

AANSPRAKELIJKHEID EN VACCINATIEWEIGERING

Een reactie op Rosanne Hertzberger

Roland Pierik*

In de discussie over de afnemende vaccinatiegraad stellen sommigen dat de schadeclaim wel eens zou kunnen bijdragen aan de bescherming tegen mazelenuitbraken. In dit artikel onderzoek ik de mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht in deze discussie. Ik concludeer dat deze privaatrechtelijke benadering niet de meest voor de hand liggende is om het volksgezondheidsprobleem van afnemende vaccinatiebereidheid aan te pakken.

In augustus 2018 schreef microbioloog Rosanne Hertzberger in haar *NRC Handelsblad*-column over de Française Marine Eraville die in 2018 op 16-jarige leeftijd aan mazelen overleed.¹ Sinds haar harttransplantatie op tweejarige leeftijd moest Eraville medicijnen nemen om afweerreacties te onderdrukken en daarom kon ze niet gevaccineerd worden. Hertzberger linkt het overlijden van Eraville aan de afnemende vaccinatiegraad in Frankrijk, waardoor ze niet langer door groepsbescherming indirect gevrijwaard was van infectie. Ze vraagt zich af wat er moet gebeuren als ouders de medische consensus dat vaccinaties veilig en effectief zijn, in de wind slaan en 'kwetsbare kinderen als Marine overlijden dankzij die gekte'.

Hertzberger reageert onder andere op een eerder *NRC*-artikel van Marcel Verweij en mij en betoont zich tegenstander van de meer verplichte maatregelen die wij daarin voorstellen.² Ze vraagt zich af of het aansprakelijkheidsrecht niet meer soelaas zou bieden:

'Hoe krikken we de vaccinatiegraad weer op zonder een monstermaatregel als een vaccinatieplicht in te voeren? Ik weet het niet. Het zou interessant zijn om te zien of de ouders van de mazelenpatiënten in de nabijheid van Marine juridisch aansprakelijk kunnen worden gesteld. Misschien oordeelt een rechter dat zij medeplichtig zijn aan haar dood, of kan hen nalatigheid worden verweten. Het zou goed zijn om voor eens en voor altijd duidelijk te maken wat de consequenties zijn als je vaccinaties weigert.'

Het is niet vreemd dat Hertzberger naar het aansprakelijkheidsrecht kijkt. Het succes van advocaat Liesbeth Zegveld in de *Rawagede*-zaak³ en de benadering van de Hoge Raad in de *Urgenda*-zaak⁴ laten zien dat het aansprakelijkheidsrecht onvermoede mogelijkheden biedt om maatschappelijke problemen aan te pakken.

Hertzberger verwoordt een wellicht breder gedeelde intuïtie van reparatoire rechtvaardigheid. Immers, als ouders ervoor kiezen om hun kind niet te vaccineren en daarmee kwetsbare derden schaden, is het terecht dat zijzelf ook de schadevergoeding moeten ophoesten

De discussie die Hertzberger aansnijdt draait voornamelijk om de bescherming van mensen die zichzelf niet via vaccinatie kunnen beschermen tegen ziekten als mazelen (hierna 'kwetsbare mensen' genoemd): kinderen onder de 14 maanden – die te jong zijn voor de eerste BMR-vaccinatie – en personen met een gecompromitteerd immuunsysteem als

* Dr. R.H.M. Pierik is universitair hoofddocent rechtsfilosofie aan het Paul Scholten Centrum voor Metajuridica van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam. Dit artikel komt voort uit een gezamenlijk Engelstalig boekproject met Marcel Verweij. Een aantal van de argumenten die hier gepresenteerd worden, zijn in deze samenwerking ontwikkeld. Met dank aan Ivo Giesen, Edgar du Perron, René Hebly, en Eric Tjong Tjin Tai voor commentaar en aanvullingen op argumenten uit de paper.

- 1 R. Hertzberger, 'Vaccineren: Ja. Verplichten: Nee', *NRC Handelsblad*, 4 augustus 2018.
- 2 M. Verweij & R. Pierik, 'Verplicht vaccineren: de tijd van vrijblijvendheid is voorbij', *NRC Handelsblad*, 26 juni 2018.
- 3 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793. Voor een analyse zie: W. Veraart, 'Uitzondering of precedent? De historische dubbelzinnigheid van de Rawagede-uitspraak', *Ars Aequi* 2012, afl. 4, p. 251-259 (AA20120251).
- 4 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006. Voor een analyse zie: T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor kliemaatschade: een driekoppige draak', *NTBR* 2018, afl. 2.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

Marine Eraville. Naarmate de vaccinatiegraad in een gemeenschap lager wordt, wordt de kans groter dat deze kwetsbare mensen iemand met mazelen onder de leden tegenkomen en besmet raken, met alle gezondheidsrisico's van dien.⁵

In haar column verwoordt Hertzberger een wellicht breder gedeelde intuïtie van reparatoire rechtvaardigheid. Immers, als ouders ervoor kiezen om hun kind niet te vaccineren en daarmee kwetsbare derden schaden, is het terecht dat zijzelf ook de schadevergoeding moeten ophoesten – *wie niet horen wil moet maar voelen*. Een tweede intuïtie in de column lijkt te zijn dat de maatregel helpt om de vaccinatiegraad te verhogen: ouders laten het wel uit hun hoofd om van vaccinatie af te zien als via de kans op schadevergoeding duidelijk wordt wat de gevolgen van het niet-vaccineren kunnen zijn. Voorstanders verwachten dat op deze manier het gedrag van ouders positief kan worden beïnvloed, zonder terug te hoeven vallen op strafrechtelijke sancties of dwingende bestuursrechtelijke regelgeving.

In dit artikel wil ik Hertzbergers intuïties juridisch onderzoeken. In het eerste deel (paragrafen 1-4) zal ik de vraag beantwoorden of bewust niet-vaccinerende ouders via het aansprakelijkheidsrecht verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de schade als hun ongevaccineerde kind een ander kwetsbaar persoon besmet. In het tweede deel (paragrafen 5-6) zal ik laten zien dat het aansprakelijkheidsrecht minder geschikt is in deze context en dat er betere manieren zijn om kwetsbare medeburgers als Marine Eraville en jonge kinderen in het kinderdagverblijf te beschermen.

1 Artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek

Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht draait primair om het handelen van degene die door zijn optreden schade heeft veroorzaakt. Indien iemand een gevaarlijke situatie creëert voor een ander persoon zonder dat hiervoor voorzorgsmaatregelen zijn getroffen, kan dit een onrechtmatige daad opleveren. Voor een privaatrechtelijke schadevergoeding zijn in ieder geval twee dingen nodig: niet-vaccineren moet als onrechtmatig handelen worden gekwalificeerd en er moet ten tweede aannemelijk worden gemaakt dat de schade het gevolg is van deze besmetting.. In dit artikel richt ik mij alleen op de eerste stap: onder welke omstandigheden kan niet-deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma als onrechtmatig handelen worden gekwalificeerd?

Indien er in Nederland een wettelijke vaccinatieplicht zou bestaan, zoals bijvoorbeeld de verplichte poliovaccinatie in België, zou het eenvoudig zijn om de onrechtmatigheid van niet-vaccineren vast te stellen, omdat een wettelijke plicht is geschonden. Deze vaccinatieplicht komt dan wel niet voort uit het civiel recht, maar uit het straf- of bestuursrecht, maar het niet voldoen aan zo'n plicht levert een onrechtmatige daad op indien de norm strekt tot de bescherming tegen de schade zoals de civielrechtelijke gedupeerde die heeft geleden (relativiteitseis – art. 6:163 BW).

In de Nederlandse context bestaat zo'n vaccinatieplicht (nog) niet en moeten we daarom terugvallen op het derde criterium van artikel 6:162 BW: een doen of nalaten 'in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' –

⁵ Omwille van de argumentatie zal ik me in dit artikel alleen richten op mazelen en niet op andere ziekten die via het Rijksvaccinatieprogramma worden bestreden. Het BMR-vaccinatieprogramma biedt de beste bescherming als het rond de 14e maand wordt toegediend. Na de eerste BMR-vaccinatie is het kind levenslang met 95% zekerheid tegen mazelen beschermd; na de tweede vaccinatie bij 9 jaar is dit 99%.

de eisen van algemene zorgvuldigheid. Gegeven de hierboven beschreven relativiteitseis moet dus aan twee voorwaarden worden voldaan om onrechtmatigheid aan te tonen: (1) er moet worden vastgesteld dat er een ongeschreven norm geschonden is en (2) dat het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt het gevaar is dat die norm beoogt te voorkomen.

Van zorgvuldige ouders mag verwacht worden dat ze vaccineren, en, indien ze dat niet doen, ze de consequentie aanvaarden dat zij het mogelijke risico op besmetting van derden op een andere manier moeten afdekken. Een niet-vaccinerende ouder heeft dus een bijzondere zorg- en informatieplicht jegens derden

2 Welke ongeschreven norm wordt door niet-vaccineren geschonden?

Jaap Spier stelt dat volgens het maatschappelijk verkeer geldt dat 'iedereen die zorg moet betrachten die van een zorgvuldig mens verwacht mag worden tegenover een ander persoon of goed'.⁶ In eerste instantie zou je kunnen zeggen dat niet-vaccinerende ouders de ongeschreven norm schenden van 'meewerken aan een op zich onverplicht maar belangrijk preventief programma'. Maar dit lijkt een te sterke claim. De Nederlandse wetgever heeft er expliciet voor gekozen om vaccinatie op geen enkele manier verplicht te maken. Het zou vreemd zijn om het simpele feit dat men niet deelneemt aan het vrijwillige Rijksvaccinatieprogramma als ongeschreven regel ten grondslag van een onrechtmatige daad te accepteren. Maar je kunt wel zeggen dat degene die van het vaccineren van zijn of haar kind afziet, zich als ouder bewust moet zijn van het feit dat deze keuze de kans vergroot dat het kind een ziekte oploopt en vervolgens een kwetsbaar persoon kan besmetten. Ouders van wie de kinderen regulier aan het Rijksvaccinatieprogramma deelnemen, hebben in redelijkheid gedaan wat verwacht mag worden om het risico op besmetting van andere kinderen te voorkomen. Aansprakelijkheidsrechtelijk ben je gedekt en je hoeft in principe geen aanvullende actie meer te ondernemen. Voor niet-vaccinerende ouders is dit anders. Zij hebben besloten af te zien van wat hen nadrukkelijk wel werd aangeraden. Al snel na de geboorte van het kind krijgen ze uitnodigingen van het RIVM om deel te nemen aan het Rijksvaccinatieprogramma en vaccinaties zijn ingebed in de procedures van het consultatiebureau. Niet vaccineren is geen eenmalige impulskeuze, maar een bewust nalaten tegen een langer geuite nadrukkelijke verwachting in.

Door af te zien van vaccinatie moeten deze ouders alert blijven op het risico dat hun kind mazelen oploopt en daarmee een besmettelijkheidsrisico voor anderen wordt.⁷ Van zorgvuldige ouders mag

verwacht worden dat ze vaccineren, en, indien ze dat niet doen, ze de consequentie aanvaarden dat zij het mogelijke risico op besmetting van derden op een andere manier moeten afdekken. Een niet-vaccinerende ouder heeft dus een bijzondere zorg- en informatieplicht jegens derden. Deze zorgplicht geldt met name als het ongevaccineerde kind naar het kinderdagverblijf of de buitenschoolse opvang gaat, omdat het zich daar structureel in een omgeving bevindt waar ook veel nog niet gevaccineerde kinderen verblijven.⁸ Ik zal me daarom vooral op dit voorbeeld richten.

Neem het volgende voorbeeld: ouders en ongevaccineerd kind zijn samen op vakantie geweest in een gebied waar tijdens de reis een uitbraak van mazelen ontstond (zeg Samoa, december 2019). De berichtgeving over die uitbraak heeft zowel in het land zelf als in Nederland de media gedomineerd. Die ouders hebben twee dagen na terugkomst het kind gewoon weer naar de kinderopvang gebracht, wetende dat het daar ruimtes zal delen met nog niet gevaccineerde baby's van jonger dan 14 maanden. Achteraf blijkt dat het kind in Samoa besmet is geraakt, terwijl de symptomen van mazelen pas een week na thuiskomst zichtbaar werden. Dit is, mijns inziens, een voorbeeld van handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, oftewel onrechtmatig handelen.

In meer abstracte termen kunnen we deze onrechtmatige handeling in een aantal samenhangende elementen ontrafelen:

- 1 Ouders hebben afgezien van deelname aan het onverplichte preventieve vaccinatieprogramma dat wel nadrukkelijk was aangeboden;
- 2 het ongevaccineerde kind is in een situatie geweest waarin het risico op besmetting met mazelen reëel is en ouders zijn zich bewust, of zouden zich bewust moeten zijn, van dit risico;
- 3 desondanks hebben de ouders het kind binnen de incubatieperiode van maximaal 14 dagen naar de kinderopvang gebracht, waardoor de nog onbeschermden kinderen een groot risico liepen met de ziekte besmet te worden.⁹

Dit impliceert dat niet-vaccinerende ouders de plicht hebben om redelijke voorzorgsmaatregelen te nemen om het risico te verminderen dat hun kind de ziekte oploopt en kan doorgeven aan anderen. Op basis van het voorgaande zou je de ongeschreven norm als volgt kunnen formuleren:

- 1 Van ouders wordt verwacht dat ze meewerken aan een onverplicht maar belangrijk preventief Rijksvaccinatieprogramma;
- 2 indien ze niet aan het Rijksvaccinatieprogramma deelnemen, hebben ze een bijzondere zorg- of waarschuwingplicht jegens derden.

3 Welk gevaar beoogt de ongeschreven norm te voorkomen?

Het gevaar dat voorkomen beoogd te worden is dat een kwetsbaar persoon door een bewust ongevaccineerd kind met mazelen wordt besmet.¹⁰ Dit gevaar moeten we in twee stappen uiteenrafelen: (1) het risico dat een bewust ongevaccineerd kind zelf

6 J. Spier et al., *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012), p. 43.

7 In dit artikel richt ik me alleen op mazelen en niet op andere ziekten waartegen wordt beschermd via het Rijksvaccinatieprogramma omdat deze ziekten niet over één kam kunnen worden geschoren. Ziekten verschillen aanzienlijk in de mate waarin ze voorkomen, de mate van besmettelijkheid, en het gevaar dat ze vormen voor de geïnfecteerden. Vaccins verschillen in de mate waarin ze tegen ziekten beschermen en de periode dat ze bescherming bieden. Ik richt me op mazelen omdat deze ziekte de publieke discussie domineert en omdat Hertzberger zich ook hierop richt. Daarnaast is mazelen een 'zuiver' voorbeeld: het is een ernstige en buitengewoon besmettelijke ziekte, met uitbraken die vaak genoeg voorkomen om een serieuze bedreiging voor de volksgezondheid te vormen. Bovendien is in de loop van de tijd een vaccin ontwikkeld dat heel effectief tegen de ziekte beschermt en erg veilig is.

8 Kinderen gaan gemiddeld tussen de 11e en 13e week voor het eerst naar het kinderdagverblijf en blijven daar gewoonlijk tot hun 48e maand. Uitgaande van een gelijke leeftijdsopbouw in verticale groepen, waarin alle leeftijden bij elkaar zitten, is deze groep van 4 tot 14 maanden bijna een kwart van de populatie in kinderdagverblijven.

9 De incubatieperiode is de periode tussen de besmetting en de eerste klinische symptomen van de ziekte; bij mazelen is deze tussen 7 en 14 dagen. Het is al wel besmettelijk voor anderen voordat de symptomen zich voordoen.

10 Wat nu als er twee oudere bewust-ongevaccineerde kinderen naar Samoa op vakantie zijn geweest en gelijktijdig met mazelen onder de leden terug in de kinderopvang komen? De ouders van beide kinderen hebben aansprakelijksschepend gedrag vertoond door hun kind naar de opvang te brengen. Echter, kwetsbare kinderen kunnen maar door één van de twee besmet zijn, maar het is onmogelijk uit te maken welke van de twee. Hier geldt art. 6:99 BW, dat stelt dat als de schade een

besmet wordt en (2) het risico dat het besmette kind vervolgens een kwetsbaar persoon in de kinderopvang besmet.

Om met het tweede risico te beginnen: als een bewust ongevaccineerd kind op de een of andere manier besmet wordt en met de mazelen onder de leden op de kinderopvang komt, is de kans extreem groot dat het daar een groot deel, zo niet alle nog niet gevaccineerde kinderen tot 14 maanden oud besmet.¹¹ Mazelen is een extreem besmettelijke ziekte, waarbij het pathogeen na niezen in een ruimte nog uren besmettelijk kan blijven. Daarnaast is de ziekte al een paar dagen besmettelijk voordat de eerste klinische symptomen merkbaar worden.¹² Het is irrelevant hoe hoog de vaccinatiegraad op een bepaald kinderdagverblijf is; het argument dat de hoge vaccinatiegraad tegen besmetting beschermt werkt alleen binnen grotere homogene regio's.¹³ De artsen Kloosterman en Hofstra bevestigen dit in een artikel in *Medisch Contact*:

'Daarom is het belangrijk dat de kans dat een ziek kind op de crèche komt, zo klein mogelijk is. Een hoge vaccinatiegraad op de crèche helpt daar niet bij, maar wél een zo hoog mogelijke vaccinatiegraad in de regio.'¹⁴

En daarmee komen we bij het eerste risico: een bewust ongevaccineerd kind wordt zelf besmet en wordt daarmee een risico voor kwetsbaren. Dit risico wordt dus bepaald door de groepsbescherming in de geografische regio waar dit kind gewoonlijk verkeert. Dat risico is lang onzichtbaar klein geweest doordat de groepsbescherming in Nederland en typische Nederlandse reis- en vakantiebestemmingen lang robuust hoog waren. Dit is de reden waarom het risico van ziekten als mazelen tot zo'n vijf jaar geleden nauwelijks op ons netvlies stond.¹⁵ Zolang de indirecte bescherming binnen een bepaalde regio robuust is, is het risico dat uitgaat van ongevaccineerde kinderen voor kwetsbaren nihil. Als er een klein risico is met mogelijk grote gevolgen is er slechts een matige zorg- en informatieplicht. Deze kan bijvoorbeeld impliceren dat ouders bij de aanmelding bij het kinderdagverblijf moeten aangeven dat het kind niet of maar gedeeltelijk aan het Rijksvaccinatieprogramma deelneemt, opdat bij een toekomstige uitbraak duidelijk is wat de vaccinatiestatus van de verschillende kinderen is.

Maar in de situatie van robuuste groepsbescherming kan het brengen van een ongevaccineerd kind naar een kinderdagverblijf niet worden beschouwd als onrechtmatig gedrag. Zelfs als onverhoopt eens de ziekte wordt opgelopen en een kwetsbaar kind in de kinderopvang wordt besmet. Immers: een voorval met een absoluut zeer kleine kans is dus niet te voorzien en kan daarmee niet onrechtmatig zijn.

Echter, die indirecte bescherming van het ongevaccineerde kind kan om verschillende redenen wegvallen, waardoor de zorgplicht weer betekenis krijgt. Een duidelijk identificeerbare reden is net al genoemd: zodra men gaat reizen naar gebieden waar de kans op een mazelenbesmetting reëel is, is het evident dat de zorgplicht meteen concrete inhoud krijgt en actie van de ouder veronderstelt.¹⁶ Aansprakelijkheid kan worden voorkomen indien van de reis wordt afgezien, het kind voor de reis alsnog gevaccineerd wordt, of indien na de reis voldoende voorzorgsmaatregelen worden genomen – bijvoor-

beeld door het kind gedurende de incubatieperiode thuis te houden en fysiek contact met de kinderopvang te mijden.

4 De inhoud van de zorgplicht bij een afnemende vaccinatiegraad

De meest relevante maar moeilijker te beantwoorden vraag is wat de zorg- en informatieplicht impliceert in de situatie van de afnemende vaccinatiegraad in Nederland, waardoor ook hier plekken kunnen ontstaan waar de groepsimmunitet niet meer is gegarandeerd. Gemiddeld is de vaccinatiegraad in Nederland nog redelijk, maar er zijn gebieden, met name in de Biblebelt, waar deze risicovol laag is: in de gemeente Neder-Betuwe 51,3 procent.

De meest relevante maar moeilijk te beantwoorden vraag is wat de zorg- en informatieplicht impliceert in de situatie van de afnemende vaccinatiegraad in Nederland, waardoor ook hier plekken kunnen ontstaan waar de groepsimmunitet niet meer is gegarandeerd

In het theoretische geval dat de vaccinatiegraad blijft dalen, zal er een omslagpunt komen waarna de zorgplicht impliceert dat een niet-gevaccineerd kind of gevaccineerd moet worden, of niet meer naar het kinderdagverblijf kan. En mocht zo'n ongevaccineerd kind desondanks blijven gaan en onverhoopt een kwetsbaar kind in de kinderopvang besmetten, dan verwacht ik dat een rechter op een gegeven moment onrechtmatig gedrag zal vaststellen.

Het probleem is hierbij dat het heel moeilijk is voor een individuele ouder om dit omslagpunt voor zijn of haar omgeving vast te stellen, waarna de zorgplicht zou vereisen dat het kind niet langer naar de kinderopvang kan. De Tweede Kamer heeft onlangs het RIVM gevraagd vast te stellen wat voor de Nederlandse samenleving de kritische ondergrens van de vaccinatiegraad is, waaronder de volksgezondheid in gevaar komt.¹⁷ Het antwoord was dat bij een vaccinatiegraad van 95% of hoger in een goed gemengde populatie grootschalige epidemieën niet meer kunnen optreden. Naarmate de vaccinatiegraad verder onder die 95% daalt wordt de kans op uitbraken groter, maar dit hangt van zoveel factoren af dat hier wetenschappelijk geen duidelijk omslagpunt kan worden aangegeven. Als het RIVM hier al geen antwoord op kan geven, kunnen we van ouders al helemaal niet verwachten dat zij hun zorgplicht in deze context op een goede manier invullen.

In het geval dat de vaccinatiegraad te ver gedaald is waardoor veel besmettingen ontstaan, biedt de schadevoorkomingsclaim (art. 3:296 BW) ouders van kwetsbare kinderen of kinderdagverblijven de mogelijkheid een rechterlijk bevel te vorderen dat erop gericht is de dreiging van het onrechtmatige gedrag af te wenden.¹⁸ Deze bepaling biedt de civiele rechter de

gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en als vaststaat dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is. Er hoeft dan niet te worden aangetoond door welk kind het slachtoffer besmet is geraakt, elk van de ouders kan hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden voor de volledige schade.

11 Zie noot 8.

12 <https://rijksvaccinatieprogramma.nl/infectieziekten/mazelen>.

13 RIVM, 'Een ondergrens voor de vaccinatiegraad in Nederland', 2019, p. 3 (te vinden op www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/10/11/een-ondergrens-voor-de-vaccinatiegraad-in-nederland).

14 T. Kloosterman & E. Hofstra, 'Vaccinatiegraad crèche zegt niks over besmettingsrisico', *Medisch Contact* 2017, afl. 15, p. 22.

15 Met uitzonderingen van incidentele uitbraken in de Biblebelt.

16 Bij dit soort reizen waar het risico op besmetting aanzienlijk is, geldt deze zorgplicht wellicht voor ouders van alle ongevaccineerde kinderen, ook die van jonger dan 14 maanden.

17 RIVM 2019.

18 A. Kolder, 'Het aansprakelijkheidsrecht van morgen', *AV&S* 2017, afl. 6, p. 194.

mogelijkheid om in te grijpen en via het aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld ouders te gebieden om ongevacineerde kinderen structureel van de kinderopvang te halen om het risico op besmetting in het kinderdagverblijf te minimaliseren. Immers, in deze situatie weet je nooit wanneer het kind anderen kan besmetten.

5 De grenzen van het aansprakelijkheidsrecht

Hertzberger noemt de vaccinatieplicht een 'monstermaatregel' en kiest voor het aansprakelijkheidsrecht omdat 'het goed [zou] zijn om voor eens en voor altijd duidelijk te maken wat de consequenties zijn als je vaccinaties weigert'. Maar de vraag is of het aansprakelijkheidsrecht wel het meest geschikte middel, of überhaupt een geschikt middel is om het risico van de afnemende vaccinatiegraad voor kwetsbare burgers tegen te gaan. Een zorgplicht zoals ik hierboven geconstrueerd heb, is wellicht behulpzaam om de onrechtmatigheid bij concrete keuzen, zoals een risicovolle reis, aan te tonen. Echter, voor een oplossing van het probleem van de afnemende vaccinatiebereidheid biedt het weinig aanknopingspunten. Het is onduidelijk wanneer het omslagpunt is ingetreden waarop de zorgplicht impliceert dat actie moet worden ondernomen. Maar er zijn meer problemen. Het is überhaupt de vraag of via het aansprakelijkheidsrecht de vaccinatiegraad verhoogd kan worden omdat dreiging van een mogelijke schadeclaim maar een beperkte afschrikkende werking heeft op ouders die voor hun vaccinatiekeuze staan. Als ze al niet worden afschrikt door de mogelijke gezondheidsrisico's voor hun *eigen* kind, waarom zouden ze dan wel gaan vaccineren om de kans op een mogelijk toekomstige schadeclaim te voorkomen?¹⁹

De vraag is of het aansprakelijkheidsrecht wel het meest geschikte middel, of überhaupt een geschikt middel is om het risico van de afnemende vaccinatiegraad voor kwetsbare burgers tegen te gaan

Hertzbergers voorkeur voor de schadevergoeding onderkent onvoldoende dat een privaatrechtelijke benadering onvoldoende geëquipeerd is om het probleem van afnemende vaccinatiegraad aan te pakken. Dit is primair een volksgezondheidsprobleem en het is niet voor niets dat de bestrijding van besmettelijke ziekten kamerbreed wordt beschouwd als een klassieke overheidstaak. Als de vaccinatiegraad te ver daalt en de kans op uitbraken imminent is, kan de overheid niet aan de kant blijven staan en de verantwoordelijkheid voor het bestrijden van besmettelijke ziekten via civielrechtelijke schadeclaims bij de individuele burger neerleggen. Met name bij uiterst besmettelijke ziekten als mazelen, die explosief kunnen uitbreken, moet de overheid haar verantwoordelijkheid nemen en normstellend optreden.²⁰ Staatssecretaris Blokhuis heeft deze handschoen al expliciet opgepakt:

'Ik acht verstrekkende maatregelen met een meer verplichtend karakter, waaronder als uiterste maatregel een vaccinatieplicht, disproportioneel bij de huidige vaccinatiegraad. [...] Mocht de daling van de vaccinatiegraad echter aanhouden, en daarmee de volksgezondheid in gevaar brengen, dan zal ik meer verplichtende maatregelen in overweging moeten nemen.'²¹

De oplossing van dit probleem vraagt om een actieve en normstellende overheid, iets waar Hertzberger weinig mee lijkt te hebben. Ze schrijft:

'De roep om een vaccinatieplicht klinkt steeds luider. In een betoog in deze krant benadrukken twee filosofen het belangrijkste argument voor zo'n plicht: het werkt. Als mensen zich niet rationeel gedragen, dan douw je ze de vaccinaties maar door de strot. Je zet ze klemvast tegen de muur van het consultatiebureau en jast de voorgeschreven naalden in benen en armen. Wie het er niet mee eens is wijs je nog maar eens op de cijfers. In Italië strribelen ze nog wel wat tegen, daar wordt al een tijd gedemonstreerd, maar wie geeft daarom als blijkt dat de vaccinatiegraad daar nu eindelijk stijgt. Succes!'

Maar hier verliest Hertzberger zich wel erg in de hyperbolische overdrijving die de columnvorm soms kenmerkt. Ze heeft gelijk dat Marcel Verweij en ik – de twee filosofen in het bovenstaande citaat – meer verplichtende maatregelen voorstellen, alleen niet in de vorm zoals zij die beschrijft.²²

Ons voorstel is om nu al een wettelijke basis te leggen voor een indirecte vaccinatieplicht via de kinderopvang, die echter pas van kracht wordt als de vaccinatiegraad beneden een politiek bepaalde ondergrens komt

In de context van een dalende vaccinatiebereidheid pleiten wij voor een tweesporenbeleid. Enerzijds stellen we dat vrijwillige maatregelen die de vaccinatiebereidheid kunnen vergroten optimaal benut moeten worden, en we verwachten dat hier nog winst te behalen valt. Zolang de afnemende vaccinatiegraad nog geen volksgezondheidsprobleem oplevert, moet de overheid primair inzetten op de bevordering van de vrijwillige vaccinatiebereidheid, en praktische obstakels die welwillende ouders ondervinden om te vaccineren zoveel mogelijk weghalen.

Anderzijds zou de overheid nu al beleid moeten formuleren om voorbereid te zijn als de vaccinatiegraad verder blijft zakken en een risico voor de volksgezondheid gaat vormen. Ons voorstel is om nu al een wettelijke basis te leggen voor een indirecte vaccinatieplicht via de kinderopvang, die echter pas van kracht wordt als de vaccinatiegraad beneden een politiek bepaalde ondergrens komt. Op dat moment dient de overheid deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma als toegangsvoorwaarde te stellen voor ieder kind op iedere kinderopvang.²³ De term indirecte vaccinatieplicht impliceert dat de keuzevrijheid van ouders wordt belemmerd doordat hun bepaalde opties worden ontnomen. De overheid sluit de toe-

19 R. Pierik, *Waarom het aansprakelijkheidsrecht geen effectief middel is om kinderen tegen mazelen te beschermen*, Universiteit van Amsterdam 2020; N. Karako-Eyal, 'Increasing Vaccination Rates through Tort Law: Theoretical and Empirical Insights', *UMKC Law Review* 2017, afl. 1. B. Van Rooij & M. Brownlee, 'Does Tort Deter? Inconclusive Empirical Evidence About the Effect of Liability in Preventing Harmful Behavior', in: B. Van Rooij & D. Sokol (red.), *Cambridge Handbook on Compliance*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, forthcoming.

20 Vergelijk het rapport van de Evaluatiecommissie Q-koorts, *Van verwerping tot verheffing (rapport-Van Dijk)*, 2010, p. 45. I. Haazen, 'Q-koorts in Nederland: wie is aansprakelijk voor de gezondheidschade?', *NTBR* 2011, afl. 8, p. 5.

21 Brief van de regering, 'Verder met vaccineren', *Kamerstukken II* 2018/19, 32793, nr. 338, p. 8.

22 Dit voorstel hebben we voor het eerst gepresenteerd in de Tweede Kamer tijdens een hoorzitting van de vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport (21 januari 2019) en bij een hoorzitting voor de Commissie kinderopvang en vaccinatie (22 maart 2019). De aanbevelingen van de Commissie kinderopvang en vaccinatie (zoals gepresenteerd in het rapport *Prikken voor elkaar. Kinderopvang en vaccinatie: een zorg van overheid en maatschappij*) komen op centrale punten sterk overeen met de benadering zoals wij die voorstellen. Voor verdere uitwerking zie R. Pierik, 'Past een vaccinatieplicht binnen het EVRM-regime?', *TvGR* 2019, afl. 4.

23 Dit voorstel verschilt aanzienlijk van het initiatiefvoorstel-Van Meenen (oorspronkelijk in de Tweede Kamer ingediend door Raemakers) dat de keuze aan het kinderdagverblijf wil laten of ongevacineerden worden geweigerd, zie: www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/35049_initiatiefvoorstel_van. Voor kritische analyses van dit voorstel zie: R. Pierik & M. Verweij, 'Vaccinatie op de kinderopvang. Een wetsvoorstel dat tekort schiet, en een alternatief', *NJB* 2019/1199 en J. Evers, R. Pierik & M. Verweij, 'De registratie van vaccinatiegegevens in de kin-

gang tot de kinderopvang af voor ouders die ervoor kiezen hun kinderen niet te vaccineren om niet-medische redenen. Dit grijpt echter minder ver in op de vrijheid van ouders dan een formele vaccinatieplicht, omdat ouders niet wettelijk verplicht worden om te vaccineren, en ook niet juridisch vervolgd worden als de norm wordt overtreden.

Deze maatregel van indirecte vaccinatieplicht gebruikt de ontzegging van de toegang tot de kinderopvang als 'hefboom', om te voorkomen dat de vaccinatiegraad in de samenleving als geheel te laag wordt om nog langer kwetsbare mensen tegen uitbraken van mazelen te kunnen beschermen.

De maatregel van indirecte vaccinatieplicht gebruikt de ontzegging van de toegang tot de kinderopvang als 'hefboom', om te voorkomen dat de vaccinatiegraad in de samenleving als geheel te laag wordt

deropvang binnen het regime van de Algemene verordening gegevensbescherming', *Privacy & Informatie* 2019/136, afl. 4.

24 Voor een uitputtend overzicht van deze mogelijkheden, zie het rapport *Maatregelen om de vaccinatiegraad in Nederland te verhogen: Een verkenning*, Nivel/Amsterdam UMC 2019.

25 In Californië heeft de invoering van een vaccinatieplicht gezorgd voor een stijging van 4,6 procentpunt van een vaccinatiegraad van 90,2% in het schooljaar 2014-2015 naar 94,8% in het schooljaar 2018-2019 (California Department of Public Health, Immunization Branch, *2018-2019 Kindergarten Immunization Assessment – Executive Summary*), <http://eziz.org/assets/docs/shotsforschool/2018-19CAKindergartenSummaryReport.pdf>. In Frankrijk en zelfs in Italië, waar het antivaccinatiesentiment nadrukkelijk door populistische politieke partijen is omarmd, heeft de invoering van meer verplichtende maatregelen ook gezorgd voor een aanzienlijke stijging van de vaccinatiegraad. F. D'Ancona et al., 'The Law on Compulsory Vaccination in Italy: An Update by 2 Years after the Introduction', *Eurosurveillance* 2019, afl. 26, p. 31-34; D. Lévy-Bruhl et al., 'Assessment of the Impact of the Extension of Vaccination Mandates on Vaccine Coverage after 1 Year, France', *Eurosurveillance* 2019, afl. 26, p. 6-9.

6 'Monstermaatregel' of proportionele wetgeving?

Juist om kwalificaties als 'monstermaatregel' te voorkomen hebben we in ons voorstel nadrukkelijk geprobeerd niet onnodig disproportioneel in te grijpen in de vrijheid van ouders. Het tweesporenelement draagt hieraan bij. Zolang de vaccinatiegraad nog geen volksgezondheidsprobleem oplevert, moet de overheid primair inzetten op de bevordering van de vrijwillige vaccinatiebereidheid en praktische obstakels die welwillende ouders ondervinden om te vaccineren zoveel mogelijk weghalen. Men kan hierbij aan heel concrete zaken denken, bijvoorbeeld door het aanbod van het programma – tijd, plaats – veel nadrukkelijker af te stemmen op de behoefte van ouders, of de mogelijkheid om gemiste vaccinaties makkelijker op een later tijdstip in te halen.²⁴ Pas op het moment dat bescherming van rechten en vrijheden van anderen in gevaar komt, is er ruimte voor een indirecte vaccinatieplicht.

Een tweede element dat het proportionele karakter van deze regeling kenmerkt, is dat principiële weigeraars nog steeds ruimte hebben om af te zien van vaccinatie. Deze ouders kunnen dan weliswaar geen gebruik maken van de kinderopvang, maar worden ook niet strafrechtelijk voor hun keuze vervolgd, en hun kinderen wordt de toegang tot onderwijs niet ontzegd. Het is ook niet noodzakelijk dat alle ouders gaan vaccineren: voor groepsimmuniteit volstaat een vaccinatiegraad van 95 procent.

Te verwachten valt dat deze maatregel vooral ouders zonder principiële bezwaren – die desondanks hun kinderen nog niet gevaccineerd hebben – over de streep zal trekken. Twijfelende ouders kunnen – dankzij het uitblijven van praktische of juridische gevolgen – blijven twijfelen, volharden in besluiteloosheid, en een definitieve beslissing in feite voor zich uit blijven schuiven. Zodra hun ongevaccineerde kind niet meer wordt toegelaten op de kinderopvang,

worden ze voor het blok gezet en worden ze met de gevolgen van hun vooruitgeschoven twijfels geconfronteerd. Velen van hen zullen dan alsnog voor vaccinatie kiezen indien ze van de kinderopvang gebruik willen maken.

En in weerwil van Hertzbergers weersin ertegen, benadruk ik toch nog hoe effectief deze maatregelen zijn om de vaccinatiegraad te verhogen. Vergelijkbare wetgeving in bijvoorbeeld Californië, Italië en Frankrijk hebben al snel tot een aanmerkelijke verhoging van de vaccinatiegraad geleid, vaak genoeg om het *tipping point* van de groepsbescherming te bereiken.²⁵ Deze maatregelen leidden aanvankelijk wel tot veel oproer van *anti-vaxxers* , maar kregen al snel politieke en maatschappelijke steun. In Californië hebben tegenstanders al verschillende keren geprobeerd om de aangescherpte wetgeving via een referendum ongedaan te maken. Maar keer op keer verkregen ze bij lange na niet het vereiste aantal handtekeningen om zelfs het relatief lage quorum te halen om het referendum überhaupt in gang te zetten.

Ten slotte stelt Hertzberger dat ze tegen dit soort maatregelen is omdat ze 'de lichamelijke integriteit nogal belangrijk vindt'. Artikel 11 van de Grondwet en artikel 8 EVRM die het recht op onaantastbaarheid van het lichaam beschermen, zijn natuurlijk ook belangrijke grondrechten. Het is echter onduidelijk hoe dit recht door deze indirecte vaccinatieplicht kan worden geschonden. In de EHRM-jurisprudentie draait het om een concrete medische handeling, hoe miniem ook, om van een schending van het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam te kunnen spreken. Maar bij de uitsluiting van kinderopvang dreigt de overheid op geen enkel moment een kind te vaccineren, laat staan om dat tegen de wil van de ouders te doen.

7 Conclusie

Het staat buiten kijf dat alle partijen in dit debat het liefst willen dat groepsbescherming robuust gegarandeerd wordt via vrijwillige vaccinatie en idealiter wordt een vaccinatieplicht in welke vorm dan ook vermeden. Maar Hertzbergers vertrouwen op de afschrikwekkende kracht van de civielrechtelijke schadeclaim die zonder overheidsdwang ouders toch tot vaccineren zou aanzetten, is misplaatst omdat deze in het Nederlandse rechtstelsel nauwelijks impact heeft. Immers, een zorgplicht zoals ik in dit artikel geformuleerd heb, is wellicht behulpzaam om de onrechtmatigheid bij concrete keuzen, zoals een risicovolle reis, aan te tonen. Echter, voor een oplossing van het probleem van de afnemende vaccinatiebereidheid biedt het weinig aanknopingspunten. Ook is het überhaupt de vraag of schadeclaims via het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk wel een afschrikwekkende werking hebben op de keuze van ouders die overwegen om niet te vaccineren. In dit artikel heb ik betoogd dat Hertzbergers optimisme over de effectiviteit van de aansprakelijkheidsrechtelijke schadeclaim onterecht is, en dat het alternatief van meer dwingend vaccinatiebeleid niet noodzakelijk een monstermaatregel hoeft te zijn. Integendeel, het is een juridisch gezien proportionele én effectieve maatregel om kwetsbare medeburgers tegen mazelen te beschermen, zodra de vaccinatiegraad onder het voor groepsbescherming vereiste minimumpercentage daalt.