

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**

**E**

### **BRIEF VAN DE VICEPRESIDENT VAN DE RAAD VAN STATE**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 17 juni 2020

Bij brief van 7 april 2020 heeft de Voorzitter van de Eerste Kamer op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd de Eerste Kamer van voorlichting te dienen betreffende een nota van wijziging bij het voorstel van wet van het lid 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.

Uitsluiting door een kinderopvangcentrum van kinderen en werknemers die – uit godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging – niet gevaccineerd zijn vormt indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb). De wetgever heeft een zekere ruimte om in een bijzondere wet (*lex specialis*) een uitzondering op het verbod op indirect onderscheid op te nemen. Dat geldt onder meer in het onderhavige geval. Wel dient de wetgever bij het maken van zulke uitzonderingen terughoudend te zijn.

Als gevolg van een dergelijke *lex specialis* zal geen ruimte meer zijn voor een nadere belangenafweging in concrete gevallen in het licht van de Awgb door de rechter of het College voor de Rechten van de Mens. De wetgever dient daarom op wetsniveau – in de wet en in de vorm van een in de toelichtende stukken uitdrukkelijke belangenafweging – een objectieve rechtvaardiging voor het indirect onderscheid te bieden. Artikel 6 van de Grondwet is als zodanig weliswaar niet op deze materie van toepassing. Wel zal de wetgever in het licht van de systematiek van de Awgb, het EVRM en het Unierecht aannemelijk moeten maken dat sprake is van een legitiem doel dat met het indirect onderscheid gediend wordt, en dat het middel dat daartoe wordt gebruikt (het onderscheid) geschikt en noodzakelijk is.

De Afdeling van de Raad van State is van oordeel dat transparantie van kinderopvangcentra over hun beleid om niet-gevaccineerde kinderen en personeelsleden al dan niet te weigeren op zichzelf een onvoldoende passende en zwaarwegende doelstelling vormt om het maken van indirect onderscheid in de zin van de Awgb te kunnen rechtvaardigen. Wanneer de doelstelling verbreed zou worden en zich naast het doel om transparantie te bieden ook zou richten op de bevordering van de volksgezondheid en beperking van het besmettingsrisico binnen een kinderopvangcentrum, is een dergelijke rechtvaardiging wel denkbaar. Daartoe is noodzakelijk dat de wetgever een adequate en inzichtelijke afweging maakt van de verschillende belangen die in het geding zijn, waarin de toelaatbaarheid van het indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging (mede) in het licht van het belang van de gezondheid generiek gerechtvaardigd wordt. Op grond van een dergelijke afweging zou de voorgestelde specifieke wettelijke regeling in het licht van het systeem van de Awgb evenals het EVRM en het Unierecht objectief gerechtvaardigd kunnen worden.

## 1. Inleiding

De Afdeling advisering is door de Eerste Kamer om voorlichting gevraagd over een nota van wijziging bij het voorstel van wet van het lid Van Meenen tot wijziging van de Wko teneinde te bevorderen dat ouders kunnen kiezen tussen kindercentra die wel of niet kinderen toelaten die niet deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma.<sup>1</sup> Deze wijziging beoogt buiten twijfel te stellen dat, voor zover het uitsluitend toelaten van gevaccineerde kinderen en werknemers met zich mee zou brengen dat indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging wordt gemaakt, zulk onderscheid per definitie objectief gerechtvaardigd is in de zin van artikel 2, eerste lid, Awgb.<sup>2</sup>

Aan de Afdeling is de vraag voorgelegd hoe deze toevoeging zich verhoudt tot artikel 6 van de Grondwet en de Awgb, met name voor wat betreft de passendheid en noodzakelijkheid van het gekozen middel voor het bereiken van het voorgestane doel. Om deze vraag te beantwoorden worden eerst de inhoud en achtergrond van het wetsvoorstel en de nota van wijziging uiteengezet (punt 2). Vervolgens wordt het juridisch kader geschetst en wordt ingegaan op de legitimiteit van de doelstelling, de passendheid en de noodzakelijkheid van de specifieke wetsbepaling waar de nota van wijziging op ziet (punt 3). De voorlichting wordt afgesloten met een conclusie (punt 4).

## 2. Het initiatiefwetsvoorstel

### *a. Inhoud en doelstelling initiatiefwetsvoorstel*

Het initiatiefwetsvoorstel van het lid Van Meenen<sup>3</sup> beoogt wijziging van de Wet kinderopvang (Wko) met als doel het tot stand brengen van transparantie op de markt van kinderopvangcentra, in het belang van ouders die zich zorgen maken over de veiligheid van hun kinderen op de kinderopvang. Daarbij gaat het met name om het risico op besmetting met mazelen. Op grond van het wetsvoorstel worden kinderopvangcentra

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35 049, C.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 8.

<sup>3</sup> Het initiatiefvoorstel werd oorspronkelijk ingediend door het Tweede Kamerlid Raemakers. Het lid Van Meenen heeft de verdediging van het voorstel vanwege het tijdelijke vertrek van de heer Raemakers uit de Kamer overgenomen, zie Kamerstukken II, 2019/20, 35 049, nr. 12. Bij brief van 9 juni 2020 is medegedeeld dat het lid Raemakers de verdediging van het voorstel weer op zich neemt en dat het lid Van Meenen medeverdediger is geworden. Zie Kamerstukken I 2019/20, 35 049, nr. D.

verplicht transparant te zijn over hun beleid met betrekking tot het accepteren of weigeren van niet-gevaccineerde kinderen en personeelsleden. Kinderopvangcentra mogen zelf bepalen of zij uitsluitend (of nagenoeg uitsluitend) kinderen en personeelsleden, die aantoonbaar deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, toelaten.<sup>4</sup> Zij moeten dit beleid via een landelijk register kinderopvang openbaar maken.<sup>5</sup>

#### *b. Advies Afdeling advisering Raad van State*

In haar advies over het initiatiefwetsvoorstel sprak de Afdeling begrip uit voor het oogmerk van het voorstel om zorgen van ouders weg te nemen over mogelijke besmetting van hun kinderen binnen kinderopvangcentra. Wel adviseerde zij het voorstel mede in het perspectief van het maatschappelijke probleem van de dalende vaccinatiegraad te plaatsen.<sup>6</sup> In dat verband adviseerde de Afdeling in de toelichting een nadere rechtvaardiging te geven voor het maken van indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging, op basis van bescherming van de gezondheid en de rechten en vrijheden van anderen.<sup>7</sup> In zijn reactie op het advies stelde de (toenmalige) initiatiefnemer Raemakers dat een voldoende rechtvaardiging voor het maken van indirect onderscheid gelegen is in transparantie en het recht van ouders om geïnformeerde keuzes te kunnen maken inzake de gezondheidsrisico's voor hun kind. Volgens de initiatiefnemer is het voorstel geschikt en noodzakelijk om dat doel te bereiken.<sup>8</sup>

#### *c. Gewijzigd voorstel van wet*

Naar aanleiding van de parlementaire behandeling<sup>9</sup> is het voorstel van wet bij nota van wijziging van 13 juni 2019 op enkele punten gewijzigd.<sup>10</sup> Eén van die wijzigingen betreft een toevoeging aan artikel 1.49a Wko. Voorgesteld wordt daaraan een derde lid toe te voegen, luidend: «Voor zover handelen overeenkomstig het eerste lid het maken van indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging met zich meebrengt is dat gerechtvaardigd in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Algemene wet gelijke behandeling»<sup>11</sup> (hierna: de wijziging).

Met de voorgestelde wijziging wordt beoogd buiten twijfel te stellen dat, voor zover het weigeringsbeleid indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging met zich brengt, zulk onderscheid per definitie objectief gerechtvaardigd is in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Awgb. Dat impliceert, aldus de toelichting, «dat de wetgever ervan uit gaat dat sprake is van een legitiem doel en van een middel voor het bereiken daarvan dat passend en noodzakelijk is».<sup>12</sup> Het aldus gewijzigde voorstel van wet<sup>13</sup> is op 18 februari 2020 door de Tweede Kamer aangenomen.

<sup>4</sup> Artikel 1.49a, eerste lid, Wko.

<sup>5</sup> Artikel 1.49a, tweede lid, Wko.

<sup>6</sup> Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 4, paragraaf 4.

<sup>7</sup> Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 4, paragraaf 6.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Zie het verslag van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 8.

<sup>10</sup> Nota van wijziging, 13 juni 2019, Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 8.

<sup>11</sup> Voorgesteld artikel 1.49a, derde lid, Wko.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 8, toelichting.

<sup>13</sup> Zie Kamerstukken I, 2019/20, 35 049, A.

### 3. Verhouding van de wijziging tot artikel 6 van de Grondwet en de Awgb

Het gevolg van de nota van wijziging zal zijn dat kinderopvangcentra niet-gevaccineerde kinderen en personeelsleden de toegang kunnen weigeren zonder dat een beroep daartegen op grond van de Awgb nog kans van slagen heeft.

Er is een zekere ruimte voor de wetgever om bij bijzondere wet (*lex specialis*) een uitzondering op het in de Awgb geformuleerde algemene verbod op indirect onderscheid op te nemen. In onderhavig geval zal met een specifieke wetsbepaling voor kinderopvangcentra meer zekerheid worden geboden over de juridische houdbaarheid van het voeren van een weigeringsbeleid. Het gevolg daarvan is, dat voor een belangenafweging in concrete situaties aan de hand van de Awgb door de rechter of het College voor de Rechten van de Mens geen ruimte meer is. Een dergelijke belangenafweging dient daarom meer generiek, op wetsniveau verricht te worden en inzichtelijk gemaakt te worden in de vorm van de toelichtende stukken bij het voorstel.

#### a. Artikel 6 Grondwet, artikel 9 EVRM, Unierecht

De vraag is allereerst hoe het beleid van kinderopvangcentra om niet-gevaccineerde kinderen en werknemers uit te sluiten beoordeeld moet worden in het licht van artikel 6, eerste lid, van de Grondwet, indien het nalaten van vaccinatie is ingegeven door godsdienst of levensovertuiging. Klassieke grondwettelijke vrijheidsrechten hebben als zodanig in het algemeen slechts *verticale* werking, gericht op de gezagsrelatie tussen overheid en burger. Kinderopvangcentra zijn evenwel private ondernemingen, die een vrijheidsmarge hebben om op basis van eigen beleid kinderen en medewerkers uit te sluiten.<sup>14</sup>

Binnen de private, *horizontale* verhoudingen tussen kinderopvangcentra en ouders zijn bepalingen zoals artikel 6 van de Grondwet als zodanig niet van toepassing: zij hebben geen rechtstreekse, directe werking. Wel zullen achterliggende grondrechtelijke beginselen, afhankelijk van de aard van de specifieke belangen en situaties, in de afweging bij de concretisering van open privaatrechtelijke normen toch een belangrijke rol kunnen spelen (de zogenaamde *indirecte* horizontale werking van grondrechten).<sup>15</sup>

Een en ander vloeit ook voort uit het EVRM en het Unierecht. De Afdeling zal derhalve ook dit recht in ogenschouw nemen. De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging wordt mede gewaarborgd door artikel 9 van het EVRM, welke bepaling door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens rechtstreeks in vergelijkbare zaken als de onderhavige wordt toegepast op horizontale verhoudingen.<sup>16</sup> Daarnaast is van belang Richtlijn 2000/78 betreffende gelijke behandeling in arbeid en beroep,<sup>17</sup> welke is geïmplementeerd in de voor het onderhavige geval relevante Awgb-bepalingen en evenzeer op horizontale verhoudingen ziet.<sup>18</sup> Binnen

<sup>14</sup> Zie Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 4, paragraaf 6.

<sup>15</sup> Zie HR 30 maart 1984, *Inan/de Venhorst*, NJ 1985 m.nt. Alkema.

<sup>16</sup> EHRM 15 januari 2013, zaak nr. 48420/10 e.a., *Eweida and Others v. United Kingdom*, para. 94.

<sup>17</sup> Richtlijn 2000/78 van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEU 2000, L 303/16.

<sup>18</sup> Artikelen 10 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de EU zijn van toepassing voor zover het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht, zoals in dit geval door de Richtlijn 2000/78. Artikel 21 Handvest kent horizontale werking, zie HvJEU 17 april 2018, C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, punt 76.

beide kaders (EVRM en Unierecht) spelen de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en legitiem doel een doorslaggevende rol. De beoordeling of aan deze criteria wordt voldaan, is materieel gelijk aan de beoordeling of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Awgb. Daarop wordt hierna ingegaan.

#### *b. Algemene wet gelijke behandeling*

De vrijheidsmarge van kinderopvangcentra om als private ondernemingen op basis van eigen beleid kinderen en werknemers uit te sluiten, wordt begrensd door de Awgb.<sup>19</sup> De Awgb vormt een nadere, ook op horizontale verhoudingen toegespitste uitwerking van de beginselen die ten grondslag liggen aan artikel 1 van de Grondwet, dat voorschrijft dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden en discriminatie op welke grond dan ook verboden is. Indien kinderopvangcentra wordt toegestaan om niet-gevaccineerde kinderen en medewerkers te weigeren, kan dit kwalificeren als een vorm van indirect onderscheid in de zin van artikel 1 van de Awgb. Een dergelijke weigering zal weliswaar neutraal geformuleerd zijn (in termen van het al dan niet gevaccineerd zijn), dus niet rechtstreeks gebaseerd op één van de in de Awgb opgesomde discriminatiegronden en daarmee geen direct onderscheid inhouden. Maar ouders of werknemers die op grond van hun godsdienst of levensovertuiging bezwaren hebben tegen vaccinatie zullen er wel bijzonder door getroffen worden. Ten opzichte van hen is derhalve sprake van indirect onderscheid.<sup>20</sup>

Op grond van artikel 7, eerste lid, respectievelijk artikel 5, eerste lid, van de Awgb is het genoemde indirect onderscheid jegens ouders respectievelijk werknemers in beginsel verboden. Zulk onderscheid kan niettemin objectief gerechtvaardigd zijn doordat het een legitiem doel dient en voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk is (artikel 2, eerste lid, van de Awgb). Het beroep op een dergelijke objectieve rechtvaardiging kan onderworpen worden aan een op het concrete geval toegesneden toetsing door de rechter en het College voor de Rechten van de Mens.

De Awgb kent naast de generieke rechtvaardigingsgrond voor indirect onderscheid in de vorm van een objectieve rechtvaardiging onder artikel 2, eerste lid, van de Awgb, ook een aantal specifieke uitzonderingen op het verbod van (in)direct onderscheid. Deze zien onder meer op de interne sfeer van kerkgenootschappen en andere organisaties, op basis waarvan deze onderscheid op grond van godsdienst of geloofsovertuiging kunnen maken.<sup>21</sup> Tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de voorgestelde wijziging, is artikel 5, lid 2a, van de Awgb, dat ruimte biedt aan gemeenten om onderscheid te maken op grond van godsdienst of levensovertuiging ten aanzien van een (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand die in de uitoefening van zijn ambt onderscheid maakt. Op grond hiervan kan de (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand, die op religieuze of levensbeschouwelijke gronden bezwaren heeft tegen het voltrekken van het huwelijk van personen van gelijk geslacht, zonder overtreding van de Awgb uitgesloten worden.<sup>22</sup>

Bij het invoeren van zulke specifieke wettelijke uitzonderingen op de in de Awgb neergelegde verboden ten aanzien van (in)direct onderscheid dient terughoudendheid betracht te worden. Handelen dat gedekt wordt door

<sup>19</sup> Zie Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/2019, 35 049, nr. 4, para. 6.

<sup>20</sup> Artikel 1, eerste lid, onder c, van de Awgb.

<sup>21</sup> Artikelen 3, 5, tweede lid en 7, tweede lid, van de Awgb.

<sup>22</sup> Zie hierover Centrale Raad van Beroep 29 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:606, punt 4.5.

deze uitzonderingen wordt daardoor immers buiten het bereik van individuele toetsing aan de Awgb door de rechter en het College van de Rechten voor de Mens geplaatst. Tegelijkertijd zal dergelijk handelen nog steeds onderworpen blijven aan toetsing aan – zoals hiervoor benoemd ook in de horizontale verhoudingen rechtstreeks doorwerkende – bepalingen van het EVRM en het Unierecht.

Met de voorgestelde wijziging wordt niettemin voorgesteld een nieuwe, specifieke uitzondering op het in artikelen 5, eerste lid, en 7 eerste lid, van de Awgb neergelegde verbod op indirect onderscheid op grond van godsdienst en levensovertuiging in te voeren. Met het oog hierop dient de wetgever in de toelichtende stukken in de vorm van een duidelijke belangenafweging een objectieve rechtvaardiging te geven voor dit onderscheid, zodanig dat daarmee op wetsniveau voldaan is aan de criteria neergelegd in artikel 2, eerste lid, van de Awgb, en daarmee in principe ook aan de vereisten die voortvloeien uit het EVRM en het Unierecht.<sup>23</sup> Die belangenafweging en daarop gebaseerde rechtvaardiging is tot nu toe niet gegeven.<sup>24</sup>

### *c. Legitiem doel, subsidiariteit, proportionaliteit*

De Afdeling gaat nader in op de elementen die in deze alsnog te verrichten belangenafweging aan de orde zijn.

#### *i. Legitiem doel*

Uit zowel de toelichting als de parlementaire discussie volgt dat het initiatiefwetsvoorstel uitsluitend tot doel heeft transparantie op de markt van kinderopvangcentra te bewerkstelligen, opdat ouders een goed geïnformeerde keuze kunnen maken voor de opvang van hun kind.<sup>25</sup> Hoewel transparantie voor ouders over het voeren van een weigeringsbeleid door kinderopvangcentra kan bijdragen aan de geïnformeerde keuzevrijheid van ouders om hun kind al dan niet bloot te stellen aan een zeker besmettingsrisico, vormt die transparantie op zichzelf nog niet een voldoende rechtvaardiging voor een weigeringsbeleid. Een transparant weigeringsbeleid dat indirect onderscheid als bedoeld in de Awgb oplevert, is niet gerechtvaardigd op de enkele grond dat dat beleid transparant is. Het belang van transparantie *sec* is dan ook geen passend en voldoende zwaarwegend doel om een rechtvaardiging te bieden voor kinderopvangcentra die op grond van het voorstel niet-gevaccineerde kinderen en werknemers de toegang weigeren en daarbij indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging maken.<sup>26</sup> Ten behoeve van een dragende motivering van de voorgestelde maatregel zullen derhalve andere legitieme doeleinden aangevoerd moeten worden.

<sup>23</sup> Zie punt 6a in het advies van de Afdeling, Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 4, p. 8.

<sup>24</sup> Zie aldus de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 4, p. 8. De nota van wijziging (Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 8) bevat evenmin een objectieve rechtvaardiging, en volstaat met de stelling dat de toegevoegde wijziging «impliceert dat de wetgever ervan uit gaat dat sprake is van een legitiem doel en van een middel voor het bereiken daarvan dat passend en noodzakelijk is.» In andere parlementaire stukken, zoals de gewijzigde memorie van toelichting (Kamerstukken II, 2018/19, 35 049, nr. 5) en de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 2019/20, 35 049, nr. 7), wordt die objectieve rechtvaardiging evenmin geboden.

<sup>25</sup> Aldus de initiatiefnemer in Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 5, p. 2; Handelingen II 2019/20, nr. 51, item 9, p. 14.

<sup>26</sup> Memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, Kamerstukken II, 2018/19, 35 049, nr. 5, p. 2; Handelingen II 2019/20, nr. 51, item 9, p. 14.

Legitieme doestellingen die – tezamen met het transparantiebelang – het maken van indirect onderscheid wel zouden kunnen rechtvaardigen, zijn de bevordering van de volksgezondheid in brede zin en het beperken van het besmettingsrisico binnen een kinderopvangcentrum. Te verwachten is dat sommige ouders, zodra het kinderopvangcentrum waar zij hun kind willen onderbrengen een weigeringsbeleid voert, het uitgangspunt om hun kind niet te laten vaccineren zullen heroverwegen en alsnog tot vaccinatie zullen overgaan.<sup>27</sup> Als zodanig kan de weigering van niet-ingeënte kinderen en werknemers door een kinderopvangcentrum – zij het indirect – bijdragen aan verhoging van de vaccinatiegraad en daarmee aan het bevorderen van de volksgezondheid.

Ook is de verwachting dat het besmettingsrisico binnen een kinderopvangcentrum dat een weigeringsbeleid voert enigszins kan worden ingedamd, al zullen de effecten beperkt zijn. Zoals ook de toelichting onderkent, zijn kinderen jonger dan 14 maanden (nog) niet gevaccineerd tegen mazelen, de meest besmettelijke infectieziekte.<sup>28</sup> Zij kunnen derhalve elders geïnfecteerd raken en vervolgens kinderen uit dezelfde leeftijdscategorie binnen het kinderopvangcentrum besmetten, nu binnen kinderopvangcentra de groepsimmunitet veel minder goed werkt.<sup>29</sup> 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 naar verwachting positief, alhoewel beperkt.<sup>30</sup>

Het gezondheidsbelang in samenhang met het belang van transparantie zijn legitieme doelen die mogelijk voldoende zwaar wegen. Het indirect onderscheid moet dan echter niet alleen die legitieme doelen dienen en passend zijn, maar dient ook noodzakelijk te zijn. Daarbij spelen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een belangrijke rol.

## ii. Subsidiariteit

In het kader van het subsidiariteitsvereiste is relevant dat het hier slechts om een mild ingrijpende maatregel gaat.<sup>31</sup> Kinderopvangcentra worden immers niet verplicht om onderscheid te maken tussen al dan niet gevaccineerde kinderen en werknemers, en ouders worden niet verplicht hun kinderen te laten vaccineren. Bovendien zullen ouders veelal nog steeds een kinderopvangopvangcentrum kunnen vinden dat hun weigering om te vaccineren respecteert.

<sup>27</sup> Die veronderstelling lijkt op zich reëel, zo blijkt uit het rapport van de Commissie Vermeij: Commissie kinderopvang en vaccinatie, «Prikken voor elkaar. Kinderopvang en vaccinatie: een zorg van overheid en maatschappij», bijlage bij Kamerstukken II, 2018/19, 31 322/32 793, nr. 389, p. 61. Onderzoek zien dat 42% van de ouders die hun kind nu niet of niet volledig laten vaccineren inderdaad zal overgaan tot (volledige) vaccinatie.

<sup>28</sup> Kamerstukken II, 2018/19, 35 049, nr. 5, p. 2.

<sup>29</sup> RIVM, «Een ondergrens voor de vaccinatiegraad in Nederland», Bijlage bij Kamerstukken II, 2019/20, 32 793, nr. 450 (brief van de regering, kabinetsreactie op advies «Prikken voor elkaar»), p. 3; T. Kloosterman en E. Hofstra, «Vaccinatiegraad crèche zegt niks over besmettingsrisico», Medisch Contact, nr. 15 (2017), p. 21. Zie ook het advies van de Afdeling bij het initiatiefwetsvoorstel, Kamerstukken II, 2018/19, 35 049, nr. 4, para. 5b.

<sup>30</sup> Daarbij kan overigens ook de subjectieve inschatting van ouders en kinderopvangcentra een rol spelen.

<sup>31</sup> Zie in deze zin reeds de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35 049, nr. 4, p. 8.



### iii. Proportionaliteit

Toetsing aan het vereiste van proportionaliteit vergt daarnaast een afweging van de verschillende belangen die in het geding zijn.<sup>32</sup> Enerzijds moeten de belangen van ouders en kinderopvangcentra 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 inenting op religieuze of levensbeschouwelijke gronden afwijzen. Daarbij zal met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de EU rekening moeten worden gehouden.

Uit jurisprudentie van beide hoven volgt dat de nationale wetgever met het oog op beleid op 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 strikt dienen te worden uitgelegd.<sup>33</sup> Verwacht mag worden dat de Nederlandse rechter daarom ook terughoudendheid in acht neemt.<sup>34</sup>

## 4. Conclusie

De weigering door een kinderopvangcentrum om kinderen en werknemers toe te laten omdat deze op grond van godsdienstige of levensbeschouwelijke gronden niet gevaccineerd zijn, is een vorm van indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging als bedoeld in de Awgb. De wetgever heeft een zekere ruimte om in een bijzondere wet (*lex specialis*) een uitzondering op het verbod op indirect onderscheid op te nemen. Hij dient dan wel een objectieve rechtvaardiging op wetsniveau – dat wil zeggen in de wet zelf of in de parlementaire geschiedenis – te bieden voor het maken van onderscheid. Het verlangen om ouders transparantie te bieden is daarvoor onvoldoende: het enkele feit dat onderscheid makend toelatingsbeleid van een kinderopvangcentrum transparant is, rechtvaardigt op zichzelf zulk onderscheid nog niet.

Wanneer het onderscheid zich daarnaast richt op de bevordering van de volksgezondheid in brede zin en het beperken van het besmettingsrisico binnen een kinderopvangcentrum, is een objectieve rechtvaardiging voor het maken van dit indirect onderscheid wel denkbaar. De wetgever dient dan, mede met het oog op de rechtszekerheid, een uitdrukkelijke afweging te maken tussen de verschillende belangen die in het geding zijn: de vermoedelijke (hoewel beperkte) gezondheidswinst en de inschatting die ouders maken ter zake van de veiligheid, de beoordelingsmarge die kinderopvangcentra als private ondernemingen gegund moet worden, alsmede het onderscheid dat wordt gemaakt op grond van godsdienst of levensovertuiging van sommige ouders en werknemers.

De Afdeling benadrukt in dit verband dat de wetgever bij het maken van deze belangenafweging, waarin gezondheid als doeleinde een belangrijke rol speelt, een beoordelingsruimte heeft. Deze belangenafweging moet

<sup>32</sup> Zie in deze zin ook het College voor de Rechten van de Mens, Advies inzake conceptwetsvoorstel aanpassing Wet kinderopvang van 19 september 2018, p. 7.

<sup>33</sup> EHRM 4 januari 2008 (ontv.), *Shelley t. VK*, nr. 23800/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006; en HvJEU 12 januari 2010, C-341/08, *Petersen*, ECLI:EU:C:2010:4, punten 51 en 60. Zie ook artikel 2, vijfde lid, van Richtlijn 2000/78/EG.

<sup>34</sup> Centrale Raad van Beroep 29 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:606, punt 4.7.



echter wel inzichtelijk worden gemaakt om de voorgestelde wijziging objectief te kunnen rechtvaardigen. Het maken van indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging zal anders nog steeds problematisch zijn, mede in het licht van Europeesrechtelijke normen van gelijke behandeling, waaraan nationale en Europese rechters zullen toetsen in gevallen waarin een kinderopvangcentrum het betreffende indirecte onderscheid maakt.

De vice-president van de Raad van State,  
Th.C. de Graaf