



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Dubbele kwetsbaarheid & seksueel misbruik: alle pijlen op jeugdbeschermingsautoriteiten

Gijselaar, E.C.

Citation

Gijselaar, E. C. (2023). Dubbele kwetsbaarheid & seksueel misbruik: alle pijlen op jeugdbeschermingsautoriteiten. *Tijdschrift Voor Vergoeding Personenschade*, 2023(4), 138-142. doi:10.5553/TVP/138820662023026004004

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3673412>

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

Jurisprudentie

Dubbele kwetsbaarheid & seksueel misbruik: alle pijlen op jeugdbeschermingsautoriteiten

EHRM 3 november 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1103JUD005922712 (Loste/Frankrijk)

1. Inleiding

Op 3 november 2022 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een uitspraak gedaan in de zaak *Loste/Frankrijk*. Een zaak die (onder meer) gaat over de vraag of de verantwoordelijke autoriteiten voldoende hebben gedaan om een meisje te beschermen tegen seksueel misbruik. De uitspraak lijkt op het eerste gezicht een handhaving van een bestendige lijn. Deze lijn houdt in dat de staat feitelijke maatregelen moet treffen om kinderen te beschermen tegen seksueel misbruik. Anders dan in de zaak *E. e.a./VK*¹ gaat het hier echter om een dubbele kwetsbaarheid: het gaat om een minderjarige die uit huis is geplaatst. Welke verplichtingen neemt het EHRM in dat geval aan om tegen seksueel misbruik te beschermen? En wat moet er gebeuren als deze op grond van artikel 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) geformuleerde positieve verplichtingen niet zijn vervuld? Biedt het Nederlandse recht voldoende mogelijkheden om in dat geval geleden immateriële schade te vergoeden? Ook al hanteert het EHRM een *casuistic approach* en is het op onderdelen van oordeel dat de nationale autoriteiten beter in staat zijn om afwegingen te maken, zijn er wel degelijk richtsnoeren uit de rechtspraak van het EHRM af te leiden.

Genoemde vragen zijn erg relevant en actueel voor de Nederlandse praktijk omdat er sprake is van een crisis in de jeugdbeschermingsketen. Uit een publicatie van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (hierna: IGJ) van 23 februari 2022 volgt dat het er ten aanzien van de uitvoering van maatregelen van jeugdbescherming en uithuisplaatsingen slecht voorstaat. Op kinderen die zijn ondergebracht in een gezinssituatie is 'geen direct zicht van de jeugdbeschermer', zo blijkt.² Onduidelijk is hoe in dat geval wordt gewaarborgd dat een (potentieel) slachtoffer in beeld is bij de relevante instanties.

In het hiernavolgende wordt ingegaan op de feiten en het verloop van de nationale procedures (par. 2), het oordeel van het EHRM (par. 3) en achtereenvolgens op reeds bestaande en nieuwe positieve verplichtingen, verjaring en toegang tot de rechter, mechanismen voor detectie en rapportage, en vergoe-

ding van immateriële schade (par. 4). Buiten beschouwing blijft de schending van artikel 9 EVRM.³ Deze materie is minder relevant voor de vergoeding van personenschade omdat verdragsstaat Frankrijk (vooralsnog), gelet op de aard en de ernst van de schending, geen verplichting tot compensatie van immateriële schade heeft. Dat het EHRM zelf op grond van artikel 41 EVRM wel een billijke genoegdoening toekent, is enkel een ondersteuning van de stelling dat dat in een nationaalrechtelijke procedure in een vergelijkbare zaak ook zou moeten gebeuren.

2. De feiten en het verloop van de nationale procedures

Bij beschikking van 22 november 1976 is klagster uit huis geplaatst. Zij is dan 5 jaar oud. Van 14 december 1976 tot 11 februari 1991 wordt zij in een pleeggezin opgenomen. Pleegmoeder van het gezin is werkzaam als erkend gastouder. Tussen het pleeggezin en de kindbeschermingsautoriteiten (ASE) wordt een contract gesloten. Onderdeel van de gemaakte afspraken is dat de religieuze achtergrond van het pleegkind wordt gerespecteerd. Klagster heeft een islamitische achtergrond. De gemaakte afspraken komt het pleeggezin echter niet na. Klagster wordt volgens de leer van Jehova's getuigen opgevoed. In 1985 vertelt klagster aan een vrouw die eveneens onderdeel uitmaakt van de gemeenschap dat pleegvader M.B. zich schuldig maakt aan seksueel misbruik. De vrouw meldt dit bij ouderlingen van de Jehova's getuigen. Zij ondernemen echter geen verdere actie.

Op 9 september 1988, wanneer klagster 17 jaar oud is, krijgt ze een ernstig auto-ongeluk. Op dat moment stopt het seksueel misbruik. Later omschrijft klagster het ongeluk als een zelfmoordpoging als gevolg van het seksueel misbruik. Ze loopt een multitrauma⁴ op, wordt opgenomen in het ziekenhuis en ondergaat verschillende operaties. Tijdens de ziekenhuisopname geven de pleegouders geen toestemming om een bloedtransfusie toe te dienen. Op dat moment komt aan het licht dat de pleegouders Jehova's getuigen zijn. De *procureur de la République*⁵ wordt van de weigering op de hoogte gesteld. Ook de kindbeschermingsautoriteiten worden ingelicht.

In 1994, wanneer klagster 23 jaar oud is, kaart zij het seksueel misbruik opnieuw bij ouderlingen aan. Er wordt een

1 EHRM 26 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1126JUD003321896 (*E. e.a./VK*), r.o. 96-101.

2 Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, *Signalen Jeugdbeschermingsketen – februari 2023*, www.igj.nl/actueel/nieuwsbrieven/signalen-jeugdbeschermingsketen/2023/signalen-jeugdbeschermingsketen-februari-2023#article.

3 Zie hierover M.R. Bruning, annotatie bij EHRM 3 november 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1103JUD005922712, *EHRC Updates* 2022/277 (*Loste/Frankrijk*), onder 10-12.

4 Er is in dat geval sprake van meer dan één (complex) letselype.

5 De *procureur de la République* staat aan het hoofd van het *parquet* van de *tribunal de grande instance*. Hij vervult de functie van openbare aanklager in strafzaken en treedt in civiele zaken in het algemeen belang namens de staat op. Zijn functie is enigszins vergelijkbaar met die van de Nederlandse hoofdofficier van justitie.

confrontatie georganiseerd tussen klagster en haar pleegvader. Hij betwist de feiten. Verdere actie blijft – wederom – uit.

Nadat klagster – na een verzoek daartoe – begin 1999 haar jeugdbeschermingsdossier heeft geraadpleegd, dient ze een strafklacht in. Uit het onderzoek dat volgt, valt af te leiden dat M.S. zich schuldig heeft gemaakt aan seksueel misbruik. In verband met verjaring wordt de vervolging echter stopgezet. Klagster stelt vervolgens de staat aansprakelijk en dient een verzoek tot schadevergoeding in. Het gaat om schade als gevolg van het nalaten van de autoriteiten om afdoende beschermingsmaatregelen te nemen, maar ook als gevolg van het schenden van de hiervoor beschreven contractuele afspraak die inhield dat de religieuze achtergrond van het pleegkind zou worden gerespecteerd. Bij vonnis van 28 december 2006 wordt een vergoeding van € 22.000 toegekend voor de schade die is geleden in de periode tussen 1976 en 1983. In hoger beroep wordt het vonnis echter vernietigd, omdat de staat – kort gezegd – niet verantwoordelijk voor de ASE was, maar het departement. Dit oordeel blijft in stand in cassatie.

De aansprakelijkstelling van het departement resulteert in een niet-ontvankelijkverklaring omdat de vordering verjaard is. In hoger beroep wordt geoordeeld dat klagster zich op het moment van het gesprek in 1994 met de ouderlingen voldoende uit de greep van de gemeenschap van Jehova's getuigen had weten te bevrijden om in staat te zijn om de schadelijke gevolgen van het nalaten van het departement te overzien. Als aanvangsdatum wordt 1 januari 1995 vastgesteld. Een brief van 16 november 1998 waarin klagster om haar dossier verzoekt, heeft naar het oordeel van de rechterlijke instantie geen stuitende werking. De reden daarvoor is dat de brief slechts betrekking heeft op formaliteiten om haar jeugdbeschermingsdossier te kunnen raadplegen. Ook dit oordeel blijft in cassatie in stand.

3. Het oordeel van het EHRM

Klagster klaagt allereerst over het ontbreken van een effectief rechtsmiddel. Het EHRM behandelt deze klacht onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 (en 9) EVRM. Het oordeelt dat het recht op toegang is geschonden en daarmee genoemde artikelen. De rechters hebben zich door de aanvang van de verjaring te koppelen aan het moment dat klagster zich tot de ouderlingen heeft gewend naar het oordeel van het EHRM buitensporig formalistisch opgesteld. De nationale rechter had nader onderzoek moeten doen naar de reden van het verzoek om inzage van het jeugdbeschermingsdossier. Ook had de nationale rechter zijn ogen niet mogen sluiten voor het feit dat het dossier pas op 22 januari 1999 ter beschikking is gesteld en dat klagster op 24 februari 1999 feitelijk toegang verkreeg. Vanaf dat moment beschikte zij over voldoende informatie om aan te (kunnen) tonen dat de geleden schade aan de ASE kon worden toegerekend.

Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak overweegt het EHRM vervolgens dat op grond van artikel 3 EVRM een positieve verplichting is aangenomen om te beschermen tegen seksueel misbruik van vooral kinderen. Deze verplichting geldt des te meer wanneer het om minderjarigen gaat die zich onder

controle van de staat bevinden. In dat geval kan het EHRM zelfs 'speciale' maatregelen verlangen. Dat doet het EHRM door aan te nemen dat er een verplichting bestaat om effectieve mechanismen voor detectie en rapportage in het leven te roepen.

Het EHRM gaat vervolgens na of er effectieve mechanismen voor detectie en rapportage voorhanden waren. Wettelijke bepalingen schreven in ieder geval voor dat regelmatig huisbezoeken afgelegd moesten worden. Ook moest worden samengewerkt met andere instanties, waaronder scholen. Periodiek moesten er verslagen worden opgesteld. Dat bleef in de praktijk in dit geval echter allemaal achterwege. Pas elf maanden na de plaatsing is een eerste huisbezoek afgelegd. Ook daarna zijn slechts sporadisch huisbezoeken gebracht. De rapportages die werden opgesteld, zijn beknopt en formeel. Als gevolg hiervan konden eventuele signalen van misbruik gemakkelijk worden gemist. En die waren er genoeg. In een rapport van 19 juli 1978 naar aanleiding van het tweede huisbezoek wordt vermeld dat klagster erg nerveus is. Ook valt op dat moment op dat zij blijft zitten in de eerste klas van de basisschool. Deze aanwijzingen hadden naar het oordeel van het EHRM moeten leiden tot extra oplettendheid. Dat is niet gebeurd. Pas na ongeveer tweeënhalf jaar werd het volgende huisbezoek afgelegd. Er is evenmin contact met de scholen gelegd en van de wettelijk verplichte jaarlijkse verslaglegging is geen sprake. Het EHRM rekent het de verdragsstaat bovendien aan dat er door de verantwoordelijke instanties geen vertrouwensband is opgebouwd met het meisje. Wanneer dat wel was gedaan, was de kans groter geweest dat het meisje signalen had afgegeven van seksueel misbruik. Dat er gebrekkig toezicht is geweest, volgt ook uit het feit dat niet bekend is geworden dat de pleegouders Jehova's getuigen waren. Ten slotte benadrukt het EHRM dat ook door de nationale rechter is vastgesteld dat onrechtmatig is gehandeld door onvoldoende preventieve maatregelen te treffen. Er is sprake van een schending van artikel 3 EVRM.

4. Commentaar

4.1 Reeds bestaande en nieuwe positieve verplichtingen

De zaak *Loste/Frankrijk* past in een bredere lijn van rechtspraak van het EHRM. In deze rechtspraak is aangenomen dat de staat dient te voorzien in een wettelijk en bestuurlijk kader dat kinderen en andere kwetsbare personen bescherming biedt tegen seksueel misbruik.⁶ Om aan die verplichting te voldoen moeten er regelingen zijn, zowel in het strafrecht als via andere remedies en reguleringskaders. In de onderhavige zaak staan de tweede en derde categorie centraal. Het gaat allereerst om het voorzien in een remedie voor het tekortschieten van de overheid in haar optreden tegen misbruik binnen het gezin. Daarnaast verlangt het EHRM een specifiek en op de context toegesneden wettelijk en bestuurlijk kader. In *O'Keefe/Ierland* formuleerde het EHRM eerder een soortgelijke verplichting

⁶ EHRM 23 september 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0923JUD2559994 (*A./VK*), r.o. 22-24 en EHRM 4 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0104DEC001872706 (*Szula/VK*), r.o. 1.

ting. Het ging in deze zaak om een toezichtskader om minderjarigen te beschermen tegen seksueel misbruik op school.⁷ Het is daarbij van cruciaal belang dat de autoriteiten kennis over en inzicht in mogelijke strafbare feiten verkrijgen. Daartoe zijn naar het oordeel van het EHRM effectieve mechanismen voor detectie en aangifte/rapportage vereist.⁸ Dergelijke mechanismen moeten ook in de context van uithuisplaatsingen voorhanden zijn, zo blijkt uit *Loste/Frankrijk*. Wettelijke en administratieve kaders en mechanismen voor detectie en aangifte/rapportage alleen zijn echter niet voldoende. Zij moeten in de praktijk ook (kunnen) worden geëffectueerd. En dat is precies waar het in deze zaak misgaat. Hierna zal afzonderlijk worden ingegaan op de remedie en de (effectieve) mechanismen voor detectie en aangifte/rapportage.

4.2 Verjaring en toegang tot de rechter

Voor wat betreft de effectuering van het EVRM door middel van een (civielrechtelijke) remedie vloeit uit de rechtspraak van het EHRM voort dat het stelsel dusdanig moet zijn ingericht dat sprake is van een (toegankelijk) effectief gerechtelijk systeem om de betrokkenen ter verantwoording te (kunnen) roepen. De verdere normering vloeit voort uit artikel 6 (en 13) EVRM.⁹ Onder omstandigheden kunnen nationale verjaringsregels de toegang tot de rechter aantasten.¹⁰ De invloed van Straatsburg op de (toepassing van) verjaringsregels is niet nieuw. Zo oordeelde het EHRM in *Stubbings e.a./VK* dat een verjaringstermijn van zes jaar met als aanvangsmoment de meerderjarigheid van een slachtoffer van seksueel misbruik niet strijdig met het EVRM is.¹¹ Het EHRM sluit ten tijde van de beslissing echter niet uit dat, gelet op het groeiende bewustzijn over de kwalijke gevolgen van seksueel misbruik van kinderen, in de toekomst een andere benadering geboden is.¹² Het EHRM laat zich niet alleen over tijdslimieten, maar ook over het aanvangsmoment van de verjaring uit. Bekend in dit verband is *Howald Moor/Zwitserland*. In deze zaak oordeelt het EHRM dat rekening dient te worden gehouden met het gegeven dat iemand naar wetenschappelijke maatstaven onmogelijk kon weten dat hij of zij leed aan een bepaalde ziekte. Dat was in de casus – die over de gevolgen van een ziekte die is veroorzaakt door asbestblootstelling ging – niet gebeurd. Hier

is het recht op toegang naar het oordeel van het EHRM in de kern aangetast.¹³

Zoals de voorbeelden illustreren, zijn verjaringsregels op zich niet strijdig met het EVRM. Het recht op toegang tot de rechter kan worden onderworpen aan beperkingen. De verdragsstaat geniet daarbij een *margin of appreciation*.¹⁴ Het EHRM toetst in elk afzonderlijk geval *in concreto* of de verjaring in overeenstemming met het EVRM is. Daarbij wordt nagegaan of het beoogde doel van een beperking gerechtvaardigd is, en of er een proportionele verhouding tussen doel en gebezigde middelen bestaat. Als legitieme doeleinden van de verjaring aanvaardde het EHRM herhaaldelijk de goede rechtsbedeling en de rechtszekerheid.¹⁵ Een tijdslimiet waarvan redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat deze wordt nageleefd, is een inbreuk op het recht op toegang.¹⁶ Naast de hiervoor besproken zaak *Howald Moor/Zwitserland* is dat bijvoorbeeld aan de orde wanneer een minderjarige praktisch gezien vanwege een belangenconflict met zijn wettelijke vertegenwoordiger niet in staat is om een procedure aanhangig te maken.¹⁷ Ook heeft het EHRM in meer algemene zin overwogen dat pas van iemand kan worden verlangd dat hij een vordering instelt, wanneer hij daadwerkelijk in staat is om zijn schade vast te stellen.¹⁸

In de *Loste/Frankrijk*-zaak gaat het om (de toepassing van) een subjectieve verjaringstermijn. Het gaat om de aanvangsdatum. De termijn begint te lopen vanaf de aanwezigheid van bepaalde kennis bij de benadeelde.¹⁹ De kennis kan daarbij op twee manieren worden ingevuld.²⁰ Allereerst kan als startpunt worden genomen het moment waarop de benadeelde daadwerkelijk kennis heeft of op de hoogte is (werkelijke/effectieve kennis). Daarnaast kan als aanvangsmoment worden gehanteerd het moment waarop de benadeelde kennis had moeten hebben of behoorde te hebben (normatieve kennis). Het EHRM gaat hier uit van een benadering die verder kijkt dan of klaagster bekend was met de geleden schade. Kennis heeft niet alleen betrekking op schade, maar ook op de nalatigheid en het

7 EHRM 28 januari 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003581009 (*O'Keefe/Ierland*), r.o. 162-166.

8 EHRM 28 januari 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003581009 (*O'Keefe/Ierland*), r.o. 148.

9 E.C. Gijselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid. De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 48 en 125.

10 Er is kritiek mogelijk op art. 6 EVRM als toetsingsgrond. Judge Paul Lemmens betwijfelt of de verjaring wel kan leiden tot een beperking van het recht op toegang. Vgl. *dissenting opinion* van Paul Lemmens, EHRM 11 maart 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0311JUD005206710 (*Howald Moor/Zwitserland*), onder 3.

11 Overigens kon in een eventuele strafrechtelijke procedure alsnog compensatie worden toegekend. Vgl. EHRM 22 oktober 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1022JUD002208393 (*Stubbings e.a./VK*), r.o. 52.

12 EHRM 22 oktober 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1022JUD002208393 (*Stubbings e.a./VK*), r.o. 50-57.

13 EHRM 11 maart 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0311JUD005206710 (*Howald Moor/Zwitserland*), r.o. 78-80.

14 EHRM 22 oktober 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1022JUD002208393 (*Stubbings e.a./VK*), r.o. 50.

15 EHRM 22 oktober 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1022JUD002208393 (*Stubbings e.a./VK*), r.o. 51-52; EHRM 7 juli 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0707JUD000106207 (*Stagno/België*), r.o. 26; EHRM 13 februari 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD002513716 (*Sanofi Pasteur/Frankrijk*), r.o. 50-51.

16 Zie bijv. EHRM 17 november 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1117JUD000061112 (*Sefer Yilmaz & Meryem Yilmaz/Turkije*), r.o. 73; EHRM 30 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1030JUD002267710 (*Kurşun/Turkije*), r.o. 103.

17 EHRM 7 juli 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0707JUD000106207 (*Stagno/België*), r.o. 29-35.

18 EHRM 17 september 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0917JUD005960109 (*Eşim/Turkije*), r.o. 25.

19 Een objectieve verjaringstermijn begint te lopen vanaf een feit dat losstaat van enige kennis. Zie hierover D. Deferme, 'Ontwikkelingen in het EVRM op het vlak van de bevrijdende verjaringsregels', *TPR* 2021, afl. 3-4, p. 852.

20 Deferme 2021, p. 852.

oorzakelijk verband.²¹ Werkelijke/effectieve kennis hiervan is naar het oordeel van het EHRM pas aanwezig op het moment van kennisneming van het dossier. Uit het dossier blijkt immers dat de verantwoordelijke autoriteiten hebben stilgezeten. Pas na kennisneming van het dossier beschikt klagster over voldoende aanwijzingen omtrent de schadetoerekening. Dat sluit ook aan bij het toepasselijk wettelijk stelsel, dat ervan uitgaat dat het beginpunt van de verjaringstermijn de datum is waarop de benadeelde in staat is de oorsprong van de schade te kennen, of althans voldoende aanwijzingen heeft dat deze schade aan de handeling van de overheid kan worden toegerekend.²² De redenering van het EHRM kan ik goed volgen. *De facto* had klagster nog niet eerder effectief een vordering kunnen instellen.

Wanneer het Nederlandse recht langs de EVRM-lat wordt gelegd, blijkt het in lijn met het EVRM te zijn. De verjaringstermijn gaat niet lopen voordat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen. De billijkheid wordt daarbij geheel vanuit het perspectief van de benadeelde bezien.²³ Met voldoende mate van zekerheid moet kunnen worden vastgesteld dat de schade (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen.²⁴

4.3 Mechanismen voor detectie en rapportage

Uit de overwegingen van het EHRM volgt verder dat er in Frankrijk weliswaar wettelijke bevoegdheden en beleidskaders voorhanden waren om een vinger aan de pols te houden, maar dat dit in de praktijk gedurende langere perioden achterwege is gebleven. Het ging met andere woorden mis in de uitvoering. In een van de overwegingen wordt een uitspraak van een nationale rechter aangehaald, waaruit volgt dat (ook) hij van oordeel is dat sprake is van een tekortschieten van de autoriteiten. Dit sluit aan bij de gedachte dat de nationale rechter in bepaalde gevallen *better placed* is om inhoudelijk over een zaak te oordelen. Tegelijkertijd schroomt het EHRM niet om bij schending van artikel 3 EVRM zelf in te grijpen. Het gaat hier immers om de kern van het verdrag. Ook zonder nationaalrechtelijk oordeel was het EHRM naar verwachting tot het oordeel gekomen dat de positieve verplichting niet is vervuld. Daartoe wordt een redelijkheidstoets aangelegd. De maatregelen die door autoriteiten getroffen moeten worden, dienen naar (geobjectiveerde) redelijke verwachting tot afwending van het risico te leiden. Of dat het geval is, moet worden bepaald in het licht van alle omstandigheden van het geval. In

ieder geval mag geen onmogelijke of disproportionele last op de schouders van de staat worden gelegd. Het EHRM houdt rekening met de onvoorspelbaarheid van menselijk gedrag en de operationele keuzes die moeten worden gemaakt *en termes de priorités et de ressources*. Deze overwegingen zien enkel op de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen.²⁵

Voor de Nederlandse situatie is de uitspraak op dit punt ook buitengewoon relevant. Ook in Nederland kan een toezichtsfalen onder omstandigheden resulteren in een schending van een van de mensenrechtenbepalingen. Zoals al eerder bevestigd,²⁶ kunnen de verantwoordelijke autoriteiten zich naar verwachting niet verschuilen achter een tekort aan financiële middelen die hun ten dienste staan voor het inrichten van een systeem als dusdanig. Een voorbeeld van een arrest waarin door de Hoge Raad wél rekening werd gehouden met de financiële middelen die de aansprakelijk gestelde persoon ten dienste staan voor het nakomen van verplichtingen is *Wilnis*.²⁷ Daarmee lijkt te zijn bedoeld dat van een overheidslichaam niet meer dan het redelijke mag worden verwacht, zodat de rechter er niet vanuit mag gaan dat het over onbepaalde middelen beschikt.²⁸ Het EHRM neemt beleidsmatige keuzes weliswaar in ogenschouw, maar vooralsnog enkel en alleen bij de invulling van de genoemde bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen. Het ligt niet voor de hand dat de financiële middelen hierbuiten door het EHRM in ogenschouw worden genomen. Ook in andere zaken van het EHRM speelt het financiële argument geen rol.²⁹

4.4 Vergoeding van immateriële schade

Het EHRM kent niet een schadevergoedingssysteem zoals in de klassieke, nationaalrechtelijke zin. Het laat zich leiden door *equity*. De uitspraken onder artikel 41 EVRM kunnen dan ook niet zonder meer worden doorvertaald naar de Nederlandse situatie. In deze specifieke zaak kent het EHRM een billijke genoegdoening van € 55.000 toe. Het gaat om *pré-judice moral* die is geleden als gevolg van de schending van zowel artikel 3 als artikel 9 EVRM. Hoe het EHRM tot het schadebedrag komt, is niet navolgbaar. Ook heeft het hier niet een verplichting geformuleerd voor de verdragsstaat. Dat valt te verklaren uit het feit dat Frankrijk de mogelijkheid kent om de

21 Zie bijv. EHRM 20 juni 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0620 DEC000227211 (*Teker/Turkije*), r.o. 63.

22 EHRM 3 november 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1103JUD005922712 (*Loste/Frankrijk*), r.o. 76 onder verwijzing naar r.o. 44.

23 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, *NJ* 2006/112 (*VU-Ziekenhuis*), r.o. 3.4.

24 Zelfs wanneer er sprake is van bekendheid kunnen er nog andere omstandigheden aan het instellen van een vordering in de weg staan. Daarbij kan worden gedacht aan psychische omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend. Vgl. HR 23 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2748, *NJ* 2000/15, r.o. 3.3.

25 Vgl. Gijsselaar 2021, p. 123.

26 Gijsselaar 2021, p. 163-164.

27 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (*Wilnis*), r.o. 4.4.3. De financiële middelen spelen ook een rol in aansprakelijkheid van wegbeheerders. Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*), r.o. 3.3 e.v.

28 Zie Hartlief in zijn noot HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*).

29 Zo speelt het argument bijv. ook geen rol bij de verplichting om het juridische systeem dusdanig in te richten dat procedures binnen een redelijke termijn worden afgewikkeld. Zie D.J. Harris e.a., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 281-282. Vgl. ook J.J. Jacobse & R.M. Pieterse, 'Zorgen en plichten; een analyse van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast', *O&A* 2017/91, p. 203; P.S. Bakker, 'Tbs en Curaçao. Zon, zee en zorgplichten', *NJB* 2020/643, p. 696-697.

geleden immateriële schade te vergoeden.³⁰ Die was feitelijk ook benut, maar de beslissing werd in hoger beroep onderuitgehaald.³¹

Alhoewel in de onderhavige zaak geen verplichting tot vergoeding van immateriële schade is geformuleerd, volgt uit eerdere rechtspraak wel dat bij schendingen als in de onderhavige zaak op grond van artikel 13 EVRM een vergoeding van immateriële schade tot de mogelijkheden moet behoren.³² Het EHRM houdt bij de beoordeling van de effectiviteit van de remedie rekening met de genoegdoeningen die het zelf toekent.³³ Daarom is het relevant om te bezien voor welke schade-soorten het EHRM een tegemoetkoming toekent. Het gaat in deze zaak om *moral damage*. Daarnaast wordt een tegemoetkoming toegekend voor (reële) stress, spanning, angst en/of gevoelens van onzekerheid.³⁴ Bewijsstukken van immateriële schade worden niet verlangd.³⁵ Als gezichtspunten om de compensatie van immateriële schadevergoeding te kunnen vaststellen, hanteert het EHRM de aard van het geschonden recht, de aard en de ernst van de schending en de *victim's personality*. Ook kan het van belang zijn dat – zoals in de onderhavige zaak – zich meerdere verdragsschendingen hebben voorgedaan.³⁶

Wanneer het Nederlandse recht dan (toch) onder de loep wordt genomen, blijkt dat het *EBI*-arrest voldoende ruimte biedt voor vergoeding van de immateriële schade als gevolg van een schending van artikel 3 EVRM. Op hoofdlijnen worden vergelijkbare gezichtspunten gehanteerd. De Hoge Raad heeft immers overwogen dat de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde kunnen meebrengen dat van de in artikel 6:106 onder b BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is. In een voorkomend geval kan dit zelfs zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Daarvan is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.³⁷ Aangezien het in een zaak als *Loste* om een zeer ernstige inbreuk op de integriteit gaat, ligt het in de rede om de aanwezigheid van schade hier wél aan te nemen. Het verlangen van een nadere onderbouwing van de schade is dan niet op zijn plaats. Het stelsel biedt (in potentie) voldoende soelaas.

Van bijzonder belang is dat de (advocaat van de) benadeelde goed onderbouwt dat een schending van een beschermingsverplichting de naar aard en ernst vereiste normschending op-

levert. De (grondslag van de) schade moet daarbij op de juiste wijze worden *geframed*. Uiteraard kan worden betoogd dat aansluiting moet worden gezocht bij de billijke genoegdoeningen die op grond van artikel 41 EVRM bij dergelijke schendingen worden toegekend. Een verplichting daartoe bestaat echter niet. Beter is het dan ook om (daarnaast) te betogen dat bij een schending van artikel 3 EVRM de immateriële schade *moet* worden vergoed. Als de rechter dat achterwege laat, handelt hij in strijd met artikel 13 EVRM.

5. Afronding

Door de oogharen bezien bevestigt de uitspraak *Loste/Frankrijk* in belangrijke mate de reeds bestaande jurisprudentielijnen: extreem formalisme is bij verjaring niet toegestaan en de staat heeft een positieve verplichting om vooral kinderen te beschermen tegen seksueel misbruik. Nieuw is (maar wel te verwachten was) de verplichting om te voorzien in effectieve mechanismen voor detectie en rapportage waar het om uithuisplaatsingen gaat. De geannoteerde uitspraak biedt extra munitie om schadevergoeding te vorderen wanneer sprake is van een falen aan de zijde van kinderschermingsautoriteiten op dit terrein. De rechtsgang in dat geval is duidelijk. De staat kan aansprakelijk worden gesteld, zelfs al zijn de financiële middelen die de kinderschermingsautoriteiten tot hun beschikking hebben beperkt. Daarbij bestaat er een verplichting tot vergoeding van immateriële schade. Die verplichting kan worden nagekomen in het nationale recht. Het *EBI*-arrest biedt voldoende ruimte om de immateriële schadevergoeding toe te kennen.

Wanneer mechanismen voor detectie en aangifte/rapportage niet op orde zijn, kan sprake zijn van een onvoldoende niveau van mensenrechtenbescherming (ook in Nederland). Dit onderstreept (nogmaals) het belang van oplossingen op korte en lange termijn voor de problemen in de jeugdbeschermingsketen.

*Mr. dr. drs. E.C. Gijsselaar**

30 EHRM 3 november 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1103JUD005922712 (*Loste/Frankrijk*), r.o. 122.

31 EHRM 3 november 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1103JUD005922712 (*Loste/Frankrijk*), r.o. 33.

32 Zie bijv. EHRM 26 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1126JUD003321896 (*E. c.a./VK*), r.o. 110; EHRM 10 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002939295 (*Z. c.a./VK*), r.o. 109; EHRM 28 januari 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003581009 (*O'Keefe/Ierland*), r.o. 115.

33 Gijsselaar 2021, p. 209.

34 Gijsselaar 2021, p. 216.

35 Gijsselaar 2021, p. 216.

36 Gijsselaar 2021, p. 216.

37 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (*EBI*), r.o. 4.2.1-4.2.2.

* Mr. dr. drs. E.C. Gijsselaar is als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden.