

## ARTIKELN

# Past een vaccinatieplicht binnen het EVRM-regime?\*

Dr. R.H.M. (Roland) Pierik\*\*

## 1. Inleiding

Nadat mazelen en andere besmettelijke kinderziekten vanaf de millenniumwisseling relatief onzichtbaar waren geworden in de Westerse wereld, zijn er sinds een jaar of twee opnieuw verschillende kleine en grote uitbraken geweest. De eerste indicatie dat er weer iets mis zat, was de Disney-mazelenuitbraak in 2014-15 in Californië.<sup>1</sup> Sindsdien staat mazelen ook weer nadrukkelijk op het netvlies van Europese beleidsmakers. Sinds januari 2018 zijn er binnen 47 Europese landen mazelenuitbraken geweest en zijn 100.000 mensen besmet geraakt. Hiervan is rond de 60 procent in het ziekenhuis opgenomen geweest en zijn meer dan 90 mensen overleden.<sup>2</sup> Deze uitbraken maken een probleem duidelijk dat al een tijdje onder de oppervlakte broeide: een langzame maar gestage daling van de vaccinatiebereidheid bij ouders, waardoor op steeds meer plekken de vaccinatiegraad te laag wordt om groepsbescherming te garanderen.

In Nederland is de situatie minder penibel, maar ook het RIVM constateert al drie jaar lang een afname van de vaccinatiegraad bij zuigelingen.<sup>3</sup> Dit heeft geleid tot een toenemende onrust in de (sociale) media en de politiek. In november 2018 presenteerde staatssecretaris Blokhuis van VWS zijn Kamerbrief 'Verder met vaccineren' waarin hij zes actielijnen aankondigt.<sup>4</sup> Vier betreffen de bevordering van vrijwillige vaccinatiebereidheid en een vijfde heeft als doel om misinformatie over vaccinaties tegen te gaan. Dit artikel richt zich op de meest opvallende actielijn in de brief: de mogelijke invoer van maatregelen met een meer verplichtend karakter:

'Ik acht verstrekkende maatregelen met een meer verplichtend karakter, waaronder als uiterste maatregel een vaccinatieplicht, disproportioneel bij de huidige vaccinatie-

\* Dit artikel komt voort uit een gezamenlijk Engelstalig boekproject met Marcel Verweij. Een aantal van de argumenten die ik hier presenteer zijn in deze samenwerking ontwikkeld. Met dank aan Bart Alberink, Francesca Camilleri, Steven Kraaijeveld, Aernout Nieuwenhuis en Marcel Verweij voor commentaar en aanvullingen op een eerdere versie van de paper.

Dit artikel heeft de peerreviewprocedure doorlopen.

\*\* Roland Pierik is universitair hoofddocent rechtsfilosofie aan de afdeling Algemene Rechtsleer van de Universiteit van Amsterdam.

1 [www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm6406a5.htm](http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm6406a5.htm).

2 World Health Organization, 'Over 100 000 People Sick with Measles in 14 Months: With Measles Cases at an Alarming Level in the European Region, Who Scales up Response,' news release, 9 May, 2019, [www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2019/over-100-000-people-sick-with-measles-in-14-months-with-measles-cases-at-an-alarming-level-in-the-european-region-who-scales-up-response](http://www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2019/over-100-000-people-sick-with-measles-in-14-months-with-measles-cases-at-an-alarming-level-in-the-european-region-who-scales-up-response).

3 E.A. van Lier et al., 'Vaccinatiegraad Rijksvaccinatieprogramma Nederland Verslagjaar 2018', Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu 2019-0015 (2019). De dalende trend is in 2019 gestabiliseerd.

4 *Kamerstukken II* 2018/19, 32793, 338 (brief van de regering, 'Verder met vaccineren').

graad. We beschikken bovendien over onvoldoende gegevens over de effectiviteit van dergelijke verplichtende maatregelen. Daarnaast hecht ik veel waarde aan grondrechten als het recht op lichamelijke integriteit en onaantastbaarheid van het lichaam. 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.<sup>5</sup>

Staatssecretaris Blokhuis ziet vooralsnog voldoende mogelijkheden om met vrijwillige maatregelen de vaccinatiebereidheid te vergroten. Maar het feit dat op zijn minst de deur wordt opengezet voor maatregelen met een meer verplichtend karakter lijkt een stille revolutie in het Nederlandse vaccinatiebeleid.

Discussies over een vaccinatieplicht komen steeds samen met (de dreiging van) ziekte-uitbraken, en verdwijnen gewoonlijk ook zodra de ziektedreiging weer onder controle is.<sup>6</sup> Maar de recente Europese uitbraken zorgen voor veel meer maatschappelijke onrust dan eerdere mazelen-uitbraken, en zelfs meer dan gedurende de laatste polio-epidemie in Nederland van 1992. Niet alleen epidemiologen en kinderartsen roepen op tot maatregelen, maar nu ook politici en zelfs ouders die zich zorgen maken dat hun kind gevaar loopt doordat andere ouders hun kind niet laten inenten.

Dit artikel heeft twee doelen: het eerste deel analyseert de juridische mogelijkheden en onmogelijkheden van vaccinatiewetgeving met een meer verplichtend karakter, met name in de context van de grondrechten waarmee deze regelgeving zou kunnen botsen: het recht op leven (art. 2 EVRM), de onaantastbaarheid van het lichaam (art. 8 EVRM), de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 9 EVRM) en het daarop gebaseerde Nederlandse gelijkebehandelingsrecht. In het tweede deel bespreek ik twee voorstellen die op dit moment de ronde doen in het Nederlandse debat. Het wetsvoorstel van Rens Raemakers dat kindercentra de mogelijkheid biedt om niet-ingeënte kinderen te weigeren en een voorstel van Marcel Verweij & Roland Pierik dat deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma verplicht wil stellen als toegangseis voor *ieder kind op iedere kinderopvang*. Deze voorstellen worden besproken aan de hand van de relevante grondrechten en daarbij wordt gebruik gemaakt van de adviezen over Raemakers' wetsvoorstel van het College voor de Rechten van de Mens (hierna: College) en de Raad van State.<sup>7</sup> Ook is het recente rapport *Kinderopvang en vaccinatie: een zorg van overheid en maatschappij* van de Commissie kinderopvang en vaccinatie in de analyse verwerkt.

## 2. Besmettelijke ziekten, vaccinaties en vaccinatiebeleid

Vaccinaties tegen besmettelijke ziekten worden samen met schoon drinkwater algemeen gezien als de belangrijkste bijdragen aan de volksgezondheid van de afgelopen eeuw. Ziek-

5 'Verder met vaccineren', p. 8.

6 Han Willems, Gert van Dijk en Johan Legemaate, 'Meer druk op de naald,' *Medisch Contact* 64, nr. 29-30 (2009).

7 College voor de Rechten van de Mens, Advies inzake conceptwetsvoorstel aanpassing Wet kinderopvang, 19 september 2018, hierna kortheidshalve aangeduid als: College; *Kamerstukken II* 2018/19, 35049, 4 (Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer), hierna kortheidshalve aangeduid als: Raad van State.

ten als pokken, difterie, polio en mazelen, die eeuwenlang dood en verderf zaaiden, zijn nu halfvergeten verhalen uit een ver verleden. De paradox lijkt te zijn dat de vaccinatieprogramma's het slachtoffer zijn van hun eigen succes: in landen waar ze succesvol zijn ingevoerd verdwijnen deze ziekten – en de angst ervoor – uit beeld en uit het maatschappelijke en politieke discours. Maar de ziekten zijn niet verdwenen: vóór de invoering van grote vaccinatieprogramma's stierven wereldwijd zo'n 2,6 miljoen mensen per jaar aan mazelen en in 2017 stierven zo'n 110.000 mensen.<sup>8</sup>

Het doel van het Rijksvaccinatieprogramma is het op peil houden van groepsbescherming, beter bekend onder de ietwat ongelukkige term 'groepsimmunitet'.<sup>9</sup> Als de vaccinatiegraad in een samenleving voldoende hoog is, kan de besmettelijke ziekte niet meer uitbreken omdat het pathogeen (het ziekteverwekkende micro-organisme) onvoldoende onder de bevolking kan circuleren om ongevaccineerden te bereiken. Deze grenswaarde verschilt per ziekte, maar voor mazelen wordt een vaccinatiegraad van 92-94% aangehouden.<sup>10</sup> Groepsbescherming levert een hogere-orde-bescherming op, omdat het niet alleen de individuele ingeënte persoon beschermt. Het voorkomt ook dat een ziekte überhaupt nog kan uitbreken, waardoor óók ongevaccineerden beschermd zijn. Niet alleen kinderen van vaccinatieweigeraars, maar ook kinderen tot 14 maanden oud die nog te jong zijn om al de BMR-vaccinatie te ontvangen, het kleine percentage gevaccineerden bij wie de vaccinatie niet aanslaat, en mensen die om medische redenen niet kunnen worden gevaccineerd, bijvoorbeeld leukemiepatiënten of mensen die allergisch zijn voor ingrediënten in het vaccin. Het is door deze groepsbescherming dat collectieve vaccinatieprogramma's zoveel effectiever zijn dan individuele vaccinaties. Nederlandse ouders hadden lang een rotsvast vertrouwen in het vrijwillige Rijksvaccinatieprogramma, en daardoor waren uitbraken schaars, kleinschalig en primair gelokaliseerd op de *Biblebelt*. Decennialang kon Nederland zich laten voorstaan op een vaccinatiebeleid dat zowel vrijwillig als succesvol was. Maar door de opkomst (en invloed) van de antivaccinatiebeweging wordt de vrijwillig gegeneerde groepsbescherming minder vanzelfsprekend. Dit roept de vraag op welke meer dwingende maatregelen beschikbaar en te rechtvaardigen zijn in een liberaal-democratische rechtsstaat.

### 3. Eén term, verschillende betekenissen: een taxonomie

De term 'vaccinatieplicht' staat centraal in deze discussies, maar het is voor de helderheid van belang om drie – zeer verschillende – betekenissen van de term te onderscheiden: 'vaccinatieplicht', 'vaccinatiedrang' en 'vaccinatiedwang'.<sup>11</sup> Een *vaccinatieplicht* behelst een

8 [www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/measles](http://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/measles).

9 De term is ongelukkig omdat het 'immunitet'-deel te sterk is, omdat zelfs een hele hoge vaccinatiegraad geen volledige *immunitet* biedt tegen besmetting, hoogstens tegen uitbraken.

10 Walter A. Orenstein, Peter M. Strebel en Alan R. Hinman, 'Building an Immunity Fence against Measles,' *The Journal of Infectious Diseases* 196, no. 10 (2007): p. 1434.

11 Dit onderscheid tussen vaccinatieplicht en vaccinatieplicht volgt de terminologie zoals gepresenteerd in: Gezondheidsraad, 'Dwang en drang in de tuberculosebestrijding. Rapport van de Commissie ethische en juridische aspecten van tbc-bestrijding.' (1996), p. 42-45. Binnen de terminologie van dit rapport zou het bestaande Nederlandse vaccinatiebeleid worden gekenschetst als 'overreding': het aandringen op gewenst gedrag zonder de persoon een optie te ontnemen.

wettelijke plicht om te vaccineren, waarbij een weigering inhoudt dat de wet wordt overtreden. De weigerende ouder loopt het risico strafrechtelijk veroordeeld te worden tot een boete of gevangenisstraf, en mogelijk een 'strafblad' op te lopen – een *uittreksel justitiële documentatie*. België is het enige voorbeeld in de directe omgeving met een strafrechtelijke vaccinatieplicht: sinds 1967 is vaccineren tegen polio wettelijk verplicht en moeten ouders binnen 18 maanden na de geboorte een 'polio-attest' bij de gemeente hebben ingeleverd.<sup>12</sup> Feitelijk kunnen ouders nog steeds vaccinatie weigeren, maar ze worden dan wel strafrechtelijk vervolgd en kunnen worden bestraft met een boete van maximaal € 600 en/of 8 dagen tot een maand gevangenisstraf.

De tweede betekenis, *vaccinatiedrang*, impliceert dat de keuzevrijheid van ouders wordt belemmerd doordat hen bepaalde opties worden ontnomen. De overheid sluit de toegang tot belangrijke sociale goederen of diensten af voor ouders die ervoor kiezen hun kinderen niet te vaccineren om niet-medische redenen. In Frankrijk en Italië zijn niet-gevaccineerde kinderen uitgesloten van kinderopvang, scholen of vakantiecampen. In Australië is een paar jaar geleden het *no-jab-no-pay*-beleid ingevoerd, waarin deelname aan het basisvaccinatieprogramma als voorwaarde wordt gesteld voor de te ontvangen kinderbijslag.<sup>13</sup> Deze maatregelen grijpen minder ver in in de vrijheid van ouders dan een formele vaccinatieplicht, omdat ouders niet wettelijk verplicht worden om te vaccineren. Maar het is wel degelijk zo dat het weigeren om te vaccineren impliceert dat de toegang tot betekenisvolle keuzeopties – kinderopvang of kinderbijslag – wordt geblokkeerd.

De derde betekenis, *vaccinatiedwang*, behelst een door de rechter opgelegde vaccinatie van specifieke kinderen tegen de wil van de ouders. Vaccinatiedwang onderscheidt zich van de andere twee opties omdat hierbij de keuzevrijheid van de ouders niet alleen wordt ingeperkt, maar feitelijk wordt geëlimineerd. Dit gebeurt slechts in zeer uitzonderlijke gevallen en bij acute noodsituaties. Eén voorbeeld is de uitbraak van mazelen in 1990 die zich concentreerde rond twee fundamentalistische kerken (*Faith Tabernacle* en *First-Century Gospel*) in de Amerikaanse stad Philadelphia.<sup>14</sup> Tijdens de uitbraak stierven negen kinderen en uiteindelijk beval een rechter de vaccinatie van de kinderen van de kerkleden – tegen de wil van de ouders in – om verdere verspreiding van de ziekte te voorkomen.

Strikt gezien valt een vaccinatieplicht onder vaccinatieplicht, in de zin dat ook hier ouders opties ontnomen worden, maar strafrechtelijke vervolging en de mogelijkheid van een 'strafblad' gaan een stap verder dan slechts feitelijke opties ontnemen. Hetzelfde geldt voor een vaccinatieplicht die gekoppeld is aan de toegang tot onderwijs, omdat, gegeven de schoolplicht, ouders geen reële mogelijkheid hebben om vaccinatie te ontlopen.<sup>15</sup> Om deze reden grijpen deze maatregelen verder in in de keuzevrijheid van ouders. Het onderscheid tussen deze drie vormen is van belang omdat bepaalde ethische of juridische

12 Koninklijk Besluit van 26 oktober 1966, nr. 1966102605, p. 12111, meest recent gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 22 september 2000.

13 Lamiat Sabin, 'Benefits to Be Cut for Australian Parents Who Reject Childrens' Vaccines in "No Jab, No Pay" Plan,' *The Independent*, 20 April 2015.

14 Dorit Rubenstein Reiss en Lois A. Weithorn, 'Responding to the Childhood Vaccination Crisis: Legal Frameworks and Tools in the Context of Parental Vaccine Refusal,' *Buffalo Law Review* 63 (2015): 967-68.

15 Een alternatieve benadering is om niet-gevaccineerde kinderen wel de toegang tot de kinderopvang te ontfemen, maar niet tot de school, in de hoop dat deze maatregel toch al voldoende ouders aanzet om te vaccineren.

bezwaren, die wel tegen een vaccinatieplicht of vaccinatiedwang kunnen worden ingebracht, niet relevant zijn voor een vaccinatiedrang.

#### 4. Botsende grondrechten

Juridische discussies over vaccinaties en vaccinatieplichten staan meestal in de sleutel van botsende grondrechten. Artikel 2 EVRM stelt dat het recht van eenieder op leven wordt beschermd door de wet. Dit recht gelast niet alleen dat de staat zich moet onthouden van het opzettelijk en onrechtmatig van het leven beroven van personen, maar ook om passende maatregelen te nemen om het leven van de personen binnen zijn rechtsgebied te beschermen.<sup>16</sup> Artikel 22 Grondwet verplicht de overheid om maatregelen te nemen om de volksgezondheid te bevorderen. Deze overheidsbemoeienis met de volksgezondheid is gebaseerd op twee uitgangspunten: de overheid heeft de taak om de bevolking en het maatschappelijk leven te beschermen, en moet daarbij streven naar een rechtvaardige verdeling van zorg. Op basis van deze uitgangspunten hebben publieke vaccinatieprogramma's als doel om de bevolking en het maatschappelijk leven te beschermen tegen ernstige infectieziekten. Het tegengaan van besmettelijke ziekten wordt van oudsher beschouwd als een klassieke overheidstaak. Deze taak wordt ook onderschreven in internationale conventies. Artikel 12 van het *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR) stelt dat 'The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health' en dat 'The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for: (...) the prevention, treatment and control of epidemic, endemic, (...) and other diseases.'

Omdat het huidige Rijksvaccinatieprogramma vrijwillig is, gaat de Nederlandse jurisprudentie over vaccinatie vooral over conflicten tussen ouders en vragen van vervangende toestemming door instellingen die toezicht uitoefenen. Artikel 1:253a BW stelt dat bij onenigheid bij ouders de rechtbank een zodanige beslissing moet nemen als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt. Aernout Nieuwenhuis concludeert dat uit de jurisprudentie blijkt dat de Nederlandse rechter het standpunt van het RIVM en de regering gewoonlijk overneemt, en niet ter discussie stelt dat het Rijksvaccinatieprogramma zonder wezenlijke risico's kan worden gevolgd.<sup>17</sup> In gevallen van onenigheid tussen (gescheiden) ouders over de vraag of een kind gevaccineerd moet worden, volgt de rechter stevast het schema zoals vastgelegd in het Rijksvaccinatieprogramma.<sup>18</sup>

Als de overheid meer verplichtende wetgeving zou gaan invoeren, zal dit nieuwe juridische discussies genereren. In de jurisprudentie worden gewoonlijk drie grondrechten aangehaald die meer verplichte vaccinatieprogramma's in de weg zouden staan: het recht op leven (art. 2 EVRM), het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (art. 8 EVRM), en de vrijheid van religie en geweten (art. 9 EVRM). Deze worden hieronder besproken. Een

16 L.C.B. v. the United Kingdom, App. no. 14/1997/798/1001 (ECtHR, 9 June 1998), §36.

17 Aernout Nieuwenhuis, 'Het weigeren van bloedtransfusies en vaccinaties op grond van godsdienstige motieven. Een grondrechtelijk perspectief', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 8, no. 3 (2017): 37, 38.

18 Zie bijvoorbeeld deze recente uitspraak van Hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2019:331 van 30 januari 2019).

inmenging van de staat in de uitoefening van één van deze rechten is alleen toegestaan als aan drie criteria is voldaan. Het moet een inmenging bij of krachtens de wet zijn: er moet een wet in formele zin zijn die deze beperking rechtvaardigt, de inmenging moet gerechtvaardigd zijn in termen van de beperkingsclausule zoals geformuleerd in lid 2 van het desbetreffende EVRM-artikel (de legitimiteitstoets van het doel), en het derde criterium is dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving: het middel moet bijdragen aan het doel (de proportionaliteitstoets van het middel).

#### 4.1. Artikel 2 EVRM: recht op leven

Er zijn twee vaccinatie-gerelateerde zaken voor de Commissie (voorganger van het Hof) geweest waarin eisers een beroep doen op schending van artikel 2 EVRM.<sup>19</sup> In beide gevallen concludeerde de Commissie dat kindervaccinaties, verplicht of niet, niet in strijd zijn met dit het recht op leven. In twee recente zaken, die nog onder behandeling zijn bij het Europese Hof en aangespannen zijn door ouders van niet-gevaccineerde kinderen die de toegang tot de kinderopvang was ontzegd, heeft het EHRM de klachten van schending van artikel 2 niet-ontvankelijk verklaard, en alleen de claim van schending van artikel 8 en 9 in behandeling genomen.<sup>20</sup> Dit is niet vreemd, de positieve verplichting die uit artikel 2 volgt, draagt de staat op om adequate maatregelen te treffen om het recht op leven te beschermen.<sup>21</sup> Dit impliceert ook dat de staat beschermend moet optreden als het recht op leven in gevaar komt door handelingen van derden.<sup>22</sup> Claims van ouders dat vaccinatieprogramma's van de staat een schending van artikel 2 opleveren, staan haaks op de onderliggende gedachte van deze positieve plicht. Op basis hiervan concludeert Carmelli dat artikel 2 EVRM juist impliceert dat de staat ervoor moet zorgen dat iedereen zonder contra-indicatie gevaccineerd is, om via groepsbescherming de rechten en vrijheden te beschermen van hen die om medische redenen zichzelf niet kunnen laten vaccineren.<sup>23</sup> Op basis hiervan concludeer ik dat een beroep op schending van artikel 2 EVRM geen doel treft als argument tegen vaccinaties uit standaardprogramma's zoals het Nederlandse Rijksvaccinatieprogramma.

#### 4.2. Artikel 8 EVRM: onaantastbaarheid van het lichaam

Artikel 11 Grondwet beschermt het recht op onaantastbaarheid van het lichaam. Artikel 8 EVRM beschermt het recht op respect voor privéleven, waaronder de fysieke en morele integriteit van de persoon moet worden begrepen.<sup>24</sup> De Commissie en later het Hof hebben vastgesteld dat 'even minor medical treatment against the patient's will must be regarded as an interference with the right to respect for private life.'<sup>25</sup>

19 Association X v. the United Kingdom, App. no. 7154/75 (Commission Decision, 12 July 1978) en Boffa and Others v. San Marino, App. no. 26536/95 (Commission Decision, 15 January 1998).

20 Novotna v. Czech Republic 94 & Hornych v. Czech Republic, p. 95.

21 Oneryildiz v. Turkey, App. no. 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004), §89.

22 Osman v. the United Kingdom, App. no. 87/1997/87/1083 (ECtHR, 28 October 1998), §115.

23 Francesca Camilleri, 'Compulsory Vaccinations for Children: Balancing the Competing Human Rights at Stake', *NQHR* (online first, 11 juli 2019, <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0924051919861797>): p. 21.

24 X and Y v. the Netherlands, App. no. 8978/80 (ECtHR, 26 March 1985), §22.

25 Acmanne and Others v. Belgium, p. 255, vgl. Y.F. v. Turkey, App. no. 24209/94 (ECtHR, 22 July 2003), §33.



En wettelijke vaccinatieplicht wordt door het Hof (en werd eerder door de Commissie) gezien als zo'n inperking van artikel 8 EVRM. Tegelijkertijd stelde de Commissie in de Boffa-zaak dat zo'n inbreuk gerechtvaardigd is in termen van de beperkingsclausule. Zo'n plicht is nodig ter bescherming van de gezondheid van het publiek en de betrokken personen en omdat ze beantwoordt aan een dringende sociale behoefte (*pressing social need*). Ook lijkt zo'n vaccinatieplicht de proportionaliteitstoets te doorstaan: 'Necessary [in a democratic society] ... implies the existence of a 'pressing social need' for the interference in question.'<sup>26</sup> De Commissie concludeert dat collectieve campagnes als het RVP, 'which oblige the individual to defer to the general interest and not to endanger the health of others where his own life is not in danger, does not go beyond the margin of appreciation left to the State.'<sup>27</sup> In latere uitspraken volgt het Hof deze lijn.<sup>28</sup> Op dit moment loopt er een proces voor het EHRM waarin verschillende zaken tegen Tsjechië zijn gecombineerd.<sup>29</sup> Hierin vechten ouders een boete aan die ze hebben gekregen omdat ze hun schoolgaande kinderen niet hebben gevaccineerd. Ook hier wordt geconcludeerd dat de vrijheden zoals vastgelegd in artikel 8 EVRM zijn ingeperkt; het Hof moet zich nog uitspreken of in deze gevallen de inperking legitiem is.

Maar aangezien de Nederlandse voorstellen veel minder ver ingrijpen dan de in deze paragraaf besproken gevallen, verwacht ik niet dat ze in strijd zijn met artikel 8 EHRM. Immers, in de 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. Om deze reden zal ik een mogelijke schending van artikel 8 EVRM niet verder meenemen in deze analyse van de Nederlandse voorstellen, omdat deze slechts aan de toegang tot de kinderopvang gekoppeld zijn. De kans op schending van artikel 8 EHRM zou al groter zijn indien de vaccinatieplicht gekoppeld zou zijn aan de toegang tot onderwijs, of als vaccinatieweigering strafrechtelijke gevolgen zou hebben omdat zulke maatregelen de vrijheid van ouders veel meer inperken.

#### 4.3. Artikel 9 EVRM: vrijheid van godsdienst en levensovertuiging

Veel inentingen uit het Rijksvaccinatieprogramma worden al in de eerste levensjaren gegeven, de eerste BMR-combinatievaccinatie in de 14<sup>e</sup> maand. Het feit dat kinderen zelf nog niet welbewust een keuze kunnen maken om al dan niet gevaccineerd te worden, maakt dat deze keuze door anderen gemaakt moet worden – ouders of de overheid. Het gaat dus niet om de integriteit van de persoon die het recht claimt – de ouder – maar om die van het kind, dat nog geen oordeel kan hebben over de aanvaardbaarheid van vaccinatie. De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, en het daaruit afgeleide recht van ouders om hun kinderen in lijn met hun eigen idee van het goede leven op te voeden is vastgelegd in artikel 9 EVRM. Een groot deel van de huidige ouders die hun kinderen niet laten inenten

26 Council of Europe (2018) Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence. [www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf), p. 18.

27 Boffa §34-35.

28 M.A.K. and R.K. v. the United Kingdom §§49, 62; Solomakhin v. Ukraine.

29 App. no. 47621/13, Pavel Vavříčka against the Czech Republic and 5 other requests.

zullen dat niet (meer) doen op religieuze gronden. Hun bezwaren zullen vaak voortvloeien uit een integrale levenshouding die als 'levensbeschouwing' kan worden geduid. In een recent advies stelt het College voor de Rechten van de Mens 'dat artikel 9 EVRM niet alleen de godsdienstvrijheid, maar ook de gewetensvrijheid beschermt. In geval van niet-religieuze ouders met bezwaren tegen inenten zou gesproken kunnen worden van een inbreuk op die gewetensvrijheid.'<sup>30</sup>

Het recht van ouders om hun kinderen in lijn met hun eigen idee van het goede leven op te voeden is op verschillende plekken vastgelegd. In artikel 18 lid 4 IVBPR (Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten), is de plicht van de staat vastgelegd om de vrijheid van de ouders te eerbiedigen om de godsdienstige en morele opvoeding van hun kinderen overeenkomstig hun eigen levensovertuiging te verzekeren. Artikel 2 Eerste Protocol EVRM legt het recht van de ouders vast om opvoeding en onderwijs overeenkomstig hun eigen overtuiging te verzekeren. Dit recht kan ook de keuzevrijheid van ouders omvatten om een kind al dan niet te vaccineren.

#### 4.4. AWGB: het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht

Artikel 9 EVRM is geïncorporeerd in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht. Het weigeren van niet-gevaccineerde kinderen mag geen verboden direct of indirect onderscheid opleveren op grond van godsdienst, levensovertuiging of een andere grond zoals vastgelegd in artikel 1 AWGB. Van indirect onderscheid is sprake indien 'een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging (...) in vergelijking met andere personen bijzonder treft.'<sup>31</sup> Het maken van een indirect onderscheid is niet verboden als dit onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel voldoen aan de eisen van passendheid, subsidiariteit en proportionaliteit.<sup>32</sup>

#### 4.5. Conclusie

In deze paragraaf is geconcludeerd dat de Nederlandse voorstellen voor een meer dwingend vaccinatiebeleid niet in strijd lijken te zijn met de artikelen 2 en 8 EVRM. Maar als een staat bij wetgeving de vrijheid van godsdienst en geweten van niet-vaccinerende wil inperken door (kinderdagverblijven de mogelijkheid te geven) hen te uit te sluiten van kinderopvang kan dit in strijd komen met artikel 9 EVRM en het daaruit volgende gelijkebehandelingsrecht. Aangezien de voorstellen óf als wet zijn geformuleerd – wetsvoorstel Raemakers – óf goed als wet in formele zin kunnen worden geformuleerd – voorstel Verweij & Pierik – kunnen ze de eerste formele toets doorstaan. In de komende paragrafen zal ik de beide voorstellen beoordelen aan de hand van de legitimiteitstoets van het doel en de proportionaliteitstoets van het gekozen middel. De eerste toets beoordeelt of het doel gerechtvaardigd is in termen van de beperkingsclausule zoals geformuleerd in artikel 9 lid 2 EVRM: het belang van de openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Voor wat betreft de proportionaliteitstoets heeft het Europese Hof vastgesteld dat de term 'in een democratische samenleving noodzakelijk' impliceert dat 'the measure must corres-

30 College, p. 2.

31 Art. 1 lid 1 onder c AWGB.

32 Art. 2 lid 1 AWGB.



pond to a pressing social need, must be proportionate to the legitimate aim pursued and must be justified by relevant and sufficient reasons'.<sup>33</sup> Het College vertaalt deze eis gewoonlijk als 'middelen die voor het bereiken van het doel passend en noodzakelijk zijn'.<sup>34</sup> In recente jurisprudentie interpreteert het College een middel als 'passend' indien het 'kan bijdragen aan het bereiken van het doel'.<sup>35</sup> Het Europese Hof hanteert hierbij een *margin of appreciation* – de staat die artikel 9 EVRM wil inperken moet aantonen dat het doel legitiem is (de legitimiteitstoets uit de vorige paragraaf); dat het doel niet met minder ingrijpende middelen bereikt kan worden (subsidiariteit); dat het middel redelijk is en er een goede afweging is gemaakt tussen het belang dat met het middel wordt nagestreefd en de belangen van andere belanghebbende partijen.<sup>36</sup> De bewijsplicht ligt bij de staat die artikel 9 EVRM wil inperken en dit bewijs moet waar nodig onderbouwd worden door (wetenschappelijke) deskundigheid.

## 5. Raemakers: bevorderen keuzevrijheid ouders

Op 2 oktober 2018 heeft Kamerlid Rens Raemakers (D66) een voorstel van wet ingediend dat kindercentra de mogelijkheid geeft om kinderen te weigeren die niet zijn ingeënt conform het Rijksvaccinatieprogramma (hierna kortheidshalve aangeduid als niet-ingeënte kinderen). De voorgestelde wijziging behelst het opnemen van artikel 1.49a lid 1 in de Wet kinderopvang:

'De houder van een kindercentrum kan bepalen dat uitsluitend of nagenoeg uitsluitend personeel in dienst wordt genomen en kinderen worden toegelaten die aantoonbaar deelnemen aan het vaccinatieprogramma, genoemd in artikel 6b, eerste lid, van de Wet publieke gezondheid.'<sup>37</sup>

Het wetsvoorstel komt voort vanuit de overweging 'dat het in het belang van de keuzevrijheid van ouders wenselijk is om de Wet kinderopvang zodanig te wijzigen dat het voor ouders kenbaar kan zijn wat het beleid van kindercentra is met betrekking tot het al dan niet toelaten van kinderen die niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma'.<sup>38</sup> Deze ouders 'gaan ervan uit dat het in het belang van hun kinderen is als zij hen naar kindercentra kunnen laten gaan waarop uitsluitend gevaccineerde kinderen worden toegelaten'.<sup>39</sup> Het gaat dan vooral om de kinderen die niet tegen mazelen beschermd zijn tot ze in hun 14<sup>e</sup> maand de BMR-vaccinatie krijgen. Alhoewel er al kindercentra zijn die zo'n beleid

33 Kokkinakis v. Greece, App. no. 14307/88 (ECtHR, 25 May 1993), §49.

34 Art. 1 lid 2 AWGB.

35 Zie onder meer College voor de Rechten van de Mens, oordeel 2018-40, van 26 april 2018.

36 Het College volgt een vergelijkbare redenering indien een private partij een indirect onderscheid wil maken op basis van godsdienst of levensovertuiging.

37 *Kamerstukken II 2018/19, 35049, 2, p. 1* (Voorstel van wet van het lid Raemakers tot wijziging van de Wet kinderopvang teneinde te bevorderen dat ouders kunnen kiezen tussen kindercentra die wel of niet kinderen toelaten die niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Nr. 2: Voorstel van wet).

38 Voorstel van wet, p. 1.

39 *Kamerstukken II 2018/19, 35049, 5* (memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de afdeling advisering van de Raad van State) p. 2, hierna kortheidshalve aangeduid als: memorie van toelichting.

hebben, zijn veel houders van kinderdagverblijven vooralsnog terughoudend vanwege eventuele juridische gevolgen. Het is dus ook in hun belang dat er duidelijkheid ontstaat over de vraag of zij in hun recht staan wanneer ze niet-gevacceerde kinderen weigeren.<sup>40</sup>

### 5.1. Legitimitiestoets van het doel

In de memorie van toelichting schrijft Raemakers: ‘Het wetsvoorstel leidt niet tot een beperking van de vrijheid van godsdienst. Het belemmert op geen enkele wijze ieders vrijheid om, waar het gaat om het al dan niet laten vaccineren van kinderen en het gebruik maken van de diensten van een kindercentrum, te handelen overeenkomstig zijn geweten en godsdienstige overtuiging.’<sup>41</sup> Of dit nu klopt of niet maakt niet uit, want dit is juridisch niet de meest relevante overweging. Als de overheid de vrijheid van ouders wil beperken met wetgeving die kinderdagverblijven toestaat hun niet-ingeënte kinderen te weigeren, en daardoor onderscheid maakt op godsdienst of levensovertuiging, kan dit alleen op basis van een wettelijke regeling zijn die deze beperking rechtvaardigt. Het probleem is dat de expliciet geformuleerde doelstelling, het bewerkstelligen van transparantie die bijdraagt aan de keuzevrijheid van ouders, moeilijk in verband te brengen is met een van de legitieme doelen zoals opgesomd in de beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM, waarmee het ook een indirect onderscheid maakt in de zin van artikel 1 AWGB. Hiermee lijkt het wetsvoorstel al meteen in zwaar weer te zitten. Het College suggereert een mogelijk oplossing via ‘de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’:

‘Maar dan zou de memorie van toelichting ten minste een betoog moeten bevatten over het fundamentele karakter van deze ouderlijke vrijheid om te kiezen voor een kindercentrum met een geringer besmettingsgevaar. Is deze keuzevrijheid van grond- of mensenrechtelijke aard? Zijn eventueel verdragsrechtelijke argumenten aan te voeren die het belang van deze keuzevrijheid onderstrepen? Zo’n betoog ontbreekt vooralsnog.’<sup>42</sup>

Een nadere uitwerking van deze rechtvaardiging voor het wetsvoorstel kan volgens het College gezocht worden in artikel 24 lid 2(e) van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind. Het VN-Kinderrechtencomité leest in dit artikel een zorgplicht voor de overheid om ouders goed te informeren over factoren die van invloed zijn op de gezondheid van hun kind en een faciliterende omgeving te bewerkstelligen waarin ouders geïnformeerde keuzes kunnen maken inzake de gezondheid van hun kind, en waarin gezondheidsbevorderend gedrag wordt gestimuleerd.<sup>43</sup> Maar het College stelt ook dat het Kinderrechtencomité deze zorgplicht formuleert in een hele andere context dan de voorliggende: die van acute en zeer ernstige gezondheidsbedreigingen, zoals het verspreiden van hiv/aids en andere levensbedreigende ziekten. Het College is er dus niet van overtuigd dat deze zorgplicht een rechtvaardiging biedt voor Raemakers’ wetsvoorstel. Een sterkere rechtvaardiging biedt volgens het College het in artikel 9 EVRM genoemde legitieme doel

40 Memorie van toelichting, p. 2.

41 Memorie van toelichting, p. 3.

42 College, p. 4.

43 CRC *General Comment 15*, zoals geciteerd in College, p. 5.

‘bescherming van de gezondheid’ – een link die in het voorliggende wetsvoorstel opvallend genoeg niet wordt gelegd.

‘Indien zou worden aangegeven dat het wetsvoorstel beoogt de bescherming van de gezondheid te dienen, zal echter wel moeten worden beargumenteerd dat het weren van niet-ingeënte kinderen uit kindercentra tegemoetkomt aan een dwingende maatschappelijke noodzaak en een proportionele maatregel vormt om de gezondheid van de andere kinderen binnen het kindercentrum te beschermen.’<sup>44</sup>

Naar aanleiding van dit advies heeft de initiatiefnemer in de aangepaste memorie van toelichting wel de hierboven genoemde zorgplicht aangehaald, maar deze niet verbonden aan het legitieme doel van bescherming van de gezondheid.<sup>45</sup> De zorgplicht wordt alleen verbonden aan het oorspronkelijke doel om ouders keuzevrijheid te geven, zodat met deze aanpassing de kritiek van het College geenszins gepareerd wordt. Ook met deze gewijzigde memorie van toelichting is het beoogde doel van transparantie en keuzevrijheid onvoldoende om als objectieve rechtvaardigingsgrond te gelden voor de inperking van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Opvallend is ook dat de Raad van State nadrukkelijk aangeeft dat het primaire maatschappelijke probleem niet ligt bij de vaccinatiegraad in een specifiek kinderdagverblijf, maar in de afnemende vaccinatiegraad op samenlevingsniveau. Het primaire doel van beleid zou dus moeten zijn het op peil brengen van de vaccinatiegraad in Nederland. De initiatiefnemer wijst deze suggestie echter van de hand:

‘Verhoging van de vaccinatiegraad is echter – hoe wenselijk ook – niet het doel van het wetsvoorstel. Dat voorstel moet dus naar de mening van de initiatiefnemer ook niet in dat perspectief worden gezien.’<sup>46</sup>

### 5.2. *Proportionaliteitstoets van het middel*

Het College en de Raad van State zijn ook kritisch ten aanzien van de proportionaliteitstoets. In zijn advies constateert het College dat op basis van de door de initiatiefnemer aangeleverde informatie geen uitspraak kan worden gedaan over de passendheid, subsidiariteit en proportionaliteit van de maatregel. Deze bewijslast ligt bij de initiatiefnemer, omdat zijn voorstel het maken van een indirect onderscheid op basis van religie of geweten betekent. Hij zal moeten aantonen, onderbouwd met argumenten van relevante deskundigen, dat ‘het middel kan bijdragen aan het bereiken van het doel’ van de bescherming van de gezondheid.<sup>47</sup> Alleen dan ontstaat een situatie waarin de objectieve rechtvaardigingstoets voor het maken van dit onderscheid op wetsniveau is uitgevoerd en vastgelegd. En alleen in dat geval zal het College deze wetsaanpassing als richtinggevend beschouwen in haar individuele oordelen over concrete gevallen waarbij een kinderdagverblijf een ongevacineerd kind heeft geweigerd.<sup>48</sup>

44 College, p. 5.

45 Raad van State, p. 7-8.

46 Reactie Initiatiefnemer, in Raad van State, p. 11.

47 Het College verwijst hier naar haar formulering van deze eis in oordeel 2018-40 van 26 april 2018.

48 College, p. 7.

Er zijn goede redenen om nu al te concluderen dat het middel niet voldoet.<sup>49</sup> Het doel van het wetsvoorstel is om duidelijkheid te scheppen, in het belang van vaccinerende ouders die 'zich zorgen maken over de gevolgen van de dalende vaccinatiegraad voor de gezondheid van hun kinderen. Zij gaan ervan uit dat het in het belang van hun kinderen is als zij hen naar kindercentra kunnen laten gaan waarop uitsluitend gevaccineerde kinderen worden toegelaten.'<sup>50</sup> De gedachte is dat als ongevaccineerden worden uitgesloten daarmee de kans op een uitbraak binnen het kinderdagverblijf wordt uitgesloten – of op zijn minst significant wordt verkleind. Maar een ziekte als mazelen kan ook de opvang worden binnengebracht door een kind dat weliswaar regulier deelneemt aan het Rijksvaccinatieprogramma, maar nog te jong is voor de mazelenvaccinatie. De eerste maanden van hun leven zijn kinderen beschermd via de antistoffen van hun moeder.<sup>51</sup> Maar vanaf ongeveer hun vierde maand tot de BMR-vaccinatie in de 14e maand zijn deze baby's onbeschermd en kunnen ze de besmetting overal opdoen. 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.<sup>52</sup> Daarnaast zal in de huidige situatie een groot deel van de kinderen boven de 14 maanden al gevaccineerd zijn. De keuze van het kinderdagverblijf om alleen ingeënte kinderen toe te laten zal de veiligheid dus maar marginaal verhogen. Bij de indeling in *horizontale groepen* zitten de jongsten tot 12 à 15 maanden in één groep bij elkaar, gescheiden van de groep met oudere kinderen. De vaccinatiegraad in die jongste groep zal heel laag zijn, en één besmettelijk kind zal de ziekte op nagenoeg de hele groep overdragen. Bij de indeling in horizontale groepen zal het effect op de veiligheid door het uitsluiten van niet-ingeënte kinderen van 14 maanden dus nog weer kleiner zijn. In hun artikel over vaccinatiegraad in de kinderopvang concluderen Kloosterman en Hofstra:

'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. De kans dat er buiten een epidemie een ziek kind op de crèche verschijnt is überhaupt zeer klein.'<sup>53</sup>

Het uitsluiten van niet-gevaccineerde kinderen van 14 maanden en ouder heeft dus maar een marginaal effect op de besmettingskans in een kinderdagverblijf en biedt daarom slechts schijnveiligheid. De onderliggende oorzaak, de lage vaccinatiegraad, wordt niet aangepakt en mogelijk zelfs verergerd. Als vaccinerende ouders kunnen kiezen voor een kinderdagverblijf waar ongevaccineerden worden geweigerd, zullen er ook centra zijn waar de eis niet geldt, en waar alle kinderen van weigeraars en twijfelaars bij elkaar komen

49 Roland Pierik en Marcel Verweij, 'Vaccinatie op de kinderopvang. Een wetsvoorstel dat tekort schiet, en een alternatief,' *Nederlands Juristenblad* 94, no. 21/1199 (2019), p. 1530-1531.

50 Memorie van toelichting, p. 2.

51 Kloosterman en Hofstra, p. 22-23.

52 Kinderen gaan gemiddeld tussen de 11e en 13e week voor het eerst naar het kinderdagverblijf en blijven daar gewoonlijk tot hun 48e maand. Dit betekent dat ze 45 maanden in de kinderopvang zitten, waarvan dus ongeveer 10 maanden onbeschermd.

53 Kloosterman & Hofstra, p. 22. Raemakers ontkent ten onrechte de relevantie van dit onderzoek, maar de conclusies zijn niet alleen van belang voor de oorspronkelijke aanleiding van het artikel, de discussie over het bekendmaken van de vaccinatiegraad binnen een kinderdagverblijf, maar wel degelijk ook voor de voorliggende discussie.

te zitten. Een besmettelijke ziekte kan daar ongehinderd toeslaan, en zich vervolgens via de supermarkt, speelplaats, dierentuin of zwembad verder in de samenleving verspreiden. En op deze manier kan de ziekte ook via de onbeschermden kinderen tussen de 4 en 14 maanden oud worden binnengebracht in kinderdagverblijven waar niet-ingeënte kinderen worden geweigerd.

De conclusie is dat Raemakers' wetsvoorstel zowel de legitimiteitstoets als de proportionaliteitstoets van artikel 9 EVRM niet kan doorstaan en in strijd is met de AWGB.<sup>54</sup> De vraag is wat er zou gebeuren als het voorstel als wet wordt vastgesteld door de Staten-Generaal en geweigerde ouders gaan procederen. Het College heeft al expliciet aangegeven dit wetsvoorstel niet als richtinggevend te beschouwen in haar individuele oordelen over concrete gevallen.<sup>55</sup> Het zal de wetwijziging toetsen aan artikel 9 EVRM en de AWGB. Op basis van het advies dat het College heeft gegeven valt te verwachten dat de wetwijziging als onverenigbaar met het EVRM zal worden verworpen.

De ervaring leert dat het EHRM de legitimiteitstoets vaak zeer ruim interpreteert, zodat er weinig EHRM-jurisprudentie is waar de doelcriteria zo belangrijk zijn dat de rechtmatigheid van een beperking daarop strandt. Maar het Europese Hof geeft de Nederlandse rechter een *margin of appreciation*, en te verwachten is dat de Nederlandse rechter de adviezen van het College en de Raad van State als 'handreiking' zal opvatten bij uitspraken in individuele gevallen. Op basis hiervan valt te verwachten dat ook hier de wetwijziging als onverenigbaar met het EVRM zal sneuvelen, en het EHRM op basis van de *margin of appreciation* de Nederlandse rechtspraak ongemoeid laten.

## 6. Verweij & Pierik: geen kinderopvang voor niet-vaccinerende ouders

Marcel Verweij en ik hebben tijdens een hoorzitting in de Tweede Kamer een regeling voorgesteld die ik hier verder zal uitwerken.<sup>56</sup> Wij pleiten, in lijn met het beleid van de staatssecretaris, voor een tweesporenbeleid. Enerzijds bepleiten we dat zolang de afnemende vaccinatiegraad nog geen volksgezondheidsprobleem oplevert, de overheid primair moet inzetten op de bevordering van de vrijwillige vaccinatiebereidheid. Anderzijds moet de overheid nu al meer dwingend beleid vastleggen dat zal moeten ingaan zodra de vaccinatiegraad onder een welbepaalde minimumgrens zakt. Op dat moment moet de deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma verplicht worden gesteld als toegangseis voor *ieder kind op iedere kinderopvang*. Ouders kunnen op dit moment nog zonder enige consequentie het Rijksvaccinatieprogramma negeren. Het doel is het verhogen van de vaccinatiegraad in de populatie als geheel, zodra deze onder een minimumgrens dreigt te zakken. Kamerlid Hayke Veldman (VVD) heeft voorgesteld niet-vaccinerende ouders te korten op kinderbijslag of andere toeslagen, geïnspireerd door het Australische *no-jab-no-pay*-beleid.

54 Een ander probleem is dat de initiatiefnemer ten onrechte veronderstelt dat de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) niet van toepassing is op dit wetsvoorstel. Voor een analyse zie: Jenneke Evers, Roland Pierik en Marcel Verweij, 'De registratie van vaccinatiegegevens in de kinderopvang binnen het regime van de Algemene Verordening Gegevensbescherming,' *Privacy & Informatie* 22, nr. 4 (2019), p. 131-137.

55 College, p. 7.

56 Tweede Kamer, vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Hoorzitting Vaccineren, 21 januari 2019; zie ook Marcel Verweij & Roland Pierik, 'Kamer, wat gaan we doen als de vaccinatiegraad verder daalt?' *Trouw*, 6 februari 2019, p. 21.

Maar omdat dit voorstel nog niet concreet is uitgewerkt, en omdat het veel overeenkomsten vertoont met het voorstel van Verweij & Pierik, zal het hier niet apart worden besproken.

### 6.1. Legitimitiestoets van het doel

Dit voorstel kan worden gerechtvaardigd in termen van twee van de beperkingsclausules van artikel 9 EVRM, ‘de bescherming van de gezondheid’ en de ‘bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’ Een voorbeeld van die ‘rechten en vrijheden van anderen’ is artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Dit artikel stelt dat bij alle maatregelen die kinderen betreffen, voor staten de belangen van het kind steeds de eerste overweging (*primary consideration*) moeten vormen. In een toelichting schrijft het *Committee on the Rights of the Child*:

“The expression “primary consideration” means that the child’s best interests may not be considered on the same level as all other considerations. This strong position is justified by the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness. Children have less possibility than adults to make a strong case for their own interests and those involved in decisions affecting them must be explicitly aware of their interests. If the interests of children are not highlighted, they tend to be overlooked.”<sup>57</sup>

Dit verdrag stelt nadrukkelijk de rechten van het kind centraal, omdat kinderen wegens hun afhankelijke positie en hun juridische status niet dezelfde mogelijkheid hebben als volwassenen om voor hun belangen op te komen.<sup>58</sup> Artikel 6 IVRK erkent dat ieder kind het inherente recht op leven heeft, en dat staten de mogelijkheden tot overleven en de ontwikkeling van het kind maximaal moeten waarborgen. Artikel 24 IVRK erkent het recht van het kind op het genot van de grootst mogelijke mate van gezondheid, waarbij staten worden aangespoord om alle mogelijke maatregelen te nemen om kindersterfte terug te dringen, waarbij in een toelichting de bescherming tegen (door vaccinatie) vermijdbare ziekten expliciet wordt benoemd.<sup>59</sup>

De Raad van State betoogt in het Raemakers-advies dat de daling van de vaccinatiegraad een relevant maatschappelijk probleem is, en stelt dat de bescherming van de gezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, ‘die in het geding kunnen komen door de keuze van ouders om hun kind niet te laten vaccineren’, een legitiem doel is op basis waarop de staat inbreuk mag maken op de vrijheid van religie en geweten.<sup>60</sup> Ook het College voor de Rechten van de Mens geeft aan dat wetgeving met als doel de bescherming van de gezondheid en de rechten en vrijheden van anderen aan de legitimiteitseis zou kunnen voldoen: ‘Het doel zal in dat geval [moeten] liggen in de sfeer van de bescherming van de gezondheid door het voorkomen van besmetting van kwetsbare kinderen via niet-ingeënte kinderen.’ Het College beschouwt een dergelijk doel als legitiem:

57 Committee on the Rights of the Child, ‘Convention on the Rights of the Child – General Comment No. 14’, (2013), §37.

58 Nieuwenhuis, p. 32.

59 General Comment No. 7, §10.

60 Raad van State, p. 8.



‘het voorziet in een werkelijke behoefte, die wordt geïllustreerd door de actuele maatschappelijke discussie hierover, en heeft geen discriminerend oogmerk.’<sup>61</sup> Op basis hiervan concludeer ik dat ten minste het College en de Raad van State van mening zijn dat dit voorstel de legitimiteitstoets bij artikel 9 EVRM kan doorstaan.

### 6.2. Proportionaliteitstoets van het middel

In vergelijkbare contexten zijn dit soort maatregelen erg effectief gebleken. Zowel de kinderopvangmaatregelen in bijvoorbeeld Californië, Italië en Frankrijk als het Australische *no-jab-no-pay*-beleid hebben al snel tot een aanmerkelijke verhoging van de vaccinatiegraad geleid.<sup>62</sup> Deze maatregelen leidden aanvankelijk wel tot veel oproer van *antivaxxers*, maar kregen al snel politieke en maatschappelijke steun. In Californië hebben antivaxxers 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. Op basis hiervan kunnen we concluderen dat beide voorstellen voldoen aan de eis van ‘passendheid’.

Daarnaast voldoet het voorstel aan de eis van proportionaliteit: principiële weigeraars hebben nog steeds ruimte om af te zien van vaccinatie. Immers: niet alle ouders hoeven overtuigd te worden, want voor groepsbescherming volstaat een vaccinatiegraad van 95 procent. Vaccinatieweigeraars kunnen dan weliswaar geen gebruik maken van de kinderbijslag of kinderopvang, maar worden ook niet voor hun keuze strafrechtelijk vervolgd, en hun kinderen wordt de toegang tot onderwijs niet ontzegd. Ook draagt het tweesporenkarakter van de maatregel op een tweede manier bij aan het proportionele karakter. Zolang de afnemende vaccinatiegraad nog geen volksgezondheidsprobleem oplevert, moeten vrijwillige maatregelen om de vaccinatiebereidheid te vergroten optimaal benut worden. Ik ben het met de staatssecretaris eens dat met de intensivering van deze vrijwillige maatregelen zeker nog winst te behalen valt. Natuurlijk, deze indirecte bescherming is nooit 100% gegarandeerd, maar zolang een robuuste groepsbescherming kan worden gegarandeerd door vrijwillige programma’s, zijn meer verplichte maatregelen disproportioneel.

Maar als de vaccinatiegraad blijft dalen komt er een moment dat de collectieve bescherming tegen besmettelijke ziekten niet langer kan worden gegarandeerd, al is het niet eenvoudig om deze ondergrens precies vast te stellen. Ziekten verschillen in ernst en besmettelijkheid, en vaccins verschillen in werkingsduur en effectiviteit. Voor goede collectieve bescherming tegen de zeer besmettelijk mazelen is een hogere vaccinatiegraad nodig dan voor, bijvoorbeeld, hepatitis-B. Het bepalen van de ondergrens is daarnaast ook

61 College, p. 6.

62 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. D’Ancona, Fortunato et al. (2019), ‘The Law on Compulsory Vaccination in Italy: An Update by 2 Years after the Introduction.’ *Euro Surveillance* 24, no. 25: 1900371; Lévy-Bruhl, Daniel et al. (2019), ‘Assessment of the Impact of the Extension of Vaccination Mandates on Vaccine Coverage after 1 Year, France.’ *Euro Surveillance* 24, no. 26: 1900301.

lastig omdat de vaccinatiegraad geografisch nogal verschilt. In Nederland hebben nu 93,8 procent van alle kinderen onder de twee jaar het BMR-vaccin gehad, dus het risico op een mazelenuitbraak lijkt gering. Maar er zijn duidelijk lokale verschillen in het infectierisico: in de Utrechtse binnenstad is de vaccinatiegraad maar 90 procent en in de gemeente Neder-Betuwe maar 51,3 procent. Tegelijkertijd valt te verwachten dat gemeenschappen met een traditioneel lage vaccinatiegraad door de laatste mazelenuitbraken getroffen zijn. Hierdoor hebben veel inwoners van deze gemeenten de ziekte doorlopen, zijn daardoor beschermd en dragen dus ongevacineerd toch bij aan de groepsbescherming.

Al deze factoren bemoeilijken de beantwoording van de vraag wat de ondergrens van de vaccinatiegraad is. Tegelijkertijd kan de politiek zich niet meer veroorloven om geen antwoord te geven. Het ontbreken van een visie hierop ondermijnt het vertrouwen in de overheid van ouders die zich zorgen maken over de verder dalende vaccinatiegraad en de risico's voor hun kind. Instituten als het RIVM en de Gezondheidsraad kunnen adviseren: ze zijn goed in staat om op basis van de huidige wetenschappelijke kennis het risico op een uitbraak bij verschillende vaccinatiepercentages vast te stellen. Ook kent het RIVM op postcodeniveau de vaccinatiegraad in Nederland. Op basis van deze wetenschappelijke kennis en feitelijke informatie moet de politiek een normatieve keuze maken: welk risico op een uitbraak vinden wij als politieke samenleving onaanvaardbaar? Staatssecretaris Blokhuis hield lang zijn kruut droog onder het motto 'in de politiek geven we geen antwoord op *wat-als*-vragen'. Maar in een recent Kamerdebat gaf hij aan open te staan voor zo'n tweesporenbeleid: 'Ik [heb] het RIVM gevraagd te kijken naar de ondergrens per vaccinatie, opdat ik weet wanneer er echt risico's ontstaan als gevolg van een te lage vaccinatiegraad (...) en ik wil daarbij ook verdergaande maatregelen betrekken.'<sup>63</sup>

De overheid moet nu al beleid formuleren om voorbereid te zijn als de vaccinatiegraad onder de minimumgrens zakt en een risico voor de volksgezondheid gaat vormen. Zodra de vaccinatiegraad onverantwoord laag wordt, moet deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma een verplichte voorwaarde zijn voor toegang voor *ieder kind op iedere kinderopvang*.

Aangezien het moeilijk te voorspellen is wanneer en waar een uitbraak precies zal plaatsvinden, wordt het *voorzorgsbeginsel* van belang. Dit beginsel wordt toegepast als beslissingen moeten worden genomen in een context van onzekerheid, met als doel om bedreigingen van ernstige of onomkeerbare schade te vermijden.<sup>64</sup> De overheid moet niet wachten met het invoeren van meer verplichtende maatregelen totdat ziekten zijn uitgebroken, maar moet gezondheidsschade als gevolg van uitbraken voorkomen. Het is onvermijdelijk dat dergelijke beslissingen in een context van onzekerheid worden genomen, en daarom kan het gebrek aan volledige wetenschappelijke zekerheid geen reden zijn om van een dergelijke beslissing af te zien.

Op basis hiervan kan de volgende conclusie worden getrokken. Een maatregel als het verplicht stellen van vaccinatie in de kinderopvang is gerechtvaardigd indien dit nodig is om een op handen zijnde uitbraak van een ernstige, besmettelijke ziekte te voorkomen.

63 *Handelingen Tweede Kamer* 2018/19, nr. 54, item 9, p. 1.

64 Roel Pieterman en Tobias Arnoldussen, 'Het voorzorgsbeginsel: over ideologie en onzekerheid,' *Rechtstheorie en Rechtsfilosofie*, nr. 3 (2008); Gary E. Marchant, 'From general policy to legal rule: aspirations and limitations of the precautionary principle,' *Environmental Health Perspectives* 111, no. 14 (2003); Cass R. Sunstein, *Laws of fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

## 7. Commissie kinderopvang en vaccinatie

In december 2018 hebben de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de *Commissie kinderopvang en vaccinatie* ingesteld die in juli 2019 met haar eindrapport kwam.<sup>65</sup> De commissie benadrukt: ‘de gedaalde vaccinatiegraad is een maatschappelijk probleem dat niet alleen speelt in de kinderopvang (onrust onder ouders, houders en pedagogisch medewerkers). Het betreft in de kern een publieke taak, namelijk de volksgezondheid.’<sup>66</sup> De commissie concludeert dat dit om een normstellende overheid vraagt die het voortouw neemt, expliciet aangeeft dat alle kinderen in principe gevaccineerd moeten worden, en helderheid verschaft naar kinderopvangorganisaties ten aanzien van de regels die zij kunnen hanteren in relatie tot de vaccinatiestatus van kinderen.<sup>67</sup>

De voorstellen in dit rapport komen op twee centrale punten sterk overeen met de benadering zoals voorgesteld door Verweij & Pierik. Ten eerste worden er ook verschillende scenario’s geschetst, in dit geval een driesporenbeleid: groen, oranje en rood. *Groen* bij stabiele landelijke vaccinatiegraad van 95% of hoger, waarbij de primaire taak van de overheid is om de stabiele situatie zo goed mogelijk te consolideren.<sup>68</sup> *Oranje* bij een dalende landelijke vaccinatiegraad waarbij de ondergrens nog niet is bereikt. In deze situatie moet de overheid uitstralen dat meer ingrijpende verplichtingen niet worden geschuwd indien de vaccinatiegraad nog verder zou dalen. Ook moet de overheid ouders die hun kinderen (nog) niet laten vaccineren, uitnodigen voor een gesprek.<sup>69</sup> *Rood* zodra de vaccinatiegraad gedaald is onder een door de overheid vastgestelde kritieke (onder)grens. Op dat moment moet de overheid deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma wettelijk verplichten als voorwaarde voor toegang tot de kinderopvang. De commissie beveelt daarnaast aan dat de overheid nu al de wetgeving in voorbereiding moet nemen die hiervoor nodig is.<sup>70</sup> Deze voorstellen zijn een tweede overeenkomst met het voorstel van Verweij & Pierik.

Tegelijkertijd worden de voorstellen van Raemakers en Veldman nadrukkelijk en expliciet afgewezen.<sup>71</sup> Het voorstel van Raemakers wordt afgewezen omdat dit de primaire verantwoordelijkheid niet bij de overheid legt, maar bij houders in de kinderopvang. Het doel van Raemakers’ voorstel, het vergroten van de keuzevrijheid van ouders, is onvoldoende sterk als rechtsgrond om een inbreuk op rechten van andere ouders te rechtvaardigen. Zorgen van ouders over een afnemende vaccinatiegraad zijn in zichzelf onvoldoende reden om wettelijke maatregelen te rechtvaardigen. Invoering van deze maatregelen vergt op zijn minst een wetenschappelijke onderbouwing waaruit blijkt dat er sprake is van een dusdanig gevaar voor de gezondheid dat de maatregelen gerechtvaardigd zijn. Maar zodra dit aangetoond is, is het de verantwoordelijkheid van de overheid, en niet van de kinderop-

65 Commissie kinderopvang en vaccinatie, *Prikken voor elkaar. Kinderopvang en vaccinatie: een zorg van overheid en maatschappij*. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2019, hierna kortheidshalve aangeduid als: *Prikken voor elkaar*.

66 *Prikken voor elkaar*, p. 4.

67 *Prikken voor elkaar*, p. 4, p. 10.

68 *Prikken voor elkaar*, p. 24.

69 *Prikken voor elkaar*, p. 21-22.

70 *Prikken voor elkaar*, p. 25-26.

71 *Prikken voor elkaar*, p. 32-33.

vang, om maatregelen te treffen, bijvoorbeeld de eerdergenoemde verplichte algemene deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma als voorwaarde voor toegang tot de kinderopvang.

Het kinderbijslagvoorstel van Hayke Veldman (VVD) wordt ook door de commissie afgevoerd, omdat de kinderbijslag primair bedoeld is als bijdrage van de overheid aan de kosten die horen bij de opvoeding van een kind. Wanneer vaccinatie wordt gekoppeld aan het korten op de kinderbijslag, druist dit in tegen het principe van doelbinding omdat daarmee een ander doel gediend wordt dan het doel waarvoor de toeslagen bedoeld zijn. De commissie is van mening dat het met terugwerkende kracht stellen van aanvullende voorwaarden aan de kinderbijslag een oneigenlijk middel is om het doel van meer vaccinaties te bereiken.<sup>72</sup>

## 8. Conclusie

In dit artikel zijn twee voorstellen van wet geanalyseerd in de context van de relevante EVRM-regelgeving en -jurisprudentie. Geconstateerd werd dat het wetsvoorstel van Rens Raemakers (D66) zowel de legitimiteitstoets als de proportionaliteitstoets niet kan doorstaan. Dit impliceert, zelfs als het voorstel als wet zou worden aangenomen, dat er juridisch niets verandert. Het College voor de Rechten van de Mens concludeert dat met dit voorstel de objectieve rechtvaardigingstoets niet voldoende op wetsniveau is uitgevoerd en vastgelegd. Hierdoor kunnen ouders die door een kinderdagverblijf worden geweigerd omdat ze niet vaccineren nog steeds een zaak aanhangig maken bij het College of de rechter. Sterker nog, zelfs als het wetsvoorstel niet wordt aangenomen staan geweigerde ouders sterker omdat de rechter het advies van het College en de Raad van State als handreiking zal gebruiken.

Het voorstel van Verweij & Pierik kan de legitimiteitstoets wel doorstaan. Het doel is de verhoging van de vaccinatiegraad, wat zowel door het College, de Raad van State als het Europese Hof onder omstandigheden beschouwd wordt als een legitieme maatregel ter bescherming van de gezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De maatregel, het koppelen van vaccinatie aan toegang tot kinderopvang zal ook bijdragen aan het bereiken van het gestelde doel, zoals op andere plekken – Australië, Frankrijk, Italië, Californië – al gebleken is.

72 Prikken voor elkaar, p. 32-33.