

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.029/3
VAN 27 APRIL 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 26 maart 2010 door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 10 mei 2010, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot wijziging van de regelgeving betreffende kinderopvang, wat betreft de bestrijding van discriminatie in de kinderopvang", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp strekt tot de wijziging van een aantal besluiten van de Vlaamse Regering met betrekking tot de opvang van kinderen: het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders, het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van initiatieven voor buitenschoolse opvang, het besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2008 houdende de voorwaarden voor toestemming voor en subsidiëring van lokale diensten buurtgerichte kinderopvang en het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen.

In de twee genoemde besluiten van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 en in het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 worden de erkenningsvoorwaarden dan wel voorwaarden om het attest van toezicht te verkrijgen, aangepast. Volgens de vigerende tekst mogen de voorzieningen bij de dienstverlening niet discrimineren op grond van cultuur, maatschappelijke afkomst, nationaliteit, geslacht, geloof of levensovertuiging. Die lijst van gronden wordt verruimd tot geslacht, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap, sociale positie, nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming (artikelen 2, 1/, 4, 1/, en 7, 1/, van het ontwerp). Afgezien van de syndicale overtuiging gaat het om de beschermde kenmerken bedoeld in artikel 16, § 3, van het decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het

.../...

Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid. Daarenboven wordt een nieuwe voorwaarde gesteld, namelijk dat de voorzieningen ervoor moeten zorgen dat er in de ruimtes "die conform artikel 444 van het Strafwetboek" toegankelijk zijn voor de gezinnen en kinderen, geen voorwerpen, symbolen, afbeeldingen of tekenen zichtbaar zijn die discriminerend, racistisch, xenofob, obscene of onwettelijk zijn (artikelen 2, 2/, 4, 2/, en 7, 2/, van het ontwerp).

Aan de voorzieningen bedoeld in het genoemde besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2008 worden via verwijzing dezelfde voorwaarden opgelegd (artikel 5 van het ontwerp).

Zoals in de nota aan de leden van de Vlaamse Regering wordt uiteengezet, wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om in de genoemde besluiten van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 en 13 februari 2009 ook de definitie van "kwalificatiebewijs" te wijzigen (artikelen 1, 3 en 6 van het ontwerp).

RECHTSGROND

3. Luidens de aanhef vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin.

Bij dit artikel wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om, binnen het kader van de taak van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: het agentschap), vermeld in de artikelen 5 tot 8 van het decreet, nadere regels te bepalen met betrekking tot de normen en de voorwaarden om initiatieven toe te staan en/of te subsidiëren, met dien verstande dat de toelatings- en/of erkenningsbeslissing bij het agentschap berust.

"De regie van de kinderopvang", waaronder het onder al zijn vormen stimuleren en toelaten van opvanginitiatieven, behoort tot de taken van het agentschap ¹.

¹Zie de artikelen 5 en 6 van het decreet van 30 april 2004.

3.1. Voor de wijzigingen van de twee besluiten van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 (artikelen 1 tot 4 van het ontwerp) wordt rechtsgrond geboden door het genoemde artikel 12 van het decreet van 30 april 2004. De in die decreetsbepaling gebruikte uitdrukking "voorwaarden om initiatieven toe te staan" kan worden begrepen als voorwaarden om initiatieven te erkennen. De bedoelde wijzigingen hebben betrekking op de voorwaarden tot erkenning van de opvangvoorzieningen ² (en onrechtstreeks op subsidievoorwaarden ³).

De wijzigingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2008 (artikel 5 van het ontwerp) hebben betrekking op voorwaarden om "een toestemming en een bijbehorende subsidiëring" te verkrijgen (zie artikel 2 van dat besluit). Ook die wijzigingen kunnen dus rechtsgrond vinden in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004.

Inzake de wijzigingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 (artikelen 6 en 7 van het ontwerp) moet worden opgemerkt dat het voor de opvang op bestendige wijze van kinderen volstaat om zulks te melden aan het agentschap (artikel 14 van het decreet van 30 april 2004). Personen die opvang van kinderen aanbieden kunnen op louter vrijwillige basis een attest van toezicht aanvragen (artikel 2 van het genoemde besluit van 13 februari 2009). Nu het in het genoemde besluit gaat om een louter facultatieve regeling, in die zin dat een attest van toezicht niet vereist

²Dit geldt ook voor de wijzigingen aan de definitie van "kwalificatiebewijs", aangezien deze term wordt gebruikt in bepalingen aangaande erkenningsvoorwaarden (zie de artikelen 7 en 19 van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders en artikel 12 van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van initiatieven voor buitenschoolse opvang).

³Zie naast de te wijzigen besluiten ook het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001 betreffende de vergoeding van installatiekosten aan opvanggezinnen, het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001 houdende de toekenning van een verzekering persoonlijke ongevallen aan opvanggezinnen, en het ministerieel besluit van 10 september 2008 betreffende de vergoeding voor aangesloten onthaalouders en voor diensten voor onthaalouders.

is om kinderopvang te mogen verzorgen, heeft die regeling geen betrekking op normen en voorwaarden om initiatieven "toe te staan". Voorts is het bezit van een attest van toezicht in hoofde van de betrokken voorzieningen weliswaar een voorwaarde om gesubsidieerd te worden ⁴, maar het genoemde attest kan ook worden verworven los van elke aanvraag tot subsidiëring en het heeft rechtsgevolgen los van de subsidiëring. Daaruit volgt dat de regeling vervat in het genoemde besluit evenmin kan worden beschouwd als een regeling betreffende subsidievoorwaarden. In zijn advies 45.812/3 over het ontwerp dat tot het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen heeft geleid, was de Raad van State van oordeel dat uit een en ander volgde dat artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 voor de regeling vervat in dat ontwerp geen rechtsgrond kon bieden ⁵. De artikelen 6 en 7 van het thans voorliggende ontwerp hebben betrekking op de voorwaarden om het attest van toezicht te verkrijgen. In principe gelden dan ook, met betrekking tot de rechtsgrond, voor die bepalingen dezelfde bezwaren als in het genoemde advies 45.812/3, hetgeen zou betekenen dat er voor de genoemde artikelen van het ontwerp geen rechtsgrond is en die artikelen uit het ontwerp moeten worden weggelaten. Nu de Vlaamse Regering echter, door het besluit van 13 februari 2009 houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen te nemen, blijkbaar over de bezwaren van de Raad van State heen is gestapt, zal de Raad de artikelen 6 en 7 van het ontwerp verder onderzoeken. Hij blijft echter een voorbehoud maken met betrekking tot de rechtsgrond ervoor.

3.2. De artikelen 6 en 7 van het ontwerp hebben betrekking op zelfstandige opvangvoorzieningen. Het gaat om zelfstandige onthaalouders, zelfstandige kinderdagverblijven en zelfstandige buitenschoolse opvangvoorzieningen (artikel 4 van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen). In zoverre bij het ontworpen artikel 5, eerste lid, 10/, van dat besluit (artikel 7, 2/, van het ontwerp) voorwaarden voor het

⁴Zie de artikelen 19 en 22 van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 houdende de voorwaarden inzake financiële ondersteuning van zelfstandige opvangvoorzieningen.

⁵Advies 45.812/3 van 3 februari 2009 over het ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen.

verkrijgen en het behoud van een attest van toezicht worden opgelegd aan de genoemde voorzieningen, en in zoverre die voorwaarden verband houden met de inrichting van een privé-woning, moet worden aangenomen dat het gaat om een inmenging in het recht van de betrokkenen op eerbiediging van hun privé-leven en hun woning. De omstandigheid dat een attest van toezicht geen vereiste is om een opvangvoorziening aan te bieden, doet hieraan geen afbreuk. Het is immers duidelijk dat de markt van de opvangvoorzieningen druk uitoefent op die voorzieningen om een attest aan te vragen, met als gevolg dat een groot deel (zo niet het grootste deel) van de voorzieningen effectief beschikt over een attest en dus gebonden is aan de voorwaarden.

Artikel 22, eerste lid, van de Grondwet bepaalt dat ieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven, "behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald". Het woord "wet" wijst hier op een wettelijke bepaling. Doordat die grondwetsbepaling aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan onder meer het recht op eerbiediging van het privé-leven, waarborgt ze aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld ⁶.

Uit artikel 22, eerste lid, van de Grondwet volgt aldus dat de decreetgever zich vooraf dient uit te spreken of een beperking van het recht op eerbiediging van het privé-leven, in de zin van het ontworpen artikel 5, eerste lid, 10/, van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009, nodig is. Indien hij van oordeel is dat dit inderdaad het geval is, zal hij de noodzaak daarvan in het licht van dit artikel 22 moeten aantonen.

Noch artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, noch enige andere decreetsbepaling, bevat evenwel een regeling in verband met inmengingen in het privé-leven van personen die opvangvoorzieningen aanbieden. Er is ook geen

⁶Zie, o.m., GwH, nr. 95/2008, 26 juni 2008, B.42.

decreetsbepaling waarbij in dit verband een machtiging wordt verleend aan de Vlaamse Regering. Aan het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22, eerste lid, van de Grondwet, is dan ook niet voldaan.

In zoverre artikel 7, 2/, van het ontwerp verband houdt met de inrichting van een privé-woning, is er bijgevolg voor die bepaling geen rechtsgrond.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

Anti-discriminatiebepalingen en de vrijheid van meningsuiting

4. Het ontwerp van besluit bepaalt onder meer als voorwaarde voor het verkrijgen van een erkenning, een toestemming of een attest van toezicht dat er in de ruimtes die conform artikel 444 van het Strafwetboek toegankelijk zijn voor de gezinnen en kinderen, geen voorwerpen, symbolen, afbeeldingen of tekenen zichtbaar mogen zijn die discriminerend, racistisch, xenofob, obscene of onwettelijk zijn (artikelen 2, 2/, 4, 2/, en 7, 2/, van het ontwerp, en onrechtstreeks ook artikel 5 van het ontwerp).

Aldus lijken de stellers van het ontwerp een verbod te willen invoeren op onder meer de uiting ("het zichtbaar maken") van een discriminerend, racistisch, xenofob, obscene gedachtegoed, middels symbolen, voorwerpen, tekenen of afbeeldingen in een bepaalde omgeving ⁷. Een dergelijke uiting valt in beginsel binnen

⁷Iets anders lijkt het verbod te zijn om "onwettelijke" symbolen, voorwerpen, tekenen of afbeeldingen zichtbaar te maken. Hiermee hebben de stellers van het ontwerp allicht niet de uiting van een bepaald gedachtegoed voor ogen. De bepalingen verdienen op dit punt evenwel verduidelijking. Als het de bedoeling is om perken te stellen aan het gebruik van voorwerpen (of tekenen?) waarvan het bezit of het gebruik op grond van andere regelgevingen verboden is, kan dit beter met zoveel woorden bepaald worden.

het toepassingsgebied van de vrijheid van meningsuiting, welke onder meer de vrijheid omvat om een mening via bepaalde symbolen te uiten ⁸.

5. Opdat een inmenging in de vrijheid van meningsuiting geoorloofd zou zijn, moet ze kunnen steunen op een wettelijke grondslag die o.m. voldoende duidelijk moet zijn, moet ze een wettig doel nastreven, en moet ze "noodzakelijk" zijn om dat doel te bereiken.

5.1. In verband met de eerste voorwaarde (voldoende duidelijke wettelijke grondslag) merkt de Raad van State op dat niet helemaal duidelijk is wat bedoeld wordt met voorwerpen, symbolen, afbeeldingen of tekenen (hierna: voorwerpen of tekenen) die "discriminerend" zijn. De gemachtigde stelt dat onder discriminatie moet worden begrepen "elke vorm van directe discriminatie, indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren en intimidatie op grond van de beschermde criteria, zoals in de anti-discriminatie wetgeving is opgenomen". Zo in redelijkheid kan worden aangenomen dat het zichtbaar opstellen van bepaalde voorwerpen of tekenen kan aanzetten tot discriminatie of kan intimideren ⁹, is het minder vanzelfsprekend dat het zichtbaar zijn van voorwerpen of tekenen op zich een indirecte of zelfs een directe discriminatie kan uitmaken ¹⁰. De tekst van het ontwerp zou in elk geval verduidelijkt moeten worden.

⁸Zie bijvoorbeeld, i.v.m. het dragen van een politiek symbool (een rode ster) door een politicus, EHRM, 8 oktober 2008, Vajnai t. Hongarije, nr. 33.629/06, te publiceren in ECHR, 2008.

⁹Intimidatie wordt in artikel 17, § 1, van het decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid omschreven als volgt: "Er is sprake van intimidatie in geval van ongewenst gedrag dat verband houdt met een of meer van de kenmerken, vermeld in artikel 16, § 3, en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd."

¹⁰In het advies van de Inspectie van Financiën wordt de vraag gesteld wat de houding van de overheid zal zijn tegenover stripboeken als "Kuifje in Kongo".

Ook de term "obsceen" leent zich niet tot een eenduidige interpretatie. Zo is het niet denkbeeldig dat de ene persoon een kunstvoorwerp obsceen vindt, terwijl de andere het daarmee grondig oneens is ¹¹. Het zou dan ook aanbeveling verdienen om nader te preciseren wat het beoogde verbod inhoudt.

5.2. Met betrekking tot de tweede voorwaarde (wettig doel) stelt de Raad van State vast dat uit de gegevens van het dossier niet met zekerheid kan worden afgeleid welke doeleinden worden nagestreefd. De Raad gaat er evenwel van uit dat het ontwerp "de bescherming van de rechten van anderen" beoogt, zijnde één van de doeleinden opgesomd in artikel 10, lid 2, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (EVRM).

5.3. De derde voorwaarde (noodzaak van de ontworpen regeling om de nagestreefte doeleinden te bereiken), houdt voornamelijk in dat een beperking van de vrijheid van meningsuiting aan een dwingende sociale behoefte beantwoordt en dat ze evenredig is aan de wettige doelstellingen die daarmee worden nagestreefd.

De wetgeving in België kent reeds voorbeelden waarbij het uiten van discriminerende, racistische of xenofobe meningen in bepaalde omstandigheden wordt verboden. Zo stelt de federale en de Vlaamse anti-discriminatiewetgeving het aanzetten tot discriminatie, segregatie, haat of geweld wegens een van de beschermde criteria strafbaar ¹². Daarnaast wordt bij artikel 21 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden het in het openbaar (in de zin van artikel 444 van het Strafwetboek) verspreiden van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat strafbaar gesteld, los van elke impact die de ideeën op

¹¹Zie ook het advies van de Inspectie van Financiën, waarin de vraag wordt gesteld wat de houding van de overheid zal zijn tegenover stripboeken waarin obsceen taalgebruik voorkomt.

¹²Zie in de federale wetgeving, artikel 22 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, artikel 27 van de wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen en artikel 20 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden. Zie voorts in de Vlaamse wetgeving, artikel 31 van het decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid.

derden of op de democratische samenleving hebben of beogen¹³. Het Grondwettelijk Hof heeft aanvaard dat dergelijke strafbaarstellingen verenigbaar zijn met de Grondwet, mits aan de omschrijving van de betrokken misdrijven een beperkende interpretatie wordt gegeven¹⁴.

Buiten de specifieke context van de rassendiscriminatie en de xenofobie, en los van het aanzetten tot het stellen van bepaalde handelingen, kan een verbod van discriminerende uitingen, zelfs in openbare plaatsen (in de zin van artikel 444 van het Strafwetboek), moeilijk verantwoord worden. Zoals het Grondwettelijk Hof in verband met de vroegere federale anti-discriminatiewetgeving heeft benadrukt, geldt de vrijheid van meningsuiting immers ook voor het verkondigen van ideeën welke kunnen "schokken, verontrusten of kwetsen", en kan een verbod slechts aanvaard worden wanneer discriminerende uitlatingen de in een democratische samenleving toelaatbare drempel overschrijden¹⁵. Een verbod van discriminerende uitingen, als voorwaarde voor de erkenning van kinderdagverblijven e.d. of als voorwaarde voor het verkrijgen van een attest van toezicht door zelfstandige opvangvoorzieningen, kan dan ook slechts in uitzonderlijke, strikt omschreven gevallen beschouwd worden als verenigbaar met de vrijheid van meningsuiting. Hetzelfde geldt voor een verbod van obscene uitingen. In dit opzicht lijken de ontworpen bepalingen in te ruime bewoordingen te zijn gesteld. Het komt de Raad van State voor dat, om te voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste, de artikelen 2, 2/, 4, 2/, en 7, 2/, van het ontwerp zo herschreven zouden moeten worden dat daaruit blijkt dat de verbodsbepaling enkel geldt voor ruimtes waarin kinderen effectief worden opgevangen en enkel in zoverre de aanwezige voorwerpen of tekenen van die aard zijn dat ze een nadelige invloed op kinderen kunnen hebben. Daarenboven zal er bij de concrete toepassing van de ontworpen bepalingen telkens over gewaakt moeten worden dat het afdwingen van het verbod effectief gericht is op het bereiken van de nagestreefde doelstellingen, in het bijzonder de bescherming van kinderen, en dat aan de betrokken

¹³E. CLOOTS, "De antidiscriminatiewetten en de vrijheid van meningsuiting: dansen op een slappe koord", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, 2008, 510.

¹⁴Zie bijv. GwH, nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.63 tot B.67.5 en B.72 tot B.74.6.

¹⁵GwH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.73.

voorzieningen geen strengere beperkingen worden opgelegd dan nodig om die doelstellingen te bereiken.

6. Een bijzonder probleem rijst in verband met de toepassing van de ontworpen verbodsbepalingen op voorzieningen die op ideologische doelstellingen geïnspireerd zijn (zogenaamde tendensorganisaties). Men kan zich bijvoorbeeld inbeelden dat een katholiek, een islamitisch of een joods kinderdagverblijf zich in eerste instantie op katholieke, islamitische of joodse kinderen richt en het kinderdagverblijf inricht met katholieke, islamitische of joodse voorwerpen of tekenen. De kwestie werd voorgelegd aan de gemachtigde, waarbij werd uitgegaan van het voorbeeld van een joodse organisatie. De gemachtigde heeft het volgende geantwoord:

"Joodse symbolen zullen op zich niet discriminerend, aanstootgevend, ... zijn. Onze regelgeving stelt echter duidelijk dat er niet mag gediscrimineerd worden, hetgeen betekent dat een opvang in principe moet openstaan voor alle kinderen. Indien bijgevolg zou blijken dat de joodse opvang niet-joodse kinderen weigert omwille van het feit dat ze niet-joods zijn, is er wel degelijk sprake van discriminatie.

De aanwezigheid van een bepaalde ideologie in een voorziening *an sich* is geen probleem, alleen mag deze geen impact hebben op de opvang."

Op het standpunt van de gemachtigde in verband met de draagwijdte van het discriminatieverbod wordt hierna ingegaan (opmerking 8). Hier kan reeds worden opgemerkt dat, gelet op het feit dat het ontwerp bepaalt dat geen "discriminerende" voorwerpen of tekenen mogen worden uitgestald en dat geloof één van de gronden van discriminatie kan zijn, het niet onmogelijk lijkt om de ontworpen bepalingen zo te interpreteren dat ze het uitstellen van ideologische voorwerpen of tekenen zonder meer verbieden¹⁶. Aangezien dit niet de bedoeling is van de stellers van het ontwerp, zal het ontwerp ook op dit punt moeten worden bijgewerkt.

Anti-discriminatiebepalingen en het recht op eerbiediging van de ideologische, godsdienstige en filosofische overtuiging en de vrijheid van vereniging

¹⁶Vgl. EHRM (kamer), 3 november 2009, Lautsi t. Italië, nr. 30.814/06 (het arrest heeft betrekking op artikel 2 van het 1^{ste} Protocol bij het EVRM en artikel 9 EVRM). De zaak is inmiddels naar de grote kamer van het EHRM verwezen.

7. Het ontwerp voorziet nog in een andere voorwaarde voor het verkrijgen van een erkenning, een toestemming of een attest van toezicht: de voorzieningen mogen niemand discrimineren op grond van geslacht, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap, sociale positie, nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming (artikelen 2, 1/, 4, 1/, en 7, 1/, en onrechtstreeks ook artikel 5).

Ook al is een dergelijk discriminatieverbod reeds vervat in de vigerende besluiten, en ook al beperkt het ontwerp zich ertoe om de lijst van discriminatiegronden te verruimen, toch acht de Raad van State het nuttig om het discriminatieverbod in zijn geheel te toetsen aan twee vrijheden die kunnen worden ingeroepen door degenen die opvang van kinderen aanbieden, met name het recht op eerbiediging van de ideologische godsdienstige en filosofische overtuiging en de vrijheid van vereniging.

8. Zoals uit de hiervóór aangehaalde verklaring van de gemachtigde kan worden afgeleid (opmerking 6), volgt uit de ontworpen bepalingen dat ook voorzieningen die op ideologische doelstellingen geïnspireerd zijn (tendensorganisaties) de toegankelijkheid van hun diensten moeten waarborgen, zonder dat zij voorrang mogen geven aan kinderen uit gezinnen die de door hen beleden en beoefende ideologische, godsdienstige of filosofische overtuiging aanhangen of zonder dat zij kinderen uit gezinnen die de ideologische, godsdienstige of filosofische overtuiging van de voorziening niet aanhangen, mogen weigeren. In dit verband moet worden herinnerd aan de volgende opmerking uit advies 45.217/3 van de Raad van State van 4 november 2008¹⁷ (die inmiddels werd overgenomen in o.m. advies 45.609/AG van de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State van 3 februari 2009¹⁸):

¹⁷Advies 45.217/3 van 4 november 2008 over het voorontwerp dat geleid heeft tot het woonzorgdecreet van 13 maart 2009, *Parl. St.*, Vlaams Parl., 2008-2009, nr. 1975-1, (113), pp. 138-141, opmerking 9.

¹⁸Advies 45.609/AG van 3 februari 2009 over het voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waalse Gewest van 30 april 2009 "relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées", *Parl. St.*, Waals Parl., 2008-2009, nr. 971-1, (27), pp. 45-46.

"Eerbiediging van de ideologische, godsdienstige en filosofische overtuiging en van de vrijheid van vereniging.

9. Op de georganiseerde woonzorg zijn onder meer de volgende werkingsprincipes van toepassing, die krachtens artikel 48, tweede lid, van het ontwerp bovendien gelden als erkenningsvoorwaarden voor de verschillende woonzorgvoorzieningen: het waarborgen van de toegankelijkheid van de woonzorg zonder enige vorm van discriminatie op basis van ideologische, godsdienstige en filosofische overtuiging of lidmaatschap (artikel 4, 1/) en het eerbiedigen, zonder enige vorm van discriminatie, van de ideologische, godsdienstige en filosofische overtuiging van de gebruikers en de mantelzorgers (artikel 4, 5/). Deze bepalingen komen neer op het waarborgen van het individuele recht op een ideologische, godsdienstige of filosofische overtuiging boven hetzelfde recht van de initiatiefnemers van de voorziening. In hoofde van de laatstgenoemde personen kan het immers gaan om een inperking van hun vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing, gewaarborgd bij de artikelen 19 van de Grondwet, 9 van het EVRM en 18 van het [Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, hierna BUPO-Verdrag], alsmede op hun recht van vereniging, gewaarborgd bij de artikelen 27 van de Grondwet, 11 van het EVRM en 22 van het BUPO-Verdrag.

In [haar] advies van 20 mei 2008 heeft de Algemene Vergadering van de Raad van State eraan herinnerd «dat ook bv. onderwijs-, gezondheids- en welzijnsinstellingen op een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag kunnen zijn geënt. De omstandigheid dat aan sommige van die instellingen een godsdienstig of levensbeschouwelijk engagement ten grondslag ligt, is nooit in strijd bevonden met de Belgische Grondwet. Deze moet integendeel zo worden uitgelegd dat ze zulke initiatieven toelaat»¹⁹. Aldus sluit de Grondwet evenmin uit dat een ouderenvoorziening wordt ingericht op een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag of zulk een voorziening zich uitsluitend richt tot een bepaalde categorie van personen, zoals bijvoorbeeld bejaarde geestelijken.

In de mate dat de ontworpen bepalingen het onmogelijk maken dat initiatiefnemers zich uitsluitend kunnen richten tot personen die dezelfde levensbeschouwelijke opvatting delen, houden zij een beperking in van de vrijheid van godsdienst of levensbeschouwing.

Op grond van de artikelen 9, lid 2, en 11, lid 2, van het EVRM en de artikelen 18, lid 3, en 22, lid 2, van het BUPO-Verdrag dienen de beperkingen aan de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing en de vrijheid van vereniging bij wet te zijn voorzien, dienen ze nodig te zijn in een democratische samenleving en dienen ze in het belang te zijn van één van de doelstellingen die uitdrukkelijk in die

¹⁹Noot 29 van het geciteerde advies: Zie voor een toepassing op het vlak van de godsdienstvrijheid, advies 44.521/AV van 20 mei 2008 over een voorstel van wet "houdende toepassing van de scheiding van de Staat en de religieuze of niet-confessionele levensbeschouwelijke organisaties of gemeenschappen" (*Parl. St.*, Senaat, 2007-2008, nr. 4-351/2).

bepalingen zijn genoemd²⁰. Er dient te worden onderzocht of de inperking van de betrokken grondrechten gelet op deze voorwaarden toelaatbaar is.

9.1. Op het eerste gezicht is voldaan aan het vereiste dat de beperking op de betrokken grondrechten bij «wet» wordt ingevoerd, nu het gaat om decretale bepalingen. Nochtans kan de vraag worden gesteld of de inhoud van het begrip «discriminatie» dat in artikel 4, 1/ en 5/, van het ontwerp wordt gehanteerd («zonder enige vorm van discriminatie»), voldoende duidelijk is. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of ook indirecte discriminatie wordt beoogd. Het ontwerp dient op dit vlak alvast te worden verduidelijkt.

9.2. Wat betreft de aanwezigheid van een pertinente verantwoording voor de inperking van de betrokken grondrechten, die bovendien beantwoordt aan het beginsel van de evenredigheid, dient er vooreerst op te worden gewezen dat de memorie van toelichting geen enkele verantwoording bevat voor die inperking. Er kan evenwel worden aangenomen dat het de bedoeling is te voorkomen dat personen niet zouden kunnen worden opgenomen of niet langer zouden kunnen verblijven in woonzorgvoorzieningen omwille van hun ideologische, godsdienstige of [filosofische] overtuiging.

Hoewel deze doelstelling op zich als legitiem kan worden beschouwd, rijst toch de vraag of de betrokken bepalingen geen onevenredige gevolgen kunnen hebben. Daarbij moet erop worden gewezen dat beperkingen op grondrechten krachtens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens slechts toelaatbaar zijn wanneer zij beantwoorden aan een dwingende sociale noodzaak («un besoin social impérieux» - «a pressing social need»), waarbij rekening dient te worden gehouden met de concrete omstandigheden die aanleiding geven tot de inperking van het betrokken grondrecht en waarbij er een evenwicht dient te bestaan tussen de dwingende omstandigheden die een inperking ervan verantwoorden en de weerslag ervan op het gewaarborgde grondrecht. Bovendien mag die inperking niet verder gaan dan noodzakelijk om de ermee beoogde doelstelling te bereiken²¹.

Dat de verantwoording voor de beperking op de grondrechten van de initiatiefnemers van de voorziening is gelegen in het waarborgen van een grondrecht van gebruikers van die voorziening, doet hieraan op zich geen afbreuk nu in het geval van een conflict tussen grondrechten naar een evenwicht tussen de in het geding zijnde belangen dient te worden gestreefd. Enkel met betrekking tot de concrete afweging tussen die belangen kan het gegeven dat de realisatie van een grondrecht ter verantwoording van de beperking wordt ingeroepen, een rol spelen.

In dit licht kan eraan worden getwijfeld of artikel 4, 1/ en 5/, van het ontwerp in overeenstemming kan worden geacht met de genoemde verdrags- en grondwetsbepalingen.

²⁰Noot 30 van het geciteerde advies: Alhoewel niet zo uitgedrukt, geldt, behoudens specifieke bepalingen in de Grondwet, internrechtelijk eenzelfde benadering ten aanzien van beperking van grondrechten.

²¹Noot 31 van het geciteerde advies: Zie advies 44.521/AV van 20 mei 2008, geciteerd, met verwijzingen.

Er dient in dit verband te worden vastgesteld dat die bepalingen een zeer algemeen toepassingsgebied hebben en zelfs van toepassing zijn op voorzieningen die weliswaar moeten worden erkend opdat zij kunnen worden geëxploiteerd, maar geen beroep doen op overheidssubsidies of daarop geen recht hebben²². In het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waaruit blijkt dat een afweging in concreto vereist is om te kunnen oordelen of er een «dwingende sociale noodzaak» bestaat enerzijds en of de beperking evenredig is aan het nagestreefde doel anderzijds, komt het de Raad van State voor dat het zeer algemene toepassingsgebied van de genoemde ontworpen bepalingen, waarbij noch rekening wordt gehouden met het al dan niet bestaan van alternatieven voor de betrokken ouderen, noch met de mate waarin een bepaalde levensbeschouwelijke opvatting reëel grondslag geeft aan de organisatie en de werking van de betrokken voorziening, moeilijk in overeenstemming te brengen is met de zo-even uiteengezette beginselen en in ieder geval verder gaat dan noodzakelijk is om de ermee beoogde doelstelling te bereiken."

De stellers van het thans voorliggende ontwerp dienen na te gaan in hoeverre de ontworpen bepalingen al dan niet de geschetste toepassing kunnen hebben en, in voorkomend geval, of daarvoor een afdoende verantwoording kan worden gegeven.

Anders dan in het dossier 45.217/3 is het inzake kinderopvang wel zo dat de voorwaarde enkel wordt opgelegd aan voorzieningen die voor erkenning, toestemming of attest van toezicht en de bijbehorende subsidiëring in aanmerking willen komen, en dat dus de mogelijkheid openblijft voor een voorziening om buiten het kader van de te wijzigen besluiten aan kinderopvang te doen. Het volstaat immers om een voorziening aan het agentschap te melden (zie hiervóór, opmerking 3.1). Voor de wettigheid van een discriminatieverbod in de zin als uiteengezet door de gemachtigde, zal dan ook vooral nagegaan moeten worden of er al dan niet een reële verscheidenheid bestaat in het aanbod van voorzieningen gebaseerd op een ideologische, godsdienstige of filosofische overtuiging. Indien de ouders daadwerkelijk over een keuzemogelijkheid beschikken, is het opleggen van een gelijke behandeling van de kinderen immers minder te verantwoorden dan indien zulk een verscheidenheid er niet is.

Alleszins belet het discriminatieverbod niet dat een voorziening aan de kinderen een opvang aanbiedt die geïnspireerd is door een welbepaalde ideologische, godsdienstige of filosofische overtuiging. Om een voorbeeld te geven, een voorziening kan de maaltijd starten met een gebed, kan zich beperken tot het bereiden van kosher

²²Noot 32 van het geciteerde advies: Tekstueel geldt artikel 4 zelfs voor de gehele georganiseerde woonzorg, dus ook voor voorzieningen die zich alleen dienen aan te melden, maar zulks lijkt niet de bedoeling te zijn [...].

maaltijden, enzovoorts. Uiteraard moet ook de vrijheid van de ouders geëerbiedigd worden, hetgeen in het bijzonder betekent dat de voorzieningen duidelijk te kennen moeten geven op welke ideologische, godsdienstige of filosofische overtuiging ze in voorkomend geval gesteund zijn.

Bepalingen in verband met de inrichting van de woning en het recht op eerbiediging van het privé-leven en de woning

9. Het ontwerp van besluit bepaalt onder meer als voorwaarde voor het verkrijgen van een erkenning, een toestemming of een attest van toezicht dat er "in de ruimtes die conform artikel 444 van het Strafwetboek toegankelijk zijn voor de gezinnen en kinderen", geen voorwerpen, symbolen, afbeeldingen of tekenen zichtbaar mogen zijn die discriminerend, racistisch, xenofob, obscene of onwettelijk zijn (artikelen 2, 2/, 4, 2/, en 7, 2/, en onrechtstreeks ook artikel 5).

In zoverre de bedoelde bepalingen van het ontwerp, en meer bepaald die van artikel 7, 2/, te beschouwen zijn als een inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven, is er al op gewezen dat voor een dergelijke inmenging de rechtens vereiste wettelijke grondslag ontbreekt (zie hiervóór, opmerking 3.2). Op de verenigbaarheid van het ontwerp met het bedoelde grondrecht moet dan ook niet verder ingegaan worden.

Er dient wel nog onderzocht te worden of de genoemde bepalingen van het ontwerp verenigbaar zijn met het recht op eerbiediging van de woning.

10. De eerste vraag die in dit verband rijst, is of het recht op eerbiediging van de woning van toepassing is op kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders (artikel 2), op initiatieven voor buitenschoolse opvang (artikel 4), op lokale diensten buurtgerichte kinderopvang (artikel 5) en op zelfstandige opvangvoorzieningen, zijnde zelfstandige onthaalouders, zelfstandige kinderdagverblijven en zelfstandige buitenschoolse opvangvoorzieningen (artikel 7). Het feit dat de ruimtes toegankelijk zijn in de zin van artikel 444 van het Strafwetboek betekent niet noodzakelijk dat daarvoor het recht op eerbiediging van de woning niet van toepassing kan zijn.

Wanneer het gaat om een onthaalouder (een zogenaamde dagvader of dagmoeder die kinderen in zijn of haar woning opvangt) kan er geen twijfel over bestaan dat de inrichting van bijvoorbeeld de woonkamer, waar de kinderen tijdens de dag opgevangen worden, beschermd wordt door het recht op eerbiediging van de woning.

Wanneer de opvang professioneel gestructureerd is en de opvangvoorziening als een "werkplaats" dient te worden beschouwd, liggen de zaken op het eerste gezicht anders. In dit verband moet er echter aan herinnerd worden dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardt dat de maatschappelijke zetel, een filiaal of andere professionele lokalen van een rechtspersoon in bepaalde omstandigheden worden beschouwd als diens woning, in de zin van artikel 8 EVRM²³. In de lijn van deze rechtspraak lijkt het dan ook niet uitgesloten om voor te houden dat een opvangvoorziening voor kinderen een beroep zou kunnen doen op het recht op eerbiediging van de woning.

Samenvattend kan worden gesteld dat het recht op eerbiediging van de woning zeker van toepassing is op onthaalouders die kinderen in hun eigen woning opvangen, en dat het niet uitgesloten is dat het bedoelde recht eveneens kan worden ingeroepen door de andere voorzieningen voor de opvang van kinderen.

11. In zoverre artikel 8 EVRM van toepassing is op de opvangvoorzieningen, moet een inmenging in het recht op eerbiediging van de woning, om geoorloofd te zijn, kunnen steunen op een wettelijke grondslag die o.m. voldoende duidelijk moet zijn, moet ze een wettig doel nastreven, en moet ze "noodzakelijk" zijn om dat doel te bereiken.

De genoemde voorwaarden zijn die welke ook gelden voor een inmenging in de vrijheid van meningsuiting (zie hiervóór, opmerking 5). *Mutatis mutandis* kan dan ook verwezen worden naar de opmerkingen die in dat verband zijn gemaakt (opmerkingen 5.1 tot 5.3).

Wel moet erop gewezen worden dat de proportionaliteitstoets minder streng lijkt te moeten zijn voor de inmenging in het recht op eerbiediging van bedrijfslokalen die

²³EHRM, 16 april 2002, Société Colas Est t. Frankrijk, nr. 37.971/97, CEDH, 2002-III, § 41.

als "woning" te beschouwen zijn dan voor een inmenging in de vrijheid van meningsuiting. De concrete omstandigheden zullen in elk geval terdege in aanmerking genomen moeten worden.

ANDERE ALGEMENE OPMERKING

12. Artikel 2 van het ontwerp strekt tot de wijziging van de algemene erkenningsvoorwaarden voor kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders, die zijn bepaald in artikel 3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders. Deze voorwaarden gelden overeenkomstig artikel 2 van hetzelfde besluit voor het verkrijgen en het behouden van een erkenning door de kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders.

Artikel 15, vierde lid, van hetzelfde besluit bepaalt dat de onthaalouders (die zijn aangesloten bij een erkende dienst voor onthaalouders) moeten voldoen aan de minimale voorwaarden die de Vlaamse minister, bevoegd voor de bijstand aan personen, vastlegt.

In zoverre het de bedoeling is dat de in artikel 2 van het ontwerp gestelde voorwaarden ook gelden voor de bij een dienst voor onthaalouders aangesloten onthaalouders, dient het ministerieel besluit van 28 mei 2008 houdende de voorwaarden waaraan onthaalouders moeten voldoen om aangesloten te worden en te blijven bij een dienst voor onthaalouders en houdende de voorwaarden voor samenwerking tussen onthaalouders, te worden aangepast. Dit zou dan moeten gebeuren bij een ministerieel besluit.

De gemachtigde bevestigt dat dit de bedoeling is:

"Het is effectief de bedoeling om het MB met voorwaarden voor de [aangesloten onthaalouders] ook aan te passen, zodat op basis van dat MB bij discriminatie door de onthaalouder de aansluiting bij de [dienst voor onthaalouders] stopgezet of geweigerd kan worden."

BIJZONDERE OPMERKING

Artikel 7

13. Het ontworpen artikel 5, eerste lid, 10/, van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen (artikel 7, 2/, van het ontwerp) bepaalt, zoals al meermaals opgemerkt, dat zelfstandige opvangvoorzieningen die een attest willen ontvangen, ervoor moeten zorgen dat er in de ruimtes die conform artikel 444 van het Strafwetboek toegankelijk zijn voor de gezinnen en kinderen, geen voorwerpen, symbolen, afbeelden of tekenen zichtbaar zijn die discriminerend, racistisch, xenofob, obscene of onwettelijk zijn.

Hiervóór is opgemerkt dat, in zoverre die bepaling van toepassing is op zelfstandige opvangvoorzieningen die kinderen in hun woning opvangen (zogenaamde dagvaders of dagmoeders), ze de vereiste wettelijke grondslag mist (opmerking 3.2).

Ten overvloede kan ook nog worden opgemerkt dat de verwijzing naar artikel 444 van het Strafwetboek voor de genoemde categorie van opvangvoorzieningen problematisch is. Traditioneel wordt immers aangenomen dat een openbare plaats in de zin van dat artikel alles is wat geen private woonplaats of geen particuliere verblijfplaats is ²⁴. Die definiëring lijkt moeilijk of niet te verenigen met het feit dat het ontworpen artikel 5, eerste lid, 10/, van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 toepasselijk is op plaatsen die juist wel als woning beschouwd moeten worden.

²⁴Cass., 16 maart 1842, *Pas.*, 1842, I, 158.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. SMETS,	
	B. SEUTIN,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessoren van de
	J. VELAERS,	afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

De verslagen werden uitgebracht door Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur, en de H. F. VANNESTE, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS

P. LEMMENS