

Kenmerk	W13.20.0105/III/Vo
Datum aanhangig	7 april 2020
Datum vastgesteld	17 juni 2020
Datum advies	17 juni 2020
Datum publicatie	17 juni 2020
Vindplaats	Kamerstukken I 2019/20, 35049, nr. E

Volledige tekst

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. (zie noot 1) 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. (zie noot 2)

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 (zie noot 3) 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 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. (zie noot 4) Zij moeten dit beleid via een landelijk register kinderopvang openbaar maken. (zie noot 5)

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. (zie noot 6) 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. (zie noot 7) 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. (zie noot 8)

c. Gewijzigd voorstel van wet

Naar aanleiding van de parlementaire behandeling (zie noot 9) is het voorstel van wet bij nota van wijziging van 13 juni 2019 op enkele punten gewijzigd. (zie noot 10) 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" (zie noot 11) (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". (zie noot 12) Het aldus gewijzigde voorstel van wet (zie noot 13) is op 18 februari 2020 door de Tweede Kamer aangenomen.

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. (zie noot 14)

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). (zie noot 15)

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. (zie noot 16) Daarnaast is van belang Richtlijn 2000/78 betreffende gelijke behandeling in arbeid en beroep, (zie noot 17) welke is geïmplementeerd in de voor het onderhavige geval relevante Awgb-bepalingen en evenzeer op horizontale verhoudingen ziet. (zie noot 18) Binnen 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. (zie noot 19) 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. (zie noot 20)

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. (zie noot

21) 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. (zie noot 22)

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 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. (zie noot 23) Die belangenafweging en daarop gebaseerde rechtvaardiging is tot nu toe niet gegeven. (zie noot 24)

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. (zie noot 25) 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 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. (zie noot 26) Ten behoeve van een dragende motivering van de voorgestelde maatregel zullen derhalve andere legitieme doeleinden aangevoerd moeten worden.

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. (zie noot 27) 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. (zie noot 28) 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. (zie noot 29) 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. (zie noot 30)

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. (zie noot 31) 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.

iii. Proportionaliteit

Toetsing aan het vereiste van proportionaliteit vergt daarnaast een afweging van de verschillende belangen die in het geding zijn. (zie noot 32) 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. (zie noot 33) Verwacht mag worden dat de Nederlandse rechter daarom ook terughoudendheid in acht

neemt. (zie noot 34)

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 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

Inhoudelijke appreciatie (van de indieners) ten aanzien van de voorlichting van 3 juli 2020

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

Bij brief van 24 juni jl. vroeg u ons een inhoudelijke appreciatie te geven ten aanzien van de door u van de Afdeling advisering van de Raad van State ontvangen voorlichting d.d. 17 juni 2020 inzake het voorstel van wet van de leden Raemakers en Van Meenen tot wijziging van de Wet kinderopvang teneinde te bevorderen dat ouders kunnen kiezen tussen kindercentra die wel of niet kinderen toelaten die niet deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma (35049). Daartoe merken wij het volgende op.

1. De Afdeling is van oordeel dat het wetsvoorstel, waar het indirect onderscheid op grond

van godsdienst of levensovertuiging toelaatbaar acht, slechts gerechtvaardigd kan worden in het belang van (primair) de volksgezondheid. Daarbij stelt de Afdeling het voor alsof die in het wetsvoorstel in het geheel geen rol zou spelen. Het wetsvoorstel zou uitsluitend transparantie op de markt van kindercentra ten doel hebben.

Bij de indiening en de behandeling van het wetsvoorstel hebben echter ook gezondheidsoverwegingen een belangrijke rol gespeeld. In de considerans van het wetsvoorstel is niet alleen het belang van de keuzevrijheid van ouders uitdrukkelijk benoemd, maar is ook verwezen naar het rijksvaccinatieprogramma, dat onmiskenbaar de volksgezondheid dient. In de memorie van toelichting was de dalende vaccinatiegraad bij de van dat programma deel uitmakende vaccinaties tegen bof, mazelen en rode hond en tegen difterie, kinkhoest, tetanus en polio het uitgangspunt. Daaraan zijn ernstige risico's voor de volksgezondheid verbonden. Voorts speelden recente uitbraken van de mazelen een rol, en in verband daarmee ook de zorgen van ouders over de gezondheid van hun kinderen, in het bijzonder indien zij in de kinderopvang verblijven.

Die zorgen waren er ook bij houders van kindercentra. In het wetsvoorstel werd aansluiting gezocht bij de verantwoordelijkheid die zij voelen voor ook dit aspect van de veiligheid van de aan hen toevertrouwde kinderen, naast andere die al geregeld zijn in de Wet kinderopvang. Het wetsvoorstel wil hen faciliteren om die verantwoordelijkheid te kunnen nemen, zonder juridische risico's te lopen wegens het maken van indirect onderscheid.

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

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

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

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

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

gevonden zou moeten worden in de bescherming van de volksgezondheid.

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

“Indirect onderscheid is niet verboden als het verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Dat is hier het geval. Kinderen hebben ingevolge artikel 3 van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind recht op bescherming en zorg, in het bijzonder op het gebied van hun gezondheid. Ingevolge artikel 24 van dat verdrag heeft de overheid naar de mening van het VN-Kinderrechtencomité een zorgplicht om ouders te informeren over factoren die van invloed kunnen zijn op de gezondheid van hun kind en om te bewerkstelligen dat ouders geïnformeerde keuzes kunnen maken rondom de gezondheid van hun kind. Het kiezen voor een kindercentrum op grond van informatie over het gevoerde beleid met betrekking tot deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma is zo’n keuze. Het ouders in staat stellen om die keuze te kunnen maken moet daarom als een legitiem doel worden beschouwd.(...)”

*Het niet in dienst nemen van personeel en het niet toelaten van kinderen die niet deelnemen aan het vaccinatieprogramma en dat kenbaar maken in het register, zoals opgenomen in het wetsvoorstel, is een zeer geschikt middel om het doel van transparantie en het faciliteren van een keuzemogelijkheid te bereiken. Bovendien gaat het niet verder dan noodzakelijk is om het doel te bereiken en wordt, als gezegd, de vrijheid van godsdienst van ouders die hun kinderen niet willen laten vaccineren niet beperkt. Het is een betrekkelijk lichte, weinig dwingende maatregel. Niemand wordt verplicht zijn kinderen te laten vaccineren. Houders van kindercentra worden niet verplicht om niet-gevaccineerde kinderen te weigeren. Het is aan hen om wel of niet voor zo’n beleid te kiezen. Zoals het ook aan ouders vrij blijft staan om voor het ene of het andere kindercentrum te kiezen; óf om géén gebruik te maken van de diensten van welk kindercentrum dan ook.
(...)*

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

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

en

“Vervolgens dient bij de behandeling van het wetsvoorstel te worden beoordeeld of voldaan is aan de eis dat de middelen voor het bereiken van dit doel passend en noodzakelijk zijn. «Passend» betekent in dit geval: geschikt om dit doel – keuzevrijheid en transparantie – te bereiken. De initiatiefnemer is van mening dat daarover geen twijfel kan bestaan. Bij de noodzakelijkheid spelen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een rol. Aan het beginsel van subsidiariteit is naar de mening van de initiatiefnemer voldaan, omdat er geen minder ingrijpende middelen zijn om het doel van het bevorderen van een keuzemogelijkheid voor de ouders en transparantie op de markt van kindercentra te bereiken. Bij de beoordeling van de proportionaliteit kan een afweging aan de orde komen van de

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

Het is de vraag welk belang dat zou kunnen zijn. Gedacht zou kunnen worden aan een belang om, in het belang van de gezondheid van hun kind, «mee te kunnen liften» met het beschermingsniveau dat op een kindercentrum bestaat dankzij de wél gevaccineerde kinderen. Dat gezondheidsbelang wordt echter door deze ouders zelf sterk gerelativeerd, als zij hun kind niet laten vaccineren op grond van de overweging dat zij juist de door hen aan vaccinaties toegedichte gezondheidsrisico's willen vermijden. Als zij hun kind niet laten vaccineren op grond van het geloof dat ziekte en gezondheid gestuurd worden door God en dat de mens niet mag ingrijpen in de Goddelijke voorzienigheid, ligt niet voor de hand dat zij het van belang vinden om dit risico te kunnen verminderen door hun kinderen naar een kindercentrum te brengen waarin hoofdzakelijk gevaccineerde kinderen verblijven.

Wat daar ook van zij, het zou onmiskenbaar disproportioneel zijn als de gevolgen van het honoreren van een wens van ouders van niet-gevaccineerde kinderen om toelating tot ieder kindercentrum – namelijk een lager beschermingsniveau op het kindercentrum – voor rekening zouden komen van de ouders van de daar verblijvende kinderen die wél willen deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma.”

(Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 35 049, nr. 7, p. 9-10.)

3. Het vorenstaande sluit het aan een maatregel mede ten grondslag leggen van een tweede doelstelling niet uit. Het ligt voor de hand dat dat in dit geval de volksgezondheid zou kunnen zijn.

De initiatiefnemers hebben er geen enkele moeite mee om zich voor de rechtvaardiging van het indirect onderscheid, die voor het wetsvoorstel is vereist, mede te baseren op de bescherming van de volksgezondheid. Niet omdat zij de met de bescherming van de rechten en vrijheden van derden gemoeide belangen onvoldoende zwaarwegend zouden achten, of de in het wetsvoorstel voorgestelde maatregelen daarvoor niet passend en noodzakelijk zouden zijn. Wel omdat er sinds de indiening van het wetsvoorstel en de schriftelijke behandeling ervan in de Tweede Kamer nieuwe informatie is over de mate waarin het bij zal kunnen dragen aan de bescherming van de volksgezondheid.

Hierbij is van belang, dat de Afdeling aan het slot van paragraaf 3 van zijn voorlichting uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) concludeert dat de nationale wetgever met het oog op het beleid om de gezondheid te waarborgen een beoordelingsruimte heeft, aangezien de bescherming van de volksgezondheid tot de bevoegdheidssfeer van de lidstaten behoort, maar ook dat afwijkingen van het verbod op onderscheid beperkt dienen te worden uitgelegd. (zie noot 35) Uit de voorlichting maken de initiatiefnemers op dat dit er niet aan in de weg staat om onder “volksgezondheid” te verstaan wat de Afdeling aanduidt als “de volksgezondheid in brede zin en de gezondheid van kinderen op de kinderopvang”.

4. Zoals reeds hiervoor is betoogd zijn in de met de Tweede Kamer gewisselde stukken wel degelijk uiteenzettingen gegeven over het belang van de volksgezondheid (dat beschermd kan worden door het verhogen van de vaccinatiegraad) en het beperken van het besmettingsrisico op kindercentra.

Daarbij lag de focus echter niet uitdrukkelijk op de volksgezondheid als legitiem doel voor het rechtvaardigen van indirect onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging in de zin van de Awgb, omdat de initiatiefnemers van mening zijn dat de bescherming van de rechten en vrijheden van derden een voldoende passende en zwaarwegende doelstelling vormt voor het rechtvaardigen van dat onderscheid.

Nu er aanleiding is die doelstelling uit te breiden met “de volksgezondheid in brede zin en de gezondheid van kinderen op de kinderopvang” valt over het passend zijn van het wetsvoorstel het volgende op te merken.

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

De initiatiefnemers achten het goed mogelijk dat het wetsvoorstel ertoe gaat leiden dat de beleidslijn “kindercentra laten alleen gevaccineerde kinderen toe” de (maatschappelijke) norm wordt onder de overgrote meerderheid van de kindercentra. Dat zal wel beter lukken als de overheid dat stimuleert. Dat kan bijvoorbeeld door een voorlichtingscampagne om de aandacht te vestigen op de nieuwe informatie die het register kinderopvang gaat verschaffen. (zie noot 36)

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

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

De huidige covid-19-crisis laat zien, dat als het gaat om het voorkomen en indammen van infecties maatregelen kunnen worden genomen die rechtstreeks beperkingen van grondrechten met zich mee brengen, zonder dat de noodzaak en proportionaliteit van iedere maatregel op zich 100% wetenschappelijk is onderbouwd. Het belang van de bescherming van de volksgezondheid kan zó urgent en zwaarwegend zijn, dat de redelijke verwachting dat een maatregel daaraan een bijdrage kan leveren al een voldoende rechtvaardiging voor de beperking van een grondrecht op kan leveren. Dat zal uiteraard eerder het geval zijn bij een betrekkelijk lichte maatregel dan bij een zeer ingrijpende. Daarbij zijn de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit aan de orde. Hierboven onder 2. Is geciteerd wat daarover in de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt. Daarbij werd er uiteraard nog van uitgegaan, dat het voor de toetsing aan die beginselen relevante legitieme doel van het wetsvoorstel louter de bescherming van de rechten en vrijheden van derden was. Echter,

alles wat daarin is opgemerkt, geldt óók voor de bijdrage die het wetsvoorstel kan leveren aan de bescherming van de volksgezondheid: het gaat om een weinig ingrijpend middel en het zou onmiskenbaar disproportioneel zijn als de gevolgen van het honoreren van een wens van ouders van niet-gevaccineerde kinderen om toelating tot ieder kindercentrum – namelijk een lager beschermingsniveau op het kindercentrum – voor rekening zouden komen van de ouders van de daar verblijvende kinderen die wél willen deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma.

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

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

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

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

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

Ten slotte zou het, gelet op artikel 22, eerste lid, van de Grondwet – “De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid” – én op de mate waarin de vaccinatiegraad zou kunnen toenemen als de grote meerderheid van de kindercentra nog alleen maar kinderen toelaat die deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma, niet misstaan als de rijksoverheid maatregelen zou nemen om de houders van kindercentra ertoe te stimuleren om zo’n toelatingsbeleid te gaan voeren. Omdat zo’n toelatingsbeleid het

rijksvaccinatiebeleid ondersteunt.
De initiatiefnemers

Voetnoten

- (1) Kamerstukken II 2019/20, 35049, C.
- (2) Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 8.
- (3) 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, 35049, 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, 35049, nr. D.
- (4) Artikel 1.49a, eerste lid, Wko.
- (5) Artikel 1.49a, tweede lid, Wko.
- (6) Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 4, paragraaf 4.
- (7) Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 4, paragraaf 6.
- (8) Idem.
- (9) Zie het verslag van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 8.
- (10) Nota van wijziging, 13 juni 2019, Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 8.
- (11) Voorgesteld artikel 1.49a, derde lid, Wko.
- (12) Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 8, toelichting.
- (13) Zie Kamerstukken I, 2019/20, 35049, A.
- (14) Zie Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 4, paragraaf 6.
- (15) Zie HR 30 maart 1984, Inan/de Venhorst, NJ 1985 m.nt. Alkema.
- (16) EHRM 15 januari 2013, zaak nr. 48420/10 e.a., Eweida and Others v. United Kingdom, para. 94.
- (17) 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.
- (18) 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.
- (19) Zie Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/2019, 35049, nr. 4, para. 6.
- (20) Artikel 1, eerste lid, onder c, van de Awgb.
- (21) Artikelen 3, 5, tweede lid en 7, tweede lid, van de Awgb.
- (22) Zie hierover Centrale Raad van Beroep 29 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:606, punt 4.5.
- (23) Zie punt 6a in het advies van de Afdeling, Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 4, p. 8.
- (24) Zie aldus de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 4, p. 8. De nota van wijziging (Kamerstukken II 2018/19, 35049, 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, 35049, nr. 5) en de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 2019/20, 35049, nr. 7), wordt die objectieve rechtvaardiging evenmin geboden.

(25) Aldus de initiatiefnemer in Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 5, p. 2; Handelingen II 2019/20, nr. 51, item 9, p. 14.

(26) Memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, Kamerstukken II, 2018/19, 35049, nr. 5, p. 2; Handelingen II 2019/20, nr. 51, item 9, p. 14.

(27) 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, 31322/32793, 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.

(28) Kamerstukken II, 2018/19, 35049, nr. 5, p. 2.

(29) RIVM, 'Een ondergrens voor de vaccinatiegraad in Nederland', Bijlage bij Kamerstukken II, 2019/20, 32793, 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, 35049, nr. 4, para. 5b.

(30) Daarbij kan overigens ook de subjectieve inschatting van ouders en kinderopvangcentra een rol spelen.

(31) Zie in deze zin reeds de initiatiefnemer, Kamerstukken II 2018/19, 35049, nr. 4, p. 8.

(32) 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.

(33) 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.

(34) Centrale Raad van Beroep 29 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:606, punt 4.7.

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

(36) De boodschap zou bijvoorbeeld kunnen zijn:

"Doe mee aan het Rijksvaccinatieprogramma. Kijk op www.landelijkregisterkinderopvang.nl welke kindercentra óók meedoen."

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

Brief met verzoek om voorlichting