

De registratie van vaccinatiegegevens in de kinderopvang binnen het regime van de Algemene verordening gegevensbescherming

136

Trefwoorden:

vaccinatie, kinderopvang, gezondheidsgegevens

In dit artikel wordt het wetsvoorstel van Tweede Kamerlid Raemakers (D66) over vaccinatie in de kinderopvang geanalyseerd vanuit het recht op gegevensbescherming. In tegenstelling tot wat Raemakers concludeert, constateren we dat het wetsvoorstel voor kinderdagverblijven onvermijdelijk een verwerking van vaccinatiegegevens zal inhouden. Dit betekent dat een wetsvoorstel in overeenstemming moet zijn met de AVG, en in het bijzonder moet voldoen aan de vereisten voor het verwerken van gezondheidsgegevens. Ook concluderen we dat Raemakers' wetsvoorstel geen bijdrage levert aan de oplossing van het onderliggende beleidsprobleem van de afnemende vaccinatiegraad. We beargumenteren dat een alternatief voorstel zowel de dalende vaccinatiegraad adresseert, en tegelijkertijd voldoet aan de AVG.

1 De afnemende vaccinatiegraad en een mogelijke wettelijke maatregel

In veel landen staat de vaccinatiegraad onder druk. Hoewel de meeste kinderen de vaccinaties uit de basisprogramma's volgens schema krijgen, is er een groeiende groep ouders die twijfelt of vaccineren wel nodig en veilig is. In verschillende Westerse landen doen zich dan ook uitbraken voor. Sinds januari 2018 zijn er binnen 47 Europese landen mazelen uitbraken geweest en zijn 100 000 mensen besmet geraakt. Hiervan is rond de 60% in het ziekenhuis opgenomen geweest en zijn meer dan negentig mensen overleden.¹ Ook in de Verenigde Staten waar mazelen in het jaar 2000 nog geëlimineerd was, doen zich uitbraken voor, heel recent nog in New York. Ook in Nederland is de vaccinatiegraad van pasgeborenen drie jaar achtereen gedaald.²

De huidige discussie zorgt voor veel meer maatschappelijke onrust dan tijdens eerdere mazelen uitbraken, en zelfs voor meer onrust dan gedurende de laatste Nederlandse polio-epidemie van 1992. Deze discussie concentreert zich vooral rondom de kinderopvang. Kinderen in een kinderdagverblijf, onder wie ook kinderen jonger dan veertien maanden die nog niet tegen mazelen zijn ingeënt, delen samen ruimtes. Ze hebben veel intensievere en nauwere contacten dan buiten de opvang en daarom is de kans dat een besmettelijk kind een ziekte overdraagt op een bevattelijk kind veel groter. Dat geldt voor een verkoudheid, maar zeker ook voor een ziekte als mazelen die zeer besmettelijk is en levensbedreigende complicaties kan hebben.³ Recent werd bekend dat meer dan honderd Nederlandse kinderdagverblijven ouders expliciet vragen of hun kind gevaccineerd wordt, waarbij ze bij een negatief antwoord het kind niet toelaten. Bij een grote kinderopvangorganisatie in Noord-Holland zijn vanaf 1 juli 2019 zelfs bestaande klanten niet meer welkom op de locaties waar kinderen jonger én ouder dan veertien maanden verblijven.⁴

Het is op dit moment niet duidelijk of de kinderopvang ongevaccineerden mag weigeren – zo'n beleid komt mogelijk in conflict met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het gelijkebehandelingsrecht. Vooralsnog heeft noch de wetgever noch de rechter zich hierover uitgesproken. Op 2 oktober 2018 heeft Tweede Kamerlid Rens Raemakers (D66) een voorstel van wet ingediend dat een einde wil maken aan deze onduidelijkheid. Het voorstel biedt kindercentra de mogelijkheid om kinderen te weigeren die niet zijn ingeënt conform het Rijksvaccinatieprogramma (hierna kortheidshalve aangeduid als niet-ingeeënte kinderen). Concreet behelst de voorgestelde wijziging het opnemen van art. 1.49a lid 1 in de Wet kinderopvang:

'De houder van een kindercentrum kan bepalen dat uitsluitend of nagenoeg uitsluitend personeel in dienst wordt genomen en kinderen worden toegelaten die aantoonbaar deelnemen aan het vaccinatieprogramma,

* Jenneke Evers is als promovenda verbonden aan het Centrum voor Recht en Digitale Technologie (eLaw) aan de Universiteit Leiden. Roland Pierik is universitair hoofddocent rechtsfilosofie aan de afdeling Algemene Rechtsleer van de Universiteit van Amsterdam. Marcel Verweij is hoogleraar filosofie aan de Universiteit Wageningen.

1 WHO, 'Over 100 000 People Sick with Measles in 14 Months: With Measles Cases at an Alarming Level in the European Region, Who Scales up Response', www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2019/over-100-000-people-sick-with-measles-in-14-months-with-measles-cases-at-an-alarmed-level-in-the-european-region,-who-scales-up-response, 9 mei 2019.

2 Na drie jaren waarin de vaccinatiegraad langzaam daalde is deze daling in 2018 gestagneerd (Van Lier e.a., *Vaccinatiegraad en jaarverslag Rijksvaccinatieprogramma Nederland 2018* (RIVM Rapport 2019-0015), RIVM 2019).

3 T. Kloosterman & E. Hofstra, 'Vaccinatiegraad crèche zegt niks over besmettingsrisico', *Medisch Contact* 13 april 2017, afl. 15, p. 22.

4 E. Hofman & N. de Kort, 'Zonder vaccinatie kom je er niet meer in', *NRC Handelsblad* 2 mei 2019, p. 3.

genoemd in artikel 6b, eerste lid, van de Wet publieke gezondheid.⁵

Het wetsvoorstel komt voort uit de overweging ‘dat het in het belang van de keuzevrijheid van ouders wenselijk is om de Wet kinderopvang zodanig te wijzigen dat het voor ouders kenbaar kan zijn wat het beleid van kindercentra is met betrekking tot het al dan niet toelaten van kinderen die niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma’.⁶ Deze ouders ‘gaan ervan uit dat het in het belang van hun kinderen is als zij hen naar kindercentra kunnen laten gaan waarop uitsluitend gevaccineerde kinderen worden toegelaten’.⁷ Hoewel er al kindercentra zijn die zo’n beleid voeren, zijn veel houders van kinderdagverblijven vooralsnog terughoudend vanwege eventuele juridische gevolgen. Het is dus ook in hun belang dat er duidelijkheid ontstaat over de vraag of zij in hun recht staan wanneer ze niet-ingeënte kinderen weigeren.⁸

Dit wetsvoorstel is niet zonder problemen. Eind maart hebben het College voor de Rechten van de Mens en de Raad van State het al kritisch besproken.⁹ In een eerdere publicatie hebben we deze commentaren geduid en beargumenteerd dat Raemakers’ voorstel, niettegenstaande enkele kleine wijzigingen, nog steeds in strijd is met art. 9 EVRM en art. 1 AWGB.¹⁰ In dit artikel richten we ons op een derde probleem in het wetsvoorstel: de schending van het recht op gegevensbescherming. Het wetsvoorstel bepaalt dat in het Landelijk Register Kinderopvang geregistreerd zal worden welke kindercentra een uitsluitingsbeleid voeren. Zo’n beleid impliceert dat het kinderdagverblijf vaccinatiebewijzen van ouders moet opvragen. Maar de initiatiefnemer verwacht geen botsing met de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), omdat het wetsvoorstel niet resulteert in de situatie waarin houders van een kindercentrum:

‘een bestand moeten aanleggen, waarin wordt vermeld welke kinderen zijn gevaccineerd, en tegen welke ziekten. Zij kunnen ermee volstaan om bij de aanmelding van een kind – en later, wanneer er een vaccinatie gepland is volgens het schema van het Rijksvaccinatieprogramma – te toetsen of voldaan is aan het beleid van het kindercentrum.’¹¹

In dit artikel beargumenteren we dat deze conclusie voorbarig is. Het is voor een weigerbeleid in een kinder-

dagverblijf onvermijdbaar dat medische (vaccinatie)gegevens over het kind worden verzameld, waarmee deze maatregel wel degelijk onder het regime van de AVG valt. Daarnaast adresseert dit wetsvoorstel niet het onderliggende probleem van de afnemende vaccinatiebereidheid. Wettelijke maatregelen om de vaccinatiegraad te verhogen zijn wel degelijk nodig – juist ook in het licht van de adviezen van Raad van State en College. Daarom schetsen we de contouren van een alternatief voorstel dat wel in overeenstemming is met de AVG.

2 Impliceert de maatregel de verwerking van persoonsgegevens?

De Raad van State is er niet van overtuigd dat Raemakers’ voorstel uitvoerbaar is zonder registratie van medische gegevens. Om feitelijk uitvoering te geven aan een weigeringsbeleid zal een kinderdagverblijf van elk kind moeten weten of, wanneer en welke vaccinaties het heeft ontvangen. Het Rijksvaccinatieprogramma bevat verschillende vaccinatiemomenten, die ook nog weer per kind kunnen verschillen, met name na de invoering van de maternale kinkhoestvaccinatie, dat leidt tot een ander schema dan voor pasgeborenen waarvan de moeder niet aan dit programma heeft deelgenomen. Om deze reden zal het kinderdagverblijf er niet aan ontkomen om op verschillende momenten te controleren en bij te houden of de vereiste vaccinaties daadwerkelijk zijn verkregen.¹² Om ouders de zekerheid te geven dat geen kinderen in de kinderopvang worden toegelaten en verblijven die niet blijvend deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma, moet er een adequaat en betrouwbaar weigeringsbeleid worden gevoerd, gebaseerd op een sluitende administratie die ook wordt bijgehouden. De Raad van State concludeert dat ‘een dergelijke registratie onontbeerlijk lijkt en behelst de verwerking van persoonsgegevens’.¹³ Om deze reden zal de AVG dus onverkort van toepassing zijn.

Het is opvallend dat de initiatiefnemer het – relatief dwingend gestelde – advies van de Raad van State niet overneemt. In reactie schrijft de initiatiefnemer:

‘Anders dan de Afdeling denkt de initiatiefnemer dat een weigeringsbeleid best uitvoerbaar is zonder dat een registratie omtrent het al dan niet gevaccineerd zijn van kinderen wordt bijgehouden. Het gaat er in de eerste

5 *Kamerstukken II 2018/19, 35049, 2, p. 1* (Voorstel van wet van het lid Raemakers tot wijziging van de Wet kinderopvang teneinde te bevorderen dat ouders kunnen kiezen tussen kindercentra die wel of niet kinderen toelaten die niet deelnemen aan het Rijksvaccinatieprogramma).

6 Voorstel van Wet, p. 1.

7 *Kamerstukken II 2018/19, 35049, 5, p. 2* (gewijzigde MvT) (hierna: MvT 35049).

8 MvT 35049, p. 2.

9 College voor de Rechten van de Mens, Advies inzake conceptwetsvoorstel aanpassing Wet kinderopvang, 19 september 2018 (hierna: College); *Kamerstukken II 2018/19, 35049, 4* (Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer) (hierna: Raad van State).

10 R.H.M. Pierik & M.F. Verweij, ‘Vaccinatie op de kinderopvang: Een wetsvoorstel dat tekort schiet, en een alternatief’, *NJB 2019/1199* (hierna: Pierik & Verweij 2019).

11 MvT 35049, p. 5. Hierop volgt deze passage: ‘Alleen indien kindercentra méér transparantie willen bieden of bijvoorbeeld een brancheorganisatie besluit tot een vorm van certificering, zal een registratie bijgehouden moeten gaan worden. Dan zal aan de certificerende instantie de bevoegdheid gegeven kunnen worden de registratie op volledigheid te beoordelen.’

12 Raad van State, p. 5.

13 Raad van State, p. 9.

plaats om, dat op het moment dat een kindercentrum met ouders een overeenkomst over de opvang van hun kind sluit, het kindercentrum moet kunnen vaststellen dat het kind overeenkomstig het Rijksvaccinatieprogramma is gevaccineerd. Dat kan zonder registratie. Vervolgens zal het kindercentrum op enigerlei wijze moeten bijhouden, op welk moment het de ouders moet vragen om bewijzen van latere inenting te laten zien. Dat is iets anders dan het verwerken van persoonsgegevens. Aangenomen mag worden, dat het kindercentrum in zijn overeenkomsten voor zich de bevoegdheid zal voorbehouden om, als die latere inentingsbewijzen niet worden getoond, de overeenkomst te beëindigen. Worden zij wel getoond, dan geldt opnieuw dat zij niet hoeven te worden geregistreerd.¹⁴

Raemakers lijkt hier een erg strikte opvatting van het verwerken van persoonsgegevens te hebben. Het verwerken van persoonsgegevens behelst onder meer het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken en verspreiden van gegevens (art. 4 lid 2 AVG). Met het vragen om vaccinatiebewijzen worden al gezondheidsgegevens verzameld. Volgens Raemakers hoeft dit niet te worden vastgelegd, maar in praktische zin is dit ondoenlijk. Het is niet goed voor te stellen hoe een kinderopvangcentrum kan bijhouden voor welke kinderen de bewijzen van vaccinaties nu wel en nog niet zijn getoond, zonder daar een registratie van bij te houden. Op basis hiervan concluderen we met de Raad van State dat een weigeringsbeleid zoals voorgesteld niet zonder een betrouwbare en sluitende administratie van vaccinatiegegevens kan die ook actief wordt bijgehouden. En daarmee valt dit wetsvoorstel, in weerwil van de overtuiging van de initiatiefnemer, onvermijdbaar onder het regime van de AVG.¹⁵ De vervolgvraag is dan of de verwerking van persoonsgegevens die nodig is voor het wetsvoorstel toegestaan is in het kader van art. 9 AVG over bijzondere categorieën persoonsgegevens.

3 Verwerking van vaccinatiegegevens op basis van toestemming is problematisch

Gegevens over de vaccinatiestatus van kinderen zijn gegevens over de gezondheid van een kind. De AVG definieert gezondheidsgegevens als alle gegevens 'die verband houden met de fysieke of mentale gezondheid van een natuurlijke persoon, waaronder gegevens over verleende gezondheidsdiensten waarmee informatie over zijn gezondheidstoestand wordt gegeven'.¹⁶ Dit omvat alle gegevens die betrekking hebben op de gezondheidstoestand van verleden, heden en toekomst (overweging 35 AVG). Bovendien omvat het begrip 'gezondheidsgege-

vens' niet alleen medische gegevens, maar ook gegevens waaruit conclusies kunnen worden getrokken over de gezondheidsstatus.¹⁷ De vaccinatiegegevens die over het kind moeten worden verzameld vallen daarmee als gezondheidsgegevens onder het regime van de AVG als een bijzondere categorie van persoonsgegevens, en de verwerking daarvan is op basis van art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 Uitvoeringswet AVG (UAVG) in beginsel verboden.¹⁸

Dit verbod kan worden opgeheven wanneer aan één van de tien uitzonderingsclausules is voldaan zoals genoemd in art. 9 lid 2 AVG en art. 22 lid 2, art. 23, art. 24 en art. 30 UAVG. De eerste van deze uitzonderingsclausules is relevant voor Raemakers' voorstel. Art. 9 lid 2 onderdeel a AVG en art. 22 lid 2 onderdeel a UAVG stellen dat de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens is toegestaan indien 'de betrokkene uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven voor de verwerking van die persoonsgegevens voor een of meer welbepaalde doeleinden, behalve indien in Unierecht of lidstatelijk recht is bepaald dat het in lid 1 genoemde verbod niet door de betrokkene kan worden opgeheven'. In het advies bij het wetsvoorstel vraagt de Raad van State zich af of wel kan worden voldaan aan het toestemmingsvereiste.¹⁹

Toestemming moet op grond van art. 4 lid 11 AVG vrij, specifiek, geïnformeerd, en een ondubbelzinnige wilsuiting zijn waarmee de gegevensverwerking wordt aanvaard, die op grond van art. 9 lid 2 onderdeel a AVG en art. 22 lid 2 onderdeel a UAVG ook uitdrukkelijk moet worden gegeven. Hier is met name relevant of de toestemming vrij is en uitdrukkelijk wordt gegeven. Of sprake is van vrije toestemming wordt bepaald aan de hand van de vrije keuze, mogelijk nadeel, mogelijk ongelijke machtsverhouding en conditionaliteit.²⁰

Bij de beoordeling of sprake is van een vrije keuze, moet op grond van art. 7 lid 4 AVG rekening worden gehouden of de toestemming vereist is voor het verwerken van persoonsgegevens die niet noodzakelijk is voor het uitvoeren van die overeenkomst. Dat wil zeggen, overweging 42 stelt dat geen sprake is van vrije toestemming als 'de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen'. Hiermee wordt toestemming problematisch: zonder toestemming zal een ouder nadelige gevolgen ondervinden, namelijk geen toegang krijgen tot het desbetreffende kinderdagverblijf. Dit raakt ook aan de mogelijk ongelijke machtsverhouding. Hoewel ongelijke machtsverhoudingen zich met name voordoen bij overheidsinstanties en in het kader van arbeid, is toestem-

14 Reactie initiatiefnemer, in Raad van State, p. 5.

15 De initiatiefnemer erkent wel dat als kindercentra een bestand wil aanleggen zij onverkort moeten voldoen aan de AVG.

16 Art. 4 lid 15 AVG.

17 Artikel 29-werkgroep, 'Annex – health data in apps and devices', 5 februari 2015.

18 Raad van State, p. 11.

19 Raad van State, p. 9.

20 Artikel 29-werkgroep, 'Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679', 28 november 2017, herzien en vastgesteld op 10 april 2018, p. 5-13 (hierna: Artikel 29-werkgroep 2017). Het element van granulariteit wordt hier niet geanalyseerd.

ming alleen vrij zonder enige vorm van druk of dwang, zoals de Artikel 29-werkgroep benadrukt.²¹

Overweging 43 specificceert het element van conditionaliteit van art. 7 lid 4 AVG. Beoordeeld moet worden of het uitvoeren van de overeenkomst afhankelijk is van de te verlenen toestemming, ondanks het feit dat die toestemming niet noodzakelijk is voor de te verlenen dienst. Ook dit is problematisch. Immers, toegang tot de kinderopvang is – bij de kinderopvang met een weigeringsbeleid – afhankelijk van de te geven toestemming voor het verwerken van de vaccinatiegegevens. Bovendien is strikt genomen de toestemming voor het verwerken van vaccinatiegegevens niet noodzakelijk voor de te verlenen dienst van kinderopvang. Weliswaar zouden andere kinderdagverblijven in de opvang die geen weigeringsbeleid voeren een alternatief kunnen zijn, maar volgens de richtsnoeren van de Artikel 29-werkgroep zorgt deze keuze niet voor vrije toestemming omdat toestemming hiermee afhankelijk wordt gemaakt van de markt. Daarmee kan toestemming niet als vrij worden beschouwd op grond van art. 7 lid 4 AVG.

Daarnaast moet op grond van art. 9 lid 2 onderdeel a AVG en art. 22 lid 2 onderdeel a UAVG sprake zijn van uitdrukkelijke toestemming. Dit vereist in ieder geval een verklaring of ondubbelzinnige actieve handeling. Dit kan onder meer worden gegeven door middel van een schriftelijke verklaring.²² Kiezen voor een kinderdagverblijf dat deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma verplicht stelt, vereist dus ook een schriftelijke verklaring, of soortgelijk, waarmee expliciet en ondubbelzinnig akkoord wordt gegaan met de verwerking van vaccinatiegegevens. Dit ontbreekt nog in het onderliggende wetsvoorstel.

Met andere woorden, een weigeringsbeleid impliceert – in tegenstelling tot wat Raemakers suggereert – dat een kinderdagverblijf op basis van art. 9 lid 1 onder het regime van de AVG valt. Toestemming als grondslag voor de verwerking van vaccinatiegegevens is echter problematisch, omdat deze niet vrij is, en bovendien expliciet moet worden gegeven. Dit impliceert dat kinderdagverblijven die nu al een weigeringsbeleid voeren niet voldoen aan de vereisten van het gegevensbeschermingsrecht. Ook het wetsvoorstel van Raemakers is onvoldoende: dit voorstel gaat ervan uit dat registratie van vaccinatiegegevens niet nodig is, en als dat wel aan de orde is dat toestemming voldoet. In deze paragraaf hebben wij echter laten zien dat toestemming niet voldoet als uitzondering op het verbod van het verwerken van vaccinatiegegevens. In de volgende paragraaf stellen wij een alternatief voor dat wel voldoet aan het regime van de AVG.

4 Een alternatief voorstel

Opvallend is dat de Raad van State nadrukkelijk aangeeft dat het primaire maatschappelijke probleem niet ligt bij de vaccinatiegraad *in een specifiek kinderdagverblijf*, maar in de afnemende vaccinatiegraad op samenlevingsniveau. Het primaire doel van beleid zou dus moeten zijn het op peil brengen van de vaccinatiegraad in Nederland. De initiatiefnemer wijst deze suggestie echter van de hand: ‘Verhoging van de vaccinatiegraad is echter – hoe wenselijk ook – niet het doel van het wetsvoorstel. Dat voorstel moet dus naar de mening van de initiatiefnemer ook niet in dat perspectief worden gezien.’²³ Een wettelijke maatregel die gericht is op de afnemende vaccinatiebereidheid in de samenleving, is veel beter te rechtvaardigen dan het huidige initiatiefwetsvoorstel.²⁴ Hoe zou zo’n beleid eruitzien? Als alternatief voor Raemakers’ voorstel stellen wij een tweesporenbeleid voor. Enerzijds zullen vrijwillige maatregelen om de vaccinatiebereidheid te vergroten optimaal benut moeten worden, en we verwachten (overigens met de staatssecretaris) dat hier nog winst te behalen valt. Zolang de afnemende vaccinatiegraad – in de beoordeling van het RIVM – nog geen volksgezondheidsprobleem oplevert, moet de overheid primair inzetten op de verdere bevordering van vrijwillige vaccinatie.

Anderzijds zou de overheid nu al een beleid moeten formuleren om voorbereid te zijn als de vaccinatiegraad onder de minimumgrens zakt en een risico voor de volksgezondheid gaat vormen. Op dat moment moet een meer dwingend beleid ingaan en kan de wetgever normatieve keuzen niet aan kinderdagverblijven overlaten. De bescherming van de samenleving en haar burgers tegen ernstige infectieziekten is een klassieke overheids-taak en de afnemende vaccinatiegraad is een volksgezondheidsprobleem. Zodra de vaccinatiegraad onverantwoord laag wordt, moet de politiek haar verantwoordelijkheid nemen. Deze conclusie wordt ook onderschreven in het eindrapport van de *Commissie kinderopvang en vaccinatie*, ingesteld door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.²⁵ De commissie ziet het in stand houden van een robuuste groepsbescherming primair als een overheidstaak en concludeert dat dit om een normstellende overheid vraagt die het voortouw neemt, expliciet aangeeft dat alle kinderen in principe gevaccineerd moeten worden, en helderheid verschaft naar kinderopvangorganisaties ten aanzien van de regels die zij kunnen hanteren in relatie tot de vaccinatiestatus van kinderen.²⁶ Net als deze commissie stellen wij voor dat de wetgever een be-

21 Artikel 29-werkgroep 2017, p. 8.

22 Artikel 29-werkgroep 2017, p. 22.

23 Reactie Initiatiefnemer, in Raad van State, p. 11.

24 Pierik & Verweij 2019.

25 Commissie kinderopvang en vaccinatie, *Prikken voor elkaar. Kinderopvang en vaccinatie: een zorg van overheid en maatschappij*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2019 (hierna: SZW).

26 SZW, p. 4 en 10.

leid maakt waarin deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma als toegangsvoorwaarde wordt gesteld voor *ieder kind op iedere kinderopvang*. Het primaire doel van deze maatregel is niet het verhogen van de vaccinatiegraad op het kinderdagverblijf, maar vooral die van de populatie als geheel.

De hier voorgestelde maatregel grijpt minder ver in in de vrijheid van ouders, en is daarmee geen *vaccinatieplicht* in strikte zin: dat zou een wettelijke plicht om te vaccineren impliceren, waarbij een weigering inhoudt dat de wet wordt overtreden. De voorgestelde maatregel past het beste onder de noemer van een *vaccinatiedrang*.²⁷ Hierbij sluit de overheid de toegang tot belangrijke sociale goederen of diensten af voor ouders die ervoor kiezen hun kinderen niet te vaccineren om niet-medische redenen. De voorgestelde maatregel geeft principiële weigeraars nog steeds ruimte om af te zien van vaccinatie. Ze kunnen dan weliswaar geen gebruik maken van de diensten van de kinderopvang, maar worden ook niet voor hun keuze vervolgd of beboet.

Omdat ook dit uitsluitingsbeleid een registratie vereist, valt het onder het regime van de AVG, waarbij toestemming als uitzonderingsgrond problematisch is. Maar zoals de Raad van State al aangaf, biedt de AVG een opening:

‘Artikel 9, tweede lid, onder h, biedt een mogelijkheid tot verwerking van de bijzondere persoonsgegevens wanneer de verwerking noodzakelijk is om redenen van algemeen belang op het gebied van volksgezondheid. Dit behelst echter dat een wettelijke grondslag voor de verwerking van gegevens wordt gegeven.’²⁸

Art. 9 lid 2 onderdeel h AVG stelt dat de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens, waaronder gegevens over de gezondheid, is toegestaan, onder andere, indien deze noodzakelijk is voor doeleinden van preventieve geneeskunde. Wel moet dit gebaseerd zijn op lidstatelijk recht. De hieraan gerelateerde overweging 52 AVG stelt dat van het verbod op de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens ‘moet ook kunnen worden afgeweken, indien Unierecht of lidstatelijk recht hierin voorziet en er passende waarborgen worden geboden ter bescherming van persoonsgegevens en andere grondrechten, wanneer zulks in het algemeen belang is, in het bijzonder de verwerking van persoonsgegevens op het gebied (...) van de preventie of bestrijding van overdraagbare ziekten en andere ernstige gezondheidsbedreigingen’.²⁹

In art. 30 UAVG worden de uitzonderingen op het verbod van het verwerken van gezondheidsgegevens uitgewerkt,

waarbij in het derde lid art. 9 lid 2 onderdeel h AVG verder wordt ingevuld. Op grond van art. 30 lid 3 onderdeel a UAVG is het verbod niet van toepassing als ‘hulpverleners, instellingen of voorzieningen voor gezondheidszorg of maatschappelijke dienstverlening’ gezondheidsgegevens verwerken als dit noodzakelijk is voor een goede behandeling of verzorging van betrokkene. Verzekeraars of financiële dienstverleners kunnen zich op art. 30 lid 3 onderdeel b UAVG beroepen. Ons voorstel valt niet onder deze uitzonderingen. Echter, art. 30 UAVG geeft geen uitputtende regeling voor het verwerken van gezondheidsgegevens.³⁰ ook een sectorspecifieke wet kan een rechtsbasis vormen.³¹ Als in de Wet kinderopvang met verwijzing naar de Wet publieke gezondheid een bepaling wordt opgenomen waarin deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma toegangsvoorwaarde is voor ieder kind op iedere kinderopvang, dan vloeit hier de verwerking van vaccinatiegegevens uit voort. Een alternatief is om dit in art. 30 lid 3 UAVG op te nemen.

Vervolgens vereisen art. 9 lid 3 AVG jo. art. 30 lid 4 UAVG dat de kinderopvang verplicht is tot geheimhouding van de vaccinatiegegevens. Deze geheimhoudingsplicht kan voortvloeien uit een ambts- of beroepsgeheim, wettelijk voorschrift of overeenkomst. Medewerkers van een kinderopvang hebben niet een (afgeleid) ambts- of beroepsgeheim, zoals dat wel geldt voor zorgverleners en andere bij de zorg betrokken personen als bijvoorbeeld dokters-assistenten (art. 7:457 BW jo. art. 88 Wet BIG). Ook hebben medewerkers van een kinderdagverblijf niet een geheimhoudingsplicht op grond van een overeenkomst. Wel zou in de betreffende bepaling inzake vaccinatie als toegangsvoorwaarde voor kinderopvang een geheimhoudingsverplichting kunnen worden opgenomen. Echter, ook op grond van art. 30 lid 4 UAVG geldt dat zij een vergelijkbare geheimhoudingsplicht hebben als een ambts- of beroepsgeheim, wettelijk voorschrift of overeenkomst niet van toepassing is.

Daarnaast moet voor een rechtmatige verwerking ook aan een van de voorwaarden van art. 6 AVG worden voldaan, vanwege de gelaagde structuur van de AVG.³² Art. 6 lid 1 onderdeel c AVG bepaalt dat de verwerking rechtmatig is als deze ‘noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust’. Deze wettelijke verplichting moet op grond van art. 6 lid 3 AVG een lidstatelijke rechtsbasis hebben; wat gelijk is aan wat al op grond van art. 9 lid 2 onderdeel h AVG wordt vereist. Verder bepaalt lid 3 dat het nationale recht wel ‘moet beantwoorden aan een doelstelling van algemeen belang en (...) evenredig [moet] zijn met het nagestreefde gerechtvaardigde doel’. De vereisten van noodzakelijkheid (lid 1) en evenredigheid (lid 3) worden in de volgende paragraaf nader uitgewerkt.

27 Voor een taxonomie van beschikbare vaccinatiemaatregelen, zie R.H.M. Pierik, ‘Past een vaccinatieplicht binnen het EVRM-Regime?’, TvGR 2019/43, p. 10-12 (hierna: Pierik 2019).

28 Raad van State, p. 9, noot 30.

29 Zie ook F. Moos, J. Schefzig & M. Arning (red.), *Die neue Datenschutz-Grundverordnung*, Berlijn: De Gruyter 2018, p. 698.

30 *Kamerstukken II 2017/18*, 34851, 3, p. 109 (MvT) (hierna: MvT 34851).

31 MvT 34851, p. 43.

32 MvT 34851.

5 Noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit van verwerking vaccinatiegegevens

Noodzakelijkheid is niet alleen een vereiste van art. 6 lid 1 en lid 3 AVG, maar functioneert als een autonoom begrip in het gehele Europese recht.³³ Noodzakelijkheid is onderdeel van het evenredigheidsbeginsel, dat daarnaast het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel omvat. In art. 6 lid 1 AVG wordt vereist dat de verwerking noodzakelijk is voor het voldoen aan een wettelijke verplichting; in art. 6 lid 3 AVG wordt vereist dat het nationale recht ook evenredig moet zijn.³⁴ Het evenredigheidsbeginsel, waaronder het noodzakelijkheidsvereiste, is ook onderdeel van art. 52 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat stelt waar beperkingen aan onder meer het recht op gegevensbescherming (art. 8 Handvest) aan moeten voldoen. Bovendien kan de interpretatie door het EHRM van art. 8 lid 2 EVRM, vooral van het begrip ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’, ook richting bieden.³⁵

Uit art. 52 lid 1 Handvest valt op te maken dat een beperking op het recht op gegevensbescherming moet worden bepaald door de wet; dat het de wezenlijke inhoud van het recht moet eerbiedigen; het moet beantwoorden aan een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang; en dat het noodzakelijk en proportioneel moet zijn. Omdat aan de eerste criteria evident is voldaan, bespreken we in dit artikel alleen de laatste twee criteria. Om te bepalen of de beperking noodzakelijk is – dat wil zeggen, de verwerking van vaccinatiegegevens door een kinderdagverblijf op grond van een wettelijke verplichting – moet een stappenplan worden doorlopen, dat is beschreven door de European Data Protection Supervisor.³⁶

De eerste stap is het beschrijven van de maatregel en zijn doel.³⁷ In ons voorstel zullen kinderdagverblijven nog steeds vaccinatiegegevens van kinderen verwerken, wat bij dit soort maatregelen onvermijdelijk is – zoals al is geconstateerd bij het voorstel van Raemakers. Door de verwerking van deze gegevens bij kinderdagverblijven te laten hoeft er geen gecentraliseerde database met vaccinatiegegevens te worden ontwikkeld. In dit voorstel zullen kinderdagverblijven met een eenvoudig registra-

tiebestand, waarop slechts wordt aangevinkt of kinderen hun vaccinatie hebben ontvangen, de gegevens verwerken. Ouders kunnen met hun vaccinatiebewijs aantonen of dit het geval is. Doel van deze verplichte verwerking is om vast te stellen of het kind toegang mag krijgen en houden tot de kinderopvang, namelijk alleen als deze het Rijksvaccinatieprogramma volgt.

Vervolgens moet worden bepaald of de verwerking een beperking is op het recht van gegevensbescherming.³⁸ Met het verwerken van vaccinatiegegevens wordt hier bedoeld op het verzamelen en vastleggen van vaccinatiegegevens in een bestand dat kan worden aangepast bij nieuwe vaccinaties. Met deze verwerking wordt een inbreuk gemaakt op het recht op gegevensbescherming én het recht op privacy. Immers, er worden vaccinatiegegevens verwerkt, en een verwerking van persoonsgegevens op basis van een wettelijke verplichting wordt door het HvJ EU in het algemeen beschouwd als een beperking op het recht van gegevensbescherming (art. 8 Handvest), en het daarmee ‘nauw verband houdende’ recht op privacy (art. 7 Handvest).³⁹ Wel worden waarborgen ingebouwd, waarmee de wezenlijke inhoud van de rechten wordt gerespecteerd. Waarborgen zijn onder meer dat in een kinderdagverblijf slechts één persoon toegang hoeft te hebben tot het bestand, namelijk om te bepalen of het kind toegang krijgt, evenals de toezichthouder in het kader van controle. De gegevens kunnen worden bewaard voor de duur van de opvang. Bovendien moet in aanmerking worden genomen dat vaccinatie als voorwaarde voor kinderopvang een tijdelijke maatregel kan zijn totdat de vaccinatiegraad boven de kritieke ondergrens komt.

Daarna moet worden getoetst of de beperking (de verwerking van vaccinatiegegevens) op het recht van gegevensbescherming wel noodzakelijk is voor het doel dat men nastreeft. Daarvoor moet het in ieder geval voldoen aan een algemeen belang van de Unie (art. 52 lid 1 Handvest), zoals het belang van preventieve geneeskunde (art. 9 lid 2 onderdeel h AVG). Het verplichten van deelname aan het Rijksvaccinatieprogramma als voorwaarde voor kinderopvang is noodzakelijk om de vaccinatiegraad in de samenleving te verhogen ten behoeve van de volksgezondheid. Frankrijk, Italië en Californië laten zien dat

33 H.R. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (hierna: Kranenborg & Verhey 2018), p. 144.

34 Kranenborg & Verhey 2018, p. 143.

35 Kranenborg & Verhey 2018, p. 145; EDPS, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, 11 april 2017 (hierna: EDPS), p. 7.

36 EDPS, p. 9-10.

37 EDPS, p. 10.

38 EDPS, p. 12.

39 HvJ EU 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, par. 47 (*Volker und Markus Schecke GbR en Hartmut Eifert/Land Hessen*). Zie voor een overzicht ook EDPS, p. 7, noot 33.

de invoering van soortgelijke maatregelen een belangrijke bijdrage heeft geleverd bij het verhogen van de vaccinatiegraad.⁴⁰ Andere, minder ver gaande, maatregelen hebben de vaccinatiegraad niet verhoogd. Immers, als dit tweede spoor van het door ons voorgestelde beleid wordt ingezet, heeft de bevordering van vrijwillige vaccinatie niet geholpen om de vaccinatiegraad te verhogen.

In de laatste stap wordt de subsidiariteit getoetst,⁴¹ oftewel of het doel om de vaccinatiegraad te verhogen niet met een ander, minder ver gaand, middel kan worden bereikt, dat wil zeggen zonder verwerking van de vaccinatiegegevens. Ook hierbij is het belangrijk om in het oog te houden dat het voorstel uitgaat van een tweesporenbeleid, waarbij de staatssecretaris eerst maatregelen zal moeten nemen op basis van vrijwilligheid. Pas als de vaccinatiegraad onder een kritieke ondergrens zakt, zal worden overgegaan op de meer dwingende maatregel die ook tot de gegevensverwerking leidt.

Het EHRM heeft zich bovendien in *Boffa* en latere jurisprudentie uitgesproken over dat gedwongen vaccinatie moet voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste van een 'dringende maatschappelijke behoefte'.⁴² Een minder ver gaande maatregel is niet goed denkbaar, omdat alle maatregelen om de vrijwillige vaccinatiebereidheid te verhogen juist niet voldoende zijn gebleken als de ondergrens is bereikt. Tegelijkertijd worden in andere landen verdergaande maatregelen genomen: in Italië wordt vaccinatie aan toegang tot school verbonden; België kent een strafrechtelijke vaccinatieplicht voor polio; in Frankrijk geldt uitsluiting van kinderopvang én school. De door ons voorgestelde vaccinatieplicht gaat minder ver en voldoet daarmee beter aan de eis van subsidiariteit.

Na noodzakelijkheid en subsidiariteit wordt de proportionaliteit van de maatregel getoetst.⁴³ Ten eerste speelt hier mee dat de dwang om te vaccineren (en daarmee de verwerking van vaccinatiegegevens door kinderdagverblijven) pas ingaat als de vaccinatiegraad onder een kritieke grens komt. Dit betekent dat de maatregel (en dus de noodzaak van gegevensverwerking) van korte duur kan zijn, en van kracht is zolang een instantie als het RIVM constateert dat de vaccinatiegraad onder de ondergrens ligt. Ten tweede is de maatregel niet excessief: ouders worden niet geheel in hun keuze beperkt; zij hebben nog steeds de mogelijkheid om hun kind niet te

laten vaccineren en thuis te houden. Bovendien worden de gegevens niet verder verwerkt dan noodzakelijk voor registratie in het kinderdagverblijf en voor toezicht daarop.

6 Conclusie

In dit artikel hebben wij het wetsvoorstel van Tweede Kamerlid Raemakers (D66) over vaccinatie in de kinderopvang geanalyseerd vanuit het recht op gegevensbescherming. We hebben geconstateerd dat, in tegenstelling tot wat Raemakers suggereert, het wetsvoorstel voor kinderdagverblijven wel degelijk een verwerking van vaccinatiegegevens zal inhouden, en dus in overeenstemming met de AVG moet zijn. Maar we laten ook zien dat, gegeven de specifieke context, toestemming niet de basis kan zijn om te voldoen aan het regime van bijzondere persoonsgegevens (art. 9 AVG). Daarmee voldoet het wetsvoorstel van Raemakers niet aan de AVG.

We concluderen dat de politiek zich beter kan richten op wetgeving die zich primair richt op het onderliggende beleidsprobleem van de afnemende vaccinatiegraad. In het tweede deel van het artikel hebben we de contouren van zo'n alternatieve regelgeving geschetst die zowel de dalende vaccinatiegraad adresseert, en tegelijkertijd voldoet aan de AVG.

40 In Californië heeft de invoering van een vaccinatieplicht gezorgd voor een stijging van 4,6 procentpunt van een vaccinatiegraad van 90,2% in het schooljaar 2014-2015 naar 94,8% in het schooljaar 2018-2019 (California Department of Public Health, Immunization Branch, 2018-2019 Kindergarten Immunization Assessment – Executive Summary, eziz.org/assets/docs/shotsforschool/2018-19CAKindergarten-SummaryReport.pdf). Maar ook in Frankrijk, en zelfs in Italië, waar het antivaccinatie-sentiment ook door populistische politieke partijen is omarmd, heeft de invoering van meer verplichtende maatregelen gezorgd voor een aanzienlijke stijging van de vaccinatiegraad. Zie F. D'Ancona e.a., 'The Law on Compulsory Vaccination in Italy: An Update by 2 Years after the Introduction', *Euro Surveillance* 2019 (24), nr. 26; D. Lévy-Bruhl e.a., 'Assessment of the Impact of the Extension of Vaccination Mandates on Vaccine Coverage after 1 Year, France', *Euro Surveillance* 2019 (24), nr. 26.

41 EDPS, p. 15 en 19.

42 EHRM (besl.) 15 januari 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0115DEC002653695 (*Boffa e.a./San Marino*); EHRM 23 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0323JUD004590105 (*M.A.K. en R.K./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 24 september 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD002442903 (*Solomakhin/Oekraïne*). Voor een overzicht van de relevante EHRM-jurisprudentie, zie: Pierik 2019.

43 EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data* (ontwerprichtenoeren), 25 februari 2019, p. 11-12.