

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.678 van 2 februari 2012
in de zaak A. 193.206/VII-37.386.**

In zake : de VZW PIERROT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Françoise De Croo-Desguin
kantoor houdend te 9660 Brakel
Lepelstraat 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 juni 2009, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin van 22 april 2009 houdende de bevestiging van de beslissing van Kind en Gezin tot niet-toekenning van een principieel akkoord voor de oprichting van een crèche Pierrot 1 met minimaal 35 en maximaal 49 plaatsen, gelegen aan de Kerkhove 51 te Bever.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 januari 2012.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Françoise De Croo-Desguin, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Olivier Coopman, die loco advocaat Tom De Sutter verschijnt voor de verwerende 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. Op 11 juni 2008 dient de verzoekende partij een aanvraag in tot het verlenen van een principieel akkoord voor kinderopvang in 2008. Het betreft een aanvraag in het kader van de oprichting van een crèche met een geplande capaciteit van 49 plaatsen. In de aanvraag wordt ook vermeld dat de verzoekende partij tevens bereid is om minder plaatsen te realiseren, "maar enkel op voorwaarde dat het minstens om 35 plaatsen gaat (met een minimum van 23 plaatsen)".

4. Op 24 november 2008 beslist Kind en Gezin om geen principieel akkoord toe te kennen wegens de grenzen van de beschikbare middelen binnen het uitbreidingsbudget 2008 voor uitbreiding van kinderdagverblijven in het algemeen, in het arrondissement Halle-Vilvoorde in het bijzonder en om redenen van proportionaliteit. Door in te gaan op de minimale vraag van 35 plaatsen zou immers één derde van het aantal beschikbare plaatsen voor het gehele arrondissement (115) naar één kleine gemeente met een beperkte gewogen opvangvraag gaan.

Er wordt onder meer aangegeven dat deze beslissing is gebaseerd op het kader zoals gecommuniceerd bij de oproep voor deze uitbreidingsronde.

5. De verzoekende partij tekent hiertegen beroep aan.

De adviserende beroepscommissie inzake gezins- en welzijnsaangelegenheden adviseert op 23 januari 2009 positief ten aanzien van het beroep.

6. Op 22 april 2009 wordt het thans bestreden besluit genomen, waarbij de beslissing van Kind en Gezin tot niet-toekenning van het principieel akkoord wordt bevestigd.

Dit besluit is als volgt gemotiveerd :

"Overwegende dat vzw Pierrot een aanvraag voor een principieel akkoord heeft ingediend voor oprichting van een nieuwe crèche Pierrot 1 in Bever voor minimaal 35 en maximaal 49 plaatsen;

Overwegende dat geen principieel akkoord werd toegekend om volgende redenen:

- wegens de grenzen van de beschikbare middelen binnen het uitbreidingsbudget 2008 voor uitbreiding van kinderdagverblijven in het algemeen, in het arrondissement Halle-Vilvoorde in het bijzonder;

- om redenen van proportionaliteit. Door in te gaan op de minimale vraag

van 35 plaatsen zou immers één derde van het aantal beschikbare plaatsen voor het gehele arrondissement (115) naar één kleine gemeente met een beperkte gewogen opvangvraag gaan;

Overwegende dat het beslissingskader voor de uitbreidingsronde werd bepaald door een nota van 14 november 2008 met als referentie AAGI006 en waarin het beslissingpad werd opgenomen;

Overwegende dat de Adviserende Beroepscommissie vermeldt dat bij de beoordeling van de dossiers onder andere gebruik werd gemaakt van een uitbreidingsindex. De manier waarop men de uitbreidingsindex heeft berekend, is terug te vinden in bijlage 1 van voornoemd beslissingskader. Wellicht is de manier waarop deze index is berekend, vatbaar voor optimalisatie. De index was echter voor alle dossiers dezelfde, zodat er op dat vlak geen sprake kan zijn van ongelijkheid;

Overwegende dat de Adviserende Beroepscommissie vermeldt dat het lokaal bestuur de mogelijkheid had om een advies uit te brengen bij de uitbreidingsindex. Enerzijds ter nuancering van de rangschikking van de gemeenten per arrondissement (weliswaar beperkt tot de gemeenten waarvan de uitbreidingsindex onderling maximaal twee indexpunten verschilt). Anderzijds een opportuniteitsadvies over waar binnen de gemeente er nood is aan welke soort opvang;

Overwegende dat de Adviserende Beroepscommissie van mening is dat er geen afdoende formele motivering is van het besluit. Ter zitting is dan misschien wel een inhoudelijk motivering naar voor gebracht, maar op basis van de cijfers en het beslissingskader kon men niet tot deze beslissing komen. Er is minstens een ogenschijnlijke tegenstelling tussen het gebruik van proportionaliteit in het beslissingskader en de individuele beslissing. De verwijzing naar fase vier, stap drie van het beslissingskader is inhoudelijk wel relevant, maar komt niet voor in de beslissing. De proportionaliteit waarvan sprake is in fase vijf, heeft het over meer dan de helft van het totale aantal, terwijl het in werkelijkheid niet eens één derde betreft;

Overwegende dat de Adviserende Beroepscommissie dit bezwaarschrift positief adviseert;

Overwegende dat vzw Pierrot minimaal 35 plaatsen vroeg voor oprichting van een crèche Pierrot 1 in Bever;

Overwegende dat de gewogen potentiële vraag in Bever slechts 61 bedraagt;

Overwegende dat stap 3 van fase 4 van het goedgekeurde beslissingskader stelt dat bij de toekenning van het aantal plaatsen per aanvraag en per gemeente wordt rekening gehouden met het minimum en het maximum aantal plaatsen dat men aanvraagt én met wat een redelijk aantal voor een gemeente kan zijn gezien de 1%- indicatie. En dat zo wordt vermeden dat in gemeenten met een iets zwaardere uitbreidingsindex, maar met een relatief klein getal in de gewogen kindpopulatie, in verhouding te veel plaatsen worden toegekend;

Overwegende dat de 1%-indicatie in Bever 1 bedraagt;

Overwegende dat in het goedgekeurde beslissingskader van de nieuwe uitbreidingsronde 2009 staat dat er in totaal niet meer plaatsen worden toegekend dan 10% van het opvangtekort, nl. het verschil tussen het aanbod en de absolute vraag in deze gemeente, gecorrigeerd volgens schoolaanzuigeffect,

tenzij er nog middelen over zijn in dit arrondissement. Dit betekent dat initiatiefnemers die minimaal meer plaatsen dan 10% van dit opvangtekort vragen pas aan bod kunnen komen als er nog middelen over zijn nadat alle aanvragen uit alle gemeenten in het desbetreffende arrondissement zijn doorlopen;

Overwegende dat 10 % van het opvangtekort in Bever 12 bedraagt en dat dit cijfer opnieuw lager is dan de minimale vraag van vzw Pierrot;

Overwegende dat er meer vragen waren met voorrang dan het beschikbaar aantal plaatsen in het arrondissement Halle-Vilvoorde en dat Kind en Gezin daardoor besliste om de middelen ondermeer te verdelen op basis van de berekende gewogen vraag in de gemeente;

Overwegende dat de disproportionaliteit vermeld in de beslissing verwees naar het feit dat de toekenning van de minimale van 35 plaatsen niet te rechtvaardigen zou zijn in verhouding tot de gewogen vraag van 61 in Bever;

BESLUIT:

De beslissing van Kind en Gezin tot niet-toekenning van een principieel akkoord voor oprichting van crèche Pierrot 1, Kerkhove 51 in Bever van minimaal 35 en maximaal 49 plaatsen te bevestigen omwille van volgende redenen:

Overwegende dat er meer vragen waren met voorrang dan het beschikbaar aantal plaatsen in het arrondissement Halle-Vilvoorde en dat Kind en Gezin daardoor besliste om de middelen ondermeer te verdelen op basis van de vraag in de gemeente".

IV. Ontvankelijkheid

Standpunt van de partijen

7.1. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij geen actueel belang kan laten gelden bij haar beroep vermits de nietigverklaring van de bestreden beslissing haar geen voordeel meer kan bieden: alle beschikbare plaatsen binnen het betrokken arrondissement zouden zijn toegekend en verdeeld, en een nietigverklaring zou het de verzoekende partij niet mogelijk maken dat toch nog een principieel akkoord wordt toegekend.

Voorts wijst zij erop dat de aanvraag van de verzoekende partij voor 2009 eveneens werd geweigerd, en dat de verzoekende partij heeft nagelaten hiertegen beroep in te stellen.

7.2. De verzoekende partij stelt dat zij zakelijke rechten heeft

verworven op het pand waar het kinderdagverblijf zal worden uitgebaat en dat zij reeds investeringen heeft gedaan. Bovendien zijn niet alle andere initiatieven, die de beschikbare plaatsen hadden kunnen innemen, gerealiseerd. Ook zouden er nieuwe budgetten beschikbaar zijn gesteld.

Beoordeling

8. De verwerende partij toont niet aan dat de verzoekende partij, die als adressaat van de bestreden beslissing een evident belang heeft bij het aanvechten ervan, thans niet meer zou beschikken over een actueel belang.

Het feit dat de verzoekende partij na de gebeurlijke nietigverklaring van de thans bestreden beslissing toch geen principieel akkoord zou kunnen verkrijgen is een zaak van uitvoering van het arrest. De invloed daarvan op het belang van de verzoekende partij wordt niet duidelijk gemaakt.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de verzoekende partij

9.1. In het eerste middel voert de verzoekende partij aan dat zij in haar aanvraag toepassing heeft gemaakt van het toen geldende beslissingskader, namelijk de versie van 28 april 2008, en dat de bestreden beslissing niet alleen verwijst naar een ander beslissingskader, dat werd bepaald in een nota van 14 november 2008, maar bovendien nog toepassing maakt van een beslissingskader van de nieuwe uitbreidingszone 2009. Zij stelt dat haar aanvraag niet kan worden getoetst aan normen die later zijn bekendgemaakt en waarvan zij dus geen weet kon hebben.

9.2. De verwerende partij stelt daar tegenover dat de verwijzing naar het beslissingskader van 2008 een materiële vergissing is, dat de daarop betrekking hebbende overweging niet de enige is en dat de redenen voor de weigering duidelijk blijken uit het dictum van de bestreden beslissing.

9.3. In de laatste memorie stelt de verzoekende partij nog dat bij de beoordeling van de proportionaliteit geen onderscheid wordt gemaakt tussen kinderdagopvang en dienst voor opvanggezinnen.

Beoordeling

10. Uit het administratief dossier blijkt dat in de huidige context als disproportioneel de situatie wordt begrepen waarbij "in één gemeente meer dan de helft van het aantal voor dit arrondissement beschikbare plaatsen zou worden toegekend".

Uit de niet-betwiste vermeldingen van de bestreden beslissing blijkt dat voor de gemeente Bever 61 plaatsen kunnen worden toegekend. De minimumvraag vanwege de verzoekende partij is 35 plaatsen. Er is derhalve wel degelijk sprake van een disproportionele aanvraag. Met de verwijzing naar het goedgekeurde beslissingskader van de nieuwe uitbreidingsronde 2009 wil de verwerende partij enkel dit disproportioneel karakter in de tijd onderlijnen. Die bijkomende verwijzing doet niets af aan de vaststelling dat reeds op basis van het beslissingskader 2008 de aanvraag als disproportioneel moet worden gekwalificeerd. De verwijzing naar het beslissingskader 2009 is derhalve overbodig.

Het eerste middel is niet gegrond.

Tweede middel

Standpunt van de verzoekende partij

11.1. Als tweede middel wordt een gebrek aan rechtszekerheid ingeroepen. Volgens de verzoekende partij schuift de bestreden beslissing de in het beslissingskader bepaalde normen opzij en grijpt zij terug naar elementen die arbitrair en subjectief zijn. Dit blijkt volgens haar bijvoorbeeld uit de overweging dat bij de toekenning van het aantal plaatsen per aanvraag en per gemeente, er ook rekening wordt gehouden met wat een redelijk aantal voor een gemeente kan zijn, gezien de 1 %-indicatie, wat zou strijden met de vermelding "dat zo wordt vermeden dat in gemeenten met een iets zwaardere uitbreidingsindex, maar met een relatief klein getal in de gewogen kindpopulatie, in verhouding te veel plaatsen worden toegekend". Ook de toepassing van fase 5 van het beslissingskader zou niet objectief gebeuren.

11.2. In de memorie van wederantwoord voegt zij toe dat de 1 %-indicatie een aanwijzing "kan" geven of het aantal plaatsen dat naar één gemeente zou gaan redelijk is in vergelijking met "1% getal en de uitbreidingsindex van andere gemeenten in dit arrondissement", dat dit geen objectieve toets toelaat, en dat de 1 %-indicatie geen criterium is voor de proportionaliteitstoets.

11.3. In de laatste memorie voegt de verzoekende partij nog toe dat er verscheidene methodes bestaan om de disproportionaliteit aan te tonen en dat, afhankelijk van de methode die Kind en Gezin gebruikt, de toekenning van een plaats wel of niet disproportioneel is.

Beoordeling

12. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, werd reeds in het beslissingskader melding gemaakt van de 1 %-indicatie dat, zoals de

verwerende partij meldt, een tempering aanbrengt op de uitbreidingsindex. De verzoekende partij toont niet aan de verwijzing daarnaar in de bestreden beslissing er op neerkomt dat toepassing zou zijn gemaakt van een subjectief en arbitrair criterium.

Dit geldt eveneens voor wat de toepassing van fase 5 betreft.

Overigens betwist de verzoekende partij niet dat er binnen het arrondissement Halle-Vilvoorde 115 plaatsen beschikbaar zijn en dat nieuwe initiatieven en uitbreidingsinitiatieven daartegenover in een 50/50 verhouding staan. Zo zijn er voor nieuwe initiatieven -afgerond- 58 plaatsen beschikbaar. De verzoekende partij vraagt minstens 35 plaatsen waardoor inderdaad moet worden vastgesteld dat meer dan de helft van de beschikbare plaatsen zouden worden toegekend in één gemeente. De conclusie dat haar aanvraag dan ook disproportioneel is, kan niet als kennelijk onredelijk worden beschouwd.

Het tweede middel is niet gegrond.

Derde middel

Standpunt van de verzoekende partij

13. Het derde middel heeft betrekking op tegenstrijdigheid in de motieven.

De verzoekende partij voert aan dat daar waar de bestreden beslissing ondermeer naar fase 4, stap 3, van het goedgekeurde beslissingskader, versie 28 april 2008, verwijst, zij verder steunt op het goedgekeurde beslissingskader van de nieuwe uitbreidingsronde 2009, waar sprake is van een ander criterium, namelijk 10 % van het opvangtekort, dit is het verschil tussen het aanbod en de absolute vraag in deze gemeente, gecorrigeerd volgens het schoolaanzuigeffect.

Volgens de verzoekende partij hoeft het geen betoog dat er een groot verschil is tussen deze criteria: een derde van de beschikbare plaatsen in het arrondissement (115) is 38 terwijl het opvangtekort 61 zou zijn.

Beoordeling

14. Zoals bij de bespreking van het eerste middel reeds werd gesteld, is de verwijzing naar het beslissingskader 2009 niet doorslaggevend.

Het aantal beschikbare plaatsen wordt opgedeeld in 50 % nieuwe plaatsen en 50 % uitbreidingsinitiatieven. Bij de beoordeling van het tweede middel werd reeds gesteld dat het niet onredelijk is om een verdeling waarbij meer dan de helft van de beschikbare plaatsen zouden worden toegekend aan één gemeente, disproportioneel te noemen.

Het derde middel is niet gegrond.

Vierde middel

Standpunt van de verzoekende partij

15. Het vierde middel heeft betrekking op een "onvoldoende of verkeerde motivering".

In essentie houdt het middel in dat de bestreden beslissing de disproportionaliteit helemaal anders inschat dan in het beslissingskader.

In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij toe dat de gehanteerde berekeningswijze "alles mogelijk maakt, naar de wens van wie de beslissing neemt en geen enkel waarborg van billijkheid, transparantie of gelijkheid geeft".

Beoordeling

16. Bij de beoordeling van het tweede en het derde middel is reeds gesteld dat het motief van de disproportionaliteit niet kennelijk onredelijk is en dat het de bestreden beslissing voldoende schraagt.

Het vierde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twee februari tweeduizend en twaalf, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Luc Hellin