

Denklijn verzachtende en verzwarende omstandigheden

November 2023

SAMENVATTING

- Als er een overtreding is, beschrijft de toezichthouder deze in het inspectierapport. Uit deze beschrijving moet de ernst van de overtreding blijken.
- Wanneer er sprake is van specifieke omstandigheden beschrijft de toezichthouder dit ook in het inspectierapport.
- Uit de beschrijving van de omstandigheden blijkt of er, naar het oordeel van de toezichthouder, sprake is van verzachtende of van verzwarende omstandigheden.
- De toezichthouder adviseert of naar zijn oordeel handhaving noodzakelijk is en in welke mate rekening gehouden kan worden met de specifieke omstandigheden.
- De gemeente besluit uiteindelijk om al dan niet handhaving in te zetten. Bij dit besluit neemt de gemeente het oordeel en advies van de toezichthouder mee en weegt daarbij alle belangen.

Inhoudsopgave

De denklijn start met de aanleiding, inleiding en het doel van de denklijn.

Daarna is de denklijn als volgt opgebouwd.

1. De eerste paragraaf van de denklijn staat stil bij de rolverdeling in het stelsel.
2. De tweede paragraaf gaat over het beschrijven van specifieke omstandigheden bij een overtreding en geeft handvatten aan de toezichthouder om de specifieke omstandigheden waaronder een overtreding begaan is te beoordelen en te beschrijven in het inspectierapport.
3. In de derde paragraaf staat uitgewerkt hoe de toezichthouder een goed onderbouwd advies om wel of niet te handhaven aan de gemeente geeft.
4. De vierde paragraaf beschrijft welke aspecten de gemeente moet betrekken bij een besluit om bij een vastgestelde overtreding wel of niet te handhaven.
5. Om meer inzicht te geven in specifieke omstandigheden en de impact die dit kan hebben op het advies van de toezichthouder én op het besluit van de gemeente zijn in de vijfde paragraaf praktijkvoorbeelden opgenomen.
6. Tot slot wordt in de laatste paragraaf aan de hand van schermprintjes uitgelegd hoe de toezichthouder de bevindingen vastlegt in de GIR Inspecteren.

Aanleiding

Voor u ligt de herziene versie van de denklijn verzachtende en verzwarende omstandigheden die eind 2021 is opgesteld. De ervaring is dat de denklijn de afgelopen jaren op verschillende manieren toegepast is, waarbij de interpretatie regionaal kon verschillen¹.

VNG en GGD GHOR Nederland hebben deze denklijn medio 2023 aangepast. Reden hiervoor is om gemeenten en GGD'en een duidelijker en eenduidiger advies in de uitvoering van toezicht en handhaving te geven en om een uniforme werkwijze van toezicht te bevorderen.

Ook zijn de rollen van GGD en gemeente verder uitgewerkt, dit hebben we gedaan om duidelijk te maken wat de verantwoordelijkheid en de rol van de toezichthouder is, welke invloed dit heeft op de gemeente en hoe de gemeente tot besluitvorming komt. Inhoudelijk wijkt de denklijn niet af van de eerdere versie.

Inleiding

Kwaliteitseisen waaraan kinderopvang moet voldoen zijn door het rijk in de Wet kinderopvang vastgesteld. Het doel hiervan is om te zorgen voor verantwoorde kinderopvang in een veilige omgeving. Goede kwaliteit van kinderopvang is immers essentieel vanuit het belang dat de samenleving heeft bij een gezonde en optimale ontwikkeling van haar kinderen.

Naast de verantwoordelijkheid die de kinderopvangondernemer (de houder) heeft om kwalitatief goede kinderopvang te bieden, hebben gemeenten een rol om op de naleving van deze kwaliteitseisen door houders toe te zien. De GGD is aangewezen als toezichthouder en houdt toezicht op de vastgelegde kwaliteitseisen. Daarbij concentreert hij zich op de kwaliteitsbeoordeling.

Doel van de denklijn

Het doel van deze denklijn is om een uniforme werkwijze voor de toezichthouder te beschrijven bij het rapporteren van een overtreding, het beoordelen van de specifieke omstandigheden die daarbij een rol spelen en het vormgeven van een inhoudelijk advies aan de gemeente.

Daarnaast is het doel van deze denklijn om aan te geven hoe de gemeente de specifieke omstandigheden en het advies van de toezichthouder weegt. De denklijn beschrijft de werkwijze van gemeenten bij de besluitvorming, welke informatie zij hierbij moeten betrekken en hoe dit tot uiting komt in de motivering van een besluit. De denklijn wil benadrukken dat het besluit van de gemeente een gewogen besluit is, waar naast het advies van de toezichthouder en de specifieke omstandigheden ook andere aspecten kunnen meespelen.

¹ Bronnen GGD GHOR Nederland en Inspectie van het Onderwijs

1. Rolverdeling

In de memorie van toelichting uit 2002 bij de Wet kinderopvang is de rolverdeling en verantwoordelijkheidsverdeling uitgewerkt.

De houder

is verantwoordelijk voor het leveren van kwalitatief goede kinderopvang.

Het voldoen aan concrete eisen leidt niet per definitie tot verantwoorde kinderopvang. Immers, van even groot, zo niet groter belang is de wijze waarop de organisatie is ingericht, hoe het personeel wordt ingezet en hoe de verantwoordelijkheden binnen de organisatie zijn verdeeld.

Wet kinderopvang; Memorie van toelichting kst-28447-3

Gemeente

- ☐ op systeemniveau verantwoordelijk voor het toezicht en de handhaving op de kwaliteit.
- ☐ opdrachtgever van de GGD
- ☐ besluit, als handhaver, wat ze met het advies van de toezichthouder doen.
- ☐ bevordert de kwaliteit van de uitvoering.

GGD

- ☐ voert onafhankelijk het kwaliteitstoezicht uit in opdracht van de gemeente.
- ☐ houdt toezicht op de naleving van kwaliteitseisen en beoordeelt de kwaliteit van kinderopvang.
- ☐ bevordert de kwaliteit van de uitvoering.
- ☐ adviseert, als toezichthouder, de gemeente.

De Inspectie van het Onderwijs

Houdt interbestuurlijk toezicht op de gemeentelijke taken.

2. Beschrijven van specifieke omstandigheden bij een overtreding

Als de toezichthouder oordeelt dat de houder een kwaliteitseis niet heeft nageleefd, stelt hij een overtreding² vast. Bij de *beoordeelde voorwaarde* omschrijft de toezichthouder de aangetroffen situatie op basis van feiten duidelijk en volledig. Hij beschrijft waarom er sprake is van een overtreding. De bevindingen van de toezichthouder moeten de conclusie dat er een overtreding is onderbouwen.

Bij elke overtreding beschrijft de toezichthouder de aard en ernst van de overtreding. Bij het ontstaan van een overtreding kunnen specifieke omstandigheden een rol spelen. Deze omstandigheden kunnen verzachtend of verzwarend zijn.

Het is van belang dat in het inspectierapport is beschreven wat de omstandigheden waren waaronder de overtreding heeft plaatsgevonden en wat het oordeel van de toezichthouder is over de invloed van de overtreding op de geboden kwaliteit van opvang. De toezichthouder motiveert dit oordeel.

Verzachtende omstandigheden nemen een overtreding niet weg, maar verduidelijken de inspanning die de houder heeft verricht om in een situatie die niet voldoet aan de kwaliteitseisen toch verantwoorde keuzes te maken zodat de kwaliteit van de kinderopvang minimaal wordt beïnvloed. Het is noodzakelijk dat deze inspanningen, of het gebrek daaraan, in het inspectierapport beschreven worden. Een voorwaarde voor verzachtende omstandigheden is dat de houder er alles aan gedaan heeft om (de impact van) de tekortkoming te voorkomen/beperken. De motivering in het inspectierapport maakt duidelijk waarom de toezichthouder in dat specifieke geval tot het oordeel komt dat de omstandigheden verzachtend zijn. De gemeente heeft deze informatie nodig om tot een handhavingsbesluit te komen.

Verzwarende omstandigheden benadrukken de ernst van een overtreding en de situatie waarin het de houder niet is gelukt om aan de kwaliteitseisen te voldoen. De beschrijving maakt duidelijk wat de context van de overtreding is, bijvoorbeeld wanneer een houder stelselmatig op één of meerdere locaties niet voldoet aan de kwaliteitseisen of wanneer de houder onvoldoende inspanningen pleegt om wel aan de kwaliteitseisen te voldoen. Daarnaast blijkt uit de beschrijving de ernst van de overtreding, bijvoorbeeld wanneer de (emotionele) veiligheid of gezondheid van de opgevangen kinderen in het geding was.

De omstandigheden en de invloed daarvan op het ontstaan van een overtreding zijn in elke situatie anders. Verzwarende of verzachtende omstandigheden zullen in elke situatie dus opnieuw worden afgewogen. Het is daarom ook niet mogelijk vooraf uitspraken over de invloed van verzwarende of verzachtende omstandigheden te doen.

Naast de toetsing van concrete normen, gaat de toezichthouder in gesprek met houders. Zij gaan daarbij in op de wijze waarop de houder zijn organisatie met alles wat daarbij hoort, heeft ingericht om te kunnen nagaan of de kwaliteit van de geboden kinderopvang daadwerkelijk is gewaarborgd.

Bij de uitoefening van het toezicht zal ook het interne kwaliteitsbeleid van de houder een belangrijke rol spelen. De toezichthouder zal bij de kwaliteitsbeoordeling zoveel mogelijk aansluiten bij de eigen kwaliteitszorg van de houder.

Wet kinderopvang; Memorie van toelichting kst-28447-3

² Uitzonderingen hierop zijn opgenomen in Artikel 8 Beleidsregel werkwijze toezichthouder kinderopvang

Hoe maakt de toezichthouder een afweging of specifieke omstandigheden een rol spelen

Specifieke omstandigheden kunnen zowel verzachtend als verzwarend zijn. Er is altijd sprake van een individueel oordeel van de toezichthouder, waarbij de specifieke omstandigheden van de overtreding en de inbreuk op de kwaliteit worden meegewogen. Elke situatie is hierbij anders. Wat, gelet op de omstandigheden, in de ene situatie een verantwoorde keuze is, kan in een ander geval leiden tot een te grote inbreuk op de kwaliteit.

Verzachtende omstandigheden

Om na te gaan of sprake is van verzachtende omstandigheden kan de toezichthouder zich de volgende vragen stellen tijdens een inspectieonderzoek:

- Is bij het niet naleven van de kwaliteitseis sprake van bijzondere omstandigheden en hoe heeft de houder hier zo goed mogelijk op geanticipeerd? m.b.t. de arbeidsmarktkrapte: is er een plan van aanpak?
- Is bij het niet naleven van de kwaliteitseis sprake van een incidentele afwijking?
- Welke inspanningen heeft de houder verricht om - ondanks een tekortkoming - toch verantwoorde kinderopvang te bieden?
- Heeft de houder er alles aan gedaan om in de gegeven omstandigheden aan de kwaliteitseisen te kunnen voldoen?
- Hoe heeft de houder de negatieve gevolgen van het niet naleven van de kwaliteitseisen beperkt tot een minimum?
- Is de keuze van de houder een verantwoorde keuze en waarom?
- Heeft de houder zelf naar aanleiding van een overtreding maatregelen genomen om herhaling van de overtreding te voorkomen?³

De toezichthouder beschrijft in het inspectierapport de uitkomst op de tijdens het inspectieonderzoek gestelde vragen.

Verzachtende omstandigheden bij arbeidsmarktkrapte

Er is aanhoudende krapte op de arbeidsmarkt, zo ook kinderopvang. Het is van groot belang dat houders voordat ze in een situatie komen, waarin zij onvoldoende personeel hebben, nadenken over hoe te handelen. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft eind 2021 in een kamerbrief opgenomen, dat houders een plan opstellen waarin zij aangeven hoe in situaties van personeelstekort gehandeld wordt.

Een houder moet dit plan van aanpak hebben opgesteld voorafgaand aan een situatie waarin onvoldoende personeel beschikbaar is en zij moeten dit plan volgen. Dit plan van aanpak draagt bij aan het aantoonbaar maken van de inspanningen die een houder heeft verricht om aan de wettelijke kwaliteitseisen te blijven voldoen. Bij een overtreding kan de toezichthouder aan de hand van dit plan toetsen of de juiste stappen zijn doorlopen en of er sprake is van een weloverwogen en verantwoorde keuze. Als er naar het oordeel van de toezichthouder sprake is van verzachtende omstandigheden bij een overtreding als gevolg van personeelskrapte, beschrijft de toezichthouder dit in het rapport en adviseert de gemeente op welke onderdelen eventueel geen handhaving hoeft plaats te vinden. De gemeente kan vervolgens in het handavingsbesluit rekening houden met deze verzachtende omstandigheden.

NB Wanneer opvang niet meer verantwoord is, moeten houders de moeilijke beslissing maken om tijdelijk te sluiten. Het open houden van een groep moet te allen tijde een verantwoorde onderbouwde keuze zijn. De (emotionele) veiligheid van de kinderen mag nooit gevaar lopen.

Zie voor meer informatie de kamerbrieven van [29 november 2021](#) en [26 april 2023](#).

³ Deze vragenlijst is niet limitatief.

Beoogde aanpassing van kwaliteitseisen

Er kunnen ook andere specifieke verzachtende omstandigheden zijn. Een regelmatig terugkerend voorbeeld hiervan is wanneer de wetgever nieuwe of aangepaste kwaliteitseisen gepubliceerd heeft, die op een latere datum ingaan (concreet zicht op legalisatie).

Voorbeeld: er wordt een overtreding geconstateerd op basis van de huidige wet- en regelgeving. Er is nieuwe wet- en regelgeving gepubliceerd, de overtreden kwaliteitseis wordt aangepast waardoor de houder wellicht wel zou voldoen aan de nieuwe kwaliteitseis. De toezichthouder beschrijft dit als specifieke omstandigheden in het rapport.

Deze specifieke omstandigheden neemt de gemeente mee in haar besluitvorming.

Verzwarende omstandigheden

Om een afweging te maken of sprake is van verzwarende omstandigheden kan de toezichthouder zich de volgende vragen stellen tijdens een inspectie onderzoek:

- Is bij het niet naleven van de kwaliteitseis sprake van specifieke omstandigheden en waarom zijn deze omstandigheden verzwarend?
- Is bij het afwijken van de kwaliteitseis sprake van structurele afwijking?
- Heeft de houder een werkwijze in het geval hij afwijkt van de kwaliteitseisen? Zo ja, waarom is deze werkwijze of de uitvoering daarvan onvoldoende?
- Als de houder er niet alles aan heeft gedaan om aan de kwaliteitseis te kunnen voldoen, wat heeft de houder nagelaten?
- Wat was het gevolg voor de kwaliteit van kinderopvang? Denk daarbij aan de emotionele veiligheid en de fysieke veiligheid en gezondheid.
- Is de keuze van de houder een onverantwoorde keuze voor de concrete situatie, gelet op de specifieke omstandigheden en inbreuk op de kwaliteit?
- Is sprake van (onvoldoende) nalevingsbereidheid?
- Zijn er eerder vergelijkbare overtredingen vastgesteld, bijvoorbeeld bij andere kindercentra van de houder?
- Is (in het verleden) een herstelaanbod gedaan?⁴

De toezichthouder beschrijft in het inspectierapport de uitkomst op de tijdens het inspectieonderzoek gestelde vragen.

⁴ Deze vragenlijst is niet limitatief.

3. Advies van de toezichthouder aan de gemeente

De GGD is op basis van de wet aangewezen als toezichthouder en adviseert de gemeente.

In het *advies aan de gemeente* ⁵ heeft de toezichthouder de keuze het advies 'handhaven' of 'niet handhaven' te geven. Of handhaving noodzakelijk is voor het herstellen en hersteld houden van een overtreding weegt mee in het advies. De toezichthouder kan een toelichting op dit advies geven.⁶

Advies 'handhaven' zonder specifieke omstandigheden

Een overtreding waarbij naar het oordeel van de toezichthouder geen specifieke omstandigheden een rol spelen zal in de meeste gevallen leiden tot een advies 'handhaven'. De gemeente maakt de afweging welke handhavingsmaatregel passend en geboden is, zowel bestraffende als herstellende handhaving.

Advies 'handhaven' met specifieke omstandigheden

In specifieke situaties kan de toezichthouder adviseren om in de handhaving rekening te houden met verzachtende of verzwarende omstandigheden. De toezichthouder geeft een advies 'handhaven' en beschrijft in het rapport dat er bijzondere omstandigheden zijn die de gemeente moet meewegen om een goed beeld te krijgen van de ernst van de overtreding en de kwaliteit van de opvang. Dit is van belang bij het besluit over de zwaarte van de handhaving en welke maatregel passend is. De toezichthouder beschrijft in het inspectierapport duidelijk of deze omstandigheden in zijn ogen verzwarend of verzachtend zijn.

Advies 'niet handhaven' met specifieke omstandigheden⁷

De toezichthouder kan in een specifiek geval (ondanks de vastgestelde overtreding) van mening zijn dat van handhaving afgezien kan worden. Dit kan bijvoorbeeld omdat de houder naar het oordeel van de toezichthouder al voldoende maatregelen getroffen heeft om de overtreding (structureel) op te heffen of dat er bij specifieke uitzonderlijke omstandigheden verantwoorde keuzes zijn gemaakt waarbij sprake was van geringe inbreuk op kwaliteit.

De (emotionele)veiligheid van de kinderen moet hierbij wel altijd worden geborgd. De toezichthouder kan de gemeente dan een advies 'niet handhaven' geven.

Wat in de ene situatie een verantwoorde keuze van de houder is, kan in een ander geval juist niet verantwoord zijn. De toezichthouder neemt alle specifieke omstandigheden van het geval hierbij mee.

Indien een houder zich beroept op overmacht, geldt een andere beoordeling. Zie hiervoor de [FAQ overmacht](#) (in het ondersteuningsportaal GGD GHOR Nederland).

Juist waar het gaat om toezicht op de kwaliteit, vindt dat plaats door een dienst die op het gebied van de kwaliteit van de kinderopvang over de noodzakelijke expertise beschikt.

Als blijkt dat de gestelde kwaliteitseisen onvoldoende worden nageleefd en de houder niet zelf naar aanleiding van een inspectierapport maatregelen neemt, kan het college van burgemeester en wethouders handhaven.

Wet kinderopvang; Memorie van toelichting kst-28447-3

⁵ Het advies is een aan de toezichthouder toekomende bevoegdheid:

Het inspectierapport bevat een krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht advies aan het college.

Art. 3:5 lid 1 3:49 AWB jo. 1.61 lid 2 art. 1.63 lid 1 art. 1.64 Wko jo. Artikel 7 lid 2 sub i Beleidsregel werkwijze toezichthouder kinderopvang.

⁶ Zie hiervoor ook de bijlage "Hoe past de toezichthouder dit toe in de GIR?"

⁷ Als er een tekortkoming is vastgesteld, dan heeft de gemeente een beginselplicht tot handhaven. Daar kan een gemeente slechts onder bijzondere omstandigheden gemotiveerd vanaf zien.

4. Gemeentelijke besluitvorming en handhaving⁸

De gemeente is verantwoordelijk voor gedegen besluitvorming. Bij het besluit van de gemeente over de inzet van handhaving, neemt zij onder andere de bevindingen en de conclusies uit het rapport en het advies van de toezichthouder mee. Dit advies is een zwaarwegend advies, de toezichthouder heeft immers tijdens het inspectieonderzoek en het bezoek aan de locatie een goed oordeel kunnen vormen.

De gemeente heeft de mogelijkheid om zowel herstellend als bestraffend te handhaven. Herstellende handhaving is erop gericht dat een begane overtreding hersteld wordt en structureel hersteld blijft. Bestraffende handhaving is gericht op het bestraffen van begane overtredingen, ongeacht of ze inmiddels hersteld zijn. Van bestraffende handhaving kan een afschrikwekkende werking uitgaan.

Besluitvorming

De gemeente moet bij de voorbereiding van elk besluit alle feiten betrekken en alle belangen afwegen⁹. Dat moet dus ook bij het besluit om wel of beredeneerd niet handhavend op te treden na een vastgestelde overtreding. Een besluit moet ook proportioneel zijn. Is de kwaliteit minimaal beïnvloed dan komt dat terug in het besluit van de gemeente, bijvoorbeeld door het geven van langere hersteltermijnen, het opleggen van een minder ingrijpende sanctie of door beredeneerd geen handhaving in te zetten.¹⁰

Is de kwaliteit ondermaats of is geen sprake meer van verantwoorde kinderopvang dan komt dat ook terug in het besluit van de gemeente, bijvoorbeeld door het geven van korte hersteltermijnen of het opleggen van een zwaardere sanctie.

De gemeente moet onderzoeken of het onderzoek naar de feiten op zorgvuldige wijze is uitgevoerd en dat de beschreven feiten de conclusies kunnen dragen.¹¹ Voorwaarde hiervoor is een duidelijke onderbouwing in het inspectierapport. De gemeente moet beoordelen of de conclusie van de toezichthouder logisch volgt uit de beschreven feiten in het inspectierapport.

GGD en gemeente hebben elk een eigen rol en verantwoordelijkheid in het proces van toezicht en handhaving op de kwaliteitseisen. Wanneer er twijfel of verschil van inzicht is over het advies van de toezichthouder is het verstandig om als gemeente te overleggen met de toezichthouder.

⁸ [Handhaving door en voor gemeenten](#)

⁹ Het zorgvuldigheidsbeginsel, artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht

¹⁰ Het evenredigheidsbeginsel, artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht. zie hiervoor de factsheet De nieuwe evenredigheidstoets bij handhavingsbesluiten

¹¹ Vergewisplicht, artikel 3:9 Algemene wet bestuursrecht

Bij de besluitvorming betreft de gemeente in elk geval:

- het inspectierapport, met daarin
 - o de gerapporteerde overtreding (zie ook paragraaf 1)
 - o indien van toepassing, de beschrijving van verzachtende en/of verzwarende omstandigheden (zie paragraaf 2)
 - o het advies van haar deskundige, de toezichthouder (zie ook paragraaf 3)
 - o de reactie ('zienswijze') van de houder in het inspectierapport¹²
- de zienswijze van de houder aan de gemeente op het voorgenomen besluit tot handhaving
- de handavingsgeschiedenis op locatieniveau
- de inspectiegeschiedenis op locatieniveau en/of houderniveau
- eventuele andere of nieuwe feiten en omstandigheden¹³
- het lokale handavingsbeleid
- alle betrokken belangen zoals van ouders en kinderen, de houder, de samenleving, personeelsleden, enz.
- als de houder de beschreven feiten betwist moet de gemeente zelfstandig een oordeel vormen over de feiten die aan het advies ten grondslag zijn gelegd.

Dit beïnvloedt het besluit van de gemeente op verschillende punten:

- Het besluit om te handhaven tenzij uitzonderlijke omstandigheden;
- De keuze voor het type sanctie
 - o herstellende en/of bestraffende handhaving
 - o de best passende maatregel (bijvoorbeeld de keuze tussen een aanwijzing of een last onder dwangsom);
 - o bij een last onder dwangsom of bestuurlijke boete: de hoogte van de dwangsom of boete;
- De hersteltermijn, zowel conform beleid als gemotiveerd in afwijking daarvan.

In elk besluit motiveert¹⁴ de gemeente haar keuze. De motivering van de keuze moet transparant en duidelijk zijn. Ook de keuze om niet te handhaven nadat wel een overtreding is vastgesteld moet worden gemotiveerd, ook als de gemeente daarmee het advies van de toezichthouder opvolgt.

Een deel van de motivering kan in het gemeentelijk handavingsbeleid zijn opgenomen, bijvoorbeeld wat zijn ernstige overtredingen. Daarnaast wordt in het besluit beschreven waarom het genomen besluit in dat geval passend is en waarom het besluit volgens de gemeente ook nodig is.

Als een overtreding al is hersteld is een herstelsanctie niet snel passend, de overtreding is immers al hersteld, maar een bestraffende sanctie misschien wel.

Afwijken van het advies van de toezichthouder

Het advies van de toezichthouder is een zwaarwegend advies, de toezichthouder is immers de inhoudelijk deskundige. De gemeente heeft echter zoals hierboven beschreven de bevoegdheid om zelf af te wegen of en welke inzet van handhaving nodig en proportioneel is.

Dit betekent dat de gemeente zich een eigen oordeel moet vormen en een eigen afweging moet maken van alle betrokken belangen. De gemeente kan dus besluiten om van het advies van de toezichthouder af te wijken. Daarbij kan de gemeente ook, gemotiveerd, afwijken van het handavingsbeleid.

¹² Soms geeft de houder in reactie op het inspectierapport aan dat er wel degelijk sprake is van verzachtende omstandigheden. Dit moet de gemeente meewegen in haar afweging. Zij kan daartoe aanvullende informatie opvragen bij de toezichthouder.

¹³ Als bij de gemeente nieuwe feiten of omstandigheden bekend worden voordat een besluit is genomen, moet de gemeente dit ook meenemen in haar afweging. Soms is een nieuw onderzoek van de toezichthouder nodig voordat de gemeente een besluit neemt.

¹⁴ Motiveringsbeginsel, artikel 3:46 Algemene wet bestuursrecht

Dit betekent het volgende:

- De gemeente kan na afweging van alle belangen ervoor kiezen om niet te handhaven, ondanks een advies om te handhaven.
- De gemeente kan besluiten wél te handhaven, ondanks een advies om niet te handhaven.

Als de gemeente afwijkt van het advies van de toezichthouder, moet deze keuze goed gemotiveerd worden in het besluit.¹⁵ Daarnaast ligt de gemeente deze keuze toe in de jaarverantwoording. Het is aan te raden om de reden van afwijken van het advies ook toe te lichten aan de toezichthouder.

5. Praktijkvoorbeelden

Voorbeeld 1

1. Overtreding

Een kindercentrum is gevestigd in een verzamelgebouw van een kunstcollectief. Dit gebouw heeft één adres en één centrale toegangsdeur. In het gebouw worden woon-werkunits verhuurd. Er zijn meerdere personen van 18 jaar en ouder die op dit adres hun hoofdverblijf hebben. Deze personen zijn niet ingeschreven of gekoppeld aan de houder in het PRK. De toezichthouder stelt een overtreding vast.

2. Specifieke omstandigheden

De verzachtende omstandigheden zijn dat het kindercentrum een eigen vaste, afsluitbare gebruikruimte huurt op de begane grond. In de centrale hal heeft het kindercentrum een eigen afgesloten toegangsdeur. Onderdeel van de huurovereenkomst is exclusief gebruik van een deel van de buitenruimte, deze buitenruimte is geheel omheind en alleen toegankelijk vanuit het kindercentrum. Bewoners hebben op geen enkele wijze vrije toegang tot het kindercentrum en komen niet in contact met de opgevangen kinderen.

3. Advies toezichthouder

Er is sprake van een overtreding op grond van de wet. De toezichthouder stelt echter vast dat er geen toegang is tot, betrokkenheid bij en verantwoordelijkheid voor de kinderen (zoals beschreven in de Denklijn personenregister kinderopvang). De toezichthouder adviseert daarom om niet te handhaven.

4. Handhavingsbesluit

In het beleid van de gemeente staat dat er zowel een aanwijzing als een boete worden opgelegd voor iedere persoon die niet is ingeschreven en of gekoppeld in het PRK. De gemeente besluit het advies van de toezichthouder over te nemen en af te zien van zowel de aanwijzing als van het opleggen van een boete.

¹⁵ Artikel 3:50 Algemene wet bestuursrecht

Voorbeeld 2

1. Overtreding

Tijdens een inspectieonderzoek van 2023 blijken een invalberoepskracht en een stagiaire te worden ingezet in een kindercentrum zonder dat zij zijn ingeschreven in het PRK en gekoppeld zijn aan de houder. De toezichthouder stelt een overtreding vast.

2. Specifieke omstandigheden

De verzwarende omstandigheden zijn dat op dezelfde locatie bij het jaarlijks onderzoek van 2021 is vastgesteld dat 2 nieuwe beroepskrachten waren ingezet in het kindercentrum voordat zij waren ingeschreven in het PRK en gekoppeld waren aan de houder. De gemeente heeft op deze overtreding gehandhaafd met een aanwijzing. Tijdens het nader onderzoek is geen overtreding vastgesteld.

Daarnaast is in 2022 bij het jaarlijks onderzoek op een andere locatie van deze houder vastgesteld dat een stagiaire en een beroepskracht zijn ingezet in het kindercentrum voordat zij waren ingeschreven en gekoppeld aan de houder in het PRK. De gemeente heeft gehandhaafd met een aanwijzing. Tijdens het nader onderzoek is opnieuw een overtreding vastgesteld, waarop de gemeente heeft besloten te handhaven met een last onder dwangsom.

3. Advies toezichthouder

De toezichthouder adviseert te handhaven en daarbij rekening te houden met verzwarende omstandigheden.

4. Handhavingsbesluit

In het beleid van de gemeente is een richtinggevende tabel opgenomen. In de tabel zijn bedragen voor de hoogte van een dwangsom of boete en hersteltermijnen opgenomen. Daarnaast staat in het beleid dat de gemeente kan afwijken van dit beleid door maatwerk toe te passen. Ook is beschreven dat in geval van recidive bedragen kunnen worden verhoogd.

De gemeente besluit het advies van de toezichthouder over te nemen en een last onder dwangsom op te leggen. Er wordt een kortere hersteltermijn gegeven en er wordt een hogere dwangsom vastgesteld. In de motivering van dit besluit neemt de gemeente de verzwarende omstandigheden over.

Voorbeeld 3

1. Overtreding

De houder heeft in het plan van aanpak om veiligheidsrisico's in te perken niet concreet beschreven binnen welke termijn genoemde maatregelen genomen moeten worden en wie daarvoor verantwoordelijk is. Genoemde maatregelen zijn nog niet uitgevoerd. Door het ontbreken van passende en concrete maatregelen wordt de veiligheid van de kinderen tijdens het buitenspelen onvoldoende gewaarborgd. De toezichthouder stelt een overtreding vast.

2. Specifieke omstandigheden

De verzwarende omstandigheden zijn dat tijdens het inspectieonderzoek van 2020 de toezichthouder heeft vastgesteld dat het risico: 'Honden en katten kunnen poepen in de zandbak' niet was ingeschat. Tijdens het nader onderzoek is dit risico opgenomen en heeft de houder maatregelen beschreven om het risico in te perken.

Tijdens het volgend inspectie onderzoek blijkt dat er nog geen materiaal aanwezig is om de zandbak af te dekken. Daarmee is de beschreven maatregel niet uitgevoerd. Tijdens het nader onderzoek heeft de houder met foto's aangetoond dat hij een net heeft aangeschaft en daarmee de zandbak heeft afgedekt.

Tijdens de risico-inventarisatie van in het voorjaar van 2022 hebben beroepskrachten aangegeven dat het net onvoldoende is, de gaten in het net zijn te groot zodat katten alsnog toegang hebben tot de zandbak. Als maatregel is in het plan van aanpak beschreven dat er een zeil of deksel voor de zandbak moet komen. Binnen welk termijn de maatregel moet worden uitgevoerd is niet opgenomen.

Bij het inspectieonderzoek in het najaar van 2022 is deze maatregel nog niet uitgevoerd. Het wel aanwezige net wordt niet gebruikt tijdens het inspectiebezoek. Het net ligt half begraven onder het zand aan de zijkant van de zandbak. De beroepskrachten verklaren die dag nog niet naar buiten te zijn geweest met de kinderen. Ook verklaren de beroepskrachten het net niet meer te gebruiken sinds gebleken is dat katten alsnog toegang hebben tot de zandbak.

Door het ontbreken van passende en concrete maatregelen wordt de veiligheid van de kinderen tijdens het buitenspelen meerdere jaren onvoldoende gewaarborgd.

3. Advies toezichthouder

De toezichthouder adviseert te handhaven, rekening houdend met de verzwarende omstandigheden.

4. Handhavingsbesluit

In het beleid van de gemeente staat dat herstellende handhaving doorgaans start met het geven van een aanwijzing. Wanneer blijkt dat een aanwijzing niet tot herstel heeft geleid wordt er in principe een last onder dwangsom opgelegd. Ook is er opgenomen wanneer welke hersteltermijn wordt gegeven. Daarnaast staat in het beleid dat de gemeente kan afwijken van dit beleid door maatwerk toe te passen.

De gemeente besluit het advies van de toezichthouder over te nemen. De gemeente volgt zijn beleid en geeft de houder een aanwijzing. Voor de hersteltermijn wijkt de gemeente af van zijn beleid en geeft, gezien de ernst van de omstandigheden, een kortere hersteltermijn. In de motivering van dit besluit neemt de gemeente de verzwarende omstandigheden mee. Het belang van ouders en kinderen voor sneller herstel weegt immers zwaarder dan het belang van de houder.

Zowel bij een advies 'Niet handhaven' dan wel advies 'Handhaven conform handhavingsbeleid' beschrijft de toezichthouder de specifieke omstandigheden in het veld 'Toelichting'. Uit de beschrijving blijkt of sprake is van verzwarende of verzachtende omstandigheden. De toezichthouder verwijst daarbij naar de beschrijving bij de beoordeelde voorwaarde(n).