

De digitale transformatie vraagt om een adaptieve wetgever

De digitale transformatie gaat razendsnel. Aanpassingen in wetgeving zijn nodig om publieke belangen te blijven borgen. Er is daarbij tegenwoordig veel aandacht voor toekomstbestendige wetgeving, maar dat is geen panacee: de wetgever zal alert moeten blijven op disruptie en daar creatief op in moeten spelen.

IN HET KORT

- Digitalisering transformeert het economische spel door overvloed, netwerkdynamieken en het vervagen van grenzen.
- Zogenaamd toekomstbestendige wetten die voor eeuwig meegaan, gaan slecht samen met de transformatiedynamiek.
- Creatief zijn met het bestaande juridische instrumentarium, en ruimte voor leren en experimenteren zijn vereist.

SANDER MUL

Raadadviseur bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid (JenV)

KLAAS

WERKHORST

Sectorhoofd bij JenV

Toen de auto zich aankondigde, hield de samenleving zich nog vooral bezig met het mestprobleem dat werd veroorzaakt door de vele paarden die de wegen bevolkten. Voor de auto bestond aanvankelijk niet eens een onderscheidende naam, hij werd aangeduid als 'paardeloos rijtuig'. Gaandeweg werd de auto steeds beter en goedkoper en begon de wereld snel te veranderen, op een manier die destijds nauwelijks te voorzien moet zijn geweest. In deze transformatie lokte de auto steeds meer regels uit (zoals verkeersregels, rijvaardigheidsbewijzen, veiligheidseisen en emissienormen). Ook de fysieke infrastructuur werd steeds meer op de auto toegesneden.

Nu dient de zelfrijdende auto zich aan, en komt terecht in een orde die is toegesneden op menselijke bestuurders. Deze orde is niet zomaar even te 'ontvlechten'. Daarbij speelt ook dat we nog niet goed weten hoe die nieuwe orde eruit zou moeten zien. Toch zal de overheid nu al aan deze transitie richting moeten geven. Deze bijdrage gaat in op de rol van de wetgever bij de digitale transformatie.

Patronen in technologische ontwikkelingen

Regelgevingsvraagstukken rondom technologische ontwikkelingen zijn van alle tijden. Hoe de toekomst eruit zal zien, is moeilijk te voorspellen. Maar in *hoe* de dingen veranderen blijken er 'tijdloze patronen' te ontdekken te zijn. Schumpeter ging al uit van elkaar opvolgende golven van creatieve destructie, waarbij onder de druk van innovaties

economische structuren steeds weer worden opgebouwd en vernietigd.

Wu (2012) beschrijft hoe de informatie-sector steeds weer fasen doormaakt van centralisatie en decentralisatie. De *Cycle of adaptive change* (Gunderson en Holling, 2002) is een van oorsprong ecologisch raamwerk dat bij dit gedachtegoed aansluit, zie figuur 1. De kern van het raamwerk is dat complexe adaptieve systemen de neiging hebben om te exploiteren 'wat werkt' en daarbij ongemerkt in de *rigidity trap* kunnen lopen: dan kan een systeem of bedrijf door een overmaat aan hechte verbindingen alleen nog maar doen wat het altijd al deed (*Conservation-fase*). Dit wrekt zich wanneer er zich een 'game changer' aandient. Er begint dan een tijd die we (wellicht pas achteraf) zullen aanduiden als eentje van radicale innovatie. De structuren van de gevestigde orde begeven het met horten en stoten (*Release-fase*). Hierdoor ontstaat er ruimte voor een woelige periode van leren en experimenteren. Om kansrijke oplossingen verder te brengen en te voorkomen dat nieuw opgebouwd kapitaal weer wegglekt, is er vervolgens een fase van *Reorganization* nodig. Als de reorganisatie slaagt dan zal het systeem het pad opgaan van incrementele innovatie (*Growth*) om uiteindelijk weer te stollen in '*business as usual*' (*Conservation*).

Rol van de wet

Wat is de rol van de wet bij zulke technologische ontwikkelingen? Vanuit rechtseconomisch perspectief ligt de rechtvaardiging voor overheidsingrijpen in het bestaan van een publiek belang, oftewel een maatschappelijk belang dat door de markt niet of onvoldoende behartigd wordt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat er onvrede is over de werking van het prijsmechanisme of de werking van vraag en aanbod (De Kam et al., 2011). Soms is er in het geheel geen markt voor een wel zeker gewenst goed, bijvoorbeeld voor publieke goederen als rechtsbescherming en openbaar bestuur. Bij private goederen kan ook zijn dat het prijsmechanisme onvoldoende werkt doordat maatschappelijke kosten niet in de marktprijzen tot uitdrukking komen (externe effecten), doordat er sprake kan zijn van een sterk uiteenlopende informatiepositie tussen marktpartijen en consumenten (asymmetrische informatie) of doordat het een kwestie is van monopolievorming.

De 'bewegingen' in de *adaptive cycle* kunnen leiden tot nieuwe afwegingen rondom publieke belangen en daarmee tot nieuwe wetgeving. Zo kunnen er nieuwe publieke belan-

gen ontstaan, en bestaande publieke belangen kunnen verdwijnen of niet meer voldoende geborgd blijven.

Niet alles wat economisch nieuw is, vraagt overigens om nieuwe wetgeving. De Amerikaanse rechtsgeleerde Easterbrook (1996) merkte al eens op dat we ook geen *'law of the horse'* nodig hadden om een paard te kunnen kopen, of om de schade die het dier heeft aangericht vergoed te krijgen. Wetten kunnen wel opmerkelijk toekomstbestendig zijn, maar aan de andere kant moet ook niet alles automatisch als 'oude wijn in nieuwe zakken' worden benaderd.

Waar het uiteindelijk om draait is of, naar de inzichten van nu, de publieke belangen nog voldoende zijn geborgd – en, zo niet, hoe diep de 'crisis' dan wel gaat. (Zie in dit verband ook Biber et al. (2017) en RLI (2017).) Denkbaar is dat de spanningen kunnen worden opgelost door de wet hier en daar te wijzigen (dan doet de wetgever aan 'incrementele innovatie'). Gaandeweg kan echter ook duidelijk worden dat de wet fundamenteel op de schop moet. Want dat is de andere kant van het verhaal, zo zagen we al in ons voorbeeld van de auto. Innovaties kunnen om begrijpelijke redenen steeds meer regels gaan aantrekken die onderdeel worden van de *rigidity trap*.

Drie trends van digitalisering

Er zijn op dit moment een aantal trends waar te nemen in de informatie-sector: digitale overvloed, netwerkdynamieken en het in elkaar vloeien van analoog en digitaal.

Digitale overvloed

Economie gaat uit van schaarste, maar digitalisering creëert juist overvloed. Diensten en producten die ooit geleverd konden worden door mensen die beschikten over het benodigde geld en de deskundigheid, zijn 'gedemocrateerd' en kunnen nu door iedereen worden voortgebracht. Digitale informatie raakt bovendien nooit op, dezelfde informatie kan eindeloos worden hergebruikt – voor oude en voor nieuwe doelen (Brynjolfsson en McAfee, 2014; Studiegroep Informatiesamenleving en Overheid, 2017).

Netwerkdynamieken

Internet heeft letterlijk en figuurlijk een wereld aan nieuwe mogelijkheden opgeleverd. Tijd en ruimte raakten gecompriëerd. Er werden nieuwe, snel op te schalen verdien- en samenwerkingsmodellen mogelijk, niet zelden ten koste van de gevestigde orde, zoals van overbodig geworden tussenpersonen. Maar dit alles heeft ook een prijs, bijvoorbeeld aangaande de privacy en de autonomie van de consument, wiens gedrag online makkelijk kan worden gevolgd en beïnvloed. Bovendien heeft deze nieuwe wereld, juist vanwege de stortvloed aan informatie, nieuwe tussenpersonen nodig (zoekmachines, sociale media, marktplatforms). Deze tussenpersonen blijken te kunnen profiteren van netwerkeffecten, waardoor succes niet makkelijk kan worden ingehaald of gekopieerd (Straathof et al., 2017).

Het in elkaar vloeien van analoog en digitaal

Volgens Floridi (2014) zal het onderscheid tussen offline en online steeds verder verdwijnen. Er ontstaat een *infosphere*, een fluïde web van informatie-agenten, gemedieerd door data en (zelflerende) algoritmen. Deze ontwikkeling

bezorgt de wetgever de nodige hoofdbreken: waar vindt een handeling plaats, wie is waarvoor verantwoordelijk in dit complexe web van interacties, kan men 'eigenaar' zijn van informatie (bijvoorbeeld data, virtuele valuta, tokens) enzovoort. De mogelijkheid om naleving van regels algoritmisch af te dwingen, roept ook de vraag op wat wettelijke regels nu eigenlijk zijn: is de wet een soort programmeertaal, waarvan naleving in de 'infosphere' nu eindelijk naadloos kan worden afgedwongen? Of zijn regels beter te beschouwen als een verlengstuk van menselijke intelligentie, waardoor er ook steeds kan worden nagedacht over 'de bedoeling' van de regels, in een veelkleurige realiteit?

Digitalisering en publieke belangen

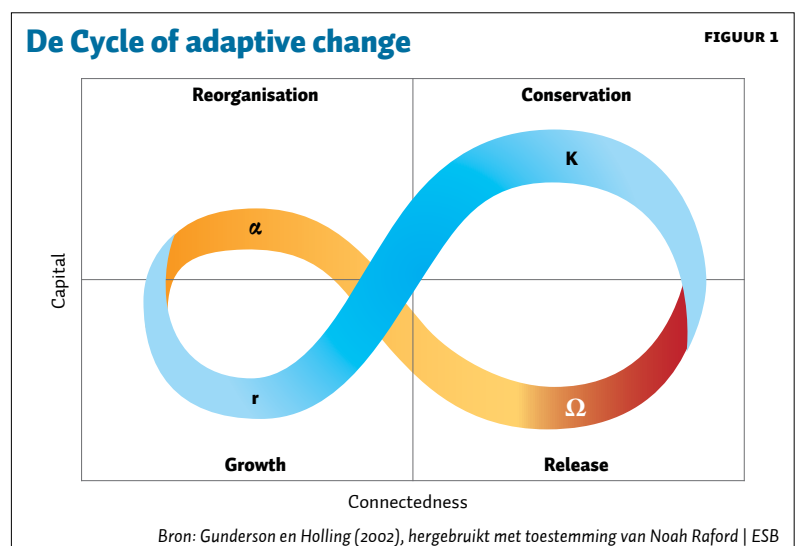
Als gevolg van de drie trends van digitalisering verandert het economische spel – en rijzen er vragen rondom de borging van publieke belangen – in elk van de kwadranten van de *Cycle of adaptive change*. We nemen hier vijf verschuivingen onder de loep die telkens om aandacht zullen vragen.

Verdwijnende en opkomende asymmetrieën

Voor consumenten is het nu makkelijker om hun mening over diensten, producten en bedrijven kenbaar te maken. Dat versnelt en bevordert de marktwerking, maar kent ook nadelen. Een slechte reputatie kan lang na-ijlen, en dat geeft weer prikkels om het systeem te manipuleren. 'Perfekte informatie' die is verkregen door het gedrag van mensen te volgen, geeft ook een perfect inzicht in bijvoorbeeld gezondheidsrisico's of rijgedrag. Dit kan druk zetten op de solidariteit binnen verzekeringsarrangementen. (Zie de analyse in Van Geest (2019) wat betreft de sociale zekerheid.) Dit roept nieuwe vragen op over de ruimte en de behoefte aan het collectiviseren van risico's, en het bewust laten bestaan van asymmetrische informatie: hoe borgen we privacy in een digitale wereld?

Nieuwe externe effecten en systeemrisico's

Als gevolg van digitalisering ontstaan er nieuwe externe effecten. *Cyber security* is een belangrijk voorbeeld hiervan, waarbij het goed beveiligen van producten gepaard gaat met hogere private kosten, terwijl de kosten van te weinig beveili-



ging gedragen worden door de samenleving. Door de groeiende verwevenheid van de digitale wereld met de fysieke en de sociale wereld hangen verstoringen van het maatschappelijk leven steeds vaker samen met een ernstige verstoring of uitval van digitale processen (WRR, 2019). Door autonome interacties tussen wereldwijd verbonden machines ontstaan er nieuwe systeemrisico's. Zo kan een kleine gebeurtenis steeds grotere schokgolven veroorzaken, zoals bij *flash crashes* op de beurs, of een hack die een haven lamlegt. Het is gezien de wirwar van interacties daarbij lastig te duiden wie er faalt.

Marktmacht door data

Niet langer de postbezorging of de zendgemachtigden, maar de 'eigenaren' van grote hoeveelheden data en succesvolle platforms zijn de nieuwe monopolisten, geholpen door aanzienlijke netwerkeffecten (ESB, 2018). Dit levert nieuwe beleidsuitdagingen op, waarbij mededinging, privacybescherming en consumentenbescherming (tegen prijsdiscriminatie) door elkaar lopen (Stucke en Grunes, 2016).

Het Centraal Planbureau waarschuwt ervoor dat partijen kunnen ontstaan die niet meer uit te dagen zijn (Straathof et al., 2017). Als een nieuwkomer succesvol blijkt, dan wordt die vaak overgenomen door een grotere marktpartij. Zo raakt de *adaptive cycle* dan 'bevoren'.

Nieuwe collectieve goederen, erosie en concurrentie

Sommige individuele goederen worden de facto collectieve goederen, want er is geen mechanisme meer om mensen, bijvoorbeeld door middel van een heffing, van iets uit te sluiten, terwijl dat eerst nog wel kon (denk aan Youtube en 3D-printen). Hierdoor komen stelsels zoals het auteursrecht onder druk te staan.

Daar staat tegenover dat bestaande collectieve goederen aan belang inboeten. Een stelsel van publieke omroepen gaat uit van hoge investeringen in een infrastructuur (door één partij) en van schaarse zendtijd. Met de onbeperkte beschikbaarheid van video, audio en tekst op een 'collectief gefinancierde' generieke infrastructuur (internet) is de schaarste voorbij, en ook de noodzaak om de infrastructuur centraal te financieren. In andere verdienmodellen is private heffing een mogelijkheid (Netflix).

Andere collectieve goederen krijgen private takken, zoals de rechtspraak nu met de komst van bijvoorbeeld E-courts ondervindt. In de opsporing zijn er particuliere mogelijkheden voor DNA-onderzoek. Dit vraagt om een nieuwe begrenzing van de ordening tussen overheid en markt, met onderliggend de vraag hoe (eigendoms)rechten geregeld zijn om het vertrouwen te kunnen handhaven. Bij onevenredig hoge inningskosten kan de overheid besluiten om de directe band tussen profijt en bijdrage te doorbreken, en om voorzieningen collectief te financieren. Hét voorbeeld is weggebruik, waarbij er van gebruiksheffing is afgezien, mede vanwege de grote investeringen die nodig zouden zijn in tolsystemen. Digitalisering laat dit soort van afwegingen kantelen: uitsluiting wordt mogelijk. De gewenning aan 'gratis' voorzieningen is er dan overigens nog wel.

Handhaving regels bemoeigoederen onder druk

De overheid kan interveniëren als ze van oordeel is dat burgers het belang bij bepaalde voorzieningen systematisch

onderschatten (*bemoeigoederen* oftewel *merit goods*), of dat het gebruik van schadelijke middelen moet worden ontmoedigd. Bestaande arrangementen komen echter onder druk te staan en rechterlijke uitspraken vormen daarin de juridische kantelpunten. Zo heeft de Raad van State vastgesteld dat de Drank- en Horecawet voor de burgemeester (van in dit geval Deventer) niet te handhaven was voor online-bestellingen van drank (ECLI:NL:RVS:2017:343). Ook aan het Nederlandse pensioenstelsel (verplichte deelname tweede pijler) wordt er gerammeld: een internetplatform (Booking.com) is geen reisorganisatie, en kan niet verplicht worden gesteld om aan een pensioenvoorziening deel te nemen (ECLI:NL:GHAMS:2019:1849).

Handelingsperspectieven voor de wetgever

Wat kan de wetgever doen om veranderingen tijdig te duiden en publieke belangen te borgen, rekening houdend met wat er juridisch mogelijk is?

Internationale samenwerking

Landen kunnen van digitalisering nadelen ondervinden, die ze zelf niet kunnen aanpakken. Ook heeft de wetgever te maken met wereldwijde spelers die zullen proberen om de wet naar hun hand te zetten. Dat vraagt om internationale samenwerking bij het stellen en handhaven van normen, terwijl er tegelijk ook nog nationale waarden en belangen spelen. Mocht het lukken om tot samenwerking te komen, dan treedt er een paradox op: mogelijk worden er hierbij dan weer de padafhankelijkheden van morgen gecreëerd.

Toekomstbestendige wetten geen panacee

Borging van publieke belangen kan stuiten op juridische padafhankelijkheden. De aandacht voor toekomstbestendige wetten en arrangementen is dan ook begrijpelijk, net als de hang naar regelgeving die met de seizoenen kan verschuiven: zelfregulering, zorgplichten, doelvoorschriften, functionele in plaats van technische omschrijvingen van informatiediensten en -producten, de mogelijkheid tot delegeren (regels op een lager niveau), en de *right to challenge* (Bijlsma en Overvest, 2017).

Toekomstbestendige wetten kunnen uiteraard de nodige ruimte bieden, maar zijn geen panacee. Elke wet ontstaat in een context die zijn eigen afwegingen vereist. Deze context zou juist wel eens *minder* ruimte kunnen vergen voor interpretatie en/of zelfregulering – in verband met de risico's voor publieke belangen, of om een reorganisatie te bevorderen na een fase van *release* (bijvoorbeeld een standaard waarop kan worden voortgebouwd). Bovendien blijft de toekomst altijd slechts beperkt voorzienbaar.

De ruimte in regels vindt uiteraard ook haar grenzen in de democratische rechtsstaat. Regels moeten voldoende zekerheid bieden. Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld. Fundamentele vragen rondom publieke belangen horen thuis in het parlement. Zie over de afruil en afwegingen rondom 'techniekneutrale regels' ook Koops (2006) en Koops et al. (2006).

Kunnen omgaan met onzekerheid

Als zich een potentieel disruptieve technologie aandient, zoals blockchain, kunstmatige intelligentie of het *internet of*

things, dan gaat dit vaak gepaard met discussies over de wenselijkheid van nieuwe wetgeving. Of moet men nog even wachten, en dan de kans lopen dat de ontwikkelingen niet meer (eenvoudig) terug te draaien zijn (Bijlsma et al., 2016)? Eenvoudige antwoorden bestaan er niet in deze woelige fase. Niet alleen zijn de feiten nog in beweging, maar ook kan het zijn dat de normatieve consensus nog ontbreekt.

Het kan een goede strategie zijn om (tijdelijke) arrangementen te creëren, die het mogelijk maken om beter en sneller zicht te krijgen op wat er gebeurt – tenzij er manifeste risico's zijn die men direct moet aanpakken. Zo wordt ook duidelijker welke publieke belangen er spelen, en wat een passende respons zou kunnen zijn. Deze tijdelijke arrangementen kunnen reactief van aard zijn (bijvoorbeeld een meldpunt voor ondernemers die belemmeringen ondervinden of vragen hebben), maar ook proactief (bijvoorbeeld het zelf experimenteren). De overheid moet durven leren (Camps, 2017). Beleidsvormende processen zouden transparant en iteratief moeten worden ingericht – en inclusief (dus niet alleen *the usual suspects* betrekken).

In deze fase moet gewerkt worden met wat er aan regels voorhanden is. Waar wettelijke kaders ontbreken of niet eenduidig zijn, kunnen bedrijven worden opgeroepen om zelf verantwoordelijkheid te nemen, bijvoorbeeld door ethische standaarden te ontwikkelen (SAPAI, 2019). Ook kan men in de voorlichting wijzen op risico's, zoals de Autoriteit Financiële Markten bijvoorbeeld doet bij *Initial Coin Offerings*. Ten slotte kan er worden gedacht aan een wettelijk experiment of een ontheffing, die het juridisch mogelijk maakt – uiteraard binnen de gestelde grenzen – om te experimenteren (Philipsen en Stamhuis, 2019).

Oog voor de cyclus van incrementele innovatie

In de fasen *Growth* en *Conservation* ligt de nadruk op efficiency. De verbindingen tussen actoren worden sterker, de regeldichtheid neemt toe, de schaal van het fenomeen wordt exponentieel groter. Nu kunnen er andere publieke belangen gaan spelen. Zo bracht de auto na verloop van tijd nieuwe externe effecten, zoals vervuiling en filevorming. En naarmate de platforms voor toeristische woningverhuur toenamen, werden de kwesties van overlast pregnanter. Verder kunnen er machtsconcentraties ontstaan, die de concurrentie op of om de markt verstoren. *Regulatory capture* ligt op de loer, en tegelijk de noodzaak tot handhaving.

Veranderen én de winkel open houden

Er zijn binnen de overheid mechanismen nodig om de 'zwakke signalen' van een verandering tijdig op te vangen, en ze steeds verder in de organisatie te introduceren, waardoor er ook sturing, geld en menskracht aan kan worden gekoppeld. Steeds meer zal de overheid het nieuwe moeten zien te incorporeren, en tegelijkertijd ook de winkel open zien te houden.

Wat hierbij complicerend werkt, is dat digitalisering zich niet stoort aan de verdeling van onderwerpen tussen en binnen ministeries. Voorkomen moet worden dat belangrijke invalshoeken onontdekt blijven. Maar ook dat nieuwe ontwikkelingen in een gat vallen, omdat niemand zich ervan bewust is.

Om de snelheid bij te kunnen houden, zal de overheid in de gehele beleidscyclus ook zelf een slim gebruik moeten

maken van informatietechnologie (Steunenberg, 2018). Verder zal er gekeken moeten worden hoe wetgevingsprocedures sneller kunnen verlopen, zonder aan zorgvuldigheid in te boeten.

Afronding

Was de introductie van de auto destijds beter verlopen als we toekomstbestendige wetten over paarden en koetsen hadden gehad? We kunnen alleen datgene regelen wat we al een beetje kennen. Als we zoover zijn, doen we er natuurlijk verstandig aan om een innovatie niet onnodig te hinderen. En om niet van bovenaf op te leggen wat al door de markt of in de samenleving op een verantwoorde wijze wordt opgepakt.

Maar elk beleidsregime kan een keer gaan wankelen, en dat voorkom je uiteindelijk niet met toekomstbestendige wetgeving. Minstens zo belangrijk is dat de overheid vroege signalen van echte disruptie – en hun betekenis voor de publieke belangen – snel en adequaat weet te duiden, en de woelige overgang van de oude naar de nieuwe orde op een fatsoenlijke manier weet te begeleiden.

Literatuur

- Biber, E., S.E. Light, J.B. Ruhl en J.E. Salzman (2017) Regulating business innovation as policy disruption: from the Model T to Airbnb. *Vanderbilt Law Review*, 70(5).
- Bijlsma, M. en B. Overvest (2017) Toekomstbestendig beleid voor de financiële sector. *ESB*, 102(4753S), 33–36.
- Bijlsma, M., B. Overvest en B. Straathof (2016) *Marktordening bij nieuwe ICT-toepassingen*. CPB Policy Brief, 2016/09.
- Brynjolfsson, E. en A. McAfee (2014) *The second machine age: work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies*. New York: W.W. Norton & Company, p. 138.
- Camps, M. (2017) Durf te leren. *ESB*, 102(4745), 6–9.
- Easterbrook, F.H. (1996) Cyberspace and the law of the horse. *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1996, Article 7. Te vinden op chicagounbound.uchicago.edu.
- ESB (2018) *Digitale platformen*. ESB Dossier, 4768S.
- Floridi, L. (2014) *The fourth revolution; how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford: Oxford University Press.
- Geest, L.B.J. van (2019) Sociale zekerheid en big data: dijkbewaking of deltaplan? In: *De toekomst van sociale zekerheid en integratie*. Afscheidsbundel Bernard ter Haar, 21 mei.
- Gunderson, L.H en C.S. Holling (2002) *Panarchy, understanding transformation in human and natural systems*. Washington, DC: Island Press, p. 15–21.
- Kam, C.A. de, L. Koopmans en A.H.E.M. Wellink (2011) *Overheidsfinanciën*. Groningen: Noordhoff.
- Koops, B.-J. (2006) Should ICT regulation be technology-neutral? In: B.-J. Koops, M. Lips, C. Prins en M. Schellekens (red.) *Starting points for ICT regulation: deconstructing prevalent policy one-liners*. Den Haag: T.M.C. Asser Press, p. 77–108.
- Philipsen, S. en E.F. Stamhuis (2019) Een juridische bypass voor innovaties. *RegelMaat*, (34)3, 193–212.
- RLI (2017) *Technologie op waarde schatten: een handreiking*. Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur, januari.
- SAPAI (2019) *Strategisch actieplan voor artificiële intelligentie*. Beleidsnota, 8 oktober. Te vinden op www.rijksoverheid.nl.
- Steunenberg, B. (2018) *Adaptieve beleidsontwikkeling: zoeken naar nieuwe vormen van beleidsanalyse voor de digitale overheid*. Beleidsonderzoek Online, februari.
- Straathof, B., S. van Veldhuizen en M. Bijlsma (2017) *Scientia potentia est: de opkomst van de makelaar voor alles*. CPB Policy Brief, 2017/11.
- Stucke, M. en A. Grunes (2016) *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press.
- Studiegroep Informatiesamenleving en Overheid (2017) *Maak Waar! Rapport te vinden op www.rijksoverheid.nl*.
- WRR (2019) *Voorbereiden op digitale ontwrichting*. Rapport Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 9 september.
- Wu, T. (2012) *The master switch; the rise and fall of information empires*. Londen: Atlantic Books.