



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Stimulering en facilitering van burgerinitiatieven door de overheid: over de invulling van de 'dienende overheid' bij derde generatie burgerparticipatie

Driessen, E.M.M.A.

Citation

Driessen, E. M. M. A. (2024, June 18). *Stimulering en facilitering van burgerinitiatieven door de overheid: over de invulling van de 'dienende overheid' bij derde generatie burgerparticipatie*. Boom, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3731030>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3731030>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DEEL II

KNELPUNTEN EN DOOR OVERHEDEN EN BURGERINITIATIEVEN AANGEDRAGEN DIENSTBARE OPLOSSINGEN

In dit tweede deel wordt ingegaan op specifieke door initiatiefnemers ervaren knelpunten (paragraaf 1.5) en mogelijke oplossingsrichtingen. Bij het formuleren van deze concrete, op de knelpunten toegesneden oplossingen, handvatten en stappenplannen, gaat het als het ware om het zoeken en formuleren van invullingen van het dienstbaarheidsbeginsel in de context van burgerinitiatieven. Toch komt het dienstbaarheidsbeginsel en het voorstel daartoe uit het concept van het wetsvoorstel van de Wet versterking waarborgfunctie Awb niet (letterlijk) terug in deze hoofdstukken. Dat is echter niet verwonderlijk en ook niet problematisch. Dit proefschrift verschijnt namelijk niet in één keer als boek, maar is grotendeels een bundeling van eerder verschenen artikelen. Deze artikelen zijn in de periode tussen 2020 en 2022 verschenen en merendeels integraal en zonder grote aanpassingen als hoofdstukken in dit boek opgenomen. In deze periode was er nog geen concreet voorstel tot opname van een dienstbaarheidsbeginsel in de Awb. Dat betekent logischerwijs dat het dienstbaarheidsbeginsel niet terugkomt in de artikelen en nu dus in de hoofdstukken 3 tot en met 8. Dat is echter niet problematisch voor dit onderzoek en de beantwoording van de onderzoeksvraag. In de artikelen/hoofdstukken is namelijk steeds uitgegaan van de politieke en beleidsmatige wens om burgerinitiatieven te faciliteren en ondersteunen. Die wens bestond

al lang voor het conceptwetsvoorstel van de Wet versterking waarborgfunctie Awb.³¹⁴ Omdat daarbij de wens bestond om als overheid als een responsieve partner en niet enkel als top-down sturende entiteit op te treden ging het eigenlijk – zonder het met zoveel woorden te noemen – steeds om de wens om te komen tot een dienstbare houding van de overheid ten aanzien van burgerinitiatieven.³¹⁵

314. Ministerie BZK 2013c en Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, paragraaf 2.

315. Zie paragraaf 1.6 voor een uitleg over dienstbaarheid.

Een mens lijdt dikwijls het meest, door het lijden dat hij vreest

3.1 INLEIDING³¹⁶

3.1.1 *Een ervaren of juridisch knelpunt?*

Burgerparticipatie is *booming business* en voor velen inmiddels een bekend fenomeen. Burgers weten hun weg naar de overheid steeds beter te vinden met door henzelf bedachte initiatieven. Overheden stimuleren en faciliteren hen hierin steeds meer.³¹⁷ Toch blijken initiatiefnemers tegen de nodige obstakels aan te lopen wanneer zij hun initiatief willen realiseren.³¹⁸ In algemene termen gaat het volgens hen dan veelal om een trage, bureaucratische en ondoorzichtige ambtelijke organisatie (de veelgehoorde kloof tussen leef- en systeemwereld)³¹⁹ en lastige, knellende wet- en regelgeving.³²⁰ Een van deze wettelijke obstakels is volgens initiatiefnemers en hen faciliterende overheden het aansprakelijkheidsrecht en over dat knelpunt gaat dit artikel. Initiatiefnemers ervaren het aansprakelijkheidsrecht als een knelpunt omdat dit rechtsgebied er volgens hen voor zorgt dat zij hun initiatief niet, of althans niet op de door hen gewenste manier, kunnen uitvoeren.³²¹ Zo willen burgers die het lokale groen onderhouden bijvoorbeeld gebruikmaken van elektrisch gereedschap; dit doen zij thuis immers ook. Overheden zijn hier niet

316. Dit hoofdstuk is eerder verschenen als: E.M.M.A. Driessen, Burgerinitiatieven en aansprakelijkheid(skwesties), AA november 2020. (Driessen 2020).

317. De Koster 2018.

318. Zie onder andere: Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019. Nationale Ombudsman 2018. Movisie en Vilans 2016.

319. Habermas 1981. De leefwereld is de 'echte' wereld waar personen elkaar ontmoeten, er interactie is en ideeën ontstaan. De systeemwereld zijn de regels en de procedures die van toepassing zijn om de interacties in de leefwereld mogelijk te maken, te stroomlijnen en te coördineren. Dat betekent dat leef- en systeemwereld niet van elkaar gescheiden zijn. De laatste jaren worden de termen met name gebruikt om aan te geven dat wat de burger wil zich afspeelt in de leefwereld, maar dat de uitvoering van deze wil wordt bemoeilijkt door alle procedures, wetten en voorschriften uit de systeemwereld. De leefwereld wordt hierbij vaak een synoniem voor 'de burger' en de systeemwereld voor 'de overheid'.

320. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019. Nationale Ombudsman 2018. Movisie en Vilans 2016.

321. Zie voor meer van dergelijke voorbeelden – ook buiten het aansprakelijkheidsrecht: Ministerie BZK 2015a.

altijd van gecharmeerd en houden dan de boot af onder het mom 'kan niet onder het aansprakelijkheidsrecht'. Opmerkelijk is dat juristen juist het tegenovergestelde beweren.³²² Volgens hen zijn vrijwel alle vermeende problemen op te lossen of af te dekken met het recht, zolang je maar de juiste (juridische) kennis hebt, of deze kan inkopen.³²³ Het aansprakelijkheidsrecht staat volgens deze juristen het faciliteren van initiatieven dan ook niet in de weg. Deze botsing van visies doet de vraag rijzen of het aansprakelijkheidsrecht de realisatie van burgerinitiatieven daadwerkelijk belemmert of 'slechts' een als juridisch *ervaren* knelpunt is dat geen grondslag kent in het recht.³²⁴

3.1.2 Onderzoeksmethodologie en opzet

Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden is gebruik gemaakt van verschillende onderzoeken en onderzoeksmethodes. Startpunt vormt het in 2019 verschenen rapport *'Right to Challenge. Een studie naar de mogelijkheden voor een algemene regeling voor het 'Right to Challenge' en andere burgerinitiatieven in Nederland'* (hierna: Right to Challenge-onderzoek).³²⁵ Hierin wordt geconcludeerd dat het aansprakelijkheidsrecht door initiatiefnemers en ambtenaren als knelpunt wordt ervaren, terwijl er volgens de geraadpleegde juristen vooral sprake is van een *ervaren* knelpunt dat zijn grondslag niet kent in het aansprakelijkheidsrecht.³²⁶

Dit hoofdstuk gaat verder waar het *Right to Challenge*-onderzoek eindigt en onderzoekt allereerst waarom initiatiefnemers en overheden het aansprakelijkheidsrecht als knelpunt ervaren. Daarvoor is naast klassiek *deskresearch* gebruikgemaakt van gerichte, aanvullende, semigestructureerde interviews³²⁷ om de ervaringen van initiatiefnemers en gemeenteambtenaren te achterhalen.³²⁸ Om het perspectief van burgerinitiatieven in beeld te brengen zijn vooraanstaande spelers Movisie en

322. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, p. 31. Eenzelfde soort conclusie, maar dan ten aanzien van het rechtspersonenrecht is te vinden in Bosma, Hummels, Manunza e.a. 2019.

323. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, i.h.b. paragraaf. 4.2.5. en 6.5.

324. O.a. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019. Platform 31, 2016. Movisie en Vilans 2016.

325. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019.

326. Aan deze conclusie ligt een methode van casusbenadering en focusgroepen ten grondslag. Aan de hand van vijf archetype casus wordt geschetst wat voor soort initiatieven in de praktijk worden ontplooid, hoe deze zich ontwikkelen en welke complexe (juridische) vraagstukken daarbij kunnen ontstaan. Op basis van deze casus zijn vervolgens algemene juridische vraagstukken en knelpunten geformuleerd en besproken met (verenigingen van) initiatiefnemers, beleidsmedewerkers, gemeentejuristen en juridische experts op de verschillende relevante rechtsgebieden. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, p. 12.

327. Interviews waarbij het onderwerp en de vragen grotendeels vaststaan, maar waarbij het mogelijk is om – aan de hand van de antwoorden van de geïnterviewde – beperkt af te wijken en gericht door te vragen.

328. In aanvulling op eerdere onderzoeken is voor dit artikel in totaal met 15 personen gesproken.

Vilans geïnterviewd.³²⁹ Zij beschikken over een breed netwerk met veel kennis uit de praktijk van burgerinitiatieven en stonden eerder al (kort) stil bij het knelpunt aansprakelijkheid in relatie tot burgerinitiatieven.³³⁰ Daarnaast zijn gemeentebtenaren geïnterviewd die in een eerdere enquête hebben aangegeven dat zij worstel(d)en met aansprakelijkheidsvraagstukken.³³¹ In aanvulling hierop zijn ambtenaren werkzaam bij (grote) gemeenten geïnterviewd, die vaak als koplopers worden gezien op het gebied van burgerparticipatie. Zij zijn vaak al enige jaren aan de slag met dit thema, dragen dit ook actief uit en daarnaast wordt hun werkwijze vaak als voorbeeld genoemd.³³² In de interviews is gevraagd hoe vaak het thema aansprakelijkheid in relatie tot burgerinitiatieven ter sprake kwam, bij wat voor soort burgerinitiatieven deze vragen speelden en hoe vaak er daadwerkelijk schade ontstaat (paragraaf 3.3.2).

Op basis van de onderzoeksresultaten is een opsomming gemaakt van de schade-soorten die in de praktijk de grootste betekenis hebben (paragraaf 3.3). In paragraaf 3.4 volgt een juridische analyse van de daarbij meest voor de hand liggende aansprakelijkheidsgrondslagen. In paragraaf 3.5 komen enkele (juridische) constructies naar voren die de gevolgen van een eventuele geslaagde aansprakelijkheidsstelling kunnen verzachten. Vervolgens wordt de juridische realiteit getoetst aan de realiteit van burgerinitiatieven. Daaruit blijkt dat (juridische) oplossingen niet altijd goed uitpakken of afdoende zijn als het gaat om burgerinitiatieven. Om tegemoet te komen aan het speciale karakter van burgerinitiatieven als speler die zich tussen overheid, markt en samenleving bevindt, stellen sommige onderzoekers drastische veranderingen van het aansprakelijkheidsrecht voor.³³³ Ik ben daar geen voorstander van. Waarom en welke verbeterruimte ik wél zie, behandel ik in paragraaf 3.6. In deze paragraaf wordt eveneens geconcludeerd dat het aansprakelijkheidsrecht niet direct problematisch hoeft te zijn voor burgerinitiatieven, maar dat tegelijkertijd een beeld kan worden geschetst van terughoudende overheden die initiatiefnemers het aansprakelijkheidsecht tegenwerpen om andere redenen. En dat kan op zijn minst vreemd worden genoemd wanneer de overheid aangeeft

329. Movisie en Vilans zijn kennisorganisaties op het gebied van diverse sociale vraagstukken (Movisie) en (langdurige) zorg (Vilans). Op deze terreinen zijn ook veel burgerinitiatieven actief waardoor zij over de nodige kennis en ervaring beschikken over de manier waarop burgerinitiatieven opereren en met welke knelpunten zij te maken hebben. Zo doen zij regelmatig onderzoeken waarbij ook burgerinitiatieven betrokken zijn, of zelfs de hoofdrol spelen.

330. Movisie en Vilans 2016, p. 36.

331. Gemeenten Tubbergen en Dinkelland en Apeldoorn. Deze enquête is door het ministerie van BZK in het voorjaar van 2018 verstuurd naar de griffiers van alle Nederlandse gemeenten. De enquête had betrekking op het inzetten van het Right to Challenge waarbij onder andere gevraagd is of er financiële, juridische of organisatorische obstakels waren waar men tegenaan liep. Deze enquête heeft geleid tot Van der Krieken 2018.

332. Het gaat dan om de gemeenten Rotterdam, Utrecht en Peel en Maas.

333. Zo stellen de onderzoekers van Crisislab een aanpassing van het aansprakelijkheidsregime voor. Crisislab 2015, p. 75.

ruimte te willen maken voor burgerinitiatieven, maar hen tegelijkertijd het aansprakelijkheidsrecht tegenwerpt om redenen die niet met juridische aansprakelijkheid te maken hebben.

Gelet op het aantal geïnterviewde personen (15) kunnen geen absolute uitspraken gedaan worden over de representativiteit en generaliseerbaarheid van de onderzoeksresultaten naar alle burgerinitiatieven en overheden. Dit neemt niet weg dat er wel een beeld kan worden gegeven van hoe het er in de praktijk met betrekking tot het thema aansprakelijkheid en burgerinitiatieven aan toe gaat. De gesprekspartners zijn immers niet willekeurig gekozen en bovendien sluiten de interviewresultaten aan bij andere onderzoeken.³³⁴ Voordat ik stilsta bij de interviewresultaten, ga ik in paragraaf 3.2 in op de gehanteerde terminologie.

3.2 BEGRIPSOMSCHRIJVING: RIGHT TO CHALLENGE, MAATSCHAPPELIJK INITIATIEF, BURGERINITIATIEF, OF TOCH IETS ANDERS?

Burgerparticipatie is inmiddels een wijdverbreid en bekend verschijnsel. Wie kijkt naar de praktijk vindt dan ook een rijkgeschakeerd beeld aan allerlei initiatieven. Initiatiefnemers nemen bijvoorbeeld het groenonderhoud in de buurt in eigen hand exploiteren het dorpshuis of het plaatselijke zwembad. Soms gaat het om grotere projecten, waarbij (substantiële) financiële belangen een rol spelen. Plaatselijke verenigingen exploiteren bijvoorbeeld een windmolen en steken de opbrengsten daarvan in lokale projecten, het wijkbedrijf helpt buurtbewoners met een afstand tot de arbeidsmarkt aan het verkrijgen van werk en de lokale zorgcoöperatie levert innovatieve zorg op maat.³³⁵

Er worden verschillende termen gebruikt om deze voorbeelden te duiden. Veelvoorkomend zijn de termen burgerinitiatief,³³⁶ maatschappelijk initiatief,³³⁷ *Right to Challenge* of uitdaagrecht.³³⁸ In dit artikel is gekozen voor de term '(burger)initia-

334. Zie naast Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, Nationale Ombudsman 2018, Movisie en Vilans 2016 ook Crisislab 2015, Ministerie BZK 2013d, Platform 31 2016.

335. Zie voor een uitwerking van deze voorbeelden Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, p. 63 e.v.

336. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, Nationale Ombudsman 2018, Crisislab 2015, BZK 2013, Movisie en Vilans 2016.

337. Rfv 2014.

338. Met het Right to Challenge – of in het Nederlands 'uitdaagrecht' – wordt bedoeld op burgers die een plan hebben waarmee ze een overheidstaak beter en/of goedkoper kunnen uitvoeren dan de overheid. Zij dagen de overheid uit om de betreffende taak met het bijbehorende budget over te nemen en voortaan zelf uit te voeren. In *Kamerstukken II* 2019/20, 35 300 VII, nr. 6 (Brief van de Minister van BZK over de wettelijke verankering van het Right to Challenge d.d. 17 oktober 2019) wordt van 'uitdaagrecht' gesproken.

tief'. Daaronder versta ik: burgers die zich samen inzetten voor een taak of belang waaraan een maatschappelijke waarde wordt toegekend.³³⁹

3.3 HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT ALS ERVAREN KNELPUNT

In deze paragraaf staat de vraag centraal waarom het aansprakelijkheidsrecht door initiatiefnemers en ambtenaren als knelpunt wordt ervaren.

3.3.1 *Mogelijke oorzaken voor het aansprakelijkheidsrecht als terugkerend knelpunt*

In de afgelopen jaren is meermaals onderzoek gedaan naar knelpunten waarmee initiatiefnemers en hen faciliterende overheden worden geconfronteerd.³⁴⁰ Het aansprakelijkheidsrecht is één van deze obstakels. Tegelijkertijd wordt in deze rapporten opgeroepen om vooral gebruik te maken van de ruimte die de wet biedt; het recht kent vaak meer mogelijkheden dan overheden en initiatiefnemers soms denken. Dergelijke conclusies roepen de vraag op waarom het aansprakelijkheidsrecht in rapporten van recente datum nog steeds als obstakel wordt geïdentificeerd. Als het aansprakelijkheidsrecht het faciliteren van burgerinitiatieven niet in de weg zit, waarom blijft dit rechtsgebied volgens initiatiefnemers en overheden dan een (terugkerend) knelpunt? Mijns inziens kan dit twee oorzaken hebben: de overheid zou een gebrek aan kennis van het aansprakelijkheidsrecht kunnen hebben, of er kan op de achtergrond een andere – en tot nu toe nog onbekende – reden meespelen die ervoor zorgt dat het aansprakelijkheidsrecht als knelpunt wordt ervaren.

Als de oorzaak van het knelpunt een gebrek aan kennis van het aansprakelijkheidsrecht zou zijn, zoals een aantal rapporten (lijkt te) beweren,³⁴¹ kan het probleem eenvoudig worden weggenomen met informatiecampagnes. Bijvoorbeeld websites en leaflets die veelvoorkomende vragen en situaties behandelen.³⁴² Op internet circuleren echter al flyers, folders en best practices over aansprakelijkheid en burgerinitiatieven.³⁴³ En in een in 2015 onder alle gemeenten verspreid aanspra-

339. Deze omschrijving komt grotendeels overeen met de omschrijving van maatschappelijke initiatieven door de Raad voor de financiële verhoudingen. Rfv 2014, p. 14. De hoofdstukken uit deel II van dit proefschrift zijn eerder verschenen als zelfstandig leesbare artikelen. Zoals gebruikelijk is in artikelen is hierin wel gekozen voor een werkdefinitie. Daarbij gaat het ook om een ruime omschrijving, zie ook paragraaf 1.4.3.

340. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019. Nationale Ombudsman 2018. Movisie en Vilans 2016, Crisislab 2015. BZK 2013. Platform 31 2016.

341. Den Ouden, Boogaard, Driessen 2019, Platform 31 2016, Crisislab 2015, Ministerie BZK 2013d.

342. Het 'Juridisch leaflet Maatschappelijke aanbesteden' zou als voorbeeld kunnen dienen.

343. Veel overheden zijn ook aangesloten bij zogenaamde leerkringen waar het nadrukkelijk de bedoeling is om allerlei vragen die in de praktijk spelen – zoals o.a. aansprakelijkheidsrecht – met elkaar te bespreken om zo van elkaar te leren.

kelijkheidshandboek van de VNG staat zelfs expliciet stil bij aansprakelijkheid rond burgerinitiatieven.³⁴⁴

Met de informatievoorziening lijkt het dus de goede kant op te gaan. Dat zou kunnen betekenen dat de oorzaak van het ervaren knelpunt niet (alleen) is gelegen in een gebrek aan kennis van het recht. Om de mogelijke andere oorzaak te achterhalen zijn interviews afgenomen.

3.3.2 Interviewresultaten

In het navolgende focus ik op de positie van de overheid. Dat betekent dat na wordt gegaan wanneer de *overheid* aansprakelijk is voor schade die ontstaat bij, of rondom een burgerinitiatief. Veel initiatieven vinden namelijk plaats in de openbare ruimte, of hebben betrekking op een taak die (ook) door de overheid wordt uitgevoerd. Verreweg de meeste initiatieven hebben dus op enig moment te maken met de overheid als financier, contractspartner, en/of eigenaar van de openbare ruimte. Hierdoor komt er een moment waarop de overheid beslist om het burgerinitiatief wel of niet te faciliteren en van start te laten gaan. Dat betekent dat er situaties kunnen ontstaan waar schade ontstaat en het aansprakelijkheidsrecht (mogelijk) een knelpunt wordt. Om te weten waarom overheden het aansprakelijkheidsrecht als knellend ervaren is allereerst nagegaan welke schade-situaties zij vrezen (paragraaf 3.3.2.1 en 3.3.2.2). Vervolgens is het de vraag hoe vaak deze schades daadwerkelijk ontstaan (paragraaf 3.3.2.3). Als overheden veel 'ervaring' hebben met burgerinitiatieven waarbij schade ontstaat kan dat namelijk een (gegronde) reden zijn om het aansprakelijkheidsrecht als sta-in-de-weg voor het burgerinitiatief op te werpen.

3.3.2.1 In welke situaties rijzen aansprakelijkheidsvragen?

Alle geïnterviewden gaven aan dat het aansprakelijkheidsrecht in hun ogen een belangrijke rol speelt bij het faciliteren van initiatieven. Dit met het oog op het nemen van mogelijke (veiligheids)maatregelen. Dat betekent niet dat aansprakelijkheid vaak aan bod komt in gesprekken tussen initiatiefnemers en ambtenaren. Gevraagd naar de frequentie waarmee het thema aansprakelijkheid aan bod komt, laten de interviews een wisselend beeld zien, variërend van 'vrijwel niet' tot 'enkele keren per jaar' en 'altijd'. Hoe vaak vragen rondom aansprakelijkheid worden opgeworpen lijkt samen te hangen met de aard en omvang van het initiatief. Wanneer initiatieven zien op het realiseren en/of beheren van speelplekken, het gebruik van gemeentelijke opstallen en het uitoefenen van zorgtaken van grotere omvang, komt het onderwerp altijd aan bod. Dit ligt anders bij kleinschaligere en kortlopende activiteiten zoals buurtdagen, barbecues, welzijnstaken en andere

344. Van der Veen 2015.

(kleinschaligere) evenementen. In dat geval komt aansprakelijkheid niet of minder prominent aan bod. Wat beide categorieën wél met elkaar gemeen hebben is dat de vraag naar de aansprakelijkheid gesteld wordt met het oog op derden: een bezoeker, cliënt of omstander. Wie is er aansprakelijk wanneer zij schade ondervinden? Bij het onderhouden van groenvoorzieningen ligt dit anders. Bij dit type initiatief rijst de vraag wie aansprakelijk is wanneer de initiatiefnemers zélf schade oplopen.

3.3.2.2 *Gevreesde schadesoorten*

Op basis van de interviewresultaten kunnen de door de overheid verwachte schadesoorten worden onderverdeeld in drie categorieën: (1) schade geleden door initiatiefnemers zelf; (2) schade geleden door derden en (3) imagoschade voor de overheid.

Schade aan initiatiefnemers

Bij de eerste categorie gaat het om kleine ongelukjes zoals een initiatiefnemer die bij het onderhouden van het groen zijn bril beschadigt of een initiatiefnemer die minder mobiele dorpsgenoten rondrijdt en door een botsing met een paaltje zijn eigen auto beschadigt. In theorie – geen van de geïnterviewden kenden concrete voorbeelden – zouden in deze categorie ook grote schadeposten kunnen vallen, zoals een initiatiefnemer die arbeidsongeschikt raakt.

Schade aan derden

De tweede schadecategorie ziet op de situatie dat de uitvoering van het initiatief schade toebrengt aan een bezoeker, cliënt of omstander. Het kan bijvoorbeeld gaan om bezoekers van het door initiatiefnemers gerunde zwembad die struikelen over loszittende tegels, of kinderen die van een speeltoestel vallen in een door een burgerinitiatief gerunde speeltuin. Maar denk ook aan initiatiefnemers die tijdens het groenonderhoud met het gereedschap per ongeluk een kras maken op een geparkeerde auto van een van de buurtbewoners.

Imagoschade voor de overheid

De derde schadesoort is van een heel andere aard, namelijk imagoschade voor de overheid. In enkele interviews werd nadrukkelijk aangestipt dat het politiek gevoelig ligt wanneer er rondom een burgerinitiatief schade ontstaat. Niet alleen zal de gemeenteraad (kritische) vragen stellen, maar daarnaast kunnen gedupeerden en inwoners mogelijk ook denken dat de schade de gemeente aan te rekenen valt. Dit kan bijvoorbeeld komen door nieuwsberichten waarin de gemeente wordt gelinkt aan het initiatief. Bij het ontstaan van schade zal al snel naar de overheid worden gekeken als probleemoplosser, of – erger – deel van het probleem. Burgers zullen zich afvragen of de schade is ontstaan omdát de uitvoering in handen was van een (wellicht onprofessioneel en onervaren) burgerinitiatief. Had de gemeente

dit burgerinitiatief wel toe moeten staan, wordt dan de vraag. Althans: zo is de gedachte bij de geïnterviewde ambtenaren.³⁴⁵

3.3.2.3 Een gebrek aan voorbeelden

Ten slotte is in de interviews gevraagd hoe vaak er schade is ontstaan. Vrijwel alle geïnterviewden – ambtenaren inclusief – hadden moeite met het bedenken van concrete, waargebeurde voorbeelden waarbij schade was ontstaan rondom een initiatief in hun gemeente. Voorbeelden waren uiterst spaarzaam en veelal van het kaliber ‘kapotte bril en geschaafde knie’ waarvoor uiteindelijk nooit een claim is neergelegd bij de gemeente.

3.4 VESTIGING VAN AANSPRAKELIJKHEID

Gelet op het gegeven dat bij de uitvoering van burgerinitiatieven weinig schade lijkt op te treden is het lastig te verklaren dat het aansprakelijkheidsrecht tot gevolg heeft dat overheden terughoudend zijn in het faciliteren van burgerinitiatieven. Dat zou anders kunnen liggen wanneer de hiervoor genoemde schadesoorten eenvoudig tot een vestiging van aansprakelijkheid kunnen leiden. Daarom ga ik in deze paragraaf in op de meest voor de hand liggende aansprakelijkheidsgrondslagen bij de in paragraaf 3.3 geïdentificeerde schadesoorten. Ook deze paragraaf richt zich wederom op de positie van de overheid. Dat betekent dat na wordt gegaan wanneer de *overheid* aansprakelijk is voor de genoemde schadesoorten.³⁴⁶ Dat lijkt misschien wat vreemd. De schade wordt immers opgelopen bij, of door een burgerinitiatief. Het is op het eerste gezicht logischer om dan naar het initiatief te kijken. Toch kan een gelaedeerde goede redenen hebben om zijn blik (ook) op de overheid te richten. Zo is de solvabiliteitspositie van de overheid doorgaans beter dan die van burgerinitiatieven en daarnaast is de overheid vaak zijdelings betrokken bij het burgerinitiatief, bijvoorbeeld als financier, contractspartij, eigenaar van de openbare ruimte of gebouwen waarvan het initiatief gebruikmaakt, toezichthouder of handhaver. Deze combinatie van factoren kan ervoor zorgen dat ook de overheid in een mogelijk aansprakelijkheidsgeschil wordt betrokken.

De verschillende rollen van de overheid zijn van invloed op de vraag wanneer zij aansprakelijk is. Het antwoord op de vraag hoe eenvoudig of juist lastig de gevreesde schadesituaties tot een (geslaagde) aansprakelijkheidsstelling van de overheid kunnen leiden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Een *one*

345. Zie over deze angst bij (landelijke) overheden ook een interview met Paul 't Hart in de Volkskrant: De angst moet uit de ambtenarentorens, waarschuwt bestuurskundige Paul 't Hart, *Volkskrant*, 1 november 2019. Zie ook Rfv 2014, p. 21-22.

346. Dat wil niet zeggen dat er rondom burgerinitiatieven geen andere aansprakelijkheidsgrondslagen, zoals bijvoorbeeld besluit- of toezichthoudersaansprakelijkheid, mogelijk zijn. Uit de interviewresultaten kan echter niet worden opgemaakt dat overheden deze aansprakelijkheden vrezen. Deze aansprakelijkheidsrisico's blijven daarom buiten behandeling.

size fits all-antwoord voor alle mogelijke aansprakelijkheidsrisico's en -kwesties rondom burgerinitiatieven is dus niet mogelijk. Wel kan er in meer algemene zin iets over worden gezegd.

3.4.1 *Aansprakelijkheid van de overheid voor schade aan initiatiefnemers*

In deze paragraaf wordt gezien in hoeverre de overheid aansprakelijk kan zijn voor schade die wordt geleden door initiatiefnemers zelf. Denk hierbij aan een struikelpartij tijdens het groenonderhouden waarbij de initiatiefnemer zijn bril beschadigt. De meest voor de hand liggende aansprakelijkheidsgrondslag is in dat geval de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Om tot aansprakelijkheid te kunnen komen moet sprake zijn van (I) schade, (II) de gedraging die de schade teweeg heeft gebracht kwalificeren als onrechtmatig, (III) toegerekend kunnen worden aan de 'dader' en moet er (IV) causaal verband bestaan tussen deze gedraging en de schade. Ten slotte (V) moet voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW). Een gedraging kan op verschillende manieren onrechtmatig zijn, bijvoorbeeld vanwege strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. Binnen deze categorie bestaan verschillende subcategorieën, zoals 'sport- en spelsituaties' en 'toezichthoudersaansprakelijkheid', maar de meest omvangrijke is 'gevaarzetting'.³⁴⁷ Kort gezegd handelt iemand gevaarzettend wanneer hij niet die zorg heeft betracht die in de gegeven situatie wel mocht worden gevraagd. Of dit het geval is wordt bepaald door middel van de Kelderluik-factoren: (I) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid bij het potentiële slachtoffer kan worden verwacht, (II) de aard en omvang van de gevreesde schade, (III) de waarschijnlijkheid dat deze schade zal optreden, (IV) de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid voor de potentiële dader om voorzorgsmaatregelen te nemen, wanneer wordt gekeken naar de daarmee gepaard gaande tijd, kosten en moeite.³⁴⁸

Het is goed mogelijk dat de gedraging waardoor de initiatiefnemer schade lijdt niet als onrechtmatig is aan te merken, maar kwalificeert als een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden' waarvoor uiteindelijk niemand aansprakelijk is.³⁴⁹ Ook moet niet vergeten worden dat de rol van de overheid bij het ontstaan van deze schade vaak indirect is. Om aansprakelijk te zijn zal de vraag of de overheid onrechtmatig heeft gehandeld door het initiatief toe te staan bevestigend moeten worden beantwoord. Dat zal bij de meeste burgerinitiatieven niet snel het geval zijn. Dat is niet anders wanneer er schade ontstaat. Niet elke kans op schade is immers problematisch. Zodra de gedragingen die initiatiefnemers (willen) verrichten potentieel gevaarlijk zijn, of daadwerkelijk tot schade lijden, kan de reflex

347. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 55 e.v. Spier, Hartlief, en Keirse 2015, paragraaf 2.4.

348. HR, 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965, AB7079, NJ 1965/139 m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik).

349. Zie uitgebreider hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nrs. 20 en 55.

ontstaan dat de schadeveroorzakende handeling dús onrechtmatig is, of dat de overheid het initiatief dús niet toe had mogen staan. Deze reflex komt echter niet overeen met het beoordelingskader van een onrechtmatige daad.³⁵⁰ Bij de beoordeling of een gedraging onrechtmatig is, moeten als gezegd verschillende factoren in acht worden genomen en niet slechts de vraag of er schade kan ontstaan. Volgens de Raad voor openbaar bestuur (Rob) denken overheden bij het beoordelen van risico's aan het voorkomen of elimineren daarvan.³⁵¹ Maar het aansprakelijkheidsrecht is niet zo zwart-wit; absolute garanties worden niet verlangd. Ook met het toestaan van gedragingen en handelingen die (een beetje) gevaarlijk zijn heeft het aansprakelijkheidsrecht niet per definitie een probleem. Dat verandert pas wanneer er onverantwoorde risico's worden genomen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Uit zowel de interviews als de literatuur komt naar voren dat overheden niet willen dat initiatiefnemers gereedschap gebruiken dat in de ogen van de overheid als gevaarlijk wordt bestempeld: *“Dat burgers met kettingzagen takken van bomen weghalen moet je als gemeente niet willen.”*³⁵² Initiatiefnemers snappen op hun beurt niet dat handelingen die zij thuis wél uitvoeren, opeens bij de uitvoering van hun burgerinitiatief door de gemeente niet worden toegestaan.³⁵³ Maar in algemene zin hoeft er vanuit het aansprakelijkheidsrecht gezien, niets op tegen te zijn om initiatiefnemers met een kettingzaag het groen te laten onderhouden, mits de juiste voorzorgsmaatregelen worden getroffen. Wanneer de initiatiefnemers echter minderjarig zijn, niet de juiste veiligheidsinstructies hebben gekregen of geen beschermende kleding dragen en er ontstaat schade, dan kan de situatie anders uitpakken en zou geconcludeerd kunnen worden dat het initiatief of de overheid niet aan haar zorgplicht heeft voldaan en aansprakelijk is voor de geleden schade.³⁵⁴

3.4.2 Aansprakelijkheid van de overheid voor schade aan derden

3.4.2.1 Opstalaansprakelijkheid

Derden die schade lijden door, of bij de activiteiten van het burgerinitiatief zullen in de meeste gevallen bezoekers zijn van de activiteiten die de initiatiefnemers verzorgen, bijvoorbeeld zwembad- speeltuin- of dorpshuisbezoekers. Deze activiteiten vinden veelal plaats in opstallen die in eigendom zijn van gemeenten waardoor de opstalaansprakelijkheid in beeld komt. Ingevolge artikel 6:174 BW is de bezitter van een opstal dat niet aan de eisen voldoet risicoaansprakelijk voor schade die derden door de opstal lijden. Een opstal is ieder gebouw, werk of bestanddeel hier-

350. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 58 voor diverse voorbeelden. Klassiekers in dit opzicht zijn HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. C.J.H. Brunner (Zwiepende tak) en HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300 m.nt. J. Heijma (Verhuizende zusjes).

351. Rob 2012.

352. Crisislab 2015, p. 35.

353. Movisie en Vilans 2016.

354. Mits uiteraard ook aan de andere vereisten van art. 6:162 en 6:163 BW is voldaan.

van dat duurzaam met de grond is verenigd (lid 4). Dit betekent dat sporthallen, buurthuizen en zwembaden opstallen zijn, maar ook speeltoestellen die in de door initiatiefnemers beheerde speeltuin zijn te vinden.³⁵⁵

De risicoaansprakelijkheid rust op de bezitter van de opstal. De eigenaar van de opstal of van de grond waarop de opstal staat wordt vermoed eveneens de bezitter ervan te zijn (lid 5). Voor opstallen die door burgerinitiatieven worden gebruikt is dit meestal de gemeente. Dit geldt ook voor de genoemde speeltoestellen wanneer die door initiatiefnemers in de door hen beheerde speeltuin worden geplaatst. Wanneer deze speeltoestellen worden geplaatst op grond die eigendom is van de gemeente, zal het speeltoestel natrekken waardoor eigendom en daarmee de aansprakelijkheid overgaan op de eigenaar van de grond (art. 5:20 lid 1 sub e BW). In dit voorbeeld dus de gemeente.³⁵⁶

Wanneer leidt een en ander tot aansprakelijkheid van de overheid? Net als bij de onrechtmatige daad leidt ook bij opstalaansprakelijkheid niet elke *kans* op schade tot aansprakelijkheid. Pas wanneer deze wordt veroorzaakt doordat de opstal niet 'aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen' voldoet, er *hierdoor* een gevaar ontstaat én de verwezenlijking van dit gevaar tot schade leidt, wordt de risicoaansprakelijkheid geactiveerd.³⁵⁷ Wat deze eisen precies inhouden, wordt van geval tot geval bepaald. Hierbij moet volgens de Hoge Raad (HR) met het volgende rekening worden gehouden:

*"(...) [D]e – naar objectieve maatstaven te beantwoorden vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn."*³⁵⁸

Dit betekent onder andere dat ook wanneer de opstal aan alle veiligheidseisen voldoet, de opstal desondanks gebrekkig kan zijn.³⁵⁹ Op abnormaal gebruik hoeft de opstaleigenaar niet bedacht te zijn, maar wat abnormaal is wordt onder andere ingevuld door de al genoemde aard en bestemming van de opstal. Kinderen kun-

355. HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478, NJ 1998/97 (Portacabin).

356. Dat geldt ook wanneer initiatiefnemers het speeltoestel hebben aangeschaft en geplaatst. Er zijn echter manieren om de natrekking en daarmee het verlies van eigendom tegen te gaan. Hier wordt in paragraaf 3.5.1 verder op ingegaan.

357. Daarnaast is de opstalbezitter ook niet aansprakelijk wanneer de tenzij-clausule uit art. 6:174 BW van toepassing is. Deze clausule houdt in dat de opstalbezitter niet aansprakelijk is indien hij, in de hypothetische situatie dat hij bekend zou zijn met het gevaar op het moment dat deze ontstond, ook niet aansprakelijk zou zijn geweest op grond van onrechtmatige daad. Op deze tenzij-clausule wordt niet ingegaan.

358. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, r.o. 4.4.4 (Dijkdoorbraak Wilnis).

359. HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686 NJ 2000/700, r.o. 3.7 (Foekens/Naim).

nen bijvoorbeeld speeltoestellen op andere manieren gebruiken dan waarvoor deze zijn bedoeld, maar dit gebruik is te verwachten en daarmee niet abnormaal.³⁶⁰

Bij opstalaansprakelijkheid van de overheid moet bovendien rekening worden gehouden met de beleidsvrijheid van de overheid en diens beschikbare financiële middelen.³⁶¹ Dit betekent dat de rechter toetst of het handelen van de overheid voldoet aan de zorg die van een goed opstalhouder verwacht mag worden. Wanneer er geen regels zijn die hierbij als houvast kunnen dienen, wordt deze maatstaf geconstrueerd aan de hand van de maatschappelijke zorgvuldigheid. Op basis van de aard en de inhoud van de overheidstaak resulteert dit in een grotere of kleinere beleids marge. Hoe meer beleids marge de overheid heeft, hoe minder ruimte de rechter heeft om voor de overheid te beslissen *hoe* zij invulling geeft aan haar taak.³⁶² Stel bijvoorbeeld dat er tegels loszitten rondom het zwembad dat in eigendom is van de gemeente, maar wordt geëxploiteerd door een burgerinitiatief. Dit gebrek kan op verschillende manieren worden opgelost. Er kan direct iemand worden gestuurd om de kapotte tegels vast te zetten, alle tegels kunnen worden vervangen, een deel van het zwembad kan worden afgezet, of het hele zwembad kan tijdelijk worden gesloten. Bij meer beleids marge is het aan de overheid om te bepalen op welke manier zij het gebrek aanpakt en aan de rechter om te beoordelen of met deze manier van handelen de overheid 'gedaan heeft wat van een goed opstalhouder verwacht mag worden'. Bij het onderhouden van gemeentelijke opstallen die door burgerinitiatieven worden gebruikt zal die ruimte naar verwachting wat groter zijn, omdat ook de risico's beperkter zijn. Met de 'beschikbare financiële middelen' wordt onderstreept dat bij artikel 6:174 BW – net als artikel 6:162 BW – niet elke kans op schade tot aansprakelijkheid leidt wanneer deze kans zich verwezenlijkt, ook niet wanneer het een overheidsopstal betreft. Het verkleinen van de kans op schade brengt kosten met zich en ook overheden hebben geen ongelimiteerde fondsen. Van een overheid – of zij nu rijk of arm is – mag dus niet worden verwacht dat zij elke kans op schade wegneemt. Met het noemen van 'de beschikbare financiële middelen' benadrukt de Hoge Raad dat er geen overspannen verwachtingen moeten zijn met betrekking tot opstallen alleen omdat deze in eigendom van de overheid zijn.³⁶³

3.4.2.2 *Onrechtmatige daad en verhouding tot opstalaansprakelijkheid*

Voor zover de door de derde geleden schade niet samenhangt met een opstal, maar bijvoorbeeld wordt veroorzaakt door een van de initiatiefnemers, is artikel 6:174 BW niet aan de orde. In zulke gevallen zal aan de hand van de vereisten van de onrechtmatigde daad (zie hiervoor paragraaf 3.4.1) moeten worden beoordeeld

360. Bauw 2008, p. 29. Oei 2013, p. 32.

361. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, r.o. 4.4.3 (Dijkdoorbraak Wilnis).

362. T. Hartlief 2012, p. 222 e.v.

363. Ibidem.

of de overheid aansprakelijk is. Aangezien opstalaansprakelijkheid een risicoaansprakelijkheid is, kan het idee ontstaan dat opstalaansprakelijkheid veel sneller tot aansprakelijkheid leidt dan de onrechtmatige daad, waardoor overheden als opstalbezitters een hoog risico lopen. Maar dat doet de werkelijkheid geen recht. Het onderscheid moet niet té groot worden gemaakt.³⁶⁴ De factoren die de rechter gebruikt om te bepalen of een opstal gebrekkig is zijn grotendeels geïnspireerd op de Kelderluik-factoren bij gevaarzettend handelen. Hoewel art. 6:162 BW en 6:174 BW dus afzonderlijke aansprakelijkheidsgrondslagen zijn, schuren zij wat betreft de vraag of een opstal gebrekkig is en een gedraging gevaarzettend, dicht tegen elkaar aan. Ook met betrekking tot de schade die derden lijden ten gevolge van, of bij het burgerinitiatief, is het dus niet aannemelijk dat de overheid eenvoudig aansprakelijk zal zijn.

3.4.3 *Imagoschade voor de overheid*

In de vorige paragrafen is de vestiging van aansprakelijkheid besproken wanneer er rondom het burgerinitiatief vermogensschade ontstaat. Deze schadesoorten zijn een potentieel financieel risico voor de overheid. Naast dit financiële risico (dat blijkens de vorige paragrafen klein is), loopt de overheid ook het risico op imagoschade. Wanneer er schade of problemen ontstaan rondom het burgerinitiatief is het niet denkbeeldig dat dit wordt opgepikt door de media en dat in publicaties ook de rol van de overheid aan bod komt. Nieuwsberichten waarin de vraag wordt opgeworpen of de overheid het burgerinitiatief wel had moeten faciliteren en of de overheid de schade op enige manier had kunnen voorkomen, zijn berichten die de meeste gemeenten waarschijnlijk kunnen missen als kiespijn. Niet alleen zullen raadsleden kritische vragen stellen, maar de nieuwsberichten zullen ook negatief afstralen op het imago van de overheid, zo vrezen de geïnterviewde ambtenaren. Bovendien kunnen bestuurders politiek verantwoordelijk worden gehouden. En dat geeft het belangrijkste verschil tussen imagoschade en de overige schadesoorten weer; imagoschade is een *politiek* risico en daarmee lastig in te schatten. Enerzijds lijkt het risico klein omdat er weinig schade ontstaat rondom burgerinitiatieven en er dus weinig aanleiding is tot negatieve berichtgeving. Anderzijds kan negatieve berichtgeving ook ontstaan wanneer rondom het burgerinitiatief 'gedoe' ontstaat, bijvoorbeeld in de vorm van financieel wanbeheer, ruzie tussen de initiatiefnemers of klagende derden.³⁶⁵ Het risico op imagoschade laat zich bovendien niet inperken door juridische constructies als overeenkomsten of opstalrechten,

364. Zie uitgebreid over het onderscheid en verhouding tussen art. 6:162 en 6:174 BW Hartlief 2012, p. 201-234. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, 236a.

365. Zie bijvoorbeeld: I. Reitzman, Noaberschap ver te zoeken bij Klooster&Buren, *Dagblad van het Noorden*, 7 februari 2019, M. Landeweert & L. de Jonge, Burenruzie om halve ton aan wijkgeld, *AD* 27 oktober 2017, Redactie Binnenlands Bestuur, De keerzijde van het wijkbudget, *Binnenlands Bestuur* 1 juli 2010.

zoals dit wel kan bij de andere twee schadecategorieën. Dat maakt (de kans op) imagoschade de lastigste en meest ongrijpbare schadecategorie voor overheden.

3.4.4 *Tussenconclusie*

De meest voor de hand liggende grondslagen voor de door overheden gevreesde schadesoorten zijn de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en opstalaansprakelijkheid (art. 6:174 BW). Deze blijken echter lastig te verklaren dat dat het aansprakelijkheidsrecht er volgens betrokkenen toe leidt dat overheden terughoudend zijn in het faciliteren van burgerinitiatieven. Voor de door de overheid gevreesde imagoschade ligt dit anders. Imagoschade is een politiek risico dat lastig kan worden ingeschat en waartegen juridische constructies als opstalrechten of overeenkomsten (zie paragraaf 3.5) niet helpen. Het lijkt er dan ook op dat, wanneer overheden burgerinitiatieven het aansprakelijkheidsrecht tegenwerpen dit met name is gebaseerd op angst voor deuken in haar eigen imago. In zoverre hebben juristen dus gelijk wanneer zij stellen dat sprake is van een *ervaren* knelpunt dat niet primair is gelegen in het recht. In de volgende paragraaf plaats ik hierbij een belangrijke kanttekening: hoewel het recht misschien niet hét probleem is, biedt het momenteel ook zeker niet dé oplossing.

3.5 JURIDISCHE OPLOSSINGEN IN DE REALITEIT VAN BURGERINITIATIEVEN

Hoewel de aansprakelijkheidsrisico's voor de overheid ten aanzien van schade die initiatiefnemers en/of derden lijden niet direct alarmerend zijn, zijn er manieren om de scherpe kantjes van de schadenasleep en een eventuele aansprakelijkheid(ssstelling) weg te halen. Wat betreft de schade die door de initiatiefnemers zelf wordt geleden kan in de eerste plaats natuurlijk gedacht worden aan een goede informatievoorziening over hoe het initiatief veilig – en indien noodzakelijk met veiligheidsmaatregelen – kan worden uitgevoerd. Maar er zijn ook andere – *juridische* – oplossingen mogelijk die zien op aansprakelijkheidsrisico's. De vraag rijst of deze ook als effectieve oplossingen kwalificeren binnen de context van burgerinitiatieven.

3.5.1 *Opstalrecht of eigendomsoverdracht*

Wanneer overheden hun opstalaansprakelijkheid willen beperken, komt als eerste het vestigen van een opstalrecht in aanmerking (art. 5:101 BW). Een opstalrecht geeft de opstalgerechtigde – het burgerinitiatief – het recht om in, op of boven en onroerende zaak van een ander, gebouwen, werken of beplanting in eigendom te hebben en voorkomt daarmee dat natrekking plaatsvindt tussen de opstal en de onroerende zaak van een ander- de gemeentegrond. Aangezien artikel 6:174 lid 5 BW ervan uitgaat dat de persoon die in de openbare registers staat ingeschreven

als eigenaar van de opstal tevens de bezitter ervan is, heeft het vestigen van het opstalrecht vanzelfsprekend gevolgen voor de risicoaansprakelijkheid rondom de opstal. Deze ligt niet langer bij de grondeigenaar (veelal de gemeente), maar bij het burgerinitiatief. In plaats van het vestigen van een opstalrecht, kan er ook voor worden gekozen om het hele terrein waarop het initiatief actief is in eigendom over te dragen. Het vestigen van een opstalrecht is dan niet langer noodzakelijk, omdat de natrekking niet hoeft te worden doorbroken (art. 5:20 BW).

Erg voor de hand liggend is deze laatste route in de praktijk vaak niet. Allereerst is het voor een gemiddeld burgerinitiatief niet eenvoudig om het benodigde kapitaal voor een dergelijke aankoop bij elkaar te krijgen en bovendien moet de overheid de betreffende opstal natuurlijk willen verkopen. Net een maatje kleiner zou het vestigen van een opstalrecht zijn. Het vestigen van zo'n recht is voor burgerinitiatieven bezwaarlijk, eveneens vanwege de hieraan verbonden kosten. Zo kan een opstalrecht alleen middels een notariële akte worden gevestigd, kan een gebruiksvergoeding worden bedongen (art. 5:101 lid 3 BW) en moet de overheid bereid zijn om het recht te vestigen. Daarnaast moet goed worden gelet op de bevoegdheden van het burgerinitiatief, die op grond van artikel 5:102 BW kunnen worden beperkt. Dat kan op de langere termijn nadelig zijn wanneer het burgerinitiatief groeit en bijvoorbeeld meer opstellen wil plaatsen die zij wel in eigendom wil houden. Wanneer de bevoegdheden van het initiatief beperkt zijn, kan dit betekenen dat er voor deze nieuwe opstellen een nieuw en kostbaar opstalrecht gevestigd dient te worden.³⁶⁶ Tegelijkertijd is goed voorstelbaar dat een overheid toch graag de bevoegdheden van het initiatief wil beperken, om zo toch enige controle te houden over de gemeentelijke gronden.

3.5.2 *Overeenkomst*

Bij het uitvoeren van een burgerinitiatief worden vaak afspraken gemaakt tussen de initiatiefnemers en gemeente, zoals minimale eisen waaraan het door burgers geadopteerde groen moet voldoen. In deze overeenkomst kunnen ook afspraken worden gemaakt met betrekking tot aansprakelijkheid. Deze afspraken kunnen niet voorkomen dat de overheid aansprakelijk wordt gesteld, maar wel is het mogelijk om afspraken te maken over de onderlinge draagplicht en eventuele vrijwaring. In dat geval wordt contractueel vastgelegd dat het initiatief voor (een deel van) de kosten zal opdraaien, mocht de gemeente aansprakelijk zijn voor de geleden schade, of vice versa.

Het maken van afspraken in een overeenkomst is op het eerste gezicht een aantrekkelijke manier voor zowel overheden als initiatiefnemers om – met de nasleep

366. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 252.

van een aansprakelijkheidsstelling om te gaan. Zaligmakend is het echter niet. Indien wordt overeengekomen dat een deel van de schade betaald wordt door het initiatief wanneer de overheid aansprakelijk is, moet allereerst worden nagegaan of het initiatief in de financiële positie verkeert om te betalen. Mocht dat niet zo zijn, dan heeft de overheid er geen baat bij om afspraken te maken over een onderlinge draagplicht. Aangezien het krijgen én behouden van voldoende financiële middelen om het burgerinitiatief voor te zetten voor veel initiatieven al een grote zorg blijkt, is het zeer de vraag of initiatieven over voldoende financiële armslag beschikken om schade te vergoeden.³⁶⁷ Daarnaast moet worden bedacht dat de kans niet denkbeeldig is dat derden aan zullen kloppen bij de overheid als meest solvabele partij wanneer zij schade lijden.³⁶⁸ Zo kan de overheid dus nog altijd worden geconfronteerd met een aansprakelijkheidsstelling.

3.5.3 Verzekering

Het belang van een (afdoende dekkende) verzekering mag ook bij burgerinitiatieven niet worden onderschat. Met name indien niemand aansprakelijk is voor de geleden schade, omdat deze kwalificeert als 'een ongelukkige samenlopen van omstandigheden'. In dat geval blijft het slachtoffer met de schade zitten en dat kan onwenselijk zijn. Er zijn grofweg twee soorten verzekeringen.³⁶⁹ Allereerst de *third-party*-verzekeringen, die schade dekken van derden wanneer de verzekerde hiervoor in juridisch opzicht aansprakelijk is. Een voorbeeld hiervan is de verplichte WAM-verzekering. *First-party*-verzekeringen daarentegen geven dekking ongeacht de vraag naar aansprakelijkheid. Verreweg de meeste particulieren hebben, al dan niet gedwongen door de wetgever of een hypotheekverstrekker, daarom beide typen verzekeringen.³⁷⁰ Of deze particuliere verzekeringen ook dekking bieden wanneer een particulier als initiatiefnemer optreedt, hangt af van de polisvoorwaarden. Daarnaast kan het initiatief als organisatie diverse verzekeringen afsluiten ten behoeve van zichzelf, haar initiatiefnemers en derden. Zo zijn er verschillende verzekeraars die speciale vrijwilligerspolissen aanbieden. Mocht het initiatief een dergelijke verzekering niet hebben afgesloten, dan is er een vangnet in de vorm van de VNG Vrijwilligersverzekering. Een vrijwilliger is volgens deze verzekering eenieder die vanuit Nederland in georganiseerd verband onbetaald en onverplicht werk doet dat voor anderen of de samenleving van belang is.³⁷¹ Door deze ruime definitie vallen de meesten initiatiefnemers binnen de werking van deze polis.

367. O.a. Nationale Ombudsman 2018, Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, Platform 31 2016, Movisie en Vilans 2016.

368. Van der Veen 2015, p. 182-183.

369. Van Ardenne, Van Boom en Wansink, 2006, p. 15.

370. Ibidem.

371. Kijk voor meer informatie en polisvoorwaarden op: <https://www.centraalbeheer.nl/zakelijk/bedrijfsverzekeringen/vrijwilligersverzekering>.

Net als voor het maken van duidelijke afspraken, geldt ook voor verzekeren dat het een stap in de goede richting is, maar het tegelijkertijd niet als dé oplossing kan worden gezien. Dit geldt eens te meer voor de VNG Vrijwilligersverzekering die veel gemeenten hebben afgesloten. Het belangrijkste bezwaar is dat dit een secundaire verzekering betreft.³⁷² Dat betekent dat, indien een initiatiefnemer schade lijdt en er een andere verzekering is die deze schade dekt, bijvoorbeeld de eigen ongevallen- of schadeverzekering, deze verzekering als eerste moet worden aangesproken. In de eerste plaats wringt dat gevoelsmatig. De schade wordt geleden bij de uitoefening van activiteiten die als publiek wenselijk worden beschouwd en dan moet toch de eigen, particuliere verzekering van de initiatiefnemer worden aangesproken. Daarnaast is het een extra handeling die de initiatiefnemer moet verrichten. Alleen wanneer de andere (particuliere) verzekering de schade niet, of niet geheel, dekt, keert de vrijwilligersverzekering uit.³⁷³ Van de secundariteit profiteert dus vooral Achmea.³⁷⁴

Daarnaast dekt de vrijwilligersverzekering alleen schade die wordt geleden door de individuele initiatiefnemer, of het initiatief als rechtspersoon.³⁷⁵ Schade geleden door derden valt dus niet onder de dekking en komt dus voor eigen rekening van het initiatief, de derde, of de overheid.

Ten slotte is het aan de gemeente om te bepalen of de verzekering wordt afgesloten en hoe uitgebreid de polis zal zijn. Zo bestaat de VNG vrijwilligersverzekering altijd uit een dekking tegen schade geleden aan de persoonlijke eigendommen van de vrijwilliger/initiatiefnemer, een ongevallenverzekering en een aansprakelijkheidsverzekering voor individuele vrijwilligers, maar zijn bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsverzekering voor het initiatief als rechtspersoon en bestuurdersaansprakelijkheid optioneel.³⁷⁶ Het initiatief kan er met andere woorden lang niet altijd van uitgaan dat zij afdoende verzekerd is indien de gemeente een vrijwilligersverzekering heeft afgesloten.

3.5.4 *Subsidievoorschriften*

De hiervoor behandelde oplossingen zijn privaatrechtelijk van aard en gaan er dus van uit dat beide partijen – burgerinitiatief én overheid – meewerken aan de totstandkoming ervan. Als het aankomt op verzekeren heeft de overheid ook een dwingendere troef in handen, in de vorm van artikel. 4:37, eerste lid, onder d,

372. Ook in Crisislab 2015 worden hiertegen bezwaren geuit.

373. De enige uitzondering hierop is wanneer de vrijwilliger komt te overlijden of blijvend invalide wordt door de uitoefening van het vrijwilligerswerk, zo valt te lezen in art. 33 van het polisvoorwaarden.

374. De VNG Vrijwilligersverzekering is ondergebracht bij Achmea.

375. Zie polisvoorwaarden VNG Vrijwilligersverzekering 2019.

376. Zie polisvoorwaarden VNG Vrijwilligersverzekering 2019, p. 1.

Awb. Op basis van deze bepaling kan het subsidiërende bestuursorgaan – meestal het college – de subsidieontvanger verplichten tot het verzekeren van de risico's die verbonden zijn aan de subsidiabele activiteit.³⁷⁷ Aangezien veel initiatieven (ook) worden gesubsidieerd, zou dit artikel kunnen worden ingezet om ervoor te zorgen dat het initiatief (de benodigde) verzekeringen afsluit.³⁷⁸

3.6 SLOTBESCHOUWING. HOE NU VERDER?

Het is tijd om de balans op te maken. Belemmert het aansprakelijkheidsrecht het faciliteren van burgerinitiatieven, zoals initiatiefnemers en overheden beweren, of vallen hier serieuze kanttekeningen bij te maken en is veeleer spraken van een door hen als juridisch *ervaren* knelpunt?

De kans dat de overheid aansprakelijk zal zijn voor de geïdentificeerde schade-soorten blijkt klein en bovendien staan de overheid diverse middelen ter beschikking om haar aansprakelijkheid te beperken of (gedeeltelijk) af te wentelen. Gelet hierop, is het lastig te verklaren dat het aansprakelijkheidsrecht ertoe zou leiden dat overheden terughoudend zijn in het faciliteren van burgerinitiatieven. De uitzondering hierop is imagoschade die de overheid kan leiden. Dit is een politiek risico dat lastig valt in te schatten en waartegen juridische constructies niet helpen. Het lijkt er dan ook op dat, wanneer overheden burgerinitiatieven het aansprakelijkheidsrecht tegenwerpen, dit met name is ingegeven door vrees voor aantasting van het eigen imago. Mogelijk leidt dit tot de door burgerinitiatieven gevoelde terughoudendheid.

Het is echter de vraag of het erg is dat overheden terughoudend zijn bij het faciliteren van burgerinitiatieven op grond van dit soort risico's. Zoals het *Right to Challenge*-rapport aangeeft doet het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk precies wat het moet doen als overheden terughoudend zijn in het faciliteren van burgerinitiatieven wanneer aansprakelijkheidsrisico's nog niet zijn uitgekristalliseerd; het dwingt overheden tot een zorgvuldig risicoanalyse en bijbehorende besluitvorming.³⁷⁹ Dit hoofdstuk laat echter een beeld zien waaruit kan worden opgemaakt dat overheden niet zo zeer terughoudend zijn vanwege daadwerkelijke, financieel-juridische aansprakelijkheidsrisico's die direct met het burgerinitiatief samenhangen. Zij vrezen met name imagoschade. En dat kan op zijn minst vreemd worden genoemd wanneer de overheid aangeeft ruimte te willen maken voor burgerinitiatieven, maar hen tegelijkertijd het aansprakelijkheidsrecht tegenwerpt om redenen die niet met juridische aansprakelijkheid te maken hebben.

377. Zie voor meer informatie over subsidieverplichtingen Den Ouden, Jacobs en Van den Brink 2021, hoofdstuk 6. Den Ouden 2002.

378. Driessen en Den Ouden 2020. Nationale Ombudsman 2018, p. 10.

379. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, p. 31.

Dat neemt niet weg dat het een en ander aangepast kan worden om het recht toegankelijker te maken voor burgerinitiatieven. Sommige onderzoekers stellen ingrijpende veranderingen voor zoals een apart aansprakelijkheidsregime voor burgerinitiatieven.³⁸⁰ Wat mij betreft is dit geen oplossing. Allereerst omdat het geconstateerde knelpunt niet is gelegen in het recht; niet in een aansprakelijkheidsgrondslag en niet in de toepassing van een van de criteria voor aansprakelijkheid. Daarnaast leidt een apart regime voor burgerinitiatieven onvermijdelijk tot afbakeningsproblemen. Zo zou er een min of meer sluitende omschrijving van het begrip burgerinitiatief moeten komen en daar is de praktijk te veelzijdig voor en het onderscheid met sociaal ondernemers te fluïde. En wat te denken van initiatieven die beginnen als burgerinitiatief, maar eindigen als gevestigde partij? Is een uitzonderingspositie dan nog steeds te rechtvaardigen en waar zit het omslagpunt?³⁸¹ Maar bovenal zal een aangepast aansprakelijkheidsregime er niet toe leiden dat de door burgerinitiatieven gevoelde terughoudendheid de wereld uit is. Juist omdat het daadwerkelijke knelpunt bij het imago van de overheid ligt.

Wat zou dan een oplossing kunnen zijn? Allereerst bewustwording bij overheden – en duidelijke communicatie naar burgerinitiatieven toe – waarom zij terughoudend zijn. De overheid kan en mag er immers voor kiezen een initiatief niet te faciliteren. Daarnaast zou de vrijwilligersverzekering tegen het licht kunnen worden gehouden. Daarnaast zou men zich af kunnen vragen of de huidige secundaire vrijwilligersverzekering nog wel passend is in een maatschappij waarbij de overheid burgers uitnodigt in het publieke domein. Tot slot zouden verzekeraars een quick-scan kunnen maken van de verzekeringen die burgerinitiatieven nodig hebben.

380. Crisislab 2015.

381. Het Leger des Heils is ooit als particulier initiatief gestart en aan initiatieven als de vele windmolens die door dorps- en buurtverenigingen worden geëxploiteerd kan ook stevig worden verdiend. Daarnaast zijn de scheidslijnen tussen burgerinitiatieven en sociale-ondernemingen fluïde. Zie m.b.t. dit laatste ook Bosma, Hummels, Manunza e.a. 2019.

