde normen en rechten (zie nr. 6). De 'hamvraag' is echter of het mogelijk is het type afweging dat deze bevoegde instanties op te nemen in de smart rule of het smart regime zelf. Wat het eerste betreft zouden we de gedragsnorm tevens moeten voorzien van een impliciete bevoegdheidscomponent (sic). Binnen het

rechtsstelsel is een schakering van gedrags- en bevoegdheidsnormen (van gedifferentieerde aard – op het spectrum algemeen-individueel-abstract-concreet) meer gebruikelijk maar de vraag is in welke mate zich dit laat automatiseren. Zo'n norm zou in feite neerkomen op een open norm in de zin van een gedefinieerd potentieel of spectrum waarbinnen normstelling zich 'materialiseert' al naar gelang de omstandigheden. In de kern van de zaak is dit – nogmaals – niet veel anders dan we al zien bij regels en regelstelsels met niet-technisch specifieke omschrijvingen (zoals de zorgplicht of aansprakelijkheid – in niet fysiek specifieke termen, vergelijk art. 6:162 BW), waarbinnen de normstelling op structurele of juist op incidentele basis, vergelijk de private normstelling in specifieke branches resp. de rol van de rechter op het leerstuk van de onrechtmatige daad, verder wordt gevoerd – vergelijk ook het concept van principle-based regulation (met invulling via NEN-normering en dergelijke). De slimheid zit nu echter in de regel, en daarmee slaat de legitimiteitsvraag natuurlijk direct toe. Maar nu in termen van de geoorloofdheid van (impliciete) delegatie van regelgevende bevoegdheid aan het systeem zelf, resp. mogelijkheden om een bepaalde ruimte voor nader te maken keuzes te definiëren – al is het maar via $x > y + 2$.

18.

'Smartness' in de regel(stelsel)s heeft vooral te maken met flexibiliteit of aanpassingsgeschiktheid van de regel. Inmiddels mag duidelijk zijn dat 'smartness' hier, gelet op de noties van gesloten en open effectiviteit, wordt verbonden met een breder palet aan **kenmerken**, zoals naast flexibiliteit ook robuustheid (bestand tegen ongewenste innovaties in de externe omgeving - 'Wat als elektriciteit niet als goed was aangemerkt?' -, maar ook veerkrachtigheid (of resilience) van rechtsnormen in de zin van externe veranderingen of plotselinge inbreuken goed kunnen opvangen en snel 'normatief herstellen' - als bamboe; buigen, niet afbreken.

Bij deze kenmerken wordt al snel aan de **borgende** dimensie van regels en regelstelsels gedacht, maar voor 'smartness' is ook de **faciliterende** of aanwakkerende functie belangrijk, in de zin van prikkels om 'het goede te doen' resp. bij te dragen aan een nog succesvoller dienen van het belangenpakket dat aan de regel c.q. het regelstelsel ten grondslag ligt. Bij die prikkels denken we vooral (maar niet uitsluitend) aan economische invullingen, meer in het bijzonder de statische en de dynamische efficiëntie. Statische of allocatieve efficiëntie ziet op de optimale toedeling van 'productiefactoren' (zodat bijvoorbeeld de vervuilingruimte voor CO₂-emissies tot het grootst mogelijke economische voordeel wordt gebruikt – hetgeen geïndiceerd wordt door wie er het meest voor biedt; uitgaand dan een goede prijs-informatie symmetrie). Dynamische efficiëntie heeft te maken met de bereidheid tot innoveren, zodat niet zozeer in vergelijkende zin, d.w.z. tussen concurrenten, maar in de relatie hulpbronnen-producten zelf optimalisatie wordt bereikt (minder hulpbronnen voor het zelfde product, meer product uit de zelfde hulpbron, betere hulpbronnen, betere producten...). Vooral concurrentie wordt gezien als een belangrijke prikkel om nieuwe producten te ontwikkelen of productieprocessen te verbeteren. Zo beschouwd kan de keuze van de markt als arena voor de realisatie van bepaalde belangen geïndiceerd zijn om deze efficiëntie te bewerkstelligen. 'Smartness' van regels en regelstelsels moet dan (mede) worden verwezenlijkt door een optimale vormgeving van de gereguleerde markt. Omgekeerd zijn er situaties waarin marktfalen wijst in de richting van overheidsbetrokkenheid, mogelijk zelfs in de vorm van een wettelijk monopolie. Ook dan zullen regels op dit gegeven moeten zijn afgestemd en moeten zij, anderszins dan door concurrentie, bijdragen aan dynamische efficiëntie. **Benchmarking** als normstellingsfiguur kan hierin een 'slimme regel' zijn voorzover bepaalde bedrijfsprocessen zich wel laten vergelijken, of op meerdere plaatsen (resp. in meerdere landen) sprake is van een monopolie. 'Smartness' wordt alsdan gerealiseerd via bijvoorbeeld een vergelijkenderwijs best ($x\%$) performance aanwijzingen.

19.

De vorm van het wettelijk monopolie als regelstelsel is tevens een goed voorbeeld van het gevaar van 'regulatory capture', waarbij de regelsteller afhankelijk is geworden van de kennis en positie van de wettelijk beschermde monopolist/dienstverlener. Dat gevaar

van regulatory capture blijft uiteraard aanwezig in een omgeving met relatief weinig marktpartijen. Hoewel dergelijke effecten in een omgeving waarin er ruimte is voor vrije toetreding minder snel mag worden verwacht blijft met name het proces van het vaststellen van normen voor industriële processen en producten een zaak waar marktpartijen grote belangen bij hebben, soms juist ook om innovatie (door bestaande of nieuw toetredende concurrenten) te remmen, althans zekerheid te krijgen over het kunnen terugverdienen van eerdere innovaties. De '*private interest*' factor van het normstellingsproces is een component van smart rules & regimes dat beslist aandacht behoeft bij de keuze en het ontwerp van regels en regel stelsel, en het ontwerpen van zo'n ontwerp.

D- Casus

20.

In het promotieonderzoek te verrichten door mr.drs. Lesley C.P. Broos, '*Innovating Legal Regimes in information infrastructure markets*',⁹ is het stimuleren van innovatie door het innoveren van juridische regimes (regelstelsels) het centrale doel. Het gaat om een onderzoek naar de mogelijkheden om door aanpassing van institutionele arrangementen de snelheid van innovatie in informatie-infrastructuurmarkten te laten toenemen, zonder afbreuk te doen aan de bescherming van (andere) publieke belangen door vigerende institutionele arrangementen. De innovatie ziet hier op het exploreren (ontdekken) of exploiteren (vermarkten) van nieuwe of verbeterde technologie. Bij institutionele arrangementen moet gedacht worden aan regels en regelstelsels (m.h.o. de behartiging van publieke belangen). In het onderhavige geval zijn de regels van telecommunicatiewetgeving, zowel in Nederland als in Europese context de primaire arrangementen, tegen de achtergrond van algemene arrangementen zoals de mededingingswet en de Awb. De primaire arrangementen beschermen publieke belangen zoals sectorale mededinging (ordering, toetreding en gedrag op de telecom-markt) en sectorale publieke belangen (zoals universele dienstverlening, veiligheid en bescherming van de persoonlijke levenssfeer). Het belang van innovatie is dat telecommunicatievoorzieningen en -toepassingen worden verbeterd (met het oog op consumentenbelangen, maar ook belangen in de sector bedrijvigheid, het functioneren van de overheid en de economie in meer algemene zin (denk ook aan de Lissabon-Agenda).

De hypothese is dat bepaalde arrangementen ter opheffing van m.n. marktinperfecties m.h.o. vornoemde publieke belangen, een remmende werking hebben op de innvatie (snelheid) in de informatie-infrastructuur sector en dat die remmingen kunnen worden opgeheven door een andere vormgeving van de desbetreffende arrangementen (aanpassing borging) respectievelijk dat arrangementen een (snelheid van) innovatiebevorderende vorm zouden kunnen krijgen (opnieuw zonder de bescherming van desbetreffende publieke belangen te verminderen).

21.

Aldus is een waardeneutrale conversie van regels en het regelstelsel het oogmerk van het onderzoek. In lijn met het recente WRR-rapport (Sturen op infrastructuren) gaat de aandacht uit naar de institutionele arrangementen en naar de vraag of , in de termen van die studie, via met name (publiek-private) 'horizontale verbindingen' (tussen toezichthouders, ministeries en infrastructuurorganisaties), teneinde bij te dragen aan meer coherentie in de voor innovatie van bestaande netwerken bepalende stabiele en stimulerende kaders voor investeren in infrastructuren. In de eerste fase van het onderzoek wordt onderzocht (of en zo ja,) welke institutionele arrangementen in het bijzonder van invloed zijn op de innovatie snelheid (mede op voet van het WRR-onderzoek, OPTA/IVIR-uitspraken en enkele 'uitrolcasus'). Hierbij wordt zowel gekeken

⁹ Promotoren prof.mr.dr. Michiel A. Heldeweg & prof.dr. Ramses A. Wessel (beiden UT). Voor de beschrijving is gebruik gemaakt van Broos' eigen onderzoeksopzet, oktober 2008.

naar invloedsfactoren op basis van theoretisch onderzoek als naar concrete casuïstiek (van regelgeving en praktijk). Op basis van de uitkomsten wordt de stap gezet naar de met name conversie van vertragende factoren in snelheidsneutrale of versnellende factoren, en van neutrale factoren in versnellende factoren (alsmede, uiteraard de borging van versnellende factoren). Daarbij zal een vergelijking worden gemaakt tussen twee scenario's; eentje waarbij innovatie wordt gezocht binnen de bestaande infrastructuur en eentje waarbij de innovatie verloopt door de introductie van nieuwe infrastructuren. De praktijk verschaft mogelijkheden om aan de hand van oude casuïstiek het5 te verwerven inzicht in governance of innovatie in deze sector te valideren (denk aan telefoon, ADSL, Kabeltelefonie, digitale TV etc) – hierin moet bijvoorbeeld blijken of de insteek van dynamische efficiëntie een algemene verklaring kan bieden voor de innovatiesnelheid, of dat andere parameters relevant zijn en zo ja, in welke mate).

Vanzelfsprekend zal het analyseren van innovatiesnelheid bepalende factoren gepaard gaan met een analyse van desbetreffende juridische arrangementen. Dat varieert van regels en regelingen inzake ordening (vrije of gereguleerde markt), toegangsrechten, financiering (subsidies, heffingen), tot en met technische normering. Het zal nodig zijn deze regels en stelsels te analyseren op hun eigenschappen en, voorzover deze als snelheidsbelemmerend of neutraal worden gekwalificeerd, te bezien welke eigenschappen van de regels daar in de betrekkelijke context verantwoordelijk voor zijn en welke alternatieve regels en stelsels voor handen zijn, en of hantering een gunstiger effect heeft op innovatiesnelheid.

22.

Helder mag zijn dat juridisch ontwerpen op voet van de elementen die in het voorafgaande zijn besproken in dit onderzoek een belangrijke rol zullen spelen. Een omvattende analyse van juridische determinanten voor de (snelheid van) innovatie is nog niet uitgevoerd en de mogelijkheid van een vertaling daarvan in andere typen van regels behoort tot de grote uitdagingen van het onderzoek. Het onderzoek heeft in deze zin deels een exploratief-analytisch karakter (welke institutionele factoren zijn relevant?) en anderzijds een ontwerpend-modellerend karakter (is het mogelijk algemene uitspraken te doen over welke soorten regels en/of regelstelsels bevorderlijk zouden zijn voor innovatiesnelheid, in de vorm van in de praktijk bruikbare modellen?). Voorstelbaar is dat het onderzoek uitwijst dat bepaalde karakteristieke eigenschappen van regels en regelstelsels een meer of minder goede 'match' maken met innovatiesnelheid bevorderende factoren, zodat de analyse in termen van een soort (ideale) 'alignment' van institutioneel-juridische arrangementen op sectorspecifieke positieve innovatienarratieven of -scenarios kan worden uitgevoerd. Regulering kan hier het gereguleerd incomplete contract zijn waarbinnen innovatie binnen bepaalde grenzen optimaal kan worden gerealiseerd.

E – In Fine

23.

Veel dat redelijkerwijs nog met de notie van 'smart rules & regimes' zou kunnen worden verbonden is niet aan de orde gekomen. Zo ontbreekt een vergelijk met de denkwereld die bekend staat onder de naam 'Better regulation'.¹⁰

In de hierboven kort besproken casus is een (m.n. op snelheid toegespitst) voorbeeld van hoe 'Smart rules & regimes' gaan over de geschiktheid van regels en regelstelsels voor het mogelijk maken, bevorderen en in goede banen leiden van (toepassing van) sociale en technologische innovatie(s). Verder onderzoek richt zich op de reguleringsvormen en kaders als institutionele omgeving waarbinnen innovatie vorm moet krijgen. Deregulering is een populaire formule voor innovatie, maar het gaat (hier)

¹⁰ Vergelijk http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_en.htm

vooral om slimme regels en regelstelsels als prikkel tot innovatie, zoals in het octrooirecht of bij verhandelbare publieke rechten, quasi-markten voor publieke goederen zoals in de energie- of telecommarkt, of efficiënter en effectiever aansluiten bij sectoren, zoals bij zorgplichten, pps, bestuurlijke samenwerking, (zelf)certificering en bij normalisatie-&prestatie(normen) en bij concurrentie tussen regelstelsels, alsmede naar adaptabiliteit van regels en regelstelsels (dynamisch efficiënte juridische waarborging). Regels en regelstelsels worden onderzocht op hun comparatieve 'dynamische efficiëntie' of op de mogelijkheid van concurrentie tussen stelsels.