KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, achtste kamer, op 23 januari 1997 door de Vlaamse minister van Cultuur, Gezin en Welzijn verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "tot wijziging, voor zover betreft de meldingsplicht voor kinderopvang, van het decreet van 29 mei 1984 houdende oprichting van de instelling Kind en Gezin", heeft op 25 februari 1997 het volgend advies gegeven :

STREKKING VAN HET ONTWERP.

Het ontwerp strekt tot de vervanging van artikel 7 van het decreet van 29 mei 1984 houdende oprichting van de instelling Kind en Gezin.

Het ontworpen artikel 7 bepaalt dat iedereen die op bestendige wijze, al dan niet tegen betaling, kinderen beneden de twaalf jaar opvangt, in beginsel gehouden is dit aan Kind en Gezin mede te delen. Volgens de vigerende bepaling geldt die verplichting slechts voor wie kinderen beneden de zes jaar opvangt.

Voorts bepaalt het ontworpen artikel 7 dat de bedoelde mededeling tot gevolg heeft dat Kind en Gezin te allen tijde toegang krijgt tot de opvang en de opvang-ruimtes.

Aan de Vlaamse regering wordt opdracht gegeven om de modaliteiten van de verplichting tot mededeling en van de toegang te bepalen. De regering bepaalt eveneens wie van de meldingsplicht wordt vrijgesteld.

Ten slotte stelt het ontwerp straffen op het niet doen van de vereiste mededeling.

ONDERZOEK VAN DE TEKST.

Artikel 2.

1. De meldingsplicht bedoeld in paragraaf 1 van het ontworpen artikel 7 is van toepassing op iedereen die "op bestendige wijze" kinderen beneden de twaalf jaar "opvangt".

Volgens de memorie van toelichting zal het begrip "opvang op bestendige wijze" nader omschreven worden in een uitvoeringsbesluit. Daartoe zou, blijkens de door de gemachtigde ambtenaar verstrekte toelichting, een rechtsgrond gezocht worden in paragraaf 3, dat de Vlaamse regering machtigt tot het bepalen van o.m. de "modaliteiten van de verplichting tot mededeling".

De Raad van State moet evenwel vaststellen dat uit de aangehaalde bepaling van paragraaf 3 geen machtiging afgeleid kan worden om het begrip "opvang op bestendige wijze" te omschrijven. Een dergelijke machtiging kan evenmin afgeleid worden uit paragraaf 1.

Paragraaf 1 of paragraaf 3 zal dus aangevuld moeten worden.

2. Volgens paragraaf 2 heeft Kind en Gezin te allen tijde toegang tot de opvang en de opvangruimtes. Bij paragraaf 3 wordt de Vlaamse regering gemachtigd om de modaliteiten van die toegang te regelen.

Deze bepalingen geven aanleiding tot de volgende opmerkingen.

2.1. Volgens artikel 11, derde lid, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen kunnen de gemeenschappen en de gewesten, binnen de grenzen van hun bevoegdheden, de "gevallen" bepalen waarin een huiszoeking kan plaatsvinden. Het staat daarentegen aan de federale overheid om de procedure inzake de huiszoeking te regelen, met inbegrip van het tijdstip waarop die uitgevoerd kan worden.

De in het ontworpen artikel 7, § 2, bedoelde toegang tot de opvang en de opvangruimtes kan in bepaalde gevallen betrekking hebben op een woning, en is in die gevallen dan ook te beschouwen als een huiszoeking. Door te bepalen dat die toegang "te allen tijde" geboden moet worden, en door aan de Vlaamse regering de opdracht te geven om de "modaliteiten" van de toegang te regelen, treedt het ontwerp gedeeltelijk op het terrein van de procedure inzake de huiszoeking, waarvoor de federale overheid bevoegd is.

Mochten de stellers van het ontwerp menen dat de Vlaamse Gemeenschap voor de uitoefening van die bevoegdheid zich zou kunnen beroepen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met artikel 19, § 1, eerste lid, dan zou zulks in elk geval in de memorie van toelichting verantwoord moeten worden.

2.2. Ondergeschikt moet ten gronde opgemerkt worden dat het recht op eerbiediging van de woning wordt gewaarborgd bij artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, en artikel 15 van de Grondwet.

Het is zeer de vraag of een onbeperkte toegang, zelfs bij nacht, van plaatsen die een "woning" zijn, in de enge zin van het woord, met de genoemde bepalingen verenigbaar is.

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt voorts dat het begrip "woning" ruim opgevat moet worden, en dat het bijvoorbeeld mede slaat op lokalen waar beroepsactiviteiten uitgeoefend worden (1). Voor de toegang tot in het ontwerp bedoelde lokalen is in geen enkele waarborg voorzien ten aanzien van mogelijke misbruiken door de personen die het recht van toegang genieten. Ook op dit punt kan de verenigbaarheid met de genoemde bepalingen betwijfeld worden.

Het staat aan de Vlaamse regering, en nadien eventueel aan het Vlaams Parlement, om te oordelen, onder voorbehoud van toetsing a posteriori door nationale rechtscolleges of internationale controleorganen, of er voldoende redenen zijn om een inmenging in het genoemde grondrecht te

---

(1) E.H.R.M., 16 december 1992, Niemietz, Publ. Cour, reeks A, vol. 251-B; E.H.R.M., 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Miailhe (I), Publ. Cour, reeks A, vol. 256-A, -B en -C.

verantwoorden. Het lijkt voorts onmisbaar dat die inmenging in elk geval aan striktere voorwaarden onderworpen wordt.

2.3. Nog meer ondergeschikt worden de volgende opmerkingen m.b.t. de tekst zelf van paragraaf 2 gemaakt.

2.3.1. Zoals paragraaf 2 is geformuleerd, moet eruit worden afgeleid dat, bij gebreke van melding, de ambtenaren van Kind en Gezin geen toegang hebben tot de opvang en de opvangruimtes. Er is dan geen toegang, zelfs niet als de betrokkenen in strijd met het ontworpen artikel 7, § 1, zich niet aangemeld hebben.

De gemachtigde ambtenaar bevestigt die interpretatie.

De vraag rijst of een controlesysteem, gesteld dat het een mogelijkheid van toegang tot bepaalde plaatsen moet inhouden, wel efficiënt is, als dat toegangsrecht niet uitgeoefend kan worden ten aanzien van degenen die zich onttrekken aan de principiële verplichting om zich aan te melden.

2.3.2. Het is niet duidelijk wat met de termen "opvang" en "opvangruimtes" in de ontworpen paragraaf 2 wordt bedoeld.

De gemachtigde ambtenaar heeft in dit verband verklaard dat kinderopvang zich niet strikt beperkt tot een gebeuren in een bepaalde opvangruimte tussen vier muren, maar dat die opvang zich ook afspeelt in buitenspeelruimtes

en eventueel zelfs tijdens uitstappen. Het is de bedoeling van de stellers van het ontwerp om het gebeuren in zijn totaliteit te vatten, en het is om die reden dat zowel de term "opvang" als de term "opvangruimtes" gebruikt is.

Het zou beter zijn om de beide termen in het ontwerp te definiëren, of om daartoe althans opdracht te geven aan de Vlaamse regering (zie hiervóór, opmerking 1).

2.3.3. Volgens de ontworpen paragraaf 2 heeft "Kind en Gezin" toegang tot de opvang en de opvangruimtes.

In het ontwerp zou nader gepreciseerd moeten worden welke personen een recht van toegang hebben. Het zou bijvoorbeeld kunnen gaan om de daartoe aangewezen personeelsleden van Kind en Gezin.

3. De ontworpen paragraaf 3 houdt een machtiging van de Vlaamse regering in om te bepalen wie van de meldingsplicht wordt vrijgesteld.

Die delegatie is te ruim. In het ontwerp zouden minstens de criteria bepaald moeten worden, op grond waarvan de Vlaamse regering zou kunnen bepalen wie de vrijstelling kan genieten.

4. Paragraaf 4 bevat een strafbepaling.

4.1. Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt zou die bepaling omgevormd moeten worden tot een afzonderlijk artikel, in te voegen in hoofdstuk V van het decreet van 29 mei 1984.

4.2. Volgens de gemachtigde ambtenaar is het de bedoeling dat straffen gesteld worden, niet enkel op het niet-naleven van de meldingsplicht, maar ook op het weigeren van toegang aan de bevoegde personeelsleden van Kind en Gezin.

Uit de tekst van de ontworpen paragraaf 4 blijkt echter niet dat het weigeren van toegang strafbaar is. De tekst zou op dit punt aangevuld moeten worden.

Bovendien kan het niet de bedoeling zijn personen strafbaar te stellen die vallen onder de uitzondering op de meldingsplicht, bedoeld in de ontworpen paragraaf 1. Uit de tekst van de strafbepaling zou duidelijker moeten blijken dat de bestraffing van het verzuim zich te melden bij Kind en Gezin slechts van toepassing is op degenen die onderworpen zijn aan die meldingsplicht.

De kamer was samengesteld uit

de Heren :	W. DEROOVER,	kamervoorzitter,
	P. LEMMENS, L. HELLIN,	staatsraden,
de Heer :	A. ALEN,	assessoren van de
Mevrouw :	Y. MERCHIERS,	afdeling wetgeving,
Mevrouw :	F. LIEVENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. SEUTIN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, referendaris.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

F. LIEVENS. W. DEROOVER.