

De wettelijke regeling van het right to challenge in de praktijk

Much ado about nothing?

E.M.M.A. Driessen, G. Boogaard & W. den Ouden

1. Inleiding: een paradox

Het right to challenge staat volop in de belangstelling. Dat is niet vreemd voor een instrument dat perfect past in het plaatje van de doe-democratie¹ en dat zich eveneens mocht verheugen op een plekje in het huidige regeerakkoord. Wie echter denkt dat het right to challenge door al die belangstelling een *walk in the park* is geworden, komt van een koude kermis thuis. Het onderwerp heeft namelijk iets paradoxaals. Veel verhalen van burgerinitiatieven – op de door ons gehanteerde terminologie gaan wij aan het einde van deze paragraaf verder in – schetsen het beeld van welwillende, enthousiaste burgers die dapper vechten tegen onzinnige regeltjes, verdwalend in een doolhof van beleidsafdelingen met steeds weer wisselende contactpersonen.² Dat is het beeld van de ‘echte’ leefwereld tegenover de van de werkelijkheid losgezongen systeemwereld. Een logische reactie op het aldus voorgestelde probleem is deregulering. Of in ieder geval flexibilisering van regelgeving, om de leefwereld weer meer ruimte te geven. Toch zoekt de regeringscoalitie haar heil niet in het afschaffen van kennelijk verkeerde regels. In het regeerakkoord staat:

‘In overleg met gemeenten zal gekeken 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.’³

Samenwerkende burgers die publieke taken willen overnemen omdat zij die taken beter of goedkoper zeggen te kunnen uitvoeren, moeten worden erkend in het publiekrecht. Een en ander vast te leggen in één algemene regeling. Het probleem van te veel regels wordt dus te lijf gegaan met *meer* regels.

Het paradoxale karakter van de wens om met een nieuwe algemene regeling een overschot aan onzinnige of te starre andere regels te doorbreken, maakt het bedenken van een mogelijke inhoud van de afgesproken right to challenge-

1 Zie Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, De doe-democratie. Kabinetsnota ter stimulering van een vitale samenleving, Den Haag 2013.

2 Zie o.a. Nationale ombudsman, Burgerinitiatief: waar een wil is... Onderzoek naar de rol van overheidsinstanties bij burgerinitiatieven, Den Haag 2018.

3 Regeerakkoord Rutte III, ‘Vertrouwen in de toekomst’, Den Haag 2017, p. 7.

regeling niet eenvoudiger. In opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) hebben wij onderzoek gedaan naar de vraag of een algemene regeling voor het right to challenge een begaanbare weg was, en zo ja, wat hier dan in zou kunnen worden opgenomen. Dat onderzoek zullen wij in dit artikel niet uitgebreid beschrijven.⁴ Voor deze bijdrage zijn slechts de hoofdbevinding en de belangrijkste redenen die hieraan ten grondslag liggen relevant. De algemene conclusie van ons onderzoek is dat het opstellen van één algemene regeling voor het right to challenge, waar het coalitieakkoord van uitgaat, een onbegaanbare weg is.

Het rapport is inmiddels opgeleverd en door de Tweede Kamer bij de discussie betrokken. In een aanvullende publicatie reflecteerden wij reeds op de politieke ontvangst van onze conclusies en de betekenis daarvan voor de zoektocht naar een regeling van het right to challenge.⁵ Wij kwamen in dat artikel tot de conclusie dat de *mismatch* tussen burgers die juridische knelpunten ervaren enerzijds en juristen die zeggen dat het probleem eigenlijk niet juridisch van aard is anderzijds, niet te snel op het bordje van initiatiefnemers terecht moet komen. Een leek kan niet worden verweten dat hij in een complex vakgebied zijn weg niet kan vinden, van een specialist mag wel worden verwacht dat hij nadenkt over manieren om datzelfde complexe systeem toegankelijker en gebruiksvriendelijker te maken voor de gebruiker ervan.

In dit artikel stellen wij een andere vraag. Ondanks onze conclusie dat de door burgers ervaren knelpunten niet zinvol in één algemene juridische regeling kunnen worden opgelost, worden her en der wel degelijk wettelijke maatregelen *gepresenteerd* als een vorm van ‘invoering van het right to challenge’. De onderzoeksvraag van dit artikel richt zich op die regelingen: wat voor soort maatregelen zijn dat precies en wat zijn daarvan de juridische merites? De aard van deze vraag is primair inventariserend en daarna kwalificerend. Eerst willen wij bezien waar het bij deze vormen van ‘invoering van het right to challenge’ in juridische zin over gaat. Vervolgens koppelen we de gevonden en gekwalificeerde ‘invoeringen van het right to challenge’ terug naar de in ons eerdere onderzoek gebleken knelpunten waar burgerinitiatieven mee te maken krijgen. Sluiten de regelingen daar dan (toch) bij aan? En als ze dat niet doen, wat doen ze dan wel?

De opzet van het artikel is als volgt. In paragraaf 2 wordt kort ingegaan op de hoofdbevindingen van ons eerdergenoemde onderzoek. Tegen welke knelpunten lopen *challengers* aan en waarom kunnen deze niet worden weggenomen in één algemene regeling? In paragraaf 3 wordt vervolgens stilgestaan bij de bakermat van het right to challenge: het Verenigd Koninkrijk en de wettelijke regeling aldaar. Kan deze Engelse wet niet als voorbeeld dienen voor een Nederlandse vari-

4 W. den Ouden, G. Boogaard & E.M.M.A. Driessen, *Right to Challenge. Een studie naar de mogelijkheid voor een algemene regeling van het 'Right to Challenge' en andere burgerinitiatieven in Nederland*, Universiteit Leiden 2019.

5 G. Boogaard, E.M.M.A. Driessen & W. den Ouden, ‘Een algemene regeling voor het Right to Challenge. Over interfaces in het publiekrecht’, *NJB* 2019/2352 (hierna: Boogaard, Driessen & Den Ouden 2019a).

ant? In paragraaf 4 gaan wij in op de wettelijke voorschriften waarmee het right to challenge in Nederland heet te zijn ingevoerd. Zoals zal blijken, gaat het hierbij veelal om subsidieregelingen. Deze regelingen worden in paragraaf 5 behandeld, waarna in paragraaf 6 de invoering van het right to challenge als gelijkwaardigheidsbepaling centraal staat. Afgesloten zal worden met een conclusie (par. 7).

Maar voordat wij hieraan toekomen, eerst een opmerking over de gebruikte terminologie. De oplettende lezer zal hebben gezien dat wij hierboven verschillende termen hebben gebruikt. Namelijk (burger)initiatieven en right to challenge. Dat is niet toevallig. Er bestaat namelijk geen algemeen geaccepteerd begrip en bijbehorende onderscheidende definitie voor burgers die zich inzetten voor taken die zij van maatschappelijk belang achten. Termen die vaak aan dit verschijnsel worden verbonden, zijn burger- of maatschappelijk initiatief. Het right to challenge is één van de vele verschijningsvormen binnen het brede pallet aan burgerinitiatieven die ons land rijk is. In dit artikel proberen wij zo veel mogelijk in te zoomen op specifieke right to challenge-regelingen in den lande, maar aangezien de praktijk en daarmee ons onderzoek zich niet laten vangen in strikte definities ontkomen wij er niet aan om soms in algemenere termen over burgerinitiatieven te spreken. Daarmee willen wij – tenzij anders aangegeven – niet aangeven dat deze onderzoeksresultaten en -bevindingen niet van toepassing zijn op het right to challenge. Integendeel, zoals uit ons onderzoek is gebleken, hebben veel burgerinitiatieven – waaronder dus right to challenge-initiatieven – met gelijksoortige knelpunten en hindernissen te maken.

2. Voor welke knelpunten zou een wettelijke regeling een oplossing kunnen zijn?

Zoals wij in de inleiding reeds aangaven, is de wens uit het regeerakkoord om te komen tot één algemene right to challenge-regeling geen begaanbare weg. Deze conclusie is gebaseerd op een bundeling van zo veel mogelijk concrete praktijkervaringen in vijf archetypische casus die wij ter validering hebben voorgelegd aan focusgroepen met *stakeholders* uit de wereld van de burgerinitiatieven. Wij stelden hun telkens de vraag of de door ons in de casus verzamelde problemen en gesignaleerde knelpunten door hen werden herkend en/of konden worden aangevuld. Uit de aldus gevalideerde casus werd duidelijk dat veel juridische knelpunten casusspecifiek zijn. Zo hebben burgers die een zwembad exploiteren te maken met de Europese Zwembadwaterrichtlijn, terwijl de beheerder van de speeltuin te maken heeft met het Warenwetbesluit attractie- en speeltoestellen en bijbehorende NEN-normen. Dorpsbewoners die geld bij elkaar leggen en samen een windmolen plaatsen om de baten te benutten voor de leefbaarheid in de wijk hebben dan weer te maken met het ruimtelijke-orderingsrecht, en ga zo maar door.

Dat neemt niet weg dat er ook enige juridische knelpunten in alle casus aan de orde kwamen. Deze steeds terugkerende knelpunten hebben wij voorgelegd aan relevante juridische experts. Aan hen was telkens de vraag of zij voor de onderzochte problemen een oplossing konden aandragen. De reacties daarop waren

gevarieerd. Een deel van de door de burgerinitiatieven als juridisch ervaren knelpunten werd door de experts niet als juridische problemen herkend. Zo hebben veel initiatieven het gevoel dat er voor hen geen geschikte rechtsvorm bestaat, omdat zij gedwongen worden te kiezen tussen een commerciële en een ideële rechtsvorm, terwijl de experts in het rechtspersonenrecht voor alle samenwerkingsvormen en doelstellingen wel een maatwerkoplossing wisten te bedenken. Zij erkenden wel dat je voor die maatwerkoplossing al snel een specialist nodig hebt. Het probleem is dan dus niet zozeer het recht zelf, maar de complexiteit daarvan en de beperkte kennis die initiatiefnemers daarvan hebben. Dat probleem kan niet eenvoudig worden opgelost met een inhoudelijke wijziging van het recht. Dit geldt mutatis mutandis ook voor het aansprakelijkheidsrecht. Bij initiatiefnemers en overheden spelen vragen over aansprakelijkheidsrisico's, wie voor eventuele schade opdraait, en de juridische mogelijkheden om dit af te dekken. Dit gebrek aan kennis van de mogelijkheden van het recht vertaalt zich naar koudwatervrees en een terughoudende opstelling van overheden, waardoor het aansprakelijkheidsrecht als knellend wordt ervaren. Een ander deel van de breed ervaren knelpunten werd door de juridische experts wel herkend als juridische vraagstukken, maar een eventuele regeling daarvan in het voordeel van initiatiefnemers zou diep gaan ingrijpen in sectorspecifieke regelingen. Zo is een veelgehoorde klacht van initiatiefnemers dat zij zich miskend voelen als zij langs de bestaande lat van het economisch bestuursrecht worden gelegd. Initiatieven voegen 'maatschappelijke waarde' toe, waarvan zij het gevoel hebben dat die onvoldoende meetelt bij bijvoorbeeld aanbestedingen of subsidietenders. In de harde wereld van de vrije markt maken initiatiefnemers vaak geen kans en daar zou in de ogen van initiatiefnemers iets aan moeten veranderen. In onze casus kwam aan de orde dat het patatbarretje bij het gesubsidieerde wijkzwembad uiteindelijk wel degelijk concurreert met de plaatselijke snackbar. Dat is geen botsing tussen een sympathiek kleinschalig initiatief en het anonieme grootkapitaal, maar concurrentie op de markt, waarop het reële belang van een wellicht ook sympathieke kleine ondernemer net zo goed bescherming verdient. Bovendien hebben veel rechtsregels die het *level playing field* moeten waarborgen – zoals het staatssteunrecht, het aanbestedingsrecht en het subsidierecht – een (groten)deels Europese herkomst. Overbodig om uit te leggen dat die regels niet in Nederland kunnen worden gewijzigd om initiatiefnemers beter te faciliteren.

Alles bij elkaar leverde dit dus een gevarieerd pallet aan redenen op waarom onze conclusie is dat één *algemene* right to challenge-regeling geen begaanbare weg is. Ten eerste zijn er de casusspecifieke rechtsregels die wellicht lastig zijn, maar nooit – zo onderschrijven ook de initiatiefnemers die met de regels te maken hebben – onzinnig. Daarnaast wijzen initiatiefnemers wel algemene knelpunten in het recht aan, zoals het rechtspersonen- en aansprakelijkheidsrecht, maar deze knelpunten kunnen volgens juridische experts al binnen en mét het bestaande juridische kader het hoofd worden geboden. Andere door initiatiefnemers onderzonden algemene knelpunten, zoals het economisch recht, zijn volgens juridische experts inderdaad lastig, maar een wet die een voorkeurs- of bijzondere positie voor initiatiefnemers zou formuleren, grijpt te diep in op de rechten van derden.

Daarbij komt dat een groot deel van deze (economische) regels afkomstig is van de Europese wetgever. Dit alles maakt het onmogelijk om met één regeling alle – al dan niet juridische – problemen van initiatiefnemers op te lossen.

3. De Localism Act

Wie naar een wettelijke regeling voor het right to challenge op zoek is, komt al snel uit bij de bakermat van het instrument: het Verenigd Koninkrijk. In het Verenigd Koninkrijk is, mede door forse bezuinigingen en privatiseringen, al langer aandacht voor zogeheten *community rights*, oftewel buurtrechten. Diverse overheids campagnes, zoals Tony Blairs ‘Third Way’ en David Camerons ‘Big Society’, legden de nadruk op het versterken van lokale gemeenschappen door burgers de mogelijkheid te geven om meer invloed uit te oefenen op hun directe leefomgeving. Dit heeft zich in 2011 vertaald in de *Localism Act*, waarin diverse buurtrechten, waaronder het right to challenge zijn opgenomen.⁶ Het idee achter de opname van het right to challenge is meerledig. Aan de ene kant heeft het instrument de potentie om bewoners beter waar voor hun belastinggeld te geven, of zoals het Department for Communities and Local Government het zelf zegt: ‘The best councils are constantly on the look out for new and better ways to design and deliver services.’⁷ Tegelijkertijd wordt met de opname van het right to challenge onderkend dat het nog niet zo eenvoudig is om al die goede ideeën daadwerkelijk aan de lokale overheid te presenteren. Op die manier kan de opname van het right to challenge ook als een *empowerment*-instrument worden gezien; een instrument dat ingezet kan worden tegen overheden die niet willen luisteren (‘u moet nu wel naar mij luisteren, want ik presenteer een *challenge*’). Het is dan ook niet voor niets dat het hoofdstuk waarin het right to challenge is opgenomen de titel ‘Community Empowerment’ draagt.

De procedure om te komen tot een geslaagde *challenge* is een formele en komt er in de kern op neer dat burgers een *Expression of Interest* (EOI) bij de *relevant authority* kunnen indienen. Deze EOI kan het beste worden omschreven als een businessplan waarin onder meer wordt aangegeven welke taak wordt gechallengeed, op welke manier de taak bij een succesvolle challenge uitgevoerd zal worden,

6 De andere (bekende) buurtrechten zijn: Right to Bid en Right to Build/Neighbourhood planning. Met het Right to Bid krijgen bewoners het recht in handen om vastgoed dat van belang is voor de gemeenschap, zoals zwembaden, bibliotheken of de lokale *pub*, over te nemen. De eerste stap hierbij is dat het vastgoed door bewoners wordt genomineerd als ‘community asset’. Wanneer zo’n community asset dreigt te sluiten of in de verkoop gaat, krijgen bewoners de mogelijkheid om de benodigde financiering bij elkaar te krijgen en zelf een bod uit te brengen. Bij Neighbourhood planning krijgen bewoners de mogelijkheid om – zoals het instrument zelf al zegt – nauw betrokken te zijn bij de ontwikkeling van hun buurt. Zo kunnen bewoners aangeven waar ze vinden dat nieuwe huizen, winkels of andere faciliteiten gebouwd zouden moeten worden en hoe dit eruit zou moeten zien. Onderdeel van de Neighbourhood planning is het Right to Build, waarbij bewoners de mogelijkheid krijgen om de door hen gewenste huizen en/of voorzieningen zelf te bouwen. Zie ook Department for Communities and Local Government, *A Plain English Guide to the Localism Act*, Londen 2011, Localism Act 2011, part 5, chapters 2 en 3, en part 6.

7 Department for Communities and Local Government 2011, p. 8.

en bewijs dat de taak ook daadwerkelijk door de initiatiefnemers kan worden uitgevoerd.⁸ Vervolgens is de lokale overheid aan zet. Wanneer een EOI is uitgebracht, is zij verplicht om hierop te reageren.⁹ Hoewel de Localism Act de mogelijkheid biedt om een EOI te wijzigen wanneer het voorstel nog niet goed genoeg is, en de initiatiefnemers het voorstel willen wijzigen, kan de lokale overheid de EOI uiteindelijk slechts accepteren of afwijzen.¹⁰ Wanneer de EOI is geaccepteerd, is de lokale overheid verplicht om een aanbestedingsprocedure te starten, waarbij de taak in de markt wordt gezet en dus ook andere (commerciële) gegadigden kunnen meedingen. En dat kan in de praktijk nog wel eens vervelend uitpakken. Niet alleen is een aanbestedingsprocedure lastig voor een groep burgers die hier geen ervaring mee heeft, de uiteindelijk uitkomst kan ook zijn dat een andere partij de aanbesteding wint en er dus met de opdracht vandoor gaat. De evaluaties tot dusver zijn weinig positief over het aldus vormgegeven right to challenge. Er worden maar weinig EOI's ingediend en wanneer dit wel gebeurt, heeft dat er slechts in een handvol situaties toe geleid dat de opdracht daadwerkelijk door bewoners is gewonnen.¹¹

De wettelijke regeling van het right to challenge van het Verenigd Koninkrijk klinkt dus veel laagdrempeliger en informeler dan zij in werkelijkheid blijkt te zijn. Feitelijk dagen de burgerinitiatieven ook niet het overnemen van een publieke taak als zodanig uit, ze dagen een lokale overheid uit een publieke taak naar de markt te brengen, waarop de burgercollectieven dan mogen meeconcurreren met commerciële partijen om die taak over te kunnen nemen. Van een bijzondere procedure of speciale aanbestedingsregels voor burgerinitiatieven daarbij is geen sprake. Een regeling van het right to challenge naar Brits voorbeeld zou dus op haar best een remedie zijn tegen overheden die te weinig overheidstaken commercieel aanbesteden. Maar die klacht is in ons onderzoek naar de knelpunten van Nederlandse initiatieven niet gehoord. Een algemeen juridisch knelpunt zag er eerder op dat er *te veel* commercieel wordt aanbesteed dan dat er te weinig publieke taken op de markt worden gebracht.

Dat wil natuurlijk niet zeggen dat de regeling van het right to challenge in het Verenigd Koninkrijk niets positiefs tot stand heeft gebracht. Een van de redenen waarom er uiteindelijk weinig EOI's werden ingediend, is wellicht dat het instrument als breekijzer dient om met het lokale gezag in gesprek te raken. In zulke gevallen zou het goed mogelijk kunnen zijn dat plannen van de initiatiefnemers toch nog in enige vorm zijn doorgevoerd, zij het niet via een formele right to chal-

8 House of Commons Library, *Community Right to Challenge*, briefing paper no. 06365, maart 2015. Raadpleegbaar via: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06365/SN06365.pdf>.

9 Part 5, chapter 2, art. 81 Localism Act 2011.

10 Part 5, chapter 2, art. 83 Localism Act 2011.

11 House of Commons Library 2015, p. 3. En: Communities and Local Government Committee, *Sixth Report Community Rights*, januari 2015, online raadpleegbaar via: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmcomloc/262/26202.htm>.

lenge-aanbestedingsprocedure.¹² Het blijft echter de vraag of het aanbestedingsrecht de juiste basis is om voor burgerinitiatieven een effectief breekijzer te regelen waarmee zij aan tafel kunnen komen bij het politieke bestuur. In ons rapport voor het Ministerie van BZK hebben wij uiteengezet dat het veel meer voor de hand ligt daarvoor het petitieright, dat is neergelegd in artikel 5 van de Grondwet, uit te breiden met een recht voor burgers om zich op de wethouder te beroepen.

4. Symboolbepalingen en intentieverklaringen

Naast naar de Britse *Localism Act* wordt steevast verwezen naar de Nederlandse Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) uit 2015 als voorbeeld van een wettelijke regeling van het right to challenge. Het gaat dan om artikel 2.6.7 Wmo, een bepaling die bij amendement van GroenLinks en de PvdA in de wet is opgenomen.¹³ Deze bepaling luidt als volgt:

‘Bij algemene maatregel van bestuur kunnen voorwaarden worden bepaald waaronder ingezetenen en maatschappelijke initiatieven bij de uitvoering van het beleid kunnen worden betrokken, het uitvoeren van taken van het college op grond van deze wet daaronder begrepen.’¹⁴

De genoemde algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) is er echter nooit gekomen en ligt, voor zover wij weten, ook niet bij enig ministerie op de plank. Opvallend aan deze bepaling is verder dat zij inhoudelijk weinig zegt. Er staat niet omschreven wat het instrument right to challenge als zodanig inhoudt, wanneer en onder welke condities het kan worden ingeroepen, en op welke manier dat juridisch verder vorm kan worden gegeven. De invoering van het right to challenge in de Wmo is dus feitelijk een juridisch inhoudelijk lege en vooralsnog ongebruikte delegatiebepaling. Tegelijk suggereert de frequentie waarmee aan deze bepaling wordt gerefereerd dat de bepaling in de praktijk wel degelijk een functie vervult. In ieder geval past zij bij het *momentum* van een verschijnsel waarmee steeds meer gemeenten aan de slag gingen. Wat het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) betreft was dat ook precies de bedoeling van artikel 2.6.7 Wmo. Het right to challenge kan het beste met lokale experimenten verder worden ingevuld, waarbij de Rijksoverheid zo min mogelijk in de weg moet lopen. Pas als er op lokaal niveau in het sociaal domein te weinig zou gebeuren met het right to

12 Communities and Local Government Committee, *Community Rights*, Londen 2015, chapter 4. Online raadpleegbaar via: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmcomloc/262/26207.htm>.

13 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 152.

14 Art. 6, vierde lid, Wet stelsel openbare bibliotheekvoorziening (ook wel: Bibliotheekwet) heeft een soortgelijke strekking, zij het dat het artikel spreekt van ‘nadere regels’ in plaats van een AMvB.

challenge, overwoog het Ministerie van VWS werk te gaan maken van een right to challenge-AMvB op basis van de Wmo.¹⁵

Nader onderzoek naar lokale invoeringen van een right to challenge laat inderdaad behoorlijk wat gemeentelijke activiteit zien. In de Monitor Burgerparticipatie van 2018, uitgevoerd door ProDemos, werd voor het eerst gevraagd of gemeenten het right to challenge hadden opgenomen in een verordening. In totaal 12,4 procent van de respondenten (vaak gemeentebambtenaren) gaf aan dat dat in hun gemeenten het geval was.¹⁶ Een uitvraag door het Ministerie van BZK in 2018 registreerde 75 gemeenten die hun autonome verordeningsbevoegdheid zouden hebben aangewend om een vorm van een right to challenge een formele plek te geven in een lokale regeling.¹⁷ Het ligt overigens voor de hand dat dit aantal inmiddels hoger ligt. Niet alleen hebben veel coalities burgerparticipatie in brede zin, en right to challenge in het bijzonder, opgenomen in hun collegeakkoorden,¹⁸ er zijn ook gemeenten die niet vasthouden aan de term right to challenge, maar kiezen voor 'uitdaagrecht', 'het betrekken van ingezetenen bij het beleid', of 'burgerparticipatie'.¹⁹

Verder kiezen niet alle gemeenten voor enige vorm van regeling in een verordening, maar gaat achter de lokale praktijk van 'invoering van het right to challenge' een bonte verzameling moties, meldpunten, initiatieven, platforms en leerateliers schuil. Wij hebben de indruk dat bij een lokale invoering van het right to challenge zelfs vaker sprake is van een pakket aan politieke voornemens en feitelijke maatregelen, waarop dan de term right to challenge wordt geplakt, dan dat er lokale verordeningen zijn waarin een afdwingbaar right to challenge wordt geregeld.

Maar wat doen gemeenten als ze *wel* van de verordenende bevoegdheid gebruik maken om het right to challenge in te voeren? In de lokale wettenbank van overheid.nl zijn daarvan 23 voorbeelden te vinden.²⁰ Elf daarvan zijn Wmo-regelingen en negen zijn een subsidieregeling. In de categorie 'overig' bevinden zich de 'Nadere regels ombouw personen- en bestelauto's 2017' uit Rotterdam, de 'Beleidsregels en ontheffingenbesluit ontheffingen Milieuzone Rotterdam 2016' en de 'Participatieverordening' van de gemeente Leiden. De twee Rotterdamse voorbeelden zijn gelijkwaardigheidsbepalingen, die we nader bespreken in para-

15 *Kamerstukken II 2015/16*, 34065, nr. 9. Zie ook <https://vng.nl/right-to-challenge-rtc/wmo-welke-plek-heeft-rtc-binnen-de-wmo>.

16 ProDemos, *Monitor Burgerparticipatie 2018*, Den Haag 2018, p. 13 e.v.

17 *Kamerstukken II 2018/19*, 35000 VII, nr. 80.

18 Y. de Koster, Coalitieakkoorden (4): Burgerparticipatie is hot, *Binnenlands Bestuur* 1 augustus 2018. Zie ook de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 26 juni 2019 over Versterking en vernieuwing van de lokale democratie, kenmerk 2019-0000313502.

19 Zie bijv. art. 16 Wmo-verordening 2015 gemeente Ten Boer of art. 5.3.2 Wmo-verordening Hengelo 2015.

20 Van de 36 unieke gevallen uit de databank zijn er 13 meer intentieregelingen en (inkoop)beleid(sregels) dan juridisch uitgewerkte bevoegdheden. Bijv. par. 3.5 Inkoop- en aanbestedingsbeleid 2018 gemeente Waddinxveen.

graaf 6. In de Leidse verordening staat opgenomen dat de verordening het right to challenge niet regelt, maar dat bij het right to challenge wel de procedure uit de verordening wordt gevolgd. Invoering van een right to challenge via het subsidie-recht wordt verder besproken in paragraaf 5 van deze bijdrage. Hier bespreken wij op basis van de resultaten in de wettenbank wat gemeenteraden nu precies regelen wanneer zij een right to challenge-bepaling in hun Wmo-regelgeving opnemen.

Regelmatig herhalen de gemeentelijke Wmo-verordeningen letterlijk artikel 2.6.7 Wmo. Zo valt in de Wmo-verordening van de gemeente Zwolle te lezen dat '[h]et college de inwoners wijst op de mogelijkheid initiatieven te ontplooiën die het uitvoeren van taken van het college op grond van de wet betreffen, zoals vastgelegd in artikel 2.6.7 van de wet'.²¹ Net als artikel 2.6.7 Wmo biedt de Zwolse Wmo-verordening de mogelijkheid om nadere regels te stellen, maar net als bij haar nationale grote broer zijn die regels er tot op heden in Zwolle niet gekomen. Zwolle staat overigens niet alleen in deze aanpak. Ook de gemeenten Landsmeer, Noordenveld, Leiden, Hillegom, Zwartwaterland en Hengelo kiezen voor een soortgelijke route. In al deze Wmo-verordeningen wordt melding gemaakt van het right to challenge, of worden inwoners erop gewezen, maar zonder dat er nadere, concrete regels te vinden zijn in de wettenbank. Nadere regels zijn er wel in Groningen, Ten Boer en Geldrop-Mierlo.²² Uit de nadere regels van Groningen en Ten Boer blijkt dat taken van het college kunnen worden overgenomen wanneer door de initiatiefnemers wordt voldaan aan de gestelde kwaliteitscriteria, de kostprijs niet hoger uitvalt, en er sprake is van sociale meerwaarde. In de gemeente Geldrop-Mierlo, ten slotte, zijn de nadere regels een Stimuleringsmaatregel right to challenge gemeente Geldrop-Mierlo. Dat is feitelijk een subsidieregeling, die wij hieronder in paragraaf 5 verder bespreken.

De door ons gevonden voorbeelden van een wettelijke invoering van het right to challenge in lokale Wmo-verordeningen betreffen dus herhalingen van artikel 2.6.7 Wmo, de bevestiging van de mogelijkheid dat burgercollectieven meedoen in aanbestedingsprocedures en het aanmoedigen daarvan, en hier en daar een iets meer uitgewerkte variant. De invoering van het right to challenge via de gemeentelijke verordening lijkt in juridische zin dus hoofdzakelijk van symbolische, declaratoire en intern werkende betekenis.

Wellicht geïnspireerd door het succes van een ongebruikte delegatiegrondslag als stimulans voor alle experimenten in het sociaal domein, kiest het Ministerie van BZK voor een enigszins vergelijkbare manier om het right to challenge te gaan regelen. Dat ministerie zal immers iets moeten met de afspraak in het regeerakkoord die er nog altijd ligt. Toen de Minister van BZK in december 2018 voorzich-

21 Art. 19, eerste lid, Wmo-verordening Zwolle.

22 Nadere regels Maatschappelijke Ondersteuning Gemeente Ten Boer 2018, Nadere regels maatschappelijke ondersteuning gemeente Groningen 2017, Verordening Maatschappelijke Ondersteuning gemeente Geldrop-Mierlo 2019 en Verordening maatschappelijke ondersteuning gemeente Ten Boer 2015.

tig aangaf eigenlijk niet te willen inzetten op nieuwe wettelijke kaders,²³ zag zij zich praktisch per kerende post geconfronteerd met diverse moties afkomstig van verschillende Kamerfracties waarin stevig werd aangedrongen op toch een wettelijke regeling.²⁴ De vasthoudendheid van de Tweede Kamer op dit punt kwam ook duidelijk naar voren in een rondetafelbijeenkomst die op 3 april 2019 over het Uitdaagrecht werd georganiseerd. Volgens de aanwezige Kamerleden is er één duidelijke weg voorwaarts en die bestaat nog steeds uit een algemene wettelijke regeling.²⁵ Het is dus niet verwonderlijk dat het ministerie lijkt in te zetten op een kopie van het succes van artikel 2.6.7 Wmo, door een aanpassing van artikel 150 van de Gemeentewet (Gemw). Dat artikel verplicht gemeenteraden sinds 1992 om een inspraakverordening vast te stellen. Die verplichting zal worden uitgebreid met de verplichting een participatieverordening vast te stellen. Daarbij wordt in het artikel opgenomen dat de gemeenteraad regels *kan* stellen over het right to challenge.²⁶ Door het 'uitdaagrecht' op deze manier op te nemen in de wet zou volgens de minister de gemeenteraad de vrijheid krijgen om het instrument vorm te geven overeenkomstig de lokale behoeften. Wel deed zij vast een aantal suggesties over wat er in de lokale verordening zou kunnen staan:

'Met deze formulering is het aan de raad om te bepalen welke taken kunnen worden overgenomen, welke inhoudelijke en procedurele criteria gelden voor toekenning of afwijzing van initiatieven en onder welke voorwaarden gemeentelijke taken aan burgers kunnen worden overgedragen.'²⁷

Of en op welke manier gemeenten hier verder invulling aan gaan geven, is nog afwachten. Misschien dat de eveneens aangekondigde VNG-modelverordening houvast kan bieden. Op deze modelverordening moet nog even worden gewacht, maar wij verwachten niet dat de VNG met een uitgebreidere modelbepaling komt. Zoals de minister zelf al aangeeft, is het nog steeds de wens van het ministerie dat gemeenteraden zo veel mogelijk aansluiting zoeken bij de lokale praktijk. Die praktijk is veelzijdig en laat zich dus lastig vangen in één model.

Hoewel de minister hiermee wellicht aan een wens van de Kamer tegemoetkomt, heeft ook deze invoering van het right to challenge juridisch gezien hoofdzakelijk een symbolisch en declaratoir karakter. Niet alleen worden gemeenten niet verplicht om een right to challengeverordening te maken, ook de bevoegdheid om dat te doen bestond uiteraard al lang op grond van artikel 147 Gemw.

23 *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VII, nr. 80. Dit standpunt werd nogmaals onderstreept in de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 26 juni 2019 over Versterking en vernieuwing van de lokale democratie.

24 *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VII, nr. 16 (motie Ozütok) en *Kamerstukken II* 2018/19, 35000, nr. 24 (motie Segers).

25 Zie <https://debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/uitdaagrecht>. Zie over deze rondetafelbijeenkomst ook Boogaard, Driessen & Den Ouden 2019a.

26 Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 17 oktober 2019 over de wettelijke verankering van het Right to Challenge.

27 Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 17 oktober 2019 over de wettelijke verankering van het Right to Challenge.

Wanneer wij het invoeren van een right to challenge met dit soort bepalingen zonder veel rechtsgevolgen afzetten tegen de knelpunten die burgerinitiatieven volgens ons onderzoek ervaren, dan volgt een genuanceerd oordeel. Aan het oplossen van werkelijke juridische knelpunten draagt het invoeren van bepalingen zonder rechtsgevolg uiteraard weinig bij. Tegelijkertijd stemt het succes van artikel 2.6.7 Wmo tot nadenken. Voor de gemeentelijke praktijk voelde het wel degelijk als een echte invoering, zonder dat gemeenten feitelijk tot iets werden verplicht of dat er een definitie van het right to challenge werd voorgeschreven waarop initiatiefnemers zouden kunnen stuklopen. Het enkel erkennen van de wenselijkheid van het fenomeen was kennelijk precies genoeg om feitelijk ook tot resultaten te komen.

5. Subsidieregelingen

Er zijn veel verordeningen van decentrale overheden²⁸ op het gebied van burgerinitiatieven die zien op de financiële component. Dat is logisch: als initiatiefnemers publieke taken overnemen, hebben zij daar doorgaans geld voor nodig. Ook als er niet zozeer sprake is van het overnemen van taken, maar meer van nieuwe activiteiten die bijdragen aan het algemeen belang willen overheden vaak best een financieel steentje bijdragen.

Harde cijfers zijn niet beschikbaar, maar verschillende studies suggereren dat burgerinitiatieven het meest door middel van subsidiëring financieel worden ondersteund.²⁹ In de communicatie daarover wordt vaak een andere benaming gebruikt, zoals investeringen, sponsoring, cofinanciering, bijdragen, budgetten of prijzen. Zowel overheden als initiatiefnemers vinden het subsidie-instrument intuïtief vaak weinig passend en bovendien kijkt de politiek vaak veel kritischer naar subsidieverstrekking dan naar investeringen in maatschappelijke activiteiten. Het begrip subsidie lijkt welhaast afhankelijkheid, ongelijkwaardigheid, tijdelijkheid en zelfs verspilling te veronderstellen.³⁰ Het mag dus geen verbazing wekken dat bijna niemand staat te springen bij de gedachte aan ‘meer’ subsidiebeleid. Desalniettemin zijn met name gemeenten in de afgelopen jaren op grote schaal overgegaan tot het opstellen van subsidieverordeningen die specifiek zien op bur-

28 Het betreft niet alleen gemeenten, ook provincies en waterschappen hebben subsidieregelingen opgesteld om burgerinitiatieven mee te kunnen faciliteren.

29 Raad voor de financiële verhoudingen, *Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief*, Den Haag 2014, Nationale ombudsman 2018 en W. den Ouden, ‘Wel betalen, niet bepalen, de financiering van burgerinitiatieven’, in: N.S. Eftymiou, J. Goossens & R. de Lange (red.), *Democratie: nieuwe ontwikkelingen*, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2018, p. 131-162. ‘Versluierde subsidies’ komen ook veel voor: verhuur van gemeentelijke gebouwen beneden de kostprijs, onderhoudswerkzaamheden uitgevoerd door overheden en het ter beschikking stellen van menskracht (ambtenaren). Zie Sloots advies, *Het maatschappelijk PPS, juridische grenzen en mogelijkheden voor de betrokken overheid. Verkenning van de juridische ins en outs bij het omgaan van gemeenten met maatschappelijke initiatieven*, Den Haag: Ministerie van BZK 2016, p. 35 e.v.

30 Zie <https://taalstrategie.nl/werkende-woorden-subsidie/>.

gerinitiatieven. Bestudering van deze verordeningen³¹ leert dat daarin de te subsidiëren activiteiten doorgaans zeer ruim worden omschreven, zodat een breed scala aan initiatieven daaruit kan worden gefinancierd. Daarnaast richten veel subsidieregelingen voor burgerinitiatieven zich op een specifiek beleidsterrein, bijvoorbeeld het sociaal domein, sociale cohesie, verbetering van de leefomgeving of ‘groene’ activiteiten. Verder bestaat er een veelheid aan subsidieregelingen die zich niet specifiek richten op initiatiefnemers, maar die wel subsidie beschikbaar stellen op terreinen waarop ook burgerinitiatieven ontstaan. Er is dus een breed palet aan subsidieregelingen waarop initiatiefnemers die een publieke taak willen overnemen of die anderszins willen bijdragen aan het algemeen belang een beroep kunnen doen. Er is op grond van deze verordeningen echter geen sprake van een afdwingbaar recht op financiering, integendeel zelfs, de bevoegdheid tot subsidieverstrekking is steeds discretionair geformuleerd. Van de invoering van een right to challenge kan hier dus zeker niet worden gesproken.

Dat wil niet zeggen dat deze subsidieregelingen niet bijdragen aan het wegnemen van knelpunten voor initiatiefnemers. Uit verschillende onderzoeken blijkt dat de financiering door een burgerinitiatief als een van de belangrijkste problemen wordt ervaren.³² Door het vaststellen van een verordening voor de financiering van burgerinitiatieven en het vrijmaken van het budget daarvoor wordt dus duidelijk in een behoefte voorzien. Wel blijkt uit onze analyse van de bestaande subsidieregelingen³³ voor burgerinitiatieven dat veel van deze regelingen onnodige hindernissen opwerpen voor initiatiefnemers die publieke financiering nodig hebben. Zo is het bedrag dat per aanvrager kan worden uitgekeerd doorgaans veel te laag om daarmee werkelijk een publieke taak te kunnen overnemen. Een andere hindernis is dat deze verordeningen vaak bepalingen bevatten die structurele financiering en cosubsidiëring (het subsidiëren van één activiteit uit verschillende regelingen) onmogelijk maken. Daarentegen zijn er ook voorbeelden van bepalingen die het subsidiëren van burgerinitiatieven juist flexibeler en eenvoudiger maken. Zo is in verschillende subsidieregelingen voor burgerinitiatieven opgenomen dat aanvragen kunnen worden voorbereid met behulp van een ambtenaar.³⁴ Door die mogelijkheid op te nemen in de wettelijke regeling is deze service voor initiatiefnemers beter zichtbaar en voor de ambtelijke organisatie wellicht ook minder vrijblijvend. In het licht van deze vastgestelde hindernissen en *best practices* hebben wij in het onderzoeksrapport aanbevolen de VNG te vragen een model subsidieverordening voor burgerinitiatieven op te stellen.

31 Den Ouden 2018.

32 Zie o.a. Nationale ombudsman 2018 en Movisie & Vilans, *Wat knelt? Inventarisatie knelpunten bij burgerinitiatieven in zorg en ondersteuning*, Utrecht 2016.

33 Zie daarvoor Den Ouden 2018.

34 Zie bijv. art. 4 Subsidieregeling budget burgerinitiatieven Soest 2017. Art. 3, tweede lid, Regeling Buurtbon bepaalt dat de wijkcoördinator kan helpen bij het aanvullen van een onvolledige aanvraag. Art. 7 Subsidieregeling Groene burgerinitiatieven 2017 bepaalt dat bij vragen over het aanvragen van subsidie contact kan worden opgenomen met de contactpersoon.

6. Uitdagen van regelgeving

Een laatste categorie regels die soms wordt gezien als invoering van het right to challenge ziet op het flexibiliseren van het juridisch kader. Het uitdagen is dan niet zozeer gericht op het overnemen van een taak, maar op de toepasselijkheid van een bepaalde norm. Het Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken ziet de potentie voor het instrument right to challenge vooral daar:

‘Het Right to Challenge geeft burgers en bedrijven de mogelijkheid om op een eigen wijze doelen van een wettelijke regeling of andere publieke belangen te realiseren, zonder aan alle wettelijke regels te voldoen. (...) Het Right to Challenge laat regelgeving zoals die is. Doel, reikwijdte, middelen en toezicht: daaraan wordt niets veranderd. Echter, de regelgeving krijgt het karakter van een terugval-optie, want met het Right to Challenge komt er een optie naast.’³⁵

Technisch gezien zijn dit gelijkwaardigheidsbepalingen, van het soort zoals artikel 1.3, eerste lid, van het Bouwbesluit 2012 bevat:

‘Aan een (...) gesteld voorschrift hoeft niet te worden voldaan indien het bouwwerk of het gebruik daarvan anders dan door toepassing van het desbetreffende voorschrift ten minste dezelfde mate van veiligheid, bescherming van de gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en bescherming van het milieu biedt als is beoogd met de (...) gestelde voorschriften.’³⁶

In de in paragraaf 4 behandelde zoektocht in de wettenbank kwamen wij twee van zulke gelijkwaardigheidsbepalingen als invoeringen van het right to challenge tegen. Het gaat dan om de Beleidsregels en ontheffingenbesluit ontheffingen Milieuzone Rotterdam 2016 en de Nadere regels ombouw personen- en bestelauto's 2017, eveneens afkomstig uit Rotterdam. In beide regelingen wordt right to challenge als gelijkwaardigheidsbepaling gepositioneerd. Namelijk als het recht om ‘aan te tonen dat een personen- of een bestelauto voor ontheffing in aanmerking komt omdat deze aantoonbaar even schoon dan wel schoner is dan op basis van de DET mag worden verwacht in termen van NOx- en elementair koolstofuitstoot, en die even schoon dan wel schoner is dan de voertuigen die zich op basis van de DET volgens de bebording van de Milieuzone mogen begeven in de Milieuzone’.³⁷

35 Kenniscentrum voor Wetgeving en Juridische zaken, *Handreiking Right to Challenge*, Den Haag 2016, p. 2. Online raadpleegbaar via: www.kcwj.nl/sites/default/files/handreiking_right_to_challenge_24_oktober_2016.pdf.

36 Zie de bijdrage van In 't Hout elders in dit nummer.

37 Art. 1, veertiende lid, jo. art. 4, vijfde lid, Beleidsregels en ontheffingenbesluit ontheffingen Milieuzone Rotterdam 2016 en art. 1, onderdeel j, Nadere regels ombouw personen- en bestelauto's 2017.

Reeds uit de inleiding van dit artikel bleek dat een populaire voorstelling van burgerinitiatieven uitgaat van een door de systeemwereld verstikte leefwereld. Het flexibiliseren van de normen van de systeemwereld klinkt dan als een logische remedie daartegen en dus lijkt het invoeren van generieke gelijkwaardigheidsbepalingen een voor de hand liggende invoering van het right to challenge. Feitelijk wordt van deze route echter (vooralsnog) niet vaak gebruik gemaakt. Onlogisch is dat niet. Een gelijkwaardigheidsbepaling sluit maar heel beperkt aan bij de knelpunten van burgerinitiatieven zoals wij hebben verzameld. Allereerst niet omdat initiatieven zelf uiteindelijk nauwelijks klagen over materiële voorschriften, of zich althans na enige uitleg achter de ratio van die bepalingen konden scharen. Bovendien hebben de vrijwilligers van een gemiddeld wijkzwembad niet de ambitie om een gelijkwaardige waterzuiveringsinstallatie te ontwikkelen en willen zij vooral niet bekend komen te staan als een zwembad waar het minder fris is omdat wijkzwembaden die door burgers worden gerund het minder nauw zouden hoeven te nemen met de hygiënewetgeving. Dat men zich soms aan gedetailleerde en vaak moeilijk uitvoerbare materiële voorschriften moet houden als initiatiefnemer, daarvoor was dus uiteindelijk altijd wel begrip. Wel verwacht men daarbij soms een helpende hand vanuit de overheid, al is het maar om in kaart te brengen welke regels er allemaal gelden.

De wettelijke voorschriften waar initiatiefnemers wel graag van wegblijven, zijn regels over motivering, financiële controle, publieke verantwoording, rechtsbescherming en dergelijke. Deze regels zijn gemeengoed voor overheden, maar zijn vaak niet van toepassing op burgerinitiatieven omdat zij niet als bestuursorgaan kwalificeren. In de gevallen waarbij burgerinitiatieven wel dicht tegen het bestuursorgaanbegrip aan schuren, zoals het geval is bij wijkbudgetten, wordt de hele constructie bewust zodanig ingericht dat niet aan deze publieke waarborgen hoeft te worden voldaan.³⁸ Initiatiefnemers zien daarvan de meerwaarde niet in, vooral omdat zij ervan uitgaan 'dat het allemaal goed zal verlopen' en waarschijnlijk ook omdat deze regels de belangen van anderen dan de initiatiefnemers beschermen. Dat laatste geldt ook voor het economisch bestuursrecht, waar dat initiatiefnemende burgers aanmerkt als concurrenten van commerciële partijen. Ook daar worden andere belangen beschermd dan die van de initiatiefnemers zelf. Gelijkwaardigheidsbepalingen zijn voor dit soort knelpunten maar heel beperkt een oplossing. Het probleem is immers niet dat burgerinitiatieven 'hetzelfde, maar dan anders' willen dan de regels waar ze van willen afwijken. Burgerinitiatieven willen niet hetzelfde en daarom iets anders: minder systeemeisen en meer erkenning van de toegevoegde maatschappelijke waarde.

38 ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308 m.nt. W. den Ouden (*Stichting Impuls*). In deze zaak kwam aan de orde dat het juist expliciet níét de bedoeling was om Impuls als bestuursorgaan te laten kwalificeren. Zie over het onderwerp wijkbudgetten ook de NJB-topscriptie van D.K. Jongkind op www.njb.nl/blog/het-wijkbudget.32760.lynkx.

7. Conclusie

De conclusie van dit artikel is feitelijk een bevestiging van het paradoxale karakter van de wens om het right to challenge met een algemene regeling in te voeren. Een logische route bij het bestrijden van een overdaad aan complexe en onzinnige regels zou een vermindering van de regeldruk inhouden. In plaats daarvan sturen het regeerakkoord en de Kamer aan op meer regels. In dit artikel hebben wij uitgelegd waarom dit volgens ons geen goed idee is. De knelpunten waarmee initiatiefnemers te maken krijgen, worden er immers niet mee weggenomen. Daarnaast hebben wij gekeken naar de verschillende manieren waarop het right to challenge in de praktijk al wordt 'geregeld' of zou kunnen worden geregeld. De juridisch meest voor de hand liggende manier om iets te doen aan het populaire beeld van de verstikte leefwereld, de gelijkwaardigheidsbepaling, sluit nauwelijks aan bij de werkelijk ervaren problemen, en wederom is de voor de praktijk meest krachtige vorm van right to challenge-regelgeving paradoxaal genoeg juridisch de minst inhoudelijke: de symboolbepaling. Kortom, de juridische meerwaarde van de verschillende vormen waarmee right to challenge kan worden ingevoerd: *much ado about nothing*.