

Legitimate Goal-Based Regulation in a Hybrid Multi-Actor Regulatory Regime
(GOBAREG)

**D6.4 Policy brief #2
on how to bring
discretion for regulatees
into the design of regulations**



Abstract (EN)

This document compiles an overview of how rule makers can grant or limit discretion in regulation through different legislative techniques. It explains that discretion has three dimensions: goals, means and organizational arrangements. It shows how different types of regulation restrict or allow freedom along those dimensions. The policy brief also demonstrates how legislators and rule makers can modulate discretion by combining primary and secondary legislative techniques, creating hybrid forms of regulation that balance flexibility for regulated actors with safeguards to ensure that policy objectives are achieved.

Abstract (NL)

Dit document geeft een overzicht van hoe regelmakers discretie kunnen verlenen of beperken in regelgeving door middel van verschillende wetgevingstechnieken. Het legt uit dat discretie drie dimensies heeft: doelen, middelen en organisatorische structuren. Het laat zien hoe verschillende soorten regelgeving de vrijheid langs deze dimensies beperken of juist vergroten. De beleidsnota laat ook zien hoe regelmakers discretie kunnen moduleren door primaire en secundaire wetgevingstechnieken te combineren, waardoor hybride vormen van regelgeving ontstaan die een evenwicht bieden tussen flexibiliteit voor de gereguleerde actoren en waarborgen om te garanderen dat de beleidsdoelstellingen worden bereikt.

GOBAREG Beleidsnota #2: Hoe discretie geven of beperken?

Take Aways:

- Discretie bestaat uit drie dimensies: de vrijheid om te kiezen wat we doen, met welk doel, en hoe we ons daartoe organiseren.
- Verschillende types van wetgeving spelen in op verschillende van deze dimensies van discretie.
- We kunnen discretie moduleren door types van wetgeving te combineren met elkaar of met diverse secundaire wetgevingstechnieken.

Probleemstelling

Doelregelgeving schrijft een doel voor dat de regelgever wil bereiken, maar laat de gereguleerden vrijheid van handelen om dat doel te bereiken. De vraag rijst op welke manier de regelgever tegelijk controle kan inbouwen, zodat hij vertrouwen behoudt dat het voorgeschreven doel wel degelijk bereikt zal worden.

Om op die vraag antwoord te bieden, stelt deze beleidsnota verschillende wetgevingstechnieken voor waarmee de regelgever discretie kan toekennen, maar die ook weer kan beperken. Daartoe gaat deze beleidsbrief in op (1) de verschillende dimensies van discretie, (2) hoe types van regelgeving op deze dimensies inspelen, en (3) hoe we met hybride regelgeving discretie moduleren, door technieken uit deze types met elkaar te combineren.

We gaan daarbij uit van de hypothese dat de regelgever ruimte heeft om discretie toe te kennen of te beperken. Dat is niet altijd het geval, bijvoorbeeld omdat EU richtlijnen in de weg staan.

Dimensies van discretie

Discretie verwijst naar de mate waarin specifieke regulering, door haar ontwerp, handelingsvrijheid laat aan de gereguleerde. Die vrijheid bestaat uit drie dimensies, die betrekking hebben op het doel, de middelen, en hun organisatie.

Met 'discretie' bedoelen we in deze beleidsbrief de vrijheid die een gereguleerde (burger of onderneming) heeft om een activiteit te ontwikkelen in een gereguleerd domein. Het gaat dus niet om de handelingsvrijheid van burgers in het algemeen, maar om de discretie die gereguleerden hebben in een welbepaald domein, voor een specifieke activiteit.

Die vrijheid van handelen impliceert een keuzevrijheid. Die is steeds relatief: discretie heb je in meer of mindere mate. Hoe groot ze is, hangt onder meer af van de kenmerken van de gereguleerde: er staan meer keuzes open voor wie over meer middelen en capaciteit beschikt. Ook de aard van de activiteit speelt een rol. Wanneer er, in een gespecialiseerd domein, slechts weinig technieken beschikbaar zijn, kan ook dat de keuzevrijheid inperken.

Hier zijn we echter geïnteresseerd in het optreden van de regelgever. Naarmate die veel of weinig beperkingen en voorwaarden oplegt, blijft er minder of meer vrijheid over. We kijken daartoe naar de specifieke regeling van die activiteit. Daarbij laten we de meer generieke wetgeving buiten beschouwing, die vanuit bijvoorbeeld het strafrecht of aansprakelijkheidsrecht beperkingen opleggen die voor iedereen gelden.

We hanteren hier een reguleringstechnisch perspectief: de vraag is hoeveel discretie regulering laat door de manier waarop ze ontworpen wordt, los van externe omstandigheden die de keuzevrijheid van de gereguleerde kunnen beperken.

Die handelingsvrijheid bestaat uit verschillende dimensies, die betrekking hebben op het doel, de middelen, en hun organisatie. Gereguleerden kunnen zodoende kiezen:

- *welk doel* ze voor ogen hebben: ze kunnen hun doel kiezen, en zijn niet gebonden door het resultaat dat de regelgever voor ogen heeft;
- *wat* ze doen: ze kunnen kiezen uit verschillende mogelijke handelingen om dat doel te bereiken;
- en *hoe* ze zich daartoe organiseren: ze kunnen kiezen hoe ze capaciteit opbouwen, taken verdelen en procedures opstellen om hun activiteiten uit te voeren.

Types van wetgeving op basis van discretie

Vanuit het oogpunt van discretie kunnen we vier types van regulering onderscheiden: stimulerende regulering, doelregelgeving, managementgebaseerde regelgeving en middelenregelgeving.

Regulering kan beperkingen aanbrengen op elk van de drie hierboven besproken dimensies van discretie. Op die manier kunnen we grofweg vier types van regulering onderscheiden.

- *Stimulerende regulering* wil bepaald gedrag aanmoedigen, zonder verplichtend op te treden. Dit type van regulering laat de grootst mogelijke discretie, omdat ze op alle dimensies speelt: de gereguleerden kunnen kiezen welke activiteiten zij uitvoeren, met welk doel, en hoe zij zich daartoe organiseren. Een voorbeeld van stimulerende regulering zijn vrijwillige subsidies. Enkel wanneer gereguleerden gebruik willen maken van subsidies, moeten zij voldoen aan de voorwaarden die de regelgever oplegt.

- *Doelregelgeving* beperkt discretie in haar doeldimensie: de gereuleerden moeten (ook, of minstens) het opgelegde doel bereiken, maar kunnen kiezen welke middelen ze daarvoor inzetten, en hoe ze zich daartoe organiseren.
- *Managementgebaseerde regulering* beperkt discretie in de dimensie van organisatie. Dat kan door op te leggen welke capaciteit voorhanden moet zijn of hoe vaardigheden en kennis moeten worden opgebouwd. Of door procedures voor te schrijven die bijvoorbeeld de opmaak van een plan voorschrijven, of monitoring door een specifiek intern orgaan. Het kan ook gaan om verplichtingen die de overheid toelaten te monitoren, bijvoorbeeld door specifieke rapportageverplichtingen.
- *Middelenregelgeving* schrijft gedrag voor en beperkt dus de discretie van de gereuleerden om te kiezen hoe ze een bepaald doel willen bereiken. Strikt genomen wordt daarbij geen resultaat opgelegd. De gereuleerden kunnen de regels volgen en tegelijk andere doelen voor ogen houden. Zolang ze de letter van de wet volgen, kan hen niets verweten worden wanneer ze daarmee niet het gewenste doel bereiken. In werkelijkheid heeft de regelgever wel degelijk een doel voor ogen. De gedragsregels leiden daar vanzelf toe, en zullen wellicht geïnterpreteerd worden in functie van dat doel.

Type discretie \ Regeltype	Resultaat	Resultaat	Resultaat
Incentives	Hoog	Hoog	Hoog
Doelregelgeving	Laag	Hoog	Hoog
Management-based	Medium	Hoog	Laag
Middelenregelgeving	Medium	Laag	Hoog

Hybride regelgeving

Hybride regulering laat toe om discretie te moduleren. Door een combinatie van wetgevingstechnieken kan regulering de principiële keuze voor een reguleringstype nuanceren door de discretie die bij die principiële keuze hoort, te verruimen of te beperken.

Elk type van wetgeving kan verschillende vormen aannemen. Zo kunnen we 19 wetgevingstechnieken onderscheiden. Elke techniek kan discretie in meerdere of mindere mate toekennen of beperken. Door die technieken met elkaar te combineren, kan de regelgever hybride regelgeving vormen. Hij kiest principieel voor één type, maar de vrijheid of vrijheidsbeperking die dat type inhoudt, wordt vervolgens weer beperkt.

Hieronder presenteren we de wetgevingstechnieken per type, met hun omschrijving en een voorbeeld. Hybride regelgeving wordt dan ontworpen door de volgende twee stappen:

Stap 1. De regelgever kiest uit de eerste tabel het type en bijhorende techniek om de activiteit principieel te regelen.

Die keuze geeft aan hoe hij de verhouding met de gereguleerden ziet: in welke mate en in welke dimensie hij hun discretie wil inperken.

Stap 2. Vervolgens kiest hij uit de tweede tabel de techniek die deze primaire keuze moduleert.

- Een principiële keuze voor middelenregelgeving kan dan discretie alsnog verruimen onder bepaalde omstandigheden of voor een bepaalde categorie van gereguleerden.
- Een principiële keuze voor doelregelgeving kan dan weer discretie beperken – eventueel op een andere dimensie – om waarborgen te bieden dat het doel bereikt wordt.

Tabel A. Overzicht primaire technieken

Geffecteerde dimensie	Technieken	Definitie	Voorbeeld	Discretie
Geen	Incentive	Deze regels schrijven gedrag niet strikt voor of verbieden het niet, maar creëren (meestal financiële) stimulansen ervoor.	'Er wordt een subsidie toegekend voor de ontwikkeling van groene technologieën.'	Hoog
Resultaten	Kwalitatief doel	Er wordt een doel voorgeschreven dat gereguleerden moeten bereiken. Dit doel is niet numeriek.	'Neem de nodige maatregelen om te voorkomen dat stof zich verspreidt.'	Hoog
	Kwantitatief doel	Er wordt een doel voorgeschreven dat gereguleerden moeten bereiken. Dit doel is numeriek.	'De uitstoot van koolstofdioxide moet worden beperkt tot X ton per jaar.'	
	Positieve zorgplicht	Gereguleerden moeten het nodige doen om een positieve waarde te realiseren, zoals 'goede kwaliteit' of 'gezondheid'. Dit is eerder een inspannings- dan een resultaatsverplichting.	'Neem alle nodige maatregelen om een goede kwaliteit van kinderopvang te waarborgen'	
	Negatieve zorgplicht	Gereguleerden moeten het nodige doen om bepaalde zaken, zoals schade aan mensen of het milieu, te voorkomen. Dit is eerder een inspannings- dan een resultaatsverplichting.	'Neem alle nodige maatregelen om te voorkomen dat giftige stoffen in het milieu terechtkomen'	
Organisatie	Organisationele vereisten	Vereisten met betrekking tot interne organisatie. Dit kan onder meer het opstellen van een actieplan omvatten, middelen of kennis die aanwezig moeten zijn, enz.	'Bedrijven moeten een plan voor CO2-reductie opstellen waarin ze mogelijke maatregelen uitwerken om hun CO2-voetafdruk te verkleinen.'	Gemiddeld
	Procedurale vereisten	Vereisten die procedures vastleggen, maar geen inhoudelijke regels.	'Formulier nummer X moet jaarlijks worden ingediend.'	
Middelen	Bepaalde gedragsregels	Gedetailleerde vereisten inzake het gedrag of de middelen van de gereguleerden	'FFP2-maskers moeten te allen tijde worden gedragen.'	Laag
	Onbepaalde gedragsregels	Gedetailleerde vereisten die zijn geformuleerd met evaluatieve termen.	'Gebruik de beste beschikbare technieken'	Gemiddeld

		om de CO2-uitstoot te minimaliseren.'
--	--	---------------------------------------

Tabel B. Overzicht secundaire technieken

Invloed op discretie?	Technieken	Definitie	Voorbeeld	Impact op discretie
Ja: discretie-beperkend	Aanvullende beperkende regels	Aan de primaire techniek worden aanvullende ondergeschikte regels toegevoegd om verder te specificeren wat er moet gebeuren. Dit kan in de vorm van subdoelen, gedragsregels of aanvullende managementgerelateerde vereisten (organisatorisch of procedureel).	'[Neem alle nodige maatregelen om een goede kwaliteit van kinderopvang te garanderen]. Dit moet onder meer worden bereikt door de kinderen gezonde en evenwichtige voeding te geven.'	- tot ---
	Verplichte criteria	Criteria die moeten worden gebruikt bij het beoordelen van een evaluatieve term.	'Luchtkwaliteit wordt beoordeeld door rekening te houden met de volgende factoren ...'	-
Ja: discretie-uitbreidend	Toegestane voorwaardelijke afwijking	Onder bepaalde voorwaarden kan van de vereisten van de regel worden afgeweken.	'Systemen die zijn uitgerust met technologie X zijn vrijgesteld van de verplichtingen om Y en Z te doen.'	++
	Keuze tussen normen	De gereguleerde kan kiezen uit verschillende gespecificeerde handelingsopties.	'Hiervoor moet een van de volgende methoden worden gebruikt: ...'	+
	Gelijkwaardigheidsclausule	De gedetailleerde bepalingen worden aangevuld met een bepaling die een gelijkwaardig alternatief toestaat.	'Een alternatieve configuratie die gelijkwaardige resultaten oplevert, is ook toegestaan.'	++
Nee	Niet-bindend voorbeeld	Er wordt een voorbeeld gegeven van wat er kan worden gedaan om aan een 'open' bepaling te voldoen, zonder dat dit verplicht is.	'De financiële draagkracht kan onder meer worden aangetoond met een van de volgende documenten.'	/
	Doelformulering	Het doel van de regelgeving wordt expliciet vermeld.	'Deze wet heeft tot doel de risico's voor het milieu en de mens in verband met het gebruik van pesticiden tot een minimum te beperken.'	/

	Toelatingsregel	Bepalingen die expliciet aangeven wat de geadresseerde kan of mag doen.	Deze processen kunnen in verschillende fasen worden uitgevoerd.	/
	Delegatie van aanvullende normen (optioneel)	Een andere regelgevende instantie krijgt de vrijheid om al dan niet aanvullende regelgeving uit te vaardigen.	De minister kan aanvullende voorwaarden stellen.	/
	Delegatie van aanvullende normen (verplicht)	Een andere regelgevende instantie krijgt de bevoegdheid en de verplichting om aanvullende regelgeving uit te vaardigen.	De minister bepaalt de precieze voorwaarden.	/