

Vergaderjaar 2020–2021

35 049

Voorstel van wet van het leden Van Meenen en 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

L

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 1 februari 2021

Inleiding

De initiatiefnemers hebben met belangstelling kennisgenomen van de nadere vragen van de leden van de fracties van de **VVD**, het **CDA**, **GroenLinks** en de **PvdA**, **D66**, de **SP**, de **ChristenUnie** en de **SGP**. Zij waarderen het dat zij op deze wijze een zo grondig mogelijke voorbereiding van de mondelinge behandeling willen bewerkstelligen. Zij hopen met de beantwoording van deze vragen daaraan bij te dragen.

Daartoe hebben zij, ter vergroting van de inzichtelijkheid, de vragen geclusterd in een aantal paragrafen, die deels overeenkomen met de indeling van de memorie van antwoord en deels aansluiten bij de juridische aspecten waarop het wetsvoorstel moet worden getoetst. In paragraaf 1 wordt ingegaan op de (legitieme) doelen van het wetsvoorstel en de vraag of het gekozen middel passend is om die doelen te bereiken; in paragraaf 2 op de subsidiariteit en de proportionaliteit. In paragraaf 3 komen de gevolgen met betrekking tot de uitvoering van het wetsvoorstel aan de orde, voor zover daarop niet reeds is ingegaan in de vorige paragrafen. In paragraaf 4 worden de vragen beantwoord die een relatie hebben met de actuele discussie in het licht van COVID-19. De initiatiefnemers zullen daarin uiteenzetten dat het wetsvoorstel, gelet op de beperkte strekking ervan, geen precedentwerking heeft en op geen enkele wijze vooruitloopt op beslissingen die wellicht nog in het kader van de bestrijding van de COVID-19-pandemie moeten worden genomen. Het wetsvoorstel kan en moet op zijn eigen merites worden beoordeeld.

1. Doelstellingen van het wetsvoorstel en geschiktheid van het gekozen middel

De initiatiefnemers achten het van belang om nog eens uiteen te zetten, dat de eerste doelstelling van het wetsvoorstel is ouders in staat stellen om goed geïnformeerd hun recht uit te oefenen om voor hun kinderen de meest veilige omgeving te kunnen kiezen, gelet op de rechten van het kind op bescherming en zorg, in het bijzonder op het gebied van hun

gezondheid. Dat is een fundamenteel recht, zoals ook het recht van ouders om zich voor hun kinderen te verzekeren van onderwijs en opvoeding die overeenstemmen met hun godsdienstige, levensbeschouwelijke en opvoedkundige overtuigingen een fundamenteel recht is. Dergelijke rechten en vrijheden vallen onder de beperkingsgrond «de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen». Die kan aan de orde komen als sprake is van een inbreuk op een grondrecht. Dat is het geval in het voorliggende wetsvoorstel, omdat het daarin geregelde toelatingsbeleid van houders van kindercentra – het weigeren van kinderen die niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma – als neveneffect heeft dat indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van godsdienst of levensovertuiging. In het wetsvoorstel wordt dit indirecte onderscheid in de eerste plaats gerechtvaardigd geacht omdat het als doel heeft het eerstgenoemde fundamentele recht van ouders te realiseren.

De oorspronkelijke initiatiefnemer heeft reeds vóór het aanhangig maken van het wetsvoorstel overwogen om ook de bescherming van de volksgezondheid mede als doelstelling aan het wetsvoorstel ten grondslag te leggen. Daarbij speelde het advies van het College voor de Rechten van de Mens een rol, waarin naast «de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen» als legitiem doel ook «de bescherming van de gezondheid» de revue passeerde. Hij heeft toen om twee redenen niet gekozen voor de gezondheid.

In de eerste plaats omdat hij ervan uitging dat mogelijke rechtvaardigingen voor een inbreuk op het verbod op onderscheid beperkt moeten worden uitgelegd, en hij er niet zeker van was dat onder het begrip «volksgezondheid» ook de gezondheid van kinderen in kindercentra begrepen zou kunnen worden. Die aarzeling verviel, doordat de Afdeling advisering van de Raad van State in haar voorlichting over het gewijzigde wetsvoorstel sprak over «de volksgezondheid in brede zin en de gezondheid van kinderen op de kinderopvang».

In de tweede plaats omdat hij voorzag dat bij bescherming van de volksgezondheid de discussie vooral zou gaan over de mate waarin als gevolg van het wetsvoorstel een verhoging van de vaccinatiegraad te verwachten zou zijn. Dat was bij het aanhangig maken van het wetsvoorstel nog onduidelijk. Daarom bleef het bij de voorzichtige uitspraak in de memorie van toelichting, dat een gevolg van het wetsvoorstel zou kunnen zijn dat meer ouders, die nu nog twijfelen over het deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, hun kinderen laten vaccineren; en dat dit in het belang van de volksgezondheid zou zijn. Later bleek uit een onderzoek dat de Commissie-Vermeij heeft laten uitvoeren dat bijna de helft van de ouders die hun kind nu niet of niet volledig laten vaccineren dat alsnog gaat doen als dat vereist is om tot een kindercentrum toegelaten te worden. Toen ook de Afdeling advisering daarop wees, hebben de toenmalige initiatiefnemers het beschermen van de volksgezondheid als tweede doelstelling aan het wetsvoorstel ten grondslag gelegd.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) kan indirect onderscheid alleen objectief gerechtvaardigd worden als de middelen voor het bereiken van een legitiem doel passend zijn. «Passend» betekent hier: geschikt om de doelen – een geïnformeerde keuzemogelijkheid in het belang van de gezondheid van het kind én de volksgezondheid in brede zin – te bereiken.

Het wetsvoorstel is zonder meer geschikt om het eerstgenoemde doel te bereiken, dankzij de combinatie van de bevoegdheid om een toelatingsbeleid te voeren dat onmiskenbaar inzicht geeft in de besmettingsrisico's op een kindercentrum, vergeleken met kindercentra die zo'n beleid niet voeren, plus de verplichting voor de houders van de kindercentra die zo'n

beleid voeren om daarvan mededeling te doen ten behoeve van het vermelden ervan in het landelijk register kinderopvang.

Met betrekking tot de volksgezondheid in brede zin merken de initiatiefnemers op, dat de bescherming daarvan niet iets is dat met één enkele wet of maatregel beschermd en bevorderd kan worden. Het gaat om een complex van maatregelen die ieder een – soms kleine, maar wel relevante – bijdrage leveren. Kleine beetjes helpen. Dat geldt ook voor de bestrijding van infectieziekten. Iedere vaccinatie telt. Daarvoor is het Rijksvaccinatieprogramma een belangrijk middel. Maar dat is voor zijn effectiviteit wel afhankelijk van het draagvlak onder de bevolking. Daarom wordt op verschillende manieren voorlichting gegeven. Helaas zijn er ook omstandigheden en ontwikkelingen die daartegenin werken. Die variëren van persoonlijke godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuigingen tot desinformatie en geloof in complottheorieën.

Bij het voorlichten van sommige mensen die dergelijke overtuigingen hebben, kan het zinvol zijn hen erop te wijzen dat hun keuzes met betrekking tot het vaccineren van hun kinderen niet alleen gevolgen kunnen hebben voor hun medemens – de vaccinatiegraad kan mede daardoor onder het vereiste niveau uitkomen – maar ook voor henzelf. Daarbij moet uiteraard in de eerste plaats gedacht worden aan de mogelijkheid dat de betrokken ouders en hun kinderen ook zelf ziek kunnen worden. Maar als er daarnaast ook op kan worden gewezen dat hun kinderen niet meer welkom zijn op sommige kindercentra, zou dat de voorlichting iets effectiever kunnen maken. Hiervoor kwam reeds aan de orde dat onderzoek uitwijst dat naar verwachting bijna de helft van de ouders die hun kinderen nog niet hebben laten deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma daartoe alsnog overgaat als dat vereist is om tot een kindercentrum toegelaten te worden.

De leden van de fracties van het **CDA**, van **GroenLinks** en de **PvdA** vroegen zich af of het wetsvoorstel nog wel nodig is, nu de vaccinatiegraad zich positief ontwikkelt. Inderdaad fluctueert de vaccinatiegraad. In tijden waarin zich geen uitbraken van infectieziekten voordoen pleegt hij lager te zijn dan wanneer mensen worden geconfronteerd met de realiteit van een uitbraak. Daarna zou hij weer kunnen dalen. Dat is problematisch, omdat vaccinaties juist als doel hebben om uitbraken te voorkómen. Dat maakt dat permanente aandacht voor de vaccinatiegraad nodig is. En niet alleen met het oog op het landelijk gemiddelde, maar ook per regio, om in alle regio's van Nederland groepsimmunitet te realiseren. Overheidsvoorlichting is daarbij een belangrijk instrument, maar ook de gesprekken die houders van kindercentra voeren met ouders die hun kind aanmelden kunnen nuttig zijn. Het wetsvoorstel kan daaraan een blijvende bijdrage leveren. Over de vraag hoe groot die bijdrage precies zal zijn kan worden getwist. Maar in het belang van de gezondheid van onze kinderen kunnen wij het ons niet veroorloven om niet ook kleinere bijdragen op hun juiste waarde te schatten.

De leden van de fracties van het **CDA**, van **GroenLinks** en de **PvdA**, en van de **SP** wezen erop, dat kinderen ook buiten de kinderopvang besmet kunnen raken, bijvoorbeeld in speeltuinen. Dat is onmiskenbaar een feit. Maar dat betekent niet dat het wetsvoorstel vanuit het gezichtspunt van de bescherming van de gezondheid niet passend zou zijn. Dat het, objectief gezien, daaraan een bijdrage kan leveren, zowel voor zover het gaat om het verlagen van het besmettingsrisico op kindercentra als om het verhogen van de vaccinatiegraad, is voldoende.

De leden van de **SP**-fractie vroegen of niet de essentie is dat we het vereiste niveau van de vaccinatiegraad terug moeten halen. Dat is inderdaad het geval als louter wordt gekeken naar de problematiek van de

volksgezondheid in het algemeen. Maar het wetsvoorstel bekommert zich ook om de besmettingsrisico's op kindercentra en de zorgen die ouders daarover hebben. En dat kan ook een bijdrage leveren aan het verhogen van de vaccinatiegraad.

Daarbij is van belang dat het wetsvoorstel niet een tijdelijke maatregel is, die alleen geldt zo lang de vaccinatiegraad onder het voor groepsimmuniteit vereiste niveau zit. Het is een blijvende maatregel, die ook van belang is als de vaccinatiegraad boven dat niveau uitkomt. Ten eerste omdat dat een tijdelijke situatie kan zijn en ten tweede omdat ook de regionale vaccinatiegraad van belang is. Juist in regio's waarin de vaccinatiegraad misschien wel permanent onder het vereiste niveau zal blijven, is het wetsvoorstel van groot belang voor ouders die hun kinderen naar een zo veilig mogelijk kindercentrum willen kunnen brengen.

De leden van de fracties van **GroenLinks** en de **PvdA** memoreerden dat de Afdeling advisering van de Raad van State heeft opgemerkt dat bescherming van de veiligheid van kinderen op de kinderopvang niet als primaire doelstelling kan worden aangedragen. De Afdeling schreef dat echter in haar voorlichting aan de regering over een ánder voorstel: dat van de Commissie-Vermeij voor een wettelijke regeling waarin vaccinatie als voorwaarde wordt gesteld voor toegang tot de gehele kinderopvang. Dat gaat aanzienlijk verder dan het voorliggende wetsvoorstel. In de voorlichting van de Afdeling over het voorliggende wetsvoorstel schreef de Afdeling: «Ook is de verwachting dat het besmettingsrisico binnen een kinderopvangcentrum dat een weigeringsbeleid voert enigszins kan worden ingedamd, al zullen de effecten beperkt zijn. (...) Al met al zijn de effecten van de weigering door kinderopvangcentra van niet-ingeënte kinderen en werknemers op de volksgezondheid in brede zin en de gezondheid van kinderen op de kinderopvang positief, alhoewel beperkt. Daarbij kan overigens ook de subjectieve inschatting van ouders en kinderopvangcentra een rol spelen.»¹

De inzet op uitsluitend het verhogen van de vaccinatiegraad, die de leden van de **SP**-fractie bepleiten, vergt een heel ander wetsvoorstel dan dat wat nu voorligt. Daarbij denken de leden van de **SP**-fractie waarschijnlijk aan een wetsvoorstel dat een uitwerking geeft aan de aanbevelingen van de Commissie-Vermeij. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft daarover voorlichting aan de regering uitgebracht.

Mede naar aanleiding van een vraag van de leden van de **D66**-fractie merken de initiatiefnemers op, dat zij uit die voorlichting de conclusie hebben getrokken dat het door de **SP** en de Commissie-Vermeij bepleite wetsvoorstel vele malen ingrijpender zal zijn dan het voorliggende.

Het laten vaccineren van kinderen is dan weliswaar nog niet algemeen verplicht, maar het gevolg van het niet laten vaccineren van hun kinderen is voor ouders groot: de onmogelijkheid om voor die kinderen toegang te krijgen tot de kinderopvang. Daarbij vergeleken valt het ongemak voor de betrokken ouders dat het voorliggende wetsvoorstel met zich mee kan brengen in het niet: een ander kindercentrum moeten zoeken of gebruik gaan maken van de diensten van een gastouder.

Het voorstel van de Commissie-Vermeij zal ook enorme consequenties hebben voor de mogelijkheid van ten minste één van de ouders om deel te nemen aan het arbeidsproces; met ook grote gevolgen voor het huishoudinkomen. Dat levert een mate van «vaccinatiedrang» op, waarbij vergeleken het voorliggende wetsvoorstel – opnieuw – in het niet valt. Een gesprek van de houder van een kindercentrum over het toelaten van een kind kan hoogstens de uitwerking hebben van een – bezien vanuit het standpunt van de volksgezondheid – duwtje in de goede richting.

¹ Kamerstukken I, 2019/2020, 35 049, E, p. 6–7.

Met betrekking tot de door de Commissie-Vermeij voorgestelde maatregel merkt de Afdeling op dat deze, gelet op het beginsel van subsidiariteit, wellicht tijdelijk zal moeten zijn. Dat is een belangrijk verschil met het voorliggende wetsvoorstel. Maar de Afdeling wijst ook op de implicaties die deze tijdelijkheid met zich mee zou brengen. Daarbij werpt de Afdeling ten slotte de vraag op, of een maatregel die gericht is op het beschermen van de volksgezondheid in het geval van een kans op uitbraken beperkt zou moeten worden tot de kinderopvang, of breder geformuleerd zou moeten worden.²

De Afdeling werkt deze gedachte niet verder uit, maar de initiatiefnemers trekken er de conclusie uit dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat aan het implementeren van het voorstel van de Commissie-Vermeij zó veel haken en ogen zullen zitten, dat een beter uitvoerbaar én effectiever, maar ook nog veel ingrijpender alternatief in beeld komt: een vaccinatieplicht voor iedere Nederlander.³

Gelet op de in het voorlopig en nader voorlopig verslag tot uiting gebrachte bedenkingen tegen de in het voorliggende wetsvoorstel opgenomen maatregel – die door de Afdeling advisering terecht «mild ingrijpend» is genoemd – schatten de initiatiefnemers de haalbaarheid van het voorstel van de Commissie-Vermeij niet hoog in. Dat geldt uiteraard à fortiori voor de nog weer verdergaande maatregel van een algemene vaccinatieplicht.

In haar voorlichting over het voorstel van de Commissie-Vermeij schonk de Afdeling advisering terecht ook aandacht aan de positieve verplichtingen die uit meerdere internationale verdragen voortvloeien. Daarbij merkte te Afdeling op:

«Hieronder vallen ook maatregelen ter voorkoming van epidemische, endemische en andere ziekten. Deze normen kleuren het belang van de (volks)gezondheid als legitieme beperkingsgrond van de in sub a genoemde vrijheids- en gelijkheidsrechten nader in. Uit de verplichtingen die uit de genoemde verdragen voortvloeien is evenwel niet rechtstreeks een plicht af te leiden voor de overheid om in het geval van een «rood scenario» vaccinatie voor kinderen en werknemers als voorwaarde te stellen voor toegang tot de kinderopvang. De overheid is op grond van de genoemde bepalingen in meer algemene zin gehouden om effectieve maatregelen te treffen ter bescherming van de volksgezondheid en de gezondheid van het kind, wanneer als gevolg van de keuze van ouders om hun kinderen niet te vaccineren een situatie ontstaat waarin het leven of de fysieke of psychologische integriteit van anderen in gevaar komt. Dit evidente belang dient door de wetgever meegewogen te worden in het kader van de rechtvaardiging die geboden moet worden met het oog op de beperking van de vrijheidsrechten en gelijkheidsaanspraken.»⁴

Die afweging komt aan de orde in paragraaf 2.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie vroegen wat de meerwaarde van het initiatiefwetsvoorstel is, gelet op het feit dat:

- Kinderopvang Berend Botje met succes zijn toelatingsbeleid heeft ingevoerd zonder de backing van een wet à la het voorliggende wetsvoorstel te hebben;

² Bijlage bij Kamerstukken I, 2020/2021, 35 049, J, p. 22.

³ Waarbij overigens ook de vraag aan de orde zal komen of hierop een uitzondering gemaakt moet worden voor gewetensbezwaarden; en wie als zodanig kunnen worden erkend.

⁴ Bijlage bij Kamerstukken I, 2020/2021, 35 049, J, p. 12.

- de Raad van State expliciet aangaf dat kinderopvangcentra private ondernemingen zijn die geen expliciete wettelijke bevoegdheid nodig hebben voor het formuleren van een toelatingsbeleid;
- het College voor de Rechten van de Mens expliciet aangaf dat het wetsvoorstel niets verandert aan de bevoegdheid van het College om een weigering van een individueel kindercentrum om kinderen toe te laten die niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, te toetsen aan artikel 7 van de Awgb.

Ook de leden van de **CDA**-fractie vroegen om een reactie op het laatstgenoemde punt.

De opmerkingen van de Afdeling advisering van de Raad van State en van het College voor de Rechten van de Mens zijn gemaakt naar aanleiding van het wetsvoorstel in zijn oorspronkelijke vorm. Daarbij tekende de Afdeling uitdrukkelijk aan dat ondernemers in hun vrijheid om kinderen te weigeren wel worden begrensd door eisen die voortvloeien uit het recht op gelijke behandeling. En dat is hier, ook naar het oordeel van de Afdeling, het geval.

In haar voorlichting over het wetsvoorstel zoals het is ingediend bij de Eerste Kamer merkt de Afdeling ook op, dat er een zekere ruimte voor de wetgever is om bij bijzondere wet (*lex specialis*) een uitzondering op het in de Awgb geformuleerde verbod van indirect onderscheid op te nemen. «In het onderhavig geval zal met een specifieke wetsbepaling meer zekerheid worden geboden over de juridische houdbaarheid van het voeren van een weigeringsbeleid. Het gevolg daarvan is, dat voor een belangenafweging door de rechter of het College voor de Rechten van de Mens geen ruimte meer is.»⁵

Daarin ligt dus de meerwaarde van het wetsvoorstel. De belangenafweging wordt verricht door de wetgever. Daarna hebben alle betrokkenen duidelijkheid over wat mag en wat niet mag, zonder dat zij moeten wachten op jurisprudentie van de rechter of geconfronteerd kunnen worden met dagvaardingen, waartegen zij zich slechts kunnen verweren met advocaten en medische deskundigen.

Hiermee is ook de vraag van de leden van de **SGP**-fractie beantwoord, waarom de initiatiefnemers de keuze voor een *lex specialis*, met de daaraan verbonden consequenties voor de bevoegdheden van de rechter en het College voor Rechten van de Mens gerechtvaardigd achten. In een democratische rechtsstaat heeft de wetgever de bevoegdheid om uit te maken in welke gevallen het meer aangewezen en goed mogelijk is om als wetgever zelf belangen af te wegen, en wanneer dat beter in concrete gevallen aan de rechter kan worden overgelaten. Die vraag is bij het vaststellen van wetgeving regelmatig aan de orde. Met betrekking tot het grondrecht van gelijke behandeling noemt de Afdeling advisering als voorbeeld artikel 5, lid 2a, Awgb.

Ook de initiatiefnemers juichen het overigens toe dat Kinderopvang Berend Botje niet is geconfronteerd met rechtszaken. Maar er zijn helaas ook berichten over kinderopvangcentra die een weigeringsbeleid hebben gevoerd, maar toch niet-gevaccineerde kinderen hebben toegelaten toen werd bedreigd met een advocaat. Ook het standpunt van de Geschillencommissie Kinderopvang dat er momenteel geen juridische basis is voor een algehele weigering van niet-gevaccineerde kinderen, maakt houders van kindercentra terughoudend.⁶

Dat neemt niet weg dat de initiatiefnemers veel waardering hebben voor de werkwijze van Berend Botje, juist ook omdat die bijdraagt aan het

⁵ Kamerstukken I, 2019/2020, 35 049, E, p. 3.

⁶ <https://nos.nl/artikel/2280223-tientallen-kinderdagverblijven-weigeren-niet-gevaccineerde-kinderen.html>.

verhogen van de vaccinatiegraad. Maar als het gaat om het realiseren van een geïnformeerde keuzevrijheid voor alle ouders kan het voorbeeld van Berend Botje

geen alternatief zijn voor wetgeving die duidelijkheid schept over wat wel en niet is toegestaan.

Daarbij komt dat het bij het voorliggende wetsvoorstel slechts gaat om een mild ingrijpende maatregel. Het onderzoek van NIVEL en UMC Amsterdam waarop de hier woord zijnde leden doelden, miskent dat het voorliggende wetsvoorstel de houders van een kindercentrum tot niets verplicht, afgezien van de plicht om áls zij kiezen voor het toelatingsbeleid waarop het wetsvoorstel betrekking heeft, daarvan mededeling te doen ten behoeve van het landelijk register kinderopvang. Ook de ouders worden in het wetsvoorstel tot niets verplicht; niet direct en ook niet indirect.

2. Subsidiariteit en proportionaliteit

De leden van de fracties van het **CDA** en van **GroenLinks** en de **PvdA** vroegen de initiatiefnemers nogmaals in te gaan op de vraag in hoeverre er in dit wetsvoorstel sprake is van subsidiariteit en proportionaliteit. Deze beginselen spelen een rol bij de toepassing van het in artikel 2, eerste lid, van de Awgb opgenomen criterium dat het middel voor het bereiken van een legitiem doel niet alleen passend, maar ook noodzakelijk moet zijn. Bij het beginsel van subsidiariteit is aan de orde in hoeverre er minder ingrijpende middelen zijn om een doel te bereiken. Bij de beoordeling van de proportionaliteit gaat het om een afweging van de betrokken belangen. Hierna zullen de initiatiefnemers deze onderwerpen eerst behandelen vanuit het gezichtspunt van de eerste doelstelling van het wetsvoorstel en daarna vanuit de tweede.

Daarbij beperken de initiatiefnemers zich tot de vraag of het in het wetsvoorstel aan de orde zijnde indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging gerechtvaardigd is. Op de naast het recht op gelijke behandeling door de leden van de **CDA**-fractie genoemde recht op lichamelijke integriteit en de godsdienstvrijheid wordt met het wetsvoorstel geen inbreuk gemaakt.⁷ De door de hier aan woord zijnde leden ook genoemde opvoedingsvrijheid wordt met het wetsvoorstel juist bevorderd. Het stelt ouders in staat voor hun kind een kindercentrum te kiezen, waarin met betrekking tot het voorkomen van infectieziekten dezelfde beginselen worden gehanteerd als zij ook zelf in de praktijk brengen.

De initiatiefnemers beperken zich ook tot *indirect* onderscheid. De gedachte van de leden van de **CDA**-fractie, dat het hier aan de orde zijnde indirect onderscheid leidt tot *direct* onderscheid, namelijk wel of geen toegang tot de kinderopvang, vindt geen steun in het systeem van de wet. De ongelijke behandeling waarom het hier gaat is het selectief weigeren van toegang tot een kindercentrum. Zo'n handelwijze moet gekwalificeerd worden als direct óf als indirect onderscheid. Daarbij is bepalend op grond van welk kenmerk onderscheid wordt gemaakt. In dit geval is dat het al dan niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. *Direct* onderscheid op die grond is niet verboden. Echter, zo'n handelwijze kan wel als neveneffect hebben dat personen met een bepaalde godsdienst of levensovertuiging daardoor in vergelijking met andere personen in het bijzonder worden getroffen. Dat noemen we dan *indirect* onderscheid. En dat is hier wél aan de orde.

⁷ In haar voorlichting over het gewijzigde wetsvoorstel merkt Afdeling advisering van de Raad van State op: «Artikel 6 van de Grondwet is als zodanig weliswaar niet op deze materie van toepassing.» Kamerstukken I 2019/2020, 35 049, E, p. 1. Het recht op de onaanstaaftbaarheid van ieders lichaam komt noch in het advies van de Afdeling over het oorspronkelijke wetsvoorstel, noch in de hiervoor bedoelde voorlichting aan de orde.

Het verwezenlijken van het recht van ouders om een geïnformeerde keuze te kunnen maken in het belang van de gezondheid van hun kind

De initiatiefnemers zien niet hoe dit doel bereikt zou kunnen worden met een minder ingrijpend middel. De leden van de fracties van **GroenLinks** en van de **PvdA** suggereren dat dit een wetsvoorstel zou kunnen zijn waarin ouders gevraagd wordt om aan te geven of hun kinderen al dan niet gevaccineerd zijn. Allereerst dient hierover opgemerkt te worden dat zo'n wetsvoorstel iedere betekenis zou missen, als het zou blijven bij het stellen van vragen aan ouders. Om enigszins effectief te zijn zal het moeten gaan om een door de overheid aan alle ouders die een kind op de kinderopvang hebben op te leggen verplichting om die vraag ook te beantwoorden en, indien zij zeggen dat een kind gevaccineerd is, dat ook aan te tonen. Vervolgens zal de wet aan de houders van alle kindercentra de bevoegdheid moeten geven om deze gevoelige persoonsgegevens te verwerken en aan hen de verplichting op moeten leggen om het resultaat, de «vaccinatiegraad per kindercentrum», openbaar te maken. De suggestie van de hier aan het woord zijnde leden lijkt op een gedachte die in november 2016 werd geuit door de toenmalige Minister van VWS, mevrouw Schippers. Daarop kwam fundamentele kritiek uit medische hoek.⁸

Daarnaast zou een dergelijk voorstel resulteren in een beperking van het recht op de persoonlijke levenssfeer van alle ouders, die aanzienlijk groter is dan de beperking die in het voorliggende wetsvoorstel aan de orde is (in paragraaf 4 zal daarop nader worden ingegaan). Bovendien dient deze beperking nauwelijks het doel dat wordt beoogd. Het levert vrijwel geen informatie op waar ouders iets aan hebben.

Ouders weten uiteraard – en anders zal hun kindercentrum het hen wel vertellen – dat kinderen ook buiten de kinderopvang infecties kunnen opdoen. En ook dat kinderen onder de 14 maanden niet gevaccineerd worden. Dat zijn omstandigheden die buiten hun invloedssfeer liggen. Juist dáárdoor is het van belang te weten dat er een risicofactor is, die zij wél kunnen beïnvloeden: het kindercentrum waarop zij hun keuze laten vallen. Maar dan moet die keuze natuurlijk wel enige zoden aan de dijk zetten. Dat is niet het geval als zij informatie hebben die uitwijst dat – als momentopname – op het ene kindercentrum 75% van de kinderen gevaccineerd is en op het andere 80%. Het is voor ouders wél nuttig om te weten op welke kindercentra uitsluitend of nagenoeg uitsluitend kinderen worden toegelaten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Ook al kunnen kinderen ook buiten een kindercentrum geïnfecteerd raken, ouders willen graag kunnen zeggen dat zij al het mogelijke hebben gedaan in het belang van de gezondheid van hun kind. Daarom laten zij hun kinderen deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. En daarom willen zij ook kunnen kiezen voor een kindercentrum met een zo gering mogelijk besmettingsrisico.⁹

Hiermee moge duidelijk zijn welke belangen van de ouders bij het voorliggende wetsvoorstel in het geding zijn.

Daarnaast zijn er de belangen van de houders van de kindercentra. Zij willen, zo veel als dat in hun vermogen ligt, voorkomen dat op hún

⁸ Zie dr. T. Kloosterman en drs. E. Hofstra, Vaccinatiegraad crèche zegt niets over besmettingsrisico, Medisch Contact 13 april 2017, p. 21–23. Deze kritiek was voor de oorspronkelijke initiatiefnemer aanleiding om in zijn wetsvoorstel een andere aanpak te kiezen: onderscheid maken tussen kindercentra die uitsluitend kinderen toelaten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma en kindercentra die alle kinderen toelaten.

⁹ In 2019 tekenden meer dan 52.000 Nederlanders een online-petitie voor het verplichten van vaccineren op de kinderopvang, een voorstel dat aanzienlijk verder gaat dan het voorliggende wetsvoorstel. <https://www.ad.nl/binnenland/vuist-van-bezorgde-vader-tegen-anti-vaxxers-stop-de-gekkies-vaccinaties-zijn-fantastisch-aaa4b864/>.

kindercentrum een uitbraak van een ernstige infectieziekte plaatsvindt. Zij voelen zich verantwoordelijk voor de gezondheid van de kinderen op hún kindercentrum en een uitbraak zou bovendien voor hen reputatieschade op kunnen leveren. Dáárom besluit een houder om alleen kinderen toe te laten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Dat is begrijpelijk en prijzenswaardig. Begrijpelijk, gelet op het afbreukrisico dat hij niet wil lopen. Prijzenswaardig omdat hij hiermee het Rijksvaccinatieprogramma ondersteunt.

Wanneer het gaat om de belangen van de ouders die hun kinderen niet laten deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma en daarom op een deel van de kindercentra niet zullen worden toegelaten, moet allereerst worden opgemerkt dat met name de groep mensen die de Awgb beoogt te beschermen – ouders met een godsdienst of levensovertuiging die zich verzet tegen vaccinaties – waarschijnlijk nauwelijks last zal hebben van een dergelijk toelatingsbeleid. De meest strikte bevindelijk gereformeerden brengen hun kinderen naar geen enkele vorm van kinderopvang.¹⁰ Voor de iets minder strikte gereformeerden bestaan er christelijke kinderdagverblijven en zelfs «peuteropvang met de bijbel»; niet alleen in de «Biblebelt», maar verspreid over het hele land. Meer in het algemeen moet niet onderschat worden in welke mate de kinderopvang in Nederland al is «verzuild». Er is een Vereniging voor antroposofische kinderopvang, die op haar website 58 aangesloten organisaties vermeldt, ook verspreid over het hele land. Maar er zijn ook biologische en vegetarische kindercentra; en er is kinderopvang op hindoeïstische en islamitische grondslag. Aangenomen mag worden dat dergelijke kindercentra zich vooral willen profileren met hun grondslag en de identiteit van hun doelgroep, los van de vraag hoe in die doelgroep wordt gedacht over het al dan niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Zij zullen die deelname dus niet snel als voorwaarde stellen voor toelating tot hun kindercentrum.

In antwoord op een vraag van de leden van de fracties van **GroenLinks** en van de **PvdA** denken de initiatiefnemers dan ook dat een groot deel van de ouders dat ervoor kiest om hun kinderen niet te laten vaccineren, in ieder geval terecht zal kunnen bij de hiervoor bedoelde groep kindercentra. Daarnaast blijft er de mogelijkheid een beroep te doen op gastouders.

Voor zover er niet onmiddellijk voor de hand liggende opvangmogelijkheden voor niet-gevaccineerde kinderen zijn, zal het nadeel dat hun ouders als gevolg van het wetsvoorstel ondervinden vooral liggen in het ongemak dat het zoeken van een geschikt kindercentrum met zich mee kan brengen; en eventueel een wat grotere afstand van de woning van een gezin tot de plaats van vestiging van het kindercentrum waarop het kind wel wordt toegelaten. De initiatiefnemers kunnen zich niet voorstellen dat dergelijke praktische bezwaren voor ouders die gewetens- of andere zwaarwegende bezwaren hebben tegen het laten vaccineren van hun kinderen, een reden zullen zijn om hun kinderen toch maar wel te laten vaccineren. Het blijven dus niet meer dan praktische bezwaren. De omvang en de zwaarte daarvan moeten afgewogen worden tegen de belangen van de ouders die hun kinderen wél hebben laten deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma; niet alleen in het belang van de gezondheid van hun kinderen, maar ook van die van de gehele samenleving. Het belang dat die ouders hebben bij een zo veilig mogelijk verblijf van hun kinderen op een kindercentrum, moet zwaarder wegen dan de

¹⁰ Zie daarover: Ds. M.A. Kempeneers, <https://www.refoweb.nl/vragenrubriek/18541/kinderopvang/>.

belangen van de andere ouders die hun kinderen om welke reden dan ook niet willen laten deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma.

De leden van de **CDA**-fractie stelden een vraag over de positie van personeelsleden. Als hun werkgever ervoor kiest in het betrokken kindercentrum alleen nog maar kinderen en werknemers toe te laten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, zullen zij – niet zozeer als gevolg van het voorliggende wetsvoorstel als wel als gevolg van het besluit van hun werkgever – moeten aantonen of zij wel of niet gevaccineerd zijn. Dat kan arbeidsrechtelijke gevolgen hebben. In het algemeen kan een werkgever aan zijn personeel eisen stellen die nodig zijn voor het goed kunnen verrichten van de bedongen arbeid, maar hij zal daarbij wel steeds een belangenafweging moeten maken. Daarom ligt het voor de hand dat hij, voordat hij zijn toelatingsbeleid wijzigt, daarover overleg zal voeren met zijn werknemers. Als een aantal werknemers niet gevaccineerd is, en dat ook niet wil laten doen, kan dat voor de werkgever reden zijn om af te zien van het voorgenomen toelatingsbeleid. De uiterste consequentie van het vasthouden aan dat beleid is immers niet alleen voor de werknemer, maar ook voor de werkgever ingrijpend: bij ontslag is hij zijn werknemer(s) kwijt.

Die kunnen in dat geval naar de rechter stappen. Die zal beoordelen of de werkgever consistent is bij het maken van onderscheid tussen wel en niet gevaccineerde werknemers en of hij de betrokken belangen goed heeft afgewogen. Voor het eerstgenoemde punt van beoordeling is het register kinderopvang en de uitvoeringspraktijk van de werkgever van belang. Bij het tweede punt zal de rechter ook nagaan of de werkgever voorafgaand aan het ontslag heeft onderzocht of hij de werknemer niet binnen zijn onderneming een andere functie kon aanbieden, waarvoor de eis van gevaccineerd zijn niet geldt.¹¹ Het zal duidelijk zijn dat de mogelijkheden daarvoor bij een kleine onderneming, die slechts één of enkele kindercentra in stand houdt, niet bijzonder groot zullen zijn. Een grotere onderneming zou kunnen overwegen om op een deel van zijn kindercentra slechts gevaccineerde kinderen en personeelsleden toe te laten, maar op andere het oude, ongeclausuleerde toelatingsbeleid te handhaven. Dan kan aan personeelsleden de keuze gelaten worden om in die kindercentra te gaan werken.

De initiatiefnemers wijzen er ten slotte nog op, dat het wetsvoorstel niet inhoudt dat alle ongevaccineerde personeelsleden zonder meer mogen worden ontslagen. De beslissing daarover blijft in concrete gevallen voorbehouden aan de rechter.

Het leveren van een bijdrage aan de volksgezondheid

In antwoord op een vraag van de leden van de fracties van **GroenLinks** en van de **PvdA** merken de initiatiefnemers op dat met het voorliggende wetsvoorstel op twee punten verbetering van de volksgezondheid wordt nagestreefd: het verhogen van de vaccinatiegraad en het verlagen van het besmettingsrisico op bepaalde kindercentra. Op de effectiviteit daarvan is reeds ingegaan in paragraaf 1, waar de vraag werd beantwoord of de maatregelen «passend» zijn. Hier gaat het om de subsidiariteit en de proportionaliteit.

In antwoord op vragen van de leden van de fractie van het **CDA** merken de initiatiefnemers allereerst op, dat het bij de beantwoording van de vraag of het wetsvoorstel op deze punten voldoet aan het beginsel van de subsidiariteit niet gaat om de vraag of er effectievere middelen zijn om het doel te bereiken, maar of er minder ingrijpende middelen zijn. Effectievere

¹¹ Zie dr. R.H.M. Pierik en prof. mr. E. Verhulp, «En als zorgpersoneel geen prik wil?» in De Volkskrant van 2 december 2020.

middelen zijn er zeker – bijvoorbeeld een vaccinatieplicht – maar die zullen al gauw veel ingrijpender zijn. In paragraaf 1 is dat al aan de orde gekomen.

Het wetsvoorstel kan gevolgen hebben voor de (overheids)voorlichting over het Rijksvaccinatieprogramma. In de gesprekken die in het kader daarvan met ouders worden gevoerd, kan aan de orde komen dat er kindercentra zijn die alleen kinderen toelaten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. En dat de houders van die kindercentra daartoe de bevoegdheid hebben. En waarom de wetgever hen die bevoegdheid heeft gegeven: omdat het van belang werd geacht dat ouders de mogelijkheid hebben om te kiezen voor een kindercentrum met een relatief minder groot besmettingsrisico. Dat zou deze voorlichting waarschijnlijk iets effectiever maken, maar daardoor wordt het niet een ander middel, dat de vraag oproept of er minder ingrijpende middelen voorhanden zijn.

Ook als het gaat om het verlagen van het besmettingsrisico op kindercentra zien de initiatiefnemers geen minder ingrijpend middel dan in het wetsvoorstel is opgenomen. In paragraaf 1 is reeds uiteengezet waarom de alternatieven die zijn voorgesteld door enerzijds de leden van de fracties van **GroenLinks** en van de **PvdA** en anderzijds de leden van de **SP**-fractie veel ingrijpender zijn.

Bij de *proportionaliteit* gaat het om de belangen van de betrokkenen. Voor zover het wetsvoorstel een bijdrage levert aan het verhogen van de vaccinatiegraad hebben allen die in Nederland verblijven daar belang bij. Dat zal zwaar moeten wegen.

Voor zover het gaat om het verlagen van het besmettingsrisico op kindercentra gaat het uiteraard in de eerste plaats om de belangen van de ouders die hun kinderen willen kunnen toevertrouwen aan een kindercentrum waarop alleen kinderen worden toegelaten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Daarmee verlagen zij de kans dat hun kind op het kindercentrum een ernstige ziekte oploopt, met name zo lang het nog geen 14 maanden oud is.

Daarnaast is er het belang dat de houder van een kindercentrum heeft om zo veel mogelijk te voorkomen dat op zijn kindercentrum een uitbraak van een infectieziekte plaats vindt. Dat kan hij doen door als toelatingsbeleid te voeren dat alleen kinderen worden toegelaten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Doet hij dat niet, dan loopt hij een groter afbreukrisico.

Zowel bij de in het wetsvoorstel opgenomen maatregelen die kunnen leiden tot het verhogen van de vaccinatiegraad en als die welke het verlagen van het besmettingsrisico op kindercentra beogen, kunnen ook de belangen van de personeelsleden en van de ouders die hun kinderen niet willen laten vaccineren een rol spelen. Die kwamen al aan de orde bij de behandeling van de eerste doelstelling van het wetsvoorstel: het verwezenlijken van het recht van ouders om een geïnformeerde keuze te kunnen maken in het belang van de gezondheid van hun kind. Daarnaast kan hier worden verwezen. De daar gemaakte afweging geldt ook voor zover het wetsvoorstel beoogt een bijdrage te leveren aan de volksgezondheid.

De leden van de fracties van **GroenLinks** en van de **PvdA**, van de **SP** en van de **ChristenUnie** vroegen of het wetsvoorstel niet kan leiden tot een ongewenste versterking van de clustering van het besmettingsrisico in bepaalde gebieden, omdat de kans dan groter is dat op dergelijke plaatsen de vaccinatiegraad te laag is om de benodigde bescherming te

bieden. Ook de leden van de fractie van het **CDA** stelden vragen over deze problematiek.

De initiatiefnemer verwacht dat niet. Daarbij gaat hij ervan uit dat deze leden doelen op de «Biblebelt» en eventuele andere gebieden waar de vaccinatiegraad lager is dan de gewenste 95%. Dat kan zich ook voordoen als het landelijk gemiddelde wél boven de 95% ligt. Een landelijk gemiddelde impliceert uiteraard dat er regio's met een hogere vaccinatiegraad zijn en met een lagere. De bedoelde clusters ontstaan niet door het wetsvoorstel, maar zijn er dus nu al.¹²

Daarnaast moet opgemerkt worden dat een risico op uitbraken er niet in de eerste plaats is doordat er in een bepaald gebied een of meer kindercentra zijn waarop niet-gevaccineerde kinderen verblijven, maar omdat er in een bepaald gebied zo veel mensen wonen die niet-gevaccineerd zijn. En daarbij geldt: hoe dichter op elkaar zij wonen, werken en recreëren, hoe groter het infectierisico. Het bijzondere van kindercentra (en scholen) is alleen dat het plaatsen zijn waarop veel kinderen dicht op elkaar verblijven, spelen en eten; waardoor het bij uitstek plekken zijn waar infecties kunnen toeslaan. Iedere ouder met een kind op een kindercentrum ervaart dat bijna dagelijks. Maar de noodzakelijke voorwaarde voor het uitbreken van een ernstige infectieziekte is de te lage vaccinatiegraad en daardoor het ontbreken van groepsimmunititeit in een dorp, stad of regio.

De vraag is in hoeverre het wetsvoorstel iets zal veranderen in de populaties op kindercentra in de bedoelde gebieden en in hoeverre dit gevolgen voor de volksgezondheid zal hebben.

Hiervoor is al uiteengezet hoe veel kindercentra er in ons land al zijn met tal van verschillende godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslagen. Die zijn er niet alleen in de zogenaamde «Biblebelt», maar ook daarbuiten. Aangenomen mag worden dat ook in de gebieden met clusters van infectierisico's zal gelden, dat ouders die niet meer terecht kunnen bij kindercentra die alleen nog gevaccineerde kinderen toelaten, hun heil zullen zoeken bij de al bestaande kindercentra in de regio die ongevaccineerde kinderen niet weigeren, omdat het niet bij hun identiteit past om zo'n onderscheid te maken. Als die kindercentra onvoldoende capaciteit hebben, zullen zij waarschijnlijk proberen hun aanbod aan te passen aan de vraag.

Het wetsvoorstel kan dus leiden tot enige verschuivingen in de populatie op de verschillende kindercentra. Maar die verschuivingen zullen zich afspelen binnen de regio waarin al sprake was van een clustering van het besmettingsrisico. Dat betekent dat de belangrijkste risicofactor, de vaccinatiegraad, in die regio niet lager zal worden. Er komen immers niet meer niet-gevaccineerde kinderen bij.

Sterker nog, op het niveau van de regio zal de vaccinatiegraad waarschijnlijk toenemen, als gevolg van het aantal ouders dan na een gesprek met de houder van een kindercentrum dat alleen gevaccineerde kinderen toelaat, besluit alsnog deel te gaan nemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Dat is ook in het voordeel van de niet-gevaccineerde kinderen en hun ouders in zo'n regio. Zij profiteren van de groepsimmunititeit die daardoor (sneller) kan worden bereikt.

Echter, zo lang in deze gebieden de vaccinatiegraad lager is dan noodzakelijk is voor groepsimmunititeit, blijft het voor ouders die wél deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma van groot belang dat zij een kindercentrum kunnen kiezen waarop het infectierisico zo gering mogelijk is. Juist daar is het ook voor de houder van een kindercentrum die daarop wil inspelen van groot belang dat hij uitsluitend kinderen die deelnemen

¹² Zie op de website van de rijksoverheid: <https://www.volksgezondheinzorg.info/onderwerp/vaccinaties/regionaal-internationaal/zuigelingen#node-bmr-vaccinaties-gemeente>.

aan het Rijksvaccinatieprogramma mag toelaten. En juist daar zal gelden dat, hoe beperkt ook de betekenis moge zijn van de grotere bescherming die de kinderen op dergelijke kindercentra wordt geboden, op zo'n kindercentrum het besmettingsrisico altijd kleiner zal zijn dan op de andere kindercentra in het gebied. Ouders zullen in deze gebieden het kindercentrum, tezamen met hun huis, kunnen ervaren als een betrekkelijk veilige «bubbel», te midden van een betrekkelijk onveilige omgeving, gelet op de te lage vaccinatiegraad in de regio.

Eindafweging

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de fracties van **Groen-Links** en van de **PvdA** of de proportionaliteitsbezwaren van de Raad van State nu nog overeind staan, merken de initiatiefnemers op dat de Afdeling advisering niet zozeer bezwaren had tegen een bepaalde uitkomst van de weging van de betrokken belangen, als wel de procedurele opmerking maakte dat de wetgever in de toelichtende stukken in de vorm van een duidelijke belangenafweging een objectieve rechtvaardiging moet geven voor het hier aan de orde zijnde indirecte onderscheid. Daarbij merkte de Afdeling op dat het gezondheidsbelang in samenhang met het belang van transparantie legitieme doelen zijn die mogelijk voldoende zwaar wegen. Daaraan voegde de Afdeling toe dat het in het kader van het subsidiariteitsvereiste relevant is dat het hier slechts om een mild ingrijpende maatregel gaat. Met betrekking tot de proportionaliteit moeten volgens de Afdeling enerzijds de belangen van ouders en kinderopvang die waarde hechten aan een veilige omgeving worden meegewogen, alsmede het belang om de volksgezondheid in brede zin te bevorderen en het besmettingsrisico binnen een kinderopvangcentrum te beperken. Anderzijds moeten ook de belangen worden meegewogen van ouders en medewerkers die vaccineren op levensbeschouwelijke gronden afwijzen.

De initiatiefnemers zijn van mening dat zij met het vorenstaande, voor zover zij dat niet al eerder hadden gedaan, met behulp van de vragen die de leden van de verschillende fracties hebben gesteld, uitputtend aandacht hebben geschonken aan alle betrokken belangen en aan de afweging die daartussen moet worden gemaakt; overeenkomstig wat de Afdeling daarover heeft geadviseerd.

Met het vorenstaande hebben de initiatiefnemers ook een soortgelijke vraag van de leden van de **SGP**-fractie, die betrekking had op een interpretatie van de regering, beantwoord.

De initiatiefnemers komen hieromtrent tot de volgende conclusie. De doelstellingen van het wetsvoorstel zijn het verwezenlijken van het recht van ouders om een geïnformeerde keuze te kunnen maken in het belang van de gezondheid van hun kind én het leveren van een bijdrage aan de volksgezondheid. Gelet op de daarbij betrokken belangen – in het bijzonder van de ouders van kinderen die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma en van de houders van kindercentra die een zo gering mogelijk besmettingsrisico op hun kindercentrum willen realiseren, en als het om de volksgezondheid gaat de belangen van de gehele bevolking – moeten de vorengenoemde doelstellingen zwaarder wegen dan de praktische nadelen die als gevolg van het wetsvoorstel kunnen optreden voor personeelsleden die niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma en ouders die hun kinderen daaraan niet laten deelnemen, zoals die hiervoor zijn uiteengezet.

Het wetsvoorstel doet niets af aan het recht dat mensen hebben om voor hun kinderen een kindercentrum te kiezen dat past bij hun godsdienst of levensovertuiging. Daarbij is er een belangrijk verschil in rechtspositie

tussen de houders van een kindercentrum op een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en andere. De eerstgenoemde kunnen zich – nu al – richten op hun doelgroep zonder dat daar een wet voor nodig is. Zij hoeven ook niet bang te zijn voor gerechtelijke procedures, omdat zij hun beginselen kunnen uitdragen zonder dat het weigeren van kinderen aan de orde hoeft te komen. Wie zich niet in die beginselen herkent, zal zijn kinderen niet aanmelden. Wie dat wel doet, zal waarschijnlijk het risico op een besmetting met bijvoorbeeld het mazelen-virus van ondergeschikt belang vinden; de christelijke, antroposofische of andere betrokken beginselen wegen het zwaarst.

Voor houders van kindercentra en hun klanten die het zo veel mogelijk beperken van besmettingsrisico's wél van cruciaal belang achten, ligt het anders. Zij kunnen hun belangen alleen dienen door de toelating te beperken tot kinderen die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma; en daarmee onbedoeld, maar juridisch gezien toch onmiskenbaar, indirect onderscheid maken op grond van godsdienst of levensovertuiging. Het voorliggende wetsvoorstel maakt dat – in lijn met artikel 2, eerste lid, Awgb – mogelijk. Daarmee realiseert het voor alle ouders de mogelijkheid om te kunnen kiezen voor een kindercentrum dat het beste aansluit bij hun overtuigingen en belangen. Een mogelijkheid die er nu nog alleen is voor ouders met een specifieke godsdienst of levensovertuiging.

3. Gevolgen voor de uitvoering van het wetsvoorstel

De leden van de **CDA**-fractie veronderstelden dat een nieuw Nationaal Register noodzakelijk zou zijn voor een betrouwbare en veilige opslag van persoonlijke gegevens, zowel als het om de kinderen gaat, als met betrekking tot het personeel. De houder van een kindercentrum zal onvermijdelijk reeds nu een personeelsadministratie bijhouden, waarin met betrekking tot zijn personeelsleden persoonsgegevens worden verwerkt. Daarop zijn de waarborgen van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) van toepassing. Als daaraan ook gevoelige gegevens over de gezondheid toegevoegd worden komt daar nog een waarborg bij: het personeelslid zal uitdrukkelijk toestemming moeten geven voor het verwerken van deze gegevens.

Dat geldt ook indien de houder van een kindercentrum dergelijke gegevens gaat verwerken met betrekking tot het gevaccineerd zijn van de kinderen die aan het kindercentrum zijn toevertrouwd. Dan moeten de ouders uitdrukkelijk toestemming geven. Er bestaat echter geen noodzaak om daarvoor een nieuw Nationaal Register in het leven te roepen. Het gaat hier niet om de uitvoering van nationaal overheidsbeleid. Het gaat om private verhoudingen tussen een deel van de houders van een kindercentrum – die er zelf voor gekozen hebben om alleen kinderen toe te laten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma – en hun klanten, die er vrijwillig voor gekozen hebben hun kinderen aan het betrokken kindercentrum toe te vertrouwen. Daarbij passen registraties die louter bij de private houders van kindercentra berusten. De overheid hoeft daar ook geen toegang toe te hebben.

De vrees voor schijnveiligheid – die ter sprake werd gebracht door de leden van de fracties van het **CDA** en van de **SP** – deelt de initiatiefnemer niet. Ouders weten dat kinderen ook buiten een kindercentrum besmet kunnen raken. Zoals zij ook weten dat kinderen onder de 14 maanden niet worden gevaccineerd en dus niet beschermd zijn. En houders van kindercentra zullen ervoor waken dat zij niet aan ouders een mate van veiligheid garanderen, die zij niet kunnen waarmaken.

Naar aanleiding van een vraag van de leden van de **SP**-fractie merken de initiatiefnemers op, dat het wetsvoorstel niet kan worden gezien als een voorstel dat invulling geeft aan het recht van ouders om te kunnen kiezen

voor een kindercentrum waarin vooral niet-gevaccineerde kinderen worden opgevangen. Dat recht hebben zij immers al, zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet.

Het is ook niet zo dat het wetsvoorstel aan de kindercentra die nu al betrekkelijk veel kinderen opvangen die niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, een «unique selling point» verschaft, zoals deze leden het noemen, want ook dát hebben ze al: in hun christelijke, antroposofische of andere levensbeschouwelijke beginselen.

Het wetsvoorstel voorziet overigens ook niet in een verplichting voor kindercentra om in het landelijk register kinderopvang te doen vermelden dat zij bij voorkeur of uitsluitend kinderen opvangen die *niet* deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Daar is geen enkele reden toe.

De initiatiefnemers beantwoorden de vraag van de leden van de **SP**-fractie of het onmogelijk is dat met deze wet in de hand het kind de toegang ontzegd kan worden totdat het vaccinatiebewijs getoond kan worden, ontkennend. Integendeel, het wetsvoorstel gaat er juist van uit dat de houder van een kindercentrum die besloten heeft om nog slechts uitsluitend of nagenoeg uitsluitend kinderen en personeelsleden toe te laten die aantoonbaar deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, voorafgaand aan die toelating inzage zal vragen in vaccinatiebewijzen. Indien die er niet zijn omdat een kind om medische redenen nog niet alle vaccinaties ingevolge dat programma heeft kunnen ontvangen, zal hij waarschijnlijk vragen om een doktersverklaring die dat bevestigt. Dat geldt ook in het geval waarop de hier aan het woord zijnde leden doelen: er was een reden om de vaccinatie in een ander tempo te laten verlopen, bijvoorbeeld door vroege ziekte of door kwetsbaarheid van de kinderen. Anders dan deze leden veronderstelden moeten ook deze omstandigheden gezien worden als medische redenen die in de weg stonden aan vaccinatie, zoals in het wetsvoorstel bedoeld in het eerste lid van artikel 1.49a.

4. De discussie in het licht van COVID-19

De leden van de fracties van het **CDA**, **GroenLinks**, **PvdA** en de **SGP** stelden vragen over de eventuele samenhang tussen het voorliggende wetsvoorstel en de discussie over het al dan niet verplicht stellen van de coronavaccinatie en over de vraag welke «coronaprivileges» gevacceerden zouden kunnen krijgen.

De initiatiefnemers merken daarover allereerst op, dat deze discussie nog nauwelijks is uitgekristalliseerd. Het voorliggende wetsvoorstel levert daar wellicht een bescheiden bijdrage aan, maar het is niet zo dat het aannemen of verwerpen van het wetsvoorstel directe consequenties voor deze discussie zal hebben. Daarvoor is het onderwerp ervan te beperkt en zijn de verschillen met de COVID-19-problematiek te groot.

Bij de bestrijding van het coronavirus varieert de discussie van de vraag of (alle?) zorginstellingen van (een deel van?) hun personeel kunnen verlangen zich te laten vaccineren, tot de vraag of van overheidswege aan de (gehele?) Nederlandse bevolking een vaccinatieplicht kan of moet worden opgelegd.

Op de arbeidsrechtelijke positie van het personeel is reeds ingegaan in de vorige paragraaf. Andere terreinen zijn nog betrekkelijk onontgonnen. Het wetsvoorstel zou niet zijn ingediend als er al jurisprudentie was met betrekking tot het geval van indirecte discriminatie dat daarin aan de orde is. Het wetsvoorstel beoogt niet – en kon dat ook niet, gelet op de datum waarop het aanhangig is gemaakt – een precedent te scheppen met betrekking tot de COVID-19-problematiek. Het is beperkt tot *indirecte* discriminatie op één specifieke grond – godsdienst of levensovertuiging –

en in één specifieke situatie: dat van de houder van een kindercentrum die nog slechts kinderen en personeelsleden wil toelaten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Bovendien is de rechtvaardigingsgrond beperkt tot twee specifieke doelen: de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en van de volksgezondheid.

In de situaties die nu in de COVID-19-discussies aan de orde komen zal het, als het gaat om de vraag of indirect onderscheid gerechtvaardigd is, waarschijnlijk ook gaan om onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging. Maar afhankelijk van het geval waarom het gaat kunnen heel andere doelen en belangen aan de orde zijn, die anders moeten worden gewogen dan in het voorliggende wetsvoorstel. Daarnaast gaat het soms over veel ingrijpender maatregelen, zoals een vaccinatieplicht, en ook over andersoortige maatregelen, zoals een testplicht. Daarbij zijn andere grondrechten aan de orde dan in het wetsvoorstel, zoals het recht op integriteit van het menselijk lichaam.

Zelfs in een geval dat op het eerste gezicht gelijkenis vertoont met dat waarop het wetsvoorstel betrekking heeft – de exploitant van een café, bejaardensociëteit of museum die alleen gevaccineerde personen wil toelaten – ligt de situatie toch anders. Dergelijke ondernemingen zijn nu immers op grond van de coronamaatregelen gesloten. Als zij zouden vragen om onderscheid te mogen maken tussen wel en niet gevaccineerde klanten, doen zij dat waarschijnlijk in het kader van een verzoek om eerder open te mogen gaan dan wanneer daarmee gewacht zou moeten worden tot het overgrote deel van de Nederlandse bevolking is gevaccineerd. De achtergrond daarvan zal dan waarschijnlijk vooral van economische aard zijn. Dat betekent niet noodzakelijk, dat er geen legitiem doel denkbaar is dat het indirect onderscheid zou kunnen rechtvaardigen. Dat kan wellicht, zoals ook in het voorliggende wetsvoorstel het geval is, gelegen zijn in de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Maar dat zullen dan wel heel andere rechten en vrijheden zijn dan bij het voorliggende wetsvoorstel. Dan zou gedacht kunnen worden aan sociale grondrechten als het recht op vrije keuze van arbeid en de vrijheid van ondernemerschap, die worden erkend in artikel 19 van de Grondwet en de artikelen 15 en 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. En aan de bestaanszekerheid van de bevolking, die ingevolge artikel 20 van de Grondwet voorwerp van zorg van de overheid is; of het scheppen van voorwaarden voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en voor vrijetijdsbesteding, waartoe de overheid op grond van artikel 22 Grondwet verplicht is. Maar dat vergt weer heel andere afwegingen van belangen dan die welke in het voorliggende wetsvoorstel aan de orde zijn. Ook de omstandigheden verschillen. Er heerst nu een COVID-19-pandemie, waartegen nog pas zeer recent vaccinaties beschikbaar zijn. Het wetsvoorstel is ingegeven door zorgen om uitbraken van ziektes waartegen al een groot gedeelte van de Nederlandse bevolking is gevaccineerd; in het kader van het Rijksvaccinatieprogramma.

Met betrekking tot de infectieziekten die bestreden worden met het Rijksvaccinatieprogramma hebben de initiatiefnemers ervoor gekozen om over één juridisch vraagstuk duidelijkheid te verschaffen door middel van een *lex specialis*: is indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging gerechtvaardigd indien de houder van een kindercentrum alleen kinderen en personeelsleden wil toelaten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma. Naar aanleiding van een vraag van de leden van de fracties van **GroenLinks** en van de **PvdA** voegen de initiatiefnemers daar nog aan toe, dat gezegd zou kunnen worden dat deze private organisaties daarmee een wettelijk verankerde bevoegdheid krijgen om kinderen te weigeren die niet deelnemen aan het Rijksvaccina-

tieprogramma, maar de basis daarvoor is al gelegd in artikel 2, eerste lid, Awgb. Die bevoegdheid zal ook betrekking hebben op COVID-19, als een vaccinatie tegen COVID-19 in het Rijksvaccinatieprogramma opgenomen zou worden. Daarbij geldt wel de belangrijke beperking dat dit geen materiële betekenis zal hebben zo lang in het Rijksvaccinatieprogramma niet voorzien is in een COVID-19-vaccinatie voor kinderen onder de 4 jaar. Bepalend in het wetsvoorstel is het al dan niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma door kinderen; niet door hun ouders.

Het vorenstaande is uitdrukkelijk beperkt tot de juridische problematiek van indirect onderscheid in de zin van de Awgb. Bij de discrepanties die de leden van de fracties van **GroenLinks** en van de **PvdA** zien tussen het voorliggende wetsvoorstel en wettelijke maatregelen met betrekking tot de COVID-19-pandemie, valt op dat er in beide gevallen verschillende juridische problematieken aan de orde zijn, met verschillende grondrechten die van belang zijn en verschillende redenen om wetgeving tot stand te brengen.

In het voorliggende wetsvoorstel gaat het om het grondrecht van gelijke behandeling; bij de Tijdelijke wet notificatieapplicatie COVID-19 om het grondrecht van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Bovendien gaat het in het voorliggende wetsvoorstel om het handelen van private partijen in relatie tot de horizontale werking van het grondrecht, terwijl het bij de COVID-19-app gaat om het handelen van de overheid, en daarmee om de klassieke verticale werking van het grondrecht.

Het voorliggende wetsvoorstel is nodig om de oplossing voor een juridisch probleem te kunnen verleggen van de rechter naar de wetgever. In het geval van de COVID-19-app was een formele Nederlandse wet nodig omdat de AVG eraan in de weg stond om de app in te zetten bij de bestrijding van de COVID-19-pandemie. Ook speelde daarbij een rol dat het wenselijk werd geacht de app niet in te voeren dan nadat voldoende waarborgen ter voorkoming van misbruik wettelijk waren vastgelegd. Het voorgaande brengt met zich mee dat een reflectie op wat de hier aan het woord zijnde leden «vergelijkingspunten» noemen, slechts tot de conclusie kan leiden dat van «discrepanties» geen sprake is. Op één punt is er wel overeenstemming: zowel de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (aan de orde in het voorliggende wetsvoorstel) als de bescherming van de gezondheid (aan de orde in de Tijdelijke wet notificatieapplicatie COVID-19 en als tweede doelstelling ook in het voorliggende wetsvoorstel) kunnen soms een rechtvaardiging opleveren voor het beperken van een grondrecht. Maar, als gezegd, het gaat wel om twee verschillende grondrechten: gelijke behandeling en persoonlijke levenssfeer.

Het grondrecht van de persoonlijke levenssfeer wordt door het wetsvoorstel niet rechtstreeks geraakt. Wel zal, als de houder van een kindercentrum gebruik maakt van de door wet geboden gelegenheid om alleen kinderen toe te laten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, zodra hij persoonsgegevens gaat verwerken de AVG van toepassing zijn. Dat brengt onder meer met zich mee dat de houder van het kindercentrum gegevens met betrekking tot vaccinaties niet mag verwerken zonder uitdrukkelijke toestemming van de ouders. In het geval van de COVID-19-app is de situatie veel gecompliceerder. Het gaat over informatietechnologie die de gemiddelde burger nauwelijks kan doorgronden. Bovendien gaat het niet om een private relatie tussen burgers, maar om de overheid die een overheidstaak uitoefent en daarvoor gebruik wil maken van de gegevens die de app genereert; niet alleen over de gezondheid van de gebruiker, maar ook over onder andere zijn verblijfplaatsen en de personen waarmee hij in contact is geweest. Dat heeft er terecht toe geleid dat waarborgen tegen misbruik, die de

overheid binden, in de wet zijn opgenomen. Die gaan over aangelegenheden die bij de verwerking van persoonsgegevens door de houder van een kindercentrum niet aan de orde zijn. Dan zijn de in de AVG opgenomen verplichtingen voldoende, bijvoorbeeld met betrekking tot het begrenzen van de kring van personen die de gegevens mogen inzien en de maatregelen die moeten worden genomen om een op het risico afgestemd beveiligingsniveau te waarborgen.

Uit het vorenstaande moge duidelijk zijn dat er grote verschillen zijn tussen de (juridische) discussies die gevoerd worden en nog gevoerd kunnen gaan worden in het licht COVID-19 en de discussie die aan de orde is in het voorliggende wetsvoorstel. Zowel de omstandigheden als de maatregelen en de daarmee samenhangende punten van discussie verschillen in zeer grote mate van elkaar.

Er heerst thans een COVID-19-pandemie, die meer slachtoffers maakt naarmate de geïnfecteerden ouder zijn. Die geeft aanleiding tot zeer ingrijpende maatregelen, die soms vergaande beperkingen inhouden van meerdere grondrechten, maar die wel tijdelijk zijn.

Het voorliggende wetsvoorstel ziet op omstandigheden waarin er nog geen uitbraken zijn, maar wel zorgen over de te lage vaccinatiegraad tegen infectieziektes die vooral gevaarlijk zijn voor kinderen. Daartoe wordt een maatregel voorgesteld waarbij slecht één grondrecht betrokken is – het discriminatieverbod – dat slechts in zeer geringe mate wordt beperkt. Het gaat om het in een specifiek geval rechtvaardigen van *indirect* onderscheid. Omdat dit weinig ingrijpend is, is het ook niet nodig de maatregel tijdelijk te maken. De wet is bedoeld om het voor ouders blijvend mogelijk te maken om voor hun kinderen een zo veilig mogelijk kindercentrum uit te kiezen: kindercentra waarin uitsluitend of nagenoeg uitsluitend personeelsleden en kinderen worden toegelaten die deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma.

Het verband met de COVID-19-pandemie is vooral, dat daardoor eens te meer aan de orde is gekomen welke rol kindercentra kunnen spelen bij de verspreiding van infectieziektes en hoe belangrijk vaccinaties zijn bij de bestrijding daarvan.

De initiatiefnemers concluderen dat het wetsvoorstel, gelet op de beperkte strekking ervan, onvergelijkbaar is met maatregelen die zijn genomen in het kader van de bestrijding van de COVID-19-pandemie en ook geen precedentwerking heeft of vooruitloopt op beslissingen die wellicht nog bij die bestrijding moeten worden genomen. Het wetsvoorstel kan en moet op zijn eigen merites worden beoordeeld.

Van Meenen
Raemakers