

4. Deregulering, wetgevingskwaliteit en wettelijk geconditioneerde zelfregulering

‘Everything should be made as simple as possible, but not simpler!’

(Albert Einstein)

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2, dat ging over de totstandkoming en inhoud van de WMCZ, was te zien dat de opzet van ieder nieuw wetsvoorstel werd gemotiveerd aan de hand van dereguleringsdenken en de veranderde visie op wetgeving. Desondanks bleek de uitwerking van dit dereguleringsdenken per wetsvoorstel sterk te verschillen. Werd de WDFZ eind jaren ‘80 nog gekenmerkt door een beperkt toepassingsgebied¹ en een tamelijk uitvoerige regeling van de cliëntenraad, zijn medezeggenschapsbevoegdheden en zijn invloed op de samenstelling van het bestuur, typerend voor de WMCZ is daarentegen juist het brede toepassingsgebied² en de inhoudelijk zeer beperkte regeling van de cliëntenraad en zijn bevoegdheden (een vorm van wetgeving die werd aangeduid met de term ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’). Gezien deze ‘zig-zag-beweging’ en de in hoofdstuk 3 omschreven, omvangrijke hoeveelheid kritiek die al tijdens de totstandkoming van de WMCZ op de vormgeving en het toepassingsgebied kwam, rees aan het eind van hoofdstuk 3 de vraag of in de WMCZ wel op een juiste wijze uitwerking is gegeven aan het ‘dereguleringsdenken’ en de ‘kwaliteitseisen voor de regelgeving’.

¹ Het wetsvoorstel had slechts betrekking op intramurale zorginstellingen waar cliënten duurzaam verblijven (zie: subparagraaf 2.5.1).

² Zoals in subparagraaf 2.6.1 reeds naar voren kwam is de WMCZ slechts van toepassing op alle door de overheid gefinancierde instellingen op het gebied van zowel de maatschappelijke zorg als de gezondheidszorg.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is het van belang eerst te weten wat het dereguleringsdenken precies inhoudt, hoe het is opgekomen en op welke wijze daaraan in zijn algemeenheid in het verleden uitvoering is gegeven. Daar zal in de eerst volgende paragraaf van dit hoofdstuk de nodige aandacht worden besteed (zie: paragraaf 4.2). Omdat het dereguleringsdenken, dat begin jaren '80 opkwam, in het begin van de jaren '90 is overgegaan in het bredere denken over de kwaliteit van wetgeving, wordt in de daarop volgende paragraaf voorts aandacht besteed aan het begrip 'wetgevingskwaliteit' (zie: paragraaf 4.3). In deze paragraaf zullen onder meer de verschillende kwaliteitseisen voor de wetgeving, zoals die onder andere worden omschreven in de nota 'Zicht op wetgeving'³, onder de loep worden genomen. Daarbij zal worden bekeken in hoeverre de vragen en punten van kritiek die aan de orde zijn gekomen in hoofdstuk 3, kunnen worden gerubriceerd onder deze kwaliteitseisen. Omdat de wetgever bij de WMCZ heeft gekozen voor de vorm van 'wettelijk geconditioneerde zelfregulering' zal tot slot in de vierde paragraaf ook nog worden ingegaan op vragen als: wat houdt wettelijk geconditioneerde zelfregulering in, welke voordelen zijn er aan verbonden, in welke gevallen kan het worden toegepast en aan welke voorwaarden dient het te voldoen (zie: paragraaf 4.4).

4.2 Deregulering

In deze paragraaf wordt ingegaan op het dereguleringsdenken zoals dat begin jaren '80 opkwam. In dat kader zal eerst de situatie geschetst worden die aanleiding vormde tot het voeren van een dereguleringsbeleid. Vervolgens zal inzicht worden verschaft in de wijze waarop men aanvankelijk uitvoering gaf aan dit beleid, op welke punten dit mislukte en wat de oorzaken daarvan waren. De paragraaf zal worden afgesloten met een opsomming van de aan deregulering verbonden gevaren.

4.2.1 De noodzaak van deregulering

De term 'deregulering' is afkomstig van het Amerikaanse woord 'deregulation'. Ook het gedachtegoed dat aan deregulering ten grondslag ligt, vindt zijn oorsprong in de Verenigde Staten (VS). Eind jaren '70 wezen aanbodeconomen in dat land voor het eerst op de negatieve effecten van (teveel) overheidsregulering op economie en bedrijfsleven.⁴ Vanaf 1978 werden daarom, eerst onder president Carter en later onder president Reagan, pogingen ondernomen om de rol van de overheid te verkleinen ten gunste van de vrije markt.⁵ Toen het deregule-

³ Deze nota diende als uitgangspunt bij de vormgeving van de WMCZ (zie: subparagraaf 2.6.1).

⁴ Deze economen, die in de VS werden aangeduid met de term 'supply siders', hamerden op de noodzaak om belemmeringen die de marktwerking frustreerden weg te nemen en hanteerden dan ook het devies: 'meer markt, minder overheid' (zie: De Kam & De Haan 1991, p. 14).

⁵ Voor een goed begrip van de strekking van het begrip 'deregulering' in Nederland is enige kennis van de 'deregulation' in de Verenigde Staten volgens De Ru dan ook onontbeerlijk (zie: De Ru 1991,

ringsdenken zo rond 1980 overwaaid naar Europa, vond het ook daar een rijke voedingsbodem. Naast de economische malaise waarin de meeste landen in die periode verkeerden, werd er in landen als het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Duitsland namelijk al geruime tijd sterk geklaagd over de toenemende onbestuurbaarheid van de samenleving.⁶

Ook in Nederland stelde de steeds maar uitdijende verzorgingsstaat ons voor grote problemen. In de jaren '60 en '70 heerste er in ons land nog een staatsvisie die werd gekenmerkt door een optimistische verwachting van een actievare rol van de overheid in de samenleving, waarbij – zo bleek in paragraaf 2.2 – de overheid het tot haar taak rekende om zowel direct als indirect het welzijn van haar burgers te bevorderen en daarbij zoveel mogelijk materiële gelijkheid, in de zin van gelijke ontplooiingskansen voor een ieder, te bewerkstelligen.⁷ Men ging daarbij uit van het idee dat de maatschappij in hoge mate stuurbaar en maakbaar is. Naast codificatie als de klassieke functie van de wetgever – waarbij de wetgever recht dat in de samenleving is ontstaan in de wet opneemt – ging de wetgever zich in deze periode vooral bezighouden met 'modificatie'. Met dit laatste wordt bedoeld, het door de wetgever zelfstandig creëren van recht en het eenzijdig van bovenaf opleggen van dat recht aan de maatschappij, met de bedoeling de samenleving in de door de wetgever gewenste richting te sturen en te ordenen.⁸ Vaak vond dit plaats in de zwaarst denkbare vorm van staatsinterventie, namelijk door middel van gebods- en verbodsbepalingen.

Dit actief sturende optreden van de overheid leidde tot een enorme toename van de regelgeving. Om aan deze productie te kunnen voldoen ontwikkelde de relatie tussen regering en parlement zich van een dualistische naar een steeds meer monistische verhouding en trad er 'verticale verkokering' op.⁹ Dat laatste hield in dat de besluitvorming van regering en parlement voor een steeds belangrijker deel werd bepaald door voorafgaand departementaal overleg tussen ambtelijke, maatschappelijke¹⁰ en politieke insiders. Omdat dit overleg in hoge mate introvert was, kwam men weinig tot strategische afwegingen en algemene gezichtspunten als eenheid, eenvoud en consistentie van het beleid. Dit leidde tot wettelijke regelingen die onvoldoende op elkaar waren afgestemd, hetgeen

p. 78 e.v. en zie voor meer informatie over het dereguleringsproces in de Verenigde Staten voorts: Noordhoek 1985).

⁶ Donner 1985, p. 1.

⁷ De formulering en totstandkoming van sociale grondrechten als het recht op kwalitatief goede gezondheidszorg (artikel 22 Gw), vormen een kenmerkend uitvloeisel van deze periode (zie: Janse de Jonge 1997, p. 26-29).

⁸ Koopmans introduceerde het begrip 'modificatie' in zijn oratie uit 1970 (zie: Koopmans 1970, p. 3). Het onderscheid tussen recht dat uit de samenleving afkomstig is en recht dat door de wetgever is gecreëerd, werd in 1927 echter al door Molenaar gemaakt, die beide uitersten omschreef als 'autonoom' respectievelijk 'heteronoom recht' (zie: Veldkamp (red.) 1966, p. 72-87). In 1997 wist Loonstra hier nog enkele tussenvormen aan toe te voegen, waaronder het 'hetero-autonoom recht' (het door de wetgever gecodificeerde 'autonome recht'). (Zie: Loonstra 1997, p. 21.)

⁹ Geelhoed 1993, p. 36.

¹⁰ Er was in ons land een klimaat ontstaan waarin belangengroepen de neiging hadden om van alles van de overheid te vragen. Publieksgroepen vormden in grotere mate dan voorheen belangenorganisaties, die via participatie deel probeerden te krijgen aan de besluitvorming. (Zie: WRR-rapport 1977, nr. 15, p. 54.)

verwarring en verstoring veroorzaakte in het maatschappelijke verkeer.¹¹ Ook had men weinig oog voor uitvoerings- en handhavingsaspecten. Was de wet voor de politicus vooral een middel om zijn preferenties weer te geven, voor de beleidsambtenaar was het in de eerste plaats een instrument dat hij nodig had om ‘zijn beleid’ te verwezenlijken. De vraag of het product dat uiteindelijk in het Staatsblad terechtkwam wel zou werken, kwam daarbij volgens Geelhoed in ieder geval niet als eerste aan de orde.¹² Toen door de oliecrisis in 1973 halverwege de jaren ‘70 de economische recessie intrad, begon het bedrijfsleven steeds meer te protesteren. De toegenomen regelverdichting en regeldruk bemoeilijkte een efficiënte bedrijfsvoering, hetgeen leidde tot een (verdere) verslechtering van de internationale concurrentiepositie.¹³ Aan de hand van de in de VS door met name economen en bestuurskundigen ontwikkelde dereguleringsgedachten, begon daarom ook de Nederlandse wetgever zich te bezinnen op maatregelen die de marktsector uit zijn institutionele verstarring zouden kunnen bevrijden.¹⁴

De lasten die voor het bedrijfsleven uit de regelgeving voortvloeiden, bleken echter slechts één kant van de medaille te zijn. De opkomst en uitbreiding van de verzorgingsstaat had niet alleen geleid tot een toename van de regelgeving, maar was ook gepaard gegaan met een verhoging van de staatsuitgaven, een vergroot beslag van de collectieve sector op de nationale huishouding, een sterke groei van het aantal ambtenaren, een steeds verdergaande centralisatie en een steeds stroevere organisatie van het overheidsapparaat. Een situatie die door de verslechterende economie in toenemende mate onbetaalbaar werd. Voorts diende zich naast de toegenomen ‘apparaatskosten’ een nog fundamenteeler probleem aan: onze democratische rechtsstaat dreigde in zijn geheel vast te lopen. De wetgever was – mede door zijn eigen ambities – in de loop van de tijd onder een toenemende prestatiedruk komen te staan. In termen van kwantiteit en kwaliteit werden er vanuit de samenleving steeds hogere eisen gesteld aan het optreden van de overheid. Men verwachtte van de overheid dat deze steeds beter, effectiever en efficiënter zou reageren op de vraag naar publieke oplossingen voor zich nieuw voordoende problemen.¹⁵ Ook leidden internationale ontwikke-

¹¹ Cie.-Geelhoed 1984, p. 16.

¹² De verschillende partijen die deelnamen aan het wetgevingsproces leken zich volgens Geelhoed onvoldoende bewust te zijn van het feit dat door wetgeving beleid werd omgezet in normen, waaraan men gehouden is en waarvan men de gelding moet verzekeren. Dat transformatie van beleid in positief recht haar eigen neveneffecten in termen van verplichtingen en aanspraken meebrengt, werd volgens hem niet zelden pas vastgesteld als het al te laat was. Men zag de beperkingen die aan een wet als samenstel van rechtsnormen eigen zijn, over het hoofd. (Zie: Geelhoed 1985, p. 11.)

¹³ In 1977 bijvoorbeeld, bleek uit een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) reeds dat de toenemende ordenende overheidsbemoeienis met name op economisch en ruimtelijk gebied leidde tot conflicten tussen overheid en burgers (zie: WRR-rapport 1977, nr. 15, p. 53). Het Verbond van Nederlandse Ondernemers (VNO) pleitte in 1982 dan ook voor een benadering van deregulering vanuit de versturende en belemmerende invloed van veel regelgeving op het functioneren en de ontwikkeling van ondernemingen, de zogenoemde ‘onbedoelde neveneffecten’ (zie: Vulpen 1985, p. 33).

¹⁴ Bij deze operatie kwamen onder meer rapporten als ‘Deelrapport 31’ en het ‘rapport-Van der Grinten’ tot stand (zie: *Kamerstukken II* 1981-82, 16 525, nr. 57 respectievelijk *Kamerstukken II* 1982-83, 17 931, nr. 5). Deze rapporten gaan niet veel verder dan het kijken naar regels die rechtstreeks op het bedrijfsleven drukken.

¹⁵ Geelhoed 1993, p. 33-38.

lingen als de uitbouw van de Europese Economische Gemeenschap (EEG) tot de Europese Gemeenschap (EG) en later de Europese Unie (EU) en de steeds verdergaande globalisering tot een (internationale) druk tot meer regelgeving. Daarnaast leidden de snelle technologische veranderingen er ook nog eens toe dat op bepaalde terreinen (zoals die van milieu-, veiligheids- en levensmiddelenwetgeving) bestaande wet- en regelgeving snel obsoleet werden en vervangen dienden te worden. Deze toegenomen prestatiedruk riep voor de wetgever een zekere spanning op, omdat de handelingsruimte van de wetgever in de tussentijd steeds meer was afgenomen. Dit als gevolg van reeds bestaande en in toeneemende mate onbeheersbaar wordende complexen van wet- en regelgeving en door de zojuist al genoemde afnemende autonomie van de nationale wetgever ten gunste van supranationale organisaties.¹⁶ Doordat de samenleving in cultureel en sociaal-geografisch opzicht steeds heterogener en dynamischer was geworden en er zich een groeiende diversiteit in inkomens- en leefsituaties voordeed, werd het voor de wetgever ook nog eens steeds moeilijker om uitwerking te geven aan het beginsel van materiële gelijkheid. Dat ging namelijk noodzakelijkerwijs gepaard met steeds complexer wordende wetgeving.¹⁷ Geelhoed constateerde dan ook dat de naar perfectie en naar volledige beheersing strevende overheid zichzelf uiterst kwetsbaar had gemaakt voor maatschappelijke ontwikkelingen. Waar men dacht in termen van actieve sturing en instrumenten, moest men constateren dat men eerder object dan subject van maatschappelijke verandering was geworden.¹⁸

Onder invloed van de op hem rustende prestatiedruk overvroeg 'de overvraagde wetgever' op zijn beurt het openbaar bestuur. Volgens Geelhoed stond tegenover de overproductie aan beleid in termen van wetgeving, financiële arrangementen en nota's, een structureel overbelast uitvoerend en handhavend apparaat.¹⁹ De druk van de Haagse overproductie aan beleid, rustte volgens Geelhoed met name op decentrale overheden en gedeconcentreerde diensten.²⁰ Daarnaast werden ook veel instellingen van het particulier initiatief, die door de overheid waren ingezet bij de verwezenlijking van haar beleidsdoelstellingen, in toenemende mate onderworpen aan zeer ingewikkelde en minutieuze regelingen.²¹ Omdat het uitvoerend apparaat de regeldruk niet aankon, ging het zijn eigen prioriteiten stellen, hetgeen door Geelhoed werd aangeduid als 'de kloof

¹⁶ Veel bestaande regelingen schiepen volgens Geelhoed onbedoeld en onvoorzien nieuwe maatschappelijke problemen, die op hun beurt om een oplossing vroegen, welke dan bij nadere regelgeving moest worden gevonden. Een bestaand wetgevingscomplex dreigde zo een doolhof van regels te worden, dat niet alleen steeds maar uitdijde, maar ook steeds ingewikkelder werd en daardoor een onevenredig beslag legde op de aandacht en capaciteit van wetgever, bestuur en de rechterlijke macht en een grote belemmering vormde voor dringend nodige nieuwe wetgeving. (Zie: Cie.-Geelhoed 1984, p. 9-11 en Geelhoed 1985, p. 9.)

¹⁷ Geelhoed 1993, p. 35.

¹⁸ Geelhoed 1985, p. 9.

¹⁹ Geelhoed 1993, p. 36.

²⁰ Geelhoed 1985, p. 7.

²¹ Cie.-Geelhoed 1984, p. 12. Geelhoed wees ook later nog op het feit dat juist op die terreinen waar het publieke en private domein ineengevloeid waren, zoals op het terrein van de sociale zekerheid, de volkshuisvesting en de volksgezondheid, de meest ondoordringbare en omvangrijke wetgevingscomplexen waren te vinden (zie: Geelhoed 1993, p. 45).

tussen wetgeving en de bestuurlijke praktijk'. Donner omschreef dit proces als: '(...) het verschijnsel dat we reeds zo met voorschriften en regels zijn overdekt, dat de vloed van circulaire en pseudowetgeving zulke omvang aanneemt dat betrokkenen het amper nog kunnen lezen, het misschien nog net kunnen opbergen, maar niet meer in staat zijn om het werkelijk toe te passen en allemaal te handhaven.'²² Men dreigde daarbij volgens Donner het onderscheid te verliezen tussen wat belangrijk was en wat minder belangrijk. Belangrijke zaken kwamen niet of nauwelijks meer aan bod, terwijl over onbeduidende details eindeloos werd 'gemillimeterd'. Hij omschreef deze situatie als één van 'ontregeling' en 'ontredding'. Het bestuur viel daarbij uiteen in kleinere eenheden die niet meer precies wisten wat zij nu moesten doen. Door het verslappen en op sommige plaatsen verdwijnen van de greep van de wetgever op het bestuur, zat er volgens Donner geen lijn meer in het openbaar bestuur.

Dit alles had tot gevolg dat de verhouding tussen bestuur en burger steeds moeizamer werd. Aanspraken die de wetgever aan de burger had toegekend werden niet meer geldend gemaakt, terwijl op de burger rustende verplichtingen steeds minder vanzelfsprekend werden nageleefd.²³ Omdat het openbaar bestuur sinds de Tweede Wereldoorlog steeds verder was 'gejuridificeerd' – denk aan de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – noemde Geelhoed de tekortkomingen in de uitvoering des te pijnlijker. Een tekortschietend bestuur handelde daardoor namelijk onrechtmatig.²⁴ Met het aantal tekortkomingen nam het aantal procedures bij de administratieve rechter toe, hetgeen weer leidde tot een overbelasting van de rechterlijke macht.²⁵ Dat de burger op zijn beurt de op hem rustende verplichtingen steeds minder als vanzelfsprekend nakwam, werd deels veroorzaakt door het feit dat de burger zich door de toegesloten regeldichtheid niet altijd bewust was van zijn verplichtingen. Voor een belangrijk deel was dit echter ook het gevolg van de, met de ontzuiling gepaard gaande, vermindering van de sociale controle, ook wel aangeduid met de term 'autonomoos stijgende uitvoeringslasten'.²⁶ Een verschijnsel dat volgens Geelhoed in de hand werd gewerkt door het instrumentele karakter van veel overheidsregulering. Waar wetgeving een laag ethisch gehalte had, achtten burgers zich volgens hem makkelijker tot een calculerende afweging van hun gedrag jegens de overheid gerechtigd. Hoewel dit feit op zich betreurd kon worden, mocht het volgens Geelhoed niet worden genegeerd.

Geelhoed wees op het feit dat wanneer wetgeving niet langer werd uitgevoerd en nageleefd, de parlementaire democratie aan aanzien zou verliezen.²⁷ Haar besluitvorming had dan immers niet langer de daarmee beoogde maatschappelijke gevolgen. Zo dreigde de beoogde maatschappelijke gelijkheid door de 'ontregeling' juist om te slaan in maatschappelijke ongelijkheid. Fundamenteel was volgens Geelhoed echter nog de vraag of de democratische rechtsstaat

²² Donner 1985 p. 2.

²³ Geelhoed 1985, p. 7.

²⁴ Geelhoed 1993, p. 37.

²⁵ Raad voor het binnenlandsbestuur 1996, p. 63-66.

²⁶ Geelhoed 1993, p. 37 en 38.

²⁷ Geelhoed 1985, p. 7 en 8.

zich de kloof tussen wetgeving en praktijk wel kon veroorloven. Wetten die onvoldoende werden uitgevoerd, nageleefd of gehandhaafd, verloren volgens Geelhoed namelijk hun kwaliteit als normatief richtsnoer van onze samenleving. Bovendien kwamen daardoor beginselen als rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ‘op de tocht te staan’. Ook indirect stelde de democratische rechtsstaat grenzen aan de sturingsambities van de overheid, namelijk door een scheiding aan te brengen tussen de publieke en particuliere sfeer.²⁸ Deze scheiding leidt ertoe dat de uitkomsten van besluitvorming in de particuliere sfeer, nimmer als vanzelfsprekend in overeenstemming met de wensen van de overheid zullen uitvallen. Een in gebondenheid aan wet en recht opererende overheid, kan daarom niet – althans niet zonder in strijd met het rechtsstaatsbeginsel te handelen – de variaties en het wisselend ritme van de particuliere besluitvorming op de voet sturend volgen. Deze (indirecte) rechtsstatelijke beperkingen werden volgens Geelhoed, gezien de bezwaren die bestaande en voorgenomen regelingen oproepen, nog onvoldoende onderkend.

Aan het einde van deze subparagraaf kan dus worden geconcludeerd dat het begrip deregulering meerdere invalshoeken kent. Allereerst de ‘economische invalshoek’, waarbij men zich in navolging van het dereguleringsproces in de VS richt op vermindering van de regeldruk op de samenleving (en dan met name het bedrijfsleven). Na verloop van tijd onderging het begrip deregulering echter een metamorfose en trad een andere invalshoek meer op de voorgrond, ook wel aangeduid als de ‘invalshoek van de juristen’. Bij deze laatste invalshoek richt men zich met name op vermindering van de lastendruk voor de overheid (zowel wetgever, bestuur als de rechterlijke macht).²⁹ Lasten die niet alleen zitten in de voorbereiding, onderlinge afstemming en uitvoering van regelgeving (en de daarmee gepaard gaande kosten), maar tevens in het door overbelasting niet tijdig en adequaat kunnen nemen van dringende beslissingen.

4.2.2 De eerste aanzetten tot deregulering

Ter sanering van de in haar voegen krakende verzorgingsstaat startte het kabinet-Lubbers I (1982-1986) bij zijn aantreden een aantal activiteiten die werden aangeduid als ‘de (zes) grote operaties’. Naast het streven naar minder, dan wel minder intensieve overheidsregelgeving ter vermindering van de aan de bestaande regelgeving verbonden kosten³⁰, ook wel aangeduid als de ‘dereguleringsoperatie’, wilde het kabinet aan nog vijf andere, daarmee nauw samenhangende operaties uitvoering geven. Het ging daarbij om de ‘heroverwegingsoperatie’, het proces van decentralisatie, de reorganisatie van de rijksoverheid, de

²⁸ Cie-Geelhoed 1984, p. 18.

²⁹ Zie voor dit onderscheid ook: Eijlander 1993a, p. 156 e.v.

³⁰ Volgens De Kam en De Haan ging het daarbij om kosten in de vorm van zowel tijd als geld, die aan de kant van de overheid vooral gingen zitten in de uitvoering, controle en handhaving van de regelgeving en aan de kant van bedrijven en burgers vooral in de naleving daarvan (zie: De Kam & De Haan 1991, p. 17).

vermindering van het aantal rijksambtenaren (ook wel aangeduid als ‘de afslankoperatie’) en het proces van privatisering.

De *heroverwegingsoperatie* was eigenlijk al gestart vóór het aantreden van het kabinet Lubbers, en wel in het voorjaar van 1981.³¹ De heroverweging – door De Ru wel aangeduid als ‘moeder van de grote operaties’ – moest door verbetering van de politieke prioriteitenafweging leiden tot vermindering van het financieringstekort.³² Men nam daartoe 30 belangrijke beleidsterreinen onder de loep en ging na of de op die terreinen ontplooidde overheidsactiviteiten wel noodzakelijk waren, en – mocht dit inderdaad het geval zijn – of de doeltreffendheid en doelmatigheid van de betrokken activiteiten wellicht konden worden verhoogd. De heroverwegingsoperatie had met de dereguleringsoperatie gemeen dat, hoewel laatstgenoemde operatie voornamelijk was gericht op de verbetering van de effectieve werking van het recht, beide operaties waren gericht op verbetering van de marktwerking.³³ Een succesvolle uitvoering van de heroverwegingsoperatie zou bovendien tot een vermindering van de regelgeving leiden, evenals een succesvolle uitvoering van de overige ‘grote operaties’, waaronder met name de dereguleringsoperatie.³⁴ Van die overige operaties bestond *decentralisatie* uit het aloude streven van de centrale overheid om taken over te dragen, dan wel nieuwe taken op te dragen aan decentrale overheden als de gemeenten en de provincies.³⁵ De *reorganisatie van de Rijksoverheid* was aanvankelijk bedoeld om het sturend vermogen van de centrale overheid te vergroten.³⁶ Later kwam de nadruk bij deze operatie echter veel sterker te liggen op het ‘bedrijfsbeleid’ van de overheid, waarbij men door het nemen van allerlei maatregelen probeerde de doelmatigheid van de rijksdienst te vergroten.³⁷ Deze operatie hing weer nauw samen met de laatste twee operaties, namelijk de *vermindering van het aantal rijksambtenaren* en de *privatiseringsoperatie*.³⁸ Daarbij stootte de overheid taken af naar de private sector, besteedde ze uit of verzelfstandigde ze. Het proces van privatisering wordt daarom ook wel gedefinieerd als: ‘(...) al die vormen van verzelfstandiging waarbij door de overheid

³¹ De Kam & De Haan 1991, p. 17.

³² De Ru 1991, p. 84.

³³ Zo leidde de heroverwegingsoperatie onder andere tot het rapport ‘Heroverweging collectieve uitgaven, nr. 31, Regulering en deregulering’, ook wel bekend als ‘rapport 31’ (zie: *Kamerstukken II* 1981-82, 16 625, nr. 39). Dit rapport bevat de resultaten van een onderzoek naar de lasten van regelgeving voor de marktsector.

³⁴ Zie voor het verband tussen de dereguleringsoperatie en de overige grote operaties: Cie.-Geelhoed 1984, p. 18-32.

³⁵ Het kabinet Lubbers had volgens De Kam en De Haan slechts een nieuw etiket geplakt op dit reeds bestaande proces (zie: De Kam & De Haan 1991, p. 17).

³⁶ In de loop der tijd was het overheidsbeleid gecentraliseerd en gefragmentaliseerd, hetgeen had ertoe had geleid dat de verschillende departementen bestonden uit talrijke sectoren, subsectoren en afzonderlijke eenheden die zich voornamelijk bezighielden met de behartiging van hun (sub)sectorale deelbelangen (zie: Cie.-Geelhoed 1984, p. 29).

³⁷ De Kam & De Haan 1991, p. 18.

³⁸ Ten gevolge van deze operaties kwamen in de periode van 1983 tot en met 1990 26.100 formatieplaatsen te vervallen, waarvan 10.000 ten gevolge van de privatiseringsoperatie (zie: De Kam & De Haan, 1991, p. 18).

verrichte taken onder een minder directe vorm van overheidsinvloed worden gesteld, hetzij geheel aan overheidsregulering worden onttrokken.³⁹

Bij aanvang van de *dereguleringsoperatie* realiseerde men zich dat, wilde men de wet als middel tot behoud en tot verandering bewaren, men de wetgevingskraan voortdurend onder controle moest houden en bovendien niet bang moest zijn om bestaand beleid en bestaande regelgeving te heroverwegen. Om vorm te geven aan het dereguleringsbeleid werden verschillende commissies ingesteld en volgden verscheidene rapporten en actieprogramma's. Een deel van deze commissies en actieprogramma's waren – overeenkomstig het oorspronkelijke dereguleringsdenken, zoals dat was overgewaaid uit de VS – gericht op het zoeken naar concrete mogelijkheden tot lastenverlichting voor het bedrijfsleven. Zo had de Commissie-Van der Grinten tot taak om in verband met de economische ontwikkeling, een aantal voor het bedrijfsleven relevante wetsontwerpen en bestaande wettelijke regelingen te toetsen aan de beleidsdoelstellingen van het kabinet inzake deregulering en, indien nodig, concrete voorstellen tot aanpassing te doen.⁴⁰ Een belangrijke impuls voor de verdere ontwikkeling van het dereguleringsdenken werd echter met name gevormd door het rapport 'Deregulering van overheidsregelingen' van de Commissie-Geelhoed.⁴¹ Deze commissie richtte haar schijnwerper vooral op de technisch-instrumentele kant van de wetgeving en ontwikkelde daarbij de volgende toetsingspunten voor een sober en terughoudend wetgevingsbeleid:⁴²

1. Beslissingen om tot overheidsingrijpen over te gaan, moeten gebaseerd zijn op een nauwkeurige analyse van de achtergronden, aard en omvang van het maatschappelijke verschijnsel zoals dat zich aan de overheid presenteert. Daarbij dient tevens te worden geëxpliciteerd tot welke maatschappelijke veranderingen een eventueel overheidsoptreden moet leiden. Ook zal moeten worden overwogen of de bepaling van de inhoud van het beleid niet beter aan lagere overheden kan worden overgelaten.
2. Nadat is vastgesteld dat (intensivering van) optreden door de centrale overheid wenselijk en gerechtvaardigd is, moet worden bezien of voor dat optreden nieuwe (of uitbreiding van) wet- en regelgeving strikt noodzakelijk is.

³⁹ Cie-Geelhoed 1984, p. 25.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 1982-83, 17 931, nr. 5. Naast het rapport van de Commissie-Van der Grinten verschenen verder onder meer het 'Dereguleringsprogramma Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer', ook wel aangeduid als het 'DROM-rapport' (zie: *Kamerstukken II* 1982-83, 17 931, nr. 4), het 'Actieprogramma inzake deregulering op het terrein van de (woning)bouwregulering' (zie: *Kamerstukken II* 1982-83, 17 931, nr. 7) en het 'Actieprogramma tot stroomlijning en vereenvoudiging van het steuninstrumentarium aan het bedrijfsleven van het ministerie van Economische Zaken' (zie: *Kamerstukken II* 1982-83, 15 306, nr. 25).

⁴¹ Ook wel aangeduid als het 'Eindbericht van de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen' (zie: *Kamerstukken II* 1983-84, 17 931, nr. 9).

⁴² Cie-Geelhoed 1984, p. 77-85. Het preliminaire toetsingspunt 'is iets een legitieme taak voor de overheid?', is daarbij door de commissie bewust niet opgenomen, omdat het daarbij gaat om een politieke of levensbeschouwelijke vraag bij uitstek. Dit neemt niet weg dat de toetsingspunten pas van toepassing zijn, nadat iets als overheidstaak is gedefinieerd.

3. De aan een regeling ten grondslag liggende doelstellingen moeten volledig worden weergegeven en nauwkeurig worden geformuleerd, waarbij de verschillende doelstellingen duidelijk van elkaar dienen te worden onderscheiden.
4. Ten aanzien van doelstellingen in regelingen die op dezelfde of verwante maatschappelijke activiteiten betrekking hebben, moet rekening worden gehouden met de noodzaak tot coördinatie en afweging van die doelstellingen bij de uitvoering van deze regelingen.
5. Bij het stellen van normen in of op basis van een regeling, dient te worden gestreefd naar eenvoud, kenbaarheid, bestendigheid en evenredigheid. Het stellen van normen waarop vele specifieke of categoriale uitzonderingen moeten worden gemaakt, dient te worden vermeden.
6. Indien een meer flexibele wijze van normstelling noodzakelijk is, dient de delegatiebevoegdheid die daaraan ten grondslag ligt, zoveel mogelijk normatief gebonden te zijn.
7. Bij het ontwerpen en vaststellen van overheidsregelingen dient de haalbaarheid van de regeling een essentiële plaats in te nemen.
8. De in een regeling opgenomen instrumenten moeten worden getoetst op hun doeltreffendheid. Daarbij moeten naast de effecten die met het overheidsoptreden worden beoogd, ook de (eventueel niet-beoogde) neveneffecten in de overwegingen worden betrokken.
9. Voor de invoering of wijziging van een overheidsregeling moeten de daarmee gepaard gaande externe beleidslasten, zowel voor de burger als voor het bedrijfsleven, zo nauwkeurig mogelijk worden omschreven en bepaald.
10. Voor de invoering of wijziging van een overheidsregeling moeten de daarmee gepaard gaande interne beleidslasten, waaronder de horizontale en verticale coördinatielasten, zo nauwkeurig mogelijk worden omschreven en bepaald.
11. Ter beperking van de beleidslasten dient te worden gestreefd naar soberheid in de procedurele voorschriften en naar terugdringing van de coördinatielasten, door een duidelijke toedeling en afbakening van bestuurlijke bevoegdheden, zowel op centraal als op decentraal niveau. Duplicering van beleid dient zoveel mogelijk te worden voorkomen. Terughoudendheid met de invoering en toepassing van bestuurlijke beïnvloedingsmechanismen is daarvoor een vereiste.
12. Ter beperking van de lasten die met rechtsbescherming tegen overheidsbeslissingen zijn gemoeid, dient terughoudendheid te worden betracht met het stellen van vage normen, het geven van niet genormeerde bestuursbevoegdheden, cumulering van beslissingsmomenten en preventieve rechtsbescherming.
13. De in een regeling opgenomen instrumenten moeten, mede gelet op de daarmee gemoeide lasten, worden getoetst op hun doelmatigheid en op de evenredigheid tussen de indringendheid van het instrumentarium en de daarmee gemoeide lasten enerzijds, en het doel van het overheidsoptreden anderzijds. Bij deze toetsing dient zo nodig te worden nagegaan of aanpas-

sing van de doelstellingen zodanig positieve effecten in de instrumentele sfeer oplevert dat de aanpassing, gelet op het evenredigheidsbeginsel, aanbeveling verdient.

Dit dertiental toetsingspunten vormde volgens de Commissie-Geelhoed geen spoorboekje dat de regelgever eenduidig de weg naar een vooraf vastgelegd doel zou wijzen.⁴³ Het ging veeleer om punten die, naast politieke en maatschappelijke overwegingen, meegenomen dienden te worden in de besluitvorming van de wetgever om op bepaalde terreinen al dan niet tot bepaalde regelgeving over te gaan.⁴⁴ Volgens de commissie dienden zij te worden beschouwd als een uitdaging tot een voortdurende kritische bezinning door allen die bij het wetgevingsproces zijn betrokken: juristen, beleidsambtenaren, politici, belangenorganisaties enzovoort. Een nadere afweging van de aan de voorgenomen regeling verbonden voor- en nadelen zou dan kunnen leiden tot bijstelling van de doelstellingen en daarmee van het beleid. Hoewel deregulering op zich een technische operatie was, was deregulering volgens de commissie dus niet beleidsneutraal.

Ten aanzien van de te volgen procedure merkte de Commissie-Geelhoed vervolgens op dat op het niveau van de centrale overheid de afzonderlijke ministeries primair verantwoordelijk waren voor het in acht nemen van de verschillende toetsingspunten.⁴⁵ Toetsing diende volgens de commissie te gebeuren bij alle vormen van regelgeving, dus ook bij bijvoorbeeld ministeriële regelingen. De toetsingspunten moesten zelfs bij de vorming van internationale regelgeving door de Nederlandse vertegenwoordigers bij de internationale fora worden ingebracht. In geval van aanbieding van een ontwerpregeling aan de ministerraad, de Raad van State of het parlement, diende voorts een overzicht te worden verstrekt van het resultaat van de dereguleringstoets. Ter ondersteuning van de door haar bepleite mentaliteitsverandering bij ambtelijke instanties, politieke organen en maatschappelijke groeperingen, stelde de Commissie-Geelhoed ten slotte nog een soort procedurele waarborg voor, in de vorm van een onder de verantwoordelijkheid van de minister van Justitie in te stellen interdepartementale commissie die zou worden belast met een aanvullende dereguleringstoetsing van belangrijke ontwerpregelingen. Deze toetsingscommissie kon tegelijkertijd een 'paraplufunctie' vervullen voor de sectorale dereguleringsactiviteiten en de samenhang met de overige 'grote operaties' in het oog houden.

Zowel regering als parlement reageerde positief op het rapport van de Commissie-Geelhoed en de daarin geformuleerde toetsingspunten.⁴⁶ Zo bleek het dereguleringsdenken in de zin van een terugtrekkende overheid goed te passen binnen de partij-ideologie van zowel het CDA als de VVD. Beide partijen gaven aan voorstander te zijn van een zo groot mogelijke vrijheid en eigen verantwoordelijkheid van het individu, voor zowel zichzelf als voor zijn medebur-

⁴³ Cie-Geelhoed 1984, p. 6 en 76.

⁴⁴ Zie over de 'politieke dimensie van wetgeving' verder: Eijlander 1993a, p. 199-212.

⁴⁵ Cie-Geelhoed 1984, p. 85-88.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1983-84, nr. 12 en nr. 13. Zie ook: Wiebenga 1985, p. 17-19.

gers, en voor een vermindering van de overheidsbevoogding in zowel economisch als maatschappelijk opzicht. Alleen onder die omstandigheden konden burgers volgens hen namelijk hun talenten ontplooiën en hun eigen identiteit behouden. Met name het CDA was daarom ook voorstander van behoud van het particulier initiatief. De PvdA bleek wat voorzichtiger. Volgens deze partij was regelgeving vaak nog steeds nodig, omdat anders het recht van de sterkste zou gelden. De wetgever diende ongelijkheid en willekeur te bestrijden en rechtsbescherming te verschaffen aan kwetsbare groepen. Zo vereiste het verlenen van medezeggenschap aan mensen in hun woon-, leef- en werksituatie volgens de PvdA regelgeving die uitsluitend via de staat was te realiseren en af te dwingen. De PvdA was daarom van mening dat niet zo zeer de doelstellingen van het overheidsoptreden ter discussie gesteld dienden te worden, maar veel meer de vormgeving.

Het kabinet bleek sceptischer te staan tegenover de door de commissie voorgestelde overkoepelende toetsingscommissie.⁴⁷ Gevreesd werd dat een dergelijke commissie zou leiden tot een verdere verzwaring en verlenging van het toch al moeizame wetgevingsproces, hetgeen niet paste binnen de door het kabinet nagestreefde vermindering van de bureaucratie. Het kabinet gaf er daarom de voorkeur aan dat de dereguleringsstoetsing per ministerie zou plaats vinden en wel aan de hand van een door de minister-president – aan de hand van de toetsingspunten uit het rapport van de Commissie-Geelhoed – op te stellen toetsingsformulier. Dit toetsingsformulier, dat korte tijd later tot stand kwam, werd opgenomen in de ‘Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving’ en later in de ‘Aanwijzingen inzake toetsing van ontwerpen van wet en algemene maatregel van bestuur’.⁴⁸ Omdat het kabinet van oordeel was dat enigerlei vorm van bewaking van de toetsingsprocedure desondanks noodzakelijk was, sprak het de voorkeur uit om daarvoor aansluiting te zoeken bij reeds bestaande vormen van interdepartementaal overleg over de vormen van ontwerpregelingen. De Minister van Justitie zou daarbij een algemeen toetsende en coördinerende taak krijgen. Met deze toetsingsprocedure wilde het kabinet eerst wat ervaring opdoen. Eind 1985 zou vervolgens een evaluatie plaats vinden op basis waarvan zou worden gezien of tot aanpassing van de procedure moest worden overgegaan.

4.2.3 De Commissie-Dekker

De marktwerkingsgedachte en de dereguleringsfilosofie werden in 1987 door de Commissie-Dekker ‘vertaald’ naar de gezondheidszorg.⁴⁹ Daar had men te maken met een zorgstelsel dat tot stand was gekomen in de tijd dat men nog hoge

⁴⁷ *Kamerstukken II* 1983-84, 17 931, nr. 12, p. 2 en 3.

⁴⁸ Vastgesteld bij besluit van de Minister President van 5 november 1984, *Stcr.* 1984, 232 respectievelijk 16 november 1985, *Stcr.* 1985, 18. Aan deze ‘aanwijzingen’ toetste de Raad van State destijds het Wetsontwerp Democratisch Functioneren van gesubsidieerde Instellingen (WDFI), waarna zij met een zeer kritisch advies kwam (zie: subparagraaf 2.4.5).

⁴⁹ Cie.-Dekker 1987.

verwachtingen had van een sturende en plannende overheid.⁵⁰ Binnen dit stelsel had men ons land opgedeeld in zorgregio's die, binnen landelijke normen, de verantwoordelijkheid hadden gekregen voor het functioneren en plannen van de zorg.⁵¹ Voorts waren de zorgvoorzieningen naar functie geordend en werden tarieven en honorering uniform door de overheid geregeld.⁵² Dit beleid verplichtte de overheid niet alleen tot behoud van kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg, maar voegde daar tevens beheer en planning aan toe. Men had aldus geprobeerd een trapsgewijs opgebouwd, samenhangend en gecoördineerd stelsel van voorzieningen in het leven te roepen, dat door de overheid, met behulp van wet- en regelgeving, bestuurd en beheerst zou kunnen worden.

De verwachtingen die men destijds van dit stelsel had waren volgens de Commissie-Dekker echter maar gedeeltelijk uitgekomen.⁵³ Het stelsel kende een ingewikkelde structuur met een toenemende hoeveelheid regels van steeds gedetailleerder aard. De toename van inhoudelijke regels ging bovendien gepaard met extra procedureregels, die op hun beurt weer tot meer controleregels leidden.⁵⁴ Dit alles had geleid tot een enorme bureaucratie die, mede door het ontbreken van marktmechanismen en door de scheiding van financiering en planning, alles behalve doelmatig bleek te werken.⁵⁵ De verzekerde had, als consument of patiënt, maar een geringe keuzevrijheid en er bestond nauwelijks verstreking van zorg naar individuele maat of wens.⁵⁶ Intussen groeide de druk op het stelsel door stijgende kosten, premieverhogingen, toenemende beheerskosten en de neergang van onze welvaart. Omdat men in de toekomst onder meer door de toenemende vergrijzing ook nog eens een toename van het beroep op de gezondheidszorg verwachtte, was het duidelijk dat er iets moest veranderen.⁵⁷ Men vreesde dat het zorgstelsel anders onbetaalbaar zou worden, dan wel niet meer voor allen bereikbaar zou blijken. Ook vreesde men dat kwaliteit van 'de zorg aan het bed' zou afnemen. Kortom, de grenzen aan de zorg kwamen in zicht. Al deze kritiek vormde volgens de Commissie-Dekker een duidelijke weerspiegeling van het veranderende klimaat wat betreft het denken over de verzorgingsstaat.⁵⁸

⁵⁰ Dit zorgstelsel was totstandgekomen na het uitbrengen van de 'Structuurnota Gezondheidszorg' in 1974. Deze nota vormde een reactie op de toen vigerende financieringsstructuur die verbrokkeld en onsamenhangend werd geacht. Het ontbreken van beheersinstrumenten voor de kostenontwikkeling verhinderde slagvaardigheid bij nieuwe ontwikkelingen. Verder was er binnen het zorgaanbod sprake van onevenwichtigheden en onvoldoende spreiding van voorzieningen. Dit alles had volgens de Structuurnota geleid tot een ondoelmatig gebruik van voorzieningen, mensen en middelen, een ontoereikende dienstverlening en een aanzienlijke stijging van de kosten. Gemeend werd dat een verregaande ordening en regelgeving door de overheid hét geëigende middel was om die gebreken te verhelpen.

⁵¹ Zie: de Wet Ziekenhuisvoorzieningen (WZV).

⁵² Zie: de Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG).

⁵³ Cie.-Dekker 1987, p. 6.

⁵⁴ Cie.-Dekker 1987, p. 87.

⁵⁵ Cie.-Dekker 1987, p. 8.

⁵⁶ Cie.-Dekker 1987, p. 6.

⁵⁷ In 'Nota 2000' – een in 1986 door de staatssecretaris van WVC aangeboden ontwikkelingsplan voor een gezondheidsbeleid tot het jaar 2000 – werd reeds gewezen op deze toekomstige problemen.

⁵⁸ Cie.-Dekker 1987, p. 8.

De Commissie-Dekker was van mening dat dit alles anders en beter kon.⁵⁹ Om de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg te waarborgen, diende men doelmatiger te werk te gaan. Dat was volgens de commissie alleen mogelijk door een *vergroting van de flexibiliteit, door meer ruimte te bieden aan de eigen verantwoordelijkheid van vragers en aanbieders van zorg*, en het tegelijkertijd hantieren van *prikkel die de marktgerichtheid dienden te versterken*. Deze combinatie zou volgens de commissie leiden tot een betere afstemming van vraag en aanbod van zorg en tot meer bewustwording bij partijen van de aan de zorg verbonden kosten.⁶⁰ Om dat de bereiken diende de regelende, plannende en bevoogdende overheid volgens de commissie op alle niveaus terug te treden ten gunste van een beheersmodel, waarbij de staat bevordert en voorwaarden schept, waarbinnen de gezondheidszorg vervolgens zelf de zaken verder regelt. De commissie was zich daarbij bewust van het feit dat de overheid op grond van artikel 22 Gw verantwoordelijk is voor het bewaken van een kwalitatief goede zorg die bovendien territoriaal, financieel en functioneel bereikbaar is en voorts bescherming dient te bieden aan zwakke groepen in de samenleving. Dat betekende volgens de commissie echter niet dat de overheid daarvoor als enige verantwoordelijke diende te worden gezien.⁶¹

De commissie deed vervolgens verschillende aanbevelingen. Hoewel deze voornamelijk betrekking hadden op de structuur en financiering van de gezondheidszorg, wijdde de commissie ook een hoofdstuk aan het onderwerp ‘wet- en regelgeving’.⁶² De commissie sprak zich daarin uit voor een aanzienlijke vereenvoudiging van de bestaande wet- en regelgeving en hanteerde daarbij het uitgangspunt dat *wetgeving zoveel mogelijk voorwaardenscheppend* moest zijn. Alleen als het echt niet anders kon, diende de overheid direct regelend op te treden. Op deze wijze kon volgens de commissie een aanzienlijke deregulering worden bereikt. Voorts was de commissie van mening dat categoriale wetgeving zoveel mogelijk diende te worden voorkomen omdat dit regelmatig tot aansluitingsproblemen en overlappings leidde.⁶³ Hoewel de commissie op het gebied van wet- en regelgeving dus streefde naar een ‘krachtige deregulering’, sprak zij zich desondanks met nadruk uit *voor het totstandkomen van patiëntenwetgeving*.⁶⁴ Zo noemde de commissie een wet die fundamentele patiëntenrechten zou regelen ‘dringend noodzakelijk’, evenals een wet die proefpersonen zou beschermen, een klachtenregeling en een regeling op de privacy. Opvallend is, dat

⁵⁹ Cie-Dekker 1987, p. 8-10.

⁶⁰ De commissie streefde naar een flexibel aanbod, gekoppeld aan een flexibele organisatievorm, zodat het beter kon worden afgestemd op de behoefte (zie: Cie-Dekker 1987, p. 10).

⁶¹ Cie-Dekker 1987, p. 8 en 89.

⁶² Cie-Dekker 1987, p. 87-96. De commissie wees voorts op het belang van een goede wisselwerking tussen de onderdelen ‘verzekeringssstelsel’, ‘veranderingen aan de aanbodzijde’, ‘kwaliteit’ en ‘wet- en regelgeving’, omdat deze onderdelen gezamenlijk dienden te leiden tot doelmatiger zorg (zie: Cie-Dekker 1987, p. 8).

⁶³ De commissie noemde daarbij als voorbeeld het apart regelen van de jeugdzorg. Daardoor werd een element uit de eerstelijnszorg gehaald dat daar niet kon worden gemist. (Zie: Cie-Dekker 1987, p. 87 en 88.)

⁶⁴ Cie-Dekker 1987, p. 93.

de commissie zich daarbij niet uitsprak over de totstandkoming van een medezeggenschapswet.

Samenvattend kan worden gesteld dat de Commissie-Dekker met haar aanbevelingen een zorgstelsel tot stand wilde doen komen waarin – zowel naar wens als naar noodzaak – een aanbod op maat kon worden geleverd.

4.2.4 De effecten van de eerste dereguleringsronde: hoe nu verder?

Enkele jaren na het uitbrengen van de verschillende onderzoeksrapporten en actieprogramma's werd het tijd voor het opmaken van een tussenbalans. Daaruit bleek dat de mate van deregulering per beleidsterrein verschilde. Hadden we op sommige terreinen te maken met ontwikkelingen in de richting van een terugtrekkende overheid en minder regelgeving, op andere terreinen viel juist een opmars van de overheid te constateren, die gepaard ging met een toename van regulering en regelgeving. Eijlander verklaarde deze verschillen door te wijzen op het feit dat de verschillende beleidsterreinen zich kenmerkten door uiteenlopende politieke en maatschappelijke ontwikkelingen en de in verband daarmee gewenste c.q. noodzakelijke sturing door de overheid.⁶⁵ De Ru daarentegen zocht de oorzaak van de onderlinge verschillen veeleer in het feit dat de groei van de Europese Gemeenschap (EG) en de Europese vrije markt gepaard was gegaan met een verminderde handelingsvrijheid van onze nationale wetgever, hetgeen op bepaalde beleidsterreinen leidde tot een gedwongen deregulering, waarbij de overheid diende terug te treden ten gunste van een vrije Europese interne markt.⁶⁶ Op terreinen waar de overheid haar autonomie en haar machtspositie kon bestendigen was volgens De Ru echter sprake van een slechts met de mond beleden streven naar deregulering, waarvan weinig te verwachten viel.⁶⁷ Door beide auteurs werd voorts geconstateerd dat de gezondheidszorg in ieder geval behoorde tot de beleidsterreinen waar de overheidsregelgeving flink was toegenomen. Geelhoed noemde het terrein van de volksgezondheid zelfs als één van de beleidsterreinen waar de meest ondoordringbare en omvangrijke wetgevingscomplexen waren te vinden.⁶⁸ Ook in gezondheidsrechtelijke kringen werd dit probleem onderkend. Zo eindigde in november 1997 de opening van een ge-

⁶⁵ Eijlander 1993a, p. 158 en 159.

⁶⁶ De Ru 1991, p. 96 en 97. Het ging daarbij met name om regelgeving die een belemmering vormde voor de Europese interne markt (zie: De Ru 1991, p. 91-94).

⁶⁷ Jacobs en Plessen, die in 1992 de 'dereguleringsbalans' voor het arbeidsrecht opmaakten, constateerden bijvoorbeeld dat de voorgaande tien jaar van deregulering aldaar, weinig substantieels had opgeleverd. Volgens hen stond een sociale rechtsstaat eigenlijk ook geen deregulering op grote schaal toe. De idealen van 'gelijkheid' en 'solidariteit' bleven volgens hen immers belangrijke motieven voor de wetgever om steeds weer met nieuwe wetgeving te komen. Het sociaal recht vormde volgens hen voorts ook een weerspiegeling van het welvaartspeil van het volk: ging het economisch goed, dan nam de regelgeving weer toe. Deregulering kon op het gebied van het sociaal recht volgens hen echter wel degelijk een zinvolle rol spelen, namelijk als 'opschoonoperatie' voor onnodig gecompliceerde regelgeving. Juist ook in een sociale rechtsstaat diende het sociaal recht volgens hen namelijk functioneel te zijn en mocht het niet disfunctioneel worden door overcomplicatie. (Zie: Jacobs & Plessen 1992, p. 97, 101, 104 en 110.)

⁶⁸ Geelhoed 1993, p. 45.

zondheidsrechtelijk symposium van de Maastrichtse vereniging 'Ius et Sanitas', met de volgens Hondius alarmerende woorden: 'Een lawine van wetgeving inzake het gezondheidsrecht is (...) over de zorgsector neergedaald.'⁶⁹ Een fenomeen dat volgens Dute ook wel werd aangeduid met de – duidelijk door medische terminologie geïnspireerde – aanduiding 'legisferitis'.⁷⁰

Over het geheel genomen vond men de (tussentijdse) resultaten van het dereguleringsproces tegenvallen. Doordat de Commissie-Geelhoed en de andere dereguleringscommissies de nadruk hadden gelegd op de toetsing van *voorgenomen* wetgeving, was de bestaande wetgeving volgens De Ru teveel buiten schot gebleven.⁷¹ De Ru was van mening dat de keuze voor toetsing van wetgeving-in-wording enerzijds werd ingegeven door de behoefte aan zichtbare resultaten op korte termijn. Anderzijds kon deze keuze volgens hem worden verklaard, door het feit dat wijziging van bestaande wetgeving een belangrijke inbreuk betekende op gevestigde belangen. De politiek gaf daar volgens hem liever geen groen licht voor. Ook Geelhoed constateerde dat de gevolgen van de dereguleringsoperatie voor de reeds bestaande wet- en regelgeving tamelijk gering waren gebleven.⁷² Enkele jaren daarvoor had hij al het vermoeden uitgesproken dat het aanpakken van de grote complexen van bestaande wetgeving, zowel in politiek, beleidsmatig, als technisch opzicht buitengewoon moeilijk zou blijken te zijn, aangezien de wetten vaak moeizaam tot stand waren gebracht.⁷³ Door het kritisch bekijken van deze wetgeving zou een veelheid van vanzelfsprekendheden op de tocht komen te staan, hetgeen volgens Geelhoed zou leiden tot weerstanden en blokkades. Blokkades van de kant van maatschappelijke deelbelangen, die zich door wetgeving in het maatschappelijke bestel hadden verschanst, blokkades van de kant van het bestuur en het ambtelijk apparaat, die een heroverweging van wetgeving beschouwden als een aanslag op de zekerheden waarmee men zich in zijn beleid had omgeven, en blokkades van de kant van politieke en maatschappelijke stromingen, die in veel wetgeving hun uitdrukking hadden gevonden.⁷⁴

Zowel De Ru als Geelhoed weten de tegenvallende resultaten aan het beleidsneutrale karakter dat de dereguleringsoperatie tot dan toe had gehad. De belangrijkste vraag – of wetgeving in een concreet geval wel noodzakelijk was en of wetgeving wel doel kon treffen, gelet op de (on)mogelijkheden tot handhaving – was daarbij volgens hen nog onvoldoende aan de orde gekomen.⁷⁵ An-

⁶⁹ Hondius 1998, p. 7.

⁷⁰ Dute 1998, p. 136. In een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) is ook recent nog aandacht besteed aan het probleem van de bureaucratie in de zorg (zie: WRR-rapport 2004).

⁷¹ De Ru 1991, p. 86.

⁷² Geelhoed 1993, p. 38.

⁷³ Volgens Geelhoed betrof het wetgeving die 'allengs sluipend, stukje bij beetje tot stand was gebracht, al accommoderend tussen wensen en mogelijkheden. Kortom, een proces van voortgaande serrebouw, waarbij het handhaven van de interne samenhangen en evenwichten onvermijdelijk was gaan prevaleren boven de maatschappelijke gevolgen van het totale samenstel aan regels.' (Zie: Geelhoed 1985, p. 9.)

⁷⁴ Geelhoed 1985, p. 12 en 13.

⁷⁵ De Ru 1991, p. 95.

ders gezegd, de ratio van het overheidsoptreden en de positie van de collectieve sector tegenover de marktsector, waren nog te weinig ter discussie gesteld.⁷⁶ In 1985 had Geelhoed er reeds voor gewaarschuwd dat het wellicht aantrekkelijk zou kunnen lijken om bij deregulering net zo te werk te gaan als bij de totstandkoming van wetgeving, namelijk 'stukje bij beetje', door hier een procedure te veranderen en er daar één te schrappen, een sanctie te wijzigen of een delegatiebepaling aan te passen.⁷⁷ Dit zou volgens hem echter slechts leiden tot 'gepiegel' en tot 'het bijknippen van braamstruiken met een nagelschaartje'. Een technisch buitengewoon moeilijke klus die de wetgever enorm veel werk zou gaan kosten, maar weinig resultaat zou opleveren. In 1993 moest Geelhoed echter constateren dat men vanwege de wat gemakzuchtige eis van beleidsneutraliteit, op lang niet alle beleidsterreinen gehoor had gegeven aan deze waarschuwing.⁷⁸

Het beleidsneutrale karakter van de dereguleringsoperatie, waarbij men poogde om hier en daar met wat 'cosmetische aanpassingen' aan de tijdgeest tegemoet te komen, werd in de hand gewerkt door de ambtelijke toetsingsprocedure, zoals die destijds door het kabinet was voorgeschreven.⁷⁹ Tweede Kamerlid Wiebenga (VVD) sprak toen al zijn teleurstelling uit over het feit dat het kabinet had afgezien van instelling van de door de Commissie-Geelhoed voorgestelde onafhankelijke toetsingscommissie.⁸⁰ Hij voorzag daardoor allerlei operationele problemen. De door het kabinet gekozen 'overredingsstrategie', waarbij het ministerie van Justitie slechts een coördinerende taak kreeg toebedeeld, zou volgens Wiebenga onvoldoende blijken te zijn. Bij deregulering ging het volgens hem namelijk in feite om een machtsproces.⁸¹ Er werd macht overgeheveld van de ene naar de andere plek, hetgeen volgens Wiebenga zou leiden tot verzet en belangentegenstellingen. Tegenwerking was volgens hem op verschillende niveaus te verwachten: op departementaal niveau van de ambtenaren (waarbij hij wees op het feit dat de vakdepartementen oppermachtig waren), op collegiaal niveau van de verschillende vakministers (die binnen de ministerraad coalities konden vormen tegen het algemene belang van deregulering) en op politiek niveau van de uit fractiespecialisten bestaande verschillende kamercommissies (die hun oren volgens Wiebenga vooral naar deelbelangen lieten hangen). Volgens Wiebenga was het daarom noodzakelijk dat er een gelijkwaardige machtspositie werd gecreëerd, zodat er evenwicht zou ontstaan tussen het dereguleringsbelang enerzijds en het sectorbelang anderzijds. Later concludeerde De Ru dat het ontbreken van 'een stok achter de deur' bij de ambtelijke toetsingsprocedure, er inderdaad toe had geleid dat de door de minister-president

⁷⁶ Geelhoed 1993, 38.

⁷⁷ Geelhoed 1985, p. 9 en 10.

⁷⁸ Geelhoed 1993, 39. In 1988 had de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) reeds vastgesteld dat er in de achterliggende kabinetsperiodes, ondanks het gevoerde dereguleringsbeleid, nog te vaak wetten werden aangenomen die qua helderheid, doelmatigheid en vooral handhaafbaarheid, de toets der kritiek niet konden weerstaan (Zie: WRR-rapport 1988.)

⁷⁹ Zie: subparagraaf 4.2.2.

⁸⁰ Wiebenga 1985, p. 21-24.

⁸¹ Wiebenga baseerde zich hierbij op de ervaringen die reeds waren opgedaan met decentralisatie (één van de overige vijf 'grote operaties'). Deze operatie, die volgens Wiebenga net als de dereguleringsoperatie in feite een machtsproces was, had volgens hem dezelfde soort weerstanden opgeroepen.

uitgevaardigde ‘Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving’ per saldo ‘een dode letter’ vormden.⁸² Volgens De Ru leenden zij zich door hun ruime formulering voor beleidsneutrale toepassing, terwijl het ontbreken van een sanctie op niet-naleving de toepassing afhankelijk maakte van partijpolitieke en ambtelijke opportuniteit. De door het kabinet beloofde evaluatie van deze toetsingsprocedure die eind 1985 zou plaatsvinden, leidde eveneens tot de conclusie dat de toetsing, als gevolg van de kenmerken van ambtelijke en politieke besluitvormingsprocessen, weinig effectief was geweest.⁸³

Al deze kritiek leidde uiteindelijk alsnog tot het instellen van een onafhankelijke toetsingscommissie, namelijk de ‘Commissie voor toetsing van wetgevingsprojecten’, ook wel kort aangeduid met de term ‘CTW’ of ‘de Toetsingscommissie’.⁸⁴ Deze commissie, bestaande uit topambtenaren van de verschillende departementen en een onafhankelijke externe voorzitter⁸⁵, kreeg als taak de kwaliteit van de regelgeving te verbeteren en daarbij niet alleen juridisch-technische, maar ook beleidsinhoudelijke overwegingen in haar oordeelsvorming te betrekken.⁸⁶ Uit een aantal adviezen bleek dat de Toetsingscommissie een beleidsinhoudelijke discussie niet uit de weg ging.⁸⁷ Zo kwam in een aantal adviezen de vraag naar voren of de overheid zich niet van bepaalde beleidsterreinen moest terugtrekken en of er wel voldoende sprake was van kwetsbare belangen die overheidsoptreden rechtvaardigden. Voorts bracht de Toetsingscommissie het fenomeen zelfregulering als alternatief voor overheidsregulering onder de aandacht.⁸⁸ Na 55 adviezen te hebben uitgebracht, werd deze commissie in 1994, met de start van de MDW-operatie (waarover meer in subparagraaf 4.3.1) opgeheven.

Ook Geelhoed vond dat de positie van de overheid tegenover de samenleving aan een diepgaande heroverweging toe was.⁸⁹ Hij duidde dit aan met de term *herpositionering*.⁹⁰ Herpositionering van de wetgever kon zich volgens hem vooral voor doen op het grensvlak van de collectieve sector en de marktsector en wel in de vorm van liberalisering (eventueel in combinatie met privatisering). Aanleiding daarvoor kon volgens Geelhoed zijn gelegen in nieuwe weten-

⁸² De Ru 1991, p. 86-88.

⁸³ *Kamerstukken II* 1985-86, 17 931, nr. 68.

⁸⁴ Instellingsbesluit van 10 september 1987, *Stcr.* 1987, 181.

⁸⁵ E.M.H. Hirsch Ballin was de eerste voorzitter van de Toetsingscommissie. In 1989 werd hij opgevolgd door C.A.J.M. Kortmann.

⁸⁶ De ministerraad stelde het werkprogramma van de Toetsingscommissie op. De Ru vond de voorwaarden voor het plaatsen van wetgeving op de agenda van de Toetsingscommissie en het weer afvoeren daarvan echter ‘nogal schimmig’. Zo had de regelgeving op het terrein van de gezondheidszorg weliswaar even op de agenda gestaan, maar was het daarvan – om volgens De Ru onduidelijke redenen – inmiddels weer afgevoerd, terwijl er op dat terrein volgens De Ru nog steeds voldoende aanleiding bestond voor het in beschouwing nemen van alternatieven vormen van regelgeving. Duidelijk was in ieder geval dat de departementen niet stonden te springen om hun wetgevingsproduct(en) op de lijst van de Toetsingscommissie te krijgen. (Zie: De Ru 1991, p. 90.)

⁸⁷ *Kamerstukken II* 1989-90, 21 300, hoofdstuk VI, nr. 7, p. 3 en 5.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 1989-90, 21 800, hoofdstuk VI, nr. 13, p. 7. (Zie ook: De Ru 1991, p. 88.)

⁸⁹ Geelhoed 1993, p. 39.

⁹⁰ Geelhoed 1993, p. 40-43.

schappelijke inzichten, in een veranderde zienswijze op de mogelijkheden om door middel van publieke sturing marktdeficiënties te corrigeren, dan wel in overheidsexterne ontwikkelingen als de stand van de technologie of de genomen gevoeligheid voor internationale ontwikkelingen. Bij herpositionering hoefde het volgens Geelhoed overigens niet per se te gaan om economische activiteiten. Overal waar sprake was van een publieke allocatie van goederen en diensten die kon worden vervangen door marktallocatie, kon zij plaatsvinden. Zo noemde Geelhoed bijvoorbeeld ook de volksgezondheidssector als beleids-terrein dat mogelijk voor herpositionering van wetgever en openbaar bestuur in aanmerking kwam. De terugtred van de gedragsregulerende wetgever had volgens Geelhoed echter wel als keerzijde dat zijn verantwoordelijkheden voor het naar behoren functioneren van de betrokken markten, zwaarder ging wegen. Deregulering en liberalisering van markten vereisten een effectieve en efficiënt gehandhaafde mededingingswetgeving.

In die gevallen dat herpositionering geen optie was, kon volgens Geelhoed eventueel wel een *herschikking* van de doeleinden, de verantwoordelijkheden en het instrumentarium van het bestaande beleid zijn aangewezen.⁹¹ De doelstellingen zouden bijvoorbeeld wat minder ambitieus kunnen worden geformuleerd, de interventies zouden wat minder omvangrijk en/of ingrijpend kunnen worden vormgegeven (bijvoorbeeld door een verminderd gebruik van ge- en verbodsbepalingen) en een deel van de verantwoordelijkheden die de overheid zich had aangetrokken, zou wellicht kunnen worden afgestoten naar burgers, bedrijven, instellingen of de sociale partners. Hoewel de positie van de overheid bij 'herschikking' in principe ongewijzigd bleef, kon het daarbij volgens Geelhoed wel degelijk gaan om zeer omvangrijke de- en herreguleringsoperaties. Als voorbeeld hierbij noemde Geelhoed de mogelijke invoering van een bassisstelsel voor werknemersverzekeringen. Daarbij zouden de ambities van de publieke wetgever op het terrein van de inkomensvervangende verzekeringen worden teruggebracht tot het niveau van het sociaalminimum en zou de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen de overheid en de CAO-partners op het punt van de 'bovenwettelijke uitkeringen' verschuiven. Tegenover mogelijke vormen van 'vervangende zelfregulering' die vervolgens door deze herschikking tot stand konden komen, diende de overheid volgens Geelhoed in beginsel neutraal te staan. Zelfregulering mocht volgens hem alleen door de overheid worden bevorderd, indien daarmee uitdrukkelijk geformuleerde belangen werden gediend. Uiteraard rees dan wel de vraag waarom de publieke wetgever het terrein aan private zelfregulerende organisaties had overgelaten. Geelhoed benadrukte dat er grote zorgvuldigheid was vereist bij de onderlinge afbakening van het publieke en private domein en daar berustende verantwoordelijkheden.

Als minst vergaande vorm van de- en herregulering, die zou kunnen worden toegepast wanneer herpositionering en herschikking niet mogelijk bleken te zijn, noemde Geelhoed de *herijking*.⁹² Deze vorm van deregulering liet doelstellingen van het met de bestaande wetgeving beoogde beleid volgens hem in be-

⁹¹ Geelhoed 1993, p. 43-45.

⁹² Geelhoed 1993, p. 46-48.

ginsel onverlet, en richtte zich met name op de instrumentele kant van het beleid. Daarbij kwamen vragen met betrekking tot de effectiviteit van de gekozen interventies en de efficiënte toepassing ervan aan de orde. Bekeken werd of de publieke last die aan de gekozen interventie was verbonden wel in evenwicht was met het daarmee te dienen publieke belang, of de beleidskosten wel eerlijk werden verdeeld, of er sprake was van niet-beoogde neveneffecten en of mogelijkheden tot ontduiking waren opengelaten. Maatschappelijke ontwikkelingen konden er volgens Geelhoed namelijk toe hebben geleid dat de gereedschapskist van klassieke instrumenten onvoldoende mogelijkheden bood om de beoogde doelstellingen op een nog aanvaardbare manier te bereiken. Zo stond de wetgever bij het reguleren van activiteiten die snel in aard, omvang en schaal konden variëren, volgens hem vaak voor een bijna onmogelijke taak. Volgens Geelhoed kon dit dan een reden zijn voor de wetgever om te kiezen voor alternatieve beleidsinstrumenten, zoals zelfregulering. Omdat zelfregulering in dat geval een noodzakelijk substituut was voor de gewone regelgeving, werden deregulering en zelfregulering volgens Geelhoed bij 'herijking' wel met elkaar in een dwingend verband gebracht. De overheid stimuleerde in dat geval nadrukkelijk de totstandkoming van zelfregulering.

Het betrof hier volgens Geelhoed een naar intensiteit van deregulering aflopende reeks, die in de radicaalste vorm beleidsbeëindiging kon inhouden. Echter, welke modus men voor een bepaald wetgevings- en beleidscomplex ook mocht kiezen, 'beleidsneutraal' zou deze vooraf te maken keuze volgens hem nooit kunnen zijn. Een nieuwe dereguleringsoperatie kon volgens Geelhoed echter slechts zinvol zijn indien zij berustte op dergelijke prealabele keuzes.⁹³

4.2.5 De aan deregulering verbonden gevaren

Nu wat meer duidelijkheid bestaat omtrent de noodzaak van deregulering, de wijze waarop deregulering zou moeten plaatsvinden en de verschillende niveaus waarop het dereguleringsproces tegenwerking kan verwachten, dient ter afsluiting nog even kort de aandacht te worden gevestigd op de aan deregulering verbonden gevaren.

Tijdens een symposium over deregulering in mei 1984, wees met name Lambers-Hacquebard erop, dat we in onze 'dereguleringsdrift' ook weer niet te ver moeten doorslaan.⁹⁴ Zij stelde dat onze democratische maatschappij nu eenmaal ingewikkeld in elkaar zit en dat er vanuit allerlei hoeken een beroep op de overheid werd gedaan om mee te denken, mee te werken en mee te betalen. Het middelen tussen de verschillende belangen door de overheid was in onze maatschappij namelijk heel gewoon geworden. Het ging daarbij volgens Lambers-Hacquebard niet om een overheid die de oren liet hangen naar een of andere belangengroep, maar om een taak die de overheid hóórt te vervullen, namelijk het door de overheid wegen en in rechtvaardigheid verdelen van de mogelijkhe-

⁹³ Geelhoed 1993, p. 40.

⁹⁴ Lambers-Hacquebard 1985, p. 41-51.

den binnen onze samenleving. Daarbij kwam nog dat de overheid niet alleen de rechtvaardigheid ter harte moest nemen, maar ook de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid. De complexiteit van de samenleving kon daarom volgens Lambers-Hacquebard niet worden ontkend door de overheidsorganisatie (inclusief haar overheidstaak tot regelgeving) simpel te willen maken. De werkelijkheid van de moderne samenleving leidde volgens haar nu eenmaal tot voorschriften die heel wat ingewikkelder waren dan bijvoorbeeld de Tien Geboden. Een streven naar vereenvoudiging van regelgeving, hoe nuttig en nodig ook, kon en mocht volgens haar daarom niet uitmonden in een simplificatie die niet meer in verband stond met de onontkoombare complexiteit van de overheidstaak. Zij citeerde daarom de volgende stelling van Albert Einstein: 'Everything should be made as simple as possible, but *nó*t simpler!' Een waarschuwing die volgens Lambers-Hacquebard bij iedere dereguleerder als het ware boven zijn bed zou moeten hangen.⁹⁵

Ook mocht het streven naar ontbureaucratisering en effectiviteitsvergroting van het overheidsoptreden volgens Lambers-Hacquebard niet worden vereenzelvigd met het simplisme dat minder regels en een terugtred van de overheid als enige antwoord had.⁹⁶ Minder was volgens haar niet altijd beter; het aantal artikelen bepaalde niet de kwaliteit van de wet. Zo kon een goed gestructureerde vorm van overheidsbemoeienis beter zijn, dan een louter overlaten aan het spel der maatschappelijke krachten en, onder omstandigheden, zelfs ook efficiënter.⁹⁷ De vraag was volgens Lambers-Hacquebard dan ook niet zozeer 'wel of geen regels', maar 'goede of geen regels'. Met andere woorden: wat je doet, doe dat goed.⁹⁸ Zij werd hierin bijgevallen door Eijlander, die eveneens van mening was dat het bij deregulering niet zozeer ging om de kwantiteit, maar veel meer om de kwaliteit, om de inhoud van regels.⁹⁹ Hij dacht daarbij aan zaken als de eenvoud, toegankelijkheid en begrijpelijkheid van de regels, maar ook aan de wijze van regulering en de intensiteit daarvan. Met dat laatste criterium duidde hij op de handelings- en beslissingsruimte die de regelgeving aan burgers, bedrijven en instellingen liet. Met betrekking tot de vraag hoe kwalitatief goede regelgeving dan tot stand moest worden gebracht, had Geelhoed eerder al opgemerkt dat het hanteren van de door Commissie-Geelhoed geformuleerde 13 toetsingspunten niet automatisch zou leiden tot de totstandkoming van een goede wet. Hij beval daarom als onderzoekshouding aan: 'Vergelijk waar het goed gaat en waar niet, en analyseer waarom.'¹⁰⁰

Naast de bij deregulering te stellen vraag of wel sprake is van een taak voor de overheid, diende volgens Lambers-Hacquebard voorts evenzeer de vraag te worden gesteld of wel sprake was van een taak die de overheid onver-

⁹⁵ Lambers-Hacquebard 1985, p. 42 en 43.

⁹⁶ Lambers-Hacquebard 1985, p. 44.

⁹⁷ Tijdens hetzelfde symposium wees ook Fleers op het feit dat wanneer er te weinig werd geregeld, de beoogde flexibiliteit wel eens zou kunnen omslaan in 'flexi-labiliteit', of te wel in willekeur (zie: Fleers 1985, p. 27).

⁹⁸ Lambers-Hacquebard 1985, p. 46.

⁹⁹ Eijlander 1993a, p. 157 en 158.

¹⁰⁰ Geelhoed 1985, p. 60.

vuld kan laten, alsmede wat de effecten zijn van nálaten van overheidsingrijpen. Zij wees daarbij op het feit dat niet alleen tévéél overheidsregulering, maar ook geen of ontoereikende regelgeving een prijskaartje heeft.¹⁰¹ Tot slot waarschuwde Lambers-Hacquebard nog voor het feit dat deregulering kon worden gebruikt als een soort ‘kamerscherm’, voor wat eigenlijk op heel andere argumenten geschoeide politieke keuzes waren.¹⁰² Zij wees daarom op het belang van het expliciet maken van de politieke afweging, die werd gemaakt op grond van een onderliggende opvatting over de inhoud van de overheidstaak. Wanneer keuzes werden verhuld en over prioriteitstelling geen verantwoording werd afgelegd, ging dit volgens haar ten koste van onze parlementaire democratie. Bovendien kon dit ertoe leiden dat sommige wetsvoorstellen ten onrechte ‘door de zeef kwamen’, terwijl andere daar ten onrechte door werden tegengehouden. Al met al dus een hoop voetangels en klemmen in het dereguleringsveld, aldus Lambers-Hacquebard.¹⁰³

4.3 Wetgevingskwaliteit

Het dereguleringsdenken ging in de jaren '90 op in het bredere denken over wetgevingskwaliteit. Aan het begin van die periode verscheen onder meer de nota Zicht op wetgeving, die minister d'Ancona – als toenmalig minister van WVC – als uitgangspunt nam bij de vormgeving van de WMCZ.¹⁰⁴ In deze paragraaf zal daarom zowel aandacht worden besteed aan de overgang naar het denken in termen van wetgevingskwaliteit, als aan de inhoud van de zojuist genoemde nota.

4.3.1 Van deregulering naar wetgevingskwaliteit

Omdat van lieverlee duidelijk was geworden dat niet zozeer het aantal regels, als wel de wijze en intensiteit van regulering van belang was, verbreedde het dereguleringsdenken zich begin jaren '90 tot aandacht voor de kwaliteit van wetgeving in algemene zin en het daarachter liggende overheidsbeleid. Politici, topambtenaren en wetgevingsjuristen zagen in dat de verandering van de aard van wetgeving, van meer codificerend naar meer modifierend, gevolgen had voor de wetgevingstechniek in de ruimere betekenis.¹⁰⁵ Duidelijk was dat de gevestigde juridische technieken tekortschoten om de verandering van wetgeving

¹⁰¹ Lambers-Hacquebard 1985, p. 44 en 48.

¹⁰² Lambers-Hacquebard 1985, p. 47. Ook Snellen benadrukt dat er gelet dient te worden op de politieke en ideologische dimensie van betogen over de onmacht van de overheid die zelfsturing bepleiten. Niet alleen burgers maar ook politici vertonen namelijk calculerend gedrag. De ‘onmacht van de overheid’ kan volgens Snellen dan ook een welkom alibi voor politici zijn, om onder meer verdeelvraagstukken van de verzorgingsstraat uit de weg te gaan en beginselen aan te roepen, waardoor van de nood een deugd wordt gemaakt. (Zie: Snellen 1991, p. 40 en 50.)

¹⁰³ Lambers-Hacquebard 1985, p. 45.

¹⁰⁴ Zie: subparagraaf 2.6.1.

¹⁰⁵ Van der Vlies 1984, p. 188.

adequaat vorm te geven. Men ging daarom werken aan de totstandkoming van een wetgevingskwaliteitsbeleid. De diverse elementen van het dereguleringsbeleid werden daarbij echter zeker niet overboord gegoooid. Een uitvoerige analyse van de noodzaak van interventie via wetgeving en onderzoek naar de meest passende en minst belastende wijze van regulering, bleven ook binnen dit algemene wetgevingsbeleid een wezenlijk punt van aandacht. Men richtte zich nu echter vooral op de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van wetgeving.¹⁰⁶

Men was zich daarbij steeds meer bewust geworden van de noodzaak om (met name) modificerende wetgeving gepaard te doen gaan met ondersteunend sociaal wetenschappelijk onderzoek. In sommige gevallen vond men het zelfs wenselijk om wetgeving te combineren met systematische evaluatie.¹⁰⁷ Men hoopte daardoor meer ‘zicht te krijgen op wetgeving’.¹⁰⁸ Bij modificerende wetgeving kon de wetgever namelijk in veel mindere mate dan bij codificerende wetgeving het effect van de wetgeving overzien. En men was inmiddels goed op de hoogte van de aanwezige risico’s indien maatschappelijke processen een gesloten boek voor de wetgever bleven. Wanneer politieke ambities te hoog waren en de mogelijkheden voor de overheid om gedragsveranderingen te realiseren te beperkt, bestond er een grote kans dat er ‘wegwerprecht’ tot stand kwam, hetgeen vanuit zowel vanuit democratisch als rechtsstatelijk oogpunt onwenselijk werd geacht. Ook vreesde men voor verstoring van de zelfcoördinerende werking van de maatschappelijke praktijk. Men zag daarom in dat het belangrijk was dat het wetgevingsproces veel minder ‘top down’ en veel meer in overleg met de partijen in het veld zou plaatsvinden.¹⁰⁹ Dit niet alleen om te bevorderen dat de wetgeving goed zou aansluiten bij de praktijk, maar tevens om de aanwezigheid van voldoende maatschappelijk draagvlak te garanderen, hetgeen voor het gewenste effect van de wetgeving nu eenmaal noodzakelijk is. Volgens Hirsch Ballin is de aanwezigheid van voldoende maatschappelijk draagvlak voorts niet alleen een praktische noodzaak, maar bovendien een vereiste dat aan het recht zelf ontleend kan worden. Recht dient volgens Hirsch Ballin namelijk ‘redelijk’ te zijn.¹¹⁰ Snellen lijkt dezelfde mening toegedaan wanneer hij stelt

¹⁰⁶ Eijlander 1990, p. 27 en 28.

¹⁰⁷ Naar mate de onzekerheid bij de wetgever over de vraag of en hoe een nieuwe regeling in de praktijk zal functioneren groter is, wordt een vorm van systematische evaluatie thans meer wenselijk geacht (zie: Zicht op wetgeving, p. 39 en 40).

¹⁰⁸ Zicht op wetgeving, p. 11.

¹⁰⁹ De ministeries kunnen daarbij gebruik maken van bestaande adviesorganen waarin belanghebbenden zijn vertegenwoordigd, maar het kabinet beveelt de ministeries daarnaast ook aan om een eigen netwerk van contacten op te bouwen en te onderhouden met personen, instellingen en groeperingen in de samenleving die beschikken over de kennis, deskundigheid en ervaringen die de wetgever nodig heeft. In sommige gevallen zou met deze informele vormen van raadpleging kunnen worden volstaan. (Zie: Zicht op wetgeving, p. 34 en 35)

¹¹⁰ Hirsch Ballin baseert zich daarbij op het *ius gentium* van Thomas van Aquino, waarbij recht wordt opgevat als het resultaat van een redelijke beoordeling van verhoudingen. Sinds de ontwikkeling van ons democratisch bestel, waarbij het in de samenleving levende recht steeds meer werd gecodificeerd, kreeg het recht volgens Hirsch Ballin een dubbele legitimatie: die van de redelijkheid van haar inhoud én die van de vrij gewilde aanvaarding door de volksvertegenwoordiging. Naarmate de aspiraties van de democratisch gelegitimeerde wetgever – die met steeds meer modificerende wetgeving kwam – zich echter meer verwijderden van de algemeen erkende redelijkheid van wetgeving – het-

dat het recht om tot gelding te komen moet wortelen in het 'rechtsbewustzijn' van burgers als normadressaten. Het gaat daarbij volgens Snellen om een legitimiteitsvereiste.¹¹¹

Het wetgevingskwaliteitsbeleid nu is, kort gezegd, gericht op het ontwikkelen van richtinggevend gedachten met betrekking tot het geheel van kwaliteitseisen ten aanzien van wetgeving, en de vertaling daarvan naar het concrete niveau van voorbereiding van wetgeving.¹¹² Omdat wetgeving inmiddels werd gezien als zijnde meer dan alleen een juridisch fenomeen of beleidsinstrument, moest dit gebeuren vanuit een breed perspectief waarbij rekening werd gehouden met maatschappelijke, rechtsstatelijke, bestuurlijke en technische aspecten. Het ministerie van Justitie werd hiervoor als primair verantwoordelijk aangewezen.¹¹³ Ter uitvoering van deze taak werden er in 1990, in de namens het kabinet door Justitie uitgebrachte beleidsnota *Recht in beweging* reeds enkele rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteitseisen voor de wetgeving opgesomd.¹¹⁴ Een jaar later werden deze in de nota *Zicht op wetgeving* verder uitgewerkt.¹¹⁵ Zij hebben zowel betrekking op de noodzaak, de inhoud, als de evaluatie van de wet. Deze kwaliteitseisen vormen in feite een codificatie van wetgevingsnormen zoals die zich in de loop der jaren hebben gevormd.¹¹⁶ Blijkens de nota *Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie* uit 2000 zijn de kwaliteitseisen, zoals geformuleerd in 'Zicht op wetgeving', nog altijd van toepassing.¹¹⁷ Deze kwaliteitseisen vormden volgens het kabinet anno 2000 nog altijd zeer bruikbare

geen tijdens de 'Normenflut' in de jaren '70 en '80 met name het geval was – raakte de wetgeving steeds meer los van haar eerste grondslag: namelijk die van de intrinsieke redelijkheid. Wettelijke regels degradeerden daardoor volgens Hirsch Ballin van een betrouwbaar kader tot samenleven, tot instrumenten voor maatschappelijke beheersing. Hirsch Ballin wijst daarom op het belang dat ook modificerende wetgeving als een 'redelijke premisse van handelen' kan worden voorzien en voldoet aan elementaire eisen als begrijpelijkheid en de mogelijkheid dat aan datgene wat de wetgever verlangt, een aanvaardbare plaats kan worden gegeven in het leven of de bedrijfsvoering van burgers. Wetgeving dient daartoe gebaseerd te zijn op redelijke en inzichtelijke argumenten, die bij de burger het nodige vertrouwen inboezemen ten aanzien van de wetgever. Wanneer de wetgever daarentegen zijn hoge woord voldoende acht om de samenleving te besturen, doet dat volgens Hirsch Ballin juist afbreuk aan de redelijkheid van wetgeving in relatie tot personen en organisaties, die als verantwoordelijke subjecten in de samenleving optreden. Het dient dan ook volgens Hirsch Ballin niet zozeer te gaan om vermindering van kwantiteit van wetgeving, maar vooral om een betere, meer begripvolle relatie met de noden van de samenleving. Dat is volgens hem de redelijkheid die aan elk recht eigen moet zijn. (Zie: Hirsch Ballin 1997, p. 214 en 215.)

¹¹¹ Dit legitimiteitsvereiste geldt volgens Snellen niet alleen voor codificerende, maar ook voor modificerende wetgeving. Onder 'legitimiteit' verstaat hij in dit verband 'de aanvaarding van instituten en voorschriften als een vanzelfsprekendheid, ondanks dat deze aanvaarding offers met de betrokkenen meebrengt of kan brengen'. Snellen meent dat ons wetgevingsproces afbreuk doet aan deze legitimiteit omdat het parlementaire debat niet is gericht op het vinden van een (voor de normadressaten aanvaardbare) norm, maar op het bereiken van een compromis, een gecalculeerde uitkomst (zie: Snellen 1991, p. 42-44).

¹¹² Eijlander 1990, p. 28.

¹¹³ Dat blijkt onder meer uit de brief van formateur Lubbers aan de Koningin, waarin hij voor het eerst melding maakt van het te voeren algemene wetgevingsbeleid (zie: *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 132, nr. 12, p. 2).

¹¹⁴ *Recht in beweging* 1990, p. 21 en 22.

¹¹⁵ *Zicht op wetgeving* 1991, p. 21-28.

¹¹⁶ *Wetgeving: organisatie, proces en produkt* 1994, p. 18.

¹¹⁷ *Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie* 2000, p. 4-6.

maatstaven, die in de dagelijkse praktijk hun waarde bewezen.¹¹⁸ Zij markeren dus ook vandaag de dag nog steeds de inhoud van het wetgevingskwaliteitsbeleid. Ten aanzien van de onderlinge verhouding tussen de kwaliteitseisen werd zowel de nota Zicht op wetgeving als de nota Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie opgemerkt, dat zij met elkaar samenhangen en elkaar een enkele maal overlappen.¹¹⁹ In concreto kan er echter ook spanning optreden tussen één of meer kwaliteitseisen. Omdat er a priori geen rangorde tussen de eisen is aan te wijzen, zal per geval naar het juiste evenwicht moeten worden gezocht, aldus de nota. In ieder geval zal elk van de eisen in een zo hoog mogelijke mate moeten worden gerealiseerd.¹²⁰

Naast de nota Zicht op wetgeving waren er met betrekking tot de regelgeving inmiddels ook al de nodige ‘Aanwijzingen voor de rijksdienst’ tot stand gekomen, welke als geheel, door hun toenemende onoverzichtelijkheid, hun doel om eenheid te brengen in de wetgeving van de verschillende ministeries dreigden voorbij te schieten. Reden waarom veel van deze Aanwijzingen – waaronder de (eerder genoemde) ‘Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving’ en de ‘Aanwijzingen inzake toetsing van ontwerpen van wet en algemene maatregel van bestuur’, maar ook de ‘Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek’,¹²¹ – in 1993 zijn gebundeld tot de ‘Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar)’.¹²² In de ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’ – die thans gelden als hét spoorboekje voor de wetgevingsjurist – zijn tevens de in de nota ‘Zicht op wetgeving’ geformuleerde algemene kwaliteitseisen opgenomen en nader geconcretiseerd.¹²³

De eerste verantwoordelijkheid voor de toepassing van deze kwaliteitseisen en ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’ ligt uiteraard bij de departementen zelf. Omdat zij primair verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van eigen wetten en voor de voorbereiding daarvan, heeft het ministerie van Justitie de noodzaak dat op ieder ministerie een krachtige centrale wetgevingsafdeling aanwezig is, sterk benadrukt.¹²⁴ Een goede samenwerking tussen beleidsonderdelen, decentrale en centrale wetgevingsafdelingen – met andere woorden tussen beleidsambtenaren en wetgevingsjuristen – noemde Justitie essentieel. Maar ook de interdepartementale samenwerking tussen de centrale wetgevingsafdelingen onderling vond Justitie van belang. Daarom moest ieder wetsvoorstel dat bij een departement vandaan kwam, alvorens het in de ministerraad zou worden behandeld, worden onderworpen aan een zogenoemde ‘wetgevingstoets’ door de stafafdeling van het directoraat-generaal Wetgeving van het ministerie van Justi-

¹¹⁸ De kwaliteitseisen zijn volgens het kabinet namelijk zoveel mogelijk te objectiveren maatstaven, die los staan van het gevoerde beleid (zie: *Kamerstukken II* 2000-01, 27 475, A, p. 6).

¹¹⁹ Zicht op wetgeving 1991, p. 23 en Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie 2000, p. 5.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2000-01, 27 475, A, p. 6.

¹²¹ *Stcrt.* 1984, 52. Hadden de eerst genoemde Aanwijzingen vooral betrekking op de inhoud van de regelingen, de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek hadden met name betrekking op allerlei terminologische kwesties, zoals het gebruik van hoofdletters, verwijzing naar andere bepalingen, indelingen van regelingen, gebruik van afkortingen en dergelijke (zie: Borman 1993, p. 185).

¹²² Zie: *Stcrt.* 1992, 230 en voor de herziening in 2000 *Stcrt.* 2000, 191.

¹²³ Borman 1993, p. 187.

¹²⁴ Zicht op wetgeving 1991, p. 36-38.

tie.¹²⁵ In de praktijk bleek deze toets – die dient ter vervanging van de vroegere ‘dereguleringsstoets’ – doorgaans echter slechts neer te komen op een half uur durende, globale toetsing van de memorie van toelichting.¹²⁶ In 2000 zijn daarom aanvullende vormen van toetsing geïntroduceerd.¹²⁷ Komt het wetsontwerp vervolgens in de ministerraad aan de orde, dan dient iedere minister aldaar eveneens de kwaliteit van de wetgeving te bewaken.¹²⁸ Een belangrijke functie op het gebied van de kwaliteit van wetgeving komt voorts toe aan de Raad van State.¹²⁹ De eindverantwoordelijkheid voor de kwaliteit van wetgeving ligt echter bij de Tweede en Eerste Kamer. Hoewel deze rol traditioneel vooral door de Eerste Kamer wordt vervuld, is ook de Tweede Kamer in beginsel verantwoordelijk voor een goede toepassing van de kwaliteitseisen. Zo dienen amendementen en initiatiefvoorstellen eveneens aan de kwaliteitseisen te voldoen. In de praktijk blijkt het parlement in sommige gevallen echter eerder een negatieve, dan een positieve bijdrage te leveren aan de kwaliteit van de wetgeving. Bijvoorbeeld in die gevallen dat door sterke parlementaire druk wetsvoorstellen en amendementen van minder geslaagde kwaliteit worden ingediend.¹³⁰

Dat brengt ons vervolgens op het punt van de naleving en de rechtskracht van de kwaliteitseisen en de ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’. Het normatieve karakter van de kwaliteitseisen, zoals die worden genoemd in de nota Zicht op wetgeving, is namelijk niet onomstreden geweest. Uit een onderzoek van de Algemene Rekenkamer uit 1994 bleek namelijk dat de kwaliteitseisen door het directoraat-generaal Wetgeving van Justitie niet langer werden beschouwd als eisen waaraan de wetgeving moest voldoen.¹³¹ Het zou daarentegen gaan om ‘algemene gezichtspunten’. Daarmee zou het directoraat-generaal afstand hebben willen nemen van het expliciet normatieve karakter van de nota Zicht op wetgeving, om zo meer aansluiting te kunnen zoeken bij de bestaande wetgevingspraktijk. Uit het onderzoek bleek voorts dat het directoraat-generaal de kwaliteitseisen uit ‘Zicht op wetgeving’ bij de toetsing niet volledig concreetiseerde. De Rekenkamer adviseerde echter om de toetsing toch controleerbaar te

¹²⁵ Thans bekend onder de naam sector Wetgevingskwaliteitsbeleid (zie: Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie 2000, p. 9).

¹²⁶ Wetgeving: organisatie, proces en produkt 1994, p. 19.

¹²⁷ De ‘quick scan’ bijvoorbeeld, waarbij geselecteerde wetgevingsvoornemens in een vroeg stadium door interdepartementale werkgroepen worden doorgelicht op hun effecten voor het bedrijfsleven, het milieu, de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Voorts zouden elk kwartaal een aantal voorstellen van wet aan een uitvoerige ‘kosten-baten-analyse’ worden onderworpen en zou men op de wetgevingsafdelingen gaan werken met een op de ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’ gebaseerd geautomatiseerd systeem. (Zie: De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 293.)

¹²⁸ Volgens Eijlander zou daarbij een sleutelpositie aan de minister van Justitie moeten toekomen. Indien zich ernstige bezwaren voordoen, zou de minister van Justitie volgens Eijlander, na overleg met de minister-president, de behandeling van wetsvoorstellen in de raad moeten kunnen voorkomen, dan wel doen opschorten. (Zie: Eijlander 1990, p. 31.)

¹²⁹ De Raad zou daarbij met name letten op aspecten van rechtmatigheid en doelmatigheid, de samenhang en consistentie binnen en tussen regelingen en op wetstechnische zaken (zie: Eijlander 1990, p. 31).

¹³⁰ Zicht op wetgeving 1991, p. 36. In 2000 zag men dan ook in dat ondersteuning bij het formuleren van amendementen geboden was, allereerst door het betrokken ministerie en desgewenst door het ministerie van Justitie (zie: Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie 2000, p. 13).

¹³¹ Wetgeving: organisatie, proces en produkt 1994, p. 19.

maken en wel door het systematisch vastleggen van de toetsingsaanpak en -resultaten.¹³² Zoiest bleek voorts al dat het kabinet in een meer recente kabinetsnota uit 2000, nogmaals heeft benadrukt dat elk van de kwaliteitseisen uit de nota Zicht op wetgeving in een zo hoog mogelijke mate dient te worden nageleefd. In dat kader zei het kabinet te streven naar een voortdurende actualisering en verbetering van de instrumenten en middelen om aan de kwaliteitseisen te kunnen voldoen.¹³³

Het bindende karakter van de ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’ staat in ieder geval vast. De Aanwijzingen zijn bindend voor ministers en staatssecretarissen, alsmede voor de onder hen ressorterende dienstonderdelen en ambtenaren, zo blijkt uit aanwijzing 4 (Ar.). Formeel heeft dat tot gevolg dat een overtreding van deze voorschriften volgens de regels van het ambtenarenrecht disciplinair kan worden gestraft. Naar verwachting zal dit volgens Borman in de praktijk echter nooit voorkomen.¹³⁴ Bovendien bevat aanwijzing 5 (Ar.) een hardheidsclausule die erop neerkomt dat afwijking van de aanwijzingen is toegestaan, indien onverkorte toepassing daarvan vanuit het oogpunt van goede regelgeving tot onaanvaardbare resultaten zou leiden. Uit de toelichting bij aanwijzing 4 blijkt voorts dat al die instanties die niet onder het gezag van een minister of staatssecretaris vallen, zoals de Staten-Generaal, in beginsel niet aan de aanwijzingen zijn gebonden. Volgens de toelichting verdient het echter aanbeveling dat de Staten-Generaal de aanwijzingen desondanks toch in acht neemt. Van geheel andere orde in dit verband is de vraag of burgers (als derden bij het wetgevingsproces) bij de rechter een beroep kunnen doen op de aanwijzingen om zo aan de toepasselijkheid van een wettelijk voorschrift, dat niet aan één van deze aanwijzingen voldoet, te ontkomen. Uit de toelichting bij het Vaststellingsbesluit blijkt dat dit niet het geval is. De ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’ zijn niet in rechte afdwingbaar.¹³⁵ In een eventuele beroepsprocedure kunnen zij daarom hooguit als aanvullend argument van betekenis zijn.

Tot slot dient nog te worden vermeld dat er naast het formuleren van en toetsen aan de kwaliteitseisen voor wetgeving en ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’, nog andere projecten door de overheid zijn gestart om de kwaliteit van de wetgeving te verbeteren. De bekendste daarvan is zonder meer het project ‘Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit’ (‘het MDW-project’), waartoe het eerste kabinet-Kok, uit ontevredenheid met de resultaten van de dereguleringsoperatie, eind 1994 het startsein gaf.¹³⁶ De doelen van dit project waren: (a) terug naar wat strikt nodig is (b) versterking van de marktwerving en (c) verbetering van de kwaliteit van wetgeving en regelgeving. Het kabinet legde daarmee een duidelijk economisch accent op de dereguleringsactiviteiten.¹³⁷ In

¹³² Wetgeving: organisatie, proces en produkt 1994, p. 30.

¹³³ Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie 2000, p. 6.

¹³⁴ Borman 1993, p. 188.

¹³⁵ *Stcrt.* 1992, 230. Zie ook: Borman 1993, p. 188.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 1994-95, 24 036, nr. 1. Met de start van het MDW-project werd de in 1987 opgerichte Commissie voor toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) opgeheven.

¹³⁷ Van Damme laat zich hierover kritisch uit. Hij vraagt zich af of het wel mogelijk is om economische en juridische waarden tegelijkertijd te optimaliseren. Wat economisch gezien moet, is juridisch ge-

het kader van zo'n 60 deelprojecten werden bestaande wetgevingscomplexen doorgelicht, met als doel de administratieve lastendruk voor het bedrijfsleven tot een minimum te beperken, concurrentiebeperkende maatregelen slechts te handhaven indien overtuigend kan worden aangetoond dat zij noodzakelijk zijn en de kwaliteit van de wetgeving te verbeteren (waarbij met name werd gelet op zaken als uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid, doeltreffendheid en doelmatigheid).¹³⁸ Ook ten aanzien van de zorgsector werden enkele deelprojecten gestart. Deze hadden voornamelijk tot doel het opheffen van toetredingsbelemmeringen en het versterken van de vraag door introductie van mogelijkheden tot vraagsturing.¹³⁹ Met de komst van het kabinet-Balkenende I is het MDW-project inmiddels vervangen door het project 'Beter Bestuur voor Burger en Bedrijf (B4)'.¹⁴⁰ Deze operatie heeft als doel het scheppen van ruimte voor de samenleving door de regeldruk te verminderen, het vergroten van de kwaliteit van het overheidsop treden en het vergroten van de keuzevrijheid van burgers, maatschappelijke organisaties en bedrijven. Vanuit een multidisciplinaire invalshoek worden in dit kader opnieuw verschillende deelprojecten gestart.¹⁴¹ De 'B4-operatie', die in het teken staat van 'daadkracht zonder bureaucratie', doet daarmee sterk denken aan de voorafgaande MDW-operatie. Dat deregulering ook bij het huidige kabinet-Balkenende II nog altijd hoog op de agenda staat, blijkt onder meer uit het actieprogramma 'Modernisering van de overheid', en de nota's 'Rechtsstaat en rechtsorde' en 'Bruikbare rechtsorde'.¹⁴²

zien immers niet altijd mogelijk. Hij vraagt zich in dit kader tevens af hoe effectief de MDW-operatie tot dan toe eigenlijk is geweest. (Zie: Van Damme 2001, p. 87 e.v.)

¹³⁸ Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie 2000, p. 9. Zie voorts: Van den Bosch 1996, p. 49 e.v. en Van den Bosch 2000, p. 264 e.v.

¹³⁹ Daarbij dient onder meer te worden gedacht aan de projecten 'Wet toegang ziektekostenverzekeringen', 'het Ziekenhuiswezen', 'Concurrentie en prijsvorming in de gezondheidszorg', 'Kinderopvang', 'Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ)' en 'Geneesmiddelen'. Bij de laatste twee projecten werd vooral gekeken naar de mogelijkheden van vraagsturing, waarbij persoonsvolgende en persoonsgebonden budgetten werden geïntroduceerd. (Zie: Van den Bosch 2000, p. 266, 273 en 274.)

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 755, nr. 1.

¹⁴¹ De 'B4-operatie' gaat uit van de rol van de overheid als wetgever, marktmeester en dienstverlener (zie: Beter Bestuur voor Burger en Bedrijf (B4), p. 3). Zie ten aanzien van het wetgevingsbeleid van minister Donner voorts: Huls & Stoter 2003, p. 165 e.v.

¹⁴² Zie respectievelijk: *Kamerstukken II* 2003-04, 29 362, nr. 1; *Kamerstukken II* 2003-04, 29 279, nr. 1 en nr. 9. De nota 'Rechtsstaat en rechtsorde' verscheen naar aanleiding van het rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), waarin werd geconcludeerd dat ons regelsysteem ook vandaag de dag steeds maar bureaucratischer en complexer wordt, hetgeen onder meer leidt tot een toename van de handhavingproblemen en capaciteitsproblemen bij de rechterlijke macht. De aanbevelingen van de WRR kwamen er kort gezegd op neer, dat de overheid minder en anders moet gaan regelen. De overheid zou in dat kader bijvoorbeeld meer moeten overgaan tot het stimuleren van zelfregulering en zelfhandhaving en zou zichzelf daarbij moeten beperken tot het stellen van de noodzakelijke randvoorwaarden en het houden van toezicht (Zie: WRR-rapport 2002, p. 9-14.) Het kabinet-Balkenende II heeft deze aanbevelingen op hoofdlijnen overgenomen en is van plan de private sector in dat kader meer op haar verantwoordelijkheid aanspreken (zie: Rechtsstaat en rechtsorde 2003, p. 10, 20 en 21). De aanbevelingen van de WRR zijn verder uitgewerkt in het actieprogramma 'Modernisering van de overheid' dat in 2003 is uitgebracht door de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties (BVK) en de nota 'Bruikbare rechtsorde' die in 2004 is uitgebracht door de minister van Justitie. In de laatstgenoemde nota wordt gesproken van 'een ontembare groei van het aantal regels' en wordt vastgesteld dat het to-

4.3.2 Kwaliteitseisen voor de wetgeving versus de WMCZ

Aan het eind van hoofdstuk 2 bleek dat toenmalig minister d'Ancona zich er bij de vormgeving van de WMCZ op beriep, te zijn uitgegaan van de in de nota *Zicht op wetgeving* genoemde kwaliteitseisen voor de wetgeving.¹⁴³ Tijdens het debat in de Tweede Kamer rees echter al de vraag of de minister deze kwaliteitseisen wel juist had toegepast.¹⁴⁴ De minister, zo bleek in subparagraaf 3.4.2, hield echter voet bij stuk en beweerde wel degelijk rekening te hebben gehouden met de in 'Zicht op wetgeving' gestelde kwaliteitseisen. Volgens de minister vormden de in de nota geformuleerde kwaliteitseisen echter geen meetlat waaraan men zonder meer de kwaliteit een wettelijke regeling kon afmeten. Het ging volgens haar eerder om een aantal aandachtspunten waartussen, op basis van relevante maatschappelijke, juridische, politieke en bestuurlijke factoren, een verantwoord evenwicht diende te worden gevonden. In de voorgaande subparagraaf werd zojuist echter duidelijk dat de kwaliteitseisen niet zijn bedoeld om slechts te gelden als 'aandachtspunten', maar dat zij stringenter van aard zijn. Het bindend karakter van de 'Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar.)' staat bovendien onomstreden vast, zo bleek eveneens in de vorige subparagraaf. Wel is juist dat de kwaliteitseisen vanwege hun abstractheid, pas een meetlat kunnen vormen voor de kwaliteit van concrete wetgeving, nadat zij zijn toegespitst op de concrete maatschappelijke omstandigheden. Daarbij zal dan inderdaad steeds moeten worden gezocht naar het juiste evenwicht tussen de verschillende kwaliteitseisen. De minister meende dit evenwicht in de WMCZ te hebben gevonden. De vele punten van kritiek op de WMCZ, die aan de orde kwamen in hoofdstuk 3, doen echter het tegendeel vermoeden. Voldoende reden dus om de kwaliteitseisen uit 'Zicht op wetgeving' en de 'Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar.)' in deze subparagraaf eens nader te bestuderen. Tegelijkertijd zal daarbij worden bekeken of de eerder genoemde punten van kritiek in verband kunnen worden gebracht met een specifieke kwaliteitseis en/of aanwijzing voor de regelgeving. Of de kwaliteitseisen en aanwijzingen daadwerkelijk zijn geschonden, zal pas in de volgende hoofdstukken worden beoordeeld.

In de nota 'Zicht op wetgeving' nu worden de volgend rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteitseisen opgesomd:

1. rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen
2. doeltreffendheid en doelmatigheid
3. subsidiariteit en evenredigheid

tale wetgevingscomplex sinds 1980 – alle pogingen tot deregulering ten spijt – met maar liefst 60% is toegenomen (zie: *Bruikbare rechtsorde* 2004, p. 3 en 8).

¹⁴³ *Kamerstukken II* 1992-93, 23 041, nr. 3, p. 5.

¹⁴⁴ Zie bijvoorbeeld de kritiek van GPV-Tweede Kamerlid Van Middelkoop, die erop neer kwam dat de WMCZ niet overeen zou stemmen de kwaliteitseisen zoals die zijn uitgewerkt in de 'Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar.)' (zie: *Handelingen II*, 6 september 1994, p. 88-5960). Van Middelkoop duidde daarbij met name op aanwijzing 6 (Ar.) en aanwijzing 8 (Ar.), die beide betrekking hebben op de noodzaak van wettelijk ingrijpen. Zie in dit verband tevens de in subparagraaf 3.4.2 genoemde kritiek van de Nationale Raad voor de Volksgezondheid (NRV).

4. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid
5. onderlinge afstemming
6. eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid¹⁴⁵

1. Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Wetten dienen uiteraard in overeenstemming te zijn met het recht. Hoewel zojuist in subparagraaf 4.2.1 nog werd opgemerkt dat er a priori geen rangorde is aan te brengen tussen de verschillende kwaliteitseisen, wordt de rechtmatigheidseis toch wel gezien als de meest wezenlijke. Deze kwaliteitseis vindt zijn neerslag in aanwijzing 18 (Ar.). Daarin staat: 'Bij het ontwerpen van regelingen wordt onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van het betrokken onderwerp hebben ingeperkt.' Bij 'hogere regels' dient blijkens de toelichting te worden gedacht aan internationale of communautaire regels, grondwettelijke voorschriften, rechtsbeginselen en (bij regels die zijn vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling) regels uit wetten in formele zin. Bij de verwerkelijking van rechtsbeginselen dient voorts onder meer te worden gedacht aan het bevorderen van de rechtszekerheid en aan de bescherming van kwetsbare belangen.¹⁴⁶

De vanzelfsprekendheid van deze eerste kwaliteitseis neemt niet weg, dat het de overheid in de praktijk niet altijd blijkt te lukken wetten te maken die op alle punten met het recht in overeenstemming zijn. Het krachtenspel bij het tot stand brengen van de wet, waarbij politieke en beleidsmatige overwegingen soms prevaleren boven juridische, is daar een mogelijke oorzaak van. Als andere mogelijke oorzaken worden in 'Zicht op wetgeving' genoemd: onduidelijkheid van hogere regels in combinatie met een te geringe voorspelbaarheid van de rechterlijke uitleg daarvan, en een te beperkte deskundigheid van de betreffende wetgevingsjurist.¹⁴⁷ Schending van het rechtmatigheidsvereiste is hoe dan ook zeer ernstig te noemen. Onrechtmatigheid van wetgeving is in een rechtsstaat principieel onjuist. Het vermindert bovendien het vertrouwen in de overheid en leidt nogal eens tot rechterlijk ingrijpen, hetgeen de effectiviteit van het beleid in hoge mate kan frustreren.

Wanneer de kritiek op de WMCZ, zoals omschreven in hoofdstuk 3, wordt bezien in het licht van het voorgaande, dan blijkt dat de in paragraaf 3.3 omschreven discussie ten aanzien van de vraag of de WMCZ in ieder geval op onderdelen niet in strijd is met de vrijheid van vereniging (artikel 8 Gw), in feite betrekking heeft op dit kwaliteitsvereiste. Of dit vereiste inderdaad is geschonden, blijft in deze subparagraaf nog in het midden, maar wel is inmiddels duidelijk dat deze discussie met name is veroorzaakt door de onduidelijkheid van de

¹⁴⁵ Zicht op wetgeving 1991, p. 23.

¹⁴⁶ Zicht op wetgeving 1991, p. 24.

¹⁴⁷ Zicht op wetgeving 1991, p. 24.

betreffende ‘hogere regel’ en dan met name van de term ‘openbare orde’.¹⁴⁸ Politieke en beleidsmatige overwegingen geven dan de doorslag.

Wat betreft de mogelijke schending van rechtsbeginselen kan in het bijzonder worden gedacht aan het rechtszekerheidsbeginsel, waarmee de WMCZ door haar onduidelijkheid op sommige punten mogelijk in strijd zou kunnen zijn (denk aan de kritiek op de omschrijving van het begrip ‘instelling’ en op begrippen als ‘representativiteit’ en ‘redelijkerwijs in staat om de gemeenschappelijke cliëntenbelangen te behartigen’ die onvoldoende concreet zouden zijn). Omdat hier echter overlap plaatsvindt met onder andere de kwaliteitsvereisten eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid, wordt op deze kritiek pas bij de bespreking van deze laatste vereisten verder ingegaan.

2. *Doeltreffendheid en doelmatigheid*

Ook de vereisten van doeltreffendheid en doelmatigheid zijn volgens de nota Zicht op wetgeving uiterst belangrijk.¹⁴⁹ Zo spreekt het volgens de nota vanzelf, dat de wet op zijn minst in belangrijke mate moet leiden tot verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen. Ook is het logisch dat er geen ongunstige verhouding mag ontstaan tussen de uit de wet voortvloeiende baten en de lasten. Men dient dus ook rekening te houden met uit de wet voortvloeiende onbedoelde neveneffecten en met de wet gepaard gaande interne en externe beleidslasten.¹⁵⁰ Deze vereisten zijn duidelijk terug te voeren op de toetsingspunten van de Commissie-Geelhoed.¹⁵¹ Tevens hebben zij hun neerslag gevonden in de ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’ en wel in aanwijzing 7 en 9 (Ar.), waarbij aanwijzing 9 verder is uitgewerkt in aanwijzing 13, 14 en 15 (Ar.). Om ervoor te zorgen dat zoveel mogelijk aan beide vereisten wordt voldaan, dienen de aan de wettelijke regeling ten grondslag liggende doelstellingen zo helder en volledig mogelijk te worden geformuleerd en wel voorafgaand aan het ontwerpen daarvan. De Commissie-Geelhoed wees daar destijds al op, en deze eis is vervolgens overgenomen in de nota Zicht op wetgeving, alsmede in aanwijzing 7. De doelformulering dient zo concreet mogelijk te zijn, waarbij het geheel van doel-middel-relaties zo goed mogelijk in kaart wordt gebracht. Een zo concreet en nauwkeuring mogelijke vaststelling van doelstellingen houdt volgens de toelichting bij aanwijzing 7 in, dat de verschillende doelstellingen duidelijk van elkaar worden onderscheiden.¹⁵² Aan de doelstellingen dient – zowel volgens ‘Zicht op wetgeving’ als aanwijzing 7 – bovendien een zo zorgvuldig mogelijke

¹⁴⁸ Op deze vraag zal worden ingegaan in subparagraaf 5.3.3.

¹⁴⁹ Zicht op wetgeving 1991, p. 25 en 26.

¹⁵⁰ Bij ‘interne lasten’ dient te worden gedacht aan lasten voor de overheid – en dan met name aan de lasten voor de uitvoerende en de rechtsprekende macht – en bij ‘externe lasten’ aan de lasten voor burgers, bedrijven of instellingen.

¹⁵¹ Het vereiste van doeltreffendheid is terug te vinden in toetsingspunt 8, dat verder is uitgewerkt in de toetsingspunten 1, 3, 9 en 10. Het vereiste van doelmatigheid kan worden teruggevonden in toetsingspunt 13. (Zie voor de toetsingspunten van de Commissie-Geelhoed: subparagraaf 4.2.2.)

¹⁵² Zie ook: toetsingspunt 3 van de Commissie-Geelhoed in subparagraaf 4.2.2.

analyse van het maatschappelijk probleem, van de betreffende maatschappelijke sector en van de in het geding zijnde belangen ten grondslag te liggen.¹⁵³

De verzamelde gegevens kunnen vervolgens worden gebruikt bij het beantwoorden van de vraag of overheidsinterventie wel noodzakelijk is en zo ja, voor welke vorm van overheidinterventie in dat geval het best kan worden gekozen.¹⁵⁴ Wanneer de doelen kunnen worden bereikt door aanpassing of een beter gebruik van bestaande instrumenten, dan verdient dat blijkens aanwijzing 7 de voorkeur. Kan dat niet, dan dienen blijkens aanwijzing 9, bij het maken van een keus tussen verschillende vormen van overheidsinterventie, de verwachte interne en externe beleidslasten in ieder geval zo nauwkeurig mogelijk in kaart te worden gebracht. Aanwijzing 13 en 14 bevatten een ‘checklist’ van mogelijke gevolgen voor het bedrijfsleven respectievelijk de overheid, waarmee rekening moet worden gehouden.¹⁵⁵ Zo noemt aanwijzing 13 als mogelijke lasten voor burgers, bedrijven en instellingen onder meer: administratieve verplichtingen, de inschakeling van benodigde deskundigheid, de gevolgen voor het besluitvormingsproces binnen de onderneming of instelling en nieuwe rechtstreekse financiële lasten. Aanwijzing 14 noemt voorts onder meer: de lasten voor de overheid die rechtstreeks zijn gemoeid met de uitvoering van de regelgeving (bijvoorbeeld het verlenen van vergunningen of ontheffingen), de lasten die verband houden met het toezicht op de naleving en met de handhaving van de regelgeving (waaronder de lasten voor de rechterlijk apparaat). Zowel de bestuurlijke lasten, als de lasten voor het bedrijfsleven dienen uiteraard zo beperkt mogelijk te blijven.

Wanneer tenslotte al deze, uit de doeltreffendheid- en doelmatigheidsver-eiste voortvloeiende voorschriften worden teruggekoppeld naar de kritiek op de WMCZ uit hoofdstuk 3, dan leidt dit onder meer tot de volgende vragen:

1. Zijn de doelen van de WMCZ wel concreet genoeg omschreven? Daarbij dient met name te worden gedacht aan het doel dat in de memorie van toelichting werd omschreven als ‘het beter doen aansluiten van het zorgaanbod op de zorgvraag’.¹⁵⁶
2. Vloeien deze doelstellingen voort uit een daadwerkelijk probleem, waar onderzoek naar is verricht? Sluit het zorgaanbod bijvoorbeeld inderdaad onvoldoende aan bij de zorgvraag?¹⁵⁷ En hebben de cliënten van algemene ziekenhuizen en extramurale zorginstellingen daadwerkelijk behoefte aan deze vorm van versterking van hun rechtspositie?¹⁵⁸

¹⁵³ Zie ook: toetsingspunt 1 van de Commissie-Geelhoed in subparagraaf 4.2.2.

¹⁵⁴ Ook komen deze gegevens van pas bij een eventuele latere evaluatie van de wettelijke regeling, omdat de effecten daarvan dan beter zijn te beoordelen.

¹⁵⁵ Zie ook: toetsingspunt 9 en 10 van de Commissie-Geelhoed in subparagraaf 4.2.2.

¹⁵⁶ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 2.6.1. Zie hierover verder: subparagraaf 5.3.1.

¹⁵⁷ Deze vraag, die verband houdt met de noodzaak van de WMCZ, kwam aan de orde in paragraaf 3.2. Zie hierover verder: subparagraaf 5.3.1 en paragraaf 5.4.2.

¹⁵⁸ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.4.2. Zie hierover verder: subparagraaf 5.2.2 en 5.4.1 en paragraaf 5.5.

3. Indien de doelstellingen van de WMCZ zijn gebaseerd op een daadwerkelijk probleem, is wetgeving dan noodzakelijk om dit op probleem op te lossen? Kan dit bijvoorbeeld niet aan zelfregulering worden overgelaten?¹⁵⁹
4. Indien wetgeving noodzakelijk is, is de voorgeschreven cliëntenraad dan wel het geëigende middel om de doelen van de WMCZ te bereiken?¹⁶⁰
5. Is er onderzoek verricht naar de mogelijkheden per sector?¹⁶¹
6. Zijn de kosten waartoe de WMCZ zou leiden vooraf goed in kaart gebracht?¹⁶²
7. Zijn de neveneffecten van de WMCZ van tevoren goed in kaart gebracht?¹⁶³
8. Is er een (goede) kosten-baten-afweging gemaakt?¹⁶⁴

3. *Subsidiariteit en evenredigheid*

Het evenredigheidsvereiste vertoont overeenkomsten met het doelmatigheidsvereiste. Het komt erop neer dat de overheid steeds moet zorgdragen voor een redelijke verhouding tussen de baten en lasten die uit een regeling voortvloeien.¹⁶⁵ Bij lasten dient in dit verband met name te worden gedacht aan lasten voor burgers, bedrijven en instellingen. Dit kwaliteitsvereiste vindt zijn neerslag in aanwijzing 15 (Ar.), waarin staat dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van de regeling, niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met de regeling te dienen doelen.¹⁶⁶

Het evenredigheidsbeginsel is voorts nauw verbonden met het vereiste van subsidiariteit. Dit laatste vereiste houdt volgens de nota Zicht op wetgeving in, dat waar mogelijk verantwoordelijkheden bij decentrale overheden en maatschappelijke organisaties moeten worden gelaten of gelegd.¹⁶⁷ In de praktijk komt dit er volgens de nota op neer, dat de centrale overheid zich zoveel mogelijk dient te beperken tot het scheppen van ‘noodzakelijke randvoorwaarden’ en het stellen van ‘minimumeisen’, en voorts tot het ondersteunen van maatschappelijke processen (door het verzekeren van institutionele en materiële voorwaarden) en het waken tegen ongewenste en ontoereikende resultaten. Het subsidiariteitsvereiste veronderstelt volgens ‘Zicht op wetgeving’ namelijk een overheid die, waar mogelijk, in plaats van eenzijdig en direct in te grijpen, meer indirect en interactief met de samenleving haar beleid realiseert. Een zelfde soort uitleg

¹⁵⁹ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.2. Zie hierover verder: subparagraaf 4.4.3.

¹⁶⁰ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.4. Zie hierover verder: paragraaf 5.2, subparagraaf 5.3.2 en paragraaf 5.5.

¹⁶¹ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.4. Zie hierover verder: subparagraaf 5.3.1.

¹⁶² Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.5. Zie hierover verder: subparagraaf 5.3.1.

¹⁶³ Zie: paragraaf 3.5 en subparagraaf 5.3.1.

¹⁶⁴ Zie: paragraaf 3.5 en subparagraaf 5.3.1.

¹⁶⁵ Zicht op wetgeving 1991, p. 26 en 27.

¹⁶⁶ Het is bovendien wederom terug te voeren op het toetsingsschema van de Commissie-Geelhoed, en wel op toetsingspunt 5 (zie: subparagraaf 4.2.2).

¹⁶⁷ De opstellers van de nota Zicht op wetgeving baseerden zich daarbij op de theorie van Teubner, waarover meer in subparagraaf 4.4.2.

van het subsidiariteitsvereiste is te vinden in aanwijzing 7 en 8 (Ar.). Daarin staat dat slechts voorzover het zelfregulerend vermogen van de maatschappij tekortschiet, moet worden gedacht aan overheidsmaatregelen (aanwijzing 7). Is overheidsinterventie noodzakelijk, dan dient in ieder geval zoveel mogelijk te worden aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren (aanwijzing 8). Bezien moet worden of dit vermogen door overheidsop treden kan worden versterkt. Direct overheidsingrijpen is slechts op zijn plaats indien het zelfregulerend vermogen van de maatschappij – zelfs indien het zou worden versterkt met overheidsmaatregelen – niet tot voldoende resultaten zou leiden.

Kiest de overheid – zoals bij de WMCZ – voor een combinatie van overheidsregulering en zelfregulering, dan is het volgens de nota Zicht op wetgeving van groot belang dat het juiste evenwicht tussen beide wordt gevonden. Een goed evenwicht zou volgens de nota kunnen worden bereikt, door wetgeving te doen aansluiten bij de structurele en culturele kenmerken van maatschappelijke sectoren. Hoewel deze vorm van regulering – door de nota omschreven als ‘wettelijk gestructureerde en geconditioneerde zelfregulering’ – niet in alle gevallen mogelijk zal blijken zijn, raadt de nota toch aan dit alternatief in ieder geval steeds in overweging te nemen. Sommige sectoren in de samenleving – waaronder de gezondheidszorg – zijn volgens de nota namelijk maar beperkt en moeilijk doordringbaar met stuursignalen van buitenaf, hetgeen het zoeken naar nieuwe vormen van overheidsregulering tot een noodzaak maakt. Daarnaast wijst de nota op de verschillende voordelen die aan nieuwe reguleringsvormen als ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’ zijn verbonden. Zo zou de bereidheid tot naleving van de regelgeving toenemen naarmate er een beter evenwicht zou zijn gevonden tussen overheid en samenleving. Bovendien zou het een vermindering opleveren van de belasting van de wetgever, het bestuur en wellicht ook de rechter.

Wat in dit verband opvalt is dat met name de kwaliteitsvereisten van subsidiariteit en evenredigheid en van doeltreffendheid en doelmatigheid, overeenkomsten vertonen met de redelijkheid die volgens Hirsch Ballin aan elk recht inherent dient te zijn.¹⁶⁸ Overeenkomstig het doeltreffendheids- en doelmatigheidsvereiste wees Hirsch Ballin daarbij op de noodzaak van ‘een betere, meer begripvolle relatie met de noden van de samenleving’. De noodzaak van wetgeving moet niet alleen voor de wetgever, maar ook voor burgers, bedrijven en instellingen duidelijk zijn of anders duidelijk worden gemaakt. De wetgever dient hen daarbij te behandelen als in de samenleving optredende ‘verantwoordelijke subjecten’ en dient met redelijke en inzichtelijke argumenten vertrouwen bij hen in te boezemen. Voorts diende volgens Hirsch Ballin aan datgene wat de wetgever verlangt, een aanvaardbare plaats te kunnen worden gegeven in het leven of de bedrijfsvoering van burgers. Vooral dit laatste kan – overeenkomstig het subsidiariteitsvereiste – in de praktijk een sterk argument zijn voor alternatieve vormen van wetgeving, die zoveel mogelijk ruimte laten voor zelfregulering.

¹⁶⁸ Zie: subparagraaf 4.3.1.

Teruggekoppeld naar de hoofdstukken 2 en 3 kan tot slot het volgende worden opgemerkt. Allereerst speelt in het kader van het subsidiariteitsvereiste wederom de vraag naar de noodzaak van wettelijke regelgeving. Kan de medezeggenschap van cliënten bijvoorbeeld niet uitsluitend aan zelfregulering worden overgelaten?¹⁶⁹ Vervolgens dient zich de vraag aan of de vormgeving van de WMCZ wel juist is. Zoals bekend koos oud-minister d’Ancona destijds – verwijzend naar het subsidiariteitsvereiste uit de nota *Zicht op wetgeving* – bij de vormgeving van de WMCZ bewust voor de vorm van ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’.¹⁷⁰ Naar aanleiding van de vele kritiek op de vormgeving van de WMCZ deed zich aan het eind van hoofdstuk 3 echter de vraag voor of de wetgever in de WMCZ wel het juiste evenwicht heeft gevonden tussen hetgeen wettelijke regeling behoeft en hetgeen aan zelfregulering kan worden overgelaten.¹⁷¹ Omdat voor het beantwoorden van deze vraag meer kennis nodig is omtrent het juridisch fenomeen ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’, zal daar in paragraaf 4.3 eerst nog wat dieper op in worden gegaan. Een andere vraag die voorts in het kader van het subsidiariteitsvereiste gesteld kan worden, is of de WMCZ wel tot stand is gekomen in interactie met de samenleving, of dat de wetgever zijn ideeën daarentegen ‘top-down’ aan het zorgveld heeft opgelegd, zodat de WMCZ leidt tot een min of meer ‘gedwongen samenwerking’. Met andere woorden, wordt de WMCZ door het zorgveld wel als redelijk gezien en kunnen de zorgaanbieders er binnen hun instellingen op aanvaardbare wijze uitvoering aan geven?¹⁷² Wat betreft een mogelijke schending van het evenredigheidsvereiste dient tenslotte, net als bij het doelmatigheidsvereiste, te worden bekeken of er bij de totstandkoming van de WMCZ wel een goede kosten-batenafweging is gemaakt, waarbij dan met name dient te worden gedacht aan de extra kosten die zorginstellingen moeten maken bij het uitvoeren van de WMCZ.¹⁷³

4. *Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid*

Dat aan een wet op aanvaardbare wijze uitvoering dient te kunnen worden gegeven, vloeit tevens voort uit de kwaliteitseisen van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Ook deze eisen hangen dus nauw samen met ‘de intrinsieke redelijkheid van het recht’.¹⁷⁴ Wetten die niet of onvoldoende uitvoerbaar of handhaafbaar zijn, dreigen volgens ‘Zicht op wetgeving’ tot een ‘dode letter’ te verworpen, hetgeen doorgaans zowel op beleidsmatige als op rechtsstatelijke gronden

¹⁶⁹ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.2. In subparagraaf 4.4.3 zal hier verder op in worden gegaan.

¹⁷⁰ Zie: subparagraaf 2.6.1.

¹⁷¹ Zie in dit verband met name paragraaf 3.14. In hoofdstuk 6 zal worden onderzocht in hoeverre deze kritiek gegrond is.

¹⁷² Zie in dit verband met name de kritiek in paragraaf 3.4. Zie hierover verder: paragraaf 5.2.

¹⁷³ Zie: paragraaf 3.5. In subparagraaf 5.3.1 zal hier verder op worden ingegaan.

¹⁷⁴ Het vereiste van handhaafbaarheid kan bovendien nog worden teruggeleid op toetsingspunt 7 van de Commissie-Geelhoed (zie: subparagraaf 4.2.2).

onaanvaardbaar is.¹⁷⁵ Zulke wetten kunnen volgens Van Roermond, Van Seters en Witteveen bovendien leiden tot het afnemen van het algemeen gezag van de wetgever.¹⁷⁶ Daarnaast kunnen zij als onbedoeld neveneffect hebben, dat de bestaande gang van zaken in de praktijk wordt verstoord. Het is dan ook begrijpelijk dat onder meer in de advisering van de Raad van State momenteel sterke betekenis aan het vereiste van uitvoerbaarheid wordt toegekend.¹⁷⁷

Volgens ‘Zicht op wetgeving’ dient in dit kader eerst te worden bekeken of regels überhaupt uitvoerbaar en handhaafbaar zijn. Bij de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid dient volgens de nota onder andere te worden gedacht aan de mate waarin de nieuwe regels conflicten kunnen oproepen, alsmede aan hun gevoeligheid voor fraude. Blijkens aanwijzing 11 en 12 (Ar.) dient in dit kader met name te worden gedacht aan het vermijden van regels die interpretatiegeschillen oproepen.¹⁷⁸ Regels dienen voorts zoveel mogelijk te zijn gericht op zichtbare, dan wel objectief constateerbare feiten en dienen werkbaar te zijn voor degenen tot wie zij zijn gericht. Komt men tot de conclusie dat de regels in beginsel uitvoerbaar en handhaafbaar zijn, dan dient men er vervolgens voor te zorgen dat de belasting van het bestuurlijk en justitieel apparaat zo beperkt mogelijk blijft (hier is dus weer sprake van enig overlap met het doelmatigheids- en evenredigheidsvereiste). De aan de uitvoering verbonden kosten dienen zo zorgvuldig mogelijk in kaart te worden gebracht, zodat ze in de besluitvorming over de voorgenomen regelgeving kunnen worden betrokken.¹⁷⁹ Op grond van deze kostenberaming dient voorts een keuze te worden gemaakt tussen de verschillende handhavingssystemen, zoals de privaatrechtelijke, de bestuurlijke, de strafrechtelijke en de tuchtrechtelijke. De aan elk stelsel verbonden voor- en nadelen dienen daarbij tegen elkaar te worden afgewogen. ‘Zicht op wetgeving’ noemt de geschillencommissie daarbij als een mogelijk passend, toegankelijk en minder kostbaar alternatief voor de rechterlijke macht. Als laatste noemt de nota het geven van goede voorlichting over de geldende regels. Dit zou, evenals het geven van beloningen voor normconform gedrag, de naleving positief kunnen beïnvloeden.

¹⁷⁵ Zicht op wetgeving 1991, p. 27, 28 en 29.

¹⁷⁶ Zie: Witteveen (red.) 1991, p. 1, 2, 3, 7 en 8.

¹⁷⁷ Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie 2000, p. 5. Ook Tweede Kamerleden zeggen sterk te hechten aan de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Deze vereisten werden het meest genoemd bij een enquête onder de leden van de Tweede Kamer, ten aanzien van de vraag in hoeverre zij toetsen aan de kwaliteitseisen voor wetgeving (zie: Dorbeck-Jung 2003, p. 137 en Nicolai 2002, p. 38 e.v.). De Vries – die ten tijde van de totstandkoming van de WMCZ directeur was van de afdeling Wetgeving en Juridische Zaken bij het ministerie van VWS – hield er een afwijkende mening op na. Zolang er maar geen volstrekte rechteloosheid heerste, meende hij dat het niet erg was dat er regels waren die niet werden nageleefd zoals de wetgever bedoelde. Recht was volgens hem namelijk meer dan een koele doel/middelen-relatie: het was ook een zaak van emoties en psychologie. In de praktijk kwam men volgens hem bovendien een heel eind via gedogen en het opportunistisch beginsel. (Zie: De Vries 1991, p. 10.)

¹⁷⁸ Beide aanwijzingen zijn terug te voeren op toetsingspunt 12 van de Commissie-Geelhoed (zie: subparagraaf 4.2.2)

¹⁷⁹ Dit kan volgens de nota Zicht op wetgeving onder andere worden bereikt door het opstellen van gedegen handhaafbaarheids- en uitvoerbaarheidsrapporten. Het opstellen van dit soort rapporten is blijkens de toelichting bij aanwijzing 11 (Ar.) aangewezen indien het gaat om wetsvoorstellen die uit een oogpunt van uitvoering en handhaving ingrijpende veranderingen tot gevolg hebben.

Wanneer nu de terugkoppeling wordt gemaakt naar hoofdstuk 3, dan blijkt dat met name de volgende vragen binnen het kader van onderhavige kwaliteitsvereisten kunnen worden gesteld:

1. Is het vanwege het gevaar van symbolische wetgeving niet beter om geen wetgeving tot stand te brengen waarbij men het standpunt hanteert ‘als het niet lukt, dan gaat het niet’?¹⁸⁰
2. Is de definitie van het begrip ‘instelling’ werkbaar in de praktijk?¹⁸¹
3. Leidt het ontbreken van zowel een instellingsgrens als de mogelijkheid tot het instellen van een gemeenschappelijke cliëntenraad voor meerdere instellingen, gezien de schaalgrootte van veel instellingen, niet tot een ongekende bureaucratie?¹⁸²
4. Leidt de afhankelijkheid van de zorgaanbieder van de lokale cliëntenraden, ter zake van het instellen van een overkoepelende groeps- of centrale cliëntenraad in de praktijk niet tot problemen?¹⁸³
5. Leidt het feit dat de groeps-/centrale cliëntenraad niet over eigen, maar slechts over afgeleide bevoegdheden beschikt, in de praktijk niet tot problemen?¹⁸⁴
6. Is het mogelijk om bij instellingen met een snel fluctuerend bestand en bij extramurale instellingen representatieve cliëntenraden tot stand te brengen?¹⁸⁵
7. Leiden de expliciet in de wet opgenomen adviesbevoegdheden van de cliëntenraad in de praktijk niet tot bureaucratisering?¹⁸⁶
8. Bestaat er niet een kans dat de cliëntenraad, vanwege het (te) krappe budget van de zorgaanbieder, door een gebrek aan faciliteiten feitelijk langs de zijlijn komt te staan? Dient er bijvoorbeeld geen extra geld ter beschikking te worden gesteld voor scholing en vorming en zaken als deskundige ondersteuning?¹⁸⁷ Deze vraag komt in feite neer op de vraag die ook al in het kader van het doeltreffendheid- en doelmatigheidsvereiste aan de orde kwam, namelijk of men de kosten verbonden aan de uitvoering en handhaving vooraf wel goed in kaart heeft gebracht.

¹⁸⁰ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.4 en had betrekking op het feit dat de plicht tot het instellen van een cliëntenraad beperkt blijft tot een periodieke inspanningsverplichting. Zie hierover verder: subparagraaf 5.3.1.

¹⁸¹ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.6.2. Zie hierover verder: paragraaf 5.2 en subparagraaf 6.3.1.

¹⁸² Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.11. Zie hierover verder: paragraaf 5.2, subparagraaf 6.4.1 en paragraaf 6.8.

¹⁸³ Zie: paragraaf 3.11. Zie hierover verder: paragraaf 5.2 en 6.8.

¹⁸⁴ Zie: paragraaf 3.11. Zie hierover verder: paragraaf 5.2 en 6.8.

¹⁸⁵ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.7. Zie hierover verder: subparagraaf 5.2.2 en 6.3.2.

¹⁸⁶ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.8.4. Zie hierover verder: paragraaf 5.2 en subparagraaf 6.5.5.

¹⁸⁷ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.5. Zie hierover verder: paragraaf 5.2 en subparagraaf 6.6.4.

9. Weegt het belang van het ontzien van de kantonrechter wel op tegen de nadelen die zijn verbonden aan de complexe dubbele nalevingsprocedure?¹⁸⁸
10. Is er geen vorm van bestuurlijk toezicht gewenst?¹⁸⁹

5. *Onderlinge afstemming*

Onderlinge afstemming is nodig ter voorkoming van inconsistenties en onnodige fricties bij de uitvoering.¹⁹⁰ Volgens ‘Zicht op wetgeving’ is onderlinge afstemming in twee verschillende situaties noodzakelijk. Allereerst wanneer regelingen weliswaar een verschillend onderwerp betreffen, maar door hun effecten sterk op elkaar inwerken. Dit kan volgens de nota door coördinatie of door integratie van regelgeving of bestuurlijk optreden worden verholpen. Ten aanzien van de WMCZ kan in dit kader bijvoorbeeld worden gedacht aan mogelijke samenloop met andere patiëntenwetten, als de Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector (WKCZ) en de Kwaliteitswet Zorginstellingen (KZi), in de zin van duplicering van beleid.¹⁹¹ Er kan in dit verband echter ook worden gedacht aan mogelijke samenloopproblemen met de bevoegdheden van de ondernemingsraad (samenloop met de WOR). Intern dienen de verschillende onderdelen van de WMCZ uiteraard ook logisch op elkaar aan te sluiten en niet met elkaar in strijd te zijn.

De tweede situatie waarin onderlinge afstemming is gewenst, doet zich voor bij onnodige en ongewenste verscheidenheid ten aanzien van dezelfde of verwante kwesties in regelingen of praktijken. Dit kan volgens ‘Zicht op wetgeving’ worden teruggedrongen door harmonisatie. Bij deze situatie dient met name te worden gedacht aan de mate waarin de WMCZ afwijkt van andere medezeggenschapswetten, zoals de WOR en de WMO. In de aanwijzingen 47 tot en met 51 (Ar.) wordt het belang van harmonisatie nog eens extra onderstreept. Zo dient er volgens aanwijzing 47 in gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld, zoveel mogelijk te worden gestreefd naar harmonisatie van regelgeving. Afwijking van een algemene wet mag blijken aanwijzing 49 slechts indien dit noodzakelijk is en in de memorie van toelichting expliciet is gemotiveerd.

Teruggekoppeld naar de kritiek uit hoofdstuk 3, blijken de volgende vragen daaruit onder het vereiste van onderlinge samenhang te kunnen worden gerubriceerd:

1. Hoe verhoudt de WMCZ zich tot de overige patiëntenwetgeving?¹⁹²

¹⁸⁸ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.13.2. Zie hierover verder: subparagraaf 5.2.1 en 6.10.2.

¹⁸⁹ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.13.1. Zie hierover verder: paragraaf 5.2 en subparagraaf 6.10.1.

¹⁹⁰ Zicht op wetgeving 1991, p. 29 en 30. De noodzaak van coördinatie van regelgeving vloeide reeds voort uit de toetsingspunten 4 en 11 van de Commissie-Geelhoed (zie: subparagraaf 4.2.2).

¹⁹¹ Deze wetten dienen immers net als de WMCZ tot vergroting van de mondigheid van de cliënt respectievelijk verbetering van de kwaliteit van de zorg.

¹⁹² Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.2. Zie hierover verder: subparagraaf 5.4.1.

2. Hoe verhoudt de WMCZ – en dan met name het gedeelte over de invloed op de samenstelling van het bestuur – zich tot boek 2 BW?¹⁹³
3. Doet zich geen ongewenste samenloop voor tussen de bevoegdheden van de cliëntenraad en de ondernemingsraad? Wordt de beleidsvorming van de zorgaanbieder met andere woorden niet belemmerd of geblokkeerd door het feit dat ten aanzien van sommige onderwerpen zowel een adviesrecht toekomt aan de cliëntenraad als aan de ondernemingsraad?¹⁹⁴
4. Wijken de bevoegdheden van de cliëntenraad op onlogische wijze af van die van de ondernemingsraad?¹⁹⁵
5. Doen zich binnen de WMCZ nog inconsequenties voor? Hoe verhoudt zich bijvoorbeeld de formele definitie van het begrip ‘instelling’ tot de materiële definitie daarvan en het uitgangspunt van de WMCZ dat medezeggenschap op een zo laag mogelijk niveau binnen de instelling dient plaats te vinden?¹⁹⁶ En is het feit dat het bindend voordrachtsrecht uit artikel 7 alleen van toepassing is op privaatrechtelijke rechtspersonen en niet op publiek-rechtelijke en kerkelijke rechtspersonen niet inconsequent?¹⁹⁷ Ook kan men zich afvragen hoe dit bindend voordrachtsrecht zich verhoudt tot de vertegenwoordiging van de cliëntenbelangen via de cliëntenraad.¹⁹⁸ Verder kan men zich afvragen hoe de vrijheid die de WMCZ de zorgaanbieder beoogt te bieden om de medezeggenschap voor cliënten vorm te geven op een manier die bij zijn instelling past, zich verhoudt tot het ontbreken van de wettelijke mogelijkheid een gemeenschappelijke, groeps- of centrale cliëntenraad in te stellen.¹⁹⁹

6. *Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid*

Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid zijn tot slot eveneens uiterst belangrijke kwaliteitseisen.²⁰⁰ Degenen die met de regels worden geconfronteerd, moeten immers duidelijk voor ogen hebben wat de wetgever wil en bedoelt en wat zij zelf mogen of moeten doen of nalaten. Deze vereisten houden daarom nauw verband met het rechtszekerheidsbeginsel, de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid en het vereiste van doeltreffendheid. Het stelt hoge eisen aan de formulering van wettelijke bepalingen, alsmede aan de structuur en de vormgeving van de wet. ‘Zicht op wetgeving’ wijst erop dat ingewikkelde en ondoorzichtige wetgeving voor een deel niet (geheel) te vermijden is, namelijk voor

¹⁹³ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.10. Zie hierover verder: paragraaf 6.7.

¹⁹⁴ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.8.3. Zie hierover verder: subparagraaf 6.5.4.

¹⁹⁵ Deze vragen kwamen onder meer aan de orde in subparagraaf 3.8.1 tot en met 3.8.3. Zie hierover verder: subparagraaf 6.5.2 tot en met 6.5.4.

¹⁹⁶ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.6.1. Zie hierover verder: subparagraaf 5.2.4 en 6.3.1.

¹⁹⁷ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.10.2. Zie hierover verder: paragraaf 6.7.

¹⁹⁸ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.10.1. Zie hierover verder: paragraaf 6.7.

¹⁹⁹ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.11. Zie hierover verder: paragraaf 6.2 en 6.8.

²⁰⁰ Zicht op wetgeving 1991, p. 30. Zie in dit verband voorts: toetsingspunt 5 en 12 van de Commissie-Geelhoed in subparagraaf 4.2.2.

zover zij door de ingewikkeldheid van de materie wordt veroorzaakt.²⁰¹ Ontoegankelijkheid van wetgeving kan echter ook worden veroorzaakt doordat de makers van de wet niet over voldoende bekwaamheid of tijd beschikken om helder en eenvoudig te formuleren. Of doordat één of meer participanten in het wetgevingsproces een volledige greep van de overheid of uiterste rechtvaardigheid in alle situaties en voor alle gevallen wil bereiken, hetgeen leidt tot onnodig gedetailleerde regelgeving. Dergelijke verfijnde regels leiden er mede door controleproblemen vaak toe, dat het met de wet beoogde resultaat niet wordt bereikt.

Vage normen kunnen echter eveneens leiden tot onduidelijke wetgeving. In toetsingspunt 12 van de Commissie-Geelhoed werd het stellen van vage normen in dit verband dan ook afgeraden. Men diende daar volgens de commissie althans terughoudend mee te zijn.²⁰² Hoewel het stellen van vage normen evenals gedetailleerde regelgeving, noodzakelijkerwijs kan voortvloeien uit de complexiteit van de samenleving – denk in dit verband aan de diversiteit van het toepassingsgebied van de WMCZ – kan het ook het gevolg zijn van het feit dat de wetgever zelf niet helder voor ogen heeft hoe de materie precies vorm dient te worden gegeven.²⁰³ Een simpele, globale regel heeft volgens Kortmann bovendien niet eens altijd een deregulerende werking. Zo'n regel kan namelijk aanleiding geven tot geschillen, die weer door middel van 'jurisprudentiële regels' moeten worden opgelost.²⁰⁴ Met globale regels zou daarom volgens hem alleen kunnen worden volstaan, indien de norm in hoge mate aansluit bij maatschappelijke waardenpatronen of gedrag verlangt dat voor de gemiddelde burger inzichtelijk is.

Teruggekoppeld naar de kritiek uit hoofdstuk 3, blijken de volgende vragen onder dit kwaliteitsvereiste te kunnen worden gebracht:

1. Is de in de WMCZ gehanteerde terminologie helder of leidt deze tot rechts-onzekerheid?²⁰⁵
2. Kan de zorgaanbieder in de praktijk uit de voeten met de vage criteria voor de samenstelling van de cliëntenraad of leidt dit tot problemen/conflicten?²⁰⁶
3. Is het niet beter om het gewone adviesrecht en het verzwaard adviesrecht in aparte artikelen op te nemen?²⁰⁷
4. Is de huidige, dubbele nalevingsprocedure niet te gecompliceerd?²⁰⁸

²⁰¹ Dit komt overeen met de waarschuwing van Lambers-Haquebard in subparagraaf 4.2.5, dat de complexiteit van de samenleving niet mag worden ontkend door de regelgeving simpel te houden.

²⁰² Zie: subparagraaf 4.2.2.

²⁰³ Volgens Kortmann komt het regelmatig voor dat een wet nadere regelgeving delegeert, omdat de wetgever zelf (nog) niet duidelijk voor ogen staat wat de inhoud van de norm zal (moeten) zijn (zie: Kortmann 1993, p. 1378). Akveld en Loonstra zeiden ten aanzien van de verplichting een representatieve cliëntenraad in te stellen, bijvoorbeeld te betwijfelen of de wetgever zelf wel een helder beeld had van de wijze waarop deze cliëntenraden in de verschillende sectoren dienden te worden samengesteld (zie: paragraaf 3.7).

²⁰⁴ Kortmann 1993, p. 1377.

²⁰⁵ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.6. Zie hierover verder: paragraaf 6.3.

²⁰⁶ Deze vraag kwam aan de orde in paragraaf 3.7. Zie hierover verder: paragraaf 5.2.

²⁰⁷ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.8.1. Zie hierover verder: subparagraaf 6.5.5.

²⁰⁸ Deze vraag kwam aan de orde in subparagraaf 3.13.2. Zie hierover verder: subparagraaf 6.10.2.

De nota Zicht op wetgeving wijst tot slot nog op het feit dat tekortkomingen in de wetgeving nu eenmaal niet altijd voorkomen kunnen worden en dat gewaakt moet worden voor te veelvuldige wetswijzingen.²⁰⁹ Continuïteit en bestendigheid van de geldende regels zijn van belang voor de rechtszekerheid en vaak ook voor de beoogde beïnvloeding van het gedrag van rechtssubjecten en daarmee voor de doeltreffendheid van veel overheidsbeleid.²¹⁰ Als regels niet een zekere stabiliteit bevatten maar voortdurend veranderen, kan van uitvoerende instanties en van burgers nauwelijks worden verwacht dat ze de regels nog opnemen en dat ze hun gedrag er steeds weer terstond op aanpassen. Het gevaar bestaat dan dat ze immuun worden voor de verandering van regelgeving. Deze waarschuwing is zeker ook van toepassing op het onderwerp medezeggenschap in de zorg. De wetgever veranderde ten aanzien van deze materie de afgelopen decennia immers al verscheidene keren van inzicht, terwijl er in lagere regelgeving en in de praktijk al het een en ander aan medezeggenschap tot stand was gekomen. Niet voor niets werd bij de behandeling van de WMCZ dan ook gewaarschuwd voor het feit, dat nieuwe regelgeving het zorgveld wel eens zou kunnen ontmoedigen in plaats van stimuleren.²¹¹ Deze waarschuwing geldt momenteel uiteraard des te meer als het gaat om eventuele wijziging of intrekking van de WMCZ.

4.4 Wettelijk geconditioneerde zelfregulering

Met een beroep op de nota Zicht op wetgeving koos de minister bij de vormgeving van de WMCZ bewust voor de vorm van ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’.²¹² Deze vorm van wetgeving – waarbij zo weinig mogelijk in de wet wordt geregeld en zo veel mogelijk aan zelfregulering wordt overgelaten – sluit immers nauw aan bij het in de vorige paragraaf behandelde subsidiariteitsvereiste.²¹³ Gezien de vele kritiek op de WMCZ moet men zich echter afvragen of deze wetgevingsvorm wel geschikt is voor een medezeggenschapswet, waarin – gezien de ongelijkheid van partijen en de strijdigheid van hun belangen – toch vrij veel geregeld zal moeten worden. Om dit te kunnen beoordelen, wordt in deze paragraaf onder meer ingegaan op inhoud van het begrip ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’, op de voor- en nadelen die aan deze wetgevingsvorm zijn verbonden en op de vraag in welke gevallen het best voor deze vorm van wetgeving kan worden gekozen. In het kader van de vraag die daarop volgt

²⁰⁹ Zicht op wetgeving 1991, p. 30.

²¹⁰ Zie: toetsingspunt 5 van de Commissie-Geelhoed in subparagraaf 4.2.2.

²¹¹ Zie: paragraaf 3.5.

²¹² Zie: subparagraaf 2.6.1.

²¹³ Zie: subparagraaf 4.3.2. Door Kosto wordt in dit verband gesproken van ‘een vorm van creatief wetgeven waarbij de eigenheid en eigen verantwoordelijkheid van de in de samenleving aanwezige sociale instituties worden erkend’ (zie: Kosto 1992, p. 24).

– of in de WMCZ wel op een juiste manier vorm is gegeven aan ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’ – zal vervolgens worden ingegaan op de voorwaarden waaraan deze wetgevingsvorm dient te voldoen.

4.4.1 Wanneer is er sprake van ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’?

De term ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’ wordt door Witteveen aangeduid als een ‘oxymoron’, een uitdrukking die termen bijeenbrengt die in het normale geval tegenstrijdig zijn.²¹⁴ De spanning tussen beide begripsdelen heeft volgens Zoontjes als retorisch effect dat het de inhoud van het begrip vertekent.²¹⁵ Zo suggereert de term de aanwezigheid van een terughoudende overheid, terwijl in de volgende subparagraaf zal blijken dat de overheid deze wetgevingsvorm soms juist hanteert om nog verder in de particuliere sfeer te kunnen ingrijpen. Bij wettelijk geconditioneerde zelfregulering is volgens Witteveen voorts niet alleen sprake van een terminologische, maar tevens van een inhoudelijke tegenstrijdigheid. Bij wettelijke regelgeving is het immers de wetgever die coördineert, terwijl de coördinatie zich bij zelfregulering juist bevindt in handen van degenen die hun eigen gedrag reguleren. Met wettelijk geconditioneerde zelfregulering kan men volgens Witteveen dan ook verschillende kanten op, met als ene uiterste een zodanig uitgebreid stelsel van wettelijke randvoorwaarden dat er feitelijk geen sprake meer is van zelfregulering en als andere uiterste een zo geringe centrale coördinatie dat het feitelijk de machtigen zijn die binnen het door de wet bestreken veld uitmaken welke regels er gaan gelden. Er dient bij wettelijk geconditioneerde zelfregulering dus in ieder geval sprake te zijn van een bepaald minimum aan wettelijke randvoorwaarden (waarover meer in subparagraaf 4.4.4) en tegelijkertijd van een reële ruimte voor zelfregulering. Maar wanneer is er nu eigenlijk precies sprake van zelfregulering?

Het is niet eenvoudig die laatste vraag te beantwoorden, aangezien er in de literatuur geen eenduidige definitie van het begrip ‘zelfregulering’ wordt gehanteerd.²¹⁶ Daarom wordt in dit verband volstaan met het noemen van enkele algemeen aanvaarde kenmerken. Allereerst is er bij zelfregulering altijd sprake van gedragsordening door middel van *algemene regels*.²¹⁷ Een kenmerk dat zelfregulering onderscheidt van het bredere begrip ‘zelfsturing’.²¹⁸ Zelfregulering onderscheidt zich voorts van ‘zelfdiscipline’ en ‘zelfordening’ door het feit dat de gestelde normen *bindend* zijn en de naleving ervan door andere belanghebbenden kan worden afgedwongen.²¹⁹ De grondslag voor deze verbindendheid is

²¹⁴ Witteveen 1992, p. 58.

²¹⁵ Zoontjes 1993, p. 102.

²¹⁶ Om die reden kozen Bijsterveld en Kummeling voor het hanteren van een ruime formulering als richtsnoer, toen zij zelfregulering omschreven als ‘regels ter sturing van het gedrag van burgers, die niet of niet louter gesteld zijn door de overheid’ (zie: Kummeling & Bijsterveld 1997, p. 8).

²¹⁷ Vlemminx 1997, p. 76.

²¹⁸ Zie: Eijlander 1993b, p. 129.

²¹⁹ Geelhoed 1993, p. 49. Bij wettelijk geconditioneerde zelfregulering heeft de rechterlijke macht of een vorm van quasi-rechtspraak het laatste woord: die zal moeten beoordelen of datgene wat door zelfre-

volgens Donner bepalend voor het antwoord op de vraag of er al dan niet sprake is van 'zuivere zelfregulering'.²²⁰ Een ander kenmerk van zelfregulering zou zijn dat er een *algemeen of maatschappelijk belang* mee wordt gediend. Volgens Vlemminx leggen de regels de geadresseerden een zeker altruïstisch gedrag op en zijn zij niet op zuiver winstbejag afgestemd.²²¹ Het meest wezenlijke kenmerk van zelfregulering is volgens Van Driel echter de 'niet-statelijkheid' van de regels oftewel hun *particuliere ontstaansbron*.²²² Zij omschrijft zelfregulering als 'niet-statelijke regels die al dan niet in samenwerking met anderen worden vastgesteld door degenen voor wie de regels bestemd zijn, respectievelijk hun vertegenwoordigers, en waarbij het toezicht op de naleving mede door deze groepen wordt uitgeoefend'.²²³ Ook Vlemminx noemt het ontstaan in de privaatrechtelijke sfeer als kenmerk van zelfregulering. Als essentieel kenmerk van zelfregulering wordt tot slot ook nog *de mate van autonomie* genoemd die aan de zelfregulerende maatschappelijke groeperingen toekomt.²²⁴ Aan de betreffende maatschappelijke organisaties dient een bepaalde verantwoordelijkheid te worden overgelaten of overgedragen in het kader van de regelgeving zelf, dan wel de uitvoering, controle of handhaving daarvan.²²⁵ Bij wettelijk geconditioneerde zelfregulering wordt deze verantwoordelijkheid doorgaans duidelijk gescheiden van de overheidverantwoordelijkheid.²²⁶ De zelfregulerende activiteiten dienen bij deze vorm van wetgeving dan ook ten minste een concretisering van of aanvulling op het wettelijk kader te bevatten. Indien het wettelijk kader concreet is en een invulling daarvan wordt voorgeschreven volgens een wettelijk stramien, kunnen de wettelijke activiteiten volgens Ziegler-Jung immers nauwelijks nog als zelfregulering worden gekenschetst.²²⁷

Zelfregulering kent behalve verschillende kenmerken ook verschillende verschijningsvormen. Zo spreekt men van 'publieke zelfregulering' wanneer publiekrechtelijke organisaties tot zelfregulering overgaan en van 'privaatrechtelijk zelfregulering' wanneer deze van private instanties afkomstig is. Voorts spreekt men van 'individuele zelfregulering' wanneer de zelfregulering plaatsvindt door een individu en van 'collectieve zelfregulering' wanneer sprake is

gulering is totstandgekomen, ook beantwoordt aan hetgeen de wetgever beoogde (zie: Van Driel 1989, p. 166).

²²⁰ Zodra de verbindendheid berust op een wettelijke regeling en niet op het eigen gezag van de organisatie, is er volgens Donner namelijk geen sprake meer van zuivere zelfregulering maar van een mengvorm (zie: Donner 1993, p. 159).

²²¹ Vlemminx 1997, p. 76.

²²² Van Driel 1989, p. 2.

²²³ Dus: normsteller = normadressaat = toezichthouder.

²²⁴ Zo duidt het 'zelf' in zelfregulering volgens In 't Veld op een maatschappelijk verband of individu dat zich niet door een ander in overwegende mate geleid weet. *Keuzevrijheid* lijkt hem daarbij een basisnotitie (zie: In 't Veld 1993, p. 55). Eijlander spreekt in dit verband over wettelijke of procedurele randvoorwaarden die burgers, bedrijven of maatschappelijke organisaties een aanzienlijke vrijheid laten bij de invulling van het wettelijk kader (zie: Eijlander 1993b, p. 136).

²²⁵ Leijten 1997, p. 183.

²²⁶ Van Driel 1989, p. 165 en 166.

²²⁷ Ziegler-Jung (thans: Dorbeck-Jung) 1992, p. 133. Bij gebrek aan 'regulerende autonomie' ontwikkelt de zelfregulering zich volgens Dorbeck-Jung slechts tot een substituuat van overheidsregulering of tot gedelegeerde overheidsregulering. Het concept zelfregulering heeft dan volgens haar slechts een symbolische functie in het wetgevingsbeleid (zie: Dorbeck-Jung 1993, p. 144-146).

van zelfregulering door een bepaalde organisatie of belangengroep.²²⁸ Afhankelijk van de structuur van het zelfreguleringsoverleg (welke partijen daarbij betrokken zijn geweest, welke inbreng zij hadden in welke fase van het overleg en wie uiteindelijk tot vaststelling van de regels is overgegaan) spreekt men voorts van ‘eenzijdige’ dan wel van ‘twee- of meerzijdige zelfregulering’.²²⁹ Een laatste onderscheid dat tenslotte wel wordt gemaakt is dat tussen ‘zelfregulering op vrijwillige basis’ en ‘zelfregulering op grond van de wet’. Afhankelijk van de mate van distantie van de wetgever kunnen bij deze laatste categorie weer verschillende tussenvormen worden onderscheiden.

Zo kan zelfregulering geheel buiten een wettelijk kader om plaatsvinden. De zelfregulerende maatschappelijke organisaties zijn dan geheel zelf verantwoordelijk voor de uitvoering, controle en handhaving van die regelgeving.²³⁰ Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien zelfregulering autonoom en geheel vrijwillig wordt vastgesteld.²³¹ Doorgaans hebben partijen daar een persoonlijk belang bij. Het kan bijvoorbeeld gaan om zaken als concurrentiebeperking, verbetering van de kwaliteit van het aanbod dan wel van de reputatie van de bedrijfstak of de beroepsgroep.²³² Daarnaast kan ook de behoefte aan het tonen van een ‘sociaal gezicht’ een rol spelen.²³³ Deze vorm van zelfregulering, die in het arbeidsrecht wel wordt aangeduid met de term ‘autonoom recht’²³⁴, wordt door Geelhoed omschreven als ‘vrije of zuivere zelfregulering’.²³⁵ Kenmerkend daarvoor is dat de overheid het initiatief volledig aan belanghebbenden laat en zich ten opzichte van de inhoud van de opgestelde gedragsregels neutraal opstelt. Van dit laatste is geen sprake indien zelfregulering plaatsvindt onder druk van de overheid.²³⁶ Wanneer de overheid weliswaar het initiatief laat aan belanghebbenden, maar dreigt met wetgeving indien door haar beschermingswaardig

²²⁸ Ziegler-Jung 1992, p. 133. Een brancheorganisatie kan de aangesloten leden echter slechts tot naleving van bepaalde collectieve regels dwingen, indien de statuten of reglementen van de brancheorganisatie dit mogelijk maken (zie: Van Driel, p. 143). Naleving kan echter ook worden bevorderd door te zorgen voor een keurmerk of certificering, indien het product van de aangesloten leden aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet.

²²⁹ Van ‘eenzijdige zelfregulering’ is in het bedrijfsleven volgens Van Driel bijvoorbeeld sprake indien één onderneming, een coalitie van ondernemingen of één of meer brancheorganisaties bij de zelfregulering zijn betrokken. Het betreft dan doorgaans gedragscodes zonder externe werking, zodat derden (buitenstaanders) zich er niet op kunnen beroepen. Hoewel eenzijdige zelfregulering in eigen kring wordt voorbereid en vastgesteld, is overleg met of consultatie van derden niet uitgesloten. Bij ‘twee- of meerzijdige zelfregulering’ worden van begin af aan ook andere groepen (denk aan vakbonden of aan consumentenorganisaties) in de regelgeving betrokken. Er is in dat geval sprake van een dialoog (denk bijvoorbeeld aan de totstandkoming van CAO’s). Het voordeel van eenzijdige boven tweezijdige zelfregulering is volgens Van Driel dat het doorgaans makkelijker tot stand komt. Nadeel is echter dat het – door het ontbreken van andere partijen die als onderhandelingspartner optreden – politiek en maatschappelijk minder aanvaardbaar is dan tweezijdige zelfregulering. Zelf is Van Driel van mening dat de kwaliteit van de door zelfregulering tot stand gekomen regeling dient te worden beoordeeld aan de hand van de inhoud (gaat het om een evenwichtige regeling?) en de mogelijkheden tot handhaving. (Zie: Van Driel 1989, p. 84, 85, 96-106, 111 en 125.)

²³⁰ Leijten 1997, p. 183.

²³¹ Van Driel 1989, p. 2.

²³² Van Driel 1989, p. 9-11, 96 en 97.

²³³ Van Driel 1989, p. 9.

²³⁴ Loonstra 1997, p. 21.

²³⁵ Geelhoed 1993, p. 49.

²³⁶ Van Driel 1989, p. 2.

geachte belangen niet of onvoldoende door de in eigen beheer vastgestelde normen worden beschermd, is volgens Geelhoed sprake van ‘vervangende zelfregulering’.²³⁷ Wetgeving functioneert in dat geval als ‘stok achter de deur’.²³⁸ Jacobs en Plessen spreken in dit verband van ‘bargaining in the shadow of the law’.²³⁹ In het rijtje van vervangende zelfregulering kan tevens de techniek van het ‘driekwart-dwingend recht’ worden genoemd. Wettelijke regels vormen ‘driekwart-dwingend recht’ indien is bepaald dat er bij collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) van kan worden afgeweken. Deze wetgevingstechniek vormt volgens Jacobs en Plessen een grote vondst voor het arbeidsrecht.²⁴⁰ Binnen dat rechtsgebied wordt veelvuldig gebruik gemaakt van deze techniek, hetgeen leidt tot meer flexibiliteit en ruimte voor diversiteit.²⁴¹

Zelfregulering kan echter ook binnen een wettelijk kader plaatsvinden. Dat is bijvoorbeeld het geval bij ‘geinstitutionaliseerde zelfregulering’, waarbij zelfregulering voortvloeit uit overleg dat plaatsvindt binnen een publiekrechtelijk kader.²⁴² De SER-fusiegedragsregels zijn daar een bekend voorbeeld van. Een ander voorbeeld van zelfregulering binnen een wettelijk kader is de ‘algemeen verbindend verklaarde regeling’.²⁴³ Volgens de terminologie van Loonstra is in dat geval sprake van ‘hetero-autonoom recht’ omdat de wetgever regels verbindend verklaart die reeds op autonome wijze waren ontstaan.²⁴⁴ Het fenomeen ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’ hoort tot slot eveneens thuis in het rijtje van zelfreguleringsvormen binnen een wettelijk kader. Het betreft echter wel een wat zwaardere vorm van overheidsbemoeienis.²⁴⁵ Van ‘geconditioneerde’ zelfregulering is volgens Geelhoed sprake als de overheid het initiatief aan de markt laat, maar aan het te bereiken resultaat duidelijke randvoorwaarden stelt.²⁴⁶ Zelfregulering kan in dat geval plaatsvinden ter uitvoering van een expliciete wettelijke opdracht daartoe, dan wel ter invulling van een door de wet

²³⁷ Geelhoed 1993, p. 49.

²³⁸ Dit kan bijvoorbeeld in de vorm van een vrijstelling van een wettelijke regeling indien er voldoende aan zelfregulering is tot stand gekomen.

²³⁹ Jacobs & Plessen 1992, p. 108.

²⁴⁰ De techniek van het driekwart-dwingend recht heeft volgens hen als aantrekkelijke kant dat het ‘autonome recht’ niet definitief aan de kant wordt gezet en dat sociale partners kunnen onderhandelen over bedrijfseigen aanpassingen in de ‘heteronome norm’, zelfs als daarbij niet alle voordelen van die norm voor de werknemers behouden kunnen blijven (zie: Jacobs & Plessen 1992, p. 108). Jacobs betoonde zich in zijn dissertatie eerder ook al een voorstander van het gebruik van het driekwart-dwingend recht in het arbeidsrecht. Het voordeel daaraan verbonden, is dat de wettelijke norm de machtsverhoudingen aan de onderhandelingsstafel wat verschuift (de werkgeversbonden worden meer tot een vragende partij gemaakt), hetgeen de uitkomst van het onderhandelingsproces volgens Jacobs ten goede kan komen (een meer evenwichtige regeling). Tegelijkertijd moet men volgens Jacobs echter op zijn hoede zijn voor misbruik, in die zin dat werkgeversbonden CAO’s gaan afsluiten met ‘tamme’ vakbonden, om zo de wet te ontlopen. (Zie: Jacobs 1986, p. 304 en 307.)

²⁴¹ Recent stelde minister De Geus van SZW bijvoorbeeld nog voor, om ook bij het ‘last in, first out’-systeem in het Ontslagbesluit gebruik te maken van het driekwart-dwingend recht (zie: Notitie hero-verweging van het last-in/first-out beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag, als bijlage bij de brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 25 mei 2004, kenmerk AV/IR/2004/30138).

²⁴² Van Driel 1989, p. 85, 107 en 108.

²⁴³ Van Driel 1989, p. 173.

²⁴⁴ Loonstra 1997, p. 21.

²⁴⁵ Donner 1993, p. 160 en 161.

²⁴⁶ Geelhoed 1993, p. 49.

gestelde globale norm.²⁴⁷ Loonstra duidt dit aan als ‘auto-heteronoom recht’: de wetgever legt een bepaalde regeling eenzijdig en dwangmatig op, maar laat de uitwerking daarvan over aan zelfregulering.²⁴⁸ De condities die de wetgever aan zelfregulering stelt zijn overigens niet altijd inhoudelijk van aard, maar kunnen ook betrekking hebben op de te volgen procedure. Het doel van dergelijke wettelijke procedurevoorschriften is doorgaans het creëren van een gelijke onderhandelingspositie tussen de bij zelfregulering betrokken partijen, in de hoop dat dit zal leiden tot de totstandkoming van een evenwichtige regeling.²⁴⁹ In die laatste vorm heeft wettelijk geconditioneerde zelfregulering ook veel weg van het rechtssociologische fenomeen ‘reflexief recht’, dat door Huls en Stout wordt omschreven als ‘procedureel, faciliterend recht dat een appèl doet op het zelfregulerend vermogen van maatschappelijke verbanden’.²⁵⁰ In de volgende subparagraaf wordt daar nog iets dieper op ingegaan.

Voorlopig is echter voldoende dat kan worden vastgesteld dat, wil er sprake zijn van wettelijk geconditioneerde zelfregulering, er daadwerkelijk ruimte dient te zijn gelaten voor zelfregulering. De vraag of die ruimte bij de WMCZ aanwezig is, kan worden beantwoord aan de hand van de verschillende kenmerken en verschijningsvormen van zelfregulering, zoals die in deze subparagraaf aan de orde kwamen. In dat kader zal steeds de vraag ‘wie regelt wat’ dienen te worden gesteld.

4.4.2 Principiële en praktische voordelen van wettelijk geconditioneerde zelfregulering boven de reguliere overheidsregulering

In hoofdstuk 2 bleek dat bij de keuze van de minister voor het concept van wettelijk geconditioneerde zelfregulering meerdere redenen een rol speelden.²⁵¹ Allereerst was er het rechtspolitieke argument dat de minister aansluiting zocht bij de nota Zicht op wetgeving en het daarin vervatte subsidiariteitsvereiste. Daarnaast was er ook nog sprake van een praktische reden. De minister wilde een regeling creëren die zoveel mogelijk ruimte liet aan de zorgaanbieders, zodat die een medezeggenschapsstructuur in het leven konden roepen die optimaal zou aansluiten bij de mogelijkheden en behoeften binnen hun (zeer uiteenlopende) zorginstellingen. De minister hoopte dat een dergelijke, flexibele regeling tevens zou leiden tot een grotere bereidheid bij de zorgaanbieders inhoud te geven aan de medezeggenschap van cliënten. Een derde, politieke reden speelde ongetwijfeld ook een belangrijke rol. De WMCZ moest – na al de vertraging die was opgelopen bij het mislukken van voorgaande wetsvoorstellen – zo voorspoedig mogelijk door de Tweede en Eerste Kamer worden gevoerd. Aangezien de meningen in de Tweede Kamer ten aanzien van dit onderwerp zeer uiteenlie-

²⁴⁷ Van Driel 1989, p. 2.

²⁴⁸ Loonstra 1997, p. 21.

²⁴⁹ Van Gestel & Verschuuren 1997, p. 135.

²⁵⁰ Huls & Stout 1992, p. 219.

²⁵¹ Zie: subparagraaf 2.6.1.

pen, was daar een compromisvoorstel voor nodig.²⁵² Om te kunnen beoordelen of deze drie redenen inderdaad goede gronden zijn om over te gaan tot wettelijk geconditioneerde zelfregulering, wordt in deze subparagraaf een overzicht gegeven van de in de literatuur genoemde praktische en principiële argumenten voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering. Eveneens wordt aandacht besteed aan de genoemde risico's die eraan verbonden zouden zijn.

Allereerst dient in dit verband te worden stilgestaan bij de theorie van Teubner, omdat deze theorie door de minister van Justitie destijds als grondslag is gebruikt voor het subsidiariteitsvereiste in de nota *Zicht op wetgeving*.²⁵³ Teubner zocht de oorzaak van de regulatieve crisis uit de jaren '80 in zijn geschriften niet zozeer in de kwantiteit, maar in de kwaliteit van het recht, namelijk in de wijze waarop het recht zich bemoeit met de samenleving.²⁵⁴ Hij liet zich daarbij inspireren door de uit de biologie afkomstige theorie van de 'autopoiese' (letterlijk vertaald als 'zelfproductie'). In de biologie heeft deze theorie betrekking op relaties tussen levende systemen en organismen. Deze systemen bouwen zichzelf uit, door eindeloos nieuwe variaties op hun eigen structuur te genereren (de 'hypercycli'). Veranderingen in hun omgeving vertalen zij daarbij op zodanige wijze, dat zij passen bij hun samenstellende elementen. Zij bezien deze daarbij in het licht van hun eigen zelfbehoud (de 'zelfreferentiële geslotenheid'). Volgens Teubner doet ditzelfde proces zich voor bij maatschappelijke subsystemen. Binnen deze subsystemen gelden volgens hem namelijk eigen normen en waarden, eigen gebruiken en eigen communicatiepatronen die ervoor zorgen dat impulsen van buitenaf, binnen het subsysteem slechts in beperkte mate het gewenste effect sorteren. Zo denkt een econoom in termen van schaarste en kosten-/batenverhoudingen, terwijl de politicus 'rekent' in termen van stemmenwinst, regeerakkoord et cetera.²⁵⁵ Vanwege deze 'zelfreferentiële geslotenheid' zijn de mogelijkheden om maatschappelijke subsystemen als het onderwijsveld en de gezondheidszorg via wetgeving te beïnvloeden, volgens Teubner beperkt. Communicatie en wederzijdse beïnvloeding zijn volgens hem slechts mogelijk door 'koppeling' van elementen van het rechtssysteem aan elementen van de maatschappelijke subsystemen. Het recht dient, met andere woorden, aansluiting te zoeken bij de processen binnen de te reguleren systemen.²⁵⁶ Het dient zich daarbij zowel rekenschap te geven van de eigen

²⁵² Bij de behandeling van de WDFZ was destijds al gebleken dat de meningen in de Tweede Kamer zeer uiteenliepen: van partijen die een uitgebreide regeling voorstonden met een ruim toepassingsgebied, tot partijen die geen of een zeer beperkte regeling voorstonden met een beperkt toepassingsgebied (zie: paragraaf 2.5). De WMCZ nu vormde met een ruim toepassingsgebied en een inhoudelijk beperkte regeling duidelijk een compromis tussen beide.

²⁵³ Zie: subparagraaf 4.3.2.

²⁵⁴ Bedoeld worden de werken: 'Substantive and reflexive elements in modern law' uit 1983 en 'Recht als autopoietisches System' uit 1989.

²⁵⁵ Eijlander 1992, p. 214.

²⁵⁶ Het gaat daarbij volgens Teubner niet om het opgeven van juridische autoriteit en het overlaten van alles aan maatschappelijke krachten, maar om het opgeven van de starheid van het 'command and control' en het zoeken van aansluiting bij de maatschappelijke context en het benutten van het zelfregulerend potentieel (zie: Teubner 1992, p. 72 en 73).

zelfreferentialiteit²⁵⁷, als van de zelfreferentialiteit van de functionele deelsystemen die het probeert te reguleren.²⁵⁸ Teubner duidt deze vorm van recht aan met de term ‘reflexief recht’, waarmee wordt bedoeld: recht dat reflecteert op zijn eigen aard en zich bewust is van zijn eigen beperkingen. Dit is volgens Schaap en Van Twist iets anders dan ‘reflexrecht’, waarbij de wetgever reflexmatig reageert op maatschappelijke problemen, zonder bezinning op de relatie van het recht met zijn omgeving.²⁵⁹ Wanneer de ambities van de wetgever daarbij te hoog zijn en deze dwars door alle zelfreferentiële grenzen heen, rechtstreeks in deze interne processen probeert in te grijpen – hetgeen bij instrumentele wetgeving doorgaans het geval is – dan kan dit volgens Van Seters leiden tot recht waarvan de uitwerking in de samenleving feitelijk nihil is of zelfs tot ‘autocratisch recht’, dat de sociale wereld waarop het is gericht, ontwricht.²⁶⁰

Hoewel de oplossingsrichtlijn die Teubner met zijn definitie van reflexief recht geeft nogal vaag en rudimentair is, wordt deze in de nota *Zicht op wetgeving* aangevoerd als argument voor meer wettelijk geconditioneerde zelfregulering.²⁶¹ Teubner waarschuwt echter dat men ook bij deze vorm van wetgeving aandacht dient te hebben voor de grenzen van structurele koppeling.²⁶² Als het externe recht teveel eist, kan de koppeling met het interne recht en de interne processen namelijk breken. Overigens bestaan er in de literatuur twijfels met betrekking tot de vraag of de biologische theorie van de autopoiese wel zonder meer kan worden toegepast op het functioneren van sociale systemen.²⁶³ De

²⁵⁷ Ook het recht is volgens de theorie van Teubner een autopoietisch systeem dat zichzelf produceert en reproduceert vanuit haar samenstellende delen, en de werkelijkheid om zich heen interpreteert volgens haar eigen begrippenkader en interne logica.

²⁵⁸ Schaap & Van Twist 1992, p. 166.

²⁵⁹ Schaap & Van Twist 1992, p. 166 en 167.

²⁶⁰ Van Seters 1992, p. 38. Dit sluit aan bij de opvatting van Hirsch Ballin dat een te eenvoudig sturingsconcept als het ‘command and control-idee’ dat ten grondslag ligt aan de instrumentalistische rechtsopvatting, ertoe kan leiden dat wetgeving een slag in de lucht is, dan wel leidt tot usurpatie of tot politisering van het te regelen subsysteem (zie: Huls & Stout 1992, p. 11). Zie in dit verband tevens de opvatting van Hirsch Ballin over de ‘intrinsieke redelijkheid van het recht’ in subparagraaf 4.3.1.

²⁶¹ *Zicht op wetgeving* 1991, p. 26.

²⁶² Teubner 1992, p. 84.

²⁶³ In een recensie van het boek ‘Recht als autopoietisches System’ relativeren Stout en Stoop het belang van Teubners theorie voor de wetgevingspraktijk. De theorie wordt nog onvoldoende gestaafd door empirische gegevens en bevat volgens hen hinderlijke en – met betrekking tot de rechtsonstatelijkheid van zijn theorie – mogelijk zelfs gevaarlijke lacunes. Zij vinden dat Teubner de koppeling met de rechtspraktijk eerst verder moet uitwerken. Het zou hen niet verbazen als Teubner in dat geval grote delen van zijn theorie zou moeten bijstellen. Niettemin beschrijft Teubner volgens hen aspecten van de realiteit, die voor de wetgevingspraktijk een nieuwe invalshoek (aandachtspunten en ‘eye-openers’) kunnen opleveren. (Zie: Stout & Stoop 1991c, p. 28 e.v. Zie in dit verband tevens: Stout & Stoop 1991a, p. 3-9.) De Vries – in de jaren ’90 werkzaam als directeur van de afdeling Wetgeving en Juridische Zaken bij het ministerie van VWS – is echter een andere mening toegedaan. Hij meent dat Teubner geen ‘voer’ voor wetgevingsjuristen is. Hij gelooft namelijk niet in de geslotenheid van de verschillende subsystemen en wijst daarbij op de betrokkenheid, vaak in initiërende zin, van belangenorganisaties. (Zie: De Vries 1991, p. 10.) De Vries gaat daarbij echter voorbij aan het feit dat de belangenorganisaties die om wetgeving roepen (in geval van de WMCZ de patiëntenorganisaties) vaak niet degenen zijn die de wetgeving zullen moeten gaan uitvoeren (in geval van de WMCZ de zorgaanbieders). Bovendien is daarmee niet uitgesloten dat het verzoek om wetgeving (als zijnde een signaal vanuit een maatschappelijk subsysteem) door de subsystemen van politiek en recht ‘verkeerd wordt vertaald’, waardoor het eindresultaat (de wet) toch niet goed aansluit bij het te reguleren maatschappelijke subsysteem.

meeste critici zijn het er desondanks over eens dat de theorie van Teubner waardevolle aspecten bevat voor de vormgeving en beoordeling van het concept zelfregulering.²⁶⁴ Hoewel zij (nog) niet geschikt zijn richtinggevend te zijn voor wetgevingsbeleid, kan volgens Eijlander op grond van deze denkbelden wel een richting van denken en werken worden ontwikkeld.²⁶⁵ De theorie als zodanig biedt volgens Dorbeck-Jung echter onvoldoende concrete ondersteuning voor de voorkeur voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering, zoals deze in de nota *Zicht op wetgeving* is uitgesproken.²⁶⁶

De werkelijke reden voor de voorkeur voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering in 'Zicht op wetgeving' wordt dan ook wel gezocht in het feit dat het dereguleringsbeleid van de overheid op zijn grenzen is gestuit. Gebleken is dat veel regels er niet voor niets zijn, maar in een bepaalde behoefte voorzien.²⁶⁷ Bovendien vereist de aanwezigheid van sociale grondrechten op verschillende maatschappelijke terreinen nog steeds een actief optreden van de overheid.²⁶⁸ Dit leidt tot een spanningsveld, in de zin dat de overheid wel *moet*, maar niet *kan*. De overheid zou deze spanning proberen te verminderen, door meer aan zelfregulering over te laten.²⁶⁹ Zelfregulering zou in die zin dus zijn geïntroduceerd als alternatief voor een terugtrekkende overheid en als oplossing voor de orderings-, coördinatie- en verdelingsvraagstukken van de samenleving.²⁷⁰ Tegelijkertijd zou het dienen als oplossing voor het handhavingstekort van de overheid. Niet alleen de wetgever, maar ook het bestuur en het justitieel apparaat kunnen er namelijk door worden ontlast.²⁷¹ Een deel van de kosten kan op deze wijze bovendien worden afgewenteld op private instellingen.²⁷²

Als keerzijde van de medaille kunnen de uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties door wettelijk geconditioneerde zelfregulering dus juist toenemen.²⁷³ Ook zal de regelverdichting er eerder door toenemen dan afnemen.²⁷⁴ Daar tegenover staat echter een tweede belangrijk voordeel verbonden aan wettelijk geconditioneerde zelfregulering, namelijk de flexibiliteit van deze wetgevingsvorm. Wettelijk geconditioneerde zelfregulering kan ruimte laten voor maatwerk en voorziet daarmee in een tijd van individualisering en

²⁶⁴ Zie o.a.: Ziegler-Jung 1992, p. 134; Van der Vlies 1992, p. 179 en Eijlander 1992, p. 215.

²⁶⁵ Eijlander 1992, p. 215.

²⁶⁶ Dorbeck-Jung 1993, p. 142.

²⁶⁷ Zie o.a.: Van Driel 1989, p. 73.

²⁶⁸ Zie o.a.: Kummeling 1997, p. 37-43.

²⁶⁹ Of zoals Donner het formuleerde: 'Zelfregulering moest de overheidsregulering 'uit de nesten helpen'.' (zie: Donner 1993, p. 158). Aan het eind van subparagraaf 4.3.1 bleek dat het huidige kabinet Balkenende II, eveneens vanwege de handhavingsproblemen en capaciteitsproblemen bij de overheid de totstandkoming van zelfregulering en zelfhandhaving stimuleert. De overheid zou zich daarbij volgens het kabinet moeten beperken tot het stellen van noodzakelijke randvoorwaarden en het houden van toezicht.

²⁷⁰ Schaap & Van Twist 1992, p. 157 en Van der Vlies, p. 6.

²⁷¹ Eijlander 1993b, p. 137.

²⁷² Van Driel 1989, p. 166. Dit argument wordt bij het zoeken naar goedkopere alternatieven voor overheidsregulering met name door rechtseconomen aangevoerd (zie: Huls & Stout 1992, p. 7).

²⁷³ Eijlander 1993b, p. 138.

²⁷⁴ Eijlander noemt voorts als mogelijk nadeel van zelfregulering: de daling van het niveau van regulering, de soms onnodige verschillen in regelgeving en het gevaar dat 'het recht van de sterkste' zal gaan gelden (zie: Eijlander 1993b, p. 136-138).

maatschappelijke differentiatie in een toenemende behoefte.²⁷⁵ In beginsel werd dit destijds dus terecht door de minister van VWS als argument genoemd voor de vormgeving van de WMCZ. Regels die door middel van zelfregulering tot stand komen, kunnen door belanghebbenden op hun specifieke situatie worden toegesneden en weer worden gewijzigd op het moment dat de noodzaak daartoe zich voordoet.²⁷⁶ Wanneer actoren in het veld op het terrein van de te regelen materie deskundiger zijn dan de overheid, kan tegelijkertijd ook daarvan worden geprofiteerd.²⁷⁷ Door ruimte te laten voor zelfregulering kan bovendien beter aansluiting worden gezocht bij initiatieven die reeds door de doelgroepen zelf zijn ontwikkeld.²⁷⁸ Men verwachtte voorts dat de bereidheid tot naleving door de nauwere betrokkenheid van het veld zou toenemen.²⁷⁹ In feite koppelt wettelijk geconditioneerde zelfregulering al deze, aan zelfregulering verbonden voordelen, aan de voordelen van de wet. Bij die laatste voordelen duidt Van Driel met name op het voordeel van de afdwingbaarheid en handhaafbaarheid, die door de combinatie wordt vergemakkelijkt.²⁸⁰ Ditzelfde argument werd door toenmalig minister van WVC d'Ancona aangevoerd, toen haar vanuit de Tweede Kamer werd gevraagd waarom een en ander niet volledig aan zelfregulering kon worden overgelaten.²⁸¹ Kortom, de combinatie tussen wettelijke regeling en zelfregulering en de daarbij optredende 'synergie' kan leiden tot meer doelmatige regelgeving. Of die synergie zich ook voordoet bij de WMCZ, in die zin dat de WMCZ zich inderdaad leent voor een flexibele toepassing en daardoor de bereidheid tot naleving stimuleert, is een vraag die aan de orde zal komen in de hierop volgende hoofdstukken.

Afgezien van al deze praktische motieven, zijn er ook nog principiële en ideologische argumenten aan te voeren voor het bieden van meer ruimte aan zelfregulering.²⁸² Zo betoogt Kummeling dat de opkomst van het fenomeen zelfregulering niet louter de resultante is van een moedeloos geworden overheid die tot de ontdekking is gekomen dat zij niet alles vermag, dat haar regels niet effectief zijn, althans soms niet of nauwelijks te handhaven, maar dat zelfregulering tevens voortkomt uit een, juridisch door grondrechten geschraagde, maatschappelijke behoefte.²⁸³ Grondrechten beogen namelijk zowel individuen als maatschappelijke verbanden tot op zekere hoogte te vrijwaren van overheidsingrij-

²⁷⁵ In 't Veld 1993, p. 58.

²⁷⁶ Door wettelijk geconditioneerde zelfregulering blijft er ruimte bestaan voor het leerpotentieel binnen het veld. Indien nodig kunnen veranderingen sneller worden doorgevoerd (Zie: Schaap & Van Twist 1992, p. 158; Van Driel 1989, p. 8 en In 't Veld 1993, p. 64.)

²⁷⁷ Volgens Kosto hebben de actoren binnen het maatschappelijke subsysteem doorgaans meer zicht op de gang van zaken in het veld en meer verstand van zaken dan de wetgever (zie: Kosto 1992, p. 20).

²⁷⁸ Peters 1993, p. 98.

²⁷⁹ Schaap & Van Twist, p. 158. Zie ook: Van Driel 1989, p. 8.

²⁸⁰ Volgens Van Driel is bij wettelijk geconditioneerde zelfregulering bovendien sprake van een helder systeem, dat de verantwoordelijkheid van de overheid en de verantwoordelijkheid van het veld goed uit elkaar houdt (zie: Van Driel 1989, p. 8 en 166).

²⁸¹ De minister vond dat cliënten niet afhankelijk mogen zijn van de willekeur van de zorgaanbieder: zij dienden een wettelijk afdwingbaar recht op medezeggenschap te krijgen (zie: paragraaf 3.2).

²⁸² Zie voor dit onderscheid: Eijlander 1993b, p. 137.

²⁸³ Kummeling 1997, p. 31.

pen.²⁸⁴ De dieper gelegen gedachte hierachter, is het zoveel mogelijk stimuleren van de zelfontplooiing van het individu en de veelvormigheid van de samenleving.²⁸⁵ Het bieden van meer ruimte aan zelfregulering sluit in die zin nauw aan bij partijbeginselen van zowel de christen-democraten (denk aan het aloude beginsel van ‘de soevereiniteit in eigen kring’ en het ‘subsidiariteitsbeginsel’) als van de liberalen (denk aan het ‘vrije marktdenken’).²⁸⁶ Ook de sociaal-democraten konden op een gegeven moment echter niet langer om de problemen van de verzorgingsstaat heen, en sindsdien pleiten ook zij voor een overheid die randvoorwaarden stelt en inhoudelijke beslissingen zoveel mogelijk overlaat aan instellingen van particulier initiatief.²⁸⁷ In dit rijtje van principiële argumenten past ten slotte ook de visie van hen die erop wijzen, dat recht meer is dan slechts een sturingsinstrument van de overheid.²⁸⁸

Uit de zojuist behandelde argumenten voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering blijkt een duidelijk verschil in benadering: de *‘bottom up’* of *de-centrale benadering*, waarbij de ontplooiing van regelgevende autonomie van

²⁸⁴ In beginsel gelden de grondrechten opgenomen in de Nederlandse Grondwet namelijk ook voor rechtspersonen (zie: *Kamerstukken II* 1975-76, 13 872, nr. 3, p. 11). Uit het grondrecht van collectief onderhandelen (artikel 6 ESH) kan volgens Jacobs bijvoorbeeld worden afgeleid dat de overheid niet teveel gras voor de voeten van de sociale partners moet wegmaaien, omdat dit grondrecht anders mogelijk op onaantvaardbare wijze zou worden uitgehold. Wanneer de wetgever de autonome sociale rechtsvorming laat verslappen, zou dat volgens hem bovendien het bewustzijn van de arbeiders kunnen ondermijnen, dat sociale verbeteringen strijd en organisatiemacht behoeven. Toch heeft Jacobs ook weer geen principiële voorkeur voor ‘autonoom recht’. Gezien het feit dat het ‘autonome’ en het ‘heteronome recht’ beide zo hun charmes en tekortkomingen hebben, ziet Jacobs wel wat in een samengaan van beide vormen van regelgeving. (Zie: Jacobs 1986, p. 298, 300 en 301)

²⁸⁵ Janse de Jonge 1997, p. 28. Zie hierover verder: Koekkoek 1997, p. 51-71.

²⁸⁶ Deze beginselen zijn gebaseerd op het mensbeeld van de betreffende politieke partijen. Beide partijen hebben hun mensbeeld namelijk gebaseerd op een concept van individualiteit en persoonlijkheid, waarin een collectivistische overheid nadrukkelijk worden afgewezen of die overheidsvorm nou gebaseerd is op een doctrinaire keuze, dan wel ongewild is ontstaan door een onbeteugelbare bureaucratie. De mens moet zowel volgens de visie van het CDA als van die de VVD, de vrijheid hebben om zichzelf te ontplooiën, om zijn eigen keuzes te maken en daarvan te leren. Het CDA heeft de eigen verantwoordelijkheid daarbij hoog in het vaandel staan. De mens is volgens deze partij een verantwoordelijk wezen, dat zich alleen kan ontplooiën als hij in staat wordt gesteld verantwoordelijkheid te nemen voor zichzelf en voor zijn omgeving en daarop ook kan worden aangesproken. De VVD legt het accent meer op ruimte voor zelfregulerende processen en het streven naar individuele nutsmaximalisatie. Beide partijen pleiten vanwege hun mensbeeld voor een terughoudende, meer voorwaardenschepende overheid. Volgens de VVD moet de staat zich daarbij vooral richten op het in goede banen leiden van zelfregulerende processen. Het CDA legt het accent meer op het door de overheid respecteren van de eigen identiteit, verantwoordelijkheden en bevoegdheidssferen van maatschappelijke verbanden. Daarmee zou worden voorkomen dat de overheid en het particulier initiatief ‘op elkaars stoel zouden gaan zitten’ en dat de overheid maatschappelijke verbanden zou gaan gebruiken om haar eigen doelstellingen te bereiken. Daar zou de pluriformiteit van de samenleving namelijk door in gevaar komen. (Zie: Brinkman 1993, p. 17-20; VVD-rapport 1988, p. 29-34 en CDA-rapport 1989, p. 15-17.)

²⁸⁷ PvdA-discussienota 1987, p. 125 en 126. Volgens Huls en Stout bestaan er daarmee geen grote verschillen meer tussen de drie grote politieke stromingen, wanneer het gaat om de rol van de overheid (zie: Huls & Stout, p. 8).

²⁸⁸ De denken valt aan Hirsch Ballin en zijn opvatting over de ‘intrinsieke redelijkheid’ van het recht en de opvatting van Snellen dat recht moet ‘wortelen in het rechtsbewustzijn’ van de normadressaten (zie: subparagraaf 4.2.2). Ook Kosto die wijst erop dat recht meer is dan een sturingsinstrument en tevens een waarborgfunctie heeft. Zo betekent rechtsvorming door wetgeving soms dat de eigen aard en autonomie van de in de samenleving aanwezige sociale structuren moeten worden gerespecteerd. (Zie: Kosto 1992, p. 22.)

rechtsgenoten centraal staat, en de ‘top-down’ of *centrale benadering* (ook wel aangeduid als ‘de instrumentele visie op het recht’), waarbij slechts regelgevend de autonomie aan maatschappelijke groeperingen en belangengroepen wordt toegestaan om overheidsbeleid te effectueren.²⁸⁹ Deze laatste benadering nu is volgens sommige auteurs niet zonder risico’s. Zo bestaat volgens Van Driel bij het top-down opleggen van zelfregulering het risico dat men voorbij gaat aan het eigen karakter van zelfregulering.²⁹⁰ Normaal gesproken komt zelfregulering namelijk alleen tot stand als partijen daar enig eigenbelang bij hebben en er nuttige effecten van verwachten. Geelhoed waarschuwt dan ook dat de overheid – indien zij zelfregulering nodig heeft ter vervanging of als aanvulling op overheidsregelgeving – grote zorgvuldigheid en zelfbeheersing in acht dient te nemen. Is de overheid te veeleisend en worden partijen in het veld gedwongen een regeling te treffen die in strijd is met hun eigen belangen, dan kan dit ten koste gaan van hun bereidheid om mee te werken.²⁹¹

Volgens Donner is bij de ‘top-down’-benadering geen sprake van ‘autonome zelfregulering’, maar slechts van ‘zelfregulering in medebewind’.²⁹² Daarbij gaat het volgens hem om het oude gedachtegoed van de door de wetgever maakbare en stuurbare samenleving, in een nieuw jasje. Zelfregulering wordt daarbij gezien als een praktische oplossing voor die gevallen, waarin de overheid zelf niet meer uit de complexiteit en weerbarstigheid van de samenleving komt. Dus ter omzeiling van eigen onkunde en onvermogen. Volgens Donner wordt daarmee het signaal genegeerd, dat de overheid te ver is gegaan in zijn beleidsambities. De overheid moet er volgens hem voor uitkijken dat niet wordt gegrepen naar zelfregulering ter ontwijking van fundamentele vragen, zoals de vraag naar de noodzaak van regelgeving. In veel gevallen wordt die noodzaak volgens Donner nog als te vanzelfsprekend aangenomen. Tegengeluiden zijn echter te horen van de kant van Huls en Stout, die er op wijzen dat de keuze voor meer zelfregulering ook niet mag worden gebruikt als politiek excuus om kwetsbare belangen in de samenleving niet langer te beschermen.²⁹³ Zij waarschuwen voor het afschuiven van overheidsverantwoordelijkheid door middel van een beroep op zelfregulering, de zogenaamde ‘alibi- of versluieringsfunctie’.²⁹⁴ Of de overheid met de WMCZ inderdaad te ver is gegaan in zijn beleidsambities, dan wel om politieke redenen juist te veel aan zelfregulering heeft overgelaten, zijn vragen die niet op voorhand te beantwoorden zijn, maar in de volgende hoofdstukken nog aan de orde zullen komen.

²⁸⁹ Ziegler-Jung 1992, p. 132 en Dorbeck-Jung 1993, p. 143.

²⁹⁰ Van Driel 1989, p. 264 en 265.

²⁹¹ Geelhoed 1993, p. 51.

²⁹² Donner 1993, p. 158.

²⁹³ Huls & Stout 1992, p. 236.

²⁹⁴ Vgl. de waarschuwing van Lambers-Hacquebard, dat het dereguleringsargument niet als ‘kamer-scherm’ gebruikt mag worden voor op heel andere argumenten geschoeide, politieke keuzes (zie: subparagraaf 4.2.5).

4.4.3 De gevallen waarin wettelijk geconditioneerde zelfregulering kan/ zou moeten worden toegepast

Ervan uitgaande dat het inderdaad de voorkeur verdient wanneer zoveel mogelijk aan zelfregulering wordt overgelaten, dient zich vervolgens de vraag aan in welke gevallen de overheid überhaupt nog moet overgaan tot wettelijke regelgeving. Daarbij gaat het in wezen om de vraag naar de kerntaken van de overheid, die speelt in het hart van de politieke dialoog.²⁹⁵ Kummeling heeft desondanks geprobeerd een antwoord te formuleren op deze vraag, en wel door – in navolging van De Ru en Hirsch Ballin – onderscheid te maken tussen primaire en secundaire overheidstaken.²⁹⁶ Bij primaire taken gaat het volgens Kummeling om taken die uitsluitend door de overheid kunnen worden verricht, waarbij hij denkt aan taken die samenhangen met het dwang- of geweldmonopolie van de overheid. Bij secundaire taken gaat het daarentegen om taken die wel ruimte laten voor particulier initiatief en zelfregulering, zoals die bijvoorbeeld zijn vervat in sociale grondrechten. Het feit dat bepaalde terreinen van welzijn in de Grondwet en in verdragen expliciet zijn aangewezen als behorend tot de zorg van de overheid, betekent volgens Kummeling op zich dus niet dat de overheid die zorg ook met uitsluiting van maatschappelijke organisaties, zelf ter hand moet nemen.²⁹⁷ Het is volgens hem zeer goed verdedigbaar dat wanneer door middel van zelfregulering een hoger niveau aan welzijn kan worden bereikt, de overheid daar ook de ruimte voor laat.²⁹⁸ Wel betekent het dat de overheid op de betreffende terreinen nadrukkelijk verantwoordelijk is voor het bereiken van een bepaald niveau van welzijn.²⁹⁹ Deze eindverantwoordelijkheid kan er in de praktijk toe leiden dat de overheid juridische randvoorwaarden moet stellen voor het kunnen

²⁹⁵ In 't Veld 1993, p. 60. Zie voor de visie van de christen-democraten bijvoorbeeld de bijdrage 'Publieke gerechtigheid' van Hirsch Ballin. Daarin staat dat de kerntaken voor de overheid onder meer voortvloeien uit bijzondere tekorten in de samenleving. Van dergelijke tekorten is volgens Hirsch Ballin sprake wanneer bepaalde, door het recht beschermde of te beschermen belangen in de knel dreigen te komen of al gekomen zijn. Welke belangen dit zijn, kan volgens hem deels worden afgeleid uit de grondrechten. (Zie: Hirsch Ballin 1994, p. 77 en 78.)

²⁹⁶ Kummeling 1997, p. 32-36.

²⁹⁷ Kummeling 1997, p. 42.

²⁹⁸ Omdat het er bij sociale grondrechten juist om gaat dat een zo hoog mogelijk niveau aan welzijn wordt bereikt, behoort het volgens Kummeling tot de taak van de overheid om te kijken hoe het welzijn op het betreffende terrein het beste kan worden bevorderd (zie: Kummeling 1997, p. 42). Volgens Van Gestel en Verschuuren verplichten sociale grondrechten de overheid tot het inzetten van 'passende middelen'. Voor zover zij zelf geen passende middelen in handen heeft, zou uit de systematiek van de Grondwet volgen dat de overheid moet bevorderen dat anderen (bedrijven of instellingen) hun aanwezig reguleringspotentieel benutten. (Zie: Van Gestel & Verschuuren 1997, p. 152.)

²⁹⁹ Onduidelijk is of sociale grondrechten de overheid ook verplichten tot het waarborgen van een bepaald minimum. Zo menen Jacobs en Plessen bijvoorbeeld dat – als dit al het geval is – het zeer betwistbaar is waar men die 'bottom line' dan precies voor het terrein van het arbeidsrecht zou moeten leggen. Die lijn zou volgens hen dan van situatie tot situatie anders getrokken moeten worden. (Zie: Jacobs & Plessen 1992, p. 101.) Hoe dit ook zij, zelfs als er inderdaad sprake is van een overheidsverplichting tot waarborging van een bepaald minimumniveau, dan nog houdt dat volgens Kummeling niet in, dat maatschappelijke instituties daar niet bij betrokken zouden mogen worden (zie: Kummeling 1997, p. 37).

uitoefenen van sociale grondrechten.³⁰⁰ Op veel van de door de sociale grondrechten bestreken terreinen kan wettelijk geconditioneerde zelfregulering dus de aangewezen vorm van overheidsoptreden zijn.

Het is natuurlijk de vraag of dit laatste ook het geval is voor het door artikel 22 lid 1 Gw bestreken terrein van de volksgezondheid. Blijkens de wetsgeschiedenis verplicht deze bepaling de overheid tot zorg voor de gezondheid, waaronder dient te worden verstaan 'een toestand van volledige lichamelijk, geestelijk en sociaal welzijn'.³⁰¹ Volgens Akkermans betreft het een opmerkelijk grondrecht, omdat het de overheid de opdracht geeft in de samenleving werkende krachten te stimuleren tot het nastreven van de genoemde doeleinden, in plaats van zelf de uitvoering ter hand te nemen.³⁰² Daartoe dient de overheid 'maatregelen' te treffen, die onder meer uit wetgeving kunnen bestaan.³⁰³ Blijkbaar is het dus ook op het terrein van artikel 22 lid 1 Gw zo, dat de overheid ter stimulering van een zo optimaal mogelijke kwaliteit van de zorg zoveel mogelijk aan zelfregulering moet overlaten en slechts daar waar dat echt nodig is, regelend moet optreden. Zoals bleek in subparagraaf 2.6.1 en in paragraaf 3.2, achtten zowel oud-minister d'Ancona als oud-minister Borst de noodzaak regelend op te treden in geval van de WMCZ aanwezig. Door een onvoldoende aansluiten van het zorgaanbod op de zorgvraag, was de kwaliteit van de zorg volgens hen namelijk van onvoldoende niveau. Dat wilden zij verhelpen door wettelijke medezeggenschapsrechten toe te kennen aan de cliënten van de zorginstellingen, zodat zij het zorgaanbod zelf zouden kunnen (bij-)sturen. Tegelijkertijd rechtvaardigden zij het toekennen van medezeggenschapsrechten aan cliënten door te wijzen op de noodzaak van democratisering, welke voortvloeide uit 'het respect voor de menselijke waardigheid, in gedachte dat mensen nimmer gereduceerd mogen worden tot objecten van zorg en leiding, doch dat zij een stem moeten hebben in de wijze waarop zij leven en werken'.³⁰⁴ In die zin vormt de WMCZ dus tevens een uitvloeisel van het zelfbeschikkingsrecht, dat samen met het recht op gezondheidszorg ten grondslag ligt aan het gezondheidsrecht.³⁰⁵ Om de medezeggenschapsrechten afdwingbaar te maken, was een wettelijke basis noodzakelijk.³⁰⁶ Omdat toenmalig minister d'Ancona daarbij zoveel mogelijk ruimte voor zelfregulering wilde laten bestaan, werd zoals bekend gekozen voor een vorm van wettelijk geconditioneerde zelfregulering. Men kan zich echter afvragen in hoeverre er bij de vormgeving van een medezeggenschapsregeling – waarbij doorgaans toch sprake is van tegenstrijdigheid van belangen en ongelijkheid van partijen – ruimte kan worden gelaten aan zelfregule-

³⁰⁰ Kummeling 1997, p. 42.

³⁰¹ *Kamerstukken II* 1976-77, 13 873, nr. 7, p. 22.

³⁰² Akkermans 1992, p. 348.

³⁰³ Volgens Akkermans omvat het begrip 'maatregelen' meer dan wetgeving. Ook het voeren van beleid en het beheren van instellingen wordt er volgens hem onder begrepen. (Zie: Akkermans 1992, p. 350.)

³⁰⁴ Zie: subparagraaf 2.3.1.

³⁰⁵ Leenen 2000, p. 23-25 en p. 32 e.v. Anders: Sluijters 1985, p. 16-23.

³⁰⁶ Zie: paragraaf 3.2.

ring. Met andere woorden, is wettelijk geconditioneerde zelfregulering eigenlijk wel een geschikte vorm voor een medezeggenschapswet?

Eijlander is van mening dat wettelijk geconditioneerde zelfregulering moet worden overwogen, indien de belangen van de zelfregulerende partijen niet al te veel verschillen van het belang dat de wet beoogt te dienen.³⁰⁷ Nu kan natuurlijk worden gesteld dat de zorgaanbieder (als zijnde de zelfregulerende partij in de WMCZ) evenals de overheid een zo goed mogelijke kwaliteit van de zorg nastreeft. In die zin is er inderdaad sprake van een gemeenschappelijk belang. Dat wil echter niet zeggen dat ook iedere zorgaanbieder evenals de wetgever van mening is, dat die kwaliteit het beste kan worden gewaarborgd door de cliënten formeel invloed toe te kennen op zijn besluitvorming. Nog afgezien van het feit dat dit een inperking van zijn eigen zeggenschap inhoudt, leidt medezeggenschap voor hem namelijk tot extra procedures, vertraging in de besluitvorming en hogere uitgaven. Lang niet alle zorgaanbieders zullen vinden dat deze lasten opwegen tegen het nut van medezeggenschap. Ondanks de aanwezigheid van strijdige belangen, meent Dorbeck-Jung echter dat wettelijk geconditioneerde zelfregulering toch mogelijk kan zijn.³⁰⁸ De tegengestelde belangen kunnen volgens haar namelijk in wettelijke condities worden overbrugd. Ten aanzien van de WMCZ houdt dat – gezien de afhankelijke positie van de cliënten ten opzichte van de zorgaanbieder – onder meer in, dat de wettelijke condities een machtsevenwicht tussen zorgaanbieder en cliënten(raad) zullen moeten garanderen.³⁰⁹ Voorlopig kan dus worden geconcludeerd dat de keuze voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering op zich niet verkeerd is geweest. De kwaliteit van de wettelijke condities bepaalt uiteindelijk echter of de WMCZ ook daadwerkelijk als medezeggenschapswet kan functioneren.

4.4.4 De kwaliteit van de wettelijke condities

In de vorige subparagraaf bleek dat de kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet afhangt van de kwaliteit van daarin vervatte wettelijke condities. Voldoende reden dus om tot slot nog even apart aandacht te besteden aan de eisen, die in geval van wettelijk geconditioneerde zelfregulering in zijn algemeenheid aan de wettelijke condities worden gesteld. In subparagraaf 4.4.1 bleek reeds dat, wil er sprake zijn van een effectieve vorm van wettelijk geconditioneerde zelfregulering, de wettelijke condities aan bepaalde voorwaarden dienen te voldoen. Enerzijds dienen zij daadwerkelijk ruimte te laten voor zelfregulering, terwijl zij anderzijds ook weer niet teveel aan zelfregulering mogen overlaten. Zelfregulering op zich brengt ons namelijk – om het maar even in de woorden van Gilhuis te zeggen – ‘niet in een sprookjesland waar lastige vraagstukken ineens verdwenen zijn’.³¹⁰ Per geval zal daarom moeten worden ge-

³⁰⁷ Eijlander 1993b, p. 136-138.

³⁰⁸ Dorbeck-Jung 1993, p. 147.

³⁰⁹ Zie o.a.: Teubner 1992, p. 72 en 73.

³¹⁰ Gilhuis dacht daarbij met name aan moeilijkheden die zouden kunnen liggen op het vlak van de uitvoering, naleving en handhaving (zie: Gilhuis 1993, p. 81).

zocht naar een juist evenwicht tussen hetgeen wettelijke regeling behoeft en hetgeen aan zelfregulering kan worden overgelaten.

Voorafgaand aan het vaststellen van de wettelijke condities zal de wetgever daartoe eerst een duidelijke scheiding in verantwoordelijkheden moeten aanbrengen.³¹¹ Bij mengvormen van overheidsregulering en zelfregulering zullen namelijk vanuit ieders specifieke positie verantwoordelijkheden moeten worden gedragen.³¹² De wettelijke randvoorwaarden dienen vervolgens in overeenstemming met deze verantwoordelijkheidsverdeling te worden vastgesteld. Bij het formuleren daarvan zal de wetgever ervoor moeten zorgen dat nauwkeurig wordt aangesloten bij hetgeen door middel van zelfregulering kan worden bereikt.³¹³ Het niet goed op elkaar aansluiten van overheidsregulering en zelfregulering kan in de praktijk volgens Gilhuis namelijk leiden tot onnodige fricties, frustraties en daardoor tot rendementsverlies.³¹⁴ Wil de wetgever deze problemen voorkomen, dan zal hij zich dus eerst goed op de hoogte moeten stellen van de maatschappelijke context waarbinnen de zelfregulering tot stand moet komen, en daarbij vervolgens zoveel mogelijk aansluiting moeten zoeken.³¹⁵ Als één van de mogelijkheden daartoe noemt Eijlander het volstaan met meer 'open normstelling', die vervolgens uitwerking kan krijgen in het maatschappelijk verkeer en de jurisprudentie.³¹⁶

Is sprake van onevenwichtige verhoudingen en belangentegenstellingen – zoals het geval is bij een medezeggenschapsregeling – dan dienen deze belangen volgens Dorbeck-Jung systematisch te worden geanalyseerd en vervolgens als uitgangspunt te worden genomen voor de omvang en intensiteit van de wettelijke condities.³¹⁷ De flexibiliteit die de zelfregulering moet bieden, zal in dat geval in bedwang moeten worden gehouden door het opnemen van 'checks and balances' in de randvoorwaarden.³¹⁸

³¹¹ Schaap & Van Twist 1992, p. 159.

³¹² Eijlander, Gilhuis & Peters 1993, p. 12. Zie voor het begrip 'verantwoordelijkheid' onder meer de oratie van Balkenende. Balkenende onderscheidt daarin twee dimensies: de 'dimensie van maatschappelijke ordening', waarin verantwoordelijkheid betrekking heeft op de verdeling van taken en bevoegdheden en op formele aspecten van het afleggen van verantwoording en de 'dimensie van normering van gedrag', waarin verantwoordelijkheid betrekking heeft op de wijze waarop mensen, organisaties en instituties invulling geven aan hun gedrag en handelen. (Balkenende 1993, p. 3.) In de context van dit hoofdstuk wordt met het begrip verantwoordelijkheid vooral de dimensie van maatschappelijke ordening bedoeld.

³¹³ Gilhuis 1993, p. 84.

³¹⁴ Of – geformuleerd in de terminologie van Teubner – wanneer het externe recht teveel eist, kan de koppeling met het interne recht en de interne processen breken (zie: subparagraaf 4.4.2).

³¹⁵ Teubner 1992, p. 73.

³¹⁶ Een meer open normstelling kan volgens Eijlander onder omstandigheden aantrekkelijk zijn: het werkt deregulerend en bevordert dat in de wetgeving meer ruimte wordt gelaten voor de eigen verantwoordelijkheid van burgers, maatschappelijke organisaties en medeoverheden. Een mogelijk gevaar is volgens hem echter dat open normen burger en bestuur onvoldoende houvast bieden en dat problemen worden doorgeschoven naar de rechter. (Zie: Eijlander 1993b, p. 133 en 134.) In dat laatste geval is sprake van schending van de kwaliteitsvereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid (zie: subparagraaf 4.2.2).

³¹⁷ Dorbeck-Jung 1993, p. 149 en 154.

³¹⁸ Jacobs en Plessen wijzen er ten aanzien van het arbeidsrecht – dat eveneens wordt gekenmerkt door ongelijke verhoudingen en belangentegenstellingen – op, dat deregulering en flexibilisering, hoezeer ook twee zijden van dezelfde medaille, geenszins samenvallende begrippen zijn. Flexibilisering van

Tot slot dient de aandacht nog te worden gevestigd op een door Huls en Stout opgesteld toetsingsschema, dat volgens hen als keurmerk zou moeten gelden voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering.³¹⁹ Hun schema zou namelijk enerzijds recht doen aan de differentiatie van de maatschappelijke subsystemen, terwijl het anderzijds zou vasthouden aan de idealen van de democratische en sociale rechtsstaat. Zich baserend op auteurs als Teubner, Dorbeck-Jung en Polak, stellen zij in hun toetsingsschema de volgende voorwaarden:

1. Er dient sprake te zijn van een *heldere taakomschrijving*. De taak van de zelfregulerende organisatie moet duidelijk zijn en verder moet er helderheid bestaan over de daartoe benodigde bevoegdheden en dienen er in dit kader openbare procedureregels te worden vastgesteld.
2. Er dient een *evenwichtige belangenafweging* plaats te vinden. Zelfregulering dient daartoe volgens Huls en Stout van een speciaal mechanisme te worden voorzien. Zij denken daarbij onder meer aan een procedureel (mede-)besluitvormingsrecht van minder machtige groepen, dan wel aan het subsidiëren van organisaties die moeten onderhandelen over evenwichtige voorwaarden. Ook kan volgens hen worden gedacht aan het beperken van de beslissingsvrijheid, door een norm te formuleren waarin het algemeen belang tot uitdrukking wordt gebracht.³²⁰
3. Er dienen *terugkoppelingsmechanismen* aanwezig te zijn, die voorzien in de mogelijkheid tot controle en handhaving door belanghebbenden.³²¹ De beste resultaten worden volgens Huls en Stout verkregen indien het systeem zelf voorziet in een vorm van algemene ‘monitoring’. Externe controle achten zij minder gewenst. De conditionering dient volgens hen zoveel mogelijk te zijn gericht op vergroting van het leervermogen van de zelfregulerende organisatie.

bijvoorbeeld arbeidstijden kan – indien daar geen voorwaarden aan worden verbonden – leiden tot meer overwerk, nachtarbeid en ploegenarbeid. Kortom, tot een verslechtering van de positie van de werknemer. Extra voorwaarden zijn dus nodig ter handhaving van de ‘checks and balances’. Daarom leidt het creëren van meer flexibiliteit voor de werkgever, volgens Jacobs en Plessen in een sociale rechtsstaat eerder tot meer, dan tot minder regulering. (Zie: Jacobs & Plessen 1992, p. 102 en 103.) Eerder constateerde Jacobs reeds dat ‘autonome’ en ‘heteronome normen’ in het arbeidsrecht met elkaar kunnen ‘verkeren’, mits zij dit ‘als egeltjes doen’: voorzichtig (zie: Jacobs 1986, p. 309).

³¹⁹ Huls & Stout 1992, p. 229 en 230. Zie ook: Huls 1993, p. 184-186.

³²⁰ Volgens Leijten vloeit dit vereiste voort uit een behoefte aan democratische legitimatie. Zo is overheidsregulering in het algemeen democratisch gelegitimeerd. Wanneer overheidsregulering wordt vervangen door zelfregulering, vervalt die vorm van democratische legitimatie. Dit kan volgens Leijten echter worden gecompenseerd door het toekennen van een vorm van inspraak aan belanghebbenden. (Zie: Leijten 1997, p. 189; zie voor dit legitimiteitsvereiste ook: Van Gestel & Verschuuren 1997, p. 150.) Ook Teubner is van mening dat vertegenwoordigers van de verschillende belangen voldoende toegang moeten hebben tot de zelfregulerende instelling. Hij denkt daarbij aan procedurele waarborgen die overduidelijk machtsverschillen in bedwang houden en aan mechanismen om te bemiddelen en te arbitreran bij interne conflicten. (Zie: Teubner 1992, p. 72 en 73.) Van Driel acht de inbreng van derdebelanghebbenden daarentegen weliswaar wenselijk, maar meent dat dit geen absolute kwaliteitsvoorwaarde is. Ook zonder hun daadwerkelijke inbreng zou een evenwichtige regeling tot stand kunnen komen. Het hoeft volgens haar dus niet altijd te gaan om tweezijdig totstandgekomen zelfregulering. (Zie: Van Driel 1989, p. 272 en 273.)

³²¹ Daar waar het gaat om de vervulling van gemeenschapstaken, pleit ook Brinkman voor transparantie, een heldere verslaglegging en het afleggen van verantwoording (zie: Brinkman 1993, p. 25).

4. De regels die door middel van zelfregulering tot stand zijn gekomen, voldoen zoveel mogelijk aan *rechtsstatelijke kwaliteitseisen*, zoals kenbaarheid, duidelijkheid, eenvoud, begrijpelijkheid, bestendigheid, evenredigheid en openbaarheid.³²² Deze regels dienen bovendien in deugdelijke rechtsbescherming te voorzien, hetzij in de vorm van een beroep op de burgerlijke rechter, hetzij in de vorm van een onafhankelijke geschillencommissie.

Of de WMCZ voor dit 'keurmerk' in aanmerking komt, is een vraag die in de volgende hoofdstukken aan de orde zal komen.

4.5 Samenvatting en conclusies

Aan het begin van dit hoofdstuk werd een vrij uitgebreide schets gegeven van de situatie van 'ontregeling' en 'ontreddering' die voor onze wetgever aanleiding vormde tot het voeren van een dereguleringsbeleid. Het zwaarwegende belang van dit dereguleringsbeleid kwam daarin sterk naar voren: het voortbestaan van onze democratische rechtsstaat hangt ervan af. Omdat de regelverdichting door de jaren heen per saldo alleen maar is toegenomen, staat deregulering ook bij het huidige kabinet-Balkenende II weer hoog op de agenda. Met name in de zorg doet de behoefte aan deregulering zich zeer sterk voor. Dit bleek onlangs nog uit een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR). De regelvloed is in de zorg zo groot dat men zelfs spreekt van 'legisferitis'. (Zie: paragraaf 4.2 en subparagraaf 4.3.1.) De wetgever heeft overwegingen van deregulering dus terecht een belangrijke rol laten spelen bij de vormgeving van de WDFZ, en later van de WMCZ.³²³ De vraag is alleen of de wetgever dit bij de WMCZ ook op een juiste, althans op een logische wijze heeft gedaan. De kritiek op de WMCZ – zoals verwoord in hoofdstuk 3 – doet vooralsnog het tegendeel vermoeden.

Om te kunnen beoordelen of de kritiek uit hoofdstuk 3 (gedeeltelijk) grond is, is vervolgens aandacht besteed aan de algemene dereguleringscriteria, zoals die begin jaren '80 ter uitvoering van het dereguleringsbeleid door de Commissie-Geelhoed zijn geformuleerd. Aan deze (meer technische) criteria, diende volgens de Commissie-Geelhoed te allen tijde de preliminaire vraag vooraf te gaan, óf er op het specifieke terrein wel sprake is van een taak voor de overheid. De Commissie-Dekker – die het dereguleringsbeleid in 1987 heeft vertaald naar de zorgsector – stelde vast dat het sociale grondrecht in artikel 22 Gw, dat de overheid verantwoordelijk stelt voor het bewaken van een kwalitatief goede en bereikbare zorg, op zich niet verplicht tot een wettelijk optreden, maar daarentegen juist veel ruimte laat voor de eigen verantwoordelijkheid en het

³²² Huls en Stout borduren hiermee voort op het oorspronkelijke idee van Polak, om de 'Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving' – de 'Aanwijzingen voor de regelgeving' bestonden toen nog niet – zoveel mogelijk analoog toe te passen op zelfregulering. Hij sprak in dit verband over 'Aanwijzingen voor de zelfregulering'. (Zie: Polak 1986, p. 213-222.) Ook Van Driel is voorstander van analoge toepassing van deze kwaliteitseisen op zelfregulering (zie: Van Driel 1989, p. 119-123).

³²³ Zie: hoofdstuk 2.

zelfregulerende vermogen van de samenleving.³²⁴ De noodzaak om regelgevend op te treden, dient dus niet snel te worden aangenomen. Dit geldt te meer omdat de ervaring heeft geleerd dat er van deregulering anders maar weinig terecht komt. In 1993 riep Geelhoed de wetgever daarom (nogmaals) op, om waar mogelijk over te gaan tot ‘herpositionering’ en ‘herschikking’. De behoefte aan deregulering mag echter ook weer niet als ‘kamerscherm’ worden gebruikt voor op heel andere argumenten geschoeide politieke keuzes. De argumenten die tijdens het politieke debat over de WMCZ tegen een wettelijke regeling werden ingebracht, dienen in dit opzicht dus kritisch te worden gezien. Is eenmaal vastgesteld dat er ter zake sprake is van een taak voor de overheid, dan komen vervolgens de zojuist genoemde, meer technische criteria aan bod. (Zie: paragraaf 4.2.)

In de daarop volgende paragraaf werd vervolgens beschreven hoe het dereguleringsdenken in het begin van de jaren '90 opging in het (bredere) denken over de kwaliteit van wetgeving. De dereguleringscriteria – die oorspronkelijk waren geformuleerd door de Commissie-Geelhoed en later waren opgenomen in de ‘Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving’ en de ‘Aanwijzingen inzake toetsing van ontwerpen van wet en algemene maatregel van bestuur’ – gingen daarbij deel uitmaken van de kwaliteitseisen voor de regelgeving zoals omschreven in de nota Zicht op wetgeving, en de ‘Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar.)’. Deze kwaliteitseisen zijn niet vrijblijvend van aard en dienen zowel bij de vaststelling van de noodzaak tot regelgeving, als bij de inhoudelijke vormgeving daarvan, in acht te worden genomen. Bij de inhoudelijke bestudering van de kwaliteitseisen bleek dat de verschillende punten van kritiek op de WMCZ – zoals omschreven in hoofdstuk 3 – daaronder kunnen worden gerubriceerd. De kritiek op de noodzaak en mogelijkheid van een wettelijke regeling als de WMCZ, op het toepassingsgebied van de WMCZ en op de mogelijk aan de WMCZ verbonden kosten – zoals omschreven in paragraaf 3.2 tot en met 3.5 – kan bijvoorbeeld grotendeels worden gebracht onder de kwaliteitsvereisten van onderlinge samenhang, doeltreffendheid en doelmatigheid, rechtmatigheid, subsidiariteit en evenredigheid en uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. De meer inhoudelijke punten van kritiek op de WMCZ – zoals omschreven in paragraaf 3.6 tot en met 3.14 – kunnen voorts met name worden gerubriceerd onder het subsidiariteitsvereiste. (Zie: paragraaf 4.3.)

Omdat een belangrijk deel van de kritiek op de inhoud van de WMCZ nauw samenhangt met de vorm waarin de WMCZ is gegoten – namelijk die van ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’ – werd in de laatste paragraaf tot slot nog apart bij deze wetgevingsvorm stilgestaan. Geconcludeerd werd dat – ondanks de aanwezigheid van ongelijke verhoudingen en belangentegenstellingen – wettelijk geconditioneerde zelfregulering op zich geen slechte keuze is voor een medezeggenschapswet als de WMCZ. Of de wet in de praktijk ook voldoende waarborgen biedt voor het kunnen uitoefenen van medezeggenschap, hangt echter af van de kwaliteit van de wettelijke condities. (Zie: paragraaf 4.4)

³²⁴ Zie: subparagraaf 4.2.3 en subparagraaf 4.4.3.

