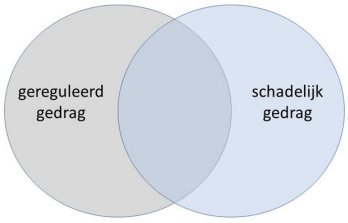
Compliance moet gaan over het doel

dr. ing. M.A. de Bree MBA[1]

Natuurlijk wordt algemeen aangenomen dat het erg belangrijk is om aan de regels te voldoen. Over regels is namelijk goed nagedacht door allerlei deskundigen en ze zijn doorgaans democratisch tot stand gekomen.[2] Dus geen wonder dat toezichthouders en bedrijven compliance nastreven. Men gaat ervan uit dat naleving van regels, compliance, ervoor zorgt dat maatschappelijke doelen daadwerkelijk bereikt worden. Het is verleidelijk om aan deze aanname vast te houden. Het geeft een gevoel van controle in een wereld die turbulent en complex is. Het is dan ook geen wonder dat ons systeem van wetgeving op deze impliciete aanname van maakbaarheid is gebaseerd. *Engineering resilience* dus, aan de tekentafel de toekomst vorm geven ervan uitgaande dat wat je ontwerpt en daarna bouwt, ook daadwerkelijk werkt zoals je verwacht had. Maar op de assumptie dat regelnaleving automatisch het doel van de regels realiseert, is nogal wat af te dingen.[3] We weten eigenlijk vaak niet zo goed of regels wel werken. Het begint er al mee dat we vooraf vaak niet precies weten wat het doel van de regels is. Dit doel ligt lang niet altijd vast en verschillende mensen hebben daar verschillende beelden bij. Is er een reële verwachting dat de regels een maatschappelijk doel moeten realiseren, is er sprake van symboolwetgeving waarbij de wetgever vooral wil laten zien dat zij daadkracht toont of zijn er wellicht andere motieven in het spel? Wetgeving wordt slechts voor een deel geëvalueerd, dit gebeurt pas na jaren en voor de uitkomsten is niet heel veel interesse. Slechts zelden wordt er in het parlement goed naar gekeken, ook al doordat parlementariërs weinig tijd en ondersteuning hebben. Hier komt nog bij dat bij het ontwerp van wetten de toets op grondrechten te wensen over laat en dat de uitvoering kampt met kennis- en capaciteitsproblemen om al die wetten goed uit te voeren. Het is dus niet zo vreemd dat we steeds meer voorbeelden zien van regels die niet doen wat we denken dat ze moeten doen. En als het mis gaat wordt steevast beterschap beloofd, wat meestal uitdraait op een poging om de gedane schade en ellende te herstellen zonder hier fundamenteel van te leren. Uitvoeringsorganisaties en samenleving worden opgezadeld met regels waarvan onduidelijk is en blijft of ze wel werken. In dit artikel werk ik de positie van regels ten opzichte van maatschappelijke doel verder uit en verken ik de implicaties voor toezicht en compliance.

1. Law in books en law in action

Sparrow[4] heeft gewezen op de gap tussen gereguleerd gedrag en schadelijk gedrag. Gereguleerd gedrag is gedrag dat aan regels gebonden is. Schadelijk gedrag is gedrag dat schade veroorzaakt aan een maatschappelijk belang dat de regelsteller beoogt te beschermen.
Hij stelt dit voor als twee elkaar deels overlappende cirkels (zei figuur 1).



Figuur 1: Gereguleerd en schadelijk gedrag (Sparrow 2020)

Er zijn enerzijds regels die niet gerelateerd zijn aan schadelijk gedrag en anderzijds komt schadelijk gedrag voor dat niet gebonden is aan regels. Regels die niet gerelateerd zijn aan schadelijk gedrag zijn dus eigenlijk niet erg relevant als het doel van de regels is om maatschappelijke schade te beperken. Je zou kunnen zeggen dat sommige administratieve verplichtingen in deze categorie vallen en dan met name als ze de regeldruk verhogen zonder veel bij te dragen aan het achterliggende doel van de regels. Voorbeelden van schadelijk gedrag dat wel legaal, dus volgens de regels is, zijn belastingontwijking en lozing van giftige stoffen waarvoor geen emissie-eisen gelden. Dit gedrag wordt ook wel geassocieerd met zoeken naar de mazen in de wet.
Deze veronderstelde kloof tussen gereguleerd en

1. Martin de Bree is werkzaam bij de Rotterdam School of Management Erasmus University waar hij onderzoek doet naar moderne vormen van toezicht en (zelf)regulering. Tevens is hij werkzaam als zelfstandig adviseur bij Next Step Management. Hij helpt publieke en private organisaties bij het oplossen van vraagstukken op het gebied van compliance, toezicht en (zelf)regulering.
2. Dit artikel gaat primair over wettelijke regels.
3. M.A. de Bree, Lerende wetgever ziet kritiek niet als bedreiging, *Financieel Dagblad* 10 juli 2021.
4. M.K. Sparrow, *Fundamentals of regulatory design*, 2020, edited independently.

schadelijk gedrag is boeiend, maar het bestaan en de significantie hiervan zijn door Sparrow nog niet hard gemaakt met empirisch bewijs. Kasdorp[5] deed onderzoek naar hoe publieke toezichthouders omgaan met legaal maar schadelijk gedrag uitgaande van de cirkels van Sparrow. In tegenstelling tot wat vaak wordt aangenomen komt hij tot de conclusie dat toezichthouders regelmatig schadelijk maar legaal gedrag tegenkomen en dat zij flink worstelen met hoe hiermee om te gaan. Hun formele mandaat maar ook hun gangbare interventie instrumentarium is immers gebaseerd op het wettelijk kader. Er wordt echter verschillend gedacht over de rol die zij kunnen en moeten spelen bij schadelijk maar legaal gedrag en dus hebben toezichthouders niet altijd een duidelijk houvast hoe hiermee om te gaan.
Het lijkt erop dat de wetgever niet heeft voorzien dat er zoiets kan voorkomen als schadelijk maar legaal gedrag en illegaal maar onschadelijk gedrag of daar in elk geval weinig rekening mee houdt. Dat sluit aan bij het perspectief van Rangone[6] die stelt dat wetgevingsjuristen vaak dogmatisch zijn en dogmatische wetgevingsjuristen traditioneel onverschillig zijn over hoe een wet in de praktijk uitwerkt en of deze effectief is. Zij zijn vooral geïnteresseerd in het opstellen van de wet volgens de juiste procedures. Indicaties voor deze onverschilligheid ten aanzien van de vraag of de wet in de praktijk doet wat deze moet doen en of deze voldoet aan de voorwaarden van good public governance en rechtsstatelijkheid, zijn angstig eenvoudig te vinden.

Deze mismatch tussen wat Rangone noemt "law in books" en "law in action" brengt ons bij de vraag of het wel verstandig is om zo krampachtig vast te houden aan naleving van de regels als voornaamste doel bij compliance.

Misschien moeten we wel meer uitgaan van het *stewardship* model dan het *principal-agent* model en – paradoxaal genoeg - durven loslaten voor verbetering.[7] Het stewardship model gaat ervan uit dat mensen uit zichzelf verantwoordelijk om gaan met de middelen waarover zij kunnen beschikken. Het principal-agent model daarentegen gaat ervan uit dat de agent door de principal moet worden gecontroleerd omdat de agent ook zijn of haar eigenbelang laat meewegen.
Voor alle duidelijkheid merk ik wel op dat bovenstaand betoog wat mij betreft niet betekent dat regels dan maar terzijde moeten worden gelegd. Zoals de cirkels van Sparrow laten zien is de overlap tussen gereguleerd en schadelijk gedrag niet perfect, maar ook niet nul. Er zijn nog steeds regels die bij naleving wel zorgen voor het beperken van schadelijk gedrag.

2. De mismatch in een complexe en dynamische wereld

De wereld wordt steeds complexer en dynamischer.

Dit betekent dat we steeds minder goed kunnen voorspellen hoe deze zich ontwikkelt en gedraagt.

Het betekent ook dat we steeds minder goed kunnen voorspellen wat de werkelijke effecten van een wet zijn. Maar ons wetgevingssysteem is sterk bureaucratisch, top-down georganiseerd en leunt zwaar op een ex-ante evaluatie.[8] We besteden veel tijd en moeite in het vooraf nadenken over het ontwerp van een wet en gaan er dan impliciet vanuit dat het daarna nog alleen een kwestie van uitvoering is. We zijn zelfs zo overtuigd van de juistheid van deze aanpak dat bij problemen in eerste instantie naar de uitvoering wordt gekeken. Aan het ontwerp kan het immers niet hebben gelegen.
Deze redeneerlijn is gebaseerd op de veronderstelling van een stabiele, voorspelbare wereld. Maar als de samenleving die de wetgever probeert te reguleren, steeds complexer wordt, lopen we met deze werkwijze tegen de grenzen aan.[9] Of zoals minister De Jonge tijdens de corona crisis verzuchtte: "De werkelijkheid is minder maakbaar dan ik dacht".[10] Moet je dan maar gewoon die onmaakbaarheid negeren en moedig voorwaarts gaan op dezelfde manier als je gewend was? Dat lijkt me zeer onverstandig.

Als de uitwerking van beleid en wetgeving zich slecht laat voorspellen kun je je niet meer permitteren om na een ex-ante evaluatie de wet over de muur naar de uitvoering te gooien in de veronderstelling dat het nu alleen nog maar een kwestie is van uitvoeren.

Het lijkt er bijna op dat je een golfbal slaat op 100 m van de hole en er dan zonder te kijken vanuit gaat dat je een hole-in-one slaat. Nu is het niet zo dat er helemaal niet wordt geëvalueerd, maar het is te weinig, te laat en er is weinig aandacht voor de uitkomsten.
Eén van de officiële procedures die de wetgever moet volgen bij het opstellen van een nieuwe wet, het Integraal Afwegingskader (IAK), vraagt bij het ontwerp van wetten om na te gaan of de wet eigenlijk wel noodzakelijk is en wat de effecten en bijeffecten zijn. Dit IAK gaat dus uit van maakbaarheid omdat het veronderstelt dat de effecten en bijeffecten überhaupt goed te voorspellen zijn. Dus, stel dat het IAK altijd goed zou worden uitgevoerd, wat volgens een

5. E. Kasdorp, *Between Scylla and Charybdis; Regulator' supervisory practice in the face of harmful but legal regulatee conduct*, 2022, PhD Thesis.
6. N. Rangone, Making Law Effective: Behavioural Insights into Compliance, *European Journal of Risk Regulation* 2018, 9.
7. E.G.J. Vosselman, *Rekenschap en management control in de publieke sector: hoofdweg, dwaalweg en uitweg*, oratie Vrije Universiteit Amsterdam 2011.
8. M.A. de Bree, M. Dees, Complexiteit vraagt om een andere manier van regels maken, *TPC Online* 7 december 2019 www.tpconline.nl
9. M.A. de Bree, M. Dees, Complexiteit vraagt om een andere manier van regels maken, *TPC Online* 7 december 2019 www.tpconline.nl en M.A. de Bree, M. Dees, Maatschappelijke dynamiek en complexiteit vergen meer innovatie in beleid en wetgeving, *TPE* 16(1) 2022 www.tpedigitaal.nl
10. nos.nl/artikel/2407214-kabinet-waagt-zich-even-niet-meer-aan-voorspellingen-over-corona.

recent rapport van de OESO niet het geval is[11], dan nog gaat de hierin voorgestelde werkwijze voorbij aan de slechte voorspelbaarheid van de uitwerking van regelgeving in de praktijk.

3. Regels maken en gebruiken moet fundamenteel anders

De onvoorspelbare uitwerking van wetten in de praktijk die het gevolg is van complexiteit en dynamiek in de samenleving zorgt ervoor dat we op een hele andere manier wetten moeten maken en toepassen.

Het belangrijkste is dat we moeten erkennen dat de wet in het beste geval niet perfect is en in het slechtste geval niet werkt of zeer ongewenste bijeffecten heeft. Dit inzicht heeft vergaande implicaties voor het proces van regels ontwerpen en toepassen.
Het begint er al zoals gezegd al mee dat het doel van regels vaak lastig te achterhalen is. Natuurlijk wordt er wel een uitleg in de memorie van toelichting gegeven, maar het werkelijke doel wordt versluierd door allerlei politieke afwegingen die niet transparant zijn. Soms lijkt het vaststellen van een wet belangrijker dan het resultaat. Ook komt regelmatig symboolwetgeving voor zoals het boerkaverbod, maar voor de uitvoering en de samenleving is het doorgaans niet duidelijk dat het hier om symboolwetgeving gaat. En voor betrokkenen is het soms zelfs per persoon verschillend of een wet als symbolisch moet worden gezien. Bij de spaarzame keren dat een wet na een flink aantal jaren wordt geëvalueerd, moet eerst een beleidsreconstructie worden gemaakt om te achterhalen wat het beoogde doel was en het veronderstelde werkingsmechanisme. Als het IAK goed zou worden uitgevoerd zouden we in elk geval vanaf het begin meer duidelijkheid hebben over wat de wetgever nu precies wilde bereiken.
De onvoorspelbare uitwerking impliceert dat wetten eigenlijk doorlopend - ex-durante dus - zouden moeten worden gemonitord vanaf het moment dat zij aan de praktijk worden blootgesteld om de aannames over de veronderstelde werking te toetsen. Er lijken maar weinig betrokkenen binnen het wetgevingssysteem te zijn die zich dit realiseren, laat staan dat het systeem in deze ex-durante evaluaties voorziet.

Wat we ontberen is een lerend wetgevingssysteem dat de externe complexiteit en dynamiek erkent en hierop inspeelt door haar processen en checks and balances hierop aan te passen, in plaats van het te negeren.

We moeten de golfbal slaan en deze volgen, vaststellen waarom deze niet op de gewenste plek landt, aan welke factoren dit zou kunnen liggen en zien hoe we deze kunnen beïnvloeden voor een beter resultaat. Hier hoort misschien ook bij nog eens een les nemen of advies bij een pro inwinnen.
Naast ex-durante monitoring zou het proces van regels maken op belangrijke punten moeten worden gewijzigd om in te spelen op de veranderlijkheid van de samenleving. Dit kan door het werkelijk (in plaats van symbolisch) betrekken van beschikbare dragers van kennis van verschillende aspecten van het onderwerp. Daarnaast is simultane (in plaats van sequentiële) interactie nodig tussen de partijen die bijdragen aan de inhoud. Tenslotte moet bewaakt worden dat er niet meer detailregels worden opgelegd dan strikt noodzakelijk is om het doel te bereiken, rekening houdend met het zelfregulerend vermogen van de partijen die bij de uitvoering betrokken zijn. Deze principes van respectievelijk *requisite variety*[12], *simultaneous coupling*[13] en *minimum critical specification*[14] zorgen ervoor dat (innovatieve) organisaties succesvol kunnen zijn en blijven in een complexe omgeving.

4. Wat willen we dan met compliance?

Als we het voorafgaande beschouwen is het niet altijd verstandig dat toezichthouders zoveel energie te steken in het afdwingen van compliance. Op de eerste plaats is het maar zeer de vraag of naleving van die regels een optimaal resultaat oplevert. Gelet op de kloof tussen regels en het beoogde doel kan het heel goed zijn dat we relevante zaken missen die voor doelrealisatie[15] van belang zijn. Bovendien dwingen we onder toezicht staande organisaties om ook regels na te leven die geen relatie hebben met het doel. Dat is niet erg motiverend voor bedrijven en zal dus ongunstig uitwerken op het draagvlak voor compliance.

Doelverschuiving van maatschappelijk doel naar compliance levert het risico op dat het maatschappelijke doel achter de horizon verdwijnt, terwijl we in de illusie blijven steken dat we goed bezig zijn.

Op de tweede plaats roept het dwingen van organisaties om regels na te leven die niet evident relevant zijn volgzaamheid of zelfs gemakzucht op. Hiermee blijft het vermogen van die organisaties om zelf na te denken over wat in hun specifieke situatie relevant is

11. OECD, *Ex ante regulatory impact assessment: Netherlands,* 2020, Paris: OECD Publishing.

12. W. Ross Ashby, 1956. *Introduction to Cybernetics*, 1956, New York: John Wiley.
13. J.R. Galbraith, *Designing the Innovating Organization. Organizational Dynamics*, 1982, AMACOM.
14. G. Morgan, R. Ramirez, Action-Learning: A Holographic Metaphor for Guiding Social Change, *Human Relations*, 1983, Volume 37, no. 1.
15. Als we in dit artikel spreken over doelrealisatie dan bedoelen we hiermee steeds het realiseren van het door de regelsteller beoogde doel binnen de randvoorwaarden van rechtsstatelijkheid en good governance. Bij dat laatste begrip denken we aan de principes van good governance zoals verwoord in H. Addink, *Good governance; Concept and context*, 2020, Oxford University Press.

en hoe je de belangrijke risico's kunt beheersen, onbenut.[16] De organisatie wordt als het ware in een nalevingsmodus gedwongen in plaats van die organisatie aan te spreken op het, vanuit het eigen morele kompas, nemen van de eigen verantwoordelijkheid bij het borgen van maatschappelijke risico's. Bekend is het voorbeeld van de Israëlische kinderopvang die besloot boetes te gaan opleggen aan ouders die hun kind te laat kwamen ophalen.[17] Het resultaat was dat nog veel meer ouders te laat kwamen omdat zij nu het gevoel hadden dat ze recht hadden om te laat te komen als de boete werd betaald. Compliance afdwingen naar de letter van de wet kan dus resulteren dus in gemakzucht, het wegvinken van verantwoordelijkheid en het onbenut laten van de moraliteit en de potentie tot zelfregulering.

Gelet op de grote uitdagingen waarvoor we staan in deze complexe wereld is het laatste wat we zouden moeten willen dat regels worden gehandhaafd en nageleefd zonder stil te staan bij het achterliggende doel en de bredere gevolgen hiervan. Bijvoorbeeld in de toeslagenaffaire is pijnlijk duidelijk geworden waar een te star vasthouden aan de letter van de wet toe kan leiden.

5. Het doel centraal

Ik pleit ervoor regelnaleving ondergeschikt te maken aan het achterliggende doel. De regels zijn immers niet meer dan een middel om dat doel te bereiken, niet meer en ook niet minder.

Dit is een les die op een aantal terreinen al wordt geleerd.[18] Als er goede redenen zijn om aan te nemen dat het doel op een andere manier kan worden bereikt die misschien beter of efficiënter is dan zou deze mogelijkheid er moeten zijn. Dit maakt toezicht en compliance niet perse eenvoudiger omdat onzekerheden worden geïntroduceerd zoals met betrekking tot de vraag wanneer een situatie nu wel of niet voldoet aan de eisen. Het gemakkelijkste is immers om een duidelijke algemene eis te stellen en die strikt te handhaven. Maar de hiermee te creëren flexibiliteit is hard nodig in een tijd waarin de roep om de menselijke maat en de bedoeling centraal te stellen nadrukkelijk klinkt. Ook geeft deze ruimte de mogelijkheid om burgers en bedrijven aan te spreken op verantwoordelijk gedrag zonder dat zij zich achter regels en formaliteiten kunnen verschuilen.

Er zijn al wel voorbeelden waarbij dit teruggrijpen naar het doel al in de regels zelf opgenomen is of wordt voorgesteld. Zo stelt het Binnenvaartpolitiereglement: *"De schipper moet in het belang van de veiligheid of de goede orde van de scheepvaart, voorzover dit door de bijzondere omstandigheden waarin het schip of het samenstel zich bevindt is geboden, volgens goede zeemanschap afwijken van de bepalingen van dit reglement."*

Een ander voorbeeld is een tot op heden niet opgevolgde suggestie van Michiel Scheltema om de Algemene wet bestuursrecht aan te passen.[19] Scheltema stelt voor om het volgende artikel op te nemen: "*Indien de toepassing van een wettelijke regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt, kan van de regel worden afgeweken voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen."*

Ook toezichthouders doen soms pogingen om de ruimte in regels te vinden met het oog op doelrealisatie. Zo wordt in de Europese luchtvaart het principe van *acceptable means of compliance* gehanteerd. Dit zijn concrete, gedetailleerde voorschriften die bij naleving compliance opleveren. De operator heeft de vrijheid om een alternatieve standaard te kiezen als de deze kan aantonen dat dit alternatief minstens zo effectief is.[20]

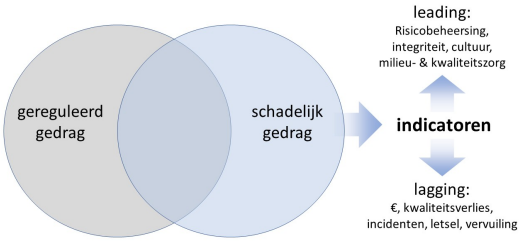
Het vooropstellen van het doel brengt ook een andere interessante optie dichterbij. De toezichthouder kan zich meer gaan richten op zogenoemde *leading* indicators in plaats van *lagging* indicators. Leading indicators hebben een voorspellende waarde terwijl lagging indicators terugkijken en dus geen of minder voorspellende waarde hebben. De Brabantse omgevingsdiensten, veiligheidsregio's en waterschappen houden bijvoorbeeld nu bij bedrijven die met gevaarlijke stoffen werken toezicht op de kwaliteit van de interne beheersing van risico's voor de omgeving. Deze aanpak laat ruimte voor de bedrijven om aan risicobeheersing een eigen passende invulling te terwijl het doel van omgevingsbescherming voorop staat. De beheersing van risico's die het doel kunnen bedreigen staat hier voorop en niet de regels.[21]

Als de toezichthouder zich primair focust op schadelijk gedrag heeft hij de keuze om zich daarbij te richten op leading of lagging indicatoren (zie figuur 2). Het nadeel van lagging indicatoren (zoals financiële schade, persoonlijk letsel of milieuvervuiling) is dat de toezichthouder achter de feiten aanloopt omdat de schade dan al is opgetreden. En soms is deze schade niet meer terug draaien.

16. Dit verschijnsel staat ook wel bekend als coercive isomorphism, zie onder meer P.J. DiMaggio, W.W. Powell, The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields, *American Sociological Review,* 1983, 48.
17. Zie U. Gneezy, A. Rustichini, A fine is a price, *Journal of Legal Studies,* 2000, vol. XXIX.
18. Zie bv. G. Korevaar en R. Kalker, Auditen vanuit de bedoeling, *Auditmagazine* 1 maart 2022 www.auditmagazine.nl en S.J. Stuiveling, New trends in auditing: innovation in the work of Supreme Audit Institutions, *EUROSAI Magazine* No. 16, 2010.
19. Zie M. Scheltema, Wetgeving in de responsieve rechtsstaat, *Regelmaat*, 2018, 33(3).
20. Zie https://www.easa.europa.eu/document-library/acceptable-means-compliance-amcs-and-alternative-means-compliance-altmocs
21. Brabantse omgevingsdiensten, Veiligheidsregio's en Waterschappen, *Interventiestrategie risicorelevante bedrijven,* 2017.

Bij gebruik van leading indicatoren (zoals kwaliteit van de risicobeheersing, de organisatiecultuur of milieu-& kwaliteitszorg) kan de toezichthouder proberen in te grijpen ter voorkoming van schade.

Hoewel effectiever is deze aanpak niet direct gemakkelijk omdat het aanvullende competenties en een andere houding vergt van de toezichthouder.



Figuur 2: Leading en lagging indicatoren voor schadelijk gedrag

6. Concluderend

Het zou goed zijn om te erkennen dat strikte naleving en handhaving van regels lang niet altijd effectief zijn.

Enerzijds zijn er regels die in praktijksituaties niet relevant zijn omdat ze het doel niet dienen. Anderzijds zijn er situaties die bedreigend zijn voor maatschappelijke belangen, maar niet gereguleerd zijn. Deze overlap is niet altijd marginaal maar kan substantieel zijn, vooral als regels onvoldoende aansluiten op de veranderlijke en complexe praktijk.

Het is van belang het doel centraal te stellen en ons niet al veel vast te klampen aan de letterlijke regels. Dit vraagt dus in toenemende mate om bij de toepassing van regels (naleving en toezicht hierop) na te gaan of strikte naleving in het specifieke geval het achterliggende doel wel dient, dan wel of er ongereguleerde risico's zijn die doelrealisatie in gevaar kunnen brengen.

Verder zouden niet alleen partijen die bij de uitvoering betrokken zijn, zoals toezichthouders en onder toezicht staande organisaties zich dit aan moeten trekken. Het leidt ook tot een aanbeveling aan de wetgevende en regelstellende instanties. Hen raad ik aan rekening te houden met de mogelijkheid dat een strikte regeltoepassing ongewenste effecten heeft door ruimte in te bouwen in de regels, bijvoorbeeld op de manier die Scheltema (zoals eerder geciteerd) voorstelt. Het doel zou meer op de voorgrond moeten worden geplaatst en de uitvoerende partijen zouden meer *guidance* moeten ontvangen over hoe om te gaan met de eventuele ruimte tussen regel en doelrealisatie.