

NEDERLANDSE VERENIGING VOOR WETGEVING

Experimenteerwetgeving

Preadviezen van

prof. mr. dr. S.H. Ranchordás

mr. E.S. Cnossen & mr. L.L. van der Laan

prof. dr. T. Buyse, mr. P.G. Van Humbeeck & mr. J.M.M. Van Nieuwenhove

Redactie

mr. S.S. Zoeteman





Experimenteerwetgeving

Nederlandse Vereniging voor Wetgeving

Preadviezen van

prof. mr. dr. S.H. Ranchordás

mr. E.S. Cnossen & mr. L.L. van der Laan

prof. dr. T. Buyse, mr. P.G. Van Humbeeck & mr. J.M.M. Van Nieuwenhove

Redactie

mr. S.S. Zoeteman



Experimenteerwetgeving

Nederlandse Vereniging voor Wetgeving

prof. mr. dr. S.H. Ranchordás

mr. E.S. Cnossen & mr. L.L. van der Laan

prof. dr. T. Buyse, mr. P.G. Van Humbeeck & mr. J.M.M. Van Nieuwenhove

ISBN: 978-94-6240-525-7

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Talent Square 13

5038 LX Tilburg

info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission of the publisher.

© 2018

Nederlandse Vereniging voor Wetgeving

opgericht 27 september 1989

Bestuur

prof. mr. S.E. Zijlstra (voorzitter)

mr. A.J.G. Toebes (penningmeester)

mr. S.S. Zoeteman (secretaris)

mr. P.E.M. de Boer-Mos (adjunct secretaris)

mw. mr. H. Dekker, mw. mr. drs. A.G. van Dijk, dhr. mr. G.J.A. Hamilton,
mw. mr. E.D.G. Kiersch, dhr. mr. H.J.H.L. Kortjes, dhr. prof. mr. E. Niemeijer,
dhr. prof. mr. F.J. van Ommeren, mw. mr. J. Schipper-Spanninga, mw. mr.
V. Smit, dhr. mr. J.A.P. Veringa, dhr. prof. mr. W.J.M. Voermans

www.nvww.eu

bestuur@nvww.eu

Inhoudsopgave

Jaarrede van de voorzitter Enkele wetgevingstechnische opmerkingen over toedeling van bestuursbevoegdheid <i>Prof. mr. S.E. Zijlstra</i>	3
Experimentwetgeving: pad naar innovatie of de democratische rechtsstaat onder druk? <i>prof. mr. dr. S.H. Ranchordás</i>	17
Structurele experimenteergrondslagen: een blik op de wetgevingspraktijk <i>mr. E.S. Cnossen en mr. L.L. van der Laan</i>	65
Ervaringen met experimentwetgeving in Vlaanderen <i>prof. dr. T. Buyse, mr. P.G. Van Humbeeck & mr. J.M.M. Van Nieuwenhove</i>	117
Verslag jaarvergadering 7 juni 2018 <i>mr. P.E.M. de Boer-Mos & mr. S.S. Zoeteman</i>	175

INHOUDSOPGAVE

Jaarrede van de voorzitter Enkele wetgevingstechnische opmerkingen over toedeling van bestuursbevoegdheid

Prof. mr. S.E. Zijlstra

1	Inleiding	3
2	Plaats in de Aanwijzingen	4
3	Begrippen vergunning, ontheffing, vrijstelling, erkenning	4
4	Toedeling aan wie?	9
	4.1 Algemeen	9
	4.2 Deconcentratie	10
	4.3 Toekenning aan de regering	13
5	Ten slotte	14

Jaarrede van de voorzitter

Enkele wetgevingstechnische opmerkingen over toedeling van bestuursbevoegdheid

Prof. mr. S.E. Zijlstra

I Inleiding

Dames en heren,

Voor de jaarvergadering van vandaag staat een prachtig onderwerp op de agenda, te weten experimenteerwetgeving. Hoewel mijn vingers jeuken om daar zelf ook iets over te zeggen, zal ik daarvan afzien. Het is immers een beginsel van behoorlijk voorzitterschap dat de jaarrede niet gaat over het onderwerp van de preadviezen. Bovendien is het vanmiddag geen lichte kost. Net als vorig jaar, toen het over uitbesteding van wetgeving ging, wijd ik mijn jaarrede bij wijze van contrapunt aan een, misschien niet luchtig, maar dan toch praktischer onderwerp. Vandaag is dat toedeling van bestuursbevoegdheid.

Toedeling van bevoegdheid is een onderwerp waar iedere wetgevingsjurist mee te maken heeft. In de literatuur gaat wat betreft de toedeling van publiekrechtelijke bevoegdheid relatief veel aandacht uit naar toedeling van *wetgevende* bevoegdheid. Er worden al twee eeuwen lang dikke boeken over geschreven, en recentelijk ook weer een themanummer van *Regelmaat*.² Veel minder aandacht gaat uit naar toedeling van *bestuurs*bevoegdheid, terwijl we daar als gezegd allemaal mee te maken hebben. Daar valt veel over te zeggen, en ik licht er vanwege de beperkte tijd dan ook een drietal thema's uit, te weten de plaats van dit onderwerp in de Aanwijzingen voor de regelgeving, begripsvorming, en de vraag aan wie bevoegdheid kan worden toegeedeeld.

-
- 1 Met dank aan mr. T.C. Borman voor waardevolle opmerkingen bij een eerder concept.
 - 2 L.F.M. Verhey & C.S. Aal, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbe-zinning', *RegelMaat* 2017 (32) 4.

2 Plaats in de Aanwijzingen

Omdat het zo'n belangrijk en veelvuldig voorkomend vraagstuk is, lijkt het logisch dat de Aanwijzingen er het nodige over zeggen. Dat valt tegen. Er is inderdaad een paragraaf over, § 5.5, maar die is erg kort. Ook elders in de Aanwijzingen vinden we iets over dit onderwerp, verspreid, en niet steeds op een logische plaats.

De meest algemene betreft die over normering van bestuursbevoegdheid:

Aanwijzing 2.14. Normering bestuursbevoegdheden

1. Bij de toekenning van bestuursbevoegdheden wordt de uitoefening daarvan zoveel mogelijk genormeerd.
2. Met het oog hierop worden discretionaire bevoegdheden en bevoegdheden met vage toepassingscriteria niet toegekend, tenzij daarvoor goede gronden zijn.

Deze aanwijzing staat ingeklemd tussen aanwijzingen over 'keuze voor decentralisatie' en 'verenigbaarheid met hoger recht.' Daar zou ik haar niet meteen zoeken. Nu is de gedachte waarschijnlijk dat het bij alle drie deze aanwijzingen gaat om democratisch-rechtsstatelijke uitgangspunten. Dat kan ik billijken, maar dan is wel weer een beetje gek dat we drie hoofdstukken verder de volgende aanwijzing aantreffen:

Aanwijzing 5.21, tweede lid. Intrekking of wijziging van een beschikking

1. [...]
2. De gronden voor het intrekken of wijzigen van een beschikking worden in de regeling gespecificeerd.

Dus dat de verlening van een vergunning moet worden genormeerd staat in hoofdstuk 2, en dat de intrekking ook moet worden genormeerd staat in hoofdstuk 5 (bijzondere bestanddelen van regelingen). Ik kan dat niet meteen volgen.

3 Begrippen vergunning, ontheffing, vrijstelling, erkenning

Dan de begripvorming. De bekende aanwijzing 5.17 luidt als volgt:

Aanwijzing 5.17. Vrijstelling, ontheffing, vergunning en erkenning

1. Voor een besluit waarbij een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt voor een categorie van gevallen, wordt de term 'vrijstelling' gebruikt.

2. Voor een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt, wordt de term ‘ontheffing’ gebruikt.
3. Voor een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan, wordt de term ‘vergunning’ gebruikt.
4. Voor een beschikking waarbij wordt vastgesteld dat een persoon of instelling aan bepaalde eisen voldoet, wordt de term ‘erkenning’ gebruikt.

Toelichting

Het gebruik van andere termen voor deze figuren zoals toestemming, instemming of verlof wordt vermeden. Zie aanwijzing 5.29 voor vergunningen in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Dienstenwet.

Hier valt naar mijn mening wel wat aan te verbeteren.³ Ten eerste is aanwijzing 5.17 logisch innerlijk tegenstrijdig. Ten tweede geeft zij te weinig richting over wanneer welke figuur moet worden gebruikt. En ten derde mist er een figuur die niet in de bestaande begrippen past, maar wel bestaansrecht heeft.

Innerlijke tegenstrijdigheid

Dat de Aanwijzing innerlijk tegenstrijdig is, kan met behulp van een eenvoudig voorbeeld worden aangetoond. Stel, we willen het parkeren reguleren. Dat doen we door een verbod, behoudens ... even kijken ... ontheffing. Het is immers een uitzondering op een verbod in een individueel geval. Oh nee, het moet toch een vergunning zijn, want het is een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan. Wat moet het nou zijn? Vergunning, zeg ik dan, en ik vermoed dat u het met mij zegt. Zo ook het rijbewijs. Het is verboden met een auto te rijden zonder rijbewijs, zo volgt uit de Wegenverkeerswet 1994. Even kijken. Dat is een uitzondering op een wettelijk verbod in een individueel geval, dus een ontheffing. Oh nee, het is een vergunning, want er wordt een handeling toegestaan. Of toch niet: het is een erkenning, want dat volgt uit het vierde lid. Het mag in ieder geval geen rijbewijs heten, lijkt deze aanwijzing voor te schrijven. Wat hiervan te vinden?

Op zichzelf doet het er natuurlijk niet veel toe of je in de ene gemeente een parkeer*vergunning* en in de andere een parkeer*ontheffing* achter je raam plakt. En we zijn al heel lang gewend aan het rijbewijs, dus er rijerkenning of rijvergunning van maken lijkt me niet wenselijk. Maar overigens is het, ook voor de praktijk, uit een oogpunt van harmonisatie handig dat deze begrippen zo min mogelijk door elkaar gebruikt worden, maar elk een eigen betekenis hebben die vervolgens consistent wordt toegepast. Hoe hier te werk te gaan?

3 Zie hierover ook S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, p. 415-417.

Met het eerste lid, gebruik van de term ‘vrijstelling’ voor een categorale uitzondering op een verbod of een gebod, kan ik goed leven. Zie het volgende voorbeeld:

Artikel ... APV

1. Het is verboden zonder of in afwijking van het college voorwerpen op of aan de openbare weg te plaatsen.
2. Het college kan voor categorieën van voorwerpen vrijstelling verlenen van het verbod, bedoeld in het eerste lid.

Al wordt de term vaak omzeild doordat men eenvoudigweg bepaalt:

2. Het college kan categorieën van voorwerpen aanwijzen waarvoor het verbod van het eerste lid niet geldt.

Ik vind dat taalkundig eigenlijk duidelijker.

Dan het tweede, derde en vierde lid van aanwijzing 5.17. Is er een criterium te vinden om die begrippen van elkaar te onderscheiden? In de literatuur⁴ wordt vaak aangenomen dat de vergunning wordt gebruikt voor activiteiten waar de overheid neutraal tegenover staat, maar die zij wel wil reguleren, terwijl het bij de ontheffing gaat om handelingen die de overheid juist liever niet wil, maar in bijzondere gevallen wel wil toestaan.⁵ Daar kan ik niet zo veel mee. Neem het voorbeeld van parkeren in de binnenstad, Verdeling van reguliere parkeerplaatsen geschiedt via een vergunningstelsel. Gaat iemand verhuizen, dan kan hij – of het verhuisbedrijf – voor een dag een parkeer-ontheffing krijgen. Staat de overheid negatief tegenover verhuizen? Natuurlijk niet. Alleen het is niet te voorzien, vandaar de ontheffing. Bovendien is maar de vraag waar de overheid precies neutraal tegenover staat. Voor de ene politieke partij is parkeren een *crime*, voor de ander een *must*. Uitstoot van vervuilende stoffen? Staat de overheid daar neutraal tegenover? En de bordeelvergunning?

Ik zou dan ook een andere invalshoek willen kiezen:⁶

‘Vergunning’ wordt gebruikt voor reguliere, dat wil zeggen de kern van het door de wetgever beoogde reguleringsstelsel vormende, uitzonderingen op een verbod.

4 In navolging van C.W. van der Pot, ‘De vormen van het besturen’, in: C.W. van der Pot e.a., *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 222.

5 W. Konijnenbelt, *Ideeën voor de gemeentelijke regelgever*, 2^e druk, bij Idee nr. 50 en F.J. van Ommeren, ‘Toegelaten of erkende instellingen’, *NTB* 2018/48, p. 258.

6 Met het volgende wijk ik enigszins af van mijn beschouwing in *Wetgeven*, t.a.p.

De vergunning wordt dus gebruikt voor handelingen die als zodanig niet ongewenst zijn, maar die men wil reguleren uit een oogpunt van schaars-te, controle of financiële inkomsten; de ontheffing voor handelingen die in concreto niet te voorzien zijn of niet passen is het systeem van schaarsteverdeling, maar die onder omstandigheden kunnen of zelfs moeten worden toegestaan.

‘Ontheffing’ wordt gebruikt voor bijzondere gevallen, waarbij kan worden gedacht aan:

- a. moeilijk voorzienbare of incidentele, vaak kortdurende, gevallen;
- b. andere niet-reguliere uitzonderingen; zo wordt een ontheffingsstelsel vaak naast een vergunningstelsel gebruikt, waarbij de vergunning de gewone situatie reguleert, en de ontheffing ziet op uitzonderlijke situaties.

Tot zover de vergunning en de ontheffing. En de erkenning? Nog even terug naar aanwijzing 5.17, vierde lid:

Aanwijzing 5.17. Vrijstelling, ontheffing, vergunning en erkenning

[...]

4. Voor een beschikking waarbij wordt vastgesteld dat een persoon of instelling aan bepaalde eisen voldoet, wordt de term ‘erkenning’ gebruikt.

Probleem is, dat deze term niet exclusief is: we kunnen dit resultaat ook bereiken door begrippen als ‘toelating’, ‘benoeming’, bezit van een ‘bewijs’, etc. Waarom staat dat er dan? Ik denk dat met het vierde lid niet wordt bedoeld dat dat je daar het begrip ‘erkenning’ voor moet gebruiken, maar dat je daarvoor *niet* de term ‘vergunning’ of ‘ontheffing’ moet gebruiken, terwijl ze wel onder de daarvoor gebruikte omschrijving kunnen vallen. Beter is dan ook, het vierde lid te laten vervallen, en in de toelichting te zeggen (ik heb het iets uitgebreid, om duidelijker te maken waar het om gaat):

Voorstel toelichting bij Ar 5.17 (onder schrapping van het huidige vierde lid)

Als het gaat om de toelating van een bepaald apparaat, een meetmethode etc., dan wel een persoon of instelling wanneer deze bevoegd wordt gemaakt bepaalde exclusieve (rechts)handelingen te verrichten (zoals woningcorporaties, een rijinstructeur, of een APK-keurder) worden de termen ‘vergunning’ en ‘ontheffing’ vermeden. Gebruik kan worden gemaakt van termen als ‘erkenning’, ‘toelating’, ‘benoeming’, bezit van een ‘bewijs,’ etc.

En dan nog iets over een figuur die in dit overzicht mist, namelijk de concessie. Kernelement van de concessie is, dat zij de houder verplicht om de activiteit te verrichten. Dit doet de concessie verschillen van de vergunning en de ontheffing: daar kan niet-gebruik soms tot intrekking leiden, maar het is geen

rechtsplicht haar te gebruiken.⁷ Onderscheid met de erkenning cum annexis is, dat het bij erkenning niet gaat om een handeling die overigens verboden is, maar dat die niet met de daaraan verbonden rechtsgevolgen kan worden verricht. Bijvoorbeeld: ik kan ook auto's keuren, zelfs precies zo als een APK-keuring, maar niet met het daaraan verbonden rechtsgevolg.

De concessie mist in aanwijzing 5.17, en mij is niet duidelijk waarom. Wellicht dat zij te vervangen is door de vergunning met uitvoeringsplicht, maar het gaat toch echt om iets geheel anders dan wat we gewoonlijk met vergunningen beogen. Ook leverde een klein onderzoekje op, dat er nog tal van wetten zijn die het begrip gebruiken. Wat mij betreft komt het nieuwe vierde lid van aanwijzing 5.17 dan ook te luiden:⁸

Voorstel nieuw vierde lid bij Ar 5.17

4. Voor een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering wordt gemaakt op een wettelijk verbod waarbij tevens wordt voorzien in een rechtsplicht de betrokken handeling te verrichten, wordt de term 'concessie' gebruikt.

Ten slotte: duidelijk zal zijn, dat de Dienstenrichtlijn zich van deze begrippen niets aantrekt. In de toelichting bij aanwijzing 5.17 wordt weliswaar verwezen naar aanwijzing 5.29 over de Dienstenrichtlijn, maar een opmerking dat de begrippen van aanwijzing 5.17 geen relatie hebben met het begrip vergunning in de Dienstenrichtlijn lijkt me geen overbodige luxe.

Dat brengt mij tot het volgende voorstel:

Voorstel Aanwijzing 5.17. Vrijstelling, vergunning, ontheffing en concessie

1. 'Vrijstelling' wordt gebruikt voor een besluit waarbij een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt voor een categorie van gevallen.
2. 'Vergunning' wordt gebruikt voor een beschikking waarbij een reguliere, dat wil zeggen de kern van het door de wetgever beoogde reguleringsstelsel vormende, individuele uitzondering op een verbod wordt gemaakt.
3. 'Ontheffing' wordt gebruikt voor een beschikking waarbij in een individueel geval een niet-reguliere uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt.

7 Het gaat dan om een zogeheten 'Obliegenheit' Zie daarover S.E. Zijlstra, 'Burgerplichten en burgerlasten in het bestuursrecht', NTB 2009, nr. 1, p. 1-9.

8 In deze zin A. Drahmman, 'Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen?', NALL 2012, oktober-december.

4. 'Concessie' wordt gebruikt voor een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering wordt gemaakt op een wettelijk verbod en tevens wordt voorzien in een rechtsplicht de betrokken handeling te verrichten.

U ziet dat ik de termen steeds voorop heb gesteld: dat leek me op de een of andere manier (misschien gevoelsmatig) het beste. En dan nog een uitgebreidere toelichting:

Toelichting

Bij het onderscheid tussen vergunning en ontheffing kan worden gedacht aan het voorbeeld waarbij het reguliere verdelen van (schaarse) parkeerplaatsen geschiedt door middel van een vergunningstelsel, terwijl voor bijzondere gevallen (te denken valt aan verhuizen) een ontheffingsstelsel geldt. Als het gaat om de toelating van een bepaald apparaat, een meetmethode etc., dan wel een persoon of instelling wanneer deze bevoegd wordt gemaakt bepaalde exclusieve (rechts)handelingen te verrichten (zoals woningcorporaties, een rijinstructeur, of een APK-keurder) worden de termen 'vergunning' en 'ontheffing' vermeden. Gebruik kan worden gemaakt van termen als 'erkenning', als 'toelating', 'benoeming', bezit van een 'bewijs,' etc.

Het gebruik van andere termen voor deze figuren zoals toestemming, instemming of verlof wordt altijd vermeden.

De begrippen van deze aanwijzing hebben geen relatie met het begrip vergunning in de Dienstenrichtlijn. Zie verder aanwijzing 5.29.

4 Toedeling aan wie?

4.1 Algemeen

Van een heel andere aard is het derde en laatste punt dat ik wil bespreken, te weten de vraag aan wie bestuursbevoegdheid kan dan wel moet worden toegeëld. Hierover staat van alles behartigenswaardigs in de Aanwijzingen, maar om het te vinden moet je wel héél goed zoeken.

In ons constitutioneel bestel is het niet waardevrij aan wie bevoegdheden worden toegekend. Er bestaat een voorkeur voor toedeling aan een zo decentraal mogelijke bestuurslaag, en dan ook nog aan rechtstreeks of indirect democratisch gelegitimeerde organen. Als gezegd, dat staat er wel maar heel erg verstopt, namelijk in de *toelichting* bij Ar 5.8:

Ar. 5.8, toelichting

Bij het opstellen van de motivering [voor het instellen van een zelfstandig bestuursorgaan] kunnen de volgende vragen als leidraad worden gebruikt:

- waarom moet de overheid de taak behartigen of blijven behartigen?
- waarom is toekenning van de taak aan provincie- en gemeentebesturen of aan de besturen van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba niet aangewezen?
- waarom wordt de taak niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid uitgeoefend?

[...]

Dit is natuurlijk een ongelofelijk belangrijke aanwijzing, weggestopt in de paragraaf over zelfstandige bestuursorganen, en dan ook nog in een toelichting! Maar goed.

Het gaat bij aanwijzing 5.8 om het derde gedachtestreepje: daar wordt men geacht te lezen dat gebruik van een zelfstandig bestuursorgaan een goede motivering behoeft. Deze aanwijzing ziet dus alleen op zbo's. Over die bestuursorganen bestaat zelfs een hele paragraaf.

Ook over adviesorganen (strikt genomen geen object van bevoegdheidstoedeling) bevatten de Aanwijzingen een afzonderlijke paragraaf, en over toedeling aan organen van gemeenten en provincies hebben we aanwijzing 5.23. Ten slotte weten we hoe we bevoegdheden aan ministers toedelen: aan Onze minister in een wet en een amvb, en als we een staatsecretaris aan het werk willen zetten, blijft het Onze Minister (Ar 3.26, tweede lid).

Maar over een tweetal organen ontbreken aanwijzingen, terwijl zij veelvuldig met bestuursbevoegdheid worden bekleed.

4.2 *Deconcentratie*

De eerste zijn ondergeschikte organen en ambten, ook wel deconcentratie genoemd.

Motieven

Het komt regelmatig voor dat de wetgever bestuursbevoegdheid met voorbijgaan van de minister, toekent aan een aan de minister ondergeschikt(e) dienst of ambt. We spreken dan van deconcentratie of attributie aan ondergeschikten. Denk aan de belastinginspecteur, de onderwijsinspectie en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit. Niet duidelijk is wanneer deconcentratie een goed idee is, en wanneer niet. De memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb, waarin iets over deze figuur is geregeld, vermeldt dat deconcentratie bijvoorbeeld wordt gebruikt “om wettelijk te garan-

deren dat de uitoefening van een bevoegdheid geografisch wordt gespreid, dat een speciaal daarvoor opgerichte of anderszins geschikte dienst met de uitoefening wordt belast, dan wel dat degene die de betrokken bevoegdheid uitoefent, aan bijzondere wettelijke eisen van bekwaamheid (opleiding, ervaring) voldoet. Deze spreiding is bij mandaat niet gegarandeerd, omdat het daar in beginsel aan de top van de bestuurlijke organisatie wordt overgelaten door wie de bevoegdheid wordt uitgeoefend.”

Het is een omissie dat de Aanwijzingen niets over deze figuur bepalen, en het lijkt me dan ook een goed idee om in een afzonderlijke paragraaf (§ 5.4a) in die lacune te voorzien. Daarin kan het volgende komen te staan.

§ 5.4a Deconcentratie

Aanwijzing 5.16a. Motivering gebruik van deconcentratie

1. Bestuursbevoegdheden kunnen worden toegekend aan een aan een minister ondergeschikte dienst of ondergeschikt ambt, indien:
 - a. er behoefte aan bestaat te garanderen dat de uitoefening van een bevoegdheid geografisch wordt gespreid;
 - b. een speciaal daarvoor opgerichte of anderszins geschikte dienst met de uitoefening wordt belast, of
 - c. degene die de betrokken bevoegdheid uitoefent, aan bijzondere wettelijke eisen van bekwaamheid (opleiding, ervaring) voldoet.
2. In de toelichting bij een regeling waarbij een bevoegdheid aan een ondergeschikte dienst of ondergeschikt ambt wordt toegekend, wordt gemotiveerd waarom de bevoegdheid niet aan de minister wordt toegekend.

Toelichting

Zie hiervoor de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vierde tranche Awb, *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 156, alsmede de nota naar aanleiding van het verslag bij dat wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, nr. 7, p. 57.

Duidelijkheid over de status

Als de wetgever een ambt of dienst in het leven roept en daaraan bestuursbevoegdheden toekent, is niet altijd duidelijk of hij daarmee een zbo of een gedeconcentreerd ambt in het leven roept. In moderne wetgeving wordt in dat laatste geval duidelijkheid verschaft door gebruik making van de formulering ‘ressorteert onder’ Onze Minister. Het is verstandig dit voor te schrijven.

Aanwijzing 5.16b. Modelbepaling

Wordt bij deconcentratie een nieuwe dienst of een nieuw ambt ingesteld, dan wordt bepaald dat deze dienst of dit ambt ‘ressorteert onder’ Onze Minister.

Toelichting

Zie bijvoorbeeld hiervoor artikel 1, onder b, van de Wet onafhankelijke risicobeoordeling Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit en artikel 126, eerste lid, Mijnbouwwet.

Procedureel geclausuleerde aanwijzingen?

Bij gedeconcentreerde diensten of ambten komt het regelmatig voor dat men weliswaar kiest voor uitvoering in ondergeschiktheid aan de minister, maar dat men op voorhand al van mening is dat ingrijpen door de politiek erg onaantrekkelijk is. Omdat men er ook geen zbo van wil maken, is daar het volgende op gevonden: de minister mag wel aanwijzingen geven, maar deze zijn procedureel geclausuleerd. Zie bijvoorbeeld

*Wet onafhankelijke risicobeoordeling Nederlandse Voedsel en Waren Autoriteit**Artikel 5*

1-2. [...]

3. Onze Minister geeft zijn aanwijzingen aan de directeur met betrekking tot de uitoefening in individuele gevallen van de hem in deze wet toegekende taken uitsluitend in schriftelijke vorm. De desbetreffende aanwijzing wordt gevoegd bij de op de zaak betrekking hebbende stukken.
4. Van aanwijzingen als bedoeld in het derde lid wordt mededeling gedaan in de Staatscourant.

Dit zien we bijvoorbeeld ook bij het openbaar ministerie, als het gaat om aanwijzingen inzake een concrete opsporing en vervolging (artikel 128 Wet op de rechterlijke organisatie).

Maar wat van het volgende te denken?

Artikel 128a Mijnbouwwet

1-3. [...]

4. Onverminderd artikel 10:6 van de Algemene wet bestuursrecht⁹ en in afwijking van de artikelen 10:22, eerste lid, en 10:23 van de Algemene wet bestuursrecht ziet een bijzondere aanwijzing niet op:

9 Deze verwijzing is mij een raadsel. Is bedoeld dat als het Staatstoezicht op de mijnen zijn bevoegdheden aan mandaat ontleent, wél een bijzondere aanwijzing kan worden gegeven?

- a. het weerhouden van de inspecteur-generaal der mijnen om een specifiek onderzoek te verrichten of af te ronden;
- b. de wijze waarop de inspecteur-generaal der mijnen een specifiek onderzoek verricht;
- c. iedere vorm van bevindingen, oordelen en adviezen van de inspecteur-generaal der mijnen.

Hier creëert de wetgever¹⁰ op zijn best verwarring, en op zijn slechtst een zbo, moeten we concluderen. Het volgende lijkt me dan ook zeer nuttig.

Aanwijzing 5.16c. Algemene en bijzondere aanwijzingen

Bij deconcentratie wordt niet bepaald dat de minister in sommige situaties geen bijzondere aanwijzingen¹¹ kan geven.

Toelichting

Zie ook § 5.4 inzake zelfstandige bestuursorganen.

Deze aanwijzing laat onverlet de mogelijkheid om het geven van bijzondere aanwijzingen procedureel te clausuleren. Zie bijvoorbeeld artikel 5, derde en vierde lid, van de Wet onafhankelijke risicobeoordeling Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit.

4.3 *Toekenning aan de regering*

In tal van wetten zijn bestuursbevoegdheden toegekend aan ‘Ons’ (ouderwets) of is bepaald dat zij ‘bij koninklijk besluit’ moeten worden genomen. Ik heb er een paar in de kast liggen, uit een grijs verleden als lid van de Raad voor het openbaar bestuur en recenter als raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep. Een flink aantal van u bezit er vast ook wel één of meer.

Het gaat vaak om een bepaald type benoemingen (soms grondwettelijk voorgeschreven, maar vaak ook niet), maar ook voor andere bestuursbevoegdheden is een koninklijk besluit voorgeschreven: grondwettelijk bijvoorbeeld voor gratie¹², maar wettelijk kennen wij het onteigeningsbesluit

10 Deze notie treffen we ook aan in Aanwijzing 14 van de Aanwijzingen inzake rijksinspecties, maar daar kan het nog worden opgevat als een vorm van zelfbinding die niet afdoet aan de bevoegdheid zo’n aanwijzing te geven. Dat ligt echt anders als de wetgever het verbiedt.

11 De wetgever is niet consequent in het aanduiden van deze situatie. Zo wordt in artikel 10:6 Awb gesproken van ‘instructies [...] in een bepaald geval’, in artikel 10:22 over ‘instructies per geval’, en, zoals we hierboven zagen, van ‘bijzondere aanwijzingen’ in de Mijnbouwwet. Ik kies hier voor aansluiting bij Ar 5.14.

12 Art. 122 Grondwet.

(art. 18 Onteigeningwet) en het koninklijk besluit tot wijziging van de geslachtsnaam (art. 1:7 BW).

Mij is niet duidelijk wat het beleid is voor de keuze tussen toedeling van een bestuursbevoegdheid aan de regering of toedeling daarvan aan een minister, als er al beleid voor bestaat. Ik neem mij voor daar eens grondig in te duiken, maar kom op dit moment niet verder dan de bekende dooddouner ‘indien dit bijzonder aangewezen moet worden geacht.’

Ik heb dit neergelegd is een soort ‘kapstokaanwijzing’ over aan wie bestuursbevoegdheden moeten worden toegekend.

Ar. 5.22a. Toekenning aan de minister

1. Bestuursbevoegdheden worden op het niveau van de centrale overheid toegekend aan de minister.
2. In afwijking van het eerste lid kunnen bevoegdheden worden toegekend aan:
 - a. zelfstandige bestuursorganen met inachtneming van § 5.4;
 - b. aan een minister ondergeschikte diensten of ambten, met inachtneming van § 5.4a;
 - c. de regering, indien:
10. grondwettelijk een koninklijk besluit is voorgeschreven, of
20. dat bijzonder aangewezen moet worden geacht.

Toelichting

Zie voor het eerste lid ook aanwijzing 3.26, tweede lid.¹³

Zie voor het tweede lid, onderdeel c, ook aanwijzing 3.17.

5 Ten slotte

Naar mijn mening zijn bovengenoemde voorstellen echte verbeteringen. Ik hoop dan ook dat zij bij het ter hand nemen van het werk aan de elfde wijziging van de Aanwijzingen serieus worden gezien.

13 Ar 3.26, tweede lid, luidt: “In een regeling worden taken en bevoegdheden altijd aan een minister opgedragen, ook indien een staatssecretaris op het desbetreffende terrein als verantwoordelijk bewindspersoon fungeert.”

INHOUDSOPGAVE

Experimentwetgeving: pad naar innovatie of de democratische rechtsstaat onder druk? *prof. mr. dr. S.H. Ranchordás*

1	Inleiding	17
2	Tijdelijke wetgeving: definities, geschiedenis en functies	25
2.1	Definities	25
2.1.1	Tijdelijke wetgeving	25
2.1.2	Experimenteerwetgeving	26
2.1.3	Regelluwe zones	28
2.2	Terug in de tijd	29
2.3	Experimenteerwetgeving in 2018	30
2.4	Functies	32
2.4.1	Vermindering regeldruk	32
2.4.2	Tijdelijk compromis?	33
2.4.3	Doeltreffendheid en doelmatigheid van wetgeving	35
3	Innovatie en experimenteer ruimte	37
3.1	Het innovatieproces	38
3.2	Innovatie en het recht	40
3.2.1	Onzekerheid	41
3.2.2	Negatieve externaliteiten	43
3.3	Is toekomstbestendige wetgeving mogelijk?	44
4	Experimenteren in de democratische rechtsstaat	46
4.1	Algemeenheid en gelijkheid	47
4.2	Legaliteit	49
4.3	Bestendigheid	50
4.4	Tussen duidelijkheid en flexibiliteit	53
5	Conclusie en aanbevelingen	56

Experimentwetgeving: pad naar innovatie of de democratische rechtsstaat onder druk?

prof. mr. dr. S.H. Ranchordás¹

I Inleiding

“Experimenteren wordt de standaard”, verkondigde onlangs de Kamer van Koophandel.² Experimenten bieden flexibiliteit, ruimte voor beleidswijzigingen en de toepassing van “een *learning by doing*-benadering”.³ Ondernemers in Nederland vragen al decennia naar meer ruimte voor innovatieve aanpakken, juridische flexibiliteit en minder regels.⁴ Zelfrijdende auto’s, robots, *virtual* en *augmented reality* en *distributed-ledger* systemen zoals de blockchain beloven de maatschappij, de financiële wereld en overheidsdiensten te transformeren.⁵ Desalniettemin staat het recht vaak in de weg van innovatieve ondernemers.⁶ De Nederlandse overheid heeft verscheidene acties ingezet om regeldruk te verminderen en innovatie te bevorderen.⁷

-
- 1 Sofia Ranchordás is adjunct-hoogleraar Europees en vergelijkend publiekrecht en *Rosalind Franklin Fellow*, Rijksuniversiteit Groningen, *Affiliated Fellow of the Information Society Project*, Yale Law School.
 - 2 Kamer van Koophandel, ‘Experimenteren wordt de standaard’, te raadplegen via <https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/innovatie/7-nieuwe-gouden-regels-voor-succesvol-innoveren/experimenteren-wordt-de-standaard/>.
 - 3 Y. Listokin, ‘Learning through Policy Variation’, *Yale Law Journal* 2008/118, p. 480.
 - 4 R.A. van Gestel & M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie* (WODC, Den Haag 2006); E.J. Vergeer, *Regeldruk vanuit een ander perspectief: Onderzoek naar de beleving van deregulering bij ondernemers* (E.M. Meijers Instituut, 2017; diss., Universiteit Leiden; hierna: Vergeer 2017); R. Arendsen, *Geen bericht, goed bericht. Een onderzoek naar de effecten van de introductie van elektronisch berichtenverkeer met de overheid op de administratieve lasten van bedrijven* (Universiteit van Amsterdam, 2008, diss.); S. Stoter & N.J.H. Huls, *Regeldruk: een blinde vlek van onderhandelend wetgevend*, Den Haag: Boom 2006.
 - 5 R. Leenes e.a., ‘Regulatory Challenges of Robotics: Some Guidelines for Addressing Legal and Ethical Issues’, *Law, Innovation & Technology* 2017/9, afl. 1, p. 1; S. Ranchordás, ‘Innovation-friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation’, *Jurimetrics* 2015/55, p. 202.
 - 6 M. Hildebrandt, R.E. Leenes & M.H.A.F. Lokin, ‘Technologie en wetgeving in cyberspace: verstandhuwelijk of innige relatie?’, *Regelmaat* 2012/27, p. 61, 63.
 - 7 Brief van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, ‘Aanpak regeldruk en administratieve lasten’, *Kamerstukken II* 2016/17, 29515; Vergeer 2017.

Het Integraal afwegingskader (hierna: IAK) en het programma *Ruimte in Regels* zijn twee voorbeelden hiervan. De resultaten van deze initiatieven zijn zichtbaar, maar het Nederlandse bedrijfsleven blijft ontevreden over het aantal regels en het “knellende effect” van regeldruk op innovatie.⁸ De brede invoering van experimenteeruimte werd in het kader van recente innovatiebeleidsnota’s voorgesteld als een potentiële aanvulling op het IAK en een reactie op de vraag naar meer aandacht voor de impact van wetgeving op technologie.⁹ Ook vanuit de decentrale overheid groeit de vraag naar meer ruimte voor innovatie en experimenteeruimte.

Gemeenten innoveren al decennia door middel van proeftuinen en kleinschalige experimenten.¹⁰ Ze experimenteren niet met de regulering van technologie maar met vernieuwende aanpakken voor maatschappelijke problemen (bijv.: inburgering en integratie van alleenstaande ouders op de arbeidsmarkt). Een voorbeeld van een controversieel experiment op decentraal niveau is “het drankje bij de kapper” dat de mogelijkheid gaf aan kappers en boekwinkels om drank te schenken aan consumenten. Hoewel deze *blurring* tussen detailhandel en horeca in andere landen een bekend en succesvol fenomeen is, werd dit experiment bekritiseerd door meerdere partijen.¹¹ De Drank- en Horecawet (hierna: DHW) kent namelijk geen wettelijke bepaling om te experimenteren met de uitvoering van de wet.¹² Bovendien mogen in principe gemeenten niet experimenteren met de DHW in het ka-

8 Actal, *Advies: Regeldruk als gevolg van transparantie-eisen*, Den Haag: 2017.

9 Verslag van een schriftelijk overleg, Innovatiebeleid, *Kamerstukken I* 2016/17, 33009, F.

10 Zie J. Westerweel & F.J.H. van Tienen, ‘Experimenteeruimte bij gemeentelijke referenda: verschil moet er zijn?’, in: V.I. Daskalova & M.A. Heldeweg (red.), *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving*, Publicaties van de staatsrechtkring 20, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017, p. 177-191.

11 Zie de uitspraak van Rb. Overijssel van 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1078. De eiseres was in dit geval de Vereniging Slijtersunie. Gemeente Zwolle had besloten niet handhavend op te treden tegen een geval van *blurring*. Dit besluit werd genomen in het kader van het Plan van Aanpak van de Binnenstad en Broerenkwartier en de “Pilot verlichte regels winkelgebieden”. Deze pilot had tot doel om ondernemerschap, innovatie en samenwerking tussen retailers, horecaondernemers en vastgoedeigenaren te versterken. Aangezien de DWH geen wettelijke bepaling kent, waarin de mogelijkheid in het leven wordt geroepen om te experimenteren met lokale dan wel landelijke regelgeving.

12 Ook Rb. Midden-Nederland benadrukte dat de DHW geen experimenteerbepaling heeft, “alleen onder bijzondere omstandigheden kan de gemeente afwijken van handhavingsplicht. De rechter oordeelt dat in deze situatie daar geen sprake van is. Met de proef nodigt de gemeente de winkeliers uit om de wet te overtreden. De rechter oordeelt dat de gemeente vergunningverlener, toezichthouder en handhaver is, maar dat het de nationale wetgever is die over de regels gaat.” Zie Rb. Midden-Nederland, 28 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4298.

der van medebewind.¹³ Een structurele wettelijke basis voor deze gemeentelijke experimenten ontbreekt tevens in Nederland.¹⁴ In andere landen zoals Frankrijk, Duitsland en China spelen juridische experimenten op lokaal niveau een belangrijke rol binnen bestaande en soms duidelijkere (grond)wettelijke kaders.¹⁵ Het wetsvoorstel Experimentenwet gemeenten beoogde meer ruimte te bieden voor innovatieve werkwijzen op het terrein van bestuurlijk en democratische vernieuwing.¹⁶ De door dit wetsvoorstel geïntroduceerde procedure werd echter bekritiseerd door de Raad van State. De Afdeling advisering concludeerde onder andere dat dit voorstel zou leiden “tot ongewenste juridisering, de beperking van de ruimte voor maatwerk en het naast elkaar bestaan van verschillende experimenteerregimes.”¹⁷ Met andere woorden: deze wet zou averechts werken en leiden tot meer bureaucratie en regeldruk. Toch bleven academici en het kabinet enthousiast over experimenteerwetgeving.

Experimenteerwetgeving (mits goed uitgevoerd) is een voorbeeld van responsieve en *evidence-based* wetgeving, oftewel wetgeving die is gebaseerd

-
- 13 De VNG heeft de rechterlijke uitspraken anders geïnterpreteerd en geadviseerd om vast te houden aan de ingezette lijn. In het afgelopen jaar zijn echter meerdere gemeenten gestopt met pilots die “een drankje bij de kapper” mogelijk maakten (Roosendaal, Valkenswaard, ‘s-Hertogenbosch). De gemeente Roermond is in tegendeel per april 2018 begonnen met een experiment met *blurring* met alcohol.
- 14 S. Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, Edward Elgar, 2014, p. 44. Innovatie d.m.v. experimenten gebeurt vaak op lokaal niveau, ook in andere landen. Deelstaten worden in de Verenigde Staten “laboratories of experimentation” genoemd, zie J. Gardner, ‘The “States-as-Laboratories” Metaphor in State Constitutional Law’, *Valparaiso University Law Review* 1995/30, p. 475; G. Alan Tarr, ‘Laboratories of Democracy: Brandeis, Federalism, and Scientific Management’, *Publius* 2001/31, p. 37.
- 15 De Franse Grondwet biedt de mogelijkheid aan lokale eenheden (*collectivités*) om te experimenteren binnen de huidige grondwettelijke kaders. Zie L. Dauphin, *Collectivités territoriales et expérimentation*. Université de Limoges, 2008 (diss.), p. 16, te raadplegen via <http://epublications.unilim.fr/theses/2008/dauphin-laurent/dauphin-laurent.pdf>. In China zijn de juridische grenzen van experimenteerregelingen minder duidelijk maar dit land heeft een oude traditie van experimenten op lokaal niveau, zie Y. Bi, ‘Experimentalist Approach of Chinese Legislation Model: from Passive Response to Institutional Design’, *Theory and Practice of Legislation* 2015/3, afl. 2, p. 141. In Duitsland werden experimenten geïnspireerd door het New Public Management, zie A. Groth, *Kommunalrechtliche Experimentierklauseln*, Kiel: Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften, Universität zu Kiel, 2005 (diss.).
- 16 Advies Raad van State inzake het voorstel van wet Experimentenwet gemeenten, *Stcrt.* 2018, 10862.
- 17 Advies Raad van State inzake het voorstel van wet Experimentenwet gemeenten, *Stcrt.* 2018, 10862.

op (hard) bewijs en niet op meningen.¹⁸ Experimenteerbepalingen bieden de mogelijkheid om in een lagere regeling bij wijze van experiment tijdelijk van een hogere af te wijken (Ar 2.31). De tijdelijke afwijking van bestaande regels kan nuttig zijn om een nieuw pad uit te proberen en inzicht te verkrijgen in de onbekende effecten van nieuwe regelingen. Experimenteerregelgeving kan ook de ‘padafhankelijkheid’ van wetgeving en beleidsstabiliteit tijdelijk doorbreken en vernieuwing in de rechtsorde stimuleren.¹⁹ Door middel van experimenten kan de wetgever innovatieve aanpakken uitproberen en nieuwe juridische alternatieven evalueren.

In de afgelopen jaren worden experimenteerbepalingen steeds vaker geassocieerd met meer innovatie alsof de eerste een magisch recept van de tweede was. Terwijl het duidelijk is dat wetgeving geen onevenredige belemmeringen voor innovatie en ondernemerschap in het leven moet roepen, kunnen deze economische en maatschappelijke functies worden betwist. Wetgeving wordt traditioneel niet gezien als een onderzoeksinstrument voor de rationalisering van het wetgevingsproces, maar als een bron van waarborgen.²⁰ De juridische kwaliteit van wetgeving wordt gemeten aan de hand van de doeltreffendheid, doelmatigheid, zorgvuldigheid, rechtszekerheid en rechtmatigheid van de respectievelijke bepalingen.²¹ De vraag of een kwalitatief goede wet ook innovatie moet stimuleren wordt vaak gezien als bijzaak. Toch is de positie van de literatuur ten opzichte van de functies van wetgeving (en het recht over het algemeen) in de laatste decennia aanzienlijk veranderd. Wetgeving doet meer dan gedragingen gebieden, verbieden of toestaan. De wetgever kan tegenwoordig ook betere gedragingen en acties stimuleren door middel van *incentives*, *nudging* of keuzearchitectuur.²² Tijdelijke en experimenteerbepalingen kwamen ook in dit kader in beeld als instrumenten voor de flexibilisering van wetgeving. De veronderstelling dat

-
- 18 M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *Regelmaat* 2018/33, p. 121, 122, 129; zie ook J. Braithwaite & I. Ayres, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press 1995; D. Keyaerts, ‘De wetgever en experimentalisme: de juridische grenzen van een wetgevingsmodel’, *Tijdschrift voor Wetgeving* 2013/1, p. 16-38; R. van Gestel & G. van Dijk, ‘Better Regulation through Experimental legislation’, *European Public Law* 2011/17, 539.
- 19 P. Pierson, *Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis*, Princeton: Princeton University Press, 2004; T. Ginsburg, J. S. Masur & R. McAdams, ‘Libertarian Paternalism, Path Dependence and Temporary Law’, *University of Chicago Law Review* 2014/81, p. 291; S. Ranchordás, ‘One Foot in the Door: Evidence-based Limits on the Legislative Mandate’, *Hukim* 2018/7 (te verschijnen).
- 20 Zie voor een kritisch perspectief R.A.J. van Gestel, ‘Vertrouwen in een lerende wetgever’, *Regelmaat* 2011/26, p. 7.
- 21 S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven: Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 86-87.
- 22 C. Sunstein & R. Thaler, *Nudging: Improving Decisions about Wealth, Health, and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008.

de wetgever meer moet doen dan alleen waarborgen bieden kan niettemin worden betwist. Zij raakt twee wezenlijke vraagstukken van wetgevingsleer: ten eerste, de functies van wetgeving; ten tweede, de bestendigheid van het recht. In mijn proefschrift heb ik onderzocht waarom experimenteerwetgeving niet vaker wordt gebruikt om innovatie te bevorderen.²³ In dit preadvies zet ik een stap terug en vraag ik of (experimenteer)wetgeving dit hoort te doen en zo ja, onder welke voorwaarden.

Vier jaar na de publicatie van mijn proefschrift is er meer belangstelling dan ooit voor dit onderwerp, zowel in Nederland als daarbuiten, het aantal experimenteerregelingen is toegenomen en het idee van experimenteren met wetgeving wordt meer “mainstream”.²⁴ Aan de hand van verscheidene ontwikkelingen van de afgelopen jaren signaleert dit preadvies drie fenomenen die deze positievere houding ten opzichte van experimenteerwetgeving kan belichten: ten eerste blijkt de wetgever een nauwere dialoog te willen aangaan met de maatschappij. Van burgers wordt het verwacht dat ze actief zijn, dat ze gebruik maken van “*the right to challenge*” en hun mening geven in het kader van de nieuwe digitale economie.²⁵ Proeftuinen, regelluwe zones en experimenteerregelingen maken deze dialoog mogelijk, aangezien burgers uitgenodigd worden om nieuwe wetsbepalingen uit te proberen. In de mees-

-
- 23 S. Ranchordás, *Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse to innovation?* (Tilburg University, 2014, diss), zie ook S. Ranchordás, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: A Comparative Perspective* (Cheltenham, Edward Elgar 2014 (hierna: Ranchordás 2014)).
- 24 Zie bijv. V.I. Daskalova & M. A. Heldeweg (red.), *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving*, Publicaties van de staatsrechtkring 20, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017; M.J. Jacobs, *Maak ruimte voor experimentele wetgeving*, Vrije Universiteit Amsterdam, 2018 (oratie; hierna: Jacobs 2018); M.A. Heldeweg, ‘Experimental Legislation concerning Technological and Governance Innovation – An Analytical Approach’, in: *Theory and Practice of International Legislation* 2015/3, p. 169. Op international niveau, zie bijvoorbeeld, I. Bar-Siman-Tov en G. Harari-Heit, ‘Temporary Legislation’s Finest Hour?: Towards a Proper Model of Temporary Legislation in Israel’, 2017, te raadplegen via <https://ssrn.com/abstract=3064829>; G. Domenech-Pascual, ‘Sharing Economy and Regulatory Strategies towards Legal Change’, *European Journal of Risk Regulation* 2016/7, p. 717. SERV, *Advies: Experimentwetgeving en regelluwe zones*, Brussel: SERV 2016; zie ook het preadvies van Buyse, Van Humbeek & Van Nieuwenhove.
- 25 Q. Lainert, ‘Het “Right to Challenge”: deregulering, decentralisatie en participatie?’, in: V.I. Daskalova & M.A. Heldeweg (red.), *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving*, Publicaties van de staatsrechtkring 20, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017. Het experimentenprogramma “Wijk Investeren” beoogde ook de samenwerking tussen de overheid en burgers te bevorderen. Het experiment liet echter zien dat burgers niet altijd bereid waren om zelf te investeren in de verbetering van wijken, zie Brief van de minister van BZK van 31 maart 2016, Eindevaluatie Experimentenprogramma Wijk Investeren (Platform31).

te gevallen zijn burgers ook actieve deelnemers in het experiment.²⁶ Uitvoerige evaluaties van experimenten aan de hand van de input van burgers dragen ook bij aan de democratische legitimatie van wetgeving.²⁷

Ten tweede zijn de functies van wetgeving aan het verschuiven, met name door twee factoren: de toenemende populariteit van de literatuur op het gebied van *evidence-based* wetgeving en de opkomst van het innovatiebeginsel.²⁸ Hoewel het idee van *learning by doing* niet nieuw is, wordt de leerfunctie van wetgeving in de afgelopen jaren benadrukt.²⁹ Toch durfden wetgevers vaak niet te experimenteren met wetgeving met als resultaat dat wetsbepalingen geen antwoord konden geven op moderniseringsvraagstukken. Een bekend voorbeeld van dit probleem is de regulering van Segway die te laat op de markt werd geïntroduceerd vanwege het gebrek aan een passende juridische kwalificatie.³⁰ Door de complexiteit van het wetgevingsproces, moet wetgeving ‘in één keer goed’ zijn. Desalniettemin past deze complexiteit en langzame stappen niet meer bij de huidige mores. Met het programma *Toekomstbestendige wetgeving* werd een nieuwe aanpak in het leven geroepen: de wetgever zou een richting geven in plaats van harde regels, durven leren, luisteren naar verscheidene stemmen en experimenteren.³¹ Deze bevorderlijke positie ten opzichte van experimentwetgeving past tevens bij het nieuwe zogenaamde “innovatieprincipe”.³² Volgens dit nieuwe beginsel houdt de wetgever rekening met de impact van regels op innovatie en vernieuwing. Tot voor kort stond het voorzorgbeginsel (*precautionary principle*) centraal,

-
- 26 Zie ook hierover het preadvies van van Buyse, Van Humbeeck & Nieuwenhove.
- 27 W.J.M. Voermans & M.J. Cohen, *Onderzoek naar de mogelijkheden voor experimenteerbepalingen in Rotterdamse en Amsterdamse regelgeving*, *Onderzoeksrapport*, Universiteit Leiden 2015, te raadplegen via media.leidenuniv.nl/legacy/onderzoeksrapport-lokale-experimenteerbepaling.pdf.
- 28 John Dewey wordt vaak beschouwd als de “moderne vader” van deze lerende aanpak, zie J. Dewey, *Experience and Education*, Kappa Delta Pi: 1938. G. Stoker, ‘Exploring the Promise of Experimentation in Political Science: Micro-Foundational Insights and Policy Relevance’, *Political Studies* 2010/28, p. 315.
- 29 R. van Gestel, ‘Vertrouwen in een lerende wetgever’, *Regelmaat* 2011/1, p. 7-22.
- 30 Zie W.S.R. Stoter, *Zonder rem. Wetgeving tussen functionaliteit en fundamentele rechtsbeginselen*. Erasmus Universiteit Rotterdam, 2011 (oratie).
- 31 G.J. Veerman, ‘Toekomstbestendige wetgeving: duurzaam? wendbaar? duurzaam wendbaar?’, *Regelmaat* 2016/2, p. 82-101.
- 32 European Political Strategy Centre, ‘Towards an Innovation Principle endorsed by Better Regulation’, *EPSC* 2016/14, te raadplegen via https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/strategic_note_issue_14.pdf; K. Garnett, G. van Calster & L. Reins, ‘Towards an Innovation Principle: An Industry Trump or Shortening the Odds on Environmental Protection?’, *Law, Innovation and Technology* 2018, DOI: 10.1080/17579961.2018.1455023.

dat de nadruk legde op risico's in plaats van mogelijkheden.³³ De nadruk wordt gelegd op het bieden van voldoende ruimte voor vernieuwing en ondernemerschap, waarbij tegelijkertijd publieke belangen en rechtsbeginselen op een adequate manier geborgd zijn.³⁴ Dit laatste punt blijft bijzonder problematisch.

Twintig jaar geleden werden tijdelijke bepalingen (horizonbepalingen) en experimenteerregelingen beschouwd als 'uitzonderingen' op de ongeschreven regel dat wetgeving bestendig moet zijn. Experimenteerwetgeving zou rechtsbeginselen "onder druk kunnen zetten".³⁵ Nu wordt meer ruimte voor experimenten verzocht in het regeerakkoord.³⁶ Zijn de staatsrechtelijke bezwaren tegen experimenteerwetgeving van de afgelopen twee decennia opgelost? Kan de wetgever in 2018 wel experimenteren zonder het beginsel van rechtszekerheid of gelijkheid onder druk te zetten of heeft de wetgever een dynamischere interpretatie van deze beginselen omarmd?³⁷

Dit preadvies nodigt de lezers uit om na te denken over de *relatie tussen experimenteerwetgeving en de bevordering van innovatie in een democratische rechtsstaat*. Dit preadvies gaat niet over specifieke gevallen zoals de noodzaak van experimenteerbepalingen voor de regulering van zelfrijdende auto's, robotisering of blockchain.³⁸ Het gaat over een *structurele* aanpak van technologische ontwikkelingen, hoe we naar de functies van wetgeving en de toekomst van de democratische rechtsstaat kijken en hoe we vorm geven aan de relatie

33 C. Orset, 'Innovation and the Precautionary Principle', *Economics of Innovation and New Technology*, 2014/23, p. 780.

34 Brief van de ministers van Economische Zaken en van Veiligheid en Justitie, 'Innovatiebeleid', *Kamerstukken II* 2016/2017, 33009, nr. 42.

35 Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen *Het proberen waard*, Den Haag, 2000. Zie echter, G.J. Veerman & S.R. Hendriks-de Lange, *Over wetgeving: principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Sdu uitgevers, 2009, p. 111 ("wetten zijn er niet voor de eeuwigheid") (hierna: Veerman & Hendriks-de Lange 2009). Elke nieuwe parlementaire meerderheid heeft de vrijheid om wetgeving te wijzigen. De meerderheid van wetten in formele zin en amvb's blijkt echter bestendig te zijn. Zie het empirisch onderzoek van P.O. de Jong & M. Herweijer, *Alle regels tellen – de ontwikkelingen van het aantal wetten, amvb's en ministeriële regelingen in Nederland*, Den Haag: WODC, 2004.

36 Jacobs 2018.

37 Voor een grondige analyse van de verschillende dimensies van het rechtszekerheidsbeginsel, zie P. Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel van behoorlijke wetgeving*, Antwerpen: Intersentia, 1997 (hierna: Popelier 1997); H. Oldenziel, *Wetgeving en rechtszekerheid: een onderzoek naar de bijdrage van het legaliteitsvereiste aan de rechtszekerheid van de burger*, Den Haag: Kluwer, 1998 (hierna: Oldenziel 1998).

38 Over blockchain en het recht, zie C. Prins, 'De blockchain: uitdaging voor het recht', *NJB* 2016/38, p. 2817; P. de Filippi & A. Wright, *Blockchain and the Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2018.

tussen de wetgever en verschillende stakeholders (publieke en private partijen).

Dit preadvies begint met een kort overzicht van de verschillende vormen van experimenteerwetgeving aan de hand van historische en rechtsvergelijkende voorbeelden.³⁹ Het eerste hoofdstuk maakt ook een onderscheid tussen experimenteerwetgeving en andere vormen van tijdelijke wetgeving, met name horizonbepalingen (*sunset clauses*).⁴⁰ In dit eerste hoofdstuk bied ik tevens een overzicht van de verscheidene functies van experimenteerbepalingen aan de hand van recente en minder recente wetgeving. In het tweede hoofdstuk bespreek ik hoe experimententerruimte innovatie zou kunnen bevorderen. In dit preadvies pleit ik voor een interdisciplinaire analyse van het innovatieproces en meer begrip voor de onzekerheden die dit proces kenmerken. Begrip voor onvoorspelbare omstandigheden betekent niet dat de experimenteergrondslag onbegrensd moet zijn. De staatsrechtelijke grenzen van experimentwetgeving komen daarom aan bod in het derde hoofdstuk.⁴¹

Dit preadvies is voornamelijk gebaseerd op (juridisch) doctrinair en interdisciplinair onderzoek verricht in twee periodes: tijdens mijn promotietraject aan de Universiteit van Antwerpen en Tilburg University (september 2010 en december 2013) en tussen juli 2017 en april 2018.⁴² In beide periodes ging mijn aandacht niet enkel naar nationale ontwikkelingen, literatuur, wetgeving en jurisprudentie, maar ook naar de bestudering van buitenlandse rechtsbronnen. Een interdisciplinair en rechtsvergelijkend perspectief van het innovatieproces kan juristen helpen om de algehele impact van technologie op onze maatschappij beter te begrijpen.⁴³

39 Ranchordás 2014. Voor een uitvoerige bespreking van de verschillende vormen van experimenteerwetgeving, zie het preadvies van Buyse, Van Humbeeck & Van Nieuwenhove.

40 Voor een uitgebreide bespreking van horizonbepalingen zie preadvies van Buyse, Van Humbeeck & Van Nieuwenhove.

41 H.D. Horn, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

42 Ranchordás 2014.

43 W. Kaal, 'Dynamic Regulation for Innovation', in M. Fenwick e.a. (red.), *Perspectives in Law, Business & Innovation*, New York: Springer 2016.

2 Tijdelijke wetgeving: definities, geschiedenis en functies

Experimenteerwet- en regelgeving klinkt als een uitvinding van de laatste eeuw. Hoewel deze wetgevingsinstrumenten in de afgelopen tien jaren meer aandacht hebben gekregen, bestaat experimenteerwetgeving al lang. In sommige landen dateren vormen van tijdelijke wetgeving van de zestiende eeuw.⁴⁴ Dit hoofdstuk licht eerst de definitie van experimenteerwetgeving toe en het biedt daarna een kort overzicht van de geschiedenis van dit wetgevingsinstrument en van zijn potentiële functies.⁴⁵

2.1 Definities

Experimenteerwetgeving is een breed begrip dat verwijst naar verschillende vormen van tijdelijke wetsbepalingen en wetgevingsinstrumenten: experimenteerbepalingen, experimenteerregelingen, experiment(eer)wetten (tijdelijke wetten in formele zin), proeftuinen met een juridische dimensie en regelluwe zones.⁴⁶ In dit preadvies wordt dit begrip toegepast als een alomvattende term die verwijst naar alle vormen van experimenten met wet- en regelgeving.⁴⁷ Experimenteerwetgeving verwijst in dit preadvies niet naar beleidsexperimenten en andere juridische experimenten die geen afwijking van bestaande regels impliceren.

2.1.1 Tijdelijke wetgeving

Tijdelijke wetgeving is een brede categorie die verwijst naar verschillende wetsbepalingen die een vaste eindtermijn hebben. Horizonbepalingen (*sunset clauses*) zijn het bekendste voorbeeld van een tijdelijke bepaling: het opnemen van zulke bepalingen in een wet heeft als resultaat dat deze wet of een deel daarvan zal vervallen na een bepaalde periode, tenzij de wet verlengd wordt wegens uitzonderlijke omstandigheden.⁴⁸ Eijlander en Van Gestel benadrukken dat evaluatie een wezenlijk element van een horizonbepaling is.⁴⁹ Dit element maakt het mogelijk om horizonbepalingen te onderscheiden van andere vormen van tijdelijke wetgeving zoals noodwetgeving (tijdelijke en uitzonderlijke regels die worden ingevoerd als reactie op een crisissitua-

44 A.E. Kouroutakis, *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An Historical and Normative Analysis*, London: Routledge 2017.

45 Voor andere definities van experimenteerwetgeving zie het preadvies van Buyse, Van Humbeek & Van Nieuwenhove en Ranchordás 2014, p. 17-77.

46 SERV 2016.

47 Voor een nauwkeurige analyse van de definitie van 'experimentwetgeving', zie het preadvies van Buyse, Van Humbeek & Van Nieuwenhove.

48 Zenc/Actal, *Horizonwetgeving dichtbij*, 2010; A.F.A. Korsten & H. Engel, 'De voor- en nadelen van wetten met beperkte werkingsduur', *Namens* 1986/4, p. 195.

49 P. Eijlander & R.A.J. van Gestel, *Horizonwetgeving: effectief middel in de strijd tegen toenemende regeldruk?*, Den Haag 2006 (hierna: Eijlander & Van Gestel 2006).

tie).⁵⁰ Tijdelijke regelingen kunnen ook de functies van overgangsrecht dienen en worden ingevoerd om twee wetten of beleidsperiodes over te bruggen.⁵¹

2.1.2 Experimenteerwetgeving

De toelichting op Ar 2.41 definieert een experiment als “het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem.” Deze aanwijzing verwijst voornamelijk naar experimenteerregelingen en niet naar experimenteerwetten. Een experimenteerwet is een wet in formele zin van tijdelijke aard die vaak nieuwe regels in het leven roept voor een korte periode. Experimenteerwetgeving in eigenlijke zin verwijst vooral naar experimenteerbepalingen en experimenteerregelingen die het experiment uitvoeren. De Tijdelijke experimentenwet stembiljetten en centrale stemopneming, die op 1 juli 2017 in werking is getreden, is een voorbeeld van deze vorm van experimentwetgeving. Deze wet erkent dat “het wenselijk is tijdelijke regels vast te stellen voor experimenten met stembiljetten, ter bevordering van de mogelijkheid voor kiezers buiten Nederland hun stem tijdig uit te brengen, alsmede tijdelijke regels vast te stellen voor experimenten (...) ter bevordering van de efficiency, transparantie en controleerbaarheid van de stemopneming.” Op basis van deze wet kunnen bij of krachtens amvb regels worden vastgesteld in afwijking van een aantal artikelen van de Kieswet en de Wet raadgevend referendum.

Een ander voorbeeld van een experimenteerwet is de Experimentenwet onderwijs die een algemeen kader biedt voor de bekostiging van experimenten in het onderwijs.⁵² Artikel 2 stelt vast:

“Indien het bevoegd gezag bij wijze van experiment onderwijs wenst te geven buiten de kaders van de afzonderlijke onderwijswetten, kan Onze minister beslissen dat dit onderwijs uit de openbare kas wordt bekostigd.”

Beide gevallen zijn wetten in formele zin die experimenten mogelijk te maken. De grote meerderheid van juridische experimenten zijn echter te vinden in de vorm van experimenteerregelingen. In theorie zijn experimenteerregelingen enkel van toepassing op een bepaald gebied of een groep burgers.⁵³ Het is inherent aan de experimentele methode om een onderscheid te maken tussen een *control groep* en een *sample groep*. Toch zijn soms experimenteer-

50 Veerman & Hendriks-de Lange 2009, p. 111-114.

51 Veerman & Hendriks-de Lange 2009, p. 113-120.

52 *Stb.* 1970, 370, zie laatste wijziging *Stb.* 2013, 511.

53 Zie ook het preadvies van Buyse, Van Humbeeck & Van Nieuwenhove.

wetten van toepassing op alle burgers omdat het woord ‘experiment’ in zeer brede zin wordt geïnterpreteerd en gelijkgesteld aan ‘tijdelijkheid’. Derhalve kan de titel ‘experimentwet’ of ‘experimenteerwet’ soms misleidend zijn.

Een experimenteerbepaling geeft eerst aan op welke wijze het kan worden afgeweken (“bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat Onze Minister bij wege van experiment tijdelijk van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gegeven voorschriften kan afwijken of een zodanige afwijking kan toestaan”). Er wordt bovendien bepaald in een experimenteerbepaling wat de doelstelling van het experiment en de toegestane tijdsduur van de afwijking zijn, hoe de evaluatie van het experiment plaatsvindt en soms wanneer het experiment beschouwd kan worden als geslaagd (zie bijv. art. 120a Woningwet). Zoals artikel 12.1 van de Jeugdwet laat zien worden naar aanleiding van de invoering van experimenteerbepalingen amvb’s en ministeriële regelingen vastgesteld ter uitvoering van het experiment:

“1. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen met het oog op een doelmatigere en doeltreffendere uitvoering van deze wet, waarbij een optimale samenhangende uitvoering van het vrijwillige en het gedwongen kader voorop staat, regels worden gesteld voor een periode van ten hoogste drie jaar ten behoeve van experimenten waarbij afgeweken kan worden van artikel 3.2, tweede lid.

2. In een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het eerste lid worden in ieder geval de voorwaarden voor het experiment bepaald en tevens welk resultaat met het experiment wordt beoogd.

3. Onze Ministers zenden drie maanden voor het einde van de werkingsduur van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het eerste lid aan de beide kamers der Staten-Generaal een verslag over de doelmatigheid en doeltreffendheid van het experiment alsmede een standpunt inzake de voortzetting van die maatregel, anders dan als experiment. Volgende zoekterm markering.”

Hoewel experimenteerwetgeving op het eerste gezicht algemeenheid mist, is deze vorm van tijdelijke wetgeving te onderscheiden van ad hoc wetgeving of gelegenheidswetgeving, oftewel wetgeving die tot stand komt naar aanleiding van een concreet geval en om die reden vaak van tijdelijke aard is.⁵⁴ Gelegenheidswetgeving heeft geen experimenteel karakter en is gericht op een specifieke persoon of groep. Er wordt niet beoogd om vast te stellen wat de

54 Voor een uitvoerige analyse van de constitutionele implicaties van gelegenheidswetgeving vanuit een rechtsvergelijkend perspectief, zie A. Jasiak, ‘Ad-hocwetgeving en de eis van algemeenheid van wetten in de Verenigde Staten, Duitsland en Nederland’, *Tijdschrift voor Wetgeving* 2013/1, p. 39-53.

beste oplossing voor een bepaald maatschappelijk probleem is. Experimenteerregelingen worden in principe enkel toegepast op een groep burgers of een gebied op basis van objectieve criteria.

Kortom, experimenteerwetgeving is een veelomvattend begrip dat verwijst naar experimenteerwetten, experimenteerbepalingen en experimenteerregeling. Experimenteerwetgeving is gekenmerkt door drie centrale elementen: (i) tijdelijkheid; (ii) afwijking van hogere regels; (iii) evaluatie. Experimenteerwetten die enkel een tijdelijk maar geen experimenteel karakter hebben vallen hier buiten beschouwing. In dit preadvies besteed ik vooral aandacht aan experimenteerbepalingen en experimenteerregelingen: de eerste bepalingen schetsen het kader van een experiment, terwijl experimenteerregelingen nadere informatie geven over de uitvoering van het experiment.

2.1.3 *Regelluwe zones*

Een ‘regelluwe zone’ of *free zone* is een gebied waar landelijke of gemeentelijke regelgeving of beleid tijdelijk buiten werking wordt gesteld.⁵⁵ Door middel van een vrijstelling van regels, wordt meer ruimte gecreëerd voor kleine innoverende ondernemers (in brede zin) die onder andere omstandigheden ontmoedigd zouden worden vanwege het knellende effect van gedetailleerde regelgeving en de lange wachttijden van vergunningen.⁵⁶

Een actueel voorbeeld van deze vorm van experimenten is de zogenoemde ‘regelluwe school’.⁵⁷ Volgens artikel 2 van het Besluit experiment regelluwe scholen PO/VO, beoogt dit experiment:

“te onderzoeken of het aan scholen bieden van regelluwe ruimte leidt tot initiatieven die de kwaliteit, of bij gelijkblijvende kwaliteit, de doelmatigheid van het onderwijs verbeteren en waarvoor na afloop van het experiment definitief ruimte in de WPO en WVO gecreëerd kan worden.”⁵⁸

55 *FreeZone* Amsterdam, Gemeente Amsterdam, Amsterdam 2011, meer informatie is beschikbaar via <https://www.amsterdam.nl/ondernemen/freezone/>.

56 Uit onderzoek blijkt dat vertragingen vooral kostbaar zijn voor kleine ondernemers, zie W. Marneffe, ‘Time is Money: the Cost of Waiting for the Government’, *Theory and Practice of Legislation* 2015/3, afl. 3, p. 213-229.

57 De wettelijke grondslag van dit experiment is art. 176k van de Wet op het primair onderwijs, art. 118t van de Wet op het voortgezet onderwijs en art. 11a.1 van de Wet educatie en beroepsonderwijs.

58 Besluit experiment regelluwe scholen PO/VO, *Stb.* 2015, 443.

Een school kan door de minister worden aangemerkt als ‘regellu’ als aantoonbaar is dat het onderwijs op deze school een goede kwaliteit heeft. Regelluwe scholen mogen afwijken van een aantal bepalingen van de Wet op primair onderwijs en de Wet op voortgezet onderwijs. Dit experiment vervalt in 2022.⁵⁹

2.2 *Terug in de tijd*

Experimenteerwetgeving is vier tot vijf eeuwen geleden ontstaan in het kader van decentralisatie en federalisme.⁶⁰ In de zestiende eeuw werden primitieve vormen van experimenteerbepalingen uitgevoerd in Frankrijk met als doel centraal beleid aan lokale uitdagingen en problemen aan te passen.⁶¹ De vorst stelde toen algemene doelstellingen voor beleid en wetgeving vast en de verschillende lokale overheden kregen toestemming om te experimenteren met het geschikte uitvoeringsbeleid. Vergelijkbare vormen van gedecentraliseerde experimenten vonden ook plaats in het Britse Rijk, met name in Punjab (nu Pakistan) in de negentiende eeuw, waar werd geëxperimenteerd met lokale belastingen. Ook hier wilde de centrale overheid de algemene beleidsdoeleinden van wet- en regelgeving aanpassen aan de lokale middelen, problemen en gewoontes.⁶²

Hoewel experimenteerwetgeving al eeuwen bestaat in andere landen, werd dit wetgevingsinstrument in de jaren ‘70 met terughoudendheid in Europa ontvangen. In Duitsland vinden we de eerste voorbeelden van experimenteerwetgeving in het kader van de hervorming van juridische opleidingen in de jaren ‘70.⁶³ In deze periode wordt de kwaliteit van Duitse wetgeving onder een vergrootglas gelegd: de hoeveelheid wetten was sinds de Tweede Wereldoorlog snel toegenomen en de rationaliteit van wetgeving bleek verloren te gaan.⁶⁴ Experimenten verschijnen als een instrument om wetgeving

59 Voor meer informatie over experimenten op het gebied van onderwijs zie het preadvies van Cnossen & Van der Laan; voor meer voorbeelden van regelluwe zones, zie het preadvies van Buyse, Van Humbeeck & Van Nieuwenhove.

60 Over de rechtsgeschiedenis van tijdelijke wetgeving zie A.E. Kouroutakis, *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An Historical and Normative Analysis*, Routledge, 2017.

61 Zie C. Mamontoff, ‘Réflexions sur l’expérimentation du droit’, *Revue de Droit Public* 1998, p. 365; F. Crouzatier-durand, ‘Réflexions sur le concept d’expérimentation législative’, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2003/4.

62 Zie voor meer informatie over de geschiedenis van tijdelijke wetgeving Ranchordás 2014; A. E. Kouroutakis, *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An Historical and Normative Analysis*, Routledge, 2017.

63 H. Jahrreiss, *Groß und Not der Gesetzgebung*, Schünemann, 1953.

64 P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, Rowolt, 1973.

te rationaliseren en proefondervindelijk vast te stellen welke bepalingen werken en welke afgeschaft moeten worden.⁶⁵

De invoering van experimenteerbepalingen in de jaren ‘70 en ‘80 in Nederland op het gebied van onderwijs beoogde ook meer vrijheid te geven aan scholen om te experimenteren met de aanpak die beter bij hun leerlingen paste.⁶⁶ Het rapport *Het proberen waard* stelde een aantal criteria vast waaraan experimentwetgeving zou moeten voldoen om te borgen dat de beginselen van de democratische rechtsstaat niet onder druk zouden worden gezet.⁶⁷ Deze positie werd later bevestigd in een aantal adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State.⁶⁸

De criteria neergelegd in *Het proberen waard* worden tot op de dag van vandaag toegepast, met name door de Raad van State. Onder andere moet de wetgever aannemelijk maken dat experimenten zinvol en mogelijk zijn. De relevantie van het desbetreffende experiment moet ook worden aangegeven in de wet. Ook moeten onderwerp, doel en functie zo concreet en nauwkeurig mogelijk worden begrensd. Deze criteria werden later ook opgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving.

2.3 *Experimenteerwetgeving in 2018*

Tot 2010 kwam het woord ‘experiment’ nauwelijks voor in wet- en regelgeving. Bulut en Veerman telden 110 resultaten op www.wetten.nl: 28 verwijzingen naar dit woord in wetten in formele zin, 21 in amvb’s en 61 in ministeriële regelingen.⁶⁹ Dezelfde zoekopdracht op www.wetten.nl levert acht jaar later 278 resultaten op. Voorbeelden van bestaande experimenteerbepalingen zijn te vinden in artikel 12.1 van de Jeugdwet, artikel 2 van de Wet toelating zorginstelling, artikel 120a van de Woningwet en artikel 83 van de Participatiewet. De Omgevingswet biedt eveneens een aantal afwijkingsmogelijkheden met als doel het creëren van meer ruimte voor innovatie. Deze

65 S.R. Zippelius, *Die experimentierende Methode im Recht*, Mainz: Akademieabhandlung, 1991.

66 Experimentenwet Onderwijs, *Stb.* 1970, 370.

67 Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen *Het proberen waard*, Den Haag, 2000.

68 Voor recente voorbeelden zie bijv. het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State, Voorstel van wet houdende wijziging van de Warmtewet (wijziging naar aanleiding van de evaluatie van de Warmtewet), *Kamerstukken II* 2016/17, 34723, nr. 4; Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State, Voorstel van wet tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2016), *Kamerstukken II* 2015/2016, 34305, nr. 4.

69 G.J. Veerman & S. Bulut, ‘Voorbij de horizon: over experimenteer- en horizonbepalingen’, *TvCR* 2011, p. 291-292 (hierna: Veerman & Bulut 2011).

wet vergroot de bestuurlijke afwegingsruimte door een aantal afwijkingsinstrumenten in het leven te roepen: maatwerkvoorschriften, maatwerkregels, het gelijkwaardigheidsprincipe en experimenteerbepalingen.⁷⁰

Tegenwoordig worden de juridische en methodologische kaders van experimenteerbepalingen en regelingen gedefinieerd door de Aanwijzingen 2.31, 2.41 en 2.42. Ar 2.41 bepaalt het volgende:

- “1. Indien het gewenst is de mogelijkheid te bieden dat in een lagere regeling bij wijze van experiment van een hogere regeling wordt afgeweken, wordt in die hogere regeling bepaald:
 - a. wat het oogmerk is van het experiment;
 - b. wat het bereik is van de experimenteerregeling;
 - c. van welke onderdelen van de hogere regeling kan worden afgeweken; en
 - d. wat de maximale geldingsduur is van de afwijking.
2. Van een wet in formele zin wordt slechts afgeweken bij algemene maatregel van bestuur, waarbij kan worden voorzien in subdelegatie.
3. In de experimenteerregeling wordt vermeld van welke onderdelen van de hogere regeling wordt afgeweken.”

Deze aanwijzing beoogt het onderwerp waarop een vast te stellen experimenteerregeling betrekking kan hebben, zo concreet en nauwkeurig mogelijk te begrenzen. De toelichting op deze aanwijzing geeft aan dat het doel en de functie van eventuele experimenten moeten worden aangeduid en dat het duidelijk moeten worden vermeld van welke artikelen of onderdelen van de wet kan worden afgeweken.

De inhoud van deze aanwijzingen en hun praktische toepassing in de afgelopen jaren worden niet bekritiseerd of verder geanalyseerd in het kader van dit preadvies. Dit preadvies belicht enkel een terugkerend kritiekpunt van de Raad van State: de omvang van het experiment. De omvang van een experiment wordt in grote mate bepaald door een aantal factoren: het doel van het experiment; de beheersbaarheid van het experiment; de evaluatiecriteria en de kosten. Een heldere en duidelijke formulering van de omvang van het experiment garandeert dat het experiment goed geëvalueerd kan worden en zinvol is geweest. De experimenteerbepalingen van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet werden bijvoorbeeld bekritiseerd vanwege het gebrek aan duidelijkheid, het gebruik van vage begrippen en de aarzeling of de for-

70 K.J. de Graaf & H.D. Tolsma, ‘Flexibiliteit in de Omgevingswet: maatwerk, gelijkwaardigheid en experimenten’, *Milieu en Recht* 2014/41, afl. 8, p. 635-642.

mulering van deze experimenteerbepalingen voldeed aan de criteria neergelegd in Ar 2.41 en 2.42.⁷¹

Een belangrijk onderdeel van een experimenteerbepaling en -regeling is de evaluatie van het experiment. Een experimenteerbesluit dient te vermelden hoe de evaluatie van het besluit plaats zal vinden en aan de hand van welke criteria die evaluatie zal geschieden. Na afloop van experiment dient de wetgever te beoordelen of de resultaten voldeden aan de geformuleerde doelen daarvan.⁷²

2.4 *Functies*

In de laatste jaren wordt steeds meer aandacht geschonken aan tijdelijke wetgeving en met name aan experimenteerwetgeving, vooral in het kader van de wetenschappelijke en politieke discussies omtrent de vermindering van regeldruk, de kwaliteit van wetgeving en de ontwikkeling van *evidence-based* wetgeving. Deze paragraaf biedt in vogelvlucht een overzicht van de functies die vervuld kunnen worden door experimenteerwetgeving.

2.4.1 *Vermindering regeldruk*

In de loop der jaren heeft de Nederlandse wetgever verschillende aanpakken uitgeprobeerd: deregulering, zelfregulering, convenanten. Tussen 2004 en 2009 rees de vraag of tijdelijke wetgeving regeldruk zou kunnen verminderen. Dit idee was geïnspireerd door de Amerikaanse *sunset boom* van de jaren '70, het advies van de Raad voor Economisch Advies (2005) en het rapport van de Mandelkerngroep over wetgevingskwaliteit (2001) om over te stappen naar de algemene invoering van horizonbepalingen als reactie op de toenemende regeldruk.⁷³ Ook de nota *Vertrouwen in Wetgeving* stelde voor dat regeldruk verminderd zou kunnen worden door middel van horizon- en experimenteerbepalingen.⁷⁴

71 K.J. de Graaf & H.D. Tolsma, 'Vier jaar ervaring met hoofdstuk 2 van de Crisis- en herstelwet: Over ontwikkelingsgebieden, de experimenteerbepaling en het projectuitvoeringsbesluit', *JB Plus* 2014/16, afl.1, p. 28-39.

72 Ontwerpbesluit houdende tijdelijke regels voor experimenten in het kader van de Ziektewet (Tijdelijk besluit experimenten Ziektewet), *Stcrt.* 2014, nr. 26303.

73 Zie het rapport van de Mandelkerngroep van 13 november 2001 over betere wetgeving, te raadplegen via http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf (hierna: Mandelkern 2011); en het rapport van de Raad voor Economisch Advies van 26 mei 2005, *Kamerstukken II* 2004/2005, 30123, nr. 2.

74 *Kamerstukken II*, 2008/2009, 31731, nr. 2.

De relatie tussen regeldruk en tijdelijke wetgeving werd in de afgelopen jaren bestudeerd door meerdere academici.⁷⁵ Eijlander en Van Gestel vonden geen correlatie tussen het gebruik van horizonbepalingen en de vermindering van regeldruk.⁷⁶ In de laatste jaren zijn regelluwe zones populairder geworden dan horizonbepalingen in het kader van het beleid tegen regeldruk. Het experiment ‘regelluwe scholen’ is een voorbeeld hiervan. Omdat scholen last blijken te hebben van regelgeving die hun besturen onder druk zet met gedetailleerde regels, wilde de regering experimenteren met ‘regelluwe ruimte’ van nieuwe initiatieven. “Voor scholen die goed presteren zou ‘verdiend vertrouwen’ in plaats van regulering en toezicht het uitgangspunt kunnen zijn.”⁷⁷ De resultaten van deze regelluwe zones zouden meer duidelijkheid kunnen scheppen over de effectiviteit van dit instrument in de strijd tegen overdreven overheidsbemoediging en de stimulering van innovatie op het gebied van onderwijs.

2.4.2 Tijdelijk compromis?

Tijdelijke wetgeving wordt al decennia uitgevoerd zowel in Nederland als in het buitenland als een wapen tegen ongunstige politieke omstandigheden, ‘padafhankelijkheid’ en als *consensus-finder*.⁷⁸ Maltzman en Shipan betogen dat tijdelijke wetgeving het beste resultaat kan bieden aan parlementen die gekenmerkt worden door gefragmenteerde posities.⁷⁹ Een tijdelijke of experimenteelbepaling bevat de belofte van een heroverweging en de kans dat de nieuwe regels vervallen en alles wordt teruggedraaid naar de voorafgaande status quo.⁸⁰ De voorstanders van experimenteelregels hopen dat het ex-

75 Zie bijv. M.L.M. Hertogh & R. van Gestel, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, Wolf Legal Publishers, 2006; D. Helm, ‘Regulatory Reform, Capture, and the Regulatory Burden’, *Oxford Review of Economic Policy* 2006/22, afl. 2, p. 169-185; E.J.M. Vergeer, *Regeldruk vanuit een ander perspectief*, E.M. Meijers Instituut 2017.

76 Eijlander & Van Gestel 2006.

77 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, Ontwerpbesluit houdende vaststelling van regels omtrent experimenten met regelluwe scholen in het primair- en voortgezet onderwijs (Besluit experiment regelluwe scholen PO/VO), *Stcr.* 2015, nr. 43020.

78 F. Maltzman & C.R. Shipman, ‘Change, Continuity, and the Evolution of the Law’, *American Journal of Political Science* 2008/52, afl. 2, p. 252-267 (hierna: Maltzman & Shipan 2008).

79 Maltzman & Shipan 2008, p. 255.

80 T. Ginsburg, J. Masur & R. McAdams, ‘Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law’, *University of Chicago Law Review* 2014/81, afl. 1, p. 291-359.

periment zal vaststellen dat de nieuwe regels effectiever zijn. De tegenstanders beschouwen het experiment als een tijdelijk compromis.⁸¹

Eijlander en Van Gestel geven het voorbeeld van de Wet periodieke autokeuring die indertijd aangenomen werd dankzij haar aanvankelijke tijdelijkheid.⁸² Een recent voorbeeld van een lopend en controversieel experiment betreft de regeling met betrekking tot de zogenoemde ‘promotiestudenten’ (Besluit experiment promotieonderwijs).⁸³ Tot nu toe worden interne promovendi aangesteld als medewerkers. In 2012 heeft het kabinet voorgesteld om de arbeidspositie van promovendi te wijzigen: het promotietraject zou worden omgezet in een derde studiefase en promovendi zouden in plaats van een salaris een gelijkwaardige beurs ontvangen. Nadat de Raad van State en verschillende organisaties zich kritisch hadden uitgelaten over dit voorstel, werd deze wijziging omgezet in een experiment. Terwijl het genoemde voorstel een grote verandering voor het systeem betekent, geldt deze situatie voor de meeste promovendi in Westerse landen. Enkel twee Nederlandse universiteiten hebben zich aangemeld voor dit experiment: op grote schaal, de Rijksuniversiteit Groningen, en op kleine schaal, de Erasmus Universiteit. De Rijksuniversiteit Groningen kon dankzij dit experiment het aantal promovendi verhogen.

Het experiment met promotiestudenten wijkt af van een aantal artikelen van de Wet op hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en onderzoekt:

“of met een nieuw promotietraject als derde cyclus in het bachelor-mastersysteem (...) het aantal gepromoveerden aan universiteiten wordt vergroot, de mogelijkheid voor promovendi om eigen onderzoeksvoorstellen in te dienen en te realiseren toeneemt en de positie van gepromoveerden op de arbeidsmarkt wordt verbeterd en daarmee de kennissamenleving verder kan worden ontwikkeld.”

81 Een bekend voorbeeld in de Verenigde Staten is de *New York Mental Hygiene Law*, sectie 960 (*Kendra's law*). Deze wetswijziging werd voorgesteld als reactie op een gewelddadig incident met een psychiatrische patiënt. De nieuwe wetsbepalingen dwingen behandeling af bij individuen met een geschiedenis van geweld. De tijdelijke wet werd meerdere keren verlengd. Op dit moment geldt deze wet voor onbepaalde tijd, ondanks gemengde evaluatieresultaten. Zie K.A. Worthington, ‘Kendra’s Law and the Rights of the Mentally Ill: An Empirical Peek behind the Courts’, *Cornell Journal of Law & Policy*, 2009/19, p. 213.

82 Eijlander & Van Gestel 2006, p. 17.

83 Besluit van 23 december 2015, houdende bepalingen voor een experiment met het oog op verbetering van de toegankelijkheid en de doelmatigheid van het hoger onderwijs door invoering van promotieonderwijs (Besluit experiment promotieonderwijs), *Stb.* 2016, 3.

Dit experiment vervalft in 2024. De resultaten worden met spanning afge wacht door andere universiteiten die belangstelling hebben voor deze vorm van promotietrajecten maar vrezen dat deze optie promoveren minder aantrekkelijk maakt voor goede studenten, aangezien promovendi geen pensioen opbouwen en onder andere geen recht hebben op ziekte- of zwangerschapsverlof. Met dit experiment werd een gedeeltelijk compromis gesloten tussen het kabinet en de oppositie: twee universiteiten proberen op vrijwillige basis een nieuw stelstel uit en op basis van het resultaten worden conclusies getrokken over de doeltreffendheid en doelmatigheid van het nieuwe systeem.

2.4.3 Doeltreffendheid en doelmatigheid van wetgeving

In de afgelopen jaren is de vraag naar meer *evidence-based* wetgeving toegenomen. Feiten en hard bewijs versterken in theorie de legitimiteit en rationaliteit van wet- en regelgeving. Bovendien wordt de wetgever in onze rechtsstaat geacht over meer kennis en informatie te beschikken over de realiteitswaarde van nieuwe regels.⁸⁴ Experimenteerwetgeving is een vorm van *evidence-based* wetgeving. Aan de hand van een experiment probeert de wetgever bewijs te vergaren betreffende de effectiviteit van nieuwe bepalingen.⁸⁵ Net als natuurwetenschappers in hun laboratoria, gaan regelgevers op zoek naar feiten en bewijs dat nieuwe bepalingen of beleid effectiever zijn dan bestaande wetsbepalingen. De experimentele methode beklemtoont de leerfunctie van het wetgevingsproces.⁸⁶

Met experimenteerwetgeving kunnen de effecten van nieuwe aanpakken kleinschalig worden vastgesteld. De wetgever kan beter inzicht verkrijgen in de baten en kosten van nieuwe maatregelen. Het resultaat van het proefondervindelijk vaststellen van deze effecten brengt met zich dat de wetgever kan kiezen voor de meest doeltreffende en doelmatige bepalingen.⁸⁷ De wetgever verwijst in de praktijk naar “doelmatiger” uitvoering van een bepaald beleid (bijv. “doelmatigere uitvoering van jeugdzorg”).⁸⁸

84 D. Keyaerts, ‘De wetgever en experimentalisme: de juridische grenzen van een wetgevingsmodel’, *Tijdschrift voor Wetgeving* 2013/1, p. 16-38.

85 R. van Gestel, ‘Evidence-based Lawmaking and the Quality of Legislation: Regulatory Impact Assessments in the European Union and the Netherlands’, in: H. Schäffer & J. Iliopoulos-Strangas (red.), *State Modernization in Europe*, Berliner Wissenschaftsverlag 2007, p. 141.

86 R. van Gestel & G. van Dijk, ‘Better Regulation through Experimental Legislation’, *European Public Law* 2011/17, afl. 3, p. 539-553.

87 Veerman & Bulut 2011, p. 291, 295.

88 Advies van de Raad van State, Nota van wijziging bij het voorstel houdende wijziging van de Wet op de jeugdzorg in verband met het opnemen van een gemeentelijke verantwoordelijkheid voor de jeugdketen, W13.10.0059/1 (niet gepubliceerd)

Experimenteerwetgeving kan ook worden gekozen om de vroegtijdige hervorming van wetgeving te vermijden. Met het wetsvoorstel Wet elektronisch bestuurlijk verkeer stelde de wetgever een wijziging van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) voor: het voorstel strekte ertoe regels op te nemen over het verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen en tussen bestuursorganen onderling. In 2002 adviseerde de Raad van State dat “het beter [zou zijn] een regeling voor het elektronisch bestuurlijk berichtenverkeer eerst in de praktijk te beproeven op experimentele basis, alvorens een definitieve regeling op te nemen in de Awb.”⁸⁹ De Raad twijfelde toen of de “tijd rijp [was] voor een regeling van deze materie in de Awb”. De Raad van State meende dat toen nog te veel onduidelijkheden bestonden over de bewaking van de betrouwbaarheid van de elektronisch handtekening.

Het beperken van risico's is een aloude functie van (wetenschappelijke) experimenten. Experimenten begrenzen de effecten van nieuwe bepalingen en de doelgroep op wie het experimentele regime van toepassing zijn. In de wereld van wetgeving worden experimenten ook gezien als een minder riskante stap dan een algemene uitvoering van nieuwe bepalingen waarvan de effecten onbekend zijn. Deze ratio van experimenteerwetgeving is diepgeworteld in de internationale geschiedenis van experimenteerwetgeving in het kader van federalisme.⁹⁰ In de Verenigde Staten experimenteren deelstaten sinds het begin van de vorige eeuw met beleid en wetgeving in het kader van gedeelde bevoegdheden. Deelstaten wordt de ruimte gegeven om tijdelijk af te wijken van federale wetgeving en te experimenteren met regels die beter passen bij hun maatschappelijke problemen en financiële middelen. Het voordeel van deze experimenten is dat een innovatief beleid kleinschalig uitgeprobeerd kan worden (op deelstaat- of lokaal niveau). Andere deelstaten of vergelijkbare gemeenschappen kunnen lessen trekken uit deze experimenten en *beste practices* overnemen. In dit kader is de uitdrukking

89 Voorstel van wet houdende aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen (Wet elektronisch bestuurlijk verkeer), *Kamerstukken II* 2001/02, 28483, nrs. 2 en 4.

90 Zie bijv. G. Tarr, 'Laboratories of Democracy? Brandeis, Federalism, and Scientific Management', *Journal of Federalism* 2001/31, p. 37-46; D.A. Super, 'Laboratories of Destitution: Democratic Experimentalism and the Failure of Antipoverty Law', *University of Pennsylvania Law Review* 2008/157, p. 541-613; A. Karch, *Democratic Laboratories: Policy Diffusion among the American States*, The University of Michigan Press, 2007; V. Gray, 'Innovation in the States: A Diffusion Study', *American Political Science Review* 1973/4, p. 1174-85.

‘states-as-laboratories’ tot stand gekomen.⁹¹ In Nederland bestaat deze traditie van lokale experimenten niet: het staatsrecht probeert juist het beginsel van rechtseenheid te waarborgen en wetgeving wordt traditioneel niet beschouwd als een onderzoeksinstrument. Experimenteerwetgeving zorgt enkel voor een tijdelijke en lokale afwijking van bestaande regels. Zoals ik in het volgende hoofdstuk zal uitleggen, beoogt deze afwijking de doeltreffendheid van nieuwe regels uit te proberen.

3 Innovatie en experimenteeromgeving

Sinds 2015 wil het kabinet meer ruimte bieden aan innovaties zoals de deeleconomie, zelfrijdende auto’s en big data. Een structurele aanpak werd toen voorgesteld: de invoering van ‘toekomstbestendige wetgeving’.⁹² Volgens het hiernaar genoemde programma zou de modernisering van wetgevingsvraagstukken een bijdrage leveren enerzijds aan de democratische en *throughput*-legitimatie van wetgeving en anderzijds aan innovatiebeleid dat vaak verhinderd of vertraagd wordt door knellende en verouderde regels.⁹³ Ook op Europees niveau leeft het begrip van toekomstbestendige wetgeving (*future-proof legislation*) in het kader van het beleid voor betere regelgeving.⁹⁴

In Nederland zijn in 2015 drie paden naar toekomstbestendige wetgeving geschetst: doelregelgeving, het invoeren van een “*Right to challenge*” (het recht van burgers om alternatieve projecten voor te stellen voor bijvoorbeeld het beheer van openbare faciliteiten) en een bredere invoering van experimenteerwetgeving.⁹⁵ Het kabinet stelde experimenteerbepalingen voor als een

91 *New State Ice Co v. Liebmann* 285 U.S. 265 (S. Ct., 371, 76 L.E. 747, 1932). J. Brandeis (dissent): “There must be power in the States and the nation to remould, through experimentation, our economic practices and institutions to meet changing social and economic needs. Denial of the right to experiment may be fraught with serious consequences to the nation. It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.”

92 Ministers van Economische Zaken en Veiligheid en Justitie, *Werken aan toekomstbestendige wetgeving en een toekomstbestendig wetgevingsproces*, DGBI-R&I/16098216.

93 I. Iusmen & J. Boswell, ‘The dilemmas of pursuing “throughput legitimacy” through participatory mechanisms’, *West European Politics* 2017/40, afl. 2, p. 459-478. Over de betekenis van de verschillende vormen van legitimatie (*input*, *output* en *throughput*) zie F.W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, 1999.

94 Europese Commissie, *European Governance: A White Paper*, Brussel, 2001; EESC, *Future-proof legislation*, Brussel, 2016.

95 Brief van de minister van Economische Zaken, ‘Ruimte voor innovatie door toekomstbestendige wet- en regelgeving’, 20 juli 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 33009, nr. 10; E. Florijn, ‘Paden naar Utopia: Over regels, regeldruk en experimenten in het onderwijs’, *Regelmaat* 2016/31, afl. 2, p. 117-127 (hierna: Florijn 2016).

van de mogelijke instrumenten die deze toekomstbestendige benadering zou kunnen uitvoeren: “wettelijke experimenteerbepalingen [zouden] uitkomst kunnen bieden in situaties met veel onzekerheid over de mogelijke gevolgen van nieuwe regels.” Desalniettemin wordt niet uitgelegd hoe meer experimenteerruimte het innovatieproces kan stimuleren en wat onder ‘innovatie’ wordt verstaan.

Dit hoofdstuk bespreekt de relatie tussen dit derde pad en de bevordering van innovatie aan de hand van drie deelonderwerpen: de kenmerken van het innovatieproces, de relatie tussen innovatie en het recht, en de mogelijkheid om toekomstbestendige wetgevingsinstrumenten in het leven te roepen. Dit hoofdstuk begint met de definitie van innovatie en een beschrijving van de complexiteit van de totstandkoming van vernieuwing.

3.1 *Het innovatieproces*

Het woord ‘innovatie’ is hip: hoe meer innovatie, hoe beter. Iedereen is voorstander van beleid dat innovatie stimuleert, hoewel de meesten niet zo goed weten wat dat precies inhoudt.⁹⁶ De rol van het recht in dit proces blijft echter iets controversiëler. Het innovatieproces wordt vaak geassocieerd met eenzame ondernemers en uitvinders en serendipiteit.⁹⁷ Volgens deze mythe zou het vooral belangrijk zijn om ruimte te geven aan deze actoren om creatief te zijn: minder regels, meer vrijheid. *Big government* wordt voornamelijk beschouwd als een vijand van innovatie. In de digitale economie hebben partijen toegang tot meer informatie en zou hierdoor minder regelgeving nodig zijn.⁹⁸ Volgens dit perspectief zou de overheid meer regelgevende bevoegdheden moeten toekennen aan private partijen en *peer-to-peer* (P2P) netwerken.⁹⁹ Uit onderzoek blijkt echter dat slechts een klein deel van innovaties het resultaat is van een moment van inspiratie, serendipiteit of het werk van een eenzame genie.¹⁰⁰ Het innovatieproces is ingewikkelder dan wij altijd

96 G. Bernstein, ‘In The Shadow of Innovation’, *Cardozo Law Review* 2010/31, p. 2257; D. Ben-Horin, ‘Innovation Obsession Disorder’, *Stanford Soc. Innovation Rev.*, april 2012, te raadplegen via http://www.wsireview.org/Blog/Entry/Innovation_Obsession_Disorder.

97 S. Berkun, *The Myths of Innovation*, O’Reilly, 2010, p. 3-4.

98 Volgens de traditionele economie zou regelgeving een reactie zijn op marktfalen, zoals informatieasymmetrie. In een wereld waar informatie niet schaars maar overvloedig is, dan wordt een andere positie van de regelgever verwacht. Zie S. Ranchordás, ‘Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy’, *Critical Analysis of Law* 2015/5.

99 M. Cohen & A. Sundararajan, ‘Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Economy’, *University of Chicago Law Review Dialogue* 2015/82, p. 116.

100 K. Pavitt, ‘Innovation Processes’, in: J. Fagerberg & D. Mowery (red.), *The Oxford Handbook of Innovation*, Oxford: Oxford University Press.

hebben gedacht en, in tegenstelling tot de wat laissez-faire-doctrine altijd heeft beweerd, speelt de overheid een belangrijke rol daarin.¹⁰¹ Smartphones bijvoorbeeld zijn enkel ‘slim’ geworden vanwege decennia van investeringen van de overheid in technologie (een voorbeeld is de ontwikkeling van het internet dat werd ondersteund door het Amerikaanse leger).¹⁰²

De rol van de overheid in de bevordering van innovatie door middel van regulering was tot voor kort beperkt tot het gebied van intellectueel eigendom.¹⁰³ Het innovatieve karakter van een land wordt nog steeds gemeten aan de hand van het aantal geregistreerde patenten. Daarbuiten bestond nauwelijks een relatie tussen innovatie, de overheid en het recht.¹⁰⁴ De traditionele positie was dat de overheid innovatie enkel kon stimuleren door financiële stimuli (subsidies) te geven. Tijdens de economische crisis van 2008 is een nieuwe positie ontstaan: wetenschappers begonnen toen te betogen dat regels niet alleen beklemmend zijn. De juiste vorm van regelgeving kan ook innovatie stimuleren.¹⁰⁵ Het zou mogelijk zijn om een vriendelijke omgeving voor innovatie te genereren door middel van de juiste regelgeving.¹⁰⁶ Toch wordt deze relatie tussen wet- en regelgeving onderbelicht. De Nederlandse wetgever ziet kansen in een brede invoering van experimenteerruimte. Tegelijkertijd wordt deze ruimte strak begrensd door de Aanwijzingen voor de regelgeving en de criteria van *Het proberen waard*.

Volgens Nelson en Winter wordt het innovatieproces gekenmerkt door drie eigenschappen: onzekerheid, diversiteit en institutionele complexiteit.¹⁰⁷ Onzekerheid vertaalt zich in de onmogelijkheid om de resultaten van het innovatieproces van tevoren te voorspellen. Het idee dat diversiteit positieve effecten kan hebben op het innovatieproces vloeit voort uit onderzoek dat toont dat groepen die bestaan uit individuen met verschillende achtergronden betere en innovatievere resultaten leveren. Diversiteit is zowel een intern als extern element van innovatie: innovatie profiteert van de diversiteit

101 M. Mazzucato, *The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Sector Myths*, London: Penguin 2013.

102 L. Weiss, *America Inc? Innovation and Enterprise in the National Security State*, Ithaca, Cornell University Press, 2014.

103 C. Hardy, ‘State Patents in the Age of Laissez-Faire’, *Berkeley Technology Law Journal* 2013/28, p. 45; C. Hardy, ‘State Patents as Solution to Underinvestment in Innovation’, *University of Kansas Law Review* 2014/62, p. 101.

104 S. Borrás, *The Innovation Policy of the European Union: from Government to Governance*, Cheltenham: Edward Elgar 2013.

105 K. Blind, ‘The Influence of Regulations on Innovation: A Quantitative Assessment for OECD Countries’, *Research Policy* 2012/41, p. 391.

106 K.K. Stylianou, ‘An Innovation-centric Approach of Telecommunications Infrastructure Regulation’, *Virginia Journal of Law & Technology* 2011/16, p. 221.

107 R. Nelson & S. Winter, ‘In Search of Useful Theory of Innovation’, *Research Policy* 1977/6, p. 36.

aan achtergronden binnen organisaties (diversiteit aan individuen), maar ook van de diversiteit aan beleid, regelgeving en andere prikkels (diversiteit aan instrumenten).¹⁰⁸

Hoewel deze kenmerken van het innovatieproces evident klinken, is er niet altijd aandacht geweest voor diversiteit aan mentaliteit, achtergrond of vaardigheden in beleid en regelgeving. De *New Deal*-regelgeving in de Verenigde Staten is een voorbeeld van een programma dat als reactie op de financiële crisis van de jaren '30 de economie wilde rationaliseren, zekerheid wilde bieden aan ondernemers en werknemers en orde wilde scheppen in onzekere tijden.¹⁰⁹ Als resultaat werden talloze zelfstandige bestuursorganen en nieuwe regels in het leven geroepen. De *sunset-boom* van de jaren '70 en '80 is ontstaan als een reactie op de toenemende administratieve lasten en beoogde de vermindering van regeldruk.¹¹⁰ De *New Deal* heeft Europese regelgeving lang beïnvloed, maar deze sterke aanwezigheid van de overheid werd langzaam teruggebracht en de invloed van de (*big*) *government* werd vervangen door *governance*, met name in het kader van de regulering van technologie.¹¹¹

De bevordering van innovatie kent geen vuistregels. Er is geen *one-size-fits-all*-optie voor het innovatieproces. Het creëren van experimenteerruimte voor de regulering van de digitale economie kan wellicht effectief zijn voor bepaalde sectoren (bijv. de deeleconomie), maar deze benadering kan schadelijk zijn voor andere technologische ontwikkelingen die gepaard gaan met meer risico's.¹¹²

3.2 Innovatie en het recht

Wet- en regelgeving kunnen in theorie een belangrijke en positieve rol spelen in het innovatieproces. De wetgever kan innovatiepaden openen, het gedrag van ondernemers sturen aan de hand van inzichten van gedragseconomie en keuzearchitectuur of zelfs de vraag naar innovatie beheren via het

108 S. Ranchordás, 'Innovation Experimentalism in the Age of the Sharing Economy', *Lewis & Clark Law Review* 2015/19, p. 871.

109 C. Sunstein, 'Constitutionalism after the New Deal', *Harvard Law Review* 1987/101, p. 421; E.L. Glaeser & A. Shleifer, 'The Rise of the Regulatory State', *Journal of Economic Literature* 2003/41, p. 401.

110 M. Bickle, 'The National Sunset Movement', *Seton Hall Legislative Journal* 1985/9, p. 209; L. Curry, 'Politics of Sunset Review in Texas', *Public Administration Review* 1990/50, p. 58.

111 O. Lobel, 'The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought', *Minnesota Law Review* 2004/89, p. 262.

112 F. Toedtling & M. Trippel, 'One Size Fits All? Towards a Differentiated Innovation Policy Approach', *Research Policy* 2005/34, p. 1204.

aanbestedingsrecht.¹¹³ Toch blijft de vraag: hoe gaat de wetgever om met onzekerheid in het innovatieproces? Is de bevordering van innovatie een van de vele functies van wetgeving?

3.2.1 Onzekerheid

Terwijl de Aanwijzingen voor de regelgeving richting geven aan de wetgever over hoe de omvang van het experiment moet worden geschetst, blijken deze aanwijzingen niet verenigbaar te zijn met de adequate regulering van technologische ontwikkelingen. Het vereiste dat de experimenteergrondslag moet verwijzen naar de wetsbepalingen waarvan afgeweken mag worden, betekent dat de wetgever voldoende informatie moet verschaffen over deze innovaties en hun risico's moet kunnen voorspellen. Deze voorspellingen zijn niet altijd mogelijk. Dit vereiste van de experimenteergrondslag kan verklaard worden aan de hand van het legaliteitsbeginsel en de beperkingen van delegatie van bevoegdheden.¹¹⁴ Wezenlijke elementen ten opzichte van de uitoefening van een bevoegdheid moeten worden aangegeven in de delegatiegrondslag.

De vraag die rijst, is of in een tijd van snelle ontwikkelingen bredere delegatiegrondslagen of het gebruik van vage begrippen in plaats van begrensde doelstellingen en opsommingen van artikelen niet te verantwoorden zijn aan de hand van de onverwachte resultaten van het experiment.¹¹⁵ Bijvoorbeeld, de wetgever had in het kader van de regulering van de deeleconomie de mogelijkheid kunnen openen dat er afgeweken zou worden van een aantal bepalingen van de Huisvestingswet. Dat zou een toekomstgerichte aanpak geweest kunnen zijn.¹¹⁶ In 2010, toen Airbnb en andere platformen net actief waren op de Nederlandse markt, zou de vraag of er afgeweken mocht worden van een bepaling over het aanbieden van woonruimte of meerdere bepalingen van deze wet, anders beantwoord zijn dan op dit moment. Airbnb is een voorbeeld van een innovatie die begon als een kleinschalig initiatief met geringe effecten op de leefomgeving van grote steden. De deeleconomie

113 N. Ashford & R.P. Hall, 'The Importance of Regulation-Induced Innovation for Sustainable Development', *Sustainability* 2011/3, p. 270; B. Frischmann, 'Innovation and Institutions: Rethinking the Economics of U.S. Science and Technology Policy', *Vermont Law Review* 2000/24, p. 358. Ik verwijs hier naar de zgn. *procurement for innovation of public procurement of innovative solutions*, zie <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/public-procurement-innovative-solutions>.

114 P. Eijlander, M. Lokin & W. Voermans, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid: de Aanwijzingen voorbij', *Regelmaat* 2001/2, 69, p. 73.

115 J. Oster, 'The Scope of Judicial Review in the German and US Administrative Legal Systems', *German Law Journal* 2008/9, p. 1267.

116 Dit is een hypothetisch voorbeeld. De gemeente Amsterdam heeft wel ervoor gekozen om tijdelijk lokale regels niet te handhaven en samen te werken met Airbnb volgens een Memorandum of Understanding (vervallen in 2015).

is echter in een mum van tijd gegroeid en Airbnb is een alternatief geworden voor een groot aantal toeristen. De gevolgen van de snelle groei van Airbnb waren aanvankelijk moeilijk te voorzien. Dit geldt ook voor andere ‘disruptieve’ innovaties die breken met bestaande systemen, tradities en bestaande begrippen.

Het argument dat rekening houden met technologische ontwikkelingen een brede beschrijving van de grondslag van een experiment kan impliceren, werd tot nu toe niet omarmd door de Raad van State. In 2017 lichtte de Raad van State in het advies inzake de wijzigingen naar aanleiding van de evaluatie van de Warmtewet als volgt toe:

“De experimenteerbepaling vermeldt niet van welke artikelen van de Warmtewet kan worden afgeweken. Voor zover onderdelen worden genoemd waarvan mag worden afgeweken, worden deze onderdelen slechts globaal geduid (“marktmodellen” en “tariefreguleringssystematiek”). In een experimenteerbepaling dient echter concreet te worden vermeld van welke artikelen kan worden afgeweken.”¹¹⁷

In 2008 had de Raad van State zich ook kritisch uitgelaten over de experimenteerwet *Kiezen op Afstand* en het gebruik van vage terminologie in het kader van nieuwe technologische ontwikkelingen.¹¹⁸ Dit experiment was uitdrukkelijk bedoeld om te kunnen beoordelen of de kiesgerechtigden de door *Kiezen op Afstand*-voorzieningen zouden benutten, en in welke mate. De Raad van State zag in dit wetsvoorstel een poging om een tijdelijke wetsbepaling om te zetten “in een onderzoeksinstrument” die enkel “losse ervaringsgegevens” zou opleveren.¹¹⁹ In dit advies wordt opgemerkt:

“Op de Experimentenwet zijn van toepassing de criteria, genoemd in het rapport *Het proberen waard* en onderschreven door het kabinet. Zo moet de verwachting bestaan dat zinvolle experimenten mogelijk zijn. De relevantie van het desbetreffende experiment moet worden aangegeven. Ook moeten onderwerp, doel en functie zo concreet en

117 Voorstel van wet houdende wijziging van de Warmtewet (wijzigingen naar aanleiding van de evaluatie van de Warmtewet), *Kamerstukken II* 2016/17, 34723, nr. 4.

118 Over recente experimenten op dit gebied, zie M. Liedorp & B. Veltkamp, ‘Experimenteren door en binnen BZK-wetgeving. Een verkenning naar de ruimte om te experimenteren bij verkiezingen en bij elektronische toegang tot de overheid’, in: V.I. Daskalova & M.A. Heldeweg (red.), *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving*, Publicaties van de staatsrechtkring 20, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017, p. 49-65.

119 Tijdelijke regels ter zake van experimenten in het kader van het project *Kiezen op Afstand*, *Kamerstukken II*, 28664, nr. 4.

nauwkeurig mogelijk worden begrensd. In het wetsvoorstel wordt echter nog veel in het vage gelaten.

De toelichting geeft (...) geen enkele indicatie van het aantal gemeenten en hun omvang dat naar verwachting in het experiment zal worden betrokken, en laat ook open welk aantal minimaal nodig is om het experiment, uit een oogpunt van het ermee beoogde doel, zinvol te doen zijn.

In artikel 1 is sprake van experimenten «met het oog op de ontwikkeling van nieuwe technieken» zonder enige specificatie van de technieken waarop wordt gedoeld. Ook maakt het wetsvoorstel experimenten met verschillende technieken tegelijkertijd mogelijk.»

Ook in 2013 heeft de Raad van State geadviseerd om af te zien van algemene verwijzingen naar toekomstige ontwikkelingen in een voorgestelde experimenteerbepaling van de Penitentiaire beginselenwet.¹²⁰ De toelichting van deze bepalingen bevatte geen concrete voorbeelden van toekomstige ontwikkelingen of projecten:

“Daarmee k[on] niet goed worden beoordeeld, of het noodzakelijk is de voorgestelde experimenteerbepalingen te introduceren en of op het betrokken terrein zinvolle experimenten mogelijk zijn.”¹²¹

3.2.2 *Negatieve externaliteiten*

Innovatieve producten kunnen negatieve externaliteiten produceren en een negatief effect hebben op de omgeving. Veelbesproken voorbeelden zijn hoe Airbnb en Wimdu de betaalbaarheid en beschikbaarheid van woningen in grote steden onder druk zet en hoe robots werkgelegenheid bedreigen.¹²² Deze externaliteit geldt niet voor de deeleconomie als zodanig. De circulaire economie is een voorbeeld van hoe innovatieve initiatieven ook duurzaamheid kunnen bevorderen.¹²³

120 Voorstel van wet tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen in verband met het vervoer, het medisch klachtrecht en enkele andere onderwerpen, *Kamerstukken II 2013/2014*, 33844, nr. 4.

121 *Kamerstukken II 2013/2014*, 33844, nr. 4.

122 *Evaluatie Innovatiebeleid 2017*.

123 Rijksbreed programma circulaire economie, *Kamerstukken II 2015/16*, 32852, nr. 33.

3.3 *Is toekomstbestendige wetgeving mogelijk?*

‘Toekomstbestendige wetgeving’ kan tegelijkertijd worden geïnterpreteerd als een *contradictio in terminis* of een pleonasme. Aan de ene kant wordt wetgeving geacht voor de toekomst te gelden.¹²⁴ Bestendigheid is een belangrijk onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel. Aan de andere kant zou het opleggen van regels op toekomstige meerderheden als ondemocratisch opgevat kunnen worden. Een toekomstige meerderheid moet kunnen beslissen over haar eigen wetten en politieke prioriteiten. Om deze dubbele interpretatie te vermijden heeft onze rechtsorde een duidelijke definitie van ‘toekomstbestendige wetgeving’ nodig en een analyse van de instrumenten die deze aanpak van dienst zouden kunnen zijn.

In 2016 onderzocht het Europees Economisch en Sociaal Comité (hierna: EESC) op verzoek van het Slowaaks voorzitterschap of toekomstbestendige wetgeving tegelijkertijd de kwaliteit van wetgeving in Europa, innovatie en het concurrentievermogen van de Europese economie zou kunnen verbeteren. Deze vraag is gerelateerd aan bestaande programma’s op het gebied van betere regelgeving en het REFIT-programma. Drie hoofdvragen zijn in de opinie van het EESC naar voren gebracht: ten eerste of een goed evenwicht tussen enerzijds het aanpassingsvermogen aan de wetenschappelijke en technologische vooruitgang en anderzijds de voorspelbaarheid en rechtszekerheid kon worden bereikt; ten tweede hoe regelgevingskosten konden worden geminimaliseerd met inachtneming van de doelstellingen van het Verdrag; en ten derde hoe het institutionele kader zou moeten evolueren om een toekomstbestendige wetgeving te garanderen.¹²⁵ Het EESC beschreef toekomstbestendige wetgeving aan de hand van haar kenmerken:

“De Europese regelgeving is toekomstbestendig als zij *proactief* en toekomstgericht is en *maximale juridische duidelijkheid* en *rechtszekerheid* biedt. Het EESC pleit daarom voor een regelgeving die *zich aanpast* en tevens toekomstgericht is.”¹²⁶

Naast pro-activiteit, maximale juridische duidelijkheid, rechtszekerheid en aanpassingsvermogen, vraagt het EESC ook aandacht voor de volgende punten:

“Europese regelgeving is toekomstbestendig als zij door de burgers als *legitiem* wordt beschouwd. Zij moet gebaseerd zijn op vertegen-

124 Veerman 2016, p. 82.

125 EESC, Advies, SC 0/45, OJ C 487, 28 december 2016, p. 51.

126 Europees Economisch en Sociaal Comité Europees, Advies, SC 0/45, OJ C 487, 28.12.2016, p. 51.

woordiging, consensus en participatie, en moet in staat zijn om resultaten te leveren of een collectief probleem op te lossen. (...) Niet alleen de inhoud van de regelgeving, maar ook *het regelgevingsproces* zelf [moet] toekomstbestendig [zijn] om aan de behoeften van het bedrijfsleven en de burgers te voldoen.”

Het begrip van ‘toekomstbestendige wetgeving’ wordt ook geschetst in het kader van het innovatiebeginsel. Dit beginsel houdt in dat bij het opstellen en herzien van regelgeving rekening moet worden gehouden met de gevolgen van die regelgeving voor onderzoek en innovatie. Dit beginsel betekent niet dat het innovatiepotentieel van regelgeving niet wordt afgewogen tegen potentiële risico’s. Op de gebieden van sociale en milieubescherming, volksgezondheid en consumentenbescherming wordt dit beginsel met de nodige voorzichtigheid toegepast.

Het EESC beklemtoont in zijn advies dat de bevordering van innovatie “een van de noodzakelijke voorwaarden voor duurzame groei in Europa” is. Om het innovatieproces te bevorderen heeft Europa “een gunstig regelgevingskader nodig, hoewel er geen lineair verband bestaat tussen innovatie en het regelgevingskader. Naast wetgevende maatregelen moeten er daarom ook andere maatregelen (van administratieve en fiscale aard, investeringsplannen enz.) worden genomen ter stimulering en ontwikkeling van innovaties.”¹²⁷

Het advies van EESC biedt vooral een reflectie op de definitie van toekomstbestendige wet- en regelgeving. Hoewel geen aanbevelingen worden gedaan op het concrete niveau van het instrumentarium van de wetgever, suggereert deze Europese instelling dat “het gebruik van horizonbepalingen in de Europese regelgeving nader moet worden onderzocht om toekomstige bureaucratische obstakels te voorkomen.”¹²⁸ Toekomstbestendige wet- en regelgeving zou ook volgens het EESC geen details reguleren, maar kaders bieden die “eventueel [kunnen] worden aangevuld met niet-wetgevende instrumenten of door nationale regelgevende instanties, sociale partners of stelsels van *zelfregulering*”. Doelregelgeving zou ook een plaats kunnen nemen in dit kader. Er wordt geen verwijzing gemaakt naar het creëren van experimenteerruimte of de invoering van experimentwetgeving. De stilte van het EESC omtrent dit wetgevingsinstrument en de voorkeur voor horizonbepalingen kan verklaard worden aan de hand van twee redenen. Ten eerste worden tijdelijke bepalingen vaak niet van elkaar onderscheiden.¹²⁹

127 Europees Economisch en Sociaal Comité Europees, Advies, SC o/45, OJ C 487, 28.12.2016, p. 51.

128 EESC 2016.

129 Ranchordás 2014, p. 39.

Alle tijdelijke bepalingen worden gezien als een ‘experiment’ dat informatie kan opleveren over betere bepalingen.¹³⁰ Ten tweede zijn horizonbepalingen eerder in het instrumentarium van ‘betere regelgeving’ geïntroduceerd door de Mandelkern-groep.¹³¹ Experimenteerbepalingen zijn echter niet bekend in sommige Europese landen of ze worden geassocieerd met experimenten op decentraal niveau die de autonomie van lokale eenheden bevorderen, maar niet met experimenten die door landelijke wetgeving worden gereguleerd met als doel de verbetering van de kwaliteit van regelgeving.

Het feit dat het EESC of de Europese Commissie niet naar experimentwetgeving verwijzen als een instrument van toekomstbestendige wet- en regelgeving, betekent niet dat experimenten geen onderdeel zijn van een toekomstgericht perspectief van wetgeving. Integendeel, uit de conclusie van AG Maduro in de zaak *Arcelor Atlantique* vloeit voort dat experimenteerwetgeving juist het innovatie- en het voorzorgbeginsel kan combineren:

“Vooraf op gebieden die volkomen nieuwe maatschappelijke gevaren meebrengen en/of waarin de wetgever een nieuw beleid lanceert, [is het] vaak wijs, en gebruikelijk geworden, om voorzichtig te handelen en het nieuwe dispositief beperkt uit te proberen.”¹³²

4 Experimenteren in de democratische rechtsstaat

Experimenteerwetgeving kan op het eerste gezicht worden ervaren als een bedreiging voor de algemeenheid van wetgeving, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Tijdelijke wetgeving illustreert de voortdurende spanning tussen continuïteit en actualiteit: de wetgever wil ervoor zorgen dat wetgeving de werkelijkheid weerspiegelt, maar constante aanpassingen zijn ook schadelijk voor de rechtsorde en tasten de verwachtingen van burgers aan.¹³³

Uit het huidige juridische kader voor experimenteerwetgeving (met name uit de Aanwijzingen voor de regelgeving) volgt dat mede gelet op mogelijke strijd met het gelijkheidsbeginsel en met het rechtszekerheidsbeginsel ten aanzien van experimenteerbepalingen terughoudendheid moet worden betracht. Deze terughoudendheid verklaart waarom het kader van experimenteerbepalingen zo concreet en nauwkeurig gedefinieerd moet zijn. Het derde hoofdstuk van dit preadvies liet echter zien dat de bevordering van

130 Noll heeft dit breder getrokken en verkondigt dat “alle nieuwe wetten experimenten zijn”, zie P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, Rowolt Verlag, 1973.

131 Mandelkern 2001.

132 HJvEU 16 december 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. v. Premier minister e.a.*, C-127/07, ECR I-09895, conclusie AG Maduro van 21 mei 2008.

133 Veerman & Bulut, 2011, p. 295.

innovatie niet altijd gepaard gaat met absolute zekerheid en duidelijkheid over de doelen en omvang van regulering. In dit hoofdstuk bespreek ik de concrete staatsrechtelijke grenzen van experimentwetgeving.

4.1 Algemeenheid en gelijkheid

Experimentwetgeving blijkt per definitie algemeenheid te missen: experimenteerregelingen gelden voor een bepaalde periode en voor een deel van de bevolking.¹³⁴ Gedurende deze periode zullen burgers niet gelijk zijn voor de wet.¹³⁵ Toch houdt algemeenheid niet in dat alle regels altijd gelijkelijk moeten gelden.¹³⁶ De algemeenheid van wetgeving staat onderscheidingen toe en betekent voornamelijk dat wetgeving abstract, niet gericht op specifieke personen is en het algemeen belang dient.¹³⁷ Differentiaties tussen burgers in het kader van de uitvoering van een experiment kunnen ook niet zonder meer worden beschouwd als een schending van het gelijkheidsbeginsel. Dit dynamische beginsel vereist gelijkheid onder objectieve omstandigheden en deze gelijke behandeling zal beoordeeld worden volgens de concrete situatie.¹³⁸ In 2004 oordeelde de Hoge Raad over een van de eerste zaken met betrekking tot een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel door een tijdelijke regeling.¹³⁹ De verdachte had ter strafvermindering aangevoerd dat de detentiesituatie van de verdachte in strijd was met het gelijkheidsbeginsel. Zijn detentieregime was gebaseerd op de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers. Hoewel deze wet officieel geen experimenteel karakter had, week de wet af van de Penitentiaire Beginselen Wet. Deze wet was gekwalificeerd als een noodwet die een reactie bood op de toename van het aantal drugskoeriers dat Nederland probeerde in te komen. De Hoge Raad besliste dat hier geen sprake was van een schending van het gelijkheidsbeginsel aangezien het onderscheid tussen verdachten niet op basis van het delict plaatsvond maar een gevolg was van een noodsituatie. Deze differentiatie kon niet gekwalificeerd worden als een ongeoorloofde discriminatie.

De vraag of tijdelijke differentiatie het gelijkheidsbeginsel kan schenden werd ook geanalyseerd in het kader van de Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing. In dit geval werd deze differen-

134 R. Koning, 'De Crisis- en herstelwet: nood, spoed of experiment?', in A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening* (Lubach-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 35, 41.

135 D. Keyaerts, 'De wetgever en experimentalisme: de juridische grenzen van een wetgevingsmodel', *Tijdschrift voor Wetgeving* 2013/1, p. 30.

136 Veerman & Bulut 2011, p. 291, 293, 295.

137 A. Jasiak, 'Ad-hocwetgeving en de eis van algemeenheid van wetten in de Verenigde Staten, Duitsland en Nederland', *Tijdschrift voor Wetgeving* 2013/1, p. 39.

138 T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Ars Aequi, 1998.

139 HR 23 november 2014, *ECLI:NL:HR:2004:AR2435*.

tatie verantwoord aan de hand van de doelstellingen van het experiment (verbetering van de kwaliteit van onderwijs, maatwerking en financiële toegankelijkheid).¹⁴⁰

Hoewel prejudiciële vragen over experimenteerbepalingen niet vaak voorkomen, werd het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) verzocht zich uit te spreken over het gelijkheidsbeginsel in de zaak *Arcelor Atlantique*. Deze zaak op het gebied van milieurecht ging over de verhouding tussen de praktijk van experimentwetgeving en de normatieve eisen van gelijke behandeling. In zijn opinie verklaarde AG Maduro:

“Het is dan inherent aan experimentele wetgeving dat zij op gespannen voet komt te staan met het gelijkheidsbeginsel. Het concept zelf van *learning by doing* veronderstelt immers dat het nieuwe beleid aanvankelijk enkel op een beperkt aantal van zijn potentiële subjecten wordt toegepast. De werkingssfeer van bedoeld beleid wordt kunstmatig afgebakend om de gevolgen ervan te testen alvorens de regeling wordt uitgebreid tot alle operatoren die er, gelet op de doelstellingen van het beleid, aan zouden kunnen worden onderworpen. Erkennen dat experimentele wetgeving rechtmatig is, betekent echter niet dat deze niet meer kan worden bekritiseerd uit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel.”¹⁴¹

Volgens AG Maduro is geen sprake van discriminatie zolang als het experiment afgebakend wordt op basis van objectieve criteria. Tot deze criteria hoort de representativiteit van de groep of gebied dat aangewezen wordt voor de toepassing van het experiment. De aanwijzing is casuïstisch maar zij moet terug te voeren zijn aan de doelstelling van het experiment.

De representativiteit van de zogenaamde ‘sample groep’ is essentieel om te garanderen dat de vergaarde informatie bruikbaar is en de resultaten veralgemeniseerd kunnen worden. Met andere woorden, de deelnemers moeten een goede weerspiegeling zijn van de rest van de bevolking. Derhalve heeft de Raad van State benadrukt dat ervoor gezorgd moet worden dat “voldoende lering kan worden getrokken uit een experiment”. Dit zou betekenen dat “de instanties die ‘meedoen’ voldoende representatief zijn voor de typen in-

140 Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing, *Kamerstukken II* 2004/05, 29819, nr. 4.

141 HvJEU 16 december 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. v. Premier minister e.a.*, C-127/07, ECR I-09895, conclusie AG Maduro van 21 mei 2008.

stanties (en de desbetreffende burgers) waarvoor de regeling is bedoeld: vol-
doende organen [in het geval van experimenten met bestuursorganen]”.¹⁴²

In het Besluit experiment regelluwe zones PO/VO wordt vastgesteld dat in het aanmeldingsproces van scholen die mogen meedoen aan dit experiment, de minister aandacht zal hebben voor een “evenwichtige regionale spreiding” (art. 3).¹⁴³ Naast regionale spreiding en representativiteit van de bevolking, kunnen sommige gebieden of groepen om andere redenen aangewezen worden. Bijvoorbeeld in 2011 tijdens het experiment met dynamische maximumsnelheden op autosnelwegen mochten bestuurders sneller (130 km/h) rijden op (de minder drukke) A16 tussen Moerdijk en Breda, maar niet op de A1 richting Amsterdam.¹⁴⁴

Idealiter zou de representativiteit van een ‘sample groep’ betekenen dat de deelnemers op basis van een gerandomiseerde selectie worden gekozen. In de praktijk is dit vereiste – overigens essentieel in het kader van wetenschappelijke experimenten – onmogelijk in de wereld van experimentwetgeving. Deelname aan experimentele regimes vindt meestal plaats op aanvraag en vrijwillige basis en nauwelijks naar aanleiding van een gerandomiseerde selectie van deelnemers. Dit vertaalt zich in de vrijwillige aanmelding van gemeenten maar niet altijd in de individuele aanmelding van burgers. Terwijl de vrijwillige aanmelding de democratische legitimatie van het experiment waarborgt, kan deze methode de veralgemenisering van de resultaten negatief beïnvloeden.

4.2 *Legaliteit*

Experimenten worden gegoten in de vorm van wettelijke experimenteerbepalingen. Volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving moeten experimenteerbepalingen voldoen aan een aantal criteria van Ar 2.41 en 2.42 en aan de kwaliteitseisen voor wetgeving. Het tijdelijke karakter van experimenteerwetgeving is geen excuus voor een afwijking van deze kwaliteitseisen. De Raad van State heeft in meerdere adviezen benadrukt dat de relevantie, doel, aard, functie en opzet van het experiment duidelijk uitgelegd moeten worden in experimenteerbepalingen. De democratische legitimiteit en legaliteit van experimenteerwetgeving moet ook zichtbaar zijn in de parlementaire

142 Voorstel van wet houdende aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen (Wet elektronisch bestuurlijk verkeer), *Kamerstukken II 2001/2002, 28483*, nr. 4.

143 Besluit experiment regelluwe scholen Po/VO, *Stb.* 2015, 443.

144 Zie Evaluatierapport van het ministerie van Infrastructuur en Milieu, *Onderzoek invoering verhoging maximumsnelheid naar 130 km/h*, november 2011, te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2011/11/28/kamerbrief-landelijke-uitrol-snelheidsverhoging>.

betrokkenheid ten opzichte van deze gecontroleerde delegatie. Het is belangrijk dat de Tweede Kamer op de hoogte wordt gehouden van de aard, omvang, doel en voortgang van het experiment.¹⁴⁵ Met andere woorden, een experimenteergrondslag is geen *carte blanche*.

Terwijl zekerheid en duidelijkheid omtrent de grondslag van experimenteerwetgeving wenselijk zijn voor de legaliteit van experimenten, is het onrealistisch om te verwachten dat de wetgever altijd alle details zou hebben over ‘hoe, wie, wanneer’ als het gaat om een toekomstig experiment. Als dit wel het geval was, dan zou de wetgever experimenten niet meer nodig hebben en ook zou de wetgever geen ruimte meer hoeven geven voor de flexibele uitvoering daarvan.¹⁴⁶ Het legaliteitsbeginsel vereist echter een transparante, duidelijke en begrensde grondslag voor experimenteerregelingen. Experimenten moeten beheersbaar blijven en te herleiden zijn aan de algemene doelstellingen van een wet in formele zin.¹⁴⁷ Desalniettemin is het ook denkbaar dat het legaliteitsbeginsel in brede zin wordt geïnterpreteerd. Dit beginsel – geconcretiseerd in Ar 2.41 – vereist dat de delegatiegrondslag “zo concreet mogelijk” wordt beschreven. Op gebieden die worden gekenmerkt door snelle technologische ontwikkelingen zou de wetgever de nadruk kunnen leggen op de onmogelijkheid om alle omstandigheden te voorspellen en de mogelijkheid om het experiment tussentijds te laten evalueren om de grenzen daarvan te borgen.

4.3 Bestendigheid

Volgens Ar 2.6 dienen regels bestendig en duidelijk te zijn. Een regeling wordt beschouwd als ‘bestendig’, volgens de toelichting van de Ar, “indien zij niet frequent hoeft te worden gewijzigd. (...) Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid verdient het aanbeveling naar zo groot mogelijke bestendigheid van regelingen te streven. Dit vereist ook dat op weloverwogen wijze de essentiële beleidsmatige keuzes gemaakt zijn alvorens tot het tot stand brengen van een regeling wordt overgegaan.” Het vereiste van bestendigheid hangt samen met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel werd traditioneel geïnterpreteerd als een bron van stabiliteit, duidelijkheid en doeltreffendheid. Dankzij het rechtszekerheidsbeginsel weten burgers ‘waar ze

145 M. Liedorp & B. Veltkamp, *Experimenteren door en binnen BZK-wetgeving. Een verkenning naar de ruimte om te experimenteren bij verkiezingen en bij elektronische toegang tot de overheid*, in: V. Daskalova & M. Heldeweg (red.), *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017, p. 49 (hierna: Liedorp & Veltkamp 2017).

146 Bulut & Veerman 2011, p. 299.

147 S.E. Zijlstra e.a., *Wetgeven: Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Kluwer, 2012, p. 252.

aan toe zijn' en worden ze beschermd tegen juridische verassingen.¹⁴⁸ Het idee dat wetgeving voor altijd zou gelden, is onderdeel geworden van een ideaal beeld van het recht dat van generatie op generatie wordt overgedragen.¹⁴⁹ Tegenwoordig is het duidelijkheid dat de bestendigheid van wetgeving enkel een van de vele dimensies van het rechtszekerheidsbeginsel is.¹⁵⁰ Terwijl wetgeving een kern van stabiliteit moet hebben, moeten rechtsordes een evenwicht vinden tussen continuïteit en verandering.¹⁵¹

In een democratische rechtsstaat moet wetgeving responsief zijn op maatschappelijke veranderingen en de ruimte bieden voor belangrijke aanpassingen.¹⁵² Een bovenmatige nadruk op de continuïteit en bestendigheid van wetgeving kan als gevolg hebben dat wetgeving verouderd wordt en meer onzekerheid oplevert. In het kader van onze huidige maatschappij en de snelle technologische ontwikkelingen biedt het rechtszekerheidsbeginsel enkel een basis van stabiliteit. Om deze kern van stabiliteit heen wordt een laagje flexibiliteit gebouwd dat ruimte voor aanpassingen biedt.¹⁵³

Ondanks deze nieuwe interpretatie van het rechtszekerheidsbeginsel, speelt de dimensie van bestendigheid nog steeds een belangrijke rol bij de vaststelling van de duur van het experiment. Volgens Ar 2.41 wordt de maximale geldingsduur van een experimenteerregeling voor het begin van een experiment vastgesteld. Volgens de toelichting op deze aanwijzing, kan een experimentele regeling slechts worden verlengd totdat een wetswijziging is ingevoerd, indien de grondslag voor die regeling de bevoegdheid biedt voor een zodanige verlenging.

Aangezien experimenten worden gekenmerkt door onzekerheden en de wetgever de resultaten van het experiment eerder of later dan de vervaldatum kan ontvangen, zou dit vereiste versoepeld kunnen worden. De toelichting op deze aanwijzing suggereert dat "uit het oogpunt van rechtszekerheid kan het ongewenst en ook minder efficiënt zijn om voor de terreinen waarop het experiment betrekking heeft gedurende korte tijd weer het oude regime

148 W. Herschel, 'Rechtssicherheit und Rechtsklarheit', *Juristenzeitung* 1967/23, p. 728.

149 F. Fagan, 'After the Sunset: The Residual Effect of Temporary Legislation', *European Journal of Law and Economics* 2011.

150 Oldenziel 1998.

151 F. Ost, 'L'instanté ou l'institué? L'institué ou l'instituant? Le Droit a-t-il pour vocation de durer?', in: F. Ost & M. van Hoecke (red.), *Temps et Droit*, Brussel, Bruylant, 1998, p. 14.

152 P. Fritzpatrick, 'Law in the Antinomy of Time: A Miscellany', in F. Ost & M. van Hoecke (red.), *Temps et Droit*, Brussel, Bruylant, 1998, p. 185.

153 S. Berteau, 'Towards a New Paradigm of Legal Certainty', *Legisprudence* 2008/II, p. 25; P. Popelier, 'Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker', *Legisprudence* 2008/II, p. 53 (hierna: Popelier 2008); Popelier 1997.

te laten gelden. De experimentele regeling moet dan blijven gelden tot het tijdstip waarop de aanpassing van de wet in werking treedt.”

Terwijl het bestendige karakter van een bepaling aandacht verdient, is het in de praktijk essentieel dat de looptijd van een experiment zinvol is. Er is echter geen vuistregel voor de ideale geldingsduur van het experiment. De minimale of maximale duur van een experiment is afhankelijk van de sector en wordt per geval bepaald. In het geval van het Tijdelijk besluit experiment meertalige dagopvang en meertalig peuterspeelzaalwerk heeft de Raad van State opgemerkt dat een looptijd van vier jaar meer voor de hand lag dan de voorgestelde looptijd van drie jaar, aangezien het experiment de gehele periode dat kinderen op een dagopvang worden opgevangen zou kunnen beslaan.¹⁵⁴ In andere sectoren, zoals energie, zullen de resultaten van een wijziging in wetgeving enkel op de lange termijn zichtbaar zijn. Een korte maar zinvolle geldingsduur kan daarom te verantwoorden zijn aan de hand van het rechtszekerheidsbeginsel.

In de afgelopen jaren heeft experimenteerwetgeving andere vragen in het leven geroepen, met name of bestendigheid het doel van juridische experimenten was geworden. In het jaarverslag van 2015 signaleerde de Raad van State dat het doel van experimenteerwetgeving aan het schuiven was: dit wetgevingsinstrument wordt vaker gekozen om te voorkomen dat wetgeving wordt gewijzigd. De Raad van State vond deze ontwikkeling zorgwekkend:

“Hiermee krijgt de uitzondering op de regel een permanent karakter, zoals bij de Crisis- en herstelwet. Het experiment heeft de functie om zoveel mogelijk partijen tegemoet te komen en snel (politiek) resultaat te boeken, zonder dat diepgaand op de noodzaak van de regel hoeft te worden ingegaan. Op die manier wordt het uitgangspunt miskend dat aan een algemene regel telkens een zelfstandige beoordeling ten grondslag moet liggen van wat in het algemeen belang nodig is. Een experiment kan behulpzaam zijn bij die beoordeling, maar *kan de beoordeling niet vervangen*. In 2015 is de Afdeling advisering kritisch geweest over het opnemen van experimenteerbepalingen in wet- en regelgeving, zoals bij de regelluwe scholen, het promotieonderwijs, de uitvoering van de Crisis- en herstelwet en het invorderen van belastingen.”¹⁵⁵

154 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, Ontwerpbesluit houdende de tijdelijke regels voor een experiment in het kader van meertaligheid in de dagopvang en het peuterspeelzaalwerk (Tijdelijk besluit experiment meertalige dagopvang en meertalig peuterspeelzaalwerk), *Stcrt.* 2017, nr. 34410.

155 Raad van State, Jaarverslag 2015.

De positie van de Raad van State is gebaseerd op het idee dat experimenteerwetgeving een uitzonderlijk karakter moet hebben. Hoewel verborgen doelen van wetgevingsinstrumenten niet bijdragen aan de kwaliteit van wetgeving, zouden we ook hier kunnen betogen dat in theorie experimentwetgeving feiten en betere ervaringen kan opleveren aan de lerende wetgever. Deze *evidence-base* kan zich in de praktijk vertalen in minder wetswijzigingen en meer rechtszekerheid op de lange termijn.

4.4 Tussen duidelijkheid en flexibiliteit

Ondanks de potentiële voordelen van experimenteerbepalingen blijft de vraag of experimenteer ruimte niet te veel flexibiliteit in de rechtsorde zal genereren. In 2014, bekritiseerde de Raad van State deze trend van ‘flexibilisering’. In het advies met betrekking tot de Omgevingswet waarschuwde de Afdeling advisering:

“Als op grote schaal van deze [flexibilisering] mogelijkheden gebruikt wordt gemaakt, wordt de regelgeving minder *inzichtelijk en voorspelbaar* (...) Bedrijven en burgers kunnen geconfronteerd worden met rechtsonzekerheid, doordat in verschillende provincies of gemeenten uiteenlopende voorschriften worden vastgesteld.”¹⁵⁶

Dit advies vraagt of de flexibiliteit die gepaard gaat met experimenteer ruimte het rechtszekerheidsbeginsel onder druk zet. Zoals eerder opgemerkt, bestaat dit beginsel uit verscheidene dimensies. Duidelijkheid omtrent het begin en eind van het experiment bieden zekerheid aan rechtssubjecten. Het feit dat er tegelijkertijd verschillende experimenten lopen roept wellicht vragen op maar de eventuele onduidelijkheid omtrent het juridische kader kan verantwoord worden aan de hand van de leerfunctie van experimenteerwetgeving. Zolang als de leerdoelen duidelijk zijn en elke individu zijn eigen rechten en plichten in een specifiek geval kent, dan is geen sprake van rechtsonzekerheid.¹⁵⁷ Met andere woorden: experimenteerbepalingen dienen voornamelijk voorspelbaar te zijn volgens concrete (en niet algemene) omstandigheden. Een rigide interpretatie van het rechtszekerheidsbeginsel als een bron van onveranderlijke regels die voor iedereen van toepassing zijn, past niet meer bij onze huidige maatschappij. Een modern begrip van het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat op een rechtssubject de beste wetgevingsinstrumenten toegepast worden afhankelijk van de omstandigheden, ingewonnen informatie en met respect voor gerechtvaardigde verwachtingen.

156 Voorstel van wet houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Kamerstukken II* 2013/2014, 33962, nr. 4.

157 Oldenziel 1998.

gen.¹⁵⁸ Alleen een dynamische interpretatie van het rechtszekerheidsbeginsel kan bijdragen aan de modernisering van wetgeving en ervoor zorgen dat de wetgever niet achterop innovatie loopt. Responsieve, aangepaste en flexibele wetgeving draagt integendeel bij aan de kwaliteit van wetgeving zolang grondrechten niet worden geschonden.

In het kader van de Participatiewet werd de invoering van experimenteerbepalingen voorgesteld: deelnemers aan de ontheffingsgroep zouden tijdelijk ontheven worden van de verplichting om werk te verkrijgen, deel te nemen aan re-integratietrajecten of tegenprestaties te leveren. De bedoeling van het experiment was om te onderzoeken of “bijstandsgerechtigden beter floreren als zij tijdelijk zijn bevrijd van de (psychologische) druk die uitgaat van het wettelijke controleregime en de dreiging van sancties”.¹⁵⁹ Het experiment werd echter controversieel geacht en er werd betwijfeld of dit gebied geschikt is voor ingrijpende experimenten. De vraag of er geëxperimenteerd mag worden op sommige gebieden en niet op andere waar grondrechten onder druk worden gezeten, is moeilijk te beantwoorden.

Ten eerste kunnen grondrechten door (te) ingrijpende wetgeving op bijna alle gebieden onder druk worden gezet. De mate waarin grondrechten worden gezet is niet gerelateerd aan het instrument (permanente of experimenteerbepaling) maar aan de inhoud en effecten van zijn bepalingen. De tijdelijkheid van een wet kan de aangrijpende effecten van nieuwe bepalingen verspoelen in sommige gevallen maar zij vormt niet de kern van de kwestie. Deze vraag kan worden vermeden als we onze aandacht richten op een ander en belangrijker punt: de transparantie en de evenredigheid van het experiment. Het evenredigheidsbeginsel speelt een belangrijke rol in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mensen (hierna: EHRM) en het HvJEU. Tijdelijke en experimentele oplossingen worden soms ook door het EHRM beschouwd als evenredig als ze beter oplossingen bieden voor concrete omstandigheden (bijv. een crisis of noodtoestand) dan een permanente wet.¹⁶⁰ De rechtvaardigheid van een experiment is tevens onafscheidelijk van het evenredigheidsbeginsel.¹⁶¹

De drie stappen van de proportionaliteitstoets (geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin) worden niet expliciet genoemd in de Aanwijzingen voor de regelgeving met betrekking tot experimenteerbepa-

158 Popelier 2008.

159 Advies Raad van State, Ontwerpbesluit houdende vaststelling van het Tijdelijk besluit experimenten Participatiewet (Tijdelijk besluiten experimenten Participatiewet), *Stcrt.* 2017, nr. 11824.

160 Pasko/Rusland, App. N. 6951/01.

161 A. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten: het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Tilburg: Schoordijk Instituut, 1995.

lingen.¹⁶² Toch is het evenredigheidsbeginsel (net als het gelijkheidsbeginsel) een algemeen beginsel dat op alle vormen van wetgeving van toepassing is.¹⁶³ Derhalve kan de evenredigheid van elk experiment worden getoetst aan de hand van Ar 2.II, waar evenredigheid in regelgeving wordt toegelicht als:

“Ook wanneer geen minder bezwarende, even effectieve alternatieven worden gezien voor de voorgenomen regeling dient de vraag gesteld te worden of de ernst en omvang van het probleem de lasten en negatieve consequenties kunnen rechtvaardigen die de voorgenomen regeling in het leven zou roepen. Dit is met name een punt van aandacht bij regelgeving die als directe reactie op een incident wordt voorgesteld, omdat op dat moment nog niet altijd voldoende kennis bestaat over de objectieve noodzaak en redelijkheid van de voorgestelde maatregel.”

Dit beginsel komt ook niet direct aan bod in de adviezen van de Raad van State. Toch, uit de analyse van de adviezen van de Raad van State vloeit voort dat experimenteerbepalingen enkel ingevoerd moeten worden als “ze noodzakelijk zijn” en als de wetgever “geen andere alternatieven” heeft. Ruimte voor experimenten blijft uitzonderlijk, want tijdelijke afwijking wordt beschouwd als een afwijking van een traditioneel perspectief op onze rechtsorde. Bovendien zijn het onderzoeken van alternatieven en de bevordering van innovatieve oplossingen niet de primaire functies van wetgeving. Kortom, de balans tussen de vereiste duidelijkheid en flexibiliteit is moeilijk te vinden. Het juridische kader van experimenteerbepalingen kan niet altijd volledig zijn. Toch moet de wetgever ervoor zorgen dat het wetgevingsproces transparant is en dat een experimenteerregeling een evenredige oplossing is voor een relevant maatschappelijk probleem.

Als de wetgever ervan uitgaat dat een experiment vooral evenredig moet zijn, dan kan het innovatiebeginsel worden afgewogen tegen het voorzorgsbeginsel, het algemeen belang en de traditionele functies van wetgeving. Bovendien wordt de geldingsduur van een experiment bepaald aan de hand van wat noodzakelijk is om zinvolle informatie te verkrijgen. Een evenredig en rechtmatig experiment wordt verlengd of aangepast, indien nodig, maar het wordt niet omgezet in een permanente wet zonder een positieve evaluatie. Zou een evenredigheidstoets iets in de praktijk veranderen? Het evenredigheidsbeginsel verandert weinig in abstracto, het is pas onder concrete omstandigheden dat dit beginsel betekenis krijgt. Nederland heeft wellicht

162 Zie echter Ar 2.2 (noodzaak regelgeving), 2.5 (zelfregulering) en 2.II (evenredigheid).

163 J.H. Gerards, ‘Proportionaliteit en gelijke behandeling’, in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 79.

een minder zichtbare traditie van proportionaliteit dan andere landen zoals Duitsland of Israël. Toch blijken sommige aspecten van dit beginsel al impliciet te zijn in de huidige toets van de Raad van State. Een expliciete verwijzing naar dit beginsel in het kader van experimenteerbepalingen zou echter de benodigde flexibiliteit en toekomstbestendigheid bieden aan de wetgever. Het nadeel van een brede toepassing van het evenredigheidsbeginsel is dat dit beginsel het uitzonderlijke karakter van experimenteerwetgeving wederom zal bevestigen.

5 Conclusie en aanbevelingen

Tijdelijke wetgeving is een breed begrip dat ook horizonbepalingen, ongeclausuleerde tijdelijke regelgeving en noodwetten omvat. Dit preadvies legde de nadruk op experimenteerwetgeving (in brede zin) en de relatie tussen experimenteerruimte en de bevordering van innovatie. In de afgelopen jaren is de positie van experimenteerwetgeving veranderd van het ondergeschoven kindje van wetgeving naar een hip instrument dat volgens sommige academici en het kabinet een bijdrage kan leveren aan de modernisering van regelgeving, het creëren van toekomstbestendige wetgeving en de vermindering van regelgeving. Het recente wetsvoorstel Experimentenwet gemeenten liet echter een terugkerend probleem zien: *het creëren van experimenteerruimte is niet vanzelfsprekend*.

Hoewel experimenteerruimte wordt beschouwd als de “weg naar vernieuwing”, gaan experimenten en flexibiliteit altijd gepaard met risico’s en onzekerheden.¹⁶⁴ Bovendien laten de gemengde resultaten van reeds uitgevoerde experimenten zien dat experimenteerregelingen niet altijd tot de beste resultaten leiden.¹⁶⁵ Het is tevens duidelijk dat experimenteerruimte moet worden begrensd door grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen, maar de grenzen tussen flexibiliteit en gebrek aan rechtszekerheid over rechten

164 Brief van de Minister van Economische Zaken, ‘Ruimte voor innovatie door toekomstbestendige wet- en regelgeving’, 20 juli 2015, *Kamerstukken II 2014/15*, 33009, nr. 10; p. 1; Florijn 2016, p. 117-127.

165 Een goed voorbeeld van een geslaagd experiment was het experiment met betrekking tot dynamische snelheden, zie Evaluatierapport van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, ‘Onderzoek invoering verhoging maximumsnelheid naar 130 km/h’, november 2011, te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2011/11/28/kamerbrief-landelijke-uitrol-snelheidsverhoging>. Het “Tandarts-experiment” (vrije tarieven in de mondzorg) is integendeel een voorbeeld van een experiment dat snel werd afgeschaft, de wetgever heeft in dit geval de kans niet gehad om te leren van de implementatie van vrije tarieven in de mondzorg aangezien de kortstondige geldingsduur van dit experiment. Zie de brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, ‘Vrije prijsvorming mondzorg’, 20 juni 2011, *Kamerstukken II 2010/11*, 32620, nr. 13.

en plichten, ongelijke behandeling ter bevordering van een experiment en discriminatie zijn moeilijk te schetsen.¹⁶⁶ Deze grenzen worden momenteel aangegeven door de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar 2.31, 2.41 en 2.42). Toch eisen deze aanwijzingen meer informatie over de omvang en uitvoering van het experiment dan de wetgever normaliter zou kunnen hebben in het kader van de regulering van technologische ontwikkelingen. De juiste balans tussen experimenteerruimte voor innovatie en juridische houvast blijft een uitdaging voor juristen. In dit preadvies verklaarde ik waarom dit een lastig punt blijft, ondanks de toenemende belangstelling voor experimentwetgeving.

Ten eerste is er geen geheime formule voor de institutionele bevordering van innovatie in het bedrijfsleven en democratische vernieuwing op nationaal of decentraal niveau.¹⁶⁷ Het is al met al onduidelijk in hoeverre het recht een effectieve rol kan spelen in de daadwerkelijke stimulering van innovatie.¹⁶⁸ Wetgeving loopt immers achterop innovatie, regels bieden reacties, geen vooruitzichten.¹⁶⁹ De Amerikaanse hoogleraar Gary Marchant spreekt van “*a pacing gap*”: wetgeving en innovatie kennen verschillende tempo’s, noten en ritmes.¹⁷⁰ De complexiteit van technologie en het wetgevingsproces kunnen deze kloof tussen innovatie en het recht gedeeltelijk verklaren.¹⁷¹

Ten tweede zijn technologische ontwikkelingen moeilijk te kwalificeren binnen bestaande kaders en begrippen.¹⁷² Wanneer onduidelijkheid bestaat over juridische kwalificaties en de risico’s die innovatie meebrengt, kan het

166 Zie ook op dit punt het preadvies van Cnossen & Van der Laan.

167 S. Scotchmer & S. M. Maurer, ‘Institutions: A Brief Excursion through History’, in: S. Scotchmer (red.), *Innovation and Incentives*, Cambridge, MA: MIT Pres, 2004, p. 1.

168 Zie bijv. J. Verschuren, ‘Innovatie en milieuregulering’, *Milieurecht* 2015/42, p. 596; D. Grant & L. Bennett Moses, *Innovation and the Trajectory of Myth*, Cheltenham: Edward Elgar 2017; L. Bennett Moses, ‘How to think about Law, Regulation and Technology: Problems with “Technology” as a Regulatory Target’, *Law, Innovation and Technology* 2013/5, p. 1; R. Brownsword & H. Somsen, ‘Law, Innovation and Technology: Before We Fast Forward’, *Law, Innovation & Technology* 2009/1, afl. 1.

169 Zie echter R. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien*, Den Haag: Boom uitgevers 2008 (oratie).

170 G.E. Marchant, ‘Addressing the Pacing Gap’, in: G.E. Marchant, B.R. Allenby & J.R. Herkert (red.), *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem* (Springer, 2011), p. 199.

171 N.A. Florijn, ‘Complexiteit en vereenvoudiging van de wetgevingsprocedure’, Preadvies aan de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid, *Complexiteit van wetgeving*, Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2010, p. 14-16, 18.

172 M. Groothuis, ‘Digitalisering en Wetgeving’, Preadvies aan de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid, *Wetgeving en ICT-toepassingen*, Den Haag 2005, p. 9; N. Cortez, ‘Regulating Disruptive Innovation’, *Berkeley Technology Law Journal* 2014/29, p. 173-226.

lastig zijn om te specificeren van welke bepalingen tijdelijk afgeweken moet worden en onder welke voorwaarden. De wetgever dient te abstraheren van specifieke gevallen. Bovendien is de opleiding van de meeste juristen nog steeds gericht op de bestudering van doctrinair onderzoek, jurisprudentie en “*Black letter law*” en niet op een interdisciplinaire bestudering van de werkelijkheid.¹⁷³ Dit betekent dat juristen vaak technologie niet ‘van binnen’ kunnen begrijpen. De algemene toepassing van *Artificial Intelligence* (hierna: AI) is een voorbeeld van een gebied waar de wetgever en juristen over het algemeen baat zouden hebben bij het verkrijgen van technische kennis, met name om het potentieel en de juridische implicaties van robotisering en automatiseren beter te kunnen destilleren.¹⁷⁴

Ten derde hebben zowel de sceptici als de enthousiasten van experimentwetgeving de neiging om te vergeten dat dit wetgevingsinstrument bepaalde functies alleen kan vervullen als ze blijft gebonden aan bestaande juridische kaders en rechtsbeginselen.¹⁷⁵ Het feit dat een wet tijdelijk is, betekent niet dat zij vrijgesteld wordt van de algemene kwaliteitseisen van goede wetgeving.¹⁷⁶

Aan de hand van een brede uitvoering van experimenteerruimte in wetgeving zou de wetgever kunnen inspelen op maatschappelijke en technologische veranderingen. Desalniettemin blijven ‘toekomstbestendige wetgeving’ en ‘experimenteerruimte’ grote maar lege woorden. De kloof tussen innovatie en wetgeving blijft bestaan, aangezien er onvoldoende aandacht wordt besteed aan de modernisering van de kwaliteitseisen van experimenteerwetgeving. Bestaande juridische kaders zijn gebaseerd op het idee dat de wetgever experimenten perfect moet kunnen afbakenen en de resultaten van het experiment moet kunnen voorspellen. De waarheid is dat in de wereld van innovatie niets kan worden voorspeld.

In dit laatste hoofdstuk bied ik een overzicht van het huidige toetsingskader van experimenteerbepalingen en aan de hand van de kloof tussen innovatie

173 Er zijn steeds meer Nederlandse universiteiten die interdisciplinaire opleidingen bieden als alternatief voor de Bachelor en Master Rechtsgeleerdheid (bijv., Bachelor IT Recht aan de Rijksuniversiteit Groningen, Recht en Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Master Internet, Intellectuele eigendom en ICT aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Master eLaw van de Universiteit Leiden).

174 F. Moeslein, ‘Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law’, in: W. Barfield & U. Pagallo (red.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham: Edward Elgar 2018.

175 Voor een uitgebreide bespreking van het juridische kader van experimentele wetgeving in Nederland, zie het preadvies van Cnossen & Van der Laan.

176 Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, Den Haag, 2000.

en het recht, doe ik een aantal aanbevelingen voor de verbetering van de relatie tussen innovatie en wetgeving.

Kader

Momenteel wordt de rechtmatigheid van experimenteerbepalingen getoetst aan de hand van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Deze aanwijzingen werden niet uitvoerig besproken in dit preadvies, aangezien dit onderwerp aan bod komt in een ander preadvies.¹⁷⁷ Desalniettemin wil ik in deze conclusie het kader van experimenteerregelingen kort samenvatten.

Ten eerste blijven experimenteerregelingen uitzonderlijke wetgevingsinstrumenten die terughoudendheid betrachten. De wetgever dient de noodzaak van een experiment duidelijk te verklaren. Ondanks het programma *Toekomstbestendige wetgeving* zijn experimenten nog niet de hoofdregel, maar een uitzondering, die nadere uitleg vereist.

Ten tweede dient het onderwerp waarop een vast te stellen experimenteerregeling betrekking kan hebben zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden begrensd. De omvang van het experiment wordt bepaald aan de hand van een concrete aanduiding van het doel en de functie van de experimenten. Vage of globale aanduidingen van de manier waarop een experiment de doelmatigheid van een beleid kan verbeteren worden in principe afgeraden door de Raad de State. Bovendien moet de groep of het gebied waarop het experiment van toepassing is, representatief zijn. De representativiteit van de groep en een objectieve selectie van deelnemers draagt bij aan het methodologische kader van een experiment en de mogelijkheid om de resultaten van een experiment te veralgemeniseren op landelijk niveau.

Ten derde moet het experiment mogelijk, beheersbaar en zinvol zijn. Om deze elementen te kunnen beoordelen, moeten de evaluatiecriteria van het experiment van tevoren bekend zijn. Aan de hand van deze criteria kunnen de potentiële effecten van het experiment worden geëvalueerd (Ar 2.42).

Experimenteerwetgeving wordt niet vrijgesteld van de algemene kwaliteitseisen van wetgeving. Toch zijn de huidige kwaliteitseisen onrealistisch, aangezien ze veel informatie en zekerheid van de experimenterende wetgever vragen en weinig flexibiliteit bieden voor tussentijdse aanpassingen.

Innovatie en experimenteer ruimte

De wetgever wordt geconfronteerd met de regulering van complexe technologische ontwikkelingen zoals de blockchain, AI, zelfrijdende auto's en big

177 Zie het preadvies van Cnossen & Van der Laan.

data. Hij bevindt zich tussen het innovatiebeginsel en de bescherming van andere publieke belangen, grondrechten en rechtsbeginselen.

Elke generatie zal beweren dat hun juridische uitdagingen groter en complexer zijn. Uiteindelijk is de regulering van innovatie afhankelijk van hoe de wetgever naar de toekomst kijkt en omgaat met verandering. Elke technologie die de bestaande status quo uitdaagt zal omarmd worden met terughoudendheid. De fiets was ook aanvankelijk verboden in sommige deelstaten van de Verenigde Staten, omdat dit voertuig niet paste binnen bestaande kaders. In 1894 werd het Hooggerechtshof van Minnesota gevraagd om zich uit te spreken over de regulering van fietsen:

“a bicycle is a vehicle used now very extensively for convenience, recreation and pleasure [...] and the riding of one upon the public highway in the ordinary manner [...] is neither lawful nor prohibited, and they cannot be banished *because they were not [...] used in the Garden of Eden by Adam and Eve.*”¹⁷⁸

Hetzelfde perspectief kan worden toegepast op zelfrijdende auto's. Ook zij brengen uitdagingen met zich, zoals recente incidenten laten zien. Desalniettemin, als deze voertuigen en robotisering nooit toegelaten worden, dan zullen de baten van deze innovatie verloren gaan voor Nederland.

De grote vragen van wetgeving en regulering gaan welbeschouwd niet over hoe de wetgever experimenteerruimte creëert voor de regulering van fietsen of Segways, boekhouding op papier of blockchains, hotels of Airbnb. De grote vraag die experimenteerwetgeving oproept is: *Hoe kan de wetgever verandering omarmen zonder schade te doen aan de kernwaarden van onze democratische rechtsstaat?* Wetgeving is wellicht niet primair bedoeld om innovatie te bevorderen. Toch gaat de oplossing van maatschappelijke problemen gepaard met de bescherming van een omgeving waar ondernemers kunnen innoveren zonder onevenredige belemmeringen. Experimenteerbepalingen moeten niet meer beloven dan ruimte om af te wijken van het verleden en het uitproberen van nieuwe (en wellicht effectiever) oplossingen voor maatschappelijke problemen.

Aanbevelingen

Geen enkele aanpak kan 'toekomstbestendig' en absoluut *future-proof* zijn, aangezien het innovatieproces niet altijd logisch en stapsgewijs is. *Future-proofing* is een interdisciplinair begrip dat meer belooft dan het daadwerkelijk kan leveren. Het is niet wenselijk om te willen reguleren alleen voor de

178 Thompson t. Dodge, 60 N.W. 545, 546 (Min. 1894). Zie S.W. Brenner, *Law in an Era of 'Smart Technology'*, Oxford: Oxford University Press 2007.

toekomst, wetgeving biedt voornamelijk oplossingen voor de huidige generatie. In 2015 merkte de Raad van State op:

“Toekomstbestendigheid van wetgeving vergt echter weerbaarheid: regels moeten grenzen trekken die zo fundamenteel zijn dat ze de dynamiek van technische, economische en maatschappelijke innovaties kunnen verduren. *Weerbaarheid van wetten* houdt in dat op wezenlijke punten waarborgen worden geboden en dat de normering *duidelijk en richtinggevend* is. Weerbare wetgeving kan alleen worden bereikt door *strenge kwaliteitsnormen*. Dat vereist een zorgvuldige voorbereiding met afweging van alle relevante belangen. Een zorgvuldige voorbereiding kan voortdurende aanpassing van wetgeving voorkomen en is nog belangrijker bij toenemende dynamiek. Onnodige detaillering moet worden vermeden. Daardoor wint wetgeving aan samenhang en zeggingskracht, maar ook aan flexibiliteit en duurzaamheid.”¹⁷⁹

Wat ons nu *future-proof* lijkt, zal morgen verouderd kunnen blijken. Het idee van doelgericht reguleren met ruimte voor flexibiliteit en interdisciplinaire dialogen biedt perspectief voor de bevordering van innovatie in Nederland. Desalniettemin moet de wetgever niet vergeten dat in een tijd van ‘Twitter-democratie’ burgers vragen naar onmiddellijke reacties op wat ‘nu’ gebeurt. Burgers hebben tegenwoordig meer informatie over technologische ontwikkelingen en zijn vaak bereid om de risico’s en het potentieel van innovatie te accepteren. Reguleren aan de hand van responsieve begrippen en het vermogen om bestaande regels aan te passen – zonder populisme – zal in deze reactieve context steeds vaker worden gewaardeerd.

De wetgever wordt geconfronteerd met een probleem: hij wil wetgeving moderniseren, technologie en de toekomst omarmen maar hij blijft gehecht aan traditionele percepties van het recht. Aan de hand van deze percepties ziet hij tijdelijke wetgeving als uitzonderlijk en vereist hij bijzondere redenen om te kunnen experimenteren met wetgeving. Dit preadvies is geen pleidooi voor een algemene invoering van tijdelijke en experimenteerwetgeving. Om de relatie tussen continuïteit en verandering beter te ontvangen in de rechtsorde, heeft de wetgever echter nieuwe perspectieven nodig. Derhalve wordt dit preadvies gesloten met het enigmatische citaat van *Il Gattopardo* (De Tijgerkat) van Lambedusa: “Alles moet veranderen opdat alles hetzelfde blijft.”

179 Raad van State, Jaarverslag 2015.

INHOUDSOPGAVE

Structurele experimenteergrondslagen: een blik op de wetgevingspraktijk

mr. E.S. Cnossen en mr. L.L. van der Laan

1	Inleiding	65
2	Wetgevingskwaliteitsbeleid over experimenteerwetgeving	69
2.1	Achtergrond	69
2.2	Aanwijzingen voor de regelgeving	73
2.3	Recente kabinetsstandpunten	76
2.4	Aandachtspunten van de Raad van State	77
3	Structurele experimenteergrondslagen in de praktijk	79
3.1	Structurele grondslagen per ministerie	79
3.1.1	Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties	79
3.1.2	Economische Zaken en Klimaat en Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit	82
3.1.3	Financiën	84
3.1.4	Infrastructuur en Waterstaat	85
3.1.5	Justitie en Veiligheid	87
3.1.6	Onderwijs, Cultuur en Wetenschap	88
3.1.7	Sociale Zaken en Werkgelegenheid	90
3.1.8	Volksgezondheid, Welzijn en Sport	93
3.2	Redenen voor structurele experimenteergrondslagen	95
3.3	Vormgeving	98
3.3.1	Afbakening mogelijke experimenten	98
3.3.2	Maximale geldingsduur	99
3.3.3	Vorm van de uitwerking	100
3.3.4	Evaluatiebepaling	100
3.3.5	Parlementaire betrokkenheid	101
4	Reflectie op praktijk en wetgevingskwaliteitsbeleid	102
4.1	Niveau van regelgeving en afbakening mogelijke experimenten	102
4.2	Wettelijke waarborgen	107
5	Conclusies en aanbevelingen	III

Structurele experimenteergrondslagen: een blik op de wetgevingspraktijk

mr. E.S. Cnossen en mr. L.L. van der Laan¹

I Inleiding

“Indien ik mij bezin op de betekenis van het experiment, kom ik tot de omschrijving, dat een experiment wordt opgezet om proefondervindelijk in de praktijk de waarde van bepaalde ideeën te toetsen, ideeën, waarvan wetenschap, onderzoek of praktijk van mening zijn, dat zij waardevol kunnen zijn bij de ontwikkeling van het onderwijs. Zoals men in andere maatschappelijke sectoren de resultaten van wetenschap en onderzoek in de praktijk toetst door praktijkproeven, zo is het experiment een onmisbaar element in het ontwikkelen van nieuwe onderwijsmethoden en onderwijsstructuren. (...) Er bestaat grote behoefte aan, de resultaten van wetenschap en onderzoek in de praktijk door experimenten te beproeven.”²

Aan het woord is het Tweede Kamerlid Hutschemaekers (KVP) tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voor de Experimentenwet onderwijs (1970), de oudste nog bestaande structurele wettelijke basis voor experimenten. In het onderwijs vonden destijds al enige tijd experimenten plaats op basis van tijdelijke wetgeving, die na een aantal jaren verviel. In 1970 koos de wetgever voor een structurele wet om blijvend ruimte te creëren voor nog onvoorziene experimenten die buiten de kaders van de onderwijswetten vallen.

De behoefte aan wettelijke ruimte voor experimenten is dan ook niet nieuw, al lijkt ze de afgelopen jaren wel flink te zijn toegenomen. In het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III is een groot aantal experimenten afgesproken en in kabinetsstandpunten is de laatste jaren meer aandacht gevraagd voor experimenten als instrument om wetgeving ‘wendbaar’ en ‘toekomstbesten-

1 Emma Cnossen en Lotte van der Laan zijn werkzaam als beleidsmedewerker respectievelijk wetgevingsjurist bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. In die hoedanigheid zijn zij betrokken (geweest) bij de ontwikkeling van beleid en regelgeving op het terrein van experimenten. Dit preadvies is vanzelfsprekend op persoonlijke titel geschreven.

2 *Handelingen I 1969/1970*. 79^e vergadering, 10 juni 1970, p. 3672.

dig' te maken.³ In de praktijk wordt in toenemende mate geëxperimenteerd; zo zijn op basis van de Crisis- en herstelwet sinds 2010 zeker 94 experimenten aangewezen.⁴ Ook op andere terreinen is en wordt geëxperimenteerd, bijvoorbeeld met verlaging van de leeftijd waarop jongeren mogen leren autorijden, 'regelluwe' scholen en digitalisering van de rechtspraak. Steeds vaker gebeurt dit op basis van structurele wettelijke grondslagen die ruimte bieden voor het uitwerken van experimenten bij lagere regeling.

Experimenten kunnen lastige vragen oproepen, bijvoorbeeld vanwege de mogelijke spanning met het gelijkheidsbeginsel en ethische bezwaren tegen het gebruik van burgers als 'proefkonijn'.⁵ Dit preadvies is niet gericht op het uitdiepen van dergelijke nadelen en risico's van experimenten; die zijn vaker behandeld en komen ook aan bod in de preadviezen van Ranchordás en Buyse, Van Humbeek en Van Nieuwenhove. Dit preadvies gaat evenmin uitgebreid in op het nut van experimenteren of de mogelijke alternatieven, zoals het vervangen van gedetailleerde wettelijke voorschriften door doelregulering. Wij gaan er in dit preadvies, met vele anderen, vanuit dat zorgvuldig doordachte, uitgevoerde en geëvalueerde experimenten een nuttige bijdrage *kunnen* leveren aan de kwaliteit van wetgeving.⁶ Aan wetten die hun doel bereiken in snel veranderende maatschappelijke omstandigheden.

Het doel van dit preadvies is om, gegeven de toenemende behoefte aan ruimte voor experimenten, te bezien hoe wetten die ruimte kunnen bieden zonder afbreuk te doen aan rechtsstatelijke vereisten. Onze aandacht gaat daarbij uit naar structurele experimenteergrondslagen voor nog onvoorzene experimenten, die de laatste twee decennia in steeds meer wetten hun intrede hebben gedaan. Voorbeelden daarvan zijn de Jeugdwet, de Wegenverkeerswet 1994 en de nieuwe Omgevingswet. Het gaat ons daarbij vooral om de *vormgeving* van deze grondslagen, waarnaar in de literatuur tot nu toe weinig aandacht is uitgegaan.⁷ Om daar meer zicht op te krijgen, richten wij onze blik op de wetgevingspraktijk: wat kunnen we leren van de structurele experimenteergrondslagen die de afgelopen decennia tot stand zijn gekomen en nu in voorbereiding zijn?

3 Zie par. 2.3 van dit preadvies.

4 Praktijkervaringen Crisis- en herstelwet, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 32127, nr. 221, p. 16.

5 Zie bijv. M. Lanzing & B. van der Sloot, 'Living Labs. De stad als laboratorium en de burger als proefkonijn', *NJB* 2017, 309.

6 Zie bijv. Veerman & Bulut 2011, Jacobs 2018 en hst. 4 van dit preadvies.

7 Jacobs 2018, p. 12.

Begrippen en afbakening

Het begrip *experiment* wordt in de praktijk op verschillende manieren gebruikt, grofweg in de betekenis die het Kamerlid Hutschemaekers verwoordde: het proefondervindelijk toetsen van een bepaalde aanpak.⁸ In dit preadvies reserveren wij het begrip in navolging van de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna ook: Ar) in beginsel⁹ voor experimenten waarbij wordt afgeweken van bestaande regelgeving met het doel om de wenselijkheid van een wijziging van die regelgeving te onderzoeken.¹⁰ Dit sluit niet uit dat er ook sprake kan zijn van andere doelen, zoals het mogelijk maken of bevorderen van innovatie.

Met *experimenteergrondslag* bedoelen wij de bepaling of bepalingen die de basis bieden voor de vaststelling en uitwerking van concrete experimenten. Die grondslag kan besloten liggen in een artikellid, artikel, meerdere artikelen of een zelfstandige wet, zoals de Experimentenwet onderwijs. Het kan gaan om een formeelwettelijke grondslag, maar ook om een grondslag bij algemene maatregel van bestuur (hierna: amvb). Dit preadvies is beperkt tot experimenteergrondslagen in wetten.

De lagere regeling die een experiment aanwijst, uitwerkt of nader beschrijft noemen we, wederom in navolging van de Aanwijzingen voor de regelgeving, de *experimenteerregeling*. In de praktijk is niet altijd sprake van uitwerking via een regeling; er zijn ook experimenteergrondslagen die experimenten mogelijk maken via vergunningen, ontheffingen of beleidsregels. Al deze besluiten kunnen een basis vinden in wat wij aanduiden als de experimenteergrondslag, mits sprake is van de nadere uitwerking van experimenten waarbij wordt afgeweken van in de grondslag genoemde wetgeving.

Dit preadvies ziet, zoals gezegd, op *structurele experimenteergrondslagen*. Daarmee doelen wij op grondslagen die, anders dan tijdelijke grondslagen

-
- 8 Volgens de toelichting bij Ar 2.41, eerste lid, gaat het bij experimenten om “het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem”.
- 9 Bij enkele experimenteergrondslagen die in hst. 3 aan bod komen is niet geheel duidelijk of het onderzoeken van de voor- en nadelen van wetswijziging een doel van de experimenten vormt. Dit geldt met name voor de twee grondslagen op het terrein van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.
- 10 Het begrip experiment wordt in wetgeving niet altijd op deze wijze gebruikt. Zo heeft de organisatie ZorgOnderzoek Nederland (ZON) op grond van de Wet op de organisatie ZorgOnderzoek Nederland onder andere tot taak experimenten op het terrein van gezondheid, preventie en zorg te doen uitvoeren, maar daarbij kan niet worden afgeweken van regelgeving.

voor specifieke experimenten,¹¹ een basis bieden voor de uitwerking van meerdere, nog niet concreet voorziene experimenten. Kenmerkend voor structurele experimenteergrondslagen is dat de mogelijke experimenten niet specifiek worden omschreven, maar op andere wijze worden afgebakend. Meestal gebeurt dat door vermelding van de wetsbepalingen waarvan kan worden afgeweken en de doelen met het oog waarop kan worden geëxperimenteerd. De mate van concreetheid waarmee die afbakening plaatsvindt, zo zal in hoofdstuk 3 blijken, varieert in de praktijk sterk.

Opzet van het preadvies

Om meer zicht te krijgen op de wetgevingspraktijk hebben wij een inventarisatie gemaakt van bestaande en voorgestelde structurele experimenteergrondslagen in wetten en deze grondslagen en de bijbehorende memories van toelichting, adviezen van de Raad van State¹² en nadere rapporten bestudeerd. Op welke terreinen zijn de grondslagen te vinden en welke redenen zijn daartoe aangevoerd? Welke waarborgen zien we in de grondslagen terug en wat valt verder op aan de vormgeving ervan? En hoe verhouden de experimenteergrondslagen zich tot de Aanwijzingen voor de regelgeving? Ook zijn we, voor zover mogelijk, nagegaan of er toepassing aan de grondslagen is gegeven.

Deze brede opzet brengt vanzelfsprekend beperkingen met zich. Wij hebben niet de pretentie alle bestaande experimenteergrondslagen in beeld te hebben, ook omdat bepalingen die bedoeld zijn of benut worden voor experimenten dit niet altijd expliciet uitdrukken. Onze inventarisatie was gericht op wetten waarin het begrip ‘experiment’ voorkomt.¹³ Wij hebben evenmin de ambitie gezaghebbende uitspraken te doen over de redenen om structu-

11 Tijdelijke grondslagen waren in het verleden bijvoorbeeld te vinden in het experimenteerhoofdstuk in de Werkloosheidswet (ingevoegd bij de Wet experimenten WW), dat inmiddels een permanente experimenteergrondslag bevat. Ook tijdelijke experimentenwetten zoals de Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing, de Tijdelijke experimentenwet stembiljetten en centrale stemopneming en de Tijdelijke wet pilot loondispensatie (tot 2015), alle nader uitgewerkt in lagere regelgeving, kunnen worden gezien als tijdelijke experimenteergrondslagen.

12 Wij duiden ‘de Afdeling advisering van de Raad van State’ in dit preadvies kortheidshalve aan als ‘de Raad van State’.

13 In aanvulling op een zoektocht op www.wetten.nl hebben we in adviezen van de Raad van State sinds 2000, recente Kamerstukken en op www.internetconsultatie.nl naar het begrip ‘experiment’ gezocht. Dit heeft geleid tot toevoeging van de grondslagen op het terrein van Financiën (par. 3.1.3) en de voorgestelde grondslagen in de Warmtewet (par. 3.1.2), Wegenverkeerswet 1994 (par. 3.1.2), Penitentiaire beginselenwet en de consultatieversie van de Experimentenwet rechtspleging (par. 3.1.5). De inventarisatie is afgerond op 1 mei 2018.

rele experimenteergrondslagen te introduceren, al was het maar omdat die niet altijd terugkeren in de officiële Kamerstukken. Onze bescheiden doelstelling is om meer inzicht te bieden in de bestaande wetgevingspraktijk en daaruit aanknopingspunten af te leiden voor degenen die zijn betrokken bij de ontwikkeling van nieuwe regelgeving over experimenten, in het bijzonder experimenteergrondslagen.

De verdere opbouw van dit preadvies is als volgt. In het volgende hoofdstuk gaan wij allereerst in op het wetgevingskwaliteitsbeleid over experimenteerregelgeving. Hoofdstuk 3 bevat de resultaten van onze inventarisatie en analyse van de wetgevingspraktijk inzake structurele experimenteergrondslagen, waarna wij in hoofdstuk 4 reflecteren op de verhouding tussen de praktijk en het wetgevingskwaliteitsbeleid. Hoofdstuk 5 biedt een overzicht van onze conclusies en aanbevelingen.

2 Wetgevingskwaliteitsbeleid over experimenteerwetgeving

2.1 Achtergrond

In het wetgevingskwaliteitsbeleid, dat tot 1993 vooral bestond uit kabinetsstandpunten, is lange tijd weinig aandacht uitgegaan naar experimenten. Het kabinetsstandpunt van het kabinet-Lubbers II over het rapport *Orde in de regelgeving* van de Commissie Wetgevingsvraagstukken (commissie-Polak) uit 1987 bevatte een korte passage over experimenten, omschreven als “de situatie dat de wetgever machtiging verleent om tijdelijk van de wet af te wijken ten einde het ontwikkelen van nieuw beleid mogelijk te maken”. Destijds werd dus al uitgegaan van de uitwerking van experimenten op een lager niveau van regelgeving.¹⁴ Het kabinet wees erop dat de regels die het van de wettelijke regels afwijkende beleid bevatten zorgvuldig moeten worden voorbereid en niet langer van kracht mogen blijven dan strikt noodzakelijk is. Verder merkte het kabinet op dat experimenten niet zonder meer op alle beleidsterreinen mogelijk zijn: waar het fundamentele rechten van burgers betreft, zou een uiterste terughoudendheid geboden zijn.¹⁵

De oorspronkelijke Aanwijzingen voor de regelgeving, die op 1 januari 1993 in werking traden, waren wat experimenteerregelgeving betreft eveneens summier.¹⁶ Ar 10, tweede lid, bepaalde slechts dat *indien* een regeling bij wijze van experiment dient te worden ingevoerd, het tijdelijke karakter in

14 Opvallend is dat deze passage in par. 2.1 van het kabinetsstandpunt, getiteld *Beleidsregels of algemeen verbindende voorschriften*, losstaat van de uitgebreide beschouwingen verderop in hst. 3 over delegatie van wetgeving en het primaat van de wetgever.

15 *Kamerstukken II* 1986/87, 20038, nr. 2, p. 4.

16 *Stcrt.* 1992, 230.

de regeling tot uitdrukking wordt gebracht. De toelichting voegde daaraan toe dat niet te snel tot een regeling met een experimenteel karakter moet worden overgegaan en wees op de kleinschaligheid van experimenten: een experimentele regeling zou aangewezen kunnen zijn om ‘in bepaalde regio’s dan wel ten aanzien van bepaalde personen of instellingen een ander dan het in de wet neergelegde beleid te voeren met het oog op een overwogen wijziging van de wet.¹⁷

De totstandkoming van algemene criteria voor experimenteerregelgeving kreeg in de tweede helft van de jaren ‘90 een impuls door een suggestie van de Tijdelijke commissie College van toezicht sociale verzekeringen (commissie-Van Zijl) om een experimenteerartikel in de socialeverzekeringwetgeving op te nemen. De commissie had geconstateerd dat die wetten in de praktijk niet altijd werden nageleefd en meende dat een experimenteerartikel een uitweg kon bieden uit “de paradox van de gewenste contra legem uitvoering”: een situatie waarin de uitvoering in strijd met wet- en regelgeving is, maar waarin dit toch wenselijk wordt geacht vanuit maatschappelijk of beleidsmatig oogpunt.¹⁸ De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zond de Tweede Kamer in april 1997 een uitvoerige brief over de mogelijkheden tot experimenteren en anticiperen in de socialeverzekeringwetgeving. In de brief werd experimenteren omschreven als “een situatie waarin wordt gezocht naar het juiste (wettelijke) instrument om een bepaald maatschappelijk probleem op te lossen”, terwijl anticiperen zou zien op “een uitvoering die vooruitloopt op een reeds aangekondigde wetswijziging”.¹⁹ De staatssecretaris bespreekt in de brief onder meer de voor- en nadelen en mogelijke vormgeving van een experimenteerartikel in de socialeverzekeringwetgeving.

Na positieve reacties uit de Tweede Kamer²⁰ bracht de regering een wetsvoorstel in procedure dat een ruim omschreven bevoegdheid bevatte om tijdelijk bij wijze van experiment of vooruitlopend op de behandeling van een wetswijziging bij lagere regelgeving af te wijken van hogere wettelijke bepalingen. Met het oog op het onvoorziene was daarbij geen concrete afbakening van onderwerpen opgenomen, maar volstaan met een aanduiding van algemene doelen met het oog waarop geëxperimenteerd kon worden. De

17 Verder werd in de toelichting bij Ar 34, dat het uitgangspunt bevatte dat in een hogere regeling niet wordt toegestaan dat deze bij lagere regeling wordt gewijzigd, opgemerkt dat daarop een uitzondering kan worden gemaakt voor afwijkende regelingen die bij wijze van experiment worden ingevoerd.

18 *Kamerstukken II 1995/96*, 24653, nr. 16.

19 *Kamerstukken II 1996/97*, 25000 XV, nr. 52. De vormen van ‘gefaseerde inwerking-treding’ die Jacobs bespreekt (Jacobs 2018, p. 34-40) hebben veel weg van het genoemde anticiperen.

20 *Kamerstukken II 1996/97*, 25000 XV, nr. 71.

Raad van State (hierna ook: de Raad) reageerde in zijn advies van 31 maart 1998 zeer kritisch: het probleem was volgens de Raad begrijpelijk en de behoefte aan een oplossing legitiem, maar de voorgestelde oplossing “disproportioneel, waarschijnlijk weinig doeltreffend en in elk geval onvoldoende afgewogen”. Het voorstel beruiste volgens de Raad in hoge mate op “het beeld van de wet als sturingsinstrument dat snel en flexibel moet kunnen worden aangepast aan de doelstellingen van de uitvoering”. De Raad had vooral moeite met het algemene karakter van de voorgestelde experimenteerbepaling; experimenteren met de bestaanszekerheid van burgers zou vereisen dat ten minste de hoofdelementen van de experimenten bij wet worden vastgelegd. Naar aanleiding van het advies werd het experimenteertekst beperkt en werd afgezien van een anticipeerartikel.²¹ De uiteindelijk tot stand gekomen Wet experimenten WW zag alleen op de Werkloosheidswet, waarin een experimenteerhoofdstuk werd opgenomen dat een aantal relatief nauwkeurig afgebakende experimenten mogelijk maakte.

De discussie leidde in 1997 tot een rapport over anticiperen en experimenteren in het kader van de ambtelijke Interdepartementale Commissie voor de Harmonisatie van Wetgeving (ICHW), waarin een aantal algemene vereisten voor experimenteeregeling werd verwoord. Die vereisten zijn verder uitgewerkt in het rapport *Het proberen waard* van het ambtelijke Interdepartementaal Wetgevingsberaad (IWB) van 6 juli 2000.²² Dit rapport, dat nog steeds de basis vormt voor het wetgevingskwaliteitsbeleid over experimenteeregeling, bevat een kader van voorwaarden waaraan experimenten op alle beleidsterreinen zouden moeten voldoen. Dat kader is hieronder opgenomen. Het rapport onderschrijft de definitie van de ICHW dat het bij experimenten gaat om het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem, met de kanttekening dat deze omschrijving ruim moet worden uitgelegd. Zo kunnen experimenten bijvoorbeeld ook een rol spelen bij het stimuleren van gewenste ontwikkelingen of bij het opdoen van ervaring met de uitvoering van een regeling door de betrokken overheidsorganisatie alvorens deze eventueel algemeen wordt ingevoerd, aldus het rapport.²³

21 *Kamerstukken II 1999/2000, 26800-XV, nr. 15.*

22 *Het proberen waard. Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen*, Den Haag, 6 juli 2000 (hierna: *Het proberen waard*).

23 *Het proberen waard*, p. 18.

Kader van voorwaarden uit *Het proberen waard* (2000)

1. Ook experimenteerbepalingen dienen uiteraard te voldoen aan de algemene kwaliteitseisen van goede wetgeving. Bij de afweging of in een wet een experimenteerbasis moet worden opgenomen en bij de vaststelling van een experimenteerregeling, moet mede rekening worden gehouden met het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.
2. Een experimenteerbasis dient alleen te worden opgenomen, indien op het desbetreffende wetgevingsterrein de verwachting bestaat dat zinvolle experimenten mogelijk zijn. Bij de vaststelling van een experimenteerregeling moet worden aangegeven wat de relevantie is van het desbetreffende experiment. Aanbevolen wordt het instrument van de ex ante evaluatie in het afwegingsproces te benutten.
3. Een experimenteerbasis dient het onderwerp, doel en functie waarop een vast te stellen experimenteerregeling betrekking kan hebben, zo concreet en nauwkeurig mogelijk te begrenzen. Daarbij is het van belang dat in de experimenteerbasis wordt vermeld van welke artikelen of onderdelen van de wet in een experimenteerregeling kan worden afgeweken. In een experimenteerregeling wordt vermeld op welke punten van deze afwijkingsbevoegdheid gebruik is gemaakt.
4. Het reeds in de Ar vastgestelde vereiste dat een experiment een tijdelijk karakter moet hebben, blijft van wezenlijk belang. De waarborg van de tijdelijkheid moet niet alleen tot uitdrukking komen in de experimenteerregeling (door middel van een horizonbepaling), maar eveneens in de experimenteerbasis. De wettelijke regeling die de grondslag biedt voor een experimenteerregeling of een experiment moet de maximale geldingsduur van de op basis daarvan vast te stellen experimenteerregelingen of experimenten bepalen.
5. Van bepalingen mag in beginsel slechts op het naast-lagere niveau worden afgeweken ten behoeve van een experiment.
6. In de toelichting bij een experimenteerbepaling dient te worden aangegeven hoe evaluatie plaats zal vinden.
7. Ten aanzien van de gevallen waarin het aangewezen is dat een tijdelijke experimenteerregeling blijft gelden totdat een wetswijziging is ingevoerd, moet de experimenteerbasis een expliciete grondslag bieden voor die, overigens eindige, verlenging.
8. Voor de parlementaire betrokkenheid is gecontroleerde delegatie het uitgangspunt. Alleen in uitzonderlijke gevallen kunnen andere vormen van parlementaire betrokkenheid als bedoeld in paragraaf 2.4 Ar zijn aangewezen. Indien in voorkomende gevallen brede inspraak is gewenst, kan worden voorzien in publicatie van de ontwerp-experimenteerregeling in de Staatscourant.
9. Dit kader van voorwaarden geldt voor alle beleidsterreinen.

2.2 Aanwijzingen voor de regelgeving

Het rapport *Het proberen waard* bevatte tevens voorstellen voor twee aanwijzingen, die in 2005 met enkele aanpassingen als de aanwijzingen 10a en 10b in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn opgenomen.²⁴ In de per 1 januari 2018 herziene Aanwijzingen voor de regelgeving zijn deze ondergebracht in een nieuwe paragraaf getiteld *Experimentele regelgeving* (par. 2.6) en vernummerd tot aanwijzingen 2.41 en 2.42.²⁵

Aanwijzing 2.41. Experimenteerregeling

1. Indien het gewenst is de mogelijkheid te bieden dat in een lagere regeling bij wijze van experiment van een hogere regeling wordt afgeweken, wordt in die hogere regeling bepaald:
 - a. wat het oogmerk is van het experiment;
 - b. wat het bereik is van de experimenteerregeling;
 - c. van welke onderdelen van de hogere regeling kan worden afgeweken; en
 - d. wat de maximale geldingsduur is van de afwijking.
2. Van een wet in formele zin wordt slechts afgeweken bij algemene maatregel van bestuur, waarbij kan worden voorzien in subdelegatie.
3. In de experimenteerregeling wordt vermeld van welke onderdelen van de hogere regeling wordt afgeweken.

Evenals *Het proberen waard* zien de aanwijzingen op experimenteergronddslagen die worden uitgewerkt bij lagere regeling. Ar 2.41 formuleert voor dergelijke grondslagen een aantal vereisten. Allereerst dient de grondslag te bepalen wat het oogmerk is van het experiment en wat het bereik is van de (lagere) experimenteerregeling. Bij de bepaling van het bereik is blijkens de toelichting gedacht aan een territoriale afbakening of een afbakening naar bepaalde groepen personen of instellingen. Voorts dient de experimenteergronddslag te bepalen van welke onderdelen van de hogere regeling bij lagere regeling kan worden afgeweken, waarna in de experimenteerregeling wordt vermeld van welke onderdelen van de hogere regeling concreet wordt afgeweken (eerste lid, onder c, en derde lid). De uitwerking dient plaats te vinden op het ‘naast-lagere niveau’: van een wet in formele zin wordt alleen afgeweken bij amvb, waarbij de experimenteergronddslag voor nadere gedetailleer-

²⁴ *Stcrt.* 2004, 213 (Zesde wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

²⁵ *Stcrt.* 2017, 69426.

de uitwerking kan voorzien in subdelegatie (tweede lid).²⁶ Tot slot moet de geldingsduur van een afwijking in de grondslag gemaximeerd worden (eerste lid, onder d).

Een aantal voorwaarden uit het rapport *Het proberen waard* keert terug in de toelichting. Zo wordt opgemerkt dat het onderwerp waarop een vast te stellen experimentele regeling betrekking kan hebben, zoals bij elke delegatiegrondslag, zo concreet en nauwkeurig mogelijk moet worden begrensd. Ook wordt in de toelichting onder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel aangespoord tot terughoudendheid met experimentele regelingen.

Aanwijzing 2.42. Evaluatie experimenteerregeling

1. In de toelichting bij een experimenteerregeling wordt aangegeven hoe evaluatie van de regeling plaatsvindt.
2. Indien een experimenteerregeling een evaluatiebepaling bevat wordt het volgende model als uitgangspunt genomen:

Onze Minister [van/voor ...] zendt [in overeenstemming met Onze 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.

Ar 2.42 ziet op de evaluatie van de experimenteerregeling. Volgens het eerste lid dient de toelichting bij een experimenteerregeling aan te geven hoe evaluatie van de regeling plaatsvindt. Het is volgens de toelichting bij deze aanwijzing niet in alle gevallen nodig om een expliciete evaluatiebepaling in de regeling op te nemen. Concrete aanknopingspunten voor deze afweging biedt de toelichting echter niet. Als voor een evaluatiebepaling wordt gekozen, dient het model van het tweede lid als uitgangspunt te worden genomen. In de toelichting bij Ar 2.42 wordt verder ingegaan op de mogelijkheid van verlenging van experimenten in afwachting van een structurele regeling en opgemerkt dat voor de medewerking van een niet onder ministeriële ver-

26 Dit sluit aan bij het algemene uitgangspunt van de Aanwijzingen voor de regelgeving dat voor het normeren van gedragingen, handelingen of bevoegdheden de vorm van algemeen verbindende voorschriften wordt gekozen, die in beginsel worden vastgesteld bij de wet of krachtens de wet bij amvb of ministeriële regeling (Ar 2.1 en 2.17-2.18).

antwoordelijkheid vallend orgaan aan de evaluatie een wettelijke voorziening nodig is.

Opvallend is dat bij de herziening per 1 januari 2018 een aantal wijzigingen is doorgevoerd die niet of nauwelijks zijn toegelicht.²⁷ Zo gaat Ar 2.41, anders dan haar voorloper 10a, uit van de situatie waarin het “gewenst” is in plaats van “noodzakelijk” om in een lagere regeling bij wijze van experiment van een hogere regeling af te wijken. Hiermee lijkt een zekere versoepeling te zijn beoogd. In een ander opzicht is Ar 2.41 strenger geworden: volgens de nieuwe onderdelen a en b van het eerste lid moeten nu ook het oogmerk van het experiment en het bereik van de experimenteerregeling in de grondslag worden opgenomen. Deze formuleringen wekken de indruk dat de opstellers een grondslag voor een concreet voorzien experiment op het oog hadden.

Verder valt op dat de toelichting sinds 1 januari 2018 niet langer vermeldt dat parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van de lagere regeling in de rede ligt.²⁸ Ook is de termijn in het model voor een evaluatiebepaling in Ar 2.42 verlengd van drie naar negen maanden voor afloop van de experimenteerregeling. Volgens de toelichting bij Ar 2.42 is een termijn van negen maanden wenselijk om voldoende tijd te hebben om overleg met het parlement te voeren en eventueel een verlenging van de experimenteerregeling te realiseren.

Aanwijzing 2.31

Vermelding verdient dat volgens Ar 2.31 (voorheen Ar 33a) in een hogere regeling niet wordt toegestaan dat daarvan bij lagere regeling wordt afgeweken, tenzij de afwijkende regeling bij wijze van experiment wordt ingevoerd of dient ten behoeve van een noodsituatie. De aanwijzing is in 2008 opgenomen naar aanleiding van een motie van de Eerste Kamer (motie-Jurgens c.s.) met de uitspraak dat uit artikel 81 Grondwet voortvloeit dat het vaststellen van een wet in formele zin, en dus ook het afwijken daarvan, een besluit be-

27 De wijzigingen zijn alleen summier toegelicht in de transponeringstabel in de toelichting. Daar wordt vermeld dat “de aanwijzingen 10a en 10b (voor zover niet betrekking hebbend op evaluatie) zijn samengenomen in aanwijzing 2.41 en verplaatst naar een logischer locatie, in een afzonderlijke paragraaf over experimentele regeling’ en dat het ‘onderdeel van aanwijzing 10b inzake evaluatie in een aparte aanwijzing 2.42 [is] neergeslagen”.

28 Tot 1 januari 2018 vermeldde de toelichting: “Indien een experimentele regeling van de wet afwijkende regels kan bevatten, ligt parlementaire betrokkenheid bij een dergelijke regeling in de rede. Daarvoor wordt bij voorkeur de figuur van de gecontroleerde delegatie gebruikt (zie de aanwijzingen 36 en 37). Indien brede inspraak gewenst is, kan tevens worden voorzien in publicatie van de ontwerpregeling in de Staatscourant.”

hoort te zijn van regering en Staten-Generaal.²⁹ Het kabinet betwistte deze stelling en wenste in ieder geval de bestaande uitzonderingen voor experimenten en noodsituaties te behouden.³⁰ Dit is inmiddels de geldende rechtsopvatting.³¹

2.3 *Recente kabinetsstandpunten*

Hoewel de Aanwijzingen voor de regelgeving nog steeds terughoudendheid met experimenteerregelgeving voorschrijven is de laatste jaren in kabinetsstandpunten over het wetgevingskwaliteitsbeleid meer aandacht gevraagd voor experimenten als instrument om regeldruk te verminderen of wetgeving ‘toekomstbestendig’ te maken. Zo stelde minister Hirsch Ballin van Justitie (kabinet-Balkenende IV) in 2008 in een brief die hoofdzakelijk over regeldrukvermindering ging dat er meer ruimte moet zijn voor het experiment om te bezien of een regel werkt.³² Onder het kabinet-Rutte II zijn experimenten, mede naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer tijdens de begrotingsbehandeling Economische Zaken voor 2015, vooral in de sleutel van ruimte voor innovatie en technologische ontwikkelingen geplaatst. Dit heeft geresulteerd in het programma *Toekomstbestendige wetgeving*. In de eerste twee kabinetsbrieven over het programma van juli en december 2015 ligt een sterke nadruk op de vraag hoe wetgeving ‘wendbaarder’ en ‘toekomstbestendiger’ kan worden gemaakt om meer ruimte te bieden voor technologische en maatschappelijke ontwikkelingen.³³ Het kabinet keek daartoe aan de hand van een aantal concrete casus, zoals de ontwikkeling van zelfrijdende auto’s, naar experimenteerbepalingen als een van de mogelijkheden om in wet- en regelgeving “meer flexibiliteit in te bouwen”.³⁴

De conclusie van het kabinet, zoals verwoord in de afsluitende brief over toekomstbestendige wetgeving van juni 2017, is dat de kaders voor experimenten uit de Aanwijzingen voor de regelgeving hun waarde hebben bewezen, maar niet altijd meer lijken te passen. Het kabinet lijkt daarbij blijkens de onderstaande passage te doelen op het vereiste dat de mogelijke afwijkingen van de hogere regeling in de experimenteergrondslag worden afgebakend:

29 *Kamerstukken I* 2005/06, 21109, nr. A.

30 *Stcrt.* 2008, 63 (Achtste wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving), p. 21. Zie ook *Kamerstukken I* 2006/07, 26200-VI, nr. B.

31 L.F.M. Verhey & C.S. Aal, ‘Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning’, *RegelMaat* 2017 (32) 4, p. 257-258.

32 *Kamerstukken II* 2008/09, 31731, nr. 3. Zie daarover Veerman & Bulut 2011.

33 Brief van de minister van EZ van 20 juli 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 33009, nr. 10.

34 Brief van de ministers van EZ en VenJ van 18 december 2015, *Kamerstukken* 2015/16, 33009, nr. 12.

“Deze kaders hebben hun waarde bewezen. Niettemin lijken de kaders niet altijd meer te passen. Bij het Besluit experiment regelluwe scholen PO/VO bijvoorbeeld bestaat de behoefte aan een «continu proces van verbetering», waarin vanuit een concreet verbeterdoel van een school bij elke verbeteringslag wordt gezien of zich belemmeringen voordoen die uit de wet voortvloeien. Bij de casus zelfrijdende auto gaat het om het aanjagen van de introductie van de zelfrijdende auto op de openbare weg. Daarvoor is het nodig om in de praktijk de kansen en risico's in beeld te krijgen hiervan. De casus hebben gemeen dat niet op voorhand precies kan worden gezegd welke wettelijke bepalingen in het licht van het doel belemmerend zullen blijken, dit moet gaandeweg duidelijk worden. Dit is daarom open gehouden. Uiteraard kan het niet de bedoeling zijn hiermee een blanco cheque uit te geven: de wet belichaamt immers publieke waarden en bij elk experiment zal duidelijk moeten zijn waaraan niet te tornen valt, de randvoorwaarden moeten dus heel duidelijk zijn. Waar wel ruimte bestaat om van de wet af te wijken, dient duidelijk te zijn wie bevoegd is om dit besluit te nemen en welke procedure daarbij geldt. Het gaat hier om een nog prille ontwikkeling, waarbij zich gaandeweg zou moeten gaan aftekenen of aan de rechtsstatelijke eisen die de bestaande kaders beogen te waarborgen ook op een andere manier invulling kan worden gegeven.”³⁵

De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap zou het vraagstuk volgens de brief nader bestuderen.

2.4 *Aandachtspunten van de Raad van State*

De Raad van State besteedt in zijn adviezen vanouds veel aandacht aan experimenteerregelgeving. Enkele kritische adviezen van de Raad vormden eind jaren '90 mede aanleiding voor de totstandkoming van het hiervoor beschreven wetgevingsbeleid. Het hoeft niet te verbazen dat de Raad van State experimenteergrondbeslagen vooral beziet vanuit rechtsstatelijke waarden, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en in het bijzonder het legaliteitsbeginsel. Dit laatste beginsel speelde bijvoorbeeld een duidelijke rol in het in paragraaf 2.1 genoemde advies over experimenteren en anticiperen in de socialeverzekeringwetgeving, waarin de Raad zich verzet tegen “het beeld van de wet als sturingsinstrument” en aandrang op concretisering van de voorgestelde grondslag en de uit te voeren experimenten.

35 Brief van de ministers van EZ en VenJ van 26 juni 2017, *Kamerstukken II 2016/17*, 33009, nr. 42, p. 5-6.

In de loop der jaren heeft de Raad in verschillende adviezen op concretisering van experimenteergrondslagen aangedrongen, veelal onder verwijzing naar *Het proberen waard* en later naar de desbetreffende aanwijzingen. Daaruit leidt de Raad af dat het onderwerp waarop een vast te stellen experimentele regeling betrekking kan hebben zo concreet en nauwkeurig mogelijk moet worden begrensd en dat de experimenteergrondslag het doel en de functie van eventuele experimenten aanduidt.³⁶ In het volgende hoofdstuk zal een aantal van die adviezen langskomen. Ook heeft de Raad vaak opmerkingen gemaakt over voorgestelde experimenteerregelingen (amvb's), zoals de vraag of sprake is van een weloverwogen opzet, duidelijke evaluatiecriteria³⁷ en een onafhankelijk uit te voeren evaluatie.³⁸

Het meer rechtsstatelijke perspectief van de Raad op experimenteerregeling komt eveneens scherp tot uitdrukking in de jaarverslagen over 2015 en 2016. Daarin worden experimenten, mede in reactie op de in paragraaf 2.3 genoemde kabinetsbrieven uit 2015 over toekomstbestendige wetgeving, beschouwd als onderdeel van een bredere ontwikkeling om binnen wetgeving meer ruimte te bieden voor maatschappelijke veranderingen. Die ontwikkeling dreigt volgens de Raad ten koste te gaan van rechtsstatelijke waarden zoals het legaliteitsbeginsel – gesproken wordt van “abdication van de formele wetgever” – en het rechtszekerheidsbeginsel. Daarbij constateert de Raad een neiging in de praktijk, in het bijzonder in het omgevingsrecht en de onderwijssector, om bij behoefte aan vernieuwing bestaande afwijkings- en experimenteerbepalingen “breed te gaan gebruiken voor alternatieve regels”.³⁹

De Raad heeft zich echter niet alleen kritisch over experimenten uitgelaten. Zo heeft de Raad in een aantal adviezen positief gereageerd op voorgestelde (ruimte voor) experimenten, bijvoorbeeld op het terrein van de zorgmarkt.⁴⁰ Ook heeft de Raad enkele malen gesuggereerd om een voorgestelde structurele regeling een experimenteel karakter te geven⁴¹ en in meer algemene zin opgemerkt dat het zinvol zou kunnen zijn om te experimenteren met het afschaffen van regels die onwenselijke effecten hebben.⁴²

36 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2013/2014, 33844, nr. 4, p. 2-3.

37 Zie bijv. het advies over de niet tot stand gekomen Tijdelijke experimenteerwet differentiatie van parkeertarieven op basis van luchtverontreiniging, Wo8.09.0460/IV (p. 3).

38 Zie bijv. het Jaarverslag van de Raad van State over 2002, p. 60.

39 Jaarverslag van de Raad van State over 2015, onder *Experimenteren, innoveren en afwijken*.

40 *Kamerstukken II* 2003/04, 29379, nr. 4.

41 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2001/02, 28483, nr. A.

42 Jaarverslag van de Raad van State over 2008, p. 91.

3 Structurele experimenteergrondslagen in de praktijk

Dit hoofdstuk bevat de resultaten van onze inventarisatie van de wetgevingsspraktijk. Om de lezer een beeld te geven van de bestaande structurele wettelijke experimenteergrondslagen volgt hierna in paragraaf 3.1 per ministerie⁴³ een schets van de gevonden grondslagen en daaraan gegeven uitwerking. Het gaat daarbij om een globale omschrijving; wij hopen op aanvullingen (en eventueel correcties) tijdens de jaarvergadering op 7 juni 2018. In paragraaf 3.2 bespreken wij de redenen die in de wetsgeschiedenis voor de grondslagen zijn aangevoerd. In paragraaf 3.3 worden de grondslagen vergeleken aan de hand van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

3.1 Structurele grondslagen per ministerie

3.1.1 Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: BZK)

Op het terrein van BZK bestaan meerdere structurele experimenteergrondslagen.⁴⁴ Vermoedelijk de bekendste zijn opgenomen in de **Crisis- en herstelwet**, die in 2010 tot stand kwam als tijdelijke wet om de economische crisis te bestrijden en later permanent is gemaakt.⁴⁵ Artikel 2.2 van de wet maakt het mogelijk om bij amvb voor maximaal tien jaar bij wijze van experiment zogenaemde ontwikkelingsgebieden aan te wijzen waar tijdelijk van milieuwetgeving kan worden afgeweken. Daarnaast kan de regering op basis van artikel 2.4 van de Crisis- en herstelwet bij amvb afwijken van verschillende wetten in het ruimtelijk domein ten behoeve van experimenten die bijdragen aan innovatieve ontwikkelingen en aan de bestrijding van de economische crisis en de duurzaamheid bevorderen. Hoewel de Raad van State de geformuleerde afwijkingsmogelijkheden en experimenteerdoelen onvoldoende concreet en nauwkeurig begrensd achtte, hield de regering vast aan de voorgestelde bepaling om zo “een breed scala van experimenten” mogelijk te maken.⁴⁶

Van de artikelen 2.2 en 2.4 van de Crisis- en herstelwet is de afgelopen jaren veelvuldig gebruikgemaakt. Zo zijn volgens de laatste voortgangsrapportage over de praktijkervaringen met de wet 94 experimenten in de zin

43 Op het terrein van de ministeries van Algemene Zaken, Buitenlandse Zaken en Defensie hebben wij geen structurele experimenteergrondslagen aangetroffen.

44 Art. 120a van de Woningwet bevat een bepaling over experimenten in afwijking van bij of krachtens amvb gegeven voorschriften. Verder bestaat op het terrein van BZK momenteel één tijdelijke grondslag: de Tijdelijke experimentenwet stembiljetten en centrale stemopneming. In het verleden hebben experimenten plaatsgevonden op basis van onder meer de Experimentenwet Kiezen op Afstand, de Experimentenwet Stad en Milieu en de Wet D’gemeenten en D’provincies.

45 *Stb.* 2013, 144.

46 *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, nr. 4, p. 27, 51.

van artikel 2.4 aangewezen.⁴⁷ Een voorbeeld is het experiment inzake het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte, waarbij wordt geëxperimenteerd met onderdelen van het omgevingsplan uit de nieuwe Omgevingswet.⁴⁸ De Raad van State heeft in zijn adviezen over ontwerpbesluiten tot uitvoering van artikel 2.4 meermaals opgemerkt dat de voorgestelde experimenten niet voldeden aan de wettelijke voorwaarden dat de experimenten bijdragen aan innovatie, bestrijding van de economische crisis en de duurzaamheid.⁴⁹ Inmiddels is een wetsvoorstel in voorbereiding om de voorwaarden aan te passen. Met dat wetsvoorstel wordt tevens beoogd het mogelijk te maken dat bij ministeriële regeling nieuwe gebieden worden toegevoegd aan bestaande experimenten om de uitvoering van projecten te versnellen. In de eerste voortgangsrapportage werd al opgemerkt dat de aanwijzing van experimenten bij amvb remmend zou werken op de snelle start van experimenten.⁵⁰ Dit werd in de tweede voortgangsrapportage herhaald: de verplichte voorhang en advisering door de Raad van State zouden de uitvoering van diverse projecten vertragen.⁵¹

De nog niet in werking getreden **Omgevingswet** bevat in artikel 23.3 een zeer ruime, op de Crisis- en herstelwet geïnspireerde experimenteergrondslag.⁵² Het artikel maakt het mogelijk om ten behoeve van experimenten bij amvb af te wijken van de Omgevingswet en enkele andere wetten in het fysiek domein met het oog op algemeen geformuleerde experimenteerdoelen.⁵³ Ook ditmaal merkte de Raad van State op dat de experimenteergrondslag niet concreet en nauwkeurig is begrensd en wenste de regering “gelet op het feit dat de experimenteerbepaling juist ziet op toekomstige ontwikkelingen” de mogelijke experimenten op het niveau van de wet niet verder in te kaderen.⁵⁴ Wel is naar aanleiding van het advies onder meer toegevoegd dat

47 Praktijkervaringen Crisis- en herstelwet, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 32127, nr. 221, p. 16.

48 Zie daarover Jacobs 2018, p. 38-39.

49 Zie ook Verhey & Aal 2017, p. 263-264.

50 Praktijkervaringen Crisis- en herstelwet, Evaluatie 2010-2011, bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 32127, nr. 148, p. 21-26.

51 Praktijkervaringen Crisis- en herstelwet, Voortgangsrapportage 2011-2012, bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 32127, nr. 160.

52 *Stb.* 2016, 156.

53 Op grond van art. 23.3, tweede lid, wordt een experiment alleen aangewezen als het “beoogt bij te dragen aan het nastreven van de doelen, bedoeld in artikel 1.3, aanhef en onder a, waaronder de verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving, de te volgen procedures of de besluitvorming daarover”. Volgens art. 1.3, aanhef en onder a, is de Omgevingswet “met het oog op duurzame ontwikkeling, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu, gericht op het (...) bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit”.

54 *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, nr. 4, p. 150.

de duur van de toegestane afwijkingen en de monitoring en evaluatie van een experiment bij amvb worden bepaald.

Opvallend is dat bij amvb ook kan worden bepaald welke afwijkingen na afloop van een experiment toegestaan blijven (derde lid, onderdeel i), anders bij wijze van verlenging met het oog op een structurele regeling. Volgens de toelichting kon bijvoorbeeld worden gedacht aan het bij wijze van experiment afschaffen van een meldingsplicht waarbij na afloop van het experiment niet alsnog hoeft te worden gemeld.⁵⁵ De Tweede Kamer oordeelde dat afwijkingen na afloop indruisen tegen het karakter van een experiment en beperkte de mogelijkheid bij amendement: afwijkingen na afloop zijn alleen toegestaan wanneer ze onderdeel zijn van het experiment en wanneer het in overeenstemming brengen met de regelgeving na afloop van het experiment onevenredig is in verhouding tot het te beschermen belang van de fysieke leefomgeving (vierde lid).⁵⁶

Een al wat oudere experimenteergrondslag op BZK-terrein is te vinden in artikel 49 van de **Wet op de huurtoeslag**.⁵⁷ Dat bevat sinds 1997 een basis voor door de minister te bepalen experimenten met huurtoeslag die naar zijn oordeel in het belang van de volkshuisvesting zijn. Navraag leert dat de grondslag in het verleden is toegepast, maar niet meer sinds de invoering van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen in 2006, waarbij de uitvoering is overgegaan naar de Belastingdienst/Toeslagen.

Vermeldenswaard is dat de regering in januari 2017 heeft besloten het wetsvoorstel voor een Experimentenwet gemeenten niet in te dienen. Het ging daarbij om een structurele wet die ruimte moest bieden voor tijdelijke experimenteergrondslagen voor specifieke door gemeenten uit te voeren experimenten, die via een reguliere wetswijziging in de wet zouden worden opgenomen. Daarnaast regelde het wetsvoorstel een procedure voor het indienen en beoordelen van experimenteervoorstellen van gemeenten. Het wetsvoorstel ontmoette een zeer kritische reactie van de Raad van State, onder meer omdat de voorgestelde procedure juridisering in de hand zou werken en de ruimte voor lokaal maatwerk zou beperken.⁵⁸ Voor de twee in het wetsvoorstel voorgestelde experimenten wordt volgens het nader rapport een andere oplossing gezocht.

55 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 609.

56 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 125 (amendement-Van Veldhoven).

57 Geïntroduceerd bij *Stb.* 1997, 197.

58 *Stcrt.* 2018, nr. 10862.

3.1.2 *Economische Zaken en Klimaat (hierna: EZK) en Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (hierna: LNV)*

Op het terrein van EZK en LNV bestaan verschillende experimenteergrondslagen, waarbij een voorkeur opvalt voor de constructie om experimenten in te richten bij beschikking. De **Elektriciteitswet 1998** en de **Gaswet** bevatten sinds 2012 ruime, bij amendement geïntroduceerde grondslagen voor experimenten die bijdragen aan ontwikkelingen op het gebied van het decentraal opwekken van duurzame elektriciteit of duurzaam gas, waartoe van alle bij of krachtens de genoemde wetten gestelde voorschriften kan worden afgeweken.⁵⁹ De eerstgenoemde grondslag is uitgewerkt in een amvb op basis waarvan de minister voor de duur van vier jaar ontheffing kan verlenen van enkele bepalingen van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van experimenten met decentrale duurzame elektriciteitsopwekking.⁶⁰ Coöperaties en verenigingen van eigenaren kunnen daartoe een aanvraag doen bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland. Er vinden al enkele experimenten plaats.⁶¹

De grondslagen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zijn volgens de regering niet toereikend gebleken om te experimenteren met alle relevante aspecten van hernieuwbare energie en worden daarom binnenkort verruimd, waarbij het bijvoorbeeld ook voor netbeheerders mogelijk wordt om deel te nemen aan experimenten.⁶² Daarbij wordt op het niveau van de wet voorzien in de bevoegdheid van de minister om ten behoeve van experimenten ontheffing van de wetten te verlenen. Bij amvb worden nadere regels gesteld over het verlenen van ontheffing, zoals welke afwijkingen van de wet daarbij zijn toegestaan, de groep afnemers waarvoor de afwijkingen gelden en de verslaglegging van een experiment door de houder van de ontheffing.⁶³

-
- 59 De toelichting bij het amendement benadrukte dat de experimenten een breed scala aan onderwerpen kunnen betreffen en ‘zeer verstrekkend’ kunnen zijn (*Kamerstukken II 2011/2012, 32814, nr. 20*).
- 60 Zie het Besluit experimenten decentrale duurzame elektriciteitsopwekking en de daarop gebaseerde openstellingsregelingen. De Raad van State adviseerde onder meer om in de toelichting nader in te gaan op de bereidheid van deelnemers om de benodigde investeringen te doen en de voorlichting die vereist is voor een optimale benutting van de geboden experimenteerruimte (*Stcr.* 2015, nr. 6471).
- 61 Zie www.rvo.nl/subsidies-regelingen/experimenten-elektriciteitswet/publicaties-elektriciteitswet.
- 62 Wet van 9 april 2018 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (voortgang energietransitie), *Stb.* 2018, 109.
- 63 *Kamerstukken II 2016/17, 34627, nr. 3, o.a. p. 3, 5 en 25*. De Raad van State maakte geen opmerkingen over de wijzigingen van de experimenteergrondslagen (*Kamerstukken II 2016/17, 34627, nr. 4*).

Sinds 2016 bevat de **Telecommunicatiewet** in artikel 3.12, eerste lid, onderdeel a, een grondslag op basis waarvan de minister op aanvraag een vergunning kan verlenen voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van experimenten met een looptijd van ten hoogste één jaar, bijvoorbeeld voor niet-commerciële experimenten met mobiele telefoonfrequenties.⁶⁴ Daarbij kan worden afgeweken van het frequentieplan (art. 13, tweede lid, van de wet) en de wettelijke afwijzingsgronden (art. 3.18, eerste lid, van de wet). Aan een experimenteervergunning kunnen voorschriften en beperkingen worden verbonden, zoals technische voorschriften en rapportageverplichtingen met betrekking tot het verloop en de voortgang van het experiment. Het verlenen van vergunningen is belegd bij het Agentschap Telecom, dat onder meer verlangt dat de aanvrager een omschrijving geeft van het innovatieve doel van het experiment.⁶⁵ Het is ons niet bekend of dergelijke experimenten hebben plaatsgevonden.

Verder is een wijziging van de **Warmtewet** in voorbereiding ter introductie van een grondslag voor experimenten die bij kunnen dragen aan verdere verduurzaming van de warmtevoorziening.⁶⁶ Ook in dit geval kan de minister van EZK ten behoeve van experimenten ontheffing verlenen, die betrekking kan hebben op alle onderdelen van de wet. De regering gaf geen gevolg aan het advies van de Raad van State om concreet te vermelden van welke artikelen kan worden afgeweken; zij gaf de voorkeur aan een vergelijkbare opzet als in de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet, omdat de verwachting is dat de experimenten in het kader van de Warmtewet zullen plaatsvinden in samenhang met experimenten onder de Gaswet en de Elektriciteitswet.⁶⁷

Op het terrein van LNV bestaan twee grondslagen met een Europeesrechtelijke herkomst die experimenten mogelijk maken via een vrijstelling of ontheffing waaraan voorschriften of beperkingen kunnen worden verbonden. In beide gevallen lijkt het niet zozeer te gaan om het onderzoeken van de wenselijkheid van een wetswijziging, maar om het mogelijk maken van nieuwe technische ontwikkelingen. Op basis van artikel 48 van de **Zaaizaad- en plantgoedwet 2005** kan de minister ten behoeve van het uitvoeren van tijdelijke experimenten vrijstelling of ontheffing verlenen van het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk 6 van de wet, dat gaat over het in de handel brengen van teeltmateriaal. De mogelijkheid is vooral bedoeld voor het doorvoeren in Nederland van (tijdelijke) afwijkingen van het gangbare Europese regime,

64 *Kamerstukken II* 2014/15, 34271, nr. 3, p. 51-52.

65 Zie www.agentschaptelecom.nl/onderwerpen/experimenteervergunning.

66 *Kamerstukken* 34723.

67 *Kamerstukken II* 2016/17, 34723, nr. 4, p. 8.

waartoe de Europese Commissie de lidstaten bij beschikking kan machtigen.⁶⁸

De tweede grondslag is artikel 37 van de **Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden**, dat ziet op experimenten met niet-toegelaten gewasbeschermingsmiddelen. Het College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden kan op aanvraag ontheffing verlenen van bepaalde verboden voor het gebruik van een niet-toegelaten gewasbeschermingsmiddel in een proef of experiment voor onderzoek of ontwikkelingsdoeleinden als bedoeld in de Europese Verordening Gewasbeschermingsmiddelen. De minister van LNV kan een bedrijf of instelling waar dergelijke proeven of experimenten plaatsvinden erkennen.

3.1.3 Financiën

Op het terrein van Financiën hebben wij geen expliciete experimenteergrondslagen gevonden. Wel bestaan op dit terrein twee artikelen die door de regering zijn aangeduid als ‘experimenteerbepaling’: artikel 64 van de **Algemene wet inzake rijksbelastingen** en het vergelijkbare artikel 67a van de **Invorderingswet 1990**.⁶⁹ Deze artikelen maken het mogelijk dat de Belastingdienst “ter bevordering van een doelmatige formalisering van de uit een belastingwet voortvloeiende schuld of van de op grond van een belastingwet op te leggen bestuurlijke boete” afwijkt van “het overigens bij of krachtens de belastingwet bepaalde”, mits de belastingplichtige met deze wijze van formaliseren instemt en ze niet leidt tot een lagere schuld of boete dan uit de belastingwet voortvloeit. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld over de toepassing van de artikelen. Dit is voor zover bekend nog niet gebeurd.

De Raad van State merkte op dat uit de tekst van de bepalingen niet duidelijk blijkt dat ze een basis bieden voor experimenten. De Raad adviseerde de regering om dit te verduidelijken, de mogelijke experimenten nauwkeuriger te begrenzen en een maximale geldingsduur vast te leggen. De regering hield echter vast aan de voorgestelde formulering. Volgens de regering was nog niet te zeggen wanneer de Belastingdienst klaar is voor welke experimenten en zij achtte het niet wenselijk kansen te missen om opties te beproeven als gevolg van het ontbreken van een wettelijke basis.⁷⁰

68 *Kamerstukken II* 2003/04, 29650, nr. 3, p. 36.

69 In de memorie van toelichting bij de Wet overige fiscale maatregelen 2016, waarbij laatstgenoemd artikel geïntroduceerd werd: *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, nr. 3, p. 22-23.

70 *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, nr. 4, p. 8-9.

3.1.4 Infrastructuur en Waterstaat (hierna: *IenW*)⁷¹

Artikel 186 van de **Wegenverkeerswet 1994** bevat sinds 2007 een ruime grondslag voor het inrichten van experimenten bij of krachtens amvb voor de duur van maximaal zes jaar, waarbij van verschillende onderdelen van de wet kan worden afgeweken. Op advies van de Raad van State is aan het artikel een evaluatiebepaling toegevoegd.⁷² Op basis van de grondslag hebben onder meer experimenten plaatsgevonden met het onder begeleiding laten rijden van beginnende bestuurders (*2toDrive*) en met verlaging van de minimumleeftijd voor het leren besturen van een bus of touringcar.⁷³ Beide experimenten hebben geleid tot een structurele regeling.⁷⁴

Er is een wetsvoorstel in procedure om in de *Wegenverkeerswet 1994* een structurele grondslag op te nemen voor experimenten van ten hoogste drie jaar met geautomatiseerde systemen in motorrijtuigen, die nog volop in ontwikkeling zijn.⁷⁵ Op dit moment kan de Dienst Wegverkeer (RDW) al ontheffing verlenen van bepaalde technische eisen van de *Wegenverkeerswet 1994* voor experimenten waarbij de bestuurder zich in het motorrijtuig bevindt.⁷⁶ In aanvulling daarop maakt het wetsvoorstel experimenten mogelijk met motorrijtuigen die op afstand worden bestuurd. Voor de experimenten is een vergunning vereist van de minister van *IenW*, die daarbij ook van andere wettelijke voorschriften dan technische eisen ontheffing kan verlenen. Het voorgestelde artikel 149ab, tweede lid, somt een aantal voorwaarden op die bij de vergunningverlening moeten worden bepaald, zoals een beschrijving van het experiment, veiligheidseisen en de wettelijke voorschriften waarvan mag worden afgeweken. De Raad van State merkte onder meer op dat het gezien de risico's die aan de experimenten kleven het van groot belang is dat niet meer of anders wordt geëxperimenteerd dan uit oogpunt van

71 Art. 8.23a van de Wet luchtvaart bevat een vrij gedetailleerde grondslag voor bij ministeriële regeling te bepalen experimenten in afwijking van het Luchthavenverkeerbesluit Schiphol (een amvb) om de geluidhinder voor omwonenden rond de luchthaven Schiphol te verminderen. Het gaat daarbij niet om afwijking van de Wet luchtvaart zelf.

72 *Kamerstukken II* 2005/06, 30476, nr. 4. Anders dan de Raad adviseerde is niet in de wet vastgelegd dat de minister het parlement op de hoogte houdt van het verloop van de experimenten.

73 Zie het Tijdelijk besluit begeleid rijden (*Stb.* 2011, 454) en het Tijdelijk besluit buschauffeurs (*Stb.* 2010, 694). Verder is het artikel uitgewerkt in hoofdstuk VII van het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer (BAWB; *Stb.* 2008, 376) en het tijdelijke hst. 3a van het Besluit voertuigen (*Stb.* 2012, 304).

74 Aldus Jacobs 2018, p. 22.

75 *Kamerstukken* 34838.

76 Zie het Besluit ontheffingverlening exceptioneel vervoer, gebaseerd op de artikelen 149a en 149b van de *Wegenverkeerswet 1994*.

kennisverwerving noodzakelijk is.⁷⁷ De memorie van toelichting benadrukt dat de afwijking zo beperkt mogelijk moet worden ingevuld en niet verder mag gaan dan nodig is voor het doel van het experiment.⁷⁸ In afwijking van het advies van de Raad is geen einddatum voor het afgeven van vergunningen opgenomen, omdat de regering een structurele grondslag beoogt die naar verwachting vele jaren van belang zal blijven om nieuwe systemen te kunnen beproeven voordat ze algemeen worden toegelaten op de weg.⁷⁹

Een eveneens ruime experimenteergrondslag is sinds 2001 te vinden in de **Wet personenvervoer 2000**. Artikel 3 van deze wet ziet op bij of krachtens amvb in te richten experimenten in het openbaar vervoer, waarbij voor de duur van maximaal zes jaar van een aantal wetsartikelen kan worden afgeweken, zoals het verbod om openbaar vervoer te verlenen zonder concessie. Het kritische advies van de Raad van State over het voorstel voor deze grondslag was een van de aanleidingen voor het rapport *Het proberen waard*. De Raad had onder meer bezwaar tegen de “vrijwel ongeclausuleerde” formulering van de voorgestelde grondslag, de toegestane maximumduur en de mogelijkheid van subdelegatie. Naar aanleiding van het advies zijn de mogelijke afwijkingen nader afgebakend en is in de toelichting uitgedrukt dat er bij de overweging om tot een experiment over te gaan een ex ante evaluatie zal plaatsvinden. De maximumduur van zes jaar was volgens de regering nodig omdat de verwachte innovaties in de openbaar vervoermarkt in veel gevallen gepaard zullen gaan met grote investeringen.⁸⁰ In het verleden hebben op basis van de grondslag enkele experimenten plaatsgevonden met onder meer regionale treindiensten onder verantwoordelijkheid van decentrale overheden.⁸¹ Mogelijk wordt de grondslag binnenkort opnieuw benut: in het regeerakkoord is afgesproken dat provincies en vervoerregio’s die met nieuwe vormen van doelgroepenvervoer, openbaar vervoer en deelsystemen willen experimenteren, daarvoor de ruimte krijgen.⁸²

Artikel III van de **Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening** maakt het sinds 2012 mogelijk dat de minister ten laste van het deltafonds bij wijze van experiment uitgaven doet om ervaring op te doen met integrale bekostiging van maatregelen en voorzieningen op het gebied van milieu,

77 *Kamerstukken II 2017/18*, 34838, nr. 4, p. 3.

78 *Kamerstukken II 2017/18*, 34838, nr. 3, p. 2.

79 *Kamerstukken II 2017/18*, 34838, nr. 4, p. 5.

80 *Kamerstukken II 1998/99*, 26456, nr. A en nr. 3.

81 Zie de Regeling experimenten regionale treindiensten (*Stcrt.* 1998, 113) en de Regeling experiment meerjarenafspraken openbaar vervoer 2000 (*Stcrt.* 2000, 222), die gebaseerd waren op het Besluit personenvervoer 2000.

82 Regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst*, 10 oktober 2017, p. 42.

natuur en ruimtelijke kwaliteit. De grondslag is voor verschillende projecten ingezet⁸³ en zal uiterlijk op 30 juni 2019 worden geëvalueerd.⁸⁴

3.1.5 *Justitie en Veiligheid (hierna: JenV)*

Vooralsnog bevat slechts één wet op het terrein van JenV⁸⁵ structurele experimenteergrondslagen: de **Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen** (hierna: Bjj). De artikelen 80a en 80b maken het sinds 2011 mogelijk om bij amvb bij wijze van experiment regels te stellen waarmee voor ten hoogste twee jaar wordt afgeweken van een beperkt aantal bepalingen van de Bjj met het oog op per bepaling specifiek genoemde doelen. Zo kan bijvoorbeeld worden afgeweken van de wettelijke regels over het recht van de jeugdige om eigen kleding en schoeisel te dragen met als doel “het voorkomen van ordeverstoring gedrag dan wel het structureel bevorderen van de orde of veiligheid binnen de inrichting” (art. 80b, onderdeel f). Hoewel de uitvoering van pilotprojecten op het terrein van de Bjj volgens de regering in veel gevallen mogelijk is binnen bestaande wettelijke kaders, verdiende het volgens haar de voorkeur om voor de uitvoering van dergelijke pilotprojecten een expliciete wettelijke basis te creëren.⁸⁶ Aan de grondslagen is nog geen uitwerking gegeven.

In 2014 heeft de regering voorgesteld om vergelijkbare experimenteergrondslagen op te nemen in de **Penitentiaire beginselenwet**. Het gaat om een tweetal artikelen (77a en 77b) die het mogelijk maken om bij amvb experimenten in te richten met bijvoorbeeld de bestemming en mate van beveiliging van een inrichting of afdeling, de plaatsing en overplaatsing van gedetineerden en bepaalde rechten van gedetineerden. De Raad van State had, evenals twee adviesorganen, bezwaren tegen de bepalingen.⁸⁷ De voorschriften uit de Aanwijzingen voor de regelgeving dat ten aanzien van experimenteerbepalingen terughoudendheid moet worden betracht en dat de noodzaak ertoe moet blijken, zouden volgens de Raad “a fortiori [gelden]

83 *Kamerstukken II 2017/18, 34845-J*, nr. 2, onder *Artikel 4 Experimenteren cf. art. III Del-tawet*.

84 Zie art. V van de wet.

85 Art. CIXa van de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht bevat op verzoek van KEI Rechtspraak een experimenteerbepaling op basis waarvan onder bepaalde voorwaarden in civiele procedures kan worden geëxperimenteerd met de regeling inzake vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht (*Stb.* 2016, 288) en de invoeringswet. Zie *Kamerstukken II 2015/16, 34212*, nr. 7. Het artikel biedt geen grondslag voor de uitwerking van experimenten, maar regelt deze op het niveau van de wet.

86 *Kamerstukken II 2008/09, 31915*, nr. 3, p. 18.

87 *Kamerstukken II 2013/14, 33844*, nrs. 3 en 4. Zie voor de bezwaren van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming en de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak p. 13 en p. 20 van de memorie van toelichting.

voor situaties als de onderhavige, waar het een beperking kan betreffen van de rechten van gedetineerden, aangezien zij aan de zorg van de overheid zijn toevertrouwd”.⁸⁸ De Raad achtte onvoldoende gemotiveerd dat de experimenteerbepalingen in concreet te omschrijven situaties nodig en zinvol kunnen zijn. Ook vanuit de Tweede Kamer volgden kritische vragen over de experimenteerbepalingen.⁸⁹ Het wetsvoorstel is bij de Tweede Kamer ahangig.

Verder is op het terrein van JenV een aantal andere structurele experimenteergegrondslagen in voorbereiding, onder meer ten behoeve van de in het regeerakkoord aangekondigde experimenten op het terrein van de rechtspraak. In de consultatieversie van de **Experimentenwet rechtspleging** wordt voorgesteld dat de regering bij amvb experimenten met een duur van maximaal drie jaar kan inrichten in afwijking van een vijftal wetten op het terrein van het burgerlijk procesrecht, griffierechten en gesubsidieerde rechtsbijstand met het oog op het bevorderen van innovatie in de rechtspraak ten behoeve van eenvoudige, snelle, flexibele en effectieve gerechtelijke geschilbeslechting.⁹⁰ Het gaat daarbij om een structurele, zelfstandige wet. Opvallend is dat het wetsvoorstel bepaalde rechten en beginselen opsomt die in elk experiment in acht moeten worden genomen, zoals het recht op toegang tot de rechter en de beginselen van een goede procesorde.⁹¹ Ook bevat het een hardheidsclausule: de rechter kan de experimentele regels buiten toepassing laten indien die toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor een partij onaanvaardbaar is en in elke stand van de procedure bepalen dat de reguliere wettelijke regels worden gevolgd.⁹²

3.1.6 *Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: OCW)*

Het onderwijs is vanouds een geliefd experimenteerterrein. In de inleiding kwam al aan bod dat de **Experimentenwet onderwijs** sinds 1970 openbare bekostiging mogelijk maakt van experimenteel onderwijs dat buiten de kaders van de onderwijswetten valt. In de jaren 'to van deze eeuw zijn daarnaast experimenteergegrondslagen opgenomen in de verschillende onderwijswetten voor onderwijs dat binnen de kaders van die wetten valt.⁹³ Op basis daarvan kan de regering bij amvb in afwijking van grote delen van de onder-

88 *Kamerstukken II* 2013/14, 33844, nr. 4, p. 3.

89 *Kamerstukken II* 2013/14, 33844, nr. 5, onder par. 4.2.

90 Zie www.internetconsultatie.nl/experimenten.

91 Zie art. 1, tweede lid, van het wetsvoorstel.

92 Zie art. 1, vierde lid, van het wetsvoorstel.

93 Sinds 2010 in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, sinds 2012 in de Wet educatie en beroepsonderwijs en de Wet educatie en beroepsonderwijs BES en sinds 2013 in de andere onderwijswetten. Zie *Stb.* 2010, 119 (*Kamerstukken* 31821), *Stb.* 2011, 560 (*Kamerstukken* 32316) en *Stb.* 2012, 340 (*Kamerstukken* 33116).

wijswetten voor de duur van maximaal acht jaar⁹⁴ experimenten inrichten met het oog op verbetering van de kwaliteit, toegankelijkheid of doelmatigheid van het onderwijs (of onderzoek). Doel van de grondslagen is om sneller innovaties te kunnen bewerkstelligen en eenvoudiger experimenten te kunnen entameren voor alle onderwijssectoren, in plaats van voor iedere innovatie of voor elk experiment een aparte wet te moeten maken.⁹⁵

Van de experimenteergrondslagen in de onderwijswetten wordt veelvuldig gebruikgemaakt.⁹⁶ Op 1 mei 2018 bestonden er meer dan tien amvb's ter uitwerking van een of meer van de genoemde experimenteergrondslagen. Een interessant voorbeeld is het Besluit experimenten regelluwe scholen PO/VO. Het gaat bij dit experiment, zoals ook Ranchordás constateert, eerder om een regelluwe zone dan een klassiek experiment waarbij de effecten van een specifieke afwijking worden onderzocht.⁹⁷ Het genoemde besluit maakt het sinds 1 januari 2016 mogelijk dat scholen waar de onderwijskwaliteit aantoonbaar goed is na aanmerking door de minister van OCW als regelluwe school kunnen afwijken van een groot aantal bepalingen van de onderwijswetten, om te onderzoeken of het bieden van regelluwe ruimte leidt tot initiatieven waarvoor de onderwijswetten definitief ruimte zouden moeten bieden.⁹⁸ Daarbij is de invulling van het experiment grotendeels aan de deelnemende scholen gelaten, zonder dat van tevoren concrete knelpunten of onderzoeksdoelen zijn benoemd. Het experiment is dan ook vooral gericht op de vraag of het bieden van de ruimte voor afwijking leidt tot innovatie en op het stimuleren van dergelijke innovatie.⁹⁹ In januari 2016 zijn 46 scholen met het experiment van start gegaan, waarbij in eerste instantie alleen scholen zijn aangewezen die het predicaat 'Excellente School' hebben behaald.

Het experiment is door het kabinet aangehaald als een succesvol voorbeeld van experimenteerwetgeving (zie par. 2.4), maar heeft ook kritiek ontmoet.¹⁰⁰ Zo achtte de Raad van State het onbepaalde karakter van het experiment bezwaarlijk en onvoldoende aannemelijk dat de te ontwikkelen experimenten tot zinvolle, generaliseerbare resultaten zullen leiden. Die

94 In beginsel maximaal zes jaar en maximaal acht jaar als dat 'gezien de bijzondere aard van het experiment noodzakelijk is'. Zie bijv. artikel 1.7a, vierde lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

95 *Kamerstukken II* 2011/12, 33116, nr. 3, p. 3.

96 Overigens wordt in het onderwijs ook gebruik gemaakt van ontheffingsmogelijkheden voor het opzetten van experimenten, zoals artikel 25 van de Wet op het voortgezet onderwijs.

97 Zie par. 2.2.5 van het preadvies van Ranchordás.

98 *Stb.* 2015, 443. Het doel wordt omschreven in art. 2 van het besluit.

99 *Stb.* 2015, 443, p. 5-6.

100 Zie bijv. E. Florijn, 'Paden naar Utopia. Over regels, regeldruk en experimenten in het onderwijs', *RegelMaat* 2016 (31) 2, p. 117-127.

resultaten zouden vanwege het onbepaalde karakter bovendien moeilijk te evalueren zijn. De regering achtte het echter onjuist om het experiment van tevoren verder in te kaderen, omdat dit “de scholen ongewenst een bepaalde richting op zou kunnen sturen”.¹⁰¹ Uit de tweede voortgangsrapportage van januari 2018 blijkt dat de minister van OCW het experiment als succes beschouwt.¹⁰² Naar aanleiding van de tussentijdse resultaten wordt voor twee onderwerpen verkend of de desbetreffende regels direct voor alle scholen kunnen worden aangepast.¹⁰³ Ook wordt de reikwijdte van het experiment uitgebreid met nieuwe deelnemers, waarvoor scholen gericht worden uitgenodigd.

De Raad van State heeft vaker kritische opmerkingen gemaakt over experimenten in het onderwijs. Zo constateerde de Raad in zijn jaarverslag over 2004 dat in de onderwijssector nogal eens experimenten worden uitgevoerd zonder dat de evaluatiecriteria tevoren vaststaan; er zou volgens de Raad veeleer sprake zijn van het buiten toepassing verklaren van regels “waarna de deelnemers creatief aan het experimenteren kunnen slaan”.¹⁰⁴ Vergelijkbare opmerkingen zijn teruggekeerd in latere adviezen.¹⁰⁵

Op het terrein van het onderwijs bestaat sinds 2005 overigens ook een tijdelijke experimentenwet op basis waarvan experimenten plaatsvinden met selectie van studenten, differentiatie in de hoogte van het collegegeld en flexibele toelating.¹⁰⁶ Ook in dit geval maakte de Raad van State een groot aantal opmerkingen, onder meer over het doel, de geschiktheid en de wenselijkheid van de experimenten.¹⁰⁷

3.1.7 *Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: SZW)*

De wens om te experimenteren op het gebied van de sociale zekerheid was in de jaren ‘90 een van de aanleidingen tot een bredere discussie over de kwaliteitseisen voor experimenteerregelgeving (zie par. 2.1). Inmiddels bestaan op dit gebied verschillende ruime experimenteergrondslagen, waaraan in de praktijk meermaals toepassing is gegeven. De ruimste is te vinden in de **Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen** (hierna: Wet SUWI). Artikel 82a van deze wet maakt het mogelijk om bij amvb voor de

101 *Stcrt.* 2015, nr. 43020.

102 *Kamerstukken II* 2017/18, 29546, nr. 28.

103 De brief is iets voorzichtiger dan het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III, waarin staat dat uit het experiment blijkt dat sommige landelijke regels probleemloos geschrapt kunnen worden en dat het kabinet dat gaat doen (p. 10).

104 Jaarverslag van de Raad van State over 2004, p. 75-76.

105 Zie bijv. *Stcrt.* 2016, nr. 55397.

106 Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing (*Stb.* 2005, 571).

107 *Kamerstukken II* 2004/05, 29819, nr. 4.

duur van ten hoogste vijf jaar experimenten in te richten in afwijking van het bepaalde bij of krachtens onderdelen van elf socialezekerheidswetten met het oog op onderzoek naar mogelijkheden om die wetten doeltreffender uit te voeren. Op dit moment vinden op grond van het artikel experimenten plaats op het terrein van de Ziektewet met nieuwe instrumenten om ziekteverzuim terug te dringen.¹⁰⁸ Ook in het verleden hebben op basis van de grondslag in de Wet SUWI verschillende experimenten plaatsgevonden.¹⁰⁹

Artikel 83 van de **Participatiewet** bevat eveneens een ruime experimenteergrondslag, die het mogelijk maakt om bij amvb voor maximaal drie jaar van delen van de wet af te wijken om mogelijkheden te onderzoeken om de wet met betrekking tot de arbeidsinschakeling en de financiering doeltreffender uit te voeren. Het Tijdelijk besluit experimenten Participatiewet maakt sinds 1 april 2017 experimenten mogelijk met bepaalde instrumenten om bijstandsgerechtigden te laten uitstromen naar werk. Gemeenten kunnen daartoe een verzoek indienen bij de minister van SZW.¹¹⁰ Aan de experimenten zijn strenge voorwaarden verbonden: zo moeten bijstandsgerechtigden schriftelijk toestemming geven voor deelname aan het experiment, moet sprake zijn van een controle- en een referentiegroep en moeten experimenteergemeenten zelf een eindevaluatie verzorgen en ieder halfjaar een tussentijds verslag uitbrengen.¹¹¹ Verder is op grond van de Wet werk en bijstand, de voorloper van de Participatiewet, in 2009 en 2010 geëxperimenteerd met instrumenten om de arbeidsinschakeling van sollicitatieplichtige alleenstaande ouders met jonge kinderen te bevorderen. Die hebben niet geleid tot wetswijziging; het kabinet koos voor andere instrumenten dan zijn ingezet bij de experimenten.¹¹²

Een vergelijkbare experimenteergrondslag is te vinden in artikel 130 van de **Werkloosheidswet**. Zoals in paragraaf 2.1 aan bod is gekomen, werd in de Werkloosheidswet aanvankelijk op advies van de Raad van State gekozen voor vrij nauwkeurig afgebakende grondslagen voor concrete experimenten, die na afloop van de desbetreffende experimenten vervallen zijn verklaard. De experimenten hebben tot enkele wijzigingen van de Werk-

108 Zie het Tijdelijk besluit experimenten Ziektewet (tot 12-9-2019). Zie ook het Tijdelijk besluit experiment vervroegde inzet no-riskpolis Ziektewet (tot 15-3-2022).

109 Zie het Besluit experimenten SUWI (tot 2009) en het Tijdelijk besluit van werk naar werk (*Stb.* 2010, 699; 2010-2015).

110 Zie *Stb.* 2017, 69. De Tijdelijke regeling experimenten Participatiewet bevat nadere voorwaarden waaraan de aanvragen moeten voldoen.

111 Zie de art. 6 en 7 van het besluit.

112 *Kamerstukken II* 2011/12, 29544, nr. 342.

loosheidswet geleid.¹¹³ Later is artikel 130 van de Werkloosheidswet alsnog vervangen door een bredere, structurele experimenteergrondslag, analoog aan artikel 82a Wet SUWI.¹¹⁴ Volgens de regering kwam uit de evaluatie van de ‘kleine’ experimenten naar voren dat de regelgeving rondom de experimenten “soms te gecompliceerd was en daardoor niet doelmatig”. Daarom achtte de regering een eenvoudiger bepaling wenselijk, conform de tekst in de Wet werk en bijstand en de Wet SUWI. Zo zou ruimte ontstaan voor de betrokkenen bij re-integratie om ideeën aan te dragen en meer eenheid ontstaan in de experimenteerartikelen in de verschillende SZW-wetten. Ook werd gewezen op de wensen van de vaste commissie voor SZW, die veel belang hechtte aan een experimenteerregeling die de uitvoering flexibiliteit geeft bij de inzet van het reïntegratie-instrumentarium.¹¹⁵ De Raad van State gaf ditmaal een blanco advies. Op basis van de bredere grondslag heeft voor zover bekend één experiment plaatsgevonden, te weten met stageplaatsen voor jongeren in de WW.¹¹⁶

Artikel 3:65 van de **Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten** (Wajong) bevat een experimenteergrondslag met dezelfde strekking als artikel 130 van de Werkloosheidswet.¹¹⁷ Deze is voor zover bekend nog niet gebruikt.

Op grond van artikel 1.87 van de **Wet kinderopvang** kan de regering bij amvb voor maximaal vier jaar in afwijking van bepaalde delen van de wet experimenten inrichten om de totstandkoming van ‘innovatieve kinderopvang’ mogelijk te maken. Sinds 1 juli 2017 loopt op basis daarvan een experiment waarbij in een beperkte groep kinderdagverblijven en peuterspeelzalen maximaal vijftig procent van de opvangtijd een vreemde taal mag worden gesproken om inzicht te krijgen in de gevolgen daarvan voor de taalverwerving.¹¹⁸ Verder hebben van 2005 tot 2010 experimenten plaatsgevonden met innovatieve gastouderopvang, waarbij maximaal zes in plaats van vier

113 Zie de wet van 23 december 2004 tot wijziging van enkele socialeverzekeringswetten en enige andere wetten in verband met het aanbrengen van enige vereenvoudigingen (*Stb.* 2004, 728).

114 Via de in de vorige noot genoemde wet, die per 1 januari 2005 in werking is getreden.

115 *Kamerstukken II* 2003/04, 29513, nr. 3, p. 13-14.

116 Uit de evaluatie bleek dat deze stage (‘JOP-stage’) beperkt is gebruikt (door ca. 1000 jongeren) en dat er onvoldoende gegevens beschikbaar waren om uitspraken over het gebruik van de stages te doen. Mede vanwege nieuwe ontwikkelingen oordeelde de minister van SZW in juli 2007 dat er voldoende instrumenten waren om jongeren aan de slag te helpen en dat het experiment niet verlengd hoefde te worden. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 29544, nr. 98.

117 *Kamerstukken II* 2004/05, 30118, nr. 3, p. 137.

118 Tijdelijk besluit experiment meertalige dagopvang (*Stb.* 2017, 249).

kinderen tegelijk mochten worden opgevangen.¹¹⁹ Dit is in 2010 structureel mogelijk gemaakt bij een herziening van het stelsel van gastouderopvang.¹²⁰

3.1.8 *Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS)*

Ook op het gebied van VWS bestaan verschillende wettelijke experimenteergrondslagen. Allereerst maakt artikel 12.1 van de **Jeugdwet** het mogelijk om met het oog op “een doelmatigere en doeltreffendere uitvoering” van de wet bij amvb voor maximaal drie jaar experimenten in te richten waarbij wordt afgeweken van het in de wet vastgelegde verbod op het bieden van jeugdhulp door de gecertificeerde instelling die jeugdbescherming of jeugdreclassering uitvoert. Volgens de toelichting zou een dergelijk experiment nodig kunnen zijn om de ontwikkeling van vernieuwende organisaties en werkvormen, waarbij de gecertificeerde instelling zelf ook jeugdhulp verleent, niet te frustreren.¹²¹ Van de grondslag is voor zover bekend nog geen gebruik gemaakt.

De artikelen 58 en 59 van de **Wet marktordening gezondheidszorg** (hierna: Wmg) zien op experimenten van ten hoogste vijf jaar die de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) na een voorafgaande aanwijzing van de minister van VWS kan opnemen in haar beleidsregels.¹²² Daarbij kan zowel worden afgeweken van beleidsregels en algemene regels van de NZa als van een aantal bepalingen van de Wmg, Zorgverzekeringswet en Wet langdurige zorg over met name de tarifiering van zorgprestaties.¹²³ De desbetreffende aanwijzing van de minister wordt dertig dagen voorgehangen bij het parlement (art. 8 Wmg). De NZa bepaalt bij beschikking voor wie het experiment geldt, waarbij het zowel om een groep zorgaanbieders als een enkele zorgaanbieder kan gaan.¹²⁴ Er hebben verschillende experimenten plaatsgevonden, bijvoorbeeld met vrije tarieven voor fysiotherapeuten en vrije prijsvor-

119 Tijdelijk besluit innovatieve kinderopvang (*Stb.* 2005, 119).

120 *Stb.* 2009, 345.

121 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 257.

122 Een vergelijkbare mogelijkheid was opgenomen in art. 15 van de Wet tarieven gezondheidszorg. Bij de introductie daarvan werd onder meer gedacht aan het op kleine schaal experimenteren met de introductie van marktprikkels op deelmarkten in de gezondheidszorg (*Kamerstukken II* 2003/04, 29379, nr. 3, p. 10-13).

123 Zie art. 58, derde en vierde lid, Wmg. Ook kan de minister van VWS ten behoeve van zo'n experiment op grond van art. 2 van de Wet toelating zorginstellingen bij ministeriële regeling delen van de laatstgenoemde wet buiten toepassing verklaren.

124 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3, p. 71-72.

ming in de mondzorg.¹²⁵ De NZa biedt zorgaanbieders en -verzekeraars de mogelijkheid om nieuwe kleinschalige experimenten voor te stellen.¹²⁶

De **Wet langdurige zorg** bevat twee verschillende experimenteergrondslagen. De eerste (art. 10.1.1) maakt het mogelijk om bij amvb voor maximaal drie jaar van delen van de wet af te wijken om mogelijkheden te onderzoeken om de wet doeltreffender uit te voeren. Volgens de regering liet een experiment met regelarme instellingen een groeiende behoefte zien om onder bepaalde omstandigheden van wettelijke voorschriften af te kunnen wijken.¹²⁷ De experimenteergrondslag heeft geen betrekking op de kring van verzekerden en de aanspraken, die volgens de regering de kern van de wet vormen; voor afwijking daarvan achtte de regering regeling in een wet in formele zin aangewezen.¹²⁸ Van de grondslag is voor zover bekend nog geen gebruik gemaakt.

De tweede grondslag (art. 10.1.2) ziet op experimenten om verzekerden een integraal, op de persoonlijke situatie afgestemd pakket aan langdurige zorg, geneeskundige zorg, maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp te bieden in plaats van losse aanspraken op grond van de Wet langdurige zorg, Zorgverzekeringswet, Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en Jeugdwet. Deze bij amendement¹²⁹ geïntroduceerde grondslag is uitgewerkt in hoofdstuk 9 van het Besluit langdurige zorg.¹³⁰ Op basis daarvan hebben in de gemeenten Delft, Meppel en Woerden kleinschalige experimenten plaatsgevonden met een integraal persoonsgebonden budget. Volgens de minister van VWS hebben de experimenten “zeer waardevolle leerervaringen” opgeleverd, maar is het mede door de beperkte populatie deelnemers te vroeg om een besluit te nemen over landelijke invoering. In 2018 zouden aanvullende experimenten met een integraal pgb van start gaan, aangevuld met “(schaduw)experimenten met integrale arrangementen in natura”.¹³¹ Artikel 36a van de **Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg** (hierna: Wet BIG) maakt het mogelijk dat de regering bij amvb bepaalde categorieën beroepsbeoefenaren bij wijze van experiment bevoegd

125 Over dit laatste experiment, dat na een motie van de Tweede Kamer tussentijds werd stopgezet, is veel te doen geweest. Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7092, waarin de voorzieningenrechter de tussentijdse beëindiging niet onrechtmatig oordeelt.

126 Zie de beleidsregel Innovatie voor kleinschalige experimenten, BR/REG-17163, en de Regeling innovatie voor kleinschalige experimenten, *Stcrt.* 2017, 148.

127 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 98-99.

128 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 193.

129 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 66 (amendement-Keijzer en Dik-Faber).

130 Zie hst. 9 van het Besluit langdurige zorg (Innovatie), zoals gewijzigd bij het Besluit experiment integraal pgb 2016 (*Stb.* 2016, 418).

131 *Kamerstukken II* 2017/18, 25657, nr. 296, p. 2-3.

verklaart tot het verrichten van bepaalde medische handelingen om te onderzoeken of die handelingen of beroepsgroepen in de wet moeten worden opgenomen. Op basis van de grondslag hebben experimenten plaatsgevonden met de experimenteerberoepen *physician assistant* en verpleegkundig specialist, die recent hebben geleid tot een wijziging van de Wet BIG.¹³²

Vermeldenswaard is tot slot dat ter uitwerking van het regeerakkoord wordt gewerkt aan een wetsvoorstel over experimenten met gereguleerde wiet- teelt. Het gaat daarbij om een tijdelijke wet.

3.2 Redenen voor structurele experimenteergronddslagen

In de wetgevingspraktijk worden verschillende redenen aangevoerd ter onderbouwing van de noodzaak of wenselijkheid van structurele experimenteergronddslagen. Daarbij lopen de redenen om te willen experimenteren en de redenen om de uitwerking van experimenten plaats te laten vinden op een lager niveau van regelgeving veelal door elkaar, waarbij de nadruk ligt op de eerste categorie.

Allereerst de redenen voor het experimenteren. Een voor de hand liggende en veelgenoemde reden is de onderzoeksfunctie van experimenten: de wens om het mogelijk te maken dat denkbare aanpassingen van wetgeving tijdelijk op kleine schaal kunnen worden getest voordat deze voor de hele doelgroep worden ingevoerd.¹³³ Daarbij wordt ook het verbeteren van de uitvoerbaarheid van de wet als reden genoemd en gewezen op de noodzaak om ervaring op te doen om bij de vormgeving van (toekomstige) wetgeving weloverwogen keuzes te kunnen maken.¹³⁴

Een andere reden die vaak terugkeert, is de wens om in te spelen op nieuwe ontwikkelingen en het mogelijk maken of bevorderen van innovatie.¹³⁵ Dit vormde bijvoorbeeld een belangrijk argument voor de structurele experimenteergronddslagen in de onderwijswetten, de Wet langdurige zorg en de Wet kinderopvang.¹³⁶ Een ander voorbeeld is artikel 2.4 van de Crisis- en

132 *Sib.* 2017, 374; *Kamerstukken* 34630.

133 *Bijv. Kamerstukken II* 2015/16, 33009, nr. 30, p. 5, en *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 258-259. Het is overigens niet in alle gevallen duidelijk of de beoogde experimenten mede tot doel hebben de voor- en nadelen van wetswijziging te onderzoeken. Bij experimenteergronddslagen op het terrein van LNV lijkt dit niet het geval te zijn.

134 *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, nr. 3, p. 22.

135 Zie *bijv. Kamerstukken II* 2014/15, 33891, nr. 138, p. 6 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25000 XV, nr. 52, p. 2.

136 *Kamerstukken II* 2011/12, 33116 nr. 3, p. 1-2, *Kamerstukken II* 2014/15, 33891, nr. 138, p. 6 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31989, nr. 3, p. 54.

herstelwet, dat het mogelijk maken van innovatie ook in het wetsartikel als experimenteel doel noemt. Het woord ‘innovatie’ keert ook terug in opschriften van paragrafen en artikelen over experimenten.¹³⁷

Wij hebben de indruk dat het doel om innovatie mogelijk te maken in memories van toelichting steeds vaker op de voorgrond treedt, wat vermoedelijk samenhangt met een toenemende behoefte uit de samenleving aan ruimte voor experimenten.¹³⁸ Dit zien we bijvoorbeeld in de toelichting op de experimenteelgrondslagen voor het primair en voortgezet onderwijs:

“Dit wetsvoorstel geeft een grondslag om sneller innovaties te bewerkstelligen in het primair en voortgezet onderwijs, en een grondslag om eenvoudiger experimenten te entameren voor alle onderwijssectoren, in plaats van voor iedere innovatie of voor elk experiment een aparte wet te moeten maken. Op die manier kunnen onderwijsinstellingen nieuwe en innovatieve ideeën sneller testen.”

Een ander voorbeeld biedt de voorgestelde grondslag voor experimenten met geautomatiseerde systemen in motorrijtuigen, waarvan de regering de aanleiding als volgt motiveert:

“Vanuit de doelstelling dat zelfrijdende auto’s kunnen bijdragen aan veiligheid, bereikbaarheid en duurzaamheid wil de regering (grootschalige) experimenten faciliteren met motorrijtuigen waarbij systemen de rijtaak tijdelijk of permanent overnemen van de mens. Omdat deze systemen nog volop in ontwikkeling zijn en het nog onbekend is hoe de zelfrijdende auto er in de toekomst uit zal zien, zullen deze systemen eerst door middel van experimenten onder voorwaarden op de weg worden toegelaten. Fabrikanten kunnen dan onderzoeken hoe hun systemen werken op de weg, ook in relatie tot andere weggebruikers. Dit zal natuurlijk pas plaats vinden nadat voldoende geëxperimenteerd is in een geconditioneerde omgeving. De Minister van Infrastructuur en Waterstaat kan daarnaast aan de hand van resultaten van de experimenten bezien of er aanleiding is om regelgeving aan te passen om deze systemen permanent toe te laten.”¹³⁹

137 Bijv. in het opschrift van de experimenteelparagrafen in de onderwijswetten, art. 83 Participatiewet en 82a Wet SUWI. Zie ook de considerans van de consultatieversie van de Experimentenwet rechtspleging.

138 Dit is geen nieuw fenomeen. Ook in *Kamerstukken II 1996/97*, 25090, nr. 3, p. 45 wordt bijv. vooral gewezen op de behoefte vanuit de praktijk aan ruimte voor nieuwe initiatieven.

139 *Kamerstukken II 2017/18*, 34838, nr. 3, p. 2.

In de literatuur wordt ook gewezen op het creëren van draagvlak of consensus en het verminderen van regeldruk als functies van experimenteerregulering.¹⁴⁰ Deze overwegingen zijn wij niet tegengekomen als argumenten voor structurele experimenteergrondslagen. Het verminderen van de regeldruk is wel een doelstelling geweest van concrete experimenten, zoals het experimenten met regelluwe scholen (par. 3.1.6).¹⁴¹

De keuze voor een structurele in plaats van een tijdelijke experimenteergrondslag wordt veelal niet expliciet gemotiveerd, maar uit de meeste toelichtingen blijkt dat deze keuze samenhangt met de onvoorzienbaarheid van de mogelijke experimenten. Een voorbeeld is te vinden in de memorie van toelichting bij de experimenteergrondslag in de Wet personenvervoer 2000:

“Dit artikel geeft de grondslag voor afwijking van de wet ten behoeve van experimenten in het openbaar vervoer. Het voordeel van een experimentartikel is dat proefondervindelijk nieuw beleid op deze manier ontwikkeld kan worden. De verwachting is namelijk dat de markt voor openbaar vervoer zich snel zal gaan ontwikkelen na de inwerkingtreding van deze wet. (...) De wijze waarop deze terreinen zich zullen ontwikkelen zijn niet geheel te voorzien. Voor dit soort situaties is een experimenteerartikel een geschikt instrument.”¹⁴²

Dergelijke overwegingen zien we ook terug in reacties op adviezen van de Raad van State om een grondslag nader af te bakenen. Zo wenste de regering de voorgestelde experimenteergrondslag in de Omgevingswet niet verder in te kaderen “gelet op het feit dat de experimenteerbepaling juist ziet op toekomstige ontwikkelingen”.¹⁴³ In het nader rapport bij de experimenteerbepalingen op het terrein van Financiën overwoog de regering dat er nog geen concrete experimenteerwensen bestonden, maar dat zij “geen kansen [wilde] missen om opties te beproeven als gevolg van het ontbreken van een wettelijke basis”.¹⁴⁴

Wat betreft de keuze voor delegatie wordt in een enkel geval gewezen op de behoefte aan snelheid en eenvoud “in plaats van voor iedere innovatie of voor elk experiment een aparte wet te moeten maken”.¹⁴⁵

140 Zie bijv. hst. 2 van het preadvies van Ranchordás en hst. 4 van het preadvies van Buyse, Van Humbeeck & Van Nieuwenhove.

141 Een ander voorbeeld is het experiment met regelarme instellingen in de zorg, dat tot doel had overbodige administratieve lasten weg te nemen (*Kamerstukken II 2015/16*, 29515, nr. 388, p. 2-3).

142 *Kamerstukken II 1998/99*, 26456, nr. 3, p. 55-56.

143 *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, nr. 4, p. 150.

144 *Kamerstukken II 2015/16*, 34305, nr. 4.

145 *Kamerstukken II 2011/12*, 33116 nr. 3, p. 1 en 2.

33 *Vormgeving*

3.3.1 *Afbakening mogelijke experimenten*

Bij vergelijking van de gevonden experimenteergrondslagen valt allereerst op dat de mogelijke experimenten op zeer uiteenlopende wijzen worden afgebakend.¹⁴⁶ In navolging van Ar 2.41, eerste lid, onderdelen a en c, worden meestal het oogmerk van de mogelijke experimenten en de onderdelen van de wet waarvan kan worden afgeweken omschreven. De mate van concreetheid waarmee dat gebeurt, verschilt echter sterk per grondslag. Bij de experimenteergrondslag in de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (par. 3.1.5) is per bepaling waarvan kan worden afgeweken het bijbehorende experimenteerdoel geformuleerd. Vaker echter worden de mogelijke afwijkingen ruim geformuleerd, omdat beoogd is nog onvoorziene experimenten mogelijk te maken. Een vergaand voorbeeld is artikel 82a, eerste lid, van de Wet SUWI, dat luidt:

1. Bij algemene maatregel van bestuur kan bij wijze van experiment, met het oog op het onderzoeken van mogelijkheden om deze wet, de Participatiewet, de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers, de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen, de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen, de Werkloosheidswet, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten, de Ziektewet en de Toeslagenwet doeltreffender uit te voeren, worden afgeweken van het bepaalde bij of krachtens:

- a. de artikelen 9, 10, 30 en 30a van deze wet;*
- b. de artikelen 7, 8, 8a, 9, 10, 10b, 10c en 10d, en 55 van de Participatiewet;*
- c. de artikelen 34 tot en met 37 van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers;*
- d. de artikelen 34 tot en met 37 van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen;*
- e. hoofdstuk VI van de Werkloosheidswet;*
- f. paragraaf 4.2 en artikel 39 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen;*
- g. hoofdstuk IIB van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering;*
- h. afdeling 5 van hoofdstuk 2, afdeling 5 van hoofdstuk 3 en hoofdstuk 5 van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten;*
- i. hoofdstuk 7 van de Wet financiering sociale verzekeringen;*

¹⁴⁶ In een aantal experimenteergrondslagen, bijvoorbeeld in de Elektriciteitswet 1998, de Omgevingswet en de Wegenverkeerswet 1994, staat ten overvloede expliciet dat bij lagere regeling niet kan worden afgeweken van internationaalrechtelijke voorschriften. Dit beschouwen wij niet als een juridische afbakening.

- j. artikel 13 en de artikelen 19 tot en met 21 van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen;*
k. de artikelen 29b en 29d en hoofdstuk IIA van de Tweede Afdeling van de Ziektewet.

Andere voorbeelden van ruim omschreven afwijkingsmogelijkheden zijn te vinden in de Crisis- en herstelwet, de Omgevingswet, de onderwijswetten en andere socialezekerheidswetten.

Een ruime omschrijving van de mogelijke afwijkingen gaat logischerwijs gepaard met een ruim omschreven experimenteel doel, zoals de verbetering van de kwaliteit, toegankelijkheid of doelmatigheid van het onderwijs (onderwijswetten), de totstandkoming van innovatieve kinderopvang (Wet kinderopvang) of een doelmatigere en doeltreffendere uitvoering van de wet (Jeugdwet).

Sinds 1 januari 2018 moet de experimenteergrondslag volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving ook het bereik van de experimenteerregeling afbakenen (Ar 2.41, eerste lid, onderdeel b). Blijkens de toelichting is daarbij gedacht aan een territoriale afbakening of een afbakening naar bepaalde groepen personen of instellingen. Een territoriale afbakening of een beperking van het aantal deelnemers zijn wij in de bestaande experimenteergrondslagen niet tegengekomen. Wel is in enkele experimenteergrondslagen vastgelegd dat alleen sprake kan zijn van vrijwillige deelname aan een experiment. Daarop komen wij terug in paragraaf 4.2.

3.3.2 *Maximale geldingsduur*

Volgens Ar 2.41, eerste lid, onderdeel d, moet een wettelijke experimenteergrondslag de maximale geldingsduur bepalen van een daarop gebaseerde afwijking. Ook op dit punt lopen de bestaande experimenteergrondslagen sterk uiteen. Er is sprake van maxima van een jaar (Telecommunicatiewet), twee jaar (Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen), drie jaar (Jeugdwet, Participatiewet), vier jaar (Werkloosheidswet), vijf jaar (Wet BIG, Wet SUWI), zes jaar (Wet personenvervoer 2000, Wegenverkeerswet 1994), zes of acht jaar (onderwijswetten) tot wel tien jaar (Experimentenwet onderwijs, artikel 2.2 Crisis- en herstelwet). De duur van de mogelijke experimenten is soms überhaupt niet in de wet gemaximeerd. Een voorbeeld biedt de experimenteergrondslag in de Omgevingswet, die de bepaling van de tijdsduur aan de regering laat, “waarbij geldt dat het experiment niet langer duurt dan nodig is voor het doel van het experiment”.¹⁴⁷ Andere voorbeelden zijn de grondslagen in artikel 2.4 van de Crisis- en herstelwet en in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, die geen maximumduur bepalen.

¹⁴⁷ Art. 2.23, derde lid, aanhef en onderdeel d, van de Omgevingswet.

3.3.3 *Vorm van de uitwerking*

In het grootste deel van de gevonden experimenteergrondslagen wordt conform Ar 2.41, tweede lid, bepaald dat de uitwerking van experimenten plaatsvindt bij amvb. In een aantal gevallen, zoals in de Wegenverkeerswet 1994 en in de Wet personenvervoer 2000, is daarbij voorzien in de mogelijkheid van subdelegatie. Sommige grondslagen die uitwerking bij amvb voorschrijven, bepalen dat de minister regels kan stellen over de uitvoering van een experiment (onderwijswetten en socialezekerheidswetten). We zien echter ook steeds vaker grondslagen die het mogelijk maken om concrete experimenten uit te werken via beschikkingen of beleidsregels. Daarop wordt verder ingegaan in paragraaf 4.1.

3.3.4 *Evaluatiebepaling*

Opvallend is dat veel wettelijke experimenteergrondslagen een evaluatiebepaling bevatten conform het model van Ar 2.42, dat bedoeld is voor een evaluatiebepaling in een concrete experimenteerregeling. Een voorbeeld is artikel 1.7a, vijfde lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, dat luidt:

“5. Onze minister zendt drie maanden voor het einde van de werkingsduur van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het eerste lid aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van het experiment in de praktijk, evenals een standpunt over de voortzetting van die algemene maatregel van bestuur, anders dan een voortzetting als experiment.”

Vaak bevatten de evaluatiebepalingen in de bestaande experimenteergrondslagen een kortere termijn dan de negen maanden voor afloop van de amvb die Ar 2.42 sinds 1 januari 2018 voorschrijft. Soms gaat het om de termijn van drie maanden die voorheen in Ar 10b stond en soms om een langere termijn (Wet kinderopvang: zes maanden). In een enkel geval is geen termijn opgenomen (Wet SUWI) of moet het evaluatieverslag pas na afloop van het experiment aan het parlement worden gezonden (Elektriciteitswet 1998 en Gaswet).

Het komt ook voor dat op het niveau van de wet is voorzien in een evaluatie van de experimenteergrondslag in plaats van een evaluatie per experiment. Zo is bij de experimenteerbepalingen op het terrein van Financiën voorgeschreven dat deze bepalingen binnen vijf jaar in samenhang worden geëvalueerd.¹⁴⁸ Ook bij de voorgestelde grondslag in de Wegenverkeerswet 1994 voor experimenten met geautomatiseerde systemen in motorrijtuigen

¹⁴⁸ Zie art. XVIII van de Wet overige fiscale maatregelen 2016.

is voorzien in een evaluatie van de gehele grondslag binnen vijf jaar, in aanvulling op de evaluatie die de minister van elk concreet experiment moet uitvoeren.¹⁴⁹

Veel experimenteergrondslagen maken het mogelijk om een experiment te verlengen in afwachting van de totstandkoming van een structurele regeling, zoals wordt aanbevolen in de toelichting bij Ar 2.42. Daarbij valt op dat de mogelijkheden tot verlenging op uiteenlopende wijzen zijn vormgegeven. Soms is voorzien in de constructie waarbij de amvb vervalt tenzij een wetsvoorstel is ingediend om het experiment om te zetten in een wettelijke regeling (Wet langdurige zorg) en soms is een amvb nodig om de geldingsduur te verlengen (Jeugdwet). In een aantal gevallen is de minister bevoegd om de geldingsduur van de amvb te verlengen (onderwijswetten, Omgevingswet en de consultatieversie van de Experimentenwet rechtspleging). Waar de verlenging afhankelijk is gemaakt van de indiening van een wetsvoorstel is niet altijd rekening gehouden met de mogelijkheid van verwerping of intrekking van het wetsvoorstel.¹⁵⁰

In de toelichting bij Ar 2.42 wordt opgemerkt dat voor de medewerking van een niet onder ministeriële verantwoordelijkheid vallend orgaan aan de evaluatie een wettelijke voorziening nodig is. Een dergelijke voorziening zijn wij in de wettelijke experimenteergrondslagen niet tegengekomen.¹⁵¹

3.3.5 *Parlementaire betrokkenheid*

Hoewel de Aanwijzingen voor de regelgeving sinds 1 januari 2018 niet langer vermelden dat parlementaire betrokkenheid bij de experimentele regeling (amvb) in de rede ligt, bevatten verreweg de meeste experimenteergrondslagen een voorhangbepaling. Vrijwel altijd gaat het daarbij om model A van Ar 2.36, wat betekent dat de voordracht voor de amvb niet eerder wordt gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide Kamers is overgelegd.¹⁵²

149 *Kamerstukken II* 2017/18, 34838, nr. 2 (zie art. 149ab, vierde lid, in art. I en II).

150 Bijv. wel in de Wet BIG (art. 36a, achtste lid) en niet in de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (art. 80a, vijfde en zesde lid).

151 Wel in enkele uitvoeringsbesluiten. Zie bijv. art. 7 van het Tijdelijk besluit experimenten Participatiewet.

152 In art. 2, tweede lid, van de Wet toelating zorginstellingen is sprake van een voorhangtermijn van tien dagen.

4 Reflectie op praktijk en wetgevingskwaliteitsbeleid

4.1 Niveau van regelgeving en afbakening mogelijke experimenten

Zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien, komen de bestaande structurele experimenteergrondslagen niet altijd overeen met Ar 2.41 en 2.42. Allereerst laat de praktijk grondslagen zien waarin zowel de mogelijke afwijkingen van wetbepalingen als de experimenteerdoelen zeer ruim zijn omschreven om ruimte te bieden voor nog onvoorziene experimenten (zie par. 3.2 en 3.3.1). Voorbeelden zijn artikel 2.4 van de Crisis- en herstelwet, artikel 3 van de Wet personenverkeer 2000 en de experimenteerbepalingen op het terrein van Financiën. In elk van deze gevallen adviseerde de Raad van State – veelal onder verwijzing naar de Aanwijzingen voor de regelgeving – om de grondslagen nader af te bakenen, telkens gevolgd door de reactie van de regering dat het niet wenselijk zou zijn de mogelijke experimenten te zeer te begrenzen.¹⁵³ In elk van deze gevallen stemde het parlement vervolgens in.

Dit roept de vraag op of het wetgevingskwaliteitsbeleid op dit punt nog voldoende aansluit bij de wetgevingspraktijk. Hoewel bij de herziening van de Aanwijzingen voor de regelgeving per 1 januari 2018 mogelijk een versoepeling is beoogd, lijkt Ar 2.41 nog steeds een voorkeur uit te drukken voor ‘ad hoc-regelingen’ die op het niveau van de wet zo concreet en nauwkeurig mogelijk worden afgebakend (zie par. 2.2). In ieder geval heeft de Raad van State de desbetreffende aanwijzing op deze wijze uitgelegd. Wij vermoeden dat deze strikte uitleg mede samenhangt met het door de Raad geconstateerde (risico van) oneigenlijk gebruik van experimenteergrondslagen, waarbij niet zozeer sprake is van het onderzoeken van de voor- en nadelen van een afwijking, als wel van het mogelijk maken van een beleidsmatig of politiek reeds gewenste afwijking.¹⁵⁴ Dat kan mede verklaren waarom de Raad experimenteergrondslagen beschouwt als onderdeel van een bredere ontwikkeling die ten koste gaat van het primaat van de wetgever.¹⁵⁵ Het risico van oneigenlijk gebruik kan ook mede verklaren waarom de Raad van State er vaak op aandringt dat de experimenten al bij de totstandkoming van de experimenteergrondslag in verregaande mate voorzien en doordacht zijn.

153 *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, nr. 4, p. 8-9. Zie voor art. 2.4 Crisis- en herstelwet *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, nr. 4 en voor artikel 3 Wet personenverkeer 2000 *Kamerstukken II* 1998/99, 26456, nr. A.

154 Jaarverslag van de Raad van State over 2015, onder *Experimenteren, innoveren en afwijken*.

155 Zie bijv. het Jaarverslag van de Raad van State over 2008, waarin de Raad opmerkt dat in de memorie van toelichting steeds inzicht dient te worden gegeven in de implicatie en de afweging van de met het voorgestelde experiment beoogde voordelen en de eventueel daaraan verbonden nadelen.

Wij vragen ons af of een dergelijke terughoudendheid ten aanzien van *eigenlijke* experimenten, die gericht zijn op een tijdelijke en kleinschalige afwijking van de wet ten behoeve van de oordeelsvorming door de wetgever, noodzakelijk is. Het legaliteitsbeginsel hoeft zich daartegen niet te verzetten, nu het de wetgever zelf is die de regering tot het inrichten van experimenten machtigt en de wetgever daarbij kan voorzien in parlementaire betrokkenheid bij de uitwerking van concrete experimenten. Bovendien heeft het parlement bij de vraag of het experiment moet worden omgezet in een definitieve regeling weer volledige medezeggenschap. Eigenlijk gebruik van experimenteergrondblagen kan ook op andere manieren worden verzekerd, zoals het stellen van eisen aan de regeling waarbij experimenten worden uitgewerkt.

De praktijk laat een onmiskenbare behoefte zien aan mogelijkheden om op een snelle en eenvoudige wijze experimenten in te richten. Het is niet verwonderlijk dat daarvoor wordt gekeken naar normstelling op een lager niveau van regelgeving; het verschil tussen de doorlooptijd van een wet en een amvb kan in de praktijk al snel een jaar bedragen.¹⁵⁶ Daar kan nog een praktisch argument aan worden toegevoegd: het vereiste dat voor een experiment de reguliere wetgevingsprocedure wordt doorlopen kan ertoe leiden dat wordt afgezien van experimenteren en direct wordt gekozen voor een structurele wetswijziging, die niet gepaard hoeft te gaan met evaluatieverplichtingen, onzekerheid en mogelijk een volgend wetgevingstraject. Het is de vraag of de kwaliteit van wetgeving daarbij gebaat is.

Er valt wat ons betreft dan ook veel voor te zeggen om op terreinen die zich lenen voor experimenten minder strenge eisen te stellen aan de nauwkeurigheid waarmee de toegestane afwijkingen van de wet en experimenteerdooelen op het niveau van de wet zijn voorzien en afgebakend. De wetgevingspraktijk beweegt zich al geruime tijd in deze richting. Wel zou dan gezocht moeten worden naar andere waarborgen om een eigenlijk en zorgvuldig gebruik van de experimenteergrondslag te verzekeren (zie par. 4.2).

Beschikkingen en beleidsregels

In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat meerdere experimenteergrondblagen het mogelijk maken om experimenten op andere wijze uit te werken dan bij amvb. Zo voorzien bijvoorbeeld de Elektriciteitswet 1998 en Telecommunicatiewet (par. 3.3.3) en het wetsvoorstel tot wijziging van de Wegenverkeerswet 1994 in verband met experimenten met geautomatiseerde systemen in motorrijtuigen (par. 3.3.4) in de mogelijkheid dat de minister

156 De parlementaire fase duurde volgens berekeningen van de Eerste Kamer in de periode 2003-2011 gemiddeld 13 maanden. Zie T.C. Borman in S.E. Zijlstra e.a., *Wetgeven, Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, par. 7.1.

via een ontheffing of vergunning op aanvraag de voorwaarden voor concrete experimenten vaststelt. Een overeenkomst tussen deze gevallen is dat de experimenten relatief technische materie betreffen, waarvoor de concrete voorstellen uit de samenleving komen, bijvoorbeeld van elektriciteitsbedrijven of ontwikkelaars van geautomatiseerde systemen. Het doel lijkt in deze gevallen dan ook niet zozeer te zijn om de wenselijkheid van een specifieke wetswijziging te onderzoeken, als wel om ruimte te scheppen voor onderzoek naar technologische ontwikkelingen die kunnen nopen tot afwijking van de wet.¹⁵⁷ De vorm van een vergunning of ontheffing biedt dan een aantal voordelen, zoals de mogelijkheid om daaraan (technische) voorschriften en beperkingen te verbinden die zijn toegesneden op het concrete experiment.¹⁵⁸ Ook kan de aanvraag behandeld worden door een gespecialiseerd agentschap of zelfstandig bestuursorgaan, zoals het Agentschap Telecom of de Dienst Wegverkeer (RDW).

Het is de vraag hoe deze constructies zich verhouden tot de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ar 2.41 lijkt voor alle experimenten waarbij van de wet wordt afgeweken de vorm van een amvb voor te schrijven. Tegelijkertijd wordt in de toelichting bij Ar 2.31, die zich verzet tegen afwijking van de wet bij lagere regeling behalve in geval van experimenten en noodsituaties, het volgende opgemerkt:

“Van de hier bedoelde gevallen dient overigens te worden onderscheiden dat wordt toegestaan dat bij lagere regeling uitzonderingen op een voorschrift in een hogere regeling worden gemaakt onder het stellen van voorwaarden of eisen en onder aanwijzing van een bepaalde groep of situatie of een tijdsperiode. Dit betreft in het bijzonder de figuur van de vrijstelling of ontheffing. Een dergelijke opzet is zeker aanvaardbaar en soms zelf de meest voor de hand liggende.”

De Aanwijzingen voor de regelgeving maken niet duidelijk in welke gevallen dergelijke uitzonderingen ook voor experimenten kunnen worden gemaakt. Het komt ons voor dat ook in deze gevallen aansluiting kan worden gezocht bij de uitgangspunten van Ar 2.41: de mogelijke afwijkingen en experimenteerdoelen dienen zoveel mogelijk in de experimenteergrondslag dan wel bij amvb te worden bepaald, waarna de technische, op het concrete geval

157 Vgl. Jacobs 2018, p. 42-43.

158 Jacobs acht de vorm van een vergunning het meest aangewezen (Jacobs 2018, p. 57). In het wetsvoorstel over experimenten met geautomatiseerde systemen in motorrijtuigen is gekozen voor een vergunning in plaats van een ontheffing, omdat voor het veilig uitvoeren van de experimenten verregaande aanpassingen aan het motorrijtuig nodig zijn en aanvullende voorschriften en beperkingen moeten worden gesteld die deels losstaan van de regel(s) waarvan ontheffing wordt verleend (*Kamerstukken II 2017/18, 34838, nr. 3, p. 1*).

toegesneden voorwaarden in de vergunning of ontheffing kunnen worden vastgesteld. Voor deze opzet is bijvoorbeeld gekozen in de recente wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet en het voorstel tot wijziging van de Warmtewet (zie par. 3.3.3). De Raad van State maakte in deze gevallen geen opmerkingen over de keuze voor de vorm van een ontheffing.¹⁵⁹

Een ander bijzonder geval is de experimenteergrondslag in de Wet marktordening gezondheidszorg, op basis waarvan de NZa na een aanwijzing van de minister van VWS in beleidsregels experimenten kan opnemen (par. 3.1.8). De Raad van State oordeelde bij de oorspronkelijke introductie van de experimenteergrondslag positief over de voorgestelde ruimte voor experimenten.¹⁶⁰ De constructie biedt het voordeel dat de gespecialiseerde toezichthouder experimenten kan afstemmen op de concrete omstandigheden, terwijl daarbij ook de minister (aanwijzing) en de Kamers (voorhang van de aanwijzing) betrokken zijn. Ook in dit geval is het echter de vraag hoe de constructie zich verhoudt tot de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Uitdrukkelijke grondslag

Hoewel onze inventarisatie gericht was op wetsbepalingen waarin het woord ‘experiment’ voorkomt, zijn we op experimenteerbepalingen gestuit waarin niet uitdrukkelijk wordt vermeld dat ze (mede) op experimenten zien, zoals de experimenteerbepalingen op het terrein van Financiën (par. 3.1.3). Ook wordt in de praktijk voor de uitwerking van experimenten gebruik gemaakt van bepalingen die niet specifiek bedoeld zijn geweest voor (die) experimenten, zoals de bepalingen in de Wegenverkeerswet 1994 op basis waarvan ontheffing wordt verleend voor experimenten met geautomatiseerde systemen in motorvoertuigen waarbij de bestuurder zich in het motorrijtuig bevindt (zie par. 3.1.4). Een ander voorbeeld zijn de experimenten met digitale dienstverlening door de overheid (*eID-pilots*) gebaseerd op artikel X van de Wet elektronisch berichtenverkeer Belastingdienst, dat dankzij de ‘generieke omschrijving’ dienst kon doen als basis voor de experimenten.¹⁶¹

Het uitgangspunt van Ar 2.41 is dat experimenten waarbij wordt afgeweken van de wet berusten op een uitdrukkelijke grondslag. Het rapport *Het proberen waard* ging nog een stap verder: ook bij experimenten die op zichzelf passen binnen de ruimte die wordt geboden door een in een wet opgenomen delegatiebepaling zou een uitdrukkelijke wettelijke grondslag aange-

159 *Kamerstukken II* 2016/17, 34627, nr. 4 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34723, nr. 4.

160 *Kamerstukken II* 2003/04, 29379, nr. 4, p. 8-9.

161 Zie M. Liedorp & B. Veltkamp, *Experimenteren door en binnen BZK-wetgeving. Een verkenning naar de ruimte om te experimenteren bij verkiezingen en bij elektronische toegang tot de overheid*, paper voor de Staatsrechtconferentie 2016 (hierna: Liedorp en Veltkamp 2016).

wezen zijn. Een algemeen geformuleerde delegatiebepaling zou volgens het rapport in verband met de mogelijke inbreuk op het gelijkheidsbeginsel en andere rechtsbeginselen niet het juiste middel zijn om experimentele regels vast te stellen.¹⁶² Het kabinet-Kok II heeft dit oordeel in zijn reactie op het rapport onderschreven.¹⁶³

Gezien de behoefte om op een snelle en eenvoudige wijze experimenten in te kunnen richten begrijpen wij dat creatief gebruik wordt gemaakt van de bestaande mogelijkheden. Een nadeel is echter dat bepalingen die niet zijn bedoeld voor experimenten niet zijn voorzien van specifieke waarborgen voor experimenten. Dat lijkt ons als uitgangspunt voor het wetgevingskwaliteitsbeleid niet wenselijk. Wij zouden dan ook vasthouden aan het uitgangspunt dat experimenten zoveel mogelijk op een uitdrukkelijke wettelijke basis berusten. Dat heeft als voordeel dat de wetgever zich van tevoren uitspreekt over de terreinen die zich lenen voor experimenten en de waarborgen die daarbij aangewezen zijn.

Terreinen die zich lenen voor structurele experimenteergrondslagen

Niet alle wetgeving leent zich voor een structurele experimenteergrondslag. Het spreekt voor zich dat de verwachting moet bestaan dat op het betrokken terrein zinvolle experimenten mogelijk zijn.¹⁶⁴ Ook moeten vanzelfsprekend internationaalrechtelijke en grondwettelijke grenzen in acht worden genomen, waaronder de grondwettelijke delegatieverboden.¹⁶⁵ Zo zijn op het kiesrecht alleen bij de wet gestelde beperkingen en uitzonderingen mogelijk (art. 4 Grondwet) en volgt uit de Grondwet en grondwetsgeschiedenis dat terughoudendheid moet worden betracht met delegatie van kiesrechtelijke aangelegenheden.¹⁶⁶ Op het terrein van het kiesrecht zien we dan ook specifieke, tijdelijke experimenteerwetten, waarin de beoogde experimenten met een grote mate van detail zijn geregeld.¹⁶⁷

Meer in het algemeen liggen structurele experimenteergrondslagen minder in de rede op terreinen waar grondrechten in het geding zijn. Het kabinet-Lubbers II wees er in zijn reactie uit 1987 op het rapport *Orde in de regelgeving* al op dat met experimenten een uiterste terughoudendheid is ge-

162 *Het proberen waard*, p. 19.

163 Bijlage 2 bij *Het proberen waard* (advies Raad van State en nader rapport), p. 37.

164 Voorwaarde 2 uit *Het proberen waard* (zie par. 2.1).

165 Zie Ar 2.20.

166 Zie bijv. Liedorp & Veltkamp 2016, p. 6-7.

167 Ook wat betreft de belastingheffing (art. 104 Grondwet) heeft de Raad van State in het verleden opgemerkt dat heffing bij wijze van experiment bezwaarlijk is en dat terughoudendheid moet worden betracht met delegatie van regelgevende bevoegdheid (*Kamerstukken II 2000/01, 27552, nr. A, p. 2*). Volgens het kabinet werd i.c. aan de eisen van art. 104 Grondwet voldaan (p. 7-8).

boden waar het fundamentele rechten van burgers betreft.¹⁶⁸ We zien deze terughoudendheid ook terug in de reacties op de voorgestelde grondslagen in de Penitentiare beginselenwet, die kunnen leiden tot de beperking van rechten van gedetineerden (par. 3.1.5). Juridisch gezien hoeft de mogelijke beperking van grondrechten niet per definitie in de weg te staan aan een structurele experimenteergrondslag. De meeste grondrechtelijke bepalingen vereisen niet dat de voorwaarden voor een concrete beperking in een formeelwettelijke basis zijn vervat, maar dat de beperking voldoet aan de materiële voorwaarden van de beperkingsclausule, zoals noodzaak, subsidiariteit en evenredigheid. Wel zal gelet op die materiële voorwaarden minder snel sprake kunnen zijn van experimenten en ligt een uitspraak van de wetgever daarover meer voor de hand. In ieder geval zal op terreinen waar grondrechten in het geding kunnen zijn meer aandacht uit moeten gaan naar de waarborgen voor concrete experimenten op het niveau van de wet.

4.2 Wettelijke waarborgen

Afbakening mogelijke experimenten

Idealiter maakt elke experimenteergrondslag via een nauwkeurige opsomming van wetsbepalingen duidelijk welke onderdelen van de wet zich lenen voor experimenten. De praktijk laat echter zien dat het bij grondslagen voor onvoorziene experimenten niet altijd mogelijk (of doenlijk) is om van tevoren na te gaan van welke specifieke wetsbepalingen mogelijk moet worden afgeweken. In dat geval kan ervoor worden gekozen om enkele bepalingen die de kernwaarden van de wet bevatten uit te zonderen.¹⁶⁹ Een voorbeeld biedt artikel 10.1.1 van de Wet langdurige zorg, waarin de bepalingen over de kring van verzekerden en de aanspraken van de afwijkingsmogelijkheid zijn uitgezonderd. Die bepalingen vormen volgens de regering de kern van de wet, voor afwijking waarvan regeling in een wet in formele zin aangewezen zou zijn.¹⁷⁰

Waar het niet mogelijk is om specifieke bepalingen uit te zonderen, zouden ook op andere wijzen grenzen kunnen worden gesteld aan de geboden ruimte. Een mogelijkheid is om de beginselen, rechten of bepalingen die bij de experimenten in acht moeten worden genomen te omschrijven. Zo bevat de consultatieversie van de Experimentenwet rechtspleging een opsomming van bepaalde rechten en beginselen die bij elk experiment in acht moeten worden genomen, zoals het recht op toegang tot de rechter en de beginse-

168 *Kamerstukken II* 1986/87, 20038, nr. 2, p. 4.

169 Hiervoor zou aansluiting kunnen worden gezocht bij Ar 2.21, die een aantal categorieën van voorschriften noemt die zoveel mogelijk in de wet moeten worden opgenomen.

170 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 193.

len van een goede procesorde.¹⁷¹ Ook het voorontwerp van het Vlaamse bestuursdecreet inzake experimentregelgeving en regelluwe zones biedt een voorbeeld: daarin wordt een algemene omschrijving gegeven van bepalingen waarvan niet kan worden afgeweken, zoals “bepalingen die betrekking hebben op de verweermogelijkheden en beroepsmogelijkheden” en “bepalingen die betrekking hebben op de veiligheid en gezondheid van de burgers” (art. III.118, §2).¹⁷² Wel kunnen dergelijke omschrijvingen, zoals Buyse, Van Humbeek en Van Nieuwenhove terecht opmerken, tot interpretatieproblemen leiden.

Waarborgen voor deelnemers

De bestaande experimenteergrondslagen bevatten meestal geen voorschriften over de mogelijke deelnemers aan een experiment, noch over de vraag of de experimenteerregeling tot deelname aan een experiment kan verplichten. Gelet op het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel lijkt dat ons bij uitstek een aspect waarvan de wetgever zich van tevoren rekenschap zou moeten geven. Denkbaar is dat de experimenteergrondslag de kring van deelnemers beperkt tot vrijwillige deelnemers. Waar wel sprake is van verplichte deelname, zou gedacht kunnen worden aan een verplichting tot compensatie van de deelnemers.¹⁷³

In de wetgevingspraktijk zien we de waarborg van vrijwillige deelname in een aantal grondslagen terug.¹⁷⁴ Zo bepaalt artikel 10.1.2, derde lid, van de Wet langdurige zorg dat een verzekerde niet tot deelname aan een experiment kan worden verplicht. Ook de experimenteerbepalingen op het terrein van Financiën bevatten op het niveau van de wet de waarborg dat de belastingplichtige met de alternatieve wijze van heffing of invordering moet instemmen. Daarnaast is voorgeschreven dat die alternatieve wijze niet mag leiden tot de heffing of voldoening van een lagere schuld dan anders zou zijn geheven of voldaan, een voorschrift dat tegemoetkomt aan het gelijkheidsbeginsel. De regering stelde dat de grondslagen daarmee recht doen aan de principes van een experimenteerbepaling.¹⁷⁵

171 Zie art. 1, tweede lid, van het wetsvoorstel.

172 Zie par. 8.2 van het preadvies van Buyse, Van Humbeek & Van Nieuwenhove.

173 Art. 8.23a van de Wet luchtvaart, dat ziet op bij ministeriële regeling uit te werken experimenten in afwijking van bij amvb gestelde voorschriften, bepaalt dat in de ministeriële regeling “kan worden bepaald in hoeverre, op welke wijze en door wie eventuele nadelige gevolgen worden gecompenseerd”.

174 Art. CIXa van de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht bepaalt dat de betrokken partijen en advocaten schriftelijk moeten instemmen met de afwijking (onderdeel b).

175 *Kamerstukken II 2015/16, 34305, nr. 4, p. 9.*

Een aspect dat in de bestaande experimenteergronddslagen evenmin aandacht krijgt, is hoe moet worden omgegaan met een groter aantal geïnteresseerde deelnemers dan nodig of mogelijk is voor de uitvoering van een experiment. Ook dat lijkt ons, gelet op de implicaties voor het gelijkheidsbeginsel, een aspect waarvan de wetgever zich rekenschap zou moeten geven. Ter voorkoming van willekeur zou de experimenteergronddslag bijvoorbeeld selectiecriteria kunnen bevatten of kunnen voorschrijven dat die criteria bij amvb worden bepaald.¹⁷⁶

Parlementaire betrokkenheid

Indien een experimentele regeling van de wet afwijkende regels kan bevatten, ligt parlementaire betrokkenheid bij een dergelijke regeling in de rede, zo werd tot 1 januari 2018 overwogen in de toelichting bij Ar 10a. Het is opmerkelijk dat deze passage niet is teruggekeerd in de toelichting bij Ar 2.41.¹⁷⁷ Een verklaring zou kunnen zijn dat de Aanwijzingen voor de regelgeving in het algemeen terughoudendheid voorschrijven met parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving (Ar 2.35). Bij delegatie van de bevoegdheid om nadere regels te stellen is dit begrijpelijk: als nader uit te werken materie zich leent voor overheveling naar het domein van de regering, ligt het in beginsel niet voor de hand om alsnog te voorzien in formele betrokkenheid van het parlement. Bij de vaststelling van een experimenteerregeling gaat het echter niet (alleen) om een nadere concretisering van in de wet vastgelegde regels, maar om het bepalen van een tijdelijke afwijking van die regels. Zeker waar experimenteergronddslagen de mogelijke afwijkingen minder concreet omlijnen, ligt parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van de experimenteerregelingen voor de hand.

De wetgevingspraktijk geeft ook blijk van deze opvatting: een groot aantal experimenteergronddslagen die bij amvb uitgewerkt kunnen worden, voorziet in een voorhangbepaling volgens model A van Ar 2.36, in overeenstemming met voorwaarde 8 uit *Het proberen waard*. Ook de Raad van State heeft op het belang van een voorhangbepaling gewezen.¹⁷⁸ Dit lijkt ons gewichtig genoeg om niet alleen in de toelichting, maar in een aanwijzing zelf te worden opgenomen.

Evaluatiebepaling

Een gerelateerde vraag is hoe de informatievoorziening aan het parlement over de resultaten van een experiment moet worden geregeld. De praktijk laat een groot aantal voorbeelden van gronddslagen met een evaluatiebe-

176 Zie voor een voorbeeld van dergelijke criteria art. 2 van de Tijdelijke regeling experiment meertalige dagopvang.

177 In dezelfde zin: Jacobs 2018, p. 17-18.

178 *Kamerstukken II 2009/10*, 32127, nr. 4, p. 51.

paling langs de lijnen van Ar 2.42, tweede lid, die bedoeld is voor concrete experimenteerregelingen. Bij een voor herhaalde toepassing vatbare experimenteergrondslag ligt het wat ons betreft inderdaad meer voor de hand dat de wetgever de regering verplicht tot evaluatie van alle toekomstige experimenten dan dat de regering zo'n verplichting per experimenteerregeling bepaalt.¹⁷⁹ Dat vormt een waarborg dat het parlement wordt geïnformeerd over de resultaten, ook als het experiment niet tot wetswijziging leidt.¹⁸⁰ Het lijkt ons wenselijk om hierover meer duidelijkheid te bieden; de toelichting bij Ar 2.42 merkt nu alleen op dat een verplichting om in alle gevallen een expliciete evaluatiebepaling op te nemen onnodig is.

Het model van Ar 2.42, tweede lid, schrijft sinds 1 januari 2018 voor dat het evaluatieverslag negen maanden voor afloop van de experimenteerregeling aan het parlement wordt gezonden. Het is de vraag of deze termijn niet te ruim is. Er kunnen immers ook kortlopende experimenten van bijvoorbeeld een jaar plaatsvinden, waarbij het niet mogelijk zal zijn om al negen maanden voor afloop een evaluatieverslag op te stellen. Een alternatief is dat in experimenteergrondslagen wordt gekozen voor een kortere termijn of bijvoorbeeld dat het verslag “voldoende tijdig voor het einde van de werkingsduur” aan het parlement wordt gezonden.¹⁸¹ Als waarborg voor een zorgvuldige evaluatie zou de experimenteergrondslag ook kunnen bepalen dat bij amvb wordt vastgesteld hoe experimenten geëvalueerd en tussentijds gemonitord zullen worden en hoe wordt besloten of daaraan vervolg wordt gegeven.¹⁸²

Verder lijkt het zinvol om te voorzien in de mogelijkheid dat de werkingsduur van een amvb over een experiment in afwachting van een structurele regeling tijdelijk kan worden verlengd door de minister, zoals bijvoorbeeld gebeurt in de onderwijswetten en de consultatieversie van de Experimen-

179 Vgl. het advies van de Raad van State over artikel 186 van de Wegenverkeerswet 1994, waarin de Raad het van belang achtte om in de bepaling vast te leggen dat de minister de Staten-Generaal op de hoogte houdt van het verloop van het experiment in de praktijk, evenals van diens standpunt inzake de voortzetting ervan anders dan als experiment. De regering nam naar aanleiding van het advies een evaluatiebepaling in het artikel op, maar zag af van de verplichting om het parlement ook nog afzonderlijk op de hoogte te houden van het verloop van de experimenten in de praktijk (*Kamerstukken II 2005/06, 30476, nr. 4, p. 3*).

180 Evenals Jacobs (Jacobs 2018, p. 59) hebben wij niet altijd een evaluatieverslag kunnen vinden.

181 Zie bijv. art. 8.23a, zevende lid, van de Wet luchtvaart. Dit artikel ziet op experimenten in afwijking van bij amvb gestelde voorschriften.

182 Zie bijv. art. 120a, tweede lid, onderdeel c, van de Woningwet en art. 23.3, derde lid, onderdeel j, van de Omgevingswet. De Tweede Kamer heeft in 2015 bij amendement een vergelijkbare bepaling toegevoegd aan een wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet (*Kamerstukken II 2015/16, 34199, nr. 28*).

tenwet rechtspleging. Voor de enkele tijdelijke verlenging lijkt een amvb een onnodig zwaar middel.

Maximale geldingsduur

Er bestaan verschillende experimenteergrondslagen die, anders dan Ar 2.41, eerste lid, onder d, voorschrijft, geen maximale geldingsduur van de experimenteerregeling vastleggen (zie par. 3.3.2). Nu tijdelijkheid inherent is aan experimenten lijkt het ons wenselijk dat experimenteergrondslagen altijd een maximale geldingsduur bepalen. Als de tijdsduur die voor experimenten nodig zal zijn zich lastig laat voorspellen, zou ook gekozen kunnen worden voor een maximumduur met de mogelijkheid om de duur indien nodig te verlengen, met de verplichting om het parlement over de verlenging te informeren.

5 Conclusies en aanbevelingen

In dit preadvies hebben wij geprobeerd inzicht te bieden in de wetgevingspraktijk inzake structurele wettelijke experimenteergrondslagen en gezocht naar aanknopingspunten voor de vormgeving daarvan. Zoals we in de vorige hoofdstukken hebben gezien, lijkt de praktijk zich in een aantal opzichten in een andere richting te bewegen dan de Aanwijzingen voor de regelgeving voorschrijven. De opvallendste bevindingen:

1. *Afbakening afwijkingen en experimenteerdoelen*: De praktijk laat grondslagen zien waarin zowel de mogelijke afwijkingen van wetsbepalingen als de experimenteerdoelen zeer ruim zijn omschreven om ruimte te bieden voor nog onvoorziene experimenten. In meerdere gevallen adviseerde de Raad van State om de grondslagen nader af te bakenen, telkens gevolgd door de reactie van de regering dat het niet wenselijk zou zijn de mogelijke experimenten te zeer te begrenzen. Het is de vraag hoe dit zich verhoudt tot Ar 2.41, eerste lid, onderdelen a en b.
2. *Maximale geldingsduur*: Er zijn verschillende experimenteergrondslagen die geen maximale geldingsduur voor experimenten vastleggen, zoals wordt voorgeschreven in Ar 2.41, eerste lid, onderdeel d. Ook laat de praktijk zeer ruime maxima zien, tot wel tien jaar.
3. *Vorm van de uitwerking*: Steeds meer experimenteergrondslagen maken het mogelijk om experimenten uit te werken bij beschikking, terwijl Ar 2.41, tweede lid, de vorm van een amvb voorschrijft.

Tijdens onze inventarisatie zijn wij daarnaast op verschillende regelingen over experimenten gestuit die niet op een uitdrukkelijke wettelijke basis voor experimenten berusten. Dat hoeft niet te verbazen: de praktijk laat een groeiende behoefte zien aan mogelijkheden om op een snelle en eenvoudige manier experimenten in te kunnen richten en er bestaan allerlei ruime wets-

bepalingen, zoals ontheffingsmogelijkheden, die daarvoor kunnen worden benut. Een nadeel is dat dergelijke bepalingen niet zijn voorzien van specifieke waarborgen voor experimenten. Dat lijkt ons als uitgangspunt voor het wetgevingskwaliteitsbeleid niet wenselijk. Wij zouden dan ook vasthouden aan het uitgangspunt dat experimenten waarbij van de wet wordt afgeweken op een expliciete wettelijke basis berusten. Dat heeft als voordeel dat de wetgever zich van tevoren uitspreekt over de terreinen die zich lenen voor experimenten en de waarborgen die daarbij aangewezen zijn.

Dat uitgangspunt lijkt ons alleen houdbaar als er voldoende ruimte is om expliciete experimenteergrondslagen te introduceren. Het huidige wetgevingskwaliteitsbeleid schrijft echter terughoudendheid voor en verlangt dat de toegestane afwijkingen van wetsbepalingen en experimenteerdoelen zo strikt mogelijk worden afgebakend. Dit wringt met de in de praktijk bestaande behoefte om juist ruimte te creëren voor nog onvoorzene experimenten. Die behoefte komt niet alleen van de regering. Ook vanuit de Tweede Kamer zijn ruime experimenteergrondslagen voorgesteld¹⁸³ en is gevraagd om meer ruimte voor experimenten.¹⁸⁴ Beide Kamers hebben inmiddels al vele malen ingestemd met ruim geformuleerde experimenteergrondslagen.

Hoe dan ook lijkt het ons geen wenselijke situatie dat de Raad van State onder verwijzing naar de Aanwijzingen voor de regelgeving telkens adviseert tot nadere concretisering van experimenteergrondslagen en de regering dit advies telkens naast zich neerlegt. Wij zouden dan ook willen pleiten voor een versoepeling van de Aanwijzingen voor de regelgeving op dit punt, waarbij minder strikte eisen worden gesteld aan de omlijning van de toegestane afwijkingen en experimenteerdoelen op het niveau van de wet.

Zinvoller lijkt het ons om de aandacht te richten op andere mogelijke waarborgen om een eigenlijk en zorgvuldig gebruik van de geboden experimenteerruimte te verzekeren. Wat procedurele waarborgen betreft, valt te denken aan het verankeren van parlementaire betrokkenheid en een evaluatiebepaling in de experimenteergrondslag, anders dan de Aanwijzingen voor de regelgeving nu voorschrijven. Bij materiële waarborgen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het benoemen van de kernwaarden van de wet waaraan experimenten geen afbreuk mogen doen, een beperking tot vrijwillige deelname of waarborgen ter voorkoming van ongerechtvaardigde verschillen tussen de deelnemers aan een experiment en anderen. De praktijk laat daarvan verschillende voorbeelden zien (par. 4.2). Ook zouden experimenteer-

183 Zie de experimenteergrondslagen in de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet (par. 3.1.2) en in art. 10.1.2 van de Wet langdurige zorg (par. 3.1.8).

184 Zo kwam het programma *Toekomstbestendige wetgeving* voort uit verzoeken vanuit de Tweede Kamer om meer ruimte voor experimenten (zie par. 2.3).

grondslagen meer aspecten kunnen vermelden die bij amvb moeten worden bepaald, zoals selectiecriteria voor het geval dat er meer geïnteresseerde deelnemers zijn dan nodig of mogelijk is voor de uitvoering van een experiment.

Verder zou wat ons betreft nagedacht moeten worden over de vraag wanneer experimenten kunnen worden uitgewerkt via een beschikking van de minister. Een vergunning of ontheffing op aanvraag lijkt een geschikt instrument voor experimenten met een technisch karakter waarvoor de concrete experimenteervoorstellen uit de samenleving komen, zoals de ontwikkeling van nieuwe vormen van elektriciteitsopwekking of geautomatiseerde systemen in motorrijtuigen. De Aanwijzingen voor de regelgeving lijken daarvoor nu geen ruimte te bieden.

Met Jacobs¹⁸⁵ pleiten wij dan ook voor een modernisering van de Aanwijzingen over experimenteerregelgeving, met daarbij een handreiking of een aanvulling op het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK). Daarmee zou meer duidelijkheid moeten worden geboden over de begrenzing van experimenteergrondslagen, andere mogelijke waarborgen, de toelaatbaarheid van figuren als de vergunning of ontheffing en andere vormgevingsaspecten. Zoals we in de hoofdstukken 3 en 4 hebben gezien, loopt de vormgeving van de bestaande experimenteergrondslagen ook in andere opzichten uiteen, terwijl niet altijd duidelijk is of daarvoor goede redenen bestaan. Ook verdient het aanbeveling om meer inzicht te bieden in de ervaringen bij eerdere experimenten en de daarvan te leren lessen voor de opzet, uitvoering en evaluatie van experimenten. Kortom: bied wetgevingsjuristen en beleidsmedewerkers meer houvast bij het ontwikkelen van experimenteerregelgeving. Wij hopen dat dit preadvies, evenals de andere preadviezen in deze bundel, een bijdrage kan leveren aan de verdere gedachtevorming daarover.

185 Jacobs 2018, p. 59.

INHOUDSOPGAVE

Ervaringen met experimentwetgeving in Vlaanderen

prof. dr. T. Buysse, mr. P.G. Van Humbeeck & mr. J.M.M. Van Nieuwenhove

Abstract	117
1 Inleiding	119
2 Terminologie	120
2.1 Hoofdvormen van tijdelijke wetgeving	121
2.1.1 Horizonwetgeving	121
2.1.2 Gelegenheids- en noodwetgeving	122
2.1.3 Experimenteren met wetgeving	123
2.2 Typologie experimentele wetgeving	124
2.3 Experimentwetgeving	124
2.4 Proeftuinen, pilotprojecten en regelluwe zones	125
3 Toenemende belangstelling voor experimentwetgeving	126
3.1 Hoe wetgeving up to date en future proof houden?	126
3.2 Tijdelijke wetgeving	129
3.3 Flexibele en adaptieve regelgeving	129
3.4 Experimentele wetgeving	130
4 Functies en voordelen van experimentwetgeving en regelluwe zones	131
4.1 Innovatie stimuleren	131
4.2 Ruimte voor leren	132
4.3 Zoeken naar consensus	133
4.4 Regeldruk verminderen	134
5 Mogelijke nadelen en knelpunten	134
5.1 Experimentwetgeving: een zorgvuldige keuze	136
5.2 Algemeenheid en het gelijkheidsbeginsel	136
5.3 Rechtszekerheid	137
5.4 Rechtmatigheid en het legaliteitsbeginsel	138
5.5 Conclusie	139
6 Enkele praktijkvoorbeelden	139
6.1 Tijdelijke projecten in het beleidsdomein onderwijs	139
6.2 Het persoonlijk assistentiebudget in de zorg	145

7	Voorwaarden voor goedwerkende experimentwetgeving	148
7.1	Een duidelijke motivering en doelstelling	149
7.2	Een politiek, ambtelijk én maatschappelijk draagvlak	151
7.3	Een goede wettelijke regeling	152
7.4	Een afgelijnd generiek beleids- en regelgevend kader	155
7.5	Een goede wetenschappelijke omkadering	156
8	Juridische en beleidsmatige vertaling in Vlaanderen	158
8.1	Conceptnota experimentwetgeving en regelluwe zones	158
8.2	Het voorstel van algemene wettelijke regeling	161
8.3	Het advies van de Raad van State	166
8.4	Aanvullende beleidsinitiatieven	167
9	Afsluitende opmerkingen	168
	Geraadpleegde literatuur	170

Ervaringen met experimentwetgeving in Vlaanderen

Tim Buyse, Peter Van Humbeeck en Jeroen Van Nieuwenhove¹

Abstract

Experimentwetgeving beantwoordt aan een groeiende behoefte. Door de snelheid, onzekerheid en onvoorspelbaarheid van de hedendaagse technologische en maatschappelijke ontwikkelingen stijgt de behoefte om beleid sneller en meer lerend te ontwikkelen. Experimentwetgeving past in dat streven naar een slimmer, iteratief en *evidence informed* beleid. Een nieuwe wettelijke regeling wordt dan eerst in verschillende varianten uitgetest in de praktijk om te bekijken wat het beste werkt.

Maar er zijn ook nadelen en gevaren. Experimentele wetgeving kan oneigenlijk gebruikt worden, noodzakelijke aanpassingen aan bestaande regelgeving vertragen, bepaalde grondrechten, rechtsprincipes en beschermingsniveaus uithollen of ethische bezwaren oproepen. Bovendien zijn er alternatieven: regelgeving kan ook minder gedetailleerd worden uitgewerkt en er kunnen diverse vormen van flexibele en adaptieve regelgeving of van niet-dwingende regulering worden ingezet. Daarom is het belangrijk dat (1) steeds geval per geval wordt afgewogen of experimentele wetgeving en regelluwe zones noodzakelijk zijn, het best geschikt zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel, (2) de nodige waarborgen worden ingebouwd dat bepaalde eisen en randvoorwaarden worden gerespecteerd, en (3) bijzondere zorg wordt besteed aan de manier waarop ze worden uitgewerkt, vormgegeven en in praktijk gebracht.

¹ Tim Buyse is attaché op de studiedienst van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen en gastprofessor economie aan de Universiteit Gent. Peter Van Humbeeck is opdrachthouder op de studiedienst van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen en vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de Universiteit Antwerpen. Jeroen Van Nieuwenhove is staatsraad bij de Raad van State, afdeling wetgeving en vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de KU Leuven (Instituut Constitutioneel Recht).

Belangrijk bij het gebruiken en implementeren van experimentwetgeving zijn:

1. een afdoende motivering en duidelijke doelstelling voor elk 'project'. Dat moet ervoor zorgen dat een oneigenlijk gebruik niet kan, de experimentwetgeving of regelluwe zone proportioneel is en niet leidt tot het onevenredig of willekeurig uitschakelen van bestaande regelgeving;
2. een politiek, ambtelijk én maatschappelijk draagvlak. Het is aangewezen om alle belanghebbenden (doelgroepen, middenveld, andere beleidsdomeinen en overheden) nauw te betrekken bij de opzet, de vormgeving, uitvoering en evaluatie. Ook aan politiek draagvlak moet worden gewerkt om 'leren' en 'evalueren' toe te laten.
3. een goede wettelijke regeling. Elk wetgevingsexperiment moet juridisch goed ingebed en uitgewerkt worden. Een wettelijke basis moet de voorwaarden bevatten waaraan het experiment moet voldoen alsook de waarborgen die nodig zijn om te verzekeren dat het experiment transparant verloopt en eruit wordt geleerd;
4. een afgelijnd generiek beleids- en juridisch kader. Het is aangewezen om minimale algemene regels voor experimentwetgeving en regelluwe zones uit te werken. Dat vermijdt dat men steeds opnieuw het wiel moet uitvinden of essentiële zaken vergeet. Tegelijk wordt toch ruimte gelaten voor het nodige maatwerk;
5. een goede wetenschappelijke omkadering. Evaluatie ex post is essentieel. De resultaten moeten op een transparante en deskundige manier worden geëvalueerd en gevalideerd. Dit moet van meet af aan onderdeel zijn van het wetgevingsexperiment.

In deze bijdrage gaan we nader in op die voorwaarden en bespreken we enkele praktijkvoorbeelden uit Vlaanderen. We gaan ook in op de stand van de beleidsdiscussie en de wettelijke initiatieven in Vlaanderen. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het recente voorstel voor een algemene wettelijke regeling inzake experimentregelgeving en regelluwe zones. Die algemene regeling bevat ruime delegaties aan de Vlaamse Regering om in diverse sectoren bij besluit experimenten en regelluwe zones op te zetten en daarbij zo nodig af te wijken van bestaande wetsbepalingen. Het kritische advies van de Raad van State over die algemene regeling wordt ook kort besproken.

I Inleiding

Experimentwetgeving en regelluwe zones zijn ‘in’. Ze maken opgang in discussies en beleidsdocumenten, krijgen in Europese en internationale context steeds meer aandacht en vinden stilaan hun weg naar de praktijk. Ze willen meer ruimte geven aan innovatie en experimenten en aan leren wat werkt. Dat wordt steeds belangrijker in een complexe en dynamische samenleving.

Experimentwetgeving past in het streven naar een slimmer, meer *evidence informed* beleid. Een nieuwe wettelijke regeling wordt eerst in verschillende varianten getest in de praktijk om te bekijken wat het beste werkt. Een gerelateerde vorm van tijdelijke wetgeving, regelluwe proeftuinen, wil tegemoetkomen aan de vraag naar meer kansen en minder belemmeringen voor innovatieve initiatieven en activiteiten. In een regelluwe proeftuin kan men afwijken van bestaande wetten en regels of ze anders toepassen.

Dit preadvies vindt zijn oorsprong in een uitgebreid onderzoek dat door de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (hierna: SERV) werd gewijd aan experimentwetgeving en dat uitmondde in een rapport en een advies aan de regering en het parlement. Eerst wordt ingegaan op de terminologie rond tijdelijke en experimentwetgeving. We geven verklaringen voor de toenevende interesse in experimentwetgeving en bespreken de voor- en nadelen van werken met experimentwetgeving. In het bijzonder komen daarbij ook juridische en wetgevingstechnische aspecten aan bod. Daarna worden twee voorbeelden uitgewerkt, met name de tijdelijke projecten in het onderwijsveld en het persoonlijk assistentiebudget (hierna ook: PAB) in de zorg. Vervolgens formuleren we aan de hand van de bevindingen in dit preadvies een reeks beleidsaanbevelingen en gaan we in op de stand van de beleidsdiscussie in Vlaanderen. Recent werd er immers de conceptnota² van de Vlaamse Regering ‘Algemeen beleidskader voor het gebruik van experimentwetgeving en regelluwe zones’ goedgekeurd en werd er een voorstel van algemene wettelijke regeling uitgewerkt voor ‘experimentregelgeving en regelluwe zones’. We eindigen met een aantal afsluitende opmerkingen.

Voor de Nederlandse lezers is het wellicht nuttig om de volgende begrippen, die verder in deze bijdrage aan bod komen, kort te verduidelijken:

Een *decreet* is een wetgevende regeling die uitgaat van (onder meer) Vlaanderen (preciezer: de Vlaamse Gemeenschap en/of het Vlaamse Gewest) als deelstaat van het federale België. Wetten gaan uit van de federale overheid. Wetten en decreten staan juridisch op dezelfde rangorde in de normenhi-

2 Dat is een beleidsvoornemen van de Vlaamse regering, vergelijkbaar met een beleidsnotitie in Nederland.

erarchie; de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten hebben elk hun (principiële) exclusieve bevoegdheden.

Wat in Nederland een voorstel wordt genoemd heet in België een ontwerp; wat in Nederland een initiatiefvoorstel wordt genoemd noemt men in België een voorstel. De Vlaamse Regering dient dus *ontwerpen* van decreet in het Vlaams Parlement in, terwijl Vlaamse volksvertegenwoordigers (leden van het Vlaams Parlement) zelfs *voorstellen* van decreet kunnen indienen.

Een *besluit van de Vlaamse Regering* is het equivalent van een algemene maatregel van bestuur (hierna: amvb), specifiek voor Vlaanderen. Amvb's van de federale overheid heten koninklijke besluiten. Ministeriële regelingen worden zowel in Vlaanderen als bij de federale overheid ministeriële besluiten genoemd.

Zoals bekend is er in België een systeem van constitutionele toetsing, die wordt uitgeoefend door het Grondwettelijk Hof.

2 Terminologie

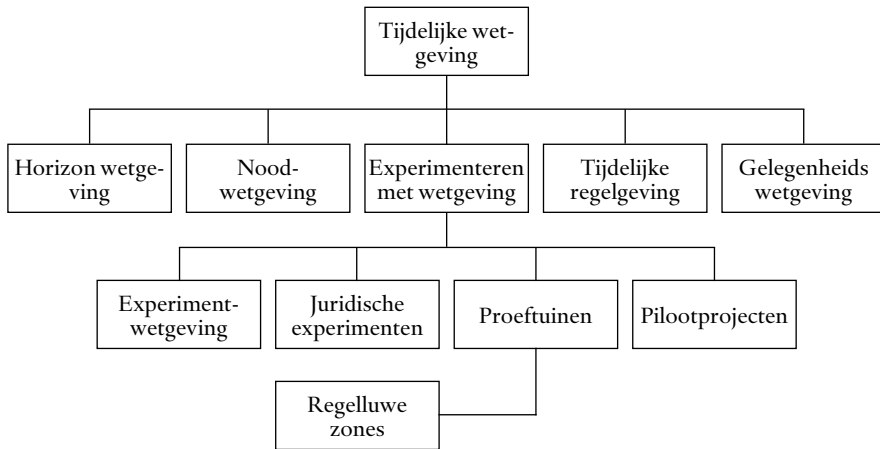
In dit deel bespreken we het begrippenkader van tijdelijke regelgeving en lijnen we de concepten 'experimentwetgeving' duidelijker af.

Experimenteerruimtes kunnen gecatalogeerd worden onder de ruimere noemer van de 'tijdelijke wetgeving'. Dat is 'wet- of regelgeving die vervalt na een vooraf bepaalde periode, tenzij de wetgever anders beslist'³. Tijdelijke wetgeving omvat echter ook een aantal andere types regelgeving die we, in navolging van Ranchordás (2013a en 2013b), kunnen indelen zoals in figuur 1.

In de praktijk is het echter vaak moeilijk om praktijkvoorbeelden goed te classificeren binnen het voorgestelde begrippenkader. Er zijn verschillende hybride vormen die kenmerken vertonen van meer dan één type. Het onderstaande schema is dus niet beperkend bedoeld.

3 Gersen 2007.

Figuur 1: Schematische indeling tijdelijke wetgeving



2.1 Hoofdvormen van tijdelijke wetgeving

2.1.1 Horizonwetgeving

De meest gekende vorm van tijdelijke wetgeving is wellicht de horizonclausule (*sunset clause*).

Een horizonclausule is een bepaling in een rechtsregel die inhoudt dat de rechtsregel in kwestie geen uitwerking meer zal hebben na een bepaalde datum tenzij de regelgever, normaal gesproken na een evaluatie van de rechtsregel, alsnog optreedt om de rechtsregel te verlengen. Een (deel van een) rechtsregel vervalt met andere woorden na verloop van tijd automatisch, tenzij anders wordt beslist.

De kenmerken van horizonbepalingen zijn:⁴

- het tijdelijk karakter (d.w.z. regelgeving met een eindtermijn, het merendeel van de ‘normale’ regelgeving bevat geen vervaltermijn en blijft daarom in principe voor onbepaalde tijd van kracht);
- de aanwezigheid van een evaluatie/beoordelingsmoment (anders dan bij een ‘normale’ evaluatiebepaling (die bijv. ook aanwezig is bij experimentwetgeving, zie hieronder) is de houding bij een horizonclausule ten opzichte van de betreffende regeling eerder negatief (het gaat om een

4 Zie Ranchordás 2013a. Het betreft hier evenwel de kenmerken van een ‘ideaaltype’ horizonclausule. Vaak zijn in praktijk niet alle kenmerken aanwezig en wordt toch van horizonwetgeving gesproken.

‘nee, tenzij’ eerder dan om een ‘ja, mits’), wat impliceert dat de regeling in principe afloopt, maar dat de mogelijkheid bestaat om op grond van nieuwe feiten of kennis toch te kiezen voor een langere of onbeperkte looptijd⁵);

- de omkering van bewijslast voor diegenen die voor de verlenging van de tijdelijke regeling pleiten. Het nut van de regeling moet worden aangetoond vooraleer tot een verlenging kan worden besloten en de verlenging vergt een expliciete beslissing.

Horizonclausules zijn multifunctionele instrumenten die kunnen worden gebruikt om tijdelijke oplossingen te bieden aan tijdelijke problemen, om de regeldruk te verminderen door onnodige lasten op te heffen zodra die hun doel bereikt hebben⁶ of om de doelmatigheid van de publieke administratie en de kwaliteit van de wetgeving te verbeteren. Het is niettemin goed om voor ogen te houden dat al deze functies verenigd worden door de echte doelstelling van horizonclausules, namelijk verzekeren dat regelgeving periodiek wordt geëvalueerd en dat overbodige regelgeving wordt beëindigd.

We vermelden ter informatie dat er ook ‘*sunrise clauses*’ bestaan. Die bepalen dat een deel van de regelgeving slechts op een specifieke datum in de toekomst van kracht wordt indien een aantal specifieke voorwaarden is vervuld. *Sunrise clauses* zijn een vorm van voorwaardelijke/eventuele regelgeving omdat de inwerkingtreding van een specifieke bepaling afhankelijk is van de vervulling van een zekere voorwaarde. *Sunrise clauses* kunnen bijvoorbeeld worden gebruikt wanneer de regelgever nog niet vroegtijdig wil optreden maar wel reeds standaarden wil opleggen waar de ondernemingen of de burgers in de toekomst rekening mee moeten houden.

2.1.2 *Gelegenheids- en noodwetgeving*

Horizonwetgeving verschilt van de meer generieke tijdelijke regelgeving die geen vast evaluatie- of beoordelingsmoment inhoudt.

Gelegenheidswetgeving is een reactief instrument waarmee de overheid snel wenst in te grijpen naar aanleiding van een bepaalde gebeurtenis. Ze is incidenteel van aard omdat ze inspeelt op specifieke ad hoc problemen. Ze impliceert bovendien niet het bestaan van een evaluatiebepaling (zoals wel het geval is bij experimentwetgeving).⁷

5 De oorsprong van de horizonwetgeving ligt trouwens in de jaren '70 in de Verenigde Staten. Er werd beoogd om de uitdijende regelgevende bevoegdheid van de *Federal Agencies* beter onder controle te houden.

6 Al lijkt het causaal verband tussen het gebruik van horizonwetgeving en regeldrukvermindering niet vast te staan.

7 Voor meer informatie over gelegenheidswetgeving zie Van Gestel 2004.

Noodwetgeving is tijdelijke wetgeving die snel maar tijdelijk inspeelt op een plotselinge, onvoorziene gebeurtenis of noodsituatie. Meestal introduceert dergelijke noodwetgeving uitzonderlijke maatregelen die van kracht blijven totdat de noodsituatie afgelopen is. Een noodwet maakt doorgaans een uitzondering op een algemeen wettelijk regime, totdat de noodsituatie is opgeheven of de algemene wet is aangepast.⁸

2.1.3 *Experimenteren met wetgeving*

Een derde vorm van tijdelijke wetgeving betreft het experimenteren met wetgeving. Daarbinnen kan een onderscheid worden gemaakt tussen experimentele wetgeving (of ook: experimentwetgeving) en wetgevingsexperimenten.⁹

Wetgevingsexperimenten zijn voorafgaande experimenten die onder hypothetische omstandigheden worden uitgevoerd en die geen afwijking van het geldende rechtsstelsel vereisen. Meestal wordt hierbij onder gecontroleerde omstandigheden onderzoek uitgevoerd door academici of ministeries op een gerandomiseerde groep van burgers. Deze experimenten beogen het gedrag van burgers, organisaties of ondernemingen te voorspellen wanneer zij geconfronteerd worden met de toepassing van een nieuwe wet of om de duidelijkheid van de wettelijke voorschriften te testen alvorens zij effectief van kracht worden. Vaak is de toepassing van dergelijke experimenten gelinkt aan de voorbereidingsfase van wetgeving en is het doel de doeltreffendheid en efficiëntie van mogelijke toekomstige rechtsregels te testen. Ze zijn dus gericht op het ex ante inschatten van de gevolgen van toekomstige wetgeving door het simuleren van omstandigheden in een reële wereld.

Experimentele wetgeving daarentegen is tijdelijke wetgeving die daadwerkelijk ingevoerd wordt, met als doel het verzamelen van kennis en informatie vooraleer de tijdelijke regeling eventueel wordt omgezet in een definitieve regeling. Het controlemechanisme waarmee die regeling wordt beoordeeld, is een ex post evaluatie.

Wetgevingsexperimenten hebben dus betrekking op het *simuleren* van omstandigheden in een reële wereld van wettelijke maatregelen vóór hun omzetting in rechtsnormen, terwijl experimentele wetgeving betrekking heeft op volwaardige rechtsnormen, niettegenstaande hun tijdelijk karakter.

Hierna wordt dieper ingegaan op diverse vormen van experimentele wetgeving.

8 Eijlander & Van Gestel 2006.

9 Van Damme & De Sutter 2013, p. 1283; Maass 2001, p. 18-39; Engel 2013.

2.2 *Typologie experimentele wetgeving*

Experimentele wetgeving kan worden gedefinieerd als “wetgeving van toepassing voor een beperkte tijdsperiode met als doel te onderzoeken of een specifieke regelgeving effectief is in het bereiken van vooropgestelde doelen. Ze wordt geïntroduceerd met een toekomstig doel (*‘prospective purpose’*) maar vereist methodologisch een retrospectieve evaluatie”.¹⁰ Deze definitie omvat zowel experimentwetgeving die getest wordt door *randomized controlled trials* als eenvoudige pilot- of proefprojecten.

Experimentele wetgeving is verschillend van de andere *evidence based*-methododes die voornamelijk gebruikmaken van bestaande data en expertise, stakeholderkennis en wetenschappelijke informatie. Experimenten laten toe nieuwe data en kennis te verzamelen op basis van een kleinschalige toepassing.

2.3 *Experimentwetgeving*

Experimentwetgeving is een vorm van tijdelijke regelgeving die erin bestaat nieuwe regels uit te werken binnen een welomschreven toepassingsgebied – verschillend van bestaande regelgeving of waarbij een aantal bestaande vereisten in die regelgeving buiten werking worden gesteld – met het oog op een nieuwe wettelijke benadering of de regulering van nieuwe producten en diensten teneinde hierover meer informatie te vergaren.

Experimentele regelgeving wordt vaak op een kleinschalige basis geïmplementeerd voor een regio of een groep, terwijl de overige regio's en groepen gebonden blijven door de (vroegere) bestaande regelgeving. Experimentele regelgeving wordt aan een periodieke of eindevaluatie onderworpen, waarna de wetgever kan beslissen of het experiment op basis van positieve resultaten wordt uitgebreid naar een groter deel van de bevolking, wordt veralgemeend en getransformeerd in een permanente wet, dan wel wordt beëindigd.

Het concept van experimentele wetgeving kan worden verdeeld in verschillende elementen (Van Gestel & Van Dijck 2011):

- *Een tijdelijke afwijking van bestaande wetgeving.* Een experimentele wet of regulering beoogt een tijdelijke afwijking van een algemene regeling (wat bij horizonbepalingen niet per definitie het geval hoeft te zijn) en dit binnen bepaalde territoriale en/of personele beperkingen. Een experimentele wet of regulering moet aldus een (ab initio) beperkte duur

¹⁰ Mader 2001.

hebben. De afwijking van bestaande wetgeving houdt in dat er een wettelijke basis moet zijn voor deze afwijking én dat het doel van het experiment duidelijk wordt aangegeven. Zowel het doel van het experiment als de evaluatiecriteria moeten duidelijk en vooraf worden gedefinieerd.

- *De uitvoering van een evaluatie.* Er is een evaluatiebepaling aanwezig, die aangeeft hoe de evaluatie van de werking van de regeling zal geschieden. Ze moet de intentie tonen om te beslissen of de regels die werden uitgeprobeerd, kunnen worden omgezet in algemeen geldende regels, of de bestaande wetgeving moet worden herzien of herroepen op basis van nieuwe ideeën of standpunten, enzovoort.¹¹ Het louter opmaken van een balans na afloop van een vooropgestelde termijn alleen volstaat niet om te kunnen spreken van experimentele wetgeving.
- *Het vergelijken van de effecten van de experimentele regelgeving met deze van de bestaande regelgeving.* De bedoeling is om proefondervindelijk kennis te vergaren over de werking of de rechtsgevolgen van een maatregel die men naderhand op definitieve wijze wil opleggen indien het experiment overtuigt (het intentionele element). De ‘proefopstelling’ laat toe om de effecten van de experimentele regelgeving te vergelijken met deze van de bestaande regelgeving. Experimentele wetgeving wordt enkel toegepast in een welomschreven deel van het grondgebied of op een representatieve groep van burgers. Er wordt met andere woorden een ‘proefgroep’ geselecteerd voor de implementatie van het afwijkend legistiek regime, waarbij de verkregen resultaten worden vergeleken met deze van de ‘controlegroep’ waarop de legistische status quo van toepassing is. Het opgestelde experiment moet ook in staat zijn om effectief de gewenste kennis of beoordelingsparameters te leveren en moet deze leveren (het functionele aspect).

In de praktijk zal echter vaak van experimentwetgeving gesproken worden zonder dat elk van de hierboven opgesomde elementen duidelijk aanwezig is.

2.4 *Proeftuinen, pilotprojecten en regelluwe zones*

Proeftuinen en pilotprojecten verwijzen naar een bepaalde omgeving waarbinnen nieuw beleid of nieuwe regels worden uitgeprobeerd. De doelstelling van een proeftuin is strikt genomen het uitproberen van beleid zonder dat het geldende rechtstelsel wordt aangepast. Een pilot is een ‘light’ experiment in de praktijk, waarmee een structurele situatie of verandering wordt voorbereid.

¹¹ Van Damme & De Sutter 2013.

Een specifiek type proeftuin zijn de zogenaamde regelluwe zones. Regelluw impliceert dat bepaalde regels of wetgeving (lokaal, regionaal, landelijk) of gedeelten ervan, buiten toepassing wordt gesteld. Het gaat dus niet om een volledig regelvrij gebied waar helemaal geen regels gelden. De keuze om welke regels het gaat, wordt gemaakt op basis van de knelpunten en/of kansen en/of onlogische punten/tegenstrijdigheden in wet- en regelgeving of toezicht die zich in individuele situaties voordoen. In een regelluwe zone kan men ook experimenteren met het anders toepassen van bestaande wetten en regels. Regelluwe zones zijn strikt genomen tijdelijk. Na afloop van een bepaalde termijn moet men wel opnieuw aan de (eventueel bijgestelde) normering voldoen.

	Tijdelijk	Evaluatie- bepaling	Omkering bewijslast	Uitzondering op wettelijk regime	Incidenteel	Testen nieuwe regelgeving
Horizonwetgeving	X	X	X			
Gelegenheids- wetgeving	X				X	
Noodwetgeving	X			X	X	
Experiment- wetgeving	X	X		X		X
Proeftuinen	X	X				X
Rugelluwe zones	X	X		X		

3 Toenemende belangstelling voor experimentwetgeving

3.1 Hoe wetgeving up to date en future proof houden?

De samenleving is volop in beweging. We zien in hoog tempo nieuwe technologieën, innovatieve praktijken, nieuwe businessmodellen en nieuwe samenwerkingsvormen ontstaan als antwoord op diverse uitdagingen en opportuniteiten waaronder de digitalisering en de circulaire economie. Een belangrijke opdracht voor de overheid is om deze ontwikkelingen mee te sturen, te ondersteunen en te begeleiden.

Die opdracht vormt een grote uitdaging in het licht van de omvang, het disruptieve karakter, de complexiteit, de transversale aard, de onzekerheid en de snelheid waarmee sommige ontwikkelingen zich voordoen. Dit leidt ook tot de vraag of, in hoeverre en hoe het beleid en de wijze waarop dat tot stand komt, zich aan de veranderende omgeving moeten aanpassen en of de overheid zelf ook niet innovatiever en wendbaarder moet worden.

Als gevolg van die snelheid, onzekerheid en onvoorspelbaarheid van digitale ontwikkelingen stijgt de behoefte om beleid sneller en meer lerend te ontwikkelen. Overheden moeten dan meer inzetten op snel leren van elkaar en op het gebruik van experimenten om te ontdekken wat de meest effectieve beleidsmaatregelen zijn.¹² Er ontstaan ook nieuwe innovatieprocessen, bijvoorbeeld in zogenaamde *living labs* of proeftuinen: laagdrempelige praktijkomgevingen waarin oplossingen worden ontwikkeld, getest en geïmplementeerd.

Dit heeft gevolgen voor de regelgeving.¹³ Technologische en maatschappelijke ontwikkelingen en (systeem)innovaties vragen vaak om nieuwe regelgeving of dagen bestaande beleidsinstrumenten, reguleringkaders of zelfs beleidsregimes en beleidsdoelen uit. Wanneer innovaties niet goed (lijken te) passen in bestaande reguleringkaders, ontstaat onzekerheid over de toelaatbaarheid van de innovatie en/of de toepasbaarheid van de regulering en remt dit de ontwikkeling ervan.¹⁴ De uitdaging is dan ook dat de regelgeving het tempo van de technologische en maatschappelijke ontwikkelingen zou volgen en niet achterop zou lopen. Wanneer wetgeving achteroploopt, ontstaan immers fricties tussen regelgeving en innovaties. Zo kan bestaande regelgeving voorwaarden en criteria bevatten die onaangepast zijn voor nieuwe ideeën en ontwikkelingen, en deze belemmeren. Ook kunnen nieuwe (technologische) innovaties ontstaan in gebieden waar regelgeving ontbreekt of waarmee de bestaande regelgeving (nog) geen rekening houdt, wat kan leiden tot problemen als concurrentievervalsing, onveiligheid, enzovoort. Snelheid en een aangepast regelgevend kader kunnen nochtans essentieel zijn om de sociale en economische voordelen van belangrijke technologische en maatschappelijke innovaties te benutten, bijvoorbeeld in internationaal perspectief met het oog op *'first mover advantages'*, gelet op de urgentie van de effectieve aanpak van sommige problemen of omwille van talrijke andere overwegingen.¹⁵ Tegelijk moet evenwel worden gewaarborgd dat een grotere snelheid van regelgevend optreden niet ten koste gaat van de juridische deugdelijkheid en de kwaliteit van regelgeving.

De indruk bestaat dat het steeds minder lukt om de wetgeving *up to date* en *future proof* te houden door de toename van het tempo van en de onzekerheid rond technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. Dit staat op gespannen voet met de traditionele functies van regelgeving en met de traditionele manier van reguleren. Wetgeving is immers niet enkel bedoeld om gewenste technologische maatschappelijke innovaties te stimuleren, maar

12 NESTA 2017.

13 OECD 1997.

14 Maclaine Pont, Van Est & Deuten 2015.

15 Zie o.a. PBL 2016.

ook om rechten te waarborgen en rechtszekerheid te bieden. Kwaliteitsvolle regelgeving veronderstelt dat men op voorhand zicht heeft op maatschappelijke consequenties van innovaties, dat potentiële risico's geïdentificeerd worden en dat eventuele ongewenste neveneffecten van innovatieve activiteiten, producten en processen worden beperkt. Maar risico's en onzekerheid over de precieze effecten zijn juist inherent aan veel vernieuwingen en innovaties. Nog afgezien van de vertraging die wordt veroorzaakt door die onzekerheid, is regulering uit zichzelf al vaak een traag proces door allereerste (noodzakelijke) democratische waarborgen en *checks and balances*. 'Gewoon' sneller werken is dus niet meteen een realistische optie op korte termijn om regelgeving en innovaties voldoende snel en op alle punten met elkaar in overeenstemming te brengen.¹⁶

De uitdaging is dan ook om een andere manier te vinden om in (het maken van) regelgeving beter om te gaan met de inherente onzekerheid en snelheid van innovaties. Mogelijke oplossingen zijn:

- het updaten van regelgeving afdwingen door de geldigheidsduur ervan te beperken;
- de noodzaak tot aanpassing van regelgeving verminderen door flexibele en adaptieve regelgeving;
- werken met experimenten die na evaluatie de basis vormen om nieuwe wetgeving te maken of bestaande wetgeving aan te passen;
- onderzoeken of regelgeving niet (in de tijd) robuuster kan worden door ze algemener/ minder gedetailleerd te formuleren.

Experimentwetgeving en experimenteerruimte zijn dus een mogelijk middel om het doel van 'meer innovatie' en 'nieuwe ontwikkelingen' te stimuleren (zie ook verder), en dit zowel via de creatie van een nieuwe (juridische) ruimte – naast de bestaande wetgeving – waarbinnen kan worden geëxperimenteerd, als via experimenten van de overheid waarbij bepaalde actoren worden onderworpen aan nieuwe of aangepaste regelgeving. Een onderliggende vraag is evenwel of de samenleving niet meer gericht zou moeten zijn op vernieuwing en innovatie, en zowel op financieel als op regelgevend vlak niet meer belang zou moeten hechten aan stimuleren en vernieuwen. De nood aan aparte (juridische) ruimtes toont, ondanks hun voordelen, wel aan dat de bestaande kaders op bepaalde vlakken tekortschieten en dat continue monitoring en actualisering van de bestaande regelgeving belangrijk is.

¹⁶ Misschien wel op langere termijn, door nieuwe technologie, zie bijv. 'Mainstreaming internet-ready regulation' in Madelin & Ringrose 2016.

3.2 *Tijdelijke wetgeving*

Eén oplossing is het actualiseren van regelgeving af te dwingen door de geldigheidsduur ervan te beperken.¹⁷ Veel wetgeving wordt immers geschreven alsof die permanent zou zijn, terwijl in de praktijk vaak diverse ontwikkelingen nopen tot regelmatige aanpassingen. Het tijdelijke karakter van regelgeving zou moeten helpen om te verzekeren dat regelgeving actueel en effectief blijft, innovatievriendelijk is en openstaat voor nieuwe technologische ontwikkelingen. Dat is gemakkelijker als regelgeving expliciet omkeerbaar of veranderbaar is. Dit is in de praktijk echter niet eenvoudig te realiseren, en kan ook in strijd komen met een ander belangrijk kenmerk van innovatie stimulerende regelgeving, namelijk een zekere stabiliteit en voorspelbaarheid of rechtszekerheid.¹⁸ Daarom wordt tijdelijke regelgeving meestal enkel in specifieke gevallen gebruikt (zie ook verder).

3.3 *Flexibele en adaptieve regelgeving*

Een andere oplossing is om de noodzaak tot aanpassing van regelgeving te verminderen door flexibele en adaptieve regelgeving.¹⁹ De bedoeling is daarbij dat technologische en andere ontwikkelingen moeten kunnen worden bijgehouden zonder dat de regelgeving zelf moet worden aangepast.

Adaptief verwijst naar het vermogen om snel te reageren op veranderingen en om snel meer informatie over die veranderingen te verwerven. Een voorbeeld zijn bepalingen die ervoor zorgen dat wetgeving automatisch wordt aangepast aan nieuwe informatie en ontwikkelingen (bijv. in de milieuwetgeving: het concept van de best beschikbare technieken; in de energiewetgeving: de automatische aanpassing van de hoogte van subsidies voor hernieuwbare energie aan informatie over onrendabele toppen).

Flexibel houdt in dat er meer keuzevrijheid is voor de doelgroepen zelf over de keuze van technologieën of manier van werken ('hoe'-flexibiliteit) en soms ook over het tijdstip waarop innovaties of nieuwe werkwijzen worden ingevoerd ('wanneer'-flexibiliteit). Het impliceert dat regelgeving minder gedetailleerd is en technologie-neutraal wordt geformuleerd, en meer han-

17 Ranchordás 2014.

18 "Innovation activities are expensive and often require long-term investments with a relatively high level of risk and uncertainty. If companies are to make the required investments of time and money, they need the right balance between legal certainty, predictability and stability on the one hand and the flexibility to adapt to market, business model and technological trends on the other. This balance will vary from sector to sector and will only be struck when innovation effects are systematically considered across all policy areas." Madelin & Ringrose 2016.

19 Howells 2005; Mandel 2009; Ranchordás 2014; Van Dyck 2016.

delingsvrijheid geeft over hoe beoogde resultaten of doelstellingen worden gehaald. Daarmee wordt vermeden dat het regelgevend kader de jure of de facto een bepaalde technologie-invulling of een bepaalde technologische wijze van naleving voorschrijft die geen ruimte laat voor alternatieven. De flexibiliteit maakt meer kosteneffectieve, creatieve en innovatieve concepten en oplossingen mogelijk. Door het gebruik van doelvoorschriften wordt recht gedaan aan de professionaliteit en keuzevrijheid van de doelgroep. Detailvoorschriften die keuzes en innovaties kunnen belemmeren en soms snel kunnen verouderen, worden vermeden. Voorbeelden zijn prestatiestandaarden en open normen die niet de middelen of procedures maar enkel de te bereiken doelstellingen voorschrijven (prestatie- of resultaatgebaseerde standaarden, zorgplichten), systemen gebaseerd op een of andere vorm van ‘*right to challenge*’ (een vrijstelling op bestaande regels op voorwaarde dat de aanvrager aantoont dat het beoogde resultaat wordt bereikt of er op een andere manier aan kan voldoen dan door de wetgeving voorgeschreven) en in bepaalde gevallen alternatieve regulering zoals via economische beleidsinstrumenten of convenanten. Flexibele regulering kent echter ook nadelen. Zo legt doelregulering meer verantwoordelijkheid bij de doelgroepen.

Professionaliteit en deskundigheid bij de doelgroep is dan ook een belangrijke voorwaarde om adequaat met de geboden vrijheid te kunnen omgaan. Ook is controle op de naleving soms minder eenvoudig en kunnen interpretatiemogelijkheden aanleiding geven tot meer discussie, motiverings- en afstemmingslasten, waardoor ook een andere vorm van handhaving nodig kan zijn.

3.4 *Experimentele wetgeving*

Een derde oplossing is mechanismen in te voeren die toelaten in een experimentele setting te werken en na evaluatie wetgeving te maken of bestaande wetgeving aan te passen. Wetgeving maken is dan meer een zoek- of leerproces in een tijdelijke en beperkte setting, meer dan voorschriften uit te werken voor eens en altijd. Vaak wordt deze experimenteerruimte gecreëerd door bepaalde regels tijdelijk buiten werking te stellen of anders in te vullen (regelluwe proeftuinen). In de rest van deze bijdrage gaan we daarop dieper in.

Vooraf kan nog worden opgemerkt dat de bovenvermelde mogelijkheden afzonderlijk werden voorgesteld, maar ook samen kunnen voorkomen. Experimenten worden vaak juridisch ondersteund of mogelijk gemaakt door tijdelijke wetgeving en vergen experimenteerruimte in de vorm van vrijheid om bepaalde doelen anders te bereiken. De drie geschetste mogelijkheden passen binnen een nieuwe benadering die opgang maakt in bestuurlijke

kringen rond de zogenoemde wendbare overheid en een adaptieve, experimentele en lerende benadering van beleidsvoering.²⁰

4 **Funcities en voordelen van experimentwetgeving en regelluwe zones**

In de literatuur worden diverse funcities van experimentwetgeving en regelluwe zones onderscheiden:

- innovatie stimuleren;
- ruimte voor onderbouwing en leren met het oog op betere beleidsbeslissingen, betere wetgevingskwaliteit;
- faciliteren van consensus, creëren van een maatschappelijk draagvlak;
- verminderen van regeldruk en reparatiewetgeving.

We bespreken deze funcities hierna meer in detail.

4.1 *Innovatie stimuleren*

Experimenten worden in diverse kringen opgezet om nieuwe concepten, ideeën en praktijken uit te testen in reële omstandigheden:

“Experimentation is increasingly recognized for its added value in spurring innovation, from policy makers, academia and communities, to start-ups, tech companies and traditional businesses. The most innovative ideas don’t arise from closed laboratory-type settings, but instead in real-life contexts with freedom to collaborate with others and try out often risky processes. A new generation of spaces but also a certain attitude is privileging unconventional thinking with the aim of coming up with out-of-the-box solutions that can induce positive change to society’s challenges. From Policy Labs, Public and Social Innovation Labs, to Fab Labs, Makerspaces and Living Labs, the adoption of a ‘Lab approach’ is manifold.”²¹

Experimentwetgeving past in het beeld dat wetgeving moet worden beschouwd als een iteratief leerproces waarin de wetgever nieuwe oplossingen aandurft of uitprobeert, de resultaten observeert en hiervan leert.

20 Zie o.a. World Economic Forum, *A Call for Agile Governance Principles 2016*, te raadplegen via http://www3.weforum.org/docs/IP/2016/ICT/Agile_Governance_Summary.pdf.

21 Madelin & Ringrose 2016.

Regelluwe zones (en de experimenteerruimte die deze mogelijk maken) passen zoals eerder vermeld als hybride instrument binnen het containerbegrip experimentwetgeving. Een regelluwe zone wordt vaak gezien als hét instrument om innovatie te stimuleren, omdat er juridische ruimte wordt gecreëerd om te experimenteren via het tijdelijk buiten werking stellen of op maat aanpassen van bepaalde bestaande wetten en regels. Zo kunnen belemmeringen en barrières worden geïdentificeerd en weggewerkt, en ligt de weg naar snellere innovatie open. In het bijzonder wordt experimentele regelgeving ook gezien als een alternatief voor de vaak gangbare, meer behoedzame benadering van nieuwe activiteiten, producten en werkwijzen waarvan de effecten onzeker zijn. Die gangbare benadering leidt immers vaak tot terughoudendheid, vertragingen of verboden op grond van ingeschatte risico's. Experimentele regelgeving geeft de mogelijkheid om die behoedzame uitgangspositie om te keren.²² Ze geeft het voordeel van de twijfel aan de innovator en laat toe om nieuwe zaken en regels uit te testen in de praktijk, binnen een afgebakende en experimentele setting. Het past goed bij de onzekerheid die eigen is aan innovaties.

4.2 Ruimte voor leren

Een andere basisfunctie van experimentwetgeving en regelluwe zones is het verzamelen van informatie over de impact en effecten van bepaalde initiatieven en regelgeving.

Het experiment draagt dan bij tot meer informatie of *evidence informed* beleid, op voorwaarde dat de beleidsactoren ervoor openstaan dat de kennis die wordt opgedaan uit de experimenten effectief kan leiden tot beter geïnformeerde beleidskeuzes. Daaraan is steeds meer behoefte.²³ Beleidsmakers worden geconfronteerd met maatschappelijke ontwikkelingen die complexer, meer geïntegreerd en meer transversaal worden. Dit leidt tot kennis- en informatieproblemen, onzekerheid, en soms tegenstrijdige informatie over de effecten van deze nieuwe ontwikkelingen en over de effecten van mogelijke alternatieve beleidsopties. Dat maakt het vaak moeilijk om een gepast en effectief beleidsantwoord te bieden. Experimenten laten toe om zaken te testen en op basis van de opgedane ervaring te beoordelen of nieuwe praktijken en concepten kunnen worden opgeschaald, of een nieuwe

22 “Such a shift also requires a smarter default response to something new. Too often, regulatory policy debate around new technology comes down to a false stand-off between “wait and see” or “do something now”. Europe can instead offer to ‘look AND wait’.” Madelin & Ringrose 2016.

23 Zie het SERV-Advies over de toekomstige organisatie van het beleidsrelevant wetenschappelijk onderzoek van 16 maart 2015, te raadplegen via <http://www.serv.be/node/9736>.

beleidsaanpak al dan niet moet worden bestendigd of veralgemeend in algemeen geldende regelgeving, enzovoort.

Het grote voordeel van experimenten is dat ze tussen de traditionele *ex ante* en *ex post* benaderingen bij de voorbereiding van nieuwe regelgeving zitten. Traditionele *ex ante* instrumenten zoals reguleringssimpactanalyse (RIA) veronderstellen veel informatie vooraf, terwijl die informatie soms moeilijk te vinden is of gekleurd is door problemen van asymmetrische informatie. Bij *ex post* evaluaties is de nodige informatie vaak gemakkelijker te vinden, maar de evaluatie komt dan weer na de feiten en bijsturen blijkt vaak lastig omwille van politieke en psychologische bezwaren en andere *sunk costs*. Experimentwetgeving laat toe om zaken en regels te testen, concrete informatie uit de praktijk te verzamelen en ervaring op te doen op kleine schaal vooraleer ze breed in te voeren. De voorspellende waarde ervan is doorgaans groter dan bij *ex ante* evaluatie. Dat maakt regelgeving effectiever en vermijdt implementatie- en correctiekosten achteraf.

Bovendien functioneren traditionele wetgeving en vormen van *governance* niet altijd optimaal in situaties van grote onzekerheden en beperkte informatie. Een meer experimentele *governance*²⁴ schept tijdelijke actiekaders die herzien worden in het licht van nieuw bewijs of nieuwe ervaring. Op die manier zou experimentele *governance* ook bijdragen tot de effectiviteit en efficiëntie van de regelgeving.²⁵

4.3 Zoeken naar consensus

De toegenomen verwevenheid van maatschappelijke evoluties en de daarbij horende onzekerheid en kennisproblemen, leidt er ook toe dat consensus thans moeilijker te bereiken is. Vaak zijn verschillende partijen het wel eens over de te bereiken doelstelling van nieuw beleid (bijv. meer innovatie, betere dienstverlening, minder werkloosheid, duurzame ontwikkeling) maar blijkt consensus over de meest passende wijze om dat doel te bereiken moeilijker te liggen. Experimentele wetgeving kan worden gebruikt voor ‘consensusbuilding’ in geval van nieuwe en controversiële regelgeving. Het kan bewijs of tegenindicaties opleveren voor de effectiviteit, doelmatigheid of risico’s van bepaalde benaderingen.

Experimentele wetgeving kan ook helpen om ‘uitvluchten’ en ‘tijdrekken’ tegen te gaan, ideologische tegenargumenten te weerleggen of politieke impasses te ontmijnen. Aan de andere kant zal experimentwetgeving geen

24 Zie voor meer informatie over *experimentalist governance* o.a. Sabel & Zeitlin 2012 en Zeitlin 2015.

25 Bar-Siman Tov 2015.

oplossing bieden in situaties waar een politiek akkoord is gesloten en de bereidheid tot bijsturing ervan op basis van wetenschappelijke onderzoeksresultaten beperkt is.

4.4 *Regeldruk verminderen*

Het verminderen van de regeldruk is in de praktijk vaak een belangrijke reden voor de toepassing van experimentwetgeving en regelluwe zones. Achterliggend aan veel experimenten is niet enkel het streven naar betere regelgeving, maar ook het gevoel dat het anders en beter kan door meer keuzevrijheid, andere of minder (gedetailleerde) regels of handhavingspraktijken, of minstens regels die beter afgestemd zijn op de problematiek in kwestie en dus beter toepasbaar of geschikter. Ze gaan vaak gepaard met de (tijdelijke) vrijstelling van bepaalde algemeen geldende procedures, administratieve lasten, voorschriften om te testen of dat (ook) werkt en wat de concrete gevolgen zijn.

Experimentwetgeving heeft ook tot doel om reparatiewetgeving te vermijden, door het vooraf testen van nieuwe regelgeving op een beperkte groep, in plaats van een snelle en algemene regeling in te voeren waarvan achteraf blijkt dat die niet werkt of niet de beoogde resultaten oplevert en dat bijstelling nodig is. Experimentwetgeving kan echter evengoed dienen om onvolkomenheden of lacunes in de wetgeving te detecteren en kan juist leiden tot bijkomende (maar noodzakelijke) regulering in plaats van minder regulering.

5 **Mogelijke nadelen en knelpunten**

Er zijn ook knelpunten of risico's verbonden aan het werken met (verschillende types van) experimentwetgeving, en wel op verschillende vlakken.

Het vertrekpunt van experimentwetgeving kan foutief zijn. Een valkuil bestaat erin dat experimentwetgeving (of een proeftuin of regelluwe zone) ingezet wordt voor een beleidsmaatregel die de facto politiek al is beslist. Het experiment en haar resultaten zullen dan niet leiden tot het bijsturen van de maatregel omdat daar geen politieke bereidheid toe is. Er moet ook vermeden worden dat experimentwetgeving als sluisweg zou fungeren voor zaken waar geen draagvlak voor bestaat, of dat ze wordt ingezet als 'gemakkelijke weg' om zaken te regelen waarvoor juist wel een breed draagvlak is, maar waarvoor het politiek, ambtelijk of juridisch-technisch te complex lijkt om de regelgeving aan te passen. In dat geval blijft het kernprobleem immers gewoon bestaan.

Er kunnen politieke beperkingen of ethische bezwaren zijn tegen het gebruik van experimenten: ‘met mensen experimenteert men niet’, is een vaak gehoord argument. Vooral van experimenten met een gerandomiseerde toewijzing van proefpersonen aan een *target group* of aan een controlegroep wordt soms gesteld dat deze onethisch zouden zijn door de gebruikte empirische methodologie, doordat sommige subjecten worden uitgesloten van het voordeel van een nieuw of aangepast beleidsprogramma. Impliciet wordt dan echter verondersteld dat het programma effectief is, wat vooraf niet vaststaat. Een ander tegenargument is dat de morele bezwaren tegen de brede uitrol van programma’s waarvan niet bewezen is dat ze werken, veel groter zouden moeten zijn, zeker in tijden van budgettaire krapte: ‘het geld van de mensen verkwist men niet’, zou als argument beter op z’n plaats zijn. Bovendien zorgt een correcte methodologie ervoor dat de empirische resultaten van het experiment geloofwaardig zijn en ernstig worden genomen. De gerandomiseerde toewijzing van individuen aan een *target group* en een controlegroep (de selectie) is cruciaal. In elk geval moet dus, waar mogelijk, gepoogd worden de toewijzing van deelnemers aan een te evalueren programma te ‘randomiseren’ om een evaluatie zo zuiver mogelijk te maken.

Er zijn methodologische risico’s, zoals het risico van ‘te snel’ en onvoorbereid handelen, soms versterkt door de tijdelijkheid en beperkte werkingssfeer. Bovendien leert de ervaring dat ‘tijdelijk’ soms een rekbaar begrip wordt en uiteindelijk min of meer ‘permanent’ kan worden.

Een vierde bezwaar is van juridische aard en betreft de mogelijke gespannen verhouding van die experimenten met een aantal juridische beginselen. Experimentwetgeving of experimenteerbepalingen kunnen op gespannen voet staan met de principes van ‘algemeenheid’, ‘rechtszekerheid’, en ‘rechtsgelijkheid’ die verbonden zijn aan het wetsbegrip,²⁶ en dit omdat een experiment typisch (i) tijdelijk en (ii) specifiek is, en/of (iii) betrekking heeft op een specifieke groep van individuen. Het werken met experimentwetgeving kwam reeds enkele keren aan bod in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Eén van de knelpunten betreft de overeenstemming van experimentwetgeving met het versterkte legaliteitsbeginsel in onderwijzaken, bedoeld in artikel 24 van de Belgische Grondwet (zie verder).

Hierna worden enkele van die (juridische) drempels verder besproken en genuanceerd.

26 Veerman & Bulut 2011; Popelier 1995.

5.1 *Experimentwetgeving: een zorgvuldige keuze*

De regelgever heeft een principiële vrijheid om te kiezen voor experimentwetgeving. Dat neemt niet weg dat de nadelen die daaraan zijn verbonden, voldoende zorgvuldig moeten worden afgewogen tegen de voordelen. Het is goed mogelijk dat een bepaalde wenselijke actualisering van de regelgeving zeer moeilijk te verwezenlijken valt *zonder* experimentwetgeving, maar omgekeerd mag ook niet worden gegrepen naar experimentwetgeving omdat het een modieus verschijnsel is in wetgevingsland. De regelgever moet het *zorgvuldigheidsbeginsel* in acht nemen bij de afweging van de voor- en nadelen van experimentwetgeving. Ook bij de keuze voor een overgang van experimentwetgeving naar een algemene regeling speelt het *zorgvuldigheidsbeginsel* een rol.²⁷

5.2 *Algemeenheid en het gelijkheidsbeginsel*

Omdat experimentwetgeving per definitie tijdelijk van toepassing is op een meestal beperkt territorium of een beperkte groep personen, lijkt ze in eerste instantie strijdig met het beginsel van de algemene gelding dat eigen is aan rechtsregels. Algemeenheid houdt echter niet in dat elke regel voor elke burger gelijk geldt, maar dat regelgeving het algemeen belang dient en niet gericht is op een specifieke persoon. Bovendien wordt de experimentwetgeving geïntroduceerd met de bedoeling deze, na evaluatie, een meer algemeen karakter toe te kennen. In zoverre met experimentwetgeving zowel de actualisering als de kwaliteit van wetgeving kan worden verbeterd,²⁸ is de tijdelijke afwijking van het beginsel van de algemene gelding van rechtsregels aanvaardbaar en in bepaalde gevallen zelfs feitelijk noodzakelijk.

Verder is de vraag hoe experimentwetgeving zich verhoudt tot het beginsel van de gelijkheid en niet-discriminatie. Het nut van een experimenteerbepaling ligt echter vaak in het onderscheid dat wordt gemaakt tussen burgers, namelijk doordat de experimenteerbepaling geldt voor een specifieke categorie van burgers. Dit lijkt in het bijzonder problematisch wanneer het experiment aan bepaalde burgers specifieke verplichtingen oplegt of rechten toekent en zo een bepaald aantal burgers op een andere wijze behandelt dan andere burgers die zich in een soortgelijke situatie bevinden. Het gelijkheidsbeginsel laat een dergelijke verschillende behandeling van vergelijkbare situaties toe wanneer een objectieve en redelijke verantwoording bestaat voor het criterium van onderscheid. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de in het geding zijnde

27 Van Damme & De Sutter 2013, p. 1295.

28 Ranchordás 2013a, p. 10-11.

beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.²⁹

Op zichzelf beschouwd is het beroep op experimentwetgeving dan ook niet problematisch vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel. Het behoort tot het wezen van experimentwetgeving dat een categorie van personen (die onder het toepassingsgebied van die experimentwetgeving vallen) verschillend wordt behandeld in vergelijking met de overige personen die ofwel onder de algemeen geldende regeling vallen ofwel onder geen enkele regeling (wanneer met de experimentwetgeving een volledig nieuwe regeling wordt beoogd). Dat neemt niet weg dat de keuze van de categorie van personen voor wie de experimentwetgeving geldt, alsook de aard van de regeling zelf (verplichtingen en lasten die de experimentwetgeving inhouden), er wel toe kunnen leiden dat de experimentwetgeving onevenredige verplichtingen of lasten inhoudt voor de personen die eraan onderworpen zijn of, omgekeerd, hen onevenredige voordelen toekent in verhouding tot de personen die buiten het toepassingsgebied ervan vallen.³⁰

In elk geval moet de analyse en beoordeling of experimentwetgeving in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel voldoende concreet en zorgvuldig worden uitgevoerd. Daarbij rijzen belangrijke vragen, zoals: Is participatie vrijwillig of verplicht? Leidt de verschillende behandeling van bepaalde subjecten tot een nadeel voor hen? Is een dergelijke objectieve behandeling objectief gerechtvaardigd? Is het nadeel disproportioneel en groter dan bij eventuele alternatieve regelgeving?

5.3 *Rechtszekerheid*

Het rechtszekerheidsbeginsel omvat een aantal dimensies waaronder voorspelbaarheid van gedrag van de overheid en van medeburgers, duurzaamheid en bestendigheid, duidelijkheid en kenbaarheid van de wet.

Experimentwetgeving kan op gespannen voet staan met het rechtszekerheidsbeginsel omwille van het tijdelijke karakter ervan, omdat de voorspelbaarheid van de gevolgen ervan voor de burger in het gedrang komt of omdat er onzekerheid is over wat er gebeurt na het experiment.³¹

Het rechtszekerheidsbeginsel bevat evenwel een aantal paradoxen, niet in de laatste plaats omdat het zekerheid vraagt daar waar onzekerheid een in-

29 Grondwettelijk Hof 13 juli 1989, nr. 21/89 (vaste rechtspraak).

30 Van Damme & De Sutter 2013, p. 1294.

31 Van Damme & De Sutter 2013, p. 1294-1295.

herent deel is van het regelgevend optreden van de overheid.³² Bovendien houdt het rechtszekerheidsbeginsel in dat rechtsregels effectief zijn en dat de toepassing en de uitvoering van de rechtsregels overeenkomstig die rechtsregels gebeuren.³³ Daaruit blijkt dat experimenten kunnen bijdragen tot een beter inzicht in de effectiviteit van de rechtsregel en de zekerheid verhogen dat de rechtsregels werkzaam zijn en hun beoogde doel bereiken: “Als wetten matig of slecht werken, bereiken zij hun doel niet. Een goede wetgever zal vervolgens de wet wijzigen zodat deze beter werkt. De gewijzigde wet heeft dan de facto als experiment gefungeerd.”³⁴

In elk geval moet worden gewaarborgd dat de experimenteerbepaling duidelijk, kenbaar en eenvoudig is, zodat burgers de draagwijdte ervan optimaal begrijpen. De rechtszekerheid lijkt niet geschonden te zijn wanneer een duidelijk kader wordt geschetst, het experiment objectief is gerechtvaardigd en de burgers weten wat het experiment inhoudt en waarom het wordt opgezet.³⁵

5.4 *Rechtmatigheid en het legaliteitsbeginsel*

Tot slot zal men bij de toepassing van experimentele wetgeving of regelluwe zones, telkens de geldende Europese regelgeving in acht moeten blijven nemen. De Europese regelgeving voorziet, op enkele uitzonderingen na, namelijk niet in de mogelijkheid om ervan af te wijken door middel van experimentele wetgeving. Aangelegenheden die op Europees niveau minstens ten dele zijn geharmoniseerd, komen dan ook veel minder of helemaal niet in aanmerking voor experimentele wetgeving of regelluwe zones.

Verder geldt in onderwijszaken een legaliteitsbeginsel door artikel 24 van de Belgische Grondwet³⁶, wat in de praktijk impliceert dat een grotere decretale verankering nodig is van het experimenteel regelgevend kader dan het geval is voor andere beleidsdomeinen. Dat legaliteitsbeginsel geldt overigens ook in een aantal andere, meestal transversale aangelegenheden zoals in strafzaken, fiscale zaken en bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

32 Popelier 2008.

33 Veerman & Bulut 2011.

34 Veerman & Bulut 2011.

35 Ranchordás 2014.

36 Dat artikel schrijft o.m. voor dat “[d]e inrichting, erkenning of subsidiëring van het onderwijs door de gemeenschap wordt geregeld door de wet of het decreet”. Naar Belgisch grondwettelijk recht houdt dit in dat de essentiële beginselen van die inrichting, erkenning en subsidiëring in de wet of in het decreet zelf moeten worden geregeld en dat enkel daarbuiten delegatie aan de uitvoerende macht mogelijk is.

5.5 *Conclusie*

De zo-even aangehaalde juridische principes staan zeker niet principieel in de weg aan experimentwetgeving, en dat is terecht: als experimentwetgeving onmogelijk zou zijn, zou de wijzigbaarheid van de wetgeving – een elementair prerogatief van de regelgever – in het gedrang kunnen komen. Dat neemt niet weg dat telkens concreet moet worden nagegaan of de experimentwetgeving verzoenbaar is met elk van deze principes. De toetsing door de afdeling wetgeving van de Raad van State speelt daarbij een belangrijke rol.

6 **Enkele praktijkvoorbeelden**

6.1 *Tijdelijke projecten in het beleidsdomein onderwijs*

In Vlaanderen wordt binnen het beleidsdomein onderwijs al relatief lang gewerkt met tijdelijke projecten, proeftuinen of experimenten. Er werd ook een decretaal kader voor uitgewerkt.

De oorsprong ligt in enerzijds de behoefte aan onderwijsvernieuwing³⁷ en aan experimenteren zonder dat de geldende regelgeving daarbij belemmerend werkt, en anderzijds in de behoefte aan rechtszekerheid, aan een reeks waarborgen en bijgevolg aan een veilig juridisch kader dat toelaat om daar waar nodig af te wijken van bepaalde decretale en reglementaire bepalingen. Zo kwam er regelluwte voor een aantal thema's zoals leerplannen, minimum lesrooster, inschrijving, programmatie, attestering, die moesten toelaten om op termijn beslissingen te nemen over regelafwijking voor andere scholen of voor het volledige onderwijsveld.

Proeftuinen in het onderwijs zijn:

“onderwijsinitiatieven waarbij – binnen een afgebakende tijdsduur en op beperkte schaal – vernieuwingen worden ingevoerd. De effecten daarvan worden geëvalueerd, en als ze positief zijn, kunnen ze richtinggevend zijn voor het toekomstige onderwijsbeleid. We moeten ervoor zorgen dat dit in de beste omstandigheden gebeurt en zonder de rechtszekerheid in het gedrang te brengen. Het is eigen aan proeftuinen dat de deelnemers kunnen werken binnen een aangepast regelgevend kader. Ze moeten een vrij grote autonomie hebben voor eigen invulling en oriëntering en het opzetten van samenwerkingsverbanden. Dit kader moet een gepast evenwicht bieden tussen rechtszeker-

37 Zie o.a. het rapport van de Koning Boudewijnstichting uit 2002, 'Accent op Talent'.

heid voor de betrokken leerlingen, personeelsleden en scholen, en de nodige ruimte om te kunnen experimenteren.”³⁸

Meer specifiek is een proeftuin:

“een pilootproject met experimenteeruimte waarbij de overheid wil achterhalen of een vernieuwing die tegemoet komt aan dringende noden, werkt in de praktijk. Een proeftuin verloopt trajectmatig, is beperkt in de tijd, vereist een aanpassing van de regelgeving en wordt bijgestuurd en geëvalueerd met het oog op eventuele veralgemeende toepassing van een wetgevend initiatief. De overheid bepaalt de thema’s, peilt naar de financiële haalbaarheid van een eventuele veralgemening van de regelafwijking en gaat na of het draagvlak voldoende groot is voor veralgemening.”³⁹

Omdat experimenteren in het onderwijs kan raken aan de belangen van schooldirecties, leraren, leerlingen en ouders, en er steeds een specifieke nood is aan toetsing van dergelijke experimenten aan de juridische basisbeginselen in artikel 24 van de Belgische Grondwet (bijv. §4 en §5),⁴⁰ werd in 2005 een decreet goedgekeurd ‘betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs’. Het legt de algemene regels vast voor oproep, selectie, verlenging en ondersteuning van de proeftuinen (zie kader hieronder).

In uitvoering van het decreet zijn de afgelopen jaren talrijke experimenten en tijdelijke projecten opgezet. De besluiten ter zake bevatten telkens een exhaustieve opsomming van alle mogelijke afwijkingen van de vigerende wettelijke, decretale en reglementaire bepalingen binnen de tijdelijke projecten met een motivatie. Het gaat onder meer over experimenten en tijdelijke projecten inzake:

- kunstinitiatie voor kansarme en/of allochtone minderjarigen (2006);
- deeltijds kunstonderwijs (2006, 2007);
- vervangingen van korte afwezigheden, bedrijfsstages en mentorschap (2006);
- het basis- en secundair onderwijs (2006);
- studie- en beroepskeuze en werkplekleren (2007, 2008);
- *Content and Language Integrated Learning*-projecten in het secundair onderwijs (2007);
- schoolbank op de werkplek rond duaal leren in het secundair onderwijs (2016).

38 Vandenbroucke 2004.

39 Verbond van het Katholiek Secundair Onderwijs 2011.

40 Madelin & Ringrose 2016.

Sinds 1 september 2000 werd in het beroepssecundair onderwijs geëxperimenteerd met modulair opgebouwd onderwijs. In deze experimenten werd gestreefd naar:

- een maximum aan gekwalificeerde uitstroom;
- een flexibele afstemming op de arbeidsmarkt;
- tussentijdse succesbelevingen;
- een stimulans tot levenslang leren;
- een doorzichtig onderwijsaanbod.

Ook voordien liepen al enkele experimenten, bijvoorbeeld sinds 1 september 2000 rond modularisering in het beroepssecundair onderwijs.

Voor resultaten van de projecten wordt verwezen naar diverse publicaties die deze in kaart brengen, zoals het overzicht ‘Proeftuinen innovatie. Forum Onderwijsvernieuwing – 42 praktijkverhalen’.⁴¹

In zijn adviespraktijk heeft de SERV het werken met proeftuinen en tijdelijke projecten in onderwijs gesteund, maar had soms ook kritiek op de werkwijze en vormgeving. Zo merkte de SERV op dat de voorbereiding van de regelgeving betreffende het tijdelijk project ‘Schoolbank op de werkplek’ werd afgerond met de ondertekening van het Besluit van de Vlaamse Regering op 22 april 2016. Pas dan konden scholen ten gronde geïnformeerd worden over de contouren van het project dat op 1 september 2016 van start moest gaan. Wat de contractvormen waarmee de leerlingen tewerkgesteld kunnen worden betreft, werd de regelgeving goedgekeurd op 10 juni 2016. Voor de ondernemingen bleef dus lang onduidelijk onder welke voorwaarden ze de leerlingen in Duaal Leren een werkplek konden aanbieden. Voor de leerjongeren in de Leertijd en de Syntra-campussen werd de regelgeving pas begin september goedgekeurd. De timing van de regelgeving met betrekking tot het tijdelijk project was met andere woorden erg kort om een goede voorbereiding ervan te kunnen doen (o.a. de toeleiding van de jongeren). Ook merkte de SERV op dat de algemene invoering van het Duaal Leren is voorzien voor het schooljaar 2017-2018, terwijl de looptijd van het tijdelijk project twee jaar is, tot en met het schooljaar 2018-2019.

De afdeling wetgeving van de Raad van State had van haar kant vooral belangstelling voor de verenigbaarheid met het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken.⁴² Reeds in een advies van 1990 over een eerste algemene machtiging aan de regering om te voorzien in het organiseren of subsidiëren van

41 Te raadplegen via <https://www.vlaanderen.be/nl/publicaties/detail/proeftuinen-innovatie-forum-onderwijsvernieuwing-42-praktijkverhalen>.

42 Steen 2004; Verbeeck 2004.

‘onderwijs met een tijdelijk karakter’ wees de Raad van State erop dat de basisregeling ter zake in het decreet zelf moet worden opgenomen, voor zover wordt afgeweken van andere decretale regels of dat minstens criteria moeten worden bepaald waardoor de regering zich zal moeten laten leiden⁴³. Ook de later ingevoerde mogelijkheid om zogenoemde ‘tijdelijke projecten’ op te zetten werd door de Raad van State kritisch onthaald, omdat werd voorzien in een bijna onbeperkte bevoegdheid van de regering om dergelijke projecten te organiseren. De Raad schreef:

“Vraag is dan ook of de delegaties in het voorontwerp niet aan nadere omkadering toe zijn. Indien het niet mogelijk is om bepaalde kwalitatieve beginselen in het decreet op te nemen, kan aan kwantitatieve beginselen worden gedacht zoals de maximale termijn voor een project, verlengingen inbegrepen, waarvoor zonder organieke regeling kan worden gewerkt, dan wel aan formele beperkingen zoals een doorgedreven mededeling aan het Parlement, c.q. bekrachtigingsprocedure.”⁴⁴

Dit leidde echter enkel tot een beperkte aanpassing, namelijk dat de verlenging van een tijdelijk project moet worden meegedeeld aan het parlement. Het Grondwettelijk Hof boog zich echter ook over de kwestie. In een arrest van 1999 hanteerde het Hof een vrij grondwetsconforme interpretatie van de decretale regeling inzake tijdelijke projecten, doordat het ervan uitging dat de tijdsduur van de projecten en de wijze van evalueren door de decreetgever zelf zijn bepaald en dat “de decreetgever de grenzen van de verordnungsbevoegdheid van de Regering heeft aangegeven, die slechts kan optreden om het hoofd te bieden aan dringende of onvoorziene problemen, of om experimenten uit te testen zonder dat zij de inrichting van het onderwijs kan wijzigen”. Op één punt werd de decretale regeling wel ontoereikend bevonden. In zoverre dat het wordt overgelaten aan de vrije beoordeling van de regering om afwijkingen toe te staan “van de toepassing van de reglementering inzake de programmatie en rationalisatie van het lestijden- of het urenpakket, bevat het decreet niet de essentiële elementen noch de grenzen van eventuele afwijkingen van normen die betrekking hebben op de inrichting van het onderwijs.”⁴⁵

Deze beginselen werden door de Raad van State als toetsingskader gehanteerd voor de beoordeling van besluiten waarmee tijdelijke projecten werden opgezet. Zo moet de delegatie om tijdelijke projecten op te zetten worden geïnterpreteerd in het licht van het legaliteitsbeginsel, wat onder meer

43 Adv.RvS 19.946/1 van 31 mei 1990.

44 Adv.RvS 25.538/1 van 18 september 1996.

45 GwH 17 februari 1999, nr. 19/99.

inhoudt dat het project echt wel *tijdelijk* moet zijn en niet op sluipende wijze, via opeenvolgende verlengingen, een permanente regeling kan worden die dan in een regeringsbesluit vervat is. Het project moet ook een bepaalde inhoud en bepaalde doelstellingen nastreven en met name gericht zijn op het experimenteren en op het oplossen van dringende problemen.⁴⁶ Dit toetsingskader was ook het uitgangspunt voor het decreet van 9 december 2005 'betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs'.

Decreet 'betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs'

Het decreet 'betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs' uit 2005 regelt concreet onder andere het toepassingsgebied (welke soort scholen en centra) en het doel (tijdelijke projecten bieden het hoofd aan dringende problemen of testen experimenten uit) en de voorwaarden waaronder tijdelijke projecten kunnen afwijken of afwijkingen kunnen toestaan van wettelijke en decretale bepalingen.

De afwijkingen zijn alleen mogelijk als (1) de doelstellingen van het tijdelijke project gericht zijn op de voorbereiding van een eventuele wijziging van de onderwijswetgeving met het oog op onderwijsvernieuwing, en/of het ontwikkelen van specifieke maatregelen voor bepaalde doelgroepen, en/of een betere organisatie van het onderwijs; en (2) de afwijkingen noodzakelijk zijn om de doelstellingen van de tijdelijke projecten te realiseren.

Het decreet bevat ook een lijst van bepalingen waarvan in elk geval niet kan worden afgeweken, de bepalingen inzake het inschrijvingsrecht in het basis- en secundair onderwijs, de eindtermen en ontwikkelingsdoelen, de bepalingen inzake het minimumlessenrooster of de minimumlessentabel in het secundair en volwassenenonderwijs en in de deeltijdse vormingen in het kader van de deeltijdse leerplicht, de bepalingen inzake het minimumaantal wekelijkse lestijden voor leerlingen in het basis-, secundair en volwassenenonderwijs, de bepalingen die betrekking hebben op de participatie, de bepalingen die betrekking hebben op het inschrijvingsgeld in het volwassenenonderwijs, enzovoort.

Als het tijdelijke project aanleiding geeft tot het uitvaardigen van afwijkende regelgeving, stelt het decreet dat deze regeling in elk geval

46 Steen 2004.

een aantal zaken moet waarborgen, zoals het recht van de leerling op begeleiding door een centrum voor leerlingenbegeleiding, de mogelijkheid tot overstap van een leerling in het begin van het schooljaar of tijdens het schooljaar naar een onderwijsinstelling of opleiding buiten het tijdelijke project, de geldelijke loopbaan van de personeelsleden die in tijdelijke projecten fungeren.

De Vlaamse Regering wijst per tijdelijk project de wettelijke en decretale bepalingen aan waarvan wordt afgeweken. Ze motiveert de noodzaak om van die bepalingen af te wijken en uit de omschrijving van het tijdelijke project laat ze blijken dat de bepalingen waarvan wordt afgeweken in verband staan met de doelstellingen van het tijdelijke project. De Vlaamse Regering moet voor elk project ook de inhoud en de doelstellingen vastleggen, de tijdsduur ervan bepalen en de voorwaarden bepalen waaronder de tijdelijke projecten eenmaal kunnen worden verlengd.

Afhankelijk van de beschikbare begrotingskredieten kan aan scholen en centra die deelnemen aan de tijdelijke projecten extra ondersteuning worden toegekend (middelen, personeel, etc.).

Het decreet bevat ook een aantal procedurebepalingen (overleg en/of onderhandeling in de bevoegde participatieorganen, en indien een project sterk ingrijpt op arbeidsorganisatie en arbeidsvoorwaarden, de aanwezigheid van een protocol van akkoord of een protocol van niet-akkoord met betrekking tot de onderhandelingen in de bevoegde participatieorganen), waarborgen voor transparantie (de Vlaamse Regering moet het Vlaams Parlement informeren over de tijdelijke projecten waarover ze een beslissing zal nemen) en juridische waarborgen (besluiten die afwijken of die afwijkingen toestaan van wettelijke en decretale bepalingen, moeten binnen de maand na hun goedkeuring ter bekrachtiging aan het Vlaams Parlement worden voorgelegd. De bekrachtiging bij decreet gebeurt binnen de zes maanden na goedkeuring van het besluit en vóór de inwerkingtreding van dit besluit).

Ook de evaluatie van de projecten is in het decreet expliciet geregeld. Het decreet bepaalt dat de tijdelijke projecten tijdens hun looptijd worden geëvalueerd. De Vlaamse Regering bepaalt de opzet van die evaluatie op basis van de specificiteit van het tijdelijke project. Als een project verband houdt met het leerproces, voert de onderwijsinspectie de evaluatie uit. Voor elk ander tijdelijk project wijst de Vlaamse Regering de instantie aan die met de evaluatie wordt belast. Het de-

creet bepaalt ook dat de VLOR, de representatieve verenigingen van de schoolbesturen of inrichtende machten, de pedagogische begeleidingsdiensten en de representatieve vakorganisaties worden betrokken bij de diverse stadia van het evaluatieproces en bij de besluitvorming op basis van de evaluatieresultaten. De Vlaamse Regering bepaalt, in functie van het tijdelijke project, welke van desbetreffende geledingen betrokken worden en de wijze waarop dit gebeurt.

Voor tijdelijke projecten die in werking treden na 31 maart 2007 geldt dat in de loop van het laatste werkingsjaar van het tijdelijke project, of in het geval het tijdelijke project langer dan drie jaren duurt, in het derde werkingsjaar, een expertpanel het tijdelijke project evalueert, in het bijzonder op het vlak van haalbaarheid en wenselijkheid van een organieke implementatie. Het expertpanel, dat wordt aangeduid door de Vlaamse Regering, is samengesteld uit afgevaardigden van het Vlaams ministerie van Onderwijs en Vorming, afgevaardigden van de onderwijsinspectie en externen. Als externe experts worden afgevaardigden van het Gemeenschapsonderwijs en van de representatieve verenigingen van de schoolbesturen of inrichtende machten en afgevaardigden van de representatieve vakorganisaties opgenomen. De Vlaamse Regering kan nadere evaluatieregels vastleggen.

De resultaten van de evaluatie worden geformuleerd in een advies aan de Vlaamse Regering dat wordt voorgelegd aan het Vlaams Parlement. De Vlaamse Regering beslist, op basis van het advies, over de voortgang of beëindiging van de tijdelijke projecten en eventueel, in het geval van beëindiging gevolgd door een organieke implementatie, over invoering van aanvullende structurele financiering of subsidiëring.

In een apart decreet is nadien een regeling toegevoegd voor de stopzetting en organieke omzetting van experimenten en tijdelijke projecten

6.2 *Het persoonlijk assistentiebudget in de zorg*

Als tweede voorbeeld verwijzen we naar de totstandkoming van het persoonlijk assistentiebudget (PAB) in Vlaanderen waarvan twee experimenten aan de basis lagen.⁴⁷

47 Deels gebaseerd op Looten 2013.

Op 18 maart 1997 keurde de toenmalige Vlaamse Regering een besluit goed ‘betreffende het opzetten van een experiment inzake het toekennen van een persoonlijk assistentiebudget aan bepaalde personen met een handicap’. Dit besluit gaf het Vlaams Fonds voor Sociale Integratie van Personen met een Handicap de opdracht een experiment op te zetten voor vijftien (later uitgebreid tot zestien) personen, “zodat deze personen zelfstandig hun integratie in het maatschappelijke leven kunnen realiseren of verbeteren”.⁴⁸ De duur ervan was vastgesteld op maximaal één jaar.

De bedoeling van het experiment was om na te gaan of het toekennen van een PAB een haalbaar en volwaardig alternatief kon zijn voor assistentie verleend door een dienst voor zelfstandig wonen voor volwassen fysiek gehandicapte personen.

Aan de basis van dit besluit ligt het advies van een expertcommissie van Vlaamse universiteiten dat dateert van eind 1995. Verschillende gehandicaptenorganisaties drongen aan op het opzetten van het experiment. Het experiment betrof een totaal budget van € 12 miljoen en werd begeleid door een stuurgroep en beperkt tot zestien personen, gespreid over verschillende gradaties van zorgbehoefte. Het toegekende budget kon alleen worden aangewend voor het kopen van ADL-hulp (dagdagelijkse persoonlijke zorg: eten, wassen, kleden, vervoer) en de kosten van de ADL-assistent.

Verschillende gehandicaptenorganisaties waren verheugd dat het experiment werd opgezet. Tegelijk waren verschillende organisaties kritisch. Redenen hiervoor waren dat buitenlandse experimenten reeds hadden uitgewezen dat het PAB leidde tot meer welzijn in vergelijking met het aanbod van voorzieningen en dat het ook goedkoper was. Daarmee meenden zij dat het doel van het experiment op voorhand al was bereikt.

Sommige organisaties waren het er ook niet mee eens dat uitsluitend personen met een fysieke handicap konden deelnemen aan het experiment, omdat dit mogelijk de conclusies van het experiment zou beperken. Bovendien leek voor personen met een sensorische of mentale handicap het experiment sterker aangewezen omdat er nog geen antwoord was op de vraag onder welke condities een PAB specifiek door deze doelgroepen gehanteerd kon worden. Verder achtten zij het aantal deelnemers te klein om te kunnen komen tot veralgemeenbare conclusies, en waren ze het er ook niet mee eens dat er geen garantie bestond dat men na het experiment opnieuw een budget zou kunnen krijgen.

48 BVR 18 maart 1997.

De opvolging en evaluatie van het experiment was in handen van een wetenschappelijke stuurgroep onder leiding van prof. dr. Jef Breda (Universiteit Antwerpen). Het experiment duurde oorspronkelijk één jaar en moest worden beëindigd voor 30 juni 1998. Het experiment werd druk besproken en geëvalueerd door verschillende gehandicaptenorganisaties. Gezien de vragen die er evenwel nog waren rond bijvoorbeeld de fiscale of arbeidsrechtelijke implicaties van het PAB, kon deze zorgvorm nog niet veralgemeend geïmplementeerd worden. Ook bleek het op dat moment nog moeilijk om de brede bevolking te overtuigen van het nut van het PAB, ondanks dat vijftien van de zestien deelnemers onmiddellijk bereid waren het experiment voort te zetten.

Omdat het eindverslag wetenschappelijke evaluatie van dit experiment bijzonder gunstig was, besloot de Vlaamse Regering op 14 juli 1998 om het experiment te verlengen tot 31 december 1998.⁴⁹ In december verlengde ze het experiment opnieuw, ditmaal tot 31 december 2000.⁵⁰ Wel werd beslist om het aantal deelnemers met een fysieke handicap op te trekken van vijftien naar tweeëntwintig en om het experiment uit te breiden naar twintig personen met een mentale, en dertien personen met een sensorische handicap. Met de verruiming van het experiment wordt ingegaan op de huidige evolutie naar meer mondigheid en een grotere zelfstandigheid van personen met een handicap.

Met de voortzetting en verruiming van de doelgroep van dit experiment konden de mogelijkheden voor meer persoonlijke keuzevrijheid bij de vragen rond bijstand voor verschillende doelgroepen verder worden uitgediept. Door het kleinschalige karakter en de beperkte doelgroep van het eerste experiment uit 1997, bleven namelijk een aantal vragen over die na de evaluatie van dit experiment niet konden worden beantwoord.

Zelfs terwijl het (tweede) experiment nog bezig was, werd in het Vlaams parlement reeds gedebatteerd over de aanneming van een decreet rond het PAB. Dit decreet, ook bekend als het decreet Swennen, werd goedgekeurd op 17 juli 2000. Het eerste uitvoeringsbesluit ervan, dat werd goedgekeurd op 15 december 2000, zorgde ervoor dat de deelnemers aan het experiment ook na 31 december zouden kunnen blijven gebruik maken van hun PAB. Immers, artikel 5 van dit besluit bepaalde dat de deskundigencommissie, die belast was met het goedkeuren van de negentig (gemotiveerde) aanvragen voor PAB's, (eerste) prioriteit zou geven aan "personen met een handicap die reeds ten experimentelen titel een PAB ontvingen".⁵¹ Tweede prioriteit

49 BVR 14 juli 1998.

50 BVR 19 december 1998.

51 BVR 15 december 2000, art. 5.

kregen die personen die in een semi-residentiële of residentiële voorziening verbleven maar deze op korte termijn zouden verlaten. Derde prioriteit kregen zij die vóór 31 december 2000 een aanvraag voor een PAB ingediend hadden. Op deze manier kwamen alle kandidaten voor de experimenten, zowel de geselecteerde als de niet-geselecteerde, in aanmerking om als eersten een PAB toegewezen te krijgen.

Tot 2016 groeide het experiment uit tot een officiële zorgvorm waar ongeveer 2.750 personen gebruik van maakten.⁵² We vermelden ter volledigheid dat begin 2008 het startschot werd gegeven van een nieuw spoor van zorgvernieuwing door het experiment met persoonsgebonden budget (hierna ook: PGB).⁵³ Met dit budget kunnen deelnemende personen zowel een persoonlijke assistent vergoeden, als thuiszorg en/of opvang in een voorziening betalen. Men kan met het PGB dus ook meerdere zorgvormen combineren. Ook hiervoor werd een experiment in het leven geroepen met het ‘Besluit van de Vlaamse Regering betreffende het opzetten van een experiment voor de toekenning van een persoonsgebonden budget aan bepaalde personen met een handicap’. In dat besluit werden bepalingen vastgelegd onder meer met betrekking tot de duur, doelgroep, zorgaanbieders, het voortraject. De aanbevelingen uit dit project⁵⁴ werden meegenomen in het decreet voor persoonsvolgende financiering (PVF) dat goedgekeurd werd in april 2014.⁵⁵

7 Voorwaarden voor goedwerkende experimentwetgeving

Of experimentwetgeving erin slaagt de beoogde functies en voordelen te realiseren, hangt vooral af, zo blijkt uit de ervaringen, van de manier waarop ze wordt vormgegeven en in praktijk gebracht: het falen van of kritiek op tijdelijke of experimentele wetgeving is vaak te wijten aan tekortkomingen bij het vormgeven ervan.⁵⁶ Hierna worden, als aanzet tot beleidsaanbevelingen, een aantal randvoorwaarden en goede praktijken opgesomd die uit de literatuur en praktijkervaring naar voren komen:

52 Zie <https://www.vaph.be/persoonlijke-assistentiebudget>.

53 Besluit van de Vlaamse Regering van 7 november 2008 betreffende het opzetten van een experiment voor de toekenning van een persoonsgebonden budget aan bepaalde personen met een handicap, wat betreft de einddatum en de indexering van de toegekende budgetten.

54 Breda & Gevers 2011.

55 Decreet van 25 april 2014 houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap.

56 Ranchordás 2014.

- een afdoende motivering en duidelijke doelstelling;
- een politiek, ambtelijk én maatschappelijk draagvlak;
- een goede wettelijke regeling;
- een afgelijnd generiek beleids- en regelgevend kader;
- een goede wetenschappelijke omkadering.

7.1 *Een duidelijke motivering en doelstelling*

De inzet van experimentwetgeving en regelluwe zones moet gemotiveerd gebeuren. De voor- en nadelen van de inzet van experimentwetgeving en regelluwe zones in een bepaald geval moeten worden afgewogen in vergelijking met alternatieven. Die afweging moet transparant en onderbouwd zijn. Daarvoor is het ook nodig dat de doelstelling scherp wordt gesteld, aansluit bij een of meer van de functies van experimentwetgeving of regelluwe zones en kan worden gemonitord en geëvalueerd. Dat moet er mede voor zorgen dat een oneigenlijk gebruik niet kan, en dat de experimentwetgeving of regelluwe zone proportioneel is en niet leidt tot het onevenredig of willekeurig uitschakelen van bestaande regelgeving.

Experimentwetgeving (of ruimer tijdelijke wetgeving) is niet per se altijd wenselijk of onwenselijk, maar hangt af van het specifieke domein en het gebruik ervan. De wetgever beschikt over heel wat andere en soms meer ingeburgerde werkwijzen en instrumenten, zowel ex ante als ex post (consultaties, expertbevestigingen of -commissies, impactanalyses, beleidslogica-analyses, werkbaarheidsanalyses, scenariostudies of simulaties, etc.).

De inzet van experimentwetgeving moet dan ook afgewogen worden ten opzichte van die andere werkwijzen. Overwegingen of criteria die daarbij een rol kunnen spelen zijn bijvoorbeeld:

- de behoefte aan leren, innovatie en nieuwe benaderingen;
- de verwachte kosten, opbrengsten en duur van het experiment;
- de verwachte impact van de voorgestelde hervorming;
- de mate waarin de visie over de inhoudelijke doelstellingen van een experiment of regelluwe zone en de inhoudelijke randvoorwaarden voldoende duidelijk zijn (zie hieronder);
- de mate van onzekerheid over de effecten van de regelgeving of hervorming;
- de dringendheid om wetgeving te implementeren (een experiment moet lang genoeg duren om de effecten te kunnen meten);
- de mate van politieke steun (al is deze vaak endogeen);
- het type wetgeving: experimenten zullen eerder worden gebruikt bij technische of ordeningswetgeving dan bij institutionele wetgeving;

- de mate van rechtsongelijkheid en/of -onzekerheid die zou worden gecreëerd door het experiment.

De indirecte impact van de tijdelijke wetgeving, bijvoorbeeld op andere partijen dan de enge doelgroep, die niet rechtstreeks betrokken zijn bij het experiment, moet in kaart worden gebracht (zgn. externe effecten).

In elk geval is een afweging noodzakelijk tussen wat het zuivere doel is van de experimentwetgeving (welk beleid wordt getest en geëvalueerd) en de impact die de pure afwijking of opschorting van bestaande regelgeving met zich brengt. Zo moet bijvoorbeeld bij de evaluatie een ruimere focus worden gehanteerd dan enkel de te bereiken doelstelling van het experiment of regelluwe proeftuin. Ook moet rekening worden gehouden met de indirecte impact van het wijzigen of tijdelijk uitschakelen van bepaalde wetgeving. De keuze om te experimenteren mag dus niet ondoordacht genomen worden maar vereist een ex-ante inschatting van de rechtstreekse én onrechtstreekse kosten en baten.

Het in het leven roepen van experimentwetgeving of de organisatie van regelluwe zones moet dan ook steeds gebeuren met een duidelijk doel voor ogen en vertrekken vanuit een of meer van de geschetste functies (zie hiervoor). Dat moet ervoor zorgen dat oneigenlijk gebruik niet kan. Zo is het opzetten van een experiment weinig relevant wanneer beleidsknopen al zijn doorgehakt en het experiment enkel dient ter ondersteuning van reeds genomen beleidskeuzes. Er moet zoals eerder vermeld ook worden vermeden dat experimentwetgeving als sluiske weg zou fungeren voor zaken waarvoor geen draagvlak is, of dat het wordt ingezet als 'gemakkelijke weg' om zaken te regelen waarvoor er wel een breed draagvlak is maar het te complex lijkt om de regelgeving aan te passen.

Experimentwetgeving toepassen (en experimentele evaluatietechnieken gebruiken) heeft dus slechts zin wanneer een duidelijk doel wordt vooropgesteld, en wanneer effectief kan worden gemonitord en ex post professioneel en kwalitatief geëvalueerd of dit doel daadwerkelijk werd bereikt. Opnieuw zal ook de specifieke evaluatiemethode hier een grote rol spelen. In elk geval moet bij het uitwerken van een experimentele wet of regulering ook voldoende aandacht gaan naar de manier waarop de evaluatie zal gebeuren (zie ook verder).

Het belang van evaluatie op basis van de vooropgestelde doelstellingen biedt bovendien een minimale garantie dat experimentwetgeving en regelluwe zones niet leiden tot het willekeurig en ad hoc uitschakelen van regelgeving. Een experiment impliceert immers ook een engagement om de evaluatiere-sultaten van een experiment te honoreren of op zijn minst mee te nemen in

het verdere besluitvormingsproces, en om te vermijden dat experimenten ‘oneindig’ worden verlengd. Hier ligt een belangrijke rol in het regelgevend kader voor de uitvoering van de experimentwetgeving (zie verder). De Raad van State zal trouwens de als experiment geconcipeerde regelingen die bij herhaling worden verlengd en die om die reden een zekere continuïteit beginnen te vertonen, of waarvan de omvang in de tijd wijzigt of toeneemt, niet langer als experimentele wetgeving beschouwen. In dat geval kunnen dergelijke regelingen volgens de Raad van State niet langer hun rechtsgrond vinden in de specifieke machtigingsbepaling die het opzetten van experimenten toelaat, maar dient in een nieuw wettelijk kader te worden voorzien op grond waarvan een permanente regeling kan worden uitgewerkt.⁵⁷

Toch moet worden beseft dat een experiment steeds contextspecifiek is en dus niet altijd te veralgemeniseren of extern valide is. Het draagt wel bij aan bewijs over de effectiviteit en werking van een beleidsprogramma, maar het moet samen worden bekeken met andere analyses, kennis en evaluaties.

In elk geval vereist experimentwetgeving of een regelluwe zone een context waarbij de visie over de inhoudelijke doelstellingen en de inhoudelijke randvoorwaarden voldoende scherp is. De verwevenheid van feiten en regels in een maatschappelijke context zijn immers van dien aard dat ingrijpen op één aspect van regelgeving automatisch ook een impact impliceert op andere deelaspecten. Ook wanneer grondrechten of hiertoe beschermende procedures in het geding zijn, lijkt het aangewezen om zeer omzichtig om te springen met de creatie van aparte juridische ruimtes of experimenten.⁵⁸

7.2 Een politiek, ambtelijk én maatschappelijk draagvlak

Voor het gebruik van experimentwetgeving of regelluwe zones is een breed draagvlak nodig, politiek, ambtelijk en maatschappelijk. Dat geldt zowel voor het instrument op zich als voor de toepassing ervan in concrete gevallen. In veel gevallen moet dat draagvlak worden opgebouwd en bestendigd. Dan is het aangewezen om te starten met ‘kleine’, niet of minder controversiële toepassingen om het vertrouwen te vergroten en ervaring op te doen. In elk geval is het aangewezen om alle belanghebbenden (doelgroepen, middenveld, andere beleidsdomeinen, lokale of hogere overheden) nauw te betrekken bij de opzet, vormgeving, uitvoering en evaluatie. Ook aan politiek draagvlak moet worden gewerkt. Zo draagt experimentele wetgeving bij tot meer informatie en *evidence informed* beleid, maar dit vereist ook een over-

57 Van Damme & De Sutter 2013.

58 Dat geldt onder meer voor gevallen waarin een *stand still*-principe geldt, dat inhoudt dat een bestaand beschermingsniveau in de bestaande regelgeving niet zomaar kan worden afgebouwd.

heid die daarvoor openstaat en zich niet in elke situatie laat leiden door zelf bepaalde premisses, vaak als uitvloeisel van een politiek akkoord. Het vereiste draagvlak doelt dus zowel op de keuze en uitvoering van het experiment als op de bereidheid de resultaten van het experiment mee te nemen in de verdere beleidsbeslissingen.

7.3 *Een goede wettelijke regeling*

Elk wetgevingsexperiment moet juridisch goed ingebed worden. Het wettelijke kader moet tevens de voorwaarden bevatten waaraan het experiment moet voldoen, alsook de waarborgen die nodig zijn om te verzekeren dat het experiment transparant verloopt en dat er uit wordt geleerd.

Eenzijds kan een experiment betrekking hebben op onderwerpen die nog niet door een wet worden geregeld. In dat geval kan een experiment in aanvaring komen met de eerder vernoemde rechtsbeginselen (gelijkheidsbeginsel, rechtszekerheid, etc.). Anderzijds kan een experiment strijdig zijn met bepaalde wet- of regelgeving omdat op grond van het experiment bepaalde wettelijke voorschriften buiten toepassing kunnen blijven (vgl. regelluwe zone), of omdat andere voorschriften kunnen gelden.

Daarom lijkt het in elk geval wenselijk of nodig om steeds in een wettelijke basis te voorzien voor experimentwetgeving en regelluwe zones: een artikel dat de rechtsgrond creëert en dat de verhouding ten opzichte van andere regelgeving verduidelijkt. Het is ook wenselijk dat die wettelijke regelingen vermelden aan welke (desnoods vrij algemene) criteria een specifiek experiment of regelluwe zone moet voldoen. Die criteria zouden in elk geval kunnen zijn:

- het doel van het experiment;
- de (al dan niet maximale) geldingsduur van het experiment;⁵⁹
- een voldoende precieze opsomming van de regelgeving waarvan kan worden afgeweken;⁶⁰
- de wijze en periodiciteit van de evaluatie en eventueel de opname van een evaluatiebepaling;⁶¹
- een omschrijving van criteria op basis waarvan kan worden besloten of het experiment al dan niet geslaagd zal zijn;

59 Zo moet volgens de Franse rechtsleer de duur van het experiment expliciet worden vermeld in de wettekst (Chevallier 1993) en blijkt in Nederland de gemiddelde geldingsduur van experimentwetten vijf jaar (Ranchordás 2014).

60 Al kan dit ook worden opgenomen in het verslag/nota aan de regering.

61 Steen 2004; Verbeeck 2004.

- een regeling van de wijze waarop het project zal worden opgevolgd en geëvalueerd, hoe het toezicht wordt geregeld, wie daarbij wordt betrokken, en op welke wijze de transparantie ervan zal worden verzekerd;
- minimale procedurele waarborgen bij de evaluatie en de naar aanleiding daarvan te verrichten consultaties;
- de opvolging en nazorg van trajecten die niet worden verlengd.

Het komt er met andere woorden op neer dat experimentwetgeving een duidelijk omschreven wettelijke basis moet hebben, zorgvuldig en nauwkeurig moet worden opgezet in goedgekozen omstandigheden, met als doel een duidelijke hypothese en een causaal verband te onderzoeken en te valideren. Ook wanneer de regeling het initiatief tot het houden van experimenten niet aan de regering of minister laat, maar overlaat aan uitvoerders van de regeling (de departementen, gemeenten, agentschappen), moet worden gewaarborgd dat de uit te voeren experimenten de bovenstaande elementen (relevantie, aard, doel, functie, opzet, evaluatie, beoordelingsmaatstaven) transparant omschrijven.

In de toelichting bij de tot stand te komen experimentwetgeving kan ook het best worden uiteengezet waarom van welbepaalde regelgeving wordt afgeweken en hoe men is omgegaan met mogelijke bezwaren inzake rechtsgeelijkheid en rechtszekerheid.

De situatie in Nederland is vergelijkbaar. De Nederlandse Raad van State gaf in haar advies bij het rapport ‘Het proberen waard’ ook aan dat wetgevingsexperimenten een duidelijke omschrijving van aard en doel van de afwijking vereisen, alsmede van de criteria waaraan zal worden getoetst of het experiment is geslaagd.

Deze ‘goede praktijk’ sluit ook enigszins aan op de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Die zal bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel op een meer soepele wijze beoordelen bij experimentwetgeving op voorwaarde dat er een specifieke rechtsgrond voor is en de uitvoerende macht zelf een project nader kan regelen, precies wegens de tijdelijkheid en de veelal beperkte werkingssfeer ervan. In gevallen waarin het legaliteitsbeginsel geldt, zoals in onderwijszaken, moeten de essentiële onderdelen van een organieke, structurele of permanente regeling daarentegen op het hogere wettelijke of decretale niveau worden geregeld.⁶² De afdeling wetgeving aanvaardt dus een redelijk ruime bevoegdheidsdelegatie wanneer de in een

62 De essentiële elementen van een dergelijke regeling moeten in de wet of het decreet zelf zijn opgenomen of minstens moeten hierin de criteria worden bepaald waardoor de uitvoerende macht zich moet laten leiden bij de tenuitvoerlegging van het beleid (advies RvS 31 mei 1990, nr. 19.946/1, Parl.St. VI.Parl. 1989-90, nr. 365/1).

regeling vervatte subsidies enkel bij wege van experiment worden toegekend en het alsnog niet wenselijk is dat de wet- of decreetgever ter zake in een uitgewerkte regeling voorziet. Het experimentele of tijdelijke karakter moet dan wel in de tekst van regelgeving zelf op een expliciete wijze tot uitdrukking worden gebracht.

Bij de toepassing van experimentwetgeving in Vlaanderen kan in dit kader ook een regelmatig terugkerend knelpunt worden opgemerkt in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Belgische Raad van State. De Raad meent namelijk ook dat voldoende duidelijk moet zijn dat de wet- of decreetgever de bedoeling heeft om experimentele regelingen mogelijk te maken. Zo moet de geldigheidsduur in de tijd worden beperkt. Ook moet duidelijk zijn dat niet alle aanvragen van de verschillende actoren om te kunnen deelnemen zullen worden ingewilligd als de budgettaire middelen beperkt zijn en moet worden bepaald hoe die beperkte middelen dan over de gegadigden zullen worden verdeeld. Daarnaast moet ook de wijze waarop de experimentele fase van een regeling wordt beëindigd worden vermeld in de bepalingen.

De Raad van State onderzoekt trouwens alle vereisten die in de rechtsgrondbepaling vervat zijn. Van Damme en De Sutter (2013) verduidelijken bijvoorbeeld dat om te kunnen worden ingepast in het proeftuinendecreet (inzake onderwijs), een project niet enkel uitdrukkelijk in de tijd moet worden beperkt, maar dat het ook inhoudelijk als een tijdelijk project in de zin van het proeftuinendecreet kan worden beschouwd, namelijk als een project dat tot doel heeft het hoofd te bieden aan dringende problemen of dat experimenten test. Het toetsen van de overeenstemming van een regeling waarbij een concreet project wordt opgezet aan de rechtsgrond biedende bepaling omvat ook een controle van de naleving van mogelijke vormvereisten. Wanneer de wetgever de uitvoerende macht belast met het opzetten van experimentele regelingen, kan hij er met andere woorden voor zorgen dat de Raad van State een juridische controle kan doorvoeren door de wettelijke machtiging voldoende te stofferen zoals hiervoor aangegeven.

Bij de advisering over die experimentele regeling behoort ook de toetsing aan grondrechten zoals het gelijkheidsbeginsel, alsook aan andere beginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel, tot het toetsingskader.⁶³

Niet alleen in de voorbereiding, uitvoering of evaluatie van experimentele wetgeving moeten bepaalde randvoorwaarden en richtlijnen in acht worden genomen, ook na afloop van de experimentele context of tijdelijke regelgeving rijzen bepaalde vragen. Hoe zal de nazorg verlopen van projecten die

63 Adv.RvS 59.426/3 van 16 juni 2016.

niet worden verlengd of stopgezet? Hoe zit het met verworven rechten uit tijdelijke wetgeving en constructies die een gevolg zijn van experimenten? Dergelijke vragen kunnen het beste al worden gesteld bij de overweging om nieuwe regelgeving te testen in een experimentele context.

7.4 Een afgelijnd generiek beleids- en regelgevend kader

Wel rijst de vraag hoe een wettelijke basis voor experimentwetgeving en regelgevend kader het best wordt uitgewerkt. Er zijn verschillende mogelijkheden:

- Geen algemene regels, maar een wettelijke basis ad hoc per afzonderlijk experiment of regelgevend kader. Dit is op dit moment het geval in de meeste beleidsdomeinen in Vlaanderen.
- Een regeling per beleidssector die een aantal belangrijke voorwaarden en waarborgen bevat voor de betreffende regelgeving in dat beleidsdomein of beleidsveld. Dit is op dit moment het geval in het beleidsdomein onderwijs en vorming met het 'decreet betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs' (zie hiervoor).
- Een algemeen regelgevend kader dat een aantal belangrijke generieke voorwaarden en waarborgen bevat en ervoor zorgt dat bij het opzetten van experimentwetgeving of experimenteerruimte rekening wordt gehouden met de knelpunten en effecten op andere beleidsdomeinen en een te grote ad hoc of partiële benadering wordt beperkt. Een voldoende/maximale afstemming tussen de verschillende beleidsdomeinen is dus aangewezen.

Een combinatie van beide mogelijkheden, waarbij enkele beginselen in een decretale regeling worden opgenomen en vervolgens nader worden uitgewerkt in wetgevingstechnische richtlijnen, heeft evenwel de voorkeur. Vlaanderen slaat alvast deze weg in, waarbij een algemeen wettelijk kader werd uitgewerkt in het Vlaamse decreet bestuursrecht, en ruimte wordt gelaten voor individuele regelingen per beleidssector. Aanvullend zouden ambtelijke richtlijnen over het werken met experimentwetgeving kunnen worden opgenomen in handleidingen voor de wetgevingstechniek.⁶⁴ Wat dit laatste betreft zijn de Aanwijzingen voor de regelgeving in Nederland alvast een goed voorbeeld. Twee bepalingen in die richtlijnen (10a en 10b) over het opstellen van experimentele wetten of uitvoeringsbesluiten geven aan welke elementen de wettelijke regeling die het experiment toelaat moet bevatten (o.a. maximale geldingsduur en evaluatiecriteria).

64 Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, Raad van State, 2008 en Omzendbrief VR/2009/4 van de Minister-President van de Vlaamse Regering van 17 juli 2009 betreffende de wetgevingstechniek.

In dit kader is het wel belangrijk op te merken dat uit de ervaring en voorbeelden uit de praktijk blijkt dat experimentwetgeving en regelluwe zones maatwerk vereisen. Dat heeft ten minste twee belangrijke implicaties.

Ten eerste heeft maatwerk tot gevolg dat er moet worden opgelet een eventuele algemene regeling te beperken tot het noodzakelijke en om geen al te gedetailleerde regels op te leggen. Een voorbeeld is de tijdsduur van experimenten. Dat die duidelijk moet zijn en dat een zekere maximale tijdsduur wordt opgelegd, is één ding.⁶⁵ Toch moet ook hier maatwerk mogelijk zijn: onderwijsexperimenten kunnen vaak meerdere jaren duren. In elk geval moet een experiment lang genoeg duren om de effecten te kunnen meten. Cruciaal is evenwel dat de initieel vastgelegde duurtijd van een experiment wordt aangehouden, ook als deze de duurtijd van een legislatuur overschrijdt.

Ten tweede impliceert maatwerk dat een eventuele algemene regeling op zich nooit zal volstaan. De voorwaarden en waarborgen moeten grotendeels per project worden ingevuld. Dat betekent dat steeds een afzonderlijk decreet of besluit nodig zal zijn. Wat regelluwe zones betreft, bijvoorbeeld, moeten bij het opzetten ervan steeds twee belangrijke vragen worden beantwoord: (1) welke regels kunnen buiten toepassing worden gesteld, en (2) voor hoe lang. Ook meer algemeen is de toetsing van een experimentwet aan de beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid maatwerk. Dit moet steeds van geval tot geval worden bekeken in het kader van een concrete experimenteerregeling.

7.5 *Een goede wetenschappelijke omkadering*

Bij experimenteren met wetgeving en werken met regelluwe zones is evaluatie ex post een essentieel element. Het is van belang dat de resultaten op een transparante en deskundige manier worden geëvalueerd en gevalideerd en dat dit van meet af aan onderdeel is van de opzet en de vormgeving. Die evaluatie gaat het best ruimer dan een loutere focus op de te bereiken doelstelling van het experiment of regelluwe proeftuin en moet ook de indirecte impact in kaart brengen van het wijzigen of tijdelijk uitschakelen van bepaalde wetgeving (de externe effecten). De vraag hoe die evaluatie het best wordt uitgevoerd is een methodologische vraag, maar ze is daarom niet minder belangrijk en vergt de nodige expertise en onafhankelijkheid. Een deskundige opzet en wetenschappelijke omkadering kan ook helpen om op een verantwoorde manier met eventuele ethische bezwaren om te gaan.

65 In Frankrijk is de duur wettelijk beperkt tot vijf jaar. In Nederland is de gemiddelde geldingsduur van experimenten vijf jaar.

Voor de geloofwaardigheid van de resultaten van een proefproject en het verdere beleidsproces is het van belang dat een proefproject op een onafhankelijke manier kan worden geëvalueerd en gevalideerd. Hierbij moeten de verschillende effecten van het proefproject eerst grondig (technisch en wetenschappelijk) worden gescreend. Een validering door onafhankelijke deskundigen kan de beslissing over de start of het vervolgtraject van een proefproject meer draagkracht bezorgen. Bovendien moet voldoende aandacht gaan naar de beleidsmatige valorisatie van het ex post onderzoek na de experimenten, zodat de resultaten ook kunnen doorwerken.

De methode die het meest wordt gepromoot om de effecten van een experimentele regelgeving te vergelijken met deze van een bestaande regeling is een zogenoemd *randomised controlled trial* (hierna: RCT). De idee achter RCTs is eenvoudig: participanten aan een ‘experiment’ worden ingedeeld in een ‘*treatment*’ groep en een ‘controlegroep’ en de impact van een maatregel wordt geschat door de gedragingen en uitkomsten van beide groepen te vergelijken. Optimaal gebeurt de aanwijzing van participanten over de groepen op een gerandomiseerde wijze om ervoor te zorgen dat het verschil in uitkomst enkel te wijten is aan het beleidsprogramma zelf.

Er zijn meerdere argumenten voor het gebruik van RCTs in vergelijking met andere technieken en er zijn intussen meerdere richtlijnen en handleidingen beschikbaar voor het opzetten van een goed evaluatieproces aan de hand van RCTs.⁶⁶

Toch blijft er onder academici discussie bestaan over de voor- en nadelen van de diverse evaluatiemethoden en blijken gecontroleerde veldexperimenten in praktijk niet altijd voor te komen bij experimenten met wetgeving.⁶⁷ Zo worden RCT-experimenten vaak gekenmerkt door een hoge kostprijs en zijn er ook verschillende andere eenvoudigere methodes beschikbaar die ‘bewijs’ kunnen leveren voor het al dan niet effectief zijn van een maatregel.

66 Zie Haynes e.a. 2012 en de handleiding van het Britse *Behavioural Insights Team*.

67 RCTs worden veel gebruikt in de Verenigde Staten (waar bijv. het *MIT Poverty Action Lab (J-Pal)* reeds meer dan zevenhonderd RCTs gericht op armoedebestrijding uitvoerde) en het Verenigd Koninkrijk (waar bijv. de *Education Endowment Foundation* meer dan honderd RCTs opzette waaraan meer dan duizend scholen meewerken om te testen welke manieren schooluitkomsten verbeteren). Ook in Frankrijk (*Experimentation fund* voor jongeren om innovatieve interventies te identificeren om jeugduitkomsten te verbeteren) en Finland (aangekondigd RCT-onderzoek over de invoering van een basisinkomen) zijn voorbeelden te vinden. In Vlaanderen werd recent een arbeidsmarktexperiment bij de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding (VDAB) opgeleverd door de Universiteit van Maastricht om de impact van het al dan niet zeer snel na inschrijving contacteren van de werkzoekende te meten.

Welke methode de voorkeur verdient, wordt wellicht het best per geval bepaald.

Een deskundige opzet en wetenschappelijke omkadering kan ook helpen om op een verantwoorde manier met eventuele ethische bezwaren om te gaan door:

- waar mogelijk te werken met vrijwillige medewerking van deelnemers, al is, vanuit een methodologische invalshoek, de representativiteit van de deelnemende groep een aandachtspunt;
- te zorgen voor experimenten waarin de aan het nieuwe beleid onderworpen (*treatment*) groep niet wordt benadeeld ten opzichte van hun huidige situatie;
- het bezwaar tegen ongelijke behandeling te beperken door geen al te grote ongelijkheid te creëren tussen *treatment* en controlegroep of, waar mogelijk, subjecten achtereenvolgens te onderwerpen aan de experimenteerregeling;
- ongelijkheidsproblemen te beperken door, indien mogelijk, subjecten eerst te onderwerpen aan de standaardsituatie en dan aan de experimenteerregeling;
- te wijzen op de mogelijke kostenbesparing door het gebruik van experimenteerregelingen (ook al kost een RCT of experiment geld).

8 Juridische en beleidsmatige vertaling in Vlaanderen

Het SERV-advies was de aanleiding voor de Vlaamse Regering om een conceptnota⁶⁸ uit te werken. Die werd uiteindelijk goedgekeurd op 24 november 2016 en kreeg de titel ‘Algemeen beleidskader voor het gebruik van experimentwetgeving en regelluwe zones’. De conceptnota vormde op haar beurt de basis voor een voorstel van algemene wettelijke regeling voor experimentregelgeving en regelluwe zones en voor een aantal andere beslissingen. Hierna bespreken we die juridische en beleidsmatige vertaling in Vlaanderen meer in detail.

8.1 *Conceptnota experimentwetgeving en regelluwe zones*

De Vlaamse Regering kondigde in de beleidsbrief *Algemeen Regeringsbeleid 2016-2017* aan het SERV-advies over experimentwetgeving en regelluwe zones te zullen gebruiken voor de ontwikkeling van een ondersteunend en faciliterend kader. Dat gebeurde in een conceptnota van 24 november 2016.⁶⁹

68 Dat is een beleidsvoornemen van de Vlaamse regering, vergelijkbaar met een beleidsnotitie in Nederland.

69 Te raadplegen via <http://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1350432>.

Die conceptnota herneemt de kernpunten uit de analyse van de SERV en zijn belangrijkste aanbevelingen. Met name stelt de Vlaamse Regering dat het cruciaal is dat:

- altijd per geval de nodige afwegingen worden gemaakt om te beoordelen of experimentele wetgeving en regelluwe zones noodzakelijk zijn voor, het best geschikt zijn voor en in verhouding staan tot het beoogde doel;
- de nodige waarborgen worden ingebouwd opdat bij de invoering van experimentwetgeving en regelluwe zones bepaalde grondrechten en beschermingsniveaus worden gerespecteerd;
- bijzondere zorg wordt besteed aan de manier waarop regelluwe zones en experimentwetgeving concreet worden uitgewerkt, onderbouwd of gemotiveerd, en in de praktijk gebracht.

De conceptnota bevat vervolgens een bespreking van die drie uitgangspunten. Voor het eerste uitgangspunt legt de conceptnota de link met de methodiek van de reguleringsimpactanalyse (RIA)⁷⁰ die onder meer tot doel heeft de noodzaak van regulering en mogelijke alternatieven te onderzoeken. Voor het tweede uitgangspunt neemt de conceptnota de aanbevelingen van het SERV-advies letterlijk over op het vlak van een duidelijke en goed onderbouwde doelstelling, een goede wetenschappelijke omkadering en politiek, ambtelijk én maatschappelijk draagvlak. Wat het derde punt betreft, gaat de conceptnota concreter in op hoe men de monitoring, evaluatie en rapportering ziet: in de loop van het laatste werkingsjaar van de regelluwe zone of experimentwetgeving of, als het project langer dan drie jaren duurt, in het derde werkingsjaar, zal een expertpanel het project evalueren, niet alleen wat betreft de realisatie van de voorgenomen beleidsdoelstellingen, maar ook wat betreft hun impact op de grondrechten. Het expertpanel moet worden samengesteld uit vertegenwoordigers van het betrokken Vlaamse beleidsdomein en uit externen. Het is belangrijk om de precieze samenstelling van dat expertpanel te verantwoorden bij het begin van de invoering van de regelluwe zones en experimentwetgeving. De resultaten van de evaluatie worden geformuleerd in een advies aan de Vlaamse Regering. De Vlaamse Regering beslist, op basis van het advies, over de voortgang of beëindiging van de tijdelijke projecten, en bij beëindiging eventueel over maatregelen om de concrete gevolgen op het terrein van het gevoerde experiment of van de ingevoerde regelluwe zone te regulariseren, of bij terugdraaiing ten aanzien van de betrokkenen financieel te compenseren.

70 Deze methodiek is vergelijkbaar met het vroegere ‘integraal afwegingskader’ en de huidige ‘impactanalyse’ in Nederland. Zie Van Humbeek 2009; Van Humbeek 2012a en 2012b.

De conceptnota bevat tot slot de basiskeuzes voor de uitwerking van een algemeen rechtskader. Men name kiest de Vlaamse Regering voor een combinatie van een centrale en een decentrale benadering. De bedoeling is om zo een reeks minimale voorwaarden vast te leggen en tegelijk maatwerk mogelijk te maken. Dat impliceert enerzijds dat een algemene wettelijke regeling beperkt moet blijven tot het noodzakelijke en dat er geen al te gedetailleerde regels opgelegd worden en anderzijds dat een algemene regeling steeds zal moeten worden aangevuld met voorwaarden en waarborgen per project. De conceptnota stelt daarom dat de concrete uitwerking van het juridisch kader zal gebeuren op drie niveaus:

- de Vlaamse Regering zal in het zogenoemde bestuursdecreet⁷¹ dat thans in voorbereiding is, een algemene regeling uitwerken voor het gebruik van experimentwetgeving en regelluwe zones. Die algemene decretale regeling legt het concept van experimentwetgeving en regelluwe zones vast, alsook de algemene inhoudelijke en procedurele waarborgen voor de algemene rechtsbeginselen waarop de inzet van die instrumenten moet steunen;
- aanvullend daarop zal een besluit van de Vlaamse Regering gekoppeld aan een specifiek project bepaalde geldende decretale bepalingen op tijdelijke basis buiten werking moeten stellen om op juridisch vlak een vrije ruimte voor experimenten te creëren. De lijst van decretale bepalingen die buiten werking worden gesteld, moet daarna nog wel worden bekrachtigd door het Vlaams Parlement;

71 Dit Vlaamse 'bestuursdecreet' benadert tot op zekere hoogte wat in Nederland bekend is als de Awb, maar heeft een minder ruime draagwijdte, onder meer omdat nogal wat bestuursrechtelijke bepalingen in België tot de bevoegdheid van de federale overheid horen.

- een nog uit te werken omzendbrief⁷² zal die algemene decretale regeling verduidelijken en verder ontwikkelen. De omzendbrief zal focussen op de wijze waarop uitvoering moet worden gegeven aan de aanbevelingen op het vlak van duidelijke motivering en doelstelling van het tijdelijke project, een afdoend politiek, ambtelijk en maatschappelijk draagvlak, een afgelijnd evaluatiekader en een goede wetenschappelijke omkadering.

Elk beleidsdomein behoudt daarnaast de mogelijkheid om een eigen nieuw decretaal kader uit te werken of een al bestaand decretaal kader in stand te houden, op voorwaarde dat men motiveert waarom een afzonderlijke decretale regeling nodig is.

8.2 *Het voorstel van algemene wettelijke regeling*

Conform de beslissingen in de hiervoor besproken conceptnota, bevat het ontwerp van bestuursdecreet⁷³ algemene bepalingen voor de regeling van experimentregelgeving en regelluwe zones.

De regeling van het bestuursdecreet is suppletair. Dat wil zeggen dat de algemene decretale regeling van het bestuursdecreet niet uitsluit dat er een decretale regeling ad hoc of per beleidssector wordt uitgewerkt. Op die manier moet maatwerk mogelijk zijn. In dat geval moet dit echter, zoals ook de

72 Een rondzendbrief wordt in Nederland ook wel een circulaire of rondschriven genoemd. De Vlaamse Regering of een minister kan bij omzendbrief voorschriften uitvaardigen of mededelingen doen ten aanzien van de diensten, instellingen of rechtspersonen die onder zijn bestuur of toezicht staan, maar niet ten aanzien van andere rechtsonderhorigen. Een omzendbrief kan richtlijnen vaststellen die men moet volgen bij het onderzoek van individuele gevallen (de zgn. ‘indicatieve omzendbrieven’) in het geval de regelgeving een discretionaire beslissingsbevoegdheid laat bij de toepassing van de regels, of kan richtsnoeren bevatten voor de toepassing en interpretatie van de regelgeving (de zgn. ‘interpretatieve omzendbrieven’). Interpretatieve omzendbrieven brengen de vigerende wetgeving in herinnering, vatten de toepasselijke regelgeving samen als die vervat is in verschillende regelgevende teksten, lichten de wetgeving toe en geven eventueel instructies over de wijze waarop de wettelijke regel moet worden geïnterpreteerd en toegepast. De bedoeling is om een vlotte toepassing van de wetgeving te bevorderen en een uniforme interpretatie ervan te bewerkstelligen. In geen geval kan de interpretatie afwijken van de duidelijke tekst van de reglementaire bepalingen of mag de omzendbrief bijkomende normatieve bepalingen bevatten.

73 Het ontwerp werd een eerste keer principieel goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 22 december 2017 voor adviesvraag aan de SERV en de strategische adviesraden en een tweede keer op 9 maart 2018 voor adviesvraag aan de Raad van State, te raadplegen via <https://www.vlaanderen.be/nl/vlaamse-regering/beslissingenvlaamseregering> (zoek op “bestuursdecreet”).

memorie van toelichting bij het bestuursdecreet bepaalt, nadrukkelijk worden gemotiveerd. Met name moet expliciet worden gemotiveerd (1) waarom er een specifieke regeling nodig is en (2) op welke punten die afwijkt van de regeling in het bestuursdecreet en waarom. Dit zal nodig zijn, zo stelt de memorie van toelichting bij het bestuursdecreet, omdat de regeling van het bestuursdecreet rekening houdt met de adviezen van de Raad van State en de arresten van het Grondwettelijk Hof, en omdat bij afwijking ervan de conformiteit met hogere rechtsnormen grondig zal moeten worden onderzocht.

De decreettekst (zie kader hieronder) is duidelijk geïnspireerd op het advies dat de SERV op 31 oktober 2016 uitbracht over experimentwetgeving en regelluwe proeftuinen en op het decreet van 9 december 2005 'betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs'.

Voorontwerp van Vlaams bestuursdecreet

Afdeling 10. Experimentregelgeving en regelluwe zones

Art. III.116. De Vlaamse Regering kan experimentregelgeving en regelluwe zones invoeren onder de voorwaarden die bepaald zijn in deze afdeling.

In deze afdeling wordt verstaan onder:

1° experimentregelgeving: tijdelijke regelgeving die niet voor iedereen in gelijke mate geldt en die bij wijze van experiment wordt ingevoerd;
2° regelluwe zone: tijdelijke regelgeving die bestaande regelgeving voor een specifieke ruimte of voor een specifieke doelgroep of in een specifieke situatie buiten toepassing stelt.

Deze afdeling doet geen afbreuk aan decretale bepalingen die in een specifieke regeling voor experimentregelgeving en regelluwe zones voorzien.

Art. III.117. Telkens als de Vlaamse Regering experimentregelgeving of regelluwe zones invoert, bepaalt ze minstens:

1° de inhoud en het toepassingsgebied van de experimentregelgeving of de regelluwe zone;
2° de motivering en de doelstellingen;
3° de tijdsduur en de voorwaarden voor eventuele verlenging of vroegtijdige beëindiging;

4° de wijze waarop de experimentregelgeving of regelluwe zone zal geëvalueerd worden;

5° de voorwaarden en modaliteiten van een eventuele financiële tegemoetkoming bij de beëindiging.

De verlenging, vermeld in het eerste lid, 3°, is maar één keer mogelijk en kan niet langer duren dan de oorspronkelijke tijdsduur.

Art. III. 118. §1. De experimentregelgeving of regelluwe zone kan afwijken en kan afwijkingen toestaan van decretale en wettelijke bepalingen als die afwijking noodzakelijk is om de doelstelling ervan te verwezenlijken.

In dat geval wijst de Vlaamse Regering per experiment of regelluwe zone de decretale en wettelijke bepalingen aan waarvan afgeweken wordt, en motiveert ze de noodzaak om van die bepalingen af te wijken en het verband met de doelstelling van het experiment of de regelluwe zone.

§2. De afwijkingen kunnen evenwel geen betrekking hebben op:
 1° bepalingen die betrekking hebben op de verweermogelijkheden en beroepsmogelijkheden;
 2° bepalingen die de grondrechten van de burgers beschermen;
 3° bepalingen die betrekking hebben op de veiligheid en gezondheid van de burgers;
 4° bepalingen die Europese richtlijnen omzetten of Europese verordeningen uitvoeren.

§3. Als de experimentregelgeving of regelluwe zone afwijkt van bestaande wettelijke of decretale bepalingen, bevat de afwijkende regeling in elk geval een gelijkwaardige rechtssituatie voor de rechtssubjecten als de bestaande, en laat ze definitief verworven rechten onaangetaast.

Art. III.119. Besluiten van de Vlaamse Regering die afwijken van of die afwijkingen toestaan op bestaande decretale of wettelijke bepalingen, of die nieuwe bepalingen vaststellen die bij decreet vastgesteld moeten worden, kunnen pas uitwerking hebben op voorwaarde dat ze binnen zes maanden na hun goedkeuring bekrachtigd worden bij decreet.

Het eerste artikel (art. III.116) legt het principe vast dat de Vlaamse Regering experimentregelgeving en regelluwe zones kan invoeren. De definities in het tweede lid zijn gebaseerd op de definities die gehanteerd worden in het SERV-advies.

Het tweede artikel (art. III.117) legt de inhoudelijke grenzen vast die gelden voor alle experimentwetgeving en regelluwe zones, ongeacht of ze afwijken van bestaande decretale of wettelijke bepalingen. Concrete richtlijnen, aanwijzingen en *best practices* zullen worden vastgelegd in een omzendbrief. De memorie van toelichting verduidelijkt verder dat de punten 1°, 3°, 4° en 5° zullen worden vastgelegd in het dispositief van het besluit van de Vlaamse Regering over een specifiek project en dat punt 2° moet worden uitgewerkt in de aanhef van het besluit of (als te omvangrijk) in een verslag aan de Vlaamse Regering dat wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. De memorie van toelichting hecht duidelijk veel belang aan een explicitering van de doelstellingen van de inzet van een experimentregelgeving of een regelluwe zone in een bepaald geval en aan een transparante motivering (in vergelijking met alternatieven).

Het derde artikel (art. III.118) bevat een machtiging aan de Vlaamse Regering om in het kader van experimentregelgeving of een regelluwe zone af te wijken van bestaande decretale of wettelijke bepalingen. In dat geval moet het Besluit van de Vlaamse Regering worden bekrachtigd door het Vlaams Parlement (zie art III.119) en gelden specifieke regels voor de inhoud van het Besluit van de Vlaamse Regering dat het experiment invoert. Paragraaf 2 bevat een lijst van bepalingen waarvan niet kan worden afgeweken omdat die bepalingen essentieel worden geacht voor de rechtszekerheid. Paragraaf 3 betreft een bijkomende inhoudelijke voorwaarde als het experiment of de regelluwe zone nieuwe tijdelijke en niet-algemeen geldende regelgeving impliceert. Met name wordt gesteld dat de rechtsbescherming van de rechts-subjecten die onder toepassingsgebied van deze regelgeving vallen onaangetast moet blijven en hun individuele rechtssituatie er niet op achteruit mag gaan (bijv. geldelijke arbeidsvoorwaarden van personeelsleden). Dit is bedoeld als een explicitering van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Het vierde en laatste artikel (art. III.119) legt de parlementaire betrokkenheid vast als de experimenten een afwijking van bestaande wetten of decreten impliceren of nieuwe bepalingen invoeren die tot de bevoegdheid van de decreetgever behoren (cf. het legaliteitsbeginsel): Besluiten van de Vlaamse Regering die afwijken van wettelijke of decretale bepalingen moeten bekrachtigd worden bij decreet. Die bekrachtiging moet gebeuren binnen zes maanden. De datum van inwerkingtreding van het besluit moet afgestemd

zijn op de datum van bekrachtiging: het besluit kan nooit in werking treden vóór de bekrachtiging.⁷⁴

In zijn advies over het ontwerp van bestuursdecreet⁷⁵ verwelkomde de SERV deze regeling. Tegelijk werd evenwel gesteld dat de conceptnota en de voorgestelde decretale regeling niet volstaan om een goed beleid te voeren rond experimentwetgeving en regelluwe zones. Er moet ook worden nagedacht over waar en wanneer experimenten nuttig zijn, welke prioritair zijn, hoe lessen worden getrokken uit de ervaringen (d.w.z. op meta-niveau uit de diverse experimenten op het vlak van werkwijze, criteria, knelpunten met het werken met experimentwetgeving en regelluwe zones, etc.). De SERV vroeg ook een decretale verankering van de betrokkenheid van belanghebbenden, en van de wijze waarop de experimentele fase van een regeling wordt beëindigd en de rechtsgevolgen ervan (met inbegrip van de situatie wanneer een experiment gunstig geëvalueerd wordt, zodat ook anderen kunnen genieten van de voordelen ervan). De Vlaamse Regering stelde in haar repliek op het advies voor om deze aandachtspunten mee te nemen bij de redactie van de geplande omzendbrief.

74 De oorspronkelijke tekst van dit artikel was anders en luidde: “Besluiten van de Vlaamse Regering die afwijken van of die afwijkingen toestaan van bestaande decretale of wettelijke bepalingen, of die nieuwe bepalingen vaststellen die bij decreet vastgesteld moeten worden, houden op uitwerking te hebben als ze niet binnen zes maanden na hun inwerkingtreding bekrachtigd worden bij decreet. De bekrachtiging werkt terug tot de datum van inwerkingtreding.” Na advies van de SERV werd dit aangepast. De SERV schreef in zijn advies immers: “Sta enkel afwijkingen toe na bekrachtiging door het parlement: De SERV heeft vragen bij de regeling van art. III.119. Dat bevat een machtiging om bij besluit van de Vlaamse Regering bepaalde decretale bepalingen op tijdelijke basis buiten werking te stellen onder voorwaarde van decretale bekrachtiging. Die bekrachtiging moet gebeuren binnen zes maanden na de datum van hun inwerkingtreding. Als ze niet bekrachtigd worden binnen zes maanden, houden de besluiten op uitwerking te hebben. Als ze wel bekrachtigd worden binnen zes maanden, heeft die bekrachtiging terugwerkende kracht. Dergelijke regeling heeft grote nadelen op het vlak van rechtszekerheid. De SERV kiest daarom een regeling waarbij dergelijke afwijkingen slechts in werking treden na bekrachtiging door het Vlaams Parlement. Art.4 § 5 van het decreet betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs van 9 december 2005 kan hier als inspiratie dienen.”

75 SERV 2017.

8.3 *Het advies van de Raad van State*

De Raad van State gaf op 16 mei 2018 advies (63.130/3) over de voorgestelde regeling inzake experimentregelgeving en regelluwe zones.⁷⁶ In dat advies stelde de Raad vooreerst dat “[v]oor zover experimentregelgeving en regelluwe zones leiden tot het meer aangepast zijn van regelgeving aan nieuwe maatschappelijke, economische, technologische omstandigheden en, bijgevolg, tot een verbetering van de kwaliteit van regelgeving, (...) de Raad van State het gebruik ervan enkel [kan] bijtreden”. Een principieel positieve stellingname dus, maar die ging gepaard met niet onaanzienlijke juridische bedenkingen en voorbehouden.

In de eerste plaats werd de ruime delegatie aan de Vlaamse Regering kritisch beoordeeld. Die delegatie was zo ruim, dat ze kon neerkomen op wat in het Belgisch constitutioneel recht wordt omschreven als het toekennen van bijzondere machten aan de uitvoerende macht. In dat geval is echter vereist dat uitzonderlijke of crisisomstandigheden voorliggen en dat de delegatie slechts voor een beperkte periode zou gelden.⁷⁷ Om aan die vereisten te ontkomen, moet de delegatie worden ingeperkt, enerzijds door uitdrukkelijk te bepalen dat experimentregelgeving enkel voor een specifieke ruimte of voor een specifieke doelgroep of in een specifieke situatie kan gelden en anderzijds doordat in de decretale regeling zelf (en niet pas in de uitvoeringsbesluiten ervan) de maximale duur van de experimentregelgeving en de regelluwe zones moeten worden bepaald (nrs. 80 en 81 van het advies). Indien de experimentregelingen en regelluwe zones betrekking hebben op zogenaamde aan de wet voorbehouden aangelegenheden, moet bovendien in de memorie van toelichting worden gemotiveerd waarom de decreetgever zelf niet de experimentregeling of de regelluwe zone kan opzetten, in plaats van de uitvoerende macht (nr. 82 van het advies).⁷⁸ Belangrijk was echter de kritiek betreffende de algemene constitutionele voorwaarden inzake delegatie, namelijk dat delegaties nauwkeurig en ondubbelzinnig moeten zijn geformuleerd. Op dat punt schoot de regeling tekort, doordat (1) de verhouding tot specifieke machtigingen inzake experimentregelgeving en regelluwe zones niet duidelijk werd geregeld, (2) sommige uitzonderingen voor de mogelijkheid van afwijking van decretale en wettelijke bepalingen vaag waren ge-

76 Het advies kan worden geraadpleegd via <https://www.vlaanderen.be/nl/vlaamse-regering/beslissingenvlaamseregering> (zoek op “bestuursdecreet”). Het zal in het najaar van 2018 ook beschikbaar zijn in de parlementaire stukken van het Vlaams Parlement, wanneer de voorgestelde regeling er wordt ingediend.

77 Bovendien moeten in dat geval de resulterende regeringsbesluiten binnen een beperkte periode door de decreetgever worden bekrachtigd, anders vervallen ze.

78 Ook in dat geval moeten trouwens de resulterende regeringsbesluiten binnen een beperkte periode door de decreetgever worden bekrachtigd.

formuleerd⁷⁹ en (3) de waarborg dat bij afwijking van decretale en wettelijke bepalingen “in elk geval een gelijkwaardige rechtssituatie voor de rechtssubjecten als de bestaande” moet worden gelaten en dat “definitief verworven rechten onaangetast” blijven, vaag is en nader moet worden omschreven om juridische betwistingen achteraf te vermijden (nr. 83 van het advies).

In de tweede plaats wees de Raad van State erop dat experimentregelgeving en regelluwe zones op gespannen voet kunnen staan met andere, al dan niet grondwettelijke rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. De beoordeling daarvan kan echter niet gebeuren bij deze decretale regeling in haar algemeenheid, maar zal moeten gebeuren bij de advisering over elk afzonderlijk uitvoeringsbesluit (nr. 84 van het advies). Deze adviesopmerking moet dus eerder als een schot voor de boeg worden gezien.

8.4 *Aanvullende beleidsinitiatieven*

In het Witboek ‘Open en Wendbare Overheid’⁸⁰ dat op 7 juli 2017 werd goedgekeurd door de Vlaamse Regering, zijn in het hoofdstuk ‘Toekomstbestendige en innovatievriendelijke regelgeving’ twee engagementen opgenomen rond experimentwetgeving en regelluwe zones: de opmaak van een beleidskader (zie hiervoor) en verdere kennisopbouw en kennisdeling.

Dit laatste werd verder uitgewerkt in het implementatieplan ‘Witboek open en wendbare overheid’⁸¹ dat de Vlaamse Regering goedkeurde op 22 december 2017. Dat bevat een ‘Project 16: Experimentwetgeving en regelluwe zones’. Dat project is gericht op verdere kennisopbouw en -deling rond experimentwetgeving en regelluwe zones via vier specifieke acties:

- onderzoek. Het Steunpunt Bestuurlijke Vernieuwing⁸² voert in 2017 en 2018 een onderzoek uit naar regelluwe zones;
- digitale communicatie. Nieuwe beleidsontwikkelingen, praktijkvoorbeelden en conceptuele inzichten inzake experimentwetgeving en regelluwe zones, inclusief wetgevingstechnische en juridische aandachtspunten, worden via digitale kanalen gecommuniceerd aan medewerkers binnen en buiten de Vlaamse overheid;

79 Dat niet van wettelijke en decretale bepalingen mag worden afgeweken die “de grondrechten van burgers beschermen” en die “betrekking hebben op de veiligheid en gezondheid van burgers” is op zich een zinvolle bepaling die zelfs bijdraagt tot de aanvaardbaarheid van de delegatie, maar ze is te vaag geformuleerd.

80 Te raadplegen via <http://ebl.vlaanderen.be/publications/documents/104360>.

81 Te raadplegen via <http://ebl.vlaanderen.be/publications/documents/109741>.

82 Zie <https://steunpuntbestuurlijkevernieuwing.be/>.

- vorming. Tweemaal per jaar wordt een workshop georganiseerd over experimentwetgeving en regelluwe zones;
- kennisdelingsnetwerk en ondersteuning. Er wordt een digitaal netwerk opgericht waar vragen, tips en voorbeelden over experimentwetgeving en regelluwe zones worden behandeld en gedeeld binnen de Vlaamse overheid.

9 Afsluitende opmerkingen

Experimentwetgeving beantwoordt duidelijk aan een groeiende behoefte en heeft meerdere voordelen en functies. De twee belangrijkste zijn:

(1) De legitieme verwachting dat regelgeving technologische en sociale innovatie stimuleert en niet belemmert, door meer ruimte te geven aan nieuwe ideeën en experimenten die gewenste transities kunnen ondersteunen. Daar is steeds meer vraag naar doordat in hoog tempo nieuwe technologieën, innovatieve praktijken, nieuwe businessmodellen en nieuwe samenwerkingsvormen ontstaan als antwoord op diverse uitdagingen en kansen. Wanneer innovaties niet goed passen in bestaande reguleringskaders en die onvoldoende snel (kunnen) worden aangepast, remt dit hun ontwikkeling. Dat zorgt voor frustratie en gemiste kansen. Een belangrijke uitdaging is dan ook een manier te vinden om in (het maken van) regelgeving beter om te gaan met de inherente onzekerheid en snelheid van innovaties. Experimenteerruimtes worden gezien als belangrijke instrumenten daartoe, omdat er juridische ruimte wordt gecreëerd via het tijdelijk buiten werking stellen of op maat aanpassen van bepaalde bestaande wetten en regels. Zo kunnen belemmeringen en barrières geïdentificeerd en weggenomen worden en ligt de weg naar snellere innovatie open.

(2) De vraag naar effectievere en efficiëntere wetgeving, door die meer *'evidence informed'* voor te bereiden. Ook daaraan is steeds meer behoefte. Beleidsmakers worden immers geconfronteerd met maatschappelijke ontwikkelingen die complexer, omvattender en transversaler worden. Dit leidt tot kennis- en informatieproblemen, onzekerheid, en soms tegenstrijdige informatie over de effecten van deze nieuwe ontwikkelingen en van mogelijke beleidsmaatregelen. Dat maakt het vaak moeilijk om een gepast en effectief beleidsantwoord te bieden via traditionele manieren van ex ante effectinschatting en ex post evaluatie. Een alternatief is om in een experimentele setting te werken. Wetgeving maken wordt dan een iteratief leerproces waarin men nieuwe oplossingen uitprobeert, de resultaten observeert en hiervan leert. Experimenten kunnen zo ook bijdragen aan consensusbuilding, en hoge kosten, ondoeltreffend beleid en reparatiewetgeving vermijden.

Tegelijk zijn experimentwetgeving en regelluwe zones niet de enige instrumenten die dit kunnen bewerkstelligen. Bovendien zijn er ook nadelen en gevaren verbonden aan hun gebruik.

Een mogelijk risico is dat experimentwetgeving en regelluwe zones de aandacht afleiden van het werkelijke probleem, namelijk dat regelgeving niet is aangepast aan nieuwe ontwikkelingen en/of belemmerend werkt ten aanzien van nieuwe initiatieven. De nood aan aparte (juridische) ruimtes toont immers vooral dat de bestaande kaders op bepaalde vlakken tekortschieten. De eerste zorg moet zijn om het bestaande regelgevend kader te optimaliseren en aan te passen aan de wijzigende context en er bijvoorbeeld voor te zorgen dat de noodzaak tot aanpassing van regelgeving wordt verminderd. Dit kan door het maken van minder gedetailleerde regelgeving, het gebruik van flexibele en adaptieve regelgeving en vormen van niet-dwingende regulering. Experimentwetgeving en regelluwe zones kunnen helpen om het bestaande regelgevend kader te moderniseren en optimaliseren, maar kunnen noodzakelijke aanpassingen ook vertragen, bepaalde grondrechten, rechtsprincipes of beschermingsniveaus uithollen of ethische bezwaren oproepen. Experimentwetgeving kan ook oneigenlijk worden gebruikt, bijvoorbeeld als de keuze voor de beleidsmaatregel die wordt 'getest' de facto politiek al werd genomen. Wanneer experimentwetgeving en regelluwe zones worden gebruikt om te ontkomen aan de nadelen van veel te gedetailleerde regelgeving, spant men de kar voor het paard: eerst moet dan dat detailniveau worden gereduceerd (bijv. door doelregelgeving) en pas dan kan worden uitgemaakt of experimentwetgeving of regelluwe zones nodig zijn om tot innovaties te komen.

Uiteindelijk wijst de ervaring uit dat het belangrijk is dat:

- steeds per geval de nodige afwegingen worden gemaakt om te beoordelen of experimentele wetgeving en regelluwe zones noodzakelijk zijn voor, het best geschikt zijn voor en in verhouding staan tot het beoogde doel;
- de nodige waarborgen worden ingebouwd dat bepaalde grondrechten, beschermingsniveaus en randvoorwaarden worden gerespecteerd;
- bijzondere zorg wordt besteed aan de manier waarop ze worden uitgewerkt, vormgegeven en in praktijk gebracht.

De praktijkervaring in Vlaanderen toont dat deze randvoorwaarden en aandachtspunten niet steeds aanwezig zijn in de bestaande experimentwetgeving.

Geraadpleegde literatuur

Bar-Siman Tov 2015

I. Bar-Siman-Tov, *Temporary legislation, better lawmaking and experimental governance: an empirical study on the gap between theory and practice, paper prepared for the public law workshop at the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty*, 2015

Breda & Gevers 2011

J. Breda & H. Gevers, *Het experiment persoonsgebonden budget: eindverslag van de wetenschappelijke evaluatie*, Universiteit Antwerpen, Departement Sociologie

Chevallier 1993

J. Chevallier, 'Les lois expérimentales : le cas français', in C.A. Morand (red.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 121

Eijlander & Van Gestel 2016

P. Eijlander & R. van Gestel, 'Horizonwetgeving: effectief middel in de strijd tegen toenemende regeldruk?', Rapport Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Engel 2013

C.H. Engel, 'Legal Experiments: Mission Impossible?', Erasmus Law Lectures 28, Eleven International Publishing

Gersen 2007

J. Gersen, 'Temporary Legislation' (2007) *University of Chicago Law Review*, 47, p. 247

Haynes e.a. 2012

L. Haynes e.a., *Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Control Trials*, UK Cabinet Office

Howells 2005

J. Howells, 'Innovation and Regional Economic Development: A Matter of Perspective?' *Research Policy*, vol. 34, no. 8

Looten 2013

A. Looten, *Een geschiedenis van het Persoonlijk Assistentiebudget in Vlaanderen, 1987-2001*, KU Leuven, Faculteit Psychologie en Pedagogische Wetenschappen

Maass 2001

V. Maass, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, Duncker & Humblot, Berlin, 2001

Maclaine Pont, Van Est & Deuten 2015

P. Maclaine Pont, R. van Est, & J. Deuten, *Met beleid vorm geven aan socio-technische innovatie. Essay in opdracht van de directie Kennis en Innovatie Strategie van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu*, Den Haag: Rathenau Instituut

Madelin & Ringrose 2016

R. Madelin & D. Ringrose, *Opportunity now: Europe's mission to innovate*, Brussel, Europese Commissie

Mader 2001

L. Mader, Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation, *Statute Law Review*, Vol. 22, no. 2

Mandel 2009

G. Mandel, 'Regulating Emerging Technologies', *Law, Innovation & Technology*, vol. 1

NESTA 2017

NESTA, *Anticipatory Regulation: 10 ways governments can better keep up with fast-changing industries*

OECD 1997

OECD, *Regulatory Reform and Innovation. Organisation for Economic Co-operation and Development*, Paris

PBL 2016

PBL, *Het belang van een thuismarkt voor de export van eco-innovaties – inzichten uit de praktijk*, Planbureau voor de Leefomgeving

Popelier 1995

P. Popelier, Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak, te raadplegen via <http://tpr.be/logging/logpdf.php?file=content/1995/1995-1049>

Popelier 2008

P. Popelier, 'Five paradoxes on legal certainty and the lawmaker', *Legisprudence*, 2(1), p. 47-66

Ranchordás 2013a

S. Ranchordás, 'De vele gezichten van experimentwetgeving', *Tijdschrift voor Wetgeving*, vol. 1

Ranchordás 2013b

S. Ranchordás, 'The Whys and Whoes of experimental legislation', *Theory and Practice of Legislation*, 1(3), p. 415-440

Ranchordás 2014

S. Ranchordás, *Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation*. Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor aan Tilburg University en ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Antwerpen, 2014

Sabel & Zeitlin 2012

C.F. Sabel & J. Zeitlin, 'Experimentalism in the EU: Common ground and persistent differences', 6 REGUL

SERV 2016a

SERV, *Advies en achtergronddocument bij het advies experimentwetgeving en regelzone*, Brussel, SERV, 31 oktober 2016

SERV 2016b

SERV, *Advies Betere regelgeving: prioritaire voorstellen*, Brussel, SERV, 31 oktober 2016

SERV 2016c

SERV, *SERV-Platformtekst. Vlaanderen 2030. Een uitgestoken hand*, Brussel, SERV, 8 februari 2016

SERV 2018

SERV, *Advies Voorontwerp bestuursdecreet*. Brussel, 6 februari 2018

Steen 2004

B. Steen, 'Experimenten in het onderwijs: een zaak van de regering of van het parlement?', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid* 2004-05, p. 279-292

Van Damme & De Sutter 2013

M. Van Damme & B. De Sutter, 'Experimentele wetgeving', *Rechtskundig Weekblad* 2012-13, nr. 33, p. 1282-1298

Van Dyck 2016

E. Van Dyck, *Doelregelgeving en innovatie*, Meesterproef-thesis, Universiteit Antwerpen

Van Gestel 2004

R. van Gestel, 'Incident- of gelegenheidswetgeving: balanceren op het smalle koord van de trias politica', *TPR*, p. 1667-1715

Van Gestel & Van Dijck 2011

R. van Gestel & G. van Dijck, 'Better regulation through experimental legislation', *European Public Law*, 17(3), p. 539-553

Van Humbeeck 2009

P. Van Humbeeck, 'Regulatory impact analysis in Flanders and Belgium: an update on the experience and challenges', ICW Working Paper nr. 2

Van Humbeeck 2012a

P. Van Humbeeck, 'Regulatory Impact Analysis In Flanders And Belgium: Policy And Trends', Paper for the 2012 European Environmental Evaluators Network Forum, '9 - 10 February, 2012 HIVA-KU Leuven, Belgium

Van Humbeeck 2012b

P. Van Humbeeck, *Vernieuwde handleiding reguleringsimpactanalyse*, Brussel, Vlaamse overheid, Dienst Wetsmatiging

Vandenbroucke 2004

F. Vandenbroucke, *Beleidsnota 2004-2009, Vandaag kampioen in wiskunde, morgen ook in gelijke kansen*

Veerman & Bulut 2011

G.J. Veerman & S. Bulut, 'Voorbij de horizon: over experimenteer- en horizonbepalingen', *Tijdschrift voor constitutioneel recht*, 2(3), p. 291-304

Verbeeck 2004

B. Verbeeck, 'Onderwijsinnovatie, flexibiliteit en rechtszekerheid: de school als 'proeftuin'?', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid* 2004-05, p. 293-307

Verbond van het katholiek Secundair Onderwijs 2011

Verbond van het katholiek Secundair Onderwijs, *Visie op proeftuinen*, STAF/DOC/11/95, 9 juni 2011

Zeitlin 2015

J. Zeitlin, 'Introduction', in J. Zeitlin (red.) *Extending experimentalist governance?*, The European Union and Transnational Regulation, 1, 10-11

Verslag jaarvergadering 7 juni 2018

mr. P.E.M. de Boer-Mos & mr. S.S. Zoeteman¹

Inleiding van mevrouw S.H. Ranchordás over het preadvies ‘Experimentwetgeving: pad naar innovatie of de democratische rechtsstaat onder druk?’

Met haar bijdrage ‘Experimentwetgeving: pad naar innovatie?’ leidt Ranchordás haar preadvies in. Kernpunten van haar inleiding zijn de relatie tussen experimentwetgeving en de bevordering van innovatie, rechtsbeginsele en een interdisciplinaire analyse van het innovatieproces.

Ranchordás merkt op dat experimentwetgeving een voorbeeld is van responsieve en *evidence-based* wetgeving. Wetgeving die is gestoeld op hard bewijs en niet op meningen. Het kan nuttig zijn om een nieuwe richting uit te proberen en inzicht te verkrijgen in nog onbekende effecten van nieuwe regelgeving. Daarmee biedt experimentwetgeving flexibiliteit. De toepassing van “een *learning by doing*-benadering” via experimenten voorziet mede in de al langer bestaande vraag naar meer ruimte voor innovatieve aanpakken en minder regels. Ranchordás waarschuwt er in haar preadvies evenwel voor dat de balans tussen de vereiste duidelijkheid en flexibiliteit moeilijk is te vinden: het juridische kader van experimenteerbepalingen kan niet altijd volledig zijn.

Experimentwetgeving heeft een aantal functies, vervolgt de preadviseur. Zij onderscheidt de vermindering van regeldruk, een tijdelijk compromis, de doeltreffendheid en doelmatigheid van wetgeving.

De relatie tussen regeldruk en tijdelijke wetgeving werd in de afgelopen jaren bestudeerd door meerdere academici. Zo vonden Eijlander en Van Gestel geen correlatie tussen het gebruik van horizonbepalingen en de vermindering van regeldruk.

Een experimenteerbepaling bevat de belofte van een heroverweging en de kans dat de nieuwe regels vervallen en alles wordt teruggedraaid naar de

1 Mr. Petra de Boer-Mos is wetgevingsjurist bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en adjunct secretaris van de vereniging. Mr. Sven Zoeteman is wetgevingsjurist bij het ministerie van Justitie en Veiligheid en secretaris van de vereniging.

voorafgaande situatie, beschrijft Ranchordás in haar preadvies. De voorstanders van experimenteerregels hopen dat het experiment zal vaststellen dat de nieuwe regels effectiever zijn; de tegenstanders beschouwen het experiment als een tijdelijk compromis.

De vraag naar *evidence-based* wetgeving is volgens Ranchordás toegenomen. De legitimiteit en rationaliteit van wetgeving worden versterkt door feiten en hard bewijs. Door middel van een experiment probeert de wetgever bewijs te vergaren over de effectiviteit van nieuwe bepalingen. Op deze manier kunnen de effecten van nieuwe oplossingsrichtingen kleinschalig worden vastgesteld.

Redenen voor de wetgever om over te gaan tot experimentwetgeving ziet de preadviseur in de democratische legitimiteit en leerfunctie van dergelijke wetgeving, en het innovatieprincipe. De evaluatie van experimenten met inbreng van burgers kan bijdragen aan de democratische legitimatie van wetgeving. Volgens het innovatieprincipe houdt de wetgever rekening met de impact van regels op innovatie en vernieuwing. Waar volgens Ranchordás tot voor kort het voorzorgbeginsel nog centraal stond, waarbij de nadruk lag op risico's in plaats van mogelijkheden, wordt de nadruk nu meer gelegd op het bieden van voldoende ruimte voor vernieuwing en ondernemerschap.

Ook het Europees Economisch en Sociaal Comité (hierna: EESC) heeft zich gebogen over experimentwetgeving. Het advies van EESC uit 2016 biedt vooral een reflectie op de definitie van toekomstbestendige wet- en regelgeving, beschrijft Ranchordás in haar preadvies. Het EESC doet geen aanbevelingen op het concrete niveau van het instrumentarium van de wetgever. Wel beschrijft het toekomstbestendige wetgeving aan de hand van haar kenmerken: “De Europese regelgeving is toekomstbestendig als zij *proactief* en toekomstgericht is en *maximale juridische duidelijkheid* en *rechtszekerheid* biedt. Het EESC pleit daarom voor een regelgeving die *zich aanpast* en tevens toekomstgericht is.”

Ranchordás staat vervolgens stil bij ‘Wetgeving v. Innovatie’. Zij vraagt zich daarbij in de eerste plaats af wat de rol van het recht is. Verder wijst zij op de problematiek van het proberen te vatten van nieuwe ontwikkelingen in bestaande kaders. Als onduidelijkheid bestaat over juridische kwalificaties en de risico's die innovaties kunnen meebrengen, kan het lastig zijn om te specificeren van welke bepalingen gedurende een bepaalde periode kan worden afgeweken en onder welke voorwaarden. Ranchordás vestigt ook de aandacht op de opleiding van juristen. Bij de meeste juristen is de opleiding nog steeds gericht op de bestudering van doctrinair onderzoek, jurisprudentie en “*Black letter law*” en niet op een interdisciplinaire bestudering van de wer-

kelijkheid, voegt de preadviseur toe. Dit betekent volgens haar dat juristen vaak technologie niet ‘van binnen’ kunnen begrijpen.

De staatsrechtelijke grenzen van experimentwetgeving worden volgens Ranchordás getrokken bij de beginselen van algemeenheid en gelijkheid, legaliteit, grondrechten, evenredigheid en rechtszekerheid. Experimentwetgeving lijkt immer algemeenheid te missen: experimenteerregelingen gelden voor een bepaalde periode en voor een bepaalde groep; gedurende deze periode zullen burgers niet gelijk zijn voor de wet. Algemeenheid houdt echter niet in dat alle regels altijd gelijkelijk moeten gelden, meent de preadviseur. Wat betreft het legaliteitsbeginsel merkt zij onder meer op dat het tijdelijke karakter van experimenteerwetgeving geen excuus is om af te wijken van de kwaliteitseisen die aan wetgeving worden gesteld. Het vereist bovendien een transparante, duidelijke en begrensde grondslag voor experimenteerregelingen.

Ranchordás concludeert dat er geen geheime formule bestaat voor de bevordering van innovatie. Verder roept zij de kloof tussen recht en innovatie in herinnering. Mede in dat verband benadrukt zij de mogelijkheden van interdisciplinaire inbreng. Tot besluit benadrukt Ranchordás het belang van evenredige, objectieve en werkbare criteria voor experimentwetgeving.

Inleiding door mevrouw E.S. Cnossen en mevrouw L.L. van der Laan over het preadvies ‘Structurele experimenteergrondslagen: een blik op de wetgevingspraktijk’

Om te beginnen illustreren Cnossen en Van der Laan aan de hand van krantenkoppen dat de behoefte aan experimenteren op veel gebieden bestaat. In kabinetsstandpunten is de laatste jaren meer aandacht gevraagd voor experimenten als instrument om wetgeving wendbaar en toekomstbestendig te maken, vervolgt Cnossen. In het regeerakkoord van het kabinet Rutte III is ook een groot aantal experimenten afgesproken (24). Bijvoorbeeld op het gebied van de rechtspraak, daar komt wetgeving die experimenten met eenvoudige procedures voor rechters mogelijk maakt. Een ander voorbeeld is wet- en regelgeving voor het gedoogd telen van wiet.

Van der Laan merkt op dat beide preadviseurs net als andere beleidsmedewerkers en wetgevingsjuristen in Den Haag de laatste jaren steeds vaker voor de opdracht hebben gestaan experimenteerregeling te ontwikkelen. Zij vinden dat niet eenvoudig: de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: de Aanwijzingen) bieden weinig houvast en er zijn weinig handreikingen beschikbaar. Hoe ga je met zo’n opdracht om? Welke aanknopingspunten zijn er? Daarin hebben de preadviseurs in hun bijdrage meer inzicht willen bieden.

Dan blijkt volgens Van der Laan allereerst dat er de afgelopen pakweg twintig jaar steeds meer structurele grondslagen tot stand zijn gekomen. Dus geen tijdelijke grondslagen voor specifieke experimenten, zoals bijvoorbeeld op het terrein van het kiesrecht, maar permanente grondslagen die meerdere nog onvoorziene experimenten mogelijk maken. Die hebben Cnossen en Van der Laan in beeld proberen te brengen, in de hoop daaruit lessen te kunnen trekken voor de ontwikkeling van nieuwe experimenteergrondslagen en voor het wetgevingskwaliteitsbeleid daarover. Zij hebben daarvoor ook gesproken met betrokkenen van andere ministeries (die in de zaal zitten). Dat was geen sinecure: achter elk van de bestaande grondslagen gaat natuurlijk een wereld schuil. De preadviseurs spreken de hoop uit dat de aanwezigen hen zullen aanvullen en waar nodig corrigeren. Zij kondigen aan in hun inleiding achtereenvolgens te spreken over wetgevingskwaliteitsbeleid over experimenten, wettelijke experimenteergrondslagen en reflectie op het kwaliteitsbeleid en de praktijk.

Zoals bij alle delegatiegrondslagen speelt het primaat van de wetgever in de discussie over experimenteergrondslagen een belangrijke rol, opent Van der Laan het onderdeel wetgevingskwaliteitsbeleid. Een belangrijke speler in die discussie is de Raad van State, die in de jaren '90 enkele zeer kritische adviezen uitbracht over voorgestelde experimenteergrondslagen. Van der Laan licht het advies over de voorgestelde experimenteergrondslag sociale zekerheid uit 1999 uit. Naar aanleiding van dit advies is een heel ander wetsvoorstel ingediend, met relatief concrete grondslagen voor specifieke experimenten. Die zijn na afloop van de experimenten vervallen verklaard. Dit advies vormde ook een aanleiding tot discussie over de kwaliteitseisen voor experimenteergrondslagen. Die discussie resulteerde rond de eeuwwisseling in het IWB-rapport 'Het proberen waard', dat de basis vormt voor de desbetreffende Aanwijzingen. Die zijn in 2005 ingevoegd en per 1 januari 2018 herzien en vernummerd tot 2.41 en 2.42, vervolgt Van der Laan. Daarbij is een aantal wijzigingen doorgevoerd die niet of nauwelijks zijn toegelicht. De preadviseur staat vervolgens bij de Aanwijzingen stil. Zij benadrukt onder meer dat in de experimenteerregeling vermeld dient te worden van welke specifieke wetsbepalingen bij het experiment wordt afgeweken (Ar 2.41, derde lid). Voor wat betreft de evaluatie is voorgeschreven dat in de toelichting bij een experimenteerregeling wordt aangegeven hoe evaluatie plaatsvindt en wordt een model voor een evaluatiebepaling weergegeven (Ar 2.42).

Vervolgens bespreekt Cnossen de praktijk: hoe wordt in de praktijk met de Aanwijzingen omgegaan? De preadviseur geeft een overzicht van bestaande en voorgestelde structurele wettelijke experimenteergrondslagen per ministerie. Zij maakt daarbij de kanttekening dat het gaat om een inventarisatie en geen wetenschappelijk onderzoek. Inclusief de door de preadviseurs ge-

noemde grondslagen in voorbereiding zijn er 35 wetten met een structurele experimenteergrondslag.

Daarna gaat Cnossen in op de vraag hoe de experimenteerbepalingen eruit zien. De terreinen die zich lenen voor experimenten lopen zeer sterk uiteen: van het onderwijs, het omgevingsrecht, de sociale zekerheid en het wegverkeersrecht tot de voorschriften over justitiële jeugdinrichtingen en de rechtspraak. Ook de afbakening van de mogelijke experimenten loopt per grondslag sterk uiteen. Meestal worden het oogmerk van de mogelijke experimenten en de onderdelen van de wet waarvan kan worden afgeweken omschreven. Dat gebeurt echter lang niet altijd even concreet, voegt Cnossen toe. De experimenteergrondslag in de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen is bijvoorbeeld vrij specifiek: per wetsbepaling waarvan kan worden afgeweken is het bijbehorende experimenteel doel geformuleerd. Maar vaker zien de preadviseurs dat de mogelijke afwijkingen ruim worden geformuleerd, omdat beoogd is nog onvoorziene experimenten mogelijk te maken. Voorbeelden zijn te vinden in de Crisis- en herstelwet, de Omgevingswet en de onderwijswetten. Sinds 1 januari 2018 moet de experimenteergrondslag volgens de Aanwijzingen ook het *bereik* van de experimenteerregeling afbakenen. Volgens de toelichting is gedacht aan een territoriale afbakening of een afbakening naar bepaalde groepen personen of instellingen. Voor wat betreft de maximumduur lopen de grondslagen ook sterk uiteen. Zij vinden maxima van bijvoorbeeld 1, 2 of 3 jaar, tot wel 10 jaar. Soms is er helemaal geen maximum opgenomen. Bijvoorbeeld in de Omgevingswet: die laat de bepaling van de tijdsduur aan de regering.

In de meeste gevallen moet de uitwerking plaatsvinden bij algemene maatregel van bestuur (hierna: amvb), vervolgt Cnossen. Soms is daarbij voorzien in de mogelijkheid van subdelegatie. De preadviseurs zien echter ook steeds vaker grondslagen die het mogelijk maken om concrete experimenten uit te werken via beschikkingen, vooral op de terreinen van EZK en LNV en in de nieuwe experimenteerwet over zelfrijdende auto's. Het laatstgenoemde voorstel voorziet in een vergunningensysteem, zodat specifieke eisen en waarborgen opgesteld kunnen worden.

Opvallend vinden de preadviseurs dat veel wettelijke experimenteergrondslagen een evaluatiebepaling bevatten volgens het model van Aanwijzing 2.42, dat bedoeld is voor een evaluatiebepaling in een concrete experimenteerregeling.

Voor wat betreft de parlementaire betrokkenheid merkt Cnossen op dat verreweg de meeste experimenteergrondslagen die voorzien in uitwerking bij amvb, een voorhangbepaling bevatten. Vrijwel altijd gaat het daarbij om voorhang voor vier weken.

Een punt waarop de Aanwijzingen wat de preadviseurs betreft nu onvoldoende houvast bieden, is de vraag hoe concreet en nauwkeurig de reikwijdte van een wettelijke experimenteergrondslag afgebakend moet worden. Van der Laan merkt op dat de praktijk grondslagen laat zien waarin zowel de mogelijke afwijkingen van wetsbepalingen als de experimenteerdoelen zeer ruim zijn omschreven om ruimte te bieden voor nog onvoorziene experimenten. Voorbeelden zijn artikel 2.4 van de Crisis- en herstelwet, artikel 3 van de Wet personenverkeer 2000, de experimenteerbepalingen op het terrein van Financiën en de nieuwe Omgevingswet. In elk van deze gevallen adviseerde de Raad van State – veelal onder verwijzing naar de Aanwijzingen – om de grondslagen nader af te bakenen, telkens gevolgd door de reactie van de regering dat het niet wenselijk zou zijn de mogelijke experimenten te zeer te begrenzen. In elk van deze gevallen stemde het parlement vervolgens in.

In dit licht stelt Van der Laan de vraag wat precies de strekking is van Ar 2.41, eerste lid, onderdelen a en b. Zijn brede experimenteergrondslagen voor nog niet concreet voorziene experimenten nu wel of niet toegestaan? Hoewel bij de recente herziening van de Aanwijzingen mogelijk een versoepeling is beoogd, lijkt Ar 2.41 nog steeds een voorkeur uit te drukken voor ‘ad hoc-grondslagen’ voor specifieke experimenten die in de wet concreet en nauwkeurig worden afgebakend, meent Van der Laan. In ieder geval heeft de Raad van State de aanwijzingen op deze wijze uitgelegd. De preadviseurs vragen zich af of zulke terughoudendheid bij experimenten, die zijn gericht op een tijdelijke en kleinschalige afwijking van de wet ten behoeve van de oordeelsvorming door de wetgever over een structurele wetswijziging noodzakelijk is.

Vanuit staatsrechtelijk perspectief merkt Van der Laan op dat het legaliteitsbeginsel zich daartegen niet hoeft te verzetten, nu het de wetgever zelf is die de regering tot het inrichten van experimenten machtigt en de wetgever daarbij kan voorzien in parlementaire betrokkenheid bij de uitwerking van concrete experimenten. Bovendien heeft het parlement bij de vraag of het experiment moet worden omgezet in een definitieve regeling weer volledige medezeggenschap. Eigenlijk gebruik van experimenteergrondslagen kan ook op andere manieren verzekerd worden, zoals het stellen van eisen aan de regeling waarbij experimenten worden uitgewerkt. Cnossen en Van der Laan voegen daar in hun preadvies twee praktische argumenten aan toe. In de eerste plaats: zij zijn tijdens hun inventarisatie op verschillende regelingen over experimenten gestuit die niet op een uitdrukkelijke wettelijke basis voor experimenten berusten. Dat hoeft niet te verbazen: er bestaan allerlei ruime wetsbepalingen, zoals ontheffingsmogelijkheden, die daarvoor kunnen worden benut. Een nadeel is dat dergelijke bepalingen niet zijn voorzien van specifieke waarborgen voor experimenten. Dat lijkt de preadviseurs als uitgangspunt voor het wetgevingskwaliteitsbeleid niet wenselijk: zij willen

vasthouden aan het uitgangspunt dat experimenten op een expliciete wettelijke basis berusten. Dat heeft als voordeel dat de wetgever zich van tevoren uitspreekt over de terreinen die zich lenen voor experimenten en de waarborgen die daarbij aangewezen zijn. Dat uitgangspunt lijkt de preadviseurs alleen houdbaar als er voldoende ruimte is om expliciete experimenteergrondslagen te introduceren. In de tweede plaats: het vereiste dat de reguliere wetgevingsprocedure wordt doorlopen kan ertoe leiden dat wordt afgezien van experimenteren en direct wordt gekozen voor een structurele wetswijziging, die niet gepaard hoeft te gaan met evaluatieverplichtingen, onzekerheid en mogelijk een volgend wetgevingstraject. Het is de vraag of de kwaliteit van wetgeving daarbij is gebaat.

Als niet onbelangrijk in dit verband betitelt Van der Laan dat de behoefte aan ruimte om experimenten op een lager niveau van regelgeving in te richten niet alleen bij de regering leeft; ook vanuit de Tweede Kamer zijn experimenteergrondslagen voorgesteld en is gevraagd om meer ruimte voor experimenten. Beide Kamers hebben inmiddels al vele malen ingestemd met ruim geformuleerde experimenteergrondslagen. In verreweg de meeste gevallen hebben de Kamers ofwel geen opmerkingen over de experimenteergrondslag gemaakt, ofwel hoofdzakelijk positief gereageerd. Soms worden er wel kritische vragen gesteld, bijvoorbeeld of er wel geld beschikbaar is voor experimenten of hoe de belangen van deelnemers gewaarborgd worden. Maar tegen de inrichting van experimenten bij amvb of de reikwijdte van de voorgestelde bepaling worden zeer zelden bezwaren aangevoerd. Soms komen de voorstellen voor experimenteergrondslagen uit de Kamer zelf. Vanuit de Eerste Kamer worden in veel gevallen geen opmerkingen gemaakt. Cnossen en Van der Laan durven hieruit voorzichtig af te leiden dat ook in het parlement de (rechts)opvattingen over de concreetheid waarmee de toegestane afwijkingen worden afgebakend zijn gewijzigd. Zij zouden willen pleiten voor een verduidelijking van de Aanwijzingen op dit punt, waarbij minder strikte eisen worden gesteld aan de omlijning van de toegestane afwijkingen en experimenteerdoelen op het niveau van de wet. Zinvoller lijkt het hen om de aandacht te richten op andere mogelijke waarborgen om een eigenlijk en zorgvuldig gebruik van de geboden experimenteerterruimte te verzekeren.

Cnossen merkt op dat de preadviseurs in de wetgevingspraktijk hebben gezocht naar aanknopingspunten voor andere mogelijke waarborgen die in de wettelijke experimenteergrondslagen kunnen worden opgenomen.

Als het gaat om procedurele waarborgen noemt zij in de eerste plaats parlementaire betrokkenheid. De opmerking over parlementaire betrokkenheid is sinds 1 januari 2018 uit de toelichting bij de Aanwijzingen verdwenen. Tot die tijd werd overwogen dat parlementaire betrokkenheid in de rede ligt als een experimentele regeling van de wet afwijkende regels kan bevatten. Deze

passage is niet teruggekeerd in de toelichting bij Ar 2.41. Een verklaring zou kunnen zijn dat de Aanwijzingen terughoudendheid voorschrijven met parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde wetgeving. De preadviseurs vinden het wenselijk om parlementaire betrokkenheid weer op te nemen in de Aanwijzingen bij de totstandkoming van experimenteerregelingen. Zeker waar experimenteergrondslagen de mogelijke afwijking minder concreet omlijnen ligt parlementaire betrokkenheid voor de hand. In de tweede plaats stipt Cnossen de evaluatie van experimenten aan. De praktijk laat een groot aantal voorbeelden zien van grondslagen met evaluatieverplichting als waarborg dat het parlement wordt geïnformeerd over de resultaten. Deze evaluatie vindt overigens, zoals Rianne Jacobs in haar oratie ook opmerkte, niet altijd plaats, voegt Cnossen toe. Het lijkt de preadviseurs wenselijk om meer duidelijkheid over een evaluatiebepaling te bieden. De toelichting bij Aanwijzing 2.42 merkt nu alleen op dat een verplichting in alle gevallen een expliciete evaluatiebepaling onnodig is. Wat betreft procedurele waarborgen noemt Cnossen tot slot de wettelijke verplichting om onderwerpen bij amvb te regelen. Dit zien we steeds vaker, bijvoorbeeld in de Omgevingswet. Bij amvb kan bepaald worden welke afwijkingen na afloop van een experiment toegestaan blijven, zonder dat dit structureel wordt geregeld.

Als het gaat om meer inhoudelijke waarborgen noemt Cnossen eerst dat concrete afbakening niet altijd mogelijk is. Denkbaar acht zij dat de waarden waarvan niet mag worden afgeweken op andere wijze worden omschreven. Een voorbeeld biedt de Experimentenwet rechtspleging, die momenteel in voorbereiding is. In de consultatieversie van het wetsvoorstel worden bepaalde rechten en beginselen opgesomd die in elk experiment in acht moeten worden genomen, zoals het recht op toegang tot de rechter en de beginselen van een goede procesorde. Er zijn ook andere waarborgen voor deelnemers denkbaar, zoals vrijwillige deelname. Andere mogelijkheden zijn verplichte compensatie van de deelnemers wanneer ongerechtvaardigde verschillen tussen deelnemers en anderen optreden of een beperking van het aantal deelnemers.

Ten slotte poneert Van der Laan een drietal stellingen.

- (1) Experimenten waarbij van de wet wordt afgeweken, moeten berusten op een uitdrukkelijke wettelijke basis. Om te verzekeren dat de wetgever zich uitspreekt over de waarborgen die bij experimenten zouden moeten gelden, voegt Van der Laan hieraan toe.
- (2) De Aanwijzingen zouden minder strenge eisen moeten stellen aan de wettelijke afbakening van toegestane afwijkingen van de wet. Om ruimte te bieden voor het onvoorziene, legt de preadviseur uit.
- (3) De Aanwijzingen zouden meer aandacht moeten besteden aan andere mogelijke wettelijke waarborgen, zoals parlementaire betrokkenheid.

Om een eigenlijk en zorgvuldig gebruik van de geboden experimenteer-
ruimte te verzekeren, merkt Van der Laan ten slotte op.

**Inleiding van de heer P.G. Van Humbeek en de heer
J.M.M. Van Nieuwenhove over het preadvies ‘Ervaringen met
experimentwetgeving in Vlaanderen’**

Het preadvies over ervaringen met experimentwetgeving in Vlaanderen is geschreven door Tim Buyse, Peter Van Humbeek en Jeroen Van Nieuwenhove gezamenlijk. Namens het auteursteam voert Van Humbeek als eerste het woord. Hij schetst de achtergrond van de Vlaamse belangstelling voor experimentwetgeving en belicht enkele ervaringen en aanbevelingen. Van Nieuwenhove verhaalt vervolgens over de juridische vertaling van de aanbevelingen door de Vlaamse regering en de ideeën van de auteurs hierover.

In 2015 besloot de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (hierna: SERV) zich nadrukkelijker te richten op experimentwetgeving en regelluwe zones. Er waren meerdere aanleidingen, waarvan Van Humbeek de twee voornaamste uitlicht. In de eerste plaats maatschappelijke ontwikkelingen, meer in het bijzonder digitalisering en de transitie naar een circulaire economie. In hoog tempo ontstaan nieuwe technologieën, innovatieve praktijken, nieuwe businessmodellen en samenwerkingsvormen. Vanuit de SERV zijn hierover gesprekken gevoerd met het bedrijfsleven en kennisinstellingen. Als opvallende constante noemt Van Humbeek de vraag naar experimenteerruimte. Die vraag komt voort uit een zekere frustratie over beleidskaders en regelgeving die niet passen op de ontwikkelingen, en vooral over de traagheid waarmee die worden aangepast in vergelijking met het tempo van ontwikkelingen. Dat zorgt onder meer voor onduidelijkheid en belemmeringen. Tegelijk stelt Van Humbeek vast dat de ontwikkelingen niet alleen snel gaan, maar dat ook de onzekerheid en onvoorspelbaarheid ervan toenemen. Daardoor neemt de complexiteit toe. Dat gegeven maakt het moeilijker om effectieve beleidsmaatregelen te kiezen via traditionele manieren van ex ante impactevaluatie.

Dit alles leidt tot de vraag naar een nieuwe benadering, vervolgt Van Humbeek. Een nieuw soort regelgeving, die beter omgaat met de inherente onzekerheid en snelheid van innovaties, en die zelf innovatiever en wendbaarder is. Experimenteerruimtes en regelluwe zones, met ruimte voor proeftuinen, *testbeds* of *sandboxes*, *living labs*, worden in de gesprekken met de praktijk vaak gezien als belangrijke instrumenten daartoe, omdat er juridische ruimte wordt gecreëerd via het tijdelijk buiten werking stellen of op maat aanpassen van bepaalde bestaande wetten en regels.

De tweede aanleiding voor het inzoomen op experimentwetgeving door de SERV waren de inzichten uit de gedragswetenschappen en de toenemende belangstelling van het beleid daarvoor. In Vlaanderen heeft de SERV daarin zelf een belangrijke rol gespeeld, merkt Van Humbeeck op. Die inzichten leiden niet alleen tot nieuwe beleidsinstrumenten zoals *nudges*, maar ook – opnieuw – tot de vraag naar een andere werkwijze bij het ontwerpen van wetgeving en beleid, meer iteratief, ‘al zoekend en lerend’. De gedragseconomie leert namelijk dat mensen minder rationeel handelen dan doorgaans impliciet wordt verondersteld in beleid en wetgeving, én dat het vaak vooraf onvoorspelbaar is hoe mensen echt reageren op nieuwe wetgeving. We weten dat niet, en kunnen dat vaak ook niet weten als we het niet eerst testen in reële situaties, licht Van Humbeeck toe. In plaats van ‘wetgeving telkens als een groot experiment loslaten op de hele maatschappij’, is de vraag om een nieuwe wettelijke regeling eerst, via *randomized controlled trials*, in verschillende varianten op kleine schaal in de praktijk te testen om te kijken wat het beste werkt, vooraleer wetgeving breed toe te passen.

Van Humbeeck voegt hieraan toe dat behalve het inzicht in het nut van experimentwetgeving er ook veel vragen en scepsis leefden. Vragen als: hoe zorgen we ervoor dat experimenteren niet ten koste gaat van de juridische deugdelijkheid en de kwaliteit van regelgeving? Hoe zorgen we voor rechtszekerheid en vermijden we dat bepaalde grondrechten of beschermingsniveaus worden uitgehold? Is experimentwetgeving wel altijd het antwoord? Zijn er geen betere alternatieven?

In dit licht hebben de preadviseurs literatuuronderzoek gedaan, buitenlandse ervaringen bekeken, twee SERV-academies georganiseerd, met onder andere de WRR (Will Tiemeijer) en Sofia Ranchordás, en ook de Vlaamse voorbeelden bekeken en geanalyseerd. Want die voorbeelden zijn er, vooral in onderwijs, welzijn en gezondheid, mobiliteit en wonen, merkt Van Humbeeck op. Hij vat de conclusie als volgt samen: er zijn soms goede voorbeelden, maar soms – en misschien vaker – vertoont de bestaande experimentwetgeving tekorten. Van Humbeeck noemt enkele voorbeelden, die tevens in het preadvies zijn uitgewerkt. Zo worden de resultaten van experimentwetgeving soms niet afgewacht of werd de keuze voor de beleidsmaatregel die wordt ‘getest’ de facto politiek al genomen.

Aan de hand van deze analyse hebben de preadviseurs een vijftal aandachtspunten en beleidsaanbevelingen geformuleerd. De eerste vier zijn zaken die in elk ‘project’ aanwezig zouden moeten zijn. De vijfde is meer generiek. Van Humbeeck merkt op dat elk project waarin wordt geëxperimenteerd ten eerste een duidelijke motivering en doelstelling zou moeten hebben. Dat moet er onder andere voor zorgen dat oneigenlijk gebruik wordt voorkomen en dat de experimentwetgeving of regelluwe zone proportioneel is, en

niet leidt tot het onevenredig of willekeurig uitschakelen van bestaande regelgeving. In de tweede plaats moet er een politiek, ambtelijk en maatschappelijk draagvlak zijn. Het is aangewezen om alle belanghebbenden nauw te betrekken bij de opzet, vormgeving, uitvoering en evaluatie. Verder moet worden voldaan aan de voorwaarde van een goede vormgeving en uitwerking. De nodige waarborgen moeten worden ingebouwd zodat bepaalde grondrechten en beschermingsniveaus worden gerespecteerd. Voorts dient sprake te zijn van een goede wetenschappelijke omkadering. Evaluatie ex post is essentieel. De resultaten moeten op een transparante en deskundige manier worden geëvalueerd en gevalideerd. Ten slotte moet er een generiek beleids- en juridisch kader zijn. De auteurs menen dat minimale algemene regels en richtlijnen voor experimentwetgeving en regelluwe zones nodig zijn. Dat voorkomt dat men steeds opnieuw het wiel moet uitvinden of essentiële zaken vergeet. Tegelijk moet ruimte worden gelaten voor het nodige maatwerk, besluit Van Humbeek.

Van Nieuwenhove vervolgt namens het auteursteam met de voorgestelde Vlaamse wettelijke regeling inzake experimentregelgeving en regelluwe zones. Hij licht toe dat deze regeling is gebaseerd op een advies van de SERV uit 2016. De Vlaamse regering heeft vervolgens een conceptnota opgesteld, waarin een juridisch kader in het vooruitzicht wordt gesteld dat bestaat uit drie niveaus. Eerst komt er een algemene regeling in het voorstel van Vlaams bestuursdecreet (ten dele vergelijkbaar met de Nederlandse Awb). Vervolgens komt er voor elk specifiek project een besluit van de Vlaamse regering (vergelijkbaar met een Nederlandse amvb) waarin onder meer de decretale bepalingen worden vermeld waarvan mag worden afgeweken. Die afwijking moet nadien worden bekrachtigd door de decreetgever. In de derde plaats komt er een algemene omzendbrief (circulaire), complementair met de algemene regeling in het bestuursdecreet, waarin verduidelijking en aanbevelingen worden opgenomen.

De Raad van State (hierna: de Raad) gaf op 16 mei 2018 advies 63.130/3 over de voorgestelde regeling. Hierin stelt de Raad vooreerst dat “[v]oor zover experimentregelgeving en regelluwe zones leiden tot het meer aangepast zijn van regelgeving aan nieuwe maatschappelijke, economische, technologische omstandigheden en, bijgevolg, tot een verbetering van de kwaliteit van regelgeving, (...) de Raad van State het gebruik ervan enkel [kan] bijtreden”. De Raad omarmde dus experimentregelgeving in zoverre die kan bijdragen tot innovatie waar dat met de geëigende middelen (wijzigingswetgeving) niet mogelijk is, vat Van Nieuwenhove samen. Dat is een principiële positieve stellingname, maar die ging wel gepaard met niet onaanzienlijke juridische bedenkingen en voorbehouden.

Van Nieuwenhove merkt op dat in de eerste plaats de ruime delegatie aan de Vlaamse regering kritisch werd beoordeeld. Die delegatie was zo ruim, dat ze kon neerkomen op wat in het Belgisch constitutioneel recht wordt omschreven als ‘het toekennen van bijzondere machten aan de uitvoerende macht’. In dat geval is echter vereist dat uitzonderlijke of crisissomstandigheden voorliggen en dat de delegatie slechts voor een beperkte periode zou gelden. Belangrijker nog was de kritiek op de algemene constitutionele voorwaarden inzake delegatie, namelijk dat delegaties nauwkeurig en on dubbelzinnig moeten zijn geformuleerd. Op dat punt schoot de regeling om verschillende – in het preadvies behandelde – redenen tekort.

In de tweede plaats wees de Raad erop dat experimentregelgeving en regel-luwe zones op gespannen voet kunnen staan met andere, al dan niet grond-wettelijke rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, vervolgt Van Nieuwenhove. De beoordeling daarvan kan echter niet gebeuren bij deze decretale regeling in haar algemeenheid, maar zal moeten gebeuren bij de advisering over elk af-zonderlijk uitvoeringsbesluit.

Ten tijde van de jaarvergadering is nog niet duidelijk in welke mate met dit advies rekening zal worden gehouden en bijgevolg thans onbekend hoe de uiteindelijke decretale regeling na de bespreking in het Vlaams parlement in het najaar van 2018 eruit zal zien.

Van Nieuwenhove sluit af met een naar de mening van de auteurs even diep-zinnige als terechte bedenking in het jaarverslag 2017 van de Nederlandse Raad van State. Hierin werd gewezen op de toenemende regelcomplexiteit en -verstrengeling en de (soms) overmatige detaillering die daarmee ge-paard gaat. Het gevolg daarvan is dat de behoefte aan uitzonderingen op die overmatige regelgeving toeneemt. Experimentwetgeving speelt hierop in en kan een oplossing vormen. Maar als experimentwetgeving wordt ingezet als een middel om nog tot innovaties te komen in sectoren die eerder door de overheid volledig zijn “dichtgereregeld”, spannen we de kar voor het paard. Regeldrift moet in de eerste plaats worden ingetoomd, anders is experi-mentwetgeving *kurieren am Symptom*.

Referaat van de heer F. van Gogh

De discussie met de zaal wordt ingeleid met een referaat van Florent van Gogh, werkzaam als wetgevingsjurist bij het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, waar hij zich onder meer bezighoudt met regelgeving op het gebied van zelfrijdende voertuigen.

Van Gogh geeft aan dat experimenteerregelgeving iets is van de laatste twintig jaar en dat hier steeds meer vraag naar is. Ondanks deze grote populariteit merkt hij op dat verdere ontwikkeling van het onderwerp nog zal plaatsvinden. In feite vormt het nu nog een experiment van zichzelf: we experimenteren met experimenteerbepalingen.

Van Gogh gaat om te beginnen in op experimenten waarbij onderzocht wordt of een nieuwe ontwikkeling of product ook in het echt werkt, dus experimenten in de werkelijkheid. Experimenteerwetgeving biedt de mogelijkheid om tijdelijk af te wijken van wettelijke voorschriften om een bepaalde ontwikkeling of product te kunnen testen en uiteindelijk om te zetten in permanente wetgeving.

Het nut van experimenten wordt vaak bekeken vanuit het perspectief van de wetgever, maar ook vanuit de maatschappij is er vraag naar experimenteerwetgeving. Bij de zelfrijdende auto is bijvoorbeeld te zien dat ook fabrikanten van zelfrijdende auto's vragen om experimenteerwetgeving. Fabrikanten willen namelijk graag hun producten onder supervisie van de overheid kunnen testen in echte situaties. Dat helpt hen in het doorontwikkelen van hun product. De keuring door de RDW is in feite een onderdeel van hun ontwikkelplan.

De essentie van een experiment is volgens Van Gogh dat er een bepaald onderzoeksdoel is waarvan men wil weten of dat doel ook wordt bereikt door het toepassen van een bepaalde ontwikkeling of een bepaald product. Om te bepalen of het doel is bereikt zal het experiment dus na afloop moeten worden geëvalueerd. Op die manier kan worden onderzocht of een afwijking van een bepaald wettelijk voorschrift zin heeft en in welke mate moet worden afgeweken. Van Gogh refereert aan Van der Laan en Cnossen, die in hun preadvies opmerken dat in de toelichting bij de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: de Aanwijzingen) staat dat het niet in alle gevallen nodig is om een expliciete evaluatiebepaling op te nemen. Zij kunnen daarvoor echter geen goede onderbouwing vinden. Ook in de preadviezen van Buyse, Van Humbeek en Van Nieuwenhove en van Ranchordás wordt evaluatie genoemd als belangrijk onderdeel van een experiment. De referent concludeert dat een bepaalde vorm van evaluatie voor experimenten dan ook altijd nodig zal zijn.

De Aanwijzingen bevatten naast het omschrijven van een doel van de evaluatie ook andere criteria waar een experiment aan moet voldoen. Wat niet genoemd staat, maar wel belangrijk is volgens Van Gogh, is dat er ook gedacht zou moeten worden aan het voorschrijven van beheersmaatregelen als een experiment wordt beëindigd. Buyse, Van Humbeek en Van Nieuwenhove beschrijven bijvoorbeeld een experiment voor het toekennen van

een persoonlijk assistentiebudget. Met dat experiment werd nagegaan of het toekennen van zo'n budget een haalbaar en volwaardig alternatief is voor assistentie verleend door een dienst voor zelfstandig wonen voor fysiek gehandicapte personen. Eén van de kritiekpunten op het experiment was dat er geen garantie bestond dat men na het experiment opnieuw budget zou kunnen krijgen. Van Gogh vraagt zich daarbij af: zouden die mensen dan weer terug moeten naar de oude situatie, terwijl die nieuwe situatie zo goed beviel? De referent meent dat daar in de experimenteerregeling iets voor moet worden geregeld.

Van Gogh vervolgt zijn referaat met de vorm waarin experimenteerwetgeving kan worden gegoten. Hij stelt vast dat experimenteerwetgeving in verschillende vormen voorkomt. Meestal gaat het om een algemene maatregel van bestuur (hierna: amvb), maar ook een vergunning of ontheffing kan volgens de referent een goed instrument zijn voor de uitwerking van experimenten. De Aanwijzingen schrijven voor dat een experiment in een amvb moet worden uitgewerkt. De keuze voor andere instrumenten vindt Van Gogh echter een goede ontwikkeling. Het vaststellen van een amvb neemt vrij veel tijd in beslag, terwijl een experiment via een vergunning of ontheffing relatief snel is toe te staan. Hij licht toe dat de keuze van het instrument zou moeten afhangen van de aard van het onderwerp. Van der Laan en Cnossen merken in hun preadvies op dat een vergunning of een ontheffing een geschikt instrument is voor het testen van technische zaken, omdat bijvoorbeeld elektriciteitsbedrijven of ontwikkelaars van geautomatiseerde systemen zelf met een aanvraag voor een experiment komen. De vergunning of ontheffing geeft dan de mogelijkheid om per experiment te bepalen onder welke voorschriften en beperkingen het experiment mag plaatsvinden.

In alle preadviezen wordt ingegaan op de worsteling waar men mee te maken heeft bij het opstellen van experimenteerwetgeving, constateert Van Gogh. Met experimenteerwetgeving wordt innovatie nagestreefd, maar daarbij moet natuurlijk ook altijd rekening worden gehouden met uitgangspunten als gelijkheid, rechtszekerheid en legaliteit. Een telkens terugkerend punt in de preadviezen is ook dat de Raad van State vaak – niet altijd – kritisch is over experimenteerregelgeving en onder andere aandacht vraagt voor zaken als rechtszekerheid. Verder wijst de Raad van State er bijvoorbeeld op dat experimenten duidelijk omschreven moeten worden. De referent meent dat het voor de wetgever niet altijd mogelijk zou zijn om aan deze voorwaarden te voldoen. Hij geeft daarvoor de volgende verklaring. Het opstellen van experimenteerwetgeving is ingewikkeld omdat wetgeving in beginsel altijd volgend is op ontwikkelingen, terwijl experimenteerwetgeving juist vraagt om wetgeving die gericht is op de toekomst. Omdat we niet in de toekomst kunnen kijken, kan experimenteerwetgeving per definitie niet al te gedetail-

leerd zijn. Het gevolg is dat er altijd wel wat meer onzekerheid zal zijn over waarborgen zoals rechtszekerheid.

Van Gogh gaat vervolgens nader in op het kader van gelijkheid en rechtszekerheid in relatie tot de deelnemers aan een experiment. Omdat degenen die meedoen aan een experiment bepaalde rechten of verplichtingen hebben, zijn zij gedurende de looptijd van het experiment niet gelijk voor de wet in verhouding tot degenen die niet deelnemen aan het experiment. Dit punt hoeft volgens Buyse, Van Humbeeck en Van Nieuwenhove geen bezwaar te zijn, zo lang er maar een redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de verplichtingen of rechten die aan de deelnemers worden toegekend en het beoogde doel daarvan. Het 'gebruik' van mensen voor een experiment kan ook stuiten op politieke en ethische bezwaren. Deelnemers weten wellicht niet dat zij aan een experiment meedoen. Experimenten zijn er soms juist op gericht om te onderzoeken hoe mensen die niet van het experiment weten reageren. Als er alleen vrijwillige deelnemers aan een experiment meedoen, dan zouden de resultaten daardoor kunnen worden beïnvloed en heeft het experiment geen zin. Vrijwillige deelnemers weten immers dat ze meedoen aan het experiment en zullen zich daarom anders gedragen, voegt Van Gogh toe. Ook zijn er experimenten denkbaar waarbij buitenstaanders als het ware in het experiment worden getrokken omdat ze nu eenmaal in de buurt waren van waar het experiment wordt uitgevoerd, een situatie die bijna niet te voorkomen is. De conclusie die de referent daarom trekt, is dat met de belangen van de deelnemers en buitenstaanders rekening moet worden gehouden bij de opzet van een experiment.

Alle preadviezen overziend trekt Van Gogh de conclusie dat experimenteerwetgeving in verschillende vormen voorkomt. Hij schat in dat er nog veel geëxperimenteerd zal worden met experimenteerwetgeving, waarbij aan de hand van die ervaringen steeds betere wetgeving zal kunnen worden opgesteld. Uit de preadviezen maakt de referent bovendien op dat experimenteerwetgeving een nuttig instrument kan zijn, dat kan bijdragen aan innovaties, maar er voldoende waarborgen moeten zijn voor gelijkheid, rechtszekerheid en legaliteit.

Van Gogh sluit zijn referaat af met enkele vragen. Is het mogelijk dat na een geslaagd experiment een lichtere wetgevingsprocedure kan worden doorlopen bij de omzetting in permanente wetgeving? De experimenten hebben dan immers al aangetoond dat de maatregel goed werkt. En is het in dit verband mogelijk om in een dergelijk geval de advisering door de Raad van State over te slaan? Over de houding ten aanzien van experimenteerbepalingen vraagt Van Gogh zich af of men niet te voorzichtig is met experimenteerbepalingen. Zouden we niet verder kunnen gaan? En tot slot: wordt de

rechtszekerheid daadwerkelijk geweld aangedaan als we iets lossers met experimenteerbepalingen zouden omgaan?

Referaat van mevrouw M.J. Jacobs

Rianne Jacobs opent haar referaat met complimenten aan de preadviseurs. Jacobs is werkzaam als raadadviseur bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid en op 8 maart 2018 benoemd tot bijzonder hoogleraar Wetgeving en reguleringsvraagstukken aan de Vrije Universiteit. Haar oratie is getiteld 'Experimentele wetgeving'.

Jacobs bijdrage beslaat globaal drie onderwerpen:

1. een vraag aan Ranchordás en aan Buyse, Van Humbeeck en Van Nieuwenhove over de wetenschappelijke omkadering van experimenten,
2. een vraag aan Van der Laan en Cnossen over structurele experimenteergrondslagen en
3. een vraag aan alle preadviseurs over of de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: de Aanwijzingen) gewijzigd moeten worden of dat er een wet nodig is over experimenteerwetgeving.

JenV-collega Sanne van de Velde gaf Jacobs ter gelegenheid van haar oratie een boek cadeau, getiteld: 'Het Maastrichts experiment. Over de uitdagingen van een jonge universiteit'. Dit boek werd uitgebracht ter gelegenheid van het veertigjarig bestaan van de Universiteit Maastricht in 2016. Aanleiding voor het cadeau was dat Jacobs aan die universiteit heeft gestudeerd en gewerkt. Tot haar verrassing las zij dat er voor dit Maastrichtse experiment destijds een wetswijziging nodig was. Een universiteit moest volgens de wet over minimaal drie faculteiten beschikken en de Rijksuniversiteit Limburg, zoals de universiteit toen heette, kreeg er slechts twee. Jacobs heeft niet kunnen vinden hoe dit 'experiment' precies wettelijk is vormgegeven. Stel nu eens dat dit een geval is geweest waarvoor experimenteerwetgeving is gemaakt, vervolgt Jacobs. Vanuit een oogpunt van wetgevingstechniek lijkt het haar geen ingewikkeld voorbeeld. Er is blijkbaar een regel dat een universiteit bij de oprichting minimaal drie faculteiten moet hebben. Het experiment houdt in dat deze regel tijdelijk wordt losgelaten.

Dit brengt Jacobs bij hetgeen Ranchordás in haar preadvies en Buyse, Van Humbeeck en Van Nieuwenhove in hun preadvies schrijven over de wetenschappelijke omkadering van de experimenten. De preadviseurs schrijven dat een goede wetenschappelijke omkadering een essentieel element is bij experimenteren met wetgeving. Dat klinkt goed, een goede wetenschappelijke omkadering, meent Jacobs. Maar wanneer kunnen we eigenlijk spreken

van een goede wetenschappelijke omkadering? En wat is er nodig in de experimenteerwet om een dergelijke omkadering te realiseren?

In het preadvies van Buysse, Van Humbeeck en Van Nieuwenhove leest Jacobs hierover een aantal interessante dingen. Zij schrijven dat het proefproject op een onafhankelijke manier moet worden geëvalueerd en dat voldoende aandacht moet gaan naar de beleidsmatige valorisatie van het ex-post-onderzoek, het onderzoek na afloop van de experimenten, zodat de resultaten ook kunnen doorwerken. Vervolgens stellen zij dat de onderzoeksmethode die het meest wordt gepromoot om de effecten van experimentele regelgeving te vergelijken met deze van de bestaande regeling, een zogenoemde *randomised controlled trial* is. Het idee daarachter is, zo schrijven ze, eenvoudig: participanten aan een ‘experiment’ worden ingedeeld in een *treatment group* en een controle groep. De impact van een maatregel wordt geschat door de gedragingen en uitkomsten van beide groepen te vergelijken. Optimaal gebeurt de aanwijzing van participanten over de groepen op een gerandomiseerde wijze om ervoor te zorgen dat het verschil in uitkomst enkel te wijten is aan het beleidsprogramma zelf.

Dit soort onderzoeken kent Jacobs vooral uit de medische sector. Daar wordt geloot wie de conventionele behandeling krijgt en wie de experimentele. Het valt haar op dat als er over experimentele wetgeving wordt gesproken, deze aanpak inderdaad – dat is zij eens met de preadviseurs – het meest wordt gepromoot. Dat is ook te lezen in de adviezen van de Raad van State bijvoorbeeld.

Toch betwijfelt Jacobs of deze aanpak wel in alle gevallen de meest geschikte is. Zij grijpt terug op het voorbeeld van de universiteit: hier werd een bestaande regel losgelaten. Jacobs kan zich niet voorstellen hoe in dat geval zou kunnen worden gewerkt met een *randomised control trial*. Andere voorbeelden van experimenteerwetgeving waarbij die methode volgens Jacobs niet zou kunnen werken: de experimenten met de zelfrijdende auto, experimenten met de verlaging van de leeftijd van buschauffeurs en het experiment waarbij 16- en 17-jarigen onder begeleiding van een volwassene met een rijbewijs mochten rijden. Bij andere experimenten wordt soms wel gekozen voor de *randomised controlled trial*. Jacobs denkt daarbij aan de Participatiewet.

De referent meent dat we ons niet moeten beperken tot *randomised controlled trial*, maar dat we te rade moeten gaan bij mensen die veel meer verstand hebben dan wij over onderzoeksmethoden, welke onderzoeksmethoden zoal geschikt zijn.

Het evalueren van de effecten van een experiment zou volgens Jacobs afhankelijk moeten zijn van het doel van het experiment of de proef. De eerste

stap die je daarvoor moet zetten is dus vaststellen welke inzichten de wetgever wil vergaren, vervolgt Jacobs. Wil hij bijvoorbeeld weten of bepaalde einddoelen zijn behaald of wil hij achterhalen hoe de regel in de praktijk werkte? Als je wilt weten of bepaalde einddoelen zijn behaald, dan zijn er nog twee soorten onderzoek mogelijk: doelbereikingsonderzoek en effectiviteitsonderzoek. Bij doelbereikingsonderzoek staat de vraag centraal of het doel is bereikt. Het is daarbij niet van belang of en in hoeverre het gevoerde beleid hiervan de oorzaak is. Bij effectiviteitsonderzoek speelt de vraag mee of doelbereiking daadwerkelijk aan het beleid kan worden toegeschreven. Maar als het je niet gaat om de vraag *of* het doel is bereikt, maar om de vraag *hoe* de regel in de praktijk werkt, dan is een heel ander type onderzoek passend, vervolgt Jacobs. Dan kan worden gedacht aan een procesevaluatie. Daarbij worden bijvoorbeeld vragen beantwoord als: wat zijn de eerste ervaringen, wat zijn de ervaren knelpunten, et cetera.

Op de website van het KCWJ is hierover overigens meer informatie te vinden, voegt Jacobs toe. De informatie is gerubriceerd onder het kopje 'Evaluatie'. Deze informatie is volgens Jacobs ook goed bruikbaar bij het nadenken over de vormgeving van experimenten en de daarvoor benodigde wet- en regelgeving.

In dit licht vraagt Jacobs de preadviseurs of zij willen ingaan op de vraag wanneer we van een goede wetenschappelijke omkadering kunnen spreken. Wat vinden zij van het idee dat *randomised controlled trial* niet altijd de voorkeur verdient?

Verder vraagt Jacobs de preadviseurs wat er nodig is in de wet- en regelgeving om die goede wetenschappelijke omkadering te realiseren. Is het iets wat al moet worden geregeld in de wet die de grondslag biedt om te kunnen experimenteren of mag het ook later in de lagere regelgeving?

In het verlengde daarvan is Jacobs ook benieuwd hoe de preadviseurs denken over de keuzevrijheid van burgers om al dan niet mee te doen met een experiment.

Het preadvies van Cnossen en Van der Laan gaat over structurele experimenteergrondslagen, vervolgt Jacobs. Zij doelen daarmee op grondslagen die, anders dan tijdelijke grondslagen voor specifieke experimenten, een basis bieden voor de uitwerking van meerdere, nog niet concreet voorziene experimenten. Jacobs kon die term niet meteen thuisbrengen: zijn er dan ook niet-structurele experimenteergrondslagen? Ja, zo begrijpt zij Cnossen en Van der Laan; namelijk alle tijdelijke wetten die een experimenteerbepaling bevatten zijn niet-structurele experimenteergrondslagen.

Jacobs eerste vraag aan deze preadviseurs is: waarom is het eigenlijk relevant te onderscheiden tussen structurele en wat zij voor het gemak niet-structurele experimenteergrondslagen noemt? Gelden er voor beide categorieën verschillende uitgangspunten of zou dat in de optiek van de preadviseurs zo moeten zijn?

Vervolgens roept Jacobs in herinnering dat Cnossen en Van der Laan het voorstel voor de Experimentenwet rechtspleging aanhalen. Dit wetsvoorstel is tijdens de jaarvergadering nog in consultatie. Jacobs vindt dit een interessant voorbeeld. Ten eerste omdat het afwijkt van andere experimenteerwetten, in die zin dat het begint met een aantal uitgangspunten. Ten tweede omdat er een hardheidsclausule in is opgenomen die inhoudt dat de “bestaande” of “oude” regels toch kunnen worden toegepast als dat beter is voor de rechtzoekende. Overigens biedt dit wetsvoorstel een voorbeeld van een experimenteerwet die de rechtspraak de gelegenheid biedt om – onder bepaalde voorwaarden – te experimenteren met procesrecht, voegt Jacobs toe. Er wordt hier nog niets gezegd over werken met een *treatment* groep en een controle groep. Naar de inschatting van Jacobs heeft dat bij de experimenten die op grond van deze wet gedaan gaan worden ook niet zoveel zin. Bij deze experimenten wil de rechtspraak kijken of een andere werkwijze werkt, zonder wijziging van de uitspraak of het arrest. Hier zou een procesevaluatie goed op zijn plaats kunnen zijn.

Jacobs vraagt aan Cnossen en Van der Laan wat zij vinden van de gedachte om te beginnen met uitgangspunten en van de hardheidsclausule.

Tot slot heeft Jacobs een vraag voor alle preadviseurs. In het preadvies van Buyse, Van Humbeeck en Van Nieuwenhove is het voorontwerp opgenomen van een Vlaams bestuursdecreet waarin algemene bepalingen zijn opgenomen over experimenteerregelgeving en regelluwe zones. In Nederland zouden we spreken van een conceptwetsvoorstel, merkt de referent op. In het voorontwerp staan definities en voorwaarden, maar ook uitgangspunten (bijv. afwijkingen kunnen geen betrekking hebben op bepalingen die betrekking hebben op de verweermogelijkheden en beroepsmogelijkheden). Hoewel Jacobs ook nog wel benieuwd is hoe de preadviseurs van dit preadvies in het licht van deze voorwaarde aankijken tegen het Nederlandse voorstel van een Experimenteerwet rechtspleging, stelt zij toch de vraag aan alle preadviseurs wat zij ervan zouden vinden als er een dergelijke wet zou komen. Naar Nederlands recht hebben wij vergelijkbare zaken nu opgenomen in de Aanwijzingen. Waaraan geven de preadviseurs de voorkeur: de Aanwijzingen of een wet (en waarom)?

Beraadslagingen

Ranchordás reageert als eerste van de preadviseurs op de vraag van Jacobs wat een goede wettelijke omkadering van experimenten is. Wat is er nodig in regelgeving voor succesvolle experimenteerregelgeving? De preadviseur vindt het hanteren van een wetenschappelijk kader een goed uitgangspunt. Zij merkt op dat we misschien inspiratie kunnen opdoen bij de natuurwetenschappen. Het doel en de doelgroep van het experiment moeten duidelijk zijn om informatie van enige betekenis te vergaren. Er zijn twee groepen voor nodig. Ook moet worden gekeken naar de representativiteit van het experiment. De geldingsduur van het experiment is ook van belang. Bovendien moet het experiment zien op bewijsvergaring, niet zozeer een toets zijn op doeltreffendheid; daarop kan ook op andere wijze worden getoetst.

Jacobs vroeg verder ook waar de kaders voor experimenteerwetgeving zouden moeten worden vastgelegd, in de Aanwijzingen voor de regelgeving of in een wettelijke bepaling? Ranchordás merkt hierover op dat een en ander in Frankrijk is verankerd in de grondwet. Het instrument kan ook worden geregeld op wetsniveau, maar dat is niet altijd nodig zolang de wetgever aandacht heeft voor de bescherming van rechtsbeginselen, voegt zij toe. Van der Laan en Cnossen zien geen noodzaak om de kaderstelling in een wet op te nemen.

De heer Borman (ministerie van Justitie en Veiligheid) merkt in reactie op de vraag van Jacobs over wettelijke omkadering op dat het naar zijn mening logisch is dat er een dergelijke omkadering is. Wat betreft controlegroepen voegt hij toe dat er een 'natuurlijke controlegroep' is: de huidige situatie.

Van der Laan reageert op de vraag van Jacobs waarom het relevant zou zijn onderscheid te maken tussen structurele en tijdelijke grondslagen voor experimenten. De preadviseur merkt op dat tijdelijke grondslagen vooral worden toegepast bij specifieke experimenten. Structurele grondslagen lenen zich voor onvoorziene experimenten en zijn de laatste jaren in opkomst; daarom is het preadvies op die laatste soort toegesneden. Fundamentele verschillen tussen beide ziet Van der Laan niet.

Vervolgens roept Van der Laan de vraag van Van Gogh in herinnering, of we niet te voorzichtig zijn met experimenten en of er in de praktijk niet minder experimenten worden uitgevoerd dan we zouden willen. Van der Laan denkt niet dat we te voorzichtig zijn met het opstellen van experimenteerregelgeving. De toepassing hiervan is misschien wel te voorzichtig. Er wordt minder geëxperimenteerd dan men wil. Uiteraard moeten er zorgvuldigheidseisen blijven gelden voor concrete experimenten, voegt zij hier aan toe.

Ranchordás zegt hier dubbel in te staan. Als experimenteerregelgeving *evidence-based* is, dan is er iets voor te zeggen om bij de voorbereiding van de regelgeving een lichtere procedure te doorlopen, meent de preadviseur. Zij betwijfelt nochtans of dit werkbaar is vanuit staatsrechtelijk perspectief: een nieuw kabinet heeft ook altijd het recht om door een vorig kabinet ingevoerde regelgeving te heroverwegen.

Van Nieuwenhove merkt op dat de Aanwijzingen een soort richtlijn met *best practices* en *do's* en *don'ts* bevatten voor experimenteerwetgeving. Verder gelden er naar zijn idee constitutionele beperkingen bij de voorbereiding van dergelijke wetgeving: als je afwijkt van regelgeving, dan moet dat in regelgeving geschieden. De waarborgen die bij de afwijkingen moeten worden gehanteerd kunnen bijvoorbeeld in een algemene maatregel van bestuur worden verankerd.

Van Nieuwenhove refereert vervolgens aan de vraag van Van Gogh of we niet te streng zijn als het gaat om experimenten. De preadviseur vindt het evenwel noodzakelijk dat er bepaalde standaarden worden gehanteerd en eisen worden gesteld. Het zou te gemakkelijk zijn om de opmerkingen van de Raad van State over de inkleuring van experimenten weg te schrijven door erop te wijzen dat het nu eenmaal om experimenten gaat, waarvoor van tevoren niet precies een kader kan worden geboden.

Van Gogh meent dat een waarborg kan zijn dat er kan worden ingegrepen in een experiment. Op deze manier kan de rechtszekerheid worden geborgd in experimenten.

Daarop merkt Van Nieuwenhove op dat het gevaarlijk is als er onder de vlag van een experiment dingen gebeuren die geen experiment zijn, bijvoorbeeld als het gaat om belastingwetgeving.

In haar referaat vroeg Jacobs aan Cnossen en Van der Laan wat zij vinden van een hardheidsclausule zoals in het voorstel voor de Experimentenwet rechtspleging. De preadviseurs vinden het een interessante gedachte, al kan een dergelijke clausule het lastiger maken om de onderzoeksdoelen te bereiken bij een experiment. Als met een beroep op een dergelijke clausule wordt ingegrepen in het experiment kan het onderzoeksdoel in de knel komen.

De heer Vester (ministerie van Justitie en Veiligheid) geeft een verklaring voor het ontbreken van parlementaire betrokkenheid bij experimenten in de Aanwijzingen voor de regelgeving: uitgangspunt is dat terughoudend wordt omgesprongen met parlementaire betrokkenheid. Dat geldt evenzeer voor experimenteerwetgeving. Als het gaat om de vraag of een kader moet worden geboden in een wet of de Aanwijzingen, merkt Vester op dat de Raad

van State niet is gebonden aan de Aanwijzingen. Dat zou een aanleiding kunnen zijn om een kader in een wet op te nemen.

Van der Laan voegt hieraan toe dat de Afdeling advisering zelf wel wijst op de Aanwijzingen, met de mededeling dat experimenteerwetgeving op grond van de Aanwijzingen zoveel mogelijk moet worden geconcretiseerd.

De heer Voermans (Universiteit Leiden) merkt op dat thans het uitgangspunt bij experimenten lijkt te zijn: bij twijfel doen, en dan zien we wel wat de uitkomsten zijn. Zijn voorkeur gaat uit naar een wettelijke omkadering voor experimenteerwetgeving. Dan is er een toetsingskader, iets wat enig houvast geeft voor beoordeling. Aan Cnossen en Van der Laan vraagt hij of de deur niet wordt opengezet voor misbruik. Moet het altijd mogelijk zijn om te experimenteren? En voor wie experimenteren we eigenlijk? Voermans werpt tot slot de vraag op of we niet te lichtvaardig overgaan tot experimenteren.

Van der Laan meent dat er een reële verwachting moet zijn dat er daadwerkelijk geëxperimenteerd gaat worden, voordat een grondslag voor experimenten wordt opgesteld. Zij acht het wenselijk dat experimenten berusten op een expliciete experimenteerbasis die is voorzien van voldoende waarborgen voor experimenten. In de praktijk wordt soms van experimenteren afgezien omdat het makkelijker is om meteen een structurele regeling in te voeren.

De heer Kessler (ministerie van Justitie en Veiligheid) vraagt aan Buyse, Van Humbeeck en Van Nieuwenhove wanneer de grenzen van het legaliteitsbeginsel in zicht komen. Is dat bijvoorbeeld het geval als wordt overwogen om de bevoegdheid van een officier van justitie om iemand van zijn bed te lichten te verstrekken aan een hulpofficier, en zonder dat er een concrete verdenking tegen de verdachte bestaat?

Van Nieuwenhove heeft geen constitutionele bezwaren tegen het door Kessler gesuggereerde experiment. In Vlaanderen is het openbaar ministerie één en ondeelbaar. In Vlaanderen kan bij wet wel worden geraakt aan grondrechten, maar de essentie van die rechten mag niet in het gedrag komen.

Tot slot wijst de voorzitter erop dat er ook nog rechters zijn om waarborgen te bieden bij experimenten.



9 789462 405257 >