

Vergaderjaar 2019–2020

**35 049**

## **Voorstel van wet van de leden Raemakers en Van Meenen 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**

**G**

### **BRIEF VAN DE TWEDE KAMERLEDEN RAEMAKERS EN VAN MEENEN**

Aan de voorzitters van de vaste commissies voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid en voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 3 juli 2020

Bij brief van 24 juni jl. vroeg u ons een inhoudelijke appreciatie te geven ten aanzien van de door u van de Afdeling advisering van de Raad van State ontvangen voorlichting d.d. 17 juni 2020 inzake het voorstel van wet van de leden Raemakers en Van Meenen 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 (35 049). Daartoe merken wij het volgende op.

1. De Afdeling is van oordeel dat het wetsvoorstel, waar het indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging toelaatbaar acht, slechts gerechtvaardigd kan worden in het belang van (primair) de volksgezondheid. Daarbij stelt de Afdeling het voor alsof die in het wetsvoorstel in het geheel geen rol zou spelen. Het wetsvoorstel zou *uitsluitend* transparantie op de markt van kindercentra ten doel hebben. Bij de indiening en de behandeling van het wetsvoorstel hebben echter ook gezondheidsoverwegingen een belangrijke rol gespeeld. In de considerans van het wetsvoorstel is niet alleen het belang van de keuzevrijheid van ouders uitdrukkelijk benoemd, maar is ook verwezen naar het rijksvaccinatieprogramma, dat onmiskenbaar de volksgezondheid dient. In de memorie van toelichting was de dalende vaccinatiegraad bij de van dat programma deel uitmakende vaccinaties tegen bof, mazelen en rode hond en tegen difterie, kinkhoest, tetanus en polio het uitgangspunt. Daaraan zijn ernstige risico's voor de volksgezondheid verbonden. Voorts speelden recente uitbraken van de mazelen een rol, en in verband daarmee ook de zorgen van ouders over de gezondheid van hun kinderen, in het bijzonder indien zij in de kinderopvang verblijven. Die zorgen waren er ook bij houders van kindercentra. In het wetsvoorstel werd aansluiting gezocht bij de verantwoordelijkheid die zij voelen voor

ook dit aspect van de veiligheid van de aan hen toevertrouwde kinderen, naast andere die al geregeld zijn in de Wet kinderopvang. Het wetsvoorstel wil hen faciliteren om die verantwoordelijkheid te kunnen nemen, zonder juridische risico's te lopen wegens het maken van indirect onderscheid.

Het gevolg daarvan zal transparantie op de markt voor kindercentra zijn; en dáárdoor keuzevrijheid voor de ouders. Verwacht mag worden dat ook het besmettingsrisico op kindercentra erdoor zal afnemen. En afhankelijk van de mate waarin kindercentra kiezen voor het alleen toelaten van kinderen die deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma, kan ook de vaccinatiegraad toenemen.

Al deze aspecten zijn al in de memorie van toelichting aan de orde geweest.

Uiteraard rechtvaardigt een toelatingsbeleid als hiervoor bedoeld niet het indirecte onderscheid dat ermee gepaard gaat, louter omdat *dat beleid* transparant is. Dat is ook nooit door de initiatiefnemers beweerd. De initiatiefnemers hebben consequent de bescherming van de rechten en vrijheden van ouders en van hun kinderen naar voren gebracht als het legitieme doel dat vereist is voor een objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid. Die maken onmiskenbaar deel uit van «de rechten en vrijheden van derden» zoals die zijn opgenomen in artikel 2, vijfde lid, van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Dat luidt: *«Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden.»*

Ieder van de in deze bepaling genoemde doelen kan op zich, mits voldaan is aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, een legitiem doel opleveren voor het objectief rechtvaardigen van (in)direct onderscheid. In het geval van het voorliggende wetsvoorstel is dat de bescherming van de rechten en vrijheden van derden.

Het is de initiatiefnemers uit de voorlichting van de Afdeling niet duidelijk geworden waarom, als het gaat om het recht van kinderen op bescherming tegen een gezondheidsrisico en om de vrijheid die aan hun ouders toekomt om in verband daarmee geïnformeerde keuzes te kunnen maken, de bescherming van de rechten en vrijheden van derden niet het vereiste legitieme doel zou kunnen opleveren; en waarom dat uitsluitend – of ten minste mede – gevonden zou moeten worden in de bescherming van de volksgezondheid.

2. De Afdeling stelt dat tot nu toe in de parlementaire stukken geen belangenafweging en daarop gebaseerde rechtvaardiging voor het wetsvoorstel is gegeven, voor zover daarin een specifieke uitzondering op het verbod op indirect onderscheid uit de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) is opgenomen. Dat was echter wel degelijk het geval. De initiatiefnemers wijzen in dit verband op de volgende passages uit achtereenvolgens de (gewijzigde) memorie van toelichting en de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer:

*«Indirect onderscheid is niet verboden als het verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Dat is hier het geval. Kinderen hebben ingevolge artikel 3 van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind recht op bescherming en zorg, in het bijzonder op het gebied van hun gezondheid. Ingevolge artikel 24 van dat verdrag heeft de overheid naar de mening van het VN-Kinderrechtencomité een zorgplicht om ouders te informeren over factoren die van invloed kunnen*

*zijn op de gezondheid van hun kind en om te bewerkstelligen dat ouders geïnformeerde keuzes kunnen maken rondom de gezondheid van hun kind. Het kiezen voor een kindercentrum op grond van informatie over het gevoerde beleid met betrekking tot deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma is zo'n keuze. Het ouders in staat stellen om die keuze te kunnen maken moet daarom als een legitiem doel worden beschouwd. (...) Het niet in dienst nemen van personeel en het niet toelaten van kinderen die niet deelnemen aan het vaccinatieprogramma en dat kenbaar maken in het register, zoals opgenomen in het wetsvoorstel, is een zeer geschikt middel om het doel van transparantie en het faciliteren van een keuzemogelijkheid te bereiken. Bovendien gaat het niet verder dan noodzakelijk is om het doel te bereiken en wordt, als gezegd, de vrijheid van godsdienst van ouders die hun kinderen niet willen laten vaccineren niet beperkt. Het is een betrekkelijk lichte, weinig dwingende maatregel. Niemand wordt verplicht zijn kinderen te laten vaccineren. Houders van kindercentra worden niet verplicht om niet-gevaccineerde kinderen te weigeren. Het is aan hen om wel of niet voor zo'n beleid te kiezen. Zoals het ook aan ouders vrij blijft staan om voor het ene of het andere kindercentrum te kiezen; óf om géén gebruik te maken van de diensten van welk kindercentrum dan ook.*

(...)

*Niet aannemelijk is, dat er als gevolg van de wet geen kindercentra meer zullen zijn waar niet-gevaccineerde kinderen terecht kunnen. Mocht dat in een bepaald gebied toch het geval dreigen te worden, dan mag verwacht worden dat het particulier initiatief daarop in zal spelen, zo niet met kindercentra, dan toch met gastouderopvang.*

(Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 35 049, nr. 5, p. 3–4)

en

*«Vervolgens dient bij de behandeling van het wetsvoorstel te worden beoordeeld of voldaan is aan de eis dat de middelen voor het bereiken van dit doel passend en noodzakelijk zijn. «Passend» betekent in dit geval: geschikt om dit doel – keuzevrijheid en transparantie – te bereiken. De initiatiefnemer is van mening dat daarover geen twijfel kan bestaan. Bij de noodzakelijkheid spelen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een rol.*

*Aan het beginsel van subsidiariteit is naar de mening van de initiatiefnemer voldaan, omdat er geen minder ingrijpende middelen zijn om het doel van het bevorderen van een keuzemogelijkheid voor de ouders en transparantie op de markt van kindercentra te bereiken.*

*Bij de beoordeling van de proportionaliteit kan een afweging aan de orde komen van de belangen van de ouders van niet-gevaccineerde kinderen tegenover die van ouders die wél willen deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Die beoordeling zal alleen in het nadeel van het wetsvoorstel kunnen uitvallen, indien de belangen van ouders die streven naar zo min mogelijk gezondheidsrisico's voor hun kind – en daarom niet alleen deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, maar ook willen kunnen kiezen voor een zo veilig mogelijk kindercentrum – minder zwaar zouden moeten wegen dan een belang van ouders van niet-gevaccineerde kinderen.*

*Het is de vraag welk belang dat zou kunnen zijn. Gedacht zou kunnen worden aan een belang om, in het belang van de gezondheid van hun kind, «mee te kunnen liften» met het beschermingsniveau dat op een kindercentrum bestaat dankzij de wél gevaccineerde kinderen. Dat gezondheidsbelang wordt echter door deze ouders zelf sterk gerelativeerd, als zij hun kind niet laten vaccineren op grond van de overweging dat zij juist de door hen aan vaccinaties toegedichte gezondheidsrisico's willen vermijden. Als zij hun kind niet laten vaccineren op grond van het*

*geloof dat ziekte en gezondheid gestuurd worden door God en dat de mens niet mag ingrijpen in de Goddelijke voorzienigheid, ligt niet voor de hand dat zij het van belang vinden om dit risico te kunnen verminderen door hun kinderen naar een kindercentrum te brengen waarin hoofdzakelijk gevaccineerde kinderen verblijven.*

*Wat daar ook van zij, het zou onmiskenbaar disproportioneel zijn als de gevolgen van het honoreren van een wens van ouders van niet-gevaccineerde kinderen om toelating tot ieder kindercentrum – namelijk een lager beschermingsniveau op het kindercentrum – voor rekening zouden komen van de ouders van de daar verblijvende kinderen die wél willen deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma.»*  
(Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 35 049, nr. 7, p. 9–10.)

3. Het vorenstaande sluit het aan een maatregel *mede* ten grondslag leggen van een tweede doelstelling niet uit. Het ligt voor de hand dat dat in dit geval de volksgezondheid zou kunnen zijn. De initiatiefnemers hebben er geen enkele moeite mee om zich voor de rechtvaardiging van het indirect onderscheid, die voor het wetsvoorstel is vereist, mede te baseren op de bescherming van de volksgezondheid. Niet omdat zij de met de bescherming van de rechten en vrijheden van derden gemoeide belangen onvoldoende zwaarwegend zouden achten, of de in het wetsvoorstel voorgestelde maatregelen daarvoor niet passend en noodzakelijk zouden zijn. Wel omdat er sinds de indiening van het wetsvoorstel en de schriftelijke behandeling ervan in de Tweede Kamer nieuwe informatie is over de mate waarin het bij zal kunnen dragen aan de bescherming van de volksgezondheid.

Hierbij is van belang, dat de Afdeling aan het slot van paragraaf 3 van zijn voorlichting uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) concludeert dat de nationale wetgever met het oog op het beleid om de gezondheid te waarborgen een beoordelingsruimte heeft, aangezien de bescherming van de volksgezondheid tot de bevoegdheidssfeer van de lidstaten behoort, maar ook dat afwijkingen van het verbod op onderscheid beperkt dienen te worden uitgelegd.<sup>1</sup> Uit de voorlichting maken de initiatiefnemers op dat dit er niet aan in de weg staat om onder «volksgezondheid» te verstaan wat de Afdeling aanduidt als «de volksgezondheid in brede zin en de gezondheid van kinderen op de kinderopvang».

4. Zoals reeds hiervoor is betoogd zijn in de met de Tweede Kamer gewisselde stukken wel degelijk uiteenzettingen gegeven over het belang van de volksgezondheid (dat beschermd kan worden door het verhogen van de vaccinatiegraad) en het beperken van het besmettingsrisico op kindercentra. Daarbij lag de focus echter niet uitdrukkelijk op de volksgezondheid als legitiem doel voor het rechtvaardigen van indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging in de zin van de

<sup>1</sup> De Afdeling baseert op deze jurisprudentie ook de verwachting, dat ook de Nederlandse rechter terughoudendheid in acht neemt. Daarbij past de aantekening dat het in de aangehaalde uitspraak van het HvJEU ging om een geval van *directe* discriminatie. Het ligt in de rede dat in een geval van *indirect* onderscheid een lichtere maatstaf wordt aangelegd. Een voorbeeld daarvan kan gezien worden in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) die in de voorlichting van de Afdeling wordt vermeld in noot 34. Het ging in dat geval om het ontslag van een zogenaamde weigerambtenaar. De CRvB verwees naar een uitspraak van het EHRM, waarin het Hof oordeelde dat het ontslag van een weigerambtenaar, gelet op de doelstellingen van het gemeentelijke beleid – het bieden van gelijke kansen en het tegengaan van discriminatie – en gelet op de aan het bestuursorgaan toekomende «wide margin of appreciation», geen schending opleverde van het gestelde in de artikelen 9 (vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst) en 14 (verbod van discriminatie) van het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De CRvB kon zich hierin vinden; overigens zonder uitdrukkelijk te benoemen welk legitiem doel met het gemeentebeleid in kwestie werd gediend: de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Awgb, omdat de initiatiefnemers van mening zijn dat de bescherming van de rechten en vrijheden van derden een voldoende passende en zwaarwegende doelstelling vormt voor het rechtvaardigen van dat onderscheid. Nu er aanleiding is die doelstelling uit te breiden met «de volksgezondheid in brede zin en de gezondheid van kinderen op de kinderopvang» valt over het passend zijn van het wetsvoorstel het volgende op te merken.

Uit het in noot 27 van de voorlichting vermelde onderzoek blijkt, dat het reëel is om te veronderstellen dat zodra een kindercentrum waar ouders hun kind willen onderbrengen een weigeringsbeleid voert, bijna de helft – 42% – van de ouders die hun kind nu niet of niet volledig laten vaccineren, dat alsnog gaat doen. Dit mogelijke effect van het wetsvoorstel was al in de memorie van toelichting vermeld, maar dat het potentieel zó groot kan zijn, dat het probleem van de te lage vaccinatiegraad erdoor gedeeltelijk kan worden oplost, is nieuw. Of dat in de praktijk ook het geval is, zal echter afhankelijk zijn van de mate waarin houders van kindercentra een toelatingsbeleid gaan voeren waarin alleen kinderen die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma worden toegelaten.

De initiatiefnemers achten het goed mogelijk dat het wetsvoorstel ertoe gaat leiden dat de beleidslijn «kindercentra laten alleen gevaccineerde kinderen toe» de (maatschappelijke) norm wordt onder de overgrote meerderheid van de kindercentra. Dat zal wel beter lukken als de overheid dat stimuleert. Dat kan bijvoorbeeld door een voorlichtingscampagne om de aandacht te vestigen op de nieuwe informatie die het register kinderopvang gaat verschaffen.<sup>2</sup>

Ook zou de rijksoverheid aan brancheorganisaties waarvan de leden alleen kinderen toelaten die deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma, subsidie kunnen geven voor het ontwikkelen van een certificatiesysteem, waarmee de getrouwe uitvoering van het toelatingsbeleid op kindercentra kan worden geborgd.

Een tweede grond voor de vorenbedoelde uitbreiding van de doelstelling is, dat verwacht mag worden dat binnen een kindercentrum waarin uitsluitend gevaccineerde kinderen worden toegelaten, het besmettingsrisico minder groot zal worden; zij het dat er – zoals ook al uiteengezet in de gewijzigde memorie van toelichting – enig besmettingsrisico blijft bestaan. Voor de betrokken ouders kan evenwel ook een beperkte toename van de veiligheid binnen het kindercentrum van groot belang zijn. Veel ouders willen nu eenmaal al het mogelijke doen om te voorkomen dat hun kinderen een ernstige ziekte krijgen.

De huidige covid-19-crisis laat zien, dat als het gaat om het voorkomen en indammen van infecties maatregelen kunnen worden genomen die rechtstreeks beperkingen van grondrechten met zich mee brengen, zonder dat de noodzaak en proportionaliteit van iedere maatregel op zich 100% wetenschappelijk is onderbouwd. Het belang van de bescherming van de volksgezondheid kan zó urgent en zwaarwegend zijn, dat de redelijke verwachting dat een maatregel daaraan een bijdrage kan leveren al een voldoende rechtvaardiging voor de beperking van een grondrecht op kan leveren. Dat zal uiteraard eerder het geval zijn bij een betrekkelijk lichte maatregel dan bij een zeer ingrijpende.

---

<sup>2</sup> De boodschap zou bijvoorbeeld kunnen zijn:

«Doe mee aan het Rijksvaccinatieprogramma. Kijk op [www.landelijkregisterkinderopvang.nl](http://www.landelijkregisterkinderopvang.nl) welke kindercentra óók meedoen.»

De kosten van een campagne kunnen, afhankelijk van de vraag of en in welke mate gebruik wordt gemaakt van televisiespots, variëren van € 350.000 tot 1.000.000.

Daarbij zijn de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit aan de orde. Hierboven onder 2. is geciteerd wat daarover in de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt. Daarbij werd er uiteraard nog van uitgegaan, dat het voor de toetsing aan die beginselen relevante legitieme doel van het wetsvoorstel louter de bescherming van de rechten en vrijheden van derden was. Echter, alles wat daarin is opgemerkt, geldt óók voor de bijdrage die het wetsvoorstel kan leveren aan de bescherming van de volksgezondheid: het gaat om een weinig ingrijpend middel en het zou onmiskenbaar disproportioneel zijn als de gevolgen van het honoreren van een wens van ouders van niet-gevaccineerde kinderen om toelating tot ieder kindercentrum – namelijk een lager beschermingsniveau op het kindercentrum – voor rekening zouden komen van de ouders van de daar verblijvende kinderen die wél willen deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma.

Daaraan kan nog worden toegevoegd dat het evenzeer disproportioneel zou zijn, als aan de belangen van de ouders die hun kinderen niet willen laten vaccineren een zó groot gewicht zou worden toegekend, dat het voor de houders van een kindercentrum onmogelijk gemaakt zou worden om binnen hun onderneming zorg te dragen voor een zo groot mogelijke bescherming van de gezondheid van de aan hen toevertrouwde kinderen én om in hun gesprekken met ouders een bijdrage te leveren aan het verhogen van de vaccinatiegraad.

5. Aan het wetsvoorstel ligt de gedachte ten grondslag dat, hoe groot de verantwoordelijkheid van de overheid voor de volksgezondheid ook moge zijn, ook particuliere initiatieven altijd op hun waarde geschat moeten blijven worden. In het wetsvoorstel gaat het daarbij om de verantwoordelijkheid die ouders van kinderen en houders van kindercentra willen nemen. Ook in de huidige covid-19-crisis is de rol van de overheid dominant, maar wordt terecht ook voortdurend een beroep gedaan op de verantwoordelijkheid van de burgers.

Ook als er een vaccin tegen covid-19 beschikbaar is, zullen er particuliere initiatieven zijn om een bijdrage te leveren aan de volksgezondheid. Zo is denkbaar dat koorverenigingen dan van hun leden gaan verlangen dat zij gevaccineerd zijn tegen covid-19. Slachterijen zouden van hun werknemers een inentingsbewijs kunnen gaan vragen. Zou het verbod van indirect onderscheid dan daaraan in de weg staan? Die vraag hoeft nu niet beantwoord te worden, maar hij toont wel aan hoe gemakkelijk in het dagelijks leven goedbedoelde, redelijke en mogelijk waardevolle initiatieven van burgers geraakt kunnen worden door een juridische constructie als «indirect onderscheid».

Daarbij is het een probleem, dat wetenschappelijke informatie over wat passend en noodzakelijk is om de volksgezondheid te beschermen voor gewone burgers niet eenvoudig toegankelijk en begrijpelijk is. Dat maakt dat door hen vrijwel niet zelf beoordeeld kan worden of hun initiatief wel of niet is toegestaan. Daarvoor zijn zij in beginsel afhankelijk van de rechter. Dat is nogal bezwarend; zeker als de bewijslast op hen komt te rusten. Tenzij de wetgever de noodzakelijke afwegingen maakt.

Dat zou ook passen in de zorgplicht die de overheid naar de mening van het VN-Kinderrechtencomité heeft om ouders te informeren over factoren die van invloed kunnen zijn op de gezondheid van hun kind en om te bewerkstelligen dat ouders geïnformeerde keuzes kunnen maken rondom de gezondheid van hun kind. Daaraan kan voldaan worden met de in het wetsvoorstel opgenomen bepaling met betrekking tot het register kinderopvang.

Ten slotte zou het, gelet op artikel 22, eerste lid, van de Grondwet – «De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid» – én op de mate waarin de vaccinatiegraad zou kunnen toenemen als de grote meerderheid van de kindercentra nog alleen maar kinderen toelaat die

deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma, niet misstaan als de rijksoverheid maatregelen zou nemen om de houders van kindercentra ertoe te stimuleren om zo'n toelatingsbeleid te gaan voeren. Omdat zo'n toelatingsbeleid het rijksvaccinatiebeleid ondersteunt.

Raemakers

Van Meenen