

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.934 van 19 december 2011
in de zaak A. 193.314/IX-6436**

In zake : 1. de LANDELIJKE BEDIENDENCENTRALE -
 NATIONAAL VERBOND VAN KADERPERSONEEL
 (LBC-NVK)
 2. Marc WEYNS
 3. Fatiha DAHMANI
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Enrico De Simone
 kantoor houdend te 2018 Antwerpen
 Broederminstraat 38
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de
Vlaamse Regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Greef
kantoor houdend te 1731 Zellik
Noorderlaan 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de STAD TIENEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 juli 2009, strekt tot de
nietigverklaring van besluit van 6 maart 2009 van de Vlaamse Regering

houdende toekenning van een subsidie aan de stad Tienen ter uitvoering van de convenant proeftuinen dienstencheques voor kinderopvang afgesloten op 26 maart 2009 tussen de stad Tienen, de Vlaams minister van Mobiliteit, Sociale Economie en Gelijke Kansen en de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 7 december 2009. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 december 2011.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Enrico De Simone, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Dirk De Greef, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Theodorus Kappetijn, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. In 2006 keurde de Vlaamse Regering het actieplan flexibele en occasionele kinderopvang goed. Dit actieplan omvat verscheidene maatregelen om het aanbod flexibele en occasionele kinderopvang te verhogen en te versterken, waaronder het instellen van een dienstencheque kinderopvang. De dienstencheque kinderopvang voorziet in flexibele en occasionele opvang aan huis voor eenoudergezinnen, aanvullend op het bestaande collectieve aanbod. Deze opvang zou ingezet worden binnen een vooraf bepaald afsprakenkader tussen de Vlaamse regering en participerende lokale besturen. De zogenaamde proeftuinen zijn Kortrijk, Mechelen, Ronse, alsook de tussenkomende partij. Elke proeftuin krijgt middels af te sluiten convenanten een bepaald budget toegekend en kan daarmee een bepaald aantal cheques financieren. De convenanten hebben een geldingsduur van 1 januari 2009 tot 31 december 2009.

3.2. In het hoofdstuk Kinderopvang van het lokaal sociaal beleidsplan 2008-2014, goedgekeurd door de gemeenteraad van de stad Tienen op 20 december 2007, wordt gewag gemaakt van een dringende vraag naar flexibele, occasionele/urgentieopvang alsook naar opvang van zieke kinderen.

3.3. Op 26 maart 2009 wordt tussen de Vlaamse Gemeenschap en de stad Tienen een convenant gesloten inzake “proeftuinen dienstencheques voor kinderopvang”. Overeenkomstig artikel 5.1 treedt de convenant in werking op

1 maart 2009 en treedt ze buiten werking op 28 februari 2010, zonder mogelijkheid van verlenging.

3.4. Op 6 maart 2009 wordt het bestreden besluit genomen, waarbij aan de tussenkomen partij een subsidie van 750.000 euro wordt toegekend voor de uitvoering van de voormelde convenant.

3.5. Op 8 april 2009 sturen de raadsleden van de verzoekende partijen een aangetekende brief naar de verwerende partij. In deze brief wordt het volgende gesteld:

“In de zaak onder rubriek vermeld schrijven wij u aan als raadsleden van de Landelijke Bediendencentrale-Nationaal Verbond van Kaderpersoneel (LBC-NVK), met zetel te 2000 Antwerpen, Sudermanstraat 5 en van mevr. Fatiha Dahmani, nationaal sectorverantwoordelijke kinderopvang binnen de LBC-NVK.

Het betreft het project proeftuinen dienstencheques voor kinderopvang dat u als Vlaamse overheid wenst op te starten in een aantal Vlaamse gemeentes.

Wij verwijzen met name naar het proefproject De Kangoeroe in Tienen, dat zich in een ver gevorderd stadium van uitwerking bevindt en volgens de inlichtingen van onze cliënten eerdaags effectief zou opstarten.

Ook wordt verwezen naar een project in Kortrijk dat op 1 april van dit jaar al van start zou zijn gegaan.

Met cliënten dienen wij vast te stellen dat dergelijke proefprojecten zich volledig in de onwettigheid bevinden nu het Besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2007 betreffende de toekenning van dienstencheques voor kinderopvang door het Besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 2008 werd opgeheven en er tot op heden niet in nieuwe uitvoeringsbepalingen van het decreet van 7 mei 2004 houdende de toekenning van dienstencheques voor kinderopvang werd voorzien.

Aangezien voornoemd decreet een aantal erkenningsvoorwaarden stelt, die verder dienen te worden uitgewerkt door de Vlaamse regering en een door diezelfde regering vast te leggen erkenningsprocedure, kan er bij gebreke daaraan binnen de perken van de wet, geen kinderopvang met het gebruik van dienstencheques worden georganiseerd, ook niet bij wijze van proefprojecten, die trouwens niet voorzien zijn in het decreet van 7 mei 2004.

Hieraan moet worden toegevoegd dat afgezien van het ontbreken van enige erkenningsprocedure de uitvoerende partner van het proefproject in Tienen, zijnde het Landelijk Jobcoöperatief te Wijgmaal, de onderneming die instaat voor de werving van het personeel, niet over enige erkenning van Kind en Gezin ter zake beschikt, ook niet over een erkenning onder het besluit van 16 mei 2007, nu Kind en Gezin na het besluit van 12 december 2008 alle erkenningen heeft ingetrokken.

Hetzelfde geldt voor de gemandateerde voorziening die instaat voor de kinderopvang zelf, zijnde de Kangoeroe, die eveneens dient te beschikken over een erkenning door Kind en Gezin, een erkenning die er pas kan komen na het afsluiten van samenwerkingsovereenkomst met een erkende onderneming.

Gelet op het voorgaande en de duidelijke onwettigheid van de genomen initiatieven kunnen wij dan ook niet anders dan stellen dat elke convenant door de Vlaamse Overheid ter zake te sluiten of reeds gesloten met lokale besturen en met name met de Stad Tienen dan ook manifest onwettig is.

Wij dienen u bij deze dan ook aan te manen af te zien van deze initiatieven, in de eerste plaats het proefproject in Tienen, en alle ter zake reeds genomen beslissingen, akkoorden,...in te trekken of op te zeggen en uw standpunt in die zin aan ons mee te delen binnen een periode van zeven dagen te rekenen van de ontvangst van dit schrijven.

Bij gebreke hieraan zullen wij zonder verder verwijl een procedure opstarten voor de bevoegde rechtbank om in kort geding het op- en verder zetten van dergelijke proefprojecten te doen verbieden onder verbeurte van een dwangsom.

Wij hopen echter met onze cliënten dat een dergelijke stap niet nodig zal blijken te zijn.

Tenslotte kunnen we u nog meedelen dat aan uw collega Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin eenzelfde schrijven werd gericht. Ook de gemeente Tienen en het Landelijk Jobcoöperatief werden in gebreke gesteld.”

3.6. Op 21 april 2009 antwoordt de raadsman van de verwerende partij in een aangetekende brief (eveneens verstuurd per fax) het volgende:

“Ik verwijs naar uw schrijven van 8 april jl. aangaande onder rubriek vermelde aangelegenheid en mijn brief van 16 april jl. waarbij ik u mijn tussenkomst namens de Vlaamse Regering meldde.

Bij beslissing van 6 maart 2009 keurde de Vlaamse Regering de proeftuin dienstencheques voor kinderopvang goed. Deze proeftuin behelst de organisatie van tijdelijke en experimentele kinderopvang aan huis. De samenwerkingsmodaliteiten inzake de proeftuin worden bepaald krachtens een convenant afgesloten tussen de Vlaamse Regering en vier Vlaamse steden.

Het decreet van 7 mei 2004 houdende de toekenning van dienstencheques voor kinderopvang kent ruime delegatiebevoegdheden toe aan de Vlaamse Regering. Het decreet treedt in werking krachtens het besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 2007. Dit besluit bepaalt essentiële uitvoeringsartikelen bij het decreet. Zonder deze uitvoeringsbepalingen kan aan het decreet geen geldingskracht worden `ontleend en is het decreet in de praktijk onwerkbaar. Bij het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 werd het besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2007 opgeheven. De uitvoeringsbepalingen, onder meer deze inzake de inwerkingtreding van het decreet, werden hierbij algeheel opgeheven. De beslissing door de Vlaamse Regering tot opheffing van het uitvoeringsbesluit van 16 mei 2007 was

weloverwogen als gevolg van een grondige evaluatie van de maatregel. In de aanhef van het opheffingsbesluit van 12 december 2008 en in de regeringsbeslissing van 12 december 2008 wordt de opheffing uitgebreid gemotiveerd en wordt reeds een experimenteel project aangekondigd dat zal aangewend ter voorbereiding van nieuwe regelgeving inzake de dienstencheque voor kinderopvang. Het decreet van 7 mei 2004 is thans, als gevolg van het opheffingsbesluit van 12 december 2008 en bij gebreke aan enige uitvoeringsbepalingen, louter formeel in werking. Aldus kan niet worden geconcludeerd dat de huidige proeftuin manifest in strijd zou zijn met het decreet van 7 mei 2004.

Ten gronde dient verduidelijkt dat het algehele conceptueel kader van het decreet van 7 mei 2004, dat zoals eerder gesteld niet afdwingbaar is, niet van toepassing is op de proeftuin. De proeftuin verschilt op velerlei vlak: ze werkt met verschillende doelgroep(en), heeft een verschillend voorwerp en kent verschillende financieringsmodaliteiten. De rechtsgrond voor de proeftuin omvat de beslissing van de Vlaamse Regering van 6 maart 2009 tot opstart van de proeftuin. Het algehele juridische kader inzake de proeftuin omvat de tussen de Vlaamse Regering en de stad Tienen afgesloten convenant van 26 maart 2009, het besluit van de Vlaamse Regering houdende de toekenning van een subsidie aan de stad Tienen ter uitvoering van de Convenant proeftuinen dienstencheques voor kinderopvang, en het decreet van 19 december 2008 houdende de algemene uitgavenbegroting van de Vlaamse Gemeenschap voor het begrotingsjaar.

De proeftuin dienstencheques voor kinderopvang is bovendien niet onderhevig aan enige wettelijke erkenningsprocedure door Kind en Gezin. Er is thans geen wettelijke bepaling die voorziet in een erkenningsregeling voor loutere kinderopvang aan huis met dienstencheques, in welk kader of door welke organisatie deze ook wordt georganiseerd.

De Vlaamse Regering is dan ook geenszins zinnens af te zien van de initiatieven die zij heeft genomen m.b.t. de proeftuin dienstencheques voor kinderopvang die zij heeft genomen.

Huidig schrijven wordt u gericht onder alle voorbehoud en zonder nadelige erkenning.

Aangezien het een antwoord vormt op de brief die u rechtstreeks aan mijn cliënte hebt gericht, zal u hem als officieel willen aanvaarden.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Bij de bestreden beslissing wordt aan de tussenkomende partij een subsidie van 750.000 euro toegekend ter uitvoering van de convenant “proeftuinen dienstencheques kinderopvang”, die werd afgesloten tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij voor een periode van 1 maart 2009 tot 28 februari 2010. In artikel 3 van de bestreden beslissing wordt bepaald dat de betrokken subsidie uitsluitend kan worden aangewend ter compensatie van de

door opvangorganisaties uitgevoerde opvang, betaald bij middel van een dienstencheque tijdens de periode van 1 maart 2009 tot 28 februari 2010. De verwerende partij preciseert in haar laatste memorie dat de Vlaamse Regering op 28 mei 2010 heeft beslist de proeftuinen nog te verlengen tot aan de grote vakantie, maar dat de proeftuin eind juni 2010 is gestopt. Hieruit kan worden opgemaakt dat de bestreden beslissing reeds uitwerking heeft gehad en dat er thans geen rechtsgevolgen meer uit voortvloeien.

5. Ambtshalve moet worden nagegaan of de verzoekende partijen in die omstandigheden nog wel beschikken over een voldoende actueel belang bij de vernietiging van de bestreden beslissing. In hun verzoekschrift adstrueren zij hun belang op identieke wijze door te verwijzen naar de aantasting die de bestreden beslissing inhoudt van de belangen van de verzoekende partijen, “nu de werknemers tewerkgesteld in het kader van het proefproject niet over dezelfde of gelijk(w)aardige (= minder gunstige) arbeidsvoorwaarden beschikken als de werknemers in de reguliere kinderopvang”. Voorts stellen de verzoekende partijen dat zij niet betrokken waren bij de bestreden proefprojecten, hetgeen een aantasting inhoudt “van hun recht om als vakbondsorganisatie betrokken te worden bij zaken die de essentie uitmaken van de doelstellingen van hun organisatie”.

De beoordeling van het aldus door de verzoekende partijen omschreven initieel belang valt niet binnen het bestek van deze exceptie.

6. Het aldus door de verzoekende partijen uiteengezette belang gaat weliswaar niet teloor door het loutere feit dat de bestreden beslissing is uitgevoerd en haar effect gehad heeft. In het andere geval zouden immers vrijwel alle beroepen tot nietigverklaring onontvankelijk worden indien de bestreden beslissing geen uitwerking meer heeft. Er zijn overigens geen aanwijzingen dat de wetgever bestuurshandelingen met een in de tijd beperkte duur aan de bevoegdheid van de Raad van State wenste te onttrekken.

Dit betekent echter evenmin dat het gegeven dat de bestreden beslissing is uitgewerkt, geen invloed heeft op het door de verzoekende partijen in hun verzoekschrift omschreven belang. Het valt te dezen immers moeilijk in te zien hoe de vernietiging van de reeds uitgewerkte bestreden beslissing nog enig gevolg kan hebben voor de beweerdelijk minder gunstige arbeidsvoorwaarden van de werknemers die waren tewerkgesteld in het kader van het proefproject. Het nadeel dat voor de verzoekende partijen voortvloeit uit hun niet-betrokkenheid bij de bestreden proefprojecten kan evenmin geremedieerd worden door een vernietiging van de bestreden beslissing. Overigens stellen de verzoekende partijen in hun laatste memorie enkel nog dat zij “minstens een moreel belang hebben om de legaliteit van de bestreden beslissing te zien beoordelen, ook al zou de bestreden beslissing opgehouden hebben gelding te bezitten”, zonder dat zij dat moreel belang meer concreet uitwerken.

7. In hun laatste memorie maken de verzoekende partijen een vergelijking met het arrest C.09.0597.N/1 van 4 april 2011 van het Hof van Cassatie. In dat arrest oordeelde het Hof dat wanneer bij hoger beroep, ingesteld tegen een gegrond verklaard derdenverzet, waarbij bepaalde eerder in kort geding bevolen maatregelen ongedaan worden gemaakt, wordt vastgesteld dat die oorspronkelijk bevolen maatregelen elk spoedeisend karakter hebben verloren en dat de procedure inzake derdenverzet dan ook zonder voorwerp is, de appelrechters hun beslissing niet naar recht verantwoorden, omdat in hoger beroep tegen de beslissing op derdenverzet moet worden onderzocht of die beslissing conform de wet is genomen. De Raad van State ziet evenwel niet in hoe een relevante vergelijking kan worden gemaakt tussen de bestreden beslissing die volledig is uitgewerkt, enerzijds, en bepaalde door de rechter in kort geding oorspronkelijk bevolen en naderhand op derdenverzet ongedaan gemaakte maatregelen anderzijds. De ambtshalve exceptie in de onderhavige zaak betreft het actueel belang van de verzoekende partijen ingevolge het vaststaand gegeven dat de bestreden beslissing is uitgewerkt - hetgeen door de verzoekende partijen ook niet wordt betwist - , terwijl in het door de verzoekende partijen aangehaalde arrest de beëindiging van de in kort geding bevolen

maatregelen niet vaststaat en de wenselijkheid ervan juist door de appelrechters moest worden onderzocht.

8. De verzoekende partijen tonen niet aan dat zij de nadelige gevolgen van de bestreden beslissing in die mate hebben moeten ondergaan dat een vernietiging van het inmiddels uitgewerkte besluit hen thans nog enig voordeel kan opleveren. Overigens hadden de verzoekende partijen die nadelige gevolgen toentertijd kunnen tegengaan door het vorderen van de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, al dan niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Evenmin voeren de verzoekende partijen aan dat in de toekomst opnieuw gelijkaardige beslissingen zouden kunnen worden genomen, die door de vernietiging van de thans bestreden beslissing zouden kunnen worden voorkomen.

9. Het beroep tot nietigverklaring is onontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 525 euro, elk voor een derde.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 december 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

André Vandendriessche