

Tweede Kamer der Staten Generaal
Mr. drs. R. Raemakers
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Onderwerp
Advies inzake conceptwetsvoorstel
aanpassing Wet kinderopvang

Uw brief van
28 augustus 2018
Uw kenmerk
--

Datum
19 september 2018
Ons kenmerk
2018/0154/JPL/LvdH/LR

Geachte heer Raemakers,

U heeft het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) bij brief van 31 augustus 2018 om advies gevraagd over het door u voorbereide conceptwetsvoorstel dat beoogt enige bepalingen in te voegen in de Wet kinderopvang. Met het conceptwetsvoorstel wilt u bevorderen dat ouders kunnen kiezen tussen kindercentra die wel kinderen toelaten die niet deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma en kindercentra die dat niet doen. De vraag die u aan het College hebt voorgelegd is te reageren op deze voorgenomen wijziging van de Wet kinderopvang en daarbij met name in te gaan op de vraag of met de wetswijziging een legitiem doel gediend wordt en of de gekozen middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn in de zin van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (hierna: AWGB).

Op 30 augustus heeft het College deze vragen met vertegenwoordigers van uw fractie besproken. Hieronder treft u de opmerkingen van het College aan naar aanleiding van de voorgelegde tekst van het conceptwetsvoorstel en de daarbij gevoegde memorie van toelichting. Waar mogelijk doet het College aanbevelingen voor een aanvulling op de onderbouwing van het wetsvoorstel.

1. Wat regelt het conceptwetsvoorstel?

Evenals u gaat het College ervan uit dat het weigeren van een niet ingeënt kind bij een kindercentrum mogelijk een inbreuk oplevert op de godsdienstvrijheid; althans voor zover de ouders van het kind religieuze bezwaren hebben tegen inenting.

De godsdienstvrijheid wordt onder meer beschermd door artikel 9 van het Europees verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het College is zich ervan bewust dat een groot deel van de ouders die vandaag de dag hun kinderen niet laten inenten dat niet doet op religieuze gronden, al zullen in sommige gevallen de bezwaren tegen inenting voortvloeien uit een integrale levenshouding die als ‘levensbeschouwing’ kan worden geduid.

In dit verband is relevant dat artikel 9 EVRM niet alleen de godsdienstvrijheid, maar ook de gewetensvrijheid beschermt. In geval van niet-religieuze ouders met bezwaren tegen inenten zou gesproken kunnen worden van een inbreuk op die gewetensvrijheid.

De tekst van het conceptwetsvoorstel en de daarbij gevoegde memorie van toelichting wekken de indruk dat de toegevoegde waarde van de wetswijziging met name is gelegen in het creëren van de mogelijkheid voor kindercentra om kinderen te weigeren die niet zijn ingeënt conform het rijksvaccinatieprogramma (hierna kortheidshalve aangeduid als: niet-ingeënte kinderen). Voor het creëren van deze mogelijkheid is echter geen wettelijke basis vereist. De betreffende kindercentra zijn private ondernemingen. Die hebben geen wettelijke basis nodig voor het formuleren van een toelatingsbeleid tot hun diensten, ook niet als dat beleid dat mogelijk een inbreuk oplevert op enig grond- of mensenrecht. Ook zonder deze wetswijziging hebben kindercentra in beginsel de (ondernemers)vrijheid om niet-ingeënte kinderen te weigeren. De betreffende ondernemer kan voor dat beleid allerlei redenen hebben, bijvoorbeeld het tegengaan van de verspreiding van besmettelijke ziekten onder de kinderen die gebruik maken van het kindercentrum of wellicht het vermijden van aansprakelijkheidsrisico's vanwege tekortschietende zorg voor de gezondheidstoestand van de betreffende kinderen. Deze vrijheid van de ondernemer wordt slechts ingeperkt door de eisen die voortvloeien uit het gelijkebehandelingsrecht. De weigering van niet-ingeënte kinderen mag geen verboden onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging opleveren in de zin van de AWGB of op een andere beschermde grondslag in de gelijkebehandelingswetgeving (zoals handicap op chronische ziekte).

Indien een kindercentrum op dit moment niet-ingeënte kinderen weigert, kan een dergelijke beslissing door het College worden getoetst aan artikel 7 AWGB. De introductie van de ‘kan-bepaling’ in artikel 1:49a Wet kinderopvang (‘een kindercentrum kan een beleid voeren dat ertoe leidt dat uitsluitend of nagenoeg uitsluitend kinderen worden toegelaten die aantoonbaar deelnemen aan het vaccinatieprogramma’) waarin het conceptwetsvoorstel voorziet, verandert daaraan in wezen niets. De vervolgvraag die dan opdoemt, is of de introductie van artikel 1:49a Wet kinderopvang dwingt tot een bepaalde toepassing van de toets die het College op basis van artikel 7 AWGB verricht.

Het College vat de vraag die u hem heeft voorgelegd ('wordt met de wetswijziging een legitiem doel gediend en zijn de gekozen middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk?') dan ook in deze zin op: levert de introductie van het voorgestelde wetsartikel een juridische situatie op waarin ondernemers die kindercentra exploiteren zonder vrees voor overtreding van de AWGB een beleid kunnen voeren waarin niet-ingeënte kinderen worden geweigerd?

Het College wijst in dit verband op een juridische ontwikkeling die enigszins vergelijkbaar is met de onderhavige, namelijk de introductie van artikel 5 lid 2a AWGB over de vrijheid van gemeenten om onderscheid te maken op grond van godsdienst of levensovertuiging ten aanzien van een ambtenaar of buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand die in de uitoefening van zijn ambt onderscheid maakt. Met de totstandkoming van dit wetsartikel is de objectieve rechtvaardigingstoets voor dit maken van onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging op wetsniveau ingevuld: de wetgever heeft vastgelegd dat dit door gemeenten te maken onderscheid is toegestaan. Vooralsnog ziet het College de invoeging van het voorgestelde artikel 1:49a Wet kinderopvang niet zonder meer als een reeds door de wetgever gegeven rechtvaardiging voor het door een kindercentrum te maken onderscheid. Zoals hieronder bij punt 3 nader wordt toegelicht zal dat afhangen van de inhoudelijke afweging die de wetgever aan de wetswijziging ten grondslag legt.

De toegevoegde waarde van de introductie van artikel 1:49a Wet kinderopvang ligt vooralsnog vooral in de verplichting voor kindercentra om de keuze voor een bepaald beleid vast te leggen in het landelijk register kinderopvang. Voor een dergelijke verplichting is een wettelijke basis nodig die met de introductie van artikel 1:49a, tweede lid, wordt gecreëerd. Het College beveelt aan dit in de toelichting te verduidelijken en te benadrukken. In dit verband merkt het College tevens op dat de keuze van een kindercentrum voor een beleid waarin niet-ingeënte kinderen worden geweigerd, impliceert dat ouders het kindercentrum inzage moeten verschaffen in medische gegevens. Deze verplichting kan gezien worden als een inbreuk op de privacy of persoonlijke levenssfeer (in de zin van art. 8 EVRM) van zowel de kinderen als de ouders. Het valt het College op dat in de toelichting niets vermeld staat over deze grondrechtelijke dimensie. Het College acht het noodzakelijk daarin te voorzien. Daarbij is de inschatting van het College dat het onderbouwen van de noodzaak en proportionaliteit van deze inbreuk niet heel moeilijk is, gegeven het feit dat veel kindercentra nu reeds medische gegevens van kinderen registeren omdat de kindercentra onder meer over deze gegevens moeten kunnen beschikken om de gezondheid en veiligheid van de betreffende kinderen te kunnen waarborgen (denk aan gegevens over ziektes, allergieën etc.).

Ook los van de vraag of een kindercentrum niet-ingeënte kinderen weigert, is er derhalve al een goede reden waarom het centrum over deze gegevens zou moeten beschikken. In het kader van dit advies heeft het College niet nader onderzocht of de Algemene Verordening Gegevensbescherming daaraan nog bijzondere eisen stelt.

2. Legitimiteit van het doel en noodzakelijkheid van het conceptwetsvoorstel

Wanneer een private actor voor het maken van een gerechtvaardigde inbreuk op de godsdienst- of gewetensvrijheid van een andere burger een beroep wenst te doen op een wettelijke regeling die deze rechtvaardiging oplevert, zal een wet die deze mogelijkheid creëert moeten voldoen aan de eisen die voortvloeien uit de beperkingsclausule van artikel 9, tweede lid, EVRM. Dat betekent dat de wet een van in dat tweede lid opgesomde legitieme doelen zal moeten dienen. Deze doelen zijn: de bescherming van de openbare veiligheid; de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden; de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het valt het College op dat in de memorie van toelichting wordt gesteld dat het primaire doel van het conceptwetsvoorstel is om transparantie te bewerkstelligen ten aanzien van de vraag of er kinderen in het kinderdagverblijf aanwezig zijn die al dan niet deelnemer zijn van het rijksvaccinatieprogramma (RVP). Deze transparantie draagt volgens de toelichting bij aan de keuzevrijheid van de ouders om hun kind al dan niet bloot te stellen aan besmettingsgevaar. Het is het College niet duidelijk met welk van de hierboven opgesomde legitieme doelen uit artikel 9, tweede lid, EVRM deze doelstelling van het wetsvoorstel in verband te brengen zou zijn. Wellicht zou gedacht kunnen worden aan ‘de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’, maar dan zou de memorie van toelichting ten minste een betoog moeten bevatten over het fundamentele karakter van deze ouderlijke vrijheid om te kiezen voor een kindercentrum met een geringer besmettingsgevaar. Is deze keuzevrijheid grond- of mensenrechtelijk van aard? Zijn eventueel verdragsrechtelijke argumenten aan te voeren die het belang van deze keuzevrijheid onderstrepen? Zo’n betoog ontbreekt vooralsnog. Het College beveelt derhalve aan de toelichting op dit punt aan te vullen. In die aanvulling zou verwezen kunnen worden naar het feit dat het VN-Kinderrechtencomité in artikel 24 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, in het bijzonder lid 2(e) van dit artikel, een zorgplicht voor de overheid leest om:

- (a) ouders goed te informeren over factoren die van invloed kunnen zijn op de gezondheid van hun kind;

- (b) een faciliterende omgeving te bewerkstelligen die ouders mogelijk maakt om geïnformeerde keuzes te maken rondom de gezondheid van hun kind en die stimuleert tot gezondheidsbevorderend gedrag (zie: *Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24)*, 17 april 2013, VN-doc. CRC/C/GC/15, § 15, 30 en 58-59).

Daarbij moet het College overigens wel opmerken dat het Kinderrechtencomité deze zorgplicht formuleert in de context van (het beschikken van informatie over) ernstige gezondheidsbedreigingen, zoals het verspreiden van HIV/aids en andere levensbedreigende ziekten, zware milieuvervuiling en gezondheidsaantastende voeding en genotsmiddelen. Dat is dus wel een wat andere context dan die waarin het door u voorbereide conceptwetsvoorstel speelt.

Overigens meent het College dat de inbreuk die uit het conceptwetsvoorstel voortvloeit evenzeer en in verband kan worden gebracht met het in artikel 9 EVRM genoemde legitieme doel 'bescherming van de gezondheid'. De toelichting legt deze relatie niet, terwijl deze toch - ook gezien de hierboven aangehaalde opvatting van het VN-kinderrechtencomité - niet onlogisch lijkt. Indien zou worden aangegeven dat het wetsvoorstel beoogt de bescherming van de gezondheid te dienen, zal echter wel moeten worden beargumenteerd dat het weren van niet-ingeënte kinderen uit kindercentra tegemoet komt aan een dwingende maatschappelijke noodzaak en een proportionele maatregel vormt om de gezondheid van de andere kinderen binnen het kindercentrum te beschermen. Daarbij zal een medische inschatting van besmettingsrisico's en dergelijke een belangrijke rol spelen. Het College kan deze inschatting niet maken. Op het eerste oog lijkt het voor de hand te liggen dat door de aanwezigheid van niet-ingeënte kinderen op een kindercentrum de besmettingsrisico's voor andere kinderen binnen het kindercentrum toenemen. Dat risico zal echter waarschijnlijk weer niet toenemen voor die kinderen die wel ingeënt zijn (die zijn immers beschermd door hun inenting). Dus de risico's ontstaan voor die groep kinderen die wel deelnemen aan het RVP, maar nog niet de leeftijd hebben bereikt waarop zij voor bepaalde inentingen in aanmerking komen. Om meer duidelijkheid te krijgen over de omvang van deze risico's zal allicht te rade moeten worden gegaan bij een instantie als het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) of andere medische deskundigen.

3. Verhouding van het conceptwetsvoorstel tot de AWGB

3.1 Toetsing aan artikel 7 AWGB: indirect onderscheid gerechtvaardigd?

Zoals hierboven reeds opgemerkt verandert de in het conceptwetsvoorstel voorziene aanpassing van de Wet kinderopvang niets aan de bevoegdheid van het College om de eventuele weigering van een bepaald kindercentrum om niet-ingeënte kinderen toe te laten te toetsen aan artikel 7 AWGB. Het bieden van een plaats op een kindercentrum is namelijk te beschouwen als het aanbieden van een dienst in de zin van dit artikel. En de weigering om niet-ingeënte kinderen toe te laten kan worden aangemerkt als het maken van *indirect onderscheid*: het onderscheid is niet rechtstreeks gebaseerd op één van de in de AWGB opgesomde discriminatiegronden, maar leidt er wel toe dat mensen met een godsdienst of levensbeschouwing waaruit bezwaren tegen inenten voortvloeien in het bijzonder worden getroffen.

Indirect onderscheid is niet verboden als dit objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 2, eerste lid, AWGB). Indien het College zou moeten oordelen over een weigering van een niet-ingeënt kind door een kindercentrum zou het eerst moeten bezien wel doel met deze weigering wordt nagestreefd door het kindercentrum. Het doel zal in dat geval liggen in de sfeer van de bescherming van de gezondheid door het voorkomen van besmetting van kwetsbare kinderen via niet-ingeënte kinderen. Het College beschouwt een dergelijk doel in het algemeen als legitiem: het voorziet in een werkelijke behoefte, die wordt geïllustreerd door de actuele maatschappelijke discussie hierover, en heeft geen discriminerend oogmerk. Of het indirecte onderscheid ook passend en noodzakelijk zal worden gevonden is moeilijker in het algemeen te zeggen. Een beslissing die indirect onderscheid maakt, is passend indien die geschikt is om het beoogde doel te bereiken. Die geschiktheid interpreteert het College doorgaans als 'het middel kan bijdragen aan het bereiken van het doel' (zie o.m. College voor de Rechten van de Mens 26 april 2018, oordeel 2018-40). Dat het weigeren van niet-ingeënte kinderen kan bijdragen aan het tegengaan van besmetting van kwetsbare andere kinderen ligt, zoals eerder opgemerkt, op het eerste oog voor de hand, maar zal reeds een wat verdere onderbouwing vergen op basis van medische deskundigheid. Die onderbouwing zal het kindercentrum in zo'n geval moeten aanreiken. De noodzakelijkheid van de onderscheidmakende maatregel zal moeten worden aangetoond aan de hand van de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Bij die subsidiariteit speelt dan een rol of het nagestreefde doel niet evenzeer met minder ingrijpende middelen bereikt kan worden.

Toetsing aan het vereiste van proportionaliteit vergt een belangenafweging tussen het belang dat met de onderscheidmakende maatregel wordt nagestreefd (bescherming gezondheid door verminderen van besmettingsrisico's) en het belang van (de ouders van) het niet-ingeënte kind. Zowel bij de subsidiariteitstoets als bij de proportionaliteitstoets zullen - opnieuw - informatie en opinies van medische deskundigen over besmettingsrisico's en dergelijke een doorslaggevende rol spelen. Het College matigt zich niet snel een eigen oordeel over dit soort gezondheidsvraagstukken aan, maar vaart daarbij veelal op de deskundigheid van andere experts. En die deskundigheid zal dan moeten worden ingeroepen door het kindercentrum dat op grond van de AWGB de plicht heeft om het gemaakte indirecte onderscheid te rechtvaardigen.

Overigens zou een kindercentrum dat overweegt een beleid te gaan voeren waarin niet ingeënte kinderen worden geweigerd het College kunnen verzoeken om een oordeel over het eigen handelen. Artikel 10, tweede lid, sub (b), Wet College voor de Rechten van de Mens scheidt die mogelijkheid.

Zal het bestaan van het voorziene artikel 1:49a Wet kinderopvang in de toets op grond van artikel 7 AWGB - doorslaggevend - bijdragen aan een objectieve rechtvaardiging voor het indirecte onderscheid dat een kindercentrum maakt? Met andere woorden: kunnen ondernemers die kindercentra exploiteren en - na invoering van dit wetsartikel - een beleid voeren waarin niet-ingeënte kinderen worden geweigerd ervan uitgaan dat zij niet in strijd handelen met de AWGB? Die vraag is vooralsnog op basis van de informatie die in de toelichting op het conceptwetsvoorstel is opgenomen niet te beantwoorden. Dat zou anders kunnen zijn indien deze toelichting zou ingaan op het belang van gezondheidsbescherming dat met de voorgestane wetswijziging wordt nagestreefd en informatie van medisch deskundigen zou bevatten over besmettingsrisico's binnen kindercentra en dergelijke. Zoals hierboven opgemerkt staan die immers centraal bij de beoordeling van passendheid, subsidiariteit en proportionaliteit van het indirecte onderscheid. Pas wanneer de wetgever in het kader van de introductie van artikel 1:49a Wet kinderopvang een kenbare afweging maakt tussen het belang van bescherming van de gezondheid en het godsdienstige of levensbeschouwelijke belang dat speelt bij de weigering van niet-ingeënte kinderen door kindercentra, ontstaat een situatie waarin de objectieve rechtvaardigingstoets voor dit maken van onderscheid op wetsniveau is uitgevoerd en vastgelegd (zodat die richtinggevend wordt voor het oordeel van het College in een concreet geval).

3.2 *Suggestie van direct onderscheid*

In het conceptwetsvoorstel is in artikel 1:49a de volgende zinsnede opgenomen: “... dat ertoe leidt dat uitsluitend *of nagenoeg uitsluitend* kinderen worden toegelaten die aantoonbaar deelnemen aan het vaccinatieprogramma...” (cursivering toegevoegd). In de toelichting worden de woorden ‘nagenoeg uitsluitend’ verklaard door te melden dat kindercentra de ruimte behouden om ook kinderen toe te laten die om medische redenen (nog) niet zijn ingeënt.

Het College wijst u erop dat hiermee de suggestie wordt gewekt dat niet het *feit dat* maar *de reden waarom* een kind al dan niet is ingeënt van belang is. Als er een medische reden is voor niet-inenting is toelating tot het kindercentrum mogelijk, maar als er een religieuze of levensbeschouwelijke reden voor is klaarblijkelijk niet. Dit kan leiden tot de conclusie dat de voorgenomen wetswijziging direct onderscheid op grond van godsdienst of levensbeschouwing tot gevolg heeft. Dit onderscheid is volgens de AWGB alleen toegestaan als daarvoor een wettelijke uitzondering in de AWGB is opgenomen, hetgeen de rechtvaardiging van het onderscheid moeilijker maakt. Het College beveelt u aan deze passage in artikel 1:49a te heroverwegen.

Ik hoop u met het bovenstaande voldoende te hebben geïnformeerd.

Met vriendelijke groet,

Mr. dr. J.P. Loof
Ondervoorzitter