

Melktandjes of haaiantanden? Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de provincie in de jeugdzorg

van den Berg, M.F.M.; van de Sanden, C.A.H.

Published in:
Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht

Publication date:
2005

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
van den Berg, M. F. M., & van de Sanden, C. A. H. (2005). Melktandjes of haaiantanden? Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de provincie in de jeugdzorg. *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 27(12), 300-308.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Melktandjes of haaiantanden? Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de provincie in de jeugdzorg.

Melanie van den Berg en Cees van de Sanden¹

Anno 2005 wachten nog steeds te veel jeugdigen op de voor hun noodzakelijke zorg. Door de inwerkingtreding van de Wet op de jeugdzorg is hier nog niet veel verandering in gekomen. Wat wel is gewijzigd, is dat deze jeugdigen per 1 januari 2005 een wettelijke aanspraak op jeugdzorg hebben. Wat houdt de aanspraak echter in, ten opzichte van wie geldt deze en welke mogelijkheden biedt het civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wanneer cliënten hun aanspraak niet kunnen effectueren? Op deze en andere vragen zullen de auteurs in dit artikel een antwoord geven.

Uit het manifest van de kinderrechtshouders:

V. staat onder toezicht. Gedragsproblemen, waaronder seksueel overschrijdend gedrag bij twee halfzusjes. Is aangemeld voor behandeling in Harreveld of Het Keerpunt. Is op 14 juli 2003 geplaatst in de crisisopvang van Harreveld. Is dan net 14 jaar. Er vindt geen behandeling plaats. Het wachten is op een plaats in een behandelgroep. Op de laatste zitting is de crisisplaatsing verlengd tot april 2004. Er is nog steeds geen zicht op plaatsing en dus behandeling.

1. Inleiding

Op 10 februari 2004 hebben de kinderrechtshouders in Nederland de noodklok geluid, omdat zij zich ernstige zorgen maakten over de gebrekkige mogelijkheden om tijdig de noodzakelijke jeugdzorg te kunnen bieden.² Het is nu ruim een jaar geleden en nog steeds zijn de genoemde voorbeelden aan de orde van de dag. In sommige gevallen zelfs met zeer trieste afloop. Een belangrijk verschil met een jaar geleden is echter dat met de inwerkingtreding van de Wet op de jeugdzorg per 1 januari 2005, een wettelijke aanspraak op jeugdzorg bestaat.³ Een cliënt verkrijgt deze aanspraak door een indicatiebesluit van Bureau jeugdzorg waaruit blijkt dat hij op zorg is aangewezen.⁴ Volgens de wet dient de provincie, in welke de jeugdige voorafgaand

¹ Mw. Mr. M.F.M. van den Berg is als promovenda Personen- Familie- en Jeugdrecht verbonden aan de Universiteit van Tilburg. Zij bereidt een dissertatie voor over de Wet op de jeugdzorg. Tevens is zij waarnemend griffier bij het Gerechtshof in 's-Hertogenbosch. Dhr. C.A.H. van de Sanden is doctoraalstudent aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg. De auteurs bedanken prof. mr. P. Vlaardingerbroek en prof. mr. J.B.M. Vranken voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

² Kinderrechtshouders in Nederland luiden de noodklok, Raad voor de rechtspraak 's-Gravenhage, 10 februari 2004.

³ Artikel 3 Wjz.

⁴ Artikel 3 lid 3 Wjz.

aan de aanvang van de jeugdzorg duurzaam verblijft, ervoor zorg te dragen dat de cliënt zijn aanspraak op jeugdzorg tot gelding kan brengen.⁵ Aan de hand van deze nieuwe aanspraak zal in dit artikel één van de schrijnende gevallen die de kinderrechtshouders in hun manifest uiteenzetten een “better case-scenario” gegeven worden. Daarbij staat de vraag centraal of civielrechtelijke aansprakelijkheid van de provincie ertoe bijdraagt dat jeugdigen zoals V. de zorg krijgen waar zij recht op hebben.

2. De aanspraak op jeugdzorg

2.1. Algemeen

Indien Bureau jeugdzorg ten behoeve van V. een positief indicatiebesluit heeft genomen dan heeft hij een aanspraak op jeugdzorg. Dit wordt verwoord in artikel 3 van de wet en vervolgens nader ingevuld door het Uitvoeringsbesluit Wet op de jeugdzorg.⁶ Volgens het Uitvoeringsbesluit bestaat de aanspraak op jeugdzorg uit jeugdhulp, verblijf en observatiediagnostiek.⁷ Cliënten kunnen hierop een aanspraak maken nadat Bureau jeugdzorg een besluit heeft genomen waaruit blijkt dat de cliënt op die zorg is aangewezen. Cliënten zijn onder de Wet op de jeugdzorg een jeugdige, zijn ouders of stiefouders of anderen die de jeugdige als behorend tot hun gezin verzorgen en opvoeden.⁸ Het is niet zo dat alle typen van cliënten een aanspraak kunnen maken op de drie vormen van de aanspraak. Jeugdhulp geldt voor alle cliënten; verblijf en observatiediagnostiek daarentegen zijn slechts voorbehouden aan jeugdigen.

De termijn waarbinnen de aanspraak die in het besluit vervat staat tot gelding moet worden gebracht, bedraagt 13 weken.⁹ Na deze termijn vervalt de aanspraak. Er zijn echter gevallen waarin de zorg die geïndiceerd is niet op korte termijn kan worden geleverd, bijvoorbeeld doordat er een wachtlijst bestaat. De gewogen gemiddelde wachttijd voor geïndiceerde zorg was op 1 januari 2004: 67 werkdagen. De kortste wachttijd bedroeg hierbij 40 werkdagen en de langste wachttijd 115 werkdagen.¹⁰ Hoewel de planningsystematiek van de Wet op de jeugdzorg erop is gericht dat het aanbod is afgestemd op de vraag, kan volgens de verantwoordelijke bewindslieden niet worden uitgesloten dat de benodigde capaciteit niet altijd ogenblikkelijk beschikbaar is.¹¹ De cliënt heeft in dat geval een keuze uit twee opties.¹²

⁵ Artikel 3 lid 2 Wjz.

⁶ Stb. 2004, 703.

⁷ Artikel 2 t/m 6 Uitvoeringsbesluit Wjz.

⁸ Artikel 1 onder d Wjz.

⁹ Artikel 24 Uitvoeringsbesluit Wjz.

¹⁰ Taskforce Wachttijsten Jeugdzorg, mei 2004, KB/Capgemini, p. 17.

¹¹ Uitvoeringsbesluit Wet op de jeugdzorg, p. 64.

¹² M.F.M. van den Berg en P. Vlaardingerbroek, *Jeugdzorg. de Wet op de jeugdzorg toegelicht*, Den Haag: SDU 2005, p. 98 e.v.

Hij kan er voor kiezen om degene jegens wie de aanspraak bestaat aan te spreken of hij neemt tijdelijk genoegen met andere, zij het minder adequate zorg: de 'second best option'. Indien het Bureau jeugdzorg voorziet dat de benodigde zorg niet voorhanden is, kan zij in het indicatiebesluit al vervangende zorg aanduiden. De aanspraak op de eerst aangewezen zorg blijft in stand en kan te allen tijde tot gelding worden gebracht. De aanspraak op vervangende zorg vervalt zodra de eerst aangewezen zorg aanvangt of de 13 weken, waarin een aanspraak tot gelding moet zijn gebracht, verstreken zijn.¹³

In het kader van de eerste optie is het van belang om welke soort van aanspraak het gaat.

De Wet op de jeugdzorg regelt namelijk de toegang tot de aanspraken in het kader van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (BJJ) én de jeugdzorg.¹⁴ Daarbij is van belang dat de aanspraak ingevolge de Wet op de jeugdzorg slechts geldt voor zover deze al niet bestaat op grond van de AWBZ of de BJJ. Degene die aansprakelijk kan worden gesteld verschilt per aanspraak. Betreft het namelijk een aanspraak in het kader van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) dan is de zorgverzekeraar aansprakelijk, bij een civielrechtelijke plaatsing in een justitiële jeugdinrichting kan men – naar alle waarschijnlijkheid vanaf 2006 tot begin 2007¹⁵ - de Minister van Justitie aanspreken en bij een aanspraak op grond van de Wet op de jeugdzorg is de provincie of grootstedelijke regio¹⁶ de verantwoordelijke.¹⁷

2.2. Karakter van de rechtsplicht

In dit artikel zal nader worden ingegaan op de eerste optie en meer specifiek op de aansprakelijkheid van de provincie. Wij hebben deze keuze gemaakt, omdat deze mogelijkheid pas sinds 1 januari 2005 bestaat en hierover bijgevolg nog niet veel bekend is.¹⁸

Deze juridische weg behoeft naar onze mening meer duidelijkheid.

De provincie dient ingevolge de wet ervoor te zorgen dat cliënten hun aanspraak op jeugdzorg tot gelding kunnen brengen.¹⁹ Deze regeling is geënt op de AWBZ.²⁰ De verplichting van de provincie is dan ook analoog aan de taak die op grond van de AWBZ op de

¹³ Hoofdstuk 8 van de Nota van Toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wjz.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 168, nr. 3, p. 10 (MvT).

¹⁵ Naar verwachting zal begin 2007 de Wet op de jeugdzorg aangepast worden waardoor het Ministerie van VWS verantwoordelijk wordt voor jeugdigen die nu nog op civielrechtelijke titel in een justitiële jeugdinrichting worden geplaatst.

¹⁶ De grootstedelijke regio's zijn: Amsterdam, Rotterdam en Haaglanden.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 168, nr. 3, p. 58 (MvT).

¹⁸ Wij zijn ons ervan bewust, dat door deze beperking interessante andere rechtsgangen niet aan de orde komen, zoals een voorlopige voorzieningenprocedure bij de kinderrechter optredend als bestuursrechter.

¹⁹ Artikel 3 lid 3 Wjz.

²⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 168, nr. 3, p. 10-12 en 50 (MvT); *Kamerstukken II* 2001/02, 28 168, nr. 5 p. 11-13; *Kamerstukken II* 2001/02, 28 168, nr. 8 p. 12; *Kamerstukken I* 2003/04, 28 168, B p. 14.

uitvoeringsorganen rust.²¹ Het resultaat dient in beide gevallen een voldoende aanbod te zijn waardoor cliënten de zorg kunnen ontvangen waarop zij aanspraak hebben. Deze uit de wet voortvloeiende zorgverplichting is in het kader van verschillende AWBZ procedures door de rechter als een resultaatsverbintenis²² gekwalificeerd.²³ Een duidelijk voorbeeld hiervan is de uitspraak van de President van de rechtbank Den Haag, die oordeelde: “*Dat de zorgverzekeraars een beroep zouden kunnen doen op overmacht vanwege een tekort aan financiële middelen ligt niet in de rede. De uit de wet voortvloeiende zorgverplichting, die als een resultaatsverbintenis moet worden gekwalificeerd, staat immers geheel los van het – voor het vervullen van deze verplichting – benodigde budget*”.²⁴ Uit de genoemde bepalingen in de AWBZ en de WJZ volgt onmiskenbaar dat een persoon die een positieve indicatie heeft voor een bepaalde verstrekking jegens de zorgverzekeraar respectievelijk de provincie recht heeft op het realiseren van de verstrekking.²⁵ Dat blijkt ook uit het feit dat de wetgever bewust heeft gekozen voor een onverkorte aanspraak op jeugdzorg en niet - zoals bijvoorbeeld in Vlaanderen het geval is - voor een recht *binnen het beschikbare aanbod*.²⁶ De zorgverzekeraar of provincie kan slechts onder de resultaatsverplichting uitkomen door een geslaagd beroep op overmacht. Hierover later meer.

De zorgplicht van de provincie bevat zoals men in het bestuursrecht zegt, vage normen.²⁷ Wat impliceert namelijk ‘ervoor zorg dragen’ en ‘het tot gelding kunnen brengen’? Een specifieke bepaling met een termijn waarbinnen de aanspraak tot gelding moet zijn gebracht of op welke wijze dit dient te geschieden ontbreekt eveneens. De Memorie van Toelichting zegt hierover, dat de wijze waarop de provincies inhoud moeten geven aan de opdracht zorg te dragen voor voldoende jeugdzorg, uitgewerkt is in de artikelen die gaan over de planning door de provincies.²⁸ In deze bepalingen staat dat provincies een beleidskader jeugdzorg en een uitvoeringsprogramma jeugdzorg dienen vast te stellen. Het door de provincies in dit kader te voeren beleid dient uitdrukking te geven aan het landelijk beleidskader en in de wet gestelde

²¹ Artikel 6 lid 3 AWBZ.

²² Bij een resultaatsverplichting bestaat de prestatie uit het verwezenlijken van een bepaald resultaat en niet zoals bij een inspanningsverplichting bij het voor een bepaald resultaat aan te wenden inspanning, aldus Hartkamp in: A.S. HARTKAMP, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4 Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, W.E.J. Tjeenk Willink, 2004, nr.184. Zie verder: J.L.P. Cahen, *Pitlo. Het Nederlands Burgerlijk recht. Deel 4. Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 67 en C.J.H. Brunner, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 43-44. Zie ook S. Troisfontaine, ‘Recht op zorg met recht een zorg?’, *FJR* 2005-9, p. 204.

²³ Pres. Rb. Den Haag 18 december 1998, *RZA* 1999, 23; in hoger beroep: Hof Den Haag 23 december 1999, *RZA* 2000, 23; Pres. Rb. Utrecht 29 oktober 1999, *RZA* 1999, 192.

²⁴ Pres. Rb. Den Haag 18 december 1998, *RZA* 1999, r.o. 3.4.

²⁵ Pres. Rb. Utrecht 29 oktober 1999, *RZA* 1999, 192.

²⁶ J. Put & I. Van der Straete, ‘Integrale jeugdhulp en rechtspositie minderjarigen’, *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten* 2004-4, p. 234.

²⁷ A. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 en A. de Lange, ‘Vage normen, concrete verwachtingen’, *Milieu & Recht* 2005-5.

²⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28168, nr. 3, p. 50 (MvT).

uitgangspunten. De mate waarin de provincie in dit kader beleidsvrijheid toekomt is van belang bij het antwoord op de vraag of de rechter marginaal of vol mag toetsen.²⁹

De beleidsvrijheid van de provincies is naar onze mening, door de gestelde wettelijke bepalingen beperkt, zelfs vrijwel nihil. Daarnaast wordt de beleidsvrijheid door de jurisprudentie verkleind. Onder meer door de uitspraken van de rechter in het kader van de AWBZ (aanspraak op thuiszorg).³⁰ Een bepaalde mate van vrijheid bij de invulling van het beleid blijft natuurlijk bestaan, de ene provincie is nou eenmaal de andere niet, maar deze ruimte is ons inziens minimaal. Een volle toetsing door de rechter van de uitvoering van de opdracht aan de provincie is naar onze mening dan ook gerechtvaardigd, met exceptie van de voor de provincie resterende - in omvang zeer minimale - beleidsvrijheid.

3. Afdwingbaarheid van de aanspraak op jeugdzorg

3.1. Inleiding

Uit het voorgaande volgt dat de provincie aangesproken kan worden op het feit dat – net als in het geval van V. - de benodigde jeugdzorg niet dan wel niet binnen redelijke termijn beschikbaar is. Daarvoor zijn meerdere grondslagen denkbaar. Naast de toerekenbare tekortkoming³¹ kan ook de onrechtmatige daad mogelijk als basis fungeren.³² Uit de AWBZ-jurisprudentie van de afgelopen jaren is inmiddels gebleken dat deze laatste grondslag in nagenoeg alle gevallen wordt gebruikt. Vanwege het feit dat het systeem van de AWBZ model heeft gestaan voor de Wet op de jeugdzorg zal deze grondslag hierna op eventuele haalbaarheid worden getoetst.³³

3.2. Onrechtmatige daad

²⁹ HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319; HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m. nt. ARB waaruit blijkt dat de algemene waterbeheerstaak een zekere beleidsvrijheid impliceert in samenhang met de daarvoor beschikbare middelen. Een vordering op grond van onrechtmatige daad wegens tekortschieten in deze zorgplicht zal derhalve vaak daarop afstuiten. Het karakter van artikel 3 lid 3 Wvz verschilt echter wezenlijk van de normschending die heeft geleid tot deze zogenaamde Waterschapsjurisprudentie. Het waterschap heeft immers - in tegenstelling tot het provinciebestuur – niet de opdracht om ervoor te zorgen dat een concrete en geïndividualiseerde wettelijke aanspraak van een burger geëffectueerd kan worden. De aanspraak op jeugdzorg laat zich het best vergelijken met een wettelijke aanspraak op ‘droge voeten’ jegens het Waterschapsbestuur omdat zulks in het belang van de gezondheid van de bewoner zou zijn.

³⁰ Pres. Rb. Den Haag, 18 december 1998, *RZA* 1999, 23; in hoger beroep: Hof Den Haag, 23 december 1999, *RZA* 2000, 23 en Pres. Rb. Utrecht, 29 oktober 1999, *RZA* 1999, 192.

³¹ G.R.J. de Groot, *Aanspraken op zorg ingevolge de AWBZ en kostenbeheersing* (advies van 16 mei 2000), Den Haag: 2000, p. 21 waarin deze stelt dat een wettelijke aanspraak op zorg tot een verbintenis met de zorgverzekeraar in de zin van boek 6 Burgerlijk Wetboek leidt. Bij niet-nakoming daarvan dient te worden gehandeld volgens de regels van de artikelen 74 en volgende.

³² Anders dan S. Troisfontaine, ‘Recht op zorg met recht een zorg?’, *FJR* 2005-9, p. 206 zijn wij van mening dat de vordering tot schadevergoeding niet slechts in theorie, maar ook in de rechtspraktijk gebaseerd kan worden op de onrechtmatige daad.

³³ Zie noot 19.

Bevoegdheid en ontvankelijkheid

De vordering op grond van onrechtmatige daad strekt tot nakoming dan wel vergoeding van de schade die het gevolg is van niet of te late nakoming. Gelet op het in veel gevallen spoedeisende karakter van de vordering is de voorlopige voorzieningprocedure daarvoor de meest aangewezen weg. De vordering die strekt tot schadevergoeding heeft meestal geen spoedeisend karakter waarvoor de bodemrechter de meest geëigende weg is. De cliënt dient hiervoor de provincie als partij te dagvaarden.³⁴ Alvorens aan een materiële toetsing toe te kunnen komen, dient er aan twee formele voorwaarden te zijn voldaan. Om te beginnen dient de rechter bevoegd te zijn om van de vordering kennis te nemen. In beginsel is de bestuursrechter de eerst aangewezen om rechtsbescherming te bieden tegen het indicatiebesluit als zodanig.³⁵ Zodra eiser echter verzoekt in een burgerlijk recht te worden beschermd, is de burgerlijke rechter bevoegd.³⁶ Daarnaast dient eiser in zijn vordering ontvankelijk te zijn. Dat is het geval wanneer er geen of een onvoldoende rechtsbescherming biedende administratiefrechtelijke weg open staat of heeft gestaan.³⁷ Tegen de niet of niet tijdige beschikbaarheid van de geïndiceerde zorg is dat echter niet het geval. Het provinciale nalaten om hiervoor zorg te dragen, is immers geen besluit als bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht.³⁸ Daarmee is eiser ontvankelijk in zijn vordering. Hiermee zijn de formele barrières genomen. In hoeverre wordt echter ook voldaan aan de materiële voorwaarden op grond van genoemd wetsartikel?³⁹

Onrechtmatigheid

De provincie heeft in de geschetste casus nagelaten ervoor te zorgen dat V. zijn aanspraak op geïndiceerde zorg – tijdig - tot gelding kon brengen. Dit nalaten is onrechtmatig wegens strijd met een op de provincie rustende wettelijke plicht als bedoeld in artikel 3, tweede lid Wet op de jeugdzorg. Wanneer de geschonden norm het belang van de benadeelde beoogt, is in beginsel de onrechtmatigheid gegeven.⁴⁰ Op grond van de formulering en context alsmede

³⁴ HR 25 november 1983, *NJ* 1984, 297, m.nt. WHH; G.E. Van Maanen & R. De Lange, *Monografieën Privaatrecht*, 3. *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 55.

³⁵ Over de 'postnatale' bestuursrechtelijke implicaties en complicaties van de WJZ, zie M.F.M. van den Berg, 'De Wet op de jeugdzorg en het bestuursrechtelijke zorgenkindje', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004-11, p. 266-270.

³⁶ Art. 112 lid 2 Grondwet; HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407; H.D. Van Wijk/W.Konijnenbelt & R.M. Van Male, *Hoofdstukken bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2002, p. 660; G.E. Van Maanen & R. De Lange, *Monografieën Privaatrecht*, 3. *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 8-10, 33-35.

³⁷ H.D. Van Wijk/W.Konijnenbelt & R.M. Van Male, *Hoofdstukken bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2002, p. 662-665.

³⁸ Art. 1:3 juncto 8:1 Algemene wet bestuursrecht; Van Buuren & Borman 2003, p. 16-20.

³⁹ De wetgever heeft geen bijzondere regels willen opstellen voor de onrechtmatige overheidsdaad om daarmee ruimte te bieden aan de rechtspraktijk, J.H. Nieuwenhuis e.a., *Tekst & commentaar. Burgerlijk Wetboek. Boeken 5, 6, 7 en 8*, Deventer: Kluwer 2003, p. 2228.

⁴⁰ G.E. Van Maanen & R. De Lange, *Monografieën Privaatrecht*, 3. *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 61-62.

blijkend uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3 Wet op de jeugdzorg is het evident dat de norm in kwestie ertoe strekt om het belang van de jeugdige te beschermen. Hiermee wordt voldaan aan het eerste vereiste voor provinciale aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Een mogelijke alternatieve grondslag hiervoor is dat de provincie middels dit nalaten in strijd heeft gehandeld met de maatschappelijke zorgvuldigheid.⁴¹ Bij de beoordeling hiervan dienen de aard en context van de overtreden norm in aanmerking te worden genomen. Daarbij mogen strenge(re) eisen aan de overheid worden gesteld, gelet op haar bijzondere verantwoordelijkheid voor de bescherming van de rechten en belangen van burgers.⁴² In casu heeft de jeugdige (V.) schade opgelopen doordat de provincie heeft nagelaten ervoor te zorgen dat deze zijn aanspraak op geïndiceerde zorg - tijdig- tot gelding kon brengen. Toetsing aan de Kelderluikcriteria⁴³ biedt vervolgens meer houvast bij de beantwoording van de vraag naar de onrechtmatigheid. Er kan in het algemeen van jeugdigen onder dergelijke omstandigheden geen bijzondere oplettendheid worden vereist ter vermindering van gevaar. Verder is het een feit van algemene bekendheid dat onder bepaalde omstandigheden zeer ernstige schade aan het kind kan ontstaan. Er zijn eveneens geen overwegende bezwaren voor de provincie om ervoor te zorgen dat de benodigde zorg geleverd kan worden, gelet op de garantstelling van het Rijk. Tenslotte is de provincie via de Bureaus jeugdzorg op de hoogte van de gevaarlijke situatie, of kan en behoort zij dat althans te zijn. Een eventuele rechtvaardigingsgrond die de onrechtmatigheid doet vervallen, zal niet snel aanwezig zijn. Algemeen belang of kostenbesparing worden in de rechtspraak niet als zodanig erkend.⁴⁴ Hoewel in elk individueel geval deze beoordeling opnieuw gemaakt dient te worden, zal in veel gevallen de provincie onrechtmatig handelen wegens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Beide grondslagen kunnen dienen als onderbouwing van provinciale aansprakelijkheid.

Toerekenbaarheid

Als tweede vereiste stelt artikel 6:162, eerste lid BW dat de onrechtmatige daad toerekenbaar dient te zijn. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het handelen of nalaten van de provincie haar behoudens overmacht wordt toegerekend.⁴⁵ Van niet-toerekenbaarheid of 'overmacht' is sprake wanneer de tekortkoming niet te wijten is aan de schuld van de provincie dan wel op

⁴¹ Art. 6:162, 2^e lid BW; J.H. Nieuwenhuis e.a., *Tekst & commentaar. Burgerlijk Wetboek. Boeken 5, 6, 7 en 8*, Deventer: Kluwer 2003, p. 2219.

⁴² T. Drupsteen in De Vaate, Bomhoff & Van Schaik, *Facetten van overheidsaansprakelijkheid: bundel naar aanleiding van het Mordenate congres: 'Overheidsaansprakelijkheid: een trend van deze tijd?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 14.

⁴³ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

⁴⁴ HR 18 februari 1944, NJ 1944, 226; HR 19 december 1952, NJ 1953, 642; Pres. Rb. Groningen 10 oktober 1978, NJ 1979, 35; G.E. Van Maanen & R. De Lange, *Monografieën Privaatrecht, 3. Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 75.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 168, nr. 3, p. 11; nr. 5, p. 11-13; nr. 8, p. 12, 20.

grond van wet, rechtshandeling of verkeersopvattingen niet voor haar risico dient te komen. De bewijslast hiervoor rust op de provincie die dient te bewijzen dat de tekortkoming haar niet kan worden toegerekend. Zij zou in dat verband diverse verweren kunnen voeren. Allereerst dat zij een maximale inspanning heeft geleverd om voldoende adequate overeenkomsten met zorgaanbieders te sluiten. Daarnaast zouden zij kunnen stellen al het mogelijke te hebben gedaan om de jeugdzorg doelmatiger te laten werken en dat zij zelfs autonome middelen heeft ingezet om de wachtlijsten weg te werken. Verder zouden zij zich op het standpunt kunnen stellen dat een bepaalde zorgvraag niet voorzienbaar was.⁴⁶ Tenslotte zouden zij kunnen aanvoeren overleg te hebben gehad met de cliënt teneinde deze alsnog een passend aanbod te doen. Samengevat: de provincies zijn van mening dat zij alles in het werk hebben gesteld om de aanspraak binnen een redelijke termijn te realiseren. De Wet op de jeugdzorg kent provincies echter geen overmachtsgrond wegens geldgebrek of wachtlijsten toe. De wetgever spreekt hier van een 'ongeclausuleerde aanspraak'⁴⁷ en sluit wederom aan bij de AWBZ-jurisprudentie.⁴⁸ Hierin heeft de rechter echter steevast geoordeeld dat een beroep op financiële overmacht niet mogelijk is omdat een mogelijk budgettair tekort niet kan worden afgewenteld op degenen die zorg nodig hebben.⁴⁹ In de woorden van de wetgever: *'de kans dat zorgverzekeraars met succes een beroep op overmacht kunnen doen vanwege het ontbreken van voldoende financiële middelen is uiterst gering. Dit geldt ook voor provincies in het kader van genoemd wetsvoorstel'*.⁵⁰ Uitzonderingen op deze regel zijn schaars.⁵¹ Hiervan was slechts sprake toen een zorgverzekeraar zich tot het uiterste had ingespannen om aan zijn verplichtingen te voldoen. Hij had met alle toegelaten instellingen overeenkomsten gesloten en tot de maximale capaciteit gecontracteerd. Vanwege het feit echter dat hij geen zeggenschap had over het toelatingsbeleid van zorgaanbieders en geconfronteerd werd met een (te) beperkte capaciteit, kon de onmogelijkheid de aanspraak te realiseren hem niet worden toegerekend.⁵² Ook van provincies mag derhalve worden verlangd dat zij alle aanwezige capaciteit maximaal benutten. Hun beïnvloedings- en sturingsmogelijkheden zijn echter beduidend ruimer dan die van zorgverzekeraars en zullen zij naar ons oordeel dan ook minder snel een beroep kunnen doen op deze uitzondering. Tenslotte ligt het ook niet erg voor de hand dat in een indicatiebesluit een exoneratieclausule wordt opgenomen. Dat zou

⁴⁶ De onvoorzienbaarheid kan zowel betrekking hebben op de aard van de zorg alsmede op de omvang.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 168, nr. 3, p. 12.

⁴⁸ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 168, nr. 5, p. 11-13.

⁴⁹ Pres. Rb. Utrecht, 29 oktober 1999, *KG* 2000, 29; Pres. Rb. Den Haag, 18 december 1998, *RZA* 1999, 23; Hof Den Haag 23 december 1999, *RZA* 2000, nr. 23; HR 5 juni 1998, *NJ* 1998, 741; Pres. Rb. Den Haag, 21 april 1995, *KG* 1995, 210 en Pres. Rb. Den Haag, 6 juni 2000, *KG* 2000, 132.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 168, nr. 5, p. 11-13.

⁵¹ H.E.G.M. Hermans & G. France, 'Beperkingen aan het recht op gezondheidszorg: realisering van zorgaanspraken in Nederland en Italië', *Sociaal Recht* 1998-2, p. 47-54. Zij concluderen dat medische noodzaak, spoedeisendheid en keuzevrijheid voor de cliënt de belangrijkste criteria zijn bij de beoordeling van het beroep op overmacht door AWBZ-verzekeraars.

⁵² Pres. Rb. Zwolle, 14 februari 2000, *RZA* 2000, 53.

namelijk onherroepelijk ernstige strijd opleveren met doel en strekking van de wettelijke aanspraak. Ook naar verkeersopvattingen dienen mogelijke capaciteitsproblemen of financieel onvermogen voor rekening en risico van de provincie te komen.

Schade en causaliteit

Om voor schadevergoeding in aanmerking te komen, dient er vanzelfsprekend enigerlei vorm van schade te zijn als gevolg van dit onrechtmatig handelen. Deze schade kan zeer divers zijn. Allereerst bestaat deze uit het niet - tijdig - ontvangen van de geïndiceerde zorg. Hieruit kan echter ook gevolgschade voortvloeien in de vorm van letselschade of psychische schade. Daarnaast valt ook te denken aan toekomstige vermogensschade in de vorm van inkomstenderving. Ten aanzien van de gestelde schade dient eiser het causale verband aan te tonen met het niet – tijdig - ontvangen van de geïndiceerde zorg. In veel gevallen kan - en zal - de vraag worden opgeworpen of deze schade ook niet zou zijn ontstaan wanneer de zorg wél tijdig was ontvangen? Met het oog op de strekking van de geschonden norm, de kwetsbare positie van de jeugdige en het belang waarin deze is getroffen, verdient het overweging om hier de omkeringsregel toe te passen.⁵³

De geschonden provinciale rechtsplicht strekt er toe om het welzijn van cliënten te bevorderen. Middels de omkeringsregel wordt het causale verband tussen het provinciale nalaten en de geleden of nog te lijden schade in beginsel als gegeven aangenomen. Het is dan vervolgens aan de provincie om aan te tonen dat genoemde schade ook zonder dit nalaten zou zijn ontstaan.

Relativiteit

Als vijfde en laatste voorwaarde stelt artikel 163 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek dat de geschonden norm dient te strekken tot bescherming van de belangen van benadeelde. Het lijdt geen twijfel dat artikel 3 Wjz strekt tot bescherming van de belangen van de jeugdige. Wanneer de onrechtmatigheid wordt geënt op strijdigheid met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen ligt dat niet anders. Ook in die gevallen had de provincie immers anders dienen te handelen met het oog op de belangen van de jeugdige. Beide onrechtmatigheidscategorieën voldoen derhalve aan het relativiteitsvereiste. De conclusie luidt

⁵³ Daarmee wordt bedoeld op de “door de Hoge Raad voor bepaalde gevallen aanvaarde bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel die inhoudt dat een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv in die voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van condicio sine qua non verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst - waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt - dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Voor toepassing van deze regel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt”. HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 en HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305.

dan ook dat de provincie in beginsel op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gesteld voor schade die het gevolg is van het onvoldoende tot gelding kunnen brengen van de aanspraak op geïndiceerde zorg.

De omvang van de aansprakelijkheid is van diverse factoren afhankelijk.⁵⁴ Om een aantal redenen is een ruime toerekening op zijn plaats. Allereerst betreft het hier een geschonden veiligheidsnorm die ertoe strekt om het belang van het kind te beschermen.⁵⁵ Daarnaast zal er in veel gevallen sprake zijn van fysiek of psychisch letsel- en soms zelfs van overlijden van de jeugdige. Verder wist of behoorde de provincie als professionele organisatie te weten dat dit soort ernstige schade het voorzienbare gevolg kon zijn. Deze factoren wijzen op een ruime toerekening van de schade.⁵⁶

3.3. Of misschien toch ook weer niet?

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer heeft de Staatssecretaris te kennen gegeven dat in geval van provinciale niet-nakoming de cliënt mogelijk wel nakoming via de rechter kan afdwingen, maar geen recht op schadevergoeding heeft.⁵⁷ Daarmee lijkt een dergelijke vordering op het eerste gezicht kansloos. Wij zijn echter van mening dat dit niet het geval is. Allereerst is een dergelijk uitsluiten van een schadevergoedingsplicht in strijd met de aard en strekking van de norm zelf. Daarnaast maakt het inbreuk op het algehele wettelijke aansprakelijkheids- en schadevergoedingsstelsel. Fundamenteel uitgangspunt hiervan is immers dat schade als gevolg van wanprestatie of onrechtmatig handelen leidt tot schadeplichtigheid in de vorm van nakoming of een te betalen schadevergoeding. Een en ander naar keuze van de benadeelde. Wanneer aan alle wettelijke voorwaarden is voldaan, valt niet goed in te zien waarom de wetgever ten behoeve van de provincie een inbreuk op dit stelsel maakt zonder enige nadere rechtvaardiging of motivering. Mogelijk hebben financiële overwegingen daarbij een rol gespeeld. Wat daarvan ook zij, dit soort systeeminconsistenties is zeer onwenselijk. Op deze manier wordt de wettelijke aanspraak op jeugdzorg tot een tandenloze tijger gemaakt. Meer in algemene zin wordt zo ook de preventieve functie van het schadevergoedingsrecht uitgehold.⁵⁸ Wanneer het voortaan regel zou zijn dat schade uit

⁵⁴ Art. 6:98 BW; J.H. Nieuwenhuis e.a., *Tekst & commentaar. Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 910-913 en J. Spier, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 215-221.

⁵⁵ HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614; HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137.

⁵⁶ J. Spier, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 219-221.

⁵⁷ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 168, B, p. 10. Zie ook: S. Troisfontaine, 'Recht op zorg met recht een zorg?', *FJR* 2005-9, p. 206.

⁵⁸ Vgl. T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders: vertrouwen is goed, controle beter? Bespreking van het preadvies van A.A. van Rossum', *NJB* 2005, p. 1127 e.v. waarin hij spreekt van nut en noodzaak van het zogenaamde 'prikkelwerkingsperspectief' van het aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van de overheid als toezichthouder. Hij ziet in beginsel geen reden om de overheid als toezichthouder niet onder het reguliere aansprakelijkheidsrecht te laten vallen. Integendeel, hij stelt dat de toezichthoudende overheid het voorlopig nog niet zonder de heilzame werking van het aansprakelijkheidsrecht kan stellen.

wanprestatie of onrechtmatig handelen van de overheid niet meer op haar verhaald zou kunnen worden, wordt daarmee onzes inziens een geheel verkeerd maatschappelijk signaal afgegeven. Het zou namelijk betekenen dat de overheid zichzelf wel bepaalde verplichtingen op kan leggen, maar in geval van niet-nakoming de gevolgen niet hoeft te dragen. Dat komt bepaald niet ten goede van haar geloofwaardigheid. Dat geldt eens te meer wanneer diezelfde overheid juist zoveel aandacht vraagt voor het naleven van waarden en normen. Tenslotte zij verwezen naar de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens⁵⁹ waarin de lokale overheid zonder al teveel omhaal van woorden werd veroordeeld tot schadevergoeding wegens het niet tijdig naleven van hun plicht hulp te bieden. Conclusie van dit alles is dat wanneer de provincie tekort schiet in het nakomen van haar verplichtingen, zij ofwel alsnog dient na te komen ofwel gehouden is schadevergoeding te betalen. Het laatste woord hierover is aan de rechter.

4. Contra's

4.1. Inleiding

Natuurlijk zijn er tevens argumenten tegen de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de provincie te bedenken. Zo kan een cliënt bevoordeeld worden doordat hij voorrang krijgt op anderen die op de wachtlijst staan. Daarnaast zou het argument gebezigd kunnen worden dat het hek van de dam is als de provincies aansprakelijk worden gesteld. Wij zijn echter van mening dat het in het belang van de cliënt is dat de provincie aansprakelijk kan worden gesteld en zullen beide contra-argumenten weerleggen.

4.2. Floodgate

Wanneer provincies gehouden zouden zijn tot het betalen van schadevergoeding is het hek van de dam. Er volgt een stortvloed aan claims, rechters raken nog verder overbelast dan zij nu al zijn, provinciale faillissementen doemen aan de horizon op, het systeem wordt onbetaalbaar en stort in. Exit aanspraak op jeugdzorg. Zoals zo vaak echter bij dit soort onheilstijdingen, zijn dergelijke rampspoedscenario's echter op geen enkel deugdelijk feit gebaseerd.⁶⁰ Uiteraard kan niet worden bewezen dat een provinciale schadevergoedingsplicht

⁵⁹ EHRM, *Z and others v. The United Kingdom*, 10 mei 2001, appl. No. 29392/95. In deze zaak ging het om vier kinderen die jarenlang op mensonterende wijze door hun ouders behandeld waren, zonder dat de Britse overheid ingreep.

⁶⁰ J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 53-54 waar hij beschrijft dat dit zogeheten 'floodgate-argument' vaak louter speculatief is. Aldus ook J.H. Nieuwenhuis, 'Hellend vlak. Kelly en de claimcultuur', *NJB* 2003, p. 1380-1382.

niet tot een sterke toename van het aantal claims zal leiden. Wel zijn er echter sterke aanwijzingen dat het risico daarop niet bijster groot is. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de ervaringen met de AWBZ dat cliënten slechts zeer sporadisch naar de rechter gaan. Dit past volledig in het beeld dat burgers niet snel een beroep op de rechter doen. Recent is gebleken dat burgers lang niet zo claimbelust zijn als sommigen ons willen doen geloven.⁶¹ Daarnaast kent het aansprakelijkheidsrecht eerder te veel dan te weinig drempels om al te claimbeluste burgers af te schrikken.⁶² Bovendien hoeven provincies niet te vrezen voor veel claims wanneer zij samen met de Bureaus voor jeugdzorg en de zorgaanbieders hun werk naar behoren uitvoeren.⁶³ Zij hebben immers niet alleen de wettelijke taak gekregen om te zorgen dat aanspraken binnen redelijke termijn tot gelding kunnen worden gebracht, maar ook de daarbij behorende middelen en bevoegdheden. Indien er ook maar iets van de vrees waar zou zijn dat nu al te verwachten valt dat veel cliënten toch niet de benodigde zorg gaan krijgen, dan ligt het eerder voor de hand om deze problemen op te gaan lossen dan de rekening van dit tekortschieten op voorhand bij de cliënt te laten liggen. Van meer principiële aard is het algemene uitgangspunt in het civiele aansprakelijkheidsrecht dat wie onrechtmatig schade aan een ander toebrengt deze heeft te vergoeden. Voor de overheid die zich nota bene deze regels zelf heeft gesteld, dienen geen ongemotiveerde uitzonderingsposities te worden gecreëerd. Daar komt bij dat het aansprakelijkheidsrecht juist ook een preventieve functie heeft. Maatschappelijke actoren, overheden niet in de laatste plaats, worden op deze manier aangespoord rekening te houden met de risico's van hun handelen of nalaten voor derden.⁶⁴ Dit door de Minister van Justitie bevestigde uitgangspunt moet naar onze mening eens te meer gelden wanneer deze derden zeer kwetsbare jongeren zijn. Provinciale schadeplichtigheid stimuleert deze juist om ervoor te zorgen dat zij aan hun opdracht gaan voldoen.⁶⁵ En dat is nu juist het belang waar het hier om gaat. Het zijn met name de meest kwetsbaren in onze samenleving die van de overheid hulp mogen verwachten. Niet alleen op papier, maar vooral ook in de praktijk. Tenslotte heeft het 'hek van de dam'-argument ook

⁶¹ N.J.H. Huls, 'Over rechtshulpgolven en juridische probleemstromen', *NJB* 2005, p. 2 e.v. naar aanleiding het in 2003 verschenen WODC-rapport 'Geschilbeslechtingdelta 2003'. Hierin kwam naar voren dat slechts in circa 10% van alle gevallen van – dreigende - rechtsproblemen een officiële procedure bij een rechter werd gestart. Met de claimbelustheid blijkt het derhalve nog wel mee te vallen.

⁶² Hierbij valt dan onder andere te denken aan de verplichte procesvertegenwoordiging, hoge kosten en lange doorlooptijden. Om dan nog maar te zwijgen over de emotionele belasting die dit zeker voor deze toch al zo kwetsbare jeugdigen met zich meebrengt.

⁶³ J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 51 waarin hij de Court of Appeal citeert in een procedure tegen de lokale brandweer. De Court oordeelde ten aanzien van een soortgelijk verweer dat 'als de brandweer haar taak fatsoenlijk uitoefent, ze niet bang hoeft te zijn veel tijd en geld te moeten besteden aan het verdedigen tegen claims, want die zijn er dan niet'.

⁶⁴ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 630, nr. 1, p. 6.

⁶⁵ T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, p. 830-834 bepleit juist dat er meer geclaimd dient te worden om daarmee de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht beter te benutten. Dit in tegenstelling tot 'Peter Paul' en 'Duwbak Linda' waarin Amerikaanse toestanden voorkomen moeten worden (noot van Widdershoven bij Hof van Justitie 12 oktober 2004, AB 2005, 17).

voor het Europees Hof voor de Rechten van de mens geen reden gevormd om af te zien van het toekennen van een behoorlijke schadevergoeding. Wij komen dan ook tot de conclusie dat dit argument geenszins overtuigt tegen provinciale schadeplichtigheid.

4.3. Voorrang boven anderen

Een mogelijke uitkomst van de gerechtelijke procedure kan zijn dat een cliënt voorrang krijgt boven anderen die op de wachtlijst staan. De rechter heeft hierover in een AWBZ procedure geoordeeld, dat aan jeugdigen niet ten onrechte voorrang wordt verleend boven anderen, omdat indien er anderen zijn die in gelijke omstandigheden verkeren ook zij een recht hebben tot het tot gelding maken van hun aanspraak.⁶⁶ Wij sluiten ons bij dit oordeel van de rechter aan, omdat wij van mening zijn dat alle cliënten, inclusief de schrijvende gevallen, de mogelijkheid moeten hebben om een procedure aan te spannen. Zij verkeren in gelijke omstandigheden met anderen die een aanspraak op jeugdzorg hebben. Het is dan ook aan de cliënt om een procedure te starten om de aanspraak op jeugdzorg tot gelding te kunnen brengen. Om dit punt te kunnen ondervangen zou in de jeugdzorg het Persoonsgebonden Budget (PGB) ingevoerd moeten worden. Met dit ‘rugzakje’ kunnen jongeren, zoals in de reguliere zorg al het geval is, eventueel in het buitenland geholpen worden.⁶⁷

5. Conclusie en aanbevelingen

Het is thans meer regel dan uitzondering dat een cliënt een positief indicatiebesluit van Bureau jeugdzorg heeft verkregen, maar niet op korte termijn de noodzakelijke behandeling krijgt. Met name de huidige wachtlijsten zijn hier debet aan. Uit het voorgaande is gebleken dat het aansprakelijkheidsrecht en dan met name de onrechtmatige daadsleer, de cliënt in dit geval een grondslag geeft om zijn aanspraak af te dwingen bij de rechter. Het resultaat van deze actie kan zijn dat een cliënt alsnog geplaatst wordt of voor schadevergoeding in aanmerking komt. De laatste optie is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer door de Staatssecretaris van VWS afgewezen. Wij zijn echter van mening dat deze systeem inconsistentie zeer onwenselijk is. Natuurlijk kent elk voordeel zijn ‘fictieve’ nadeel. Zo kan het hek van de dam zijn als de provincie steeds schadevergoeding moet betalen, omdat een cliënt zijn aanspraak niet tot gelding kan brengen. Een ander nadeel kan zijn dat een cliënt door naar de rechter te stappen voorrang krijgt boven anderen die op de wachtlijst staan. Wij zijn echter van mening, dat de voordelen zwaarder wegen dan de veronderstelde nadelen en dat bijvoorbeeld het schadeplichtig stellen van de provincie juist een positieve stimulans kan

⁶⁶ Pres. Rb. Utrecht 29 oktober 1999, *KG* 2000, 29 en Pres. Rb. Den Haag 6 juni 2000, *KG* 2000, 132.

geven om ervoor te zorgen dat de wachtlijsten weggewerkt worden. Het is derhalve niet alleen mogelijk, maar zelfs noodzakelijk om het civiele aansprakelijkheidsrecht in te zetten als middel om jeugdzorg af te dwingen, zodat jeugdigen zoals V. de voor hen noodzakelijke behandeling krijgen. Hiermee vervult het aansprakelijkheidsrecht twee van haar meest wezenlijke functies namelijk preventie en compensatie.

Op grond van de conclusie en meer in het algemeen doen wij de volgende aanbevelingen.

Het aansprakelijkheidsrecht is een prikkel voor de provincie om de wachtlijsten weg te werken, daarnaast zijn er echter ook andere manieren om prikkels af te geven. Hierbij denken wij bijvoorbeeld aan het belonen van provincies die goed werk verrichten en het korten van provincies die er met de spreekwoordelijke pet naar gooien.

Verder zouden provincies aangezet moeten worden tot samenwerking. Uiteindelijk gaat het erom de beschikbare capaciteit zo efficiënt mogelijk te benutten. De behoefte aan hulp houdt immers niet op bij de provinciegrenzen. Het verdient onzes inziens dan ook aanbeveling om een landelijke databank op te zetten waarin 7 dagen per week, 24 uur per dag real-time te zien is welke capaciteit landelijk beschikbaar is. Voor bepaalde soorten hulp kan ook over de provincie- en landsgrenzen heen gekeken worden.

Voor de provincie is het aanbevelenswaardig om met het oog op eventuele toekomstige vorderingen extra gelden bij het Rijk te reserveren.

Specifiek aan de rechter doen wij de aanbeveling om de bewijslast om te keren in die gevallen waarin de vraag wordt opgeworpen of de schade ook niet zou zijn ontstaan wanneer de zorg wel tijdig was ontvangen.

De procesrechtelijke drempel is over het algemeen hoog. Wij doen dan ook de aanbeveling om deze drempel zoveel mogelijk weg te halen. Onzes inziens dient het indicatiebesluit voor de cliënt en dan met name voor de jeugdige, hét toegangsbewijs voor de rechter te zijn. In het hoorrecht is bijvoorbeeld een briefje van een jeugdige onder de 12 jaar, aan de rechter al genoeg. Zo zou het ook in deze zaken moeten zijn. Daarnaast dient bij een conflict tussen de ouders en de jeugdige, waardoor zij de jeugdige niet vertegenwoordigen, de jeugdige

⁶⁷ M.F.M. van den Berg en P. Vlaardingerbroek, *Jeugdzorg. De Wet op de jeugdzorg toegelicht*, Den Haag: SDU 2005, p. 101.

bijgestaan moeten worden door een speciale jeugdadvocaat (een vergelijkbaar voorstel heeft men in België gedaan⁶⁸).

Een laatste meer algemene aanbeveling betreft de organisatie van het jeugdbeleid op rijksniveau. Verschillende ministeries zijn namelijk verantwoordelijk voor het jeugdbeleid. Hierdoor worden bepaalde zaken soms dubbel gedaan of bestaan er witte vlekken in het beleid. Dit heeft ook zijn weerslag op de provincies. Om het geheel doorzichtiger te maken, doen wij de aanbeveling om de verantwoordelijkheid voor het jeugdbeleid bij één ministerie te leggen: een Ministerie van Jeugdzaken. In verscheidene landen zoals Frankrijk, Rusland en Nieuw Zeeland kent men reeds een soortgelijk ministerie.

Kortom, het aansprakelijkheidsrecht geeft ‘bite’ aan de aanspraak van de jeugdige. De geestelijke ouders van de wettelijke aanspraak op jeugdzorg zullen dan ook eerdaags gaan ontdekken dat hun kindje al behoorlijk scherpe tandjes heeft gekregen.

⁶⁸ Belgische kamer van volksvertegenwoordigers, Wetsontwerp tot instelling van advocaten voor minderjarigen, 2001/02, 01976/001.