

ECLI	ECLI:NL:RVS:2011:BU8881
Datum uitspraak	21 december 2011
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 19 juni 2009 heeft het college aan Kidsstop bestuurlijke boetes van in totaal € 33.000,00 en lasten onder dwangsom opgelegd.

Volledige tekst

201103651/1/H2.

Datum uitspraak: 21 december 2011

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Kidsstop B.V., gevestigd te Enschede,
2. het college van burgemeester en wethouders van Enschede, appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Almelo van 16 februari 2011 in zaak nr. 10/199 in het geding tussen:

Kidsstop

en

het college.

1. Procesverloop

Bij besluit van 19 juni 2009 heeft het college aan Kidsstop bestuurlijke boetes van in totaal € 33.000,00 en lasten onder dwangsom opgelegd.

Bij besluit van 5 januari 2010 heeft het college het door Kidsstop daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 16 februari 2011, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank, voor zover thans van belang, het door Kidsstop daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, voor zover dit betrekking heeft op de lasten onder dwangsom, het besluit van 5 januari 2010 in zoverre vernietigd, het besluit van 19 juni 2009 herroepen, voor zover hierbij lasten onder dwangsom zijn opgelegd en het beroep voor het overige ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben Kidsstop bij brief, bij de Raad van State per fax ingekomen op 28 maart 2011 en het college bij brief, bij de Raad van State per fax ingekomen op 30 maart

2011, hoger beroep ingesteld.

Kidsstop heeft een verweerschrift en een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 8 november 2011, waar Kidsstop, vertegenwoordigd door mr. R.P. Kuijper, advocaat te Amsterdam, bijgestaan door [directeur van Kidsstop], en het college, vertegenwoordigd door A.P. Brinkmann, werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Nu het hier gaat om een bestuurlijke sanctie die wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond vóór 1 juli 2009, blijft ingevolge artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht het recht zoals dat gold vóór dat tijdstip van toepassing.

Ingevolge artikel 50, eerste lid, van de Wet kinderopvang, zoals deze wet luidde ten tijde hier van belang (hierna: de Wko), organiseert de houder van een kindercentrum de kinderopvang op zodanige wijze, voorziet hij het kindercentrum zowel kwalitatief, als kwantitatief zodanig van personeel en materieel, draagt hij zorg voor een zodanige verantwoordelijkheidstoedeling, en voert hij een zodanig pedagogisch beleid dat een en ander leidt of redelijkerwijs moet leiden tot verantwoorde kinderopvang. Ter uitvoering van de eerste volzin besteedt de houder in ieder geval aantoonbaar aandacht aan het aantal beroepskrachten in relatie tot het aantal kinderen per leeftijdscategorie, de groepsgrootte, de opleidingseisen van de beroepskrachten en de voorwaarden waaronder en de mate waarin beroepskrachten in opleiding kunnen worden belast met de verzorging en opvang van kinderen.

Ingevolge het tweede lid zijn personen werkzaam bij een kindercentrum in het bezit van een verklaring omtrent het gedrag, afgegeven volgens de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

Ingevolge het derde lid wordt de verklaring, bedoeld in het tweede lid, aan de houder overgelegd, voordat een persoon als bedoeld in het tweede lid zijn werkzaamheden aanvangt. De verklaring is op het moment dat zij wordt overgelegd, niet ouder dan twee maanden.

Ingevolge het vierde lid verlangt de houder, indien hij of de toezichthouder redelijkerwijs mag vermoeden dat een persoon als bedoeld in het tweede lid niet langer voldoet aan de eisen voor het afgeven van een verklaring omtrent het gedrag, dat die persoon opnieuw een verklaring omtrent het gedrag overlegt die niet ouder is dan twee maanden. De desbetreffende persoon legt de verklaring over binnen een door de houder vast te stellen termijn.

Ingevolge artikel 61, eerste lid, ziet het college toe op de naleving van de bij of krachtens hoofdstuk 3 gestelde regels, onderscheidenlijk de krachtens artikel 65 gegeven aanwijzingen en bevelen en de krachtens artikel 66, eerste lid, gegeven bevelen tot sluiting dan wel de krachtens artikel 66, tweede lid, uitgevaardigde verboden. Het college wijst ambtenaren van de gemeentelijke gezondheidsdienst (GGD) aan als toezichthouder.

Ingevolge artikel 72, eerste lid, aanhef en onder a, kan het college de houder die een verplichting als bedoeld bij of krachtens hoofdstuk 3, een aanwijzing onderscheidenlijk een bevel als bedoeld in artikel 65 of artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) niet nakomt dan wel handelt in strijd met een verbod krachtens artikel 66, een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 45.000,00.

Op basis van artikel 57a, eerste lid, van de Wko heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid omtrent de toepassing van artikel 50 van de Wko de Beleidsregels kwaliteit kinderopvang (hierna: de Beleidsregels) vastgesteld.

Ingevolge artikel 125, eerste lid, van de Gemeentewet is het gemeentebestuur bevoegd tot toepassing van bestuursdwang.

Ingevolge het tweede lid wordt de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang uitgeoefend door het college, indien de toepassing van bestuursdwang dient tot handhaving van regels welke het gemeentebestuur uitvoert.

2.2. Kidsstop exploiteert een kinderdagverblijf in Enschede. De GGD Regio Twente heeft op 9 juni 2009 een incidenteel onderzoek uitgevoerd bij Kidsstop, gevolgd door een uitgebreide reguliere inspectie op 10 juni 2009. De bevindingen hiervan zijn neergelegd in twee rapporten. Op basis hiervan heeft het college bij het na bezwaar gehandhaafde besluit van 19 juni 2009, voor zover thans van belang, aan Kidsstop bestuurlijke boetes van in totaal € 33.000,00 en vier lasten onder dwangsom opgelegd, wegens overtredingen van de Wko. De lasten onder dwangsom betreffen:

1) € 10.000,00 voor iedere nieuwe overtreding van artikel 50, eerste tot en met derde lid, van de Wko, gelezen in verbinding met artikel 10 van de Beleidsregels, omdat vier bij Kidsstop werkzame personen niet in het bezit waren van de vereiste verklaring omtrent het gedrag;

2) € 10.000,00 voor iedere nieuwe overtreding van artikel 50, eerste lid, van de Wko, gelezen in verbinding met artikel 9 van de Beleidsregels, omdat een pedagogisch medewerkster van Kidsstop niet beschikte over een passende beroepskwalificatie;

3) € 6.000,00 voor iedere nieuwe overtreding van artikel 3, zevende, achtste en twaalfde lid, van de Beleidsregels, omdat door Kidsstop de regels met betrekking tot de beroepskracht-kind-ratio niet werden nageleefd;

4) € 6.000,00 voor iedere nieuwe overtreding van artikel 3, tiende, elfde en twaalfde lid, van de Beleidsregels, omdat Kidsstop de regels met betrekking tot de inzet van beroepskrachten in afwijking van de beroepskracht-kind-ratio niet heeft nageleefd.

Bestuurlijke boetes

2.3. Het hoger beroep van Kidsstop is uitsluitend gericht tegen de aangevallen uitspraak, voor zover daarbij het beroep tegen de bij besluit van 5 januari 2010 gehandhaafde boetes ongegrond is verklaard.

2.4. De aangevallen uitspraak heeft gedeeltelijk betrekking op bestuurlijke boetes die zijn opgelegd ingevolge artikel 72, eerste lid, van de Wko. Deze bepaling (thans artikel 1.72, eerste lid, van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen) is vermeld op de bijlage bij de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Ingevolge artikel 20, eerste lid, van die wet, gelezen in verbinding met artikel 47, eerste lid, van de Wet op de Raad van State, kan tegen een uitspraak over een dergelijk besluit hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Dit brengt mee dat de Afdeling niet bevoegd is te oordelen over de aangevallen uitspraak voor zover deze betrekking heeft op de bestuurlijke boetes. Gelet hierop zal de Afdeling zich onbevoegd verklaren van het hoger beroep van Kidsstop kennis te nemen en haar hogerberoepsschrift met toepassing van artikel 6:15, eerste lid, van de Awb doorzenden aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Lasten onder dwangsom

2.5. Het hoger beroep van het college is gericht tegen de aangevallen uitspraak, voor zover deze betrekking heeft op de bij besluit van 5 januari 2010 gehandhaafde lasten onder dwangsom.

2.6. De rechtbank heeft geoordeeld dat er voor het college ten tijde van het besluit van 19 juni 2009 onvoldoende aanleiding bestond om over te gaan tot het opleggen van preventieve lasten onder dwangsom. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat er weliswaar voor het kunnen opleggen van een last onder dwangsom naar aanleiding van een gepleegde overtreding, die ertoe strekt herhaling of voortzetting te voorkomen, geen klaarblijkelijk gevaar voor een nieuwe overtreding hoeft te zijn, maar dat dit nog niet betekent dat in al dergelijke gevallen zonder meer een preventieve last onder dwangsom kan worden opgelegd. De rechtbank heeft voorts overwogen dat het college, door alleen naar eerdere overtredingen van Kidsstop te verwijzen, een te beperkte uitleg heeft gegeven aan het criterium 'klaarblijkelijk' in artikel 5:7 van de Awb, welk criterium ook vóór 1 juli 2009 werd toegepast bij het opleggen van een preventieve last onder dwangsom.

2.7. Het college betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het bevoegd was om Kidsstop de lasten onder dwangsom op te leggen, gelet op de door Kidsstop begane overtredingen.

2.7.1. In het onderhavige geval zijn de lasten onder dwangsom opgelegd naar aanleiding van de door de GGD op 9 en 10 juni 2009 geconstateerde overtredingen. De rechtbank heeft deze lasten ten onrechte aangemerkt als preventieve lasten onder dwangsom. Van een preventieve last is sprake als de last wordt opgelegd voordat enige overtreding heeft plaatsgevonden. Voor het opleggen daarvan geldt het criterium dat het gevaar van de overtreding klaarblijkelijk dreigt, dat wil zeggen dat de overtreding zich met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal voordoen. In dit geval zijn de lasten opgelegd nadat overtredingen hebben plaatsgevonden, als reactie daarop en om herhaling daarvan te voorkomen. Daarbij geldt het criterium of gegronde vrees voor herhaling bestond. Zie in dit verband bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 25 juni 2008 in zaak nr. 200707183/1. De rechtbank heeft derhalve aan een onjuist criterium getoetst en het besluit op bezwaar van 5 januari 2010 ten onrechte in strijd met artikel 7:12 van de Awb geacht. Het betoog slaagt.

2.8. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het besluit van 5 januari 2010, voor zover dit betrekking heeft op de lasten onder dwangsom, beoordelen aan de hand van de maatstaf of gegronde vrees voor herhaling bestond en in het licht van de daartegen door Kidsstop voorgedragen beroepsgronden.

2.9. De lasten onder dwangsom die zijn opgelegd wegens het overtreden van de regels met betrekking tot de passende beroepskwalificatie voor pedagogisch medewerkers, de beroepskracht-kind-ratio en de inzet van beroepskrachten in afwijking van de beroepskracht-kind-ratio strekken tot handhaving van normen die zijn gesteld in de Beleidsregels. Deze geven een nadere invulling aan de in artikel 50, eerste lid, van de Wko gegeven doelvoorschriften. Artikel 50, eerste lid, van de Wko laat echter aan de houder van het kindercentrum over op welke wijze aan de doelvoorschriften in voorkomende gevallen wordt voldaan, zodat de hierin opgenomen verplichtingen geen concrete gedragsnorm inhouden.

Uit artikel 5:21 van de Awb, gelezen in verbinding met artikel 5:32, eerste lid, van de Awb, zoals die bepalingen tot 1 juli 2009 luiden (thans neergelegd in artikel 5:4, tweede lid, van de Awb), vloeit voort dat een bestuursorgaan slechts bevoegd is een last onder dwangsom op te leggen wegens overtreding van bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde

verplichtingen. Dit brengt mee dat een bestuursorgaan die bevoegdheid niet toekomt bij overtreding van een beleidsregel, omdat - zo volgt uit artikel 1:3, vierde lid, van de Awb - een beleidsregel geen wettelijk voorschrift is.

Gelet op het vorenstaande bieden artikel 50, eerste lid, van de Wko en de Beleidsregels geen grondslag voor handhaving van de regels met betrekking tot de passende beroepskwalificatie voor pedagogisch medewerkers, de beroepskracht-kind-ratio en de inzet van beroepskrachten in afwijking van de beroepskracht-kind-ratio. Derhalve was het college in zoverre niet bevoegd om aan Kidsstop lasten onder dwangsom op te leggen.

2.10. Voor zover Kidsstop betoogt dat de resultaten van het onderzoek van de GGD op 9 en 10 juni 2009 op onrechtmatige wijze zijn verkregen en daarom niet aan de bij besluit van 5 januari 2010 gehandhaafde lasten onder dwangsom ten grondslag kunnen worden gelegd, faalt dat betoog. Ingevolge artikel 61, eerste lid, van de Wko, gelezen in verbinding met artikel 5:15 van de Awb waren de inspecteurs in dit geval bevoegd het kindercentrum van Kidsstop te betreden en daar een controle uit te voeren, ongeacht de aanleiding voor de inspectie.

Gelet op de bevindingen van de GGD staat vast, hetgeen door Kidsstop niet wordt betwist, dat vier medewerkers van Kidsstop ten tijde van het onderzoek niet beschikten over een verklaring omtrent het gedrag. Het college heeft zich derhalve terecht op het standpunt gesteld dat Kidsstop artikel 50, tweede lid, van de Wko heeft overtreden, zodat het bevoegd was ter zake handhavend op te treden. In hetgeen Kidsstop heeft aangevoerd is geen grond gelegen voor het oordeel dat het college niet in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

2.11. Het hoger beroep van het college is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover daarbij het beroep tegen het besluit van 5 januari 2010 betreffende de last onder dwangsom die is opgelegd omdat vier bij Kidsstop werkzame personen niet in het bezit waren van de vereiste verklaring omtrent het gedrag, gegrond is verklaard en voor zover dat besluit is vernietigd, alsmede voor zover het besluit van 19 juni 2009 betreffende die last onder dwangsom is herroepen.

Gelet op het in 2.7 overwogene heeft de rechtbank het besluit van 5 januari 2010, voor zover daarbij de lasten onder dwangsom die zijn opgelegd wegens het overtreden van de regels met betrekking tot de passende beroepskwalificatie voor pedagogisch medewerkers, de beroepskracht-kind-ratio en de inzet van beroepskrachten in afwijking van de beroepskracht-kind-ratio in stand zijn gelaten, terecht vernietigd, zij het op onjuiste gronden. Nu deze lasten onder dwangsom, in strijd met 5:21 (oud), gelezen in verbinding met artikel 5:32, eerste lid, (oud) van de Awb, zijn opgelegd, heeft de rechtbank het besluit van 19 juni 2009 in zoverre terecht herroepen, zij het eveneens op onjuiste gronden.

Gelet op het in 2.8 overwogene kan het besluit van 5 januari 2010, voor zover daarbij een last onder dwangsom is opgelegd omdat vier bij Kidsstop werkzame personen niet in het bezit waren van de vereiste verklaring omtrent het gedrag, in rechte stand houden. De Afdeling zal het beroep tegen dit besluit in zoverre alsnog ongegrond verklaren.

2.12. Voor een proceskostenveroordeling in hoger beroep bestaat geen aanleiding. De door de rechtbank uitgesproken proceskostenveroordeling blijft in stand. Nu het primaire besluit van 19 juni 2009 gedeeltelijk is herroepen, dient het college op na te melden wijze tot vergoeding van de door Kidsstop gemaakte kosten van bezwaar te worden veroordeeld.

2.13. Nu de Afdeling onbevoegd is om van het hoger beroep van Kidsstop kennis te nemen,

zal het door haar in hoger beroep betaalde griffierecht door de secretaris van de Raad van State worden terugbetaald.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart zich onbevoegd om van het hoger beroep van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Kidsstop B.V. kennis te nemen;

II. verklaart het hoger beroep van het college van burgemeester en wethouders van Enschede gegrond;

III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Almelo van 16 februari 2011 in zaak nr. 10/199, voor zover daarbij het beroep tegen het besluit van 5 januari 2010, kenmerk BJZ/kinderopvangregister 0900069213, betreffende de last onder dwangsom die is opgelegd omdat vier bij Kidsstop werkzame personen niet in het bezit waren van de vereiste verklaring omtrent het gedrag, gegrond is verklaard en dat besluit in zoverre is vernietigd, alsmede voor zover daarbij het besluit van 19 juni 2009 betreffende die last onder dwangsom is herroepen;

IV. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep tegen het besluit van 5 januari 2010 in zoverre ongegrond;

V. bevestigt de aangevallen uitspraak wat betreft de lasten onder dwangsom voor het overige, met verbetering van de gronden waarop deze rust;

VI. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Enschede tot vergoeding van bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Kidsstop B.V. in verband met de behandeling van het bezwaar opgekomen kosten tot een bedrag van € 644,00 (zegge: zeshonderdvierenveertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Aldus vastgesteld door mr. C.H.M. van Altena, voorzitter, en mr. A. Hammerstein en mr. N. Verheij, leden, in tegenwoordigheid van mr. R.H.L. Dallinga, ambtenaar van staat.

w.g. Van Altena w.g. Dallinga
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 21 december 2011

18-710.