

Inhoud

1	Inleiding	7
2	De wetgever en het experiment: waar hebben we het eigenlijk over?	11
2.1	Inleiding	11
2.2	‘Hoe heurt het eigenlijk?’	13
2.3	En wat gebeurt er eigenlijk?	19
2.3.1	Bestaande experimenteergrondslagen- en regelingen	19
2.3.2	Wie neemt er deel aan een experiment?	23
2.3.3	Waarmee mag worden geëxperimenteerd?	24
2.3.4	De vormgeving van experimenteeregelingen	25
2.3.5	Na afloop van het experiment: hoe vaak volgt er een wetswijziging?	26
2.3.6	Variant: de experimenteerwet	28
3	Experimenteren anno 2018: ontwikkelingen en trends	33
3.1	Inleiding	33
3.2	Recente experimenteerbepalingen	34
3.2.1	Klassieke experimenteerbepaling of gefaseerde inwerkingtreding?	34
3.2.2	Vergunningen en ontheffingen voor het houden van experimenten: over CO2 en zelfrijdende auto’s	40
3.2.3	Conclusie	43
3.3	Trends	44
3.3.1	Trend 1: Het verkennen van nieuwe technologische mogelijkheden	44
3.3.2	Trend 2: Netwerksamenleving en burgerparticipatie	51
3.3.3	Trend 3: Regelluwte	53
4	Slotbeschouwing	55
5	Dankwoord	63

1. Inleiding

Herinnert u zich nog dat u leerde fietsen? Ik wel, al is het vooral omdat mijn moeder een foto heeft gemaakt van de eerste keer dat ik zonder zijwieltjes op mijn grote nieuwe fiets fietste. Ik zal een jaar of vijf, zes zijn geweest. Mijn vader rende naast mij, moedigde mij aan en liet mijn fiets op een gegeven moment los. Daar ging ik: ik kon fietsen!

Dat fietsen zonder zijwieltjes lukte niet ineens. Daar heb ik voor moeten oefenen en ik ben ook wel eens gevallen. Dat vinden we normaal als je leert fietsen. Net zoals we het normaal vinden dat bij de ontwikkeling van nieuwe producten of de innovatie van bestaande producten, dingen geprobeerd moeten worden en dingen mislukken. Een hoogleraar van de Universiteit Maastricht en een ondernemer, Paul Iske en Bas Ruysenaars, hebben er zelfs een instituut over opgericht: het ‘Instituut voor Brilljante Mislukkingen’.¹ Onder het motto ‘van fouten kun je leren’ hebben zij veel voorbeelden van mislukkingen verzameld en daar patronen en leermomenten uit gedestilleerd. Deze patronen hebben zij op hun website gepubliceerd zodat anderen er weer van kunnen leren.

Als het gaat over wet- en regelgeving dan vinden velen, maar misschien vooral juristen, dingen uitproberen ineens veel minder acceptabel.² Om over mislukkingen nog maar te zwijgen. Van de wetgever wordt veel verwacht: hij moet zorgen dat is voldaan aan de beginselen van de democratische rechtsstaat³, aan de wetgevingskwaliteitseisen uit de nota ‘Zicht op wetgeving’⁴, dat gekozen wordt voor een aanpak

1 Zie www.briljantemislukkingen.nl.

2 De opvatting van Noll dat elke wet in wezen een experiment is, laat ik maar even daar. Ik denk dat hij gelijk heeft, maar dat inzicht helpt ons ook niet verder. Zie: Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973, p. 76.

3 S.E. Zijlstra c.s., *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 3.

4 ‘Zicht op wetgeving’ onderscheidde de volgende kwaliteitseisen: rechtmatigheid en werkelijkheid van de rechtsbeginselen; doeltreffendheid en rechtmatigheid; subsidiariteit en evenredigheid; uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid; onderlinge afstemming; eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Zie kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2.

die zo min mogelijk regeldruk veroorzaakt (of liever nog regeldruk vermindert) en dat de nieuwe regels toekomstbestendig⁵ zijn. En dit alles moet in een keer goed gaan.

Toch valt de behoefte aan experimenteermogelijkheden – uitdrukkelijk in wet- en regelgeving opgenomen – niet meer te ontkennen. Het laatste regeerakkoord vormt hier een mooie illustratie van; het staat bol van de voornemens tot het doen van experimenten.

Het woord experiment (of een samenstelling met het woord experiment erin) komt er 24 keer in voor. Wat overigens niet wil zeggen dat er 24 experimentenwetten worden aangekondigd. Maar als we ook pilots en proefprojecten die worden aangekondigd meetellen, staat wel vast dat er veel geëxperimenteerd gaat worden deze kabinetsperiode:

- Experimenten met het gedoogd telen van wiet voor recreatief gebruik;
- Experimenten met eenvoudige procedures die partijen bij elkaar brengen en conflicten niet op de spits drijven;
- Experimenten met burendrefters;
- Experimenten in krimpregio's om een adequaat voorzieningenniveau op peil te houden;
- Experimenten waarbij burgers en verenigingen maatschappelijke voorzieningen mogen overnemen ('right to challenge')
- Experimenten die een geleidelijke overgang van basisonderwijs naar voortgezet onderwijs mogelijk maken;
- Experimenten in het voortgezet onderwijs die het mogelijk maken meerdere vakken op een hoger niveau af te ronden;
- Experiment vraagfinanciering in het mbo;
- Experimenten bij NWO met innovatieve beoordelingssystematieken;
- Experiment met scholingsaanbod voor mensen in arbeidsongeschiktheidsregelingen;
- Experimenten in de Participatiewet;
- Experimenten met schuldhulpverlening;
- Experiment met een schuldenrechter;
- Experimenteerruimte voor bedrijven;
- Experimenten met deelsystemen in het personenvervoer;

5 Kamerstukken I 2015/16, 33 009, nr. E.

- Experimenten met flexibel peilbeheer voor het tegengaan van methaanuitstoot in de landbouw;
- Experimenteerruimte voor het beïnvloeden van werkmogelijkheden aan aspirant-statushouders.
- Pilots in grote steden met verhoging van de kwalificatieplicht naar 21 jaar;
- Pilots met een no-riskpolis;
- Pilots met alternatieve vormen van vervoer en betaling;
- Pilots om op een efficiënte manier aan de eisen van richtlijnen, zoals de Nitraatrichtlijn, te voldoen;
- Proefprojecten in het kader van de klimaat- en energietransities.

Ter vergelijking: in het vorige regeerakkoord uit 2012 kwam het woord experiment slechts een keer voor en niet eens om aan te kondigen dat er een experiment gestart zou gaan worden. Het ging om loondispensatie voor werknemers die onder het wettelijk minimumloon werkten. In het regeerakkoord stond dat de experimenten die op dat moment plaatsvonden op basis van de Tijdelijke wet pilot loondispensatie⁶ plaatsvonden, zouden worden geëvalueerd. Op basis van de evaluatie zou een beslissing worden genomen over het vervolg.⁷ Verder werd gerefereerd aan ‘lopende pilots’ dit betrekking hadden op samenwerking in de kinderopvangbranche.⁸

Voor een aantal van deze zogenoemde experimenten is in het regeerakkoord tevens aangekondigd dat er ‘experimenteerwetgeving’ moet komen.⁹ Dit betekent dat er op dit moment door velen – wetgevingsjuristen, beleidsmedewerkers, mensen uit de praktijk – wordt nagedacht over hoe die wetgeving eruit moet komen te zien. Omdat de wetgevingsjurist in zijn spreekwoordelijke gereedschapskist al een instrument heeft, genaamd ‘experimenteerbepaling’, valt te verwachten dat

6 Stb. 2010/216 (Kamerstukken 32 165).

7 Regeerakkoord ‘Bruggen slaan’, p. 34. Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord>.

8 Ibid. p. 35.

9 Voor andere zal moeten worden beoordeeld of ze onder de bestaande wet- en regelgeving kunnen worden uitgevoerd. Als dat niet kan, moeten de wettelijke belemmeringen worden weggenomen.

dit instrument de komende tijd in een fiks aantal wetsvoorstellen zal worden opgenomen. Experimenteren kan echter op meer manieren en het is soms effectiever om een ander instrument te kiezen.

In deze rede ga ik in op verschillende manieren waarop experimenterwetgeving kan worden vormgegeven en op de keuzes die daarbij moeten worden gemaakt. Ik zal laten zien dat de er buiten het experimenteergedeelte van de gereedschapskist van de wetgevingsjurist, meer mogelijkheden zijn om te experimenteren. Om wetten te krijgen die werken, is het van belang dat op de meest geschikte manier wordt geëxperimenteerd en dat dus ook – als daar wetgeving voor nodig is – het juridisch meest geschikte instrument voor wordt gekozen. Het is net als bij leren fietsen: om valpartijen en lelijke schrammen te voorkomen volstaat in het ene geval een hand op de rug of aan de bagagedrager en zijn er in het andere geval zijwieltjes nodig.

2. De wetgever en het experiment: waar hebben we het eigenlijk over?

2.1 Inleiding

Wie een experiment doet wil nagaan of dat wat hij in theorie verwacht, in de praktijk ook echt gebeurt. Gebeurt het niet, dan klopt de theorie niet en moet deze worden aangepast. Dat nagaan kan op verschillende manieren plaatsvinden: uiteenlopend van het testen van een wetenschappelijke hypothese in een laboratorium tot – niet wetenschappelijk – ‘iets doen en kijken wat er gebeurt’. Sommige experimenten zijn wettelijk gereguleerd. Dit is bijvoorbeeld het geval bij:

- Proeven met mensen en dieren. Het uitvoeren van dergelijke proeven is verboden, tenzij de onderzoeker beschikt over een vergunning. Voorbeelden van wetten op grond waarvan een dergelijke vergunning kan worden verkregen zijn de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen en de Wet op de dierproeven, en¹⁰
- Regels die het mogelijk maken om af te wijken van een bestaande regel, teneinde te testen hoe de andere – nieuwe – regel werkt.

Onder juristen is het niet ongebruikelijk om de eerste categorie te betitelen als wetgeving over experimenten en deze verder buiten beschouwing te laten of zelfs niet te noemen en de tweede als experimenteerwetgeving.¹¹ Juridische literatuur over het fenomeen experimenteren is niet dik gezaaid¹², al lijkt het tij de laatste paar jaar wel een beetje te keren. Gewezen kan in ieder geval worden op het fraaie proefschrift van Sofia Ranchordás en daarnaast was het onderwerp experimen-

¹⁰ Behalve met vergunningen kan er ook met ontheffingen worden gewerkt.

¹¹ Zie bijv. R. van Gestel en G. van Dijck, *Better Regulation through Experimental Legislation*, *European Public Law* vol. 17 (2011), p. 540-541, G.J. Veerman, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 140, S. Ranchordás, *Sunset Clauses and Experimental Legislation: Beslissing or Curse for Innovation?* Diss. Tilburg 2014, hoofdstuk 1.

¹² In Nederland althans.

teren (experimenteel handelen én experimentele wetgeving) ook het thema van de Staatsrechtconferentie in 2016.¹³ De juridische literatuur gaat echter in hoofdzaak over de vraag *of* experimenteren nuttig of wenselijk zou kunnen zijn (en het antwoord steevast: ja)¹⁴, en niet over de vervolgvraag *hoe* een experiment wettelijk het best kan worden vormgegeven.¹⁵ En daarnaast wordt in de juridische literatuur niet geproblematiseerd wie waarmee wil experimenteren en waarom. Naar mijn mening is dit relevant en ik kom hier later op terug.

Het wetgevingsbeleid over experimenteerwetgeving, dat is neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving, gaat wel in op de vraag hoe een experiment wettelijk moet worden vormgegeven. Dit beleid schrijft één bepaalde manier van experimenteren voor, namelijk: een regel die het mogelijk maakt om bij een lagere regel af te wijken van een bestaande regel, teneinde te testen hoe de andere – nieuwe – regel werkt. ‘One size fits all’ dus. Het huidige wetgevingsbeleid gaat eraan voorbij dat er ook andere manieren zijn om een experiment wettelijk vorm te geven

13 S. Ranchordás, *Sunset Clauses and Experimental Legislation: Blessing of Curse for Innovation?* Diss. UvT 2014, en haar keynote aan de Staatsrechtconferentie 2016: *Experimenteerwetgeving: Een regelluwe zone?* In: V.I. . Daskalova en M.A. Heldeweg, *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving*, Oisterwijk: Wolf legal publishers 2017.

14 Hiernaast is er ook vrij veel literatuur over evidence bases wetgeven. Deze gaat vooral over welke voor- en nadelen experimenteerwetgeving heeft (meer kennis over de werking van een wet en het voorkomen van denkfouten bijvoorbeeld) of hoe de experimenten het best kunnen worden opgezet, dus niet over hoe de wetgeving die daar ruimte voor biedt eruit moet zien. Zie bijv. Van Gestel en Van Dijk a.w., Christoph Engel, *Legal Experiments: Mission Impossible?* Den Haag: BJu 2013, F.L. Leeuw en H. Schmeets, *Empirical Legal Research. A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Edward Elgar Publishing 2017.

15 Een uitzondering hierop vormt een artikel van Michiel Heldeweg. Hij heeft een analytisch kader proberen te ontwikkelen voor de juridische vormgeving van experimenteerbepalingen op het gebied van (disruptieve) technologie en governance: M.A. Heldeweg (2015), *Experimental legislation concerning technological & governance innovation – an analytical approach*, *The Theory and Practice of Legislation*, 3;2, 169-193, DOI: 10.1080/20508840.2015.1083242.

en dat komt mijns inziens doordat niet in steeds goed genoeg wordt geïdentificeerd wie waarmee wil experimenteren en waarom.

Voordat ik inga op de vraag waarom het voor de wetgever van belang is om ook te problematiseren wie waarmee wil experimenteren en waarom, ga ik eerst nader in op experimenteren volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving. Daarbij zal ik eerst ingaan op de theorie (paragraaf 2.2: ‘Hoe heurt het eigenlijk?’) en daarna op de praktijk (paragraaf 2.3: ‘Wat gebeurt er eigenlijk?’).

2.2 ‘Hoe heurt het eigenlijk?’

Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is er op deelterreinen beleid ontwikkeld over experimenteren, bijv. op het terrein van de onderwijs-wetgeving.¹⁶ Sinds de jaren negentig wordt het onderwerp in het wetgevingsbeleid en – mogelijk in navolging daarvan – door een aantal juridische auteurs¹⁷ meer in algemene zin benaderd en dus niet meer specifiek vanuit deelgebieden. In het rapport ‘Het proberen waard’, schreef het Interdepartementaal Wetgevingsberaad (IWB), een interdepartementale commissie die specifieke wetgevingsvraagstukken bespreekt, het volgende over experimentenwetgeving:

“In 1997 is door de ICHW-werkgroep¹⁸ gedefinieerd dat het bij een experiment gaat om het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem. Het IWB kan deze omschrijving onderschrijven, met de kant-

16 Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, ‘Orde in de regelgeving’, 1985.

17 Vgl. Ranchordás a.w., Veerman en Bulut, Over experimenteer- en horizonbepalingen, Den Haag 2010, (<https://www.kcwj.nl/sites/default/files/verslage-hbepalingendef4.pdf>) en F.J. van Ommeren, in S.E. Zijlstra e.a., a.w., p. 165.

18 ICHW staat voor: Interdepartementale Commissie Harmonisatie Wetgeving. Deze commissie werd ingesteld in 1980 en is in 1999 opgegaan in de Interdepartementale Commissie voor Constitutionele aangelegenheden en Wetgevingsbeleid (ICCW). In 2013 is laatstgenoemde commissie opgegaan in het Interdepartementaal Overleg voor Wetgeving en Juridische Zaken (IOWJZ).

tekening dat ze ruim moet worden uitgelegd. Zo kunnen experimenten bijvoorbeeld ook een rol spelen bij het stimuleren van gewenste ontwikkelingen. Bij experimenten kan het tevens gaan om het opdoen van ervaring met de uitvoering van een regeling door de betrokken overheidsorganisatie, alvorens deze eventueel algemeen wordt ingevoerd. Uitgewerkt betekent dit, dat voor een experiment de volgende wezenskenmerken gelden:

1. De verwachting bestaat dat een bepaalde regeling effectief kan zijn;
2. De overtuiging dat de regeling effectief zal zijn, is echter nog niet aanwezig;
3. Door te experimenteren wordt over de effectiviteit meer inzicht verwacht.¹⁹

Het IWB schrijft vervolgens dat een experimenteerbepaling een rechtsgrond zou kunnen creëren ‘voor die gevallen waarin een experiment niet in overeenstemming is met wet- en regelgeving’ en doet een voorstel voor twee nieuwe aanwijzingen voor de regelgeving. Deze voorstellen zijn in 2004 in de Aanwijzingen voor de regelgeving opgenomen: aanwijzing 10a en 10b.²⁰ Per 1 januari 2018 zijn de Aanwijzingen voor de regelgeving geheel herzien. De aanwijzingen over experimenteren hebben een eigen paragraaf gekregen (§ 2.6 Experimentele regelgeving), nieuwe nummers (aanwijzing 2.41 en 2.42) en ook een enigszins gewijzigde tekst.²¹

Hoewel de term experimenteerbepaling noch in de oorspronkelijke tekst, noch in de huidige wordt gedefinieerd, kan uit de tekst en de toelichting van zowel de oude als de nieuwe Aanwijzingen over experimenteerbepalingen worden afgeleid dat ook de Aanwijzingen ervan uitgaan dat er sprake moet zijn van bestaande wettelijke regels waarvan wordt afgeweken, tijdelijkheid en evaluatie na afloop. De Aanwijzingen voegen hier echter nog een belangrijk praktisch element aan toe. Zij schrijven namelijk voor hoe de experimenteerbepaling moet worden vormgegeven. Er dient te worden geëxperimenteerd door middel van delegatie: in

19 Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, ‘Het proberen waard’, 2000, p. 18. (https://www.kcwj.nl/sites/default/files/Experimenteerbepalingen__Het_proberen_waard.pdf).

20 Stcrt. 2004, 213.

21 Stcrt. 2017, 69426.

een wet kan worden bepaald dat in een algemene maatregel van bestuur bij wijze van experiment wordt afgeweken van de wet. De wettelijke bepaling waarin staat dat van die bepaling kan worden afgeweken wordt de experimenteergrondslag genoemd. In deze experimenteergrondslag moet ook staan wat de maximale geldingsduur van de experimentele regeling of de op basis daarvan uit te voeren experimenten zal zijn. In de algemene maatregel van bestuur, de experimenteerregeling zelf dus, moet vervolgens worden vermeld van welke artikelen of onderdelen van artikelen van de wet wordt afgeweken. Na afloop moet het experiment – uiteraard – worden geëvalueerd. De experimenteerregeling kan daartoe een verplichting bevatten, maar dit hoeft niet.²² Als er echter voor wordt gekozen een evaluatiebepaling op te nemen in de experimenteerregeling, dan moet daarvoor de modelbepaling worden gebruikt die in het tweede lid van aanwijzing 2.42 staat.²³ Hoe de evaluatie precies moet plaatsvinden, mag uit de toelichting op de experimenteerregeling blijken.

Onder wetgevingsjuristen is het vrij algemeen aanvaard dat terughoudendheid moet worden betracht met experimenteerbepalingen en -regelingen. Ook de Raad van State is deze mening toegedaan, getuige zijn adviezen en gelet op de criteria die de Raad hanteert bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van experimenteerbepalingen.²⁴ Daarvoor

22 In de toelichting bij Aanwijzing 10b stond: 'Een verplichting om in alle gevallen een expliciete evaluatiebepaling op te nemen, is echter onnodig. Wel dient in de toelichting bij een experimenteerbepaling te worden aangegeven hoe evaluatie zal plaatsvinden.' Ook in de toelichting op de nieuwe aanwijzing 2.42 staat dit. De opstellers van de Aanwijzingen vertrouwen er blijkbaar op dat er ook zonder evaluatiebepaling wel wordt geëvalueerd.

23 Overigens bevat aanwijzing 2.42 nog wel een opvallende wijziging ten opzichte van aanwijzing 10b. De modelbepaling luidt: *Onze Minister [van/voor ...] zendt [in overeenstemming met de Minister van/voor ...] negen maanden voor het einde van de werkingsduur van [een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel .../dit besluit] aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van het experiment in de praktijk, alsmede een standpunt inzake de voortzetting van [die maatregel/dit besluit] anders dan als experiment.* In de oude modelbepaling stond nog een termijn van drie maanden. Die termijn was wel erg kort, dus dat er een langere termijn is gekozen hoeft niet te verbazen, maar enige toelichting waarom is gekozen voor negen maanden had ook niet misstaan.

24 Veerman en Bulut, a.w., p. 14-15 en S.E. Zijlstra e.a., a.w., p. 166. De Afdeling advisering hanteert overigens de criteria uit de Aanwijzingen voor de regelgeving.

wordt als argument aangevoerd dat experimenteerbepalingen en -regelingen in strijd zijn of kunnen komen met de verschillende rechtsbeginselen: het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel. Strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel zou optreden omdat experimenteerbepalingen tot tijdelijke regels zouden leiden die niet voor alle burgers in gelijke mate gelden. Dit is mogelijk, maar het is een misvatting te denken dat dit in alle gevallen zo is. Er hebbende afgelopen jaren experimenteerregelingen gegolden waarbij de tijdelijke regels wel voor alle burgers in gelijke mate golden. Bij de in de volgende paragraaf nog uitvoeriger te bespreken experimenten met de minimumleeftijd voor toutingcarchauffeurs en het begeleid rijden, was dit bijvoorbeeld het geval. Ook het experiment waarbij nurse practitioners en physician assistants tijdelijk zelfstandig bevoegd werden verklaard tot het indiceren en verrichten van bepaalde medische handelingen, kan in dit kader worden genoemd.²⁵ In sommige gevallen is het echter inderdaad onontkoombaar dat de tijdelijke regels niet gelijkelijk voor alle burgers gelden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij experimenten om 'de afstand tot de arbeidsmarkt te verkleinen' of bij onderwijsexperimenten omdat deze experimenten openstaan voor gemeenten en scholen waardoor de experimenten alleen burgers die gemeenten of leerlingen van die scholen raken. Het is de vraag of het nu echt altijd zo erg is dat dergelijke experimenten niet gelijkelijk voor iedereen gelden. Een goede inrichting van het experiment kan er mijn inziens voor zorgen dat de tijdelijke inbreuk op het gelijkheidsbeginsel gerechtvaardigd kan worden.²⁶ Ook is denkbaar dat burgers de gelegenheid wordt geboden om niet (of juist wel) aan het experiment deel te nemen.²⁷

Experimenteerbepalingen en -regelingen zouden ook strijd kunnen opleveren met het rechtszekerheidsbeginsel. Op grond van dit beginsel moeten burgers hun rechten en plichten jegens de overheid

25 Wijziging van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg onder andere in verband met de opneming van de mogelijkheid tot taakherschikking, kamerstukken 32 261.

26 In dezelfde zin Ranchordás, a.w., p. 195.

27 Bij de experimenten op grond van de Participatiewet wordt burgers deze gelegenheid geboden (zie art. 1 en 6 Tijdelijk besluit experimenten participatiewet). Dit zal echter niet altijd haalbaar zijn. In gemeenten die experimenteren met het bestemmingsplan met brede reikwijdte (o.g.v. art. 2.4 Chw), hebben burgers geen keus.