

**LJN: BU8881, AFD. BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE 21 DECEMBER 2011, 201103651/1/H2**

Amsterdam, 6 januari 2012

**Samenvatting**

*De Raad van State heeft op 21 december 2011 geoordeeld dat omdat de beleidsregels kwaliteit kinderopvang niet kunnen worden aangemerkt als wettelijke voorschriften in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de gemeente niet bevoegd was - en is - handhavend op te treden t.a.v. overtredingen van deze beleidsregels. Die bevatten belangrijke kwaliteitseisen waar kindercentra zich aan moeten houden ook als handhaving nu tijdelijk niet mogelijk is. En dat is – juist nu- de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de branche.*

*De overheid zal deze beleidsregels snel omzetten in wettelijke voorschriften. De Branche-organisatie Kinderopvang en BOinK kunnen hierbij een belangrijke rol spelen. Het gaat niet alleen reparatie maar juist ook om het oplossen van knelpunten en onduidelijkheden in de huidige beleidsregels. Dat is van essentieel belang voor verdere kwaliteitsverbetering en om kindercentra daadwerkelijk de ruimte te geven om betere & alternatieve oplossingen te kunnen kiezen.*

*Voor individuele kindercentra heeft deze uitspraak –mogelijk- de volgende consequenties: vooralsnog is geen handhaving meer mogelijk in nieuwe zaken; in lopende bezwaar of (hoger) beroepzaken is er een grote kans op succes; er kan nu grond zijn voor het ongedaan maken van onherroepelijke beslissingen en schadevergoeding.*

*Tenslotte is het de vraag of de Risico Profielen van de GGD wel een rechtmatige basis hebben: deze zijn immers mede gebaseerd op toezicht- en handhavingstrajecten uit het verleden n.a.v. vermeende overtredingen van dezelfde beleidsregels .*

**Wat heeft de Raad van State geoordeeld?**

Op 21 december 2011 heeft de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State de uitspraak van de rechtbank in Almelo vernietigd. De gemeente Enschede had de houder in deze zaak wegens vermeende schending van bepalingen uit de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (Wkkip) en de Beleidsregels kwaliteit kinderopvang een aantal dwangsommen en boetes opgelegd.

**Nadere uitleg van uitspraak**

Simpel gezegd, heeft de Raad van State geoordeeld dat omdat de beleidsregels niet kunnen worden aangemerkt als wettelijke voorschriften in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de gemeente niet bevoegd was - en is - handhavend op te treden ten aanzien van schendingen van onder meer de passende opleiding c.q. beroepskwalificaties van pedagogisch medewerkers; de risico-inventarisaties veiligheid & gezondheid plus de uitvoering in de praktijk; de beroepskracht-kind-ratio; de inzet van beroepskrachten in opleiding; de inrichting van binnen- en buitenspeelruimten en het pedagogisch beleid.

**Wat is de achtergrond van deze beleidsregels?**

De beleidsregels behelzen min of meer de formalisering van het in 2004 tussen de belangenverenigingen van kinderopvangorganisaties en ouders gesloten - en daarna aangepaste - Convenant kwaliteit kinderopvang. Anders dan de Wet kinderopvang zelf bevatten deze beleidsregels specifieke, concreet omschreven en ingevulde kwaliteitseisen. Hiervan kan en mag - mits goed gemotiveerd en onderbouwd - worden afgeweken indien een beter of gelijkwaardig alternatief wordt geboden.

Notitie consequenties uitspraak Raad van State dd. 21.12.2011, Kuijper Advocaten & Pulito Advies, copyright 2012

Juist dit laatste blijkt uit onze ervaring lastig te zijn in de praktijk omdat de overheid nog wel eens neigt naar de letter en niet naar het achterliggende doelstelling: en dat is het verder verbeteren van de kwaliteit. Dat is volgens ons een **belangrijk aandachtspunt** voor alle partijen gedurende de komende periode.

### **Beleidsregels zijn geen wettelijke voorschriften**

Binnen de branche vraagt men zich al langer af wat nu precies het gewicht en de rechtskracht van deze beleidsregels zijn. Met deze uitspraak is daar nu een helder en duidelijk antwoord op gekomen. Immers, het lijkt er niet op dat de Raad heeft willen aangeven dat handhaving door oplegging van een bestuurlijke sanctie alleen (wegens de omstandigheden) in deze zaak niet was toegestaan, maar juist een algemene regel in het leven heeft geroepen. Art. 50 van de Wet kinderopvang is overigens terecht bestempeld tot een niet concreet ingevulde norm, en de beleidsregels kwaliteit kinderopvang zijn gekwalificeerd als niet zijnde wettelijke voorschriften.

### **Hoe moeten kindercentra hiermee omgaan?**

Deze uitspraak heeft op de korte termijn – en met terugwerkende kracht- verregaande gevolgen voor de praktijk van het toezicht en de handhaving binnen de kinderopvang. **Natuurlijk - en we kunnen dit niet genoeg benadrukken - moet en mag in deze uitspraak geen vrijbrief worden gezien om alles in de wind te slaan en de beleidsregels in de prullenbak te gooien.**

### **Beleidsregels bevatten belangrijke kwaliteitseisen: ook nu!**

De beleidsregels zijn inhoudelijk niet ineens waardeloos. Sterker nog, ze bevatten nog altijd zeer belangrijke kwaliteitsnormen waar ieder kindercentrum zoveel mogelijk naar dient te streven. Leden van de Brancheorganisatie Kinderopvang zijn uit hoofde van hun lidmaatschap overigens gewoon verplicht zich aan het Convenant te houden en de overige kindercentra dienen in dit verband **juist nu** hun maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen en te houden.

### **De overheid zal de beleidsregels op korte termijn omzetten in wettelijke voorschriften**

Bovendien zal, realistisch gezien, de overheid alles in het werk stellen om de beleidsregels op de kortst mogelijke termijn om te zetten in wettelijke voorschriften. En dit gegeven biedt de belangenverenigingen van kindercentra en ouders een uitgelezen mogelijkheid om de knelpunten en onduidelijkheden uit de bestaande beleidsregels in goed overleg met de overheid op te lossen.

### **Gevolgen voor lopende en reeds afgesloten handhavingstrajecten**

#### **A) Vooralsnog geen handhaving meer mogelijk in nieuwe zaken**

Op grond van deze uitspraak is, totdat de wetgever voorziet in de totstandkoming van wettelijke voorschriften in de zin van de Algemene Wet Bestuursrecht met betrekking tot de Beleidsregels kwaliteit kinderopvang plus de Beleidsregels Werkwijze Toezichthouder Kinderopvang en de hiermee verband houdende toetsingskaders, goed beschouwd geen handhaving van (vermeend) geconstateerde overtredingen meer mogelijk.

#### **Dit geldt niet alleen voor dwangsommen maar ook voor andere handhavingsmaatregelen**

Hoewel niet specifiek genoemd in deze uitspraak, geldt dat naast de last onder dwangsom ook oplegging van het exploitatieverbod en de bestuurlijke boete wegens schending van de beleidsregels ongeacht de ernst voorlopig niet meer mogelijk is. Dit laat onverlet dat gemeenten **in ernstige situaties** op basis van het Wetboek van Strafrecht **altijd** de bevoegdheid hebben om in te grijpen.

Zelfs de oplegging van een aanwijzing of een bevel van de GGD is vooralsnog uitgesloten, aangezien ook dat moet worden aangemerkt als handhaving indien deze uitsluitend zijn gericht op het doen naleven van wettelijke voorschriften.

Op zijn best kan de GGD constateren dat men niet in overeenstemming met de beleidsregels handelt, hoewel zeker niet vaststaat dat zelfs dát thans mogelijk is. Want ook de Beleidsregels werkwijze toezichthouder kinderopvang en de hieraan gekoppelde toetsingskaders kunnen juist na deze uitspraak van de Raad van State evenmin worden aangemerkt als wettelijke voorschriften.

Voor kindercentra geldt dus niet dat in zaken waarin men met oplegging van handhavingsmiddelen dreigt te worden geconfronteerd men de overtredingen niet hoeft te herstellen, maar wél dat hieraan geen (fatale) termijn kan worden gesteld door de gemeente of GGD. Ook geldt dat kindercentra voorlopig niet worden bedreigd met hoge dwangsommen, boetes of sluiting. Met andere woorden, kindercentra die nog niet (helemaal) volgens de beleidsregels opereren hebben nu een kans gekregen om dat zonder druk van de overheid zelf in orde te brengen. En hebben nu dus de kans om hun verantwoordelijkheid te nemen!

Hier ligt een mogelijkheid voor kindercentra om proactief aan de overheid te laten zien dat men op basis van een inspectierapport in goed overleg met de GGD en/of de gemeente zelf kan zorgen dat een en ander in orde komt, hetgeen kan leiden tot de betere verstandhouding met de overheid en de feitelijke invoering van de de-escalerende figuur van Overleg en Overreding in gemeenten en GGD-regio's waar dit nog niet geldt.

#### **B) Grote mate van kans op succes in lopende bezwaar of (hoger) beroepzaken**

Aangezien het oordeel van de Raad van State dat de beleidsregels geen wettelijke voorschriften zijn, niet afhankelijk is van de omstandigheden in het specifieke geval, kan met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden gesteld dat in alle lopende handhavingzaken waarin sprake is van handhaving wegens schending van de beleidsregels **de overheid in het ongelijk zal worden gesteld**.

Dat houdt in dat kindercentra waarschijnlijk gevrijwaard blijven van de uitvoering van reeds opgelegde dwangsommen, boetes of exploitatieverboden, terwijl voor zover de overheid deze maatregelen hangende het bezwaar of (hoger)beroep toch reeds ten uitvoer heeft gelegd, deze maatregelen ongedaan zullen moeten worden gemaakt. **Uiteraard kan en moet de overheid altijd ingrijpen als er sprake is van ernstig gevaar voor de gezondheid en het welzijn van kinderen.**

#### **C) Grond voor het ongedaan maken van onherroepelijke beslissingen en schadevergoeding**

In beginsel verzet de formele rechtskracht van onherroepelijke beslissingen (dat wil zeggen: zaken waarin geen bezwaar of beroep is aangetekend of geen (hoger) beroep meer mogelijk is) zich tegen de het ongedaan maken ervan. De invordering van dwangsommen en bestuurlijke boetes is echter een civielrechtelijke en geen bestuursrechtelijke aangelegenheid.

Op grond van deze uitspraak valt te verdedigen dat de invordering van onherroepelijk opgelegde dwangsommen en boetes alsnog achterwege moet blijven dan wel voor zover betaling reeds heeft plaatsgevonden, de overheid deze aan de houder moet terugbetalen.

Met betrekking tot exploitatieverboden of de verwijdering uit het Landelijk Register Kinderopvang geldt dat deze mogelijk op grond van een vordering tot ongedaanmaking van een strafbare c.q. onrechtmatige overheidsdaad kunnen worden vernietigd. Voor zover dat niet (meer) mogelijk is, kunnen kindercentra aanspraak maken op schadevergoeding wegens onder meer bedrijfsschade en inkomensderving uit hoofde hiervan.

#### **D) Grond voor collectieve actie tot opschoning van het dossier van kindercentra**

Vanaf 2012 zullen de GGD en gemeenten het toezicht op de naleving en de handhaving afstemmen op bevindingen uit het verleden (het zogenaamde Risico Profiel). Op grond van deze uitspraak is verdedigbaar dat álle toezicht- en handhavingstrajecten ten aanzien van vermeende overtredingen

van de beleidsregels kwaliteit kinderopvang onbevoegd en dus onrechtmatig hebben plaatsgevonden en om die reden - wellicht via de civiele rechter - ongedaan moeten worden gemaakt.

Dus kan er in beginsel ten aanzien van alle kindercentra in Nederland pas sprake zijn van (nieuwe) dossieropbouw in het kader van de risicoprofielen vanaf het moment dat de overheid rechtsgeldige handhavingstrajecten in kan zetten, te weten vanaf het moment dat de kwaliteitsnormen in de beleidsregels kwaliteit kinderopvang kunnen worden aangemerkt als bepalingen in de zin van wettelijke voorschriften. Alle kindercentra in Nederland zouden dit moeten aangrijpen om te laten zien dat - zonder uitzondering - wél op behoorlijke en verantwoorde wijze kinderopvang worden geboden.

### **Hoe nu verder?**

Resumerend kan worden gesteld dat de onderhavige uitspraak van niet te onderschatten invloed zal zijn op de wijze van toezicht en handhaving in de kinderopvang. Men kan uitsluitend hopen dat:

- de centrale overheid op adequate en evenredige wijze op deze uitspraak zal reageren en
- zorg zal dragen voor de spoedige inwerkingtreding van wettelijke voorschriften
- waarin de diverse kwaliteitseisen en de wijze van toezicht door de GGD op een dusdanige wijze worden gereguleerd
- zodat er sprake is van een behoorlijk evenwicht tussen het maatschappelijk belang van de verzekering van hoogwaardige kinderopvang, de bescherming van de belangen van de kindercentra en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Gelet op het vorenstaande raden wij alle kindercentra in Nederland aan op de kortst mogelijke termijn een deskundige rechtsbijstandverlener in de arm te nemen om te zien in hoeverre deze uitspraak op hun positie en situatie van toepassing is. En welke concrete verbeterpunten juist nu voortvarend ter hand moeten worden genomen. Vanzelfsprekend zijn wij bereid hen daarin bij te staan.

Mr. Robert Peter Kuijper  
Kuijper Advocaten  
06 10 03 70 14  
[info@kuijperadvocaten.nl](mailto:info@kuijperadvocaten.nl)  
[www.kuijperadvocaten.nl](http://www.kuijperadvocaten.nl)

Mr. Reinoud Kroese  
Pulito Advies  
06 46 11 57 15  
[reinoud@pulito.nl](mailto:reinoud@pulito.nl)  
[www.pulito.nl](http://www.pulito.nl)