

University of Groningen

Zelfregulering in opdracht ondermijnt de autonomie

Westerman, Pauline

Published in:
Recht der Werkelijkheid

DOI:
[10.5553/RdW/138064242016037001004](https://doi.org/10.5553/RdW/138064242016037001004)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Westerman, P. (2016). Zelfregulering in opdracht ondermijnt de autonomie. *Recht der Werkelijkheid*, 37(1), 50-54. <https://doi.org/10.5553/RdW/138064242016037001004>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

FORUM

‘Zelfregulering in opdracht ondermijnt de autonomie’

Pauline Westerman

In zijn boek *De Wet als Kunstwerk* formuleert Willem Witteveen zijn negende stelling als volgt: ‘Men moet waar dit kan aan zelfregulering de voorkeur geven boven regulering, om zo de autonomie van de burgers (als zelfwetgevers) te bevorderen.’¹ Op zichzelf genomen lijkt me dit een waarheid als een koe. De term ‘autonomie’ is niets anders dan Grieks voor zichzelf (auto) de wetten (nomoi) stellen. Men kan dus zeggen dat zelfregulering de autonomie niet bevordert, maar niets anders is dan autonomie.

Toch is dit niet altijd het geval. Er zijn situaties waarin zelfregulering de autonomie juist ondermijnt. Om dit in te zien is het van belang om onderscheid te maken tussen spontane zelfregulering en zelfregulering in opdracht. Spontane zelfregulering vindt bijvoorbeeld plaats in de Chagga-stam waarover Sally Moore spreekt,² in de middeleeuwse gilden, of in mijn tekenclubje als de docent eens ziek is. Maar wanneer wetgevers het begrip ‘zelfregulering’ in de mond nemen, bedoelen zij gewoonlijk heel iets anders. Zij doelen dan op de ‘zelfregulering’ die het gevolg is van een opdracht daartoe. Die opdracht kan worden gegeven in een Europese richtlijn of kan worden vereist door een zorgplicht. Overheden en/of toezichthouders stellen dan de kaders vast voor een dergelijke zelfregulering door een doel voor te schrijven en er een rapportageverplichting aan toe te voegen. Als men spreekt over de zelfregulering in de tabaksindustrie, de zorg, het hoger onderwijs of de bancaire sector, dan heeft men het over een dergelijke zelfregulering in opdracht. De vraag is nu of deze zelfregulering wel leidt tot autonomie, of zelfs maar als een vorm van autonomie te kenschetsen is.

Zelfregulering in opdracht kan worden omschreven als uitbesteding van de regelgeving. Uitbestedingsrelaties worden gewoonlijk geconceptualiseerd met behulp van het bekende Principal-Agent model, waarbij de P een opdrachtgever is die de middelen heeft om een agent in te huren die P’s doel moet zien te verwezenlijken. P heeft niet de benodigde lokale kennis om dat doel zelf te bereiken en is hierin aangewezen op de A. P-A-relaties worden dan ook vaak vergeleken met de relatie tussen de toerist en de taxichauffeur. De toerist die op een onbekende bestemming aankomt en naar zijn hotel wil, heeft weliswaar de middelen, maar is niettemin aangewezen op de kennis van de lokale taxichauffeur om zijn doel te bereiken.³ De toerist loopt daarbij het bekende risico dat de taxichauffeur hem

1 P. 38.

2 Moore 1973.

3 Broadbent et al. 1996.

afzet of nodeloos omrijdt. De leidende vraag van veel economische en speltheoretische literatuur luidt dan ook: hoe is te voorkomen dat de A zijn eigen doelen stelt boven die van de P? Een vraag die prangend is, omdat het de P nu juist ontbreekt aan de benodigde kennis om A's gedrag te kunnen beoordelen. Over die vraag ga ik het hier echter *niet* hebben.

Mijn vraag is een andere: wat gebeurt er eigenlijk als regelgeving wordt uitbesteed? Dan springen twee bijzonderheden in het oog. Ten eerste wordt door de P bepaald wie de zelfregulerende entiteit eigenlijk is en hoe deze is samengesteld. In de Kwaliteitswet zorginstellingen werd bijvoorbeeld nadere regelgeving uitbesteed aan een zogenoemde Stuurgroep, bestaande uit zorgverleners, beroepsverenigingen en zorgverzekeraars. Deze groep werd dus uitgenodigd en samengesteld door de overheid.

Een tweede bijzonderheid betreft de aard van de activiteit. Als activiteiten zoals 'schoonmaken' of 'autorijden' worden uitbesteed, dan heeft dat geen gevolgen voor de aard van de activiteit zelf. De activiteit wordt alleen door andere actoren verricht. Maar mijn stelling is dat uitbesteding van regelgeving gevolgen heeft voor de aard van het soort regels dat wordt geproduceerd.

Om dat te laten zien maak ik gebruik van een gedachtenexperiment. Laten we ons voorstellen welke soorten regels opgesteld worden in de context van spontane zelfregulering. Stel, een groep verpleegkundigen stelt regels op teneinde hun gemeenschappelijke taak, de ziekenverzorging, beter te kunnen uitvoeren. Welke soorten regels zullen zij dan opstellen? Vier soorten regels liggen voor de hand. Ten eerste zullen ze regels opstellen die werkprocessen ordenen en het mogelijk maken dat de leden van de groep samenwerken. Ten tweede kunnen we verwachten dat enkele ambachtelijke regels ofwel vuistregels ontstaan die het mogelijk maken bepaalde taken efficiënt uit te voeren. Een derde type regels ziet op de verdeling van middelen onder de groepsleden. Ten slotte zal een vierde categorie regels betrekking hebben op de rechten en plichten die de leden van de groep hebben in het opstellen en toepassen van de eerste drie genoemde soorten regels: zogenoemde meta-regels.⁴

Waarom zouden onze verpleegkundigen dergelijke regels opstellen? Ten eerste, omdat dergelijke regels een zekere heuristische functie hebben: zij vergemakkelijken het beslisproces en ontheffen beslissers van de plicht om eindeloos te delibereren over hetgeen hen te doen staat.⁵ Ten tweede kunnen regels dienen om handelingen of beslissingen te rechtvaardigen. Als ik mijn studenten vertel dat ze hun paper op 10 maart moeten indienen, dan kan een beslissing om een later ingediend paper niet te beoordelen met een beroep op die regel worden gerechtvaardigd. Om dezelfde reden kan een regel dienen als aanknopingspunt voor kritiek. Studenten kunnen verwijzen naar dezelfde regel als zij hun paper wel voor de aankondigde deadline hebben ingediend en daarmee mijn beslissing tot uitsluiting bekritisieren. Dit impliceert een vierde functie van regels, namelijk dat willekeur wordt tegengegaan.

4 Vgl. de 'secondary rules' waarover Hart (1997) spreekt.

5 Regels vervullen deze functie, omdat zij dienen als 'exclusionary reasons'. Raz 1990.

Pauline Westerman

Deze nuttige functies van regels impliceren niet dat regels noodzakelijkerwijs rechtvaardig zijn. De regel dat alle roodharigen dienen te worden gepest, is een onrechtvaardige regel, maar vervult niettemin alle vier genoemde functies en maakt daarmee mogelijk dat mensen hun handelingen op elkaar afstemmen.

Heel anders is het bij zelfregulering in opdracht, waarbij de P de kaders en doelen opstelt waarbinnen regelgeving door een A moet plaatsvinden. De doelen die door P worden gedefinieerd, zijn niet noodzakelijkerwijs de doelen die de A zelf het belangrijkste vindt en de doelen die A het belangrijkste vindt, worden niet noodzakelijkerwijs als zodanig beschouwd door P. Onze groep verpleegkundigen zou zich dus genoodzaakt kunnen zien om nieuwe regels op te stellen teneinde tegemoet te komen aan de doelen die door P zijn vastgesteld. Omgekeerd kunnen sommige regels die het product zijn van de spontane zelfregulering niet of met moeite worden ingepast in de kaders die door P zijn vastgesteld. En zelfs waar de A in het algemeen de doelen deelt die door P worden opgelegd, kan de A niettemin eveneens andere zaken van belang vinden die niet eens worden genoemd door P.

Maar stel nu dat deze meningsverschillen zich niet voordoen, dat P en A geleid worden door dezelfde doeleinden en het ook eens zijn over de onderlinge prioritering van die doelen. Zelfs in dat geval krijgen de regels van A een geheel andere functie. Deze regels dienen nu immers met name ter rechtvaardiging van het eigen functioneren ten opzichte van P. De rechtvaardigende functie van regels krijgt de overhand boven de andere genoemde functies van regels. En let wel: de regels dienen nu niet om handelingen en beslissingen te rechtvaardigen ten opzichte van de andere leden van de groep, maar ten opzichte van de P. Deze rechtvaardigende functie wordt belangrijker naarmate de A afhankelijker is van P voor de middelen waarover A zal kunnen beschikken of voor A's voortbestaan als institutionele entiteit.

De dominantie van de (extern) rechtvaardigende functie boven de andere genoemde functies brengt met zich mee dat de regels ook anders zullen worden geformuleerd. De aard en formulering van de regels hangen ten nauwste samen met de functie die zij geacht worden uit te oefenen. Als regels slechts dienen als heuristische middelen om het beslisproces te vereenvoudigen, dan kunnen zij worden geformuleerd als flexibele richtlijnen die uitzonderingen toelaten. Maar als zij vooral dienen ter beperking van willekeur of als zij dienen ter rechtvaardiging, dan moeten ze expliciet en publiek toegankelijk zijn. Een rechter kan heel goed in haar eigen oordeelsvorming worden geleid door informele vuistregels, maar deze vuistregels kunnen niet dienen ter motivering van haar oordeel, omdat zij niet toegankelijk zijn voor anderen en door hen kunnen worden nagetrokken.

Hetzelfde geldt voor het soort regels die door A worden opgesteld in opdracht van P. Als zij dienen als rechtvaardiging naar P, dan moeten ze worden geformaliseerd en geëxpliciteerd, objectiveerbaar en controleerbaar zijn. En dit is dan ook precies hetgeen gebeurt met de regels die waren opgesteld door onze fictieve groep verpleegkundigen. De regels met betrekking tot de werkprocessen worden nu bijvoorbeeld geformaliseerd in zogenoemde 'flowcharts', die worden overlegd om P te laten zien dat de groep goed georganiseerd is en in staat is om de doelen te verwezenlijken die worden beoogd door P. Dat betekent dat werkprocessen die *niet*

op deze manier kunnen worden geformaliseerd, gedoemd zijn uit dergelijke documenten te verdwijnen of te worden vervangen door processen die beter te objectiveren en te visualiseren zijn. Hetzelfde gebeurt met de ambachtelijke vuistregels. Zij zullen worden geherformuleerd tot strikte protocollen, omdat ze alleen in deze vorm bescherming kunnen bieden tegen aansprakelijkheidsclaims.⁶ Het wordt belangrijker om te bewijzen dat het protocol werd gevolgd dan dat een goed resultaat werd bereikt.

Maar de meest drastische transformatie wordt ondergaan door de regels die betrekking hebben op de allocatie van middelen en de regels die rechten en plichten toewijzen. Zij hebben immers betrekking op de verhoudingen tussen de leden van de groep onderling en de verdeling van lusten, lasten, rechten en plichten. Voor de groep verpleegkundigen zijn deze regels de belangrijkste van allemaal en ze zullen het meest worden bediscussieerd. Maar voor de P vervullen deze regels een geheel andere functie. Voor P vervullen deze regels voornamelijk een heuristische functie: zij stellen hem in staat om relatief snel een oordeel te kunnen vellen over de vraag of de groep naar behoren functioneert. De allocatie- en metaregels dienen ertoe om hem te laten zien *dat* er een verdeelsleutel is en *dat* rechten en plichten zijn gedefinieerd. De inhoud van deze regels is voor P van minder belang, want P maakt zelf immers geen deel uit van de groep waarop de regels betrekking hebben. Hoe de rechten, plichten, lusten en lasten zijn verdeeld, is voor P dan ook minder relevant dan voor de verpleegkundigen.

Uiteraard betekent dit alles niet dat de A nu geheel en al ophoudt zichzelf te reguleren, maar opgemerkt moet worden dat A geneigd zal zijn te anticiperen op P's oordeel en naar zijn eigen activiteiten en regels zal kijken vanuit het oogpunt van de buitenstaander. Regels zullen niet alleen worden *gepresenteerd* met het oog op P's oordeel, maar zullen in toenemende mate ook worden *opgesteld* met P's mogelijke oordeel in het achterhoofd. Kwaliteitszorgsystemen bieden niet alleen protocollen voor de wijze waarop de instelling zich naar buiten toe moet verantwoorden, maar dienen ook als leidraad voor intern gebruik. Performance-indicatoren vergemakkelijken niet alleen het beslisproces voor externe auditoren, maar spelen ook een rol bij de beoordeling van de eigen werknemers. Dat betekent dat interne regels niet eerst vanuit een actorperspectief worden ontwikkeld en pas daarna worden vertaald in een taal die voor P begrijpelijk is, maar dat zij van meet af aan worden ontworpen vanuit een buitenstaandersperspectief.

Ik denk dat we daarom niet voorzichtig genoeg kunnen zijn met de term zelfregulering. Wanneer de term gebruikt wordt op eufemistische wijze, om uitbestede regelgeving aan te duiden, dan leidt zelfregulering tot precies het omgekeerde gevolg als hetgeen was voorzien door Willem Witteveen. Dan leidt zelfregulering niet tot bevordering, maar tot ondermijning van autonomie.

6 Berg 1997.

Pauline Westerman

Referenties

- Berg, M., Problems and Promises of the Protocol, *Soc.Sci.Med.* 1997, Vol. 44, nr. 8, p. 1081-1088.
- Broadbent, J. et al., 'The development of principal-agent, contracting and accountability relationships in the public sector: conceptual and cultural problems', *Critical Perspectives on Accounting* 1996, 7, p. 259-284.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law* (2nd ed., with a postscript edited by P.A. Bulloch & J. Raz), Oxford University Press 1997.
- Moore, S.F., 'The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study', *Law & Society Review* 1973, 7, 719-746.
- Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Princeton 1990 (orig. 1975).