

MAART 2019

Right to Challenge

Een studie naar de mogelijkheden voor een algemene regeling voor het 'Right to Challenge' en andere burgerinitiatieven in Nederland

prof. mr. drs. W. den Ouden
mr.dr. G. Boogaard
mr. E.M.M.A. Driessen



**Universiteit
Leiden**

Instituut voor Publiekrecht

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De verantwoordelijkheid voor de inhoud van het onderzoek berust bij de auteurs. De inhoud vormt niet per definitie een weergave van het standpunt van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Managementsamenvatting

In de moderne samenleving krijgen burgers de ruimte om (mede)verantwoordelijkheid te dragen voor publieke taken. Er zijn veel kleinschalige projecten waarin (groepen van) burgers lokaal of regionaal actief zijn. Zij nemen bijvoorbeeld het groenonderhoud of welzijnswerk in de buurt in eigen hand, of exploiteren het dorps huis of het plaatselijke zwembad. Soms gaat het ook om grotere projecten, waarbij (substantiële) financiële belangen een rol spelen. Plaatselijke verenigingen exploiteren bijvoorbeeld een windmolen en steken de opbrengsten daarvan in lokale projecten die steun verdienen, het wijkbedrijf helpt buurtbewoners met een afstand tot de arbeidsmarkt aan een baan of bij het opzetten van een eigen onderneming en de zorgcoöperatie van de buurt levert innovatieve zorg op maat. Als individuele burgers of groepen burgers zich op deze manier inzetten voor een taak of belang waarmee zij een bijdrage willen leveren aan de (lokale) samenleving, wordt dit vaak een burgerinitiatief genoemd.

Veel lokale overheden zoeken naar vormen om dit soort burgerinitiatieven te stimuleren, te faciliteren en daarop niet eenzijdig en directief, maar responsief te sturen. Het initiatief moet van de burgers blijven en niet worden overgenomen, noch gesmoord in besluitvormingsprocedures, juridische procedures en regels. Termen als doe-democratie, de participatiemaatschappij en de netwerksamenleving klinken inmiddels erg vertrouwd in de oren, maar uit onderzoek blijkt dat het daadwerkelijk realiseren daarvan in de praktijk nog niet zo eenvoudig is. Burgerinitiatieven moeten vaak tegen een stroom van regelgeving, bureaucratie en financiële belemmeringen in werken om tot bloei te kunnen komen. Volgens een onderzoek van de Nationale Ombudsman is 'wet- en regelgeving' in de praktijk zelfs het grootste struikelblok voor de succesvolle uitvoering van burgerinitiatieven.

In het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' uit 2017 - dat aan de basis ligt van de huidige regering - is aandacht voor deze ontwikkelingen, zowel voor de wens om ruimte te bieden aan burgerinitiatieven, als voor het feit dat dit niet vanzelf gaat. In dat kader stelt het regeerakkoord dat: *'in overleg met gemeenten gekeken zal worden naar de mogelijkheid om via een Right to Challenge-regeling burgers en lokale verenigingen de mogelijkheid te geven om een alternatief voorstel in te dienen voor de uitvoering van collectieve voorzieningen in hun directe omgeving.'*

Onderzoeksopdracht

In dat kader heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de Universiteit Leiden verzocht om juridisch advies. Daarbij is ten eerste gevraagd om de belangrijkste juridische knelpunten voor burgerinitiatieven in kaart te brengen en te bezien hoe deze kunnen worden opgelost, dan wel hoe daarmee kan worden omgegaan. Daarnaast is aan het onderzoeksteam gevraagd om voor de zomer van 2018 een eerste indruk te geven hoe vorm te geven is aan de Right to Challenge 'regeling', zoals genoemd in het Regeerakkoord. In dat kader is er in juli 2018 een voorstudie gepubliceerd:

<https://www.universiteitleiden.nl/nieuws/2018/07/het-wegnemen-van-juridische-knelpunten-voor-burgerinitiatieven-op-weg-naar-een-right-to-challenge-regeling>

Voor u ligt het verzochte advies in de vorm van een eindrapport van het onderzoek naar burgerinitiatieven in de praktijk, de juridische hindernissen die zij tegenkomen en de mogelijkheden voor een algemene regeling voor het 'Right to Challenge' en andere burgerinitiatieven in Nederland. Dat onderzoek is gebouwd op vijf casus, die door het onderzoeksteam zijn opgesteld en waarin typische (veel voorkomende) voorbeelden van

burgerinitiatieven en ervaringen daarmee aan bod komen. Deze casusselectie is vervolgens getoetst en aangevuld naar aanleiding van de resultaten van een uitgebreide uitvraag onder alle Nederlandse gemeenten die het Ministerie van BZK in samenwerking met de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten (VNG) en Universiteit Leiden heeft uitgezet. Vervolgens zijn de casus voorgelegd aan experts uit de praktijk, waaronder verschillende vertegenwoordigers vanuit de wereld van de initiatiefnemers (de stakeholders) in een focusgroep gesprek. De daaruit voortvloeiende inzichten zijn gebruikt om het realiteitsgehalte van de casus te versterken. Vervolgens zijn de casus gebruikt om juridische knelpunten te destilleren en juridische probleemgebieden te illustreren. Deze zijn in verschillende sessies besproken met juridische experts op de relevante rechtsterreinen. Tot slot is in diverse focusgroepen gesproken over mogelijke oplossingsrichtingen voor de gevonden problematiek. Aan deze focusgroepen hebben eveneens zowel stakeholders als juridische experts deelgenomen.¹

Knelpunten

Op die wijze is een grote variëteit aan mogelijke juridische en organisatorische knelpunten voor burgerinitiatieven in kaart gebracht. De volgende knelpunten die verband houden met wet- en regelgeving en de overheidsorganisatie zijn signaleerd en beschreven:

- Toegang tot het bestuur en de interne overheidsorganisatie is voor burgers die een initiatief willen ontwikkelen c.q. een overheidstaak willen challengen vaak lastig te verkrijgen;
- Burgerinitiatieven en vertegenwoordigende organen staan lang niet altijd inhoudelijk tegenover elkaar. Maar als dat wel het geval is, roept de verhouding tussen die twee fundamentele staatsrechtelijke vragen op. Hoe verhoudt de positie van initiatiefnemers zich tot de democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordiging? Ondergraaft een versterking van de rechtspositie van initiatiefnemers de positie van de gemeenteraad?;
- Daar waar initiatieven enige representativiteit voor een groter geheel claimen ('beter weten wat de wijk eigenlijk wil'), ontbreken vaak gevalideerde instrumenten om deze claim te onderbouwen of te beoordelen;
- Inclusiviteit van een initiatief en ongelijke behandeling van derden door de initiatiefnemers kunnen een knelpunt zijn, ook als de bedoelingen goed zijn;
- De logica van het (deels uit het Unierechtelijk afkomstige) economische bestuursrecht, dat de eerlijke concurrentie op de markt wil waarborgen en de logica van de voorstanders van meer ruimte voor burgerinitiatieven, die daarin een maatschappelijke meerwaarde zien, sluiten niet goed op elkaar aan; onder andere het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht bevatten grenzen voor het faciliteren van burgerinitiatieven;
- Daar waar burgerinitiatieven (ook) economische activiteiten omvatten dreigt het risico van concurrentievervalsing, waartegen naast het Unierecht (ook) het algemene Nederlandse bestuursrecht steeds meer bescherming biedt.
- De (snelle) financiering van burgerinitiatieven blijkt een breed ervaren probleem doordat vaak onduidelijk is of initiatieven mogen worden gesubsidieerd, welke potjes daarvoor beschikbaar zijn, incidentele subsidieverstreking een uitzondering behoort te zijn volgens het subsidierecht en burgers een subsidierelatie vaak slecht vinden passen bij de relatie die zij met de overheid willen onderhouden.
- Waar burgers taken overnemen van de overheid komt de vraag naar de toepasselijkheid van algemene systeemeisen aan de orde. Overheden zijn gebonden aan de eisen van de

¹ De lijst met de tientallen personen die voor dit onderzoek zijn gesproken is te vinden in bijlage II.

democratische rechtsstaat, als burgerinitiatieven daaraan ook onverkort moeten voldoen kunnen zij de gewenste maatschappelijke meerwaarde niet meer leveren, zo wordt gevreesd. Maar als deze eisen in het geheel niet gelden komen waarden als democratische legitimatie, verantwoording afleggen aan de gemeenschap, transparantie en rechtsbescherming in het gedrang.

- Er leven veel aansprakelijkheidsvragen bij overheden en initiatiefnemers en dat kan leiden tot koudwatervrees. Rekening houden met risico's laat zien dat het aansprakelijkheidsrecht zijn werk doet; het draagt bij aan een zorgvuldige belangenafweging. Daarnaast kan ook het feit dat ongelukken en fouten van initiatiefnemers kan leiden tot schade bij kwetsbare groepen en de angst voor daarop volgende negatieve publiciteitoverheden weerhouden initiatiefnemers te ondersteunen.
- Initiatiefnemers ervaren het rechtspersonenrecht als een lastige zoektocht naar een vorm die zakelijker is én voelt dan een gezelligheidsvereniging of een ideële stichting, maar zich ook onderscheidt van de op winstmaximalisatie gerichte onderneming. Het rechtspersonenrecht biedt voldoende instrumenten om burgerinitiatieven op een wenselijke manier in te richten, maar de kennis daarvan laat in de praktijk te wensen over en advies inwinnen wordt vaak te kostbaar gevonden.

Een algemene regeling voor burgerinitiatieven of het Right to Challenge?

Het is vervolgens de vraag hoe verstandig met deze knelpunten kan worden omgegaan en of een Right to Challenge 'regeling', zoals genoemd in het Regeerakkoord, daaraan kan bijdragen.

Wie naar wetgeving rondom burgerinitiatieven - en het Right to Challenge in het bijzonder - op zoek is, komt al snel uit bij het Verenigd Koninkrijk. In het Verenigd Koninkrijk is het Right to Challenge als een van de zogenaamde *community rights* opgenomen in de Localism Act 2011. In het Verenigd Koninkrijk is in de Localism Act opgenomen hoe een *challenge* kan worden ingediend, aan welke eisen moet worden voldaan en welke (aanbestedings)procedure zal worden gevolgd. De hooggespannen verwachtingen van de wettelijke verankering van het Right to Challenge in het Verenigd Koninkrijk zijn geen werkelijkheid geworden. Er wordt relatief weinig gebruikgemaakt van het middel en wanneer het tot een challenge komt, leidt dit slechts zelden tot een door de burger gewenst resultaat. Wel is de wettelijke verankering van het Right to Challenge in het Verenigd Koninkrijk van toegevoegde waarde gebleken als middel om daadwerkelijk in contact te komen met, en toegang te krijgen tot het bestuur.

Deze ervaringen met de wettelijke verankering van het Right to Challenge in het Verenigd Koninkrijk zijn meegenomen bij de beantwoording van de vraag of een algemene wettelijke regeling op het burgerinitiatief of het Right to Challenge aangewezen zou zijn in Nederland. Vooropgesteld kan worden dat het regeerakkoord de juridische aard van een dergelijke regeling niet nader expliciteert. Uitgaande van de wens om via *wetgeving* (algemeen verbindende voorschriften) knelpunten voor burgerinitiatieven weg te nemen, geven de resultaten van het onderzoek aan dat daarbij vooral naar de (zeer gevarieerde) bijzondere wetgeving dient te worden gekeken. Zo heeft een energiecoöperatie van burgers onder andere te maken met voorschriften van en vergunningen gebaseerd op het omgevingsrecht, de exploitant van het buurtzwembad met de Wet Hygiëne en Veiligheid Badinrichtingen en Zwemgelegenheden en de Europese zwemwaterrichtlijn. Burgers die de buurtspeeltuinen willen beheren hebben te maken met de veiligheidsvoorschriften voor speeltoestellen en bijbehorende toezichthouders. Burgerinitiatieven die zich bezig houden met het alloceren van publieke budgetten voor het wijkwerk worden al snel geconfronteerd met het subsidierecht en zorgcoöperaties met

financieringsconstructies en kwaliteitseisen die de wetgever opstelde met het oog op grote zorgaanbieders

Zeker niet in al deze bijzondere regelcomplexen zal worden besloten tot een bijzondere positie of minder stringente eisen voor burgerinitiatieven. De regelcomplexen die initiatiefnemers ‘in de weg zitten’ hebben immers ieder hun eigen logica en beschermingsobject. Het belang dat ‘burgerinitiatieven de ruimte moeten krijgen’ zal steeds moeten worden afgewogen tegen de belangen die door deze regelcomplexen worden beschermd, zoals de veiligheid voor (andere) burgers, bescherming van de publieke financiën en het waarborgen van eerlijke concurrentieverhoudingen. Het is niet vanzelfsprekend dat de balans altijd zal doorslaan ten gunste van het burgerinitiatief.

Zelfs als in materiële wetgeving op meer plaatsen ruimte wordt gecreëerd voor burgerinitiatieven, is het niet waarschijnlijk dat initiatiefnemers geen last meer zullen ondervinden van juridische knelpunten. De vijf casus illustreren dat burgerinitiatieven vaak beleidsterrein overschrijdend zijn en dat op een concrete casus vaak veel verschillende regelcomplexen, afkomstig van verschillende wetgevers van verschillende niveaus van toepassing zijn. Het is niet mogelijk om in een wet op rijksniveau ook de horden die er voor initiatiefnemers liggen in regionale, lokale en Europese wetgeving weg te nemen.

Versterking positie initiatiefnemers

Waar de regering streeft naar een ‘algemene regeling’ voor burgerinitiatieven is een wettelijke regeling die algemene bepalingen bevat die initiatiefnemers faciliteren en hun rechtspositie versterken een beter begaanbare weg dan het identificeren en wegnemen van alle mogelijke knelpunten in de materiële wetgeving die van toepassing kan zijn bij de uitvoering van burgerinitiatieven.

Gebaseerd op de in deze studie gesignaleerde, meest pregnante knelpunten kan bij het volgen van die route worden gedacht aan de mogelijkheid om het recht van initiatiefnemers op toegang tot het bestuur juridisch (steviger) te verankeren in de vorm van een aanpassing van het petitierecht zoals neergelegd in artikel 5 Grondwet. Daarnaast kan worden gedacht aan de opname van een recht op ondersteuning door het ambtelijk apparaat of de wettelijke verankering van een dienstbaarheidsbeginsel in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zowel het opnemen van een ‘recht op toegang tot het lokaal bestuur’, als de codificatie van een dienstbaarheidsbeginsel bieden mogelijkheden om de positie van initiatiefnemers in algemene zin te versterken.

Kennisoverdracht en concrete handelingsperspectieven

Uit het onderzoek is gebleken dat in de praktijk veel behoefte bestaat aan kennisoverdracht, praktische handelingsperspectieven en ondersteuning. Daarvoor is een wetswijziging meestal niet noodzakelijk. Daarom hebben de onderzoekers zich, in een aanvullend deel van dit onderzoek, gericht op *best practices* en praktische oplossingen. Zo hebben zij getracht te komen tot zo concreet mogelijke handvatten voor initiatiefnemers en ambtenaren die hen willen ondersteunen.

De terreinen waarop best practices in kaart zijn gebracht zijn vastgesteld aan de hand van de eerder geconstateerde knelpunten. Als thema’s werden geselecteerd (1) de financiering van

burgerinitiatieven (2) draagvlakvraagstukken (3) de doeltreffende ondersteuning van initiatiefnemers door ambtenaren (4) governancevraagstukken en (5) aansprakelijkheidsrisico's.

Op die thema's zijn in samenwerking met stakeholders en juridische experts concrete handelingsperspectieven geformuleerd. Soms is daarvoor een verandering in de wetgeving noodzakelijk of wenselijk, maar in veel gevallen ook niet. De volgende handelingsperspectieven zijn beschreven:

- Een door de VNG op te stellen modelverordening op de subsidiëring van burgerinitiatieven, waarin geen onnodige hindernissen voor initiatiefnemers, zoals anti-cumulatiebedingen en zeer beperkte maximale aanvraagbudgetten, zijn opgenomen;
- Veel initiatieven worden in de praktijk incidenteel – dat wil zeggen zonder een daartoe strekkende wettelijke grondslag – gesubsidieerd. Dat is een snelle en flexibele manier van subsidiëren, maar het behoort volgens de wet een uitzondering te zijn. In de Awb kan een regeling worden opgenomen die incidentele subsidieverstrekking breder inzetbaar maakt en waarin tevens een duidelijk positie wordt gekozen in de recente rechtsontwikkeling rond schaarse publieke rechten. Uit de regeling moet duidelijk worden of initiatiefnemers direct kunnen worden gesubsidieerd, zonder dat andere potentieel geïnteresseerde partijen ook naar de beschikbare publieke middelen mee kunnen dingen;
- Ondersteun burgerinitiatieven en gemeenteraden bij het aantoonbaar maken van draagvlak en representativiteit. Bijvoorbeeld door het verder ontwikkelen en onderhouden van de 'Keuzewijzer democratische kwaliteit draagvlakmetingen' zoals ontwikkeld door Movisie;
- Stimuleer, naast de eventuele wettelijke verankering van een dienstbaarheidsbeginsel, de verdere ontwikkeling van dit beginsel in de praktijk. Dit zou op een vergelijkbare wijze kunnen als is gebeurd met het programma Passend Contact met de Overheid. Op deze manier kan de verankering van een responsieve overheid dieper en beter geworteld raken in de bestaande organisatie en cultuur van (lokale) overheden;
- Investeer in de *interface* van het rechtspersonenrecht, door het aanbieden van sjablonen en modellen en ontwikkel een Governance Code voor de interne governance van burgerinitiatieven;
- Breng (mogelijke) aansprakelijkheidsrisico's vroegtijdig in kaart. Behandel en bespreek deze risico's met initiatiefnemers, bijvoorbeeld wanneer besproken wordt welke besluiten dienen te worden genomen om het initiatief doorgang te kunnen laten vinden. Daarbij dient ook te worden besproken of er bij aansprakelijkheid voldoende verhaal kan worden geboden en of het afsluiten van een (aanvullende) verzekering gewenst is;
- Investeer in een betere kennisbundeling en -deling met betrekking tot burgerinitiatieven en aansprakelijkheidsrisico's via breed toegankelijke (digitale) kanalen.

Deze handelingsperspectieven kunnen op een doeltreffende manier bijdragen aan een samenleving waarin burgers met goede ideeën en daadkracht hun initiatieven kunnen ontplooien en daarbij een responsieve, faciliterende overheid aan hun kant vinden.