

Non-vaccinatie. Een eerste verkenning van mogelijk aansprakelijke partijen

AV&S 2020/5

De schommelende vaccinatiegraad heeft het verhitte publieke debat omtrent non-vaccinatie verder aangezwengeld. Dit vormt de aanleiding om te beschouwen wat de aansprakelijkheidsrechtelijke consequenties zijn van het niet vaccineren van kinderen. In dit artikel wordt voornoemd probleem gesignaleerd en worden mogelijk aansprakelijke partijen voor gezondheidsschade ontstaan door non-vaccinatie op macro-, meso- en microniveau geïnventariseerd.²

1. Inleiding

De afgelopen jaren is een zorgwekkende daling in de vaccinatiegraad zichtbaar. Ondanks de (inmiddels) stabiliserende vaccinatiegraad wordt het aansprakelijkheidsvraagstuk niet minder relevant omdat de vaccinatiegraad ten opzichte van voorgaande jaren nog steeds als (te) laag kan worden aangeduid.³ Een ongevaccineerd kind blijft immers bevattelijk voor infectieziekten, hetgeen resulteert in diverse partijen die met de gevolgen worden geconfronteerd. Door middel van het vaccineren van de mens kan een samenleving adequaat worden beschermd tegen infectieziekten. Om een populatie voldoende te beschermen tegen infectieziekten is groepsimmunité vereist. In Nederland kunnen ouders kiezen of zij hun kinderen laten deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, dat wordt aangeboden door de Nederlandse overheid.⁴ Als ouders niet kiezen voor deelname aan het programma komt de groepsimmunité in gevaar, zelfs als het om een relatief klein percentage gaat.

De geconstateerde daling in de vaccinatiegraad is aan verschillende factoren te wijten. Door digitalisering is een nieuwe mogelijkheid ontstaan om gezondheidsinformatie te delen en te vergaren. Op internetfora worden verschillende berichten en kennisclaims verspreid. Zo is een wildgroei aan anti-vaccinatie websites ontstaan die de bevolking heeft beïnvloed.⁵ Ook gaan burgers steeds meer twijfelen

aan hetgeen experts mededelen.⁶ Bovendien speelt de kritische wind die vanuit de medisch wetenschappelijke hoek is opgestoken een rol. De schommelende vaccinatiegraad, de aanwas van anti-vaccinatiebewegingen, de veranderende medische ethiek en het van tijd tot tijd uitbreken van een infectieziekte, zorgen voor discussie alom. Als oplossing voor dit alles wordt een vaccinatieplicht voorgesteld.⁷

Het aansprakelijkheidsrecht kan een hoogwaardig alternatief voor een vaccinatieplicht bieden. Bij een vaccinatieplicht is de inmenging in de persoonlijke levenssfeer groot. De rechten en vrijheden die zijn neergelegd in het EVRM staan op gespannen voet met een dergelijke plicht. Door de focus te verleggen naar de schadeveroorzakende actoren, wordt een ander debat gecreëerd. Zo zou het aansprakelijkheidsrecht gedragsbeïnvloedend en prikkelend kunnen werken. In dit artikel staat de vraag naar de mogelijk aansprakelijke partijen centraal. Opmerking verdient hierbij dat niet eerder is geprocedeerd over de aansprakelijkheid van partijen voor non-vaccinatie en de daaruit voortvloeiende gezondheidsschade. In de eerste plaats wordt op macroniveau de overheid als mogelijk aansprakelijke partij besproken. Daarna volgen op mesoniveau kinderdagverblijven en scholen. Tot slot wordt ingezoomd op microniveau, ofwel ouders die opteren voor non-vaccinatie. Verschillende onderwerpen, zoals het (onrechtmatige) nalaten en de eventuele beren op weg naar aansprakelijkheid, zullen de revue passeren.

2. Overheidsaansprakelijkheid

2.1 Onrechtmatige daad

Los van de mogelijkheden binnen het strafrecht en het bestuursrecht, valt een onrechtmatige overheidsdaad veelal onder het algemene privaatrechtelijke artikel van de onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Onrechtmatigheid wordt aangeduid als een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven regels in het maatschappelijk verkeer betaamt. Strikt genomen moet aan alle voorwaarden uit art. 6:162 BW jo. art. 6:163 BW zijn voldaan om met succes van een onrechtmatige daad te kunnen spreken, maar de voorwaarden worden gekleurd wanneer het om het functioneren van de overheid gaat.⁸ De overheid vervult immers taken die het algemene belang ten goede komen.⁹ Deze positie maakt dat de overheid simpelweg niet kan worden ver-

1 Mr. A. (Anna) Wientjens is werkzaam bij V&A Advocaten. Dit artikel is een bewerking van haar masterscriptie voor de master Aansprakelijkheid en Verzekering aan de Erasmus Universiteit. Zij heeft deze bijdrage op persoonlijke titel geschreven. Citeerwijze: A. Wientjens, 'Non-vaccinatie. Een eerste verkenning van mogelijk aansprakelijke partijen', *AV&S* 2020/5, afl. 1.

2 Voor de betekenis van gezondheidsschade wordt aangesloten bij de definitie zoals gehanteerd in het Algemeen Nederlands Woordenboek: schade die wordt toegebracht aan de gezondheid.

3 RIVM Rapport 2019, 'Vaccinatiegraad en jaarverslag Rijksvaccinatieprogramma Nederland 2018', in opdracht van het Ministerie van VWS, p. 3.

4 Y. Buruma, 'Verplicht vaccineren', *NJB* 2018/1508 (p. 2141).

5 A. Kata, 'Anti-vaccine activists, Web 2.0, and the postmodern paradigm', *Vaccine* 2012, afl. 25, p. 3778.

6 G.H. de Vries, 'Onzekere veiligheid', *AV&S* 2010/22 (p. 157).

7 B. Terlingen, 'Politiek worstelt met vaccinatieplicht: 'Wel fietshelm, geen inenting?', *NOS* 10 april 2019.

8 F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare ordebeleid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19.

9 C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera - over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandse Bank', *NTBR* 2010/30 (p. 243).

geleken met private partijen.¹⁰ Indien een overheid optreedt als handhavend orgaan ligt het voor de hand dat schade bij derden ontstaat door nalaten, veelal door het niet treffen van adequate maatregelen.¹¹ De overheid treedt ook in de vaccinatiewestie op als handhavend orgaan. Zij is krachtens art. 22 Grondwet verplicht om maatregelen te treffen ter bevordering van de volksgezondheid. Art. 6 Wet publieke gezondheid schrijft voor dat een vaccinatieprogramma wordt vastgesteld en dat de minister zorg draagt via het RIVM voor de coördinatie van de uitvoering, alsmede de registratie, bewaking en evaluatie van het vaccinatieprogramma. In het hiernavolgende worden enkele uitgangspunten uit de jurisprudentie en literatuur besproken, die een indruk geven van het (onrechtmatige) nalaten door de overheid in de praktijk.

2.2 Jurisprudentie en literatuur

In rechtszaken waarbij het in de kern gaat over de vraag of de overheid heeft nagelaten om in adequate regelgeving te voorzien, krijgen benadeelden doorgaans het deksel op hun neus.¹² In dit kader is door Van Boom en Giesen opgemerkt dat het niet, dan wel niet tijdig, uitvaardigen van regelgeving huns inziens niet snel leidt tot aansprakelijkheid. De rechter mag immers niet op de stoel van de wetgever gaan zitten, omdat dit conflicteert met de trias politica en interfereert met de agenda van de wetgever.¹³ De burgerlijk rechter dient in beginsel geen oordeel te vellen over de onrechtmatigheid van het niet opstellen van wetten in formele zin door de wetgever.¹⁴ Daartegenover staat dat een plicht tot regelgeving kan ontstaan indien de overheid kennis heeft van een typisch en dreigend risico.¹⁵ De vraag rijst wanneer een uitgebleven ingreep van de overheid wenselijk of zelfs onmisbaar is. Voorop staat dat het beleid van de overheid overwegend marginaal wordt getoetst, omdat de beleidsvrijheid dan wel de beoordelingsvrijheid groot is.¹⁶

Voor de beoordeling van een noodzaak tot overheidsingrijpen kan worden aangesloten bij de Q-koorts uitspraak.¹⁷ In deze zaak gaat het over personen die zijn besmet met Q-koorts en hierdoor gezondheidsschade lijden, hebben geleden of zijn komen te overlijden. Het meest interes-

sante verwijt dat de overheid werd gemaakt, is dat te lang is gewacht met het treffen van adequate maatregelen. Dit verwijt kwam de rechtbank niet gegrond voor en ze wijst de aansprakelijkheid dan ook af.¹⁸ In haar annotatie bij deze uitspraak stelt Verweij-Hoogendijk dat ze het groten-deels eens is met de uitkomst van de zaak, maar wel meent dat de overheid onvoldoende aan informatieverstrekking heeft gedaan. Verder bespreekt zij het verzorgsbeginsel, het Osman-criterium en de *fair balance-test* als mogelijke toetsen om te beoordelen of van de overheid preventieve maatregelen mochten worden gevraagd.¹⁹ Het verzorgsbeginsel beoogt het milieu te beschermen door middel van de mogelijkheid om preventieve besluiten te nemen bij een dreigend risico.²⁰ Het Osman-criterium volgt uit het arrest *Osman/Verenigd Koninkrijk*.²¹ Dit criterium houdt in dat een positieve verplichting tot het nemen van maatregelen op de overheid kan rusten, indien zij bekend is met het potentiële gevaar. Bovendien moet het om een risico gaan dat reëel en direct is voor een identificeerbare groep.²² Een grotere betrokkenheid van de overheid bij een bepaalde activiteit leidt logischerwijs tot meer kennis en kunde en dientengevolge kan sneller worden verlangd dat doeltreffende maatregelen worden genomen.²³ De *fair balance-test* wordt normaliter gebruikt in het milieurecht en wordt toegepast bij milieucalamiteiten, hinder of overlast.²⁴ Deze toets is in feite een proportionaliteitstoets waarin een belangenafweging plaatsvindt met enerzijds het belang dat de overheid tracht te verwezenlijken en anderzijds de mate waarin een inbreuk op een recht wordt gemaakt.²⁵ In het onderhavige geval ligt het voor de hand dat aansluiting wordt gezocht bij het Osman-criterium.

2.3 Uitwerking Osman-criterium

Dat de overheid kennis heeft van een bedreigende situatie voor een specifieke groep mensen en dat deze situatie een reëel en onmiddellijk risico vormt, blijkt mijns inziens uit het navolgende. De overheid kan zich niet beroepen op onbekendheid met de vaccinatiewestie nu het debat hieromtrent in de Tweede Kamer wordt gevoerd.²⁶ Daarnaast is in de Wet publieke gezondheid neergelegd dat de overheid via het RIVM zorg draagt voor het Rijksvaccinatieprogramma. Ook de jaarlijkse rapporten van het RIVM bevatten

10 A.L.M. Keirse & R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *O&A* 2017/2 (p. 3).

11 F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19.

12 Zie bijvoorbeeld: HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, *NJ* 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionellabacterie Westfriese Flora*) en HR 7 september 2015, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343, m.nt. T. Hartlief (*XL insurance Company Ltd/Staat*).

13 W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1678.

14 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, r.o. 3.5, *NJ* 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt/Staat*).

15 A. Akkermans & E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 105-106.

16 C.H. van Dijk, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht voor toekomstig beleid, WODC-rapport', *O&A* 2008/6 (p. 38).

17 Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, *JA* 2017/42, m.nt. J.H.G. Verweij-Hoogendijk.

18 Zie r.o. 5.9, 5.11 en 5.161.

19 J.H.G. Verweij-Hoogendijk, annotatie bij Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, *JA* 2017/42.

20 Mededeling van de Europese Commissie over het verzorgsbeginsel, 2 februari 2000, COM/2000/0001 def.

21 EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558, *NJ* 2000/134, m.nt. E.A. Alkema (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

22 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).

23 J.H.G. Verweij-Hoogendijk, annotatie bij Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, *JA* 2017/42.

24 E.C. Gijsselaar, 'Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?', *NTM/NJCM-Bull.* 2016, afl. 2, p. 176.

25 A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 91) (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 136.

26 E. van der Aa, 'Kabinet wil vaccinatieplicht onderzoeken', *AD* 9 april 2019.

inzichtelijke gegevens. Ik meen dat aan het kennisvereiste simpelweg is voldaan. De situatie kan als bedreigend worden gekwalificeerd, omdat er een gevaar schuilt voor de gezondheid van de bevolking en er een risico op aantasting van het menselijk lichaam bestaat. Daarentegen gaat het niet om een specifieke groep personen. Zowel kinderen als volwassenen kunnen een infectieziekte oplopen, maar kinderen lopen een verhoogd risico op besmetting vanwege hun kwetsbare immuunsysteem. Deze groep lijkt weinig specifiek omdat in feite iedereen besmet zou kunnen raken wanneer de groepsimmuniteit verdwijnt. Het EHRM heeft echter meermaals geoordeeld dat de verplichting om preventieve maatregelen te nemen om het leven van personen te beschermen, ook ziet op de meer algemene bescherming van de maatschappij en zich niet alleen uitstrekt tot een of meer specifieke en bedreigde personen.²⁷ Een hevige epidemische uitbraak doet zich op het moment van schrijven niet voor. Desalniettemin is sprake van een bedreigende situatie met een reëel en onmiddellijk risico. In de afgelopen jaren werden er tussen de tien en twintig mazelenpatiënten gemeld op jaarbasis. In 2019 zijn er tot 2 oktober reeds tachtig patiënten met mazelen gediagnosticeerd.²⁸ Volgens mij volgt, na toetsing van het voorgaande, dat er op grond van het Osman-criterium een plicht tot het nemen van positieve maatregelen op de overheid rust. In het kader van een positieve verplichting voor de overheid, is het relevant om te weten welk soort maatregelen de overheid zou kunnen, dan wel moeten nemen. Maatregelen kunnen zowel afzonderlijk als gecombineerd worden toegepast en kunnen naar aanleiding van de ernst en de omstandigheid van de situatie variëren. Mogelijke maatregelen zijn het verstrekken van informatie, het afgeven van waarschuwingen en het nemen van risicobeheersingsmaatregelen.²⁹

Een door de overheid opgelegde vaccinatieplicht is een verstrekkende maatregel en maakt een grove inbreuk op het in art. 8 EVRM neergelegde recht op respect voor privéleven. Desondanks meent het EHRM dat een dergelijke inmenging in het privéleven gerechtvaardigd is door de noodzaak om controle te hebben over de verspreiding van infectieziekten in de regio en derhalve is een tegen de wil in gegeven vaccinatie ten tijde van een verhoogd risico op een epidemie geen inbreuk op een recht.³⁰ Een minder verstrekkende maatregel is een vaccinatiedrang. Dit houdt in dat de overheid de toegang tot belangrijke sociale goederen of diensten ontzegt voor ouders die ervoor kiezen hun kinderen niet te vaccineren. Doordat deze maatregel geen verplichting oplegt, wordt de vrijheid van ouders niet volledig beperkt.³¹ Het is mijns inziens opvallend dat de Nederlandse overheid zich beperkt tot een actieplan waarin wordt ingezet op het

geven van een actief weerwoord op onjuiste informatie en het voeren van (vrijwillige) gesprekken met alle ouders die niet deelnemen aan het vaccinatieprogramma.³² In andere Europese landen wordt wel geopteerd voor een vaccinatieplicht.³³ Naar het Duitse voorbeeld dient men zich in ieder geval door een arts te laten voorlichten.³⁴

Is het huidige proactieve handelen van de Nederlandse overheid afdoende? Mijns inziens treedt de Nederlandse overheid, in vergelijking met andere landen, ondermaats op. Anderzijds mag niet worden getornd aan de beleidsvrijheid van de overheid. Voorop staat dat in dezen de samenleving zo sterk is als haar zwakste schakel. Hoe meer het veiligheidsstreven afhankelijk wordt gemaakt van de medewerking van anderen, des te groter is de onzekerheid, complexiteit en de kans op mislukken.³⁵ Temeer omdat burgers een verandering niet kunnen bewerkstelligen en als het ware afhankelijk zijn van de overheid als paternalistische factor voor het bewaken van de volksgezondheid. Deze zeer precare kwestie vraagt mijns inziens om een actiever ingrijpen. Doch lijkt overheidsaansprakelijkheid voor het niet vaccineren van kinderen en de daaruit ontstane gezondheidsschade geen gelopen race. Er is op dit moment geen eenduidig antwoord op de vraag of de overheid aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW. Indien de situatie nijpender wordt, en er geen nieuwe ingrijpendere maatregelen volgen, is het naar mijn mening verdedigbaar dat de overheid aansprakelijk is voor non-vaccinatie en de daaruit ontstane gezondheidsschade.

3. Aansprakelijkheid van scholen en kinderdagverblijven

3.1 Scholen

Scholen en kinderdagverblijven kwalificeren als openbare ruimtes waar kinderen van verschillende leeftijden frequent en structureel samenkomen. Van scholen is bekend dat zij in beginsel een omvangrijke zorgplicht hebben. Deze zorgplicht wordt met de volgende standaardoverweging omschreven: "de rechtbank stelt voorop dat op een school volgens vaste jurisprudentie een bijzondere zorgplicht rust ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan".³⁶ Ondanks de overwegend strenge norm, strekt de zorgplicht van een school of docent niet verder dan de zorg die een ouder jegens het kind betracht.³⁷ Een ander aspect

27 Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2019:95, r.o. 5.11 bij HR 29 januari 2019 ECLI:NL:PHR:2019:95.

28 RIVM, 'Mazelen in Nederland', 5 december 2019, www.rivm.nl.

29 E.C. Gijssels & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', NTBR 2016/6 (p. 41).

30 EHRM 24 september 2012, 24429/03, r.o. 36 (*Solomakhin v. Ukraine Judgment*).

31 R. Pierik (red.), 'Hoe nu verder met de vaccinatietwijfel? Tien adviezen aan Staatssecretaris Paul Blokhuis', Amsterdamse Rechtenfaculteit, p. 9.

32 Rijksoverheid, 'Actieplan Vaccinatie', 20 november 2018, www.rijksoverheid.nl.

33 Zie bijvoorbeeld: België, KB van 26 oktober 1996 waarbij de inenting tegen poliomyelitis verplicht gesteld wordt, B.S. 6 december 1996; Italië, wet 119/2017 waarbij tien vaccinaties verplicht zijn gesteld voor kinderen; Frankrijk, Loi n°2017-1836 du 30 décembre 2017.

34 Rapport Commissie Seydel 2018, 'In gesprek over vaccineren', in opdracht van staatssecretaris Blokhuis van VWS, p. 8.

35 N. Teesing (red.), *Bij twijfel (niet) doen?*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 56.

36 Zie bijvoorbeeld: Rb. Overijssel 10 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2755, r.o. 4.4, JA 2018/185 en Rb. Midden-Nederland 22 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:774, r.o. 4.4.

37 B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 128.

dat matigend werkt op het aansprakelijkheidsoordeel is de plicht die op (openbare) scholen rust om leerlingen te accepteren.³⁸ Een onderwijsinstelling bezit geen instrumenten om een ongevaccineerd kind te weigeren. Het argument dat het meeste gewicht in de schaal legt, ziet op de oudere leeftijd van basisschoolleerlingen en het daarmee gepaard gaande kleinere besmettingsrisico. De besmetting vindt normaliter op zeer jonge leeftijd plaats. Kort en goed verwacht ik dat de school geen normschending dan wel zorgplichtschending kan worden verweten en handelt zij niet onrechtmatig ex art. 6:162 BW of schiet zij niet tekort ex art. 6:74 BW door een ongevaccineerd kind toegang te verschaffen tot school. Ondanks deze conclusie suggereren sommige auteurs dat de zorgplicht van scholen in de toekomst genoeg potentie heeft voor een verdere uitbreiding van de mogelijke aansprakelijkheid. Deze uitbreiding zal dan in het bijzonder zien op publieke taken of belangen zoals bijvoorbeeld de aanwezigheid van coffeeshops rondom scholen.³⁹ Alhoewel ik verwacht dat een mogelijke uitbreiding van de zorgplicht van scholen toekomstig is, denk ik niet dat daarvoor plaats is in deze kwestie. Zoals gezegd zijn scholen publieke instellingen met een acceptatieplicht en bovendien is het infectiegevaar vele malen kleiner vanwege de hogere leeftijd van kinderen en de hiermee gepaard gaande grotere weerbaarheid.

3.2 Kinderdagverblijven

De bestaande zorgplicht voor scholen is eveneens geldend voor kinderdagverblijven. De omvang van de zorgplicht wordt mede bepaald door de leeftijd van een kind en de aard van een school. Voor een jonger kind moet een grotere zorg worden betracht.⁴⁰ De kwetsbaarheid van een jong kind wordt algemeen onderschreven en veel veiligheids-eisen neergelegd in de Wet Kinderopvang weerspiegelen dit idee. De speciale zorgrelatie die een kinderdagverblijf heeft, ten opzichte van een kind en de ouders, resulteert in een strenge(re) veiligheids- en gezondheidstoets. De besmetting die doorgaans op jonge leeftijd plaatsvindt, versterkt deze gedachte. In tegenstelling tot scholen zijn kinderdagverblijven geen publieke, maar doorgaans private instellingen.⁴¹ Uit dit principe volgt dat kinderdagverblijven reeds ondernemersvrijheid bezitten om niet-ingeënte kinderen te weigeren.⁴² De praktijk laat zien dat kinderdagverblijven deze mogelijkheid reeds benutten.⁴³ Ook de Raad van State bevestigt in haar adviezen dat reeds sprake is van een solide weigeringsmogelijkheid.⁴⁴ Om meer legitimiteit te creëren is een wetsvoorstel ten tonele verschenen, dat kinderdag-

centra meer houvast moet geven om ongevaccineerde kinderen te kunnen weigeren.⁴⁵ Ik stel mij op het standpunt dat een invoering van deze wet sneller tot aansprakelijkheid van de houder van een kinderdagverblijf zal leiden. Indien deze wet geldend recht wordt, resulteert dit sneller in een schending van een zorgvuldigheidnorm of veiligheidsvoorschrift. Kinderdagverblijven zijn tenslotte de spil in besmettingen met infectieziekten omdat kinderen hier gedurende een langere periode intensief met elkaar in contact staan. Voorts kan worden aangesloten bij het laatste criterium uit het *Kelderluik*-arrest dat voorschrijft dat bij een geringe bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen, deze moeten worden uitgevoerd.⁴⁶ Door ongevaccineerde kinderen toegang te verschaffen, handelen de houders van kinderdagcentra gevaarzettend en bovendien schenden zij hun zorgplicht. Kinderdagverblijven behoren een veilige haven te zijn waar de zorg van het kind hoog in het vaandel staat en het toelaten van ongevaccineerde kinderen zet dit uitgangspunt onder druk. Ik acht een ingestelde vordering tegen een houder van een kinderdagverblijf voor gezondheidsschade als gevolg van non-vaccinatie, onder omstandigheden realistisch en mogelijk haalbaar.

4. Aansprakelijkheid van ouders⁴⁷

4.1 Zorgplicht en derdenwerking

Het gevaccineerde kind bij wie de gezondheidsschade is opgetreden, heeft formeel gezien als procespartij te gelden. De procesbevoegdheid rust op de ouders van het gevaccineerde kind. Dit is tevens wettelijk verankerd in art. 1:247 BW jo. art. 1:245 lid 4 BW. De ouders kwalificeren in deze hoedanigheid als vertegenwoordigers. Ongevaccineerde kinderen vormen verreweg de grootste risicogroep en creëren het grootste besmettingsgevaar voor gevaccineerde kinderen. Nu zij doorgaans de spil zijn in besmettingen, kwalificeren zij als schadeveroorzakende actoren. Het is echter de keuze van de ouders voor onthouding van vaccinatie, die eraan ten grondslag ligt dat hun kind mogelijk schade kan veroorzaken bij anderen. Ingeval van een toetsing van de ouderlijke zorgplicht staat voorop dat ouders beschikken over beslissingsvrijheid en zij bezitten tot op zekere hoogte discretionaire bevoegdheid om hun gezag uit te oefenen.⁴⁸ Veel beslissingen liggen binnen de grenzen van de ouderlijke verantwoordelijkheid. Van ouders wordt niet verwacht dat zij elke gevaarzettende situatie voorkomen. Wel hebben zij een plicht om hun kinderen te verzorgen en op te voeden.⁴⁹ De invulling van de opvoeding is in beginsel zeer ruim. Kinderen zijn als gevolg hiervan afhankelijk van de

38 A. Swarte, 'Het verbod van discriminatie vanwege een handicap of chronische ziekte wint aan terrein', *NTM-NJCMBull.* 2015, afl. 1, p. 70.

39 R. Rijnhout e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2013/20 (p. 177).

40 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2000, p. 410.

41 A.M.L. van Wieringen e.a., *Mogelijkheden en gevolgen van private middelen in het publieke onderwijs*, Den Haag: uitgave van de Onderwijsraad, p. 21.

42 R. Pierik & M. Verweij, 'Vaccinatie op de kinderopvang', *NJB* 2019/1199 (p. 1527).

43 B. Meindertsmas & H. Coolman, 'Tientallen kinderdagverblijven weigeren niet-gevaccineerde kinderen', *NOS* 13 april 2019.

44 *Kamerstukken II* 2018/19, 35049, 4, p. 1-11.

45 Zie het wetsvoorstel d.d. 2 oktober 2018 van Kamerlid Rens Raemakers.

46 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

47 In mijn bijdrage ligt de focus op aansprakelijkheid van non-vaccinatie jegens derden. Ik laat de aansprakelijkheid binnen het gezin, binnen de ouder-kindrelatie, buiten beschouwing.

48 W.H. van Boom e.a., *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 388.

49 W.C.L. van der Grinten & J.C.M. Leyten, *Aansprakelijkheid van en voor minderjarigen en geestelijk gestoorden*, Deventer: Kluwer 1968, p. 19.

beslissingen van hun wettelijke vertegenwoordigers. Ouders zijn niet gebonden aan voorschriften over de te maken keuzes ten aanzien van levensomstandigheden en overige beslissingen. Daarom wordt een gezin ook wel gekwalificeerd als subcultuur.⁵⁰ Een rechter mag de relatie binnen een subcultuur, tussen ouders en kinderen, maar marginaal toetsen en kan hoogstens minimaal interveniëren.⁵¹ Desondanks wordt de soep niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend, omdat beslissingen aangaande de veiligheid van een kind ruimte bieden om alsnog de beslissing te bekritisieren dan wel te toetsen.⁵²

De vraag rijst of de ouderlijke zorgplicht en de vrijheid hiervan op dezelfde manier doorwerken naar derden, ofwel ouders van gevaccineerde kinderen die ouders van een ongevaccineerd kind aanspreken. De vrijheid van ouders kan doorgaans alleen worden doorbroken, indien de gezondheid van het eigen kind ernstig in het gedrang komt. De primaire verantwoordelijkheid van ouders ziet op de eigen kinderen en wordt beschermd door art. 8 EVRM. Hier zit tevens de crux van het verhaal. De ouderlijke vrijheid ziet op het eigen kind en daarom meen ik dat deze vrijheid niet kan worden ingeroepen tegen een derde die door een (afgeschermd) keuze binnen de ouder-kindrelatie schade lijdt. De derde wordt immers in de kwestie betrokken omdat nu ook diens gezondheid op het spel staat. Vanuit deze gedachte bezien, meen ik dat de ruime beleidsvrijheid van ouders geen obstakel kan zijn op de weg naar aansprakelijkheid.

4.2 *Nalaten en causaliteit*

Om van een onrechtmatig nalaten te kunnen spreken, moet non-vaccinatie in strijd zijn met een wettelijke plicht of in strijd zijn met wat in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. De eerste mogelijkheid gaat niet op omdat er geen wettelijke plicht tot vaccinatie bestaat. Daarentegen vind ik dat het niet laten inenten van je kind onbetamelijk is. Naar mijn mening bestaat er een moreel juridische plicht voor ouders om hun kind te laten vaccineren. Het is immers in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk dat ouders hun kind laten vaccineren. Juist doordat de meerderheid van de bevolking doordrongen is van dit besef, kunnen infectieziekten worden bestreden. Hoe meer mensen zich laten inenten, hoe groter de groepsimmunititeit is. Maar het feit dat de meeste mensen iets doen, of behoren te doen, maakt niet dat sprake is van een maatschappelijke relevante norm. Al is het in de onderhavige kwestie nog zo wenselijk. De vaststelling van het onrechtmatige handelen is in de praktijk dus zeer lastig. Voorts is voor een beroep op nalaten vereist dat ouders die hun kinderen niet laten inenten, concrete kennis hadden van het gevaar van non-vaccinatie voor derden.⁵³ Het bewustzijn bij ouders die opteren voor non-

vaccinatie ten opzichte van het ophanden zijnde gevaar dat gezondheidsrisico's bestonden voor derden, is van doorslaggevend betekenis in de beoordeling. Met de huidige stand van zaken, is het haast ondenkbaar dat ouders kunnen volhouden dat zij geen concrete kennis hebben van de gevaren van non-vaccinatie voor derden. In het publieke debat zijn verschillende redenen voor onthouding van vaccinatie te ontwaren zoals antroposofische, filosofische en religieuze beweeggronden. In beginsel wordt de keuze omtrent vaccinatie niet ingegeven door onwetendheid, maar wordt doelbewust gekozen voor een bepaald standpunt. De stelplicht en bewijslast rusten in dezen ingevolge art. 150 Rv op de eisende partij. Op dit punt voorzie ik geen al te grote problemen.

De grootste hobbel op weg naar aansprakelijkheid betreffen de onrechtmatigheid en de causaliteitstoets. Het handelen van de non-vaccinerende ouders kan niet zonder meer als onrechtmatig handelen worden bestempeld. Voorts zal het vaak onduidelijk zijn welk kind in concreto de besmetting heeft veroorzaakt. Het ligt voor de hand dat besmetting met een infectieziekte is veroorzaakt door een niet gevaccineerd kind omdat deze groep de grootste besmettingshaard betreft. Om het causaliteitsprobleem te ondervangen, kan worden gekeken naar inpassing van het leerstuk van de alternatieve causaliteit ex art. 6:99 BW. Dit artikel weerspiegelt de gedachte dat het onbillijk is om een benadeelde met zijn onrechtmatig veroorzaakte schade achter te laten, alleen omdat de potentiële daders naar elkaar wijzen.⁵⁴ Toch bestaan er meer haken en ogen. Moeten alle ouders die een ongevaccineerd kind naar het kinderdagverblijf brengen worden gekwalificeerd als aansprakelijke partij? Dit komt onjuist voor omdat het immers ook mogelijk is dat een gevaccineerd kind een infectieziekte oploopt buiten de crèche. Moeten alle ouders van ongevaccineerde kinderen in Nederland worden gekwalificeerd als aansprakelijke partij? Ook dit is geen werkbare oplossing omdat immers nog steeds een keuzemogelijkheid voor vaccinatie bestaat. Naast het leerstuk van de alternatieve causaliteit kan gedacht worden aan het voorshandse bewijsvermoeden of aan een omkering in de bewijslast. Met enig kunst- en vliegwerk moet het causaliteitsprobleem op enig moment worden gepasseerd om daadwerkelijk van een onrechtmatige daad te kunnen spreken. Of een beroep op een van deze leerstukken in de praktijk zal slagen is niet zeker.

Op het eerste gezicht is de keuze voor het al dan niet laten vaccineren primair een keuze van ouders, maar deze grote vrijheid van ouders hoeft niet in de weg te staan van het aannemen van aansprakelijkheid omdat deze principes behoren te wijken als schade wordt veroorzaakt buiten de ouder-kindrelatie. Ook aan het wetenschaps criterium zal vrij eenvoudig kunnen worden voldaan. De grootste problematiek ziet op het aantonen van het causaal verband en het aantonen van een normschending of de onrechtmatig-

50 E. Engelhard, T. Hartlief & G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 4.

51 C. Stolker & L. Valk (red.), *Als een goed huisvader, Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992, p. 133.

52 E. Engelhard, T. Hartlief & G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 18.

53 Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1351, JA 2019/126, r.o. 6 en 11.

54 F.T. Oldenhuis & H. Vorsselman (red.), *Causaliteit in letselschadezaken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 37.

heid. Of een ouder van een ongevaccineerd kind succesvol kan worden aangesproken, zal grotendeels hiervan afhangen. Als ouders van een gevaccineerd kind worden geholpen door een van de voorgestelde leerstukken, lonkt een succesvolle vordering. Of dit uitkomst zal bieden is geen uitgemakte zaak omdat de praktijk veel weerbarstiger is. Een en ander zal blijven afhangen van de omstandigheden van het geval. Het is mijns inziens frustrerend c.q. onwenselijk dat ouders uit de wind worden gehouden, temeer omdat zij de grootste oorzaak van het probleem vormen.

5. Conclusie

In dit artikel is stilgestaan bij de non-vaccinatieproblematiek. Niet zozeer is gekeken naar de wettelijke (on)mogelijkheden van een vaccinatieplicht, maar de focus is gelegd op de betrokken partijen. In de eerste plaats is het relevant om vast te stellen dat alle partijen verantwoordelijkheid dienen te nemen voor hun hoedanigheid in deze kwestie.

De overheid fungeert als een paternalistische actor die zowel binnen het publiekrechtelijke domein als binnen het privaatrechtelijke domein opereert. Deze bijzondere positie zorgt ervoor dat zij veel verantwoordelijkheden en taken heeft, waaronder het waken over de volksgezondheid. In beginsel kan volgens mij niet zonder meer worden verlangd dat de overheid een bepaalde plicht tot vaccinatie oplegt, omdat de overheid een grote beleidsvrijheid toekomt. Dit neemt niet weg dat zij na toetsing aan het Osman-criterium verplicht kan zijn om in te grijpen in een hachelijke situatie. De overheid bezit legio mogelijkheid om te interveniëren. Nu de dreiging van een probleem voor de volksgezondheid zo concreet is geworden, kan niet langer worden volgehouden dat ingrijpen onacceptabel is. Ik verwacht dat de vordering juridisch haalbaar is, maar de praktijk leert dat de drempel voor overheidsaansprakelijkheid een hoge is. Het blijft gissen wat een rechter met een dergelijk ingestelde vordering zal doen.

Scholen worden gekenmerkt door het publieke karakter en bovendien zijn zij gebonden aan een acceptatieplicht. Ook de leeftijd van basisschoolkinderen en het lagere besmettingsrisico spelen een aanmerkelijke rol in het aansprakelijkheidsoordeel. Scholen schenden geen zorgplicht door ongevaccineerde kinderen toe te laten. Kinderdagverblijven daarentegen zijn doorgaans private instellingen. De jongere leeftijd werkt een verhoogde kwetsbaarheid in de hand. Tot slot bestaan er solide mogelijkheden voor houders van kinderdagcentra om ongevaccineerde kinderen te weigeren. Veiligheid en zorg zijn twee belangrijke kernbegrippen en deze komen in het gedrang indien ongevaccineerde kinderen en hun ouders hun weg blijven vinden naar kinderdagverblijven. Ik verwacht dat het aansprakelijkheidsoordeel ten aanzien van scholen en kinderdagverblijven zal verschillen.

Ouders bezitten het opvoedingsprimaat. Dit betekent primair dat zij in beginsel geen bemoeienis hoeven te dulden

van anderen. Dit wordt anders zodra schade wordt berokkend aan derden. Mijns inziens zal het wetenschaps criterium geen probleem opleveren op de weg naar aansprakelijkheid. Wel zal deze concrete kennis in elke situatie gesteld en bewezen moeten worden door de eiser aan de hand van de omstandigheden van het geval. Zeker ten aanzien van de causaliteit en de onrechtmatigheid vallen nog genoeg kanttekeningen te maken en problemen te verwachten. Het aantonen hiervan zal een uitdagende opgave voor derden blijven die de gezondheidsschade bij de ouder van een ongevaccineerd kind proberen te verhalen.

Om een tegenwicht te bieden tegen de focus op de vaccinatieplicht is getracht de mogelijk aansprakelijke partijen in beeld te krijgen. Ik spreek hiermee de hoop uit dat door meer licht te laten schijnen op dit onderwerp er in de toekomst een grotere focus komt te liggen op het aansprakelijkheidsrecht. De gedragsbeïnvloedende en prikkelende werking van het aansprakelijkheidsrecht zou wellicht bevorderlijk kunnen werken en voor een groter besef onder diverse partijen kunnen zorgen. Een en ander wel met dien verstande dat de schadeveroorzakende actoren ook daadwerkelijk kunnen worden aangesproken. Het credo voorkomen is beter dan genezen geniet de voorkeur, maar de preventieve werking van vaccinatie is niet langer een vaststaand gegeven. Wellicht kan de onrechtmatige daad fungeren als corrigerend alternatief.