

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.076 van 18 oktober 2012
in de zaak A. 198.047/VII-37.913.**

In zake : de VZW DE REGENBOOG
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Marc Stommels
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Amerikalei 220, bus 14
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de
 Vlaamse regering
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bart Staelens
 kantoor houdend te 8000 Brugge
 Gerard Davidstraat 46, bus 1
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 oktober 2010, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Welzijn,
Volksgezondheid en Gezin van 13 juli 2010 tot niet-toekenning van een principieel
akkoord voor de oprichting van de nieuwe crèche De Regenboog, gelegen aan de
Moerenstraat 4 te Tongeren.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Adjunct-auditeur Frederic Eggermont 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 4 oktober 2012.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan Fransen, die loco advocaat Marc Stommels verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Samuel Mens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederic Eggermont 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 21 december 2005 dient de verzoekende partij een aanvraag in tot het verkrijgen van een principieel akkoord voor de oprichting van een nieuwe crèche. Die aanvraag vermeldt dat de geplande capaciteit 23 plaatsen betreft, dat de vermoedelijke openingsdatum 1 september 2006 is, dat het een instapklaar bestaand gebouw betreft, en dat de financiering gebeurt met eigen middelen.

4. In het advies van het Lokaal Overleg Kinderopvang van 8 maart 2006, dat met de aanvraag werd meegestuurd, wordt onder meer gewezen op de grotere nood aan kinderopvang in een kleinere stad als Tongeren. In haar aanvraag deelt de verzoekende partij mee welke doelgroepen zij wenst aan te spreken, dat zij er naar zal streven om een evenwicht tussen die doelgroepen te bereiken, en dat er criteria worden opgesteld die doorslaggevend zullen zijn om prioriteiten te bepalen tussen de kandidaten.

5. In een nota voor het Raadgevend Comité met betrekking tot aanvragen voor een nieuw kinderdagverblijf of een nieuwe vestigingsplaats in Genk, Neerpelt en Tongeren, wordt voorgesteld "de twee aanvraagdossiers met het sterkste sociale project in aanmerking te nemen, nl. Genk en Neerpelt" en deze te verkiezen boven de aanvraag in Tongeren. De Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verklaart zich hiermee akkoord.

6. De "Centrale administratie van Kind & Gezin" adviseert negatief betreffende de aanvraag van de verzoekende partij.

7. Op 30 juni 2006 beslist de administrateur-generaal van Kind en Gezin geen principieel akkoord te verlenen :

- "- wegens de grenzen van de beschikbare middelen binnen het uitbreidingsbudget 2006-2007 voor uitbreiding van kinderdagverblijven in het algemeen, in de provincie Limburg in het bijzonder;
- omdat de aanvraag minder expliciet gericht is op de sociale functie en minder expliciet aansluit bij een opvangproject ontwikkeld in de schoot van het lokaal overleg;
- omdat in de criteria in het beslissingspad het realiseren van de opvang in al zijn maatschappelijke functies voorgaat op de witte vlek van de gemeente".

8. De verzoekende partij dient een bezwaarschrift in.

9. De Adviserende Beroepscommissie inzake Gezins- en Welzijnaangelegenheden beaamt een voor de verzoekende partij negatief advies.

10. Met een op 21 december 2006 gedateerde brief wordt het besluit van de minister meegedeeld tot niet-toekenning van een principieel akkoord voor oprichting van een nieuwe crèche met 23 plaatsen.

11. Bij arrest nr. 202.335 van 25 maart 2010 vernietigt de Raad van State deze beslissing.

12. Met een op 29 juli 2010 gedateerde brief wordt het besluit van de minister meegedeeld tot niet-toekenning van een principieel akkoord voor oprichting van een nieuwe crèche met 23 plaatsen. De motivering ervan luidt als volgt :

"Gelet op de beslissing van de Raad van State van 25 maart 2010 tot vernietiging van het besluit van de Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, welke met een op 21 december 2006 gedateerde brief ter kennis werd gebracht, waarbij het beroep tegen de beslissing van Kind en Gezin van 30 juni 2006 om aan de vzw De Regenboog geen principieel akkoord toe te kennen voor de oprichting van een nieuwe crèche De Regenboog met 23 plaatsen, gelegen aan de Moerenstraat 4 te Tongeren, wordt verworpen en de beroepen beslissing wordt bevestigd;

Overwegende dat Kind en Gezin bij de toewijzing van de plaatsen de vooropgestelde criteria op een uniforme en consequente manier heeft toegepast binnen de provincie, hierbij rekening houdend met de afwegingen die vooraf werden bepaald;

BESLUIT:

De beslissing van Kind en Gezin van 30 juni 2006 tot niet-toekenning van een principieel akkoord voor de oprichting van een nieuwe crèche De Regenboog, Moerenstraat 4 in Tongeren met 23 plaatsen wordt bevestigd omdat:

- het in deze uitbreidingsronde mogelijk was in de provincie Limburg 58 plaatsen toe te kennen aan erkende kinderdagverblijven, waardoor dus maximaal 2 nieuwe kinderdagverblijven (minimum 23 plaatsen) konden toegekend worden;
- er na de toets op het criterium snelheid van realisatie naast de aanvraag van vzw De Regenboog nog 2 andere aanvragers overbleven;
- in de volgende stap van het beslissingsproces de drie overblijvende aanvragen met elkaar vergeleken moesten worden op het vlak van hun engagement voor de maatschappelijke functie van kinderopvang. Meerbepaald werd vergeleken welke specifieke doelgroep(en) de verschillende aanvragers wilden aanspreken én op welke manier zij de toegang tot de kinderopvang voor deze doelgroep(en) mogelijk zouden

- maken;
- de aanvraag van vzw De Regenboog slechts uitermate beknopt beschrijft welke specifieke sociale doelgroepen men wenst te bereiken. Men beperkt zich tot een puntsgewijze opsomming van de toenmalig wettelijk vastgelegde voorrangsgroepen, aangevuld met nog één bijkomende sociale doelgroep 'anderstaligen'. Bovendien vermeldt men 'modale gezinnen (2 verdieners) - Niet in eerste instantie'. Kinderen van modale gezinnen kunnen niet worden gecatalogeerd als sociale doelgroep en vormen bijgevolg geen engagement voor de maatschappelijke functie. Hieruit blijkt bijgevolg dat de enige meerwaarde die vzw De Regenboog zou bieden in het kader van haar maatschappelijk engagement betrekking had op 'kinderen die thuis steeds een andere taal spreken dan het Nederlands';
 - in de aanvraag van vzw De Regenboog niet wordt beschreven hoe men de specifieke doelgroepen zal bereiken en hoe men de toegang voor deze doelgroepen tot de opvang mogelijk zal maken, ondanks het feit dat dit een uitdrukkelijke vraag was in het aanvraagformulier. Men stelt louter te zullen streven naar een evenwicht tussen de verschillende doelgroepen en dat criteria zullen worden opgesteld. Bij gebrek aan concreet plan van aanpak en concrete handelswijze, blijkt hieruit duidelijk dat op het moment van de aanvraag er nog geen concreet uitgewerkt maatschappelijk engagement bestond;
 - de aanvraag van vzw De Regenboog niet werd uitgesloten omwille van een manifest niet-sociaal project of educatief dossier, waardoor de aanvraag wel in aanmerking kwam. Maar het ging evenmin over een excellent sociaal project, waardoor de aanvraag geen voorrang kreeg;
 - de aanvraag uit Genk en de aanvraag uit Neerpelt beiden veel uitgebreider ingaan op welke specifieke doelgroepen men wil bereiken. Men beperkt zich niet louter tot de regelgevend voorziene doelgroepen, maar concretiseert deze in de context van hun gemeente/wijk. In deze aanvragen wordt tevens ingegaan op de wijze waarop de toegang voor deze doelgroepen zou worden gerealiseerd. Beide aanvragen gaan immers in op de concrete context en locatie waar de crèche zich zal bevinden, de link hiervan met de sociale doelgroepen én de werkwijze hoe men plaatsen zou garanderen voor de doelgroepen en hoe men deze doelgroepen de weg zou laten vinden tot de kinderopvang. Uit deze aanvragen bleek met andere woorden zeer duidelijk tot welke maatschappelijk engagement men zich verbond en op welke manier men dit concreet in de praktijk zou omzetten vanaf de eerste opvangdag. Deze aanvragen kunnen beiden aanzien worden als een excellent en onderbouwd sociaal project, waardoor deze aanvragen voorrang konden krijgen;
 - in de criteria in het goedgekeurde beslissingspad het realiseren van de opvang in al zijn maatschappelijke functies primeert op de rangschikking volgens de witte vlek van de gemeente. Gelet op het feit dat de aanvragen uit Genk en Neerpelt een excellent sociaal project hadden, konden ze dus voorrang krijgen op de aanvraag uit Tongeren, hoewel die gemeente een grotere witte vlek had;

- gelet op de voorrang van de twee aanvragen van Genk en Neerpelt en gelet op het feit dat er slechts middelen waren voor twee nieuwe kinderdagverblijven in de provincie Limburg, alleen de aanvragen van Genk en Neerpelt konden toegekend worden en de aanvraag van Tongeren moest worden geweigerd".

Dit is de thans bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunten van de partijen

13. Als eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en "van het algemeen rechtsbeginsel dat stelt dat bestuurshandelingen materieel juist gemotiveerd dienen te zijn".

De bestreden beslissing bevestigt volgens haar de beslissing die per brief van 7 juli 2006 werd meegedeeld en de motieven die aan de eerste beslissing ten grondslag liggen, zouden dan ook aan de huidige bestreden beslissing kleven.

Met "de beschikbare middelen" kon volgens de verzoekende partij in de fase van de aanvraag tot principieel akkoord geen rekening worden gehouden, aangezien in die fase enkel de vraag naar de opportuniteit van het initiatief aan de orde is. Deze motivering zou bovendien irrelevant zijn, omdat organiserende besturen die een principieel akkoord hebben gekregen niet noodzakelijk later een erkenning of subsidiëring krijgen.

De motivering dat de aanvraag minder expliciet is gericht op de sociale functie en minder expliciet aansluit bij een opvangproject ontwikkeld in de schoot van het lokaal overleg, noemt de verzoekende partij vaag, nietszeggend en

niet in overeenstemming met objectief vaststelbare feitelijkheden. Nu de bestreden beslissing stelt dat de aanvraag van de verzoekende partij minder expliciet is gericht op de sociale functie zou in principe moeten kunnen worden vastgesteld dat de aanvragen die wel zijn goedgekeurd meer expliciet zijn gericht op de sociale functie dan het project van de verzoekende partij, wat volgens haar hoegenaamd niet het geval is. De verzoekende partij betwist daarnaast dat enkel mag worden vergeleken met projecten uit dezelfde provincie. Minstens zou het criterium van de sociale functie niet op uniforme en correcte wijze zijn toegepast.

De motivering dat de aanvraag "minder expliciet aansluit bij een opvangproject ontwikkeld in de schoot van het lokaal overleg" strijdt voorts met de vaststelling dat uit de besprekingen binnen het lokaal overleg kinderopvang en het advies lokaal overleg kinderopvang een absolute noodzaak blijkt tot het scheppen van nieuwe opvangplaatsen in de regio Tongeren.

Voorts stelt de verzoekende partij vast dat het beslissingspad door Kind en Gezin zelf niet wordt gerespecteerd : het criterium van de snelle realisatie wordt nu eens wel en dan weer niet aangegrepen voor het al dan niet toekennen van een principieel akkoord.

Ten slotte is de wittevlekkenlijst het gemeenschappelijk vertrekpunt voor de toekenning van nieuwe gesubsidieerde plaatsen en is Tongeren een wittevlekkengemeente.

14. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij onder meer op dat de verzoekende partij niet uiteenzet waarin de schending van de formele motiveringsplicht zou bestaan. Voorts heeft de verzoekende partij geen belang bij haar kritiek op de beoordeling van andere dan haar eigen aanvraag.

15. In haar memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij nog toe dat het project te Genk niet aantoont welke "meerwaarde" het op het oog heeft en dat het project te Neerpelt niet in wezenlijke mate verschilt van de

omschrijving van de doelgroep die de verzoekende partij in haar aanvraag heeft vermeld. Het project te Neerpelt kon pas anderhalf jaar later dan dat van de verzoekende partij van start gaan. Genk kon pas in het voorjaar van 2007 starten. De verwerende partij zou dus wel objectiveerbare gegevens van het dossier negeren, zoals de realisatietermijn en het feit dat er een objectieve nood is aan kinderopvang.

16. In de laatste memorie voegt de verzoekende partij nog toe dat het project Neerpelt, dat ruimschoots de uitbreidingsfase overschrijdt en pas eind 2008 kon starten, weinig te maken heeft met het uitbreidingsbudget 2006-2007, wat wel degelijk in de bestreden beslissing werd genegeerd. De opportuniteit van het principieel akkoord houdt verband met de gewenstheid van de opvangplaats op zich, niet de subsidieerbaarheid. Ten slotte gaat men er aan voorbij dat er in de stad Tongeren een volstrekt gebrek aan opvangplaatsen is, door te stellen dat naast de gemeente Neerpelt nog andere gemeenten liggen die een witte vlek hebben, en dus uit te gaan van "een volstrekt onaangetoonde vooronderstelling" dat de opvangplaatsen wel gevuld zullen worden door kinderen van buiten de gemeente.

Beoordeling

17. Uit het verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partij kritiek uitoefent op de motivering van de bestreden beslissing, mede in het licht van wat over concurrerende aanvragen werd beslist. De door de verwerende partij opgeworpen excepties zijn niet gegrond.

18. Met de bestreden beslissing wordt vooreerst verduidelijkt dat het in de uitbreidingsronde mogelijk was om in de provincie Limburg 58 plaatsen toe te kennen, waardoor dus maximaal twee nieuwe kinderdagverblijven, minimum 23 plaatsen, konden worden ingericht. Na de toetsing van het criterium "snelheid van realisatie" bleven er nog drie aanvragen over, waaronder die van de verzoekende partij. De stelling, opgeworpen in de memorie van wederantwoord, dat de verwerende partij de realisatietermijn heeft genegeerd, mist dan ook

feitelijke grondslag.

Vervolgens worden in de bestreden beslissing de drie overblijvende aanvragen met elkaar vergeleken op het vlak van hun engagement voor de maatschappelijke functie van kinderopvang. In de bestreden beslissing wordt uitvoerig gemotiveerd waarom de voorkeur wordt gegeven aan de andere projecten.

Artikel 1, § 1, van het ministerieel besluit van 12 juni 2001 houdende vaststelling van de procedure tot het verlenen, het verlengen, het weigeren of het intrekken van een principieel akkoord, een erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor opvanggezinnen (hierna : ministerieel besluit van 12 juni 2001) luidt als volgt :

"§ 1. In dit besluit wordt verstaan onder :
(...)

6° principieel akkoord : akkoord met betrekking tot de opportuniteit voor de oprichting van een voorziening, voor de uitbreiding van een voorziening of voor de verhuizing van een voorziening of een vestigingsplaats van een voorziening, dat een voorafgaande voorwaarde vormt om een erkenningsdossier te kunnen opstarten;

7° erkenning : erkenning van het feit dat de voorziening in kwestie voldoet aan de algemene en specifieke erkenningsvoorwaarden zoals vastgelegd in het besluit van de Vlaamse regering van 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor opvanggezinnen".

Hieruit kan niet worden afgeleid dat budgettaire geschiktheid geen deel kan uitmaken van het opportuniteitsoordeel inzake het verlenen van een principieel akkoord. Een erkenning is slechts mogelijk indien de voorziening in kwestie voldoet aan de algemene en specifieke erkenningsvoorwaarden zoals vastgelegd in het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor opvanggezinnen, waarbij het aantal voorziene plaatsen in het kader van de beschikbare middelen niet wordt vermeld als een erkenningsvoorwaarde.

Eens het organiserend bestuur van een voorziening een erkenning heeft aangevraagd of een erkenning heeft verkregen, kan het, conform artikel 13 van het ministerieel besluit van 12 juni 2001, de subsidiëring aanvragen bij Kind en Gezin. In de aanvraag tot het verlenen van een principieel akkoord wijst de verzoekende partij er overigens uitdrukkelijk op dat zij Kind en Gezin-subsidies beoogt voor de werking van de nieuw op te richten crèche.

De verwerende partij diende dus, voor de bepaling van de geschiktheid van verzoekers project, rekening te houden met het vooropgestelde budget.

19. Uit de door de verzoekende partij geciteerde voorbeelden blijkt dat de aan te spreken specifieke doelgroepen in andere aanvraagdossiers op een gelijkaardige manier worden omschreven.

In de aanvraag tot het verlenen van een principieel akkoord moet echter ook worden beschreven op welke manier voor deze doelgroepen de toegang tot de opvang mogelijk zal worden gemaakt. Anders dan andere aanvragers van een principieel akkoord beperkt de verzoekende partij zich tot de mededeling dat criteria zullen worden opgesteld. Dat de verwerende partij hierdoor de projecten van andere aanvragers verkiest boven dat van de verzoekende partij wordt duidelijk gemotiveerd in de bestreden beslissing. De verzoekende partij toont niet aan dat deze motivering feitelijk onjuist of kennelijk onredelijk is.

20. De redenen waarom de verwerende partij oordeelde dat de projecten van anderen inhoudelijk beter waren dan dat van de verzoekende partij worden uiteengezet in de bestreden beslissing. De beoordeling van de merites van de aanvraag moet in de eerste plaats gebeuren door de verwerende partij. De rechterlijke controle die de Raad van State daarop uitoefent is immers slechts marginaal. De verzoekende partij moest in haar aanvraag op volledige wijze uiteenzetten waarom zij meende te kunnen aanspraak maken op het principieel akkoord. Die opportuniteitsbeoordeling kan niet voor de administratieve rechter

worden overgedaan.

De bewering in de laatste memorie dat het project te Neerpelt pas eind 2008 werd opgestart mist feitelijke grondslag. Zelfs indien de opmerking relevant zou zijn kan ze geen aanleiding geven tot nietigverklaring van de bestreden beslissing.

Het eerste middel is niet gegrond.

Tweede middel

Standpunt van de verzoekende partij

21. Als tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het voormelde ministerieel besluit van 12 juni 2001.

De verzoekende partij stelt in het verzoekschrift dat de termijn voorzien in artikel 4, § 1, van het ministerieel besluit van 12 juni 2001 werd overschreden, omdat de beslissing reeds was genomen vóór 30 mei 2006, terwijl de verzoekende partij slechts de eerste keer kennis kreeg van de beslissing via de brief van 7 juli 2006. Door vertragingen in het dossier wordt aan de verzoekende partij dan ook een "concurrentieel" voordeel ontnomen.

22. In de laatste memorie voegt de verzoekende partij nog toe dat het niet naleven van de geschonden geachte bepaling de bestreden beslissing op een andere wijze aantast dan zou moeten blijken uit een afweging of het een vervaltermijn dan wel een termijn van orde was.

Beoordeling

23. Artikel 4, § 1, van het ministerieel besluit van 12 juni 2001 bepaalt dat Kind en Gezin het aanvragend organiserend bestuur schriftelijk in

kennis stelt van de genomen beslissing, uiterlijk binnen dertig kalenderdagen na de in artikel 3, § 4, vermelde beslissing, dit is de beslissing van de beheersinstanties van Kind en Gezin.

De voorgeschreven termijn betreft de kennisgeving van de beslissing. Een eventuele onwettigheid daarvan brengt niet met zich dat de genomen beslissing eveneens onwettig zou zijn.

Het tweede 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 achttien oktober tweeduizend en twaalf, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	waarnemend kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys