

Vervangende toestemming voor vaccinatie?

EB 2021/21

Op 6 januari 2021 is de vaccinatiecampagne van de Nederlandse overheid tegen het COVID-19-virus gestart. In de komende maanden zullen alle Nederlanders op enig moment een uitnodiging ontvangen om gevaccineerd te worden. Tot op heden is er echter voor het vaccineren van kinderen nog niks geregeld: zij komen in de vaccinatieplannen niet voor. Of kinderen (met onderliggend lijden) ook in aanmerking komen voor een coronavaccin, zal wellicht binnenkort duidelijk worden, aangezien een advies hierover van het OMT en de Gezondheidsraad verwacht wordt.² Als het advies zou worden om kinderen te vaccineren, zal dit ongetwijfeld discussies opleveren tussen ouders over het al dan niet laten inenten van hun kind. Welke (juridische) mogelijkheden heeft de ouder, die wil dat het kind gevaccineerd wordt?

1. Inleiding

Regelmatig verschijnt jurisprudentie over een ouder die zijn kind c.q. kinderen wil laten vaccineren. Indien sprake is van gezamenlijk gezag en de andere ouder daarvoor toestemming weigert, kan de rechter daarvoor vervangende toestemming verlenen op grond van artikel 1:253a BW. Ook als er sprake is van een ondertoezichtstelling en de met gezag belaste ouder(s) weigert/weigeren toestemming te geven voor de vaccinatie, kan een gecertificeerde instelling (GI) een verzoek hiertoe indienen. In dit artikel worden alle relevante en gepubliceerde uitspraken in de laatste jaren besproken, waarbij zowel wordt ingegaan op procedures tussen ouders als procedures tussen een GI en ouder(s). De vraag wordt beantwoord of daarin een algemene lijn te ontdekken valt en wat gezegd zou kunnen worden over een eventuele discussie bij het laten vaccineren van kinderen tegen het coronavirus.

1.1 Medische behandeling

Alvorens in te gaan op de jurisprudentie, zal kort stilgegaan worden bij wat een vaccinatie is. In recente jurisprudentie is de vraag aan de orde geweest of bij een vaccinatie sprake is van een medische behandeling en daarmee of de Wet op de Geneeskundige Behandeloovereenkomst van toepassing is. Met deze wetswijziging is afdeling 5 'De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling' aan boek 7 BW toegevoegd (artikel 7:446 tot en met 7:468 BW). In de uitspraak van de Rechtbank Gelderland (3 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3699) wordt overwogen dat op grond van artikel 7:446 lid 2 onder a BW onder handelingen op

het gebied van de geneeskunst (dus een medische behandeling) onder andere worden verstaan alle verrichtingen rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen of hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden. Derhalve worden inentingen op grond van het Rijksvaccinatieprogramma door de rechtbank beschouwd als een medische behandeling bedoeld om een kind voor het ontstaan van een ziekte te behoeden. Eenzelfde overweging, maar dan voor vaccinatie tegen de Mexicaanse griep is te vinden bij de uitspraak van de Rechtbank Roermond (26 november 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BK5011).

1.2 Leeftijd kind

Ervan uitgaande dat de behandelovereenkomst van toepassing is, zal vervolgens bekeken moeten worden wie kan/mag beslissen over deze medische behandeling. De leeftijd van het kind is hierbij van belang. Immers, voor de behandeling van een kind dat jonger is dan 12 jaar is de toestemming nodig van de wettelijke vertegenwoordiger(s) van het kind. Als het jonge kind zelf wel gevaccineerd wenst te worden, biedt dit geen formele basis om een eventuele weigering van de ene ouder te negeren. Een beroep van een arts op *goed hulpverlenerschap* (artikel 7:465 lid 4 BW) – inhoudende dat de arts een kind toch zou behandelen (ondanks het ontbreken van toestemming) omdat het medisch onverantwoord zou zijn om de behandeling uit te stellen – zal bij vaccinaties in de regel niet opgaan. Uitgaande van twee gezaghebbende ouders, zullen beide ouders dan ook toestemming dienen te geven. Indien een van deze ouders zijn toestemming weigert, zal in de regel vervangende toestemming bij de rechter verzocht dienen te worden door de andere ouder, waarover hieronder meer.

Voor de behandeling van een kind van 12 t/m 15 jaar is er toestemming nodig van zowel de gezagsdrager(s) als het kind zelf. Voor de behandeling van een kind van 16 of 17 jaar is alleen toestemming nodig van het kind zelf. Het kind van 12 jaar en ouder alsmede de 16- of 17-jarige moet dan wel wilsbekwaam zijn ter zake van de behandeling c.q. in staat zijn om een redelijke afweging te maken van zijn belangen bij de medische behandeling.

Op grond van het voorgaande is derhalve voor de behandeling van een kind van 12 t/m 15 jaar toestemming nodig van zowel het kind zelf als van de gezagsdrager(s). Maar welke mogelijkheden zijn er, als de ouder(s) de vaccinatie weigeren, maar het (wilsbekwame) 15-jarige kind wel gevaccineerd wil worden? Artikel 7:450 lid 2 BW biedt ruimte om het kind dan toch te behandelen, namelijk als de behandeling nodig is om kennelijk ernstig nadeel voor het kind te voorkomen; óf als het kind zelf de behandeling weloverwogen blijft wensen, ondanks dat de gezagsdrager(s) toestemming weigeren. In casu zou de 15-jarige op grond artikel 7:450 lid 2 sub 2 BW gevaccineerd kunnen worden,

¹ Mr. T.C.P. Christoph is advocaat bij Christoph & Wakker Advocatuur te Utrecht.

² Ten tijde van het schrijven van dit artikel (eind januari 2021), was hierover nog niets bekend.

maar het is de vraag of de situatie ook valt onder sub 1 van genoemd artikel (namelijk dat vaccinatie nodig is om kennelijk ernstig nadeel te voorkomen voor het kind). Het Centraal Tuchtcollege oordeelde in de uitspraak van 24 mei 2011 (ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1293) dat in een dergelijke situatie beide uitzonderingen van toepassing zijn. Echter, in een aantal uitspraken waarin GI's om vervangende toestemming vroegen (op grond van artikel 1:265h BW), oordeelden rechtbanken en hoven dat bij een ondertoezichtstelling niet zonder meer gesteld kan worden dat vaccinatie noodzakelijk is om ernstig nadeel/ gevaar voor de gezondheid van een kind te voorkomen (zie o.a. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9402, en Rechtbank Rotterdam 14 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:693).

1.3 *Geschillen ouders/GI*

Bij geschillen tussen gezaghebbende ouders over de uitoefening van hun gezag, kunnen zij een dergelijk geschil aan de rechter voorleggen op grond van artikel 1:253a BW. Als de andere ouder zijn of haar toestemming voor vaccinatie weigert, kan vervangende toestemming aan de rechter verzocht worden. De rechter neemt dan een zodanige beslissing als hem *in het belang van het kind wenselijk voorkomt*. De rechter dient bij deze beslissing alle relevante feiten en omstandigheden van het geval in acht te nemen. Dit is derhalve een andere afweging dan het hiervoor genoemde artikel 1:265h BW, waarin staat dat de GI de kinderrechter kan verzoeken vervangende toestemming te verlenen voor een medische behandeling van een minderjarige jonger dan 12 jaar, indien deze behandeling *noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige af te wenden* en de ouder die het gezag uitoefent zijn toestemming daarvoor weigert.

Voorts van belang is de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 13 oktober 2018 (ECLI:NL:RBOBR:2018:4218) waarin beide ouders hun toestemming weigerden voor vaccinatie van hun kinderen na een verzoek daartoe van de GI. Hoewel deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma vrijwillig is, wees de rechtbank het verzoek van de GI toch toe op grond van artikel 3 lid 1 van het IVRK (Verdrag inzake de rechten van het kind). Dit artikel geeft aan dat voor de kinderrechter bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind een eerste overweging dienen te vormen en in de regel de doorslag behoren te geven. Tegen die achtergrond en het feit dat het kind al een aantal keren heel erg ziek is geweest, oordeelde de rechtbank dat, indien de kinderen niet zouden worden gevaccineerd, zij (extra) vatbaar zijn en blijven voor alle (gevaarlijke) kinderziekten. Op grond hiervan bepaalde de rechtbank dat het niet in het belang van de goede gezondheid van het kind zou zijn om de verzochte vervangende toestemming van vaccinatie af te wijzen.

2. Jurisprudentie

In de afgelopen jaren zijn 24 uitspraken gepubliceerd die zien op een verzoek tot vervangende toestemming voor vaccinatie door een ouder dan wel een GI. De bezwaren

tegen een verzoek van de andere ouder om een kind te laten vaccineren, zijn uiteenlopend van aard. Veelal wordt gesteld dat de vaccinaties van het Rijksvaccinatieprogramma schadelijke bijwerkingen zouden hebben en daarmee meer kwaad doen in plaats van goed (o.a. Gerechtshof Arnhem 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10763). Daarnaast wordt een aantal malen betoogd dat partijen ten tijde van hun relatie een duidelijke afspraak hadden om het kind niet te laten vaccineren en dat de verzoekende ouder nu deze afspraak schendt (o.a. Gerechtshof Den Haag 22 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:257). Voorts wordt gesteld dat de kinderziekten onschuldig zijn dan wel vaccinatie overbodig is bij reeds aanwezigheid van antistoffen in het lichaam van het kind (zie ook Gerechtshof Den Haag 22 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:257). Tot slot wordt ook nog al eens een beroep gedaan op dat een inenting in strijd zou zijn met bestaande wetten en verdragen. Dat was het geval in de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 23 juli 2019. De vrouw stelde dat het verlenen van vervangende toestemming voor het laten deelnemen van haar kind aan het Rijksvaccinatieprogramma indruist tegen de bepalingen van de Grondwet, het IVRK en het EVRM. Meer specifiek stelde de vrouw dat vaccinatie van haar kind in strijd is met het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw en het kind, het recht van de vrouw om haar levensovertuiging vrij te belijden (artikel 6 Grondwet), het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de vrouw en het kind en het recht van het kind op onaantastbaarheid van haar lichaam (artikel 10 en 11 Grondwet). Op grond van artikel 16 IVRK mag geen enkel kind worden onderworpen aan inmenging in zijn privéleven en op grond van de Universele verklaring van de rechten van de mens en artikel 8 en 9 EVRM heeft eenieder aanspraak op rechten en vrijheden, waaronder ook haar overtuigingen rondom inenting, aldus de vrouw.

In de geraadpleegde uitspraken worden de bezwaren van deze ouders vrijwel altijd verworpen. Ondanks andere opinies over vaccinaties die in de afgelopen jaren naar voren zijn gebracht, is de heersende leer (aldus rechtbanken en gerechtshoven) nog altijd dat het Rijksvaccinatieprogramma voldoet en zonder wezenlijke risico's kan worden opgevolgd. Daarbij wordt dan overwogen dat het een feit van algemene bekendheid is dat in medische kringen het gevoerde overheidsbeleid breed wordt gedragen en dat het overgrote deel van de bevolking dit overheidsbeleid ook volgt en kinderen laat deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma (zie o.a. Rechtbank Oost-Brabant 21 augustus 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:6742, en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4602).

In de uitspraken is ook een beperkt aantal afwijzingen van verzoeken tot vervangende toestemming terug te vinden. Zo werd in de uitspraken van het Gerechtshof Den Haag van 30 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:331, en Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 16 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4602, o.a. het verzoek tot vervangende toestemming van een HPV-vaccinatie (humaan papillomavirus) behandeld. Hierover oordeelden deze gerechtshoven

echter dat de HPV-vaccinatie pas vanaf het 12e levensjaar van kinderen kunnen worden gegeven. Dit brengt met zich dat kinderen, op grond van artikel 7:450 lid 2 BW, hierover kunnen meebeslissen. Op grond hiervan werd het verzoek van deze ouders afgewezen.

Voorts is een tweetal uitspraken te vinden waarin een verzoek van een GI om vervangende toestemming voor een vaccinatie, wordt afgewezen (zie Rechtbank Zutphen 10 december 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK7069, en Rechtbank Groningen 25 november 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BK7384). Deze rechtbanken oordeelden dat een verzoek van een GI tot vaccinatie van een kind op grond van artikel 1:264 (oud) BW ter voorkoming van de Mexicaanse griep niet noodzakelijk noch nodig was.

In latere uitspraken hebben andere GI's vergelijkbare verzoeken – op grond van het huidige 1:265h BW – gedaan en ook in deze uitspraken kwam de rechter niet voorbij het noodzakelijkheidsvereiste. De Rechtbank Rotterdam kwam echter in de uitspraak van 14 januari 2019 (ECLI:NL:RBROT:2019:693) tot een praktische oplossing: in deze zaak, waar de ouders die gezamenlijk het gezag hebben een geschil hadden over de uitoefening van dat gezag, overwoog de rechtbank dat deze ouders op grond van artikel 1:253a BW de kinderrechter kunnen vragen een beslissing te nemen die hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt. Hoewel een dergelijk verzoek niet voorlag, achtte de kinderrechter het praktisch om, ter voorkoming van een nieuwe, kostbare en tijdrovende procedure, het verzoek van de GI ook in het licht van artikel 1:253a BW te bezien. Dusdoende kon het verzoek tot vervangende toestemming tot vaccinatie (waar moeder achterstond, maar vader niet) alsnog worden toegewezen.

In de regel zullen ouders een geschil over vaccinatie voorleggen aan de rechter op grond van 1:253a BW en zal een dergelijk geschil in een bodemprocedure worden behandeld. In de uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden van 10 september 2010 (ECLI:NL:RBLEE:2010:BO5150) werd over de vervangende toestemming bij vaccinatie echter een kort geding gevoerd. Naast een inhoudelijke overweging wees de voorzieningenrechter de vordering van de man af, nu de spoedeisendheid ontbrak: de vaccinatie werd niet zo noodzakelijk geacht dat de voorzieningenrechter hierover in kort geding uitspraak zou doen. Dat een voorzieningenrechter evenwel in een andere situatie wel de spoedeisendheid kan aannemen, volgt uit de uitspraak van de Rechtbank Haarlem 15 april 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT4422.

Samenvattend, van de behandelde uitspraken wordt het overgrote deel van de verzoeken tot vervangende toestemming tot vaccinatie toegewezen. Hoewel het beoordelingscriterium van 1:253a BW-verzoeken verschilt van verzoeken ex artikel 1:265h BW, blijkt uit de jurisprudentie dat een rechter veelal tot toewijzing van een verzoek tot vervangende toestemming komt. Wel valt hierbij nog een drietal punten op. Veelal overweegt de rechter bij toewijzing dat

niet van principiële dan wel godsdienstige bezwaren is gebleken. Dit roept de vraag op of verweren op deze gronden kunnen slagen. In de behandelde uitspraken zijn deze echter niet voorbijgekomen.

Voorts zal een beroep op kwalijke bijwerkingen van een vaccinatie in het algemeen worden verworpen, maar kan het wellicht wel effect hebben om aan te tonen en inzichtelijk te maken welke specifieke (bijv. allergische) bijwerking een vaccinatie kan hebben op dat specifieke kind.

Tot slot wordt in meerdere uitspraken stilgestaan bij de uitvoerbaarheid bij voorraad. Daar waar de uitvoerbaarheid bij voorraad in eerste aanleg nogal eens wordt afgewezen, wijzen de gerechtshoven deze vervolgens (in incidenteel appel) in de regel alsnog toe.

3. Conclusie

De jurisprudentie van de afgelopen jaren laat een duidelijke lijn zien: een verzoek van een ouder dan wel een GI tot vervangende toestemming voor een vaccinatie van het Rijksvaccinatieprogramma wordt in de regel toegewezen. Een beroep van de weigerende ouder op bijwerkingen van een vaccinatie en/of gemaakte afspraken over niet-vaccinatie ten tijde van de relatie en/of dat gedwongen vaccinatie van een kind strijd zou opleveren met de Grondwet dan wel verdragen, wordt in de regel afgewezen. De enkele keer dat een verzoek om vervangende toestemming voor vaccinatie geweigerd wordt, is niet zozeer op inhoudelijke gronden, maar meer procedureel van aard. Immers, in de hiervoor beschreven zaken werd een dergelijk verzoek afgewezen, omdat niet voldaan was aan het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 1:265h BW c.q. betrof het een afwijzing in kort geding, nu de spoedeisendheid niet kon worden aangenomen.

Betekent het voorgaande dat – bij een advies om ook kinderen te laten vaccineren tegen COVID-19 – verzoeken tot vervangende toestemming in de regel dan ook zullen worden toegewezen? Dit valt te bezien, nu uit onderzoeken tot op heden is gebleken dat (jonge) kinderen niet erg ziek worden van corona, als zij al besmet worden met het virus. Het is daarmee maar de vraag of rechters tot het oordeel zullen komen dat het 'noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige af te wenden' dan wel 'een zodanige beslissing in het belang van het kind wenselijk voorkomt'. Gelet op de milde klachten voor jonge kinderen, zal het daarmee ook de vraag zijn of een beroep op artikel 3 lid 1 IVRK zal slagen, nu het coronavirus voor deze groep minder gevaarlijk lijkt dan de ziektes waarvoor het Rijksvaccinatieprogramma is opgezet. Thans is echter nog onbekend in hoeverre kinderen een rol spelen in het verspreiden van het virus. Mocht dit het geval zijn, dan zou betoogd kunnen worden dat kinderen bij niet-vaccineren een zwakke schakel zullen vormen in de gewenste groepsimmunititeit bij corona. Of dit argument ook zal slagen, zal pas blijken, nadat een advies zal worden gegeven om kinderen ook daadwerkelijk te laten vaccineren tegen corona.